Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2021/2

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi

EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 99
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 78

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

Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ (Yardımcı Editör)

Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

DANIŞMA KURULU

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

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

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Anlam ALTAY

Prof. Dr. Atilla ALTOP

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR

Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Turgut ÖZ

Prof. Dr. Halit Eyüp ÖZDEMİR

Prof. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECİ

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK

Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

Prof. Dr. Gül ÜSTÜN

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doç. Dr. Olgun AKBULUT

Doç. Dr. İrfan AKIN

Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN

Doç. Dr. Serap AMASYA

Doç. Dr. G. Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY

Doç. Dr. Kadir BAŞ

Doç. Dr. Nur BOLAYIR

Doç. Dr. Koray DEMİR

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM KIZILCA

Doç. Dr. Öz SEÇER

Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER

Doç. Dr. Mehmet Rıfat TINÇ

Doç. Dr. Murat TUMAY

Doç. Dr. Tülay YILDIRIM MAT

Dr. Öğr. Üyesi Hayriye Bige AÇIMUZ

Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY
Dr. Öğr. Üyesi Halil ALTINDAĞ
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Can CANPOLAT
Dr. Öğr. Üyesi Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Dolunay ÖZBEK
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞAHİN
Dr. Öğr. Üyesi Şule ŞAHİN CEYLAN
Dr. Öğr. Üyesi Argun KARAMANLIOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN
Dr. Öğr. Üyesi Güner Hande ULUTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU
Dr. Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2021 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 ya-yımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİ-TAK-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 ala-cağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresi-ni, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtal-yanca 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 kulla-nılarak, dik ve normal harferle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyu-tunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harferle 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. Vir-gül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazıl-malıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkele-rine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerek-li 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 sunu-lur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durum-dan derhal haberdar edilir.

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

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm ya-yın 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 metin-de 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; dip-notlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfa-betik 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 kaynak-çada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harferle 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 listesi-ne 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. **Mehmet Emin AKGÜL** **1391**

KAMU HUKUKU AÇISINDAN MÜLKİYET HAKKININ KAMU YARARI İLE İMTİHANI - KAMULAŞTIRMA VE ACELE KAMULAŞTIRMA KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TESPİTLER

THE TESTING OF THE PROPERTY RIGHT IN TERMS OF PUBLIC LAW WITH THE PUBLIC INTEREST - DETERMINATIONS IN THE FRAMEWORK OF EXPROPRIATION AND URGENT EXPROPRIATION JUDGEMENTS

Doç. Dr. **Ali Emrah BOZBAYINDIR** **1447**

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İDDİA PAZARLIĞI KURUMU
(*PLEA BARGAINING*)

PLEA BARGAINING IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Doç. Dr. **Esra KATIMAN** **1513**

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE "L'ÉTAT DE DROIT"
EN DROIT INTERNATIONAL

*ULUSLARARASI HUKUKTA "HUKUK DEVLETİ"
KAVRAMININ GELİŞİMİ*

*THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF "THE RULE OF LAW"
IN INTERNATIONAL LAW*

Doç. Dr. **Çağla TANSUĞ** **1565**

İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN UNUTULMA HAKKI

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN FROM ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE

Dr. Öğr. Üyesi **Mustafa ERÇAKICA** **1601**

THE EVALUATION OF STATES' COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL AGREEMENTS ON CLIMATE CHANGE AS A GLOBAL CHALLENGE

DEVLETLERİN KÜRESEL BİR TEHDİT OLAN İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARA RİAYETİNİN İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi **Faruk Y. TURİNAY** **1633**

YETERLİ ŞÜPHE KISTASI ÇERÇEVESİNDE CUMHURİYET SAVCISININ SUÇUN UNSURLARINI DEĞERLENDİRME YETKİSİ

THE PUBLIC PROSECUTOR'S COMPETENCE TO EVALUATE THE ELEMENTS OF A CRIME IN ACCORDANCE WITH THE CRITERION OF SUFFICIENT SUSPICION

Arş. Gör. **Dolunay ÇÖREK** **1689**

DEVLETLERARASI TANINMANIN KAVRAMSAL ANALİZİ POLİTİK, HUKUKİ VE ETİK BOYUT

CONCEPTUAL ANALYSIS OF INTERSTATE RECOGNITION POLITICAL, LEGAL AND ETHICAL DIMENSION

Arş. Gör. **Kadir Can ÖZEL** **1713**

NÜRNBERG VE YASSIADA YARGILAMALARINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

A COMPERATIVE REVIEW ON THE NUREMBERG AND YASSIADA TRIALS

Av. **Tuğçe Duygu KÖKSAL** **1745**

BİLGİ TOPLAMAYA YÖNELİK İSTİHBARİ KOLLUK FAALİYETİNE İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN BAKIŞ

AN OVERVIEW FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE ON THE LAW ENFORCEMENT AGENCIES' INTELLIGENCE ACTIVITY AIMING AT COLLECTING INFORMATION

M. Enes ÖZBAY **1799**

CEZA MUHAKEMESİNDE İSTİNAF KANUN YOLUNDA DURUŞMA

APPEAL HEARING AT CRIMINAL PROCEDURAL LAW

ÖZEL HUKUKU

Prof. Dr. **Burak ÖZEN** **1827**
Av. **Ozan Ali YILDIZ**

GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRMEYE DAYALI KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ

DETERMINING THE SCOPE OF THE TRANSFER OF BENEFITS BASED ON FALSE AGENCY WITHOUT AUTHORITY

Doç. Dr. **Serap AMASYA** **1853**

KONİŞMENTONUN YETKİLİ HAMİLİ OLARAK EŞYANIN TESLİMİNİ TALEP EDEN GÖNDERİLENİN TAŞIYANIN KONİŞMENTODA YAZIDAN DOĞMA SORUMLULUĞUNDAN YARARLANABİLME ŞARTLARI

CONDITIONS OF BENEFITING FROM THE CARRIERS' LIABILITY ARISING FROM THE TEXT OF THE BILL OF LADING FOR THE CONSIGNEE WHO REQUESTS THE DELIVERY OF THE GOODS AS THE LEGAL HOLDER

Doç. Dr. **Serap AMASYA** **1873**

FOB VE CIF SATIŞLARDA ALICI VE SATICININ TAŞIMA İLİŞKİSİNDEKİ SIFATLARI VE FIOST KAYDININ ETKİSİ

THE TITLES OF BUYER AND SELLER OF FOB AND CIF CONTRACT IN THE CARRIAGE CONTRACT AND THE EFFECT OF FIOST RECORDS

Doç. Dr. **K. Berk KAPANCI** **1891**

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 11 ŞUBAT 2015 TARİHLİ VE 4A_496/2014 SAYILI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER:
DOĞRUDAN TEMSİL Mİ, DOLAYLI TEMSİL Mİ?

THOUGHTS ON A SWISS FEDERAL COURT'S AWARD (TF 4A_496/2014, 11.02.2015): DIRECT OR INDIRECT AGENCY?

Dr. Öğr. Üyesi **Birce ARSLANDOĞAN** **1925**

TAKİP ALACAKLISININ İCRA VE İFLAS KANUNU m.89/4'E GÖRE AÇACAĞI TAZMİNAT DAVASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

EVALUATION OF THE COMPENSATION LAWSUIT TO BE FILED BY THE EXECUTION CREDITOR IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 89/4 OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Metin Uğur AYTEKİN** **1949**

NAVLUN SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINDA ARACILIK YAPAN BROKERLERİN HUKUKİ NİTELİKLERİ VE TABİ OLDUKLARI DÜZENLEMELER

LEGAL CHARACTERISTICS OF THE BROKERS WHO INTERMEDIATE IN FORMING CONTRACTS OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA AND LAWS THAT THEY ARE SUBJECT TO

Dr. Öğr. Üyesi **Emre TÜRKMEN** **1987**
Av. **Burak KEÇECİOĞLU**

TİCARET BAKANLIĞI'NIN TİCARET ŞİRKETLERİNE "KAMU DÜZENİNE AYKIRI İŞLEMLERİNDEN VEYA BU YÖNDE HAZIRLIKLARINDAN" KAYNAKLI FESİH DAVASI AÇMASI (TTK m.210/III)

FILING A LAWSUIT BY THE MINISTRY OF COMMERCE FOR DISSOLUTION OF COMPANY ON THE GROUNDS OF "OPERATING AGAINST PUBLIC ORDER AND ACTIONS TOWARDS THIS DIRECTION" (TCC art.210's sub-art.3)

Dr. **Süleyman KIRAN** **2029**

KAMBİYO SENETLERİNDE BEDELİN KRİPTO PARA OLARAK BELİRLENMESİ

DETERMINATION OF AMOUNT IN BILL OF EXCHANGE AS CRYPTOCURRENCY

Arş. Gör. **Emre ESEN** **2071**

KONSORSİYUM VE JOİNT VENTURE'LARIN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ

LEGAL CHARACTERIZATION OF CONSORTIUM AND JOINT VENTURES

Arş. Gör. **Zeynep Ülkü KAHVECİ** **2101**

"SABİT ARALIKLI TAZMİNAT" (*STATUTORY DAMAGES*):
FİKRİ HAKLAR ÜZERİNDEN ANLATIM

STATUTORY DAMAGES:
AN EXPLANATION FROM THE PERSPECTIVE OF COPYRIGHT LAW

Av. **Beyza AKA** **2127**

SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞLARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

THE APPLICABILITY OF THE PRIOVISIONS OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS CONCERNING THE SELLER'S LIABLITY FOR DISPOSSESSION AND DEFECTS TO SHARE PURCHASE AGREEMENTS IN JOINT-STOCK COMPANIES

Av. **Mehmet Yusuf SERT** **2181**
Av. **Zeynep BİLDİK**

LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMA VE ÇIKARILMA DURUMLARINDA ŞİRKETİN KENDİ PAYINI İKTİSABI SORUNU VE İSVİÇRE HUKUKUNDA DURUM

ISSUE OF LIMITED LIABILITY COMPANIES' ACQUISITION OF ITS OWN SHARES IN CASE OF EXITING UNDER THE TURKISH LAW IN COMPARISON WITH THE SWISS LAW

Doç. Dr. **Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR** **2213**
Arş. Gör. **Hande GÜR**

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN ZAMANSAL KAPSAMI: "ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA" İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMAYA BAŞLAMASI

THE BEGINNING OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN "INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS"

KAMU HUKUKU

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1391-1446

KAMU HUKUKU AÇISINDAN MÜLKİYET HAKKININ KAMU YARARI İLE İMTİHANI - KAMULAŞTIRMA VE ACELE KAMULAŞTIRMA KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TESPİTLER(*)

Doç. Dr. **Mehmet Emin AKGÜL**(**)

Öz: Mülkiyet hakkı, hak ve özgürlükleri ifade eden metinler içinde çok eski tarihlerden itibaren yer bulmuştur. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde insanın doğal ve devredilmez hakları içinde özgürlük, güvenlik ve baskıya karşı direnmek hakkı ile birlikte mülkiyet hakkı da yer almıştır. Mülkiyet hakkı esnek bir kavramdır. Bir tanım vermek gerekirse mülkiyet hakkı, sahibine hakkın konusu olan şeyi kullanma (usus), semerelerinden yararlanma (fructus), ve tüketme (abusus) yetkileri sağlar. Temel hak ve özgürlüklerin anayasadaki esaslara uygun olarak kanunla sınırlanması mümkündür. Mülkiyet hakkı üzerine anayasadaki esaslara göre getirilecek sınırlamaların kanunla olması, bireysel çıkarla kamu yararı arasındaki dengeyi kurması gerekir. Mülkiyet hakkı üzerinde kamulaştırma yoluyla sınırlandırma yapılabilir. Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamulaştırma usulünü 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundaki esaslar dâhilinde kullanması gereklidir. Aynı kanunda belirtilen istisnai durumlarda ise acele kamulaştırma yoluyla idare tarafından bireyin mülkiyet hakkı sınırlanmaktadır. Hukuk devletinde anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan mülkiyet hakkının sınırlanmasında kullanılan kamulaştırma ve acele kamulaştırma işlemlerinin yargısal denetimi kamu yararının, hukuki güvenliğin ve kanuni idare ilkesinin tesisinde önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Kamu Yararı, Üstün Kamu Yararı, Kamulaştırma, Acele Kamulaştırma.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2021 - Makale Kabul Tarihi: 29.11.2021.

(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID No: 0000-0001-5585-3439, *meakgul@baskent.edu.tr*).

THE TESTING OF THE PROPERTY RIGHT IN TERMS OF PUBLIC LAW WITH THE PUBLIC INTEREST - DETERMINATIONS IN THE FRAMEWORK OF EXPROPRIATION AND URGENT EXPROPRIATION JUDGEMENTS

Abstract: Right to property has placed in the declarations having fundamentals rights and freedoms for ancient times. Right to property in natural and imprescriptible rights of man has also taken part with right to liberty, property, safety and resistance against oppression in Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789). Right to property has a flexible context. If a defining for right to property is required, right to property provides authority to the owner for using, profit and consuming. Restriction of fundamental rights and freedoms is possible by law and in conformity with Constitution. Restrictions of right to property in conformity with Constitution must be only by law and shall set the balance between public interest and personal interest. Right to property may be restricted by expropriation. The State and public corporations must apply the expropriation method in conformity with Expropriation Act (Nu.: 2947). In exceptional cases defined in the same act (Nu.: 2947), right to property of individual shall be restricted by the administration through urgent expropriation. The judicial review of expropriation and urgent expropriation transactions used for limiting the right to property is essential for setting the public interest, principal of legal security and legal administration.

Keywords: Right to Property, Public Interest, Supreme Public Interest, Expropriation, Urgent Expropriation.

GİRİŞ

Siyasal toplumun var olması ve varlığını devam ettirebilmesinin amaçlarından birisi mülkiyet hakkının tesisi ve korunmasıdır. Mülkiyet hakkına kanuna dayalı olarak müdahale yapmakla yetkili idarenin bu işleminin, kamu yararı ile Anayasada temel hak ve özgürlük olarak tanımlanan ve koruma altına alınan mülkiyet hakkı arasındaki dengenin korunması için denetimi zorunludur. Mülkiyet hakkına, toplumun devamı için toplum adına yapılacak müdahalenin çerçevesinin belirlenmesi hukuk devletinin önemli başlıklarından birisidir. Anayasamız mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla müdahaleye belirli şartlarla izin vermektedir. Bu şartlar ve çerçeve ise Anayasaya uygun olarak yasama organı tarafından çıkarılacak yasalar ile mümkün olmaktadır.

Çalışmamızda mülkiyet hakkına kamulaştırma ve acele kamulaştırma yoluyla idare tarafından yapılan müdahalelerin yargısal denetimi sonucunda ulaşılan tespitler incelenecektir. Buradan hareketle mülkiyet hakkının kamu yararı karşısındaki korumasının ne ölçüde sağlanabildiği, hakkın korunması ve adil dengenin sağlanmasıyla ilgili nasıl bir çerçevenin izlenmesi gereğiyle ilgili ulaşabildiğimiz sonuçlar sunulacaktır.

I. HAK VE MÜLKİYET HAKKI TANIMI

Hak tanımı ve mülkiyet hakkı tanımında tarihsel gelişim aşamaları çalışmanın sınırları düşünülerek inceleme kapsamına ayrıntılı ve bölümler halinde alınmamıştır. Çalışmada yeri geldiğinde mevcut tartışmanın sınırı ölçüsünde tarihsel aşamalardan da bahsedilebilir. Hak, Arapça bir kelimedir ve güncel Türkçe konuşmada; "Adalet, Adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk", şeklinde tanımlanmaktadır. Adalet ise "yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılmasının sağlanması, hak ve hukuka uygunluk hakkı gözetme" anlamında kullanılmaktadır.[1] Hak kavramı Fransızca "droit", Almanca "recht", İtalyanca ise "diritto" kelimelerinde karşılık bulmakta, hak ve hukuk kavramlarını ayırmak için ise hukuk için objektif hak, hak için ise sübjektif hak denilerek objektif ve sübjektif sıfatları kullanılmaktadır. Dilimizde ise objektif hak yerine hukuk, sübjektif hak yerine ise hak kelimesi kullanılmaktadır. Bilindiği üzere hukuk kelimesi Arapçada hak kelimesinin çoğuludur. Hak kavramını tanımlarken irade teorisi ve menfaat teorisine göre yapılan tanımlar mevcuttur. Bununla birlikte günümüzde hak kavramı, karma bir yaklaşımla "hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat" şeklinde tanımlanmaktadır[2]. Diğer bir ifadeyle hak, hukuken korunan yarara ilişkin dava edilebilen yetkilerdir. Hak, işlev olarak kişi özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlar. İnsanın insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar onun aynı zamanda özgürlüğünün de teminatıdır[3].

Hak kavramı, kamu hakları ve özel haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamu hakları bilinen sınıflandırmasıyla negatif, pozitif ve aktif statü hakları

---

1 https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 27.05.2021)

2 İrade teorisine göre; kişi "başkalarını kendi iradesine göre harekete zorlayabildiği takdirde o kimse o konuda hak sahibidir." Menfaat teorisinde ise hak, "hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat" olarak kabul edilir. OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 137-139.

3 ANTALYA Gökhan, **Hukuk Teorisi** Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2020, s. 403-404

olmak üzere üç alt başlık altında incelenmektedir. Kamu hakları, bireyin devlete karşı ileri sürebildiği ve sadece devlet tarafından ihlal edilebilen haklardır. Anayasalarda düzenlenen temel hak ve hürriyetlerde kamu hakları kapsamında kabul edilmektedir. Özel haklar ise kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve hukuk sistemi tarafından tanınmış olan haklardır. Kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel haklar, eşitlik ilkesi çerçevesinde bu işlevi yerine getirmelidir[4]. Özel hakların ayrıntılı sınıflandırmasına girilmeden, mülkiyet hakkının mal varlığı hakları içinde ayni hak olarak hak sahibine en büyük yetkiyi sağlayan hak olarak kabul edilmektedir. Her zaman ve her durum için değişmez bir mülkiyet tanımı mümkün değildir. Mülkiyet esnek bir kavramdır. Bununla beraber bir tanım vermek gerekirse mülkiyet hakkı, "sahibine hakkın konusu olan şeyi kullanma (usus), semerelerinden yararlanma (fructus), ve tüketme (abusus) yetkileri sağlar"[5]. Mülkiyet hakkı, eşya üzerindeki hak sahibine "kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini" bütünüyle veren ve herkese karşı ileri sürülebilen "mutlak, münhasır bir ayni haktır"[6].

II. GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKIYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

Doğal ortamda "insanın kurdu olan insan", diğerinin mülkiyet hakkını ihlal ederken, siyasal toplum aşamasında ise bireylerin yaşam ve mülkiyet haklarını korumayı üstlenen devlet ve onun yöneticileri bu hakları ihlal etmişlerdir. Hak ve özgürlüklerin tarihi aynı zamanda yöneten ile yönetilenlerin bu çerçevedeki mücadelesinin de tarihidir. Mülkiyet hakkının hak ve özgürlükleri ifade eden metinler veya bildirgeler içinde yer bulması MÖ 2500 tarihli Hammurabi kanunlarına kadar uzanmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta, 1628 tarihli İngiliz Haklar Bildirgesi (Petiton of Rights), 1689 İngiliz İnsan Hakları Bildirgesi (Bill of Rights), 1774 tarihli Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinin İlk Kongre Bildirgesi, 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir[7]. Mülkiyet hakkı, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi madde 2'de "*Bütün siyasal birliğin amacı, insanın doğal ve daimî haklarını korumaktır. Bu hak-*

---

4 ATAY E. Ethem, **Hukuk Başlangıcı**, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 331-333

5 OĞUZMAN/BARLAS, s. 143-144.

6 EREN Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 21.

7 **Hak ve Özgürlükler Antolojisi**, Editör: Prof. Dr. Coşkun Can Aktan Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 2018, s. 14-75

lar, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmektir." ve madde 17'de "*Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğu için yasa ile belirlenen kamu ihtiyacı açıkça gerekmedikçe ve adil ve peşin bir tazminat ödenmedikçe kimse bu haktan yoksun bırakılamaz.*"[8] şeklinde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi madde 17/1'de "*Herkesin, tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mal ve mülk edinme hakkı vardır. 2. Hiç kimse, keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamaz*."[9] şeklinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1 Numaralı Protokol madde 1'de "*Mülkiyetin korunması Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.*"[10] şeklinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı, AİHS hazırlık sürecinde en fazla tartışılan haklardan birisidir. Mülkiyet hakkı, politik, ekonomik ve sosyal sorunlara sebep gösterilebilen bir hak olduğu için AİHS'de devletlerin hareket alanlarını sınırlamayacak şekilde düzenlenmesi önemlidir. Mülkiyet hakkına yaklaşım konusunda AİHS'ne üye devletlerarasında büyük farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar AİHS metninde, mülkiyet hakkına müdahale yetkisinin geniş tutulması sonucunu ortaya çıkarmıştır. 1982 yılına kadar AİHM tarafından mülkiyet hakkı ihlali yönünde bir karar verilmemiştir. AİHM, Sporrong and Lönnroth v. Sweden, (App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982) kararı ile mülkiyet hakkının kullanımı açısından ölçütler oluşturmaya ve bunları geliştirmeye başlamıştır. Mülkiyet hakkı AİHS'de "şarta bağlı olarak güvence altına alınan bir haktır. Mülk kavramı, taşınır, taşınmaz mülkleri, şirket hisselerini, fikri mülkiyeti, maddi ve maddi olmayan menfaatleri içermektedir. Bunun yanında farklı değerlerinde mülk olarak kabul edilmesi söz konusudur. Genel olarak mülk kapsamına girecek olanların belirlenmesinde, "bireysel menfaatin elde edilmiş ekonomik değeri olması" formülü kullanılmaktadır.

---

8 **İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi** (1789) http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789.html (Erişim Tarihi: 08.06.2021).

9 **Hak ve Özgürlükler Antolojisi**, Editör: Prof. Dr. Coşkun Can Aktan, s. 144

10 https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf. Erişim Tarihi: 08.06.2021

Ekonomik değer taşımayan bir şeyin mülk olamayacağı AİHM kararlarında öne çıkmaktadır. Beklentiler açısından konu ele alındığında ise somutlaşmamış olma durumu mülk olma özelliğini ya da beklentinin mülk kabul edilme durumunu büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır[11].

"İslam Hukuku" olarak dilimizde genellikle karşılık bulan Fıkıh doktrinlerinin de özel mülkiyet kavramı üzerine kurulu olduğu görülmektedir. İslamiyet, mülkiyetin kazanılması ve kullanımında birçok değişiklik gerçekleştirmiş ancak "özel mülkiyet temeline dokunmamıştır"[12]. Osmanlı İmparatorluğu döneminde mülkiyet hakkıyla ilgili olarak 1839 tarihli Gülhane Hattı Hümayununda ve 1856 tarihli Islahat Fermanında düzenlemeler mevcuttur. 1876 tarihli Anayasa (Kanun-u Esasi) madde 21'de mülkiyet hakkı, "*Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz.*"[13] şeklinde düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının siyasal metinlere girişi ve düzenlenmesiyle ilgili tarihsel bütünlük içinde öne çıkan belgelerden bazıları bu kısımda verilmeye çalışılmıştır. İnsanlık tarihinde, bireyin özgürlüğünün farkına varması ve bu sayede kendini geliştirebilmesinde şart olarak kabul edilen mülkiyet kavramı ve hakkı siyasal metinlerde genişleyen bir içerikle yer alarak günümüze kadar gelişimini devam ettirmiştir.

---

[11] Genel eğilim bu olmakla birlikte «ulusal hukukta makul bir şekilde ortaya koyulmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu meşru beklenti bir mülk oluşturur. (42EHRR 885 GC), «iddialaların başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren içtihatlara dayanan bir meşru beklenti bir mülk oluşturur» (Smotokis v Yunanistan hudoc 2002) şeklinde kararlarda AİHM içtihatların Fjohnda yer almaktadır. HARRIS D.J. / O'BOYLE M. / BATES E.P. / BUCKLEY C. M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Oxford University Press, Avrupa Konseyi, 2013 (Türkçe birinci baskı), s. 675-677. BOYAR Oya, "Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Edit: Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 495-496.

[12] İslam Hukukunda mülkiyet hakkının temeli ve konuyla ilgili açıklamalar için bakınız, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi https://islamansiklopedisi.org.tr/mülkiyet. Erişim Tarihi: 01.06.2021

[13] Hak ve Özgürlükler Antolojisi, Editör: Prof. Dr. Coşkun Can Aktan, s. 833-842. Ayrıca, "Kuruluş Dönemi, Klasik Dönem ve Gerileme ve Dağılma Döneminde" Osmanlı İmparatorluğunda mülkiyet hakkı ve toprak rejimindeki düzenlemeler için bakınız, ŞİMŞEK Suat, **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 2011/413, Anakara, 2011, s. 23-37. https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/Türk-Hukukunda-ve-AvrupaİnsanHakları-Sözleşmesinde-Mülkiyet -Hakkı.pdf (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARINDA MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkından, 1924 Anayasasında madde 70'te bahsedilmiştir. 1961 Anayasasında ise madde 36'da "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Sosyal devlet ilkesi 1961 Anayasası 2'nci maddede Cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkı da "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli ile mülkiyet hakkının "mutlaklıktan uzak" toplumsal işlevi öne çıkarılmıştır[14]. 1982 Anayasasında ise mülkiyet hakkı madde 35'te "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak 1982 Anayasasında mülkiyet hakkı, 1961 Anayasasından farklı olarak "Kişinin Hakları ve Ödevleri" altında yer almaktadır. 1982 Anayasası madde 35'in gerekçesinde, mülkiyet hakkının devletin öncesinde de var olduğu bu nedenle ekonomik ve sosyal bir hak olarak değil, kişinin temel hakkı olarak düzenlenmesinin gereği akla gelse de Danışma Meclisinin gerekçesinde bu hakkın sosyal haklar içinde düzenlemesinin uygun olduğu ifade edilmiştir. Ancak kabul edilen Anayasa metninde mülkiyet hakkı "Kişinin Hakları ve Ödevleri" bölümünde yer almaktadır. Ayrıca mülkiyet hakkının anayasa ile güvence altına alınması, ülkede siyasal iktidarların uygulayacağı ekonomik sistem açısından da bir tespit niteliği taşımaktadır. Anayasada mülkiyet hakkının tanımlanması, bu hakkın doğrudan devlete karşı güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Ayrıca mülkiyetin, insan kişiliğinin bir parçası olması ve mülkiyet hakkı ile kişinin hürriyetinin de güvence altına alınabilmesi bu hakkın Anayasa ile düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır[15]. Mülkiyet hakkının 1982 Anayasasında sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenmemiş olması Anayasadaki sosyal devlet niteliğinde azalmaya işaret etmektedir[16]. Anayasanın sosyal devlet niteliğinin zayıfladığı eleştirisine, Anayasa Mahkemesi

---

[14] SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Sekizinci Baskı, 1990, s. 230.

[15] **TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI (GEREKÇELİ)** Hazırlayanlar: YILMAZOĞLU Yunus Emre / PERDECİOĞLU İsmail Emrah, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekçeli_anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

[16] SOYSAL, s. 230

(AYM)'nin, mülkiyet hakkının mutlak olma niteliğinin günümüzde kamu yararı nedeniyle zayıfladığı, sosyal olma işlevinin öne çıktığı kararıyla[17] karşılık da verilebilir. 1982 Anayasasında mülkiyet hakkının temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmesi gerekçesi kısaca bu şekilde ifade edilebilir. Sosyal devlet, özel mülkiyeti korumakla birlikte mülkiyet hakkının toplum yararına sınırlanabileceğini ve malike birtakım ödevler yüklenebileceğini de kabul etmektedir. 1982 Anayasasında mülkiyet hakkını düzenleyen madde 35/2 ve 3'üncü fıkralar bunu göstermektedir. Sosyal devletin kişiyi hürleştirme işlevi, mülkiyet hakkının kişinin özgürlüğünün teminatlarından birisi olma ve mülkiyet hakkına yüklenen sınırlamalar ile mümkün olmaktadır[18].

Anayasa Mahkemesi (AYM) kararında mülkiyet hakkı; "*kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve ondan tasarruf etme imkânı veren bir haktır."*[19] şeklinde tanımlanmıştır. Anayasamızda mülkiyet hakkı madde 35'te doğrudan düzenlenmiştir. Bunun dışında mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili olan diğer düzenlemeler ise; kamulaştırma madde 46, kıyılardan yararlanma madde 43, toprak mülkiyeti madde 44, kültür ve tabiat varlıklarının korunması madde 63, doğal kaynakların aranması ve işletilmesi madde 168, müsadere madde 28 ve madde 30, vergi ödevi madde 73, sosyal güvenlik hakları madde 60-61, ormanların korunması ve geliştirilmesi madde 169, temel hakların sınırlandırılması madde 13 şeklinde sıralanabilir[20].

IV. MÜLKİYET HAKKININ ÖZNESİ VE KONUSU

Mülkiyet hakkının öznesi Anayasa madde 35'te "Herkes" olarak yer almıştır. Bireysel başvuru yolunu kullanarak mülkiyet hakkıyla ilgili ihlali AYM önüne getirmek hakkı da, AY madde 148 ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun madde

---

17 AYM E: 1988/34, K: 1989/26, Karar Tarihi: 21/06/1989, BULUT Nihat, "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", **EÜHFD** C. X, S. 3-4 (2006), s. 25

18 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 141-142.

19 AYM Kararı, E: 2018/99 K: 2021/14 Karar Tarihi: 3/3/2021 R.G. Tarih-Sayısı: 7/5/2021-31477

20 GEMALMAZ H. Burak, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6**, Nisan 2018 Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi tarafından basılmıştır www.coe.int/ankara, s. 2 (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

46'da "Herkes" için tanınmıştır. Herkes, gerçek kişileri ve yabancıları kapsamına almaktadır. Yabancılarla ilgili farklı hak grupları açısından kısıtlar olsa da konumuzun sınırları ve içeriği açısından bu alana özellikle girilmemiştir. Çocukların mülkiyet hakkının ihlali, AYM önüne bireysel başvuru yoluyla hak sahibi çocuk tarafından getirilebilir. "Herkes" kavramının yaş açısından bir sınırlama içermediği düşünüldüğünde bu haktan çocukların yararlanabilecekleri açıktır. Özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyet hakkının öznesi olması mümkündür[21]. Mülkiyet hakkı, Anayasada Kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmiştir. Kişinin hakları ve ödevleri bölümünde sayılan temel haklarla ilgili devlet ve toplum negatif bir yükümlülük altındadır. Yükümlülük, bu bölümde sayılı haklara dokunmamayı, müdahil olmamayı içerir. Buradan hareketle mülkiyet hakkı, devlete ve topluma hitap etmektedir.

Mülkiyet hakkının konusu, kural olarak insan hâkimiyetine girebilen sınırları belirlenebilen, bağımsız maddi mallar olarak tanımlanmaktadır. Bağımsız, maddi bir varlığa sahip olmayan hukuki haklar mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaz. Fransız ve Avusturya hukuk sisteminde ise maddi olmayan mallarında mülkiyet hakkının konusu olacağı kabul edilmektedir[22]. İnsan hakları hukuku ve anayasa hukuku çerçevesinde kabul edilen mülkiyet hakkı kapsamıyla, Türk Medeni Kanunu madde 683 ve devamında düzenlenen mülkiyet hakkının kapsamı arasında farklılık bulunmaktadır. Anayasal olarak mülkiyet hakkının kapsamına eşya hukukundan farklı olarak "gayri maddi malvarlığı" üzerinde kurulan mülkiyet hakları da girmektedir. Alacak hakları, sosyal güvenlik ile ilgili haklar, kiralama sözleşmesi kaynaklı kullanım hakları, sermaye şirketlerinin hisseleri, miras hakkı da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir[23]. AYM; "*Anayasa ve Sözleşmenin ortak koruma alanındaki mülkiyet hakkı özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup, bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır"*[24] kararıyla anayasal anlamda mülkiyet hakkının kapsamının özel hukuk ve idari yargılama hukukunda belirlenen kapsamdan farklı ve "özerk" olduğunu vur-

---

21 GEMALMAZ, s. 11-15.

22 EREN, s. 52.

23 GEMALMAZ, s. 34, 35.

24 GEMALMAZ, s. 34.

gulamaktadır. AYM, "*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığının*" mülkiyet hakkı kapsamına alınacağı, menkul ve gayrimenkul mallar ile bunlar üzerindeki sınırlı ayni hakların, fikri hakların ve icrası mümkün olan alacak haklarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceğini[25] kabul etmektedir.

V. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANMASI

Mülkiyet hakkı, Anayasamızda kişi hak ve özgürlükleri bölümü madde 35'te düzenlenmiştir. Olağan dönemlerde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sınırlanması söz konusu değildir. Ayrıca Anayasa madde 65, "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*" düzenlemesi ile sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesi konusunda devletin yükümlülüğünü mali kaynaklarının sınırına bağlayan kısıtlamalardan da ayrı tutulmuştur. Bu açıdan bakıldığında mülkiyet hakkı 1982 Anayasasında güvencesi en yüksek olan haklar bölümündedir[26]. Anayasamızın ikinci kısım birinci bölümünde temel hak ve hürriyetlerin niteliği (AY madde 12) ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması (AY madde 13), temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması (AY madde 14), temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması (AY madde 15) ve yabancıların durumu (AY madde 16) düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkını kullanan kişi, AY madde 12 gereği topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklar da yüklenmektedir. Mülkiyet hakkında yapılacak bir sınırlama AY madde 13, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmüne uygun olarak yapılabilir. Mülkiyet hakkının kullanımı AY md 14/1, "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*" düzenlemesine aykırı olamaz. Anayasal düzenlemeler, AY madde 14/2 "*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belir-*

---

[25] AYM, Cafer Sezgin ve diğerleri başvurusu Başvuru Nu.: 2018/20720, Karar Tarihi: 7/4/2021

[26] BOYAR, s. 496

tilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz." gereği mülkiyet hakkının kullanımıyla ilgili sınırlandırıcı ve hakkı ortadan kaldırıcı bir yetki yaratamaz. Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde ise anayasal düzenin korunması esas olduğu için mülkiyet hakkının kullanımı AY madde 15/1, "*Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*" hükmü gereği sınırlandırılabilir veya durdurulabilir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve durdurulmasıyla ilgili anayasal düzenlemelerin mülkiyet hakkı için de geçerli olduğundan bir şüphe yoktur. Mülkiyet hakkı üzerine anayasadaki esaslara göre getirilecek sınırlamaların kanunla olması, bireysel çıkarla kamu yararı arasındaki dengeyi kurması gerekir. Kısaca devlet, temel amaç ve görevlerinin tanımlandığı AY madde 5'te ifadesini bulan *"... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* hükmüyle kişinin maddi ve manevi varlığının gelişiminde önemli katkısı olan mülkiyet hakkının da tesis ve devamını sağlamak zorundadır. Bu görevi yerine getirirken "özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna" olduğu esasından hareketle yapılacak sınırlama ve durdurmaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, bireyin ve kamunun kamu yararını objektif ölçütlerle ortaya koyması beklenir.

Olağan dönemlerde mülkiyet hakkının sınırlanmasıyla ilgili olan AY madde 13 dışında anayasa metninde sınırlamaya olanak veren düzenlemelerde bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin uygulaması ise yasama organının çıkardığı/çıkaracağı kanun ile mümkün olmaktadır. AY madde 43 ile kıyılardan yararlanmayı ve bu alanlarda özel mülkiyet kurulamayacağını, "Toprak mülkiyeti" başlıklı madde 44'te "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır...*" hükmüyle devletin, büyük toprağa sahip kişilerin mülkiyet hakkını sınırlandırabileceğini, "Kamulaştırma" başlıklı AY madde 46 ile özel mülkiyet altındaki taşınmazların kamu yararı amacıyla belirli koşullar altında kamunun mülkiyetine geçirilebileceğini, AY madde 47 ile kamu hizmeti niteliğindeki özel teşebbüslerin devletin mülkiyetine geçirilmesinin kanunla mümkün olacağını düzenlemektedir. Bunun yanında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması amacıyla özel mülkiyete sınırlamalar getirilebileceği AY madde 63'te, tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve

işletilmesi başlıklı AY madde 168, ormanların korunması ve geliştirilmesi başlıklı AY madde 169 ile özel mülkiyet ile ilgili sınırlamaların getirilmesi Anayasa tarafından öngörülmüştür. Yukarıda belirtilen düzenlemelerin yanında AY md 73 ile düzenlenen vergi ödevinin de mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanmasında kullanılması söz konusudur[27].

AY madde 35/2'de mülkiyet ve miras hakkının kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini son fıkrada ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının sınırlanmasının kanunla yapılması aynı zamanda hak sahibi için getirilmiş bir güvencedir. Kanun, yapılacak müdahalenin iç hukukta dayanağı ve müdahalenin ne şekilde yapılacağını düzenleyen dolayısıyla keyfiyeti ortadan kaldıran araçtır. Sınırlamanın kanuna uygun olması, kanunilik şartını sağlar. Kanun ile ifade edilen de şekli anlamda kanun anlayışıdır. Diğer bir ifadeyle yasama organı tarafından usule uygun olarak çıkarılmış kanun formatındaki genel, sürekli, soyut işlem ifade edilmektedir. Bununla birlikte AYM kararında, "*60. Hak ve özgürlüklerin ve bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir. Bununla beraber kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir*[28]. şeklinde belirtildiği üzere kanuna uygun olarak çıkarılmış yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemlerle de mülkiyet hakkına müdahaleler düzenlenebilir.[29]. Hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesi yasama organının bu tasarrufta bulunacağı anlamında kullanılmıştır. Kanunla sınırlanma, şekli ve organik anlamda kanunu işaret etmektedir. Buradan hareketle yürütme organının düzenleyici işlemleriyle temel hak ve özgürlüklerde sınırlama yapılamaz. Yasanın öngörmediği bir sınırlama yürütmenin düzenleyici işlemleriyle getirilemez. Ancak kanunla sınırlanma şartı yürütmenin kanuna dayalı olarak yürütmenin bu alanda "sınır-

---

27 ŞİMŞEK Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I", **TBB Dergisi**, 2010 (91), s. 198, 199.

28 Tahsin Erdoğan Başvurusu, No. 2012/1246, 6/2/2014 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/ 1246. Erişim Tarihi: 15.10.2021. Aynı gerekçeyi kullanan başka bir AYM Kararı için bakınız Celalettin Aşçıoğlu Başvurusu, No. 2013/1436, 6/03/2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa. gov.tr/ BB/2013/1436, Erişim Tarihi: 15.10.2021.

29 GEMALMAZ, s. 117-119.

lama ile ilgili ayrıntılara" ilişkin düzenleme yapmasına engel değildir[30]. Kanuni idare ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması durumunda idare bu sınırlamaların "uygulamaya aktarılmasında" mevcut şartlara uygun düzenlemeleri yapabilir[31].

Mülkiyet hakkının sınırlanmasıyla ulaşılmak istenen amaç ise kamu yararıdır. Kamu yararına ulaşmak için yapılacak sınırlamaların ise yukarıda belirtildiği üzere kanun metninde yer alması gerekmektedir. Sınırlama ile bireyin mülkiyet hakkında oluşan kaybın, kamu yararı gerekçesiyle bu sınırlamanın yapılmaması durumunda kamunun maruz kalacağı kayıptan daha küçük olması gerekmektedir[32]. Kamu yararı kavramını açıklamaya çalışırsak karşımıza farklı tespitler çıkmaktadır. Kamu yararının çağdaş bir masal olduğunu, devletin ya da egemenin "kutsanması" ve aynı zamanda bunların iktidarını pekiştirmek için kullanıldığı yaklaşımları mevcuttur. Ancak anayasa hukuku ve idare hukuku açısından kamu yararı kavramının işlevi bu şekilde tanımlanamaz. Anayasa hukukunda yasaların kamu yararına dayanması gerekir. Kamu yararı aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında da kullanılmaktadır. Kamu yararı kavramı Fransız İhtilalinden sonra kamu hukuku alanında kabul gören bir kavram olmuştur. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi madde 6; yasanın genel iradenin ifadesi olduğunu belirtir. Genel irade, kamu yararında birleştiğine göre genel iradenin ürünü olan yasa aynı zamanda kamu yararıdır. Yasaya dayalı olarak çıkarılan düzenleyici işlemlerinde yasaya uygunluğu aynı zamanda kamu yararına uygun oldukları sonucunu ortaya çıkarır[33].

Kamu yararı kavramı içerik açısından farklı şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır. Teorilerin bakış açısı ve dünyayı anlama şekilleri kamu yararı kavramının içeriğinin doldurulmasında da farklı tespitlerin[34] gündeme gelmesine sebep

---

30 GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, s. 342, 343.

31 ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 108.

32 AYM, Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, No. 2014/11994, 9/3/2017, GEMALMAZ, s. 139.

33 AKILLIOĞLU Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 2, s. 11-12.

34 Kamu yararının teorik olarak sınıflandırılmasında düşünürlerin tespitlerinden kısaca bahsetmek, günümüzdeki anlamlarının çıkış ve gelişim çizgisinin de daha rahat anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Hobbes için iyi ve kötü ile insanın çıkarı üzerine kurulu düzlemde, düzeni ve güvenliği sağlamak amacıyla ve insanların ortak iradesiyle kurulmuş olan "üstün iradenin" neyin kamu yararı olduğuna karar vermek yetkisi bulunmaktadır. Üstün iradenin kamu yararı kararının birey çıkarlarıyla çatışması mümkündür. Bu çatışma da kamu yararına üstünlük tanınmaması duru-

olmuştur. Kamu yararı kavramının zaman, yer ve işlev açısından devamlı değişim halinde olması, bireylerin yaşamıyla ve ihtiyaçlarıyla doğrudan ilişkili olması, sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel değerlerin doğrudan etkisi altında olması genel geçer bir tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır. Kısaca incelememiz gerekirse; Sosyalizm açısından kamu yararının tanımı ya da içeriği toplum için neyin iyi olduğuna yönetici grubun karar vermesi ile somutlaşmaktadır. Kamu yararının önceden planlanması ve uygulamaya konulması sosyalist düşünce sisteminde esası oluşturmakta, kamu yararı toplumun bütün alanlarını kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Marksizm için kamu yararı ise üretim ilişkileri üzerinden "toplum, iktidar ve sosyal bilinç" kavramları için öngörülen

---

munda üstün irade zayıflayacak bu ise bireylerin zarar görmesine neden olacaktır. Hobbes için kamu yararı ile ortak yarar kavramları da birbirinden farklıdır. Bireyin duyularını ve sezgisini öne çıkaran, duygu temelli değerlendirmeleri ve algılamalara göre bireyin moral değerlerinin oluştuğunu, bu durumlarda aklın ön planda olmadığını ileri süren David Hume ise bireylerin desteklediği bir yönetimin belirlediği şeyin kamu yararı olarak kabul edilebileceğini ifade eder. Tek tek bireylerin bir kamu yararı içeriği belirlemek yetkisine ve olanağına sahip olmadığını vurgulamaktadır. Faydacılığın kurucusu Jeremy Bentham ise toplumu, bireylerin toplamı olarak kabul eder. Toplum yararı ise onu oluşturan bireylerin yararlarının toplamından başka bir şey değildir. Bir eylemin toplum yararına olup olmayacağının belirlenmesinde bu eylemden bireyin alacağı "haz ya da acının" hesaplanmasının önemli olduğunu ifade eder. Haz alan bireylerin toplamı acı duyacak bireylerin toplamından fazla ise eylemin toplum yararına olduğunu belirtir. Yasama organının da toplum yararına karar verme durumunda bu şekilde bir hesap yapmasını bu hesabın somutlaştırılması için paranın değer olarak kullanılmasını söylemektedir. Yasama organının, "en fazla insanın en fazla mutluluğunu sağlayacak yönde kanunlaştırma" yapmasını önermektedir. Genel irade teorisinin savunucusu Rousseau ise bireysel çıkarların çatışma içinde olabileceğini ancak siyasi iradenin bireysel çıkarlardan birisini desteklemek değil, toplumdaki bütün bireylerin ortak çıkarlarını savunmak sorumluluğunu taşıdığını belirtmektedir. Genel iradenin toplumdaki tüm iradelerin birleştiği nokta olduğunu, genel iradenin varlığını sürdürdüğünde toplumda özgürlüklerin ve mülkiyet hakkının var olabileceğini savunur. Genel iradenin ürünü olan kanunlarında kamu yararının "kaynağı olmayıp işareti" olduğunu belirtir. Bu nedenle kanunlar, belirli bir grubun iradesini zorla kabul ettirmesinin aracı olmamalıdır. Kamu yararının esas dayanağı ise çoğunluğun değil bireylerin ortak iradesi olmalıdır. Kamu yararı kavramını belirlemede 20'nci yüzyıl başında "Pareto optimali" teoremi de kullanılmıştır. Teoreme göre topluluğun kamu yararının artması ya da sağlanması topluluk üyelerinden birisinin refahının artması buna karşılık diğerlerinin en azından hiçbirinde bir refah kaybı olmaması şartıyla mümkün olmaktadır. Dolayısıyla kimsenin refahında bir azalma olmadan bütünde yapılacak artış kamu yararı olarak tanımlanmaktadır. KORKUT Levent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı", s. 79-86, http://www.libertedownload. com/LD/ arsiv/44/06-levent-korkut-ozgurluklerin-bir-sinirlama-nedeni.pdf. Erişim Tarihi: 10.07.2021. Alman İdealizminin en önemli temsilcisi Hegel ise devleti bir araç değil amaç olarak tanımladığı ve hürriyetin temeli olarak kabul ettiği için devletin temsil ettiği yarar ile birey yararı çatışmasında üstünlük her zaman için devletindir. Devlet, bireyden devletin çıkarları için her zaman fedakârlık bekleyebilir. Bireyin çıkarı devlet çıkarıyla aynı yönde olduğunda koruma görmektedir. GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s. 227-228. Locke, "siyasal iktidarı mülkiyeti düzenlemek ve korumak için yasalar yapma; topluluğun gücünü bu yasaların uygulanmasında ve devletin dış zararlara karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları kamu yararı için yapma hakkı olarak" tanımlamaktadır. LOCKE John, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, 4. Baskı, Çev: Doç. Dr. Fahri Bakırcı, Tarcan Matbaası, Ankara, 2018, s. 11.

değerlere göre tanımlanmaktadır. Marksizm açısından özel yarar söz konusu olmadığına göre her faaliyet kamu yararı amacını taşımaktadır[35].

Liberalizm merkezli bir bakışla kamu yararı ile bireysel çıkarlar arasında denge kurmak için kamu yararının, bireysel çıkarların toplamı değil de "toplu-luğun paylaşılan ortak çıkarları" olduğu görüşü John Rawls ve Joseph Raz gibi faydacı liberaller tarafından savunulmaktadır. Toplumun bütününce paylaşılan çıkarlar ise otonomi, eşitlik, özgürlük ve adalet gibi değerlerdir. Kamu yararı bu değerlerin öncelikli olmasını sağlamak için kullanılacaktır[36]. Brian Barry ve Norman Barry ise temel hak ve özgürlüklere verilebilecek en az zararı gözeten bir yaklaşımla kamu yararını, bireylerin başka şekilde ulaşamayacakları ve bireysel çıkarlarına zarar vermeyen paylaşılmış topluluk çıkarları şeklinde tanımlamışlardır. Bu tanım günümüz açısından kamu yararının içeriğinin tespitinde de çıkış noktasıdır. Kamu yararının, genel geçer soyut bir tanımla belirlenmesinden ziyade ölçülülük ilkesini gözeten, hukuk devleti ilkesinin usulü güvencelerini öne çıkaran, somut olay özelinde yapılacak muhakemeyle belirlenmesi esas olmaktadır[37]. Liberal ekonomik sistemin esas olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kamu yararı kavramının tanımının yapılması yerine, temsil ettiği şeyler üzerinden belirlenmeye çalışılmıştır. Medeni haklar ve özgürlükler, tüketici hakları, çevre hakkı gibi kavramlar üzerinden güçlü ekonomik grupların çıkarlarına karşı bir denge unsuru olarak, sıradan vatandaşın veya kişinin haklarını korumak-dengeyi sağlamak kamu yararının içeriğini oluşturmaktadır. İngilizce hukuk sözlüklerinde ise kamunun genel refahını tanımayı ve korumayı garanti etmek, toplumun tamamı açısından yasamanın yaptığı düzenlemeleri meşru kılan şey olarak tanımlanmaktadır[38].

Counceil d'Etat tarafından yapılan bir çalışmada ise kamu yararı kavramı iki başlıkta, faydacı ve iradeci yaklaşım esas alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Faydacı bakış açısıyla kamu yararı, bireylerin yararlarının matematiksel toplamıdır. Burada ekonomik çözüm, siyasi çözüme göre önceliklidir.

---

35 ÇAKMAK Münci, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 178-183

36 Otonomi ile bireyin kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebileceği ve bunun sürekliliğinin sağlandığı bir ortam anlatılır. Bu şartın sağlanması ve sürekliliğinin temini kamu yararının varlığına işaret eder. UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 24.

37 KORKUT, s. 98.

38 REKOSH Edvin, "Who Defines the Public Interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe", **International Journal of Human Rights**, Year 2, Number 2, 2005, s. 169-170

Adam Smith tarafından savunulan liberal yaklaşım faydacı bakış açısının esasını teşkil eder. Bireyler serbest bırakılırsa kendi çıkarları peşinde çalışacaklar bu durumda da bireysel çıkarların toplamından kamu yararına ulaşılacaktır. Ancak bu sürecin hassas tarafı devlet işlevinin sınırlı olması nedeniyle "fırsat eşitliği'nin" sağlanamaması bu durumun ise sosyal barış ve gelişim açısından ortaya çıkardığı sorunlardır. İradeci yaklaşımda ise kamu yararı birey çıkarlarının toplamı değil "genel iradenin" ortaya koyduğu tespittir. İradeci düşüncede bireyin yurttaş olması ve bu sıfatı ile de öncelikle yurttaşı olduğu topluluğu düşünmesi ve ona öncelik tanıması doğal olandır. Kamu yararı genel iradenin ürünü olan kanun ile somutlaşır[39].

Kamu yararının herkes tarafından kabul edilen bir tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte kamu yararının ne olacağına karar verecek organ Anayasa gereği yasama organıdır. İdari faaliyetlerde genel amaç kamu yararı olduğuna göre Kişisel bir amacın, üçüncü kişiler lehine bir amacın ya da siyasal bir amacın güdülmüş olması amaç unsurunu hukuka aykırı hale getirir[40]. Kamu yararı, bireylerin bir araya gelerek oluşturdukları toplumun varlığının devamıyla ortaya çıkan faydadır. Kamu yararının ne olacağına da toplumda kural koyma yasa yapma yetkisine sahip olan yasama organı karar verir. Kamu yararının tespitinde öne çıkan ise "çoğunluğun yararı" ve "hakkın niteliksel üstünlüğü" ölçütleridir[41]. Kamu yararı hizmetin niteliğine göre tanımlanabilecek bir kavram değildir. Kavram tanımlanırken üç görüş öne çıkmaktadır.

---

[39] KAYA Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararına Danıştay'ın Bakışı**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 17-18. AYM önündeki bir iptal davasında kamu yararıyla ilgili olarak; "102. *Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz*." tespitinde bulunmuştur. E. 2018/99 K.: 2021/14 Karar Tarihi: 3/3/2021 R.G. Tarih-Sayısı: 7/5/2021-31477 https://norm kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/14 (Erişim Tarihi: 11.07.2021).

[40] ATAY E. Ethem, s. 516-517.

[41] SANCAKDAR Oğuz / ÖNÜT Lale Burcu / DOĞAN Eser Us / KASAPOĞLU TURHAN Mine / SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 8. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 302. Hegel'in devlet kuramında "evrenseli belirleyen ve kuran güç olarak" yasama organı, genel ve özel çıkarı bağdaştıran esas unsurdur. AKBULUT Örsan Ö., **Siyaset ve Yönetim İlişkisi, Kuramsal ve Eleştirel Bir Yaklaşım**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 31.

Liberal düşüncede devletin işlevi savunma, güvenlik ve adalet alanlarında somutlaşmaktadır. Liberal bakışta devlet siyasal açıdan bir arada yaşamayı sağlamalıdır, diğer alanlar bireylere aittir. Buradan çıkan ise kamu yararının sadece devlete tanınan alanlar için kabul edildiğidir. Müdahaleci görüş ise halkın ortak ihtiyaçlarına vurgu yaparak bu ihtiyaçların karşılanmasında kamu yararının olduğunu savunur. Diğer bir görüş ise kamu yararının devletin yetkili organları tarafından tespit edilmesini savunmaktadır. Mevcut görüşler sonucunda varılan ise kamu yararının bilgi alanı içinde tanımlanabilecek bir kavram olmasından öte değer yargılarının ve göreceliliğin geçerli olduğu bir içeriğe sahip olması, zamana ve topluma göre değişebilir olmasıdır. Bu özelliği nedeniyle kamu yararının varlığı ya da yokluğu devletin ilgili organı tarafından tespit edilmeli ve bu çerçevede kamu hizmeti kurulmalı veya kaldırılmalıdır. Netice olarak "bir faaliyette kamu yararı bulunup bulunmadığını tespit etmenin objektif ve bilimsel bir yolu yoktur"[42].

1. Kamulaştırma İşleminde Kamu Yararı Kararı ve Dayanağı

Kamulaştırma işleminde kamu yararına karar verilmesi kamulaştırma işleminin idari aşamalarından ikincisini oluşturmaktadır. İlk aşama 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu madde 3/4 gereği kamulaştırma için yeterli ödeneğin temin edilmiş olmasıdır. Kamu yararı kararı verecek makamlar 2942 sayılı Kanun madde 5'te, kamu yararı kararını onaylayacak makamlar ise madde 6'da düzenlenmiştir. Kamu yararı kararının kamulaştırma işleminin sebep unsurunu oluşturduğu tek başına kamu yararı kavramının ise idari işlem değil hazırlık işlemi olduğu ifade edilmektedir[43]. İdari işlemin nedeninin idare tarafından somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. İdarenin yetkisini kullanması ancak nedenin varlığına bağlıdır. Yasa, yetkinin veriliş nedenlerini belirtmediğinde, yasanın amacına bakılarak nedenlerin somutlaştırılması gerekir. Yasanın belirledikleri dışında idare tarafından yeni nedenler yaratılamaz. Nedenin varlığı konusunda idare gerekli incelemeyi yapmak durumundadır. Bu araştırmanın nesnel ve tam yapılmaması idari işlemin iptalini gerektirir[44]. 2942 sayılı kanunun amacı madde 1'de "*Bu Kanun; ka-*

---

[42] GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku** Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 223-227. GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 20. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018, s. 478.

[43] AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 639

[44] KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 433-438.

mu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler." şeklinde düzenlenmiştir. 2942 sayılı Kanun madde 3'te ise "*İdareler, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.*" düzenlemesiyle kamu hizmetini yerine getirebilmek için kamulaştırma yapılabileceği vurgulanmaktadır. Kamu yararının somutlaştırılması kamu hizmeti kavramıyla mümkündür. Kamu hizmetinin varlığı, öncelikle kamu yararının öne çıktığı alanların tespitiyle mümkündür. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ilk bakışta kamu yararının olacağı alanların ya da durumların tespiti karar alma yetkisini kullanan yasama gücünün tasarrufu altındadır. Yasama organı bu tespitleri ve kamu yararına nasıl ulaşılacağını yasa ile ortaya koymaktadır. Yasama gücünün de üstünde kamu yararı tespiti anayasa tarafından yapılmaktadır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar bölümünün üç numaralı alt başlığı kamu yararıdır. Anayasamızda kamu yararı, sosyal devlet ilkesi gereği pozitif statü hakları bölümünde bireye talep etmek, devleti de bu talebi yerine getirme yükümlülüğü altına koyduğu durumlardan bir kısmını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Anayasamızda kamu yararı başlığı altında sıralanan; kıyılardan yararlanma, toprak mülkiyeti, tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması, kamulaştırma, devletleştirme ve özelleştirme dışındaki konularda da kamu yararı var mıdır sorusunun cevabı da evet olacaktır. Anayasa madde 5'te devlete verilen görevler düşünüldüğünde bunların ifası yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanır ve kurgulanırsa bunun dayanağı kamu yararının varlığı olacaktır. Anayasadaki genel esaslar ve temel hak ve özgürlükler, anayasa koyucunun kamu yararını somutlaştırdığı konular olarak da açıklanabilir.

Kamu yararının içeriğinin ne olması gerektiği ya da gerekeceği üzerinde durulurken cevaplanması gereken, sosyal devlet niteliğinin kavram üzerindeki etkisinin ne olduğudur? Sosyal devleti açıklarken vurgulanması gereken, liberal hukuk devletinin diktatörlüğe gidişinin ancak sosyal hukuk dev-

leti olmak ile engellenebileceği tezidir. Bunun temelinde ise liberal hukuk devletinin şekli eşitliği esas alması bunun da ekonomik olarak güçlü olanların üstünlüğünü ortaya çıkardığı, sosyal hukuk devletinde ise yasa koyucunun zayıf olanların özgürleşmelerine olanak sağlayacak yasalarla onları koruması düşüncesi yatmaktadır. Sosyal devlet bu yolla toplumsal barışı ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirecek bir düzlemi vaat etmektedir. Sosyal hukuk devletinde, ilk olarak maddi ve manevi-kültürel değerlerin dağıtımında ve dengelenmesinde devletin görevi vardır. İkincisi temel hak ve özgürlüklerin kullanımından herkesin gerçekten eşit şekilde yararlanmasını sağlamak yine devletin görevidir. Üçüncü olarak da devlet, demokrasi yoluyla toplum içindeki dengeyi ve "homojenliği" sağlamakla yükümlüdür. Ancak üçüncü işlevin özellikle homojenliği sağlama işlevi tartışmalıdır. Sosyal düzenin tesisinden sorumlu olan devletin bu işlevi yerine getirirken değerlerin dağıtımını göz ardı etmesi söz konusu olamaz. Ekonomik gücün bir yerde toplanmasını, bu gücün kötüye kullanımını ekonomik ve sosyal anlamda güçsüz ya da zayıf kesimlerin bu durumdan dolayı karşı karşıya kalacağı tehlikeleri hafifletmek sosyal hukuk devletinin görevidir. Adaletin temini, hukuk devletinin şartlarından birisi olsa da sosyal devlet olmadan bunun sağlanması söz konusu değildir[45].

Sosyal devlet veya refah devleti[46] niteliği, devletin "sosyal barış ve sosyal adaleti" sağlamak adına sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak dahil olması, müdahale etmesidir. Anayasamızda devletin ekonomik hayata müdahalesi genel bir görev olarak yer almasa da AY. madde 5 devletin temel amaç ve görevleri, madde 48 çalışma ve sözleşme hürriyeti, madde 166 planlama; ekonomik ve sosyal konsey, madde 167 piyasaların denetimi ve

---

[45] GÖREN Zafer, "Sosyal Devlet", s. 5, https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Z.Goren1.pdf (Erişim Tarihi: 30.05.2021).

[46] Refah devleti, herkese çağdaş bir yaşamı ve geçim seviyesini sağlayabilen gelişmiş bir ülkeyi anlatmaktadır. Refah devleti sosyal devleti de kapsarken, sosyal devlet her zaman refah devletini kapsamamaktadır. PEKTAŞ Zafer, DERDİMAN Ramazan, "Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Sosyal Devlet Anlayışının İçeriği ve Değeri", s. 27, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/727971. Erişim Tarihi: 27.06.2021. Sosyal devlet ve refah devlet birbiri yerine kullanıldığı gibi her ikisinin ayrı anlamlar içerdiği de savunulur. Sosyal devlette toplum merkeze alınırken odak noktasını toplum oluştururken, refah devletinde odak noktasında birey bulunmaktadır. Kara Avrupası sosyal devlet kavramını, Anglo-Sakson ülkeler ise refah devleti kavramına vurgu yapmaktadırlar. AKYILDIZ Fulya, "Sosyal Devlet Tarihe Gömülürken "Kamu Yararı" ve "Sosyal Hizmet" Kavramlarını Yeniden Düşünmek", s. 46, https://www.researchgate.net/publication/ 332864291 _Sosyal_ Devlet_Tarihe_Gomulurken_Kamu_Yarari_Ve_Sosyal_Hizmet_Kavramlarini_Yeniden_Dusunmek (Erişim Tarihi: 26.06.2021).

dış ticaretin düzenlenmesi, madde 168 tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi, madde 172 tüketicilerin korunması düzenlemeleri, müdahale görevini devlete vermektedir. Sosyal devlet niteliğinin somutlaşması ise insan haysiyetine yaraşır asgari hayat düzeyinin temini için alınacak tedbirler (AY madde 49, 56, 57, 60, 61), vergide adaletin sağlanması (AY madde 73), kamulaştırma ve devletleştirme (AY madde 46, 47), planlama (AY madde 166), sosyal haklar (AY madde 48, 51, 54) olarak sınıflandırılabilecek "hukuksal araçlar" kullanılarak sağlanmaktadır[47].

2942 sayılı Kanun madde 6'da kamu yararı kararı alacak makamlar sayılarak belirtilmiştir. Kamu tüzel kişilerinden beklenen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamulaştırma yetkisine sahip olup olmadıkları kendi kanunlarında düzenlenmektedir. Bunun yanında 2942 sayılı Kanun, madde 6'da kamu yararı kararı alacak makamları belirterek dolaylı da olsa yetkili kamu tüzel kişilerini de işaret etmiş olmaktadır. Kamulaştırma yetkisi kamu hizmetinin yerine getirilebilmesinin bir aracı ve kamu gücü ayrıcalığıdır. Buradan hareketle, kamu tüzel kişisinden beklenen kamu hizmetlerinin ifası dışında bu yetkinin kullanımı söz konusu değildir. Kamu tüzel kişiliğinden beklenen görevlerin kanunda açıkça sayılarak belirtilmesi aynı zamanda ilgili kamu tüzel kişiliğinin bu yetkiyi kullanabileceği alanları da tespit etmektedir. Kamu yararı kararı alan kamu tüzel kişiliğinin kamu yararı kararı alırken dayanması gereken esaslar nelerdir? Bu sorunun cevabı yapılacak kamu hizmetinin niteliği göz önüne alınarak farklılaşabilir. Bununla birlikte kamulaştırma ihtiyacının nesnel şekilde ortaya konmasındaki genel esaslar açısından bir ortalama olmalı mıdır? Kamulaştırma ihtiyacı neden ortaya çıkar?

Anayasa madde 46'da kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yapılabileceği belirtilmiştir. Kamu yararı hangi durumlarda ortaya çıkar? Cevap en geniş şekilde Anayasa madde 5'te devlete verilen görevlerin yerine getirilmesiyle ortaya çıkacağı şeklinde verilebilir. Devlet, Anayasa madde 5'teki amaçların yerine getirilmesinde bir araç ise kamu yararı da kamunun her bireyine maddi ve manevi varlığını geliştirecek ortamın sağlanmasıyla ulaşılacak olandır. Bu cevap elbette soyuttur. Anayasadaki diğer düzenlemeler, bu soyut durumun parça parça somutlaşmasında devletin icracı ya da planlamacı/düzenleyici olarak görevlerini ortaya koymaktadır. Devletin bütün faaliyetleri kamu yararı amacı dışında başka bir amaç güdemez.

---

47 ÖZBUDUN, s. 140-156.

Anayasanın genelliği ve soyutluğu öncelikle buna engeldir. Kamu yararına ulaşmak amacıyla yapılması gerekenler ise kamu hizmeti olarak adlandırılabilir. Kamu hizmetinin sunumunda asıl sorumlu devlet olmakla birlikte, devlet farklı kamu hizmetlerinin sunumunu kanuni düzenlemelerle diğer kamu tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri eliyle yapmaktadır. Kamu yararına ulaşmadaki araç olarak karşımıza kamu hizmeti kavramı çıkmaktadır.

Kamu hizmeti idare hukuku yazınında tanımı zor olan bir kavramdır. Kamu hizmeti kavram olarak ilk kez Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1873 tarihli Blanco kararıyla kullanıma girmiştir[48]. Çalışmamızın çerçevesi nedeniyle kamu hizmeti tanımındaki eğilimlere ve farklılıklara yoğunlaşmadan yüksek mahkemelerin tanımlarıyla yetinilecektir. Danıştay kamu hizmetini kararlarında, "*devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*" şeklinde tanımlamıştır. AYM'de Danıştay'ın yukarıdaki kamu hizmeti tanımını kararlarında vurgulamaktadır[49]. Kamu hizmeti bir etkinlik olarak alındığında bu etkinliklerin neler olduğu ve kim tarafından yerine getirileceği sosyal ve siyasi durum ile siyasi otorite olan yasama organının Anayasadaki esasları dikkate alarak çıkardığı yasalarla somutlaşmaktadır. Anayasa madde 123'te kamu hizmetlerinin kanunla kurulacağını belirtmektedir. Kamu hizmeti kanunla kurulurken, hizmeti yerine getirecek teşkilat ve diğer esaslarda kanunla belirlenmektedir[50]. Kamu hizmeti olarak hangi etkinliklerin kabul edildiği ve hangi kamu tüzel kişiliği tarafından yerine getirileceği yanında ilgili kamu tüzel kişiliğinin kamu hizmetini yerine getirebilmesi için kullanacağı yetkilerde tanımlanmaktadır. Kamulaştırma yetkisi de ilgili kamu tüzel kişiliğini düzenleyen kanunda düzenlenebileceği[51] gibi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu madde 3 **"***İdareler, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle*

---

48 KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 89.

49 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 545, 546.

50 ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 242, 243

51 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 15 h) "*Mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmek*".

yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler." ile genel bir yetki olarak da tanımlanmaktadır. İdarenin kamulaştırma yetkisini, kendisine verilmemiş bir kamu hizmeti için kullanması hukuka aykırıdır. Kamulaştırma yetkisinin varlığı bazı kamu tüzel kişilerinde kamu hizmetinin yapılacağı yer bakımından da sınırlanmaktadır[52]. Dolayısıyla kanunda tanımlı kamu hizmetine duyulan ihtiyaç ve bu hizmetin diğer hizmetlere göre önceliği kamulaştırma yetkisinin kullanımının da ön şartıdır. Kamu hizmetinin görümü ile ulaşılacak kamu yararı, Anayasada devletin kurulmasıyla beklenen amaca hizmet etmekle birlikte ilgili kamu kurumunun meşruiyetine de katkı yapacaktır. Kamulaştırma yetkisinin kullanımı ise kamu hizmetinin ifası için mülkiyet hakkına müdahalede kamu yararının olup olmadığının tespitine bağlıdır.

Kamu yararının nasıl tespit edildiği kamulaştırma açısından "esas ve temel" unsurdur. Kamulaştırma işleminin sebep ve maksat unsurunun ortaya konulması ve her iki unsurun da kamu yararına hizmet etmesi gerekir. Kamu yararı kararı (umumi menfaat) şart işlem niteliğindedir. Kamu yararı kararı kamulaştırmanın diğer aşamalarının da sebebini oluşturur. Kamu yararı kararında sakatlık kamulaştırmanın diğer aşamalarının hukuka uygunluğunu ortadan kaldırır[53]. Kamu yararı kararı soyuttur. Kamu yararı amacıyla idarenin yapacağı işin belirlenmesi kamu yararının içeriğini oluşturmaktadır. İşin nerede hangi taşınmaz üzerinde yapılacağının belirlenmesi ise kamulaştırma kararı ile açıklığa kavuşur. Neticede kamulaştırma kararı somuttur. Kamu yararı kararının şart işlem niteliği herhangi bir kişiyle ilgili olmamasından ileri gelmektedir. Ayrıca kamu yararı kararı, idare için de kişi için de kazanılmış hak oluşturmaz. Bununla birlikte kamu yararı kararı icrai bir işlem olduğu için yargısal denetime konu teşkil eder, kamu yararı kararının iptali ile kamulaştırma işlemi hukukiliğini kaybeder[54]. Kamu yararı kararı ile idare, yükümlü olduğu kamu hizmetini yapması için özel hukuk kişileri mülkiyetinde olan bir taşınmaza ihtiyacı olduğuna karar verir[55].

---

52 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 632.

53 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: III, Üçüncü Bası, Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1527-1529.

54 GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 887.

55 ATAY, s. 824.

Kamu yararı kararı, kanunla idareye verilen görevlerin ifasından önce alınması gereken bir karardır. Bu çerçevede kamu yararının dayanağı, kamu hizmetinin idare için görev olarak tanımlandığı kanundur. İdarenin kanuniliği ilkesi doğal olarak bunu gerektirir. Ancak kamu hizmetinin sunumu için gereken şartların ortaya çıkması ayrı, bu hizmetin sunumu için bir taşınmazın idarenin mülkiyetine geçirilmesinde kamu yararının bulunduğu kararı ayrı durumlardır. Örnek olarak bir karayolu yapımına idarenin karar vermesi için belirli durumların ortaya çıkması gerekir. Trafiği rahatlatmak, ulaşım süresini kısaltmak, yerleşim yerlerinin ya da sanayi tesislerinin ulaşım ihtiyacını karşılamak, teknolojinin gelişmesiyle daha kısa bir güzergâhın ulaşıma açılma imkânının bulunması şeklinde kamu hizmeti ihtiyacının ortaya çıkma örnekleri sayılabilir. Bu hizmetlerin yapılabilmesi için ihtiyaç duyulan taşınmazlar, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde ise bunların idarenin mülkiyetine geçirilmesi hizmetin sunumu için zorunludur. Kamu yararı buradadır. Yapılması düşünülen kamu hizmetinin AY madde 5'te devlete verilen görevin ifası ve yasama organının çıkardığı kanunla uyum içinde ve yapılmasının zorunlu olduğuna ilgili idare karar vermektedir. Bu kararın isabetli olma derecesi devamında alınacak kamu yararı kararı açısından hukuka uygunlukla ilgili bir sorun içerir mi? Yoksa kamu hizmetinin ifası için taşınmaza ihtiyaç duyulması kamu yararı için gereken hukuka uygunluğu sağlamak için yeterli midir? Kamu hizmeti ile ortaya çıkacak kamu yararı başka bir kamu yararı ile çatışıyorsa kamu yararı kararı hukuka uygun olma niteliğini devam ettirecek midir? Kamu hizmetinin sunumu için gereken şartların oluşup oluşmadığı yargısal denetime konu olabilir mi? Bütün bu sorular, kamu yararı kararının hukuka uygunluğunun tespitinde sorulabilir. bu soruların cevabı çalışmanın devamında verilmeye çalışılacaktır.

A. AİHM Kararlarında Kamulaştırma ile Mülkiyet Hakkına Müdahalede Esaslar-Tespitler

AYM'nin kamulaştırma konulu bireysel başvuru[56] ile ilgili verdiği kararda atıf yaptığı AİHM'nin AİHS ek 1 No.lu Protokol madde 1 temelinde verdiği kararlarından bazıları şöyledir. Kamulaştırma işlemi ile güdülen kamu yararının sağlanıp sağlanmadığı konusu, AİHM kararlarında AİHS Ek 1 No.lu Protokolün 1'inci maddesi esas alınarak değerlendirilmektedir[57]. AİHM, özel kişilere menfaat sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına müdahalenin kamu

[56] AYM Hasan Uçar, B. No: 2018/1901, 26/5/2021.

[57] James ve diğerleri/Birleşik Krallık [GK], (B. No: 8793/79, 21/2/1986).

yararı amacı taşımadığına karar vermiştir. Sağlık merkezi yapımı şartıyla belediyeye bağışlanan taşınmazın bir bölümünün bağışlanma şartı göz ardı edilerek kamu hizmetinden çıkarılması ve üçüncü kişilere satılması olayında Yargıtay, 2942 Sayılı Kanun madde 35 gereği malikin geri alım hakkının olmadığını, mülkiyetin el değiştirmesi nedeniyle ve taşınmazın bir bölümünün kamu hizmetine ayrıldığını belirterek malikin talebini reddetmiştir. AİHM, bu kararın, kamu yararının gerekleri ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozduğunu belirtmiştir. 2942 sayılı Kanun madde 35'in AİHS ek Protokol madde 1'e aykırı olduğunu da vurgulamıştır[58]. Başka bir davaya konu olayda ise başvurucunun kamulaştırılan taşınmazı kısmen kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmış, kullanılmayan kısım ise başvurucu tarafından idareden talep edilmiş, talep reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucu tarafından iç hukukta açılan davalar derece mahkemelerince reddedilmiştir. AİHM, kendi önüne gelen bahse konu olayla ilgili davada, kamu hizmeti için kullanılmayan taşınmaz kısmının geri iadesi ile ilgili olarak ilgili ülkenin iç hukukunda bir düzenlemenin olmamasını, mülkiyet hakkına saygı açısından önemli bir sorun olarak kabul etmiştir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakılma, kamu yararına dayalı meşru bir amacın bulunmaması durumunda mülk sahibinin aşırı bir yük altında kalması sonucunu doğurmaktadır. Burada da mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki "adil denge[59], başvurucu aleyhine bozulmuştur"[60]. Kamu yararıyla mülkiyet hakkının karşı karşıya geldiği bir diğer davanın konusu kısaca şöyledir; Ukrayna Kiev'de yaşayan başvurucunun maliki olduğu evinin avlusunda tek araçlık bir garajı bulunmaktadır. Garaj'ın mülkiyetinin başvu-

---

58 Karaman/Türkiye (B. No: 6489/03, 15/1/2008).

59 AİHS EK Protokol 1 md 1 ilk cümle; "Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir." gereği toplumun genel yararı ile bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulmuş olması gerekir. Adil denge kavramı aynı zamanda AİHS'nin tamamı içinde geçerlidir. AİHM'nin mülkiyetle ilgili davalarında adil denge ile ölçülülük kavramaları aynı anlama gelmektedir. Daha da ileri gidilirse ölçülülük, adil dengenin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. AİHS'de hakların sınırlandırılmasında kullanılan ölçülülük ilkesiyle Kara Avrupası sitemindeki ölçülülük ilkesi ise farklı anlamlardadır. AİHS açısından adil denge kavramı Anglo Sakson hukukundaki anlamıyla ölçülülüğü de içine alarak kullanılan bir kavramdır. AİHM, taraf devletlerin, bireylerin mülkiyet hakkına müdahalelerinin 1 No.lu Protokol madde 1 cümle 1' deki esasa uygun olup olmadığını, diğer ifadeyle taraf devletin takdir marjını, adil dengenin kurulup kurulmadığını kontrol etmektedir. AİHM, kamunun genel talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını, bireyin bu dengeyi bozacak bir külfetle karşı karşıya kalıp kalmadığını araştırmaktadır. Bireyin aşırı külfetle karşı karşıya kalması ise adil dengeyi bozmuş olacaktır. GEMALMAZ H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge "İlkesi", **İÜHFM** C. LXIX, S. l-2, 2011, s. 654 vd.

60 Beneficio Cappella Paolini/Malta (B. No: 40786/98, 13/7/2004).

rucuya ait olduğuna dair Ekim 2002 tarihli belediyeden alınmış bir belge de mevcuttur. Mayıs 2003 tarihinde başvurucunun garaj olarak kullandığı alanın başvurucuya ait olduğunu gösteren belgenin geçerli olmadığını başvurucunun garajı yasal dayanağı olmadan kullandığı, Belediye tarafından bildirilmiştir. Belediye ayrıca hukuka aykırı olan garajın yıkılacağını ancak garaj için alternatif bir alan ya da yerin olmadığını belirterek başvurucuya parasal tazminat teklif etmiştir. Başvuran, tazminat sözleşmesine yapmak için evraklarıyla birlikte Belediyeye davet edilmiştir. Tazminatın reddedilmesi durumunda, Belediye dava açacaktır. Başvurucu tazminat konusunda Belediye ile anlaşamamıştır. Uyuşmazlık, 2003 yılında yargı önüne götürülmüş 2007 yılında Ukrayna Yüksek mahkemesi, başvuranın garajın olduğu alanı boşaltması kararını onaylamıştır. Başvurucu uyuşmazlığı AİHM önüne getirmiştir. AİHM öncelikle kamu otoritesinin başvurucunun hakkına yaptığı müdahalenin ölçülü ve kamu yararına olup olmadığını incelemiştir. Başvuran, kamu otoritesi tarafından mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin pahalı apartmanlar yapmak ve satmak için yapıldığı, bu inşaatlarla Kiev merkezindeki nüfusun artacağı ve alt yapının üzerindeki basıncın da çoğalacağı iddiaları Ukrayna devleti tarafından yanıtlanmamıştır. AİHM, yerleşim ve imar anlamında gelişme ve ilerlemeyi sağlama kamu yararını taşısa da hiçbir faaliyetin, kişiyi karşılıksız olarak mülkiyet hakkından mahrum bırakamayacağını belirtmiştir. Ayrıca iç hukuk yolundaki mahkemelerin, başvuranın kamu otoritesiyle tazminat konusunda müzakere yapmadan doğrudan dava açtığı için başvurana bir lütuf olarak sunulan tazminat hakkından vazgeçtiğini kabul ettiklerini ve buna göre karar verdiklerini vurgulamıştır. Gerçekte başvurucuya tazminatın nasıl teklif edileceği görüşmelerin nasıl yapılacağı ve tazminatın nasıl hesaplanacağı konusunda da belirlenmiş usul kuralları da mevcut değildir. Bu konuda davalı devletin bir cevabı ve yorumu da bulunmamaktadır. Sonuç olarak AİHM, başvurucuya belirli bir tazminatın teklif edilmemiş olması nedeniyle AİHS 1 Numaralı Protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiği kararını vermiştir[61]. AİHM, bahse konu davada da adil denge testini uygulamış ve iddia edilen kamu yararı ile malikin maruz kaldığı yük arasındaki dengeyi sorgulamıştır. Malikin maruz kaldığı yük göz önüne alındığında burada adil dengeden bahsetmek anlamlı değildir. Farklı bir bakış açısıyla kamu yararı ile maruz kalınan yük arasındaki adil dengenin bozulması kamu yararı kavramının da anlamını yitirmesine yol açmaktadır. Hakların korunduğu, adaletin tesis edildiği durumlarda kamu yararı amacına gerçekten ulaşılabilir.

---

[61] Svitlana Ilchenko v. Ukraine (application no. 47166/09)

Fransa'ya karşı açılan bir davada ise olay; kamulaştırılan taşınmaz üzerinde idare tarafından kamulaştırma tarihinden itibaren on dokuz yıl geçmesine rağmen herhangi bir inşaatın yapılmamış olmasıdır. İdarenin, kamu yararı amacına aykırı bir şekilde taşınmazı kullanılmadan elde bulundurması arsa spekülasyonu konusunu da gündeme getirmektedir. AİHM, kamu yararı için idare tarafından uygulanması gereken projenin uygulanmadığını bu süre içinde taşınmazın değerinin ise arttığını dolayısıyla başvurucu açısından aşırı bir külfete katlanma yükümlülüğünün ortaya çıktığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[62]. Aynı konuda Türkiye'ye açılan davada ise kamulaştırmanın usulüne uygun yapıldığı konusunda tarafların bir itirazı olmamakla birlikte kamulaştırma tarihinden itibaren yirmi bir yıl geçmesine rağmen kamulaştırılan taşınmaz üzerinde idarenin herhangi bir faaliyeti söz konusu değildir. AİHM, yapılan kamulaştırmanın artık bir kamu yararına dayanmasının söz konusu olmadığını çünkü taşınmazın kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmadığını belirtmiştir. AİHM, bahse konu davada da kamu yararı ile başvurucu arasında başlangıçta mevcut adil dengenin bozulduğuna karar vermiştir[63]. Bu kararlar, kamu yararı ile yapılan kamulaştırmadan sonraki süreçte, kamu hizmetinin taşınmaz üzerinde sunumu için idarenin makul bir süre ile sınırlı olduğunu göstermektedir. Makul süre elbette somut olaya göre değişebilir olmakla birlikte, idarenin keyfiyetine engel olması bakımından önemlidir ve yargı yerleri tarafından dikkate alınmaktadır.

AİHM'nin kamu yararına yönelik olarak kabul ettiği müdahalelerden bazıları, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği, çevrenin ve hayvanların korunması, şehir planlaması, kültür varlıklarının korunması, suçla mücadelede müsadere ve el koyma tedbirleri, vergisel müdahaleler, ticari ve ekonomik hayatın regülasyonu, diplomatik yükümlülükler şeklinde sıralanabilir. Sayılan nedenlerle mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin kamu yararı amacını taşıdığı AİHM tarafından kabul edilmektedir[64]. Çalışmamızın konusu açısından kamu yararının kapsamı ile ilgili güncel AİHM kararlarında şehir ve bölgelerin imar planları ve bunların geliştirilmesinde ve çevrenin korunmasında kamu yararının bulunduğu kabul edilmektedir. Hem bireysel hem de ticari olarak konut yapma ile ulaşılacak kamu yararının, çevrenin

---

62 (Motais de Norbonne/Fransa, (B. No: 48161/99, 2/7/2002).

63 Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye (B. No: 37546/02, 8/4/2008).

64 GEMALMAZ Burak, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, s. 135, 136.

korunmasıyla ulaşılacak kamu yararı kadar güçlü ve öncelikli olmadığı açıktır. Kültürel mirasın korunması ve uygunsa sürdürülebilir kullanımı, bir bölgenin tarihi, kültürel ve sanatsal köklerinin korunması taraf devletlerin görevidir. AİHM, AİHS'nin çevrenin korunması için tasarlanmadığını ancak günümüzde çevre ile ilgili konuların ekonomik ve mülkiyetle ilgili hak ve çıkarlardan öncelikli olarak değerlendirilmesi gereğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte AİHM, taraf devletlerin yasama organlarının kamu yararı kararlarına bu kararlar makul bir temelden yoksun olmadıkça saygılıdır[65].

Kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkına müdahalede kamu yararı kavramı, AİHM ve AİHS açısından adil dengenin sağlanması şartıyla kabul edilen bir durumdur. AİHS'ne taraf devletlerin bu alandaki kamu yararı tanımları kendi iç hukuklarında tanımlanmıştır. Bu tanımlar AİHM tarafından kabul edilmekle birlikte somut bir davada kamu yararının makul gerekçesinin açıklanması önemlidir. Makul gerekçede kamulaştırma işleminin başlangıcında olması gereken kamu yararının adil denge ile sağlamasının yapılması ve bu dengenin mülkiyetin idareye geçmesinden sonra da idareye güveni devam ettirecek şekilde makul süre devamını gerektirmektedir. Yukarıda örnek olarak verilen AİHM'si kararları dikkate alındığında kamulaştırma işleminin gerekçesini oluşturan kamu yararının varlığı adil denge testiyle ortaya konmalıdır. Kamunun talebi sonucu bireyin mülkiyetten yoksun kalması, bireye verilecek olan tazminat ile belirli bir dengeye oturmuş olmaktadır. Kamulaştırma işleminin devamında idarenin eylem ve işlemleri ile dengenin devamı ve idareye güven sürdürülmelidir. İdare kamulaştırma işleminin sebebini oluşturan kamu hizmetini makul süre içinde sunmalı ya da gereklerini yerine getirmelidir. Buna karşılık taşınmazın idareye geçmesinden sonra kamulaştırma gerekçesini ortadan kaldıracak idari işlemler ve eylemler sürecin başında kurulmuş olan adil dengeyi taşınmazın eski maliki aleyhine ortadan kaldıracak, idarenin kamulaştırmada kullandığı kamu gücü ayrıcalığının da meşruiyetini ve hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirecektir. AİHM'nin kararlarında vurguladığı, bireyin maddi ve manevi varlığının gelişiminde temel haklardan birisi olan mülkiyet hakkına müdahalenin meşruiyeti kamu yararına ulaşma ile tesis edilir. Taraf devlet bu meşruiyeti ortadan kaldıracak doğrudan ya da dolaylı işlem veya eylemlerden kaçınmalıdır. Çevrenin korunması gereğinin, mülkiyet hakkına yapılacak farklı kamu

---

[65] Council of Europe, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of property, Updated on 30 April 2021 s. 27-29 https://www.echr.coe.int/ Documents/Guide _Art _1 _Protocol_1_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

yararı güden müdahaleleri sınırlayabileceği durumu ise günümüzde dünyanın yaşadığı çevresel felaketler dikkate alındığında AİHM tarafından bir olgu olarak kabul edilmektedir. Çevrenin ve çevreyle ilgili değerlerin korunması kamu yararı, diğer bireysel, sosyal ya da ekonomik kamu yararlarından daha öncelikli olarak kabul edilmektedir. Taraf devletlerin, mülkiyet hakkına müdahalelerinde güttükleri kamu yararı ile çevrenin korunması kamu yararı karşılaştırılmasında yaşamın sürdürülebilirliği, çevrenin korunmasına öncelik vermeyi zorunlu kılmaktadır. AİHM kararları dikkate alındığında çalışmamızın 6 numaralı başlığının son paragrafında sorduğumuz soruların cevapları da somutlaşmış olmaktadır.

B. AYM Kararlarında Mülkiyet Hakkına Kamulaştırma ile Müdahalede Kamu Yararı ile İlgili Tespitler

AYM'nin 2020 yılı raporunda şimdiye kadar verdiği ihlal kararlarında adil yargılanma hakkından sonra en fazla ihlal kararı verilen temel hak ve özgürlüğün mülkiyet hakkı olduğu belirtilmekte, 2020 yılı ihlal kararlarında da bu sıralamanın değişmediği görülmektedir[66]. Mülkiyet hakkına, kamulaştırma işlemi ile yapılan müdahalelerde yeterli ödeneğin temininden sonra kanunda belirlenmiş makamlar tarafından alınan kamu yararı kararından kaynaklı ihlal kararları kısaca incelenecektir. İncelemede, kamulaştırma işleminin sona ermesinden sonra başlangıçta mevcut kamu yararı kavramı, idarenin işlem ve eylemleriyle değişime uğrar mı sorusunun cevabı örnek ihlal kararları üzerinden tespit edilecektir. Bireysel başvuruya konu olayda başvurucular taşınmazları üzerindeki yapının yenilenmesi amacıyla belediyeye başvurmuşlar, taşınmazın belirli bir kısmının yol yapılmak üzere bedelsiz olarak belediyeye devretmesi başvuruculara şart koşulmuştur. Başvurucular, taşınmazlarının talep edilen kısmını yol yapılmak üzere 1992 tarihinde belediyeye devretmişlerdir. Belediye ise 2007 yılında imar planını değiştirerek yola terkedilen seksen metrekarelik kısmı konut alanına dönüştürmüş ve komşu parselle birleştirmiştir. Başvurucular, konut alanına tahsis edilen bölümün belediye adına olan tapu kaydının iptal edilerek kendi adlarına tescilini talep etmişlerdir. Mahkeme ise 2942 sayılı Kanun madde 35 gereği malikinin izni ile kamu hizmetine ayrılmış taşınmazlar üzerinde eski maliklerin mülkiyet iddiasında bulunamayacağı düzenlemesini gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. Bireysel başvuru yoluyla AYM önüne gelen da-

---

[66] Yıllık Rapor 2020, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s. 58, 215, https://www.anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

vada[67] AYM; "*Başvuru konusu olayda iade hakkının ortadan kaldırılmasının başvuruculara önemli bir külfet yüklediği tartışmasızdır. Buna karşılık Belediye, kamu yararı amacıyla yol yapılmak üzere bağışlanan taşınmazdan önemli ekonomik yarar elde etmektedir. Yol şartıyla bağışlanan taşınmazın konut alanına dönüştürülerek bundan elde edilecek ekonomik menfaatin Belediyeye ait olması devlete güven ilkesini zedeleyici sonuçlar doğurmaktadır. Öte yandan, Belediyenin konut alanına dönüştürdüğü taşınmazdan ekonomik çıkar sağlamasıyla elde edilecek kamu yararı, taşınmazın malike iade edilmemesi nedeniyle malikin yüklendiği külfete kıyasen çok hafif kalmaktadır. Diğer bir deyişle konut alanına dönüştürülen taşınmazın eski malikine iade edilmeyerek Belediyenin özel mülkü hâline getirilmesi, amme menfaatlerinin gözetilmesindeki kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine orantısız bir biçimde zedelenmesine yol açmaktadır. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez*." değerlendirmesini yapmıştır. Sonuçta ise olarak taşınmazın terk amacının yol yapılması olduğu bu amaç dışında taşınmazın kullanılması durumunda kamu yararı amacının ortadan kalktığı ve mülkiyet hakkına bu şekilde yapılan müdahalenin başvuruculara taşınması çok zor ve olağanüstü bir külfet yüklediğini, "kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengenin başvurucular aleyhine" bozulduğunu belirterek Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[68].

Kamuya açık spor alanı yapılmak için 24.04.1998 tarihinde Belediye tarafından kamulaştırılması yapılan taşınmazın, 20.07.1998 tarihinde imar planında ticari alan olarak belirlenmiş ve 02.11.1998 tarihinde üçüncü kişilere satılması üzerine taşınmazın önceki maliki taşınmazın dava tarihindeki değeri ile ödenen kamulaştırma bedeli arasındaki farkın tahsili talebiyle dava açmıştır. Mahkeme ise 2942 sayılı Kanun madde 8; "*taşınmaz maliki ile varılan uzlaşma sonucu yapılan kamulaştırmalara karşı dava açılamayacağı gerekçesiyle*" davayı reddetmiştir. Ancak söz konusu olayda, taşınmazın önceki maliki olan başvurucu, kamulaştırmanın dayanağının ortadan kalktı-

---

67 Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017.

68 DUMAN Özgür / FIRTINA Umut /ÖZDEMİR AKCA Ayşe Didem / ŞAHİNER Muhammed Emin / ŞENOL Eşref Uğur / ALTIN Mahmut / ÖZCAN Olcay / TUTAL Ozan, Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri, Edit: Murat Şen, Taylan Barın, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020, AYMmulkiyet_karar_ozet.pdf (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

ğını ve belediye tarafından taşınmaz satılarak gelir elde edildiğini ve kendisinin bu "*artı değerden*" mahrum bırakıldığı iddiasında bulunmuştur. Başvurucuya ait taşınmaz "kamulaştırıldıktan sonra kamu yararı amacıyla kullanılmamıştır. Aksine kamulaştırıldıktan kısa süre sonra üçüncü kişilere satılmıştır. Belediye, taşınmazı kamulaştırdıktan sonra kamu yararını gerçekleştirmek için spor alanı olarak kamu hizmetine tahsis etmediği gibi taşınmazı başka bir kamu yararı amacı için de kullanmamıştır. AYM, kamulaştırma ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin devamında kamu yararı amacının gerçekleştirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığını ve böylelikle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararını vermiştir[69].

Kamuya açık spor alanı yapılmak amacıyla Belediye tarafından kamulaştırılan taşınmazın uzun süre kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması ve sonrasında üçüncü kişilere satılmasıyla ilgili davada AYM; "... *kamulaştırma tarihinde kamu yararının soyut olarak bulunması yeterli olmayıp ayrıca bu doğrultuda kamulaştırma amacının somut olarak gerçekleştirilmesi de beklenmektedir. Kamulaştırma ile bireylerin rızası dışında mülklerinden yoksun bırakılmalarına yol açılmakta olup bunun ise ancak somut bir kamu yararı amacının varlığı hâlinde Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine uygun düşeceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda devletin kamulaştırılan taşınmazı -genel bir reform çalışması veya daha baskın bir sosyal ihtiyacın karşılanması şeklindeki belirli istisnai durumlar dışında- sadece gelir elde edilmesi veya diğer özel kişilere menfaat sağlanması gibi amaçlarla kullanması kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunmadığını gösterir*."[70] değerlendirmesini yaparak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kamulaştırma işlemi ile mülkiyeti idareye geçen ve kamu yararı amacıyla uzun süre kullanılan taşınmazın üzerindeki kamu hizmetine tahsis kararı kaldırılarak üçüncü kişilere satılmasına, eski taşınmaz malikinin taşınmazın devri ya da zararının iadesi için açtığı davada ise AYM, "Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Neyin toplumun genel menfaatine olduğu konusunda da çok farklı görüşlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Neyin kamu yararına olduğu, yasama ve yürütme organlarının siyasi, ekonomik ve sosyal tercihlerine göre farklılaşabileceği gibi değişen ekonomik, sosyal ve

---

69 Nusrat Külah, B. No: 2013/6151, 21/4/2016 Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri, a.g.e., s. 33, 34.

70 Derya Alpdoğan ve diğerleri, B. No: 2015/6845, 31/10/2018, Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri, a.g.e., s. 36, 37.

siyasi koşullar kamu yararı amacı ile yapılan bir iş ya da hizmetin değiştirilmesini gerekli kılabilir veya bir hizmete tahsis edilen taşınmazların farklı bir amaçla kullanılmasını gerektirebilir." gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

AYM, temel hak ve özgürlük olarak Anayasa madde 35'te hüküm altına alınmış olan mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğine işaret ederken bu sınırlamanın başlangıçta kamulaştırma işlemi ile yapılmasında, ileri sürülen ve işleme meşruiyet sağlayan kamu yararının somutlaşmış olmasını aramaktadır. İdarenin Anayasa ve yasayla kamu hizmetini yürütebilmesi için kendisine sağlanan bu kamu gücü ayrıcalığını tutarlı, dürüst ve inanılır bir şekilde kullanması sosyal hukuk devleti açısından özel önem taşımaktadır. Hukuk devleti en kısa ifadesiyle gücünü anayasa ve kanundan alan ve bunlara tabi olan devlet ise yasama organının kamu yararını sağlamak için çıkardığı kanunlarla verilen yetkilerin bu amaç dışında kullanımının söz konusu olmaması gerekir. Sosyal devlet ilkesi ile vatandaşına "maddi ve manevi varlığının gelişmesi için "gerekli ortamı hazırlamak ve bunun için gerekirse mülkiyet hakkına müdahale etmekle yetkili ve sorumlu olan idarenin bu ayrıcalığını ekonomik olarak farklı yararlara yönlendirmesi ya da kazanç amacı gütmesi söz konusu olmamalıdır. Yukarıda kısaca verilen örnek kararlar, kamu yararının kamulaştırma işlemi tamamlandıktan sonra idarenin işlem ve eylemleriyle değişmesi durumunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başlangıçtaki yasallığının ortadan kalktığını göstermektedir.

C. Kamulaştırmanın Denetiminde Üstün Kamu Yararı Kavramı

Kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkına idarenin müdahil olmasında çatışan kamu yararları gündeme gelebilir. Kamu yararlarından hangisine üstünlük tanınacağı konusunun incelenmesi çalışmamız açısından gereklidir. Çatışan kamu yararı kavramı incelenirken başlangıç noktası olarak ÖZAY'ın "*Günışığında Yönetim*" kitabında vurguladığı "*Scenic Hudson*"[71]

---

[71] Hudson nehri ABD'nin manzarası en güzel yerlerinden birisidir. Hudson nehrine yapılmasına izin verilen bir elektrik santralinin inşasına karşı, nehrin korunması için başlatılan bir sivil toplum hareketi, çevrenin korunmasının önemine ABD'de dikkat çeken başlangıçlardan birisidir. Elektrik santrali için inşaat ruhsatının veriliş sürecine kamunun katılmaması nedeniyle ruhsat iptal etmiştir. Bu karar ile ABD'de endüstri ve konut ile ilgili faaliyetlerde çevrenin korunmasının bir sınır olarak kabul edilmesi gündeme gelmiştir. ÖZAY İl Han, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, Alfa Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 687. Celebrating the Scenic Hudson Decision, https://www. scenichudson.org/viewfinder/celebrating-the-scenic-hudson-decision/ (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

kararı seçilmiştir. Karar, kamu yararı kavramını belirleme yetkisinin, idarenin bile tekelinde olmadığını vurgulamak açısından önemlidir. Hudson kararı, kamu yararı ile arasında bağlantı gören herkesin, menfaatinin korunması için davacı olabileceğini göstermesi açısından öne çıksa da,[72] çatışan kamu yararlarına bir örnek olarak gösterilebileceği düşünülmektedir. ABD'de kamu yararlarının çatışmasıyla ilgili diğer bir kavram ise "*strict scrutiny*" usulüdür. Yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminde mahkemeler tarafından kullanılan yargısal denetim şeklidir. Bu usul mahkemeler tarafından özellikle devletin ayrımcılık yaptığı iddiasıyla açılan davalarda kullanılmaktadır. Zorlayıcı hükümet çıkarı/yararı (compelling governmental interest) diğer yararlar ile çatıştığında mahkemeler dar yorumla uyuşmazlığı aşma yolunu seçmektedirler[73]. Zorlayıcı hükümet çıkarı/yararı testi, yasanın anayasal değerinin tespitinde kullanılmaktadır. Hükümetin çıkarının/yararının, bireyin anayasal hakları karşısında dengelenmesi esastır. Hükümetin çıkarı/yararı ancak yeterli ölçüde güçlüyse bireysel özgürlük karşısında koruma görecektir[74]. ABD hukuk sisteminde çatışan yararların hangisine üstünlük tanınacağıyla ilgili yaklaşımlar kısaca bu şekilde özetlenebilir. Çatışan kamu yararlarının ve bireysel hak ve özgürlüklerin varlığı her hukuk sistemi için olağandır. Burada dikkati gerektiren konu, bu çatışmanın adil denge anlayışı içinde çözümünde kullanılan ölçütlerdir.

Kara Avrupası hukuk sisteminde ise idare hukuku açısından Fransa örneği öncelikli olarak ele alınmıştır. Fransız Counseil d'Etat kararlarında "*Bilanço Yöntemi*", çatışan kamu yararlarının bulunduğu uyuşmazlıklarda ölçüt olarak kullanılmaktadır. Dava konusu idari işlemin yöneldiği, işlemin amacını oluşturan kamu yararı bir tarafa, idari işlemin sakıncalı sonuçlarından etkilenecek kamu yararları ise diğer tarafa konarak yapılan değerlendirme şeklinde bilanço ilkesi kısaca tanımlanabilir. Bilanço yöntemi, çevrenin korunması konularında sıklıkla kullanılmaktadır. Kamulaştırma idari işlemi sonucu oluşacak olan kamu yararı bir tarafa, kamulaştırma işlemi ile çevreye verilebilecek zararın bulunduğu durumlarda korunması gereken çevre korunması kamu yararı diğer tarafa konularak bir denge oluşturulmaya çalışılmaktadır. Üstün kamu yararını tespit etmek için kullanılan bilanço yöntemi, her durumda çevrenin korunmasıyla ilgili kamu yararı lehine yargı kararları

---

72 ÖZAY, s. 687.

73 Legal Information Institute, "Strict Scrutiny", https://www.law.cornell.edu/wex/strict_scrutiny (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

74 https://definitions.uslegal.com/c/compelling-state-interest-test/ (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

verilmesi sonucunu da doğurmamaktadır[75]. Bazı durumlarda ise kamulaştırma işlemi ile ulaşılacak yarar karşısında, çevreye verilecek zarar kabul edilebilir bulunmakta ve işlemin hukuka uygun olduğu kararı verilmektedir. Somut olayın özellikleri bilanço yönteminin kullanılmasıyla elde edilecek karar üzerinde elbette etkindir[76]. AİHM kararlarında çevrenin korunması kamu yararının, diğer bir idari işlemin amacını oluşturan kamu yararıyla karşılaştığında çevrenin korunması kamu yararının öne çıktığı yukarıda ifade edilmiştir.

Türk İdare Hukuku açısından üstün kamu yararının içeriği, Danıştay kararları örnek verilerek tespit edilecektir. Üstün kamu yararı, idari işlemin yöneldiği kamu yararı ile bireysel çıkar arasındaki dengenin sağlanması yanında bazı durumlarda farklı kamu yararlarının çatışmasında da kullanılabilir. Bu durumda çatışan kamu yararlarından hangisinin öncelikli olduğu, hangi kamu yararının "*tercih edileceği*" sorularına cevap olarak üstün kamu yararı kavramı gündeme gelmektedir. Birbiriyle çatışan iki kamu yararından birinin seçimi üstün kamu yararının zorunlu bir sonucudur. Ancak bu seçimde yarar ile zarar arasında bir seçim değil[77] en fazla yararlı olanın seçimi söz konusu olmaktadır[78]. Ormanlarla ilgili uyuşmazlıklarda üstün kamu yararı Danıştay tarafından kullanılmaktadır. Örneğin Danıştay, orman arazisinde üniversite kurulmasını[79], orman alanlarına bazı tesislerin yapılmasıyla orman

---

[75] Bilanço yöntemi ilk kez 1971 tarihli Fransız Counseil d'Etat'nın Ville Nouvelle Est kararıyla uygulanmıştır. Üniversite öğrencilerinin barınma ihtiyacı için çok sayıda taşınmazın kamulaştırılmasıyla ilgili işlemin iptali için açılan davada, kamulaştırma işlemi ile "özel mülkiyete yapılacak müdahale", bu işlemin ekonomik ve sosyal sonuçları ve bunların mahzurları kamulaştırma idari işlemi ile sağlanacak kamu yararı ile karşılaştırılmış ve ortaya çıkacak zararın ulaşılacak kamu yararından fazla olduğu değerlendirilerek işlem iptal edilmiştir. AKSOYLU Özge, "Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması-Danıştay ve Conseil d'Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış-", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2011/2, Beta Basım, İstanbul, 2012 yılında yayımlanmıştır, s. 147-148.

[76] "Paris'e büyük bir konferans merkezi inşa edilmesi konusunda verilen kararda, Conseil d'Etat, projenin komşularına ve çevreye vereceği zararın, projenin sağlayacağı kamu yararını ortadan kaldıracak nitelikte olmadığına hükmetmiştir. Conseil d'Etat Paris yakınlarına eurodisney kurulması yönündeki proje için de aynı yönde karar vermiştir." AKSOYLU, s. 149.

[77] Konuyla ilgili daha fazla bilgi için: "Kamu Yararının Ölçülmesi (Belirlenmesi/Tespiti) Sorunu" başlığı altında, ÇAKMAK, s. 328-332.

[78] KAYA, s. 51, 52.

[79] "İmar planlarının yargısal denetimi sırasında şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı kriterleri ile birlikte özelliği itibariyle imar planının bütünlüğü, genel yapısı, kapsadığı alanın nitelikleri ve çevrenin korunması gibi olguların yanı sıra 'üstün kamu yararı' ilkesinin de gözetilmesi zorunludur...Üniversite alanı olarak öngörülen alan ile ... Barajı arasındaki ... yerleşimi ve çevredeki ruhsatsız fabrikaların yörenin hızlı ve çarpık kentleşme eğilimi içinde

alanlarının yapılaşmaya karşı daha iyi korunacağını üstün kamu yararı kabul ederek uygun bulmaktadır[80].

İdare tarafından yürütülecek yol projesinin, davacının taşınmazıyla ilgili olan kısmının iptali için açılan davada bilirkişi tarafından verilen; yolun davacının üzüm bağından geçirilmesinden ise köyün mezarlığından geçirilmesinin daha uygun olacağı yönündeki rapor dikkate alınarak ilk derece mahkemesi tarafından projenin belirli davacının taşınmazına denk gelen bölümünü iptal etmiştir. Davalı idarenin temyizi üzerine davanın temyiz incelemesin yapan Danıştay, "*kültürel birikimin hassas-kırılgan yapıdaki doğal yapı öğelerinin korunması ve bir miras öğesi olarak gelecek kültürlere taşınmasının engellenmemesi*"[81] kamu yararını, üstün kamu yararı olarak değerlendirmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Başka bir Danıştay Kararında ise; "*Elektrik üretilmesinde genel olarak kamu yararı olduğu kabul edilebilir ise de, vadide somut proje ile elektriğin üretilecek olmasının sosyal hayata, o vadinin ekosistemine, canlı yaşamına*

---

olduğu izlenimi yaratması...üniversite yerleşim planında dere mutlak koruma alanı sınırları ve orman alanının varlığı için gerekli önlemlerin alınacağı hususları göz önünde bulundurulduğunda... yükseköğretime ve topluma yapacağı katkılarla kamu yararının en belirginleştiği kullanımlardan biri olan üniversite alanı oluşturulmasına yönelik dava konusu planda şehircilik planlama ilkelerine aykırılık görülmediği gibi getirdiği işlevde de üstün kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır." DANIŞTAY 6. DAİRESİ E. 1998/2072 K. 1999/6209, T. 07.12.1999 Danıştay Dergisi, 2001, Sayı 103, s. 529, 530. https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-03-12-9481509.pdf (Erişim Tarihi: 19.07. 2021).

80 Cemil Kaya, s. 53.

81 "Oysa planlama ilkeleri ve şehircilik esasları ile kamu yararı açısından doğal ve tarihi değerlerin ön planda olduğu bölgelerde dikkat edilmesi gereken en temel ilkenin, koruma alanlarının bütünlüğünün sağlanması ve bu alanlarda planlama alanı içerisinde herhangi bir kullanımın oluşturduğu ve/veya oluşturacağı baskı karşısında koruma-kullanma dengesinin sağlanması olduğu, bu temel ilkenin, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 05/11/1999 tarih ve 658 Sayılı kararı ile 19/06/2007 tarih ve 728 Sayılı ilke kararında da belirtildiği, çağdaş yaşamın gerektirdiği bazı kullanım, düzenleme ve altyapıların sağlanması sırasında yüzlerce yıllık kültürel birikimin hassas-kırılgan yapıdaki doğal yapı öğelerinin korunması ve bir miras öğesi olarak gelecek kültürlere taşınmasının engellenmemesi gerektiği, doğal ve tarihi değerlerin önemli potansiyel oluşturduğu doğal koruma alanlarının kısmen ve/veya tamamen tahrip edilmesinin, geriye dönüşü olmayan etki olarak değerlendirilmesi gerektiği açık olup köy sakinlerinin mezarlık olarak kullandıkları alanın yol geçirilmesi nedeni ile tahrip olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda davacının yararı ile kamu yararının karşılaştırılmasında "üstün kamu yararı" yönünden irdeleme yapıldığında, yol standartları ve trafik güvenliği açısından güzergah değişikliklerinin herhangi bir sakınca doğurmadığı ve değişikliğin yapılabileceğinin ortaya çıkmış olması karşısında, mezarlığın korunmasının "üstün kamu yararı" bakımından daha uygun olduğundan davanın reddi gerekirken aksi yöndeki mahkeme kararında bu yönüyle de hukuki isabet bulunmamaktadır." T.C. DANIŞTAY 10. DAİRE E. 2013/4804 K. 2017/2081, T. 17.4.2017. https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/10d-2013-4804.htm (Erişim Tarihi: 19.07.2021).

vereceği onarımı mümkün olmayan zararlar nedeni ile üstün kamu yararının söz konusu vadinin korunması olduğu, elektriğin başka şekilde de üretilebileceği ama UNESCO tarafından Türkiye'nin ilk ve tek 'dünya biyosfer rezervi' ilan edilen bu vadinin korunmasının daha önemli olduğu gözetilmelidir" gerekçesiyle, "*UNESCO'ca Türkiye'nin ilk ve tek 'dünya biyosfer rezervi' ilan edilen vadide HES projeleri yapılabilmesi için imar planı yapılmasına dair il özel idaresi genel meclisi'nin kararının ilk derece mahkemesince iptali kararına*" karşı yapılan temyiz istemini reddederek kararı onaylamıştır[82]. Taşınmazın yeşil alan olarak belirlenmiş kısmına, belediye meclisi kararı ile kabul edilen ve büyükşehir belediyesi kararı ile onaylanan 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği ile trafo alanının kurulmasına imkân sağlanmış, uygulama imar planındaki değişiklik işlemine karşı açılan iptal davası idare mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve imar planı değişikliği işlemi iptal edilmiştir. Kararın temyiz edilmesi sonucunda Danıştay, üstün kamu yararı gereği[83] sağlıklı çevre ve yeşil alan oluşturulması yararı ile sosyal ve teknik alt yapının gerekliliği yararı arasında ikincisinin üstün kamu yararı niteliğinde olduğunu değerlendirerek derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Üstün kamu yararı elbette yargı organının çatışan kamu yararları arasında somut olay üzerinden yaptığı bir tercihi gerekçelendirmede kullandığı kavramdır. Ancak bu tespit, ikincil konumda kalan kamu yararının zararlı/yararsız olduğu sonucunu ortaya koymamaktadır. Somut olay özelinde

---

[82] T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE E. 2011/4773 K. 2014/7690 T. 26.11.2014, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6d-2011-4773.htm (Erişim Tarihi: 19.07. 2021).

[83] "*Sosyal ve teknik alt yapı niteliğindeki taşınmazlarla ilgili plan değişikliklerine saptanan kriterler doğrultusunda birtakım koşullar getirilmesindeki temel amaç bu yerlerin sağlıklı bir çevre oluşturmaları için korunmalarını sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi anılan yerlerin bulundukları alanda ihtiyaç duyulan ve en etkin bir biçimde hizmet götürebilecekleri işlev doğrultusunda değerlendirilmeleriyle mümkündür.*

Bu itibarla, uyuşmazlık konusu taşınmazın yeşil alan olarak belirlenen kısmına 4mx6m. ebadında trafo alanı kullanım kararı getirilmesin ilişkin imar plan değişikliğinin sosyal ve teknik altyapı tanımı kapsamındaki iki işlevden birisinin diğerine üstün kamu yararı görüşü doğrultusunda seçimi olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim, İdare Mahkemesi kararına dayanak oluşturan trafo alanının Gediz Elektrik Dağıtım A.Ş' nin talebi doğrultusunda sosyal teknik altyapı alanı kapsamında trafo alanı olarak ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yeşil alanın bir kısmının kaldırılarak bir başka sosyal teknik altyapı alanı olan trafo alanına dönüştürülmesinde üstün kamu yararı bulunduğu ve eşdeğer yer aranmayacağından İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde isabet bulunmamıştır." T.C. DANIŞTAY 6. DAİRE E. 2016/365 K. 2020/1248, T. 10.2.2020. https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6d-2016-365.htm (Erişim Tarihi: 19.07.2021).

üstün kamu yararı tercihi ile kamunun gelecekteki yaşamının ve gelişebilirliğinin "*sürdürülebilir*" olmasını gözeten yararın seçimi söz konusudur. Günümüzde ortaya çıkan çevre felaketleri ve küresel ısınma gibi tehditler düşünüldüğünde kamu yararlarının, çevrenin korunması kamu yararıyla karşılaşması olağan hale gelmiştir. Böyle durumlarda ise gelecek kuşaklar açısından üstün kamu yararının çevre korunması üzerinde somutlaşması gereklilik-zorunluluk olarak belirmektedir.

2. Acele Kamulaştırma

Acele kamulaştırma, kamulaştırma aşamalarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi veya kanunda yazan hallerde "hızlandırılarak" uygulandığı bir kamulaştırma şeklidir[84]. Acele kamulaştırma, 2942 sayılı kanun madde 27'de, "*3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 madde) 10'uncu madde esasları dairesinde ve 15'inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına (Değişik ibare: 24/4/2001 - 4650/15 madde) 10'uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Acele kamulaştırma yapılabilmesi için kanun metninde bahsedilen üç halden birisinin mevcut olması şarttır[85]. Kamulaştırma yetkisine sahip idarelerin kendi öncelikleriyle acelelik kararı vererek, acele kamulaştırma yapmaları söz konusu değildir. Yargı organının, idarenin kendinden menkul acelelik değerlendirmesiyle yaptığı kamulaştırmaları acele kamulaştırma olarak hukuka uygunluk denetlemesi yapması da söz konusu değildir. Acele kamulaştırma sadece 2942 sayılı Kanun madde 27'deki durumların varlığı halinde kullanılabilir. Bunlardan ilki Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu uygulanması, ikincisi özel yasalarda acele kamulaştırmanın somut ve açık bir şekilde düzenlenmiş olması, sonuncusu ise kamu yararı ve kamu düzeninin korunması için aceleliğine Cumhurbaşkanı-

---

[84] İLGEZDİ Ali Rıza, GÜÇLÜ Cem, SÖNMEZ Eren, **Adım Adım Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 21

[85] ATAY, s. 835-836

nın karar vereceği durumlarda acele kamulaştırma yetkisi kullanılabilir[86]. Özel kanunlarda öngörülen durumlar için; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu madde 8/3 J fıkrası *"(Ek: 24/7/2003-4957/3 md.) Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsaların turizm yatırımlarına tahsisi amacıyla, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27'nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir.*", 3213 sayılı Maden Kanunu madde 46 ve 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu madde 12'deki kamulaştırma işlemlerinin 2942 sayılı kanun madde 27'de düzenlenen acele kamulaştırma usulü ile yapılacağı, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun madde 6/2 *"Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir.*", 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu madde 10/2 "*Kamu yararı niteliğindeki kamulaştırma kararı, talep üzerine Bakanlıkça verilir. İşlemler 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır. Aynı Kanunun 27'nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir.*" düzenlemeleri örnek olarak verilebilir[87]. Burada ayrıca belirtilmesi gereken konu, acele kamulaştırma yoluna başvurulabilecek hallerde de öncelikle kamu yararı kararının alınması zorunludur. Kamu yararı kararının alınması ve bu kararın onaylanmasında ise eğer acele kamulaştırma için kamu yararı kararı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile alınmış ise bu kararın ayrıca onayı gerekli değildir. Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu çerçevesinde yapılacak acele kamulaştırmalar için de kamu yararı kararına ayrıca gerek olmadığı olağanüstü bir dönem olduğu için kamu yararının kanun gereği mevcut olduğunun kabul edilmektedir. Dolayısıyla burada da bir onaya gerek olmayacaktır. Özel kanunlara göre yapılacak acele kamulaştırmalarda ise önce kamu yararı kararının alınacak ve alan makama göre de onay işleminin ayrıca yapılacaktır[88].

Acele kamulaştırmanın yapılabilmesi için 2942 sayılı Kanun madde 27'de belirtilen şartlardan birinin açıkça gerçekleştiğinin idare tarafından ortaya konması mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu

---

[86] KUTLU GÜRSEL Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 508-510

[87] GÖLCÜKLÜ Mehmet Ali, **Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 49-51.

[88] İLGEZDİ Ali Rıza, GÜÇLÜ Cem, SÖNMEZ Eren, s. 68, 72

için zorunludur. Dava konusu kısaca; "*taşınmazın, İlçede tesis edilecek Regülatör ve Hidroelektrik Santrali üretim ve yardımcı tesislerin kurulabilmesi ve enerji nakil hattının geçiş güzergahında bulunan taşınmazların acele kamulaştırılması amacıyla tesis edilen Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararı ile bu karara dayanılarak alınan 01/06/2015 günlü, 2015/7745 Sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali..''* talebini içermektedir. Danıştay İdari Dav Daireleri Kurulu (İDDK), "*Anayasa'nın 13. ve 35. madde hükümleri uyarınca mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla Anayasa'ya uygun olarak yasayla sınırlandırılması mümkündür. Ancak buna ilişkin düzenlemeler öncelikle kamu yararına dayanmalıdır. Buna göre, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kamulaştırma yolu ile kaldırılması (mülkiyetin el değiştirmesi) kamu yararının karşılanması zorunluluğunun özel mülkiyet hakkının korunmasından üstün tutulması şartına bağlıdır. Bu çerçevede, 2942 Sayılı Kanun'un 27. maddesi incelendiğinde, kamulaştırma işlemlerinde öngörülen yöntemlerin bir kısmının uygulanmayarak taşınmaza acele el konulabilmesi yolu istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlendiğinden, madde hükmü ile acele kamulaştırmada olağan kamulaştırmaya oranla özel koşulların varlığı aranmış ve üç durumda acele kamulaştırma yolu ile taşınmaza el konulmasına olanak tanınmıştır. Bu koşullardan ikisi Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olması halleri şeklinde açıkça sayılmak suretiyle üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasının gerçekleştirilmesi amacıyla acele kamulaştırma yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, üçüncü koşul olan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi için de, kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olma halinin, maddede yer alan diğer iki koşula paralel nitelik taşıması gerektiği açıktır. Nitekim, anılan maddenin gerekçesinde de, acele ve istisnai hallerde, Kanunun önceki hükümlerine uyulması çeşitli sakıncalar yaratabileceği gibi, kamunun büyük zararlara uğramasının da muhtemel olabileceği belirtilerek, maddede belirtilen şartların varlığına bağlı olarak kıymet takdiri dışındaki bazı kanuni işlemler sonraya bırakılarak, maddede öngörülen süre ve şekilde taşınmaza el konulması düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda, kamulaştırmanın 2942 Sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca gerçekleştirilebilmesi için, yukarıda da açıklandığı üzere acele kamulaştırmanın özel ve istisnai koşullarının gerçekleşmiş olduğunun açıkça ortaya konulması gerekmektedir... Her ne kadar olayda, uyuşmazlığa konu taşınmazları da kapsayan alanda hidroelektrik enerji santrali yapımının öngörülmesi üzerine proje kapsamında kalan ta-

şınmazların acele kamulaştırma usulü ile kamulaştırılmasına karar verildiği anlaşılmakta ise de; acele kamulaştırmaya ilişkin olarak 2942 Sayılı Kanun'da aranan özel ve istisnai koşullar bulunmadan ve idarece ortaya konulmadan, salt belirtilen nedenle acele kamulaştırma yapılması hukuken olanaklı değildir."[89] kararıyla kamulaştırma işleminin kamu yararı amacını sağlamaya yönelik olduğunun kabulü için 2942 sayılı Kanun madde 27'de belirtilen şartların somut olayda sağlandığının idarece açık olarak ortaya konması gereğine vurgu yapmaktadır. Tersinden ifade edersek ancak kanunda ifade edilen şartların oluşmuş olması durumunda acele kamulaştırma işleminin ulaşacağı kamu yararı, mülkiyet hakkı ile korunan bireysel yararın üzerinde yer alabilir. Bunu gerekçesiyle ortaya koyacak somutlaştıracak olan ise elbette idaredir.

Başka bir davada ise "*taşınmazın Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Tarafından acele kamulaştırılmasına yönelik yayımlanan /davacıya ait taşınmazı da kapsayan alanın kentsel dönüşüm alanında ve gecekondu önleme bölgesi sınırları içerisinde bulunmasının tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği dolayısıyla 2942 S.K. 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanabilmesi için gerekli olan olağanüstü durumların ve bu yönteme başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulamadığı sonucuna varıldığı*"[90] gerekçesiyle Danıştay (Dnş.) İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK), davacı mülk sahibinin temyiz istemini kabul ederek Dnş. Dairesinin kararını bozmuştur.

Davaya konusu başka bir olayda, doğal gaz boru hattı projesi kapsamında inşa edilecek olan tesis, yol, enerji nakil hatları gibi yapılar için ihtiyaç duyulan taşınmazların acele kamulaştırılmasına Bakanlar Kurulu tarafından 2017 yılında karar verilmiştir. Acele kamulaştırma işleminin iptali için açılan ve Dnş. 6. Daire (D.) önünde görülen davada; Dnş. Tetkik Hakimi ve Savcısı, acele kamulaştırma işlemine gerekçe oluşturacak nedenlerin somut şekilde açıklanmadığını, acelelik halinin, kamu yararının ve kamu düzeninin korunması gereken hallerin tanımlanmadığını, kamu yararının açık ve somut

---

[89] T.C. DNŞ. İDDGK, E. 2018/1675 K. 2018/3393, T. 21.6.2018. https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2018-1675.htm, (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

[90] T.C. DNŞ. İDDGK E. 2019/3342 K. 2020/148 T. 30.1.2020, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2019-3342.htm. Acelelik halinin ve üstün kamu yararının idare tarafından açıklanmamasından dolayı acele kamulaştırma işleminin iptal edilmesiyle ilgili örnek kararlar; T.C. DNŞ İDDGK E. 2019/2399 K. 2019/4534 T. 17.10.2019. T.C. DNŞ. 6. D. E. 2012/6974 T. 30.5.2013. T.C. DNŞ İDDGK E. 2017/74 K. 2017/2034 T. 15.5.2017 https://lib.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

olarak ortaya konulamadığını belirterek işlemin iptali düşüncesini Dnş 6. D.'ye bildirmişlerdir. Dnş. 6. D., 2942 sayılı Kanun madde 27'de acele kamulaştırma yapılabilecek halleri belirttikten sonra aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilmesi için kamu yararına ve kamu düzenine ilişkin olma halinin madde 27'de "*yer alan diğer iki koşula paralel nitelik taşıması gerekmektedir*." tespitini yapmıştır. Kararın devamında enerji ihtiyacının hızla artış göstermesi, onaylı projeler kapsamında enerjinin tüketim noktalarına ulaştırılmasında gecikmeye yol açılmaması nedeniyle normal kamulaştırma yerine acele kamulaştırmanın kabul edilmesinde kamu yararı bulunduğunu, doğal gazın iletilmesi için ihtiyaç duyulan arazilerin teminde; enerji ihtiyacının hızla artması, enerjinin tüketim noktalarına ulaştırılmasında gecikmenin yaşanmaması, doğal gaz alımıyla ilgili taahhütlerin yerine getirilmesi, inşaatı yapacak firmaya arazinin teslimi ve inşaatın bir an önce başlaması ayrıca projenin dava konusu edilmediği konusu da bir arada değerlendirerek acelelik şartının oluştuğuna ve acele kamulaştırma işleminde hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir[91].

Rize ilinde yapılacak doğal gaz dağıtım sistemi için ihtiyaç duyulan taşınmazların Hazine adına acele kamulaştırılmasını içeren 1554 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının iptali istemiyle açılan davada, Dnş. Tetkik hâkimi 2942 sayılı Kanun madde 27'de belirtilen koşulların gerçekleşmediğini belirterek işlemin iptalini talep etmiştir. Buna karşılık Dnş. Savcısı ve 6. Daire, enerjiye duyulan ihtiyacın hızla artışı bu ihtiyacı karşılamak için yapılacak tesislerin yapım yeri olarak ihtiyaç duyulan taşınmazların normal kamulaştırma usulü yerine acele kamulaştırma usulüyle kamulaştırılmasında kamu yararını bulunduğunu, teknik olarak BOTAŞ tarafından Pazar İlçesinde bağlantı noktası yapılmayacağı için acele kamulaştırılması istenen taşınmaza bu tesis yapılmadan Pazar İlçesine doğal gaz verilemeyeceğini tespitle acelelik şartının gerçekleştiğini belirtmiş ve acele kamulaştırma işlemini hukuka uygun bulmuştur[92]. Danıştay'ın doğal gaz boru hatlarının ve gerekli tesislerinin yapımı için verilen acele kamulaştırma kararlarına karşı açılan iptal davalarının yargısal denetiminde kullandığı gerekçe genelde yukarıda örnek

---

[91] T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/443 K. 2020/9958. https://kararara ma.danistay.gov.tr/getDokuman?id=624853600&arananKelime=acele%20kamula%C5%9Ft%C4%B1rma. Erişim Tarihi: 22.07.2021. Dnş. 6. D.'nin aynı numaralı Bakanlar Kurulu Kararına karşı açılan iptal davasında verdiği aynı yönde diğer kararları; E. 2019/439 K. 2020/9955, E. 2019/442 K. 2020/9957. https://kararara ma. danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

[92] T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/21461 K. 2020/12703. https://kararara ma. danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07. 2021).

olarak verilen şekilde diğer davalarda da ilgili Danıştay dairesinin kararlarında yer almaktadır[93]. Ulaştırma türleri ile uyumlu bir demiryolu ağının, demiryolu ulaşımının hızlı, ekonomik, güvenli ve çevreye duyarlı bir şekilde gelişimin lokomotifi olması hedeflenmektedir. Adana-Mersin demiryolu aksının, Çukurova bölgesi, Mersin Limanı ve Güneydoğu Anadolu Bölgesini İç Anadolu üzerinden batı bölgelerine bağlayan ana birleşme noktası olması, projenin yatırım programında yer alması, projenin ihalesinin yapılması, sözleşmelerin yapılmış olması ve inşaatın süresinde tamamlanabilmesi için alınan acele kamulaştırma kararı, 2942 sayılı Kanun madde 27'de belirtilen şartları taşımaktadır gerekçesiyle Bakanlar Kurulunun acele kamulaştırma işleminin hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir[94].

Acele kamulaştırmaya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararının iptali için açılan davada ise özetle; 2016 yılında Bakanlar Kurulu riskli alan ilan kararıyla, bu alan içinde kalan ve üzerinde bina olmayan anonim şirkete ait arsa niteliğindeki taşınmazın acele kamulaştırılmasıyla ilgili 20.07.2019 tarih ve 1333 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptali talep edilmiştir. Davayla ilgili olarak Danıştay Savcılığı, Cumhurbaşkanlığı Kararında acele kamulaştırmanın uygulanabilmesi için gerekli olan olağanüstü durumların ve bu yönteme başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulmadığını belirterek, Cumhurbaşkanlığı Kararının iptalinin gerekli olduğu düşüncesindedir[95]. Danıştay dava dairesinin yaptığı incelemede ise mülkiyet hak-

---

[93] T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/446 K. 2020/9960. T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/20430 K. 2020/12701. https:// kararara ma.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

[94] T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/12529 K. 2021/1089. https://kararara ma.danistay.gov.tr/ Erişim Tarihi: 20.07.2021.

[95] Dnş. Savcısının Düşüncesi: *"... Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olması halleri şeklinde açıkça sayılmak suretiyle üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasının gerçekleştirilmesi amacıyla acele kamulaştırma yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda üçüncü koşul olan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi için de kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olma halinin maddede yer alan diğer iki koşula paralel nitelik taşıması gerekmektedir.*

Dosyanın incelenmesinden, 24.12.2012 günlü, 2012/4099 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile uyuşmazlığa konu taşınmazın da yer aldığı bölgenin riskli alan ilan edildiği, bu karara karşı açılan davalarda, Danıştay Ondördüncü Dairesinin 17.02.2016 günlü, E: 2015/5053, K: 2016/974, E: 2016/5079, K: 2016/976, E: 2015/5082, K: 2016/977, E: 2015/5170, K: 2016/975 vb. sayılı kararlarıyla riskli alan kararının iptaline karar verildiği ve kararların Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.10.2016 günlü, E: 2016/2102, K: 2016/2713; 20.09.2016 günlü, E: 2016/2106, K: 2016/2616; E: 2016/2613, K: 2016/2618; E: 2016/2105, K: 2016/2615 sayılı kararlarıyla, "sadece davacılara ait taşınmazlar yönünden hüküm ifade edeceği tabiidir" açıklamasıyla onandığı, anılan iptal kararları sonrasında, 13.06.2016 gün-

kının temel insan hakları arasında olduğu Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunduğu, mülkiyet hakkına kamu yararı gerekçesiyle, kanuni düzenleme ve ölçülülük ilkesine uygun olarak uluslararası hukukun genel ilkelerini de dikkate alarak müdahale edilebileceği, bu şartları sağlamayan müdahalelerin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Kamu gücü ile mülkiyet hakkına müdahalelerde kamu yararının varlığı, kanuni düzenleme ve orantılılık ile adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı yargısal denetimde incelenmektedir. Bahse konu uyuşmazlıkta davacı şirketin "*taşınmazının da bulunduğu alanda kamulaştırmaya ilişkin gerekli işlemlerin başlatıldığı, ancak görüşmeler sonucunda sürecin tıkandığı bu sebeple "Kentsel Dönüşüm Projesi" kapsamında rezerv alan olarak öngörülen halihazırda üzerinde yapı bulunmayan ve uygulamaya hazır olan dava konusu parselin bulunduğu kısımda çalışma-*

---

lü, 2016/8950 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ... Mahallesi ... Kısım, (... Bölgesinin) yeniden "Riskli Alan" ilan edildiği, riskli alan sınırı içerisinde gerçekleştirilecek proje ve çalışmalarla ilgili olarak ... günlü, ...Bakanlık oluru ile Gaziosmanpaşa Belediye Başkanlığının geçici olarak yetkilendirilmesi üzerine riskli alan sınırı içerisinde yer alan hak sahipleri ile yeniden görüşmeler yapıldığı, uyuşmazlığa konu taşınmaz maliki ile yapılan görüşmelerde uzlaşmaya varılamadığı, Gaziosmanpaşa Belediye encümeninin ... günlü, ... sayılı kararıyla, kentsel dönüşümde anlaşma sağlanan hak sahiplerinin mağduriyete uğramaması için anlaşma sağlanamayan parsellerde acele kamulaştırma yapılmak için karar alınmak üzere kamu yararı kararı alınmasına karar verildiği, üzerinde yapı bulunmayan ... ve ...sayılı parsellerin kentsel dönüşüm projesi kapsamında rezerv alan olarak öngörülmesi, ancak uzlaşamama nedeniyle çalışmalara başlanılamadığından, sürecin uzamaması, plan ve proje bütünlüğünün korunması ve bu süre içerisinde kira yardımları vs. giderler göz önünde bulundurulduğunda kamu üzerinde maddi bir yük oluşmaması, projelerin hayata geçirilememesi sebebi ile anlaşma sağlanan hak sahiplerinin mağduriyete uğramaması gerekçeleriyle dava konusu acele kamulaştırma kararının tesis edildiği, ancak kamulaştırmayla ilgili bedel tespiti, tapu iptali ve tescil amacıyla dava açılmadığı, işlemin dayanağı olan riskli alan ilanına ilişkin 13.06.2016 günlü, 2016/8950 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karara karşı dava dışı bazı parsel malikleri tarafından açılan davada Danıştay Ondördüncü Dairesinin 21.03.2018 günlü, E: 2016/7960, K: 2018/1745 sayılı kararıyla davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, olayda, uyuşmazlığa konu taşınmazın yer aldığı bölgenin riskli alan olarak ilan edilmesi ve kentsel dönüşüm projesi kapsamında rezerv alan olarak öngörülmesinin tek başına acele kamulaştırma yapılabilmesi için yeterli olmaması nedeniyle, öncelikle taşınmaz malikiyle anlaşma yoluna gidilmesi, anlaşma sağlanamayan durumlarda da yine önce olağan kamulaştırma prosedürünün uygulanması, kamulaştırmanın 2942 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca gerçekleştirilebilmesi için ise acele kamulaştırmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun açıkça ortaya konulmasının gerekmesine karşın, bu gereğe uyulmaksızın tesis edilen dava konusu Cumhurbaşkanlığı kararında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanması için gerekli olan olağanüstü durumların ve bu yönteme başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 19.07.2019 günlü, 1333 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının ... parsel sayılı taşınmaza ilişkin kısmının iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Danıştay 6. Daire Başkanlığı E. 2019/21990, K. 2021/2445 https://kararara ma.danistay.gov.tr/getDokuman (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

lara başlanamaması nedeniyle acele kamulaştırma kararının gerekliliğinin ortaya çıktığı, bu alanda daha önce ilgili Belediye tarafından yürütülmüş kentsel dönüşüm çalışmaları kapsamında, özel mülkiyet sahipleri ile anlaşmalar sağlandığı, tapu devirlerinin gerçekleştirildiği, inşaat çalışmalarına başlanıldığı, riskli alan sınırları içerinde sadece aralarında dava konusu taşınmaz ile ... parsel sayılı taşınmaz sahipleri ile anlaşma sağlanamadığı, can ve mal kaybına sebebiyet vermemesi nedeniyle 6306 sayılı Kanunun amacına uygun olarak afet riski alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, yapıların iyileştirilmesi, tasfiyesi ve yenilenmesine ilişkin uygulamaların ivedilikle yapılmasının kamu yararının gereği olduğu; fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere riskli olduğu tespit edilen yapının yerine yenisinin yapılması sürecinde maliklerin haklarına zarar vermeden, ancak uygulamanın da sürüncemede kalmasına yol açılmadan iş ve işlemlerin yürütülmesinin hedeflendiği; bu doğrultuda anlaşmama iradesi gösteren maliklerin süreci uzatmalarını önlemek amacıyla acele kamulaştırma kararı alınmasında kamu yararının bulunduğu dikkate alındığında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde belirtilen acele kamulaştırma şartının gerçekleştiği sonucuna varılmıştır."[96] Afet riski taşıyan yapıların bulunduğu belirlenmiş bir alan içinde olan arsa niteliğindeki taşınmazların kamulaştırılamaması halinde, üzerinde riskli yapıların olduğu alanda yapılacak çalışmayı engellemesi, geciktirmesi söz konusudur. Arsa niteliğindeki dava konusu taşınmazın normal kamulaştırma usulleri ile kamulaştırılmasına başlanmış ancak anlaşma sağlanamadığı için süreç uzayacaktır. Burada Danıştay dava dairesi kamulaştırma usulünün uygulanmasıyla ulaşılacak kamu yararı ile acele kamulaştırmanın uygulanmasıyla ulaşılacak kamu yararının karşılaştırmasını yaptığında üstün kamu yararı, acele kamulaştırma usulünün uygulanmasında somutlaşmaktadır. Acele kamulaştırmanın yapılabilmesi için 2942 sayılı Kanun madde 27'de aranan şekli şart olan Cumhurbaşkanlığı Kararının varlığı ilk şarttır ve bu yerine getirilmiştir. İkinci olarak ise bu kararın dayanaklarının idare tarafından somut olarak ortaya konmasıdır. Danıştay yaptığı hukuki değerlendirmeyle süreçteki somut durumların kamu yararı ve adil denge şartını sağladığına karar vermiştir.

Danıştay bu kararıyla mülkiyet hakkına, riskli alan ilanı ve devamında 2942 sayılı Kanun madde 27'ye dayalı olarak acele kamulaştırma yoluyla

---

[96] Danıştay 6. Daire Başkanlığı E. 2019/21990, K. 2021/2445 https://kararara ma.danistay.gov.tr/getDokuman (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

müdahale edilmesi işlemini hukuka uygun kabul etmiştir. Ancak genel kanun özel kanun ilişkisi davaya konu olayda tartışılması gereken bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Kamulaştırma ile ilgili olarak 2942 sayılı Kanunun genel kanun olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Bunun yanında ilgili kararda adı geçen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ise amaç maddesi olan madde 1 "*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.*" düzenlemesiyle birlikte düşünüldüğünde dava konusuyla doğrudan ilgili hükümler içeren diğer ifadeyle özel kanundur[97]. Kanunların uygulanmasında genel kanun özel kanun çatışmasında özel kanunun öncelikli olduğu genel kabuldür. 6306 sayılı Kanunda acele kamulaştırma kavramı sadece madde 6/2'de "*(2) Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında dava konusu taşınmaz üzerindeki bina yıkılmış olan bir taşınmaz değil, arsa niteliğinde bir taşınmazdır. Dolayısıyla madde 6/2 kapsamına girmemektedir. Ayrıca madde 6/2 metninde acele kamulaştırma yoluna gitmek tarafların anlaşmaması durumunda idarenin takdirine bırakılmış bir yoldur. Karar metninde Danıştay'ın ilgili dairesi acele kamulaştırma usulünün kullanılmasında ayrıca 6306 sayılı kanunun amacına vurgu yaparak 2947 sayılı Kanun madde 27'den kaynaklı acele kamulaştırma yetkisinin kullanılmasının hukuka uygun olduğu kararını vermektedir. Özel kanun olan 6306 sayılı Kanunda acele kamulaştırmanın sadece bir durumda kullanılabileceği madde 6/2'de açık olarak belirtilmiştir. Bunun dışında 6306 sayılı kanunun amacından hareketle genel kanun olan 2942 sayılı Kanun madde 27'ye vurgu yaparak acele kamulaştırmanın kullanılması, yasa koyucunun afet riskini dikkate alarak 6306 sayılı kanunla ortaya koyduğu iradesinin sınırlarını yasa dışına genişletmek olacaktır. Bu ise mülkiyet hakkının sınırlanmasında kanunilikten keyfiyete yönelen hukuka aykırı uygulamalara zemin hazırlayabilir. Ya-

---

[97] Burada tartışılan konuyla ilgili olarak, 6306 sayılı Kanun ve 2942 sayılı Kanun dikkate alınarak yapılan riskli alanlarda uygulanacak acele kamulaştırmalar hakkında bkz.; ÖZKAYA ÖZLÜER Ilgın, "Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması", **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 67 (3) 2018, s. 641 vd.

sama organı Anayasa madde 5'te devlete verilen görevin yerine getirilmesiyle ilgili olarak afet riski altındaki alan ve yapılarla ilgili ülkemizin bulunduğu coğrafyayı ve hızlı ve çarpık yapılaşmayı da dikkate alarak konuyu özel olarak düzenlemiştir. Bu alanda kullanılacak yetkilerin de yine aynı kanun kapsamında düzenlenmiş olduğu ve herhangi bir durum için yasama organının belli bir yetkinin kullanımının hangi hallerde olacağını düzenlemeyi unutmuş olacağını ya da bu alanı özellikle bilinçli ya da bilinçsiz boş bırakması söz konusu olamaz. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından idare hukukunun en temel ilkelerinden birisi de "*yetkisizlik genel yetki istisnaidir*" kuralıdır.

AYM, bireysel başvuru davasında verdiği kararda acele kamulaştırma usulüyle ilgili olarak bazı tespitlerde bulunmuştur. AYM, acele kamulaştırma usulünün olağan kamulaştırmada malik lehine getirilen usule ilişkin güvenceleri bertaraf etmediğini, sadece bu usuller işletilmeden idareye kamulaştırılacak taşınmaza el koyma imkânı tanıdığını belirtmiştir. Buna göre idare taşınmaza el koyduktan sonra idarenin öncelikle satın alma yoluna başvurması, burada uzlaşma olmaması halinde ise asliye hukuk mahkemesinde bedel tespiti ve tescil davası açması gerekir. Acele kamulaştırma uygulanacağı durumlardan birisi olan "*aciliyetine Bakanlar Kurulunca karar verilmesi*" halinde ise idarenin acele kamulaştırma kararı alabilmesi için öncelikle Bakanlar Kurulunca kamulaştırma ihtiyacı duyulan proje veya yatırımın aciliyet niteliği taşıdığına karar verilmesi gereklidir[98]. 2942 sayılı Kanun madde 27 gereği "*aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde*.." aciliyet niteliğinin somutlaştırılması gereği ortaya konulmaktadır. İdari işlemin gerekçesini oluşturan acelelik durumunun somutlaştırılması idari işlemin objektifliğinin de ölçütüdür. Bu ölçüt yargısal denetime tabi tutulur. Acelelik durumunun nesnel olarak ortaya konulabilmesi zorunluluğu idareyi keyfiyetten de uzak tutmuş olacaktır.

Öğrencilere yurt yapımı için Bakanlar Kurulu Kararıyla acele kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz malikinin açtığı iptal davasında ise Dnş. İDDGK, yurt yeri için acele kamulaştırma işlemindeki kamu yararının somut olarak ortaya konmasının gerektiğini, yurt ihtiyacının aciliyetinin ve taşınmazın mülkiyet durumunun karışık olmasından dolayı normal kamulaştırma işlemi yapılması halinde gecikme yaşanması halinin acele kamulaştır-

---

[98] AYM Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/17451) Karar Tarihi: 16/2/2017. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/17451 (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

ma için gerekçe oluşturmayacağını belirterek acele kamulaştırma işleminde acelelik durumunun olmadığına karar vermiştir[99]. Acelelik kararının hukuka uygunluğunun denetiminde Danıştay'ın ölçütlerini örnek bir kararı inceleyerek tespit edebiliriz. Enerji iletim hattı ile ilgili tesislerin yapımı için ihtiyaç duyulan taşınmazların acele kamulaştırılması konulu Cumhurbaşkanı Kararının iptali için açılan davada[100]; acelelik koşulunun gerçekleşmesi için ilk ölçüt, "*acele kamulaştırma işleminden beklenen kamu yararının ve kamu düzeni ile ilgisinin ortaya konmasıdır"*. Bahse konu davada normal kamulaştırma yerine acele kamulaştırma yönteminin seçilmesinde enerjiye duyulan ihtiyacın hızlı artışı, satın alınan enerjinin tüketim yerlerine gecikmeksizin ulaştırılmasının hedeflenmesi, uyuşmazlığa konu taşınmaza isabet eden proje güzergâhının dava konusu edilmediği, enerji nakil hatlarının en uygun ve kısa hattan geçirilmesinde kamu yararının bulunduğu, alternatif çözümlerin kamuya ayrıca külfet yükleyeceği belirtilmiş ve işlemin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararından önce projenin başında alınan kamu yararı kararına karşı açılan iptal davası da derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından reddedildiği, kararda ayrıca yer bulmuştur. İkinci ölçüt, "*acele kamulaştırma işleminin aşamalarının kanundaki usullere ve sıraya uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesidir"*. Kamu yararı kararının kanuna uygun olarak Enerji iletim hattı projesi kapsamında TEİAŞ Yönetim Kurulunca alınması ve kamu yararı kararının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca onaylanması devamında Cumhurbaşkanının aldığı acele kamulaştırma kararı ve buna bağlı olarak 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen usullerin sıra dâhilinde izlendiğinin denetimi yapılmıştır. Üçüncü ölçüt[101] ise "*istisnai bir yöntem olan acele kamulaştırmaya başvurmayı gerektiren somut durumun varlığının"* idare tarafından ortaya konulması gereğidir. Söz konusu davada bu şart, enerjiye duyulan ihtiyacın aciliyeti ve bunun için katlanılan külfetin kamulaştırma süresinin uzaması nedeniyle artabileceği şeklinde somutlaşmaktadır.

---

99 T.C. İDDK E. 2020/1998 K. 1837. https://kararara ma.danistay.gov.tr/ Erişim Tarihi: 20.07.2021

100 T.C. DNŞ. 6. D. E. 2019/21682 K. 2021/2441. https://kararara ma.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

101 Acele kamulaştırmada Danıştay'ın kullandığı ölçütler başlık olarak Onur Kaplan'ın makalesinden alıntılanmış ve ölçütler seçtiğimiz örnek karar üzerinde somutlaştırılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Makale Bilgileri: Onur Kaplan, Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda "Aceleliğine Karar Verilen Haller" Bakımından Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** • Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 185-190.

Acelelik halinin tespitinde kullanılan ölçütler şu şekilde sıralanabilir; kamulaştırma işlemi konu yönünden sınırlanmış olmalıdır, acele kamulaştırma işleminin sınırları belirtilmelidir, acelelik hali somut bir şekilde ortaya konmalıdır, acele kamulaştırma yolu uygulamada süreklilik özelliği kazanmamalıdır, acele kamulaştırma yetkisi devredilmemelidir, mülkiyet hakkının kullanımını belirsiz hale getirmemelidir, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının adil dengeye dayanan bir gerekçesi olmalıdır[102]. Acelelik kararının denetiminde Danıştay tarafında kullanılan farklı ölçütler de mevcuttur. Bunlardan birincisi acele kamulaştırma ile ulaşılacak kamu yararı ile normal kamulaştırma ile ulaşılacak kamu yararı arasında bir farkın bulunup bulunmadığı, ilgili kanunda öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ve olağanüstü durumun ve kamu yararının somut olarak ortaya konulup konulmadığıdır. Danıştay kararında, Bakanlar Kurulunun acele kamulaştırma kararında acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren nedenlerin, acelelik halinin ve üstün kamu yararının ne olduğunun somut olarak açıklanmadığı belirtilerek işlem iptal edilmiştir. Danıştay başka bir kararında ise sadece normal kamulaştırma işleminin uzun sürecek olmasının acele kamulaştırma için bir gerekçe oluşturmayacağını aceleliğe ilişkin gerekli ve yeterli koşulların somutlaştırılması gereğinden bahsetmiştir[103].

---

[102] İLGEZDİ Ali Rıza, GÜÇLÜ Cem, SÖNMEZ Eren, s. 56.

[103] YILMAZOĞLU Yunus Emre, DUMAN Özgür, "Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: "Anayasa Mahkemesinin "Ali Ekber Akyol ve Diğerleri" ile "Ali Hıdır Akyol ile Diğerleri" Kararlarının Analizi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt 0, Sayı 11, 2018, s. 539-540. Acelelik koşulunun gerçekleşmesinin denetimiyle ilgili bir diğer davada DİDDGK tarafından yapılan hukuki değerlendirme; "*Davalı idarelerin savunmalarında ve dosyada bulunan bilgi ve belgelerde, dava konusu acele kamulaştırma kararının amacının; Şanlıurfa şehir merkezinin güneyinde bulunan Eyyübiye ilçesi sınırları içindeki 800 yataklı devlet hastanesine, Harran ve Akçakale ilçelerine ve Harran Üniversitesi Eyyübiye yerleşkesine olan ulaşımın rahat ve güvenli bir şekilde sağlanması, bölgede ve şehirde yaşayan insanların can ve mal güvenliği açısından yapımı planlanan üç adet köprülü kavşağın yapılması ve yol genişletme çalışmalarının 08/12/2016 tarih ve 452 Sayılı encümen kararı ile kamulaştırmanın hızlı bir şekilde tamamlanabilmesi olduğu belirtilmiştir.*

2942 Sayılı Kanun'un 27. maddesi incelendiğinde; kamulaştırma işlemlerinde öngörülen yöntemlerin bir kısmının uygulanmayarak taşınmaza acele el konulabilmesi yolu istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Anılan madde hükmü ile acele kamulaştırmada olağan kamulaştırmaya oranla özel koşulların varlığı aranmış ve üç durumda acele kamulaştırma yolu ile taşınmaza el konulmasına olanak tanınmıştır. Bu koşullardan ikisi 3634 Sayılı Kanun'un uygulanmasında yurt savunması ihtiyacı veya özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olması halleri şeklinde açıkça sayılmak suretiyle üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasının gerçekleştirilmesi amacıyla acele kamulaştırma yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

SONUÇ

Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme adlı eserinin Siyasal Toplumun ve Yönetimin Amaçları bölümünde insanın doğa durumunda özgür olduğunu kişiliği ve edindiği şeylerin "mutlak efendisi" olduğunu belirttikten sonra şu soruyu sorar; "insan en büyüğe eşitse ve hiç kimseye tabi değilse özgürlüğünü neden terk edecektir?" Cevap olarak ise insanın bu haklara sahip olduğu doğrudur, ancak bu haklar "belirsiz ve sürekli" bir şekilde diğerlerinin tecavüzüne uğramaktadır. İnsan, bu şartlarda sahip olduğu mülkiyeti düzenli ve güvenlikli bir şekilde kullanamaz. Bunun önlenmesi ise insanların devletlerde birleşmesi ve devletlerin yönetimi altında bu hakkı kullanmasıdır[104]. Devletin varlığının temel amaçlarından birisi mülkiyeti korumaktır. Mülkiyet hakkının, temel insan hakkı olarak sahip olduğu öneme çalışmamızın başında işaret edilmiştir. Anayasamızın 35'inci maddede mülkiyet hakkının temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiş ve diğer düzenlemelerle birlikte güvence altına alınmıştır. AİHS'de de aynı şekilde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak bu güvenceler mülkiyet hakkının kullanımına, idarenin müdahalelerinin yasa ve anayasada çizilen sınırların dışında gerçekleşmesine engel olmamaktadır.

Bu kapsamda üçüncü koşul olan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi için de kamu yararı ve kamu düzenine ilişkin olma halinin maddede yer alan diğer iki koşula paralel nitelik taşıması gerekmektedir.

Nitekim, anılan maddenin gerekçesinde de, acele ve istisnai hallerde, Kanunun önceki hükümlerine (olağan kamulaştırma usullerine ilişkin hükümlerine) uyulması çeşitli sakıncalar yaratabileceği gibi, kamunun büyük zararlara uğramasının da muhtemel olabileceği belirtilerek, maddede belirtilen şartların varlığına bağlı olarak kıymet takdiri dışındaki bazı kanuni işlemlerin sonraya bırakılarak, maddede öngörülen süre ve şekilde taşınmaza el konulması düzenlenmiştir.

Ancak, dava konusu Bakanlar Kurulu kararı incelendiğinde, acele kamulaştırma yapılmasını gerektiren nedenlerin ortaya konulmadığı, acelelik halinin, üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasını gerektiren hallerin açıklanmadığı görülmektedir.

Her ne kadar, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden, bölgede ve şehirde yaşayan insanların can ve mal güvenliğinin sağlanması ve trafik yoğunluğunun azaltılması amacıyla acele kamulaştırma kararı alındığı belirtilmekte ise de, acele kamulaştırmaya ilişkin olarak yukarıda açıklanan özel ve istisnai koşullar bulunmadan ve idarece ortaya konulmadan, salt belirtilen nedenle acele kamulaştırma yapılması hukuken olanaklı değildir.

Bu itibarla, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki Daire kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." şeklindedir. Burada da acelelik halinin, üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasını gerektiren hallerin idare tarafından açıklanmasının zorunlu olduğu aksi takdirde yapılan işlemin hukuka uygun olmayacağı Dnş. tarafından vurgulanmıştır. T.C. DNŞ. İDDGK E. 2019/2399 K. 2019/4534 T. 17.10.2019, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2019-2399.htm.

[104] LOCKE, s. 131, 132.

İdare, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlara 2947 sayılı Kanunla düzenlenmiş kamulaştırma ve yine aynı kanunda ikincil bir usul olarak olan acele kamulaştırma usulleri ile müdahale etmektedir. Mülkiyet hakkına kamulaştırma yoluyla yapılan müdahalenin amacı kamu yararıdır. Kamu yararı ise bir kamu hizmetiyle somutlaşmaktadır. Kamu yararının gerektirdiği hallerde özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazların iarenin mülkiyetine geçirilmesinde izlenecek usul 2947 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Yine aynı kanunda idarenin kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapmakla yükümlü olduğu kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan taşınmazların kamulaştırılabileceği belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının idare tarafından tamamıyla ya da kısmen ortadan kaldırılması söz konusu olduğu için kamulaştırma kanunu mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olarak yapılmasındaki en önemli dayanaktır. Burada ise müdahalenin gerekçesi kamu yararı olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu yararının somutlaşması ise kamu hizmetinin sunumu şeklinde kendini gösterecektir. Kamulaştırma usulünü kullanarak mülkiyet hakkına el atan ve devamında mülkiyetine aldığı taşınmazı başlangıçtaki kamu hizmeti dışında bir işe özgüleyen idarenin işlemi hukuka aykırıdır. Kamulaştırma yetkisinin, bu yetkinin kullanılmasının amacını oluşturan kamu yararını gerçekleştirmek için kullanılması ama devam eden süreçte idarenin mülkiyetine geçen taşınmazın istisnai durumlar dışında farklı şekilde kullanılması işlemi başlangıçtan itibaren hukuka aykırı hale getirmektedir. Kanuni idare ilkesi gereği kamulaştırma yetkisinin idareye veren kanun koyucu, amacını ve izlenecek usulü kanunla ortaya koymuştur. İdarenin buradaki usulü kullanarak mülkiyet hakkını ortadan kaldırması devamında ise ulaşmak istediği amaç dışında taşınmazın kullanılması veya hiç kullanılmaması idareye güveni de ortadan kaldıracaktır. Mülkiyet hakkı ve diğer hakları güvence altına alan anayasa tarafından bunun somutlaştırılması için görevlendirilen devletin böyle bir seçeneğinin olmadığına kuşku bulunmamaktadır. İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi ve mal sahibinin geri alma hakkının Kamulaştırma Kanununda düzenlenmiştir. Bu durum idarenin kamulaştırma işlemini yaparken kamu yararının gerçekleştirilmesi için başlangıçtan sona kadar tutarlı şekilde gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünde bir azalmaya neden olmamalıdır. Kamu yararı kavramının soyutluğu nedeniyle, adil denge ve üstün kamu yararı ölçütleri geliştirilmiştir. Bunlar, yargısal denetimin nesnel hale getirilmesi için mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulan ölçütlerdir. Bu ölçütlerin de enerji ve çevrenin korunması açısından değerlendirilmesi somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir.

Acele kamulaştırma ise 2947 sayılı Kamulaştırma Kanununda düzenlenen istisnai bir yoldur. Bu usulün hangi hallerde kullanılacağı madde 27'de belirtilmiş olsa da acele kamulaştırmanın uygulanabilmesi için gerekli olan olağanüstü durumların ve bu yönteme başvurulması ile amaçlanan kamu yararının idare tarafından somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Acele kamulaştırmanın getirdiği kolaylık ve hız, ancak olağanüstü şartların varlığının nesnel ve somut olarak ortaya konulması durumunda kamu yararına ulaşmayı sağlayacaktır. Aksi takdirde sadece normal kamulaştırma usulünde takibi gereken yoldan kaçınmak amacıyla acele kamulaştırma usulüne başvuru kamu yararını ortadan kaldıracaktır. Mülkiyet hakkının korunması, kamu yararının ise somut ve nesnel olarak ortaya konulması için sıkı şekil şartına bağlanarak yapılan kamulaştırma işleminin esasları yasa koyucu tarafından kanunla belirlenmiştir. İstisnai durumlar/olağanüstü şartların varlığı açık olarak ortaya konulmadan acele kamulaştırma usulüne başvurulması hem kamu yararını ortadan kaldırıp Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlalini, hem de istisnanın genel hüküm haline gelmesine sebep olacaktır. Bunun sonucu ise hukuki güvenliğin ortadan kalkmasıdır. İdari hiyerarşinin hukukilik ve yerindelik denetimini yaparak böyle bir işlemi yapmaması hukuk devletinin gereğidir. Bağımsız ve tarafsız yargının geliştireceği içtihatlarla zamanın, ihtiyaçların ve çevrenin korunmasının gereğine uygun olarak kamu yararı ve mülkiyet hakkı arasındaki dengeyi tesis etmesi ise hukuk devletini görünür hale getirecektir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 2, ss. 3-15.

AKBULUT Örsan Ö., **Siyaset ve Yönetim İlişkisi, Kuramsal ve Eleştirel Bir Yaklaşım**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

AKSOYLU Özge, "Çevrenin Korunması ve Kamu Yararları Çatışması-Danıştay ve Conseil d'Etat İçtihatlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış-", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2011/2, s. 139-254.

AKYILDIZ Fulya, "Sosyal Devlet Tarihe Gömülürken "Kamu Yararı" ve "Sosyal Hizmet" Kavramlarını Yeniden Düşünmek", https://www.researchgate.net/ publication/332864291_Sosyal_Devlet_Tarihe_Gomulurken_Kamu_Yarari_Ve_Sosyal_Hizmet_Kavramlarini_Yeniden_Dusunmek (Erişim Tarihi: 26.06.2021).

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

ANTALYA Gökhan, **Hukuk Teorisi** Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2020.

ATAY E. Ethem, **Hukuk Başlangıcı**, 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.

ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

BULUT Nihat, "Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı", **EÜHFD** C. X, S. 3-4 (2006), ss. 15-26.

BOYAR Oya, "Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme", **İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Edit: Sibel İNCEOĞLU, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara 2013. ss. 495-532

Celebrating the Scenic Hudson Decision, https://www.scenichudson.org/viewfinder/celebrating-the-scenic-hudson-decision/ (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

Council of Europe, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of property, Updated on 30 April 2021 s. 27-29 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf. (Erişim Tarihi: 18. 07.2021).

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ÇAKMAK Münci, **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013.

DUMAN Özgür / FIRTINA Umut /ÖZDEMİR AKCA Ayşe Didem / ŞAHİNER Muhammed Emin / ŞENOL Eşref Uğur / ALTIN Mahmut / ÖZCAN Olcay / TUTAL Ozan, **Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri**, Edit: Murat Şen, Taylan Barın, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020, AYMmulkiyet_karar_ozet.pdf (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

EREN Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

GEMALMAZ H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", **ÎÜHFM**, C. LXIX, S. l-2, 2011, ss. 649-674.

GEMALMAZ H. Burak, **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6**, Nisan 2018 Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, www.coe.int/ankara (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

GÖLCÜKLÜ Mehmet Ali, **Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

GÖREN Zafer, "Sosyal Devlet", ss. 3-18, https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/ 2020/01/Z.Goren1.pdf (Erişim Tarihi: 30.05.2021).

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, 20. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2018.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.

Hak ve Özgürlükler Antolojisi, Editör: Prof. Dr. Coşkun Can Aktan Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 2018, ss. 14-75.

HARRIS D.J. / O'BOYLE M. / BATES E.P. / BUCKLEY C.M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Oxford University Press, Avrupa Konseyi, 2013 (Türkçe birinci baskı).

İLGEZDİ Ali Rıza, GÜÇLÜ Cem, SÖNMEZ Eren, **Adım Adım Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (1789), http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789.html (Erişim Tarihi: 08.06.2021).

KAYA Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararına Danıştay'ın Bakışı**, XII Levha, İstanbul, 2011.

KAPLAN Onur, "Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda "Aceleliğine Karar Verilen Haller" Bakımından Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ss. 176-196.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KORKUT Levent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı", **Liberal Düşünce**, Cilt: 11, No: 44, Güz 2006, ss. 77-98. http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/44/06-levent-korkut-ozgurluklerin-bir-sinirlama-nedeni.pdf (Erişim Tarihi: 10.07.2021).

KUTLU GÜRSEL Meltem, **Kamulaştırma Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

LOCKE John, **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, 4. Baskı, Çev: Doç. Dr. Fahri Bakırcı, Tarcan Matbaası, Ankara, 2018.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: III, Üçüncü Bası, Akgün Matbaası, İstanbul.

ÖZAY İl Han, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, Alfa Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ÖZKAYA ÖZLÜER Ilgın, "Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması", **Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 67 (3) 2018, ss. 635-655.

Sosyal Devlet PEKTAŞ Zafer / DERDİMAN Ramazan, "Kamu Hizmetlerinin Özel Teşebbüslere Gördürülmesi Açısından Anlayışının İçeriği ve Değeri", ss. 15-74, https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/727971 (Erişim Tarihi: 27.06.2021).

REKOSH Edvin, "Who Defines the Public Interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe", **International Journal of Human Rights**, Year 2, Number 2, 2005, ss. 55-96.

SANCAKDAR Oğuz / ÖNÜT Lale Burcu / DOĞAN Eser Us / KASAPOĞLU TURHAN Mine / SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 8. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Sekizinci Baskı, 1990.

ŞİMŞEK Suat, **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 2011/413, Ankara, 2011.

ŞİMŞEK Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I", **TBB Dergisi**, 2010 (91), ss. 181-228.

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi https://islamansiklopedisi.org.tr/mülkiyet (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI (GEREKÇELİ) Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu İsmail Emrah Perdecioğlu Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekçeli_anayasa.pdf (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

UYANIK Halit, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, XII Levha, İstanbul, 2013.

YILMAZOĞLU Yunus Emre / DUMAN Özgür, "Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: "Anayasa Mahkemesinin "Ali Ekber Akyol ve Diğerleri" ile "Ali Hıdır Akyol ile Diğerleri" Kararlarının Analizi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, 2018, ss. 513-583.

İnternet Siteleri

Legal Information Institute, "Strict Scrutiny", https://www.law.cornell.edu/wex/strict_ scrutiny (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

https://definitions.uslegal.com/c/compelling-state-interest-test/ (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 08.06.2021).

https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 27.05.2021).

https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/Türk-Hukukunda-ve-Avrupa-İnsan-Hakları-Sözleşmesinde - Mülkiyet -Hakkı.pdf (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 02.06.2021).

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları

AYM Kararı, E: 2018/99 K: 2021/14 Karar Tarihi: 3/3/2021 R.G. Tarih-Sayısı: 7/5/2021-31477.

AYM, Cafer Sezgin ve diğerleri başvurusu Başvuru Nu.: 2018/20720, Karar Tarihi: 7/4/2021.

AYM, Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras Başvurusu, No. 2014/11994, 9/3/2017.

AYM Kararı E. 2018/99 K.: 2021/14 Karar Tarihi: 3/3/2021 R.G. Tarih-Sayısı: 7/5/2021-31477 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/14 (Erişim Tarihi: 11.07.2021).

AYM Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu (Başvuru Numarası: 2015/17451) Karar Tarihi: 16/2/2017. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

AYM, Hasan Uçar, B. No: 2018/1901, 26/5/2021. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

AİHM, Karaman/Türkiye (B. No: 6489/03, 15/1/2008).

AİHM, Beneficio Cappella Paolini/Malta (B. No: 40786/98, 13/7/2004).

AİHM, (Motais de Norbonne/Fransa, (B. No: 48161/99, 2/7/2002).

AİHM, Keçecioğlu ve diğerleri/Türkiye (B. No: 37546/02, 8/4/2008).

AYM, Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021)

AYM, Nusrat Külah, B. No: 2013/6151, 21/4/2016. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

AYM, Derya Alpdoğan ve diğerleri, B. No: 2015/6845, 31/10/2018. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021)

Yıllık Rapor 2020, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s. 58, 215, https://www.anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 18.07.2021).

James ve diğerleri/Birleşik Krallık [GK], (B. No: 8793/79, 21/2/1986).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 1998/2072 K. 1999/6209, T. 07.12.1999 Danıştay Dergisi, 2001, Sayı 103, s. 529, 530. https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-03-12-9481509.pdf (Erişim Tarihi: 19.07. 2021).

T.C. DNŞ. 10. D., E. 2013/4804 K. 2017/2081, T. 17.4.2017. https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/10d-2013-4804.htm (Erişim Tarihi: 19.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2011/4773 K. 2014/7690 T. 26.11.2014, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6d-2011-4773.htm (Erişim Tarihi: 19.07. 2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2016/365 K. 2020/1248, T. 10.2.2020. https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6d-2016-365.htm (Erişim Tarihi: 19.07.2021).

T.C. DNŞ. İDDGK, E. 2018/1675 K. 2018/3393, T. 21.6.2018. https://lib. kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2018-1675.htm (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

T.C. DNŞ. İDDGK E. 2019/3342 K. 2020/148 T. 30.1.2020, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2019-3342.htm (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

T.C. DNŞ İDDGK E. 2019/2399 K. 2019/4534 T. 17.10.2019. https://lib.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2012/6974 T. 30.5.2013. https://lib.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. İDDGK E. 2017/74 K. 2017/2034 T. 15.5.2017 https://lib.kazanci.com.tr/(Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/443 K. 2020/9958. https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/439 K. 2020/9955, E. 2019/442 K. 2020/9957. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/21461 K. 2020/12703. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/21990, K. 2021/2445. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/446 K. 2020/9960. T.C. DNŞ. 6.D., E. 2019/20430 K. 2020/12701. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/12529 K. 2021/1089. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. İDDK E. 2020/1998 K. 1837. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ İDDGK E. 2019/2399 K. 2019/4534 T. 17.10.2019, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2019-2399.htm (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

T.C. DNŞ. 6. D., E. 2019/21682 K. 2021/2441. https://karararama.danistay.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 20.07.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1447-1511

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İDDİA PAZARLIĞI KURUMU (*PLEA BARGAINING*)[(*)(**)]

Doç. Dr. **Ali Emrah BOZBAYINDIR**[(***)]

Öz: Günümüzde, birçok ceza adaleti sisteminde klasik yargılama usulü artık neredeyse bir istisna haline gelmiştir. Bunun yerine, usul ekonomisi ve yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması mülahazalarıyla birçok kurum ihdas edilmiştir. Bu nevi kurumlar arasında iddia pazarlığı kurumunda, şüpheli savcılıkla müzakere neticesinde anlaşmaya vararak suçunu ikrar etmesi karşılığında kendisine ceza indirimi yapılmaktadır. Anglo-Amerikan kökenli bir kurum olmasına rağmen iddia pazarlığı günümüzde artık ABD ile sınırlı bir olgu olmayıp, Kıta Avrupası da dahil olmak üzere dünyanın birçok ülkesine yayılmıştır. Bunlar arasında, Arjantin, Çin, Avustralya, Rusya ve birçok Avrupa Konseyi ülkesinin olduğu farklı hukuk sistemleri yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iddia pazarlığı konusunda 2014 yılında Gürcistan ve 2019 yılında Slovakya Cumhuriyeti'nin iddia pazarlığı uygulamalarına ilişkin verdiği kararlarında, adil yargılanma hakkından feragatin şartları bağlamında, bu kuruma ilişkin tatbikatta, uygulanması gereken adil yargılanmaya ilişkin asgari garantileri belirlemiştir. Bu makalede, iddia pazarlığı kurumu ve görünüm biçimleri ele alındıktan sonra, adil yargılanma hakkının kapsamı ve AİHM kararlarında iddia pazarlığı kapsamında adil yargılanma hakkından feragatin şartları konusundaki öğreti ve uygulama incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İddia Pazarlığı, Ceza Pazarlığı, Adil Yargılanma Haklarından Feragat, İkrar, Hüküm Anlaşmalarının Yargısal Denetimi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 15.10.2021.

(**) Bu makale, Alexander von Humboldt Vakfı tecrübeli bilim insanları bursuyla desteklenen bir araştırma projesi kapsamında hazırlanmıştır. (*Der Text gehört zu einem Forschungsprojekt, das ich dank eines Stipendiums der Alexander von Humboldt Stiftung durchführen konnte*).

(***) İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi
(ORCID no: 0000-0001-7995-2474; *emrah.bozbayindir@izu.edu.tr*).

PLEA BARGAINING IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: In our times, in many criminal justice systems full trial has almost become an exception. In lieu of trial, a number of institutes have been introduced into the criminal justice systems for economic and speedy resolution of criminal cases. Of such institutes, plea-bargaining carries the day. In a plea-bargaining, prosecution and accused reach an agreement according to which the defendant pleads guilty and he receives a sentence reduction in return. Despite being an Anglo-American institute in origin, plea-bargaining has spread across the world. Diverse jurisdictions like Argentina, China, Australia, Russia and Nigeria are among the countries that have introduced a variation of plea-bargaining into their criminal justice systems as well as many member states of the Council of Europe. The European Court of Human Rights has identified minimum fair trial guarantees with regard to plea-bargaining and waivers of fair trial rights in recent cases concerning plea bargaining practices in Georgia and Slovak Republic. This article, firstly, deals with the institute of plea-bargaining and its different forms; and then, it analyses the content of right to a fair trial and the conditions of waiving fair trial rights in the context of plea-bargaining practices in the jurisprudence of the ECHR.

Keywords: Plea Bargaining, Sentence Bargaining, Waiver of Fair Trial Rights, Confession, Judicial Review of Plea Agreements.

I. GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) esasen bireysel başvurulardaki hak ihlalleri konusunda yetkili olmasına rağmen, son yıllarda Avrupa sathında bilhassa ceza muhakemesi hukuku sahasında, adeta hukuk sistemleri arasındaki uyumlaştırmanın (*Harmonisierung*) taşıyıcısı konumuna gelmiştir.[1] Bir başka deyişle, özellikle temel ve tartışmalı konularda AİHM'in bir dava özelinde vermiş olduğu kararın, ilgili davayı aşan bir normatif ağırlığı söz konusu olabilmekte; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan ülkelere yön gösterici bir rol oynayabilmektedir. Buna mukabil, AİHM tarafından da vurgulandığı üzere, Mahkeme üye devletlerin ceza muhakemesi sistemlerini yeknesaklaştırmak hususunda ne yetki ne de görev

[1] ALBRECHT Anna H, **Wechselwirkungen zwischen Art.6 EMRK und nationalem Strafverfahrensrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, s. 1; SCHMAHL, Stefanie, "Procedural Rights and Article 6 ECHR", **70 Years of Human Rights and the Rule of Law in Europe,** Stefan Kadelbach ve Rainer Hofmann (eds.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021, s. 72-74.

sahibidir. Bu nedenle, sözleşmeci devletler ceza muhakemesinin tamamının adil bir şekilde işlemesini nasıl sağlayacakları hususunda oldukça geniş bir takdir yetkisini haizdir.[2]

Sözleşme'nin ceza muhakemesi hukuku alanındaki merkezi normu, hiç şüphesiz adil yargılanma hakkını düzenleyen, 6. madde hükmüdür. Esasen, adil yargılanma kavramı Anglo-Amerikan hukukunun etkisiyle, Kıta Avrupası'na 1950 tarihli AİHS m.6 ile giriş yapmıştır. Gerçekten, adil yargılanma hakkı kavramının Kıta Avrupası hukukunda hızlı bir şekilde yayılmasında m.6 hükmü ve bu hükmün AİHM tarafından yorumlanması büyük bir rol oynamıştır.[3] Bu sayede, en azından Kıta Avrupası'nda ceza muhakemesinin belki de en önemli ve tüm sistemin işleyişini yönlendiren maddi gerçeğin araştırılması ilkesi eski ağırlığını kaybetmiş, onun yerini büyük ölçüde yargılamanın birinci önceliği olarak sanığın menfaatlerini korumak olan adil yargılama ilkesi almaya başlamıştır.[4] AİHM yıllar içinde bilhassa m.6/f.1 hükmünden hareketle, Sözleşme'nin lafzında açıkça düzenlenmemiş olan ceza muhakemesine ilişkin birçok hakkı deyim yerindeyse ihdas etmiş ve m.6/f.3 hükmünde yer alan hakların kapsamını ve tatbik şartlarını ortaya koymuştur.[5] Mahkeme, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplum bakımından büyük önem arz etmesi temelinden hareket ederek, m.6 hükmünü geniş yorumlamıştır.[6] Öğretide *Damaska*'nın ifadesiyle, maddi adalet karşısında usuli adalet büyük ölçüde mevzi kazanmış; menzile giden yolun kendisi, artık gittikçe müphem hale gelen menzilin kendisinden daha önemli hale gelmeye başlamıştır.[7] Buna karşılık, çalışmamızın konusunu teşkil eden iddia pazarlığı ve benzeri kurumlar da adeta bu yolculuğu mümkün olduğunca kısa yoldan bitirme amacına hizmet ederek, tabiri caizse hem adil yargılanma hem de ceza muhakemesinin maddi gerçeğin araştırılması ilkelerini aşındırmaktadır. Son yıllarda ulus devletlerin, terörizm ve örgütlü suçluluk dışındaki sıradan suçlar bakımından önceliği, maddi olguların tam manasıyla aydınlatılmasından ziyade yargılamanın hızlı bir şekilde yetkililer ve

---

2 ALBRECHT, s. 11-12.

3 DAMASKA Mirjan, "The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 36, 2011, s. 367.

4 DAMASKA, Visions of Fairness, s. 370.

5 ALBRECHT, s. 1-2.

6 ALBRECHT, s. 2.

7 DAMASKA, Visions of Fairness, s. 370.

şüpheli (veya sanık) arasındaki pazarlıkla sonuçlandırılması ve bazı hallerde de cezaya alternatif yaptırımların uygulayarak ceza muhakemesinin sona erdirilmesi haline gelmiştir.

Bu nedenle, çalışmada esasen *Common Law* menşeli olmasına rağmen Kıta Avrupası ülkelerinden de hızla yayılan ve kendisine oldukça sık başvurulmaya başlanan, iddia pazarlığı kurumuna (*plea bargaining*) ilişkin bir mukayeseli hukuk tahlili yapıldıktan sonra, kurumun farklı görünüm ve uygulama biçimleri izah edilecektir. Gerçekten Avrupa ceza adaleti sistemlerinde, klasik duruşmada delillerin ikamesine dayanan yargılama modeline alternatif teşkil eden, hızlandırılmış ve basitleştirilmiş muhakeme usulleri gerek mevzuat gerekse uygulamada büyük önem kazanmaya başlamıştır.[8] Bu nedenle çalışmamızda evvela, genel olarak iddia pazarlığı kavramı ve Dünya çapındaki yaygınlığına ilişkin izahlarda bulunulacaktır (II.1.). Bu noktada özellikle, ülkemiz mevzuatı üzerinde tesiri olan Kıta Avrupası ülkelerinden Almanya, Fransa ve İtalya'daki iddia pazarlığı kurum ve uygulamaları ele alınacaktır (II.1.). İddia pazarlığı kurumunun, pazarlığın konusuna göre farklı tezahür biçimleri olduğundan, kurumun bu görünüm biçimleri de ana hatlarıyla izah edilecektir (II.2.).

İddia pazarlığı kurumunun bir vakada uygulanması halinde, şüpheli veya sanık en azından adil yargılanma haklarının bir kısmından feragat etmek durumunda kalabilmektedir. Bunların başında masumiyet karinesi, kendini suçlamama hakkı, mahkemeye etkin bir şekilde ulaşabilme hakkı ve kamuya açık duruşmada delillerin ikamesi esasına dayanan yargılanma hakkı gelmektedir.[9] Bunun sonucu olarak iddia pazarlığı, ortaya çıkarabileceği hukuki neticeler bakımından AİHS m.5 ve 8'de yer alan hakları da etkileyebilecek olsa da esas itibarıyla adil yargılanma haklarını etkileyen bir kurumdur.[10] Bu nedenle müteakip bölümde ana hatlarıyla bir yargılamanın, bir bütün olarak adilliğine ilişkin birbiriyle bağlantılı birçok kıstas ve hakkı bünyesinde ba-

---

8 MEYER-LADEWIG Jens / HARRENDORF Stefan / KÖNIG Stefan; **EMRK Eurpäische Menschenrechtskonvention**, **Handkommentar**, in: Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (hrsg.), 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, EMRK Art.6 kn. 168; MEYER Frank, "Plea Bargaining und EMRK", in: Daniel Jositsch, Christian Schwarzenegger ve Wolfgang Wohlers (Hrsg.), **Festschrift für Andreas Donatsch,** Schulthess Verlag, Zürich 2017, s. 427.

9 MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, kn. 168; MEYER, Frank**, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung**, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Band X, EMRK, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019, Art.6 kn. 548.

10 MEYER, Systematischer Kommentar, Art.6, kn. 548, 554.

rındıran bir üst kavram olarak adil yargılanma hakkının muhtevası çalışmanın amaçları doğrultusunda ana hatlarıyla izah edilecektir (III.1).[11] Sözleşme'nin m.6 hükmünün muhtevası ortaya konulduktan sonra, AİHM'in iddia pazarlığı kurumunu değerlendirirken kendisine başvurduğu, son yıllarda gittikçe önem kazanmaya başlayan adil yargılanma haklarından feragatin koşulları tetkik edilecektir (III.2). Bu kapsamda geçerli bir feragatin şartlarını teşkil eden feragat kararının şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıkça ortaya konulmuş olması (III.2.A), feragat kararının gerçek anlamda gönüllü olması (III.2.B) ve feragat kararının önemli bir kamu menfaatini ihlal etmiyor olması (III.2.C) konuları üzerinde durulacaktır.

Adil yargılanma hakkı ve bu kapsamdaki haklardan feragatin şartları ortaya konulduktan sonra, ceza muhakemesinde, AİHM'in iddia pazarlığı kurumunun uygulanması sırasında adil yargılanma haklarından feragatin şartlarına ilişkin ortaya koyduğu kıstaslar tafsilatlı bir şekilde tetkik edilecektir. Gerçekten iddia pazarlığı kurumu mahkemeye etkin bir şekilde erişebilme hakkı ve ceza muhakemesine ilişkin haklardan feragatin gerçek anlamda gönüllü olması gibi hususlar bakımından doğrudan adil yargılanma hakkını ilgilendirmektedir.[12] Genel olarak ifade etmek gerekirse, AİHM iddia pazarlığı kurumlarını Avrupa ceza adaleti sisteminin ortak bir unsuru olarak görmektedir. Mahkeme yargılamanın hızlanması ve ceza adaleti sistemlerinin yükünün azaltılması bakımından bu kurumun önemli bir işlevi olduğu, hatta üstlendiği bu işlevler nedeniyle ideal bir kurum olduğu kanaatindedir.[13] Gerçekten Mahkeme, aşağıda detaylı bir şekilde ele alacağımız *Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası* kararında iddia pazarlığı kurumuna ilişkin Avrupa Konseyi üye ülkeler mevzuatını detaylı bir şekilde incelemiş ve daha önceki içtihatlarında, adil yargılanma hakkından feragata ilişkin kıstasları, iddia pazarlığı kurumu özelinde bir takım ilave kıstaslarla tevsik etmek suretiyle ortaya koymuştur (IV.1). Mahkeme'nin iddia pazarlığı kurumunu idealize eden yaklaşımı öğretide eleştirilse de mezkur davada verdiği kararda, Avrupa Konseyi üye ülkeler bakımından iddia pazarlığı uygulamalarında adil yargılanma haklarının korunmasına ilişkin asgari ölçütleri açıkça belir-

---

[11] ALBRECHT, s. 2.

[12] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, kn. 168; MEYER, Systematischer Kommentar, Art.6, kn. 548.

[13] SATZGER Helmut, **Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar**, in: Helmut Satzger ve Wilhelm Schluckbier (Hrsg.), 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, EMRK Art.6 kn. 71, 73.

lemesi ve kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasına yer vermesi bakımından önem arz etmektedir (IV.2-3). Çalışmamızda ayrıca Mahkeme'nin 2019 yılında karara bağladığı, *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* kararı üzerinde de durulacaktır. Mahkeme bu davada, üçüncü kişi aleyhine ifade vermek suretiyle iddia pazarlığı kurumundan yararlanma sorununu ele almıştır. İddia pazarlığının uygulandığı bu vakada ihlal kararı veren Mahkeme'nin bu içtihadı, bilhassa iddia pazarlığı kapsamında müşterek failler aleyhine verilen ifadenin delil değeri konusundaki adil yargılanmaya ilişkin ölçütleri ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir.

II. İDDİA PAZARLIĞI KURUMU VE TATBİKATI

1. Genel Olarak

Gerek itham gerekse tahkik sisteminin uygulandığı hukuk düzenlerinde, ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinden müteşekkil, delillerin aleni duruşmada değerlendirilmesi suretiyle sanık hakkında hüküm verilen, klasik duruşmalı yargılama modeline dayanmaktadır.[14] Uygulamada ise ABD, İngiltere, Almanya, Gürcistan ve diğer birçok ülke örneğinde görüldüğü gibi klasik, yukarıda sayılan tüm unsurları bünyesinde barındıran duruşmalı yargılama bir istisna haline gelmiştir. Bunun nedeni gittikçe artan bir şekilde, vakaya ilişkin maddi gerçekler tam manasıyla araştırılmadan, şüpheli veya sanığın çoğu kez kendi rızasıyla ceza veya ceza benzeri yaptırımlara çarptırılıyor olmasıdır.[15] Bu çerçevede, *Common Law* ülkelerinde daha ağırlıklı olmakla birlikte iddia pazarlığı, yargılama masraflarını kısmak ve yargılamalardaki gecikmelere mani olmak maksadıyla Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde de gittikçe geniş bir kabul gören bir kurum haline gelmiştir.[16] Günümüzde ceza adaleti sistemlerinin iş yükü artışı gerekçe gösterilmek suretiyle, birçok hukuk sisteminde gittikçe daha fazla müzakere veya pazarlığa dayalı adalet olarak da adlandırılan (*negotiated justice*), iddia pazarlığı (*plea*

---

[14] WEIGEND Thomas, "Modelle des Strafverfahrens: Deutschland und USA", **Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats, Beiträge der Würzburger Tagung zum deutsch-chinesischen Strafrechtsvergleich vom 16. bis 17 Dezember 2016**, in: Eric Hilgendorf, Bernd Schünemann ve Frank Peter Schuster (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, s. 41.

[15] WEIGEND, Modelle des Strafverfahrens, s. 41; RUSSELL Jago / HOLLANDER Nancy, "The Disappearing Trial: The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to trial and plead guilty", **New Journal of European Criminal Law,** Vol. 8 (3), 2017, s. 309 vd.

[16] HODGSON Jacqueline S., **The Metamorphosis of Criminal Justice, A Comparative Account**, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 13 vd.

bargainig) usullerine müracaat edilmektedir.[17] Öteden beri, ceza mahkemelerinin iş yükünü azaltmak için ceza kararnamesi gibi birçok kurum ihdas edilmiş olmasına karşın iddia pazarlığı, tarafların rızası (*consent of the parties*) ilkesine dayanması bakımından ceza muhakemesi sahasında adeta bir paradigma değişikliği olarak görülmektedir.[18] Bunun sonucu olarak, klasik duruşmada delillerin ikamesi ve tartışılması ilkelerine dayanan duruşma adeta bir lüks haline gelmekte, yargılamayı kısaltan iddia pazarlığı nevinden kurumların ceza adaleti sistemi içindeki ağırlığı gittikçe artmaktadır. Bu kurumların birçoğu, sanığın suçunu ikrar etmesi (*guilty plea*) veya önerilen usulü kabul ederek (*plea of non contendere*) yargılanma hakkından vazgeçme karşılığında, ceza indirimi alması esasına dayanmaktadır.[19]

Büyük ölçüde 19. yüzyılda şekillenmiş doğrudan doğruyalık, maddi gerçeğin araştırılması ve alenilik gibi ilkelere dayanan Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinde bu kurumun sisteme dahil edilmesi, klasik ceza muhakemesinin sonu veya bu gelişmeyi olumlu gören müelliflere göre bir yenilenme olarak değerlendirilmektedir.[20] Esasen, öğretide *Stuckenberg*'in

---

[17] Bu kavramlar hakkında detaylı bilgi için bkz. TULKENS Françoise, "Negotiated Justice", **European Criminal Procedures,** in: Mireille Delmas-Marty ve J. R. Spencer (eds.), Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 641 vd.; AMBOS Kai / HEINZE Alexander: "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal Procedure", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes,** in: Morten Bergsmo (Ed.), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2017, s. 52-53; CLOONEY, Amal / WEBB, Philippa: The Right to a Fair Trial in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 624 vd.

[18] GILLIERON Gwladys: "Comparing Plea Bargaining and Abbreviated Trial Procedures", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 703 vd.

[19] HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 13.

[20] Krşl. WEIGEND Thomas: "The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure", **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska**, in: John Jackson, Maximo Langer ve Peter Tillers (eds.), Hart Publishing, Oxford 2008, s. 39 vd.; STUCKENBERG Carl-Friedrich: in: Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalmann-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor (Hrsg.) **Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz,** 27. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2021, §257c kn. 2 vd.; ROSENAU Henning, "Plea Bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet", **Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag**, in: Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel ve Rainer Zaczyk (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin 2011, s. 1597 vd., 1613-1614; ZABEL Benno, **Die Ordnung des Strafrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, s. 99 vd; SCHÜNEMANN Bernd: "Faires Verfahren und Urteilabsprachen im Strafverfahren", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, Vol. 165, 2018, s. 182-183.

yerinde tespitine göre iddia pazarlığı usulünün kabulü, *Common Law* memleketlerindeki jürili yargılama usulünün dejeneresyonu anlamına gelmektedir.[21] ABD'li Federal Yargıç *Rakoff* un şu tespiti de bu görüşü desteklemektedir: "*Ceza adaleti sistemimiz artık neredeyse tamamen, yargısal denetime tabi olmadan kapalı kapılar arkasında müzakerelerin yürütüldüğü bir iddia pazarlığı sistemi haline geldi*."[22] *Rakoff*, Kurucu Babaların, jürili yargılamayı sistemin ana unsurlarından biri olarak gördüklerini, bunu sadece maddi gerçeğin araştırılmasına hizmet eden bir kurum olarak değil, aynı zamanda adil yargılama ve keyfiliğe karşı bir kalkan olarak nitelendirdiklerini ifade etmiştir.[23] Buna mukabil, ABD Yüksek Mahkemesi yerleşik içtihatlarında, iddia pazarlığı kurumu Anayasa'yı ihlal etmek bir tarafa, sistemin vazgeçilmez bir unsuru olarak tavsif edilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, ceza adaleti sisteminde artık pazarlığa dayalı olarak ceza muhakemesinin hakim olduğunu, klasik duruşmalı yargılamanın ise istisna haline geldiğini ifade etmiştir.[24] Bunun sonucu olarak, müdafilerin çapraz sorgu usullerine hakim iyi birer yargılama avukatı olmaktan ziyade, yetenekli müzakereciler olması gerekmektedir.[25] ABD Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarına bakıldığında, Mahkeme'nin iddia pazarlığını eşitler arası bir sözleşme olduğu ve sanık ile Devlet arasında silahların eşitliğine dayanan gönüllülük esasına dayanan bir müzakereye dayandığı kanaatindedir. Bu çerçevede Mahkeme, iddia pazarlığını, yargılamanın etkinliğini sağlama bakımından hayati önemi haiz bir kurum olarak görmektedir.[26]

Pazarlığa veya tarafların rızasına (*consensual justice*) dayalı muhakeme kurumları, özü itibarıyla eşitler arası ilişkileri düzenleyen özel hukuka ve ticaret hayatına ait kavramlar olup, esasen geleneksel ceza hukuku düşüncesinde yeri olmayan kavramlardır.[27] Bununla birlikte, günümüz ceza muha-

---

21 STUCKENBERG Löwe-Rosenberg, §257c, kn. 2.

22 RAKOFF Jed S., "Why Innocent People Plead Guilty", **New York Review of Books**, 20 November 2014, https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/ (Erişim tarihi: 12.09.2021); ayrıca bkz. RUSSELL / HOLLANDER, s. 310.

23 RAKOFF: Ibid.

24 Supreme Court of the United States, Lafler v. Cooper, 566 U.S. 156 (2012), s. 3, 11.

25 RUSSELL / HOLLANDER, s. 310.

26 Bu hususta bkz. VOGEL Mary, "Plea Bargaining under the Common Law" **The Oxford Handbook of Criminal Process,** in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s, 738-740, 759.

27 TULKENS, s. 642-643; ayrıca bkz. DAMASKA Mirjan: "Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen", **Strafverteidiger**, Vol. 8, 1988, s. 398 vd.

kemesinde tarafların rızasına değer tanıyan, bilhassa iddia pazarlığı ve benzeri kurumlar çerçevesinde gerçekleştirilen müzakereler, ceza adaleti sistemlerinin bir cüzü haline gelmeye başlamıştır. Bu anlayışa göre, taraflar ikrar karşılığında ceza indirimi gibi karşılıklı tavizlerle, müzakere edilmiş bir anlaşmaya varmaktadır.[28] Bu nedenle müzakereye dayalı adaletin tüm unsurlarını bünyesinde barındıran iddia pazarlığı, kimi zaman bir sözleşme tipi olarak da tavsif edilmektedir.[29]

İddia ve ceza pazarlığı (*plea and sentence bargaining*) kurumunun, birçok görünüm biçimi olsa da uygulandığı hukuk sistemleri ve ceza muhakemesi sistemleri arasındaki farklara rağmen, kurumun esasını teşkil eden unsurlar pek değişmemektedir. Buna göre, suçunu ikrar etmesi veya klasik duruşmalı yargılanma hakkından feragat ederek önerilen usulü kabul etmesi karşılığında şüpheli bir ödül, teşvik veya menfaat elde etmektedir. Bu kuruma ceza adaleti sistemleri tarafından gittikçe artan şekilde müracaat edilmesinin temel sebebi, uzun ve masraflı klasik duruşmalı yargılama yapılmaksızın cezai uyuşmazlığın sona erdirilmesine imkan sağlamasıdır.[30] İddia pazarlığı neticesini onaylayan mahkemenin kararı, bir mahkumiyet kararı niteliğindedir. Buna mukabil, bu muhakeme usulü sanığın, pişmanlığını ve hatta işlediği suçu gerçekten ikrar etmesinden ziyade, ceza muhakemesindeki vakaların yönetimindeki etkinliği azami seviyeye çıkarma amacına hizmet etmektedir.[31]

Elbette kurumun, ceza muhakemesinin hangi safhasında gerçekleşeceği, sanığa sunulan tekliflerin muhteva ve kapsamı ile hangi suçlar bakımından tatbik kabiliyeti bulacağı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bazı hallerde, pazarlık açık bir şekilde savcı ve müdafi arasında gerçekleşmekte, Almanya örneğinde olduğu gibi bazı ülkelerde süreci mahkemeler yürütmekte, bazı ülkelerde ise sanığa sunulan ödül açık bir pazarlık süreci olmaksızın örtülü olarak sunulmaktadır.[32]

Pazarlığa dayalı adalet (*negotiated justice*) olgusu, kurumun ilk olarak ortaya çıktığı ABD'de, yukarıda da ifade edildiği üzere, artık sistemin vaz-

---

28 TULKENS, s. 644-645.

29 Bkz. TULKENS, s. 661 vd.

30 TULKENS, s. 662; HODGSON Jacqueline, "Plea Bargaining: A Comparative Analysis", **International Encylopedia of the Social & Behaviorial Sciences,** 2nd edition. in: James D. Wright (ed.), Elsevier, Oxford, 2015, s. 226; MEYER, FS Donatsch, s. 427.

31 HODGSON, Plea Bargaining, s. 226.

32 HODGSON, Plea Bargaining, s. 226.

geçilmez bir unsuru haline gelmiştir. ABD'de federal ve eyaletler düzeyindeki mahkumiyet kararlarının %95'inden fazlasının pazarlık neticesinde elde edilmiş ikrarlara (*guilty plea*) dayanıyor olması bu tespitin haklılığını açıkça ortaya koymaktadır.[33] ABD'de şüpheliler savcılıkla pazarlığa, müzakereye girerek suçlarını ikrarı (*guilty plea*), karşılığında belli bir menfaat elde etme şartına bağlamaktadır.[34] Bu nedenle, ikrarların büyük bir çoğunluğunda tarafların ikrarın kapsamı ve sonuçları üzerinde müzakere neticesinde uzlaşmalarından sonra gerçekleştirilmektedir.[35] Bu nedenle, ABD öğretisinde bu ülkenin ceza adaleti sisteminin artık adli olmaktan ziyade, iddia pazarlığı usulünün niteliği gereği idari bir yapıya büründüğü ifade edilmektedir.[36] Yakın tarihli bir çalışmada, ceza muhakemesini yargılamasız sona erdirme mekanizmalarının ortak özelliğinin esasen pazarlık ve sanığın ikrara zorlanmasının ötesinde, işte bu idarileşme (*administratization*) olgusunun teşkil ettiği ileri sürülmüştür.[37] Buna göre, bu nevi kurumların tatbikatında esas itibarıyla savcılığın (bazı hallerde de polis ve mahkeme idari personelinin) kimin ne kadar ceza alacağını belirlemesi ve mahkumiyet kararlarının, sanık haklarıyla donatılmış olan klasik duruşmalı yargılama olmaksızın verilmesi, ceza muhakemesinin yargısal niteliğini kaybederek, gittikçe idari bir faaliyet halini almasının unsurları olarak ortaya çıkmaktadır.[38]

---

[33] ABD'de Federal mahkemelerde şüpheli ve sanıkların %97'si, eyalet mahkemelerinde ise %95'i, iddia pazarlığı çerçevesinde suçunu ikrar etmekte ve dosyalar klasik çekişmeli ve jürili yargılama olmaksızın sonuçlanmaktadır. Bkz. LIPPKE Richard L., "Regulating and Limiting Plea Concessions: Towards Fairness in Charge Adjudication", **Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings, İndividual Rights and Institutional Forms**, in: John D. Jackson and Sarah J. Summers (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2018, s. 222; RUSSELL / HOLLANDER, s. 310; GILLIERON, s. 706.

[34] WEIGEND, Modelle des Strafverfahrens, s. 42.

[35] Bu hususta bkz. WRIGHT Ronald F., "Plea Bargaining", **Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice,** in: Gerben Bruinsma ve David Weisburd (eds.), Volume 7, Springer Verlag, New York 2014, s. 3535-3536; TURNER Jenia I. / WEIGEND Thomas, "Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States", **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Anglo-German Dialogues**, in: Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend, Alexander Heinze (eds.) Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 389.

[36] ALSCHULER Albert W., "Guilty Plea: Plea Bargaining", **Encyclopedia of Crime & Justice**, in: Joshua Dressler (ed.), Second Edition, Volume 2, Macmillan Reference, New York, 2002, s. 754.

[37] LANGER Maximo, "Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions", **Annual Review of Criminology**, 2021, s. 377 vd.

[38] LANGER, s. 378, 389, 394-395, 405-406.

Tarihsel süreç içerisinde ABD'de bu usulün yaygınlık kazanmasının başlıca nedenleri arasında duruşmalı yargılama usulünün gittikçe karmaşık bir hal alması (örneğin, *voire dire* muhakemesi), maddi ceza hukukunun kapsamının genişlemesinin yanında soyut cezaların çok yüksek olması, suç oranın artması, mahkemelerin iş yükünün artması ve savcılara yasalarla gittikçe daha fazla yetki verilmesi yer gösterilmektedir.[39] Gerçekten, usuli garantiler ve yargılamaya ilişkin teknik detaylar arttıkça itham sisteminin kullanılması ihtimali azalmaktadır.[40] ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından *Scalia, Lafler v. Cooper* davasında yazdığı muhalefet şerhinde ABD'de normal ceza muhakemesinin (*ordinary criminal process*) "*çok uzun, çok pahalı ve öngörülmez*" hale geldiğini ifade etmiştir.[41] Bir diğer *Common Law* memleketi İngiltere ve Galler'de de vakaların %90'ından fazlası, pazarlık neticesinde sanığın suçunu ikrar etmesiyle sonuçlanmaktadır. Buna mukabil, şüpheli üzerindeki suçu ikrar baskısı, hakkındaki suçlamalara yapılacak yargılamada karşı çıkamamasına yol açabildiği ifade edilmektedir.[42]

Bu eleştirilere rağmen bilhassa son yirmi yıldan buyana klasik duruşmalı yargılama yerini Kıta Avrupası'nda da gittikçe artan bir oranda iddia pazarlığı benzeri, müzakereye dayalı ceza muhakemesini sona erdirme kurumlarına bırakmaktadır. Bu olgunun arkasında, Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinde de klasik duruşmalı yargılamalı gittikçe karmaşık bir yapıya bürünmeye başlamış olmasının da yattığı ifade edilmektedir.[43] Yine de bu nevi kurumların, ABD ve Birleşik Krallık ile kıyaslandığında, Kıta Avrupası ceza adaleti sistemleri içindeki ağırlıkları daha azdır.[44] Bunda, ABD ve Birleşik Krallık'ta iddia pazarlığı kasten adam öldürme de dahil olmak üzere tüm suçlar bakımından uygulanabilirken birçok Kıta Avrupası ülkesinde

---

[39] Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. PIZZI William T., **Trials Without Truth, Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It,** New York University Press, New York, 1999, s. 5 vd.; ALSCHULER, s. 756; STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 2; GILLIERON, s. 704-705; ayrıca bkz. SCHÜNEMANN, s. 180 vd.

[40] GILLIERON, s. 704.

[41] Supreme Court of the United States, Lafler v. Cooper, 566 U.S. 156 (2012).

[42] ZEDNER Lucia / STUCKENBERG Carl-Friedrich, "Due Process", **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Anglo-German Dialogues**, in: Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend, Alexander Heinze (eds.), Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, s. 311.

[43] ALSCHULER, s. 756; STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 2; HODGSON, Plea Bargaining, s. 226; GILLIERON, s. 703.

[44] HODGSON, Plea Bargaining, s. 226.

daha ziyade hafif ve orta ağırlıkta suçlarla sınırlı olmasının etkisi de vardır.[45] Buna mukabil, aşağıda ele alacağımız AİHM kararına konu olan Gürcistan'da cezai uyuşmazlıkların %87.8'inin, Estonya ve Rusya'da %64'ünün iddia pazarlığı gibi klasik duruşmalı yargılamanın yerini alan kurumlar marifetiyle sonuçlandırıldığı da ifade edilmelidir.[46]

Gerçekten duruşmada delillerin ikamesi ve tartışılması marifetiyle sanığın suçluluğu ve suçsuzluğuna ilişkin kovuşturma yapılmaksızın, pazarlık usulüyle ceza muhakemesinin sona erdirilmesi, günümüzde artık ABD ile sınırlı bir olgu olmayıp Kıta Avrupası da dahil olmak üzere dünyanın birçok ülkesine yayılmıştır. Bu kapsamda Arjantin, Fransa, Çin, Avustralya, Nijerya ve Almanya gibi çok birbirinden farklı hukuk sistemleri yer almaktadır.[47] Çin örneğine bakıldığında iddia pazarlığı kurumunun 2018 tarihinde sisteme dahil edilmesine rağmen, 2020 yılının ilk yarısına gelindiğinde vakaların %82.2'sinin bu usulle neticelendirildiği görülmektedir. Çin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m.15 hükmü, 2018 değişikliğiyle birlikte iddia pazarlığını, Çin ceza muhakemesinin temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak, iddia pazarlığı kurumu tüm suçlar bakımından uygulama kabiliyeti bulmaktadır.[48] Çin modelinde ABD'den esinlenilmiş, savcılık iddia pazarlığında en önemli rolü oynayan ceza muhakemesi aktörü olarak temayüz etmiştir.[49] Dünya geneline bakıldığında, 1990 yılından buyana, ceza muhakemesinin klasik duruşmalı yargılama olmaksızın sona erdiren kurumların (*trial waiver*), yasalaşmasında %300 gibi ciddi bir artış söz konusu olmuştur.[50] Almanya örneği, iddia pazarlığı bakımından özellik arz etmektedir. 1970'li yıllarda Almanya, ABD öğretisinde kendi ülkelerindeki iddia pazarlığı kurumunu ağır şekilde tenkit eden müellifler tarafından iddia pazarlığına hukuk sisteminde yer vermeyen örnek bir hukuk sistemi olarak gösterilmekteydi. Bu tespit artık geçerliliğini yitirmiştir.[51]

---

45 HODGSON, Plea Bargaining, s. 227; GILLIERON, s. 704.

46 Bu hususta karşılaştırmalı bir tablo için bkz. Fair Trials, The Disspearing Trial, London 2017 https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf (Erişim tarihi: 12 Eylül 2021), s. 34.

47 TURNER / WEIGEND, s. 389.

48 SHI Jiahui, "Reconsideration of the Role of Prosecutors in the Chinese Plea Bargaining System: A Comparative Perspective", **Chinese Studies**, 2021 (10), s. 89.

49 SHI, s. 91 vd.

50 RUSSELL / HOLLANDER: s. 311; bu hususta yıllara ve ülkelere göre dağılımı ortaya koyan karşılaştırmalı tablolar için bkz. LANGER, s. 380-381.

51 LANGBEIN John H., "Land without plea bargaining: How the Germans Do It", **Michigan Law Review**, Vol. 78, 1979, s. 204 vd.; ayrıca bkz. GILLIERON, s. 711 vd.

Günümüze gelindiğinde iddia pazarlığı hakkında, doksan ülke üzerinde yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, altmış altı ülke yargılama olmaksızın (*trial waiver*) ceza muhakemesinin sona erdirilmesini sağlayan usulleri kabul etmektedir. Bir başka deyişle, bu hukuk sistemlerinde şüphelilerin suçu ikrar veya soruşturma yetkilileriyle işbirlikleri karşılığında, devletten daha az cezalandırma veya suç vasfının daha hafif bir suç şeklinde belirlenmesi usulü kanunen yasaklanmamıştır.[52] Bu şekilde adeta bir alış verişe dayanan usul Anglo-Amerikan sistemlerinde iddia pazarlığı (*plea bargaining*), Alman hukukunda ise hüküm anlaşması (*Verständigung*) olarak adlandırılmaktadır.[53] Bu noktada, her Kıta Avrupası ülkesinin kendi ceza muhakemesi sistemi ve gelenekleri çerçevesinde, kendine has bir iddia pazarlığı modelini benimsediği hususu ifade edilmelidir.[54]

Gerçekten, yukarıda da ifade edildiği üzere hukuk sistemlerinde çok farklı adlarla anılması, kapsamı, tatbik şartları, mahkemenin anlaşmaların meydana gelmesi ve denetlenmesindeki rolü gibi birçok konuda farklılık gösterseler de bu kurumların esasını, şüpheli ve savcılık arasında adeta alışveriş (*do ut es*) neticesinde; çoğunlukla sanığın ikrarına karşılık ceza indirimiyle, ceza muhakemesinin klasik anlamda duruşma devresi olmaksızın sonuçlandırılması teşkil etmektedir.[55] Bu noktada, Alman modelinin en azından teorik olarak klasik iddia pazarlığı modelinden farklı olduğu vurgulanmalıdır. Bunun temel sebebi, Alman kanun koyucusunun ceza muhakemesinde en azından açıktan bir paradigma değişliğine gitmek yerine, hüküm anlaşması kurumunu ceza muhakemesinin mevcut normatif yapısına uydurma yolundaki tercihidir.[56] Alman

---

52 RUSSELL / HOLLANDER, s. 310.

53 İspanya'da bu muhakeme usulü "*conformidad*", Fransa'da "*composition pénale*" veya "*comparution sur reconnaissance préallable de culpabilit*é" ve İtalya'da "*patteggiamento*" olarak adalandırılmaktaktadır. Bkz. ORLANDI, Renzo: "Absprachen im italienischen Strafverfahren", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,** Vol. 116 (1), 2004, s. 120 vd., GONZALEZ NAVARRO Alicia: "Absprachen im spanischen Strafverfahren - mit besonderer Berücksichtigung des beschleunigten Verfahrens", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,** Vol. 123 (1), 2011, s. 163 vd.; AMBOS / HEINZE, Abbreviated Procedures, s. 56 vd.; HODGSON, Plea Bargaining, s. 22; BEULKE Werner / SWOBODA Sabine, Strafprozessrecht, 15. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2020, kn. 594 vd.

54 AMBOS / HEINZE, Abbreviated Procedures, s. 56.

55 WRIGHT, s. 3535.

56 BEULKE / SWOBODA, kn. 596; SINN Arndt: "Die Verständigung im deutschen Strafverfahren", Die Strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, **Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts,** in: Friedrich-Christian Schroeder, Manuchehr Kudratov (Hrsg.), PL Academic Research, Frankfurt am Main 2014, s. 153-154, 156.

pazarlık modelinde sanık, önceden savcının hazırladığı iddianameyi kabul etmek suretiyle değil, klasik duruşmalı yargılamada hâkim önünde suçunu ikrar (*Geständnis*) etmekte ve dava konusu olaya ilişkin bildikleri hakkında ifade vermektedir. Bu ikrar, en azından teorik olarak doğrudan mahkumiyet kararıyla sonuçlanmamakta; Al.CMK m.257c/f.1 hükmü uyarınca hakimin, mahkumiyet kararı vermeye yeterli kanaate ulaşmak bakımından maddi gerçeği araştırma görevi devam etmektedir. Buna mukabil uygulamada, bu teorik farklar anlamını büyük ölçüde kaybetmektedir. Anglo-Amerikan *plea bargaining* ile Alman *Verständigung* arasındaki işin esasına tekabül eden ortak hususiyet sanığın iddianamedeki suçlamaları kabul etmesinin ceza indirimi ile ödüllendirilmesidir.[57]

İddia pazarlığı kurumlarının bu şekilde Dünya sathında yaygınlık kazanması, duruşma devresine hiç gerek kalmaması veya oldukça kısalması neticesinde yargılamanın hızlanmasının yanı sıra mahkeme ve savcılara vakaları daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturma imkanı vermesiyle izah edilmektedir.[58] Nitekim, 1987 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Konsey üyesi ülkelere uzun dava süreleri ve mahkemelerin kabarık iş yükü karşısında, ceza muhakemesinde maslahata uygunluk ilkesinin uygulamalarını, hafif ve yaygın olarak işlenen suçlar bakımından basitleştirilmiş, kısaltmış ve mahkeme dışı anlaşma kurumlarını kabul etmelerini tavsiye etmiştir.[59] Bu tavsiye kararının, Avrupa sathında iddia pazarlığı vb. kurumların yayılmasında hatırı sayılır bir tesiri olmuştur.[60] Buna mukabil, Dünya çapındaki bu hızlı yayılımına karşın iddia pazarlığı nevinden muhakeme usullerinin adillik (*fairness*), maddi gerçeğe uygunluk ve meşruiyetleri hakkında oldukça hararetli tartışmalar mevcuttur. Bu noktada özellikle, masum insanların işlemedikleri suçları ikrar etmek durumunda kalarak ceza indirimi al-

---

57 Bkz. WEIGEND, Modelle des Strafverfahrens, s. 43-44; GILLIERON, s. 712, 723; Bu noktada, Almanya'da soruşturma aşamasında müzakere ve pazarlığın gerçekleştiği, uygulamada kendisine en çok sık başvurulan kurum, kamu davasının açılmadan soruşturmanın neticelendirilmesini sağlayan Al.CMK m.153a hükmüdür. Bkz. WALTER Tonio, **Strafprozessrecht,** Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, s. 19, 118-119.

58 TURNER / WEIGEND, s. 390.

59 Avrupa Konseyi, Bakanlar Konseyi, Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (87) 19 Sayılı Tavsiye Kararı (Bakanlar Komitesince, Bakan Vekillerinin 17 Eylül 1987 tarihli 410. Toplantısında Kabul Edilmiştir. Ayrıca bkz. PRADEL, Jean: "Le Plaider Coupable, Confrontation des Droits Américan, Italien et Français", **Revue Internationale de Droit Comparé**, Vol. 57 (2), s. 490; HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 14.

60 TULKENS, s. 662.

dıkları vakalar, bu kurumun etkinliği karşısında ödenen bu masum insanların cezalandırılması bedeline değip değmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir.[61] Benzer şekilde kişilerin iddia pazarlığını kabul etmedikleri takdirde, yargılama neticesinde daha ağır ceza alacakları (*the sentence differantial*) düşüncesi de onları bu usulü kabul etmek durumunda bırakmaktadır.[62] ABD'de sanığın iddia pazarlığını kabul etmemesi üzerine yapılan klasik yargılama neticesinde çok daha ağır ceza aldığı çok sayıda vaka vardır. Örneğin, ABD'de 88 dolarlık bir çek üzerinde sahtecilik suçunun söz konusu olduğu vakada, savcı suç şüphesi olan kişiye, iddia pazarlığı kapsamında beş yıl hapis cezası teklif etmiştir. Kişinin bu teklifi reddetmesi üzerine savcı, kişiyi itiyadi suçlu olarak tavsif eden yeni bir iddianame tanzim etmiş ve sanık yapılan yargılama neticesinde ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi de kişi hakkında yeniden düzenlenen iddianameyi, mahkumiyet kararını ve cezayı onamıştır.[63] Buna ilave olarak, maddi gerçeğin araştırılmasından sarfı nazar edilerek kurulan mahkumiyet hükümlerinin, olgusal gerçekliğe tekabül edip etmediği muğlaktır. Buna mukabil, iddia pazarlığı kurumu, sanıklar tarafından klasik yargılama usulünün uzun sürmesi ve pazarlığın kesin bir ceza indirimi sağlaması nedeniyle tercih edilebilmektedir.[64] Öğretide ayrıca, pazarlık neticesinde alınacak ceza ile klasik yargılama neticesine alınacak ceza arasındaki ciddi fark dışında, belli hallerde tutuklama kurumunun da sanık üzerinde ikrar baskısı oluşturacağı ifade edilmektedir.[65]

İddia pazarlığı kamuoyu tarafından tenkit edilse de ceza adaleti sisteminde çalışanlar tarafından, bu kurumun iş yükü fazla olan mahkemeler için gerekli görüldüğü ifade edilmektedir.[66] Buna ilave olarak iddia pazarlığı kurumu, muhakemenin süjeleri arasındaki güç dengelerini de değiştirmektedir. Gerçekten, hakimlerin ve jürili sistemlerde jürinin artık savcılara nazaran ikinci planda kaldıkları görülmektedir.[67] İddia pazarlığı üzerinde harici hukuki tahditlerin umumiyetle pek bir etkisinin olmaması nedeniyle, savcılık

---

61 TURNER / WEIGEND, s. 390; ayrıca bkz. GILLIERON, s. 721 vd.

62 ALSCHULER, s. 757.

63 ALSCHULER, s. 757; ayrıca bkz. WEIGEND, Modelle des Strafverfahrens, s. 42.

64 STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 2.

65 SINN, s. 155.

66 WRIGHT, s. 3535.

67 WRIGHT, s. 3535-3536; HODGSON, Plea Bargaining, s. 227; ayrıca bkz. GILLIERON, s. 725-726.

ofislerine iddia pazarlığına müracaata ilişkin dahili idari sınırlamalar getirilmektedir.[68] Gerçekten, iddia pazarlığı usulünde artık savcılık, silahların eşitliği ilkesi muvacehesinde savunmayla eşit seviyede hukuki ve olgusal argümanlarını ortaya koymakla yetinmemektedir. Bilakis, savcı savunmanın argümanlarını pazarlık sürecinde dinledikten, sonra buna göre suç vasfını ve delilleri seçerek nihai cezanın belirlenmesinde büyük bir rol oynamaktadır. Hakim ise savcının kararını, muhtemel hatalar bakımından ancak istisnai hallerde denetlemektedir.[69] İddia pazarlığı kurumunun bu veçhesi, tahkik sistemine dayanan Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemleri için daha büyük bir sorun teşkil etmektedir. Zira, bu sistemde maddi gerçeğin araştırılması, iddia ve savunmanın değil bilakis hakimin vazifesidir.[70]

Buna mukabil, Fransa örneğinde olduğu gibi iddia pazarlığı usulünde (*plaider coupable*) hakimin rolünü sınırlayan Kıta Avrupası ülkeleri de mevcuttur. Bu modelde hakim, sanığın ikrarı karşılığında indirim yapmak suretiyle savcının önerdiği cezayı ya kabul ya reddedecektir.[71] Bir başka deyişle, hakimin savcının ceza teklifinde değişiklik yapma yetkisi yoktur. Hâkimin ceza muhakemesindeki ağırlığı ve rolünün, soruşturma ve kovuşturmanın ayrılığı ilkesi ile bağdaşmadığı, bu nedenle de güçler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iddia pazarlığı düzenlemesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Konseyi'ne (*Conseil constitutionnel*) müracaat edilmiştir.[72] Bununla birlikte, Fransız Anayasa Konseyi, iddia pazarlığı birkaç tali husus dışında iddia pazarlığına ilişkin düzenlemeleri, Anayasa'ya uygun bulmuştur. Konsey, söz konusu kurumun masumiyet karinesi, kişinin kendini suçlamama hakkı, sanık ve mağdurun kanun önünde eşitliği ilkesi, pazarlığın sanık üzerinde müsaade edilmeyecek derecede baskı oluşması ihtimali ve aleni yargılanma gibi Fransız ceza muhakemesi hukukunun ilkeleri çerçevesinde kapsamlı bir şekilde değerlendirmiş ve söz konusu kanuni düzenlemenin Ana-

---

68 ALSCHULER, s. 761; WRIGHT, s. 3535.

69 DAMASKA, Plea bargaining, s. 398-399; WRIGHT, s. 3536.

70 HODGSON, Plea Bargaining, s. 227; GILLIERON, s. 707.; HAMDAN Stephanie, **Absprachen im französischen Strafverfahren? Das Verfahren der Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, s. 126.

71 Bkz. Fransız CMK m.495-7-495-16; PFEFFERKORN Fabian, **Einführung in das französische Strafverfahren,** LIT Verlag, Hamburg, 2006, s. 205-207.

72 HODGSON, Plea Bargaining, s. 227; söz konusu ilke hakkında bilgi için bkz. PFEFFERKORN, s. 24.

yasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir.[73] Konsey değerlendirmesinde adil yargılanma ilkesi çerçevesinde, soruşturma ve kovuşturma makamları arasındaki iş bölümü üzerinde durmuştur. Buna göre, soruşturmayı yürütecek ve kamu adına iddianameyi hazırlayacak makamla, yargılama neticesinde hüküm verecek kovuşturma makamlarının birbirinden ayrı olması (*séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement*), adil yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Öğretide genel olarak bu ilkenin, hakimin bağımsızlığının temin edilmesi amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir.[74] Başvuruculara göre, iddia pazarlığı usulünde savcının cezayı önerme hakkını haiz olması, mahkumiyete hükmetme yetkisini inhisarında bulunduran ceza hakiminin yetkisini gasp edilmesi anlamına gelmektedir.[75] Anayasa Konseyi, başvuruculaların itirazlarını reddetmiş, hakimin savcının önerdiği cezayı reddetme yetkisini haiz olmasının yeterli bir yargısal denetime imkan sağladığı neticesine ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, savcının cezaya karar verme yetkisi olmayıp, savcı sadece cezayı teklif etme yetkisiyle donatılmıştır. Bunun sonucu olarak, inceleme konusu usulün Anayasa'ya uygun bir şekilde işletilmesi bakımından hakim dosyayı incelemeli, sanığı ve mağduru dinlemeli, böylece failin kişiliği, mağdurun ifadeleri ve suçun işlendiği şartları dikkate alarak, savcının ceza teklifini reddetmeli veya kabul etmelidir (*refuser l'homologation*). Bu şekilde hakim, yalnızca savcının ceza teklifine istinat ederek karar verme durumunda kalmadığından, soruşturma ve kovuşturma makamlarının tefriki ilkesi ihlal edilmemiştir.[76] Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi, hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesini de ihtiva ettiğinden hakim, adeta bir noter gibi yalnızca savcının önerdiği cezayı onaylamakla yetinmemesi gerektiği hususunun altını çizmiştir.[77] Bu çerçevede hakim, iddianameyi ve önerilen cezayı, bilgi ve bulgularla desteklenip desteklenmediğini, sanığın kişiliği, mağdurun durumu veya kamu menfaatini göz önüne alarak değerlendirmek suretiyle kabul veya duruma göre

---

[73] Conseil constitutionnel, Décision N. 2004-492 DC, 2.3.2004, para. 106. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492DC.htm; (Son erişim tarihi: 12 Eylül 2021), ayrıca bkz.HAMDAN, 126 vd.

[74] HAMDAN, 126 vd.

[75] Conseil constitutionnel, Décision N. 2004-492 DC, 2.3.2004, para. 106. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492DC.htm) (Son erişim tarihi: 12 Eylül 2021); ayrıca bkz. HAMDAN, s. 127.

[76] Conseil constitutionnel, Décision N. 2004-492 DC, 2.3.2004, para. 107. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004492DC.htm) (Son erişim tarihi: 12 Eylül 2021); ayrıca bkz. HAMDAN, s. 127.

[77] HODGSON, Plea Bargaining, s. 227-228; HAMDAN, 127.

reddetmelidir.[78] Mahkeme, hakimin bu konudaki değerlendirmesini kamuya kapalı yapması yolundaki Fransız CMK 495-9 hükmünü ise Anayasa'ya aykırı bulmuş; bu hükümde 2005 yılında yapılan değişiklikle, hakimin bu kurum kapsamındaki duruşmayı kamuya açık bir şekilde yapma şartı getirilmiştir. Aynı hüküm uyarınca, savcının duruşmaya katılması zorunlu değildir.[79] Gerçekten, bu usule ilişkin Fransız Adalet Bakanlığı 2 Eylül 2004 tarihli sirkülerinde[80], Anglo-Sakson hukukundaki iddia pazarlığında önceliğin maddi gerçekten ziyade ikrara verildiği; Fransız yargıcın ise herhangi bir ceza davasında olduğu gibi sanığın suçluluğunu ve verilen cezanın yeterliliğini değerlendirmek durumunda olduğu hususu vurgulanmıştır.[81] Buna mukabil, uygulamada bu usulün yargılamayı hızlandırmak amacıyla ihdas edildiği göz önüne alındığında, hakimin istisnai haller dışında kendisine sunulan anlaşmayı onaylayacağı değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak uygulamada, cezalandırma yetkisinin savcı tarafından kullanılacağı ifade edilmektedir.[82] Esasen, mahkemenin maddi gerçeği araştırma faaliyetinin belli ölçüde sınırlandırılması ve yargılamanın kısa sürede neticelendirilmesi, bu kurumun ihdas amacı ve eşyanın tabiatına uygundur. Bu noktada önem arz eden husus hakimin, bu nevi kurumların kötüye kullanılmasına karşı, gerekli hallerde denetim imkanı sağlayan yetkilerle donatılmış olmasıdır. Bir başka deyişle, bu kurum kapsamında hakimin maddi gerçeği araştırma vazifesi, klasik duruşmalı yargılamadaki haliyle uygulanmaya kalkılırsa, iddia pazarlığı gibi kurumlardan beklenen, yargılamanın hızlanması suretiyle, adliyelerin iş yükünün azaltılması amacının gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.[83] Öğretide *Pradel*, Fransız modelinin, bağımsız bir hakimin varlığı, iddia ve yargılama makamları arasındaki ayırım ilkesinin ve savunma haklarının muhafaza edilmesi, AİHS m.6 hükmüne uygun olduğu kanaatindedir.[84] Fransa'da bu usulün sistem içindeki ağırlığı ve kapsamı gittikçe genişlemektedir. Günümüzde, *tribunal correctionnel* mahkemeleri önündeki davaların %15'i iddia pazarlığı yöntemiyle çözümlenmektedir.[85] Fransa'da,

---

78 HODGSON, Plea Bargaining, s. 227-228; HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 21.

79 Conseil constitutionnel, Décision N. 2004-492 DC, 2.3.2004, para. 118; HAMDAN, s. 80.

80 Circulaire, 2.9.2004, CRIM 04-12 E8, 1.2.2.2; HAMDAN, s. 68 vd.

81 HAMDAN, s. 70; HODGSON: The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 21.

82 HAMDAN, s. 127, 235, 238.

83 HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 21-22.

84 PRADEL, s. 490.

85 HODGSON, Plea Bargaining, s. 228.

iddia pazarlığı kurumu on yıla kadar cezayı gerektiren cünhalar bakımından uygulanmaktadır. Savcıya, kanunda ilgili suç için öngörülen cezanın yarısını, diğer hallerde de üç yılı aşmayan[86] bir hapis cezası önerme yetkisi tanınmaktadır.[87] Buradan da anlaşılacağı üzere Fransız modelinde, ABD'den farklı olarak, savcı ile şüpheli arasında gerçek anlamda bir pazarlık gerçekleşmemektedir. Bir başka deyişle, Fransız modelinde şüpheli veya sanık bir pazarlık (*négociation*) yetkisine değil, yalnızca savcılık tarafından hazırlanmış olan ceza teklifini avukat huzurunda kabul edip etmemek konusunda bir seçim hakkına sahiptir.[88] Bu bakımdan önem arz eden husus, sanığın rızasının gerçek manada gönüllü olması ve rızasını bu usulü kabul etmesinin hukuki neticelerinin tam manada bilincinde olarak açıklamış olmasıdır.[89]

Benzer şekilde, İtalya'da da hakim, savcılık tarafından önerilen cezayı sadece kabul veya reddetme yetkisini haizdir. Buna ilave olarak hakimin, sanığın bu usulü gönüllü bir şekilde kabul edip etmediğini ve dosyadaki deliller bakımından değerlendirmelidir. Böylelikle, hakimin maddi gerçeği arama vazifesi bir ölçüde muhafaza edilmiş olmaktadır.[90] Buna karşılık, 1989 senesinde kabul edilen İtalyan iddia pazarlığı kurumu (*pattegiamento*)

---

86 Fransız CMK m.495-8/f.2 uyarınca, 2019 değişikliği ile birlikte, kurumun kapsamı genişletilerek daha önce bir yıl olan bu süre, üç yıla çıkarılmıştır.

87 Bu noktada kurumun, yalnızca ceza kanununda cünha (délits) olarak tavsif edilmiş olan fiiler bakımından uygulama kabiliyeti bulacağı, cürümlerin (crimes) kurumun uygulama kapsamı dışında olduğu vurgulanmalıdır. Böylece ağır suçlar ve kabahatlar kurumun uygulama kapsamı dışında tutulmuştur. Bu noktada Fransız Ceza Kanunu'nun cürüm (crimes), cünha (délits) ve kabahat (contraventions) şeklinde üçlü bir sınıflandırmayı benimsediği hususu ilave edilmelidir. Buna göre suçlar, yaptırım olarak en az on yıl hapis cezasını gerektiren fiillerdir. Cünhalar ise on yıla kadar hapis cezasını ve en az 3750 Avro para cezasını gerektiren fiillerdir. Kabahatlerin karşılığında hapis cezası verilmesi mümkün olmayıp, en fazla 3000 Avro para cezası verilebilmektedir. Keza, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m.495-16 hükmü uyarınca, iddia pazarlığı kurumunun on sekiz yaşın altındaki kişilere, siyasi suçlara, basın suçlarına, taksirle öldürme suçlarına ve kendine has özel yargılama usulleri olan suçlara uygulanması mümkün değildir. Kabahatler bakımından ise Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m.524 vd. maddelerde düzenlenmiş olan basit yargılama usulü (procédure simplifée) uygulanmaktadır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. PFEFFERKORN, s. 202 vd.; HAMDAN, s. 29, 67 vd.; GILLIERON, s. 723.

88 Bkz. JUNG Heike / NITSCHMANN Kathrin, "Das Bekenntnis zum Schuldbekenntnis - zur Einführung des plaider coupable im französischen Strafprozess", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Vol. 116 (3), 2004, s. 790; HAMDAN, s. 170 vd. Savcının teklifini kabul edip etmemek bakımından şüphelinin, avukatıyla baş başa görüşme ve on günlük bir düşünme süresi hakları tanınmıştır. Bkz. PFEFFERKORN, s. 206.

89 HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 21.

90 MAIWALD Manfred, **Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2009, s. 226-227; HODGSON, Plea Bargaining, s. 228.

uygulamasının beklenen seviyelere ulaşmadığı hususu ilave edilmelidir.[91] Bu kurumun, İtalya'da beklendiği kadar ilgi görmemesi, genel olarak İtalyan hukuk kültürüne ilişkin hususiyetlerle izah edilmektedir.[92] Bunlar arasında, avukatların kısaltılmış usulleri kendilerini pasif bir konuma irca ettiği ve duruşmalı yargılamadaki son savunmalara mahsus teatral savunmaları yapma imkânlarını ellerinden aldığı için bu kurumu tercih etmemeleri yer almaktadır.[93] Buna ilave olarak, İtalyan kültüründe pragmatik düşünceye meylin pek olmayışı, hukuk devletine ilişkin garantileri güçlendiren Anayasa Mahkemesi kararları ve yasama faaliyetleri ile yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle davaların zaten zamanaşımına uğruyor olması da iddia pazarlığı kurumunun, bu ülkede az uygulanıyor oluşunun gerekçeleri arasında gösterilmiştir.[94]

Bu noktada, iddia pazarlığının özü itibarıyla iddia ve savunma tarafları arasında gerçekleşen, iddianame ve cezanın belirlenmesinde mahkemenin oldukça sınırlı rolünün olduğu bir kurum olduğu vurgulanmalıdır. Tahkik sistemlerinde hakimin maddi gerçeğin araştırılmasındaki başat rolü dikkate alındığında, bu nevi sözleşme tipi usullerin geleneksel kamu menfaati odaklı, hakimin tanıkları dinleyip, delilleri değerlendirmek suretiyle ceza verilmesi anlayışıyla tezatlık teşkil ettiği görülmektedir.[95] Bu nedenle, bazı müellifler iddia pazarlığı kurumlarına ilişkin uygulamalara, meşru bir zemin temin etmek üzere tabiri caizse maddi gerçeğin araştırılması ve suçla bozulan adalet dengesinin yeniden tesisi gibi eski moda kavramların yerine ceza muhakemesinde rıza ilkesi (*consent principle*) gibi yeni kavramları ikame etmek istemektedir. Buna göre, savcılık ve sanığın rızası mahkemenin kararı için yeterli bir temel teşkil etmektedir. Tarafların üzerinde mutabık kaldığı bu nevi bir anlaşmayı mahkeme, anlaşmayı vücuda getiren unsurları tetkik etmeden onaylayabilecektir. Bu nevi bir ilkenin uygulanması halinde hakim, tahkik sistemindeki ceza muhakemesine vaziyet eden hakim rolünü kaybederek, çok sınırlı danışma yetkilerini haiz bir noter rolüne irca edilebilecek-

---

91 RUSSELL / HOLLANDER, s. 311.

92 WEICHBRODT Korinna, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, **Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung,** Duncker & Humblodt, Berlin, 2006, s. 290 vd.

93 WEICHBRODT, s. 291.

94 WEICHBRODT, s. 292.

95 HODGSON, Plea Bargaining, s. 230.

tir.[96] Buna ilave olarak öğretide, cezanın pazarlık neticesinde belirlenmesiyle artık rasyonel bir ceza politikasından söz edilemeyeceği, cezanın genel ve özel önleme amaçlarıyla bu durumu bağdaştırmanın pek mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[97] Bir başka deyişle, ceza muhakemesinin dejenere olması maddi ceza hukukunun da dejere olması, ceza normunun amaçlarının gerçekleştirilememesi sonucunu doğurmaktadır.[98] Bu gibi kurumların, ceza muhakemesi aktörleri üzerinde, vakaları zahmet isteyen klasik yargılama usulleriyle çözmekle uğraşmak yerine, bu nevi pazarlık usullerine başvurarak vakaları derhal halletme kolaycılığına yol açacağı da ileri sürülmüştür.[99] Zaman zaman, mağdur bakımından iddia pazarlığı kurumunun, mağdurla faili tekrar yüzleşmek zorunda bırakmadığı gerekçesiyle faydalı olduğu ileri sürülse de failin yargılanarak aslında hak ettiği cezayı alması hususunda meşru bir menfaati olan mağdurlar bakımından bu kurumun neticeleri çok arzu edilebilir olmayabilir.[100] Bu itirazlara rağmen, usul ekonomisi, etkinlik ve yargılamanın kısa sürede neticelendirilmesi mülahazarıyla, yukarıda arz edildiği gibi iddia pazarlığı ve benzeri kurumlar çok farklı hukuk sistemlerinde kabul edilmekte ve genellikle uygulama kapsamı gittikçe genişlemektedir.[101] Bunun sonucu olarak ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ve adalet ilkelerinin yerine tedricen usul ekonomisi (*Verfahrensökonomie*) ve yargılamanın etkinliğinin sağlanması hakim paradigma haline gelmektedir.[102]

2. İddia Pazarlığı Kurumunun Görünüm Biçimleri

İddia pazarlığı kurumunda pazarlığın muhtevasını, genellikle ceza pazarlığı ve suç vasfına ilişkin iddianame pazarlığı teşkil etmektedir. Birçok Kıta Avrupası ülkesinde de yaygın bir şekilde uygulanan ceza pazarlığında (*sentence bargain*) savcı, sanığın alabileceği en yüksek cezanın altında bir

---

96 Bu hususta krşl. WEIGEND, The Decay of the Inquisitorial Ideal, s. 56, 60; SCHÜNEMANN, s. 184-186; JAHN Matthias / CHARLOTTE SCHMITT-LEONARDY, "Rechtsphilosophische und straftheoretische Begründungselemente der Verständigung im deutschen Strafverfahren", **Jahrbuch für Recht und Ethik, Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka,** in: Jan C. Joerden ve Jan C. Schuhr (Hrsg.), Band 27, Duncker & Humblodt, Berlin, 2019, s. 571 vd.; BEULKE / SWOBODA, kn. 596.

97 DAMASKA, Plea bargaining, s. 400; STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 4; SCHÜNEMANN, s. 182.

98 STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 4.

99 DAMASKA, Plea bargaining, s. 400.

100 DAMASKA, Plea bargaining, s. 400; RUSSELL / HOLLANDER, s. 314.

101 RUSSELL / HOLLANDER, s. 312 vd.

102 STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 3.

cezayı hâkime önermeyi kabul etmektedir.[103] Burada esas olan, sanığın suçunu ikrarı veya önerilen usulü kabul etmesi karşılığında ceza indirimi almasıdır.[104] Bu pazarlık türünde savcı, suç vasfına ilişkin bir değişlik yapmamaktadır. Bu pazarlık tipinin bir görünüm biçimi de maddi olgulara ilişkin (*fact bargain*) pazarlıktır. Bu ihtimalde savcılık ve müdafi, mahkemeye vakaya ilişkin belli gerçekleri sunmak veya sunmamak konusunda anlaşmakta; bir başka deyişle, vakanın ne şekilde vukuu bulunduğu konusunda anlaşmaya varmaktadır.[105] Pazarlığın ikinci önemli türü de iddianame pazarlığıdır (*charge bargain*). Bu pazarlık türünde, savcı suç vasfında değişiklik yaparak, daha hafif bir suçu kabul etmekte veya iddianamedeki suç sayısını azaltmaktadır.[106] Örneğin, ABD uygulamasında, şüpheli nitelikli adam öldürme (*first-degree murder*) yerine pazarlık neticesinde basit adam öldürmeden (*manslaughter*) ceza alabilmektedir. ABD ceza adaleti sisteminde, savcıların bu konuda yapabilecekleri tekliflerin neredeyse sınırı yoktur.[107] ABD uygulamasında iddianame ve maddi olgulara ilişkin pazarlığın geniş bir uygulama alanı bulmasının sebepleri arasında, soyut cezaların çok yüksek olması gösterilmektedir.[108] Bunun sonucu olarak, basit bir suçtan idam cezasını gerektiren suçlara kadar her suç bakımından ceza, iddianame ve maddi olgular pazarlık konusu olmaktadır. Örneğin, bir polis memuruna görevi başında kasten yaralamanın söz konusu olduğu bir vakada, sanığın alkollü olduğu, polis memurunun aşırı güç kullanmak suretiyle failin kasten yaralama hareketini tetiklediği, meşru savunma, tanıkların varlığı, sanığın kendini suçlayıcı beyanlarının geçerliliği, savcı ve hakimlerin mevcut iş yükü, müdafin maddi menfaatleri gibi birçok unsur, iddia pazarlığı müzakerelerine konu olabilmektedir. Bir başka deyişle, vakaya taalluk eden tüm bu unsurlar mübadele ve müzakere edilebilir pazarlık kozları niteliğindedir.[109]

Bu pazarlık türlerinin dışında, aşağıda ele alacağımız, AİHM'in *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* davasına da konu olan işbirliği pazarlığı (*coopera-*

---

[103] ALSCHULER: s. 755; RUSSELL / HOLLANDER, s. 311; WEIGEND, Modelle des Strafverfahrens, s. 42; GILLIERON, s. 705.

[104] HODGSON, The Metamorphosis of Criminal Justice, s. 14.

[105] ALSCHULER, s. 755; WRIGHT, s. 3536; RUSSELL / HOLLANDER, s. 311; GILLIERON, s. 705.

[106] ALSCHULER, s. 755; WRIGHT, s. 3536; RUSSELL / HOLLANDER, s. 312.

[107] ALSCHULER, s. 755.

[108] STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 2.

[109] WEIGEND: The Decay of the Inquisitorial Ideal, s. 42.

tion agreement/crown witness system) da bazı ülkelerde uygulanmaktadır.[110] Bu pazarlık çeşidinde, savcılıkla diğer şüpheli veya sanıkların da bulunduğu vakalarda, sanık diğer sanıklar hakkında bilgi vermek karşılığında devletten bir takım menfaatler elde etmektedir.[111] Bu nedenle, bu pazarlık türü üçüncü kişi aleyhine iddia pazarlığı olarak da adlandırılmaktadır.[112] Uygulamada, hukuk sistemlerinin en çok müsaade ettiği pazarlık çeşidi ceza pazarlığıdır. Bazı hukuk sistemleri iddianame pazarlığına da izin vermektedir. Buna karşılık, bunlardan çok azı vakaya ilişkin maddi olgu ve bilgiler hakkında pazarlığa müsaade etmektedir.[113] ABD, İngiltere ve Galler ile Avustralya hukuk sistemlerinde her üç pazarlık çeşidine de yer vermektedir.[114] Bu noktada vurgulanması gereken bir husus da bilhassa Kıta Avrupası ülkelerinde, pazarlığa mümkün olduğunca mahal vermeden, kısaltmış veya hızlandırılmış muhakeme kurumları marifetiyle, sanığın yargılanma hakkından feragatin karşılığındaki ceza indiriminin mevzuat tarafından belirlenmiş ve daha sıkı bir yargısal denetime tabi olmasıdır.[115]

Ceza pazarlığında, dikey bir pazarlık söz konusudur; çünkü bu ihtimalde savcılık tarafından sunulan anlaşma mahkeme tarafından onaylanmaktadır. İddianame pazarlığında ise yatay bir pazarlık söz konusu olup, pazarlık suç vasfını değiştirebilme veya bazı suçları iddianameye dahil etmeme yetkisini haiz savcı ile şüpheli arasında gerçekleşmektedir.[116] İddia pazarlığı kapsamında şüpheli, iddia pazarlığı usulü anlamında suçunu ikrar etmesine rağmen, aslında masum olduğu şeklinde (*Alford plea*) ifade de verebilir.[117] Buna ilave, olarak birçok federal ve eyalet mahkemesi tarafından kabul edildiği üzere şüpheli, iddia pazarlığı kapsamında kanun yollarına başvurma hakkından da feragat edebilir.[118] Federal ve eyalet mahkemeleri iddia pazarlığı teklifini değerlendirirken, sanığın yargılama haklarından feragatinin hukuki sonuçlarının tam manasıyla bilincinde olması ve bu kararı hür iradesiyle gönüllü olarak alıp almadığı yönünden değerlendirmektedir. Buna ilave olarak, sanığın kabul

---

[110] RUSSELL / HOLLANDER: s. 312.

[111] RUSSELL / HOLLANDER, s. 312; BEULKE / SWOBODA, kn. 595.

[112] SINN, s. 155-156.

[113] Bu pazarlık çeşitlerine ilişkin oranlar hakkında bkz. RUSSELL / HOLLANDER, s. 312.

[114] RUSSELL / HOLLANDER, s. 312.

[115] RUSSELL / HOLLANDER, s. 312.

[116] TULKENS, s. 662; AMBOS / HEINZE, Abbreviated Procedures, s. 53.

[117] GILLIERON, s. 705.

[118] GILLIERON, s. 705.

ettiği suçlara ilişkin dosyada destekleyici delil ve bilgilerin de bulunması gerekmektedir.[119] Sanığa karşı tehdit veya iddia pazarlığını kabul edip etmeme konusundaki seçim hakkından mahrum bırakmaya yönelik sözler, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.[120] İddia pazarlığı usulünün uygulanması bakımından mağdurun söz hakkı yoktur. Bu nedenle mağdurun, iddia pazarlığı sonucunda varılan anlaşmayı *(plea agreement*), kabul etmemesinin anlaşmanın geçerliliği üzerinde herhangi bir tesiri olmamaktadır.[121]

Bu noktada, vurgulanması gereken bir husus da *Common Law* memleketlerinde sanığın suçunu ikrarının (*guilty plea*), öteden beri önemli bir rol oynamış olmasıdır. Bu yönüyle de *Common Law*, ikrarı tek başına mahkumiyet için yeterli görmesi nedeniyle, ikrarın benzer bir ağırlık taşımadığı Kıta Avrupası memleketlerinden ayrılmaktadır. Gerçekten ikrar, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde büyük önem arz etse de kural olarak, en azından geleneksel Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinde tek başına yeterli görülmemektedir.[122] Buna karşılık, iddia pazarlığı usulünün kabul edilmesiyle birlikte sanığın ikrarı ve ilgili usulün işletilmesine rıza göstermesiyle birlikte, artık şüpheli yargılanma ve kendisine ilişkin suçlamaları sınama imkanından vazgeçmiş olmaktadır. Bir başka deyişle şüpheli, ister suçunu ikrar etmiş isterse de önerilen usulü kabul etmiş olsun, birçok adil yargılanma hakkından feragat etmiş olmaktadır.[123] Bu nedenle, tarafların eşitliğinin mümkün olmadığı bu nevi bir pazarlık usulünde sadece hâkim denetimin yeterli olmayacağı, soruşturma aşamasındaki müzakere süreçlerinin de şeffaflık esasına uygun, denetlenebilir bir şekilde yürütülmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[124]

Ceza adaleti sistemlerinin artan iş yükü göz önüne alındığında, her sanığa klasik duruşmalı yargılama imkanı sağlanması mevcut şartlarda pek mümkün gözükmemektedir. Bu noktada, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkeleriyle uyumlu olmanın yanında kamunun adalet sistemine inancını zedelemeyecek kurumlar ihdas edilmelidir. Bu hususta, en makul çözüm kapsamlı ve ağır suçlar bakımından, klasik duruşmalı yargılama tatbik edilirken;

---

[119] GILLIERON, s. 706.

[120] GILLIERON, s. 706.

[121] GILLIERON, s. 706.

[122] ALSCHULER, s. 755; TULKENS, s. 675; WEIGEND, The Decay of the Inquisitorial Ideal, s. 41; SCHÜNEMANN, s. 192-193.

[123] HODGSON, Plea Bargaining, s. 230.

[124] Bkz. TULKENS, s. 673 vd., 682.

hafif suçlar bakımından hali hazırda birçok ceza muhakemesi sisteminde tatbik edilen, yargılamayı kısaltan veya ona alternatif ceza kararnamesi nevinden kurumları mümkün olduğunca etkin bir şekilde hayata geçirmektir.[125] Bu noktada, rızaya dayalı ceza muhakemesi kurumları (*consensual criminal procedures*), duruşmada delillerin ikame edildiği ve tartışıldığı yargılama olmaksızın cezai uyuşmazlığı ortadan kaldırmaları bakımından tercih edilebilecektir.[126] Bu nevi bir yaklaşım, yukarıda da ifade edildiği gibi Avrupa Konseyi R (87) sayılı kararıyla da teşvik edilmekte ve aşağıda ele alacağımız AİHM içtihadında da benimsenmiş bulunmaktadır.

III. ADİL YARGILANMA HAKKINDAN FERAGAT

1. Genel olarak

Medeni ve ceza muhakemesi sahasındaki temel hakları düzenlemekte olan AİHS m.6 Anglo-Amerikan hukukunda önemli bir yer tutan "*due process of law*"[127] ilkesinden esinlenerek hazırlandığı için, detaylı bir biçimde birçok hakka yer vermektedir. Bu madde, Sözleşme'nin en çok tatbik edilen hükmüdür.[128] Örneğin, Türkiye hakkında, 1959-2020 yılları arasında verilen 3742 ihlal kararından 953'ü adil yargılanma hakkına ilişkin olup, yargılama süresinin uzunluğu ile ilgili anılan dönemde Türkiye hakkında verilen ihlal kararı sayısı 608'dir.[129] Keza anılan dönemde tüm Konsey üyesi ülkeler hakkında verilmiş olan ihlal kararların yarısından fazlasını, adil yargılanma ve

---

[125] WEIGEND, The Decay of the Inquisitorial Ideal, s. 61-62; GILLIERON, s. 704.

[126] GILLIERON, s. 704

[127] Bu kavram ve Kıta Avrupası'ndaki karşılıkları bkz. JUNG Heike, "Der Grundsatz des fair trial in rechtsvergleichender Sicht", **Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts**, **Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag,** in: Hanns Prütting ve Helmut Rüsmann (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München, 1997, s. 328-329.

[128] GRABENWARTER Christoph, **European Convention on Human Rights, A Commentary**, Verlag C. H. Beck, München, 2014, Art.6 kn. 1; SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights, A Commentary**, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 265 vd.; SATZGER Helmut, **Internationales und Europäisches Strafrecht,** 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2018, s. 275; GAEDE Karsten, **Münchener Kommentar zur StPO,** Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider (Hrsg.), Band 3/2, C. H. Beck, München, 2018, Art.6 kn. 1 vd.; VILLIGER Mark E., **Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),** 3. Auflage, Schultess Verlag, Zürich 2020, kn. 455; ZEDNER / STUCKENBERG, Due Process, s. 304, 311 vd.; RAINEY Bernadette / McCORMICK Pamela / OVEY Clare, **The European Convention on Huiman Rights,** Eighth Edition, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 277.

[129] https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf (Son Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021).

yargılama süresine ilişkin kararlar teşkil etmektedir.[130] Ceza muhakemesi sahasında gerek nicelik gerekse de nitelik bakımından büyük rol oynayan AİHM'in, üye ülkelerin yargısal tatbikatı üzerinde de hatırı sayılır bir tesiri olmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme'nin bu sahadaki tesirinin sadece ulusal ceza muhakemesi üzerinde değil aynı zamanda sınır aşan suçlar veya terör suçları gibi alanlarda yapılan soruşturma gibi konularda da etkili olduğu hususu vurgulanmalıdır.[131] Gerçekten Mahkeme'nin üye devletlerin ceza muhakemesi hukuklarını yeknesaklaştırmak gibi bir görevi ve yetkisi bulunmamasına karşın, adil yargılanmaya ilişkin koyduğu standartlar ve içtihat üye devletlerin muhakeme hukuklarının gelişiminde etkili olmuştur. Örneğin, Kıta Avrupası tahkik sistemlerinde, tanıkların dinlenilmesi Mahkemenin inhisarında olmasına rağmen, Sözleşme'nin m.6/f.3(d) hükmü savunmaya aleyhe tanıkları sorgulama hakkı tanımaktadır.[132]

AİHS m.6/f.1 hükmünde yer alan adil ve aleni duruşma (*fair and public hearing*) ifadesi, Sözleşme'de yer alan muhakeme hukukuna ilişkin hakların özünü teşkil etmesinin yanı sıra hukuk devletinde adil yargılanmayı sağlayacak bir çok hakkı bünyesinde barındıran bir üst kavramdır. Aynı zamanda bu hüküm, Mahkeme'nin Sözleşme'de açıkça zikredilmemiş olan adil yargılanmaya ilişkin hakları temellendirmekte esas aldığı yedek bir hüküm niteliğindedir.[133] Sözleşme, adil yargılanmaya ilişkin olarak birbirinden çok farklı ceza muhakemesi sistemlerine sahip Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkede uygulanacak olan asgari standartları ortaya koymaya çalışmaktadır. Keza, AİHS ne nasıl bir ceza muhakemesi düzeni benimsenmesi gerektiği konusunda ne de muhakeme çeşitleri bakımından bir kısıtlama öngörmektedir.[134] Bu durumun doğal sonucu olarak, adil yargılanmaya ilişkin bu asgari standartları kendi iç hukuklarında hayata geçirmek bakımından üye devletlere hatır sayı-

---

[130] https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf; (Son Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021); ayrıca bkz. MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art.6 kn. 1; AMBOS Kai, **Internationales Strafrecht**, 5. Auflage, C. H. Verlag Beck, München, 2018, s. 470-471.

[131] WEISSER Bettina, "The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceedings in Europe", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 91.

[132] WEISSER: s. 91-92.

[133] AMBOS, Internationales Strafrecht, s. 470; SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 276; GRABENWARTER Christoph / PABEL Katharina, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Ein Studienbuch, 7. Auflage, C. H. Beck, München, 2021, s. 530 vd.

[134] MEYER, Systematischer Kommentar, Art.6 kn. 549.

lır bir takdir yetkisi (*margin of appreciation*) tanınmıştır.[135] Bu çerçevede, adil yargılanmaya ilişkin yapılan bir değerlendirmede Mahkeme, iç hukuktaki ceza yargılamasının neticesinin ilgili ulusal hukuka göre hukuka uygun olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmaktan genel olarak kaçınmaktadır. Mahkeme'nin 6. maddeye ilişkin yargı yetkisini, yargılamanın bir bütün olarak değerlendirdiğinde adil olup olmadığı (*overall fairness*) konusunda bir değerlendirme kıstasını tatbik etmek suretiyle gerçekleştirmektedir.[136] Mahkeme, ulusal mahkemelerin üzerinde bir temyiz mahkemesi hüviyetinde değildir. Bu nedenle Mahkemenin yargı yetkisi yedeklik ilkesi çerçevesinde üye devletlerin Sözleşme'de teminat altına alınmış olan insan haklarını ihlal edip etmediklerine ilişkin bir değerlendirme yapmakla sınırlıdır.[137] Bu mukabil, bir bütün olarak değerlendirildiğinde yargılamanın adil olup olmadığı (*overall fairness of the proceedings*) kıstasının, Mahkeme'ye karar alma süreçlerinde belli bir esneklik kazandırdığı ifade edilmelidir.[138]

Sözleşme'nin 6. maddesi incelendiğinde, birinci fıkra hükmünün hem ceza hem medeni usul uyuşmazlıklarına uygulanabilecek nitelikte, genel ve kapsamlı bir adil yargılanma garantisini ihtiva ettiği görülmektedir.[139] Bu hüküm kapsamında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, kendi kendini suçlamama ve silahların eşitliği gibi unsurlardan müteşekkil adil bir duruşma hakkının yanı sıra duruşmanın kamuya açık olması ile makul sürede yargılanma gibi haklar yer almaktadır.[140] Makul sürede yargılanma hakkı, etkin hukuki koruma sağlama yükümlülüğünün bir parçası olup, iddia pazarlığı ve benzeri kurumların, yürürlüğe sokulmasında önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, AİHM'in birçok davada bu ülkenin makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmesinin bir sonucu olarak, Finlandiya 2015 senesinde, bir takım klasik duruşmalı yargılamaya alternatif kurumlar ihdas etmek durumunda kalmıştır.[141] Gerçekten, makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanmaya ilişkin diğer haklarla belli ölçüde çatışma içindedir. Bir başka deyişle, ceza muhakemesine ilişkin

---

[135] WEISSER, s. 93; krşl. MEYER, Systematischer Kommentar, Art.6 kn. 559; ALBRECHT, s. 10.

[136] SCHÜNEMANN, s. 187-188; ALBRECHT, s. 5.

[137] WEISSER, s. 93-94.

[138] ALBRECHT, s. 6.

[139] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 87.

[140] Detaylı bilgi için bkz. AMBOS, Kai: "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Vol. 115 (3), 2003, s. 592-596; WEISSER: s. 96 vd; VILLIGER, kn. 494 vd.; RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 278 vd; SCHMAHL, s. 56 vd.

[141] RUSSELL / HOLLANDER, s. 312.

haklar uygulandığı oranda, yargılama sürelerinin uzaması gündeme gelebilmektedir.[142] AİHM, bir yargılama bakımından makul sürenin aşılıp aşılmadığı konusundaki değerlendirmesini, başvuruya konu davanın kapsamı ve karmaşıklığı, başvurucunun ve ilgili devlet yetkililerinin davranışlarını dikkate alarak yapmaktadır.[143] Buna ilave olarak, ceza davalarının, hukuk davalarına nazaran daha kısa sürede sonuçlandırılması beklenmektedir.[144]

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan haklar, adil yargılanma hakkının birer cüzü niteliğindeki özel ilke veya kurallar bütünüdür. Özellikle maddenin üçüncü fıkrasında sayılan haklar, tahdidi nitelikte olmayan adil yargılanma hakkına ilişkin özel adil yargılanma haklarıdır. Uygulamada da ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri, yargılamanın bütününe ilişkin adil olma şartını getiren birinci fıkra hükmüyle beraber yorumlanmaktadır.[145] Gerçekten ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yalnızca ceza muhakemesi sahasında uygulanabilecek olan asgari bir takım özel garanti hükümlerini ihtiva etmektedir.[146] Sözleşme'nin m.6/f.2 hükmü masumiyet karinesini düzenlerken, m.6/f.3 hükmünde ise bir suç isnadı altında olan kimseye kendisine yöneltilen suçlamanın sebebi ve niteliği hakkında bilgilendirmenin yapılması, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylığın sağlanması, kendisini bizzat savunma veya müdafi yardımından yararlanma, aleyhe olan tanıklara soru sorma ve lehine olan tanıkların dinlenilmesini isteme ile tercümandan yararlanma gibi asgari ceza muhakemesi hakları yer almaktadır.[147] İddia pazarlığı kapsamında, adil yargılanma haklarından feragat bağlamında bilhassa bu haklardan masumiyet karinesi, kendini suçlamama hakkı ile adil ve kamuya açık duruşmada yargılanma gündeme gelmektedir.[148]

---

[142] AMBOS, Internationales Strafrecht, s. 475; ZEDNER / STUCKENBERG, Due Process, s. 312; GRABENWARTER / PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, s. 540-541; SCHMAHL, s. 63.

[143] REID Karen, **The Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights,** Sixth Edition, Sweet & Maxwell, London 2019, s. 277 vd.; ZEDNER / STUCKENBERG, Due Process, s. 312; GRABENWARTER / PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, s. 542-543; SCHMAHL, s. 62-63.

[144] REID, s. 277.

[145] REID, s. 101; ALBRECHT, s. 2.

[146] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 90; RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 277.

[147] Detaylı bilgi için bkz. AMBOS, Verfahrensrechte, s. 596 vd.; SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 276 vd.; WEISSER, s. 104 vd; SCHMAHL, s. 64 vd.

[148] ASHWORTH Andrew / REDMAYNE Mike, **The Criminal Process**, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 312 vd.; CLOONEY / WEBB, s. 141, 191, 247-248.

Bu noktada, bir vakada ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinden birinin ihlal edilmiş olması halinde aynı zamanda birinci fıkranın ihlalinin de söz konusu olacağı ifade edilmelidir. Buna mukabil, bir yargılamanın adil olarak tavsif edilebilmesi için ikinci ve üçüncü fıkradaki asgari şartların temin edilmiş olması tek başına yeterli olmayabilir. Bir başka deyişle, Mahkeme birinci fıkra hükmüne istinat etmek suretiyle bir yargılamanın adil olmadığı sonucuna ulaşabilmektedir.[149] Mahkeme, yukarıda da ifade edildiği gibi bu hususta değerlendirme yaparken bütüncül bir yaklaşım benimsemiştir. Böylece ikinci fıkra veya üçüncü fıkra hükümlerine ilişkin küçük ihlaller bir arada değerlendirildiğinde bir yargılamanın adil olmadığı sonucuna ulaşılabilmekte veyahut da bir muhakeme hukuku garantisinin ihlal edilmiş olması söz konusu yargılamanın bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil olarak tavsif edilmesine mani olmamaktadır.[150] Mahkeme, bu değerlendirme yöntemini tatbik etmek suretiyle etkin bir ceza muhakemesi sistemindeki üstün kamu menfaati ile bir suç şüphesi altındaki kişinin adil bir muamele görme hakkı arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır.[151] Bu noktada, Mahkemenin güncel içtihatlarında artık adil yargılanmaya ilişkin tek bir hakkın ihlal edilmiş olması halinde, 6. maddenin ihlaline ancak istisnai hallerde karar verdiği ifade edilmelidir.[152] Bu nedenle, yargılamanın tümünün adil olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, büyük ölçüde somut olayın şartları belirleyici olmaktadır.[153] Mahkeme, bu hususta değerlendirmesinde ilgili ülke ceza muhakemesi sisteminin yapısal özelliklerini de dikkate almaktadır. Bu şekilde, farklı hukuk düzenlerine adil yargılanma haklarının hayata geçirilmesi bakımından bir serbestiyet, bir takdir hakkı tanınmış olmaktadır.[154] Esasen, yargılamanın tamamının adil olup olmadığına ilişkin değerlendirme kıstasının arkasında, her adil yargılanma hakkı ihlali söz konusu olduğunda ilgili ülkenin m.6 hükmünü ihlal ettiği şeklinde karar vererek, ulusal hukuk sistemlerini zorlamaktan ve Mahkeme kararlarının kabul edilebilirliğini muhafaza etme şeklinde ifade edilebilecek bir siyasi bir kaygı yatmaktadır.[155] Bu yaklaşım, üye ülkelere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanıma düşüncesiyle de ahenklidir.

---

149 WEISSER, s. 94.

150 MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 92; WEISSER, s. 94-95; ALBRECHT, s. 7.

151 WEISSER, s. 95.

152 ALBRECHT, s. 8.

153 ALBRECHT, s. 9.

154 ALBRECHT, s. 9.

155 ALBRECHT, s. 10-11.

Mahkeme adil yargılanma konusunda değerlendirme yaparken, ilk aşamada muhakeme hukukuna ilişkin bir hakkın ihlal edilip edilmediğini tespit etmekte; şayet böyle bir ihlal söz konusu ise bu doğrudan bir adil yargılanma hakkının ihlali neticesini doğurmamaktadır. Bu nedenle, bu nevi bir ihlali tespit eden Mahkeme ikinci aşamada, başvuruya konu yargılamayı bir bütün olarak değerlendirdikten sonra 6. maddenin ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir.[156] Mahkeme, adil yargılanmaya ilişkin tetkiklerinde Sözleşme'nin 6. maddesindeki çekişmeli yargı (*the right to an adversarial trial*) olarak ifade edebileceğimiz, kendisinin ihdas ettiği bir hak çerçevesinde yorumlamaktadır. Burada kastedilen itham sistemi gibi bir ceza muhakemesi sistemi önerilmesinden ziyade savcılık ve müdafin birbirlerinin mahkemeye sunmuş olduğu delilleri bilme ve bunlar hakkında görüş bildirebilmesi esasına dayanan, silahların eşitliği ilkesine öncelik veren bir adil yargılama sistemidir. Bu muhakeme anlayışının hayata geçirilmesi bakımından, ulusal hukuk sistemlerinin önünde çok farklı yol ve yöntemler olduğu da Mahkeme tarafından vurgulanmaktadır.[157] Bu muhakeme anlayışının harekete geçirilmesi de şüphesiz sanığın ve savunma hakkının, yargılamaya etkin bir şekilde katılmaları suretiyle silahların eşitliğinin hayata geçirildiği çelişmeli bir yargılamanın sağlanması suretiyle gerçekleştirilebilecektir.[158]

Mahkeme, böylelikle kimi zaman tenkide de uğrayan Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman niteliğinde olduğunu ifade ederek, Sözleşme hükümlerini günün ihtiyaçlarına göre yorumlamaktadır. Keza Mahkeme, çalışmamızın konusunu teşkil eden savunma haklarına kısıtlamalar getiren iddia pazarlığı vb. yeni kurumların, adil yargılanmaya ilişkin garantilerle tevil edilip edilemeyeceği meselesini bu yöntemle değerlendirmiştir.[159]

Yukarıda da ifade edildiği gibi kural olarak AİHS'e taraf olan her Devlet, 6. madde kapsamındaki hakları, meşru sınırlama sebepleri söz konusu olmadığı müddetçe somut ve etkin bir tarzda teminat altına almalıdır. Buna karşılık, iddia pazarlığı örneğinde de olduğu gibi Sözleşme'de teminat alınmış haklardan, hak sahibi tarafından feragat edilmiş olabilir. Bunun sonucu olarak, gerekli şartların somut olayda gerçekleşmiş olması halinde bu nevi bir feragat AİHM nezdinde de geçerli olacak ve bu sonucu olarak AİHS m.6 ihlali söz konusu olmayacaktır.[160]

---

156 SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 280.

157 Bu hususta bkz. ALBRECHT, s. 3-4.

158 ALBRECHT, s. 4-5; AMBOS, Internationales Strafrecht, s. 471-472.

159 WEISSER, s. 95.

160 Bkz. GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 76.

2. Adil Yargılanma Haklarından Feragatin Şartları

Ceza muhakemesi hukukunda, kişinin sahip olduğu bir hakkı kullanmaktan feragat etmesi meselesi, son zamanlarda uygulamada önem kazanmaya başlamıştır.[161] AİHM de kural olarak bir hakkın sahibinin, söz konusu hakkı kullanmaktan imtina edebileceğini kabul etmektedir.[162] Bu hususta ilk şart, kişinin ilgili hakkın sahibi olması ve ilgili üzerinde tasarruf ehliyetini haiz olmasıdır. Bu nedenle, üçüncü kişilere ait veya kamunun menfaatini ilgilendiren haklardan feragat mümkün değildir.[163] Sanık da kural olarak kendisine 6. madde kapsamında tanınmış olan hakların bir kısmından feragat edebilir.[164] Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında da ortaya konulduğu üzere 6. maddenin ne lafzı ne de ruhu kişinin gönüllü olarak bir hakkı kullanmaktan feragat etmesine manidir. Kişi, açık veya zımni olarak gönüllü bir şekilde adil yargılanma hakkı kapsamındaki garantilerden vazgeçebilir.[165] Bu noktada vurgulanması gereken husus, kişinin adil yargılanma hakkının bizatihi kendisinden veya tamamından değil; ancak belli adil yargılanma haklarından feragat edebilecek olmasıdır.[166]

Bir feragatin Sözleşme ve Mahkeme bakımından geçerli olabilmesi için feragat iradesinin tartışmaya mahal bırakmayacak bir sarahatle ve gerçek manada gönüllü olması gerekir. Feragat edilen hakkın önemine uygun bir şekilde asgari güvencelerin sağlanmış olmasının yanı sıra söz konusu feragatin önemli bir kamu menfaatini ihlal etmiyor olması şarttır.[167] Kısaca ifade edilecek olursa bir feragat kararının geçerli olabilmesi için şu üç şartı gerçekleşmesi gerekmektedir: Birincisi, feragat kararının açıkça ortaya konulmuş olması; ikincisi, bu kararın gerçek anlamda gönüllü alınmış olması ve nihayet bu kararın önemli bir kamu menfaatini ihlal etmiyor olması gereklidir.[168]

---

[161] MEYER, FS Donatsch, s. 428.

[162] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 77.

[163] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 553.

[164] RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 308.

[165] Sejdovic / İtalya Davası, B.N. 56581/00, 01.03.2006 (Büyük Daire), para. 86; Idalov / Rusya Davası, B. N. 5826/03, 22.05.2012 (Büyük Daire), para. 172; ayrıca bkz. MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 552; RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 308-309; CLOONEY / WEBB, s. 141.

[166] CLOONEY / WEBB: s. 141.

[167] Sejdovic / İtalya Davası, B.N. 56581/00, 01.03.2006 (Büyük Daire), para. 86; Idalov / Rusya Davası, B. N. 5826/03, 22.05.2012 (Büyük Daire), para. 172; ayrıca bkz. MEYER: Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 552; RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 309; RUSSELL / HOLLANDER, s. 314, 319-320.

[168] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 79; CLOONEY / WEBB, s. 141.

A. Feragat Kararının Şüpheye Mahal Vermeyecek Şekilde Açıkça Ortaya Konulmuş Olması

AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre, hak sahibinin hakkından feragatinin geçerli olması için feragat kararının şüpheye mahal vermeyecek şekilde tespit edilmiş olması gerekmektedir.[169] Bununla birlikte AİHM mutlaka açıkça ifade edilmiş veya belli bir usule bağlanmış bir irade beyanının varlığını aramamaktadır.[170] Sanığın davaya katılmaya ilişkin tüm haklarından feragat etmesi mümkündür; ancak ifade edildiği üzere, bu iradenin yanlış anlamaya mahal vermeyecek tarzda, açıkça ortaya konulmuş olması gerekmektedir. Bu hususta iradenin açıkça ve zımnen ortaya konulmuş olması mümkündür. Örneğin, sanık aleyhe tanıklara soru sorma hakkından da feragat edebilir.[171] Keza, kendisine tebligat yapılmış olmasına karşın duruşmaya katılmayan kişinin, katılma hakkından vazgeçtiği kabul edilebilmektedir.[172] Yargılama başlamadan önce kaçan bir kimsenin, davaya katılma hakkından feragat ettiği kanaatine varılması mümkün değilse, başlı başına bu davranışıyla zımnen duruşmada bulunma hakkından vazgeçtiği kabul edilemez.[173] Bu gibi vakalarda Mahkemenin uyguladığı temel kıstas, zımni irade beyanı olarak yorumlanacak feragat davranışının yanlış anlamaya mahal vermeyecek açıklıkta ortaya konulmuş olmasıdır.[174] Bir başka deyişle, zımni bir irade beyanından söz edebilmek için adil yargılanmaya ilişkin haklarından feragat eden kişinin, haklarını kullanabileceğini biliyor olduğunun kabul edilebilmesi gereklidir.[175] Örneğin, hakimin tarafsızlığını yitirdiğine ilişkin iddiada bulunma hakkından feragat edildiğinden söz edilebilmesi için hakimin tarafsızlığı hakkında makul bir şüphe duyulmasını gerektirecek şartların biliniyor olması şarttır.[176] Adil yargılanmaya ilişkin bir hakkın ilgili ulusal hukuk sisteminde yeterince kabul edilmediği veya uygulanmadığı hallerde sanığın ilgili haktan zımnen feragat ettiği kabul edilmemektedir.[177]

---

169 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 80.

170 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 555.

171 VILLIGER, kn. 556.

172 VILLIGER, kn. 551.

173 RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 309.

174 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 80-81; SCHABAS: s. 271.

175 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 80.

176 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 81.

177 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 81.

Kişinin ceza indirimi karşılığında, basitleştirilmiş kısa bir yargılama (*summary procedure*) kabul etmesi halinde, duruşmalı yargılanma (*full trial*) hakkından feragat etmesi mümkündür. Buna karşılık, kasten adam öldürme suçundan yargılanan sanığın, sonradan yapılan kanun değişikliğiyle kasten adam öldürme suçunun indirim kapsamından çıkarıldığı İtalya'nın davalı olduğu bir vakada AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, sanık duruşmalı yargılanma hakkından feragatin karşılığında elde edeceği ceza indirimi menfaatinden mahrum bırakılmıştır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin basitleştirilmiş yargılama usullerini benimsemek gibi bir yükümlülükleri olmamasına rağmen, bu nevi yargılama usullerinin mevcudiyeti halinde, adil yargılanma ilkelerinin sanıkların bu yargılama usullerinden kaynaklanan menfaatlerden keyfi olarak mahrum bırakılamayacaklarını ifade etmiştir.[178]

Adil yargılanma haklarından feragate ilişkin yukarıda izah edilen kıstasların uygulanmasında, sanığın tekil olarak bazı yargılamaya katılma haklarından feragat ettiği kabul edilmeli, bir hak veya bazı haklardan feragat 6. maddede düzenlenen tüm haklardan feragat olarak yorumlanmamalıdır. Bir başka deyişle, bir adil yargılanma hakkından feragat edilmiş olması mutlaka diğer haklardan da vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin, bir sanığın duruşmada bulunma hakkından feragat etmiş olması aynı zamandan müdafiin de yargılamaya katılma hakkından mahrum kaldığı şeklinde yorumlanamaz.

B. Feragat Kararının Gerçek Anlamda Gönüllü Olması

Adil yargılanma hakkından feragatin geçerli olabilmesi için bu yöndeki iradenin şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ortaya konulmuş olması yeterli değildir. Buna ilave olarak, hakkın sahibinin vazgeçme kararını gönüllü olarak almış olması ve bu hakkı kullanmasının doğuracağı sonuçların bilincinde olması şarttır.[179] Bu nevi bir irade açıklamasının, ilgili devletin baskısı altında veya ilgili devlete isnat edilebilecek olan hatalı yönlendirmeler neticesinde alınmamış olması gereklidir.[180] Sanığın, adil yargılanma hakkından feragat kararının geçerli olabilmesi için vazgeçilen hakkın önemiyle orantılı olarak asgari garantilerin sağlanmış olması zorunludur. Bu noktada, feragate

---

[178] RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 309; ayrıca bkz. CLOONEY / WEBB, s. 191-192.

[179] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 84; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 556.

[180] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 85.

ilişkin irade beyanının geçerliliği, ilgili devletin gerekli usuli güvenceleri temin etmiş olması şartına bağlıdır.[181] Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan hakların önemi göz önüne alındığında, hakkın sahibinin feragatin sonuçları hususunda yeterince aydınlatılmış olması ve bu konuda müdafi desteği alabilmesi büyük önem arz etmektedir.[182] Gerçekten Mahkeme, feragatin hür iradenin eseri olup olmadığının tespiti bakımından, üye devletlerden bir takım usuli güvencelerin sağlanmış olmasını talep etmek suretiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan hakların uygulamada etkisiz kılınmasının önüne geçmeye çalışmaktadır. Bu nedenle, bir feragatin hür irade eseri olduğunun kabulü için ilgili devletin bu konuda hak sahibinin yeterince aydınlatıldığına ilişkin tutanakları ibraz etmesi gerekecektir. Örneğin, tüm muhakeme sürecini sona erdirecek olan kanun yollarından vazgeçmeye ilişkin kararların daha sıkı şekil şartlarına bağlı olması şartı aranmaktadır.[183] Bir başka deyişle, bir haktan feragat için belirlenen usuller ile vazgeçilen hakkın önemi arasında bir orantı olmalıdır.[184]

C. Feragat Kararının Önemli Bir Kamu Menfaatini İhlal Etmiyor Olması

Feragate ilişkin irade beyanı açıkça ortaya konulmuş ve bu hususta ki karar gönüllü bir şekilde alınmış olsa da Mahkeme, böyle bir karar şayet önemli bir kamu menfaatini ihlal ediyorsa kararı geçersiz kılabilmektedir. Buna mukabil, uygulamada feragate ilişkin bu sınırlamanın hangi hallerde uygulanacağı konusu tam manasıyla açığa kavuşturulamamıştır. Buna mukabil bu şartın esasını, feragat kararının muhakemenin taraflarının inhisarına bırakmama düşüncesinin teşkil ettiği söylenebilir.[185] Örneğin sanık, aleniyet ilkesinin gereği olan kamuya açık duruşma hakkından şüpheye mahal bırakmayacak şekilde gönüllü olarak feragat etmiş olsa da belli bir ağırlığa sahip vakalarda, adalet gereği aleni duruşma yapılabilir.[186] Mahkeme, bu konuda karar verirken, kişinin bazı menfaatleri elde etmek üzere belli adil yargılanma haklarından feragat edebilme özgürlüğü ile muhakemeye katılan diğer kişiler ile kamu

---

[181] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 86; CLOONEY / WEBB, s. 141.

[182] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 86; CLOONEY / WEBB, s. 141.

[183] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 87.

[184] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 552.

[185] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 88.

[186] REID, s. 315; CLOONEY / WEBB, s. 190; GRABENWARTER / PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, s. 553; SCHMAHL, s. 64.

adaletini temin etme faaliyetinin adil bir şekilde yürütülmesindeki menfaat arasındaki dengeyi gözetmeye gayret göstermektedir.[187]

IV. AİHM İÇTİHATLARINDA İDDİA PAZARLIĞI VE ADİL YARGILANMA HAKLARINDAN FERAGAT

1. Genel Olarak

AİHS'de açıkça düzenlenmemiş olan iddia pazarlığı kurumu hakkında, Mahkeme'nin yakın zamanlara kadar doğrudan bir kararı olmamakla birlikte son yıllarda Mahkeme, bu nevi kurumların adil yargılanma hakkıyla tevil edilip edilemeyeceğini bu haktan feragatin şartları çerçevesinde ele almaktadır.[188] Bu noktada Mahkeme'nin, iddia pazarlığı olgusu ve ulusal iddia pazarlığı sistemlerinin bizatihi kendisinin Sözleşme standartlarıyla uyumlu olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmadığı vurgulanmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, bu nevi muhakeme usullerinin adil yargılanma haklarına ve bu haklardan feragatin şartlarına uygunluğu bakımından inceleme yapmaktadır.[189] Nitekim Mahkeme, uzun yıllardır yargılamaya katılma hakları da dahil olmak üzere adil yargılanmaya ilişkin bütün haklardan kural olarak feragat edilebileceğini kabul ediyordu. Keza Mahkeme, Alman Ceza Muhakemesi'nde yaygın bir şekilde uygulanan ceza kararnamesi gibi kurumları da adil yargılanma gibi kurumları da adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemiştir.[190]

Mahkeme iddia pazarlığı hakkında ilk defa, Gürcistan'ın davalı olduğu *Natsvlishvili ve Togonidze*[191] davasında değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme adı geçen kararında, iddia pazarlığının 6. madde hükümleriyle uyumlu olabilmesi için, kurumu kabul ederek adil yargılanmaya ilişkin haklarından feragat eden kimsenin haklarının korunması için bir takım kıstaslar ortaya koymuştur. Çalışmanın bu bölümünde evvela dava konusu olay, iç hukuktaki iddia pazarlığı usulü ve AİHM'in iddia pazarlığı hakkındaki karşılaştırmalı hukuk çalışmasının sonuçları özetlenecek, ardından adil yargılanma hakkından feragatin şartları bağlamında Mahkeme'nin bir iddia pa-

---

[187] CLOONEY / WEBB: s. 248.

[188] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG: EMRK Art. 6 kn. 168; GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 90; MEYER, FS Donatsch, s. 428.

[189] MEYER, FS Donatsch, s. 429; CLOONEY / WEBB: s. 141-142.

[190] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 90.

[191] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014.

zarlığının adil yargılanma ilkeleriyle uyumlu olmasına ilişkin belirlediği ölçütler değerlendirilecektir. Bu noktada Mahkeme, iddia pazarlığı kurumunun meşruiyetine ilişkin getirilen genel itirazlar ve ilgili hukuk düzenin yapısı ve işleyişi üzerinde durmadan, adil yargılanma hakkından feragatin gerçek anlamda gönüllü olması kıstası çerçevesinde değerlendirmiştir.[192] Mahkeme, 2019 yılında *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* davasında da iddia pazarlığının sınırları ve iddia pazarlığı kararının yargısal denetimi konusunu ele almıştır.[193]

Natsvlishvili ve Togonidze davasına konu olan olayda, ilk başvurucu 1993'ten 1995'e kadar Gürcistan'ın ikinci büyük şehri olan Kutaisi'nin vali yardımcısı olarak ve 1995'ten 2000'e kadar Kutaisi Otomotiv Tesisi'ni işleten, ülkenin en önemli kamu şirketlerinden birinin genel müdürü olarak görev yapmıştır. Kendisi 29 Aralık 2000'de genel kurul toplantısında fabrika danışma komitesinin başkanlığına atanmıştır.[194] İlk başvurucu, 1998 ve 2002'de yaptığı pay alımlarından sonra %12.95'lik payla, devletten sonra (payların %78.61'i) fabrikanın en büyük ortağı olmuştur. İkinci başvurucu 2002'de yaptığı alımla, payların %2.6'sını elinde tutmaktadır. Böylece çift toplamda payların %15.55'ine sahiptir.[195] İlk başvurucu Aralık 2002'de kaçırılmıştır. Kendisini kaçıranlar tarafından ağır kötü muameleye tabi tutulduktan sonra ailesi tarafından ödenen yüklü bir fidye karşılığında serbest bırakılmıştır.[196] 12 Mart 2004'de başvurucu ilk olarak genel müdür sıfatıyla, ikinci olarak da danışma komitesi başkanı sıfatıyla, sorumlu olduğu fabrikanın hisseli sermayesini yasadışı olarak eksiltmekle suçlanmıştır. Kendisine Gürcistan Ceza Kanunu m.182 uyarınca hayali satışlar, transferler yapma, borç silme ve fabrika menfaatlerini gözetmeksizin gelirleri harcama suçlamaları getirilmiştir.[197] Başvurucu, 15 Mart 2004 tutuklanmış ve aynı yılın Eylül ayına kadar tutukluluk hali devam etmiştir.[198] Başvurucu, tutuklu kaldığı altı aylık sürenin, dört ayını kendisini daha önce kaçırmış olan kişiyle aynı hücrede geçirmiştir.[199] 25 Mart 2004'te başvurucu savcılık makamına şu

---

192 MEYER, FS Donatsch, s. 429-430.

193 Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019.

194 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 9.

195 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 10.

196 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 11.

197 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 12.

198 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 13.

199 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 16.

ifadeleri içeren bir mektup göndermiştir: "*otomobil fabrikasının geleceğine kayıtsız olmadığım ve devletle aramdaki sorunları çözmenin mümkün olduğunu düşündüğüm için, halihazırda benim ve karımın mülkiyetinde olan şirket paylarını devlete devretmeye hazır olduğumu bildiririm*."[200] 9 Eylül 2004 tarihine gelindiğinde başvurucu savcılığa, Gürcü yargı sistemine Şubat 2004'te giren "iddia pazarlığı" ayarlamasını talep eden yazılı bir beyanda bulunmuştur. Başvurucu hala masum olduğunu düşünmekle birlikte, cezaya ilişkin anlaşmaya varmak ve devletin zararını gidermek istediğini vurgulamıştır; bu doğrultuda devlet hazinesine 14,700 Avro ödeyeceğini belirtmiştir. Başvurucu anlaşmanın içeriğini tam olarak anladığını eklemiştir.[201] Bundan sonra iddia pazarlığına ilişkin, iç hukuktaki usuli işlemleri AİHM şu şekilde özetlemektedir:

> 26. Aynı gün Kutaisi Savcısı ceza bakımından bir iddia pazarlığı önermiş; başvurucu da kabul etmiştir (CCP'nin 679 §2 maddesi). İddia anlaşmasının yazılı kaydında, başvurucunun suçlamaları itiraf etmeyi reddetmekle birlikte, suç teşkil eden eyleminin sebep olduğu yaklaşık 4,201,663 GEL zarar (yaklaşık olarak 1,765,000 EUR) karşılığında fabrikada sahip olduğu % 22.5 oranındaki payını devlete gönüllü olarak iade etmek suretiyle soruşturmayla aktif işbirliği yaptığı ifadesi yer almıştır. Savcı ayrıca başvurucunun altı yıldan on iki yıla kadar ceza gerektiren, bilhassa ağır bir suçla itham ediliyor olmasına karşın, zararın tamamının karşılandığı ve devlet kaynaklarının etkili kullanımı yararı hesaba alındığında başvurucuya bir iddia pazarlığı önermenin mümkün olduğunu kaydetmiştir. Gerçekten savcı dava mahkemesinden başvurucuyu esasa ilişkin inceleme yapmaksızın mahkum etmesini ve 35,000 GEL (14,700 EUR) tutarında para cezası şeklinde, indirimli bir ceza vermesini talep edeceğine söz vermiştir. Başvurucuya, bu önerilen iddia pazarlığının kendisini hukuki sorumluluktan muaf kılmayacağı anlatılmıştır. İlk başvurucu pazarlığın içeriğini tam olarak anladığını, pazarlığı kabul etmeye hazır olduğunu ve kararını hiç bir tehdit, baskı altında kalmadan ya da usulsüz bir teminat karşılığında olmaksızın verdiğini belirtmiştir. İddia pazarlığının kaydı hem savcı ve başvurucu tarafından hem de başvurucunun iki avukatı tarafından eksiksiz olarak imzalanmıştır.
>
> 27. Aynı gün, 9 Eylül 2004'te Savcı bir yazı göndererek, Kutaisi Şehir Mahkemesi'nden davanın esasının incelenmemesine, ilk başvurucunun kendisi aleyhine getirilen suçlamalardan suçlu bulunmasına ve 35,000

---

[200] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 25.

[201] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 25.

GEL (14,700 EUR) para cezası ödemesine hükmederek, yukarıda bahsi geçen, suça karşılık gelen cezayı düşürmeyi içeren iddia pazarlığını onaylamasını talep etmiştir. Savcılık evrakında, evrakın ekinde iddia pazarlığının yazılı kaydının ve on iki cilt dava dosyası içeriğinin bulunduğu belirtilmiştir.

28. Aynı gün, 9 Eylül 2004'te Bayan M.I.-dze bir para transferi gerçekleştirerek Devlete, yukarıda bahsi geçen birinci başvurucu ile savcı arasında gerçekleştirilmiş iddia pazarlığına binaen 35,000 GEL (14,700 EUR) para cezasını ödemiştir.

29.10 Eylül 2004'te sözlü duruşmada tek hakimli oturumda toplanan Kutaisi Şehir Mahkemesi savcının 9 Eylül 2004 tarihli talebini incelemiştir. Duruşma kaydının ortaya koyduğu üzere hakim, iddia pazarlığını imzalayan iki avukatından biri yanında hazır bulunduğu sırada başvurucuya Ceza Usul Yasası'nın 679-3. maddesi uyarınca haklarını anlatmıştır. Başvurucu cevabında haklarından haberdar olduğunu ve pazarlığa gönüllü olarak, savcı ile görüşmeler sırasında hiç bir usulsüz baskıya maruz kalmaksızın rıza gösterdiğini kabul etmiştir. Bu husus avukat tarafından da teyit edilmiştir. İlk başvurucu ve avukatı sonrasında, pazarlığın sonuçlarını eksiksiz kabul ettiklerini teyit ederek hakimden iddia pazarlığını savcının sunduğu şekliyle onaylamasını talep etmişlerdir. Avukat, müvekkili ve savcı arasındaki iddia pazarlığı görüşmelerine kendisinin katıldığını, bir uzlaşmaya varmak konusunda ısrar edenin kendi müvekkili olduğunu ve bir avukat olarak kendisinin başvurucuya gerekli tüm danışmanlığı sunduğunu eklemiştir.

30. Kutaisi Mahkemesi, belgesel delillere ve soruşturma aşamasında alınan çeşitli tanıkların beyanlarına dayanarak ilk başvurucu aleyhine getirilen suçlamaların yerinde olduğuna karar vermiştir. Mahkeme aynı zamanda 6 Eylül 2004'te Ceza Yasası'nın 182 §2 (a), (b) ve (c) ve 3 (b) bentleriyle suçlanan başvurucunun, "suçlu olduğunu kabul etmediğini ve susma hakkını kullandığını kaydetmiştir. Bununla birlikte başvurucu soruşturmayla aktif biçimde işbirliği yaparak suç teşkil eden eyleminin sebep olduğu 4,201,663 GEL (1,765,000 EUR) zararı, fabrikada sahip olduğu %22.5 payı devlete iade ederek tazmin etmiştir".

31. Şehir Mahkemesi yargısal incelemeyi takiben, iddia pazarlığının yasaya uygun bir şekilde yapıldığı, ilk başvurucunun anlaşmayı olaylardan tam olarak haberdar bir şekilde imzaladığı ve bunun hiç bir tehdit, baskı altında ya da iddia pazarlığında izin verilenin ötesine geçen bir teminat karşılığında gerçekleşmediği sonucuna ulaştığını belirtmiştir. Mahkeme böylece, ilk başvurucunun aleyhine getirilen isnatlardan suçlu olduğunu açıklayarak ve onu 35,000 GEL (14,700 EUR) para cezasına çarptırarak anlaşmayı

> onaylamıştır. Bunun sonucunda başvurucu mahkeme salonundan derhal salıverilmiştir.
>
> 32. İşlemlere ilişkin bölümde belirtildiği gibi, Kutaisi Şehir Mahkemesi'nin 10 Eylül 2004 tarihli kararı nihai olup temyize açık değildir. Bununla birlikte, yeni açığa çıkarılan olguların haklı kılması halinde kararın bozulması ve davanın yeniden açılması için talepte bulunma imkanı bulunmaktadır.

Başvurucu, kendi talebi üzerine uygulanan iddia pazarlığı usulünün Sözleşme'nin m.6./f.1 hükmünü ve masumiyet karinesini ihlali olduğunu, bunun yanı sıra kanun yollarına başvurma ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Görüldüğü üzere, başvuruya konu olan vakada, Gürcistan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "usul anlaşması" (Gürcüce *saprotseso shetankhmeba*) olarak adlandırılan, iddia pazarlığına ilişkin hükümler uygulanmıştır. Bu kuruma ilişkin hükümler, 13 Şubat 2004'te yürürlüğe girmiş ve ilk kez 24 Haziran 2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır.[202] Gürcü CMK m.15 hükmünde, "*usul anlaşması, yargının bağımsızlığı ilkesine uygun olarak yapılabilir. Usul anlaşması daha hızlı ve etkili bir adalet sistemine katkı sağlar"* denilmektedir. Bu kurumun da esasını, yukarıda da görüldüğü gibi savcılık ve şüpheli arasındaki anlaşma ve bunun ilgili mahkeme tarafından onaylanması teşkil etmektedir. Usulün işletilmesi için, sanığın ilgili usulün uygulanmasını herhangi bir hile veya zorlama olmaksızın kabul etmesi ve avukat yardımından yararlandırılması şarttır. Bunun üzerine Mahkeme, dosyanın esasına girmeden, kendisine savcılık tarafından sunulan usul anlaşmasını onayabilir. Savcılık, Mahkemeye sunduğu anlaşmada, sanığın suçunu ikrar etmiş olması karşılığında, ceza indirimi, suç vasfında değişikliğe giderek daha hafif bir suçtan iddianame düzenlemeye veya bazı suçları iddianameye dahil etmeme yetkisini haizdir.[203] Görüldüğü gibi, Gürcü düzenlemesi hem

---

[202] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 49.

[203] Bu konuda Gürcistan CMK m.679-1'in ilgili kısımları şu şekildedir: "1. Bir mahkeme, usul anlaşmasına dayanarak önündeki davanın esasını incelemeksizin hüküm verebilir. Usul anlaşması sanığın sorumluluğu ya da cezası hakkında varılacak anlaşmaya dayanır. Usul anlaşması önerme yetkisi savcılığa aittir.

2. Cezaya ilişkin bir anlaşmaya varıldığında sanık suçu ikrar etmez fakat savcıyla ceza verilmesi ya da verilmemesine ilişkin bir anlaşma yapar ve/veya soruşturmayla işbirliği yapmaya razı gelir.

3. Sorumluluğa ilişkin bir anlaşmaya varıldığında sanık suçunu ikrar eder ve/veya soruşturmayla işbirliği yapar.

ceza hem de iddianame pazarlığına müsaade etmektedir. İddia pazarlığı neticesinde varılan anlaşmanın geçerli olabilmesi için bunun yazılı olması şart olup; bu anlaşma yargısal onay ve denetime tabidir. Mahkeme bu nevi bir anlaşmaya ilişkin denetimini yaparken, sanığın şiddet ve korkutma, hile veya hukuka aykırı teminatlar olmaksızın antlaşmayı kabul ettiğinden emin olmalıdır. Buna ilave olarak, sanığın usul anlaşmasının doğuracağı hukuki neticeleri tam olarak anladığını tespit etmelidir.[204]

---

4. Usul anlaşması hiyerarşik olarak üstün olan savcının onayıyla tamamlanır.

5. Savcı, sanığın tüm suçlamaları kabul etmesi koşuluyla, usul anlaşması temelinde davalı için cezada indirime gidilmesini ya da kendisi aleyhine getirilen belli sayıda suçlamanın azaltılmasını veya belli sayıda suçlamadan vazgeçilmesini talep edebilir.

6. Savcı, cezada indirime gidilmesine veya suçlamaların azaltılmasına karar vermeden önce şunları dikkate almalıdır: (a) sanığın çekmekle yükümlü olduğu cezanın ağırlığı ve fiillerin yasadışılığının ve sanığın suçunun ağırlığı; (b) devlet kaynaklarının kamu yararını en çok gözetecek şekilde kullanılması. ...

7. Bir savunma avukatının katılımı olmaksızın ve sanığın anlaşmanın içeriğine ilişkin ön rızası bulunmaksızın usul anlaşmasına varılamaz.

8. Sonrasında sanığın soruşturma için sunduğu bilgi ve delilin ... güvenilir olmadığı ve sorumlu olanları teşhis etmeye yönelik gerçek bir ihtimal taşımadığı ortaya çıkarsa usul anlaşması hükümsüz sayılır.

9. Sanığın işbirliğinin, özellikle kamu görevlisince işlenen ağır bir suçun veya suç faaliyetinin açığa çıkmasına yol açtığı ve sanığın soruşturmanın yürütülmesine doğrudan iştirak ettiği durumlarda, savcı mahkemeden sanığın cezai sorumluluğunun ortadan kaldırılmasını talep edebilir. ...

11. Savcı usul anlaşmasına varırken, sanığı anlaşmanın kendisinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı yönünde bilgilendirir. Özel koşullarda savcı veya savcı yardımcısı, gerekçeli bir kararla sanığı hukuki sorumluluktan azade kılabilir. Bu koşullarda sorumluluk devlete ait olacaktır." Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 49.

[204] Bu hususları düzenleyen Gürcistan CMK m.679-3 hükmü şu şekildedir: "1. Usul anlaşması yazılı yapılması şart olup, görüntülü duruşma yapılmasını gerektiren zorlayıcı sebeplerin varlığı dışında, bir mahkeme tarafından aleni duruşmada kabul edilmek zorundadır. Mahkemenin kararı usul anlaşmasına uygun olmalıdır. Mahkeme şiddet ve korkutma, hile ya da hukuka aykırı teminatlar olmaksızın anlaşmaya varılmış olduğundan emin olmalıdır. Mahkeme ayrıca sanığın özgür iradesiyle rıza gösterdiğinden ve nitelikli hukuki yardım alabilecek durumda olduğundan da emin olmalıdır.

2. Bir usul anlaşmasını onaylamadan önce mahkeme şu hususlardan emin olmalıdır:

(a) sanığın üzerine atılı suçun niteliğini tam olarak idrak ettiğinden;

(b) sanığın kabul ettiği suçun cezasını tam olarak idrak ettiğinden;

(c) sanığın bir usul anlaşması çerçevesinde suçu ikrar etmesine bağlı tüm yasal gerekliliklerin farkında olduğundan;

(d) sanığın, savcının usul anlaşması temelinde cezanın tenkisini veya tümden kaldırılmasını öneren dilekçesinin mahkemece kabul edilmek zorunda olmadığını tam olarak idrak ettiğinden;

(e) sanığın aşağıdaki anayasal haklara sahip olduğunu idrak ettiğinden:

Mahkeme bir usul anlaşmasını, inceleme yapmaksızın onaylayabilir veya dosyayı iddianame düzenlenmek üzer savcıya iade edebilir. Buna ilave olarak mahkeme, savcının önerdiği cezayı fazla ağır bulması halinde, sanığın cezasında indirim yapabilir.[205] 25 Mart 2005 tarihinde Gürcistan CMK m.679-6'da yapılan değişlikle birlikte, belli hallerde sanığa sınırlı da olsa usul anlaşmasına karşı, on beş gün içinde temyiz başvurusu yapma hakkı tanınmıştır.[206]

- savunma hakkı;

- suçu ikrar ettiğini belirten bir anlaşmaya girmeyi reddetme hakkı;

- davasının esasının incelenmesi hakkı.

(f) usul anlaşmasının hile, korkutma veya bu türden bir anlaşmada izin verilenin ötesine geçen bir teminatın sonucu olmadığından;

(g) sanığın, suçunun ikrarını içeren anlaşmanın dayandığı olguları reddetmediğinden.

3. Mahkeme kararını yasaya uygun olarak vermek zorundadır ve sanık ile savcı arasındaki anlaşmaya onay vermek yükümlülüğü altında değildir." Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 49.

[205] Yargısal denetime ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden Gürcistan CMK m.679-4'ün ilgili hükümleri şu şekildedir: "1. Önceki Bölümde bahsi geçen durumlarda mahkeme ya esasa ilişkin bir inceleme yapmaksızın [iddia pazarlığını kabul eden] bir hüküm verebilir ya da davayı iddianame hazırlamak üzere savcıya iade kararı verebilir.

3. Mahkeme dava dosyası temelinde suçlamanın yerinde olduğundan, talepte (brief) önerilen cezanın adil olduğundan ve sanığın özgür iradesiyle suçlamayı kabul ettiğinden emin olmalıdır.

4. Mahkeme eğer savcının davaya ilişkin olgusal ve yasal değerlendirmesini yerinde bulur ve önerilen cezanın adil olduğu kanaatine varırsa, savcının talebinin kendisine ulaşmasından sonra bir ay içinde kararını verir. ... .

5. Mahkeme kendisine sunulan delillerin suçlamayı temellendirmediği ya da usul anlaşmasının 679-1 maddesine aykırı olarak yapıldığı sonucuna varırsa dosyayı iddianame hazırlamak üzere savcıya iade edecektir.

6. Mahkeme savcının önerdiği cezanın fazla ağır olduğu kanaatine ulaşırsa cezada indirim yapma yetkisine sahiptir.

7. Sanığın, yargılamanın mahkeme kararını vermeden önceki her aşamasında, kendi suçunun ikrarına dayanan bir usul anlaşmasına girmeyi reddetme hakkı mevcuttur. Bu reddin sanığın avukatıyla mutabakat içinde kararlaştırılmış olması gerekmez. Mahkeme kararını verdikten sonra usul anlaşmasıyla bağlı olmayı reddetme olanağı mevcut değildir." Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 49.

[206] Sanığın usul anlaşmasına karşı temyize başvurabileceği haller şunlardır:

"(a) usul anlaşması hile ile yapılmışsa;

(b) sanığın savunma hakları kısıtlanmışsa;

(c) usul anlaşması şiddet, kuvvet kullanarak veya tehdit ve korkutma ile yapılmışsa;

(d) davaya bakan mahkeme [yukarıdaki maddelerde belirtilen] görevlerini ihmal ettiyse." Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 49.

2. Avrupa Konseyi Üye Ülkelerde İddia Pazarlığı Kurumuna İlişkin AİHM'in Karşılaştırmalı Tahlili

Mahkeme, *Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan* Davası kararında, ilgili ulusal hukuku özetledikten sonra, otuz Avrupa Konseyi ülkesinde iddia pazarlığı kurumuna ilişkin Mahkeme tarafından gerçekleştirilen mukayeseli bir araştırmanın bulgularını da özetlemiştir. Mahkeme, kararında uyguladığı kıstasları geliştirmek bakımından bu karşılaştırmalı hukuk tahliline istinat ettiğinden, iddia pazarlığına ilişkin karşılaştırmalı hukuk değerlendirmesi önem arz etmektedir.

Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde kararın verildiği 2014 yılı itibarıyla Türkiye, Azerbaycan ve Yunanistan'da, Gürcistan hukuk sistemindeki gibi bir iddia pazarlığı kurumu olmadığını tespit etmiştir. Avusturya, Danimarka ve Portekiz'de ise mevzuatta açıkça düzenlenmemiş de olsa benzer kurumların uygulandığını ifade etmiştir.[207]

Avusturya, Belçika, Fransa ve Lihtenştayn'da iddia pazarlığı unsurları ihtiva eden kurumların tatbiki ceza muhakemesi nihayetlendirilirken iken Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Malta, Moldova, Karadağ, Polonya, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre, Ukrayna ve Birleşik Krallık'ta mahkumiyetle sonuçlanan iddia pazarlığı usulleri mevcuttur.[208]

Mahkeme'nin araştırmasında ortaya koyduğu bir diğer önemli tespit de Avrupa Konseyi ülkelerindeki pazarlık kurumunun daha ziyade ceza pazarlığıyla (*sentence bargaining*) sınırlı olduğudur. Suç vasfı ve nitelikli hallerin tatbiki gibi unsurları da içeren savcılığın iddianamesi üzerindeki pazarlık ise sadece Macaristan, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsviçre ve Birleşik Krallık ceza muhakemesi sistemlerinde uygulanmaktadır. Mahkeme, ceza pazarlığına ilişkin uygulamanın Avrupa ülkelerinde daha yaygın olmasını, kovuşturmanın mecburiliği ilkesinin bir sonucu olarak savcılığın suçlamaların niteliğini değiştirmek veya bazı suçlamalardan vazgeçme konusunda daha az takdir yetkisi olmasına bağlamaktadır.[209]

Kişinin ceza alması sonucunu doğuran hüküm anlaşmaları (*plea agreements*) ise incelenen ülkelerin tamamında yargısal denetime tabidir. Bunun so-

---

[207] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 59.

[208] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 60.

[209] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 62; bu hususta ayrıca bkz. GILLIERON, s. 707.

nucu olarak yetkili mahkemeler, iddia pazarlığı neticesinde ortaya çıkan anlaşmalarının ilgili maddi ve usuli hukuk normlarına aykırılık teşkil edip etmediğini; sanığın söz konusu anlaşmayı gönüllü bir şekilde ve hukuki neticeleri hakkında bilgi sahibi olarak kabul edip etmediğini; pazarlık sonucunda sanığın kabul ettiği ceza içeren hükmü destekleyen delillerin bulunup bulunmadığını ve anlaşmanın muhtevasının ve şartlarının uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altındadır.[210] Mahkeme'nin yaptığı araştırma sonucuna göre, mahkeme anlaşmayı onaylamadan veya reddetmeden önce dosyayı inceleme yükümlülüğü altındadır. Bu inceleme sırasında mahkeme, müzakere neticesinde dosyadaki delillerin ithamın kabul edilmesini *(guilty plea*) veya sanığın ikrarını destekleyip desteklemediğini tetkik etmelidir.[211] İtalya'da ise mahkemenin mevzuat uyarınca delilleri inceleme veya sanığa karşı açık (*prima facie*) delillerin olduğunu tespit etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.[212] Keza İsviçre'de mahkemenin delili otomatik olarak inceleme yükümlülüğü yoktur.[213] Rus mevzuatı da mahkemelerin delilleri incelemesi hususunda açık bir düzenleme ihtiva etmemektedir.[214] Mahkeme, bu ayrık örneklere rağmen yetkili mahkemelerin delilleri incelemesi yükümlülüğünün, mahkemenin iddia pazarlığını onaylamak için tüm şartların gerçekleştiği hususundaki yükümlülüğünden çıkarılabileceği görüşündedir.[215] Almanya örneğinde olduğu gibi bazı istisnai hallerde mahkemelerin maddi gerçeği araştırma görevi, bu ülkedeki hüküm anlaşması (*Verständigung*) kurumunda da devam etmektedir. Bunun sonucu olarak mahkeme, ilgili anlaşmaya ilişkin delilleri resen araştırabilmektedir.[216]

Mahkeme ayrıca, incelenen ülkelerin çoğunda hüküm anlaşmalarının (*plea agreements*) savcılık ve şüpheli arasında yapıldıktan sonra, mahkeme onayına sunulduğunu tespit etmiştir. Bu ihtimalde, kural olarak söz konusu anlaşmayı onaylama veya reddetme yetkisi olmasına rağmen anlaşmayı değiştirme yetkisini haiz değildir. Almanya, Romanya ve bir ölçüde Birleşik Krallık'ta anlaşma savcı ve şüpheli arasında önceden gerçekleşmemekte, anlaşmanın şartları mahkeme tarafından belirlenmektedir.[217]

---

[210] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 63.

[211] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 64.

[212] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 64.

[213] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 64.

[214] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 64.

[215] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 64.

[216] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 65.

[217] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 66.

İddia pazarlığının niteliği gereği yargılamayı kısaltması ve şüpheli (veya sanık) bakımından doğurduğu hukuki neticelerin önemi nedeniyle, bu muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin incelenen ülkelerde bir takım usuli güvencelerin tesis edildiği tespit edilmiştir.[218] Örneğin Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Macaristan, Malta, Moldova, Rusya, Sırbistan ve Slovenya'da müdafi tarafından temsil edilme zorunluluğu vardır.[219]

İddia pazarlığı neticesinde ikrar birçok Avrupa Konseyi ülkesi sisteminde bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna mukabil, İtalya buna istisna teşkil etmektedir. Bu ülke mevzuatına göre, hüküm anlaşmasının geçerliliği için mutlaka sanığın suçunu ikrar etmiş olmasına gerek yoktur.[220] Bununla birlikte, Romanya hariç olmak üzere, sanığın iddia pazarlığı kapsamındaki ikrarı sadece bu usul kapsamında kullanılabilir. Bunun sonucu olarak, anlaşmanın mahkeme tarafından reddedilmesi halinde, sanığın bu kapsamdaki ikrarı (*confession*) veya ithamı kabul *(guilty plea*) aleyhine kullanılamaz.[221] Yine birçok Avrupa Konseyi ülkesinde yetkili mahkemeler, hüküm anlaşması hakkındaki kararlarını duruşma neticesinde vermektedir.[222] İtalya'da ise sanığın duruşmada bulunması şart değildir.[223]

İddia pazarlığı usulünün uygulandığı hallerde birçok Avrupa Konseyi ülkesi kanun yollarına gidilmesi bakımından sınırlamalar getirmiştir. Buna karşılık Avusturya, Fransa, Lihtenştayn, Polonya, Romanya ve Birleşik Krallık'ta ise iddia pazarlığı neticesinde anlaşmalara karşı kanun yollarına gidilmesi bakımından bir sınırlandırma getirilmemiştir.[224]

3. İddia Pazarlığı Kapsamında Adil Yargılanma Hakkından Feragatin Şartları

Mahkeme, yaptığı bu karşılaştırmalı hukuk tahliline de atıf yapmak suretiyle savcı ile şüpheli arasındaki müzakerelerin esas belirleyici olduğu, bir üye ülke iddia pazarlığı kurumuna ilişkin yaptığı değerlendirmede bu kurumun

---

218 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 67.

219 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 68.

220 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 69.

221 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 69; bu hususta ayrıca bkz. MEYER, FS Donatsch, s. 438.

222 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 71.

223 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 71.

224 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 72; ayrıca bkz. CLOONEY / WEBB: s. 710-711.

bizatihi hukuk devleti bakımından esaslı bir sorun teşkil etmediği kanaatine ulaşmıştır.[225] Mahkeme, esas itibarıyla yargılama süresini kısalttığı ve maddi gerçeğin araştırılmasını sınırladığı için, Mahkeme'nin adil yargılanma hakkından feragate ilişkin genel kıstaslarını bu kurum özelinde tatbik etmiştir.[226]

Mahkeme, iddia pazarlığı kurumunu ceza adaleti sistemleri için adeta vazgeçilmez nitelikte görmekte ve oldukça yararlı bir kurum olarak tavsif etmektedir. Gerçekten AİHM iddia pazarlığı kurumunu sadece ceza adaleti kurumlarının iş yükünün azaltılması, yargılamanın hızlanması ve yargılama süresinin kısalması aynı zamanda da kişilerin daha az ceza almasını sağladığı için cezaevindeki mahkum sayısının azaltılması bakımından faydalı bir kurum olarak değerlendirmektedir.[227] Esasen Mahkeme iddia pazarlığının, yargılamayı hızlandıran veya kısaltan diğer muhakeme usulleri gibi Avrupa ceza adaleti sisteminin ortak bir özelliği (*common feature*) olarak görmektedir:[228]

> Mahkeme ayrıca, bir sanığın dava öncesinde suçunu ikrar etmesi veya suç isnadına itiraz etmemesi (*nolo contendere)* karşılığında ya da soruşturma makamıyla esaslı bir işbirliği yapması durumunda kendisi aleyhindeki suçlamaların hafifletilmesinin ya da cezasının düşürülmesinin Avrupa ceza adaleti sistemlerinde ortak bir özellik olarak kabul edilebileceğini kaydeder.[229]

Böylece, usul ekonomisi mülahazalarıyla duruşma yapılmaksızın, mahkeme kararının sanığın ikrarına veya ilgili usulü kabul etmesini esas alınarak tesis edilmesinin başlı başına adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, sanığın yargılamayı sona erdirmeyi kabul etmesi karşılığında, kusurunun ağırlığından bağımsız olarak kendisine ceza indirimi yapılmasının da adil yargılanma hakkını mugayir olmayacağı kabul edilmektedir.[230] Buna mukabil, iddia pazarlığı kurumunun daha ziyade hafif suçlar bakımından mı yoksa ağır suçlar için de uygulama kabiliyeti bulup bulamayacağı konusunda bir sarahat olmamasına karşın, Mahkeme'nin, yolsuzlukla ve örgütlü suçlulukla etkin mücadele ba-

---

[225] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 168; SCHABAS, s. 271.

[226] GAEDE: Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 91.

[227] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 87

[228] MEYER: Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 549; STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 11.

[229] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 87.

[230] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 549.

kımından da iddia pazarlığı kurumunun faydalı olacağını ifade etmesi nedeniyle kurumun ağır suçlar bakımından da uygulama kabiliyeti bulabileceği ifade edilmiştir.[231]

Mahkeme yukarıda izah ettiğimiz, adil yargılanma hakkından vazgeçmeye ilişkin ortaya koyduğu kıstasları ve feragate ilişkin yöntemini iddia pazarlığı kurumu bakımından da tatbik etmiştir.[232] Mahkeme, iddia pazarlığı kurumunun uygulanmasının, kişinin adil yargılanmaya ilişkin birçok hakkından vazgeçmiş olması anlamına geldiğini açıkça ifade etmiştir. İddia pazarlığı kapsamında, şüpheli veya sanığın kendisinden feragat etmesi gereken hakların başında masumiyet karinesi, kişinin kendini suçlamama hakkı, savunma haklarından aleni yargılanma hakkı ve duruşmada bulunma hakkının yanı sıra kanun yollarına başvurma hakkı yer almaktadır.[233] Bu kapsamda ayrıca soruşturma makamlarının, fiili ve failin kusurunu ispat yükümlülüğü de ortadan kalkabilmektedir. Bu hususta, masumiyet karinesi de devletin adil yargılanma hakkından feragate dayanarak muhakemeyi neticelendirmesine mani teşkil etmemektedir. Burada önemli olan vakaya ilişkin temel olguların halihazırda objektif olarak tespit edilmiş olması ve hak sahibinin gönüllü bir şekilde suçluluğunun ispat edilmesinden feragat etmiş olmasıdır.[234] Bununla birlikte, sanığın ikrarı tek başına masumiyet karinesini ortadan kaldırmamakta, söz konusu ikrarın içeriğinin incelenmesi ve bu ikrarın önemli bir kamu menfaatini ihlal etmiyor olması gerekmektedir.[235]

İddia pazarlığı kapsamında adil yargılanma haklarından feragatin geçerli olabilmesi için, sanığın davaya konu olayları ve hukuki sonuçları tam olarak idrak etmiş olması ve gerçek manada gönüllü bir şekilde iddia pazarlığı usulünün kendi vakasına tatbik edilmesini kabul etmiş olması şarttır.[236] Bu bakımdan, iddia pazarlığı çerçevesinde adil yargılanma hakkından feragatte temel kıstas, iddia pazarlığı anlaşmasını kabul etme kararının gerçek anlamda gönüllü olmasıdır.[237]

---

[231] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 168; SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 288; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 550.

[232] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 562.

[233] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 88; MEYER, FS Donatsch, s. 433.

[234] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 551.

[235] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 551.

[236] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 89.

[237] MEYER, FS Donatsch, s. 433.

Bu noktada, bilhassa hak sahibinin ikrara zorlanmasına mani olacak tedbirlerin alınması gereklidir. Bu kurum çerçevesinde, adil yargılanma hakkından feragat edildiği için kişinin gerek karar alma süreçlerinin sağlıklı işlemesini gerekse de pazarlık sonucunun yargısal denetiminin sağlanarak gerekli usuli korumanın sağlanması ilgili devletin yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır.[238] Mahkeme feragat kararının, gerçek anlamda gönüllü olup olmadığı hakkındaki denetimini, iddia pazarlığı usulünden etkilenen adil yargılanma hakları ve bunlardan vazgeçme kararının geçerliliği konusunda yoğunlaştırmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'nin bu konudaki içtihatlarında feragat kararının gerçek anlamda gönüllü bir şekilde alınmış olması, esas denetim kıstası (*cornerstone principle*) ve adeta bir mihenk taşı olarak benimsenmiştir.[239] Sanığın, iradesinin hata, aldatma veya baskı tesirinde oluşmuş olması gibi hallerde kişinin iddia pazarlığı usulünün hür irade eseri olduğu kabul edilmemektedir.[240] Keza, sanığın klasik duruşmalı yargılamada ısrar etmesi halinde, kendisine işyerinin kapatılması gibi veya işlediği iddia edilen suçla bağlantısı olmayan ilave bir takım yaptırımlar uygulanacağı yolundaki tehditlere müracaat edilmesi de yasaktır.[241]

Sanığın iddia pazarlığı usulünü kabul etmesi halinde alacağı ceza ile klasik duruşmalı ceza yargılaması neticesinde alacağı ceza arasında, ilgili ulusal hukuka göre temellendirilmesi mümkün olmayan bir fark olması halinde de feragat iradesinin sakatlanmış olacağı ifade edilmektedir.[242] İki muhakeme usulü arasındaki ceza farkı hususunda ilgili ulusal mevzuat belirleyici olmakta ve bu nedenle izin verilebilir pazarlık baskısı ülkeden ülkeye değişmektedir.[243] İlgili ülkedeki, gözaltı ve tutuklama şartlarının kişinin iddia pazarlığı usulünü kabul etme kararını alması üzerindeki tesiri hakkında AİHM herhangi bir değerlendirme yapmamıştır.[244] Bir başka deyişle, iddia pazarlığı neticesinde kişinin elde edeceği ceza indirimi ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olduğu sürece, feragat kararının sırf iddia pazarlığı neticesinde alınacak ceza ile klasik duruşmalı yargılama sonrasında alınacak ceza arasındaki makas farkı nedeniyle baskı altında alındığı iddiası kabul görmeyecektir.[245]

---

238 GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 92.

239 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 550.

240 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 556-557.

241 MEYER, FS Donatsch, s. 433.

242 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 557.

243 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 557.

244 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 557.

245 MEYER, FS Donatsch, s. 434.

Bunun doğal sonucu olarak, hem pazarlık kararının muhtevasının ve hem de kararın tesis edilmesi sürecinin, adil bir tarzda tesis edilmiş olup olmadığı hususlarının yeterli yargısal denetime tabi olması zorunludur.[246] Bu noktada Mahkeme, karşılaştırmalı hukuktaki iddia pazarlığı modellerini incelemek suretiyle, bir takım koruma mekanizmaları ortaya koymuştur. Sanığın haklarını korumak amacıyla ihdas edilecek bu nevi usuli koruma mekanizmalarının feragat edilen adil yargılanma hakkının önemiyle orantılı olması ve bu nevi basitleştirilmiş yargı mekanizmalarının sanığın otonomisi üzerindeki menfi tesirlerini izale etme amacına matuf olmaları gereklidir. Bu koruma mekanizmaları arasında etkin bir şekilde müdafi tarafından temsil edilme, ilgili devlet yetkililerinin tarafsızlıklarının garanti edilmesi ve aleni bir duruşmada söz konusu iddia pazarlığının muhtevası ve anlaşma sürecinin mahkeme tarafından denetlenebilmesi yer almaktadır.[247] Her hâlükârda, iç hukukta feragatin önemiyle orantılı güvencelerin sağlanması şarttır.[248] Mahkeme, *Nastsvlishvili / Gürcistan Davası* kararında, somut vaka özelinde şu hususları kaydetmiştir:

> Mahkeme, iddia pazarlığının adil olup olmadığına ilişkin yargısal denetimin yerindeliğine ilişkin bir diğer güvence olarak, Kutaisi Şehir Mahkemesi'nin yürürlükteki ulusal hukuka göre ilk başvurucu ile savcı arasındaki anlaşmayla bağlı olmamasına önem atfeder. Şehir Mahkemesi tam aksine anlaşmanın koşullarının ve akdedildiği sürecin adilliği hakkında yapacağı değerlendirme temelinde anlaşmayı reddetme yetkisine sahiptir. Mahkeme sadece savcının isnat edilen suçlarla bağlantılı olarak önerdiği cezanın uygunluğunu değerlendirme yetkisine değil, aynı zamanda bu cezayı hafifletme yetkisine de sahiptir (679-4 §§1, 3, 4 6 maddesi). Mahkeme aynı zamanda Kutaisi Şehir Mahkemesi'nin, savcılık makamının iddia pazarlığındaki rolünün etkili yargısal denetimini gerçekleştirmek amacıyla ilk başvurucuya yöneltilen suçlamaların haklı bir temeli olup olmadığını ve *prima facie* delille desteklenip desteklenmediğini araştırdığına dikkat etmektedir (679-4 §5 maddesi). Şehir Mahkemesi'nin iddia pazarlığını CUY'un 679-3 §1 maddesinde düzenlenen koşula uygun olarak kamuya açık bir duruşmada incelemiş ve onaylamış olması da, buna ek olarak

---

[246] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 92; ayrıca bkz. GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 93; SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 288; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 560; RAINEY / McCORMICK / OVEY, s. 309.

[247] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 560. Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 92.

[248] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 88.

> Mahkeme'nin görüşüne göre, genel olarak söz konusu yargısal denetimin yetkinliğine katkı sunmuştur.[249]

Görüldüğü üzere Mahkeme, başvurucu ile savcı arasındaki anlaşmanın, mahkemeyi bağlamaması, mahkemenin en azından açık delilleri (*prima facie*) inceleme imkanına sahip olarak suçlamaların doğruluğu hakkında bir kanaate ulaşması ve iddia pazarlığını kamuya açık duruşmada onaylamasının adil yargılanmanın gereği olarak değerlendirmektedir.[250] Buna ilave olarak, iddia pazarlığı konusunda denetimi yapan ulusal mahkemenin, somut olayda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini de tam manasıyla denetleme yetkisini haiz olması gerekmektedir.[251] İddia pazarlığına ilişkin yargısal denetimi gerçekleştiren ulusal mahkemenin, yeterli denetim yapıp yapmadığının tespit edilebilmesi bakımından mahkemenin gerek sanığa gerekse müdafine, savcılığın pazarlık sürecinde kendilerine baskı uygulayıp uygulamadığı ve yanlış sözler vermek vb. suretiyle yanıltıp yanıltmadığı gibi hususları sorup sormadığı da önem arz etmektedir.[252] Hak sahibinin feragatinin yukarıda izah edilen gerekçelerden biri nedeniyle geçersiz kılınması halinde, sanığın ilgili davadaki ikrarının da geçerliliğini yitireceği ifade edilmektedir.[253]

AİHM, iddia pazarlığı konusunda yeterli yargısal denetimin yapılmadığı hallerde, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yolunda karar verebilmektedir. Mahkeme *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* davasında, bir kasten adam öldürme davasında müşterek fail olan başvurucunun, kendisi hakkında bu suçtan kurulan mahkumiyet hükmünün, büyük ölçüde diğer müşterek failin savcılıkla yapılan pazarlık neticesinde dosyadaki suçlamadan muaf tutulması karşılığında, başvurucu aleyhine verdiği ifadeye dayanmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği yönündeki talebini değerlendirmiştir.[254] Mahkeme bu değerlendirmesi neticesinde öncelikle, diğer müşterek failin iddia pazarlığı neticesinde vermiş olduğu ifadenin, dosyadaki tek delil olmasa da mah-

---

[249] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 92.

[250] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 92.

[251] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 93.

[252] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 90; ayrıca bkz. GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 93.; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 556.

[253] MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 168; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 561.

[254] Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019, para. 3, 57.

kumiyet kararı bakımından belirleyici nitelikte bir delil olduğu kanaatine ulaşmıştır.[255] Mahkeme, cezasızlık veya başka menfaatler karşılığında ifade veren tanık beyanlarının, bunların kullanılmasının yargılamanın adil olduğu konusunda şüpheler doğurduğunu ifade etmiş; bu nevi ifadelerin, manipülasyona açık, salt ilgili menfaatleri temin etmek veya intikam duygularıyla verilebileceğinin altını çizmiştir.[256] Mahkeme, somut vaka bakımından müşterek fail olarak sanık statüsünde olan M.'nin elde ettiği menfaatin, kasten adam öldürme suçundan ceza almamak olduğu göz önüne alındığında, bu nevi bir ifadenin sıkı bir yargısal denetime tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.[257] Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme M.'nin iddia pazarlığında tek yetkilinin savcılık olmasını ve bunun herhangi bir yargısal denetime tabi olmamasını, yargılamanın bir bütün olarak adilliğini temin edecek güvencelerin mevcut olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin m.6/f.1 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[258]

Nihayet, söz konusu pazarlık ve bunun için gerekli olan adil yargılanma haklarından feragatin, herhangi önemli bir kamu menfaatine (*important public interest*) aykırı düşmemesi gerekmektedir.[259] Kamu menfaati kavramı öğretide de ifade edildiği üzere açıkça bir güvenlik mekanizması olarak öngörülmüş bir şarttır. Bu sayede Mahkeme, ilgili feragat kararını geçersiz kılabilecek ve ilgili adil yargılanma hakkının uygulanmasını sağlayabilecektir. Buna mukabil, bu şartın uygulama sahası yeterince açık bir şekilde ortaya konulamamıştır.[260] Öğretide *Meyer*, feragat kararının maddi gerçeğin tam manasıyla araştırılmasında kamunun menfaati olan ağır suçlar bakımından söz konusu olabileceği görüşündedir.[261] Müellif, genel adalet ilkesi çerçevesinde ilgili suçun ağırlığına göre kamunun ve mağdurun menfaatlerinin de gözetilmesi suretiyle ilgili feragat kararının iptal edilip edilmeyeceğinin belirsiz olduğunu ifade etmektedir. Buna ilave olarak, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine riayet

---

255 Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019, para. 58.

256 Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019, para. 59.

257 Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019, para. 69.

258 Adamco / Slovakya Cumhuriyeti Davası, B.N. 45084/14, 12 Kasım 2019, para. 70-72; ayrıca bkz. CLOONEY / WEBB, s. 626.

259 Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 88; ayrıca bkz. SATZGER, Internationales Strafrecht, s. 288; MEYER, FS Donatsch, s. 435-436.

260 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 558; STUCKENBERG, Löwe-Rosenberg, §257c kn. 11.

261 MEYER, FS Donatsch, s. 436.

edilmesi ve mağdurun menfaatlerinin gözetilmesi gibi kamu menfaati olarak değerlendirilebilecek hususların dikkate alınıp alınmayacağı da ilgili ülkenin hukuk düzeni ve ceza muhakemesi modeli çerçevesinde değerlendirilecektir.[262] Müellif, AİHM'in Sözleşme'ye taraf devletlere, ceza muhakemesinde en azından soyut da olsa bu alanda çatışan menfaatleri dengelemeye çalışan düzenlemeler ihdas etmeleri halinde, iddia pazarlığı kurumu bakımından geniş bir takdir yetkisi tanıyacağı görüşündedir.[263]

Öğretide eleştirilen Mahkeme'nin bu sınırlı değerlendirmesinin doğal sonucu olarak, iddia pazarlığına mahsus şüpheli veya sanığın üzerindeki ilgili usulü kabul etme yönündeki baskı unsuru ve tutukluluk şartları gibi unsurlar değerlendirme dışı kalmaktadır. Bunun sonucu olarak da öğretide *Meyer*'e göre Mahkeme, iddia pazarlığı gibi basitleştirilmiş ve kısaltmış yargılama usulleri için geçerli olacak maddi nitelikte, işin esasına giren asgari şartları ortaya koymamıştır.[264] Bir başka deyişle, iddia pazarlığı esasına dayanan bir muhakeme usulünün tatbik edildiği bir davada AİHS m.6/f.1 hükmüne uygunluk bakımından şu şartların sağlanmış olması yeterli olacaktır: Birincisi, sanığın vakaya ve ilgili muhakeme usulünü kabul etmesinin doğuracağı hukuki neticeleri tam olarak biliyor olması ve bu bilgi çerçevesinde gerçek anlamda gönüllü bir iradesiyle ilgili usulü kabul etmesi; ikincisi de savcılık ve sanık arasındaki anlaşmanın muhtevası ve müzakere sürecinin adil bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yetkili mahkemeye yeterli denetim imkanının sağlanmış olmasıdır.[265]

Mahkeme, başvurucunun kanun yollarına başvurma hakkıyla ilgili talebini de değerlendirmiştir. Mahkeme, başvurucunun iddia pazarlığını kabul etmek ve olağan bir davanın görülmesi hakkından vazgeçmek suretiyle, olağan temyiz incelemesi hakkından feragat ettiği kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme, yukarıda izah edilen kıstasları tatbik etmek suretiyle, başvurunun geneli hakkındaki değerlendirmesini şu şekilde yapmıştır:

> [...] Mahkeme, ilk başvurucunun davanın esasının olağan biçimde incelenmesi ve olağan temyiz incelemesi hakkından feragat etmesine sebep olan iddia pazarlığını kabul etmesinin şüphesiz bilinçli ve gönüllü bir ka-

---

262 MEYER, FS Donatsch, s. 436.

263 MEYER, FS Donatsch, s. 436.

264 MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 559.

265 MEYER-LADEWIG / HARRENDORF / KÖNIG, EMRK Art. 6 kn. 168; SATZGER, EMRK Art. 6 kn. 72.

> rar olduğu sonucuna varır. Davanın koşulları değerlendirildiğinde bu kararın savcılık tarafından yapılan herhangi bir baskı veya verilen sahte bir sözün sonucu olduğu söylenemez; aksine bu karara muhtemel usul istismarına karşı yeterli teminatlar eşlik etmiştir. Mahkeme, önündeki dava dosyası içeriğinden feragatin herhangi yüksek bir kamu menfaatine aykırı olduğu sonucuna da ulaşamamıştır.[266]

Bu değerlendirmeler neticesinde Mahkeme, *Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan* Davası'da başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği neticesine ulaşmıştır.[267] Başvurucunun, suçlamaların ve yargılanma hakkından feragatin doğuracağı hukuki neticelerin bilincinde olarak ve gerçek manada gönüllü olarak iddia pazarlığı usulünü kabul etmiş olması, müzakereler boyunca avukatının bulunmasını, savcılığın müzakere sürecinde herhangi bir baskı veya hileye müracaat etmemiş olmasının yanı sıra müzakerenin şartları ve anlaşmanın yargısal denetime tabi olması unsurları Mahkeme'nin bu sonuca ulaşmasında belirleyici kıstaslar olmuştur.[268]

Bu noktada vurgulanması gereken husus, Mahkeme'nin sanığın ikrarının gerçeğe dayanıp dayanmadığı ve gerçek manada gönüllü olup olmadığı hususlarında çok sınırlı bir değerlendirme yapmış olmasıdır. Bu yaklaşımın arkasında, Mahkeme'nin değerlendirmesini adil yargılanma hakkından feragatin geçerlilik şartlarıyla sınırlı tutarak, ilgili ulusal mahkeme kararında somut olay adaletinin gerçekleşip gerçekleşmediği veya ulusal iddia pazarlığı sistemlerinin bizatihi kendileri hakkında denetim yapmama düşüncesi yatmaktadır.[269] Mahkeme'nin bu yaklaşımı öğretide tenkide uğramıştır. *Meyer*, Mahkeme'nin iddia pazarlığına ilişkin değerlendirmesini adil yargılanma haklarından feragatin gönüllü bir karar neticesinde alınmış olmasıyla sınırlı tutmasını tenkit etmiştir. Müellife göre, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi veya iddia pazarlığının hukuki meşruiyetine ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın, temel hakların etkin bir şekilde korunması meselesini tefrik etmek pek mümkün değildir. Bu nedenle müellif, Mahkeme'nin iddia pazarlığı gibi yargılamayı basitleştiren ve kısaltan kurumlara ilişkin denetimini, salt adil yargılanmadan feragatin şartları bağlamında değerlendirilmesinin

---

[266] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 94.

[267] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 95.

[268] Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan Davası, B.N. 9043/05, 29.04.2014, para. 94; ayrıca bkz. CLOONEY / WEBB, s. 626.

[269] GAEDE, Münchener Kommentar, Art. 6 kn. 93; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 550.

kafi olmadığı görüşündedir.[270] Müellif, Mahkeme'nin iddia pazarlığına ilişkin değerlendirmesinde, adil yargılanmaya ilişkin garantilerin hayata geçirilmesi bakımından hayati önem arz eden ilgili ülkenin ceza muhakemesi yapısı ve ülkenin hukuk kültürüne ilişkin hususların dikkate alınmamasını da önemli bir eksiklik olarak görmektedir.[271] Benzer şekilde öğretide *Bachmaier, Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan* davasının şartlarını değerlendirdikten sonra, başvurucunun iddia pazarlığı sonucu ortaya çıkan anlaşmayı gerçekten gönüllü olarak kabul ettiği konusundaki kuşkularını dile getirmiştir. Müellif, gerçekten dosya münderecatından savcılığın başvurucuyu hile veya fiziki baskı uygulamak suretiyle anlaşmaya razı ettiklerine dair bir bulgu olmadığını, hatta görünüşe bakılırsa sanığın kendisinin iddia pazarlığı usulünün uygulanmasını talep ettiğini ifade etmektedir.[272] Buna mukabil müellif, Mahkeme'nin başvurucunun tutukluluk koşulları ve Gürcistan ceza adaletinin işleyişine ilişkin unsurları, iddia anlaşmasının gönüllüğüne ilişkin değerlendirmesine dahil etmemiş olmasının önemli bir eksiklik olduğu kanaatindedir. Buna göre, tutukluluk bir iddia anlaşmasını başlı başına geçersiz kılmak için yeterli bir gerekçe teşkil etmese de başvurucunun, kendisini daha evvel kaçırıp, fidye karşılığı serbest bırakan bir kişiyle aynı hücrede tutulmasını bir rastlantı sonucu olarak görülemez. Keza, Gürcistan'da iddia pazarlığına ilişkin genel uygulama ve bu kuruma ilişkin eleştirilerin de Mahkeme kararında dikkate alınmaması bir eksikliktir.[273] Öğretide *Turner/Weigend* de Mahkeme'nin, iddia pazarlığı kapsamında adil yargılanma haklarından feragate ilişkin ortaya koyduğu asgari kuralların, sanığın kurumun kendi vakasına tatbik edilmesine gösterdiği rızanın gerçek manada gönüllü veya zorlanmış bir iradenin eseri olup olmadığını tespit için kâfi olmadığını ileri sürmüştür. Zira, müelliflere göre, Mahkeme, birçok sanığın, savcılığın sahip olduğu mali ve hukuki imkanlara sahip olmadığı ve nihayet ilgili mahkemenin cezalandırma yetkisine tabi olduğu gerçeğini büyük ölçüde görmezden gelmiştir.[274] Buna mukabil, Mahkeme'nin, Avrupa Konseyi ülkeleri ceza adaleti sistemlerinde yargılamayı hızlandıran, iş yükünü azaltan ve birçok mahkumun cezasında indirim sağlayan iddia pazarlığı nevin-

---

[270] MEYER, FS Donatsch, s. 441; MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 550, 562.

[271] MEYER, Systematischer Kommentar, Art. 6 kn. 562.

[272] BACHMEIER Lorena, "The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion", **European Jorunal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,** Vol. 26, 2018, s. 245.

[273] BACHMEIER, s. 245 vd.; ayrıca bkz. RUSSELL / HOLLANDER, s. 320-321.

[274] WEIGEND / TURNER, s. 408.

den kurumların etkin bir şekilde uygulanmaya devam etmesi menfaatini göz önünde bulundurması nedeniyle, bu gibi kurumlara ilişkin davalarda daha müsamahakar bir yaklaşım (*a permissive approach*) benimsediği de ileri sürülmüştür.[275] Bu görüşe göre Mahkeme'nin, pratik kaygılarla verdiği bu kararda ortaya koymuş olduğu kıstaslar en azından adil yargılanma haklarından gönüllü olarak vazgeçmedikleri açıkça belli olan sanıklar bakımından, asgari bir güvence temin etmektedir. Mahkeme böylelikle, öğretide bilhassa iddia pazarlığı kurumunun ister ceza ister iddianame şeklinde olsun tüm görünüm biçimlerinin, Sözleşme'de garanti altına alınmış haklardan masumiyet karinesi, kendini suçlamama hakkı, insan haklarından eşit yararlanma hakkı ile adil ve kamuya açık duruşmada yargılanma hakların, hem lafzını hem de ruhunu ihlal ettiği yolundaki görüşün aksine[276], bu nevi kurumları esas itibarıyla faydalı görmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin yukarıda izah edilen *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* kararında da gösterdiği gibi, iddia pazarlığı kurumunun müşterek faillerden birini, diğeri aleyhine ifade verme karşılığında kasten adam öldürme suçlamasından kurtarma menfaatinin sağlandığı ve bu pazarlık kararının yargısal denetime tabi olmadığı; bir başka deyişle adil yargılanma hakkının, iddia pazarlığı uygulaması nedeniyle açık ve ağır bir şekilde ihlal edildiği vakalarda kurumunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği kabul edilebilecektir. Gerçekten, *Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan* davasında Mahkeme'nin kararına yönelik eleştirilerde haklılık payı olsa da mezkur karar, iddia pazarlığı kurumlarının uygulanmasında bir takım asgari kıstasları tespit ve tayin etmiştir. Bunun sonucu olarak, iddia pazarlığı veya benzeri klasik delillerin ikamesi ve tartışılması esasına dayanan duruşmalı yargılanma hakkından feragat sonucunu doğuran kurumların uygulanması halinde, sanığa en azından müdafi yardımından yararlanma; kendisine yönelik suçlamaları, adil yargılanma hakkından feragat kararı ve hukuki sonuçlarını anlayarak karar vermesini temin edilmesi; pazarlık şartlarının tutanak altına alınması; savcılıkla şüpheli arasındaki anlaşmanın bağımsız yargısal denetimi; ve nihayet mahkumiyet sanığın ikrarı veya ilgili usulü kabul beyanı dışında mahkumiyet hükmünü destekleyici delillerin dosyada mevcut olması gerekmektedir.[277]

---

[275] HELM Rebecca K., "Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial", **Journal of Law and Society**, Vol. 46 (3), 2019, s. 423 vd., s. 434.

[276] ASHWORTH / REDMAYNE, s. 316-317; ayrıca bkz. ZEDNER / STUCKENBERG, Due Process, s. 311.

[277] RUSSELL / HOLLANDER, s. 321; iddia pazarlığı kurumu bakımından müdafinin, adil yargılanma hakkı bakımından önemi hakkında bkz. SCHÜNEMANN, s. 193-194.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Çalışma boyunca görüldüğü üzere iddia pazarlığı nevinden kurumların yaygınlığı ve ceza adaleti sistemleri içindeki ağırlığı gittikçe artmaktadır. Gerçekten, ABD dışındaki Gürcistan ve Çin örnekleri bu olgunun çarpıcı birer örneğidir. Buna mukabil, iddia pazarlığı kurumunun maddi gerçek araştırılmadan, kimi hallerde şüpheli veya sanık üzerinde ister masum ister suçlu olsun ikrar baskısı yaratma ihtimali yabana atılmamalıdır. Esasen, ceza normunun kusur ve orantılık ilkesi gözetilerek hazırlandığı bir hukuk düzeninde adalet ancak, ceza normunu ihlal ettiği sabit olan kişiye uygulanmasını zorunlu kılar. Pazarlık mantığının, ceza adaletine değil serbest piyasaya ait bir kavram olduğu da kuruma getirilen eleştirilerin başında gelmektedir. ABD örneğinde olduğu gibi artık bir serbest piyasa iddia pazarlığı hukukundan (*the Free Market Law of Plea Bargaining*) söz edilmektedir.[278] Kamu hukuku karakteri en baskın alan olan, devletin cezalandırma yetkisinin kullanıldığı ceza hukuku alanında, eşit taraflar arasındaki müzakere ve pazarlığa dayanan bir sözleşme niteliğindeki iddia pazarlığının, en azından kamusallık anlayışı, Kıta Avrupası hukuku içinde şekillenmiş hukukçular tarafından anlaşılması pek kolay değildir. Buna mukabil, tıpkı serbest piyasa ekonomisinin yayılımı gibi iddia pazarlığı kurumu da çeşitli tezahür biçimleriyle Dünya çapında yayılmaktadır. Bu kurum, bilhassa maddi gerçeğin araştırılması neticesinde, maddi gerçeğin kendisine olmasa bile bu konuda dürüst bir çabanın gösterilmek suretiyle kamuyu tatmin eden bir karara varılması anlayışına uymamaktadır.

Bununla birlikte, ceza muhakemesine ilişkin bu ilkeleri muhafaza etme kararlığını taşıyanlar bile günümüz ceza adaletinin gerçekleri olan kimi zaman aşırı hale gelen iş yükü ve kıt kaynaklar karşısında, her suçun soruşturulması anlayışını ifade eden kovuşturmanın mecburiliği ilkesinden taviz vermeye gönülsüz de olsa yanaşmaktadır. Bu gerçek karşısında, iddia pazarlığı kurumunun, örneğin Fransız modelinde olduğu gibi orta ağırlıkta suçluluğu karşılayan cünhalara uygulanmak suretiyle kapsamının sınırlı tutulmasının uygun olacağı söylenebilir. Gerçekten, iddia pazarlığı kurumunun kapsamı genişledikçe, pazarlığın kabul edilmesi ile klasik yargılama neticesinde alınacak ceza arasındaki makas farkı (*sentence differential*, *Sanktionsschere*) açılabilmekte; bu da şüpheli üzerinde somut olayda kendisine seçim hakkı

---

[278] BROWN Darryl K., **Free Market Criminal Justice, How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 91 vd.

"serbest ve gönüllü" olarak kullandırılmış olsa da kurumun kendisinde mündemiç baskının izale edilmesini zorlaştırmaktadır. Keza, tutuklu şüpheli veya sanıkların, bir an önce hürriyetlerine kavuşmak için suçlarını ikrar ettikleri de vakidir. Buna mukabil, bu kurumu temelden reddeden, ceza adaleti sisteminin hız ve etkinlik ihtiyaçlarına başka kısaltmış yargılama usulleri ile karşılanmasını teklif eden yeni model önerileri de mevcuttur.[279] Mevcut mevzuat ve uygulamalar karşısında, iddia pazarlığı kurumunun kısa vadede yürürlükten kaldırılmasının pek mümkün olmadığı da kabul edilmektedir. Esasen, mevcut haliyle gittikçe girift bir hale gelen Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası klasik duruşmalı yargılamalarının çok maliyetli, zahmetli ve uzun olması nedeniyle, iddia pazarlığı nevinden kurumların kötünün iyisi (*necessary evil*) olarak görüldüğü bile söylenebilir.[280] Bu değerlendirmeler ve iddia pazarlığı kurumunun kendisine yönelik bu haklı ihtirazi kayıtları akılda tutmak kaydıyla, AİHM'in çalışma boyunca ele alınan içtihatları vasıtasıyla en azından Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki iddia pazarlığı uygulamalarını etkileyebilecek bir takım asgari garantilere ilişkin ölçütleri ortaya koymuş olması önemlidir. Buna göre iddia pazarlığı kapsamında masumiyet karinesi ve çelişmeli yargılama gibi adil yargılanmaya ilişkin haklardan feragat etmek kural olarak mümkündür. Mahkeme bu şekilde, Avrupa ceza adaleti sistemlerinde usul ekonomisi ve yargılanmanın etkinliği ve adil yargılanmanın bir diğer unsuru olan makul sürede yargılanma hakkını gözeterek, üye devletlere mümkün olduğunca geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Mahkeme'nin bu konudaki değerlendirmesi, ilgili üye ülkenin ceza adaleti sistemi veya iddia pazarlığı kurumunun yerindeliği ve adil işleyişini ihtiva etmemektedir. Bu yaklaşım eleştirilse de Mahkeme'nin kuruluş amaçları ve yetkisinin sınırlarıyla uyumlu bir yaklaşımdır.

Mahkeme içtihadına göre bir iddia pazarlığı uygulamasının, AİHS m.6 ihlali teşkil etmemesi için adil yargılanma hakkından feragate ilişkin şartları taşıyor olması şarttır. İddia pazarlığı kapsamında, şüpheli veya sanığın ken-

---

[279] Bu konuda Alman, Avusturya ve İsviçreli ceza hukukçularının hazırladığı, hukuk devletinde kısaltmış muhakeme başlıklı yasa taslağı çalışması için bkz. BOMMER Felix / DEITERS Mark / ESER Albin / FRISTER Helmut / GLESS Sabine / JAHN Matthias / JUNG Heike / MEIER Bernd-Dieter / RENGIER Rudolf / ROXIN Claus / SCHMOLLER Kurt / SCHÖCH Heinz / STUCKENBERG Carl-Friedrich / VERREL Torsten / WEIGEND Thomas, Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), **Goldtdammer's Archiv für Strafrecht**, Vol. 166, 2019, ss. 1-128.

[280] TURNER/WEIGEND, s. 416 vd.

disinden feragat etmesi gereken hakların başında masumiyet karinesi, kişinin kendini suçlamama hakkı, savunma haklarından aleni yargılanma hakkı ve duruşmada bulunma hakkının yanı sıra kanun yollarına başvurma hakkı yer almaktadır. Bu kapsamda ayrıca soruşturma makamlarının, fiili ve failin kusurunu ispat yükümlülüğü de ortadan kalkabilmektedir. Bu hususta, masumiyet karinesi de devletin adil yargılanma hakkından feragate istinat ederek muhakemeyi neticelendirmesine mani teşkil etmemektedir. Burada önemli olan vakaya ilişkin temel olguların halihazırda objektif olarak tespit edilmiş olması ve hak sahibinin kendi hür iradesiyle suçluluğunun ispat edilmesinden feragat etmiş olmasıdır. İddia pazarlığı kapsamında adil yargılanma hakkından feragatin geçerli olabilmesi için iddia pazarlığı neticesinde savcılık ve şüpheli arasındaki anlaşma, şüpheli tarafından vazgeçme kararının hukuki neticelerinin tam manasıyla bilincinde olarak ve gerçek anlamda gönüllü bir şekilde kabul edilmiş olması şarttır. Bu kapsamda, iddia pazarlığına ilişkin soruşturma aşamasındaki müzakerelerde gerekli aydınlatmanın yapılması ve şüphelini müdafi yardımından yararlandırılması şarttır. Ayrıca bu şartların yerine getirildiği hususu tutanak altına alınmalıdır. Bu nedenle hem pazarlık kararının muhtevasının ve hem de kararın tesis edilmesi sürecinin, adil bir tarzda yerine getirilmiş olup olmadığı hususlarının yeterli yargısal denetime tabi olması zorunludur. Yargısal denetim şüphelinin, iddia pazarlığı çerçevesindeki teklifi herhangi bir cebir, tehdit veya hile tesirinde olmadan gerçek manada gönüllü bir şekilde kabul edip etmediğinin tespiti bakımından büyük önem arz etmektedir. Mahkeme incelemesi sırasında kişinin müdafi tarafından etkin bir şekilde temsil edilip edilmediğini, ilgili devlet yetkililerinin tarafsız bir şekilde davranıp davranmadıklarını tespit için aleni bir duruşmada söz konusu iddia pazarlığının muhtevası ve anlaşma sürecini denetleme yetkisini haiz olmalıdır. Her halükârda, ilgili iç hukukta feragat edilen hakların önemiyle orantılı güvencelerin sağlanması şarttır. Buna ilave olarak yargısal denetim sırasında, iddia pazarlığının doğası gereği maddi gerçeğin araştırılması faaliyeti sınırlandırılmış olsa da mevcut dosyada iddia pazarlığına konu olan suçlamaya ilişkin, sanığın ikrarına veya ilgili usulü kabul etmesine ilişkin ilave bir takım delillerin bulunması gerekmektedir. AİHM *Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan* davasında, ilgili ulusal mahkemenin, anlaşmanın koşullarının ve akdedildiği sürecin adilliği hakkında yapacağı değerlendirmeyi esas alarak anlaşmayı reddetme yetkisinin bulunmasının yanı sıra savcının isnat edilen suçlarla bağlantılı olarak önerdiği cezanın uygunluğunu sadece değerlendirme yetkisine değil, aynı zamanda bu cezayı hafifletme yetkisini haiz olmasının altını çizmiştir. Bu

kurum bakımından yargısal denetime ilişkin değerlendirme yapılırken, kurumun yargılama süresi ve maddi gerçeğin araştırılmasından bir ölçüde feragat edilmesi amacıyla ihdas edildiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bir başka deyişle, bu kurum çerçevesindeki yargısal güvenceler bakımından, klasik duruşmalı yargılama modeli için belirlenmiş hukukilik kıstaslarının tam manasıyla uygulanması, iddia pazarlığı kurumunu anlamsız kılacaktır. Esasen, pazarlık usulü büyük ölçüde soruşturma aşamasında gerçekleştiğinden, şüpheli ve müdafinin gizlilik ilkesine dayanan soruşturma aşamasına, bu kurum kapsamında etkin katılımlarının sağlanması büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızda izah ettiğimiz Fransız Anayasa Konseyi kararında da bu denge gözetilmeye çalışmıştır. Anayasa Konseyi, hakimin savcının önerdiği cezayı reddetme yetkisini haiz olmasının, yeterli bir yargısal denetimi sağladığı neticesine ulaşmıştır. Konsey'e göre, savcının cezaya karar verme yetkisi olmayıp, savcı sadece cezayı teklif etme yetkisiyle donatılmıştır. Bunun sonucu olarak, inceleme konusu usulün Anayasa'ya uygun bir şekilde işletilmesi bakımından hakim dosyayı incelemeli, sanığı ve mağduru dinlemeli, böylece failin kişiliği, mağdurun ifadeleri ve suçun işlendiği şartları dikkate alarak, savcının ceza teklifini reddetmeli veya kabul etmelidir (*refuser l'homologation*). Bu şekilde hakim, yalnızca savcının ceza teklifine istinat ederek karar verme durumunda kalmadığından, soruşturma ve kovuşturma makamlarının tefriki ilkesi ihlal edilmemiştir. Bir başka deyişle Anayasa Konseyi iddia pazarlığı, hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesini de ihtiva ettiğinden hakimin, adeta bir noter gibi yalnızca savcının önerdiği cezayı onaylamakla yetinmemesi gerektiği hususunun altını çizmiştir. Bu çerçevede hakim, iddianameyi ve önerilen cezayı, bilgi ve bulgularla desteklenip desteklenmediği, sanığın kişiliği, mağdurun durumu veya kamu menfaatini göz önüne alarak değerlendirmek suretiyle kabul veya duruma göre reddetmelidir. Esasen, Fransız CMK m.495-9/f.2 hükmünde de hakimin vakaya ilişkin maddi olguları ve bunlara ilişkin hukuki değerlendirmeleri inceleme görevi yüklenmiş olması da Fransız Anayasa Konseyi'nin bu yorum tarzını desteklemektedir. Bu çerçevede, Fransız modelinden çıkan sonuç, hâkimin mutlaka önerilen ceza yerine kendi kararını ikame etmesinin gerekli olmadığı, önemli olanın iddia pazarlığı neticesinde oluşan anlaşmanın müzakere şartları ve muhtevasını denetleme hususunda mahkemelere gerekli yetkinin tanınmış olmasıdır.

AİHM, ulusal mahkemenin ayrıca savcılık makamının iddia pazarlığındaki rolünün etkili bir yargısal denetimi gerçekleştirmek amacıyla, başvurucuya yöneltilen suçlamaların haklı bir temeli olup olmadığı ve *prima facie*

delille desteklenmediğini araştırmasına dikkat çekmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme'nin ilgili anlaşmayı kamuya açık bir duruşmada incelemiş ve onaylamış olmasının yargısal denetimin etkinliğine katkı sağladığını ifade etmiştir. Buna ilave olarak, iddia pazarlığı konusunda denetimi yapan ulusal mahkemenin, somut olayda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini de tam manasıyla denetleme yetkisini haiz olması gerekmektedir.

AİHM, *Adamco / Slovakya Cumhuriyeti* davasında da iddia pazarlığı çerçevesinde, aynı suçtan sanık olanların birbiri aleyhine ifade verme karşılığında ceza indirimi almaları veya hiç ceza almamaları şeklinde gerçekleşen iddia pazarlıklarını değerlendirmiştir. Mahkeme bu davada, cezasızlık veya başka menfaatler karşılığında ifade veren tanıkların beyanlarının, kullanılmasının yargılamanın adil olduğu konusunda şüpheler doğurduğunu ifade etmiş; bu nevi ifadelerin, manipülasyona açık, salt ilgili menfaatleri temin etmek veya intikam duygularıyla verilebileceğinin altını çizmiştir. Mahkeme, bu pazarlık türünün bizatihi adil yargılanma ihlali teşkil etmese de bu nevi bir pazarlığının söz konusu olduğu somut davada, tek yetkilinin savcılık olmasını ve bunun herhangi bir yargısal denetime tabi olmamasını, yargılamanın bir bütün olarak adilliğini temin edecek güvencelerin mevcut olmadığı gerekçeleriyle Sözleşme'nin m.6/f.1 hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin bu kararında da iddia pazarlığı kurumu uygulamalarının, etkin bir yargısal denetime tabi olması zorunluluğu açıkça ortaya konulmuştur. Mahkeme'nin iddia pazarlığının geçerliği konusundaki son şartı da pazarlık sonucundaki anlaşmanın önemli bir kamu menfaatini ihlal etmemiş olmasıdır. Bu kıstasın muhtevası Mahkeme tarafından tam olarak açıklığa kavuşturulmuş olmasa da bu şartın, ceza adaleti alanındaki tüm kararların tarafların iradesine tabi olmasını sınırlayan, somut olay adaletini sağlama amacına matuf bir yedek hüküm niteliğinde, genel adalet ve hukukilik denetimi yapılmasına imkan verdiği değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

ALBRECHT Anna H., **Wechselwirkungen zwischen Art.6 EMRK und nationalem Strafverfahrensrecht,** Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

ALSCHULER Albert W., "Guilty Plea: Plea Bargaining", **Encyclopedia of Crime & Justice,** in: Joshua Dressler (ed.), Second Edition, Volume 2, Macmillan Reference, New York, 2002, ss. 754-762.

AMBOS Kai / HEINZE Alexander, "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal Procedure", **Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes**, in: Morten Bergsmo (Ed.), Torkel Opsahl Academic Epublisher, Brussels, 2017, ss. 27-101.

AMBOS Kai, "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Vol. 115 (3), 2003, ss. 583-637.

AMBOS Kai, **Internationales Strafrecht**, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.

ASHWORTH Andrew / REDMAYNE Mike, **The Criminal Process, Fourth Edition,** Oxford University Press, Oxford, 2010.

BACHMEIER Lorena, "The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion", **European Jorunal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol. 26, 2018, ss. 236-259.

BEULKE Werner / SWOBODA Sabine, **Strafprozessrecht**, 15. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

BOMMER Felix / DEITERS Mark / ESER Albin / FRISTER Helmut / GLESS Sabine / JAHN Matthias / JUNG Heike / MEIER Bernd-Dieter / RENGIER Rudolf / ROXIN Claus / SCHMOLLER Kurt / SCHÖCH Heinz / STUCKENBERG Carl-Friedrich / VERREL Torsten / WEIGEND Thomas, Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), **Goldtdammer's Archiv für Strafrecht,** Vol. 166, 2019, ss. 1-128.

BROWN Darryl K., **Free Market Criminal Justice, How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law**, Oxford University Press, Oxford, 2016.

CLOONEY Amal / WEBB Philippa, **The Right to a Fair Trial in International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2020.

DAMASKA Mirjan, "Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen", **Strafverteidiger**, Vol. 8, 1988, ss. 398-402.

DAMASKA Mirjan, "The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals", **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 36, 2011, ss. 365-388.

Fair Trials, The Disspearing Trial, London 2017 https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf (Erişim tarihi: 12 Eylül 2021).

GAEDE Karsten, **Münchener Kommentar zur StPO**, Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider (Hrsg.), Band 3/2, C. H. Beck, München, 2018, Art.6.

GILLIERON Gwladys, "Comparing Plea Bargaining and Abbreviated Trial Procedures", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford 2019, ss. 703-727.

GONZALEZ NAVARRO Alicia, "Absprachen im spanischen Strafverfahren - mit besonderer Berücksichtigung des beschleunigten Verfahrens", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,** Vol. 123 (1), 2011, ss. 161-178.

GRABENWARTER Christoph / PABEL Katharina, **Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch,** 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.

GRABENWARTER Christoph, **European Convention on Human Rights**, A Commentary, C. H. Beck, München, 2014.

HAMDAN Stephanie, **Absprachen im französischen Strafverfahren? Das Verfahren der Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

HELM Rebecca K., "Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial", **Journal of Law and Society**, Vol. 46 (3), 2019, ss. 423-447.

HODGSON Jacqueline S., **The Metamorphosis of Criminal Justice,** A Comparative Account, Oxford University Press, Oxford, 2020.

HODGSON Jacqueline, "Plea Bargaining: A Comparative Analysis", **International Encylopedia of the Social & Behaviorial Sciences,** in: James D. Wright (ed.), 2nd edition. Elsevier, Oxford 2015, ss. 226-231.

JAHN Matthias / CHARLOTTE SCHMITT-LEONARDY, "Rechtsphilosophische und straftheoretische Begründungselemente der Verständigung im deutschen Strafverfahren", **Jahrbuch für Recht und Ethik, Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka,** in: Jan C. Joerden ve Jan C. Schuhr (Hrsg.), Band 27, Duncker & Humblodt, Berlin, 2019, ss. 571-587.

JUNG Heike / NITSCHMANN Kathrin, "Das Bekenntnis zum Schuldbekenntnis - zur Einführung des plaider coupable im französischen Strafprozess", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Vol. 116 (3), 2004, ss. 785-796.

JUNG Heike, "Der Grundsatz des fair trial in rechtsvergleichender Sicht", **Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag**, München, in: Hanns Prütting ve Helmut Rüsmann (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München, 1997, ss. 323-352.

LANGBEIN John H., "Land without plea bargaining: How the Germans Do It", **Michigan Law Review**, Vol. 78, 1979, ss. 204-225.

LANGER Maximo, "Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions", **Annual Review of Criminology**, 2021, ss. 377-411.

LIPPKE Richard L., "Regulating and Limiting Plea Concessions: Towards Fairness in Charge Adjudication", **Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings, Individual Rights and Institutional Forms,** in: John D. Jackson and Sarah J. Summers (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2018, s. 221-237.

MAIWALD Manfred, **Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009.

MEYER Frank, "Plea Bargaining und EMRK", **Festschrift für Andreas Donatsch,** in: Daniel Jositsch, Christian Schwarzenegger ve Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Schulthess Verlag, Zürich 2017, ss. 427-442.

MEYER Frank, **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung**, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), Band X, EMRK, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019.

MEYER-LADEWIG Jens / HARRENDORF Stefan / KÖNIG Stefan, **EMRK Eurpäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar,** in: Jens Meyer-Ladewig, Martin Nettesheim ve Stefan von Raumer (hrsg.), 4. Auflage, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2017.

ORLANDI Renzo, "Absprachen im italienischen Strafverfahren", **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Vol. 116 (1), 2004, ss. 120-128.

PFEFFERKORN Fabian, **Einführung in das französische Strafverfahren,** LIT Verlag, Hamburg, 2006.

PIZZI William T., **Trials Without Truth, Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It**, New York University Press, New York, 1999.

PRADEL Jean, "Le Plaider Coupable, Confrontation des Droits Américan, Italien et Français", **Revue Internationale de Droit Comparé**, Vol. 57 (2), ss. 473-491.

RAINEY Bernadette / McCORMICK Pamela / OVEY Clare, **The European Convention on Huiman Rights**, Eighth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2021.

RAKOFF Jed S., "Why Innocent People Plead Guilty", **New York Review of Books**, 20 November 2014, https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/ (Erişim tarihi: 12.09.2021).

ROSENAU Henning, "Plea Bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet", **Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag,** in: Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel ve Rainer Zaczyk (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin 2011, ss. 1597-1628.

RUSSELL Jago / HOLLANDER Nancy, "The Disappearing Trial: The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to trial and plead guilty", **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 8 (3), 2017, ss. 309-322.

SATZGER Helmut, **Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar,** in: Helmut Satzger ve Wilhelm Schluckbier (Hrsg.), 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018.

SATZGER Helmut, **Internationales und Europäisches Strafrecht**, 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2018.

SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights,** A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015.

SCHMAHL Stefanie, "Procedural Rights and Article 6 ECHR", **70 Years of Human Rights and the Rule of Law in Europe,** in: Stefan Kadelbach ve Rainer Hofmann (eds.), Nomos Verlag, Baden-Baden 2021, ss. 49-77.

SCHÜNEMANN Bernd, "Faires Verfahren und Urteilabsprachen im Strafverfahren", **Goltdammer's Archiv für Strafrecht,** Band 165, 2018, ss. 181-194.

SHI Jiahui, "Reconsideration of the Role of Prosecutors in the Chinese Plea Bargaining System: A Comparative Perspective", **Chinese Studies**, 2021 (10), ss. 88-99.

SINN Arndt, "Die Verständigung im deutschen Strafverfahren", **Die Strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell,** Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, in: Friedrich-Christian Schroeder ve Manuchehr Kudratov (Hrsg.), PL Academic Research, Frankfurt am Main, 2014, ss. 145-159.

STUCKENBERG Carl-Friedrich: in: Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalmann-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor (Hrsg.) **Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz,** 27. Auflage, De Gruyter Verlag, Berlin 2021, §257c.

TULKENS, Françoise: "Negotiated Justice", in: Mireille Delmas-Marty ve J. R. Spencer (eds.), European Criminal Procedures, Cambridge University Press, Cambridge 2002, ss. 641-687.

TURNER Jenia I. / WEIGEND Thomas, "Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States", **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Anglo-German Dialogues,** in: Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend, Alexander Heinze (eds.), Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss. 389-427.

VILLIGER Mark E., **Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)**, 3. Auflage, Schultess Verlag, Zürich, 2020.

VOGEL Mary, "Plea Bargaining under the Common Law", **The Oxford Handbook of Criminal Process,** in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, ss. 729-760.

WALTER Tonio, **Strafprozessrecht,** Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

WEICHBRODT, Korinna: **Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung**, Duncker & Humblodt, Berlin, 2006.

WEIGEND Thomas, "Modelle des Strafverfahrens: Deutschland und USA", **Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats, Beiträge der Würzburger Tagung zum deutsch-chinesischen Strafrechtsvergleich vom 16. bis 17 Dezember 2016**, in: Eric Hilgendorf, Bernd Schü nemann ve Frank Peter Schuster (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, ss. 31-45.

WEIGEND Thomas, "The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure", **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context, Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska**, in: John Jackson, Maximo Langer ve Peter Tillers (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2008, ss. 39-64.

WEISSER Bettina, "The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceedings in Europe", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, in: Darryl K. Brown, Jenia I. Turner and Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2019, ss. 89-114.

WRIGHT Ronald F., "Plea Bargaining", **Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice,** in: Gerben Bruinsma ve David Weisburd (eds.), Volume 7, Springer Verlag, New York, 2014, s. 3535-3544.

ZABEL Benno, **Die Ordnung des Strafrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

ZEDNER Lucia / STUCKENBERG Carl-Friedrich, "Due Process", **Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Anglo-German Dialogues,** in: Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts, Thomas Weigend, Alexander Heinze (eds.), Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss. 304-342.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1513-1564

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE "L'ÉTAT DE DROIT" EN DROIT INTERNATIONAL(*)

Doç. Dr. **Esra KATIMAN**(**)

Resume: A la lumière du travail de Monsieur MORIN sur le concept de l'État de droit[1], cet article poursuit les événements récents qui ont eu des impacts sur l'évolution de la notion. Face à son travail de grande envergure, il a été préférable de ne pas reprendre les sujets qui ont déjà été traités dans l'œuvre précitée; par exemple, sur l'origine du concept, sur ses fondements, le début de sa conceptualisation en droit international. Pour ces sujets, nous nous référons donc aux cours prodigieux de M. MORIN, dispensés à l'Académie de droit international de la Haye, en 1995. Cet article a, en effet, pour but de reprendre l'examen du concept là où il a été arrêté dans le travail de M. MORIN, et de poursuivre ses traces et ses lignes distinctives apparues notamment aux cours de deux dernières décennies dans la progression du droit international.

Les mots-clés: L'État de Droit en Droit International, La Responsabilité Interétatique, Le Coups d'État en Droit International, Les Faits Anticonstitutionnels, Le Changement Anticonstitutionnel du Gouvernement, La Charte Africaine de Démocratie, La Cour Pénale Africaine, Le Protocole de Malabo.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2021 - Makale Kabul Tarihi: 12.12.2021.

(**) Maître de Conférence Habilité à Diriger des Recherches de Droit public à la Faculté de Droit de l'Université d'Economie d'Izmir, Directrice de Master II Droit Public
(Le numéro d'ORCID: 0000-0003-3878-4413; *ekatiman@yahoo.fr*).

İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı
(ORCID No: 0000-0003-3878-4413; *ekatiman@yahoo.fr*).

1 MORIN Jacques-Yvan, **L'État de droit: émergence d'un principe du droit international**, Recueil des Cours 1995 à l'Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Pub., The Hague, 1995. Voir, également, sur le concept: BISHOP William W. "The International Rule of Law.", Michigan **Law Review,** Vol. 59, no. 4, 1961, pp. 553-574.

ULUSLARARASI HUKUKTA "HUKUK DEVLETİ" KAVRAMININ GELİŞİMİ

Öz: Makale, uluslararası hukukta, özellikle son yıllarda, Hukuk Devleti kavramının anlayışı konusundaki gelişmeleri ele almaktadır.

Jacques-Yvan MORIN'in, uluslararası hukukta Hukuk Devleti kavramı üzerine yaptığı çalışmalar ışığında, kavramın gelişimini etkileyen yakın tarihli olaylar makalede incelemeye alınmıştır. Bay MORIN'in kapsamlı çalışması karşısında, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla, sözü edilen çalışmada yer verilmiş konular makalede ayrıca incelenmemiştir: örneğin, kavramın doğumu; temelleri; uluslararası hukukta kavram olarak ortaya çıkış süreci; kavramın insan hakları hukukundaki önemi gibi. Bu konular için Bay MORIN'in 1995 tarihinde La Haye Uluslararası Hukuk Akademisi'nde vermiş olduğu nitelikli derslerini referans olarak almaktayız.

Bu nedenle, bu çalışma, uluslararası hukukta Hukuk Devleti kavramını, Bay MORIN'in bıraktığı yerden ele alarak uluslararası hukukun gelişimi içindeki izlerini ve özellikle son on yılda ortaya çıkan ayırt edici özelliklerini takip etmeyi amaçlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukukta Hukuk Devleti, Devletlerarası Sorumluluk, Uluslararası Hukukta Askeri Darbeler, Anayasa'ya Aykırı Fiiller, Anayasaya Aykırı Yollarla Hükümetin Değiştirilmesi, Afrika Demokrasi Şartı, Afrika Ceza Mahkemesi, Malabo Protokolü.

THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF "THE RULE OF LAW" IN INTERNATIONAL LAW

Abstract: The purpose of this article is to take stock of the evolution of the concept of the rule of law in its apprehensions in international law, in particular, during the last decades.

In the light of Mr. MORIN's work on the concept of the rule of law in international law, this article follows recent events which have had an impact on the evolution of the concept. Faced with the far-reaching work of Mr. MORIN, in order to avoid unnecessary repetition it was preferable not to take up the subjects which have already been dealt with in the aforementioned work; for example, on the origin of the concept, its foundations, the beginning of its conceptualization in international law. Therefore, for these subjects, we refer to the prodigious courses of Mr. MORIN, given at the the Hague Academy of International Law, in 1995.

In fact, the purpose of this article is to take up the examination of the concept where it left off in the work of M. Morin, and to pursue its traces and its distinctive lines which have emerged in particular during the last two decades in the progression of international law.

Keywords: The Rule of Law in International Law, Interstate Responsibility, Coup d'Etat in International Law, Unconstitutional Facts, The Unconstitutional Change of Government, The African Charter on Democracy, The African Criminal Court, The Malabo Protocol.

"*Le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe, que les diverses nations doivent se faire, dans la paix, le plus de bien, et, dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts*".

Montesquieu, De l'Esprit des Lois, Chapitre III

INTRODUCTION

Les caractères essentiels de la notion de l'État de droit en droit international vont, en grande partie, dans le même sens au sein de la plupart des droits nationaux qui accordent à celle-ci une place, dans leur histoire juridique et politique, notamment en ce qui concerne les principaux objectifs du principe[2,3,4,5]. Cependant, cette même notion en droit international possède un

---

[2] Pour un exemple de définition nationale de "*Rule of law*", on se réfère à Albert Venn Dicey qui définit" the *Rule of Law*" comme suit:

"*[It] means in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government ... It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary courts ... [and], lastly, ... that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land*"

DICEY Albert V., **Introduction to the study of the law of the constitution**, Liberty classic, Indiapolis, 1982, pp. 120-121).

[3] Pour un aperçu sur le droit international, voir parmi beaucoup d'autres, ASCENSIO Hervé/DECAUX Emmanuel, **Droit international pénal**, 2ème éd., Pedone, Paris, 2012; CRAWFORD James/OLLESON Simon, **The Law of International Responsibility**, Oxford University Press, Oxford, 2010; DAILLIER Patrick/FORTEAU Mathias, **Droit international public**, 8ème édition, LGDJ, Paris, 2009.

[4] HEUSCHLING Luc, "Le regard d'un comparatiste. L'État de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales", l'**État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, Pédone, Paris, 2009.

sens qui se distingue discrètement de ceux lui attribués par les droits nationaux. De plus, l'État de droit en droit international se diffère de certaines notions voisines en ses origines ainsi qu'en la spécificité de son contenu, à savoir la notion de *Rule of law*, ou la «primauté du droit» qui est l'expression de *Rule of Law* en langue française[6]. Par ailleurs, l'existence de points de convergence sur les finalités de ces notions avec la notion de l'État de droit est particulièrement évidente en droit international[7].

Le présent article ne vise que deux volets du concept de l'État de droit: le premier est sa portée en droit international public; et le deuxième est son évolution à différents niveaux.

Il est force de constater que le concept évolue dans les relations entre les Etats mais aussi entre les institutions, ce qu'il milite, par la suite, en faveur des changements au niveau national. Ces deux aspects de l'État de droit nous obligent inévitablement de prendre en considération les relations interétatiques. Utilisé souvent en droit national comme le contraire de la gouvernance du pouvoir arbitraire ou d'une gouvernance d'un état d'exception avec des règles d'exception[8], la notion comprend de multiples autres traits particuliers en droit international.

Les efforts réunis à des différents niveaux au sein de la communauté internationale afin de la faire entrer en droit positif comme un droit matériel et les travaux effectués en particulier au sein des instances internationales pour mettre en relief les principes essentiels de "l'État de droit" sont significatifs (I). Au fil de temps, leur degré de fermeté a atteint à un niveau tellement haut que la valeur juridique de la notion de l'État de droit[9] se voit doter des

---

5 Pour la lexicologie du terme de l'Etat: NYS Ernest, "L'État et la Notion de L'État - Aperçu Historique", **Revue de Droit International et de Législation Comparée,** Vol. 3, 1901, pp. 418-436.

6 La Charte canadienne des droits et libertés (loi constitutionnelle de 1982) comprend le terme de "*rule of law*" alors que le texte se référé à l'expression de "primauté du droit" dans sa version française.

7 MOCKLE Daniel, "Mondialisation et État de droit", **Les Cahiers de droit,** Vol. 41, no. 2, 2000, pp. 237-288.

8 ASKOFARE Sidi, À propos de État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben", **L'en-je lacanien**, Vol. 1 no. 2, 2004, pp. 193-205.

9 CORTEN Olivier, "L'État de droit en droit international: quelle valeur juridique ajoutée", *l'***État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, Pédone,** Paris, 2009.

mécanismes contraignants dans le domaine de la responsabilité internationale (II).

I. D'UN PRINCIPE À UN DROIT MATERIEL À DOUBLE SENS

L'étroite corrélation entre l'État de droit au niveau international et national fut nettement perceptible: "L'État de droit" en droit international signifie, au premier chef, "un État de droit interétatique". Dans ce volet de la notion de l'État de droit, les règles, les mécanismes et les procédures établis entre les États gagnent une importance capitale car le niveau exigé, pour l'existence de l'État de Droit, se mesure en fonction du respect de l'ordre établi entre les États (1). Cette signification est considérablement différente de celle de la notion "d'État de Droit au sein des États[10]" où le rapport étatique se met en relief de manière significative et façonne, au fur et à mesure, toutes les relations et les interactions avec les autres sujets du droit international dépassant le simple rapport d'état- individu au sein d'un État (2).

1. L'État de Droit "Interétatique" et/ou "Communautaire"

L'un des premiers sens de la notion de l'État de Droit en droit international, c'est la primauté de droit "entre les États"[11] pour lesquels le respect de droit dans leurs relations mutuelles s'élève à un niveau culminant.

Le respect d'abord pour le droit existant, ensuite une considération et une attitude de retenue pour le droit à venir auquel, étant membre de communauté internationale, les États ont en principe de l'aspiration.

Dans ce sens du concept, le respect du droit établi nécessite, tout d'abord, une nette clarification, une visibilité des règles de droit, ainsi qu'une uniformité et une cohérence dans la pratique, sans négliger l'importance du travail d'élaborer des règles existantes (A). Prise précisément comme un principe de gouvernance dans les relations interétatiques ainsi qu'un principe de premier rang des institutions internationales dans

---

[10] ASKOFARE, 2004, pp. 193-205.

[11] Charles Rhyne, ancien président de l'*American Bar Association*, a déclaré à juste titre que: "*The rule of law within nations (...) connotes the existence procedures, courts, and other institutions which in sum total add up to order and stability, equality, liberty, and individual freedo. The rule of law among nations means the regulation of mutual intercourse of nations, and international contacts and relations of individuals, by legal concepts, standards, institutions and procedures of the hundreds of legal rules, the legal"*, cité *in*, **BISHOP**, 1961, pp. 553-574.

leurs relations avec les États, la notion évolue, en premier lieu, au sein des institutions internationales qui sont les principaux acteurs de l'encadrement juridique de la notion (B).

A. La Légalité Et L'élaboration Des Règles, Destinées A Régir Des Relations Interétatiques Et Intercommunautaires

Dans l'absolu, le respect au droit nécessite, au préalable, l'existence de quelconque droit. En état primitif, le caractère de droit n'a pas d'importance, même pour les plus durs ou pour les plus cruels qu'ils soient. Ce qui compte, en effet, c'est que pour être respecté, il faut d'abord "exister" en tant que "norme". Le dilemme du droit international se montre assez rapidement à ce niveau "d'existence" car il s'agit d'un domaine qui est déjà réputé à être incomplet en normes, et loin d'être parfait en mécanismes établis. C'est ce qui ne va pas arranger la tâche de déterminer les contours de la notion de l'"État de Droit" en droit international.

Dès que l'on cherche sa définition et/ou sa portée - en principe, les plus élémentaires de renseignements, pour une norme, dans un ordre juridique-, on se confronte à des confusions venant de différents secteurs, induites dans des textes qui sont, a priori, inspirés des concepts nationaux et qui ne sont pas toujours transposables tels quels en droit international.

Comme toutes sortes de normes définies dans un ordre juridique, le respect et la sanction sont deux faces du même médaillon dont, en droit moderne, le collier serait "la légalité". Le principe de la "légalité" s'imprègne d'autant de force en droit international que n'importe quel ordre juridique, d'autant plus qu'en droit international, le droit coutumier -source non écrit - continue à s'imposer en tant que source de droit de premier rang. "La légalité" présente ainsi la première composante de l'État de droit en droit international sous l'angle du premier aspect de la notion: entre les États, c'est-à-dire, dans les relations interétatiques et intercommunautaires. Consciente du travail nécessaire d'encadrement afin de déterminer les règles essentielles de droit concernant la notion d'État de Droit en droit international et son progrès souhaité, l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies (ci-après, "AG") a confié la tâche principale à la Commission du droit international[12]: c'est à elle d'identifier les normes et de mener bien le travail de

[12] Voir, les actes de la réunion de Haut Niveau de l'Assemblée Générale tenue dans le cadre de la 67ème session de l'Assemblée générale s'est ainsi inscrite dans ce registre.

codification en suivant un travail d'esquisse et de recherche pour le futur droit international. Sur la question d'État de droit, la mission de l'AG ne s'arrête pas aux travaux fournis par ses organes[13], en particulier, par la Commission du droit international. L'AG des Nations Unies est aussi un lieu de partage unique et capable de créer une synergie très prolifique au sein des États pour des sujets qui préoccupent toute la communauté internationale.

a. La Définition, La Portée De La Notion D'Etat De Droit

L'une des définitions de l'État de droit retenue au sein des Nations Unies[14] est celle de son Secrétaire Général: "l'État de droit", est en effet "un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme[15]". En effet, cette définition met l'accent sur l'État de droit plutôt au sens national dans son aspect formel et non pas matériel. En ce qui concerne les éléments constitutifs de l'État de droit dans ses relations avec ses égales, cette définition ne s'avère pas être complète. En revanche, la Résolution de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012[16] semble plus complète, car elle met en relief les principaux éléments de l'État de droit en droit international. L'État de droit y est considéré comme "le fondement des relations amicales et équitables entre États et sociétés épris de justice et d'équité", "l'assise indispensable d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste", et il se résume en" le dialogue politique et la coopération entre tous les États au renforcement de l'action relevant de la triple vocation de l'Organisation: paix et sécurité internationales, promotion des droits de l'homme et le développement"[17].

---

13 Pour les 20 entités qui composent le Groupe de coordination et de conseils sur l'État de droit, voir: https://www.un.org/ruleoflaw/fr/un-and-the-rule-of-law (Consulté le 11.09.2021).

14 ERKİNER Hakkı Hakan, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 71, Sayı. 1, 2013, pp. 353-380.

15 Le Rapport du Secrétaire général du 16 Mars 2012, A/66/749, "Rendre la justice: programme d'action visant à renforcer l'état de droit aux niveaux national et international", http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/66/749. (Consulté le: 11.09.2021).

16 Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 24 septembre 2012, (67/1.) Déclaration de la réunion de Haut Niveau de l'Assemblée générale sur l'État de droit aux niveaux national et international.

17 *Ibidem*.

Selon les termes de la "Déclaration de la Réunion de Haut Niveau de l'Assemblée générale sur l'État de Droit aux niveaux national et international", l'État de droit ne concerne pas seulement les États, mais aussi les organisations internationales, y compris au sein des NU[18]. Le respect du principe de l'État de droit est en effet en charge à tous les sujets du droit international et il devrait être inclus dans toutes leurs activités, ce qui confère la légitimité[19] à leurs actions.

Le fait que tous les autres sujets du droit international soient également tenus de respecter les exigences de l'État de Droit, ne va pas amoindrir la responsabilité des États, lesquels sont en effet les premiers responsables envers ceux qui ont besoin de bienfaits des systèmes de droit étatique. Les sources du droit international sont en grande partie composées de droits écrits, à savoir les traités constituant les organisations internationales dans lesquelles l'État de droit s'érige souvent dans les préambules des textes, comme l'un des ultimes principes à respecter par les États. Quant aux autres sujets du droit international, le respect du principe d'État de Droit s'avère une norme coutumière ou, à tout le moins, une norme dans le processus d'élaboration des normes.

La Déclaration se prononce également sur la portée de la notion qui découlerait aussi bien du système national qu'international: toutes les personnes, institutions et entités publiques ou privées, y compris l'État lui-même, sont tenues de respecter "les lois justes et équitables" et ont "droit sans distinction à l'égale protection de la loi". Les sujets concernés par ce principe au niveau national - qui sont les entités publiques ou privées-, sont tenus de respecter, non pas toutes les lois, mais seulement "les lois justes et équitables". Dans un État de droit, avant que les sujets de droit respectent le principe, c'est bien à l'État qu'incombe, en premier, de le respecter en faisant des lois justes et équitables. Il en découle, en conséquence, que, lorsque les lois faites ne sont ni justes, ni équitables, en d'autres termes, l'État lui-même ne se révèle pas comme un État de droit, le droit international n'imposerait pas quelconque responsabilité aux autres entités nationales de respecter de manière stricte les exigences du principe d'État de droit.

---

[18] Le Rapport du Secrétaire Général des NO, A 68/213, Renforcement et coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit.

[19] ÖZENÇ Berke, **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, 2016, p. 229.

Cette référence aux "lois justes et équitables" présente un important lieu de manœuvre du droit international, gardant en son sein d'éventuelles évolutions de l'élargissement de la portée de la notion. Cette référence présente aussi l'aspect matériel de la notion. On ne pourrait pas dire que ce qu'il devait être au sens national pourrait être différent au niveau international: les normes et les mécanismes du droit international en matière d'État de droit interétatique devraient avoir le même type de qualité; équitable et juste en normes, équitable et juste au niveau institutionnel, et ce aussi bien au sein de l'Organisation des Nations Unies qu'en relation internationale entre les États.

Dans son premier sens en droit international public, le concept comprend donc, dans des relations internationales entre les États, le recours à la loi par opposition à l'arbitraire; le choix de résoudre des conflits par la loi et non pas de force; la création et l'application des normes ayant l'objectif de préserver la paix internationale et promouvoir les valeurs de la liberté en dignité pour les individus et de protéger leurs droits fondamentaux. Les exigences formelles et matérielles de la notion sont aussi omniprésentes[20]. La primauté de droit serait en jeu chaque fois qu'il y a des différends entre les États et/ou lorsqu'il y a un contexte, y compris purement politique, où un État a un intérêt de se positionner ou lorsqu'il y a un différend entre l'individu et l'État dont le conflit est gouverné par le droit international, et son cadre juridique est régi par les règles du droit international.

b. La Coexistence Du Principe Avec Les Autres Principes Du Droit International

La défense du principe d'État de droit a également des limites: ce principe n'a pas de portée isolée et ne peut pas se séparer des autres principes de l'ONU, dont la plupart est inscrite dans la Charte des NU. Ces principes, énoncés dans la Déclaration du 24 Septembre 2012 peuvent être résumés ainsi: l'égalité souveraine de tous les États et le respect de leur intégrité territoriale et leur indépendance politique; de s'abstenir dans les relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et les principes des Nations Unies; de soutenir le règlement des différends par des moyens pacifiques et conformément aux principes de la justice et du droit international; le droit à l'autodétermination

[20] DWORKIN Ronald M, **A matter of Principle**, Oxford University Press, Oxford, 1985, pp. 9-32.

des peuples encore sous domination coloniale ou occupation étrangère; la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales; le respect de l'égalité des droits de tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion; la coopération internationale visant à régler les problèmes internationaux d'ordre économique, social, culturel ou humanitaire, et l'exécution de bonne foi des obligations découlant de la Charte.

La prise en considération de la notion d'État de droit de manière exclusive en faisant abstraction à tous les autres principes, qui sont aussi les "fondements du droit international", peut engendrer de résultats contradictoires avec l'objet, le but et la fin de la Charte de l'ONU. Les moyens d'interprétation d'une notion juridique nécessitent, en premier lieu, un examen attentif de l'instrument dans lequel la notion trouve une place. Une interprétation de la portée de la notion d'État de droit s'impose donc à la lumière des autres principes avec quoi il se complète dans le texte fondateur. Dans ce cas de figure, le tout ne serait pas obtenu avec l'exclusion. Il s'en déduit qu'un État qui respecte le principe d'État de droit est un État qui respecte les principes et les règles du droit international.

c. Le Problème D'identification Du Droit

L'élaboration des règles va de pair avec le travail d'identification. En ce qui concerne l'identification du droit sur le concept d'État, les premières indications viennent des travaux de la Commission du Droit international (ci-après, "La Commission")[21].

Depuis sa soixantième session en 2008, la Commission fait chaque année des observations sur son action en matière d'État de droit. Ses observations qui figurent dans son premier rapport de 2008, notamment dans les paragraphes de 341 à 346, demeurent toujours pertinente[22]. Depuis, elle rajoute d'autres points plus spécifiques en la matière, et augmente des exemples en vue d'orienter l'Assemblée Générale de l'ONU dans ses missions.

---

[21] Les travaux de la Commission consiste, de manière générale, "à élaborer des projets de règles conçus pour être universellement applicables, et défendre le principe selon lequel tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ces règles doit faire l'objet d'un règlement pacifique", y compris" à faire des propositions de *lege ferenda*".

[22] Voir, l'Annuaire de la Commission du droit international 2008, Volume II, Document A/63/10* Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008).

L'indice minimal que la Commission fait ressortir en droit international pour l'observation de l'État de droit, c'est la soumission des États aux règles contraignantes du droit dans leurs relations internationales, quels qu'ils soient leur taille, leur pouvoir ou leur influence. Le droit international moderne comprend, de plus en plus, des obligations définies et étendues pour les autres sujets du droit international. Non seulement des États, mais aussi des organisations internationales des autres entités internationales sont appelés à ce qu'ils conduisent leurs affaires dans le strict respect du droit, même dans les cas les plus extrêmes, à savoir dans des conflits armés où il y a des règles de droit contraignantes, applicables au comportement des États.

La réalisation de cet ordre juridique nécessite avant tout l'élaboration des règles contraignantes du droit. Cette exigence fait partie aussi des mandats que la Charte de l'ONU a confiés à la Commission qui dirige considérablement ses travaux vers l'élaboration et la codification des règles universellement applicables afin de promouvoir l'État de Droit.

Le sens de l'État de droit au sens international du droit international public se concrétise réellement lors de l'apparition des disputes étatiques ainsi qu'en cas de désaccords sur les règles du droit. Selon la Commission, formuler des règles donnant effet à la primauté au droit dans la conduite des affaires servira à l'établissement de l'État de droit en droit international. Or, ces efforts ne verront pas le jour, si la prise en compte de considérations d'ordre politique de la part des acteurs internationaux et de la communauté internationale est négligée.

Quant à la teneur des règles; la Commission poursuit une politique bien précise: conciliation des règles de manière équilibrée avec des intérêts étatiques et non étatiques divergents. Cette politique contribue certainement à l'acceptation des règles ou au moins à faciliter de trouver la recherche de consensus au sein de la communauté internationale[23]. Le travail de codification et de développement du droit international pour la primauté du droit ont été menés, par la Commission internationale, conformément à son mandat prévu à l'article 13 de la Charte des Nations Unies, en particulier dans le domaine des droits fondamentaux, en situation extraordinaire, telles que la protection des personnes en cas de catastrophe; dans le domaine d'expulsion d'étrangers; obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*); les effets des conflits armés sur les traités[24].

---

[23] Rapport de la Commission du droit international 160ème session, A/CN.4/SER.A/2008/Add. 1. (Part2), Annuaire de la Commission 2008, Vol. II, p. 158, paragraphes du 341 au 344.

[24] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session, p. 158.

B. L'encadrement Au Niveau International, De La Responsabilité Des États A L'égard Du Principe De L'"État De Droit"

"L'État de Droit" dispose d'une autre portée dès que l'on place le sujet au niveau régional. La question d'État de droit devient, non pas un moyen comme il peut l'être au niveau national pour la sauvegarde des droits des individus, mais plutôt un but, notamment, pour les organisations internationales qui privilégient d'étendre leurs efforts à l'échelle régionale en vue de créer un territoire géographiquement limité de droit commun où va régner l'État de droit.

a. Renforcement De l'État De Droit, But Principal Des Organisations Internationales

Les organisations internationales essayent de donner les moyens les plus aptes aux États pour que ces derniers puissent faire face à des difficultés et menaces communes. Dans ces domaines, les problèmes de la criminalité qui s'associent au problème de sécurité ainsi que les risques mettant en danger la paix internationale constituent les grands thèmes de cette collaboration internationale.

Au niveau international, l'utilité de la notion d'État de droit se trouve dans la prévisibilité de l'ordre juridique et va rendre légitime l'action des États, ce qui va conforter, d'une part, l'égalité souveraine et, d'autre part, rendre responsable l'État à l'égard de ceux qui relèvent de sa juridiction et de sa compétence.

L'ONU continue de jouer un rôle du premier rang dans l'élaboration et la promotion de normes et principes internationaux[25]. Ces travaux sont de précieuses démarches qui servent, entre autres, à concevoir l'encadrement de l'ordre juridique international avec les obligations bien définies. Ainsi, dans un tel ordre juridique, la portée des responsabilités des États sera moins controversée.

Le concept de l'"égalité des États"s'avère un autre élément essentiel de l'État de Droit au sens du droit international. La consolidation de ce concept évite les conflits étatiques; le respect mutuel entre les États participe à une commune entente, et par conséquent, au progrès du droit international.

---

[25] Renforcement et coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit, ONU, Document No: A/68/213.

Tous les autres concepts relatifs au concept d'égalité des États constituent les sujets d'identification des règles de droit qui consolide également l'édification de l'État de Droit. Le travail de codification et d'élaboration des règles des concepts, connexes à l'État de droit contribue à faire progresser le principe de l'État de droit. Issue de l'idée de "l'égalité des États", l'immunité juridictionnelle présente par exemple ce type de caractère. La formulation des cas d'immunité juridictionnelle et une application harmonieuse du principe entre les États vont aider à contribuer à l'évolution du droit international dans un domaine juridique où se jouent des enjeux de réciprocité, évitant ainsi des ripostes inutiles ou injustes entre les États[26].

Le respect pour la loi existante et le respect pour les voies de recours internationales vont de pair avec la notion de l'État de Droit. En affirmant leurs attachements aux dispositions de la Charte en matière de règlement de différends inspirés en particulier par l'article 33, les Chefs d'États se sont résolus à déclarer que "tous les États doivent régler leurs différends internationaux par voie de négociation, d'enquête, de bons offices, de médiation, de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix[27]". Le droit international met une barrière nette aux États qui imposeraient leur force brute aux autres États ainsi qu'à la communauté internationale.

Consacré à l'article 2 du traité sur l'Union européenne comme l'une des valeurs communes à tous les États membres, l'Etat de droit fut l'objet des travaux de la Commission de l'Union Européenne qui a présenté, dans son premier rapport (du 30 septembre 2020) les premiers éléments clés de la situation dans les États membres. Parmi les principaux aspects de la situation de l'État de droit sont énumérés les systèmes de justice, le cadre de lutte contre la corruption, le pluralisme et liberté des médias et autres questions institutionnelles liées à l'équilibre des pouvoirs, tels que l'équilibre des pouvoirs entre les institutions, le processus d'élaboration et d'adoption des lois, les réformes constitutionnelles visant à renforcer les mécanismes d'équilibre des pouvoirs, la place et la protection de la société civile, le débat public, y

---

[26] Les règles en la matière ont été codifiées par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004); voir également, La Convention européenne sur l'Immunité des Etats, STCE no.: 074, Traité ouvert à la signature des Etats membres et à l'adhésion des Etats non-membres, son entrée en vigueur: le 11 juin 1976.

[27] À comparer avec l'article 33 de la Charte de l'ONU.

compris le contrôle des mesures prises pour faire face à la pandémie de COVID-19[28].

b. Les Moyens Utilisés Par Les Institutions Pour Le Renforcement Et La Consolidation Des Systèmes Dans Le But De La Paix Et De La Sécurité

L'ONU apporte un appui important au renforcement des capacités humaines et institutionnelles des systèmes judiciaires, de la police et de l'administration pénitentiaire. Cette action s'effectue notamment par des activités de formation.

Les modes de partage de pratique varient considérablement bien que les plus maintenus soient de type de réunions ou de débats. Parmi les moyens utilisés par les organisations internationales vers l'État de Droit compte, en premier, le partage d'expériences nationales et de discussions sur les différents thèmes. Par exemple, lors du débat sur le thème des «institutions de l'Ombudsman", organisé auprès de l'Unité de l'État de Droit des Nations Unies[29], l'expérience nationale s'est révélée comme un levier pour l'illustration du rôle critique de l'Ombudsman dans les systèmes des règlements des différends. Cet échange des expériences a démontré également que l'institution de l'Ombudsman se révélait au sein des États comme des gardiens de l'État de droit (excessif).

Ce débat n'étant pas l'unique, beaucoup d'organisations poursuivent ce type d'activité afin d'améliorer le rapprochement entre les États et de développer les meilleurs pratiques et fonctionnements pour construire et préserver un État de droit. Au sein de l'ONU, d'ailleurs, comme dans beaucoup d'autres organisations internationales ou régionales, on s'intéresse particulièrement au niveau national en matière d'État de droit. Un certain nombre d'initiatives majeures sont prises chaque année, des démarches sont organisées en forme de réunions intergouvernementales au cours desquelles d'importantes informations peuvent se dévoiler.

Le deuxième moyen constitue en la collaboration entre les différentes institutions internationales ayant la mission d'œuvrer dans le domaine de

---

[28] Voir, le rapport de la Commission de l'UE, "Rapport 2020 sur l'Etat de droit, la situation de l'état de droit dans l'Union européenne", https://eur-lex.europa.eu/legal (Consulté le 09.09.2021). content/EN/TXT/?qid=1602583951529&uri=CELEX%3A52020DC0580 (Consulté le 09.09.2021).

[29] https://www.un.org/ruleoflaw/blog/2016/06/13887/ (Consulté le 09.09.2021).

droit, que ce soit dans la pratique juridique ou dans l'élaboration des règles du droit. Les interférences de différentes juridictions internationales, les relations entre les organes des institutions, y compris au sein même d'une même organisation, à savoir la Commission du droit international et la Cour internationale de Justice, demeurent toujours des éléments incontournables de l'avancement du droit international dans le travail d'élaboration et d'identification des règles ainsi que dans les applications harmonieuses des règles du droit. Cette interférence fructueuse est d'une part, l'essence et la condition préalable de la notion de l'État de droit, et, d'autre part, témoigne de l'existence solide de l'État de droit dans l'ordre international.

2. La Conception de L'État De Droit Au Niveau National

L'impact du droit international sur le droit national en ce qui concerne le principe de l'Etat de droit est limité au cadre posé par un autre principe de droit international, à savoir, celui de non-ingérence dans les affaires internes de l' État. De ce fait, l'évolution du concept en droit international se poursuit souvent dans les relations "d'État-individu", et ce, plus particulièrement dans le domaine des droits de l'homme où le concept d'État de droit surgit comme un corollaire d'un ordre juridico-politique favorable à la protection et au développement des droits de la personne humaine.

A. Les Principales Composantes De l'État De Droit Dans Des Relations d'État-Individu

La portée de la notion d'État de droit en droit international ne devrait pas être déterminée par l'application du droit international effectuée par les tribunaux nationaux, sauf les cas où, cette application a été prise en considération, par la suite, par une cour internationale en tant que source subsidiaire au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de la Justice. Cette particularité est celle du droit international qui s'écarte de l'une des particularités du concept de "*Rule of Law*" en droit anglais où l'État de droit se construit à travers la jurisprudence. La notion d'État de droit au sens du droit international n'a pas un rôle à jouer dans des relations entre les individus partis aux différends dépassant les frontières étatiques, ces conflits faisant partie en principe de l'objet du droit international privé.

a. Ses Sources

Passant du principe d'égalité de sexes à des questions relatives au droit commercial international ou la loi sur l'aide juridictionnelle ou bien la cor-

ruption, le droit international vise à ce que les États adoptent, au niveau interne, des règles claires et distinctes sur tous les domaines de droit, et ce, en conformité avec les principes prévalant en droit international. La notion de l'État de droit au sens national se circonscrit donc, en droit international, par la portée du droit international public; ses descriptions, les règles afférentes. Les exemples d'application devraient donc être recherchés exclusivement dans les sources du droit international public, y compris dans le *soft law*.

b. La qualité de la loi

Contrairement à la place significative de règles coutumières en évolution ou de *soft law*, caractérisés par leurs aspects non formels, au niveau international"[30], les exigences de la notion de l'État de droit s'imposent au sens formel au niveau national (inutilement complexe et manque de substance). Sur le plan national, le principe de l'État de droit exige que les lois soient promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante et compatible avec les règles et les normes internationales en matière de droits de l'homme[31]. Dans cet aspect, la phase de l'élaboration des constitutions nationales, des lois nationales, des dispositions réglementaires et leurs rédactions présentent un intérêt fondamental pour tous les sujets du droit international. Les lois justes et équitables sont à la base de l'État de droit.

La plupart des caractéristiques de l'État de droit, au sens national, sont supervisées par les institutions internationales en temps de crise ou en temps transitoires des systèmes, notamment en matière de respect du droit par l'État.. Dans cette phase, les institutions internationales ou les organismes régionaux qui ont certains pouvoirs politiques négociés, jouent des rôles importants[32].

c. Une Gouvernance Démocratique

Un pouvoir étatique encadré et limité ainsi que le respect du droit national par l'État lui-même sont les premiers composants de l'État de droit. Ces caractères démontrent également des liens très serrés et entrelacés entre la

---

30 D'ASPREMONT Jean, "Softness in International Law: A self-serving, Quest for new legal materials", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 5, 2008, pp. 1075-1093.

31 D'après la définition de l'état de droit énoncée par le Secrétaire général de l'ONU, voir *supra*.

32 *İnfra* p. 29.

démocratie et l'État de droit qui est considéré quasi universellement comme élément de bonne gouvernance[33].

Quant au choix de système politique national, nonobstant l'absence d'une norme coutumière en droit international[34], qui va forcer les Etats à avoir un seul type de gouvernance, les sources de droit international écrites comprennent de plus en plus, et ce, considérablement en augmentation, les obligations pour les Etats de respecter la démocratie constitutionnelle. Le droit international témoigne, en effet, significativement d'une évolution de "l'État de droit" comme une finalité de la mode d'expression de la démocratie constitutionnelle[35].

En droit international contemporain, l'État de droit en droit international dans son volet national présuppose une configuration démocratique en choix des principes de gouvernance. Des auteurs soutiennent l'idée, rejetée par d'autres, selon laquelle depuis la Déclaration universelle des droits de l'Homme[36], la démocratie n'a eu qu'une infime évolution réelle en droit matériel du droit international en raison de la neutralité de l'Organisation des Nations Unies quant au choix de régime politique par les États en vertu de l'interprétation de l'art.2, §7 de la Charte de l'ONU[37]. Toutefois, sa place, dès l'origine réservée dans les préambules des textes internationaux ou dans les déclarations solennelles des États, commence à trouver un sens plus impératif dans les textes *lex specialis* du droit international.

La démocratie n'est en effet pas imposée aux États en tant qu'un unique régime de gouvernance, mais ses principes et ses finalités s'imposent comme une responsabilité internationale incombant aux États comme un droit matériel dont les personnes peuvent, dans certains cas, se prévaloir

---

[33] Sur le plan économique, les mêmes considérations se prévalent: Habib GHERARI, "Le respect de l'État de droit comme élément de la" bonne gouvernance "en droit international économique", ***l'État de droit en droit international: Colloque de Bruxelles*****,** la Société française pour le droit international, Pédone, Paris 2009, Actes du 42ème colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008.

[34] La Cour de Justice internationale, *Nicaragua c. Etats Unies*, arrêt du 27 juin 1986 (fond), CIJ Recueil 1986, paragraphe 258.

[35] ÖZCAN Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, 2. Baskı, Tekin Yayınları, 2017, p. 216.

[36] Voir l'article 21/1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

[37] SICILIANOS Lino-Alexandre, "Les Nations Unies et la démocratisation de l'État. Nouvelles tendances", *in* **R. Mehdi (éd.) La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État**, Pedone, Paris, 2002.

dans le domaine du droit international des droits de l'Homme[38]. C'est exactement dans ce rôle que l'État de droit s'impose: la démocratie devient incontournable par l'intermédiaire de la notion de l'État de droit et l'État de droit se transforme à son tour, d'un principe, en un droit, grâce à elle; au moins, pour le moment, l'on peut le voir en droit régional[39].

La démocratie ne saurait être imposée autrement, en tant que régime politique au sens strict du terme en raison du manque d'une norme coutumière établie. Cependant, elle s'impose tout de même dans son apparence de l'État de droit; tous les aspects juridiques et égalitaires de la démocratie entrent dans les prescriptions et les exigences des règles du droit international lequel obtient ainsi les moyens pertinents et effectifs destinés à faire évoluer le niveau du droit international pour ultime objectif: la paix. En résumé, ce qui n'est pas permissible en droit international, devient possible grâce à la notion de l'État de droit.

B. Une Exigence Intangible, Le Droit International Des Droits De l'Homme

Malgré les grands objectifs ancrés dans le droit international des droits de l'homme -branche du droit international la plus développée en mécanisme juridique - l'effectivité de ceux-ci commence à s'écorner[40]. Au centre des bouleversements politiques nationaux, le progrès se ralentit dans le cadre de la protection des droits fondamentaux des personnes humaines[41]. Le lâcher prise a commencé à faire son apparition sournoise face aux défis réels dans un monde construit en un ordre mondialement multi-fractionnel, à l'ère du terrorisme international[42]. Toutefois, les avancées de la notion de l'État de droit sont nettement plus perceptibles dans le domaine du droit international des droits de l'homme.

---

38 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", **Revue de l'Institut Brésilien de Droits de l'Homme**, [S.l.], juin 2016, n. 6, pp. 213-218. Disponible à l'adresse: http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/78> (Consulté le 16.01. 2018).

39 Voir, la Partie B. Notamment voir la partie pour ce qui est e mécanisme européen de protection de l'état de droit prévoit un processus de dialogue annuel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, ainsi qu'avec les États membres, au sein de l'UE.

40 DORAN Marie-Christine "Criminalisation de l'Action Collective dans la Crise Actuelle des Droits Humains et Amérique Latine", **Revue Québécoise de Droit International**, Spécial Issue, 2015, pp. 221-246.

41 Parmi les parties membres de l'Etat du Conseil de l'Europe, en 2017, deux pays, à savoir, la Turquie et la France ont fait recours à la disposition de l'article 15 de la Convention EDH qui prévoit la possibilité de la suspension des dispositions de la Convention.

42 Voir la résolution no 1566 (2004) du Conseil de Sécurité.

Dans le domaine des droits de l'homme, nommer des droits et des responsabilités et définir leurs portées s'effectuent, entre autres, au moyen de méthodes exégétiques, utilisées dans le processus d'interprétation des textes juridiques. Le résultat est que les instances juridiques font usage généralement de la terminologie utilisée dans les instruments juridiques de base qui présentent un reflet de consensus entre les États. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en constitue un bon exemple[43]. Par ce fait, ces instances évitent les débats sur l'applicabilité ou non applicabilité des textes aux faits soulevés.

Dans la pratique juridique, des concepts juridiques servent à faire expliquer au mieux les sens et les portées des droits, et à les faire évoluer pour *lex lata*[44]. Dans la terminologie du droit international des droits de l'homme, on utilise plus souvent le terme de "prééminence du droit". "La prééminence du droit" ou "la primauté du droit" sont en effet les volets purement juridiques de la notion de "l'État de droit" et ces termes sont omniprésents dans les jurisprudences européennes des droits de l'Homme.

Bien que "la prééminence de droit" ne soit pas exactement le synonyme de l'État de droit, c'est une référence d'usage fréquente qui devra être lue, à chaque fois qu'elle est citée par les instances judiciaires, comme si elle comprenait tous les principes et les exigences juridiques requises découlant de l'État de droit en terme général. Lorsqu'elle est citée en relation avec un droit précis, la prééminence du droit reflète toujours, au moins, un caractère bien précis de l'un des objectifs, des résultats ou des caractères de l'État de droit en lien avec le droit en question.

Etant l'une de ses apparences de l'État de droit, la prééminence de droit explique mieux le lien entre les droits individuels et les conditions nécessaires à leurs protections dans l'appareil étatique. S'agissant des droits notamment à caractère procédural, ces droits procéduraux ne seront protégés que par le biais des principes découlant de l'État de droit. "La prééminence du droit" sert en effet à sortir un droit donné, du monde théorique et abstrait du droit, vers le monde concret du droit.

---

[43] S'agissant des activités de la Cour européenne, voir: HUSSON-ROCHCONGAR, Céline, "La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme", **Civitas Europa**, Vol. 37, No. 2, 2016, pp. 183-220.

[44] VIRALLY Michel, **Le droit international en devenir: Essais écrits au fil des ans**, Graduate Institute Publications, Genève, 1990, http://books.openedition.org/iheid/4377 (Consulté le 15.06.2021).

Certains droits peuvent être assimilés directement à l'État de droit. Certes, comme il est souligné à juste titre que "certains traits caractéristiques de l'État de droit ne seraient pas, intrinsèquement, des droits fondamentaux; ainsi pourrait-il en être du principe de séparation des pouvoirs. Parallèlement, le respect de certains des droits de l'homme ne serait pas, en lui-même, une composante nécessaire de l'État de droit[45]". Cette conclusion met en lumière le rapport très proche qui se trouve entre les droits de l'homme et l'État de droit.

L'examen de la jurisprudence internationale portant sur les droits de l'homme démontre ces liens forts entre l'État de droit et les droits l'homme, en ce qui concerne de relation de "cause-conséquence". Il est considéré pour le moment que les droits de l'homme, tels qu'ils le sont, sont moins bien protégés dans un ordre juridico-politique autre que dans celui d'État de droit. La sauvegarde de ces droits et les nécessités à cette fin ne sont réalisables qu'au moyen de l'État de droit, seul et unique choix de mode de gouvernance étant en mesure de fournir cette protection dans le respect de principe d'égalité aussi bien dans la loi que devant la loi[46].

Les caractéristiques et les multiples facettes de l'État de droit, élaborés aux cours de siècles en philosophie, en politique et en droit, de manière un peu éparpillée servent donc dans le droit international des droits de l'homme, de preuves et/ou de moyen de vérification du respect de l'État envers ces droits. Si l'une de ces caractéristiques de l'État de droit fait défaut, les droits fondamentaux seraient touchés en plein de cœur s'ils sont conditionnés par le cadre étatique; ou bien au contraire, si les exigences de l'État de droit sont remplies, en cas de restriction des droits de l'homme, ces limitations effectuées seraient aussi réputées comme étant autorisées.

---

[45] BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, "Etat de droit, droits de l'homme et religions - une mise en perspective France / Iran", **Etat de droit et droits de l'Homme: échanges de points de vue France-Iran**, Collection Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, Paris, 2010.

[46] Pour ce qui est de la relation entre la démocratie et la Convention, voir l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* (30 janvier 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, pp. 21-22, §45) La Cour a prononcé çömme suit: "70. (...) la Cour estime que le système multijuridique, tel que proposé par le [Refah], introduirait dans l'ensemble des rapports de droit une distinction entre les particuliers fondée sur la religion, les catégoriserait selon leur appartenance religieuse et leur reconnaîtrait des droits et libertés non pas en tant qu'individus, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux.Selon la Cour, un tel modèle de société ne saurait passer pour compatible avec le système de la Convention, pour deux raisons: D'une part, il supprime le rôle de l'Etat en tant que garant des droits et libertés individuels et organisateur impartial de l'exercice des diverses convictions et religions dans une société démocratique, puisqu'il obligerait les individus à obéir non pas à des règles établies par l'Etat dans l'accomplissement de ses fonctions précitées, mais à des règles statiques de droit imposées par la religion concernée."

L'État de droit, apparait donc comme une condition obligatoire, *sine qua non*, dans, le fonctionnement de l'Etat afin de réaliser la protection des droits fondamentaux. Quant à la société, celle-ci doit aussi garder les caractéristiques d'une société démocratique[47] dont la construction relève de la charge de l'Etat et qui sera, en somme, le reflet de l'État de droit[48].

II. DU DROIT À L'ÉTAT DE DROIT VERS LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE CONFIRMÉE

En suivant les événements internationaux, il est, de plus en plus constaté que, conformément à son caractère social, le droit ne parviendra peut-être jamais à se débarrasser des impuretés politiques pour en devenir "un pur droit"[49]. Cela est d'autant plus visible en ce qui concerne le droit international pour lequel les relations politiques internationales comptent considérablement dans le processus de l'élaboration des normes internationales, à savoir, pour sa première source; la coutume internationale[50]. Ainsi, ces relations politiques internationales et les impacts qu'elles engendrent, constituent-elles le terrain de test de l'efficacité du droit international.

En effet, par rapport à d'autres concepts en droit, l'évolution du concept de l'État de droit est plus dépendante des relations politiques internationales en raison d'autres principes du droit international avec lequel il partage la

---

47 CEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976.

48 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme met en lumière les rapports entre l'État de droit et les droits fondamentaux de la personne humaine à travers de différentes conditions obligatoires. On peut se référer, par exemple, à l'arrêt de la CEDH, *Bellet c/ France*, 4 décembre 1995: l'arrêt énonce que le principe de prééminence du droit (*Rule of law*) impose la nécessité d'assurer à un degré suffisant le droit d'accès à un tribunal; CEDH, *Salabiaku c/ France*, 7 octobre 1988: "La Cour considère que le principe de la prééminence du droit est consacré par l'article 6, dont la fonction est de protéger" le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence"; CEDH, *Huvig c/ France*, 24 avril 1990: Le principe de la prééminence du droit exige que la fonction juridictionnelle soit encadrée et que le pouvoir d'appréciation du juge soit enfermé dans certaines limites.

49 KELSEN Hans, "Théorie pure du droit", **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 6, N°4, Octobre-décembre 1954, pp. 869-870, www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1954_num_6_4_9132 (Consulté le 05.07.2021).

50 D'autres sujets dont la contribution n'est certainement pas négligeable sont la société civile, plus particulièrement les O.N.G. Voir, pour l'analyse de leur travail: LEROUX Nicolas, "La contribution des O.N.G à la promotion et à la garantie de l'État de droit, la Contribution des O.N.G. de femmes au renforcement de l'État de droit: exemples choisis en matière de violence contre les femmes", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 347-361.

même scène, à savoir, le respect de la souveraineté nationale, le droit à l'autodétermination ou bien les règles du droit international concernant la reconnaissance d'une entité en tant qu'Etat. La Résolution du 16 septembre 2005 de l'Assemblée générale des Nations Unies énonce ces liens forts, faisant preuve de prudence en ce qui concerne les caractères divers de la démocratie: "(...) si les démocraties ont des caractéristiques communes, il n'existe pas de modèle unique de démocratie [...] la souveraineté, le droit à l'autodétermination et l'intégrité territoriale doivent être dûment respectés[51]".

Eu égard à ces principes, l'avancée du droit international pour "le droit à l'État de droit" se poursuivit à l'ombre des enjeux politiques entre les Etats. Le progrès s'avère lent et ambiguë notamment en ce qui concerne les mécanismes établis aux fins de le promouvoir. Ces mécanismes font toutefois preuve de confirmation de l'existence de la "responsabilité internationale étatique au titre d'un "fait incriminé" dans le domaine du droit pénal (1) et de la "responsabilité internationale institutionnalisée, au titre d'un fait illicite", à l'égard d'un État, du fait de la défaillance du principe de l'État de droit (2).

1. La Responsabilité Internationale Du Fait De La Défaillance De L'État De Droit Au Titre D'un Fait Incriminé

Le respect de l'État de droit s'affirme comme obligation internationale[52] en raison de sa normativité de plus en plus prononcée. La preuve sûre de ce qu'un principe s'érige en une norme du droit est qu'il est attaché à son manquement des conséquences juridiques, à savoir, des sanctions. Cette preuve en matière pénale est venue, en premier, du continent africain[53].

A. Le Changement Anticonstitutionnel Du Gouvernement, Un Fait Incriminé Du Droit International

Depuis la création d'une Cour pénale internationale par une volonté quasi unanime des États envers les impunités des crimes graves du droit internatio-

---

[51] L'Assemblée générale des Nations Unies, Document final du Sommet mondial de 2005, Résolution du 16 septembre 2005, A/60/1, §135. Voir, également la Résolution du 8 novembre 2007, A/RES/62/7.

[52] SICILIANOS Linos-Alexandre, "Le respect de l'État de droit comme obligation internationale", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008.

[53] Voir, l'analyse de OLINGA Alain Didier, "L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain", **Revue de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**, Vol. 6, No. 2, 1998, pp. 57-80.

nal, la justice internationale, qui est considérée comme un progrès lumineux avec beaucoup d'espoir pour l'avenir, se répand grâce à une autre tentative aussi rigoureuse, cette fois-ci, au niveau régional sur le continent africain.

Appuyé par des instruments de *soft law*, à savoir, "la Déclaration de Harare du 20 Octobre 1991[54]" et "la Déclaration de Lomé de l'Organisation de l'Unité Africaine (ci-après, "OUA") du 12 juillet 2000[55]" et consolidé par le "Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, des règlements des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité (2001)"[56] ainsi que "la Charte Africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 (CADEG[57])", le crime international de changement anticonstitutionnel du gouvernement[58] fut finalement établi par un instrument à caractère contraignant, le 27 juillet 2014, qui est le Protocole, dit de Malabo[59] (ci-après, "le Protocole de Malabo").

Le Protocole de Malabo est un instrument juridique déterminant. Par l'article 28 E, le nouveau crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement fut introduit au Statut. Aux fins du Statut, "le changement anticonstitutionnel de gouvernement" signifie le fait de commettre ou d'ordonner de commettre les actes suivants, avec l'intention d'accéder ou de se maintenir illégalement au pouvoir[60]:

---

54 Déclaration de Harare du 20 Octobre 1991, adoptée par les Chefs des gouvernements des Etats Commonwealth, 1991.

55 Adopté à la 36ème session de l'Organisation de l'Union Africaine (l'OUA), tenue à Togo du 10 au 12 juillet 2000.

56 Le Protocole fut adopté par les Chefs d'Etat et de gouvernement de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), le 21 Décembre 2001, à Dakkar.

57 L'article 25(5) de la Charte dispose que "[L]es auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement peuvent être traduits devant la juridiction compétente de l'Union"

58 Terme, également utilisé par Abdoulaye SOMA, "Le Crime International de Changement Anticonstitutionnel de Gouvernement", **Swiss Review of International and European Law**, Vol. 26, No. 3, 2016, p. 417-442. HeinOnline, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sriel2016&i=431 (15.06.2021).

59 Union africaine, le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté par l'Assemble de Union africaine, lors de 23ème session ordinaire, en date du 26 et 27 Juin 2014 Malabo, en Guinée équatoriale. Pour certaines critiques sur le Protocole de Malabo, voir: Amnesty International, "Incidences juridiques et institutionnelles de l'élargissement du champ de compétence et de la fusıon de la Cour africaine, un aperçu", Londre, Index: AFR 01/3063/2016. Voir la liste des signataires: https://au.int/

60 VAN DER WILT, H., "Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court", **Leiden Journal of International Law,** Vol. 30, no. 4, 2017, pp. 967-986.

a) un putsch ou un coup d'État militaire perpétré contre un gouvernement démocratiquement élu; b) toute intervention de mercenaires visant à renverser un gouvernement démocratiquement élu; c) toute intervention de dissidents armés ou de mouvements rebelles ou à travers l'assassinat politique destiné à renverser un gouvernement démocratiquement élu; d) tout refus d'un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti ou au candidat sorti vainqueur d'élections libres, justes et régulières; e) tout amendement ou révision de la Constitution ou des instruments juridiques, considéré comme une violation des principes du changement démocratique de gouvernement ou non conforme à la constitution; f) toute modification substantielle des lois électorales durant les six (6) mois précédant les élections sans le consentement de la majorité des acteurs politiques.

Cependant, il est à rappeler que sa première décision[61] au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples[62] portait déjà sur la question de l'État de droit à travers des droits politiques. Dans son arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*[63], la Cour a évité de se prononcer sur le moyen de l'un des requérants, tiré de la violation de l'État de droit. L'allégation selon laquelle le fait de lancer un amendement constitutionnel afin de rendre sans objet des litiges devant les instances juridiques aurait violé l'Etat de droit, a été considérée comme une question sans intérêt du fait de l'absence de rattachement de l'allégation à un droit spécifique[64]. Ce rapprochement de la Cour à cette question a été à la fois approuvé et critiqué par ceux qui s'intéressent au fonctionnement et au devenir du système africain de garantie des droits fondamentaux. Pour certains, cette conclusion devrait être saluée en raison de l'écart que la Cour avait dû savoir tenir par rapport au risque de la constitutionnalisation du droit international[65].

---

61 La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*, arrêt du 14 juin 2013.

62 Voir le Protocole (Article 5) et le Règlement intérieur de la Cour (Article 33): http://fr.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court (Consulté le 14.0.2021).

63 Voir, le site de la Cour: http://fr.african-court.org/images/Cases/Decision/DECISION-%20 Requete%20%20No%20009-011-2011-%20Rev%20Christopher%20Mtikila%20v.%20Tanzania.pdf (Consulté le 14.0.2021).

64 La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, arrêt du 14 juin 2013, *Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie.*

65 OLINGA Alain Didier, "La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples", **La Revue des droits de l'homme**, no. 6, 2014, mis en ligne le 16 novembre 2014, consulté le 12 octobre 2021.

Comme le démontre cet arrêt, les instances internationales rencontrent indirectement la question de l'État de droit au cœur des faits allégués[66] ou bien directement[67]. L'incrimination d'un fait national -le changement du gouvernement par des faits anti-démocratique-, introduite en droit positif par le Protocole de Malabo, est une véritable nouveauté[68] qui, par sa disposition très détaillée, ne laisse qu'une infime marge de manœuvre et de discrétion au juge de la Cour africaine[69].

Avec sa normativité au pénal, la conception du principe du respect de l'État de droit ne semble pas univoque dans la pratique des organisations régionales et /ou politiques dans le continent africain[70]. Cependant, de ce texte, il découle explicitement plus une incrimination liée à la responsabilité internationale de l'individu au titre d'un crime international qu'une responsabilité étatique au même titre[71].

B. Les Coups d'Etat Et D'autres Faits Anticonstitutionnels, Questions Epineuses Dans L'évolution Du Concept De l'État De droit

L'évolution du droit international qui a été résumée ci-dessus montre que les mécanismes et les instruments internationaux traitent souvent la notion de l'Etat de droit, non pas directement mais avec d'autres concepts qui

---

66 OUEDRAOGO Yakouba, "Retour sur une décision controversée: l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ État du Burkina"*, **Open Edition Journals**, Les Annales de droit, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 10/2016, http://journals.openedition.org/add/342, (Consulté le 08 octobre 2021).

67 *Katabazi and 21 others v Secretary-General of the East African Community and Attorney General of Uganda,* Merits, Reference No 1 of 2007, (2007) AHRLR 119 (EAC 2007), IHRL 3112 (EAC 2007), 1st November 2007, East African Court of Justice [EACJ**], Oxford Reports on International Law**. Dans cette décision, il est clairement établi que 'L'intervention des agents de sécurité armés (de l'Ouganda) pour empêcher l'exécution d'une décision de justice légale viole le principe de l'état de droit (et, par conséquent, violé le Traité de l'EAC).

68 LALI Armel, "La perception de l'État de droit dans le droit et la pratique de l'Union africaine", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 287-301 (http://archive.ipu.org/idd-f/afr_charter.pdf). (Consulté le 15.06.2021).

69 Voir, Amnesty International, "Incidences juridiques et institutionnelles de la Cour africaine issue d'une fusion et à compétence élargie", *op.cit*.

70 FORTEAU Mathias, "Existe-t-il une définition et une conception univoques de l'État de droit dans la pratique des organisations régionales ou politiques ? "**L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 263-287.

71 Voir Partie B-2, paragraphe b., *infra*.

y sont relatifs sans le mettre au cœur de problème. Cette étape en évolution dresse un bilan chargé de questionnement sur l'effectivité des mécanismes conçus en droit international en matière du "droit à l'État de droit"[72].

De plus, l'impact de la politique sur le droit international est indéniablement d'une importante grandeur[73]. En effet, les aléas de la politique internationale laissent aussi certains doutes pour de bonnes applications des règles de droit existantes ou pour une évolution du droit à un niveau souhaité et cohérent. Surtout, les critiques ne ralentissent pas en ce qui concerne la démocratisation du droit international notamment au niveau institutionnel. Or, curieusement c'est bien le droit international, donc l'objet de ces critiques[74] qui forge encore principalement les sources du concept de l'État de Droit en multipliant en conséquence les différentes façades de l'État de droit[75].

Briser la démocratie prend différentes formes qui sont souvent militaires, mais aussi civiles, à savoir par la domination de l'un des pouvoirs étatiques sur les autres de manière absolue. Par exemple, au Venezuela, la Cour suprême s'est octroyée, le 30 mars 2017, le pouvoir du Parlement. Dans d'autres cas, les tentatives présidentielles à obtenir le pouvoir absolu sont également courantes. Nous constatons le refus et la condamnation, de la part de la communauté internationale, de toutes tentatives menées à l'encontre de l'État de droit. La communauté internationale se montre souvent déterminée, dans un premier temps, face à ces tentatives ou à la réalisation de ces coups d'états militaires ou civils, et n'hésite pas à les condamner en montrant sa consternation. Cependant, toutes ces déclarations restent souvent ambiguës[76] lorsque l'on condamne du bout des lèvres, mais on soutient ou on conseille, voire on protège ceux qui sont impliqués ou bien semblent impliqués dans les faits qui sapent fortement le fondement de l'État de droit.

---

[72] D'ASPREMONT Jean, "Responsability for Coups d'État in International Law", **Tulane Journal of International and Comparative Law,** Vol. 18, Issue 2, Spring, 2010, pp. 451-476.

[73] "*The benefits of the rule of law should never be underestimated but we must not forget that the claim can also be manipulated for political purposes*": Martin LOUGHLIN**, The Idea of Public Law**, Oxford University Press, 2004, p. 52.

[74] FROUVILLE, Olivier D. "Une conception démocratique du droit international", **Revue européenne des sciences sociales**, Vol. XXIX, no. 1, 2001, p. 4. https://www.cairn.info/revue-europeenne-des-sciences-sociales-2001-1-page-4.htm, (Consulté le 20.02.2021).

[75] Ce ne sont donc pas l'aspect national ni les effets sur les droits nationaux qui constituent l'objet de cet article.

[76] RANDRIANJA Solofo, **Madagascar, le coup d'Etat de mars 2009,** Editions Karthala, Paris, 2012.

En effet, l'on peut trouver de multiples exemples sur la volonté ambiguë des Etats. Comme le montre le consensus des Etats pour sa rédaction et l'absence de ratification du Protocole de Malabo, la contradiction s'avère entre la volonté de la création des règles de droit et le manque de détermination de la mise en œuvre de celles-ci. En effet, en droit international la mise en œuvre des règles du droit est très souvent tributaire de la volonté sincère et de la bonne foi des Etats. Ceci est encore plus manifeste dans les faits internationaux. Par exemple, la création d'une Cour sur le continent africain pour juger des crimes de droit international n'était pas un projet récent. L'idée était venue pour la première fois au début des années 1980, lors de l'élaboration de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La Guinée avait suggéré la mise en place d'une Cour africaine des droits de l'homme pour juger de violations des droits humains de même que des crimes au regard du droit international. En janvier 2007, la Conférence de l'Union africaine avait adopté la Charte africaine sur la démocratie, les élections et la bonne gouvernance du 30 janvier 2007. Cette Charte évoquait la création prochaine d'une Cour pénale régionale africaine. C'est ainsi que l'article 25(5) de la Charte dispose que "[L]es auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement peuvent être traduits devant la juridiction compétente de l'Union". En juillet 2008, la Conférence de l'Union africaine a adopté le Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme[77]. La Cour africaine de justice et des droits de l'homme a été instituée par ce Protocole. Ce Protocole a comme objectif de fusionner la Cour africaine des droits de l'homme avec la Cour africaine de justice en une seule instance. Ce Protocole, pour le moment signé par onze Etats, le dernier datant du 29 janvier 2018, changera radicalement l'étendue de la compétence de la Cour.

Selon ce Protocole, la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH[78]), lorsqu'elle sera effective - après avoir remplacé la Cour africaine des droits de l'homme et la Cour africaine de justice-, aura des compétences étendues allant des crimes relevant du droit international aux crimes transnationaux[79]. Le Protocole de Malabo cherche à élargir la compétence de cette Cour afin qu'elle puisse statuer sur des crimes relevant du droit international et sur des crimes transnationaux dans le souci de ne pas se livrer

---

77 *İbidem*.

78 La Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples est le résultat d'une fusion de la Cour africaine de justice et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

79 Voir, l'article 28 E du Protocole de Malabo.

exclusivement à la compétence de la Cour pénale internationale, unique instance universellement compétente en la matière.

Or, nonobstant les revendications en ce qui concerne le principe de subsidiarité en matière du droit international pénal et malgré la volonté de départ des Etas, le Protocole, qui a été signé par onze Etats, le dernier datant du 29 janvier 2018, n'a toujours pas pris effet par le manque de ratification, jusqu'alors, seuls cinq États l'ont ratifié.

2. La Responsabilité Internationale Institutionnalisée du Fait de la Défaillance de L'*Etat De Droit* au titre d'un Fait Illicite

La transformation et le développement du principe de l'État de droit en un droit matériel s'observent plus particulièrement à travers de travaux menés sous l'égide des institutions internationales. Ce n'est donc pas par hasard que le droit à l'État de droit se configure d'abord en leur sein.

Or, d'un côté, les relations politiques internationales entre les États, qui sont souvent conçues sur les échiquiers aux multi-actions et aux multi-acteurs, truffées de stratagèmes politiques et, de l'autre côté, des travaux menés minutieusement en droit positif au sein des institutions interétatiques, ces deux tableaux, inscrits côte à côte et de manière quasi simultanée et concomitante, créent assurément un panorama schizophrénique du droit international. C'est notamment dans ce panorama paradoxal qu'apparaît le caractère inconsistant de la théorie et de la pratique des États en droit international en matière d'État de Droit; des institutions composées des États dévoilent leur volonté croisée destinée à établir universellement l'État de droit démocratiques (a) tandis qu'influencé par leurs intérêts étatiques indépendants, le suivi des obligations internationales ainsi que la volonté d'exercer de sanctions en cas de manquements se poursuivent à degré variable (b).

A. *L'Etat De Droit* Démocratique, Un Devoir *Pour Et Devant* l'Institution et Sa Place De "Justiciabilité"

La démocratie comme un modèle de gouvernance[80] en relation avec les droits et les libertés fondamentales est mentionnée dans quasi ensemble des conventions ou déclarations concernant les droits de l'homme[81]. La démo-

---

[80] **MOCKLE**, 2000, pp. 237-288.

[81] CHABO Jean-Luc, "Quelques réflexions sur l'article 21,3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la question de la légitimité démocratique", **Persona y Derecho**, No. 60, 2009, pp. 153-167.

cratie apparaît donc explicitement comme un élément clé de la sauvegarde des droits de la personne humaine[82]. Sans qu'il ait une affirmation sur la validité universelle de la "démocratie comme modèle supérieurement désirable de régime politique" dans les instruments contraignants à caractère universel, la démocratie se montre toutefois unique modèle.

De façon générale, l'existence d'une corrélation associant le développement à la démocratie est une évidence. En effet, comme le suggère la liste des pays "*The Rule of Law index*" établie par World Justice Project[83], le lien entre la démocratie et le développement en droit n'est pas imaginaire: les pays les plus développés en démocratie, le sont également en économie et en droit; le contraire est également valable. En revanche, le lien entre la démocratie et les autres régimes ne présente pas autant de similitude; il se trouve des régimes républicains non démocratiques[84] et en revanche, des régimes monarchiques dotés pleinement de tous les instruments démocratiques. Il se trouve également des États se balançant entre les choix de gouvernance démocratiques et non démocratiques, et qui sont qualifiés «d'États protodémocratiques »[85]. Quel que soit son régime et quel que soit son niveau atteint dans la démocratie, aucun État ne reste à l'abri du danger de tout perdre en peu de temps. Relevant des questions de caractère national et longtemps considérée comme étant hors sujet du droit international, aujourd'hui, la liberté de choisir son système politique et social, principe essentiel du droit international, ne comprend pas toujours de contours bien définis et déterminés.

Quant à sa protection, en droit international, sans être un droit individuel au sens strict du terme, le droit à la démocratie dispose d'un espace de protection très limité, et ce uniquement par les recours individuels à mesure des droits de nature politique[86], et dans de rares cas, par le mécanisme de protection "par ricochet", s'il s'agit des droits civils.

---

[82] Par exemple, l'article 21 dans son alinéa 3 de la Déclaration Universelle des Droits De L'Homme. Par le biais de son article de 21, la Déclaration met en lumière la portée du droit à l'Etat démocratique.

[83] https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/RoLI_Final-Digital_0.pdf, (Consulté le 11.0.2021).

[84] Voir, KHOSROKHAVAR Farhad, "L'Iran, la démocratie et la nouvelle citoyenneté", **Cahiers internationaux de sociologie**, vol. 111, no. 2, 2001, pp. 291-317.

URL: https://www.cairn.info/revue-cahiers-internationaux-de-sociologie-2001-2-page-291.htm, (Consulté le 15.09.2021).

[85] **KHOSROKHAVAR**, 2001, p. 292.

[86] A titre d'exemple, les articles10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 13 de la Convention américaine des droits de l'homme.

Les exigences qui découlent de "l'État de droit" peuvent être regroupées en deux catégories essentielles dont la première concerne les éléments indispensables de la justice et la deuxième, les éléments indispensables de la société ayant le caractère démocratique. Chaque catégorie ayant ses propres composants aide corporellement à forger le concept de l'État de droit dans le monde juridique. Par exemple, dans la Convention européenne des droits de l'Homme, la notion de "société démocratique", citée explicitement à plusieurs reprises notamment dans les dispositions contenant les droits sujets à des limitations[87], ouvre une voie vers le concept de "l'État de droit" de manière significative. Eu égard aux objectifs, droits protégés et à des principes explicites et non explicites, les deux notions ont des similarités bien profondes.

La Cour européenne des droits de l'homme en interprétant, dans sa jurisprudence, la notion de "société démocratique" pointe du doigt le cœur de la notion de "l'État de droit"[88]. Elle s'y réfère régulièrement lorsqu'elle mène des analyses sur la "société démocratique". Certes, dans la conceptualisation notamment sectorielle, les deux notions ne se couvrent pas exactement et leurs portées ne constituent pas de contours identiques. Cependant, sous leurs aspects juridiques, les deux notions vont de pair dans la jurisprudence de la Cour. Dans la conceptualisation de la Cour, une société démocratique ne peut se construire et se protéger qu'au moyen de l'État de droit.

L'État de droit prend une place importante dans la jurisprudence de la Cour[89] à chaque fois qu'elle porte son examen sur les notions de "la loi"; sur "la justice", sur "la société" et sur "les restrictions permises" par le texte de la Convention. Dans sa jurisprudence, l'"État de droit" constitue, pour elle, à la fois un outil de mesure pour confirmer le niveau de respect atteint des droits fondamentaux dans un Etat, et un critère d'interprétation des droits inclus et des notions juridiques citées dans les dispositions de la Conven-

---

87 Voir, l'article 6 §1 de la Convention EDH.

88 La Cour européenne des droits de l'Homme a donné les caractères essentiels d'une société démocratique, à l'occasion du célèbre arrêt *Handyside*, par le fameux triptyque « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture". Voir, CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, A. 24, §49.

89 SPIELMANN Dean, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 179-188.

tion[90]. La justice étant la valeur fondamentale dans un État de droit, tout ce qu'il en découle, par exemple, le rôle et la place du pouvoir judiciaire ainsi que le caractère suffisant d'autres organes étatiques permettant à la participation de la société au fonctionnement de celle-ci[91], sont mis sous le contrôle de la Cour EDH[92]. Ainsi le concept de l'État de droit dispose-t-il, pour la Cour, une utilité à plusieurs sens. L'œuvre que la Cour accomplit dans le monde juridique contribue à l'évolution du concept de l'"État de droit" notamment dans ses aspects juridiques et juridico-politiques.

Dans le cadre des recours individuels, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à porter son attention sur la cohérence du système juridique et politique à travers des droits, dits politiques. C'est bien par cette ouverture-là que, les individus obtiennent le moyen de défendre, quoi qu'indirect, les exigences de l'État de droit devant une instance juridique.

Les obligations qui sont créés à la charge des Etats au titre de l'État de droit ne sont pas toujours uniquement en vue de promouvoir les droits de la personne humaine. Le principal objectif des droits coutumiers et conventionnels visant à établir l'État de droit en droit international est de maintenir universellement la paix[93]. Depuis, la résolution du 1996 (1040) qui a été consacrée à la notion de «l'État de droit» le Conseil a inscrit le renforcement de l'État de droit dans le mandat de nombreuses opérations de maintien de la paix et missions politiques spéciales. En 2014, son Président a souligné qu'il estimait toujours que l'État de droit devait être universellement instauré et respecté[94].

Par ailleurs, en particulier, au sein de différentes organisations régionales ayant pour but de créer un espace d'ordre économique interétatique ou politique, les États s'engagent à consolider la démocratie en vue d'établir un ordre public interétatique[95]. Parmi les instruments régionaux, la Charte de l'Organisation des

---

90 Voir pour la place et la valeur d'un droit fondamental se mesure par rapport aux exigences d'une société démocratique: *Morice c. France* ([GC], no. 29369/10, §124, 23 avril 2015, *Delfi AS c. Estonie* ([GC], no. 64569/09, §131, CEDH 2015) et *Perinçek c. Suisse* ([GC], no 27510/08, §196, CEDH 2015.

91 Voir, CEDH, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, no. 37798/13, 11/07/2017.

92 Parmi beaucoup d'autres, voir: CEDH, *Koudechkina c. Russie*, requête no. 29492/05.

93 MOINE André, "L'État de droit, un instrument international au service de la paix", **Civitas Europa**, 2016/2 (N° 37), p. 65-93. https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-2-page-65.htm (Consulté le 15.06.2021).

94 Doc. No: S/PRST/2014/5.

95 Voir, ETIENNE Judicaël, "Le principe de l'équilibre institutionnel, manifestation et condition de l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française**

États Américains signée à Bogota le 30 avril 1948 prévoit dans son article 2, comme objectifs en charge des États membres: "d'encourager et de consolider la démocratie représentative"; dans son article 3, "une organisation politique basée sur le fonctionnement effectif de la démocratie représentative", et enfin dans son article 31 "la coopération interaméricaine pour le développement intégral", qui va se réaliser "dans le cadre des principes démocratiques". En Europe, le préambule des Statuts du Conseil de l'Europe de 1949, se réfère à une relation entre "les libertés", "l'État de droit", ainsi qu'à "une démocratie véritable".

Les tentatives allant à l'encontre des exigences de l'État de droit apparaissent ainsi comme des faits illicites du droit international. "La légitimité démocratique comme le seul fondement de l'autorité des pouvoirs publics est tellement accentuée"[96] que les principes de base qui en découlent confèrent à ces institutions une sorte de qualité de "justiciable". Certes, le droit international est longtemps resté quasi muet sur la question des choix politiques des États et de la valeur du régime démocratique. Lorsque la Cour internationale de Justice a annoncé, en 1986, dans l'affaire du Nicaragua, son constat d'absence de règle en la matière, et donc, un éventuel constat de la non violation du droit international face aux choix politiques des États, elle s'appuyaient encore sur le principe fondamental de la souveraineté des États. Cependant, on ne saurait plus occulter les implications des institutions internationales, par exemple, pendant les processus de démocratisation imposés au stade prématuré de l'État[97].

---

pour le droit international, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 249-262.

96 **CHABO**, pp. 153-167.

97 HAJJAMI Nabil, "La Commission de Venise et la construction d'Etat: l'exemple du Monténégro", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 209-219; KLEIN Pierre, "L'administration internationale de territoire: quelle place pour l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Pédone, Paris, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 385-403; NIYUNGEKO Gérard, "Accord de paix, résolutions du Conseil de sécurité et reconstruction des sociétés dans des situations post-conflictuelles: quelle place pour l'État de droit ? ", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** *op.cit*., pp. 403-435; EISEMANN Pierre Michel, "L'État de droit en situation de crise", L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international, *op.cit.,* pp. 431-435; SANDOZ Yves, "Les situations de conflits armés ou d'occupation: quelle place pour l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, *op.cit*., pp. 361-385.

Le principe de démocratie qui s'insère dans le préambule du traité de l'Union européenne (ci-après; "l'UE"), à l'article 2 du Traité de l'UE ainsi que dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, principe qui englobe, par excellence, l'État de droit[98], se constitue un élément matériel pour la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, "CJUE") afin de mener son contrôle juridictionnel. Dans son arrêt du 10 mai 2017 de la CJUE[99], une initiative citoyenne était au cœur de la discussion. Dans cet arrêt, la Cour refusant d'appliquer la notion d'acte juridique uniquement aux seuls actes juridiques de l'Union, a pris l'appui spécialement du "principe de démocratie". Selon elle, les valeurs fondamentales dont le principe de démocratie fait partie, "commandent de retenir une interprétation de la notion d'acte juridique qui inclut des actes juridiques tels qu'une décision d'ouverture de négociation en vue de la conclusion d'un accord international, qui vise incontestablement à modifier l'ordre juridique de l'Union".

La Cour de Justice de l'UE a traité cette question à différentes occasions. Dans l'affaire dont le numéro est C-409/13 où le Conseil et la Commission constituaient les parties adversaires, le pouvoir de la Commission a été discuté au titre du "principe de démocratie", énoncé à l'article 10, paragraphes 1 et 2 du TUE[100]. Dans son arrêt du 14 avril 2015, la CJUE a conclu que le pouvoir, pour la Commission dans le cadre de la procédure législative ordinaire, de présenter une proposition législative comprenaient également le pouvoir de modifier sa proposition, voire, au besoin, de la retirer, tant que le Conseil n'a pas encore statué[101]. Selon la CJUE, ce pouvoir ne contrevenait pas "le principe de démocratie" et ne saurait donc être considéré comme une violation du principe de démocratie énoncé à l'article 10, paragraphes 1

---

98 Parmi les huit valeurs pour réaliser l'analyse empirique de la qualité démocratique, proposé par Leonardo MORLINO se trouvent: (1) le *rule of law*, (2) *accountability* éléctorale, (3) *accountability* interinstitutionnelle, (4) participation, (5) compétition de l'offre partisane. La sixième valeur correspond à l'ordre des résultats: (6) réactivité (*responsiveness*) qui se réfère à la capacité du système à se mobiliser pour répondre aux attentes des citoyens (7) la liberté, dans le sens de l'ampliation du droit aux libertés, et (8) l'égalité, qui vise à une mise en œuvre progressive de l'égalité dans le champ socioéconomique": *in* Jorge Aragón TRELLES/Carlos Eduardo Pérez CRESPO, "État de droit, qualité de la démocratie et gouvernance démocratique au Pérou", **Droit et cultures**, no. 62, 2011, 61-76.

99 CJUE, arrêt du 10 mai 2017, *Efler E.A. / Commission* (T-754/14).

100 CJUE, arrêt du 14 avril 2015, Conseil / Commission (C-409/13) (cf. point 96).

101 En vertu de l'article 17, paragraphe 2, TUE, lu en combinaison avec les articles 289 TFUE et 293 TFUE.

et 2 du TUE au motif que le pouvoir de retrait de la Commission est inextricablement lié à son droit d'initiative et encadré dans son exercice par les dispositions susmentionnées du "Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne" ("TFUE").

Ce n'est pas par hasard que la notion de l'État de droit s'en tient aussi fortement à la démocratie. Dans le cadre de structure régionale en Europe, un nouveau mécanisme de contrôle pour promouvoir le principe de l'État de droit a vu le jour dans l'une des institutions interétatiques de l'Europe: avec l'élargissement de l'Union Européenne, les principaux organes de l'UE n'ont pas tardé à se confronter à de réels défis en la matière. En tant que portée matérielle du contrôle du principe de l'État de droit dans la structure interétatique-organisationnelle, le principe de démocratie est un véritable élément juridique. Lorsqu'il est en question d'un niveau organisationnel où la participation joue un rôle décisif dans le fonctionnement d'une structure - que cela soit une organisation supranationale, internationale ou simplement s'agissant de l'appareil de l'État, la notion de "l'État de droit" est protégée exclusivement par "le principe de démocratie".

Au sein de l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit n'ont jamais perdu leur importance notamment dans le processus d'adhésion[102]. Le 25 octobre 2016, le Parlement a adopté une résolution[103] contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux[104]. La résolution prévoit l'établissement d'un nouveau pacte de l'UE pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux (ci-après dénommé "pacte DEF de l'UE") afin de mettre en place des mécanismes contraignants plus efficaces, en vue de garantir la pleine application des principes et des valeurs des traités.

---

[102] SINOU Despina, "Le respect de l'État de droit comme condition de participation à l'Union européenne", *l'***État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, *op..cit.,* pp. 239-249; MEHDI Rostane, "Le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'Union européenne, *l'*État de droit international: colloque de Bruxelles, *ibidem,* pp. 219-239.

[103] Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2015/2254(INL)). Voir: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-20 (Consulté le 15.09.2021).

[104] Le texte pourra être consulté à la page:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html#_ftnref1 (Consulté le 11.09.2021).

Le pacte de l'UE pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux est sans préjudice de l'application directe de l'article 7, paragraphes 1 et 2, du Traité sur l'Union européenne. Des cas isolés de violation des droits fondamentaux et des erreurs judiciaires sont exclus de ce contrôle. Ici, la supranationalité laisse la place à la suprématie de contrôle national. Le contrôle européen ne pourra pas s'effectuer tant que des violations relèvent de cas isolés pour lesquels des instances nationales et les mécanismes de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme restent les principaux responsables.

Ce sont donc de "défaillances systémiques" dans le respect des droits fondamentaux qui sont ciblés lorsque les États membres agissent dans le champ d'application du droit de l'Union[105]. Ces cas sont caractérisés par des situations préoccupantes qui ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'UE et ne peuvent donc pas être considérées comme une violation des obligations prévues par les traités pour lesquels le mécanisme de prévention prévu à l'article 7, paragraphe 1, du TUE peut être activé. Or, ce moyen ne peut être envisagé qu'en cas de "risque clair de violation grave". Quant au mécanisme de sanction décrit à l'article 7, paragraphe 2, celui-ci est en cours seulement si l'on constate une "violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2" du TUE.

Conçu en qualité de mesures de dernier ressort, les seuils de déclenchement de ses mécanismes prévus par l'article 7 sont très élevés, ce qui empêche les organes de l'UE de réagir rapidement aux menaces qui pèsent sur l'État de droit dans un État membre; tandis que le nouveau mécanisme de contrôle est en aval de procédures d'infraction et des mécanismes de l'article 7 du TUE. Ainsi, l'apparition d'une menace systémique envers l'État de droit qui pourrait se transformer en un "risque clair de violation grave" au sens de l'article 7 du TUE, pourrait être traité de manière diligente.

On entend par la "menace envers l'État de droit de nature systémique", une menace envers l'ordre politique, institutionnel et/ou juridique d'un État, à savoir, que "sa structure constitutionnelle, la séparation des pouvoirs, l'indépendance ou l'impartialité du pouvoir judiciaire ou le système de contrôle juridictionnel, y compris la justice constitutionnelle lorsqu'elle existe, soit menacée, par exemple en raison de l'adoption de nouvelles mesures ou

---

[105] Les affaires jointes C-411/10 et C-493/10, N.S., non encore publiées au Recueil, points 94 et 106, European Court Reports 2011 -00000, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2011:865 et l'affaire C-4/11, *Allemagne/Kaveh Puid*, non encore publiée au Recueil, point 36.

de l'existence de pratiques répandues dans les autorités publiques, et de l'absence de voies de recours à l'échelon national[106]".

Gardant à l'esprit l'un des principes généraux du droit international[107], à savoir, le principe de subsidiarité, le nouveau mécanisme de contrôle ne sera activé que lorsque les "mécanismes de protection de l'État de droit" nationaux ne sembleront pas en mesure de mettre fin à ces menaces[108].

Toujours est-il que ce mécanisme reste un cadre complémentaire qui ne fonctionnera pas de manière supplémentaire au pouvoir de la Commission au titre de l'article 258 du TFUE dans les situations relevant du champ d'application du droit de l'Union ainsi qu'en aval des mécanismes prévus à l'article 7 du TUE, considérés comme une détérioration rapide survenant dans un État membre et nécessitant une réponse plus ferme de l'UE.

Dans ce cadre de contrôle, la Commission évalue la situation. Elle respecte le principe de l'égalité de traitement entre les États membres et privilégie le dialogue avec l'État membre concerné. Son évaluation devra être objective. Son mandat consiste à traiter le problème afin d'adopter des mesures rapides et concrètes capables de mettre fin à la menace systémique et d'éviter le recours aux mécanismes de l'article 7 du TUE. Le suivi de la Commission est précédé d'une recommandation de la Commission dans laquelle un certain délai sera accordé à l'Etat concerné et si nécessaire, des moyens et des mesures pour remédier à la situation sera préconisées.

L'attitude et la réaction de l'Etat concerné sont déterminantes. Nonobstant cette prise en charge de la situation par la Commission, si aucune suite satisfaisante n'est donnée par l'État concerné à la recommandation de la Commission, cette dernière envisagera de recourir à l'un des mécanismes prévus à l'article 7 du TUE[109]. La Commission est invitée à rassembler, à

---

[106] Communication de da Commission au Parlement Européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, *op.cit.*, paragr. 4.1.

[107] PELLET Alain, Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public, Thèse de doctorat (non publiée), Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris, 1974; SCHACHTER Oscar, **International Law in Theory and in Practice**, Developments in international law, Vol. 13, M. Nijhoff Publishers. Norwell, MA, Boston, 199, p. 50.

[108] *İbidem*.

[109] Ces mesures sont expliquées de manière détaillée dans la Communication de la Commission du 15 octobre 2003, intitulée: "Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée", COM (2003) 606 final. Voir: http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/FR/1-2003-606-FR-F1-1.Pdf

partir de 2018, ses rapports thématiques annuels pertinents, ainsi que les résultats des mécanismes de suivi et des outils d'évaluation périodique existants, pour les présenter simultanément afin d'alimenter le cycle de politiques DEF. Un rapport annuel sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux (rapport européen DEF) incluant des recommandations spécifiques par pays qui tiennent compte des rapports établis par la FRA, le Conseil de l'Europe et d'autres autorités compétentes dans le domaine est prévu ainsi qu'un débat interparlementaire annuel qui va s'appuyer sur ce rapport européen DEF;

Dans le cadre du mandat que le Projet accorde au Panel, comme il est prévu à l'article 9 du Projet DEF, le panel d'experts DEF analysera les aspects indiqués ci-dessus pour chaque État membre et relèvera les infractions et risques potentiels. Lu en en combinaison avec l'article 11[110], le contrôle du respect de l'État de droit s'en tient, en somme, à trois aspects essentiels[111]: *la justice* (la séparation des pouvoirs; la légalité; la sécurité juridique; l'accès à la justice; l'indépendance et l'impartialité; un procès équitable; une justice constitutionnelle (le cas échéant), l'indépendance de la profession d'avocat); *la démocratie* (le droit à la participation démocratique active et passive aux élections et la démocratie participative; la promotion de l'espace civique et des mécanismes efficaces pour le dialogue civil; la transparence) et *les droits de l'homme* (la CEDH et ses protocoles additionnels; la Charte de l'UE). Certaines valeurs morales, comme l'absence des abus ou des détournements de pouvoirs; l'intégrité et l'absence de corruption, se révèlent également en complément, et ce comme un caractère inhérent autant à l'État de droit qu'à la démocratie. L'accroissement des tensions entre l'Europe et la Pologne, ainsi que la Hongrie, en est exemple. Cela a démarré en 2017 lorsque l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait fait état de ses préoccupations quant à certains développements récents qui, selon elle, mettaient en péril le respect de l'État de droit en Pologne, l'indépendance de la justice et le principe de la séparation des pouvoirs. Considéré également illégitime par les organes de l'Union européen, la « Cour constitutionnelle » polonaise a jugé, d'abord, que les ordonnances provisoires rendues par la Cour de Justice de l'Union européenne sur la structure des

---

[110] Voir, l'Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne "Mieux légiférer", JO L 123 du 12.5.2016, p. 1-14, paragr. 25.

[111] Selon l'article 7 du Projet de DEF, le rapport européen DEF sera porté avec une attention particulière à ces aspects.

juridictions polonaises étaient incompatibles avec la Constitution polonaise par une décision du 14 juillet 2021 et que, par la suite, elle a déclaré, le 7 octobre 2021 que les dispositions du traité UE étaient incompatibles avec la Constitution polonaise. Il en va de même pour la Hongrie qui a défié de son côté le droit de l'UE notamment en ce qui concerne les droits de LGBT. Ces refus du droit de la primauté du droit européenne ont déclenché une vive réaction au sein de l'Union européenne qui a abouti au lancement d'une procédure d'infraction par la Commission européenne ainsi qu'à l'adoption de la Résolution du Parlement européen du 21 octobre 2021 sur la crise de l'état de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union[112]. Depuis son entrée en vigueur le 1er janvier 2021, le Règlement visant à protéger les fonds de l'UE contre toute utilisation abusive par des gouvernements qui violent l'État de droit, a été appliqué pour la première fois[113].

Faute d'engagements des deux gouvernements en faveur des meres en vue de remédier aux violations de l'état de droit, la Commission européenne a renoncé à approuver les plans de relance nationaux de la Pologne et de la Hongrie. Ces deux pays seront donc privés de fonds européens cette année, conformément au règlement adopté, le 16 décembre 2020, par le Parlement sur "la conditionnalité liée à l'État de droit pour l'accès aux fonds de l'UE". La procédure est en cours.

B. Les Exemples De Suivi Et De Sanction

L'évolution du concept apparait encore plus perceptible et les divers changements dans le concept de l'État de droit sont encore plus manifestes selon les secteurs examinés par une méthode empirique sur les évènements des dernières décennies. Les moyens de droit auxquels un individu peut avoir recours pour la défense de droit et libertés à l'encontre de pouvoir étatique, comme on l'a vu plus haut, sont restreints en droit international.

En cas de non-respect de l'État de droit, le suivi de l'évolution, les impacts des exigences et les mesures de sanctions infligées par les autres États allant de la simple menace, jusqu'à la rétorsion, voire à l'utilisation du recours à la force au motif des violations graves et massives des droits des

---

[112] Doc no: 2021/2935(RSP)

[113] RèglemenT (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2020, relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, Journal officiel de l'Union européenne du 22.12.2020.
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020R2092&from=FR

personnes, sont les traits essentiels du droit international. D'être un État de droit dans ses relations avec les autres États est synonyme d'un État respectueux des règles du droit international, norme de laquelle il découle une responsabilité envers les autres États. En revanche, la nécessité du règne du droit entre les États est mieux affirmée et mieux poursuivie. Cette exigence apparait distinctement dans les instruments de "*soft law*", certains constituent les sources de droit matériel. Les conséquences qui sont attachées au manquement du principe de l'État de droit sont variées et reflètent les caractères classiques d'une responsabilité internationale dont le principal interlocuteur est l'institution internationale ayant la compétence en la matière. Ces instances sont parfois multiples, par exemple, au sein de l'UE, ces instances sont la Commission et la CJUE en partage de compétence.

Quant à la communauté internationale, les réactions de celle-ci, ne sont pas toujours d'ordre protestataire. Lors des tentatives des coups d'État, de violents affrontements se produisent bien souvent, et ce dans la plupart des cas, entre les civils et l'armée. Le non-respect de l'État de droit pourrait ouvrir dans certaines circonstances la voie pénale: si les États font partie du Statut de Rome[114] ou si le Conseil de sécurité envoie l'affaire pour examen, de troubles politiques ou militaires peuvent être un sujet d'examen devant les organes de la Cour pénale internationale. Il est à rappeler qu'il incombe au Bureau du Procureur (le "Bureau") de la Cour pénale internationale (la "Cour" ou la CPI) de déterminer si une situation répond aux critères juridiques fixés par le Statut de Rome (le "Statut") permettant à la Cour d'ouvrir une enquête. À cette fin, le Bureau procède à l'examen préliminaire de toutes les communications et situations portées à son attention en se fondant sur les critères en question et sur les renseignements disponibles. Un examen préliminaire ne constitue pas une enquête mais un processus au cours duquel les informations disponibles sont examinées afin de déterminer, en toute connaissance de cause, s'il existe une base raisonnable[115] justifiant l'ouverture d'une enquête au regard des critères posés par le Statut de Rome[116].

---

[114] Statut de Rome, A/CONF., 183/ 9, en date du 17 juillet 1998, et amendé par les procès-verbaux en date des 10

Novembre 1998, 12 juillet 1999, 30 novembre 1999, 8 mai 2000, 17 janvier 2001 et 16 janvier 2002. Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002.

[115] Les alinéas a -c de l'article 53-1 du Statut.

[116] Statut de Rome, *op.cit,* voir: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf (Consulté le 11.09.2021).

S'agissant de la situation au Honduras pendant la période de juillet 2009 à avril 2014, le Bureau avait reçu plusieurs communications dont la plupart d'entre elles portaient sur les événements survenus à l'occasion du coup d'État du 28 juin 2009[117]. Certaines communications concernaient des cas de meurtres qui avaient été commises par l'utilisation d'un recours excessif et disproportionné des forces de l'ordre lors des manifestations ou perpétrés à l'encontre de membres de l'opposition au régime *de facto*, notamment des défenseurs des droits de l'homme, des journalistes et des militants. Les communications faisaient également état d'emprisonnements et d'autres formes de privation grave de liberté, d'actes de torture et d'autres violences, ainsi que de viols et d'autres actes de violence sexuelle.

Dans les années qui suivent le coup d'État de 2009, en partie à cause de l'instabilité politique qui suit le coup d'État, la violence au Honduras continue de s'accroître constamment, l'expansion du trafic de drogue et l'activité des organisations criminelles etc. Or, le Bureau n'a pas pu conclure à l'existence d'une base raisonnable permettant de croire que les crimes allégués s'inscrivaient dans le cadre d'une "attaque lancée contre une population civile", ainsi qu'il est prévu à l'article 7-1 du Statut. Il a conclu donc que ces actes ne constituaient pas des crimes contre l'humanité visés au Statut et qu'il n'y a pas de base raisonnable permettant de croire que des crimes relevant de la compétence de la Cour ont été commis dans le cadre de la situation au Honduras[118].

En 2017, Le procureur de la Cour pénale internationale a décidé d'entamer un examen préliminaire pour la situation au Venezuela. L'examen préliminaire de la situation porte sur l'analyse des crimes qui auraient été commis dans cet État depuis avril 2017 dans le contexte des manifestations et des troubles politiques. D'après la déclaration du Procureur[119], en particulier, les forces de l'ordre de cet État auraient fréquemment eu recours à la force de manière excessive pour disperser des manifestants ou réprimer des manifestations et auraient arrêté et détenu des milliers d'opposants véritables ou perçus comme tels, dont un certain nombre auraient subi de graves sévices et mauvais traitements pendant leur détention. Des groupes de mani-

---

[117] Les évènements qui ont précédé le coup d'Etat au Honduras se résument dans le rapport du Procureur de la CPI.

[118] Voir, également, Assemblée générale des Nations Unies, Résolution sur "La situation au Honduras: effondrement de la démocratie du 30 juin 2009", A/RES/63/301.

[119] https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=fr, (Consulté le 11.09.2021).

festants auraient également eu recours à la violence, faisant des morts et des blessés au sein des forces de l'ordre. Cet examen et d'autres du même genre[120] sont toujours en cours.

Quant aux suivis par les institutions, ceux-ci s'effectuent selon leur texte fondateur, les textes relatifs aux exigences arrêtés pour un membre ainsi que selon leur pratique. Cette procédure vise à ce que l'État membre respecte les obligations qu'ils ont souscrites selon les termes du texte fondateur. La pression augmente de manière graduelle et l'intensification de ton se montre à travers les constats faits dans les résolutions rédigées. Les institutions font part, dans les résolutions adoptées, de leur préoccupation sur la situation ayant un impact négatif sur les exigences de l'État de droit, invitent l'État concerné à améliorer ladite situation, exhortent celui-ci à renforcer son cadre juridique afin de se conformer, notamment, aux instruments des droits de l'homme[121]. Ces résolutions présentent des propositions claires pour l'amélioration de la situation dans le pays concerné.

Des condamnations fermes par les organes des institutions internationales, liées aux tentatives de l'anéantissement de l'État de droit, mettant fin à l'exercice légitime du pouvoir, par exemple, par le coup militaire, ne sont pas rarissimes[122]. En conséquence, tout manquement aux engagements librement consentis, s'il perdure, ont des conséquences dans le domaine des institutions internationales. L'Union africaine a en ce sens suspendu le Mali à la suite du coup d'État de mars 2012 et l'a réintégré le 24 octobre; ceci conformément à l'article 4 de sa Charte selon lequel un des principes de son fonctionnement est la "Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement" et à l'article 30 du même texte, en vertu duquel "Les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union". Actuellement, la Guinée-Bissau est suspendue depuis le 12 avril 2012, date du coup d'Etat, comme le Niger l'avait été en 2010; le refus de M. BAGBO de quitter le pouvoir à la suite de l'élection présidentielle avait entraîné la suspension de la Côte d'Ivoire, le 9 décembre 2010.

---

[120] Cour Pénale Internationale mène également ses enquêtes sur la situation du Burundi.

[121] Parmi beaucoup d'autres, voir par exemple, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2121 (2016) sur le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie.

[122] L'Assemblée générale des Nations unies a condamné dans sa résolution (AG/10842, le 30 Juin 2009), le coup d'Etat au Honduras en 2009.

A titre d'exemple, on peut également citer la procédure de suivi établi au sein du Conseil de l'Europe[123]. Cette procédure est surveillée par une commission de suivi qui est chargée de "veiller au respect des obligations contractées par les Etats membres aux termes du Statut du Conseil de l'Europe, de la Convention européenne des droits de l'homme et de toutes les autres conventions de l'Organisation auxquelles ils font parties, ainsi qu'au respect des engagements pris par les autorités des Etats membres lors de leur adhésion au Conseil de l'Europe"[124]. Les questions relatives au fonctionnement des institutions démocratiques dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, en tenant compte de leurs obligations statutaires et conventionnelles sont examinés par la Commission. Les conclusions de la commission pourra donner lieu à un document officiel de l'Assemblée, assorti, le cas échéant, d'un projet de résolution et/ou de recommandation. Depuis la création de la commission de suivi en avril 1997, des demandes visant à ouvrir une procédure de suivi ont été déposées, à l'égard de la Grèce en 1997, de la Lettonie en 1997, de l'Autriche en 2000, du Liechtenstein en 2003, du Royaume-Uni en 2006, de l'Italie en 2006 et de la Hongrie en 2011; une procédure de suivi a été engagée à l'égard de la Lettonie uniquement. En 2016, la Turquie a fait l'objet de la même procédure suite au coup d'Etat manqué du 15 juillet 2016[125]. Comme le montre la Résolution 2156 (2017) de l'Assemblé Parlementaire du Conseil de l'Europe, intitulé « le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie», ce type de suivi peut prendre de grande ampleur en étudiant minutieusement la législation en cours ainsi que de toutes pratiques administratives, juridiques sur de différents sujets liés à la question de l'Etat de droit[126].

---

[123] Cette procédure a été instituée par la Résolution 1115 (1997) adoptée par l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe le 29 janvier 1997 et modifiée ensuite par les Résolutions 1431 (2005), 1515 (2006), 1698 (2009), 1710 (2010) et 1936 (2013).

[124] *Ibidem.*

[125] KABAOĞLU İbrahim Ö. "Supression du régime parlementaire sous l'état d'urgence: Remarques sur la modification constitionnelle "approuvée" par le referandum du 16 avril 2017", **La revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, actualités Droits-Libertés** 2017. Voir, également, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, (Venice, 10-11 March 2017).

[126] Voir, https://pace.coe.int/fr/files/23525/html

CONCLUSION

À partir de deux volets du concept de l'État de droit qui sont l'État de droit entendu au sens du droit international public et son évolution à différents niveaux en droit international, il est constaté que son sens interétatique et interinstitutionnel engendre de multiples relations entre les sujets du droit international, et *vice versa*.

D'un côté, une évolution saisissante du concept vers une confirmation de plus en plus prononcée d'un droit matériel qui sera l'origine d'une responsabilité étatique et de l'autre côté, un progrès dans le domaine pénal international vers une responsabilité individuelle pour les actes incriminés contre le fondement des principes démocratiques, le principe de l'État de droit continue à faire naître, en droit international, de nouveaux cadres juridiques dans lesquels de nouveaux mécanismes prospèrent.

Cependant, des intérêts des Etats, qui sont différents des uns et des autres et varient selon les territoires géographiques et selon les moments cruciaux de l'histoire, apparaissent les principaux obstacles, non pas à son évolution théorique du principe, mais à la sauvegarde de ses éléments constitutifs à partir desquels découle la substance incontournable du principe. Les autres règles et principes du droit international sont aussi à l'origine de cette difficulté, à savoir, le principe de souveraineté et le principe de non-ingérence. Le droit international avec de nouveaux outils qui sont les accords et les traités *lex specialis* en matière du droit de démocratie, semble avoir trouvé un moyen mieux adapté aux fins de promouvoir le principe de l'Etat de droit: Le droit international est en train de se doter de mécanismes de suivi et de contrôle en la matière et capable de les développer constamment. Malgré le progrès observé en ce sens au niveau régional, dans un cadre universel, un ralentissement dans les travaux de développement est évident. *Le soft law* n'étant pas suffisant comme une source de droit, le renforcement de la capacité des Nations Unies à faire développer les sources contraignantes est inévitable. Or, avant tout, la sauvegarde des principes de l'Etat de droit passe par le respect de ses principes au sein même des institutions internationales. L'obligation de respecter les principes de la démocratie demeure un véritable enjeu si l'on pense que la sauvegarde de la démocratie fait partie des étapes essentielles pour l'établissement de l'Etat de droit en droit international. Le premier pas reste toujours le même: commencer par soi-même, c'est-à-dire, renforcer la légitimité démocratique de l'ONU.

BIBLIOGRAPHIE

I- Monographies

ASCENSIO Hervé/DECAUX Emmanuel, **Droit international pénal**, 2ème éd. Pedone, Paris, 2012.

CRAWFORD James/OLLESON Simon, **The Law of International Responsibility**, Oxford University Press, Oxford, 2010.

DAILLIER Patrick/FORTEAU Mathias, **Droit international public**, 8ème édition, LGDJ, Paris, 2009.

DICEY Albert V., **Introduction to the study of the law of the constitution**, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pp. 120-121.

DWORKIN Ronald M, **A matter of Principle**, Oxford University Press, Oxford, 1985, pp. 9-32.

ELÓSEGUI María/ Alina MIRON/Iulia Motoc (Editors), **The Rule of Law in Europe, Recents chalenges and judicial Responses**, Springer, Switzerland, 2021.

LOUGHLIN Martin, **The Idea of public law**, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 52.

MORIN Jacques-Yvan, **L'État de droit: émergence d'un principe du droit international**, Recueil des Cours 1995 à l'Académie de droit international de la Haye, The Hague: Martinus Nijhoff Pub., 1995.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, 2. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2017.

RANDRIANJA Solofo, **Madagascar, le Coup d'Etat de mars 2009**, Editions Karthala, Paris, 2012.

SCHACHTER Oscar**, International Law in Theory and in Practice**, Developments in international law, Vol. 13, M. Nijhoff Publishers. Norwell, MA, Boston, 1991.

PELLET Alain, Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public, Thèse de doctorat (non publiée), Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris, 1974.

ÖZENÇ Berke, **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, p. 229.

VIRALLY Michel, **Le droit international en devenir: Essais écrits au fil des ans**, Genève, Graduate Institute Publications, Genève, 1990, http://books.openedition.org/iheid/4377. (Consulté le 15.06.2021).

II- Articles de revues et et ouvrages collectifs

ASKOFARE Sidi, À propos de État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben", **L'en-je lacanien**, Vol. 1 no. 2, 2004, pp. 193-205.

D'ASPREMONT Jean, "Softness in International Law: A self-serving", Quest for new legal materials", **The European Journal of International Law**, Vol. 19, No. 5, 2008, pp. 1075-1093.

D'ASPREMONT Jean, "Responsability for Coups d'État in International Law", **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 18, Issue 2, Spring 2010, pp. 451-476.

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, "Etat de droit, droits de l'homme et religions - une mise en perspective France / Iran", **Etat de droit et droits de l'Homme: échanges de points de vue France-Iran**, Collection Presses Universitaires de Sceaux, L'Harmattan, Paris, 2010.

BISHOP William W., "The International Rule of Law", **Michigan Law Review,** Vol. 59, no. 4, 1961, pp. 553-574.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme", **Revue de l'Institut Brésilien de Droits de l'Homme**, S.l., n. 6, juin 2016, pp. 213-218. http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/78>. (Consulté le 16.01. 2018).

CHABO Jean-Luc, "Quelques réflexions sur l'article 21,3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la question de la légitimité démocratique", **Persona y Derecho**, No. 60, 2009, pp. 153-167.

CORTEN Olivier, "L'État de droit en droit international: quelle valeur juridique ajoutée", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008.

DORAN Marie-Christine "Criminalisation de l'Action Collective dans la Crise Actuelle des Droits Humains et Amérique Latine", **Revue Québécoise de Droit International**, Spécial Issue, 2015, pp. 221-246.

EISEMANN Pierre Michel, "L'État de droit en situation de crise", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 431-435.

ERKİNER Hakkı Hakan, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 71, Sayı. 1, 2013, pp. 353-380.

ETIENNE Judicaël, "Le principe de l'équilibre institutionnel, manifestation et condition de l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 249-262.

FORTEAU Mathias, "Existe-t-il une définition et une conception univoques de l'État de droit dans la pratique des organisations régionales ou politiques ? " **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 263-287.

FROUVILLE, Olivier D. "Une conception démocratique du droit international", Revue européenne des sciences sociales, Vol. XXIX, no. 1, 2001, p. 4. https://www.cairn.info/revue-europeenne-des-sciences-sociales-2001-1-page-4.htm, (Consulté le 20.02.2021).

Habib GHERARI, "Le respect de l'État de droit comme élément de la "bonne gouvernance " en droit international économique", **l'État de droit en droit international: Colloque de Bruxelles, la Société française pour le droit international**, Paris, Pédone, 2009, Actes du 42ème colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008.

HAJJAMI Nabil, "La Commission de Venise et la construction d'Etat: l'exemple du Monténégro", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 209-219.

HEUSCHLING Luc, "Le regard d'un comparatiste. L'État de droit dans et au-dela des cultures juridiques nationales", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, tenue à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, Paris, Pédone, 2009.

HUSSON-ROCHCONGAR, Céline, " La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme", **Civitas Europa**, Vol. 37, No. 2, 2016, pp. 183-220.

KABAOĞLU İbrahim Ö., "Supression du régime parlementaire sous l'état d'urgence: Remarques sur la modification constitionnelle "approuvée" par le referandum du 16 avril 2017"**, La revue des droits de l'homme, Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, actualités Droits-Livertés,** 2017.

KELSEN Hans, "Théorie pure du droit", **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 6 N°4, Octobre-décembre 1954. pp. 869-870, http: www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1954_num_6_4_9132 (Consulté le 20.02.2021).

KHOSROKHAVAR Farhad, "L'Iran, la démocratie et la nouvelle citoyenneté", **Cahiers internationaux de sociologie,** 2001/2 (n° 111), pp. 291-317, https://www.cairn.info/revue-cahiers-internationaux-de-sociologie-2001-2-page-291.htm (Consulté le 20.09.2021).

KLEIN Pierre, "L'administration internationale de territoire: quelle place pour l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 385-403.

LALI Armel, "La perception de l'État de droit dans le droit et la pratique de l'Union africaine", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 287-301 (http://archive.ipu.org/idd-f/afr_charter.pdf). (Consulté le 15.06.2021).

LEROUX Nicolas, " La contribution des O.N.G à la promotion et à la garantie de l'État de droit, la Contribution des O.N.G. de femmes au renforcement de l'État de droit: exemples choisis en matière de violence contre les femmes", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 347-361.

MEHDI Rostane, "Le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'Union européenne", **l'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international**, Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 219-239.

MOCKLE Daniel, "Mondialisation et État de droit", Les Cahiers de droit, Vol. 41, no. 2, 2000, pp. 237-288.

MOINE André, " L'État de droit, un instrument international au service de la paix", **Civitas Europa**, 2016/2 (N° 37), p. 65-93. URL: https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-2-page-65.htm (Consulté le 15.06.2021).

NIYUNGEKO Gérard, "Accord de paix, résolutions du Conseil de sécurité et reconstruction des sociétés dans des situations post-conflictuelles: quelle place pour l'État de droit?", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 403-435.

NYS Ernest, "L'État et la Notion de L'État - Aperçu Historique", **Revue de Droit International et de Législation Comparée**, Vol. 3, 1901, pp. 418-436.

OLINGA Alain Didier, "L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain", **Revue de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**, Vol. 6, No. 2, 1998, pp. 57-80.

OLINGA Alain Didier, "La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples", **La Revue des droits de l'homme**, no. 6, 2014, https://journals.openedition.org/revdh/953?gathStatIcon=true&lang=en, (Consulté le 12.05. 2021).

OUEDRAOGO Yakouba, "Retour sur une décision controversée: l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015", CDP et autres c/ État du Burkina", **Open Edition Journals, Les Annales de droit**, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 10/2016 (http://journals.openedition.org/add/342, (Consulté le 12.07.2021).

SANDOZ Yves, "Les situations de conflits armés ou d'occupation: quelle place pour l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 361-385.

SICILIANOS Linos-Alexandre, "Le respect de l'État de droit comme obligation internationale", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008.

SINOU Despina, "Le respect de l'État de droit comme condition de participation à l'Union européenne", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Paris, Pédone, 2009, Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, pp. 239-249.

SOMA Abdoulaye, "Le Crime International de Changement Anticonstitutionnel de Gouvernement", **Swiss Review of International and European Law**, Vol. 26, no. 3, 2016, p. 417-442. HeinOnline, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sriel2016&i=431. (15.06.2021).

SPIELMANN Dean, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'État de droit", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, Paris, Pédone, 2009, pp. 179-188.

TKATOVA Rima, "Les particularité du développement de l'État de droit dans la Communauté des Etas indépendants", **L'État de droit international: colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international,** Actes colloque de la Société française pour le droit international tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 2008, tenu à Bruxelles du 5 au 7 juin 200, Paris, Pédone, 2009, pp. 301-346.

Jorge Aragón TRELLES/Carlos Eduardo Pérez CRESPO, "État de droit, qualité de la démocratie et gouvernance démocratique au Pérou", **Droit et cultures**, No. 62, 2011, pp. 61-76.

VAN DER WILT H., "Unconstitutional Change of Government: A New Crime within the Jurisdiction of the African Criminal Court", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 30, no. 4, 2017, pp. 967-986.

III- Textes internationaux

Charte des Nations Unies. San Francisco, 26 juin 1945.

Statut de la Cour internationale de Justice. San Francisco, 24 octobre 1945.

Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées. New York, 21 novembre 1947.

Déclaration universelle des droits de l'Homme.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 1950.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, New York, 2 décembre 2004.

Convention européenne sur l'Immunité des Etats, STCE no.: 074, Traité ouvert à la signature des Etats membres et à l'adhésion des Etats non membres, son entrée en vigueur: le 11 juin 1976.

Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté par l'Assemble de Union africaine, lors de 23ème session ordinaire, en date du 26 et 27 Juin 2014 Malabo, en Guinée équatoriale. (dit "Protocole de Malabo").

Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, des règlements des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, adopté par les Chefs d'Etat et de gouvernement de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), le 21 Décembre 2001, à Dakkar.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Rome, 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002.

Union africaine, le Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, adopté par l'Assemble de Union africaine, lors de 23ème session ordinaire, en date du 26 et 27 Juin 2014 Malabo, en Guinée équatoriale.

IV- Résolutions et Rapports

Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne "Mieux légiférer", JO L 123 du 12.5.2016, p. 1-14, paragr. 25.

Annuaire de la Commission du droit international 2008, Volume II, Document A/63/10* Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008.

Communication de da Commission au Parlement Européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit, /* COM/2014/0158 final */, 11 mars 2014, paragr. 4.1.

Déclaration de Harare du 20 Octobre 1991, adoptée par les Chefs des gouvernements des EtatsCommonwealth,1991, adopté à la 36ème session de l'Organisation de l'Union Africaine (l'OUA), tenue à Togo du 10 au 12 juillet 2000.

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commıssıon), Strasbourg, 13 March 2017, Opinion No. 875/2017, CDL-AD(2017)005-e:Turkey, Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017).

Rapport annuel du Secrétaire Général de L'ONU du 29 juillet 201, Doc. No: 3 A 68/213, Renforcement et coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit.

Rapport de la Commission du droit international 160ème session, A/CN.4/SER.A/2008/Add. 1. (Part2), Annuaire de la Commission 2008, Vol. II, p.158, paragraphes du 341 au 344.

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session, p. 158.

Rapport du Secrétaire général du 16 Mars 2012, A/66/749, "Rendre la justice: programme d'action visant à renforcer l'état de droit aux niveaux national et international".

Résolution 1115 (1997) adoptée par l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe le 29 janvier 1997 et modifiée ensuite par les Résolutions 1431 (2005), 1515 (2006), 1698 (2009), 1710 (2010) et 1936 (2013).

Résolution 2121 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sur le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie, 2016.

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 24 septembre 2012, (67/1.) Déclaration de la réunion de Haut Niveau de l'Assemblée générale sur l'État de droit aux niveaux national et international, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/1 (Consulté le 11.09.2021).

Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 8 novembre 2007, A/RES/62/7.

Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution sur "La situation au Honduras: effondrement de la démocratie" du 30 juin 2009, A/RES/63/301.

Résolution du 16 septembre 2005 de l'Assemblée générale des Nations Unies, Document final du Sommet mondial de 2005, A/60/1, §135.

Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux (2015/2254(INL)).

Résolution no. 1566 (2004) du Conseil de Sécurité de l'ONU.

V- Jurisprudence internationale

CEDH

Belcacemi et Oussar c. Belgique, no. 37798/13, 11 juillet 2017.

Bellet c/ France, 4 décembre 1995

Delfi AS c. Estonie [GC], no. 64569/09, §131, CEDH 2015.

Handyside c. Royaume-Uni du 7 décembre 1976.

Huvig/France, 24 avril 1990

Koudechkina c. Russie, no. 29492/2005, 26 février 2009.

Moreira Ferreira c. Portugal (no. 2), requête no 19867/12.

Morice c. France [GC], no. 29369/10, §124, 23 avril 2015.

Perinçek c. Suisse [GC], no 27510/08, §196, CEDH 2015.

Salabiaku/France, 7 octobre 1988

CIJ

Nicaragua c. Etats Unies, arrêt du 27 juin 1986 (fond), CIJ Recueil 1986.

CJUE

Conseil / Commission (C-409/13), arrêt du 14 avril 2015.

Efler E.A. / Commission (T-754/14), arrêt du 10 mai 2017.

Bundesrepublik Deutschland contre Kaveh Puid, l'affaire C-4/11, Arrêt de la Cour (GC) du 14 novembre 2013, non encore publiée au Recueil, point 36.

N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres (C-493/10) contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform, arrêt de la Cour (GC) du 21 décembre 2011, non encore publiées au Recueil, points 94 et 106.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Tangayika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie, La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, arrêt du 14 juin 2013.

VI- Autres

Amnesty International, "Incidences juridiques et institutionnelles de l'élargissement du champ de compétence et de la fusion de la Cour africaine, un aperçu", Londre, Index: AFR01/3063/2016.https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR0161372017FRENCH.PDF

VII- Documentation électronique

https://www.un.org/ruleoflaw/fr/un-and-the-rule-of-law

http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/66/749

http://www.un.org/fr/ga/67/meetings/hlm_rol.shtml

https://www.unodc.org/unodc/fr/drug-trafficking/mexico-central-america-and-the-caribbean.html.

https://www.un.org/ruleoflaw/blog/2016/06/13887/

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//FR#BKMD-20

http://fr.african-court.org/images/Cases/Decision/DECISION-%20Requete%20%20No%20009-011-2011-%20Rev%20Christopher%20Mtikila%20v.%20Tanzania.pdf

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016Q0512%2801%29

https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=fr

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html#_ftnref1

htts://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896FD68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf

http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf

https://journals.openedition.org/revdh/953?gathStatIcon=true&lang=en

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1565-1599

İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN UNUTULMA HAKKI(*)

Doç. Dr. **Çağla TANSUĞ**(**)

Öz: Unutulma hakkının doktrin ve yargı kararları tarafından ortaya konan tanımı ve içeriği konusunda görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Bu belirsizliğe karşın, Türk hukuk doktrininde unutulma hakkını konu alan çalışmalar kişilik hakları, insan hakları hukuku ve kişisel verilerin korunması hukuku alanlarında yoğunlaşmıştır. Konunun idare hukuku perspektifinden incelenmesinde ise isabet vardır. Zira, idarenin büyük miktarda (kişisel) veri işlediği ve bu verileri de kullanarak bireyler üzerinde hukuki sonuç doğuran işlemleri tek taraflı tesis etme yetkisine sahip olduğu düşünüldüğünde, unutulma hakkının farklı görünümlerinin, idari faaliyetler kapsamında işlenen veriler için uygulanıp uygulanamayacağı önem taşımaktadır. Bu amaçla bu çalışmada unutulma hakkı, İnternet arama motorları tarafından listelenen sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin dar anlamıyla ve verilerin ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesine ilişkin geniş anlamıyla idare hukuku perspektifinden ele alınmaktadır. Her iki başlık altında da öncelikle, hakkın ilgili görünümünün içeriğinin açıklığa kavuşturulmasına yönelik belirlemelere yer verilmektedir. Daha sonra, idari faaliyetler kapsamında işlenen veriler bakımından uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Unutulma hakkının idare karşısında ileri sürülmesinden olumlu sonuç alınamayacağı düşünülen durumlar için ise, bu haktan beklenen faydanın elde edilebilmesine yönelik olarak, yürürlükteki mevzuattan hareketle çözüm önerileri ile ilgili mevzuatta değişiklik önerileri getirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Unutulma Hakkı, Kişisel Verilerin Korunması, İdare Hukuku, Devlet Arşivleri, Açık Devlet Verisi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2021 - Makale Kabul Tarihi: 17.12.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-2243-7129; *ctansug@gsu.edu.tr*).

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN FROM ADMINISTRATIVE LAW PERSPECTIVE

Abstract: There is no consensus on the definition and content of the right to be forgotten set forth by doctrine and judicial decisions. Despite this uncertainty, studies on the right to be forgotten in Turkish legal doctrine have concentrated on the fields of personal rights, human rights law, and personal data protection law. However, administration processes huge amount of data and unilaterally carries out actions having legal consequences. In the circumstances, it is important whether the right to be forgotten can be implemented for the data processed within the scope of administrative activities. For this purpose, the right to be forgotten is analysed from administrative law perspective in its narrow sense of removing the results listed by the İnternet search engines from the index and in its broad sense of removing the data from the relevant environment or deleting it from the source. Under both headings, firstly the content and then, the applicability of the relevant aspects of the right within the scope of administrative activities are discussed. For the cases where a positive result cannot be obtained, solution suggestions using the legislation in force in Turkish law and amendment suggestions for the relevant legislation are provided.

Keywords: Right to be Forgotten, Personal Data Protection, Administrative Law, State Archives, Open Government Data.

GİRİŞ

Unutulma hakkının, hukuk literatüründe ilk kez 1966 yılında Fransız hukukunda ("*droit à l'oubli*") yer bulduğu ve 1985'te de İtalyan hukukunda verilmiş bir mahkeme kararında ("*dritto all'oblio*") terim olarak anıldığı[1] belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, İnternet kullanımının yaygınlaştığı yıllardan uzun zaman önce terim olarak hukuk literatürüne girdiği anlaşılan bu hak, İnternet kullanımının pek çoğumuz için gündelik hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmesiyle birlikte sıklıkla sözü edilir hale gelmiş ve çok daha teknik bir anlam da kazanmıştır.

"*Bireyin geçmişinin gündeme getirilmemesi hakkı*"[2] olarak da anılabilecek unutulma hakkının, insanların doğdukları andan başlayarak kişisel verilerinin

---

1 SALİHPAŞAOĞLU Yaşar / DEĞİRMENCİOĞLU Burcu, "Unutulma Hakkının Bir "İnsan Hakkı"na Dönüşme Yolculuğu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S. 2, Mayıs 2020, s. 364.

2 PINO Giorgio, "The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights", **The Harmonisation of European Private Law**, Ed. Mark Van Hoecke, François Osts, Portland, Hart, 2000, s. 236 *aktaran* SÖZÜER Eren, **İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, Ulusal Tez Merkezi tez no. 467359, https://tez.yok.gov.tr, s. 6.

mekanik araçlarla ve/veya bilgisayarlar kullanılarak kayıt altına alındığı, dosya dolaplarında, sunucularda (*server*) veya bulut teknolojileri kullanılarak saklandığı, aktarıldığı ve pek çok kişi bakımından da (hatta İnternet kullanıcısı olmayan kişiler için bile) İnternet üzerinden kamuya açık şekilde erişilebilir olabildiği düşünüldüğünde, herkes için önem taşıması ve ülkemizde de görüldüğü gibi pek çok bilimsel çalışmaya konu edilmesi şaşırtıcı değildir. Zira, unutulma hakkının koruduğu temel değerler arasında, insan onuru kavramından hareketle ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı kapsamında, bireyin hayatını dış etkenlere göre değil, sahip olduğu muhakeme gücü doğrultusunda şekillendirmesini ifade eden kişisel özerklik[3] ön plandadır.

Gerçekten, unutulma hakkı, geçmişe ilişkin kişisel verilerin silinmeksizin ve devamlı yenileri eklenerek kayıt altında tutulması, bu verilerin kolayca erişilebilir ve çeşitli şekillerde kullanılabilir olması gibi nedenlerle bireyin gelişiminin geçmişi tarafından engellendiği, dolayısıyla kişisel özerkliğinin zayıfladığı durumlarda, bireye yeni bir başlangıç yapma imkânı tanıyan bir hukuki çare olarak karşımıza çıkmaktadır.[4] Nitekim unutulma hakkı, bireyin kişisel verileri üzerinde sahip olduğu otonomiyi ifade eden "*enformasyonel*" özerkliğin bireye tanıdığı kontrol yetkisinin bir görünümüdür.[5] Çünkü bireyin, ancak kişisel verileri üzerine bu tür bir otonomiye sahip olması halinde hayatını dış etkenlere göre değil, sahip olduğu muhakeme gücü doğrultusunda şekillendirmesi tam anlamıyla mümkün olabilecektir.[6]

Ülkemizde de İnternet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte artan düzenleme ihtiyacını karşılamak amacıyla diğer kanunlara eklenen hükümlerin yanı sıra, Resmî Gazete'de yayımlandığı 2007 yılından bu yana pek çok değişikliğe uğrayan 5651 sayılı Kanun, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının anayasal güvenceye kavuşmasını sağlayan Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*"

---

3 SÖZÜER, ss. 7-9.

4 SÖZÜER, ss. 9-10.

5 Kişisel verilerin korunması bağlamında "enformasyonel özerklik" ya da "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı" (*informational self-determination*) ilk olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından Nüfus Sayımı Kanunu'na ilişkin olarak 15.12.1983 tarihinde verilen kararda, "kişinin kendi kişisel verisinin kullanımı ve ifşasına ilişkin genel prensipleri tespit etme hakkı" olarak ifade edilmiştir (SÖZÜER, ss. 9-11).

6 Nitekim unutulma hakkının hayata geçirildiği durumlarda da uygulandığı görülen veri asgarîleştirme ve azami muhafaza sürelerinin sınırlanması gibi kişisel veri işleme ilkeleri de esasen enformasyonel özerklik kavramına dayanmaktadır (SOYSAL Tamer, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 7, Sayı. 13, Haziran 2019, s. 344; SÖZÜER, s. 11).

başlıklı 20'nci maddesine 2010 yılında eklenen ve "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir*" hükmünü de içeren üçüncü fıkra[7] ve yine 2016 yılında yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gibi düzenlemeler sonucunda, kişisel verilerin korunması alanında karşı karşıya olunan çok ciddi sorunların bir bölümü kısmen aşılırken[8], doktrinin de konuya olan ilgisinde ciddi şekilde artış gözlemlenmiştir.

Yargı kararlarındaki farklı yaklaşımların yanı sıra[9], varlığının dahi sorgulandığı tartışmalar uzun yıllardır süregelen[10] bu hakkın, "*unutulma hakkı, bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesidir*"[11] şeklinde tanımlanmasının, benzer içerikteki diğer haklardan ayırt edilmesini sağlayan unsurları vurgulamak bakımından da isabetli olduğu düşünülmektedir.

Nitekim, unutulma hakkına konu edilen veri veya bilginin yayınlandığı/ilan edildiği tarihte "hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikte" olması gerektiği önemle vurgulanmalıdır. Bu durumda, kişiler hakkındaki gerçek dışı veya gerçek olduğu hukuken kanıtlanamayan ya da hukuka aykırı surette yayılmış veya kaydedilmiş veri veya bilgilerin erişimden kaldırılmasına, kayıtlardan silinmesine yönelik talepler, unutulma hakkının konusunu oluşturamayacaktır. Kaldı ki kişiler hakkında yayınlanmış veya ilan edilmiş gerçek dışı bilgilerin düzeltilmesinin sağlanması için "*kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayın-*

---

7 Anayasa'nın yukarıda anılan 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir: "(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" (https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5, Erişim Tarihi: 20.09.2021)

8 Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına özgü sınırlama sebeplerinin Anayasa'nın 20'nci maddesine 3'üncü fıkrasında düzenlenmemiş ve getirilen hükümle, bu sebepleri belirleme yetkisinin bir anayasal çerçeve bulunmaksızın yasa koyucuya bırakılmış olması isabetsizdir (TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği", **Legal Hukuk Dergisi**, Eylül 2010, s. 3155).

9 Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında unutulma hakkına, aşağıdaki yer alan II/1 numaralı, Unutulma Hakkı Kapsamında Verilerin İlgili Erişim Ortamından veya Kaynaktan Silinmesine İlişkin Belirlemeler başlığı altında değinilecektir.,

10 KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 256.

11 SÖZÜER, s. 6.

lar yapılması hallerinde" düzeltme ve cevap haklarının olacağı 1982 Anayasası'nın (Anayasa) 32'nci maddesinde belirtilmiş ve konuyla ilgili düzenlemelere 5187 sayılı Basın Kanunu'nda[12] yer verilmiştir. Yine Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17, "*Kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19 ve "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20'nci maddeleri ışığında, İnternet ortamında yapılan ve kişilik haklarını ihlal ettiği iddia edilen yayın içeriklerinin yayından çıkarılması ve/veya bunlara erişimin engellemesi ile özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddia edilen yayın içeriklerine erişimin engellenmesi konusundaki düzenlemeler 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da[13] yer almıştır. İdarenin kayıtlarındaki verileri de kapsayan şekilde, doğru ve güncel olmayan kişisel verilerin düzeltilmesine ilişkin olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda[14], kişisel verilerin hukuka aykırı surette yayılmasının engellemesine yönelik olarak ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu[15] ile yine 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda[16] düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla, pozitif hukukumuzda halihazırda mevcut düzenlemelere dayanılarak ileri sürülebilecek iddialar ve varılabilecek hukuki sonuçlar için içeriği ve hatta varlığı dahi sorgulanabilen unutulma hakkından hareket etmek tutarlı olmayacaktır.

Bu doğrultuda, Türk hukuk doktrininde unutulma hakkını konu alan özellikle tez çalışmalarının özel hukuk perspektifinden kişilik hakları[17] ve

---

12 *Bkz.* 5187 sayılı Basın Kanunu'nun (RG. 26.06.2004-25504) "Düzeltme ve Cevap" başlıklı 14'üncü maddesi.

13 *Bkz.* 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un (RG. 23.05.2007-26530) "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9'uncu maddesi ile "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" başlıklı 9/A maddesi.

14 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (RG. 07.04.2016-29677) uyarınca "doğru ve gerektiğinde güncel" kişisel veri işleme ilkesine uyulması zorunlu olup [6698 sayılı Kanun md.4/2/(b)], kişisel verilerin sahibi olan "ilgili kişi", "kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme" hakkına sahiptir [6698 sayılı Kanun md.11/1/(d)].

15 *Bkz.* 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (RG. 12.10.2004-25611) "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" başlıklı 136'ncı maddesi.

16 Bkz. 6698 sayılı Kanun'un "Kişisel verilerin aktarılması" başlıklı 8, "Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması" başlıklı 10, "Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler" başlıklı 12, "Suçlar" başlıklı 17 ve "Kabahatler" başlıklı 18'inci maddeleri.

17 Konuyla ilgili tez çalışmaları için *bkz*. MAHMUTOĞLU Hande, **Kişilik Hakkı Çerçevesinde Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

kamu hukuku perspektifinden insan hakları hukuku[18] ile daha spesifik olarak kişisel verilerin korunması hukuku[19] alanlarında yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Ancak bilindiği gibi, idare de büyük miktarda (kişisel) veri işlemekte ve yine bu verileri de kullanarak bireyler üzerinde hukuki sonuç doğuran (idari) işlemleri, tek taraflı olarak tesis etme yetkisini haiz bulunmaktadır. Yine hukuk sistemimizde, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulama alanında kural olarak, idari birimler de veri sorumlusu olarak yer almaktadır. Bu durumda, unutulma hakkının idari faaliyetler çerçevesinde işlenen veriler için kabul görmesinin, "idarenin unutması" talep edilen verilerin sahibi olan bireyler bakımından olumlu sonuçlar doğurabileceği açıktır.

İdari faaliyetler çerçevesinde işlenen kişisel verilere ilişkin olarak unutulma hakkına dayanan taleplerin idare karşısında ileri sürüldüğü varsayı-

---

2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 690801, https://tez.yok.gov.tr; TURAN Ayşe Melek, **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, Ulusal Tez Merkezi tez no. 530061, https://tez.yok.gov.tr; TURGUT Cemile, **Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 676248, https://tez.yok.gov.tr; YILDIZ Tuba, **Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 568237, https://tez.yok.gov.tr; YILMAZ Çiğdem, **Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 608466, https://tez.yok.gov.tr.

[18] Konuyla ilgili tez çalışmaları için *bkz*. AKYÜZ BİLGE Canan, **Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 556001, https://tez.yok.gov.tr; KANÇAL Ezgi, **Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 680898, https://tez.yok.gov.tr; SÖZÜER Eren, **İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, Ulusal Tez Merkezi tez no. 467359, https://tez.yok.gov.tr; TEKİN Gökberk, **Anayasa Hukuku Açısından Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, Ulusal Tez Merkezi tez no. 632293, https://tez.yok.gov.tr; YAVUZ Can, **Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Ulusal Tez Merkezi tez no. 431387, https://tez.yok.gov.tr.

[19] Konuyla ilgili tez çalışmaları için *bkz*. KABADAYI Elif Sinem, **Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 672299, https://tez.yok.gov.tr, ÖZ DEMETOĞLU Gizem, **Türk ve AB Veri Koruma Hukuku Bağlamında Blok Zincir Teknolojisinde Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 577805, https://tez.yok.gov.tr; TOK GÖKHAN, **İnternette Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, Ulusal Tez Merkezi tez no. 633233, https://tez.yok.gov.tr.

mında, konu idare hukukunun temel prensiplerinden hareketle hızlıca düşünülecek olursa, idarenin kişisel verileri kayıt altına alarak işlemesinin her zaman için kamu yararı amacına hizmet ettiği, nitekim idarenin bu alandaki görev ve yetkilerinin kaynağını Anayasa'da, kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bulduğu akla gelecektir. Dolayısıyla, yargı kararlarının uygulanması amacıyla tesis edeceği işlemler hariç, idarenin kaydettiği verileri ancak ilgili mevzuatta kendisine verilmiş bir yetkiyi kullanarak "unutabileceği" de açıktır. Bu durumda ilk anda varılan sonuç, idari faaliyetler kapsamında işlenen veriler bakımından unutulma hakkının kabul görmesinin hukuken mümkün olmadığıdır.

İşte tüm bu hususlardan hareketle bu çalışma, unutulma hakkının idare hukuku alanındaki olası görünümünü bütünsel bir yaklaşımla incelemeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda unutulma hakkı, İnternet arama motorları tarafından listelenen sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin dar anlamıyla (I) ve verilerin ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesine ilişkin geniş anlamıyla (II) idare hukuku perspektifinden ele alınacaktır. Unutulma hakkına konu edilebilecek olmakla birlikte, idarenin özel hukuk işlemleri çerçevesinde işlediği veriler ile kamu kurum ve kuruluşlarının idari fonksiyonları dışında kalan faaliyetleri kapsamında işledikleri veriler, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

I. İDARE KARŞISINDA DAR ANLAMDA UNUTULMA HAKKI: İNTERNET ARAMA MOTORLARI TARAFINDAN LİSTELENEN SONUÇLARIN İNDEKSTEN ÇIKARILMASI

Özel güvenlik teknikleriyle korunanlar dışındaki her türlü bilginin kalıcı olarak saklandığı İnternet ortamı, gerek bu bilgilere erişimin herhangi bir zamanda ve coğrafyada kolaylıkla sağlanabiliyor olması, gerek bu bilgilerin sıklıkla bağlamlarından kopuk ya da bağlamları dışında da anlaşılmaya açık olarak ortaya konabiliyor olması nedeniyle[20] bireyler açısından olumsuz sonuçlara yol açmaya fazlasıyla elverişlidir. Gerçekten teknolojik ilerlemenin, sağladığı imkanlar kadar, doğurduğu risklerin de çeşitli olduğu günümüzde, İnternet arama motorlarında ad ve soyadı bilgileri kullanılarak yapılan amalar sonucunda, ilgili kişiye ilişkin, gerçek nitelikte, uzun süre önce İnternet ortamına yüklenmiş, günümüzde güncelliğini kaybetmiş ve toplum tarafından öğrenilmesi ya da hatırlanması istenmeyen bilgilerin yer aldığı İnternet

[20] SÖZÜER, s. 14.

sayfası adreslerinin halen listeleniyor olması, bu kişilerin zarar görmesine neden olabilmektedir.

İşte yargı kararlarıyla ortaya konan ve bu çalışma kapsamında "dar anlamda unutulma hakkı" olarak nitelendirilen, İnternet arama motorları tarafından listelenen ve belirli koşulları taşıyan sonuçların indeksten çıkarılmasını talep etme hakkının öncelikle özelliklerine değinilecek (1), daha sonda bu hakkın idari faaliyetler kapsamında işlenen verileri içeren arama sonuçları için ileri sürülebileceği durumlara ilişkin örnekler ile bunların idare tarafından hukuken kabul görüp göremeyeceği (2) tartışılacaktır.

1. Arama Sonuçlarının İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Belirlemeler

Doktrinde unutulma hakkı başlığı altında sıklıkla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2014 yılında verdiği, "Unutulma Hakkı Kararı" olarak anılan ancak karar metninde "unutulma hakkı" teriminin de hakkın tanımının da yer almadığı *Google* / İspanya[21] kararına atıf yapılmakta ve bu karardan hareketle, bireylerin İnternet arama motorlarından kendileriyle ilgili kişisel verilerin yer aldığı bağlantıların kaldırılmasını isteme hakkı[22] ele alınmaktadır. Bu kararda, kişinin adı ve soyadı kullanılarak İnternet arama motoru üzerinde yapılan arama sonucunda listelenen 1998 yılına ilişkin bilgilerin toplum tarafından halen erişilebilir halde tutulmamasından sağlayacağı faydanın, kural olarak, arama motoru şirketinin elde edeceği ekonomik faydaya da toplumun söz konusu bilgiye erişimden sağlayacağı faydaya da ağır basacağı tespit edilmektedir. Ancak hakkında İnternette arama yapılan kişinin kamusal hayattaki rolü gibi nedenlere kamunun üstün menfaatinin mevcut olduğu durumlarda, ilgili kişinin temel haklarına yapılan müdahalenin meşru hale geleceği de belirtilmektedir.[23] Mahkeme, bu hakkın mutlak bir hak olmadığını, düşünceyi açıklama özgürlüğü, basın özgürlüğü gibi bazı temel haklarla denge kurularak hayata geçirilmesi gerektiğini de ifade etmiştir.[24]

Ülkemizde ise Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (Kurul) tarafından "*Kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda*

---

[21] CJUE, Affaire C-131/12, Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, 13.05.2014, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN (Erişim tarihi: 16.09.2021).

[22] KÜZECİ Elif, ss. 256-257 ve s. 451.

[23] CJUE, Affaire C-131/12, §99.

[24] KÜZECİ Elif, s. 258.

çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına yönelik talepler"le ilgili olarak verilen karar[25], unutulma hakkına ve 6698 sayılı Kanun ile ilgili mevzuatta yer bulan "silme hakkı"na da gönderme yaprak, Kurulun konuya ilişkin belirlemelerini ve konuya ilişkin şikayetleri değerlendirirken öncelikli olarak dikkate alacağı kriterleri[26] ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda Kurul, arama motoru işletmecisinin "*otomatik, düzenli ve sistematik olarak İnternette yayınlanan bilgiyi bulduğu[nu], daha sonra kendi indeksleme programları çerçevesinde alıp, kaydedip, organize ettiği[ni] kişisel verileri arama sonuçlarının listesi formunda düzenlediği[ni], sunucuları üzerinde sakladığı[nı], belirli durumlarda açıkladığı[nı] ve kullanıcılarına sunduğu[nu]*" dikkate alarak, yapılan bu faaliyetleri 6698 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi kapsamında 'kişisel veri işleme" faaliyeti olarak kabul etmektedir.

Bu çalışmada "dar anlamla unutulma hakkı" olarak adlandırılan hakkın hayata geçirilmesine ilişkin olarak ise Kurul, "*İlgili kişinin arama motorları üzerinden kendi adı ve soyadı ile yapacağı bir arama sonucunda gösterilen sonuçların indeksten çıkarılmasına yönelik taleplerin değerlendirilmesinde, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile kamunun söz konusu bilgiyi edinmesinden sağlayacağı menfaatler arasında bir denge testi yapılması, yarı-*

---

[25] Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "**Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı**", https://kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481 (Erişim tarihi: 05.09.2021)

[26] Anılan karar ekinde, "Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınacak Kriterler", her bir kritere ilişkin açıklamaların yer aldığı bir metin halinde yayımlanmıştır. Kurul ilgili kriterleri sıraladığı ve açıkladığı bu metinde, söz konusu kriterlerin arama sonuçlarının indeksten çıkarılmasına ilişkin olarak arama motorlarına yöneltilen taleplerin reddi üzerine Kurula yapılan şikayetlerin değerlendirilmesinde "öncelikli olarak dikkate alınacak kriterler" olarak belirlenmiş olduğuna, ihtiyaç duyulması halinde güncellenebileceklerine ve veri sorumlularına yapılacak başvuruların değerlendirilmesinde de dikkate alınmalarında yarar görüldüğüne işaret etmiştir. İlgili kriterler şöyledir: İlgili kişi kamusal yaşamda önemli bir rol oynuyor mu?, Arama sonuçlarının öznesi bir çocuk mu?, Bilginin içeriği doğru mu?, Bilgiler kişinin çalışma hayatı ile mi ilgili?, Arama sonuçlarında yer alan bilgi ilgili kişi hakkında hakaret, onur kırıcı, iftira niteliği taşıyor mu?, Arama sonuçlarında yer alan bilgi özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıyor mu?, Arama sonuçlarında ulaşılan bilgi güncel mi?, Arama sonucunda ulaşılan bilgi kişi hakkında önyargıya sebep oluyor mu?, Arama sonucunda yer alan bilgi kişi açısından bir risk doğuruyor mu?, Bilgi kişinin kendisi tarafından mı yayımlandı?, Orijinal içerik gazetecilik faaliyeti kapsamında işlenen verileri mi kapsıyor?, İlgili kişiye ilişkin bilgilerin yayımlanmasında yasal bir zorunluluk var mı?, İlgili kişiye ilişkin bilgi ceza gerektiren bir suçla mı ilgili? (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "**Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınacak Kriterler**", https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/68f1fb19-5803-4ef8-8696-f938fb49a9d5.pdf, Erişim tarihi: 05.09.2021).

şan menfaatlerden hangisinin ağır bastığının gözetilmesi ve bu değerlendirme yapılırken öncelikli olarak aşağıda belirtilen linkte yer verilen açıklamaların dikkate alınması ancak bu konudaki şikâyetlerin değerlendirme sürecinde dikkate alınacak kriterlerin bunlarla sınırlı olmayacağı, her somut olay özelinde Kurulca ilave ölçütlerin de gündeme gelebileceği" ifadelerine yer vermiştir.

Bu karar, Kurul'un "*unutulma hakkının, Anayasanın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile 6698 sayılı Kanunun 4'üncü, 7'nci ve 11'inci maddelerinde ve Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 8'inci maddesinde yer verilen düzenlemelerle iç hukukumuz açısından karşılanabileceği ve ayrı bir hak olarak tanımlanmasına gerek olmadığı*" yönündeki tespiti bakımından özellikle dikkat çekicidir.

Kurul'un bu kararı, "*ayrı bir hak olarak tanımlanmasına gerek olmaksızın*", unutulma hakkından beklenen faydanın halihazırda yürürlükteki mevzuat çerçevesinde karşılanabileceğini tespit etmiş, indeksten çıkarılması talep edilen bilgilerin içeriğinin "doğru" olması halinde de değerlendirme yapılmasına kapı açmış ve verinin yayınlanmasının üzerinden geçen sürenin ("*politikacılara veya kamuoyunca tanınan kişilere ilişkin veriler ya da tarihsel ve bilimsel veriler üzerinde*"ki etkisi sınırlı olmak üzere) değerlendirmede dikkate alınacağını belirtmiş olması bakımından önem taşımaktadır.

2. İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenen Verileri İçeren Arama Sonuçlarının İdare Tarafından İndeksten Çıkarılması İhtimali

Yukarıda yer alan belirlemeler ışığında, kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasının idare karşısında ileri sürülebilmesi için ilk akla gelen ihtimal, idarenin sahip olduğu bir İnternet arama motorunun bulunması ve bu motordaki ilgili arama sonuçlarının indeksten çıkarılmasının idareden talep edilmesi olsa gerektir. Ancak ülkemizde idarenin sahip olduğu bir arama motoru tespit edilemediğinden, söz konusu talebin idareye yöneltilmesi fiilen mümkün görünmemektedir.

Bununla birlikte, idare bünyesindeki kamu kurum ve kuruluşlarının İnternet sitelerinin çoğunda, kişilerin ad ve soyadlarıyla site içi arama yapmaya herhangi bir engel bulunmamakta olup, arama sonuçları da listelenmektedir. Bu kapsamda, idare de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na ve bu alana ilişkin diğer mevzuata kural olarak tabi olduğundan, bir

kişinin adı ve soyadı kullanılarak ilgili idari birimin web sitesindeki dahili arama motoru üzerinden yapılan arama sonucunda, ilgili kişinin (varsa) söz konusu kurum kayıtlarındaki bilgilerine ulaşılamayacağı açıktır.[27] Ancak web sitesine hukuka uygun surette yüklenmiş bilgileri içeren arama sonuçlarıyla karşılaşılabilecektir. Örneğin bir bakanlığın, üniversitenin veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun İnternet sitesi içinde, bu birimlerde yöneticilik görevi yapmış kişilerin (kişisel veri niteliğini haiz) ad ve soyadı bilgileriyle arama yapıldığında, görev süreleri boyunca resmi temaslarda bulundukları gerçek kişilerin ad ve soyadı bilgilerinin, toplantılar sırasında çekilmiş fotoğraflarının yer aldığı kurumsal web sayfalarının adresleri listelenebilmektedir.

Bu durumda, ilgili kamu görevlileri tarafından ileri sürülmesi (sahip oldukları toplumsal rol ve onlara ilişkin bilginin erişilebilir olmasından sağlanacak kamu yararının ağırlıklı olması nedeniyle) kabul görmeyecek olmakla birlikte, resmi temaslara katılan diğer kişilerin kendi kişisel verilerinin yer aldığı haber ya da duyurulara ilişkin arama sonuçlarının, ad-soyad verileriyle yapılan site içi arama sonuçları listesinden çıkarılması taleplerinin, idare tarafından kabul görüp görmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Hatta benzer bir sorunun, şifreli giriş yapılmaksızın herkes tarafından erişilebilir olan T.C. Resmî Gazete İnternet sayfasında (resmigazete.gov.tr) ad ve soyadı bilgileri kullanılarak yapılabilecek arama sonuçları bakımından da yöneltilebilmesi ihtimal dahilindedir.

Bu sorular karşısında indeksten çıkarılma hakkı bakımından verilecek cevap öncelikle, kurumsal web siteleri içinde yer alan "dahili" arama özelliğinin, "harici" İnternet arama motoru niteliği taşıyıp taşımadığının[28], başka bir deyişle, site içi arama özelliğinin, hakkında arama yapılan kişi bakımından bir İnternet arama motorunun neden olduğu sonuçlarla aynı nitelikte hukuki sonuç-

---

[27] Bu noktada, idare tarafından mhrs.gov.tr, e-nabiz.gov.tr gibi internet siteleri üzerinden sunulan ve özel nitelikli kişisel verileri de içeren kişisel sağlık hizmetlerine veya e-Devlet Kapısı (www.turkiye.gov.tr) üzerinden sunulan ve sıklıkla kişisel veri içeren diğer kamu hizmetlerine erişim, verilerin sahibi olan kişilerin ilgili uygulamalara güvenlikli (şifreli) girişiyle sağlandığından, bu tür internet siteleri üzerinde yapılan arama sonuçlarının yukarıda bahsedilen durum kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir. Kaldı ki söz konusu internet sitelerine şifreli giriş yapıldığından ve bu siteler üzerinde kişinin kendisine ilişkin olarak yaptığı arama sonuçlarını da diğer kişilerin görmesi fiilen imkânsız olduğundan, söz konusu arama sonuçlarının dar anlamda unutulma hakkının konusunu oluşturacak nitelik taşımadığı da açıktır.

[28] YAVUZ Can, Unutulma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Ulusal Tez Merkezi tez no. 431387, https://tez.yok.gov.tr, s. 182.

ların doğmasına yol açıp açamayacağının tespitine bağlıdır. Konuyla ilgili olarak Avrupa Birliği hukukunda, web sitelerinin dahili arama motorlarının "harici" arama motoru niteliğinde olmadığı, zira dahili arama motorlarının sadece ilgili web sitesinin içindeki bilgiler arasında arama yapabildiği ve aynı kişi hakkında farklı web sitelerinde dahili arama yapıldığı takdirde dahi, dahili arama motorlarının kişinin tam profilini derleyemediği, dolayısıyla arama sonuçlarının söz konusu kişi üzerinde ciddi bir etkisi olmayacağının 2014 yılında ifade edildiği görülmektedir.[29] Halen geçerliliğini koruyan bu tespitlerden hareketle, idare bünyesindeki kurumsal web sitelerinde ad ve soyadı verileri kullanılarak yapılan site içi arama sonuçlarının, sonuç listesinden çıkarılmasına yönelik taleplerin kabul görmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Ne var ki idareye bu konuda yetki veren bir düzenleme yapılması hususu tartışılmalıdır. Zira kurumsal İnternet sitelerinin "dahili" arama motorlarında yapılan sorgu sonuçlarının bazılarının unutulma hakkına dayanılarak indeksten çıkarılmasına yönelik taleplerin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Kurum tarafından kullanılan kriterlerin idari faaliyet alanına uyarlanması sonucunda tespit edilecek kriterler kullanılarak idare tarafından karara bağlanması düşünülebilecektir.[30] Örneğin kamu kurum ve kuruluşları içinde herhangi görevi veya bu kuruluşlar ya da kamu görevlileri ile ilgisi bulunmayan bir kişiye ilişkin ve geçen zaman içinde kamu yararı ile bağı çok zayıflamış veya kaybolmuş bir bilginin arama sonuçları arasından çıkarılmasında hukuka aykırılık bulunmasa gerektir. Üstelik arama sonuçları arasından çıkarma kararı, ilgili sayfayı internet ortamında kaldırmamakta, tamamen erişilmez kılmamakta, sayfada yer alan verinin idarenin kayıtlarında mevcut olması halinde bu veriyi kayıtlardan silmemekte, sadece söz konusu sayfanın arama sonuçları arasında listelenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla idare bu tür kararlar alma yetkisiyle donatıldığı takdirde, ilgili veri idarenin kendi içinde halen erişilebilir kalmaya devam edebilecek, sadece üçüncü kişiler için kolaylıkla erişilebilir olmaktan çıkacaktır.

---

[29] Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin "Madde 29" Çalışma Grubu, **Lignes directrices relatives á l'execution de l'Arret de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'Affaire 'Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González**, C-131/12, 26 Kasım 2014, 14/FR WP225, §18, s. 10, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/redirection/document/64438 (Erişim tarihi: 16.09.2021).

[30] Öte yandan bu tür bir durumda, Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR) "Silme hakkı ('Unutulma Hakkı')" başlıklı 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan kriterlere benzer kriterlerden yararlanılması da işlevsel olabilecektir.

II. İDARE KARŞISINDA GENİŞ ANLAMDA UNUTULMA HAKKI: VERİLERİN İLGİLİ ERİŞİM ORTAMINDAN ÇIKARILMASI VEYA KAYNAKTAN SİLİNMESİ

Unutulma hakkının tanımı ve bu hakka ilişkin belirlemeler konusunda doktrinde ve yargı kararlarında bir birlik bulunmaması karşısında, ilgili hakkın idari faaliyetler kapsamında işlenen veriler bakımından değerlendirilebilmesi için önerilen diğer alt kategori, "geniş anlamda unutulma hakkı" olarak belirlenmiştir.

Bu doğrultuda, öncelikle "geniş anlamda unutulma hakkı"yla ifade edilmek istenen, verilerin ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesine ilişkin olarak hukuk sistemimizde yapılan tespitlere (1) değinilecektir. Daha sonra, "geniş anlamda unutulma hakkı"nın idare tarafından hayata geçirilmesi, başka bir deyişle, idari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin, idare tarafından ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesi ihtimali tartışılacaktır (2). Son aşamada ise, unutulma hakkından beklenen faydanın, idareye veri silme veya yok etme yetkisi veren mevzuat uyarınca karşılanması imkânı (3) üzerinde durulacaktır.

1. Unutulma Hakkı Kapsamında Verilerin İlgili Erişim Ortamından veya Kaynaktan Silinmesine İlişkin Belirlemeler

Unutulma hakkı, yukarıdaki (I/1) numaralı başlık altında açıklanan İnternet arama motorları tarafından listelenip belirli koşulları taşıyan sonuçların indeksten çıkarılmasını talep etme hakkı, olarak ifade edilen dar anlamıyla sınırlanmadığı takdirde, ayırt edici unsurları anlaşılsa da tanımında ve yabancı literatürde kendisini ifade etmek için kullanılan terimlerde birlik bulunmayan[31] bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Unutulma hakkı İHAM tarafından ilk kez, internet ortamında tutulan ceza mahkumiyetine ilişkin arşiv içeriklerinin kaldırılması konusundaki *ML ve WW / Almanya*[32] kararında ele alınmıştır.[33] Bu kararın, İHAM'ın ifade

---

[31] İngilizce yazılan eserlerde "*right to be forgotten*" ve "*right to oblivion*" terimleri sıklıkla yer almakta, Fransızca literatürde ise, "*droit à l'oubli*" ile birlikte arama motorlarında listelenmemek bakımından "*droit au déréférencement*" terimi de kullanılmaktadır (ÖNOK, M., "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında "Unutulma Hakkı" ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, Ocak 2017, ss. 164-165).

[32] *ML ve WW / Almanya*, B. No. 60798/10 ve 65599/10, 28.06.2018, https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim tarihi: 24.09.2021).

özgürlüğü, basın özgürlüğü, gelecek nesillerin bilgiye erişim hakkı ile kişisel verilerin korunması arasındaki dengeyi gözeterek unutulma hakkını dar yorumlamış olması, basın faaliyetinin özellikleri gözetilmeksizin veri koruma düzenlemelerinin uygulanmasının sakıncalarını tartışmış olması ve kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin, basın ve ifade özgürlüğüne ilişkin istisnalarını yorumlaması bakımından dikkat çekici olduğuna işaret edilmektedir.[34]

Anayasa Mahkemesi, unutulma hakkı terimine ilk kez yer verdiği *N.B.B*. başvurusunda, "*unutulma hakkı İnternet ortamında bir haberin uzun süredir kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hâle dönüşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. O hâlde bu yol, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır*" tespitleriyle söz konusu hakkın farklı yönlerini ve amacını ortaya koymuştur.[35] Ancak Mahkeme, unutulma hakkının İnternet gazete arşivlerindeki her türlü haber yönünden uygulanmasının beklenemeyeceğine, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivlerinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğuna işaret etmiştir.[36]

Anayasa Mahkemesi, bir haberin unutulma hakkı kapsamında İnternetten çıkarılabilmesi için her somut olay özelinde incelenmesi gerekliliğine işaret ettiği kriterleri ise şöyle sıralamaktadır: Yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi.[37]

---

[33] AKSOY RETORNAZ E. Eylem, **Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (*Revenge Porn ve Deep Fake*)**, On İki Levha, 2020, İstanbul, s. 42,

[34] KAYA Mehmet Bedii, "**Unutulma Hakkı: AİHM'in Unutulma Hakkına Yaklaşımı (AİHM M.L. ve W.W. v. Almanya Kararının İncelenmesi)**", https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulma-hakki-aihm-insan-haklari-hukuku.pdf, s. 17 Erişim tarihi: 24.09.2021.

[35] AYM, ***N.B.B.*** [GK], B. No: 2013/5653, T. 03.03.2016, §70, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, Erişim tarihi: 21.09.2021.

[36] AYM, ***N.B.B.*** [GK], §50, Erişim tarihi: 21.09.2021.

[37] AYM, ***N.B.B.*** [GK], §50, Erişim tarihi: 21.09.2021.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu unutulma hakkının, "*üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak*" ifade edilebileceğini belirmekte ve bu hakkın hayata geçirilmesi suretiyle erişilmesi öngörülen faydayı şu şekilde ifade etmektedir: "*Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır*".[38]

Unutulma hakkına konu edilmesi söz konusu olan verilerin tutulduğu ortam bakımından, Anayasa Mahkemesi'nin unutulma hakkına atıf yaptığı kararlarının tümünün, İnternet ortamında, ad-soyadı verileri yazılarak yapılan araştırmalar sonucunda arama motorları tarafından listelenen arama sonuçlarında[39] ve/veya İnternet haber arşivlerinde[40] ya da bazı İnternet siteleri ile sosyal medya hesaplarında[41] yer alan içeriğe erişimin engellemesi yönündeki taleplerinin reddi nedeniyle şeref ve itibarın korunması haklarının ihlal edildiğini ileri süren ilgili kişilerin başvurularına ilişkin olduğu görülmektedir. Yargıtay'ın yukarıda verilen kararı ise, davacının ad ve soyadının rumuzlanmadan bir kitapta yer almış olması nedeniyle verilmiştir. Dolayısıyla, esasen dijital veriler için düzenlenmiş ise de, unutulma hakkının "*özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir*"[42].

---

[38] YHGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim tarihi: 21.08.2021.

[39] AYM, C. ***K.*** [GK], B. No: 2014/19685, T. 15.03.2018, RG. 17.05.2018-30424.

[40] AYM, ***N.B.B.*** [GK], B. No: 2013/5653, T. 03.03.2016; AYM, ***N.B.B. (2)*** [GK], B. No: 2014/17143, T. 01.03.2017; AYM, ***G.D. (2)***, B. No: 2014/1808, T. 04.10.2017: AYM, ***Asım Bayar ve Veysel Bayar***, B. No: 2014/4141, T. 04.10.2017; AYM, ***Asli Alp ve Şükrü Alp***, B. No: 2014/18260, T. 04.10.2017; AYM, ***Fahri Göncü***, B. No: 2014/17943, T. 05.10.2017 (Anılan kararlar için *bkz.* https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ Erişim Tarihi: 18.09.2021).

[41] AYM, ***G.Y.***, B. No: 2014/16026, T. 05.10.2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, Erişim Tarihi: 18.09.2021.

[42] Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "**Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı**", https://kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481 (Erişim tarihi: 05.09.2021).

Yukarıda yer alan hususlar doğrultusunda bu çalışmada "geniş anlamda unutulma hakkı"yla kastedilen, unutulma hakkına konu edilen (kişisel) verilerin, "ilgili erişim ortamından çıkarılması" (verilerin tutuldukları ve herkesin kolayca erişebildiği -sıklıkla- dijital ortamdan çıkarılmakla birlikte, esasen kayıtlı bulundukları dijital ve/veya mekanik ortam(lar)da idarenin yetkililerinin erişebileceği şekilde muhafaza edilmesi) veya "kaynaktan silinmesi" (verilerin tutuldukları dijital ve/veya mekanik ortam(lar)da kayıt altına alındıkları tüm noktalardan, bir daha kimsenin ulaşamayacağı şekilde silinmesi) durumlarının her ikisini de içermektedir. Bu durumların her biri, değerlendirilen hususlarla ilgisine göre kullanılacaktır.

2. İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenen Verilerin İdare Tarafından Unutulma Hakkı Çerçevesinde İlgili Erişim Ortamından Çıkarılması veya Kaynaktan Silinmesi İhtimali

İdari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin, idare tarafından unutulma hakkı çerçevesinde ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesinin, idare hukukunun bazı özellikleri ve ülkemizde idari birimlerin neredeyse tamamının arşiv faaliyetleri ve kamuda belge yönetimi bakımından tabi olduğu mevzuat birlikte değerlendirildiğinde hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Daha baştan ifade edilen bu olumsuz tespitin hukuki dayanaklarını açıklayabilmek için öncelikle, idare hukukunda yetkinin "istisna", yetkisizliğin "kural" olduğu belirtilmeli ve bu esas, Anayasa'nın "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*" (Anayasa, md.6/3) ve "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" (Anayasa, md.123/1) hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde, idari makamlarının ancak Anayasa ve Anayasa'ya uygun olarak yayımlanmış kanunlar ve/veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tarafından kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde eylem ve işlem tesis edebilecekleri sonucuna varıldığı[43] vurgulanmalıdır. Bu durumda, idari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin idare tarafından unutulma hakkı çerçevesinde ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinebilmesi için idarenin hukuka uygun surette yetkilendirilmiş olması gerekecektir.[44]

---

[43] AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 14. Baskı, Savaş, Ankara, Ekim 2021, ss. 370-371.

[44] İdarenin yetkisine ve işleyişine ilişkin temel esaslar, esasen yukarıda yer alan "İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenen Verileri İçeren Arama Sonuçlarının İdare Tarafından İndeksten Çıkarılması

Bu durumda öncelikle, unutulma hakkının tanımı gereği, erişim ortamından çıkarılması veya silinmesi talep edilen verinin, ilgili kişi bakımından doğru (gerçekle örtüşen) nitelikte ve hukuka uygun surette yayımlanmış/ilan edilmiş olduğu hatırlatılmalıdır. Zira, idarenin kayıtlarında yer alan söz konusu verinin doğru olmaması[45], ilgili mevzuat uyarınca güncellenmesi gerekliliği bulunması ya da hukuka aykırı bir şekilde kayda girmiş veya ilan edilmiş olması hallerinde, unutulma hakkına herhangi atıfta bulunmak gerekmeksizin, tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmakla yükümlü[46] olan idarenin ilgili hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için gereğini yapacağı açıktır. İdarenin kayıtlarındaki bir verinin unutulma hakkına dayanarak, erişebileceği durumdan çıkarılması veya kaynaktan silinmesi talebi karşısında ise, ilgili mevzuatın araştırılması esastır.

İdare bünyesindeki arşivlerde tutulan ve aşağıdaki "arşiv" tanımı dikkate alındığında gerçek kişilere ilişkin pek çok bilgi içerdiği anlaşılan belgelerden, ilanı gereken idari işlemler, "araştırmaya açık arşiv belgesi" niteliğini taşıyanlar (anılan Yönetmelik, md.8/7) ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu[47] kapsamında başvuruculara örneği verilebilecek olanlar dışındakilerin, herkesçe erişilebilir nitelikte olmadığı görülmektedir. Ancak idarenin elindeki ve sadece yetkili kamu görevlileri tarafından erişilen kayıtlar, üzerinden uzun zaman geçmiş (ve ilgili kişinin düşüncesi göre güncelliklerini kaybetmiş) olması halinde dahi, ilişkin oldukları kişiler için ilgili mevzuat uyarınca olumsuz sonuçlar doğmasına[48] dayanak oluşturabilmektedir. İşte bu nedenle bu başlık altında,

---

İhtimali" (I/2) başlığı altında incelenebilecek durumlar için de geçerlidir. Ancak halihazırda ülkemizde mevcut örnekler çerçevesinde, idare tarafından kullanılabilecek ve söz konusu başlık altında değerlendirilebilecek bir yetki tespit edilemediğinden, ilgili açıklamaya çalışmanın bu noktasında yer verilmiştir.

45 Örneğin, Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik'in (RG. 23.11.2018-30604) "Düzeltme" başlıklı maddesi şöyledir:

Madde 11- (1) Resmî Gazete'de yayımlanan mevzuat, karar ve ilanlarda hata olması ve bu hatanın kurumundan kaynaklanması halinde, düzeltme metni taslağı ilk teklif eden tarafından imzalanarak Genel Müdürlüğe gönderilir. Düzeltme metni taslağı, hatanın bu usulle giderilebileceğinin anlaşılması halinde Resmî Gazete'de yayımlanır.

(2) Resmî Gazete'nin yayımından kaynaklanan hatalar Genel Müdürlük tarafından re'sen düzeltilerek Resmî Gazete'de yayımlanır.

46 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 116.

47 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, RG. 24.10.2003-25269.

48 Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Khelili/İsviçre* kararında belirtilen durum, idarenin elindeki ve sadece yetkili kamu görevlileri tarafından erişilebilen ve uzun zaman tutulan kayıtların, ilgili oldukları kişiler üzerinde doğurabildikleri olumsuz sonuçlara örnek oluşturmaktadır. Ancak bu kararda bahsedilen verinin, başvurucu bakımından doğru nitelikte

idare kayıtlarında yer alan veriler unutulma hakkı bakımından, herkesçe erişilebilir olma koşulu mutlaka aranmaksızın, başka bir deyişle, sadece yetkili kamu görevlileri tarafından erişilebilir olmaları yeterli görülerek değerlendirilecektir. Bu belirlemeler doğrultusunda, idare tarafından tutulan ve arşivlenen kayıtlar (A) ve açık devlet verisi sağlanmasına yönelik uygulamalar (B) ele alınacaktır.

A. İdare Tarafından Tutulan ve Arşivlenen Kayıtlar

Kamu kurum ve kuruluşlarında[49] (Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı hariç olmak üzere) belge yönetimi ve arşiv faaliyetlerinin yürütülmesine, bu kapsamda ilgili belgelerdeki kişisel bilgiler ile ticari sırların gizliliğinin sağlanmasına, belgelerin ayıklanmasına ve imhasına, Devlet Arşiv Ağı'nın oluşturulmasına, araştırmaya açık bilgi ve belgelerin hizmete sunulmasına ilişkin usul ve esaslar 11 numaralı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde[50] düzenlenmektedir. Anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanarak yayımlanmış Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik[51] de yürürlükte olup, bu Yönetmelik uyarınca "arşiv", "*kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan iş ve işlemler, haberleşmeler ile gerçek veya tüzel kişilerin gördükleri hizmetler neticesinde oluşan belgelerin barındırıldığı yerleri*" ifade etmektedir [anılan Yönetmelik, md.4/1/(a)].

Anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Yönetmelik doğrultusunda, idari faaliyetler kapsamında oluşan belgelerden hizmetin yürütülmesi açısından halen işlevi olanlar "arşivlik belge"[52] olarak nitelendirilerek kamu kurum

---

olduğu (yargı kararıyla) teyit edilmemiş olup, başvurucu tarafından da gerçekle örtüşmediği ileri sürülmektedir (ilgili karar için *bkz.* İHAM, *Khelili/İsviçre*, B. No. 16188/07, 18.10.201, https://hudoc.echr.coe.int/ Erişim tarihi: 24.09.2021)

49 11 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesi şöyledir: Madde 2 - (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı hariç olmak üzere 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli cetvellerde yer alan kamu idarelerini, Genelkurmay Başkanlığını, Kuvvet Komutanlıklarını, mahalli idareler (köyler hariç) ve bunların bağlı kuruluşlarını, kamu tüzel kişiliğini haiz diğer kurum, kuruluş, enstitü, teşebbüs, teşekkül, birlik, fon gibi adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, vergi muafiyeti tanınan vakıfları ve kamu yararına çalışan dernekleri kapsar.

50 11 numaralı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 16.07.2018-30480.

51 Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, RG. 18.10.2019-30922.

52 Arşivlik belge, "süre bakımından arşiv belgesi vasfını kazanmayan veya bu süreyi doldurmasına rağmen güncelliğini kaybetmeyen, hizmetin yürütülmesi açısından işlevi olan, birim veya merkezi arşivde saklanan belgeyi" ifade eder [11 numaralı CK, md.4/1/(c)].

ve kuruluşlarının kendi bünyelerindeki arşivlerinde tutulmakta, bunlardan saklama planlarında belirtilen süreler sonunda "*saklanmasına gerek görülmediği*"[53] karara bağlanan belgeler imha edilmekte, diğerleri ise, "*son işlem tarihi üzerinden yirmi yıl geçmiş veya on beş yıl geçtikten sonra kesin sonuca bağlanmış*" olma koşulunu karşıladıklarında "arşiv belgesi"[54] niteliğini kazanarak Devlet Arşivleri Başkanlığına devredilmek üzere ayrılmaktadır.

Bu çerçevede idarenin elinde bulunan belgelerin imhası[55] (özelliği sebebiyle yönerge ile ayrıcalık sağlanan kurumlar hariç olmak üzere) birim arşivlerinde değil, sadece kurum arşivleri ve merkezi arşivlerde görev yapmak üzere oluşturulan Ayıklama[56] ve İmha Komisyonlarının (en azından) oy çokluğuyla aldığı kararlar doğrultusunda hazırlanan imha listelerinin, (merkez teşkilatında Devlet Arşivleri Başkanlığının uygun görüşü alındıktan sonra) ilgili kurum veya kuruluşun en üst amiri tarafından onaylanmasını takiben ve tutanak altına alınarak gerçekleştirilebilmekte, ilgili imha listeleri ile tutanaklarında da on yıl süreyle muhafaza edilmesi öngörülmektedir (anılan Yönetmelik md.17/1, md.19/1 ile md.21/3, 6, 7).

Belgeleri imha usulünün bu denli ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve Ayıklama ve İmha Komisyonlarında karar aşamasında "*tereddüt halinde söz konusu belgelerin saklanmasına karar verilmiş*" sayılacağının da açıkça belirtilmiş olması karşısında (anılan Yönetmelik md.20/2), idarenin yetkisi-

---

[53] Anılan Yönetmelik uyarınca "saklanmasına gerek görülmeyen belge", "cari işlemleri devresinde bir değere sahip olduğu halde, ileride kullanılmasına gerek görülmeyen, arşiv belgesi ile arşivlik belge dışında kalan, hukuki kıymetini ve bir delil olma vasfını kaybetmiş belge"dir [Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, md.4/1/(s)].

[54] Anılan Yönetmelik uyarınca "arşiv belgesi", "Son işlem tarihi üzerinden yirmi yıl geçmiş veya on beş yıl geçtikten sonra kesin sonuca bağlanmış bulunan ve günlük iş akışı içinde işlevi bulunmayan, varsa tâbi olduğu diğer mevzuatlar ile saklama planlarındaki saklama sürelerini tamamlayan, üretim biçimleri, donanım ortamları ne şekilde olursa olsun geleceğe, tarihi, siyasi, sosyal, kültürel, hukuki, idari, askeri, iktisadi, dini, ilmi, edebi, estetik, biyografik, jeneolojik ve teknik herhangi bir değer olarak intikal etmesi gereken ve bir bilgiyi içeren yazılmış, çizilmiş, resmedilmiş, görüntülü, sesli veya elektronik ortamlarda üretilmiş belgeyi" ifade eder [Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, md.4/1/(b)].

[55] Anılan Yönetmelik uyarınca "imha", "ileride kullanılmasına ve saklanmasına gerek görülmeyen, arşiv belgesi veya arşivlik belge dışında kalan, hukuki kıymetini ve bir delil olma vasfını kaybetmiş belgelerin yok edilmesi işlemini" ifade etmektedir [Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, md.4/1/(n)]

[56] Anılan Yönetmelik uyarınca "ayıklama", "Arşiv belgesi ile cari işlemleri devresinde bir değere sahip olduğu halde hukuki değerini ve delil olma özelliğini kaybetmiş, gelecekte herhangi bir nedenle kullanılmasına ve saklanmasına gerek görülmeyen her türlü belgenin birbirinden ayrımı ile ileride arşiv belgesi vasfını kazanacak olan arşivlik belgenin tespiti işlemini" ifade etmektedir [Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, md.4/1/(ç)].

nin, kural olarak, elindeki veri, belge ve kayıtları muhafaza etmekle sınırlı olduğu sonucuna varılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, yukarıda anılan genel düzenleyici işlemler birlikte değerlendirildiğinde, idare bünyesinde "*saklanmasına gerek görülmediği*" kararı alınmış (anılan Yönetmelik md.17/3) bir veriye ilişkin olmadıkça, bir verinin unutulma hakkına dayanarak erişim ortamından çıkarılması veya kayıtlardan silinmesine ilişkin talebin idare tarafından olumlu cevaplanmasının mümkün olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

İdarenin kayıtlarında tuttuğu verilerin ve belgelerin muhafazasının esas oluşu, bu kayıtların, idarenin kamu gücü kullanarak ve tek taraflı olarak tesis ettiği iş ve işlemlerden ve bunlarla ilişkili diğer verilerden oluşmasındandır.[57] Kaldı ki bu belgeler, cari işlemleri devresinde "*hukuki kıymeti ve bir delil olma vasfını*" haiz niteliktedirler. Zamanın geçmesiyle birlikte günlük iş akışı içinde işlevi kalmamış ve varsa tâbi olduğu diğer mevzuatlar ile saklama planlarındaki saklama sürelerini tamamlamış belgelerin, imhasına karar verilmeyip arşiv için ayrılmış olmaları ise, "*geleceğe, tarihi, siyasi, sosyal, kültürel, hukuki, idari, askeri, iktisadi, dini, ilmi, edebi, estetik, biyografik, jeneolojik ve teknik herhangi bir değer olarak intikal etmesi gereken*" nitelikte belgeler olduklarını gösterir [anılan Yönetmelik, md.4/1/(s) ve (b)]. Bu nitelikleri haiz belgelerde yer alan verilerin erişime kapatılmadan ve silinmeden muhafazasının ise kamu yararına hizmet ettiği düşünülmektedir. Bu durum karşısında, idarenin kayıtlarında hukuka uygun olarak yer bulmuş ve ilgili kişi bakımından doğru (gerçekle örtüşen) nitelikteki verilerin, zamanın geçmesine bağlı olarak ilgili kişiye zarar verir hale geldiği, unutulma hakkı uyarınca imha edilmesi gerektiği yönündeki bir talep, ilgili mevzuat ve yukarıda değinilen kararlarda işaret edilen ölçütler çerçevesinde hukuken koruma görmeyecektir.

Bu başlık altında yukarıda yer alan açıklamaların ve yapılan tespitlerin, idare tarafından kural olarak ilan edilmeksizin tutulan kayıtlarda yer alan veriler kadar, yine idare tarafından yayımlanan T.C. Resmî Gazete ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi gibi yollarla ilan edilen bireysel işlemler için de geçerli olduğu düşünülmektedir. Ancak bu tür dokümanlarda kişilere ilişkin olarak ilan edilmiş bilgilerde bir değişiklik olduğunda, kişinin hukuki statü-

---

[57] KLINGENBERG A.M., "**Catches to the right to be forgotten, looking from an administrative law perspective to data processing by public authorities**", International Review of Law, Computers & Technology, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 73.

süne değişlik getiren yeni tarihli işlemin veya yargı kararının da ilan edilmesi gerek hukuki güvenliğin sağlanması gerek gerçek kişilerin kişilik haklarının korunması bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla, bu amaca hizmet edecek düzenlemelerin yürürlüğe konması[58], ilgili kişilerin güncel durumlarını gösteren yeni tarihli işlemlerin/kararların Resmî Gazete'de ilan edilmemiş olması nedeniyle karşılaşabilecekleri olumsuz sonuçları ve bu sonuçlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilmesi ihtimalini ortadan kaldıracaktır.

B. Açık Devlet Verisi Uygulamaları

Konuyla ilgili örnek oluşturabilecek bir diğer inceleme alanı ise, herkes tarafından erişilebilir olması itibarıyla idarenin işlediği veriler bakımından unutulma hakkının ileri sürülmesine elverişli olan "Açık Devlet Verisi" (*open government data*) uygulamalarıdır. İdari teşkilat içinde yer alan kamu kurum ve kuruşlarının kayıt altına aldıkları verilerin ötesinde, devletin tüm kurumlarının sahip olduğu verilerden seçilmiş olanların herkesin erişimine açık hale getirilmesine yönelik bu uygulamaların ilk aşamasında, devlet verilerine doğru bir biçimde erişilebilmesi için kullanılacak düzenleme araçlarının belirlenmesi, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve bilgiye erişime yönelik diğer temel hak ve özgürlükler ile fikri ve sınai hakların, özel hayatın gizliliğinin ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının arasındaki dengenin sağlanacağı kanuni ve idari düzenlemelerin uygulamaya konması, açıklık-kapalılık kavramlarının, erişime açılacak veri kategorilerinin, verilerin kullanılabileceği ve yeniden kullanılabileceği koşulların kanunlarla belirlenmesi esastır.[59]

Görüldüğü gibi konu açık devlet verisi olduğunda, yukarıda anılan yargı kararlarında unutulma hakkına konu edilen haberlere erişimin kaldırılmasına ilişkin taleplerin değerlendirilmesinde gözetilen "ifade ve basın özürlüğü" ile "kişilerin haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğü"nün[60] yerini, "bilgi edinme hakkı" ile "kamu kurumlarının bilgi verme ödevleri"[61] almaktadır. Uygula-

---

[58] 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (RG. 15.07.2018-30479) "Resmî Gazete'nin içeriği" başlıklı 4'üncü maddesinin ilk fıkrasında, yayımlanacak (genel düzenleyici ve bireysel) karar, işlem, anlaşma ve sözleşme türleri belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, Resmî Gazete'de yayımlanmasına lüzum görülen diğer hususların Cumhurbaşkanlığınca belirleneceği öngörülmüştür.

[59] EROĞLU Şahika, "Açık Devlet ve Açık Devlet Uygulamaları: Türkiye'de Kamu Kurumlarına Yönelik Bir Değerlendirme", **DTCF Dergisi**, C. 58, S. 1, 2018, s. 465 ve s. 468.

[60] AYM, ***N.B.B.*** [GK], §69.

[61] EROĞLU, s. 464.

maya yönelik olarak halihazırda yürürlükte olan düzenlemeler arasında[62] veri gizliliğinin ve/veya kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların yer aldığı dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, ilgili düzenlemelere riayet edildiği takdirde, kişisel veriler kapatılacağından, anonim hale getirileceğinden veya çıkarılmış olacağından unutulma hakkının tanınmasına yönelik taleplerle karşılaşılması ihtimali azalacaktır.

Bu yöndeki taleplerin değerlendirilmesi için idareye yetki verilmesi ve takdir yetkisi tanınması ihtimalinde ise, bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet erişiminin kaldırılması konusunda Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu ölçütler, idari faaliyetler kapsamında işlenen verilere ve tesis edilen işlemlere uyarlanarak değerlendirme yapılabileceği düşünülmektedir.

3. İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenen Veriler İçin Unutulma Hakkından Beklenen Faydanın, İdareye Veri Silme veya Yok Etme Yetkisi Veren Mevzuat Uyarınca Karşılanması İmkânı

Bilindiği gibi, idarenin ilgili mevzuatla kendisine verilmiş görev ve yetkilerin dışına çıkarak idari işlem ve eylem tesis etmesi hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, idarenin ilgili mevzuattan aldığı yetkileri hayata geçirerek kayıt ve muhafaza ettiği verileri, ilişkin oldukları gerçek kişilerden gelen talepler üzerine silmesi veya yok etmesi, ancak konuyla ilgili bir yargı kararını uygulaması ya da ilgili mevzuatla yetkili kılınmış olması halinde mümkündür. Bu nedenlerle, idari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin erişim ortamından çıkarılmasına veya kaynaktan silinmesine ilişkin taleplerin elverişli olması halinde, ilgili idari faaliyet alanına özgü mevzuatın (A) veya 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (B) idareye (kişisel) veri silme ve yok etme alanında tanıdığı yetkiler çerçevesinde karşılanması, unutulma hakkından beklenen faydaya ulaşılmasını da sağlayacaktır.

---

[62] Söz konusu metinlere örnek olarak şu yönetmelikler verilebilecektir: Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik (RG. 21.06.2019-30808), Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, (RG. 18.10.2019-30922), Resmi İstatistiklerde Veri Gizliliği ve Gizli Veri Güvenliğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG. 20.06.2006-26204), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı İstatistik Sistemi Veri Yönetmeliği (RG. 04.04.2014-28962), (RG. 31.07.2009-27305).

Ayrıca, Açık Devlet Verisi Genelge Taslağı'nın hazırlandığı, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından yakın geçmişte ifade edilmiştir (Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı - T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZekaStratejisi2021-2025.pdf, s. 49).

A. Unutulma Hakkından Beklenen Faydanın İlgili İdari Faaliyet Alanına Özgü Mevzuat Uyarınca Karşılanması

6698 sayılı Kanun'un "*Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi*" başlıklı 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin "*diğer kanunlarda yer alan hükümler saklı*"dır. Bu doğrultuda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun ilgili kararlarında[63] da imha taleplerine ilişkin hususlar değerlendirilirken varsa konuya özel kanunlarda öngörülmüş sürelere öncelik verildiği görülmektedir. Nitekim doktrinde de Kurulun, "*diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu*"na ilişkin düzenlemeye öncelik vererek, ilgili mevzuatta düzenlenmiş muhafaza süresinin henüz dolmamış olmasını ilgili verinin silinmemesini gerektiren bir veri işleme sebebi olarak değerlendirdiği belirtilmektedir.[64] Bu durumda, idari faaliyetler kapsamında işlenen kişisel verilerin imhasına ilişkin taleplerin, ilgili alana özgü kanunlarda öngörülen imha sürelerinin henüz dolmamış olması halinde, idare tarafından reddedilmesi gerekmektedir. İlgili idari faaliyet alanına özgü ve verilerin imhasına yönelik düzenlemelerin unutulma hakkından beklenen faydayı karşılayıp karşılamayacağı ise, her bir düzenlemenin ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Konuyla ilgili olarak örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 133'üncü maddesinde, disiplin cezalarının özlük dosyasına işleneceği belirtildikten sonra, devlet memurluğundan çıkarma cezası hariç olmak üzere, "uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra", bunların özlük dosyasından silinmesinin talep edilmesi imkanı tanınmıştır. İlgili talep kabul gördüğü takdirde ise, isteğin yerine getirilmesine ilişkin kararın özlük dosyasına işleneceği düzenlenmiştir.[65] Dolayısıyla, ilgili talebin idare tarafından kabul edilmesi halinde

---

[63] Kişisel Verileri Koruma Kurulu, bir banka müşterisinin bankaya ait veri kayıt sisteminde bulunan kişisel verilerinin silinmesine ilişkin talebini "6698 sayılı Kanunun ilgili [7/2] maddesi ile 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 42'nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda; ilgili kişinin bankalar nezdindeki son işlemi üzerinden 10 yıllık saklama süresi geçmediği"ni dikkate alarak reddetmiştir (Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 15.12.2018 tarihli ve 2018/142 sayılı karar özeti, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5424/2018-142, Erişim Tarihi: 27.09.2021).

[64] SAKA Rıza, "Kişisel Verilerin Korunması ve İmhasına İlişkin Genel Açıklamalar" *in* SAKA Rıza / ÇAĞLAYAN Ramazan / KOCA Mahmut, **Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 73.

[65] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (RG. 23.07.1965-12056) "Disiplin cezalarının bir süre sonra özlük dosyasından silinmesi" başlıklı 133'üncü maddesi şöyledir: Madde 133 -

dahi, ilgili memura geçmişte verilmiş bir disiplin cezasının (657 sayılı Kanun'un ilgili maddesi uyarınca) sonradan silinmesine ilişkin kararın özlük dosyasında yer alacağı anlaşılmaktadır. Anılan maddede yer alan düzenlemenin unutulma hakkından beklenen faydayı karşılaşamaya elverişli olmadığı, çünkü kaldırma kararından sonraki bir tarihte özlük dosyasına bakıldığında dahi, memurun geçmişte disiplin cezası aldığının anlaşılacağı açıktır. Bu durumda, geçmişteki hukuki durumun olumsuz etkisi, hafifleyerek de olsa devam etmektedir.

Yukarıda verilen düzenlemeye benzer düzenlemeler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda (md.53/G), Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'da (md.7/5), 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda (md.160) yer almakta olup, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te ise "*ölmüş bir kimsenin sağlık verileri, en az 20 yıl süre ile saklanır*" ifadesiyle azami muhafaza süresi belirlenerek (md.11/2), kişisel sağlık verilerinin imha edilmesinde Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine riayet edileceği belirtilmiştir (md.14).[66]

İlgili mevzuatta düzenlenen bu tür sürelerle ilgili örneklerin sayısı artırılabilecek olmakla birlikte, her bir düzenlemenin unutulma hakkından beklenen faydayı karşılaşamaya elverişli olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, geçmişten gelen olumsuz veriyi hukuk aleminden tamamen kaldırmaya elverişli bir düzenleme dahi, ancak bu işlemin yapıldığı zamanla, unutulma ihtiyacının oluştuğu zaman olabildiğince örtüştüğü takdirde beklenen faydayı sağlayacaktır.

(Değişik: 12/5/1982 - 2670/37 md.) Disiplin cezaları memurun özlük dosyasına işlenir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının özlük dosyasından silinmesini isteyebilir.

Memurun, yukarıda yazılan süreler içerisindeki davranışları, bu isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, isteğinin yerine getirilmesine karar verilerek bu karar özlük dosyasına işlenir.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının özlük dosyasından çıkarılmasında disiplin kurulunun mütalaası alındıktan sonra yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

[66] ÇAĞLAYAN Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası ve Denetim" *in* SAKA Rıza / ÇAĞLAYAN Ramazan / KOCA Mahmut, **Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 266 ve s. 272.

B. Unutulma Hakkından Beklenen Faydanın, İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenen Kişisel Veriler Bakımından 6698 sayılı Kanun Uyarınca Karşılanması

İdari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin, idare tarafından ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesi konusunda idareye yetki veren düzenlemelerden biri de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'dur.

Ancak gerçek kişilerin kendilerine ilişkin verilerin erişim ortamından çıkarılması veya kaynak silinmesi konusunda idareye yöneltecekleri taleplerinin 6698 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayanarak yayımlanmış genel düzenleyici işlemler uyarınca olumlu cevaplanabilmesi için, talebe konu verilerin 6698 sayılı Kanun uyarınca "kişisel veri" niteliğinde olmasının yanı sıra, anılan Kanunun uygulama alanına giren idari faaliyetler kapsamında işlenmiş olmaları (b) ve diğer kanunlarda da talebin reddini gerektiren bir düzenlemenin bulunmaması gerekmektedir. 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanı dışında kalan idari faaliyetler kapsamında işlenmiş kişisel verilerin ise, anılan Kanuna dayanılarak silinmesi[67] veya yok edilmesinin[68] hukuken mümkün olmadığı (a) açık olmakla birlikte, 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanı dışında kalan idari faaliyet alanlarının hatırlanması bakımından ilgili düzenlemeye aşağıda kısaca değinilecektir.

a. 6698 sayılı Kanun'un Uygulama Alanı Dışında Kalan İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenmiş Kişisel Verilerin Silinmesi veya Yok Edilmesi

6698 sayılı Kanun, herkesin veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerinin belirli (anılan Kanunun 7'nci maddesinde öngörülen) şartlar çerçevesinde silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkı bulunduğuna işaret etmiştir. Bu düzenlemenin idari faaliyetler kapsamında işlenen kişisel veriler bakımından hayata geçirilebilmesi için ise, veri sorumlusu olan idarenin işlediği ve halihazırda kayıtlarında tuttuğu kişisel verilerin, anılan Kanun'un uygulama alanında kalması gerekmektedir.

---

[67] Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 28.10.2017-30224) uyarınca kişisel verilerin silinmesi, "kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir" (anılan Yönetmelik, md.8/1).

[68] Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik uyarınca kişisel verilerin yok edilmesi, "kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir" (anılan Yönetmelik, md.9/1).

İdari faaliyetler kapsamında, "*kişisel verilerin resmi istatistik*" amacıyla işlenmesi [6698 s. Kanun, md.28/1/(b)] ve "*kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi*" [6698 s. Kanun, md.28/1/(ç)] hallerinde 6698 sayılı Kanun'un hükümleri uygulanmaz[69], başka bir deyişle, belirtilen hallerde kişisel veriler üzerinde yapılan işlemler 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanının tamamen dışında kalır (6698 s. Kanun, md.28/1). Bu kapsamdaki idari faaliyetler için işlenmiş kişisel verilerin, 6698 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde düzenlenen "*İlgili kişinin hakları*"ndan hareketle ve aynı Kanunun 7'nci maddesi gözetilerek idare tarafından silinmesi veya yok edilmesi hukuken mümkün değildir.

Kişisel verilerin korunması için 6698 sayılı Kanun'la öngörülmüş temel mekanizmaların, ilgili kişinin uğradığı zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç uygulanmadığı durumlar ise, anılan Kanunun 28'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, idare tarafından kişisel veri işlenmiş olmakla birlikte, 6698 sayılı Kanun'un "*amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10'uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11'inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddeleri*"nin uygulanmayacağı[70] durumlar şunlardır:

---

[69] 6698 sayılı Kanun, Madde 28/1- (1) Bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz: a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi. b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi. c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi. ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi. d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.

[70] 6698 sayılı Kanun, Madde 28/2- (2) Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10'uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11'inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz: a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için ge-

Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması [6698 s. Kanun, md.28/2/(a)], kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması [6698 s. Kanun, md.28/2/(c)], kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması [6698 s. Kanun, md.28/2/(ç)].

İdari faaliyetlerin bazılarıyla örtüştüğü veya örtüşebilecek nitelikte olduğu tespit edilen yukarıda verilen bu üç durumda kapsamında işlenmiş olan kişisel verilerin silinmesi ya da yok edilmesi için ilgili kişinin, veri sorumlusu olan idareden 6698 sayılı Kanun'a dayanarak herhangi bir talepte bulunması halinde, Kanunun "İlgili kişinin hakları" başlıklı 11'inci maddesi (son bendi hariç) uygulanmayacaktır (6698 s. Kanun, md.28/2). Bu durumda da ilgili kişinin veri sorumlusuna başvurarak, "*kendisiyle ilgili ... 7'nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme*" hakkı hayata geçirilmeyecektir.

Tüm bu düzenlemeler karşısında, 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanının kısmen veya tamamen dışında kalan idari faaliyetler kapsamında işlenen kişisel verilerin silinmesine yönelik taleplerin veri sorumlusu idareler tarafından olumlu karşılanmayacağı ve böyle durumlarda Kurul'un şikâyetçi lehine karar veremeyeceği sonucuna varılmaktadır.

b. 6698 sayılı Kanun'un Uygulama Alanında Yer Alan İdari Faaliyetler Kapsamında İşlenmiş Kişisel Verilerin İlgili Kişinin Talebi Üzerine Silinmesi veya Yok Edilmesi İmkânı

İdarenin, 6698 sayılı Kanun kapsamında kalan faaliyetleri çerçevesinde işlediği kişisel veriler için, anılan Kanun'un "*İlgili kişinin hakları*" başlıklı 11'inci maddesi uyarınca, "*Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; (...) 7'nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme (...) haklarına sahiptir*" [6698 md.11/1/(e)]. Atıf yapılan "*Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya ano-*

---

rekli olması. b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi. c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması. ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.

nim hâle getirilmesi" başlıklı 7'nci madde ise, 6698 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş kişisel verilerin, işlenmelerini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde resen[71] veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceklerini, yok edileceklerini veya anonim hâle getirileceklerini, ancak konuya ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğunu zikretmektedir (6698 s. Kanun md.7/1 ve 2).

Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanında kalan idari faaliyetler kapsamında ve hukuka uygun surette işlenmiş kişisel verilerin silinmesinin veya yok edilmesinin (ya da anonim hale getirilmesinin) sağlanması için varsa ilgili idari faaliyet alanına ilişkin kanunda yer alan silme/yok etme esaslarının izlenmesi, bu tür bir düzenleme bulunmaması halinde ve ilgili kişisel verilerin "*işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde*", veri sorumlusu olan idareye başvurulması gerekmektedir. Bu durumda veri sorumlusu olan idare, somut durumda silinmesi talep edilen kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkıp kalkmadığı konusunda yapacağı değerlendirmenin sonucuna göre ilgili talebi kabul veya ret edecektir. Konuya ilişkin farklı ihtimaller Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.[72] Ancak bu noktada, idari

---

[71] Görüldüğü gibi, 6698 sayılı Kanun uyarınca veri sorumluları, işlenmelerini gerektiren sebepler ortadan kalkan kişisel verileri imha etmekle yükümlüdürler. Bu hususa ilişkin ayrıntılar ise, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in 11'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ne var ki bu çalışmada, 6698 sayılı Kanun uyarınca öngörülen silme ve yok etme imkanları unutulma hakkına konu edilebilecek kişisel verilerle ilişkisi bakımından incelendiğinden ve anılan hak da veri sorumlusu tarafından değil, ilgili kişi tarafından ileri sürülebilecek nitelikte bir hak olduğundan, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından resen imha edilmesine ilişkin hususlar inceleme kapsamı dışında kalmaktadır.

[72] Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in "Kişisel verileri ilgili kişinin talep etmesi durumunda silme ve yok etme süreleri" başlıklı maddesi şöyledir:

Madde 12- (1) İlgili kişi, Kanunun (Değişik ibare: RG-28/4/2019-30758) 11'inci ve 13'üncü maddelerine istinaden veri sorumlusuna başvurarak kendisine ait kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep ettiğinde; a) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa; veri sorumlusu talebe konu kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Veri sorumlusu, ilgili kişinin talebini en geç otuz gün içinde sonuçlandırır ve ilgili kişiye bilgi verir. b) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmış ve talebe konu olan kişisel veriler üçüncü kişilere aktarılmışsa veri sorumlusu bu durumu üçüncü kişiye bildirir; üçüncü kişi nezdinde bu Yönetmelik kapsamında gerekli işlemlerin yapılmasını temin eder. c) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmamışsa, bu talep veri sorumlusunca Kanunun 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gerekçesi açıklanarak reddedilebilir ve ret cevabı ilgili kişiye en geç otuz gün içinde yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirilir.

faaliyetler kapsamında kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebebin kural olarak ilgili kişinin açık rızası değil, 6698 sayılı Kanun'un açık rıza aranmaksızın kişisel veri işlenebilecek durumları düzenleyen 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası ile 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen şartlara bağlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, veri sorumlusu idare tarafından kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmamış olduğu sonucuna varılması sıklıkla ihtimal dahilinde olacaktır. Nitekim uygulamada, ilgili kişilerin silme taleplerinin idare tarafından reddedilip, idarenin red kararının da Kurul tarafından teyit edildiği örneklerin[73] sayısının artması şaşırtıcı olmayacaktır.

Tüm bu açıklamalar, 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanında kalan idari faaliyetler kapsamında işlenen kişisel verilerin silinmesine yönelik taleplerin, öncelikle ilgili idari faaliyet alanına özgü olarak imha işlemlerini düzenleyen kanunlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu tür bir düzenleme bulunmaması durumunda ilgili kişinin talebi ancak kişisel verilerin "*işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde*" olumlu cevaplanabilecektir. Söz konusu verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin kural olarak ilgili kişilerin iradesine dayanmıyor oluşu ise, anılan taleplerin olumlu cevaplanmasını uygulamada neredeyse imkansızlaştırabilecektir.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi bakımından, elektronik iletişim teknolojilerinin hızla gelişerek yaygınlaştığı çağımızda fazlasıyla önem kazanmış bir ihtiyaca cevap vermesi düşünülmüş unutulma hakkının tanımı ve içeriği konusunda hukuk sistemimizde, doktrinde ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Bu hakkın farklı hukuk sistemlerinde tartışılmakta ve uygulama bakımından da ciddi farklılıklar barındırmakta olmasının nedeni, bağlantılı olduğu insan haklarının sayısının fazlalığı ve hukuk sistemlerinin bu haklara yaklaşımları arasındaki farklılıklar olarak ortaya konmaktadır.[74] Nitekim ülkemizde de Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarında aynı şekilde tanımlanmamış

---

[73] *bkz.* Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "Geçmiş sağlık verilerinin düzeltilmesine/silinmesine yönelik şikâyetler" hakkında 06.02.2020 tarihli ve 2020/93 sayılı karar özeti, https://kvkk.gov.tr/Icerik/6875/2020-93, Erişim tarihi: 09.09.2021.

[74] YAVUZ Can, Unutulma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Ulusal Tez Merkezi tez no. 431387, https://tez.yok.gov.tr, s. 189.

olmakla birlikte, unutulma hakkına ilişkin ayırt edici unsurları ortaya koyan, "unutulma hakkı, bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesidir"[75] şeklindeki tanım bu çalışmada benimsenmiştir.

Konunun idare hukuku perspektifinden incelendiği bu çalışmanın ilk bölümünde unutulma hakkı, İnternet arama motorları tarafından listelenen sonuçların indeksten çıkarılmasına ilişkin dar anlamıyla ele alınmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2014 yılında verdiği *Google* / İspanya[76] kararının yanı sıra, ülkemizde Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (Kurul) tarafından "*Kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasına yönelik talepler*"le ilgili olarak verilen karar[77] ve ekinde ilan edilen değerlendirme kriterleri üzerinde durulmuştur. Kişilerin ad ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indeksten çıkarılmasının idare karşısında ileri sürülebilmesi ihtimali incelenmiş ancak ülkemizde idarenin sahip olduğu bir arama motoru tespit edilemediğinden, söz konusu talebin idareye yöneltilmesinin fiilen mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır. İdare bünyesindeki kurumsal web sitelerinde ad ve soyadı verileri kullanılarak yapılan site içi arama sonuçlarının indeksten çıkarılmasına yönelik olası taleplerin ise, dahili arama motorlarının ilgili kişi üzerinde doğurabileceği etki, harici arama motorlarına oranla çok daha zayıf olduğundan doktrinde kabul görmediği tespit edilmiştir. Ne var ki idareye bu konuda yetki verilmesine yönelik düzenleme yapılması hususunun değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının İnternet sitelerinin "dahili" arama motorlarında yapılan sorgu sonuçlarının bazılarının unutulma hakkına dayanılarak indeksten çıkarılmasına yönelik taleplerin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Kurum tarafından kullanılan kriterlerin idari faaliyet alanına uyarlanması sonucunda tespit edilecek kriterler kullanılarak idare tarafından karara bağlanmasında isabet olabilecektir. Üstelik idare bu tür kararlar alma yetkisiyle

---

75 SÖZÜER, s. 6.

76 CJUE, Affaire C-131/12, Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González, 13.05.2014, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN (Erişim tarihi: 16.09.2021).

77 Kişisel Verileri Koruma Kurulu, "**Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 23/06/2020 Tarihli ve 2020/481 Sayılı Kararı**", https://kvkk.gov.tr/Icerik/6776/2020-481 (Erişim tarihi: 05.09.2021).

donatıldığı takdirde, ilgili veri idarenin kendi içinde halen erişilebilir kalmaya devam edebilecek, sadece üçüncü kişiler için kolaylıkla erişilebilir olmaktan çıkacaktır.

Unutulma hakkının idare hukuku perspektifinden ve verilerin ilgili erişim ortamından çıkarılması ya da kaynaktan silinmesine ilişkin geniş anlamıyla incelendiği ikinci bölümde ise, unutulma hakkı kavramına atıf yaptığı kararlarının tümü İnternet ortamında yapılan yayın ya da yorumlara ilişkin olan Anayasa Mahkemesinin aksine, Yargıtayın basılı şekilde yayımlanmış eserlerde yer alan verileri konu aldığı kararlarının bulunduğuna değinilmiştir. Dolayısıyla, ilgili (kişisel) verilerin erişim ortamından kaldırılarak herkes tarafından kolayca erişilebilir olmaktan çıkarılmasıyla, kaynaktan silinmesi arasındaki fark ortaya konmuştur.

Bu doğrultuda, idari faaliyetler kapsamında işlenen verilerin, idare tarafından ilgili erişim ortamından çıkarılması veya kaynaktan silinmesi ihtimali, idare kayıtlarında yer alan ve herkes tarafından erişilebilir nitelikte olmayan verileri de kapsayacak şekilde, yetkili kamu görevlileri tarafından erişilebilir olmaları yeterli görülerek değerlendirilmiştir. İlgili mevzuat uyarınca, idarenin kayıtlarında tuttuğu verilerin ve belgelerin muhafazasının esas olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, idarenin kayıtlarında hukuka uygun olarak yer bulmuş ve ilgili kişi bakımından doğru (gerçekle örtüşen) nitelikteki verilerin, zamanın geçmesine bağlı olarak ilgili kişiye zarar verir hale gelmiş olması nedeniyle ve unutulma hakkına dayanılarak idare tarafından imha edilmesinin hukuken mümkün olmadığı görülmüştür.

Ancak, ilgili kişi hakkında örneğin T.C. Resmî Gazete'de ilan edilmiş bireysel işlem veya bilgilerde zaman içinde bir değişiklik meydana gelmiş ise, kişinin hukuki statüsüne (aynı konuda) değişlik getiren yeni tarihli bireysel işlemin veya yargı kararının da yine T.C. Resmî Gazete'de ilan edilmesi gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Bu amaca hizmet edecek mevzuat değişikliklerinin gerçekleştirilmesi, hem hukuki güvenlik ilkesine hizmet edecek, hem de ilgili kişilerin güncel durumlarını gösteren yeni tarihli işlemlerin/kararların Resmî Gazete'de ilan edilmemiş olması nedeniyle karşılaşabilecekleri olumsuz sonuçları ve bu sonuçlar nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilmesi ihtimalini ortadan kaldıracaktır.

İdari faaliyetler kapsamında işlenen veriler için unutulma hakkından beklenen faydanın, idareye veri silme veya yok etme yetkisi veren mevzuat uyarınca karşılanması ise teorik olarak mümkündür. Ancak bu kapsamda

öncelikle uygulanması gerektiği (6698 sayılı Kanun'dan hareketle) tespit edilen ilgili idari faaliyet alanına özgü mevzuat uygulandığında, talep edilen içeriğin imha edilebilmesi için önceden belirlenmiş sürelerin dolması ve söz konusu veriyi içeren belgenin "arşivlik belge" niteliğine kavuşmuş olmaması gerekecektir. 6698 sayılı Kanun ile ilgili mevzuat çerçevesinde ileri sürülen silme ya da yok etme talepleri ise, anılan Kanunun uygulama alanında kalan bir idari faaliyet kapsamında işlenmiş verilere ilişkin olma koşulunun sağlanması halinde dahi, veri işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmadığı ileri sürülerek veri sorumlusu idareler tarafından reddedilebilecektir.

Sonuç olarak, idari faaliyetler kapsamında işlenen (kişisel) verilerin kayıt ve muhafaza edilmelerinin esas, imha edilmelerinin ise zorlaştırılmış olduğu düzenlemeler karşısında, unutulma hakkının hayata geçirilmesi ancak idareye elverişli yetkileri tanıyan mevzuatın yürürlüğe girmesiyle mümkün olabilecektir. Halihazırda yürürlükteki mevzuattan hareketle aynı beklentinin karşılanması ise, unutulma hakkına duyulan ihtiyacın ortaya çıktığı zaman ile imha edilmesi talep edilen veriler için öngörülmüş saklama süresinin dolduğu ya da 6698 sayılı Kanun uyarınca işleme sebeplerinin ortadan kalktığı zamanın çakışmasını gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOY RETORNAZ E. Eylem, **Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (*Revenge Porn ve Deep Fake*)**, On İki Levha, 2020, İstanbul, 169 s.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 14. Baskı, Savaş, Ankara, Ekim 2021, 780 s.

AKYÜZ BİLGE Canan, **Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 556001, https://tez.yok.gov.tr, 255 s.

EROĞLU Şahika, "Açık Devlet ve Açık Devlet Uygulamaları: Türkiye'de Kamu Kurumlarına Yönelik Bir Değerlendirme", **DTCF Dergisi**, C. 58, S. 1, 2018, ss. 462-495.

KABADAYI Elif Sinem**, Dijital Çağda Hissedilen Unutulma İhtiyacı ve Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Yeni Bir Hak Olarak Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 672299, https://tez.yok.gov.tr, 333 s.

KANÇAL Ezgi, **Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 680898, https://tez.yok.gov.tr, 310 s.

KAYA Mehmet Bedii, "**Unutulma Hakkı: AİHM'in Unutulma Hakkına Yaklaşımı (AİHM M.L. ve W.W. v. Almanya Kararının İncelenmesi)**", s. 1-24, https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulma-hakki-aihm-insan-haklari-hukuku.pdf,

KLINGENBERG A.M., "**Catches to the right to be forgotten, looking from an administrative law perspective to data processing by public authorities**", International Review of Law, Computers & Technology, Cilt 30, Sayı 1-2, ss. 67-75.

KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 4. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, 644 s.

MAHMUTOĞLU Hande, **Kişilik Hakkı Çerçevesinde Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 690801, https://tez.yok.gov.tr, 194 s.

ÖNOK, M., "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında "Unutulma Hakkı" ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", **İtanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, S. 1, Ocak 2017, ss. 155-188.

ÖZ DEMETOĞLU Gizem, **Türk ve AB Veri Koruma Hukuku Bağlamında Blok Zincir Teknolojisinde Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 577805, https://tez.yok.gov.tr, 94 s.

PINO Giorgio, "The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights", **The Harmonisation of European Private Law**, Ed. Mark Van Hoecke, François Osts, Portland, Hart, 2000.

SAKA Rıza, Kişisel Verilerin Korunması ve İmhasına İlişkin Genel Açıklamalar, in SAKA Rıza / ÇAĞLAYAN Ramazan / KOCA Mahmut, **Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası**, Seçkin, Ankara, 2020, 415 s.

SALİHPAŞAOĞLU Yaşa / DEĞİRMENCİOĞLU Burcu, "Unutulma Hakkının Bir "İnsan Hakkı"na Dönüşme Yolculuğu", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXIV, S. 2, Mayıs 2020, ss. 361-388.

SOYSAL Tamer, "Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 7, Sayı. 13, Haziran 2019, ss. 339-422.

SÖZÜER Eren, **İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, Ulusal Tez Merkezi tez no. 467359, https://tez.yok.gov.tr, 234 s.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği", Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2010, ss. 3151-3156.

TEKİN Gökberk, **Anayasa Hukuku Açısından Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, Ulusal Tez Merkezi tez no. 632293, https://tez.yok.gov.tr, 149 s.

TOK GÖKHAN, **İnternette Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, Ulusal Tez Merkezi tez no. 633233, https://tez.yok.gov.tr, 162 s.

TURAN Ayşe Melek, **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, Ulusal Tez Merkezi tez no. 530061, https://tez.yok.gov.tr, 173 s.

TURGUT Cemile, **Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, Ulusal Tez Merkezi tez no. 676248, https://tez.yok.gov.tr, 537 s.

YAVUZ Can, **Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, Ulusal Tez Merkezi tez no. 431387, https://tez.yok.gov.tr, 213 s.

YILDIZ Tuba, **Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 568237, https://tez.yok.gov.tr, 299 s.

YILMAZ Çiğdem, **Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2019, Ulusal Tez Merkezi tez no. 608466, https://tez.yok.gov.tr, 169 s.

Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin "Madde 29" Çalışma Grubu, **Lignes directrices relatives á l'execution de l'Arret de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'Affaire 'Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González**, C-131/12 26 Kasım 2014, 14/FR WP225, §18, s. 10, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/redirection/document/64438 (Erişim tarihi: 16.09.2021).

Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı - T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZekaStratejisi2021-2025.pdf, 104 s.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1601-1631

THE EVALUATION OF STATES' COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL AGREEMENTS ON CLIMATE CHANGE AS A GLOBAL CHALLENGE(*)(**)

Dr. Öğr. Üyesi **Mustafa ERÇAKICA**(***)

Abstract: Protection of our planet and of the right to have a healthy environment is essential in collaborating and making international agreements between States. International agreements on preventing climate change is considered as an outcome of this fact. But making these agreements might not, at all circumstances, guarantee State compliance with their provisions. Factors impacting the compliance with international agreements on climate change vary. These factors are not limited to but include the absence of international enforcement mechanisms, the absence of pressure on governments regarding the climate change issues, and low-cost, easy and environmentally harmful approaches to industrialization in developing States. It has been observed that different theories of international relations explain compliance with international law. It is important to evaluate instruments that effect the compliance of States with international agreements on climate change under these international relations theories to understand why States do or do not comply with agreements on climate change. The objective of such evaluation is necessary to promote compliance with international agreements on climate change and to eliminate obstacles that prevent States to comply with international agreements on climate change. Increasing compliance with international agreements on climate change will pave the way for protecting our one and only planet.

Keywords: International Environmental Law, International Law on Climate Change, Compliance, Interest Groups, International Relations Theories.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 04.07.2020 - Makale Kabul Tarihi: 15.08.2021.

(**) The author wishes to thank Dr. Meliz ERDEM for her suggestions made on an earlier drafts of this article.

(***) Bahçeşehir Cyprus University, Law Faculty, Intenational Law Department (ORCID No: 0000-0003-0197-1207; *mustafa.ercakica@baucyprus.edu.tr* and *m_ercakica@hotmail.com*)

DEVLETLERİN KÜRESEL BİR TEHDİT OLAN İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARA RİAYETİNİN İNCELENMESİ

Öz: Dünyamızın korunması ve sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkının sağlanması devletler arasında iş birliği yapmak ve uluslararası anlaşmalar yapmak zorundadır. İklim değişikliğinin önlenmesine ilişkin uluslararası anlaşmalar bu durumun geri dönüşü olarak görülmektedir. Ancak bu andlaşmaların yapılması, getirdikleri düzenlemelere riayetin garantisi değildir. Devletin iklim değişikliğine ilişkin uluslararası andlaşmalara riayetini etkileyen birçok faktör bulunmaktadır. Bunlar, uluslararası yaptırım mekanizmasının eksikliği, iklim değişikliği konularında hükümetler üzerinde yeterli kamuoyu baskısının olmaması, gelişmekte olan devletlerin sanayileşmeyi ucuz, kolay ve dolayısıyla çevreye zarar veren bir şekilde gerçekleştirme isteği gibi faktörler olarak özetlenebilir. Bu konuyla ilgili bir diğer başlık, uluslararası hukuka riayeti açıklamaya çalışan uluslararası ilişkiler teorileridir. Farklı uluslararası ilişkiler teorilerinin uluslararası hukuka uygunluğu açıklamaya çalıştığı görülmektedir. Devletlerin iklim değişikliğine ilişkin andlaşmalara neden riayet ettiklerini veya etmediklerini anlamak için yukarıda değinilen parametreleri uluslararası ilişkiler teorileriyle değerlendirmek önemlidir. Bu değerlendirmeyle, devletlerin iklim değişikliği ile ilgili uluslararası anlaşmalara uymalarını önleyen engelleri ortadan kaldırmak ve iklim değişikliği ile ilgili uluslararası anlaşmalara uyumu teşvik etmek amaçlanmaktadır. İklim değişikliği ile ilgili uluslararası anlaşmalara riayetin arttırılması, bir ve tek Dünyamızı kurtarmamıza yardımcı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çevre Hukuku, İklim Değişikliğine İlişkin Antlaşmalar, Riayet, Çıkar Grupları, Uluslararası İlişkiler Teorileri.

INTRODUCTION

Globalization extensively contributes to the development of international law. States are no longer capable of struggling against threats against internatonal system and the planet alone. Common interest of the international community and humanity at different levels has led to the introduction of various international legal rules. One of these fields is climate change as a global and life threating problem.

Environmental problems damage our planet globally and this has forced the States find ways in working cooperatively. International environmental law is an outcome of this need. States try to ensure that environment is protected through conclusion of international agreements. One of the problems that international environmental law seeks to solve is climate change.

Technological developments have been detrimental to climate change and this has led the international community to have concerns on the inhabitability of the planet. Climate change has caused transboundary problems and it seems that these problems will continue to increase. It has been understood that the sujects of international law must cooperate to combat climate change. Consequently, international agreements have been concluded between States to decelerate effects of climate change.

Assessment of compliance with international agreements on climate change is important and necessary for taking new steps on combatting this global phenomenon. The main aim of this article is to evaluate States' compliance in this respect through an analysis of important international theories on compliance with international law. Understanding the background of compliance with international rules under these theories will pave the way in establishing a link with such theories and climate change agreements. Then, it will be easier to increase compliance with such agreements.

For this, firstly, international agreements that set up legal rules on international environmental law and climate change will be addressed. Secondly, leading theories of international relations on compliance with international rules will be explained. The question of "how could compliance with international agreements on climate change be improved?" would then be evaluated. In the last section, doctrinal recommendations will be put forth to increase compliance.

I. INTERNATIONAL AGREEMENTS ON ENVIRONMENTAL LAW AND CLIMATE CHANGE

Environment and environmental problems are among those where States should act in line with the common good of humanity. Human activities causing pollution have led to ozone depletion, increase in temperatures and, as a consequence, global warming and climate change. Many people and some States have realized that they can not continue to live without taking these problems into account and they have decided to cooperate. They have seen that the humanity is in need of international environmental law and international agreements to prevent the environmental problems.

1. International Environmental Law and Related Legal Activities Under International Law

In many international law texts, it is said that people has the right to live in a healthy environment. The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL), the Convention for Protection of the

Mediterranean Sea against Pollution, Convention on the Rights of the Child, the Convention for the Protection of the Archaeological Heritage of Europe, the Convention on Biodiversity, The Convention on Biological Diversity, The European Urban Charter, The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, The Convention for the Protection of the Ozone Layer, The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters are some examples of the international agreements that are maden by States to protect the environment[1].

In addition to the above mentioned agreements, the International Court of Justice[2] and the European Court of Human Rights[3] gave important deci-

---

1 For further information see: ÇİÇEK Erol, "İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No. 103, 2012, p. 351-377. Also see: TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa R. / SANCAKDAR Oğuz / ÖNOK Murat R., **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, p. 456-457.

2 The International Court of Justice established a special chamber namely Special Environmental Chamber under its mechanism, as it was a need due to the increase in the number of cases that were submitted and included environmental contents. VINUALES Jorge E., The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment", **Fordham International Law Journal**, V. 32, No: 1, 2008, p. 232-233. The well known Pulp Mills case (Argentine v. Uruguay) is an important case regarding the relation between international environmental protection and International Court of Justice. On 4 May 2006, Argentine suited a case against Uruguay. In 1975 Argentine and Uruguay had made an international agreement named as the Statute of the River Uruguay and Argentine claimed that Uruguay had breached this agreement by constructing two pulp mills on the the River Uruguay. According to Argentine's claim, this activity of Uruguay had hazardous impacts over the quality of the waters of the river, also over the areas affected by the river, and this action were violations of the agreement between these two States. International Court of Justice, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), No: 977, 20.04.2010, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf (Date of Access: 20.06.2021), para. 1-4. The high risk of pollution of the river, possible deterioration of biodiversity, and additionally harmful effects on health and fisheries resources were on the focus point of the Argentine's claims. VINUALES, p. 234. The Court accepted that the measures of parties that are taken to protect the flora, fauna and biodiversity of the Uruguay River must reflect the international obligations of the Statute's parties. The Court also emphasized that the Statute should have been interpreted in accordance with the recent practice of states and now is a general requirement of public international law to undertake an environmental impact assessment where a risk of pollution of the environment because of the industrial activities. Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), para. 204. This case is considered as a well advanced decision of the International Court of Justice that reflects its modern attitude against international environmental law issues. BOYLE Alan, "Pulps Mills Case: A Commentary", 2010, https://www.biicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf (Date of Access: 19.06.2021), p. 1 and VINUALES, p. 235. Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Gabcikovo-

sions to protect the environment. Their decisions and international agreements on environment acknowledged environmental rights as human rights, most importantly, the right to a healthy environment. Environmental rights are third generation human rights[4] and many States have incorporated rights in their constitutions. Environmental rights are not distinct from the right to know about the environmental topics and debates. Environmental damages effect the entire humanity and cause irreversible damage to the planet. As a result, it is also suggested that rules of international law for protecting the environment should be accepted as part of *jus cogens*[5].

Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons are some of the other examples that constitutes the basis of the case law of International Court of Justice regarding the environmental issues. For further information on these cases, see: VINUALES, p. 236.

3 When the European Convention on Human Rights (ECHR) is evaluated, it is seen that there is no any explicit article that regulates the right to a healthy environment. But the European Court of Human Rights adopted an approach regarding the environmental issues that links other rights in the ECHR with the environmental protection. According to European Court of Human Rights, environmental issues are components of right to life (that is regulated in ECHR article 2), right to respect of private and family life (that is regulated in ECHR article 8) and right to receive and impart information (that is regulated in ECHR article 10). Environmental Rights Database, Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights, http://environmentalrightsdatabase.org/environmental-jurisprudence-of-the-european-court-of-human-rights/ (Date of Access: 20.06.2021). The Court ordered that States have an important duty to protect right to life by legislative and administrative measures related to environmental or natural disasters, including the activities of chemical factories, waste-collection sites, and other dangerous activities. European Court of Human Rights, Öneryildiz v Turkey, Application no. 48939/99, 30.10.2021, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-67614%22]}, para. 134 (Date of Access: 20.06.2021). Also, according to the Court, States party to ECHR have certain procedural obligations, such as having a decision-making process that includes investigations and studies on environmental issues, giving the public opportunities to access to information, and having legal ways of effective legal remedies. Ibid., para. 76. Also see: Université de Genève Global Studies Institute, Mapping Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, Individual Report on the European Convention on Human Rights and the European Union, Report No. 14, December 2013, p. 37.

4 First generation human rights are the firstly accepted human rights, and they emerged as a result of the conflict between the aristocracy and the bourgeoisie during the French Revolution. First generation rights can also be described as civil and political rights. Rights such as right to physical integrity, freedom of religion and conscience, and political rights are some examples of these rights. The second generation rights are economic, social and cultural rights. These rights, which emerged after the industrial revolution, may include the rights such as social security, the right to health and fair wage. The third generation of human rights, which developed by the virtue of the activities on explaining human values globally after the Second World War and can be used collectively, consists the rights such as environmental rights and the right to self-determination. TEZCAN et al., p. 77.

5 GÜNEŞ Şule A., "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 58, No. 4, 2004, p. 144.

With these in mind, it is argued that the rules introduced to prevent damage to ozone layer, global warming, seas and biodiversity should be accepted as *jus cogens* rules, because they impact the entire international community. States and individuals are part of the international community, therefore it can be argued that the international community should protect humans as they are at the core unit of the international community. As mentioned previously, living in a clean environment is accepted as one of the most important human rights and freedoms. The effects of violation of people's right to live in a healthy environment resemble to that of using nuclear weapons. Therefore, violation of States' obligations against the environment can ultimately result in serious harm to people and therefore, to the international community. In this case, rules on international environmental law should be accepted as part of *jus cogens*[6].

Quality of people's lives and also the right to health are protected through environmental rights. Therefore, it is in the interest of individuals, hence the nations, and therefore in the interest of States to protect the environmental rights. Whit this in mind, human rights have been reinterpreted to include environmental rights. Consequently an understanding of the need to States cooperation within this field have come to fore[7].

This Notion has led to the United Nations (UN) Human and Environment Conference, also known as the Stockholm Conference, in 1972. With this conference, a new period of cooperation in international environmental law was initiated. More than 100 States participated in this Conference and it was emphasized that environmental problems pose a threat to all humanity[8].

The Stockholm Declaration has been an important milestone in this context. The dignity of human beings and the right to live in a good environment, the obligation to create a healthy environment to future generations by protecting and developing the environment were emphasised in this Declaration[9]. According to the developing States, the developed States has had the highest impact on the environment and environmental problems. Developing

---

6 Ibid, p. 144.

7 Ibid, p. 141.

8 Ibid, p. 141-142.

9 For the text of the Stockholm Declaration, see: http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503 (Date of Access: 19.09.2020).

States have not contributed to any environmental problems, but they have suffered more than developed States. Because, their position in adapting themselves to environmental conditions is somewhat delicate compared to developed States. Their infrastructure, economy, institutions and level of technology have not been sufficiently developed meaning that the negative impact they have suffered is way more than any developed State[10].

So, according to the developing States, developed States have more responsibilities and duties to resolve these problems. On the other hand, according to developed States, environmental problems are linked with the failure of developing States in taking necessary measures while they have been industrialising. Even in discussions of environmental problems, the Stockholm Conference has achieved to address and discuss environmental issues globally[11].

The United Nations Environmental Programme (UNEP) was founded and the negotiations to make new environmental agreements between States were taken to the agenda of the participant States as a result of the Stockholm Conference. In other words, the Conference has been accepted as a turning point for the development of international environmental law. The Conference is important as it brought States with different political attitudes and various levels of development together to accept common responsibilities and duties for environmental problems. In addition, the understanding of a new idea of development by keeping the environment safe and without harming it has emerged with this Conference[12].

Since 1991, a joint environmental program has been carried out by the UN Environment Program, the UN Development Program and the World Bank. The purpose of this program which is known as the Global Environment Fund, is to protect the environment globally. In the beginning, it was established to raise funds for high-cost projects on biodiversity, climate change, international waters and the ozone layer. Since 1994, it has been decided to renew the status of the Global Environment Fund each year to

---

[10] PEEL Jacqueline, "Climate Change Law: The Emergence of a new Legal Discipline", **Melbourne University Law Review**, V. 32, 2008, p. 926.

[11] SÖNMEZOĞLU Faruk / BAYIR Özgür E., "Çevre Sorunlarına İlişkin Uluslararası Örgütler", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No. 47, 2012, p. 252.

[12] BİLİR Faruk / HAMDEMİR Berkan, "Çevre Hakkı ve Uygulaması", **International Conference on Eurasian Economies**, 2011, p. 144-145.

keep it effective. The World Bank lends money to the States so that they can fulfill their obligations arising from international environmental agreements, and the Global Environment Fund makes donations to the States. The prerequisite to benefit from the donations of the Global Environment Fund is to strictly adhere to several international agreements on environment. The Global Environment Fund also contributes the implementation of international agreements on environment. On the other hand, if the World Bank detects flaws on compliance with the international obligations on this matter, it can apply sanctions such as cancelling credits until the conditions are met or actions to stop violations are taken[13].

Another important event for the international environmental law took place in 1992. The UN Environmental Development Conference was held in Rio, Brazil, with the participation of delegates from 178 different countries. Important international legal texts were introduced as a result of this Conference, some of them in the form of declarations having no binding effects. As a result, they have not effected States' attidude on protecting the environment as much as it has been expected. Accordingly, after the Rio Conference, especially the United States of America (USA) and other developed countries, which cause 30% of the carbon dioxide oscillation in the atmosphere, declared that they would continue their industrial activities. Thus, in fact, this conference has not satisfied expectations[14].

Although a large part of the World population lives in developing countries, developed countries consume a significant part of natural resources. In addition, they cause a significant proportion of environmental problems[15]. So, the reaction of developed countries after the Rio Conference can be considered as being very negative and unjust for the protection of environment.

There are huge numbers of regulations on international environmental law in the European Union (EU). In addition, the EU continues its public awareness raising efforts through declarations on the right to the environ-

---

[13] SHIHATA Ibrahim. F. I., "Implementation, Enforcement, and Compliance With International Environmental Agreements - Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience", **The Georgetown Environmental Law Review**, V. 9, No. 37, 1996, p. 49.

[14] BİLİR / HAMDEMİR, p. 144. The five international legal texts with the ones that are not binding adopted in this conference are: the Convention on Biological Diversity, the Rio Declaration, Agenda 21 and the Action of Forests. For more information, see: https://unfccc.int/resource/docs/publications/rio_20_forests_brochure.pdf (Date of Access: 07.04. 2020).

[15] BİLİR / HAMDEMİR, p. 144.

ment and conferences[16]. The EU has declared that its citizens must benefit from high level of environmental standards. Consequently, the EU has adopted a vision by 2050. Under this new vision, the EU supports research programmes and legislation on environment and provide for funding opportunities to protect environment. The EU tries to have a resource-efficient, green, and competitive low-carbon economy to safeguard its citizens from environmental health risks as well as their wellbeing[17].

Today, an international organization such as the International Environmental Organization, which deals only with environmental issues, has not yet been established. Although the UN Environment Program is an organization working on environmental issues, it is no more than a program established within the UN. However, the UN is still the first international organization dealing with global environmental protection. Other international and transnational organizations have been interested in environmental problems and climate change as far as their fields of activity have been concerned. However, there has not been any spesific universal international organization working on environmental issues yet, there are only some small-scale regional organizations that deal with the environmental issues[18].

2. International Norms and Codifications on Climate Change

International environmental law has emerged rapidly, and has already had sub-branches, specialities, including international biodiversity law, water law and, international climate change law. The main problem is to intensify the impact of humanity activities on the climate, especially the impacts of greenhouse gas emissions on the world's climate system. Many codification activities are introduced to fight against climate change[19].

Although climate change has impacted daily life negatively, governments do not seem to make efforts to reduce gas emissions in their own territories. In other words, States have not yet understood the necessity of taking measures in preventing climate change. In addition, high costs for pre-

---

16 Ibid, p. 144. For the legal framework of the European Union on environmental issues, see: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/71/environment-policy-general-principles-and-basic-framework (Date of Access: 20.06.2021).

17 European Union, Environment, https://europa.eu/european-union/topics/environment_en (Date of Access: 20.06.2021).

18 SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 259.

19 PEEL, p. 923.

cautions have also reduced actions in the fight against climate change. They tend to continue their industrial facilities by using cheaper but environmentally harmful ways[20]. Therefore, climate change as a threat to the future of humanity has become one of the main topics of the international environmental law. For this, a number of specific international agreements on climate change were signed by States.

Concerns on global warming and climate change dates back to 1896[21], but it was already 1985, when States discovered that the ozone layer was depleted. In 1987, the Montreal Protocol on Objects that Deplete the Ozone Layer was adopted. The objective of the Montreal Protocol has been to reduce States' use of substances that cause the depletion of the ozone layer and thus climate change. For this, the Protocol envisaged periodic scientific and technological evaluations and a time frame for reducing these substances. It was also accepted in the Montreal Protocol that this time frame could be revised according to the developments[22].

Within the framework of the Montreal Protocol, a series of meetings were held to make necessary and urgent changes planning industrial activities to reduce the depletion of ozone layer. The use of new substances, which were later recognized as having harmful effects on the ozone, was also banned by this Protocol. In 1990, the establishment of the Multilateral Fund with the contribution of developed countries enabled technical projects to be carried out in developing countries. The Fund's objective was to provide necessary expertise and technology which would not be harmful to the environment through industrial activities carried out in developing countries.

One of the most important agreements regarding climate change is the United Nations Framework Convention on Climate Change (Paris Agreement[23]) which was adopted in 1992. The purpose of this agreement is to keep the density of greenhouse gases in the atmosphere at an appropriate level, so that any negative effects on climate is eliminated. This agreement has the

---

20 BARRETT Scott / STAVINS Robert, "Increasing Participation and Compliance in International Climate Change Agreements", **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**, V. 3, No. 4, 2003, p. 349-350.

21 PEEL, p. 924.

22 For further information and the text of the Montreal Protocol, see: http://iklim.cob.gov.tr/iklim/AnaSayfa/montrealptotokolu.aspx?sflang=tr (Date of Access: 15.04.2020).

23 For the text of Paris Agreement, see: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (Date of Access: 21.06.2021).

highest number of parties among those on international environmental law[24]. The Paris Agreement will be reevaluated in the following paragraphs as well.

The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (Kyoto Protocol) is another international legal text that is important in the field of international environmental law. It contains important provisions against climate change. The Kyoto Protocol, which was enacted as a result of the Conference held in Kyoto, Japan in 1997 and entered into force in 2005, also imposed obligations on States for reduction of greenhouse gas emissions[25].

Greenpeace, an international non governmental organization (NGO) founded in 1971 and centered in Amsterdam, is an important player that should be mentioned at this point. It is stated that Greenpeace, which has offices and activities in forty countries, has more than three million supporters. Greenpeace does not receive donations from any government or company and continues its functions with individual supporters to preserve its independence. It works on environmental problems such as nuclear danger, oceans and climate change in the World. Greenpeace lobbies and proposes drafts for international agreements in these fields[26].

Paris Agreement is an important international document on climate change which deserves a seperate examination. Because, it forces all parties to undertake effective efforts to fight against climate change[27]. It was adopted by 196 States in Paris on 12.12.2015, and entered into force on 04.11.2016. Its main goal is to limit global warming. To achieve this long-term goal, States that are parties to this agreement aim to reduce greenhouse gas emissions. It will then be possible to return to pre-industrial period ecosystem and climate temperatues[28].

---

24 BARRET / STAVINS, p. 352.

25 For the text of the Kyoto Protocol, see: https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf (Date of Access: 07.04.2020). For more information on the Kyoto Protocol, see: https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change (Date of Access: 07.04. 2020).

26 SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 261-262.

27 United Nations Climate Change, The Paris Agreement, https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement (Date of Access: 21.06.2021).

28 ASSELT, Harro van, "International Climate Change Law in a Bottom-up World", **Questions of International Law**, V. 26, 2016, p. 6.

The USA was a party to the Paris Agreement. On 01.06.2017, the former President Donald Trump announced they would withdraw from the Paris Agreement. The Trump Administration was known to have strong links with the fossil fuel industry. In addition, interest groups in this regard are important actors in American politics. The withdrawal from Paris Agreement was a part of Trump's presidential campaign for political gains[29]. After he was elected as the President, he withdrew from the Paris Agreement on 04.11.2020[30].

Trump's main claim was that the Agreement had a negative impact on the economy of the USA[31]. The decision on withdrawal was criticized both at international and national levels as well as by environmentalists, religious organizations, some business leaders, scientists and media[32]. Generally the majority of the Americans disagreed with this withdrawal[33]. Following 2020 presidential elections in the USA, new President of the country, Joe Biden decided to rejoin the Agreement. The USA formally rejoined on 19.02.2021[34].

Nuclear contamination, magnetic contamination, contamination caused by carbon monoxide gas and damage to the ozone layer has led to the development of international environmental law. Air, water and soil pollution also

---

29 ZHANG Hai-Bin et. al., "U.S. Withdrawal from the Paris Agreement: Reasons, Impacts and China's Response", **Advances in Climate Change Research**, V. 8, 2017, p. 221.

30 JACOBO Jula, "The US is leaving the Paris Agreement: How that will affect the global mission to affect climate change", 02.11.2021, https://abcnews.go.com/US/us-leaving-paris-agreement-affect-global-mission-affect/story?id=73861889 (Date of Access: 21.06.2021). It seems hard to understand this argument of Trump. Experts are claiming that evidences are showing the opposite. Adopting environmental friendly industrial policies increased States' gross domestic product and reduced carbon dioxide emissions. Additionally, investments in clean energy create more job opportunities than investing in fossil fuels. HERSHER Rebecca, U.S. Officially Leaving Paris Climate Agreement", 03.11.2020, https://www.npr.org/2020/11/03/930312701/u-s-officially-leaving-paris-climate-agreement (Date of Access: 21.06.2021).

31 Ibid., p. 220.

32 ZHANG et. al., p. 220.

33 Matt McGrath, "Climate Change: US Formally Withdraws from Paris Agreement", 04.11.2020, https://www.bbc.com/news/science-environment-54797743 (Date of Access: 21.06.2021).

34 After his election as the President of the USA, Joe Biden, announced that the importance of the Paris Agreement had been seen and it was considered as a necessity to rejoin the Agreement. The White House Briefing Room, Paris Climate Agreement, Statements and Releases, 20.01.2021, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/ (Date of Access: 21.06.2021).

threaten human life. Pollution of forests, oceans and air can cause decrease in water resources, erosion, desertification, climate change, global warming, health problems, biodiversity reduction and famines[35]. Therefore, States have started making international agreements on climate change as part of international environmental law.

Neorealist theory accepts that States are the only actors of international relations. According to this theory, they are independent units and they will cooperate at international level only when they are effected by an event and their interests are parallel with this[36]. According to this theory, international law does not have an impact on State behaviors; compliance with international law is a coincidence and only comes to the fore when these rules are compatible with State interests[37].

As observed through the USA and Paris Agreement example, ratification of international agreements on climate change, as well as compliance with their provisions and withdrawal from them is not merely an international law issue. Also, States are not the only actors of international relations as neorealist theory claims[38]. It must be accepted that other actos such as public, interest groups also effect State behaviours and its international relations. International relations, international law and compliance with international law have links with politics, economy, and public demand[39]. Today, luckily, States negotiate international agreements on climate change[40]. An increasing number of States becoming parties to these agreements and efforts in this respect contributed positively to the compliance with the rules of these agreements. Financial resources need to be spent to implement these agreements and the financial burdens may challenge the economic interests of governments. So the neorealist theory, which disregards international law,

---

35 BİLİR / HAMDEMİR, p. 145.

36 SCHROEDER Paul, "Historical Reality vs. Neo-Realist Theory", **International Secuirty**, V. 19, S. 1 (1994), p. 114.

37 GUZMAN Andrew T., "A Compliance-Based Theory of International Law", Berkeley Law Scholarship Repository, V. 90, No. 6, 2002, p. 11836-1837.

38 ASSELT, p. 12.

39 As the fight against climate change necessitates sustainable development and eco-friendly, it may increase the cost of industrial activities. Hence, fight against climate change has an economic dimenstion that may bring opposition or resistance of private interest groups. PEEL, p. 924.

40 Multilateral Environmental Agreements, https://ec.europa.eu/environment/international_issues/agreements_en.htm (Date of Access: 15.07.2021).

needs criticism[41]. In addition, the question of the extent of State compliance with these agreements regarding climate change that endanger humanity and its future should also be evaluated.

II. COMPLIANCE WITH THE RULES OF INTERNATIONAL AGREEMENTS ON CLIMATE CHANGE

There are some theories which address factors that effect the political attitudes and wills of States. Compliance with the international agreements on climate change will be summarized in this section of the article with these theories that try to explain the question of "why do States comply with international law?".

Some has already addressed impacts of climate change as food shortages, the increases in human mortality, extreme and extraordinary weather events, the loss of some species which is an important threat on the protection of biodiversity, mortality of coral reefs, decrease in the global agricultural productivity, deglaciation and its effects on the sea level[42]. States and international organizations have now realized that the individual steps taken by States to protect environment will be insufficient to minimise these effects on the climate change. Therefore, as mentioned above, it was concluded that the creation of international norms is mandatory. Establishing an international environmental legal regime will be of common benefit of the humanity. However, it is accepted under international law that the principle of sovereignty of States prevails and that States can delegate their sovereign rights only with their own consent. This has caused some difficulties in complying with the rules created in the field of international environmental law.

It is known that the ozone layer has lately been getting much thinner due to industrial activities around the world. Accordingly, governments have to make new legal regulations regarding industrial activities that prevent environmental harm under their national legal systems. However, some governments are not eagerly complying with international agreements to avoid the reaction of the interest groups dealing with industrial activities, to ensure that industrial activities in their countries are not interrupted and sometimes to avoid the burden of costs. States, which are the most important subjects of

---

41 GUZMAN, p. 1838.

42 PEEL, p. 925.

the international law, comply with international law rules related to climate change, as well as other international law rules, in line with their own policies[43]. Additionally, they take policy decisions under the influence of the interest groups and their economic situation. So, if the interest groups demand from their government not to restrict their industrial activities, there could be a problem with states' compliance. On the other hand, environmental problems have been increasing rapidly and the effects of environmental damage have been observed with changing climates.

States become party to international agreements, generally to preserve and/or maintain international reputation[44]. However, as it is mentioned, States becoming parties to agreements does not mean that they will comply with the rules set forth as such. According to the theory of consent on compliance with international law rules, consent is crucial for a State to be bound by an international agreement. States have an obligation to comply with an agreement to which they are parties with their consent, and compliance is only rely on this fact[45].

While the theory of consent argues that States will comply only because of their consent, it ignores that consent does not provide for compliance. Consenting to be a party to an agreement is not synonymous with the willingness to comply with it. Because States sometimes may feel compelled for some other reasons such as their reputation as mentioned above and they become a party to an international agreement. However, in such cases, it is obvious that they are in fact not sincere in complying with the agreement in question[46]. If State consent is not sufficient for compliance, why do States comply with international agreements on climate change?

It is seen that States have been reluctant to comply with the international norms on climate change. Any kind of special international mechanism or court has not been established yet to judge or evaluate the violations of the

---

[43] CAŞIN Mesut H., **Modern Uluslararası Hukukun Esasları**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2013, p. 39-45.

[44] For example, after the USA's withdrawal from the Paris Agreement in 2020, this withdrawal was considered as an opportunity for China to improve its leadership in global governance. It is believed that if China would act as a leader considering the implementation of Paris Agreement and the fight against climate change, it would be a good opportunity for its reputation. ZHANG, p. 225.

[45] GUZMAN, p. 1833-1834.

[46] Ibid, 1833-1834.

agreements on international environmental protection at an international level[47]. The fact that there is no any international mechanism monitoring compliance with the international environmental law rules makes international environmental law one of the fields in which relying on international law becomes problematic. Because, compliance had generally been left to the States' own discretion[48].

One of the reasons for non-compliance with international agreements on climate change is the absence of judicial mechanisms, enforcement mechanisms or effective monitoring institutions. According to the institutionalism theory, it is possible to cooperate internationally and comply with international law rules only if international institutions are established. Because international institutions coordinate activities on international issues, manage fundings and may have the ability to punish violations. Institutionalization creates a game zone between States which might increase mutual interaction. Within this zone, the States whose interests are not at stake will potentially comply with the rules that apply here. This will prove useful only if all actors comply with the rules[49]. As a result, this game zone will motivate those in this field, increase compliance for related subjects that are in this field, and a system of cooperation will become operative[50].

---

47 The UN was pointed out as one of the most possible organization to use powers in this regard. However, it has been accepted that it wouldn't be an effective mechanism in this regard due to the institutional problems in its current structure. Also, it is known that the General Assembly's decisions and the Security Council's that are taken under the sixth chapter of the UN Charter are not binding. So, it is accepted that the UN cannot be the effective international institution for this aim. GÜNEŞ, p. 148.

48 KAYA Yasemin, "Çok Taraflı Çevre Anlaşmalarına Uyum Sorunu ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme", **Süleyman Demirel Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 42, No. 2, 2011, p. 440. Also see: BARRETT / STAVINS, p. 359. It should be noted that environmentally harmful behavior is currently being prevented by the case law of the European Court of Human Rights. The Court must be considered as one of the good examples of institutionalization at international level for the institutionalism theory, as it is one of the most effective mechanisms that protect the right to a healthy environment until today. Because, the Court achieved to protect environmental rights by using its institutionalized structure and create the link between other rights and environmental rights, and protect environmental rights as if they were regulated in the ECHR. BİLİR / HAMDEMİR, p. 144.

49 For detailed information on the game zone to be created, the mutual gains in this area and the increased compliance of the States that are wishing to stay within this area, see: GUZMAN, p. 1841-1844. However, even if an institutional structure is created as required by the institutionalism theory in this field, it shouldn't be forgotten that there would be difficulties on applying sanctions to the States. This will be mentioned below. Also see: CAŞIN, p. 54.

50 GUZMAN, p. 1839-1840.

An implementation mechanism is established under the Paris Agreement. Although, there are still some important uncertainties on the design of the review processes[51], this mechanism could in the future be an answer to criticisms on the absence of effective monitoring institutions. According to Article 14 of the Agreement, periodic meetings will be held. The implementation of the Agreement will be evaluated in these meetings and the collective progress towards achieving the purpose of this Agreement as well as its long-term goals will be examined. A conference will be held in 2023 and then, unless otherwise decided by the Conference of the Parties, every five years thereafter.

International law not only concern States, but also non-state actors. It is sometimes domestic public and private law actors that actually apply and comply with international law regulations[52]. Provisions of international agreements on climate change limit industrial activities. The liberal theory, another theory to be addressed in this context, examines the relationship between State compliance and interest groups. Contrary to the neorealist theory, individuals and interest groups are also cited as important actors of international relations. Local policies pursued of the actors addressed by this theory will affect compliance of States with international legal rules[53]. According to the liberal theory, rules introduced by international climate change agreements generally impact economic activities of States and individuals that effect compliance by States[54].

Koh argues that rules of international law are internalized as they are implemented by national actors, which, in turn, increases State compliance[55]. But Guzman claims that this argument is inadmissible. According to Guzman, practices exercised by national actors may not always be compatible with international law rules. For example, national actors also internalize that strong States effect the weak ones, or that economic potency or strength may manipulate or effect the solution of problems. According to Guzman, national actors may also not comply with international law rules since they are not technically subjects of international law. Therefore, it is not always reliable to

---

51 ASSELT, p. 8.

52 Ibid, p. 13.

53 CAŞIN, p. 44.

54 GUZMAN, p. 1838-1839.

55 KOH, Harold H., "Transnational Legal Process", **Nebraska Law Review**, V. 75, No. 181, 1991, p. 202.

assume that international law rules will become internalized due to repetitive actions of national actors which will increase level of compliance[56].

When liberal theory is examined, it can be observed that if one of the international climate change agreements impose restrictions on industrial activities, individuals engaged might also be affected by agreements concerned. This may negatively effect State compliance with the agreement provisions. Because, such individuals might exert pressure on their States not to be a party to or comply with the relevant agreement. In addition, even if the above mentioned international enforcement mechanisms are established in this field, there will be difficulties in imposing sanctions on States due to rules that might be violated by individuals. Therefore, it is stated that this will not be an effective solution to increase compliance with international environmental law[57].

The constitutive theory also points out individuals and interest groups within the State concerned to explain the compliance with international law. According to this theory, compliance with international law rules becomes possible when a State and other actors within that State will might gain profit in the future. In order to prevent the opposition of private law actors particularly, some economic instruments including the reduction of charges or taxes could be used. Additionally, payments such as subsidies could be introduced to support environmental friendly methods in industrial activities[58]. These kind of techniques will encourage sustainable development and help States to gain support from private law actors for compliance with the international agreements on climate change, because they will know that they will obtain interests in the near future[59].

States must be convinced that international cooperation in any area is particularly in line with their interests in order to comply with the rules established by international agreements and to remain loyal to the regimes established by these agreements[60]. In this case, according to the constitutive

---

56 GUZMAN, p. 1835-1836.

57 KAYA, p. 443.

58 MORGAN Bronwen / YEUNG Karen, **An Introduction to Law and Regulation**, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 85-87.

59 Ibid., p. 315.

60 KOH, p. 199-200. However, Koh stated that these interests and persuasion are also insufficient, and that, as mentioned above, the important thing is the repetition of an action. According to Koh, internalization occurs by repeating the relevant international law rule in national level with national legal procedures by national legal actors. This repetition can be done by applying the relevant rule by executive, legislative and judicial organs of a State. Ibid, p. 204.

theory, the reason why States are not party to the international agreements on climate change or do not comply with the rules in this field can be explained by the fact that they are not convinced yet that their and the humanity's long-term interests can be protected by these agreements. In other words, they do not understand how much damage the environmental problems have caused and how serious the threat over the planet is.

It is also necessary to address the theory of legal legitimacy for State compliance with the international agreements on climate change. According to this theory, States will comply with a rule only when they believe that this rule has emerged through an accurate process. So, firstly, for States' compliance with a rule, this rule must be precise. Secondly, the agreement regulating this rule must go through the necessary ratification process under States' national law. Thirdly, this rule must be consistent and lastly, the States must become party to the agreement which regulates such rule. Only after meeting these conditions, it will be possible to state that the consistency and rationality of the rules attempted to be introduced through international agreements on climate change are supplied. Afterwards, States will accept to comply with the so called international agreements[61].

It is known that developed States have reached a high level of industrialization and development by using environmentally harmful methods and their technologies based on these methods. Developing States, on the other hand, do not have the economic, technological and scientific resources required to follow more eco-friendly routes from these harmful methods. Therefore, developing States want to continue their economic and industrial activities that are not in line with the norms of international environmental law. According to these States, obliging them to refrain from damaging the environment is a form of discrimination in favor of developed countries. Because, developed States have already reached a certain level of development through their harmful activities against environment and without strict environmental ethics. In this case, developing States have believed that the agreements on environmental protection and climate change would force them to give up their right to development. For this, these States are skeptical not only of the international climate change agreements, but also of all international environmental law agreements. They do not want to become parties to such international agreements long before implementing these agreements and complying with their provisions[62].

---

61 GUZMAN, p. 1834-1835.

62 SHIHATA, p. 41.

It is claimed that authorities representing States when becoming a party to agreements may also have an impact on State compliance with the agreements. For example, becoming a party to an agreement is usually accepted as the faculty of the States' ministers of foreign affairs. However, this is criticized, because, foreign ministers usually consider the reputation of their states in the eyes of the international community[63]. Because of this motive, the objective of the international agreement in question can be left aside by the ministers of foreign affairs. This is particularly important for developing countries where international organizations such as NGOs are not common and efficient enough. In other words, effective national organizations and units are the mechanisms which may force the State in question to create mechanisms to comply with the said agreements as there may not be many international NGOs to create pressure over the State[64].

States are expected to have a high level of compliance with the rules set by the Montreal Protocol. The reason for this is the legal system brought by the Protocol. According to the Protocol, activities that cause the depletion of ozone layer are not equally binding for all States parties. For States that have completed their industrial development, they must urgently comply with agreement provisions. Developing States, on the other hand, were given some time before their gas emissions reach the level of those of developed States. In addition, increasing costs to implement the Protocol must be paid by developed countries. It sould be stated that the system established by the Montreal Protocol is more consistent since it considers the *de facto* situation of States and takes the level of development of the States into account[65].

In the final analysis, States are not always willing to comply with the provisions of international agreements on climate change. The differences in development levels of States are often put forward as a reason. In addition, the danger of not meeting the expectations of different interest groups in the States concerned may affect compliance. In addition, the lack of an institutional mechanism for examining activities of States that deterioriates climate change is one of the factors that negatively impact compliance. Following an

---

63 Ibid, p. 41.

64 PEDERSEN, p. 7.

65 However, it has also been emphasized that developing countries emit gas and damage the ozone layer as well as the developed countries. So, the system brought by the Montreal Protocol may be realistic as it considers the reality and *de facto* situation of the States, but meanwhile, the ozone layer is continuously harmed. BARRETT / STAVINS, p. 361.

analysis of reasons why States do or do not comply with international agreements on climate change, proposed suggestions to increase compliance with the international agreements on climate addressed.

III. SUGGESTIONS ON INCREASING STATE COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL AGREEMENTS ON CLIMATE CHANGE

The importance of measures to prevent climate change is addressed above. This global problem requires compliance with international agreements on climate change at a maximum level. At this point, it is essential to examine suggestions to improve compliance with the rules in this field.

1. Recommendations for States Regarding the International Law to Increase the Compliance with the International Agreements on Climate Change

It is stated that the improving compliance with the rules of international environmental law will be achieved through acceptance of the rules of international law in this field as *jus cogens*. In this case, when these rules are violated, other States will be able to take measures that will put an end to the violation or apply sanctions. If States will know that they are violating *jus cogens* when they are harming the environment, this will be deterrent, and consequently, this will improve State compliance with international environmental law rules[66]. However, it is not always easy to apply sanctions. This will be explained below.

Sönmezoğlu and Bayır emphasize the principle of "mutual but differentiated responsibility". According to these authors, compliance with international agreements on international environmental law can be ensured by taking the agreement implementing capacities of States into account. Furthermore, developing States should be provided with financial support and other means which they need[67].

Maintaining financial burden on States as low as possible while implementing an agreement might increase the number of parties as well as their compliance. In other words, increasing number of parties to agreements has

---

[66] GÜNEŞ Şule A., "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 58, No. 4, 2004, p. 147-158.

[67] SÖZNMEZOĞLU / BAYIR, p. 281.

the potential to increase compliance as they will all share financial burden of measures of implementation[68].

There is another dimension of economy and compliance with international agreements. It is stated that agreements related to climate change should impose awards or sanctions such as fines and trade restrictions that prevent States from acting independently and irresponsibly[69]. While this will not bring forward absolute compliance, it will illustrate an improvement in compliance with the agreements since such sanctions will effect States' economies. However, question still remains: Who will be enforcing such fines? It is a problem since there is no central institution to enforce sanctions when international agreements on climare change are violated. In addition, it will not be possible to expect States to act the exact same way as States that violate such agreements. Furthermore, the principle of reciprocity does not apply here. Because, when environmental harm occurs as a result of State activities, affected States can not act in the same way, otherwise these states will damage the environment and this will negatively affect fight against climate change. Thus, if the principle of reciprocity could not be banned, the damage given to the environment would improve[70].

---

68 BARRETT / STAVINS, p. 350-351.

69 Ibid, p. 350. States can choose a simple way of not being a party to the agreements, so they do not have a responsibility to comply with the international agreements on climate change or any other international agreements. In order to block this way for the States, there are some ways. For example, the implementation of some measures or sanctions to make a pressure on the State such as the freezing of trade or diplomatic relations is one of the ways that come to mind. Ibid, p. 350-351. However, attempts to this have remained as unsuccessful examples. One of the conditions that generally affect compliance with the international environmental law and international agreements on climate change is that States give priority to their economic, political and military interests instead of the environmental problems. For example, Iceland, which is a member of NATO and has an USA military base on its territory, stated that it would not comply with the regulations regarding hunting of whales in 1986. As the USA wanted to force the Iceland to comply with these regulations, it stated that it was going to stop the import of fish from Iceland. Afterwards, Iceland announced that it would close the USA base in Iceland territory if the USA would stopped the import of fish. So it was not possible to make such a restriction after Iceland's announcement. A similar situation happened between the USA and Japan, and the USA could not imply any restrictions on the Japan again. As can be seen, it is not easy for the States to apply commercial restrictions to other States in order to increase compliance with international environmental law. This is because States depend on each other economically and determine their own priorities according to these dependence. SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 282. However, if the restrictions on trade are to be applied against developed countries, there is also an opinion that developing countries will suffer as they do not produce goods as much as developed countries. So the developing ones usually imports products from the developed ones. BARRETT / STAVINS, p. 366.

70 Ibid, p. 366.

It is also necessary to address Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. This article authorizes parties to terminate an agreement or to suspend its full or partial enforcement, when there is a substantial violation of an international agreement. However, enforcement of such a sanction with regard to international agreements on climate change might be a movement to punish not only the violating State, but also its own people as well as humanity, as mentioned above[71].

Another issue in assessing whether or not international agreements on climate change are complied with, is the need for transparency with respect to administrative procedures of States. States should implement the principle of transparency and clarify their activities implementing the agreements on climate change[72].

Another criticism directed against policies, for example the protection of the ozone layer and the fight against climate change, are those that do not provide for participation of local subjects while taking such decisions. It is not always possible to implement internationally developed policies at national level. In addition, these policies should be produced by taking into account the differences between developed countries and developing countries. The interests, capacities, and concerns of developed States and developing States are not the same[73]. For example, it will not be easy for developing countries to take measures such as turning to alternative energy sources and not using technologies that cause pollution. Taking such differences into account will ensure the internalization of international environmental policies locally[74].

Participation of NGOs as observers throughout the process of making climate change agreements and institutions will both increase transparency and publicity[75]. NGOs, which are uninfluenced by States, have the ability to

---

71 BOYLE Alan E., "Saving the World? Implementation and Enforcement of International Environmental Law Through International Institutions", **American Journal of International Law**, V. 3, No. 2, 1991, p. 233.

72 BARRETT / STAVINS, p. 357.

73 SHIHATA, p. 39. It is also necessary to take into consideration the States opinions whose views are on the opposite. As a result of this consideration, the rules that will be created will be adopted by all parties, which will increase compliance with these rules. BOYLE, p. 235 and 245.

74 BİLİR / HAMDEMİR, p. 147.

75 PEELS, p. 973.

convey the views of the public. Involvement of NGOs in processes of fighting against climate change on a global scale will ensure that concerns of civil society is taken into account. Adoption of these policies by the individuals will create the pressure for States to comply with the agreements[76].

NGOs can form public opinion on climate change, and influence governments, companies and international organizations to take measures in this regard. NGOs that help to put environmental problems on their political agenda through their boycotts, protests and actions are one of the most important factors in raising awareness on this subject[77].

In order to increase compliance with the international agreements on climate change, it is important for States to make agreements on financial and technical assistance that are required to fulfill their obligations in this field, to have time to get familiar with these agreements and to ratify them. In addition, the scope and the importance of sustainable development need to be further clarified[78].

According to the institutionalism theory, the most important condition for increasing the compliance with international agreements on climate change is to provide enforcement mechanisms and to ensure enforcement in this field. Because the most important problem here is that the sanctions to be implemented for violation of the regulations brought by these agreements are not to the extent required[79]. Within this framework, a sub-department of the International Court of Justice is proposed, for example, to look at environmental issues. Similarly, it is stated that the International Centre for Settlement of Investment Disputes can also be used[80].

It is also recommended to establish a single international organization to unify all independent initiatives under a unique roof, and thus to increase

---

76 BOYLE, p. 235 and 245.

77 SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 261.

78 For the opinion that the assistence agreements that will be made will also reduce the hesitation of the developing States to becoming parties to these treaties see: SHIHATA, p. 40.

79 SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 248-249.

80 International Center for Settlement of Investment Disputes is more commonly referred as ICSID. With the globalization and investments companies may require to carry out activities that harm the ozone layer or cause other environmental problems while manufacturing. In such cases, governments and the companies related to an investment relation will be able to use the International Investment Dispute Resolution Center as an effective dispute resolution authority for environmental disputes. SHIHATA, p. 44.

compliance with international environmental agreements[81]. Institutionalization in the field of international environmental law will ensure the implementation of sanctions when there are violations. Institutionalization will facilitate the interpretation and implementation of these agreements, since experts in this field will take place in these institutions[82].

There are criticisms directed against the view that a unique mechanism at international level is necessary. According to these criticisms, different and seperate mechanisms are sufficient and it does not matter whether there are several mechanisms or a single one. According to these criticisms, separate mechanisms are more technical and more independent from just one international organization. The argument against this criticism could be that such separate regimes have less capacity and less power to develop international awareness and international legal regime[83].

2. Recommendations for States with regard to their National Laws to Increase Compliance with International Agreements on Climate Change

It is stated that in order to increase compliance with the rules on international environmental law, treaty making processes of international environmental agreements should be followed by ministries that has the faculty and ability of enforcing these agreements at national level. In addition, relevant specific professional mechanisms on environmental problems should be created to monitor the implementation at national level. In particular, the

---

81 For information on regional and global mechanisms related to international environmental law, see: SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 247-289.

82 Boyle, on the other hand, qualifies as the birth of all international environmental law problems as polycentric. According to Boyle, it will not be sufficient to search for the solutions of these problems only in bilateral dispute resolution mechanisms or only in the establishment of judicial institutions. An international management mechanism is the most appropriate solution to overcome these problems. Because international organizations make legal rules and control the implementation of law. In addition, there can also be dispute resolution bodies. All these mechanisms allow accountability and transparency. They also monitor the governments and prepare reports. In addition, the supervisory and advisory bodies can be authorities that balance the interests and resolve problems with ad hoc settlement mechanisms. BOYLE, p. 230-234.

83 Shihata calls for the establishment of a mechanism through which the states report their environmental activities regularly. According to Shihata, the willingness of states is important to fulfill the requirements of international environmental law, but this should not be left to their will and must be carried out with a coercion SHIHATA, p. 42-43. Also see: PEDERSEN, p. 14.

governments and the ministries dealing with financial matters should also participate in the international agreement making processes. It is stated that States' obgligations to announce that they have signed and ratified these agreements and that they have ratified them as soon as possible will indicate their intention to implement these agreements[84].

Individuals should also have the opportunity to give their opinion more effectively during policy development processes on climate change. Besides State activities, individuals actions in daily life are one of the causes of environmental problems. For example, individuals whose interests will be affected by international agreements on climate change should be informed, they should be included in the process of introducing norms in national legal systems and concerns of interest groups should be taken into consideration[85].

As a consequence of industrial activities, gas emmissions increase the temperature on the planet, and this resuls in the global warming. Air pollution also causes global warming and climate change. At this point, the liberal theory argues that if States that are parties to these agreements acknowledge the benefits of international agreements on climate change, they will strictly be respected. At this point, individuals need to be convinced of the seriousness of the problems associated with climate change[86]. Inclusion of individuals in policy making processes will improve their conscious and will improve their willing to obey the rules[87].

Awareness of individuals as public servants, politicians or only civilians, will enable States to enforce, implement and comply with international environmental law and international rules regarding climate change[88]. In addition, it is stated that when rules are fair and well understood by the individuals, it would be possible to ensure compliance with international norms related to the environment. Like governments, individuals will also tend not to comply with the rules if the resulting cost of a violation economically more adventagous than the cost of the sanction. Therefore, it is important to have effective enforcement mechanisms and appropriate sanction policies in

---

84 SHIHATA, p. 39-40.

85 Ibid, p. 38-39.

86 SÖNMEZOĞLU / BAYIR, p. 265.

87 BİLİR / HAMDEMİR, p. 147.

88 PEDERSEN Ole W., "Environmental Law and Constitutional and Public Law" 19.11.2018, https://ssrn.com/abstract=3286992 (Date of Access: 23.06.2021), p. 4.

national legal systems[89]. Furthermore, using economic instruments including the reduction of charges and taxes, and if necessary, the subsidy payments have already been mentioned as potentially effective ways to provide for support from private law actors on climate change agreements.

It is important to ensure that NGOs participate in environmental mechanisms that are established within the legal administrative systems of States. Involvement of NGOs in decision-making mechanisms under national laws of States may play an important role in compliance with the international agreements on climate change. It is known that NGOs are non-profit organizations. These organizations do not represent State authority; therefore it is easier for them to critically analyse regulations and practices. While implementing international agreements, their active involvement in decision-making processes of States may affect the compliance of the States positively[90].

CONCLUSION

Climate change is one of the most dangerous among the environmental problems which we have been experiencing today. Because, it is a problem having a very high level of negative impact on other environmental problems. Compliance with international agreements on climate change, which is a multifaceted and complex problem, is very important for the future of the planet.

States tend to perceive not only climate change, but also all international environmental law norms as means of intervention with their sovereignty. This is an important problem for the implementation of the international agreements on climate change. Multilateral agreements to protect environment has not contributed States compliance with their rules to a sufficient extent. Today, it is seen that compliance will increase with the incorporation of provisions regarding institutionalism. But, the importance of State consent to be bound by the international law rules is also a problem for enforcement of international law.

It has been already mentioned that according to the theory of consent regarding compliance with international law rules, a State cannot be bound

---

89 SHIHATA, p. 39.

90 SÖNMEZOĞLU/BAYIR, p. 260.

by an international agreement unless it consents. But it is a well known fact that States have an obligation to comply with *jus cogens* norms, even in the absence of consent. Thus, accepting rules on environmental protection or at least climate change as *jus cogens* norms will enable compliance with those rules. If the problem of consent is discarded through this, then it will be easier to improve compliance, particularly by way of establishing future international institutions on environmental issues.

Other important point is the fact that States comply with international law rules on climate change, as well as other international law rules, in line with their own policies. They develop policies by taking interests of certain groups for political gains into account. Then, the question of "how can we persuade interest groups related to industrial activities for compliance?" comes to the fore at this point. Reduction of taxes and subsidy payments to individuals that comply with national or international rules on preventing climate change is the first important tool for this. Secondly, this problem could also be solved by creating international institutions. An international mechanism having the competence to monitor activities of States, control these activities and implement sanctions on them and on factories would be a good option. Today, following the establishment of the International Criminal Court, it has been seen that judging international actors other than states is also possible. Therefore, international sanctions against other actors can be implemented.

International environmental law norms will have no impact on environmental pollution unless compliance with them is ensured. Therefore, enforcement mechanisms are the most effective solutions. For this reason, the numbers and effects of international legal regimes should be extended in this field. In order to transition to a better system, today's problems and the reasons for these problems should be examined carefully. Success in the implementation of provisions of agreements on international environmental law depends on education and awareness levels of societies as well as their economic strength.

States and actors that implement international agreements within States have the moral and legal duty to comply with international agreements. So it is also important how much the relevant international law rules have been internalized by the individuals living in that country.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

ASSELT, Harro van, "International Climate Change Law in a Bottom-up World", **Questions of International Law**, V. 26, 2016, p. 5-15.

BARRETT Scott / STAVINS Robert, "Increasing Participation and Compliance in International Climate Change Agreements", **International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics**, V. 3, No. 4, 2003, p. 349-376.

BOYLE Alan E., "Saving the World? Implementation and Enforcement of International Environmental Law Through International Institutions", **American Journal of International Law**, V. 3, No. 2, 1991, p. 229-245.

CAŞIN Mesut H., **Modern Uluslararası Hukukun Esasları**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2013.

ÇİÇEK Erol, "İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 103, 2012, p. 351-377.

GUZMAN Andrew T., "A Compliance-Based Theory of International Law", **Berkeley Law Scholarship Repository**, V. 90, No. 6, 2002, p. 1823-1887.

GÜNEŞ Şule A., "Uluslararası Toplumun Ortak Değerleri Sorunu, Çevrenin Korunması ve Jus Cogens Doktrini", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 58, No. 4, 2004, p. 123-150.

KAYA Yasemin, "Çok Taraflı Çevre Anlaşmalarına Uyum Sorunu ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme", **Süleyman Demirel Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 42, No. 2, 2011, p. 439-462.

KOH Harold H., "Transnational Legal Process", **Nebraska Law Review**, V. 75, No. 181, 1991, p. 181-207.

MORGAN Bronwen / YEUNG Karen, **An Introduction to Law and Regulation**, Cambridge University Press, New York, 2007.

SCHROEDER Paul, "Historical Reality vs. Neo-Realist Theory", **International Secuirty**, V. 19, S. 1 (1994), p. 108-148.

SHIHATA Ibrahim. F. I., "Implementation, Enforcement, and Compliance With International Environmental Agreements - Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience", **The Georgetown Environmental Law Review**, V. 9, No. 37, 1996, p. 37-51.

SÖNMEZOĞLU Faruk / BAYIR, Özgür E., "Çevre Sorunlarına İlişkin Uluslararası Örgütler", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, V. 47, 2012, p. 247-289.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa R. / SANCAKDAR Oğuz / ÖNOK Murat R., **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

VINUALES Jorge E., The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment", **Fordham International Law Journal**, V. 32, No: 1, 2008, p. 232-258.

ZHANG Hai-Bin et. al., "U.S. Withdrawal from the Paris Agreement: Reasons, Impacts and China's Response", **Advances in Climate Change Research**, V. 8, 2017, p. 220-225.

Paper

BİLİR Faruk / HAMDEMİR Berkan, "Çevre Hakkı ve Uygulaması", **International Conference on Eurasian Economies**, 2011.

Online Resource

BOYLE Alan, "Pulps Mills Case: A Commentary", 2010, https://www.biicl.org/files/5167_pulp_mills_case.pdf (Date of Access: 19.06.2021), p. 1-5.

Environmental Rights Database, Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights, http://environmentalrightsdatabase.org/environmental-jurisprudence-of-the-european-court-of-human-rights/ (Date of Access: 20.06.2021).

European Court of Human Rights, Öneryildiz v Turkey, Application no. 48939/99, 30.10.2021, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-67614%22]} (Date of Access: 20.06.2021).

European Union, Environment, https://europa.eu/european-union/topics/environment_en (Date of Access: 20.06.2021).

HERSHER Rebecca, U.S. Officially Leaving Paris Climate Agreement", 03.11.2020, https://www.npr.org/2020/11/03/930312701/u-s-officially-leaving-paris-climate-agreement (Date of Access: 21.06.2021).

https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/71/environment-policy-general-principles-and-basic-framework (Date of Access: 20.06.2021).

https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change (Date of Access: 07.04.2020).

https://unfccc.int/resource/docs/publications/rio_20_forests_brochure.pdf (Date of Access: 07.04.2020).

International Court of Justice, Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), No: 977, 20 April 2010, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf (Date of Access: 20.06.2021).

JACOBO Jula, "The US is leaving the Paris Agreement: How that will affect the global mission to affect climate change", 02.11.2021, https://abcnews.go.com/US/us-leaving-paris-agreement-affect-global-mission-affect/story?id=73861889 (Date of Access: 21.06.2021).

Kyoto Protocol, https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf (Date of Access: 07.04.2020).

MCGRATH Matt, "Climate Change: US Formally Withdraws from Paris Agreement", 04.11.2020, https://www.bbc.com/news/science-environment-54797743 (Date of Access: 21.06.2021).

Montreal Protocol, http://iklim.cob.gov.tr/iklim/AnaSayfa/montrealptotokolu.aspx?sflang=tr (Date of Access: 15.03.2020)

Multilateral Environmental Agreements, https://ec.europa.eu/environment/international_issues/agreements_en.htm (Date of Access: 15.07.2021).

Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (Date of Access: 21.06.2021).

PEEL Jacqueline, "Climate Change Law: The Emergence of a new Legal Discipline", **Melbourne University Law Review**, V. 32, 2008, p. 922-979.

PEDERSEN Ole W., "Environmental Law and Constitutional and Public Law" 19.11.2018, https://ssrn.com/abstract=3286992 (Date of Access: 23.06.2021).

Stockholm Declaration, http://www.unep.org/Documents.Multilingual/ Default.asp?documentid=97&articleid=1503 (Date of Access: 19.10.2020).

The White House Briefing Room, Paris Climate Agreement, Statements and Releases, 20.01.2021, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/ (Date of Access: 21.06.2021).

United Nations Climate Change, The Paris Agreement, https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement (Date of Access: 21.06.2021).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1633-1688

YETERLİ ŞÜPHE KISTASI ÇERÇEVESİNDE CUMHURİYET SAVCISININ SUÇUN UNSURLARINI DEĞERLENDİRME YETKİSİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Faruk Y. TURİNAY**(**)

Öz: Kamu davası açılmasına yönelik olarak iddianame düzenlenmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Cumhuriyet savcısının görevidir. Bu görev, Cumhuriyet savcısının soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu kanaatinde olması koşuluyla yerine getirilir. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının suçun oluşup oluşmadığına ilişkin değerlendirme yapması gerekir. Suçun oluşup oluşmadığına ilişkin değerlendirme ise ancak suçun unsurlarının incelenmesi yoluyla mümkündür. Mevcut deliller suçun her bir unsuru bakımından "yeterli şüphe" oluşturmadığı sürece iddianame düzenlenemez. Bu çalışmada, Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin yasal dayanakları, hukuki mahiyeti ve kapsamı, belirli ceza muhakemesi ilkeleri ve temel haklar ile uygulama bakımından önemi, Cumhuriyet savcısının suçun her bir unsuruna ilişkin değerlendirmesini yaparken gözetmesi gereken hususlar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet Savcısı, Kamu Davası, İddianame, Suçun Unsurları, Yeterli Şüphe.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 09.06.2021 - Makale Kabul Tarihi: 03.09.2021.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi
(ORCID No: 0000-0003-2427-2062; *faruk.turinay@kocaeli.edu.tr*)

THE PUBLIC PROSECUTOR'S COMPETENCE TO EVALUATE THE ELEMENTS OF A CRIME IN ACCORDANCE WITH THE CRITERION OF SUFFICIENT SUSPICION

Abstract: According to Turkish Criminal Procedure Code No. 5271, drawing up an indictment to file a public prosecution is a duty of the public prosecutor. The duty is fulfilled providing that the public prosecutor shall be of the opinion that, "at the end of the investigation phase, collected evidence constitute sufficient suspicion that a crime has been committed". For this reason, the public prosecutor shall evaluate a crime has been committed or not. Evaluating a crime has been committed or not is probable only with evaluating the elements of the crime. An indictment shall not be drawn up unless collected evidence constituting sufficient suspicion that each element of a crime has been come into existence. In this study, the legal bases of the public prosecutor's competence to evaluate the elements of a crime, its legal characteristic and scope, its significance in terms of particular principles of criminal procedure and fundamental rights and also judicial enforcement, the points that shall take into consideration while the public prosecutor is evaluating each element of a crime are examined.

Keywords: Public Prosecutor, Public Prosecution, Indictment, Elements of a Crime, Sufficient Suspicion.

GİRİŞ

İcrai ya da ihmali bir davranışın suç sayılması, bu davranışın kanunda suç olarak tanımlanmasına, hukuka aykırı olmasına ve failin kusurlu olmasına bağlıdır. Bir davranışın kesin olarak suç teşkil edip etmediğine ceza mahkemeleri karar verir. Bununla beraber ceza mahkemeleri bir davranışın suç olup olmadığını belirlemek amacıyla re'sen harekete geçemez. Ceza mahkemeleri ancak Cumhuriyet savcısının girişimiyle açılan kamu davası ile bir davranışın suç olarak nitelendirilmesine ilişkin uyuşmazlığı ele alabilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinin ilk fıkrasına göre, kamu davası açma görevi münhasıran Cumhuriyet savcısına ait bir yetkidir. Cumhuriyet savcısının kamu davası açılmasına yönelik olarak iddianame düzenlemesi, soruşturma evresinde elde edilen delillerin "suçun işlendiği hususunda" yeterli şüphe oluşturduğu kanaatine varması şartıyla mümkündür (CMK m.170/2).

Cumhuriyet savcısı "suçun işlendiği hususunda" yeterli şüphe olup olmadığına karar verebilmek için "suç"a ilişkin mevcut delilleri değerlendirmek durumundadır. Bu durumda, Cumhuriyet savcısının suçu bir bütün olarak, tüm kurucu unsurlarıyla birlikte değerlendirmesi gerektiği söylenebilir. Bu yönüyle, Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, ceza muhakemesi hukuku ile maddi ceza hukukunun kesişim noktalarından biridir.

Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirmesi yetkisinin yasal dayanakları nelerdir? Bu yetkinin hukuki mahiyeti ve kapsamı nedir? Belirli ceza muhakemesi ilkeleri ve temel haklar ile uygulama bakımından bu yetkinin önemi nedir? Cumhuriyet savcısının suçun her bir unsuruna ilişkin değerlendirmesini yaparken gözetmesi gereken hususlar nelerdir? Bu çalışmada sözü edilen soruların cevapları doktrinde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları ışığında ele alınmaktadır. Ayrıca uygulamada yetkinin kullanılma düzeyi ile bağlantılı olan adli istatistikî veriler yardımıyla uygulamadaki eğilimler ve değişimler tespit edilmektedir. Sonuç kısmında ise yetkinin yasal düzenlemelere ve hukuki gerekliliklere bütünüyle uygun şekilde kullanılabilmesi için öneriler sunulmaktadır.

I. YETKİNİN DAYANAĞI, HUKUKİ MAHİYETİ VE ÖNEMİ

1. Yasal Dayanaklar

Kamu davası açılabilmesi için varlığı kanunla şart koşulan yeterli şüphenin konusu, suç işlenip işlenmediğidir (CMK m.170/2). Cumhuriyet savcısının "suç"un işlenmesine dair yeterli şüphenin olduğuna ne şekilde karar vereceği, kanunda doğrudan düzenlenen bir husus değildir. Gerçekten 5271 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri, Cumhuriyet savcısının bir suçu unsurları bakımından inceleme yetkisine ilişkin açık bir hüküm içermemektedir[1]. Cumhuriyet savcısının suç şüphesine konu olan somut olayda suçun unsurlarından birinin eksik olduğunu tespit etmesine rağmen iddianame düzenlemeye mecbur olup olmadığı önemli bir sorundur[2]. Bu sorun, suç kavramının ceza hukukunda sahip olduğu anlam dikkate alınarak çözülebilir.

Ceza hukukunda "suç" belirli unsurlardan oluşan bir kavram olduğuna göre, Cumhuriyet savcısının suç işlenip işlenmediği konusunda bir kanaate

---

1 CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 148.

2 CENTEL / ZAFER, s. 148.

ulaşması, "*suçun her bir unsuru*"nun[3] ayrı ayrı oluşup oluşmadığına yönelik bir karar almasını gerektirir. Bu bağlamda, hakkında savcının belirli düzeyde kanaatinin oluşması gereken "suç"u, "*bütün unsurları ile tamamlanmış bir suç*" olarak algılamak gerekir[4]. "Suçun unsurları", suçun oluşması için olmazsa olmaz nitelikleri ise; bu unsurlardan birinin eksikliği halinde, "suç" yok demektir. O halde, Cumhuriyet savcısı suçun diğer unsurlarının oluştuğu konusunda yeterli şüpheye ulaşsa dahi, bu unsurlardan yalnızca birinin oluştuğu hususunda yeterli şüpheye ulaşamazsa, iddianame düzenlememesi gerekir. Çünkü bu durumda Cumhuriyet savcısının vardığı kanaat açısından, "işlendiği hususunda yeterli şüphe" olan bir "suç" bulunmamaktadır.

Cumhuriyet savcısı, delillere istinaden, ancak suçun her bir unsuru bakımından ayrı ayrı yeterli şüphenin mevcut olduğuna karar verdiği takdirde kamu davası açabilir[5]. Kanaatimizce, bu durumun aksi kabul edilirse, öncelikle, iddianamenin düzenlenmesinde "*suçun* işlendiği hususunda yeterli şüphe"nin varlığı koşuluna yer veren 5271 sayılı Kanun'un 170. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşacaktır. İkinci olarak ise Cumhuriyet savcısı herhangi bir iddia ya da şüphe karşısında, delilleri ceza hukuku açısından yeterince değerlendirmeksizin, adeta otomatik olarak iddianame düzenleyen bir süje konumuna indirgenmiş olacaktır.

Öte yandan, 5271 sayılı Kanun'a göre, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında, "yüklenen suç" da yer almaktadır (m.170/3-h). Bu hükümde yer alan "suç" ifadesi sadece suçun maddi unsuruna indirgenemeyeceğine göre, Cumhuriyet savcısının "yüklenen suç"u bir bütün olarak, tüm unsurlarıyla değerlendirmesi gerektiği söylenebilir[6].

Ayrıca, 5271 sayılı Kanun'a göre "iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır" (CMK m.170/4).

---

3 GÖKCAN Hasan Tahsin, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2012/1, ss. 195-208, s. 200.

4 BİRTEK Fatih, "Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, ss. 953-990, s. 976.

5 CENTEL / ZAFER, s. 148; BİRTEK, s. 970, s. 977.

6 Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin varlığı açıktır. Üstelik savcının içtihatlarla bağlı olup olmadığı meselesi dahi tartışma konusudur. Alman doktrininde savcının içtihadı birleştirme kararlarıyla bağlı olduğu; uyuşmazlık konusu fiili, suçların hukuki kapsamına açıklık getiren bu kararlar ışığında değerlendirmek zorunda olduğu; aksi doğrultuda iddianame tanzim etmesinin mümkün olmadığı yönünde görüşlere rastlanmaktadır. CENTEL / ZAFER, s. 149.

Bu hüküm, savcının iddianamede delilleri ortaya koymakla yetinemeyeceğini, "*olayda suçun unsurlarının gerçekleşmiş olup olmadığını*" değerlendirmek zorunda olduğunu, ancak bu yolla iddianame hazırlama ya da takipsizlik kararı verebileceğini göstermektedir[7]. Dolayısıyla, 5271 sayılı Kanun'un 170. maddesinin dördüncü fıkrası da savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin yasal dayanaklarından biridir.

5271 sayılı Kanun'da, "*iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği*"nin *açıkça belirtil*"eceği de düzenlenmiştir (CMK m.170/6). Cumhuriyet savcısı, somut olayda suçun unsurlarından birinin oluşmadığı kanaatindeyse, ortada bir "*işlenen suç*" olmadığından; savcının iddianame hazırlaması ve olmayan suçun failinin cezalandırılmasını istemesi mümkün değildir[8]. Bu yüzden, CMK m.170/6'yı da savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin yasal dayanakları arasında saymak uygun olacaktır.

Diğer taraftan, CMK'ya göre, "*hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir*" (CMK m.225/1). "*İddianamede unsurları gösterilen suç*" ibaresini içeren bu kural, iddianamede suçun unsurlarının belirtilmesi gerektiğinin en kesin kanıtıdır. İddianame mahiyeti gereği savcının suç iddiası içeren değerlendirmesi olduğuna göre, iddianamede savcının daha önce değerlendirmediği hiçbir husus yer alamaz. Cumhuriyet savcısı, iddianamede "suçun unsurları"nı gösterebilmek için bunları, daha önce değerlendirmiş olmak zorundadır. Dolayısıyla CMK'nın 225. maddesinin ilk fıkrası da savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ve görevinin en açık dayanaklarından biridir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı, kanuna göre, temelde, iki durumda verilebilir: *"maddi mesele" olarak yeterli şüphe oluşmasına imkân verecek kadar delil temin edilememiş olması* ve kovuşturma imkânının bulunmaması (CMK m.172/1)[9]. Bu doğrultuda, suçun unsurlarından birine ilişkin yeterli delil bulunmaması halinde verilmesi gereken karar, *bir maddi sorun olarak*, somut olguya dayalı gerekçeye istinaden kovuşturmaya yer olmadığı kararıdır.

---

7 ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan, vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 231.

8 ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 112.

9 YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 680.

2. Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi Bağlamında Değerlendirme

Savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin varlığına karşı görüş olarak (katı ya da karma/yumuşatılmış) kamu davasının mecburiliği ilkesinin gereklerinin öne sürüldüğü gözlemlenmektedir[10]. Bu nedenle, suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin mahiyetini incelemeye geçmeden önce, söz konusu ilkenin niteliğine ve ilkenin değerlendirme yetkisiyle ilişkisine kısaca değinmekte yarar vardır.

"Davanın/takibatın kanuniliği" olarak da adlandırılan kamu davasının mecburiliği ilkesi (*légalité des poursuites*)[11], esasen, kamuoyu adına harekete geçen savcının girişimiyle[12], kamu yararına istinaden ceza davasının açılması ve sürdürülmesinin münhasıran devletin yetkisinde olduğu bir sistemde kovuşturmanın kural olarak re'sen yürütülmesini temel alır[13]. Mecburilik ilkesinin benimsendiği bir sistemde, bir suçun işlendiği şüphesi üzerine soruşturma yapılması ve "suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe"nin varlığı halinde kamu davası açılması zorunludur (CMK m.160, m.170/2)[14]. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin uygulanmasının ön koşulu, savcının mevcut deliller çerçevesinde suçun oluştuğu hususunda yeterli şüpheye ulaşmasıdır[15]. Dolayısıyla kamu davası açılması için fiilin ve fiili gerçekleştiren kişinin tespit edilmesi, şüphelerin ciddi olduğunun anlaşılması gerekir[16]. Bu bağlamda, kamu davası açmanın ancak yasal bir şartın gerçekleşmesine bağlı olduğu sistemi, kamu davasının mecburiliği olarak adlandırmak gerektiğine göre[17]; bu sistemin, yasal şartın oluşup oluşmadığını değerlendirme yetkisini dışlayan bir sistem olduğu söylenemez. Aksine kamu davasının mecbu-

---

10 SELÇUK Sami, "Savcı 'Yükümlülük Dizgesi'ne Uymalı", Cumhuriyet, 01.12.2018, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843, (Erişim Tarihi: 1.5.2021). Bkz: CENTEL / ZAFER, s. 148, 100 numaralı dipnot.

11 LARGUIER Jean / CONTE Philippe, **Procédure pénale**, 23e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2014, s. 141.

12 TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1950, s. 48.

13 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 83, s. 688.

14 CENTEL / ZAFER, s. 554.

15 TOROSLU Nevzat / FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s. 37.

16 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., s. 155.

17 SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 193, s. 384.

riliği sisteminde suçun gerçekten oluşup oluşmadığının incelenmesi kaçınılmazdır[18].

Maslahata uygunluk ilkesi (*principe de l'opportunité des poursuites*) ise kamu davasının mecburiliği ilkesinin zıddı olup[19] bir suç işlendiği bilgisine vakıf olan iddia makamının takibatta bulunup bulunmama konusunda serbest olmasını gerektirir[20]. Bir başka deyişle, bu ilke, hukuken kabul edilebilir ve fiilen sağlam temelleri olan bir soruşturma dosyasının varlığına ve iddia makamının suçun işlendiği yönündeki kanaatine rağmen, bu makama, kamu davasını açmak için harekete geçmeme yetkisini verir[21]. Fakat bu ilke bağlamında, savcı sağlam temellere dayanan, dava şartlarını taşıyan bir dosyada, aynı zamanda dava açılmasının yerinde (*opportune*) olduğuna kanaat getirirse, kamu davasının açılması yönünde girişimde bulunma yetkisine de sahiptir[22]. Dolayısıyla bu ilke bakımından asıl ayırt edici olan husus, davanın yasal şartlara uygunluğu değil; maslahata uygunluğudur.

Maslahata uygunluk ilkesi uyarınca savcının iddianame düzenleme konusunda, "yeterli şüphe" oluşturan delillerin elde edilmesine rağmen, takdir yetkisinin olduğu kabul edilir[23]. Savcının yeterli şüpheye ulaşmasına rağmen iddianame düzenleyip düzenlememe konusundaki yetkisi, kamu yararının olduğu ya da olmadığı yönündeki tespite istinaden kullanılabilecek, gerçek anlamda bir "takdir" yetkisidir[24]. Nitekim dava açılmasının yerinde olmadığı

---

18 LEROY Jacques, **Procédure pénale**, L.G.D.J. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence)-Lextenso éditions, Paris, 2009, s. 213.

19 LARGUIER / CONTE, s. 141.

20 BOULOC Bernard, **Procédure pénale**, 23e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2012, s. 164.

21 LARGUIER / CONTE, s. 141.

22 BOULOC, s. 592.

23 ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 132.

24 Bu itibarla, "takdir" kelimesinin "değer biçme", "değerlendirme serbestliği" anlamının yanı sıra "beğenme", seçeneklerden birini tercih etme, varsayma, "ihtimâl", bir durumun "zihnen tasavvuru" gibi birden çok anlamı bulunduğu bilinmektedir. TÜRK DİL KURUMU, **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı (tıpkıbasım), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2019, s. 2247; SAMİ Şemsettin, **Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)**, 5. Baskı, Haz. Raşit Gündoğdu/Niyazi Adıgüzel/Ebul Faruk Önal, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 334.

"Takdir yetkisi"nin "değerlendirme" anlamında mecburiliği de ifade edebilmesi sebebiyle, maslahata uygunluğu ifade etmek için "ihtiyarîlik", "uygunluk" kelimelerinin kullanılmasının daha yerinde olacağı ileri sürülmektedir. KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 138, 32 numaralı dipnot.

yönündeki kararın (*classement sans suite*)[25], yargısal bir karar değil; münhasıran, pür nitelikte idari bir karar olduğu dahi ileri sürülmektedir[26].

Her iki ilke/sistem bakımından da geçerli olan hususlardan biri, Cumhuriyet savcısının fiili, örneğin hukuka aykırılık açısından, değerlendirme yetkisidir[27]. Ancak fiil değerlendirildikten sonra, hangi ilkenin uygulanması gerektiği konusundaki kanun koyucunun tercihi, uygulanma imkânı bulabilecektir. İki sistemden hangisinin daha yararlı olduğu, klasik bir tartışma konusu olmakla birlikte[28] çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu noktada, asıl vurgulanması gereken husus, Cumhuriyet savcısının fiili, dolayısıyla suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin her iki sistemde de mevcut olmasıdır.

Kuşkusuz, Cumhuriyet savcısı, kural olarak, bir suç şüphesine vakıf olduğu halde soruşturmayı başlatmama yetkisine sahip değildir. Ayrıca, bir görev olarak yürüttüğü soruşturma sonucunda elde edilen deliller, "suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa" Cumhuriyet savcısı dava açılmasına yönelik gerekli işlemi yapmak zorundadır[29]. Ancak, Cumhuriyet savcısının suça ilişkin "yeterli şüphe"nin varlığına karar vermesi, sadece, uyuşmazlık konusu davranışı suçun unsurları açısından incelemesi yoluyla mümkündür. Keza kamu davasının mecburiliği ilkesi, yetkinin yanı sıra bir

---

Kanaatimizce kelimelerin anlamlarının zaman içinde değiştiği hususu da gözetildiğinde, savcının çeşitli mahiyetteki yetkilerini ifade etmek için, kamu davasının mecburiliği kapsamında "değerlendirme" kelimesinin, maslahata uygunluk kapsamında ise "takdir" kelimesinin kullanılması daha uygun olacaktır. Zira "değerlendirme" kelimesi, "takdir"e kıyasla görev / zorunluluk olgusunu daha iyi yansıtmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda kamu davasının mecburiliği kapsamında olduğunu kabul ettiğimiz savcının söz konusu yetkisini/görevini ifade etmek için "değerlendirme" kelimesini kullandık.

25 Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Cumhuriyet savcısının dava açılmasını yerinde bulmamasına ilişkin koşul, "fiilin işlenmesiyle bağlantılı özel koşulların meşru kılması halinde" şeklinde ifade edilmektedir (m.40-1, 3°), Code de procédure pénale (version en vigueur au 22 mai 2021),

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGIARTI000006574933, (Erişim Tarihi: 22.5.2021).

26 BOULOC, s. 591. Savcının bu hususta takdir yetkisinin, davanın kabul edilemez olması ya da suçun unsurlarının oluşmaması halinde de geçerli olduğu belirtilmektedir. Fakat bu yetki bakımından önemli olan, muhakeme sürecinde savcının, dava açılmasının maslahata aykırı, yerinde olmadığı (*inopportune*) yönündeki kanaatinin hukuken sonuç (takipsizlik) doğurabilmesidir. BOULOC, s. 591.

27 PRADEL Jean, **Manuel de procédure pénale**, 13e édition, Éditions Cujas, Paris, 2006, s. 534.

28 PRADEL, s. 534-535.

29 ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 73-74.

görevi de bünyesinde barındırır[30]. Üstelik bu ilke, Cumhuriyet savcısına haksız yere iddianame düzenleme ayrıcalığı vermez[31]. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ve "görev"i, kamu davasının mecburiliği ilkesiyle çelişmemekte[32]; aksine, bu ilkeyle birlikte bir bütün oluşturmaktadır.

Nitekim Yargıtay 5271 sayılı Kanun'da kovuşturmanın mecburiliği prensibinin benimsendiğini, fakat bu prensibin "*Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırma*"dığını kabul etmektedir[33]. Suça ilişkin delilleri değerlendirme yetkisi ise doğal olarak suçun her bir unsuru bakımından delilleri değerlendirme yetkisini kapsar. Aksi halde, "*delilleri değerlendirme yetkisi*"nin uygulanma imkânı bulması mümkün olmaz.

Kamu davasının mecburiliği ilkesi, iddianamenin iadesi kurumuyla birlikte savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin dayanakları arasında ele alınabilir. CMK'da iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmesinin, savcının delilleri değerlendirme yetkisi ve zorunluluğuna bir gerekçe oluşturduğu belirtilmektedir[34]. Bu bakımdan iddianamenin iadesi kurumu, değerlendirmenin "mecburiliği"nin uygulanıp uygulanmadığının bir denetim yolu olarak ele alınabilir. Savcının delilleri değerlendirme yetkisi[35] ve zorunluluğu, suçun unsurlarını değerlendirmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği gibi, iddianamede, "*Yargıtay Ceza*

---

30 ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 67, s. 70.

31 EREM Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılama Hukuku**, 6. Baskı, Işın Yayınları, Ankara, 1986, s. 219.

32 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 111-112; TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 219-253, s. 249.

33 "... Ceza Yargılama Yasamız, kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiş ise de, bu ilke Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. 1412 sayılı CYY'nin 163/1. maddesinde bu konuda 'yeterli delil' ölçütünü esas almasına karşın Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.03.1983 tarihli ve 7/105 sayılı kararında da 'Cumhuriyet savcısının tüm olayları ve delilleri değerlendirebileceği ve mevcut delillerin kamu davasının açılmasını haklı gösterecek olgu ve delil olarak kabulünün mümkün olmaması durumunda takipsizlik kararı verebileceği' belirtilmiştir ...", Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/22283, K. 2009/16336, 14.10.2009, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

34 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., s. 232; CENTEL / ZAFER, s. 557-558.

35 Bu yetkinin "takdir yetkisi" olarak ifade edildiği de görülmektedir. ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 233; ÜNVER / HAKERİ, s. 511. Bu bağlamda, söz konusu yetkinin kamu yararının olup olmadığı konusunda serbestçe kullanılabilecek bir yetki değil; "görev" olma niteliğini de içeren bir değerlendirme yetkisi olduğunu vurgulamakta yarar vardır.

Genel Kurulu ve Özel Dairelerinin istikrar kazanmış uygulamalarına göre yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir tereddüte yer bırakmayacak biçimde ve açıkça açıklanması zorunludur."[36]. Bu bağlamda, gerçekten, CMK'nın m.174/1 düzenlemesi uyarınca iddianamenin 170. maddeye aykırı düzenlenmesi halinde, iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iade edilmesi gerekmektedir[37]. Belirtmek gerekir ki, iddianamenin iadesi, dosyanın tekemmül ettirilmeden dava açılmamasını sağlamaya yönelik bir kurumdur[38]. Suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı sorununu da doğrudan dosyanın tekemmül edip etmemesiyle ilgili bir sorun olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten tekemmül ettirilmiş bir dosya varsa, savcı, hazırladığı iddianamede işlendiğini iddia ettiği suçun unsurlarını deliller ışığında somut olayla ilişkilendirmek zorunda olup aksi halde bu durum iade sebebidir[39]. İddianame, yeterince "ayrıntılı" olmalı[40]; suçun her bir un-

---

[36] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/550, K. 2019/574, 01.10.2019, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 20.5.2021).

[37] İddianamenin temeli yeterli şüpheye yol açacak nitelikte deliller olduğundan, mahkûmiyet ihtimalini bu ölçüde karşılamayan iddianamenin iadesi gerekir. YENİSEY / NUHOĞLU, s. 697.

[38] ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 232.

[39] ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 626-627. Mahkemenin suçun unsurlarının deliller vasıtasıyla somut olayda ortaya konulmadığı bir iddianameyi iade etmesi, ihsas-ı rey olarak değerlendirilemez. Bu durumda mahkemenin yaptığı, sadece iddianameyi yasal ölçütlere göre denetlemek, iddia makamının davaya konu olaya ilişkin kanaatinin açıklığa kavuşmasını ve böylece iddianamenin tekemmülünü sağlamaktan ibarettir. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 627-628. Gerçekten, yeterli şüpheye ulaşılmadan hazırlanan iddianamenin iadesi mahkemenin ihsas-ı reyde bulunduğu anlamına gelmez. Eğer bu kabul edilirse, mahkemenin, nihai kararını (hüküm) vermeden önce şüphe düzeyi koşuluna bağlı (örneğin koruma tedbirlerine ilişkin) olarak verdiği kararlar da ihsas-ı rey olarak değerlendirilmek zorundadır. O yüzden yeterli şüpheye ulaşılmadan hazırlanan iddianamenin iadesinin ihsas-ı rey olduğuna ilişkin yoruma katılmak güçtür. KARAKURT Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 82, 2009, ss. 170-200, s. 179-180. Bu açıklamalara ek olarak belirtmek gerekir ki, mahkemenin iddianameyi kabul etmesi nasıl ki suçun oluştuğu kanaatini ortaya koymuyorsa, iddianamenin iade edilmesi de mahkemenin suçun oluşmadığı kanaatinde olduğunu göstermez.

[40] "... iddianamenin ayrıntılı olması, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve kanıtlarını sunabilmelidir. Yüklenen suç açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. İncelenen dosyada, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iddianamesinde sanık ...'in üzerine atılı sahtecilik eylemini ne şekilde gerçekleştirdiği hususunda herhangi bir hukuki bir niteleme ve tavsifin bulunmadığı cihetle; hazırlanan iddianamenin CMK.nun 170. maddesine uygun olmadığı, sanığa yüklenen suç gerektiği gibi anlatılmayarak iddia ve savunma hakkının kısıtlandığı ve anılan Kanunun 225. maddesine aykırı olarak hükmün konusu olan olayın da usulünce belirtilmediği, aynı Yasanın 170/4. maddesine aykırı biçimde düzenlenmiş iddianame usulünce açıklattırılmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde

suruna ilişkin delillerin yol açtığı şüphenin ne suretle "yeterli" olduğunu ortaya koymalıdır. İddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında yer alan ve savcının tüm unsurlarıyla birlikte değerlendirmesi gereken "yüklenen suç" ibaresi ile delillerin suçu meydana getiren olaylarla ilişkilendirilmesi mecburiyeti de Kanun'un 170. maddesinde düzenlenmektedir. Bu sebeplerle, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ve görevini[41], iddianamede bulunması gereken hususlara ilişkin düzenleme ve iddianamenin iadesi kurumuyla da gerekçelendirmek; bu suretle kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir sonucu olarak ele almak mümkündür.

Yenisey / Nuhoğlu'nun da isabetle vurguladığı üzere, kovuşturmanın kamu yararına dayanması ile kamu yararı olup olmadığını savcının takdir ettiği haller, birbirinden farklı hususlardır[42]. Kovuşturmanın kamu yararına dayanması prensip olarak re'sen kovuşturmayı ifade etmekle birlikte kovuşturmanın şikâyet gibi belli koşullara bağlı kılınmasıyla çelişmez[43]. "Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı" halinde kamu davasının takdiren açılmaması (CMK m.171/1), belirli durumlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m.171/2, ÇKK m.19) ya da uzlaştırma (CMK m.253) gibi haller ise kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnalarındandır[44].

---

hüküm kurulması..." Yargıtay 21. Ceza Dairesi, E. 2015/8129, K. 2016/4645, 25.05.2016, HukukTürk Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 16.5.2021); "Yasal düzenlemelerde açıkça belirtildiği gibi, hükmün konusu iddianamede gösterilen eylemdir. İddianamede açıklanan fiilin dışına çıkılarak dava konusu yapılmayan bir eylem nedeniyle yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Bu nedenle *iddianamenin ayrıntılı olması*, *sanığa yüklenen fiilin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanması zorunludur*. Sanık sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı ve buna göre savunmasını yapabilmeli, kanıtlarını sunmalıdır. Yüklenen suç belirsiz olmamalı, açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Yargılamaya konu somut olayda; iddianamede, sanığın iftira *suçunu oluşturan herhangi bir eyleminden bahsedilmeksizin sadece mağdur ve sanıkların ifadelerine yer verilerek*, Milli Eğitim Müdürlüğü müfettişinin iddialarla ilgili işlem yapılmasına yer olmadığına dair raporundan bahsedilerek sevk maddelerine göre cezalandırma isteme şeklindeki iddianamenin suç yükleme niteliğinde sayılamayacağı, dolayısıyla *anılan belgenin hukuken iddianame sayılamayacağı* gözetilmeden usulüne uygun açılmamış bir davada hüküm kurularak AİHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine aykırı davranılması, ...", Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2010/21275, K. 2012/13997, 11.06.2012, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

41 BİRTEK, s. 979.

42 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 688.

43 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 688.

44 ÜNVER / HAKERİ, s. 515-519; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 688; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 70-71.

Kovuşturmanın kamu yararına dayanması daha kapsamlı bir durum olarak kamu davasının mecburiliği ile takdiriliği sistemlerinin her ikisinde de geçerli, genel bir varsayım ya da takdire bağlı bir koşuldur. Bu sebeple, kovuşturmada kamu yararının esas olmasının, kamu yararı olup olmadığını savcının takdir ettiği sınırlı sayıdaki hallerden ayrı bir şekilde ele alınması gerektiği de ortadadır.

Gerçekten, kamu davasının kamuya yararlı olduğu konusundaki, "*maslahata uygunluğunun takdiri*" ile delillerin, "*şüphe sebeplerinin*" yeterli olup olmadığının takdiri, birbirinden farklı olup ikincisi hususunda savcı yetkiliyken ilki hususunda savcının kural olarak kamu yararını değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır[45]. Cumhuriyet savcısı, prensip olarak, soruşturma konusu bir olayda kamu yararı olmadığı gerekçesiyle iddianame düzenlememeye karar veremez. Ancak delillerin yeterli olmadığı gerekçesiyle kamu davası açmamaya karar verebilir (yetkilidir) ve karar vermek durumundadır (görevlidir).

Dolayısıyla, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, "kamu davasını açmada takdir yetkisi" (CMK m.171) ile hiçbir şekilde aynı mahiyette değildir. Kamu davasını açmada takdir yetkisi, ceza davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnasıdır[46]; yoksa, bu ilkenin bir gereği değildir. Söz konusu takdir yetkisi, savcının yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşmasına *rağmen* kullanabildiği bir yetkidir[47]. Buna karşılık, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, *yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşmasına rağmen* kullanılabilen bir yetki değil; aksine *yeterli şüphe oluşturan delil olup olmadığını belirleme* yetkisi ve görevidir. Savcının soruşturma süreci sonunda ilk yapması gereken, suçun unsurları bakımından yeterli şüphe oluşturan delil olup olmadığını saptamaktır. Ancak bu tespit yapıldıktan sonra, koşulları varsa, kamu davasını açmada takdir yetkisi kullanılabilir. Dolayısıyla, kronolojik olarak, suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, kamu davasını açmada takdir yetkisinden daha önce kullanılması gereken bir yetki ve yine diğerinden farklı olarak yerine getirilmesi gereken bir görevdir. Savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ve görevinin yasal dayanağı, esas olarak, 5271 sayılı Kanun'un 170. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli*

---

45 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 694.

46 CENTEL / ZAFER, s. 555-556. YENİSEY / NUHOĞLU, s. 688.

47 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 132-133.

şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" hükmüdür. Bu hükümde emir kipi kullanılmış olup[48] kamu davasının açılmasındaki mecburilik ilkesinin yasal dayanağı da aynı hükümdür (CMK m.170/2)[49]. Dolayısıyla, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, ceza davasının mecburiliği ilkesinin istisnası değil; aksine, bu ilkenin bir sonucu ve uygulanma koşuludur. Kural olarak, Türk hukukunda *ceza davasının mecburiliği* ilkesi benimsendiği içindir ki, Cumhuriyet savcısı, her bir unsur açısından ayrı ayrı olmak üzere[50], yeterli şüphenin oluşup oluşmadığına karar verebilmek için "suç"un tüm unsurlarını değerlendirmek *mecburiyet*indedir.

3. Yetkinin Genel Mahiyeti

İddianame düzenlenebilmesi, "suç" iddiasının mahkeme nezdinde ele alınmasını gerektirecek mahiyette olması koşuluna bağlıdır[51]. Fiilin belirli olması da bu koşulun bir parçası olup fiil, "*öncelikle suçun unsurları bakımından*" belirli olmalıdır[52]. Bu bağlamda, iddianame düzenlenmesi için gerekli görülen, fiilin "*kanunun gösterdiği vahamette*" olması koşulu[53], 5271 sayılı Kanun'da "yeterli şüphe" olarak ifadesini bulur.

Yeterli şüphe, soruşturmaya konu davranıştan dolayı mahkûmiyet hükmü verilme ihtimalinin en az yüzde elli bir olmasını[54]; bir başka deyişle, mahkûm olmama ihtimaline kıyasla daha yüksek olmasını[55] ifade eder[56].

---

48 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 693-694.

49 YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 116, s. 496; ÜNVER / HAKERİ, s. 512; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 688.

50 BİRTEK, s. 977.

51 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 110.

52 ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 493.

53 EREM, s. 216.

54 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 695.

55 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 714; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 502. Yeterli şüpheye ilişkin söz konusu kıstasa, Yargıtay'ın bir kararında da yer verilmektedir: "Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi durumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" başlıklı 172. maddesinde düzenlenmiş olup, maddeye göre; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması halinde verilebileceği anlaşılmaktadır. Soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısının mevcut delillerle yaptığı değerlendirmeye göre; sanığın mahkum olma olasılığı, beraat etme olasılığından daha kuvvetli ise kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunduğu kabul edilmelidir.", Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2009/16787, K. 2010/7000, 14.06.2010, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 20.5.2021).

Yeterli şüphe kıstası, savcının suç iddiaları bakımından "filtre" işlevini yerine getirmesi için getirilmiştir[57]. Yeterli şüpheye, ancak yeterli delil ile ulaşılabilir[58]. Yeterli şüphe, sadece zan ya da kuşkulara[59], karinelere veya soyut ya da kişisel yorumlara[60], varsayımsal öngörülere, ihtimallere, ön yargılara ya da hipotezlere dayandırılamaz[61]. Bu durumda, Cumhuriyet savcısının kamu davası açması için, bir değerlendirme yapması[62], "işin esasına" girmesi[63] gerekir. İşin esasına giren Cumhuriyet savcısı, iddianame hazırlamak için şikâyetçinin veya muhbirin iddialarıyla ya da kendi izlenimleriyle yetinmemeli; suç işlendiği izlenimi oluşturan davranışa ilişkin delillerin, suçun her bir unsuru bakımından yeterli düzeyde olduğu kanaatine ulaşmış olmalıdır. Basit şüphenin yeterli şüpheye dönüşmesi[64], kendiliğinden olmaz; suçun unsurlarına ilişkin değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar.

Ne mahkemelerin delilleri takdir etme yetkisi, ne suçun kesin olarak oluşup oluşmadığı hususunda mahkemenin yetkili olması, ne de savcının kovuşturma evresindeki ikincil konumu, savcının suçun unsurlarının oluşmadığını düşündüğü halde iddianame düzenlemesinin gerekçesi olamaz. Üstelik savcının suça ilişkin delillerin yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığından şüphe etmesi halinde de iddianame düzenlemesi mümkün değildir[65]. Savcının kamu davası açmaya yönelmesi için yeterli şüpheye ulaştığından emin olması gerekir.

Delillerin ve suçun unsurlarının değerlendirilmesi yetkisi ve görevi, iddianamelerin nitelik sorunuyla yakından alakalıdır. İddianame düzenlenirken, örneğin, yalnızca şikâyetçinin suçlamalarına dayanılması ya da uyuşmazlığın sonraki ev-

---

56 Yargıtay'ın dava açılması için gereken yeterli şüphenin makul şüpheden farklı olduğunu vurgulaması dikkat çekicidir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 8224/3, 13.01.2010, ÜNVER / HAKERİ, s. 520.

57 GÖKCEN Ahmet / BALCI Murat / ALŞAHİN M. Emin, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 196.

58 CENTEL / ZAFER, s. 557.

59 EREM, s. 218.

60 GÖKCAN, s. 199, s. 201.

61 ÜNVER / HAKERİ, s. 512.

62 TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, s. 87.

63 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 127.

64 ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 492.

65 ÖZEN Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı: 3, 2009, ss. 17-28, s. 22.

rede mahkemenin görevlendireceği bilirkişinin raporuyla çözülmesi gerektiği gibi savlarla gerekli araştırmaların yapılmaması kanuna ve hukuka aykırıdır[66]. Şüphenin yeterli olup olmadığı sorunu, ancak savcının suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı hususunda, suça ilişkin yasal hükümleri ve delilleri kapsamlı şekilde hukuki ve maddi açılardan incelemesiyle çözülebilecek bir sorundur.

Cumhuriyet savcısı yaptığı değerlendirme sonucunda, elde edilen delillerin suçun unsurlarına ilişkin yeterli şüphe oluşturduğuna kanaat getirirse, suçun unsurlarına ilişkin değerlendirmelerini iddianameye yansıtmak durumundadır. Gerçi iddianamede savcının yapması gereken suç iddiasına konu fiili ortaya koyma faaliyetinin, *maddi ceza hukuku anlamında* suç tipini ve unsurlarını izah etmesi anlamına gelmediği belirtilmektedir[67]. Gerçekten, iddianamede savcının akademik bir suç tipi inceleme yöntemi izlemesi; fail, mağdur, suçun maddi konusu, suçla korunan hukuki yarar, suçun maddi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsuru gibi ayrı ayrı başlıklar altında biçimsel, didaktik bir değerlendirme yapması beklenemez. Fakat savcının iddianamedeki değerlendirmesinden, suçun her bir unsurunun hangi deliller ve olgular vasıtasıyla oluşmuş olabileceği hakkında yeterince bilgi vermesi ve tespitler içermesi zorunludur. İddianame öyle hazırlanmalıdır ki, delillere istinaden bu soruların tümünü cevaplamaya yetecek bir içeriğe sahip olmalıdır.

Savcının suçun unsurlarını değerlendirmesinin delilleri miktar, nitelik ve elde ediliş şekli bakımından değerlendirmesinden önce geldiği yönünde görüşler bulunmaktadır[68]. Kanaatimizce, suçun unsurları ancak deliller vasıtasıyla değerlendirilebilir. Bu konudaki ölçüt de delillerin suçun her bir unsuru bakımından "yeterli" olmasıdır. Dolayısıyla, bu görüşe "miktar" ve "nitelik" bakımından delillerin değerlendirilmesi yönüyle katılmak güçtür.

Yenisey / Nuhoğlu, savcının, yaptığı soruşturmanın sonunda üç tür değerlendirme ("takdir") yetkisine sahip olduğunu; bunlardan birinin mevcut delillerin yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığına, bir diğerinin soruşturulan olayda "suç unsuru" bulunup bulunmadığına ilişkin olduğunu vurgulamaktadır[69]. Bu bağlamda, yazarların kullandığı "takdir" kelimesinin, sözü edilen

---

66 Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 4492/4469, 10.07.2006; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 7811/968, 31.01.2007; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 12679/5574, 06.05.2009, ÜNVER / HAKERİ, s. 512.

67 ÇINAR Ali Rıza, "Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 84, 2009, ss. 31-62, s. 39.

68 BİRTEK, s. 954-955.

69 YENİSEY / NUHOĞLU, s. 680.

iki değerlendirme türüyle sınırlı olarak, CMK m.171'deki, savcıya kamu yararı konusunda bir seçim imkânı sunan, dar anlamıyla değil; yasal koşul olan yeterli delilin olup olmadığını "yetki ve görev olarak değerlendirme" anlamıyla algılanması gerekmektedir[70]. Diğer taraftan, yazarların özellikle "suç unsuru"na ilişkin yaptığı vurgu önemlidir. Kanaatimizce, sözü edilen her iki değerlendirme yetkisi de suçun unsurlarının mevcut delillerin niteliği ve boyutu ile "yeterli" düzeyde desteklenip desteklenmediğini belirleme görev ve yetkisini ifade etmektedir. Zira deliller kendi başına değil, ancak bir suça ilişkin olması yönüyle önem taşır. Suç ise kendiliğinden var sayılacak bir kavram ve olgu değil; ancak belirli unsurların bir araya gelmesiyle oluşan bir hukuki kavram ve olgudur.

Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisine sahip olduğu açıktır[71]. Hatta delilleri değerlendirme bakımından savcının yetkisinin mahkemenin bu konudaki yetkisinden daha sınırlı olduğu dahi söylenemez[72]. Kaldı ki bu yetki, hukuki denetime açık, keyfi olarak kullanılamayacak, uyuşmazlık konusu olayın vasıflarının gözetilmesini ge-

---

[70] Takdir kelimesi dar anlamda kullanılırsa, CMK m.170/2 bağlamında, savcının bir "takdir" yetkisi olmadığını, ancak delilleri değerlendirme sorumluluğu olduğunu söylemek gerekir. GÖKCAN, s. 199.

[71] Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 6139/12759, 03.07.2006, ÜNVER / HAKERİ, s. 511; Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2003/10208, K. 2005/12186, 19.12.2005; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2008/429, K. 2008/108, 21.01.2008, DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 219-220; EREM, s. 216, s. 218; GÖKCAN, s. 198; CENTEL / ZAFER, s. 557; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 111; SOYASLAN, s. 383; GÖKCEN Ahmet / ÇAKIR Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, ss. 2911-2951, s. 2928, s. 2931. Savcının delilleri nitelik ve önem bakımından değerlendirme yetkisi de vardır. Yargıtay bir kararında, savcının, müştekinin dinlenmesini istediği tanıkların bir bölümünün tanıklığını dikkate alıp diğerlerini dinlemeye gerek görmemesini değerlendirme yetkisi kapsamında hukuka uygun bulmuştur. ÜNVER / HAKERİ, s. 520. "... Cumhuriyet savcısı, bu dosyada delil olarak öne sürülen hususların suçun kanıtlanmasına bir etkisinin bulunmayacağı düşüncesiyle, dilekçede gösterilen 5 tanıktan üçünü dinlemiş ve mevcut delillere göre karar vermiştir. Yakınan tarafından dinlenilmesi istenilen tanıkların, yakınanın hırsızlık yapmayacak bir kişilikte bulunduğuna ilişkin kişilik tanığı olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. Buna karşın, somut olayda kişilik tanığının iftira suçunun varlığını kanıtlama bakımından bir öneminin bulunmadığı açıktır. İftira konusu eyleme ilişkin maddi bir kanıt veya görgü tanığının bulunmaması durumunda olay yerinde keşif yapılmasının da sonucu etkilemeyeceği düşünülmelidir. Açıklanan yasal ve olaysal gerekçeler doğrultusunda Cumhuriyet savcısının, soruşturmaya konu iftira suçuyla ilgili kanıtlara dayalı olarak yaptığı değerlendirmesinin yasada verilen takdir yetkisine uygun bulunması karşısında ...", Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/22283, K. 2009/16336, 14.10.2009, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

[72] GÖKCAN, s. 200.

rektiren bir yetkidir[73]. Vicdani kanaat, savcının delilleri değerlendirmesinde de geçerlidir[74]. Cumhuriyet savcısının sadece delil toplayan süje olarak görülmesi kabul edilemez. Cumhuriyet savcısı delilleri temin etmekle yetinemez; değerlendirmesi de gerekir.

Yargıtay'ın bir kararına göre de

> *"... savcının delilleri değerlendirme yetkisi vardır. Aksi durumun kabulü her ihbar ve şikayet üzerine Cumhuriyet savcısının kamu davası açmasını, delil takdirinin ise mahkemeye bırakılmasını gerektirir ki bu kabul lekelenmeme hakkıyla bağdaşmayacak ve kanunun ruhuna uygun düşmeyecektir."*[75]

Yargıtay'ın da işaret ettiği gibi, Cumhuriyet savcısının "her ihbar ve şikâyet üzerine" kamu davası açması kabul edilemez. Suç işlediği iddia edilen herkesin mahkeme huzuruna çıkarılması makul değildir[76]. Savcının her suç iddiası üzerine kamu davası açmaması ise ancak suçun unsurlarını değerlendirmesiyle mümkündür.

Yargıtay bazı kararlarında, Cumhuriyet savcısının "maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi"nin olduğunu dahi belirtmektedir[77]. Doktrinde de bu doğrultuda görüşlere rastlanmaktadır[78]. Bu yükümlülük ve yetkinin

---

[73] ÜNVER / HAKERİ, s. 74.

[74] GÖKCEN / ÇAKIR, s. 2930.

[75] Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2015/19211, K. 2015/38660, 26.11.2015, Kararara Yargı Kararı Arama Motoru, https://www.kararara.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021). Aynı yönde, Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2019/637, K. 2019/11536, 30.09.2019, HukukTürk Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

[76] DONAY, s. 219.

[77] "Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak *maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet Savcısı*, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir", Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2019/15973, K. 2020/1135, 15.01.2020; Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2019/18465, K. 2020/2067, 4.02.2020, HukukTürk Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021); "CMK'nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak *maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı*, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Bu durum delil değerlendirmesini gerektirir. Diğer bir deyişle Cumhuriyet savcısı elde edilen delillerin kamu davası açılması için yeterli olduğu kanaatine varırsa dava açacak, aksi durumda takipsizlik kararı verecektir.", Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2015/19211, K. 2015/38660, 26.11.2015, Kararara Yargı Kararı Arama Motoru, https://www.kararara.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

[78] GÖKCEN / ÇAKIR, s. 2930.

varlığı[79] karşısında, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisinin olduğu, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Maddi gerçek, bir fiilin hakikatte tüm boyutlarıyla ve tam olarak nasıl meydana geldiğini gösteren gerçektir. Bu gerçeğe, ancak suçun unsurlarının somut biçimde değerlendirilmesiyle ulaşılabilir. Cumhuriyet savcısının suçun her bir unsuruna ilişkin "yeterli şüphe" kıstasını gözeterek, bu kıstasın sağlanıp sağlanmadığını saptayabilecek şekilde, "yeterli" düzeyde maddi gerçeğe ulaşması gerekir.

Yargıtay'ın, Cumhuriyet savcısının fiili ve delilleri değerlendiremeyeceği yönünde kararları da bulunmaktadır[80]. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin en azından bazı kararlarında savcının delilleri değerlendirme yetkisine ilişkin temkinli bir tutumunun olduğu söylenebilir[81]. Keza uygulamada, bazı mahkemelerin ve adalet müfettişlerinin benzer bir eğilimde bulunduğu belirtilmektedir[82]. Açık yasal dayanaklar karşısında, bu kararlara yansıyan görüşe ve eğilime katılmak mümkün değildir. Fakat yargı mercilerinin ve teftiş birimlerinin bazı kararlarında görülen bu durumu, uygulamadaki genel durum olarak kabul etmek konusunda da temkinli olmak gerekir. Belirtilen kararlar, büyük ölçüde savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisini önceki kanuna nispeten daha açık kurallarla temellendiren ve iddianamenin iadesi gibi güçlü bir denetim yolu öngören 5271 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk yıllarda verilmiştir. Bu nedenle, söz konusu kararların en azından bir kısmının, belli ölçüde, önceki kanun dönemindeki uygulamanın etkilerini yansıttığı söylenebilir.

Eklemek gerekir ki, Yargıtay'ın savcının "kamu davası açmak yerine delil takdiri" yapmasına istinaden verdiği takipsizlik kararını kanuna aykırı bulduğu kararlarına da rastlanmaktadır[83]. Keza Yargıtay'ın yeterli şüphenin oluşup oluşmadığını denetlediği ve oluştuğuna kanaat getirdiği kararları da bulunmaktadır[84]. Bu bakımdan asıl önemli olan, mevcut delillerden anlaşıldığı

---

79 Buna karşılık, CMK m.160/1'de belirtilen, savcının araştırmakla yükümlü olduğu "işin gerçeği" tabirinin maddi gerçeği değil, iddianame düzenlenmesi için gereken yeterli şüpheye ulaşılmasını ifade ettiğinin belirtildiği de görülmektedir. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 203.

80 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2007/1403, K. 2007/2438, 13.03.2007, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/2-247, K. 2007/257, 04.12.2007, BİRTEK, s. 978, 132 ve 133 numaralı dipnot.

81 GÖKCAN, s. 203.

82 BİRTEK, s. 978.

83 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 27469/1074, 18.01.2012, ÜNVER / HAKERİ, s. 521.

84 "Dosya kapsamına göre, şikâyetçinin, şüphelilerin kendisinin camiden ayrılmasına engel olmak için cami kapısını kilitleyip, çıkışını engelledikleri ve kendisini tehdit ettikleri iddiaları üzerine yürütülen soruşturma sonucu şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, tanık ...'in 10/11/2018 tarihli beyanında; müştekinin iddialarıyla örtüşür biçimde; "... Abi dışarı

kadarıyla somut olayın özelliklerinin "yeterli şüphe" oluşturup oluşturmadığıdır. Tüm kamusal yetkiler gibi savcının mevcut deliller vasıtasıyla suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi de sınırsız değildir. Savcıların, "yeterli şüphe"nin tespiti için delillerin değerlendirilmesi konusunda hata yapmaları ihtimal dâhilindedir[85]. Keza, aynı olay bakımından bir savcının yeterli bulduğu delilleri bir başka savcının yeterli bulmaması ihtimal dışı değildir[86]. Ancak aynı durum ceza mahkemeleri için de geçerlidir: Aynı olay bakımından bir mahkemenin suçu sabit görürken, başka hâkimlerden oluşan bir mahkemenin suçu sabit görmemesi de ihtimal dışı değildir. Savcının değerlendirmede bir hata yapmış olma ihtimalinin varlığı, savcının değerlendirme yetkisinin olmaması gerektiğini göstermez. Üstelik ispatın nispiliği olarak bilinen kavram çerçevesinde, bir kişinin belirli bir olgunun gerçekleştiğine veya gerçekleşmediğine ikna olması, o kişinin sahip olduğu karaktere göre değişkenlik gösterebilir[87]. Sonuçta, çok daha az delille karar vermek durumunda olan savcının aksine tüm deliller ışığında karar veren ceza mahkemelerinin, hatalı hükümler verme ihtimali, nasıl ki bunların hüküm verme yetkilerini ortadan kaldırmıyorsa; savcıların deliller vasıtasıyla suçun unsurlarını değerlendirme konusunda hatalı kararlar verme ihtimali de savcıların değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmaz. Ayrıca hatalı olduğu düşünülen takipsizlik kararlarının kanun yolu denetimi sonucunda düzeltilmesi mümkündür.

çıkmaya yöneldi, o esnada... ... cami kapısının önünde durup ... Abiye çıkamazsın dedi... Sonrasında cami imamımız ... hoca bir tarafına ... abiyi diğer tarafına ...'ü oturttu ve yarım saat konuştular... Bu durum cami içerisinde hiç de güzel bir durum olmadı rencide edici bir durumdu. Sonra dışarıya çıktık çay ocağının içine girdik gerilim biraz daha arttı sesler iyice yükseldi, ... abiye sözlerle baskı kurdular, ... bugün bu iş bitecek çay ocağının anahtarını vermeden gidemezsin dedi..." şeklindeki ifadesi çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde, şüphelilerin, anahtarları kendisinden alana kadar müştekinin camiden ayrılmasına izin vermedikleri yönünde yeterli şüphe bulunduğu anlaşılmakla ve atılı suçun mağdurun bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılmasıyla tamamlanacağı da gözetildiğinde, toplanan delillerin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu gibi bu delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden...", Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2019/12213, K. 2019/15562, 23.12.2019, HukukTürk Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021); "Şüphelinin ad ve soyadının yazılı olduğu @... kullanıcı adlı twitter hesabından müştekiden bahsedilerek paylaşımlar (retweetler) yapıldığının anlaşılması karşısında; CMK'nın 170/2. maddesi uyarınca dosyadaki mevcut delillerin şüpheli hakkında hakaret suçunun işlendiği hususunda iddianame düzenlenebilmesi için yeterli şüphe oluşturduğu açıktır. Şüphelinin eyleminin sübut bulup bulmadığı hususu, tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir.", Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2018/7790, K. 2019/1445, 16.01.2019, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021); ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 493.

85 DONAY, s. 219.

86 SOYASLAN, s. 384.

87 CENTEL / ZAFER, s. 831.

Delilleri değerlendirme yetkisi bakımından Anayasa Mahkemesi, bir kararında savcının delillerin doğru olup olmadığını yeterince incelemeden ve başka delillerle gerekçelendirmeden kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesini "tarafsız ve bağımsız soruşturma yapılması ilkesi"ne aykırı bulmuş; "etkili soruşturma yükümlülüğü"nün ihlal edildiğine karar vermiştir[88]. Yine benzer mahiyetteki bir kararda, Yüksek Mahkeme, savcının mağdurun ayrıntılı ifadesini almadan; failleri ve kolluk müdahalesinin kaçınılmazlığını yeterince araştırmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiş olduğunu vurgulamıştır[89]. Keza, Yüksek Mahkeme'ye göre "*bazı tanıkların dinlenmemesi, eylemin zorla gerçekleştiği iddialarının hiç tartışılmaması ve rızanın varlığını ortaya koymak için kullanılan delillerin yeterli olmaması*" soruşturmanın etkili biçimde yapılmadığının göstergesidir[90]. Bu kararlar, delillerin savcı tarafından özenli biçimde değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne göre delilleri değerlendirme faaliyetinin savcı için yalnızca bir yetki değil, aynı zamanda bir görev niteliğinde olduğu söylenebilir.

Öte yandan Yüksek Mahkeme bir başka kararında, soruşturma konusunun önemli olmasını, "güvenlik güçlerinin hesap verebilirliği"ni ve "soruşturma hakkında kamu denetimi"ni ön plana çıkararak, savcının çok kapsamlı değerlendirmeler yapmış olmasına rağmen kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermemesi gerektiğine hükmetmiştir[91]. Elbette, Yüksek Mahkeme'nin bu

---

88 Anayasa Mahkemesi, Süleyman Göksel Yerdut Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/788, 16.11.2017, paragraf 59-64, TANER Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 135, 2018, ss. 185-234, s. 211, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1755, (Erişim Tarihi: 19.8.2021).

89 Anayasa Mahkemesi, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/3924, 6.1.2015, TANER Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", s. 211.

90 Anayasa Mahkemesi, Z. C. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/3262, 11.5.2016, TANER Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", s. 212.

91 "*Olay hakkında yürütülen Savcılık soruşturmasının ... oldukça kapsamlı ve derinlemesine bir şekilde olayın gerçekleşme şeklini ve meydana gelen ölümde olası sorumlu kişileri tespite imkân sağlayacak nitelikte olduğu görülmektedir.* Ancak, temel amacı devletin kontrolü altında meydana gelen ölüm olaylarının tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini ve varsa sorumlu kişilerin tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlamak suretiyle yaşam hakkı kapsamında kurulan yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak olan etkili ve uygun resmi bir soruşturma yürütme yükümlülüğü, kamu makamlarının kontrolü altında iken "şüpheli" bir biçimde gerçekleşen ölüm olaylarında ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve kovuşturma aşaması da dâhil bütün süreç 17. maddenin gereklerine cevap verebilecek nitelikte olmalıdır. ...

kararında öne sürdüğü gerekçeler, genel olarak, bizatihi değerli ve önemlidir. Ne var ki Yüksek Mahkeme'nin CMK m.172/1'in m.170/2 ile bağlantısını göz ardı ederek "suç"un unsurlarından biri olan hukuka aykırılığı, "suç"a ilişkin "yeterli şüphe oluşturacak delil" kıstasına tabi olmayan, savcının değerlendiremeyeceği haller arasında saydığı anlaşılmaktadır. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu, iddianame düzenlenmesinin koşulu olarak mevcut delillerin "suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyor" olmasını belirtmiş, bu hususta değerlendirme yetkisini savcıya tevdi etmiştir (CMK m.170/2). Suç ise hukuka aykırılık da dâhil olmak üzere unsurlarından bağımsız ele alınamaz.

Başvuru konusu olay gibi, ölüm olayının öncesi tamamen kamu makamlarının kontrolü altında gerçekleşmese bile olaya karışan ve doğrudan eylemleri ile ölüme neden olan kişilerin güvenlik güçleri olduğu ve olay sonrası kontrolün tamamen bu kişilerde olduğu durumlarda, olayın gelişimi ve karşılıklı tarafların eylemlerinin derinlemesine ve çok boyutlu bir değerlendirmesinin yapılabilmesi için resmi soruşturmanın, olaya karışan kişilerin olası cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığını belirleyebilmek adına, soruşturma aşamasını geçerek bir kovuşturma sürecini içermesi gerektiğinin evleviyetle kabulü gerekmektedir.

Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 172. maddesinin (1) numaralı fıkrasında (§30), yukarıda (§108) öngörülen kovuşturma aşamasını geçme gerekliliğini karşılar nitelikte, bir Cumhuriyet Savcılığı tarafından KYO dair kararın ancak yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verilebileceği açık bir şekilde belirtilmiş olup, bu tür bir olayda"meşru savunma ve zorunluluk hali" ve "kanunun hükmü ve amirin emri" gibi "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan neden"in bulunup bulunmağı konusunda iddia makamı konumunda olan Savcılığın bir yetkisinin bulunmadığı, cezai sorumluluğun kalkıp kalkmadığı konusunda karar vermeye yetkili makamın ceza mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir.

Başvuru konusu olayda, *Savcılık soruşturması aşaması açısından oldukça ayrıntılı bir şekilde olayın gelişim şekli ve olası sorumlu kişiler belirlenmiş olmakla birlikte*, ilgili kişilerin cezai sorumluluklarının tespiti konusunda Ceza Mahkemesinde inceleme ve değerlendirme yapılması imkânını ortadan kaldıran KYO kararının verilmesinin, *silah kullanan güvenlik güçlerinin hesap verebilirliğini ve soruşturma hakkında kamunun denetimini zayıflattığının kabul edilmesi gerekir*. Her bir somut olayın koşullarına göre farklılık arz edebilecek olmakla birlikte, başvuru konusu olaydaki gibi doğrudan güvenlik güçlerinin silah kullanımı sonucu meydana gelen ve tartışmalı olan olayın gerçekleşme koşullarının ve olası cezai sorumlulukların tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması açısından ölüm olaylarına ilişkin yürütülen resmi soruşturmaların kovuşturma aşamasından geçmesi olay hakkında kamuoyu nezdinde oluşabilecek soru işaretlerinin tamamen ortadan kalkması açısından büyük önem taşmaktadır. Aksi bir uygulama, bu tür olaylarda kamu gücünü kullanan güvenlik güçlerinin olası cezai sorumluluklarının ortaya çıkmasının engellenmek istendiği şüphesini doğurabilir. Yaşanan silahlı çatışma sonrasında görevini icra eden üç polis memuru ve psikolojik sıkıntıları olduğu ortaya çıkan Ç.D.'nin yaşamını yitirmesi, her iki tarafın yakınları açısından çok acı bir olay olmakla birlikte, gerekli hukuk kurallarının her halükarda tereddütsüz uygulanacağının gösterilmesi hukuka olan saygının korunması ve daha sonra benzer olayların yaşanmasına engel olmak adına büyük önem arz etmektedir.", Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Cemil Danışman Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/6319, 16.7.2014, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 16.10.2014-29147, paragraf 107-110, Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6319, (Erişim Tarihi: 15.5.2021).

Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisinin yasal dayanağı, 5271 sayılı Kanun'un 170. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Yargıtay da bu hususun altını çizmektedir[92]. Hemen anlaşılacağı üzere, Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ile delilleri değerlendirme yetkisinin yasal dayanağı aynıdır; zira bu iki yetki özü itibariyle birbirinden ayrı değerlendirilemez[93]. Şöyle ki, savcının suçun unsurlarını değerlendirirken esas aldığı kıstas, suçun işlendiğine dair "yeterli şüphe"dir. Yeterli şüphe, yukarıda vurgulandığı gibi, ancak yeterli delile dayanır. Dolayısıyla, savcı, suçun unsurlarını ancak delilleri esas alarak değerlendirebilir.

Gerek soruşturma evresinde, gerekse kovuşturma evresinde, şüpheli/sanığın bir suçun faili olarak gösterilmesi, şüpheli/sanık hakkında ancak bir kanaat ortaya konulmasıyla mümkündür[94]. Ancak bu kanaatin yoğunluğu ve kesinliği ceza muhakemesinde hangi aşamada bulunulduğuna göre değişir[95]. Bu bağlamda, Cumhuriyet savcısının suçun unsurları bakımından yapması gereken değerlendirme, maddi gerçeği ya da delilleri[96] *kesin olarak* saptamak olarak algılanmamalıdır. Cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturma evresinin işlevi, maddi gerçeği *kesin olarak saptamak* değil; kamu davası açılması için gerekli olan yeterli şüpheyi oluşturacak delillerin mevcut olup olmadığını saptamaktır[97]. Bununla beraber savcının bu tespiti yapabilmesi için mevcut olduğunu gözlemlediği tüm delilleri toplamış olması gerekir. Diğer yandan savcının suçun unsurlarından birinin ya da birkaçının oluşmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde, bu karar itiraz kanun yolu denetimine tabidir[98]. Vurgulamak gerekir ki Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarına yönelik yapacağı değerlendirmenin ceza mahkemesinin yerine suçu tespit etmek anlamına geldiği söylenemez. Cumhuriyet savcısı, suçun tüm unsurlarının oluştuğu hususunda yeterli şüphe teşkil eden delile ulaşırsa, bu durum, suçun sübut bulduğunu değil; ancak bu suça ilişkin yeterli şüphe dü-

---

92 5271 sayılı CYY'nin 170/2. maddesi uyarınca; ... Bu hüküm dolayısıyla yasa tarafından Cumhuriyet savcısına, toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verilmiş ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüphe oluşturduğu kanısına ulaşılması durumunda kamu davasının açılması zorunlu görülmüştür.". Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/22283, K. 2009/16336, 14.10.2009, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

93 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 112.

94 EREM, s. 212-213.

95 EREM, s. 212.

96 BİRTEK, s. 977.

97 CENTEL / ZAFER, s. 557.

98 BİRTEK, s. 978.

zeyinin oluştuğunu gösterir. Yargıtay'ın "delilleri değerlendirme" bağlamında bu yaklaşımı benimsediği kararlarına rastlanmaktadır[99].

4. Mahkûmiyet ve Beraat Kararlarının Mahiyeti Bakımından Değerlendirme

5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin beşinci fıkrasına göre, "*yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir*". Kuşkusuz, suçun sübutu için suçun bütün unsurlarının sağlanmış olması gerekir. Diğer yandan, Yargıtay'ın belirttiği gibi "*Cumhuriyet savcılarının ... sadece mahkumiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları*"[100] gerekmektedir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcılarının inceleyip soruşturduğu bir davranışın mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirebilmesi için, öncelikle, söz konusu davranışı suçun unsurları bakımından değerlendirmesi zorunludur.

Centel/Zafer'in ifadesiyle, "*mahkûmiyetin gerçekleşebileceği tahmini, duruşmada mahkûmiyet için aranan tüm ölçütlerin kullanılmasını gerektirir*"[101]. Mahkûmiyet kararı için suçun sübutu gerekmektedir. Bu sebeple, mahkûmiyetin kanuni ölçütlerinin suçun unsurları olduğu açıktır. Dolayısıyla, "*suçun her bir unsuruna ilişkin deliller yeterli dereceye ulaştığında iddianame düzenleme mecburiyeti söz konusu olacaktır*"[102].

---

[99] "CMK'nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. *Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesiyle, kovuşturma aşamasında hakimin delilleri değerlendirmesi birbirinden farklı özelliklere sahiptir. CMK'nın 170/2. maddesine göre soruşturma aşamasında toplanan deliller kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadıkları çerçevesinde incelemeye tabi tutulurken, kovuşturma aşamasında, isnat edilen suçun işlenip işlenmediği hususunda mahkumiyete yeter olup olmadığı ve tam bir vicdani kanaat oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde değerlendirilmektedir.*", Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2019/7005, K. 2019/13389, 30.9.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, http://kazanci.com.tr/gunluk/18cd-2019-7005.htm, (Erişim Tarihi: 5.5.2021).

[100] Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E. 2011/17629, K. 2011/6976, 30.11.2011, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021). Centel ve Zafer, bu içtihadı, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesinin soruşturma evresinde de geçerli olması yönünde bir yaklaşım olarak değerlendirmekte; bu doğrultuda, soruşturma evresinin işlevinin kuramsal boyutunun yeniden ele alınması için önemli bir kaynak olarak göstermektedir. CENTEL / ZAFER, s. 559, 28 numaralı dipnot.

[101] CENTEL / ZAFER, s. 559.

[102] CENTEL / ZAFER, s. 559.

Diğer taraftan, 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"beraat kararı;*

a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,

b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,

c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,

e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

hallerinde verilir."

Söz konusu hükümdeki ilk dört bendin ilkinde yer alan "*yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması*", suçun hem kanunilik unsuruna hem de maddi unsuruna karşılık gelmektedir.

İkinci bentte yer alan "*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*" ile beşinci bentte yer alan "*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*" ibareleri, suçun maddi unsuruna karşılık gelmektedir.

Üçüncü bentte yer alan "*yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*" suçun manevi unsuruna karşılık gelmektedir.

Nihayet dördüncü bentteki "*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*" ibaresi, suçun hukuka aykırılık unsuruna karşılık gelmektedir.

Görüldüğü üzere, beraat kararı, suçun unsurlarından biri ya da birkaçının oluşmaması hallerinde verilmektedir. Yargıtay'ın açıkça vurguladığı üzere, "*Cumhuriyet savcılarının ... beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları*" gerektiğine göre; CMK m.223/f.2'de yer alan düzenleme de dikkate alındığında, Cumhuriyet savcısının beraat kararı verilebilecek halleri, dolayısıyla, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmesinin yalnızca bir yetki değil, aynı zamanda bir görev olduğu tümüyle açıklığa kavuşmaktadır.

Suçun tüm unsurlarının "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi kapsamında olduğu açıktır[103]. Beraat kararının da suçun unsurlarından birinin ya da bir-

[103] BİRTEK, s. 969-970.

kaçının eksik olması halinde verildiği bilinmektedir. Bu bağlamda, Cumhuriyet savcısının beraatle sonuçlanacağını öngördüğü fiiller, hâlâ belli bir suç şüphesini bünyesinde barındırıyor olsa bile; yeterli delil kıstası uyarınca suçun unsurları gerektiği gibi değerlendirilmeden dava açıldığı takdirde "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi uyarınca beraatle sonuçlanacaktır[104]. Örneğin, bir konutta hırsızlık fiili işlemekle suçlanan bir kişinin bu iddiayı inkâr ettiği, mevcut tek delilin o kişiyi söz konusu konutun civarında gördüğünü söyleyen bir tanık delilinden ibaret olduğu bir olayda; savcı, kendi hayat tecrübesiyle, suçlanan kişinin suçu işlediğini kuvvetle muhtemel görse dahi, dava açması halinde, söz konusu ilke uyarınca dava suçun işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle beraat ile neticelenecektir[105].

5. Belirli Hak ve İlkeler ile Uygulama Bakımından Değerlendirme

Savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi, Yargıtay'ın yakın bir bağlamda gönderme yaptığı "lekelenmeme hakkı"[106], etkili soruşturma yükümlüğü ve duruşmanın kesintisizliği[107] hak ve ilkeleriyle[108] ilişkilidir.

---

104 CENTEL / ZAFER, s. 559.

105 CENTEL / ZAFER, s. 559.

106 "İddianamenin iadesi kurumu şüpheli/sanıkların lekelenmeme haklarını etkin şekilde koruma altına almaktadır. Bu nedenle Anayasanın 36-38. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddelerinin teminatı mahiyetindedir. İddianemedeki şekle ilişkin eksiklikler her zaman giderilebilir ancak eksik soruşturma sonucu yeterli suç şüphesi oluşturmayan delillerle kişilere sanık sıfatı yüklenmesi, yargılama sonucunda beraat etmiş olsalar dahi hak ihlaline sebebiyet vereceği göz önünde bulundurulmalıdır", Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/7940, K. 2019/5937, 4.10.2019, HukukTürk Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

107 Suçun unsurlarının deliller ışığında tartışılmaması nedeniyle iddianamenin iadesindeki haklılığı, tek celsede yargılama ilkesiyle gerekçelendirmek mümkündür. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 628.

108 "Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, "Kişilerin Lekelenmeme Hakkı" ile "Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma" prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev'i filtre görevi yapmaları gerekir. Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda ilk defa, 5271 sayılı CMK.'nun 160 / 2. maddesi hükmü ile; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarına şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca; 170 ve 174. madde hükümleri ile de, iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir. Soruşturma evresi uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresinin yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan ve bir iki celsede bitirilmesi hedeflenmiştir.", Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E. 2011/17629, K. 2011/6976, 30.11.2011, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

Savcının mahkûmiyetle sonuçlanmayacağını düşündüğü bir davranışla ilgili olarak durumun ayrıca mahkeme tarafından da değerlendirilmesini sağlamak amacıyla iddianame hazırlaması lekelenmeme hakkının ihlalidir[109]. Bu suretle, suç işlemeyen bir kişi, sürecin sonucunda beraat kararı alacak olsa bile belirli bir süre boyunca suç ithamı altında kalmakta, masumiyeti haksız ve gereksiz yere lekelenmektedir.

Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun uygulandığı dönemde, delillerin "yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesinin vicdani kanaat çerçevesinde mahkemelere ait bir yetki olduğu gerekçesiyle; savcıların bu değerlendirmeyi yapmaktan kaçındığı gözlemlenmektedir[110]. Oysa söz konusu kanunda kapsamlı değişiklikler yapan 3206 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "*Cumhuriyet savcılarına delilleri takdir ederek kamu davası açmak yetkisi tanınmakla da, mahkemelerimizin sonunda kesinlikle delil yetersizliğinden beraatle sonuçlandırılabileceğj davalarla uğraşmalarını önlemek ve iş hacmini hafifletmek amacı güdülmüş*"[111] olduğu belirtilmiştir. Yine bu dönemde iddianamelerde soyut ithamların ön plana çıktığı, suçun unsurlarının ele alınmadığı, dolayısıyla dosyaların tekemmül ettirilmediği de vurgulanmaktadır[112]. Bu durum, tahmin edileceği gibi, pek çok davanın gerekmediği halde açılmasına, mahkeme kararları arasında beraat oranının yüksek olmasına[113], doğal olarak pek çok hakkın çiğnenmesine ve geniş çapta mağduriyetlere yol açmıştır[114]. CMUK döneminde beraat kararlarının oranı, 5271 sayılı Kanun'un iddianamenin iadesini düzenleyen maddenin gerekçesine göre, yüzde 30[115]; bir başka kaynağa göre dava sayısının

---

109 BİRTEK, s. 977.

110 CENTEL / ZAFER, s. 559.

111 Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 17, Yasama Yılı: 2, Cilt: 16, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/676), S. Sayısı: 312, s. 2, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c016/tbmm17016101.pdf, (Erişim Tarihi: 14.5.2021); TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 248.

112 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 627; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN, vd., s. 197.

113 CENTEL / ZAFER, s. 559.

114 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 627; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN, vd., s. 197.

115 "... Mahkeme önüne giden davalarda Türkiye'ye özgü yüksek beraat kararı oranlarının (%30) ortaya koyduğu gerçek, davaların, olgunlaşmadan ve soruşturmada yeterli delil, iz, eser ve emareler toplanmadan, basit şüpheler üzerine açıldığıdır...", Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292), Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 698, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm, (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

neredeyse yüzde 50'sinden fazladır[116]. Oysa 1412 sayılı Kanun, kamu davası açılması için "yeterli delil"in mevcudiyetini açıkça şart koşmaktaydı (CMUK m.148/2).

5271 sayılı Kanun'un 170/1 hükmünde de iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphe oluşturan delilin varlığının şart koşulduğu dikkate alınırsa, iki kanun arasında bu açıdan büyük bir fark olmadığı görülecektir. Ayrıca 5271 sayılı Kanun'da iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiş olması, bir bütün olarak kanunun uygulanmasında savcının suçun unsurlarına ilişkin değerlendirme yapmasının bir hukuki temeli olduğunu göstermektedir. 5271 sayılı Kanun döneminde, söz konusu yasal gerekçelere dayanan savcının esasen suçun unsurlarına ilişkin olan delilleri değerlendirme yetkisinin ne denli dikkate alınacağı, uygulamanın istikrar kazanmasıyla zaman içinde anlaşılacaktır.

Cumhuriyet savcılarının suçun unsurlarına ilişkin delilleri gereğince değerlendirerek ceza davalarını gerçekten gerekli hallerde ve yasal koşula uygun şekilde açması; yukarıda belirtildiği gibi, soruşturmanın gerektiği gibi yapılması, duruşmanın mümkün olan en az sayıda celseyle tamamlanması ve bireylerin lekelenmeme hakkı bakımından çok önemlidir. Ancak bu husus, kanaatimizce, yargının iş yükünün azaltılması[117] bakımından da bir o kadar önemlidir. Türkiye'de ceza yargılamalarının uzun sürmesinin en önemli nedenleri arasında, soruşturmanın ve iddianame düzenleme görevinin gerektiği gibi, özenli biçimde yapılmaması bulunmaktadır[118]. Cumhuriyet savcıları, suçun unsurlarını gerektiği gibi değerlendirdiği takdirde, beraatle sonuçlanacak pek çok dava, cezai adalet sistemimizin konusu olmaktan çıkacağı gibi, bu davalarda yargılanan bireylerin adil yargılanma hakkı korunmuş olacaktır.

Erişebildiğimiz en yeni adli istatistik verilerine göre, 2019 yılında, ceza mahkemelerinin verdiği 4.447.362 karar arasında beraat kararı 723.567 adet olup oranı yüzde 16,3'tür[119]. Bu oran, "diğer kararlar" olarak sınıflandırılan

---

[116] ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 627.

[117] BİRTEK, s. 977.

[118] ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 494.

[119] Adalet Bakanlığı, Adalet İstatistikleri Judicial Statistics 2019, Resmi İstatistik Programı Yayını, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2020, s. 72, s. 78, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf, (Erişim Tarihi: 8.5.2021).

"yetkisizlik-görevsizlik-birleştirme, hüküm verilmesine yer olmadığı, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, özel kanunlar gereğince davanın ertelenmesi" gibi çok çeşitli kararlardan (yüzde 16,1), hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarından (yüzde 12,7) ve davanın düşmesi kararlarından (yüzde 8,1)[120] dahi yüksektir.

Savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi açısından bakıldığında, mahkûmiyet/beraat kararı oranı daha büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, 2.082.514 adet olan mahkûmiyet kararlarının oranının tüm kararlar içinde yüzde 46,8 olduğu dikkate alındığında[121], yaklaşık olarak her üç mahkûmiyet kararına bir beraat kararı düşmekte olduğu anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, mevcut deliller itibariyle esasen suçun unsurlarının oluşmamış olduğunu ifade eden beraat kararı oranının, özellikle de suçun unsurlarının oluştuğu halleri yansıtan mahkûmiyet kararlarına kıyasla oldukça yüksek olduğu açıktır.

Verilere göre, hakkında ceza davası açılan yaklaşık her altı kişiden biri beraat etmektedir. Beraat ve mahkûmiyet dışındaki diğer kararlar hesaba katılmadığında ise yaklaşık olarak her dört kişiden biri hakkında beraat kararı verildiği görülmektedir. Ceza mahkemelerinin iş yükü bakımından bu oranlar fevkalade düşündürücüdür.

Diğer yandan, bireyler açısından bakıldığında, çok sanıklı davalar da göz önüne alınırsa, ceza mahkemelerinin suçun unsurlarının oluşup oluşmaması veya suçun sabit olmaması tespitleri çerçevesinde, hakkında dava açılan 723.567'den çok daha fazla kişinin "suç işlemediği" görülmektedir. Bu rakamın, sadece bir yıllık periyoda ilişkin olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. On yıllık bir periyotta yedi milyondan çok daha fazla kişi hakkında ceza davası açıldığı halde beraat kararı verildiği tahmininde bulunmak mümkündür. Beraat eden her bir kişi hakkında kamu davası açılmasının o kişi üzerinde başlı başına oluşturduğu maddi ve manevi olumsuz etkinin büyüklüğü bakımından bu rakamın azımsanması oldukça güçtür. Bu tablo karşısında, bireylerin lekelenmeme hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilme riskinin düşük olduğu söylenemez.

Bir kıyaslama yapabilmek için Japonya örneği incelendiğinde, bu ülkenin eski yıllara ilişkin verilerine göre bile, soruşturulan yüz dosyadan sadece yüzde 4,2'sinin kamu davasına konu olduğu; açılan davalardan mahkûmiyetle

---

[120] Adalet Bakanlığı, s. 72.

[121] Adalet Bakanlığı, s. 72, s. 78.

sonuçlananların oranının yüzde 99 olduğu görülmektedir[122]. Türkiye'de tüm davalar içinde mahkûmiyetle sonuçlanan davaların oranının yüzde 46,8 olduğu hatırlanırsa; haksız ve gereksiz yere açılan davaların ne denli çok, bunun yol açtığı hak ihlallerinin boyutunun ne denli büyük olduğu anlaşılacaktır.

Türk ceza muhakemesi uygulamasında, iddianamenin iadesi kurumuna yer veren 5271 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında, beraat kararı oranlarında yüzde 30'lardan yüzde 16'lara, neredeyse yarı yarıya bir azalmanın olduğu görülmektedir. 2000'li yıllar bu noktada bir geçiş süreci olarak değerlendirilebilir. Nitekim 2000 yılına ilişkin verilere göre, ceza mahkemelerinin beraat kararı verme oranı yüzde 24,8'dir[123]. Ancak 2012-2019 yıllarında ceza mahkemelerinin verdiği kararların türlerine ilişkin istatistiklere göre, beraat kararlarının, kısmen düzenli şekilde, yüzde 21,4'den yüzde 16,3'e düştüğü görülmektedir[124]. Dolayısıyla, beraat kararlarının yedi yıllık zaman diliminde yaklaşık yüzde 20 azaldığı söylenebilir. Bu durum, kuşkusuz olumlu olarak değerlendirilmelidir.

Diğer yandan Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından sonuçlandırılan soruşturmalardaki karar türüne ilişkin istatistikler de uygulamaya ilişkin meselenin önemli bir boyutunu yansıtmaktadır. 2000 yılına ilişkin verilere göre, kamu davası açma oranı, Devlet Güvenlik Mahkemeleri nezdindeki Başsavcılıklarda yüzde 68 iken diğer Başsavcılıklarda yüzde 52'dir[125]. Kamu davası açma oranı bakımından 2000'den 2012'ye kadar olan dönemde kayda değer bir değişim olduğu söylenemez. Bu dönemde, -özellikle de 2005-2011 yılları arasında-, beraat kararı oranları da dikkate alındığında, Başsavcılıkların, sonucunda beraat kararı verilme olasılığının yüksek olduğu, yetersiz dosyaları "ayıklama" konusunda başarılı olduklarını söylemek güçtür[126]. Ancak 2012-2019 yıllarına ilişkin olarak Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından sonuçlandırılan soruşturmalardaki karar türüne ilişkin istatistikler incelendiğinde[127], kamu davası açma kararlarının oranının 2012'de yüzde 49,8 iken, 2019'a kadar neredeyse (2018'deki tek bir küçük istisnayla) düzenli olarak

---

[122] GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN, vd., s. 197, 150 numaralı dipnot.

[123] YÜCEL Mustafa T., "Hukukun Sosyal Teorisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 52, 2004, ss. 118-133, s. 119.

[124] DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 418.

[125] YÜCEL, s. 118.

[126] YÜCEL Mustafa T., "Ceza Adaletinde Sapmalar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 105, 2013, ss. 11-34, s. 15.

[127] DEMİRBAŞ, **Kriminoloji**, s. 417.

azalarak bu yılda yüzde 34,9'a ulaştığı görülmektedir. Aynı yıllar arasında, kovuşturmaya yer olmadığı kararları da istisnasız biçimde düzenli olarak yüzde 37,6'dan yüzde 52,7'ye yükselmiş olup[128] öngörülebileceği gibi kamu davası açma kararlarıyla ters bir korelasyon arz etmektedir. Dolayısıyla, 2012-2019 yılları arasında, Cumhuriyet savcılarının kamu davası açma eğiliminin yaklaşık olarak yüzde 30 oranında azalmış olması dikkat çekicidir. Bu değişimin de olumlu olduğunu belirtmek gerekir.

Ancak iyileşme mahiyetindeki söz konusu değişimlerin olumlu gelişmeler olduğu ne kadar doğruysa, yetersiz olduğu da bir o kadar doğrudur. 2019 yılına ilişkin olarak; yaklaşık yüzde 16'lık beraat kararı oranı, aynı yıl açılmış olan 3.018.368 kamu davası[129] ve kabaca soruşturma sonucunda verilen her üç Başsavcılık kararından birinin hâlâ kamu davası açma yönünde olması, görmezden gelinemez bir olguyu yansıtmaktadır.

Öte yandan, mahkûmiyet kararlarının neredeyse yarısının Yargıtay tarafından bozulması olgusu da Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirmesi sorununa önem verilmesi gerektiğini göstermektedir[130]. Mahkûmiyet hükümlerinde bozma oranı bakımından makul bir noktaya erişilmesi, özellikle savcıların, suçun unsurlarını değerlendirme yetkilerini gereği gibi kullanıp bu görevlerini yerine getirmeleriyle mümkün olacaktır.

Kuşkusuz, ceza yargılamalarında beraat kararları ve Yargıtay'ın mahkûmiyete ilişkin hükümlere ilişkin bozma kararları daima olacaktır ve olmalıdır. Ancak bu durum, beraat kararlarının tüm kararlar içindeki payının; mahkûmiyete ilişkin bozma kararlarının ise tüm mahkûmiyet kararları içindeki payının önemsiz olduğunu göstermez. Dolayısıyla, Yargıtay'ın da işaret ettiği Cumhuriyet savcılarının beraatle sonuçlanacak durumlarda kamu davası açmaması hususu ve bunun gereğini yerine getirmek için suçun unsurlarını yeterli şüphe oluşturan delil kıstasıyla ve özenle değerlendirmesi, yasal bir yetki ve zorunluluk olduğu gibi, aynı zamanda bir uygulama sorunudur.

Erem'in ifadesiyle, "*'haksız dâva açmamak' savcı için görevine en uygun endişe olmalıdır*"[131]. Haksız yere iddianame düzenlememe endişesi bir

---

[128] DEMİRBAŞ, **Kriminoloji**, s. 417.

[129] DEMİRBAŞ, **Kriminoloji**, s. 417.

[130] DONAY, s. 219.

[131] EREM, s. 219.

ideal olarak kaldığı takdirde, ceza mahkemelerinin karara bağladığı dört buçuk milyonu bulan davayı da içinde barındıran ağır iş yükü azaltılamayacak; daha önemlisi, her yıl yüz binlerce insanın lekelenmeme hakkı ve geniş anlamıyla kişisel özgürlüğünün ihlal edilme tehlikesi devam edecektir.

II. SUÇUN HER BİR UNSURU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME YETKİSİ

1. Kanunilik Unsuru Bakımından

Bir suçun oluşması, öncelikle, uyuşmazlığa konu davranışın kanunda "suç" olarak tanınmasını gerektirir[132]. Bu gereklilik, Cumhuriyet savcısının uyuşmazlığın türünü tespit ederken gözeteceği kıstasla doğrudan bağlantılıdır.

Cumhuriyet savcısı, "bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli" öğrendikten sonra yaptığı ilk araştırma sonucunda, söz konusu izlenimin yanlış olduğunu, uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olduğunu görürse, kovuşturma imkânının yokluğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir[133]. Muhakeme şartlarından biri olan ceza soruşturması yolunun kapalı olması, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki bu kararın dayanağını oluşturur[134].

Cumhuriyet savcısının uyuşmazlığın ceza ya da hukuk uyuşmazlığı olduğunu tespit ederken yaptığı söz konusu inceleme, suçun kanunilik unsuruna[135] ilişkin olup savcı, somut olayda bu unsurun bulunmadığına kanaat getirirse soruşturma yapma yükümlülüğü ortadan kalkar[136].

Belirtilen koşullar çerçevesinde Cumhuriyet savcısı incelediği uyuşmazlığın türünün ne olduğuna karar verirken kanunilik unsuru bakımından bir inceleme yapmak durumundadır. Gerçekten, Cumhuriyet savcısının uyuşmazlığın ceza uyuşmazlığı mı, yoksa hukuk uyuşmazlığı mı olduğunu ancak kanunda karşılığında ceza ve/veya güvenlik tedbiri yaptırımı öngörülen bir "suç" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla kanunilik unsurunun sağlanıp sağlanmadığına bakarak belirleyebilir.

---

[132] CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 237.

[133] CENTEL / ZAFER, s. 148.

[134] CENTEL / ZAFER, s. 148.

[135] Suçun kanunilik unsurunun bağımsız bir unsur olmasına ilişkin olarak bkz: CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 238.

[136] CENTEL / ZAFER, s. 148.

Neticede Cumhuriyet savcısının suçun kanunilik unsurunu değerlendirme yetkisi olduğu aşikârdır[137]. Ayrıca, Cumhuriyet savcısının suç işlendiği izlenimine konu olan somut olayda suçun unsurları bakımından yapması gereken ilk incelemenin kanunilik unsuruna ilişkin olduğu söylenebilir. Bu inceleme sayesinde, uyuşmazlığın bir ceza uyuşmazlığı olduğu tespit edilirse suçun kanunilik unsurunun sağlanmış olduğu anlaşılacak ve ardından suçun diğer unsurlarına ilişkin incelemeye geçilecektir.

2. Maddi Unsur Bakımından

Kamu davasının mecburiliği ilkesinin benimsendiği bir sistemde Cumhuriyet savcısı, fiilin gerçekten ceza kanunları kapsamında bir suç teşkil edip etmediğini belirlemek, fiili maddi açıdan nitelendirmek zorundadır[138]. Cumhuriyet savcısının suçun diğer unsurları gibi maddi unsur bakımından da mevcut deliller vasıtasıyla değerlendirme yapması gerekir[139]. Savcının soruşturduğu fiil "tipik" değilse suç da oluşmayacağına göre, bu durumda takipsizlik kararı verilmesi zorunludur[140]. Örneğin, hırsızlık suçuyla ilgili bir soruşturmada bulunduğu yerden alınan taşınır mal, başkasına değil de şüphelinin kendisine aitse iddianame düzenlenmemelidir[141].

Maddi unsur, kanundaki suç tarifine uygun "fiil"i; daha açık bir ifadeyle, dış dünyada bir etki / değişiklik yaratmaya (neticeye) yönelik (nedensel) icrai ya da ihmali hareketi ifade eder[142]. Dolayısıyla, savcının maddi unsuru değerlendirmesi, öncelikle kanundaki suç tanımını esas alarak, şüphelinin hareketini, yol açtığı neticeyi, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağını değerlendirmesi anlamına gelir. Maddi unsurun değerlendirilmesi, soruşturmaya konu davranışın somut yönünü esas alması açısından, suçun diğer unsurlarının, örneğin manevi unsurun değerlendirilmesine kıyasla ilk bakışta daha kolay görünebilir[143]. Ancak kanundaki suç tanımının soyut olduğu, dış

---

137 ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 21.

138 BORRICAND Jacques / SIMON Anne-Marie, **Droit pénal - Procédure pénal**, 8e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2012, s. 270.

139 BİRTEK, s. 977; ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 21.

140 ÜNVER / HAKERİ, s. 520; YURTCAN, s. 499.

141 ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 21.

142 DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir / BAYRAKTAR Köksal, vd., **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 80-81.

143 LEROY, s. 213-214.

dünyada gerçekleşen davranışların ise genel olarak çok çeşitli ve karmaşık olduğu dikkate alınırsa, maddi unsurun değerlendirilmesinin göründüğü kadar kolay olmadığını söylemek mümkündür.

Maddi unsuru oluşturan davranışı belirli kişi ya da kişiler gerçekleştirir. Kamu davasının açılması mecburi ise Cumhuriyet savcısının tek başına fail, müşterek fail ve suç ortaklarını da tespit etmesi gerekir[144].

Suçun oluşması, suç işlemeye yönelik düşüncenin maddi davranışlarla "somutlaşmış" olmasına bağlıdır[145]. Bu sebeple, savcı, elde edilen deliller vasıtasıyla maddi unsur bakımından öyle bir değerlendirme yapmalıdır ki, şüphelinin *tam olarak* nasıl bir davranışta bulunduğu, bu davranışın nerede, ne zaman, hangi biçimde gerçekleştiği, dış dünyada nasıl bir değişiklik yarattığı, hangi neticeyi doğurduğu ortaya çıkmalıdır. Savcının soruşturduğu davranış nedeniyle iddianame hazırlamaya karar vermesi için sözü edilen her bir hususun öncelikle savcının zihninde suçun hakikaten işlendiğine dair en azından "yeterli" düzeyde şüphe uyandırması gerekir. Savcının söz konusu şüphesi, kendinden menkul olmamalı, doğrudan delillerden kaynaklanmalıdır.

5271 sayılı Kanun'a göre, "iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır" (CMK m.170/4). Bu sebeple, savcının iddianamede yalnızca iddiaya konu olayları ya da alınan ifadeleri özetlemesi veya nakletmesi ya da delilleri sıralaması, takdiri tümüyle mahkemeye bırakması kanuna aykırıdır[146]. Deliller ile olayların ilişkisinin ortaya konulması, savcının maddi unsura ilişkin değerlendirmesini ne denli özenle ve kanuna uygun yaptığı sorunuyla doğrudan ilgilidir.

Savcının maddi unsuru değerlendirmesinde, iki tür eksiklik ihtimalinden bahsedilebilir. Bunlardan ilki, savcının iddianamede, suç şüphesine konu olan olayların *tam olarak nasıl gerçekleştiğini belirtmemiş* olmasıdır. Bu eksiklik, savcının suç şüphesine konu olan davranışı maddi unsur bakımından gerektiği gibi araştırdığı; ancak ulaştığı bilgileri ve kurduğu bağlantıları iddianameye yansıtmadığı durumu ifade eder. İkinci eksiklik ihtimali ise hukuken daha sakıncalı olan eksiklik türü olup savcının suç şüphesine konu

---

144 BORRICAND / SIMON, s. 270; LEROY, s. 214.

145 BORRICAND / SIMON, s. 87.

146 AYDIN Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 2006, ss. 367-398, s. 378, s. 388.

olan olayların *gerekli ayrıntılarına yeterince vakıf olmaksızın* iddianame düzenlemesidir. Ne yazık ki uygulamada, maddi unsurun değerlendirilmesindeki her iki tür eksikliğe de rastlanmadığını söylemek zordur.

İlk türden eksik iddianamelerde, örneğin tanık ifadelerinin yeterince tahlil edilmeden nakledilebildiği, böylece şüphelinin davranışının tam olarak ortaya koyulmadığı görülebilir. Ancak ikinci türdeki eksiklik daha olumsuz bir tabloya işaret etmektedir. Örneğin bankacılık zimmeti suçuna ilişkin bir iddianamede, şüpheli banka personelinin hangi delillere (dekont, kamera görüntüsü, teftiş raporu vs.) istinaden; tam olarak hangi "hareket"i gerçekleştirdiği; hangi somut davranışla hangi tutardaki para veya hangi para yerine geçen evrak veya senet veya mallar üzerinde malik olarak tasarruf ettiği; bunlar üzerinde nasıl fiili egemenlik kurduğu; bu değerleri ne şekilde (fiziki olarak mı, EFT yoluyla mı vs.) kendi kontrolüne geçirdiğine dair net bir açıklamanın bulunmadığı durumlarla karşılaşılabilmektedir. Suçun maddi unsuru açısından delil araştırmasının ve analizinin yeterince yapılmamış olmasına rağmen düzenlenen bu türden bir iddianameye dayalı olarak açılan bir kovuşturmanın yıllarca sürmesi, mahkemenin aslında savcının yapması gereken pek çok yazışma, tespit, bilirkişi incelemesi vesair işlemleri yapmak durumunda kalması muhtemeldir. Böyle bir kovuşturmanın beraatle sonuçlanma ihtimalinin ise ne boyutta hak ihlallerine yol açacağı takdir edilecektir. CMK m.170/4 hükmünün gerektiği gibi uygulanması, ancak savcının özellikle maddi unsuru yeterince değerlendirmesiyle mümkün olabilir.

Somut olayda fiil suç teşkil ediyor olmasına rağmen, fiili şüphelinin icra etmediği anlaşılırsa, mevcut deliller şüphelinin suçsuz olduğunu gösteriyorsa[147], savcının iddianame düzenlememesi ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi gerekir[148]. Fakat maddi unsur bakımından değerlendirmede, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi için mutlaka şüphelinin masum olduğunun düşünülmesi gerekmez. Mevcut delillerden, şüphelinin masum olduğu anlaşılmamakla beraber suçlu olduğu da anlaşılamıyorsa yine kovuşturmama kararının verilmesi gerekir[149].

Cumhuriyet savcısı, yukarıda belirtildiği gibi, suçun maddi unsuruna yönelik değerlendirmesini yapmakla yetinmemeli, iddianameye yansıtmalı-

---

147 YURTCAN, s. 499-500.

148 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 711.

149 YURTCAN, s. 500.

dır. Yargıtay da mağdurun kimliğinin, fiilin işlendiği yerin, hareketin ne şekilde gerçekleştirildiğinin iddianamede belirtilmemesini usul ve kanuna aykırı bulmakta, bu durumda iddianamenin iade edilmesi gerektiğini belirtmektedir[150]. Ayrıca şüpheli lehine olan hususların gözetilmemesi, delillerin toplanmamış olması da iddianamenin iadesi nedenlerinden biridir[151].

3. Hukuka Aykırılık Unsuru Bakımından

Savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisine ilişkin sorun bakımından, hukuka aykırılık unsurunun özel bir yerinin olduğu söylenebilir.

Hukuka aykırılık, bir yandan, her zaman suçun unsurları başlığı altında değerlendirilmediği görülen bir kurumdur[152]. Örneğin (eski) klasik Fransız doktrininde, suçun somut, dış dünyaya yansıyan bir fiil olmasından dolayı, esasen suçun münhasıran maddi unsurdan ibaret olduğu kabul edildiği görülmektedir[153]. Sözü edilen doktrinde suçun kurucu unsurları hareket/fiil ("*comportement"*), netice (zarar/zarar tehlikesi, "*préjudice*") ve nedensellik bağı (*lien de causalité*) olarak tüketici biçimde sayılmaktadır[154]. Oysa hukuka aykırılık unsuru, maddi unsurdan bağımsızdır[155]. Diğer yandan bazı yazarlar, suçu yalnızca maddi/objektif unsur ile manevi/sübjektif unsur boyutlarıyla ele almaktadır[156]. Böylece, geleneksel ve klasik unsurlar olarak maddi ve manevi unsur benimsenmekte; hukuka aykırılık (*élément injuste/antijuridicité*), "sonradan birtakım yazarlar tarafından eklenmiş olan bir öğe" olarak ifade edilerek suçun kurucu unsurlarından dışlanmaktadır[157]. Bu

---

[150] "... Nihayet, 5271 sayılı CMK'nun 174. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi hükmüne göre de "Suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil toplanmadan" hazırlanan iddianamenin iade edilmesi gerekir. Somut olayda Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunu nereden, ne şekilde alındığını belirlemeden iddianame düzenlemesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu gerekçeler dikkate alındığında, ... Ağır Ceza Mahkemesince, iddianamenin iadesine ilişkin itirazın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun görülmekle...", Yargıtay 13. Ceza Dairesi, E. 2011/17629, K. 2011/6976, 30.11.2011, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

[151] ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., s. 627.

[152] DÖNMEZER / ERMAN / BAYRAKTAR, vd., s. 4.

[153] PRADEL Jean, **Droit pénal général**, 18e édition, Éditions Cujas, Paris, 2010, s. 295.

[154] PRADEL, s. 295.

[155] ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 21.

[156] MAYAUD Yves, **Droit pénal général**, 4e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2013, s. 185 vd.; DÖNMEZER / ERMAN / BAYRAKTAR, vd., s. 5.

[157] BOULOC Bernard, **Droit pénal général**, 24e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2015, s. 211.

yöndeki eğilim için gösterilen temel gerekçe, suçun doğası gereği (*en soi*) hukuka aykırı bir fiil olması; böyle bir fiilin, kanun tarafından yasaklanmasıyla ya da kendiliğinden hukuka uygun nitelikte olmaması nedeniyle bu sıfatı kazanması; böylece hukuka aykırılık unsurunun kanuni unsurun içinde erimesidir[158]. Fakat hukuka uygunluk hallerinden biri söz konusu olduğunda, suçun unsurlarının oluşmaması ya da gerçekleştiğinin sabit olmaması durumuna karşılık gelen beraat kararı verildiğine göre, hukuka aykırılığı suçun unsurlarına dâhil etmemek mümkün değildir.

Diğer yandan ise hukuka aykırılığın, ilk bakışta, maddi unsur ya da manevi unsura kıyasla daha karmaşık, daha zor tespit edilebilen, ancak bir yargılama sonucu oluşup oluşmadığına karar verilebilecek bir öğe izlenimi yarattığı ileri sürülebilir. Ancak bu izlenimin doğru olmadığını; maddi unsur ya da manevi unsurun da pek çok durumda zor tespit edilebilecek nitelikte olduğunu söylemek gerekir.

Ayrıca, doktrinde, en azından bazı yazarların, savcının değerlendirme yetkisine ilişkin tartışmalarda, hukuka aykırılık unsuruyla ilişkili durumlara nispeten daha geniş yer ayırdığı gözlemlenmektedir[159]. Bu durumdan da anlaşılacağı üzere, savcının suçun unsurlarına ilişkin değerlendirme yetkisi, özellikle hukuka aykırılık unsuru bakımından önem taşımaktadır.

Soruşturduğu olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin söz konusu olabileceği kanaatinde olan Cumhuriyet savcısı, bu tespitine rağmen iddianame hazırlamak ya da tespitine dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermek seçenekleriyle karşı karşıyadır[160]. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedeninin var olduğu yönündeki kanıya rağmen iddianame hazırlanırsa, bu durum, "suçun" oluştuğu konusunda yeterli şüphe koşulunu öngören CMK'nın 170. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil eder. Zira hukuka aykırılık unsuru oluşmamışsa suç da oluşmaz[161]. Savcının suçun unsurlarından birinin eksik olduğunu düşündüğü halde ve bu sebeple oluşmayan, "ol-

---

158 BOULOC, s. 212.

159 Örneğin Birtek, suçun diğer unsurlarını bir başlıkta, hukuka uygunluk hallerini ise tek başına ayrı bir başlık altında incelemektedir. Bkz: BİRTEK, s. 979 vd.. Ayrıca bkz: ÜNVER / HAKERİ, s. 520-521.

160 CENTEL / ZAFER, s. 148. Buna karşılık, savcı suçun diğer unsurlarının yanı sıra hukuka aykırılık unsurunun da mevcut olduğu kanaatine varıp iddianame hazırlamışsa; mahkeme, somut olayda bir hukuka uygunluk halinin mevcut olduğu gerekçesiyle iddianamenin iadesine karar vermemelidir. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 112.

161 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 234.

mayan bir suçtan dolayı" iddianame hazırlaması kabul edilemez[162]. Bu doğrultuda, Cumhuriyet savcısı, uyuşmazlık konusu olayda, bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu kanaatindeyse, suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olarak yeterli şüphesi yok demektir. Söz konusu yeterli şüphe olmadığına göre, bu durumda, iddianame hazırlamaması[163] ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi gerekir.

Öte yandan 5237 sayılı Kanun'la suç olmaktan çıkarma eğiliminin ağırlık kazandığı, 5271 sayılı Kanun'la uzlaşma ve kamu davası açılmasının ertelenmesi gibi kurumların getirildiği; böylece kanun koyucunun kamu davalarını azaltma iradesinin olduğu dikkate alınırsa, savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisinin tartışma konusu yapılması yanlıştır[164].

Sonuçta, savcının hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirme yapma yetkisi bulunmaktadır[165]. Bu açıdan, hukuka aykırılık unsurunun suçun diğer unsurlarından ayrı tutulması isabetli değildir. Özellikle kamu davasının mecburiliği ilkesinin benimsendiği bir sistemde, savcının soruşturduğu olayda, örneğin meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk hâlinin olup olmadığını incelemesi gerekir[166]. Değerlendirme sonucunda savcı, hukuka uygunluk hali olduğuna kanaat getirirse, suç oluşmadığından[167]; bir başka deyişle ortada tüm unsurları ile tam bir suç olmadığından dolayı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verecektir[168].

Savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi için somut olayda hukuka uygunluk hali olduğuna dair kanaatinin *kesin* olmasına[169] dahi gerek yoktur[170]. Savcı, hukuka uygunluk halinin mevcut olma ihtimalinin, mevcut

---

162 ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 112.

163 CENTEL / ZAFER, s. 148; ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 234.

164 TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 249.

165 GÖKCAN, s. 200; BİRTEK, s. 977; PRADEL, s. 534; ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 234-235. Ancak Özen, "kural olarak" ifadesini kullanmaktadır. ÖZEN, s. 235.

166 BORRICAND / SIMON, s. 270.

167 ÜNVER / HAKERİ, s. 520.

168 BİRTEK, s. 980-981.

169 Aksi yönde bkz: ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 112; İNCİ USLU Z. Özen, "Cumhuriyet Savcısı, Meşru Savunma Koşullarının Mevcut Olduğu Gerekçesiyle Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verebilir mi?", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 71, Temmuz 2012, ss. 58-62, s. 61; BİRTEK, s. 981; ÜNVER / HAKERİ, s. 520.

170 TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 248-249.

olmama ihtimalinden daha yüksek olduğu kanaatine ulaşırsa, yine kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. Zira asıl kıstas, suçun unsurlarının oluştuğu konusunda "yeterli şüphe"nin olup olmamasıdır. Söz konusu varsayımda, somut olaydaki davranışın ilişkin olduğu suçun hukuka aykırılık unsurunun oluştuğu konusunda "yeterli" şüphe bulunmamaktadır. Şüphenin "yeterli" olması kıstası, sadece suçun oluşmaması bakımından değil, oluşması bakımından da kesinlik içermez. Bu kıstas, yalnızca suçun oluşması *ihtimalinin yüksekliğini* ifade eder.

Savcının bir hukuka uygunluk hali saptadığında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesini, yeterli şüphenin olmamasını suçun olmaması ile özdeşleştirerek "yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi"ne dayandıran yazarlar bulunmaktadır[171]. Ayrıca, kovuşturma olanağı kavramını muhakeme şartlarının da ötesine geçecek şekilde, "suç"un varlığını ve dolayısıyla hukuka uygunluk halini de söz konusu kavrama dâhil edecek şekilde geniş yorumlayarak, delillerin hukuka uygunluğu gösterecek biçimde *mevcut olduğunu* belirterek; verilmesi gereken takipsizlik kararını "kovuşturma olanağının bulunmaması"na dayandıran başka bazı yazarlar da vardır[172]. Yukarıda da ortaya konulduğu gibi, kanaatimizce, bir olayda hukuka uygunluk hali olduğunda verilmesi gereken kovuşturmaya yer olmadığı kararının dayanağı, suçun hukuka aykırılık unsuruna ilişkin "yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi"dir. "Kovuşturma olanağının bulunmaması"nı geniş yorumlamak uygun değildir; çünkü bu şekilde yorumlanırsa, suçla ilgili her durum bir şekilde "kovuşturma olanağı"yla ilişkilendirilebilir. Örneğin sadece hukuka uygunluk halinin olduğunu gösteren delillerin varlığı değil, suça ilişkin hiçbir delilin olmaması durumu da "kovuşturma olanağının bulunmaması" olarak yorumlanabilir. Bu şekilde bir yorumda bulunmak elbette mümkün değildir. Dolayısıyla, suçun unsurlarındaki eksiklik halinde verilecek karar için kanunda dayanak oluşturan ibare, CMK m.170/2'deki açık hüküm de dikkate alınırsa, "yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi"dir (CMK m.172/1).

---

[171] İNCİ USLU Z. Özen, "Cumhuriyet Savcısı, Meşru Savunma Koşullarının Mevcut Olduğu Gerekçesiyle Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verebilir mi?", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 71, Temmuz 2012, ss. 58-62, s. 61.

[172] ÜNVER / HAKERİ, s. 521; BİRTEK, s. 980. Bu görüşe göre, suç oluşturmayan bir fiilin soruşturma ya da kovuşturmaya konu edilmesi mümkün değildir. Ayrıca söz konusu sorun bakımından mesele, delilin yokluğu değildir. Aksine meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk halinin olduğunu gösteren yeterli delil bulunmaktadır. Asıl mesele, suç yoksa kovuşturma imkânının da olmamasıdır. ÜNVER / HAKERİ, s. 521.

Diğer taraftan, doktrinde, savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisinin varlığını "kural olarak" kabul eden, ancak suçun ağırlığına göre ayrım yapan bir görüş de bulunmaktadır[173]. Buna göre, mesela, kasten öldürme gibi ağır suçlarda, kamuoyunun muhtemel tepkisi, hukuka güvenin azalması, kişisel intikamı tetikleme ihtimali sebepleriyle; savcının meşru savunmanın söz konusu olduğu gerekçesiyle takipsizlik kararı vermesi uygun olmayıp bu hususta karar mahkeme tarafından verilmelidir[174]. Keza işkence gibi ağır ceza mahkemesinin görev kapsamına dâhil olan suçlar bakımından da aynı yol izlenmelidir[175].

Öte yandan, savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendiremeyeceği[176], hukuka uygunluk nedeni tespit ettiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesinin kamu davasının açılmasında mecburilik sistemine aykırılık oluşturduğu yönünde görüşler bulunmaktadır[177].

Ayrıca, hukuka uygunluk hallerinin tespitinin aleni yargılama vasıtasıyla yapılması gerektiği, bu konuda "bağımsız ve tarafsız" mahkemelerin yetkili olduğu, üstelik bu suretle verilen mahkeme kararlarının kanun yolu denetimine açık olduğu, bu yöndeki kanaat için gösterilen gerekçeler arasındadır[178].

Bu gerekçelere katılmak mümkün değildir. Bir kere, Cumhuriyet savcısı olayda bir hukuka uygunluk halinin bulunduğunu gözlemlediğinde, bu durumu nihai olarak tespit etmemekte; sadece kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermektedir. İkinci olarak, aleni yargılama yapılması gerektiği gerekçesi kabul edilemez; çünkü hem savcının yaptığı hukuka uygunluk halinin tespiti nihai ve kesin değildir. Bu durumda, savcının hiçbir değerlendirme yapmaksızın, soruşturduğu her dosyada doğrudan kamu davası açması gerekir ki bu durumun makul olmadığı açıktır. Ayrıca, hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığı kanaatinde olan bir savcının kamu davası açması, savcının benimsemediği bir davayı açması anlamına gelmekle kalmaz; hukuk düzeni için

---

173 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 235.

174 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 235.

175 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 712.

176 ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 22.

177 SELÇUK Sami, "Savcı 'Yükümlülük Dizgesi'ne Uymalı", Cumhuriyet, 01.12.2018, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843, (Erişim Tarihi: 1.5.2021); CENTEL / ZAFER, s. 148, 100 numaralı dipnot.

178 BİRTEK, s. 979.

yararsız olduğu gibi, gereksiz yere yargılanan masum birey için de zararlıdır[179]. Diğer taraftan, savcının görevi, bu sorun bakımından yapacağı değerlendirme sonucunda iddianame düzenlemek ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermekle sınırlıdır. Bu nedenle savcının bağımsız ya da tarafsız olmadığı kabul edilse dahi, bu durum savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendiremeyeceğinin gerekçesi olamaz. Dolayısıyla, gerek aleni yargılama yapılması, gerek bağımsız ve tarafsız mahkemenin karar vermesi, gerekse mahkeme kararlarının kanun yolu denetimine açık olması gerekçelerini kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendiremeyeceğini savunan yazarlardan Selçuk'a göre, özellikle uygulamada, hukuka uygunluk sebeplerinin etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık hallerine benzer şekilde değerlendirilerek mecburilik sistemine ["*yükümlülük (...obligation) dizgesi*"] aykırı davranılması büyük bir hukuki hatadır[180]. Etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık hallerinin kanunda sayılan durumlarla sınırlı olması, üstelik savcının bu durumlarda dahi takdiren dava açabilmesi; ayrıca hukuka uygunluk hallerinin etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık halleriyle ilintisiz olması bu tespitin haklı olduğunu ortaya koyar[181]. Savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirmesi ancak ve ancak maslahata uygunluk ("yerindelik", "*discrétionnalité*") sisteminde mümkün olup Türk hukukunda sınırlı sayıda istisnalarla katı mecburilik sisteminden ayrılan karma mecburilik sistemi benimsenmiştir[182]. Buna karşılık, uygulamada savcının, örneğin "*eleştiri hakkı gibi Yargıtay'ın Ceza Genel Kurul toplantılarında oybirliği sağlanamayan bir konuda bile*" takipsizlik kararı vermesi[183], yargılamanın kolektifliği ve adil yargılanma prensibine açıkça aykırıdır[184].

---

179 TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 249.

180 SELÇUK, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843.

181 SELÇUK, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843.

182 SELÇUK, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843.

183 Bu doğrultuda, sadece hukuka aykırılık unsurunun değerlendirilmesi bakımından değil, genel olarak, kamuoyunun Yargıtay kararlarını dahi her zaman benimsemediği gerekçesiyle, savcının henüz soruşturma evresinde delilleri değerlendirmemesi gerektiğini düşünen başka yazarların bulunduğu görülmektedir. BİRTEK, s. 977.

184 SELÇUK, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843.

Kamu davasının mecburiliği ilkesi, kanuni şartları oluştuğunda soruşturma yapılması ve suçun oluştuğuna ilişkin yeterli şüphe varsa kamu davası açılmasını gerektirir. Oysa savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirmesi, yeterli şüphe oluştuğunda kamu davası açılması zorunluluğuna ve buna ilişkin kanun hükmüne aykırı düşmek şöyle dursun; söz konusu zorunluluk ilkesinin kanun hükmüne uygun şekilde (CMK m.170/2, "*suçun*" oluştuğuna dair "yeterli şüphe") uygulanması için bir gerekliliktir. Ceza hukukunda suç, kendiliğinden ya da sadece maddi unsur veya manevi unsuruyla değil; hukuka aykırılık unsuru da dâhil olmak üzere, ancak suçun tüm unsurlarının aynı anda sağlanmış olması sonucunda meydana gelmiş sayılabilir. Dolayısıyla, savcının "yeterli şüphe"nin oluşmasını hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirmesi, kamu davasının mecburiliği ilkesi ile çelişmez. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, eğer kamu davasının açılmasında savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirmesini istememiş olsaydı ve kamu davası açılması için, örneğin sadece kanundaki suç kalıbına uygun herhangi bir davranışın varlığıyla sınırlı bir yeterli şüphe koşulunu yeterli görseydi; bu hususu açıkça düzenlerdi. Kanun koyucu bu varsayıma göre, örneğin CMK m.170/2'de "suçun işlendiği hususunda" ibaresi yerine "kanunda suç olarak tanımlanan bir davranışın işlendiği hususunda" şeklinde ya da bu anlamda bir ibareye yer verebilirdi. Hâlbuki kanun koyucu ilgili düzenlemede bütüncül bir yaklaşımla "suç" terimini kullanmıştır. Ceza hukukunda bu terimin anlamının ise suçun tüm unsurlarını içermesi gerektiği açıktır.

İkinci olarak, uygulamada, hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda belirtilen hallerle sınırlı olan cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık hallerine benzer şekilde değerlendirilip takipsizlikle sonuçlandırılması ile savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirme yetkisi iki farklı durum ve sorundur. Uygulamada her iki durumun da takipsizlik ile sonuçlandırılıyor olması, tek başına, uygulamacıların hukuka uygunluk halleri ile etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık kurumlarını birbirine karıştırdığını göstermez. Ayrıca, etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık hallerinde savcının takdiren kamu davası açma yetkisinin varlığı da hukuka uygunluk hallerini gözetemeyeceği sonucuna yol açmaz. Kanun koyucu, yalnızca, belli durumlarda "kamu davasını açmada takdir yetkisi"ni ayrıca düzenleme ihtiyacı hissetmiştir (CMK m.171)[185]. CMK'nın 171. maddesinde

[185] ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 120-122.

öngörülen kural, savcının başka hiçbir konuda değerlendirme yetkisinin olmadığını göstermez[186]; sadece savcının belli konular bakımından, kategorik olarak, kamu davasını açmada takdir yetkisini ortaya koyar. Dolayısıyla, savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirme yetkisi ve görevinin, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık hallerindeki takdir yetkisiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirmesinin yalnızca maslahata uygunluk sisteminde mümkün olduğu yönündeki görüşe katılmak da güçtür. Maslahata uygunluk ("takdirilik") sistemi, "*dava açılmasının suçtan doğan veya suçlunun cezasız kalmasından doğabilecek zarardan daha büyük bir zarara neden olabileceği*" hallerde, savcının suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye sahip olmasına rağmen kamu davası açmama yetkisine sahip olduğu; esasen Anglo-Amerikan hukuk düzeninde benimsenen bir sistemdir[187]. Görüldüğü gibi, maslahata uygunluk sistemi, yeterli şüphenin mevcut olduğu kanaatinin oluşmasından önce değil, sonra devreye giren bir sistemdir. Oysa hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirilmesi, yeterli şüphenin oluşmasından sonra değil, tam aksine, yeterli şüphenin oluşmasından önce, bu şüphenin hukuka aykırılık unsuru bakımından da yeterli düzeyde olup olmadığının değerlendirilmesini ifade eder. Suçun diğer unsurları bakımından olduğu gibi hukuka aykırılık unsuru bakımından da savcı yeterli şüphe olduğu kanaatine ulaşmadıysa CMK m.170/2 çerçevesinde, savcı, zaten "suçun" oluştuğu konusunda da yeterli şüpheye ulaşmamış demektir. Dolayısıyla, savcının yeterli şüphenin olduğu kanaatine ulaşmadan önce yaptığı hukuka uygunluk hallerini değerlendirme faaliyetinin, ceza muhakemesi hukukundaki anlamıyla maslahata uygunluk sistemi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Aynı sebeple, Türk hukukunda sınırlı sayıda istisnalarla katı mecburilik sisteminden ayrılan karma mecburilik sisteminin benimsenmiş olmasının da yeterli şüpheye ulaşıldığı yönündeki kanaatin oluşmasından önceki süreçte söz konusu olan savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisiyle tanımı gereği, doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığı aşikârdır.

---

[186] DONAY, s. 219.

[187] CENTEL / ZAFER, s. 555; ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 20. Kıta Avrupası'nda bu ilkenin mecburilik prensibinin bir istisnası olarak ve daha ziyade hafif suçlar için uygulandığı görülmektedir. CENTEL / ZAFER, s. 555.

Dördüncü olarak, uygulamada, savcının, "*eleştiri hakkı gibi Yargıtay'ın Ceza Genel Kurul toplantılarında oybirliği sağlanamayan bir konuda bile*" takipsizlik kararı vermesinin yargılamanın kolektifliği ve adil yargılanma prensibine aykırı olduğu görüşüne[188] de katılmak mümkün değildir. Kuşkusuz, eleştiri hakkı, hakkın kullanılması bağlamında bir hukuka uygunluk hâlidir[189]. Ancak bu hakla ilgili ceza uyuşmazlıklarında Ceza Genel Kurulu'nun oybirliği sağlanmamasının, savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirme yetkisinin olmadığına dayanak olarak gösterilmesi isabetli değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sadece eleştiri hakkı gibi hukuka aykırılık unsuruna ilişkin konularda değil, pek çok farklı konuda oyçokluğuyla karar vermektedir. Bu kurul, suçun maddi unsuru ya da manevi unsuruyla ilgili kararlarında da her zaman oybirliğiyle karar vermemektedir. Sorun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun oybirliği ya da oyçokluğu karar vermesi kıstasıyla ele alınırsa, savcının yeterli şüphenin oluşmasını değerlendirirken suçun maddi unsurunu da manevi unsurunu da değerlendirmemesi gerekir. Bu durumda, savcının CMK m.170/2'de öngörülen "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" kuralının gereğini yerine getirmesi mümkün olmaz. Savcının, uyuşmazlık konusu olayı suçun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsurları bakımından değerlendiremeyeceği kabul edilirse; suçun oluştuğu konusunda yeterli şüphenin oluşup oluşmadığına karar verirken kullanabileceği ölçüt kalmayacaktır. "Yeterli şüphe", suçun unsurları gözetilmeksizin, kendiliğinden oluştuğu varsayılacak bir yasal koşul değildir.

Öte yandan, savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirmesinin, yargılamanın kolektifliği ilkesine aykırı olduğunu söylemek de güçtür. Yargılamanın kolektifliği, yargılama faaliyetine iddia ve savunma mercilerinin de katılmasını ifade eder. Savcı, soruşturma evresinde hukuka uygunluk hallerini değerlendirdiğinde yargılamanın kolektifliği ortadan kalkmamaktadır; çünkü bu aşamada henüz ortada dar anlamıyla bir yargılama yoktur. Yargılama, ceza muhakemesi hukukunda kamu davasının açılması ile başlar.

Savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirmesinin, adil yargılanma prensibine aykırı olduğu görüşü de makul görünmemektedir. Adil yargılan-

---

[188] SELÇUK, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843.

[189] DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 325.

ma hakkı, savcının suçun unsurlarını değerlendirme yetkisiyle çelişmek şöyle dursun, bu yetkinin dayanaklarından biridir. Zira adil yargılanmanın bir koşulu da mümkün olduğunca tek celsede duruşmanın bitirilmesi amacıyla dosyanın ve iddianamenin tekemmül ettirilmesi, dolayısıyla savcının suçun unsurlarını değerlendirmesidir[190]. Bu bağlamda, savcının hukuka uygunluk hallerini değerlendirmesi, temel hakların korunmasına zarar vermemekte; aksine, "suç"un oluştuğu konusunda "yeterli" düzeyde şüphenin mevcut olup olmadığının gerektiği gibi tetkik edilmesini sağlayarak kişiler hakkında gereksiz yere kamu davası açılmasının önüne geçmektedir. Bir kişi hakkında kamu davası açılmasının, dava beraat kararıyla sonuçlansa dahi, o kişi üzerinde başlı başına bir ceza etkisi yarattığı söylenebilir. Mağdur bakımından ise itiraz kanun yolu CMK m.173 uyarınca açık olup[191] savcının hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde mağdurun bu kanun yoluna başvurması mümkün olduğundan; hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisinin mağdurun hakları bakımından bir sakıncasının olmadığı açıktır. Bu konuda olası bir keyfi kararın hâkim tarafından denetlenme imkânı vardır[192].

Belirtilen gerekçelerle, savcının suçun hukuka aykırılık unsurunu değerlendirmesinin önünde kabul edilebilecek bir engel bulunmadığı gibi, bu değerlendirme "suç"un değerlendirilmesi için zorunludur. Savcı bu doğrultuda değerlendirme yaptığında, örneğin gözaltı, evde arama gibi koruma tedbirlerinin yasal şartlara uygun biçimde uygulandığı olaylarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ya da konut dokunulmazlığı suçları oluşmadığından kamu davası açmayacaktır[193]. Gerçekten, kanundaki şartlara uygun bir arama tedbirine maruz kalan kişinin, tedbiri uygulayan kolluk görevlisinin konut dokunulmazlığı ihlal suçunu işlediği savıyla savcılığa suç duyurusunda bulunması halinde, savcının olayda mevcut olan hukuka uygunluk halini gözetmemesi ve dava açması düşünülemez. Savcının bu durumda dava açmaması, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hukuka aykırılık unsurunun oluşmaması gerekçesine dayanacaktır. Keza, icra memurunun çilingire kapıyı açtırarak yasal şartlara uygun haciz kararını yerine getirirken işlediği fiil de konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından yeterli

---

190 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., 628.

191 BİRTEK, s. 978.

192 TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 249-250.

193 CENTEL / ZAFER, s. 148.

şüphenin olmamasından dolayı "suç" sayılmayacağı gerekçesiyle savcının kamu davası açmaması ile sonuçlanacaktır[194].

Yargıtay'ın, savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisini tanımadığı söylenemez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, savcının hukuka aykırılık unsurunu değerlendirme yetkisinin varlığını tanıdığı bir kararında, "*hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı*"nın söz konusu olması halinde "*Cumhuriyet savcısı ... kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilece*"ği belirtilmektedir[195].

Vurgulamak gerekir ki, Cumhuriyet savcısının hukuka aykırılık unsurunu "değerlendirme"si, savcının inisiyatifinde ya da takdirinde olan bir konu, ihtiyari bir tercih değil; bir zorunluluktur. 5271 sayılı Kanun'un 170. maddesinin ikinci fıkrası, iddianame düzenlenmesi için "suç"un oluştuğu hususunda yeterli şüphe oluşmasını şart koştuğuna ve hukuka aykırılık suçun kurucu bir unsuru olduğuna göre, savcının hukuka aykırılık unsurunu "değerlendirme"si bir tercih olmayıp hukuken kaçınılmazdır. Savcının bu değerlendirme sonucunda suçun diğer unsurları bakımından olduğu gibi hukuka aykırılık unsuru bakımından da yeterli şüphe oluştuğu ya da oluşmadığı seçenekleri arasında bir seçim yapmak konusundaki yetkisi ve görevi, bu değerlendirme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Aksine, söz konusu seçim yetkisi, suçun unsurlarını değerlendirme zorunluluğu ve süreci sonucunda kullanılabilecek bir yetkidir.

Savcının değerlendirme yetkisinin daha somut ele alınması bakımından, özel olarak meşru savunma üzerinde durmak yararlı olacaktır. Zira meşru savunma hem hukuka aykırılığı ortadan kaldıran en eski ve en temel hukuka uygunluk hallerinden biri[196], hem de savcı tarafından değerlendirilme yetkisi özellikle tartışmalı olan bir konudur[197].

Meşru savunma, savcının değerlendirme yetkisi kapsamındadır[198]. Bir davranışın hukuka aykırılığı ortadan kalktığında suç da oluşmayacağına göre, savcının bir olayda meşru savunmanın bütün koşullarının mevcut olduğunu tespit etmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi

---

194 CENTEL / ZAFER, s. 148-149.

195 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/9, K. 2019/511, 27.06.2019, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

196 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 315.

197 ÜNVER / HAKERİ, s. 521.

198 BORRICAND / SIMON, s. 270.

gerekir[199]. Hatta meşru savunmanın koşullarının gerçekleşmiş olma ihtimalinin gerçekleşmemiş olma ihtimalinden fazla olması halinde, yine takipsizlik kararı verilmesi uygun olacaktır. Kanun koyucu, davanın açılmış olması varsayımında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü ile sonuçlanan (CMK m.223/4) ve suçu da ortadan kaldırmayan "cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık" ya da "şahsî cezasızlık" hallerinde dahi savcıya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verme yetkisini vermişken (CMK m.171/1); savcının, beraat kararı verilmesini gerektiren ve suçu ortadan kaldıran meşru savunma halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesinin mümkün olmadığını söylemek olanaklı değildir[200].

Ne var ki uygulamada, genel olarak savcının uyuşmazlık konusu olayı büyük ölçüde mahkemeye yönlendirme eğilimi vardır[201]. Kanaatimizce bu eğilimin bugünkü uygulamada sürmediğini söylemek güçtür. Ayrıca uygulamadaki bu eğilim, meşru savunma bakımından çok daha belirgin olup savcının kendisine kanunla tanınan yetkiyi kullanmak (ve görevi yerine getirmek) hususunda, adalet müfettişlerinin tutumu, ağır suçları mahkemeye havale etmeyi seçme gibi sebeplerin etkisiyle çekingen davranarak meşru savunma nedeniyle neredeyse hiç takipsizlik kararı vermediği gözlemlenmektedir[202]. Oysa bu konudaki yasal düzenleme açıktır: Meşru savunma beraat kararı gerektiren (CMK m.223/2-d); kusurluluğu veya isnat yeteneğini kaldıran hallerin ya da mazeret nedenlerinin dışında kalan (CMK m.223/3); dolayısıyla hukuka aykırılığı ve bu yolla suçu ortadan kaldıran bir haldir. Savcı fiilin "suç" olma ihtimalini, bu bağlamda da somut olayda, "yeterli şüphe" kıstası uyarınca (CMK m.170/2) meşru savunma olmadığı ihtimalini yüksek bulmuyorsa, iddianame düzenleyemez.

Kamuoyunun tepkisi, hukuka duyulan güvenin azalması, kişisel intikam olasılığının artması gerekçeleriyle, meşru savunmanın ilişkin olduğu suçun ağırlığına göre ayrım yapılması gerektiği; kasten öldürme gibi ağır suçlarda meşru savunma olduğu kanaatine varılmasına rağmen iddianame düzenlenmesi gerektiği[203] görüşü, dikkate değerdir. Ancak bu konuda özel bir yasal

---

[199] TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", s. 250; İNCİ USLU, s. 61. Ancak bazı yazarlara göre, söz konusu takipsizlik kararının kanuni dayanağı, kovuşturma olanağının bulunmamasıdır. ÜNVER / HAKERİ, s. 521.

[200] İNCİ USLU, s. 61.

[201] FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayınları, Ankara, 1996, s. 12.

[202] İNCİ USLU, s. 62.

[203] ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 235.

düzenlemenin olmadığı bilinmektedir[204]. Mevcut düzenleme (CMK m.170/2) karşısında, savcının, somut olayda, "suç"un hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hal olan meşru savunmanın mevcut olduğunu muhtemel görmesi halinde iddianame düzenlememesi gerekmektedir.

Meşru savunmada mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla sınırın aşılması (TCK m.27/2) hali ise bir hukuka uygunluk nedeni olmadığından ve "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı gerektirdiğinden (CMK m.223/3-c), savcının bu halde iddianame düzenlemesi uygun olacaktır[205].

4. Manevi Unsur Bakımından

Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphenin olup olmadığını belirlerken, suçun diğer unsurları gibi manevi unsurun oluşup oluşmadığını da gözetmek durumundadır[206]. Manevi unsurun delillerle ortaya konulmasının, suçun diğer unsurlarına kıyasla daha zor olduğu olgusu[207] kabul edilirse, bu olgunun Cumhuriyet savcısının bu unsuru değerlendirmesinin önemini artırdığı düşünülebilir.

Hukukumuza göre, "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır" (TCK m.21/1, 1. cümle). Dolayısıyla, kast, Türk ceza hukukunda temel ve genel manevi unsur hâlidir. Suç işlediği öne sürülen herkes mahkeme huzuruna çıkarılamayacağına göre, -sırf bu sebeple dahi- Cumhuriyet savcısının öncelikle kastın olup olmadığını değerlendirmeden iddianame düzenlemesi düşünülemez[208].

"Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" (TCK m.21/1, 2. cümle). Cumhuriyet savcısı, suç oluşturma ihtimali olan davranışı soruştururken, ilk olarak, failin söz konusu davranışı, sonuçlarını öngörerek ve irade ederek işleyip işlemediğini incelemek durumundadır.

---

[204] Böyle bir düzenlemenin olmaması doğal ve yerindedir.

[205] İNCİ USLU, s. 61-62.

[206] BİRTEK, s. 977; DONAY, s. 219; Buna karşılık, savcının manevi unsuru değerlendiremeyeceği görüşü, manevi unsurun kusurlulukla ilgili olduğu, kusurluluğun ise ancak mahkeme tarafından saptanabileceği hususu ile gerekçelendirilmektedir. ÖZEN, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", s. 21. Manevi unsur ya da kusurluluğun yalnızca *kesin olarak* tespitinin mahkeme tarafından yapılacağı doğrudur. Ancak savcının manevi unsura ilişkin değerlendirmesi zaten *kesin bir tespit*le değil, itiraz kanun yoluyla denetlenen bir *yeterlilik tespiti* ile sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla savcının manevi unsuru değerlendirmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Aksine bu yöndeki değerlendirme, yalnızca yetki değil, aynı zamanda bir görevdir.

[207] LEROY, s. 214.

[208] DONAY, s. 219.

Taksir ise ancak "kanunun açıkça belirttiği hallerde" (TCK m.22/1) manevi unsuru oluşturabilir. Bu çerçevede, Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimi edindiği durumlarda, bu izlenime konu olan fiili asıl olarak kast bakımından ve ceza kanunlarında bu fiile uygun bir düzenleme varsa taksir bakımından değerlendirmesi zorunludur.

Taksir, CMK m.22/2'de belirtildiği üzere, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*". Cumhuriyet savcısının, taksirle işlenebilen bir suçu oluşturma şüphesi olan bir davranışa ilişkin olarak kamu davası açabilmesi için, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmediği hususunda yeterli delil olduğunu tespit etmesi zorunludur[209].

Taksir, aynı zamanda, davranışın iradî olmasını, neticenin ise irade dışı ve öngörülmeksizin meydana gelmesini gerektirir[210]. Bu durumda Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi, taksirle işlenebilen bir suç bağlamındaki değerlendirmesinde, ancak irade dışı ve öngörülebilir neticenin öngörülmemiş olduğuna ilişkin yeterli şüphe oluşturan mevcut delilin varlığını saptaması koşuluyla mümkündür.

Bilinçli taksir halinde, Cumhuriyet savcısının taksir bakımından yapması gereken değerlendirme bağlamında, yukarıda belirtilenlerden farklı olarak göz önünde tutması gereken husus, neticenin öngörülmüş ancak istenmemiş olduğuna yönelik yeterli delilin mevcut olup olmadığıdır.

Cumhuriyet savcısının taksirin türü (basit taksir/bilinçli taksir) bakımından değerlendirme yetkisi olduğunun dayanağı ve göstergesi olarak TCK m.89/5'te yer alan hüküm gösterilebilir[211]. Bu hükme göre, "*taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz*". Hükmün içeriği dikkate alındığında, yetkinin dolaylı bir uygulama alanı olarak ele alınmasının mümkün olduğu söylenebilir. Bununla beraber savcının taksir ve dolayısıyla manevi unsur bakımından değerlendirme yetkisinin asıl yasal dayanağının, iddianame hazırlanabilmesi için "suç"un işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturan delillerin varlığını şart koşan CMK m.170/2 olduğunu vurgulamakta yarar vardır.

---

209 CENTEL / ZAFER, s. 559, 29 numaralı dipnot.

210 DÖNMEZER / ERMAN / BAYRAKTAR, vd., s. 510.

211 ÖZEN, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, s. 234.

İddianame düzenlenmesi için "suç" hakkında yeterli şüphe gerekmektedir. Manevi unsuru olmayan bir suç düşünülemez. Taksir de suçun manevi unsuru kapsamında olduğuna göre, savcının taksirle işlenebilen suçlar bağlamında taksir ve dolayısıyla manevi unsur bakımından da yeterli şüpheye ulaşması gerekir.

Taşınır ya da taşınmaz bir mala zarar verildiği iddiası ya da şüphesi karşısında, Cumhuriyet savcısı, mala zarar verme suçunun oluştuğu hususunda yeterli şüphenin varlığını tespit ederken söz konusu fiilin bilerek ve isteyerek işlenmediğine kanaat getirirse; bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden iddianame düzenlemeyecektir[212]. Bu örnekte savcının iddianame düzenlememesinin hukuki/kuramsal gerekçesi, yeterli düzeyde olması gereken suç şüphesinin manevi unsur açısından oluşmamış olmasıdır. Keza trafikte meydana gelen bir kazada, savcı delilleri inceleyip taksir düzeyinde dahi bir ceza sorumluluğu bulunmadığına kanaat getirirse, yine iddianame düzenlememesi gerekir[213]. Savcının bu durumlarda olayın ayrıca mahkeme tarafından da değerlendirilmesi düşüncesiyle kamu davası açması kanuna aykırıdır. Ayrıca, savcının, böyle bir eğilimi benimsemesi takdirde, kendisine intikal eden her türlü olayı, suç olsun olmasın, sadece iddianame adı altında mahkemeye ileten bir görevli durumuna düşmesi kaçınılmazdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında, savcının manevi unsuru değerlendirme yetkisini teyit etmektedir. Karara göre, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecek haller "*kovuşturma imkânını ortadan kaldıran*" hallerle sınırlı olmayıp;

> *"İddianame toplanan delillere göre suçun işlendiğini gösteren yeterli şüphe oluştuğunda hazırlanacağına göre, elde edilen deliller doğrultusunda ... failin kusursuzluğu açıkça ortada ise Cumhuriyet savcısı yine kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir."*[214]

Yargıtay'ın aynı doğrultuda başka kararları da bulunmaktadır[215].

---

[212] CENTEL / ZAFER, s. 149.

[213] BİRTEK, s. 977.

[214] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/9, K. 2019/511, 27.06.2019, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

[215] "Tüm dosya kapsamına göre; geceleyin meskun mahal dışında yer alan, aydınlatmasız, asfalt, 7.40 metre genişlikteki yolda seyreden ölenin, karşıdan karşıya geçmek üzere yoluna giren yayaya çarpmamak için aracıyla sola doğru kaçması ve bu suretle şüphelinin şeridine tecavüz ederek aynı şeritte çarpışmaları şeklinde meydana gelen olayda *sanığın kusurunun bulunmadığına ilişkin olarak* düzenlenmiş ve oluşa uygun olan 10.11.2006 tarihli kaza tespit tutanağı,

Bununla beraber, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi için, her zaman, failin kusurunun bulunmadığının "kesin" olduğunun tespit edilmesine gerek yoktur. Bu bakımdan asıl esas alınması gereken kıstas, failin kusurunun bulunmadığın ilişkin "yeterli şüpheyi gösteren" delilin olup olmamasıdır.

SONUÇ

Cumhuriyet savcısının suçun unsurlarını değerlendirmesi, sadece teorik bir konu ya da öneri değil; yasal bir yetki ve zorunluluktur. 5271 sayılı Kanun'un başta 170/2. maddesi olmak üzere; 170/3-h, 170/4, 170/6, 172/1 ve 225/1. maddeleri; bu yetki ve görevin dolaylı ya da doğrudan yasal dayanaklarıdır.

Cumhuriyet savcısının, hukuka aykırılık unsuru da dâhil olmak üzere, suçun unsurlarını değerlendirmesi 5271 sayılı Kanun'da benimsenen kamu davasının mecburiliği ilkesiyle çelişmediği gibi, aksine, bu ilkenin mantıksal bir sonucudur. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin, savcının, soruşturduğu her dosyayla ilgili olarak doğrudan iddianame düzenlemesi anlamına gelmediği, ancak kamu davasının açılmasına ilişkin yasal koşul sağlandığında geçerli olduğu kuşku götürmez bir gerçektir. Söz konusu yasal koşul (suçun oluşmasına ilişkin yeterli şüphe), savcının suçun her bir unsurunun oluştuğuna dair yeterli şüpheye ulaşmasıdır.

Cumhuriyet savcılarının değerlendirme yetkisine yönelik tutum bakımından suçun unsurları arasında ayrım yapılmaması gerekir. Nasıl ki suçun maddi unsuru oluşmadığında suç oluşmuyorsa, hukuka uygunluk hallerinden biri söz konusu olduğunda da suç oluşmaz. Bu sebeple, "yeterli şüphe" kıs-

---

14.11.2006 tarihli keşif sonucu hazırlanmış bilirkişi raporu, 25.04.2007 tarihli Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi raporuna dayanarak verilmiş *kovuşturmaya yer olmadığına dair 15.05.2007 tarihli kararda "şüphelinin olayın meydana gelişinde atfı kabil kusurunun bulunmadığı" gerekçesine dayanıldığı, 5271 sayılı CMK'nın 170/2 maddesi uyarınca soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması nedeniyle iddianame düzenlenmediğinin, Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde ediIememiş olması nedeniyle CMK'nın 172/1 maddesi uyarınca yazılı şekilde karar vermiş olduğunun karar gerekçesinden açıkça anlaşıldığı*, verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda CMK 171/1 maddesi kapsamında "cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerine ya da şahsi cezasızlık sebebine varlığına" dair bir gerekçeye yer verilmemiş olduğu, karara karşı yapılan itirazın da CMK 172/1 maddesi kapsamında değerlendirilip karara bağlandığının anlaşılması karşısında, ... Ağır Ceza Mahkemesinin itirazın reddine dair kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan...", Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/21903, K. 2009/3152, 18.03.2009, Kararara Yargı Kararı Arama Motoru, https://www.kararara.com/, (Erişim Tarihi: 5.5.2021).

tasının hukuka aykırılık unsuru bakımından da uygulanması zorunludur. Üstelik Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi için somut olayda hukuka uygunluk hali mevcut olduğundan mutlaka "emin olmasına" gerek yoktur. Cumhuriyet savcısı, somut olayda, bir hukuka uygunluk halinin olma ihtimalinin, hukuka uygunluk halinin olmama ihtimalinden daha yüksek olduğu kanaatinde ise yine kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. Zira Yargıtay'ın da işaret ettiği gibi, beraat kararı verilebilecek durumlarda kamu davası açılmaması gerekir. CMK m.173/1 uyarınca, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilebilmesi, olası değerlendirme hataları bakımından yeterli güvence oluşturmaktadır.

Suçun unsurlarının iddia makamınca değerlendirilmesine ilişkin sorunlar, esasen, yasal düzenlemelere değil, uygulamadaki eğilimlere ve alışkanlıklara dayanmaktadır. Belirtildiği gibi, mevcut yasal düzenlemeler, söz konusu değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Uygulama bakımından ise, istatistikler incelendiğinde, bu hususta olumlu gelişmeler olduğu, gerek ceza mahkemelerinin beraat kararlarındaki, gerekse Cumhuriyet Başsavcılıklarının kamu davası açma yönündeki kararlarındaki oransal azalmadan anlaşılmaktadır. Ancak sözü edilen olumlu gelişmenin yeterli olmadığı açıktır. Bir yılda, beraat eden kişi sayısının hâlâ yedi yüz binlerin üzerinde olduğu, Başsavcılıkların her üç dosyadan birinde hâlâ kamu davası açma eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Cumhuriyet savcılarının suçun unsurlarını değerlendirme konusunda daha özenli ve etkin davranmaları, kendilerine tanınan yetkiyi gereği gibi kullanmaları ve yüklenen görevi tam olarak yerine getirmeleri gerekmektedir.

Fakat suçun unsurlarını değerlendirme yetkisi ve görevi bakımından uygulamaya ilişkin sorunun yalnızca Cumhuriyet savcılarının tutumuyla ilgili olduğunu söylemek eksik olacaktır. Başsavcılıkların yanı sıra, ceza mahkemelerinin, Adalet müfettişlerinin ve Yargıtay'ın tutumu da önem arz etmektedir.

Başsavcılar, soruşturmaya konu edilen dosyalarda, Başsavcılıkları bünyesinde görevli olan savcıların suçun unsurlarını gerektiği değerlendirmeleri hususunda hiyerarşik yetki ve görevlerinin gereğini yerine getirmelidir. Ceza mahkemeleri, iddianamenin iadesi kurumunu suçun unsurlarının değerlendirilmesi bakımından da etkin bir şekilde işletmelidir. Cumhuriyet savcısının yeterli şüphe oluşturan delillerin olup olmaması kıstasıyla, suçun her bir unsurunu yeterince değerlendirmeden iddianame düzenlemesi halinde; bu iddianamenin CMK m.174/1-a uyarınca, suçun unsurlarını değerlendirme

yükümlülüğüne dayanak oluşturan 170. maddeye (özellikle ikinci fıkrası bakımından) aykırı olarak düzenlendiği gerekçesiyle iade edilmesi gerekmektedir. Adalet teftiş mekanizmasının ve Yargıtay'ın eğiliminin de suçun tüm unsurlarının kanun gereği savcılar tarafından değerlendirilmesi bakımından olumlu yönde gelişmesi beklenmektedir.

Uygulamaya ilişkin sorunların yalnızca yetkili ve görevli ceza muhakemesi süjeleri ya da teftiş birimlerinin eğilimindeki değişiklikle çözülmesini beklemek de yeterli olmayacaktır. Söz konusu sorunlar aynı zamanda Cumhuriyet savcılarının iş yükü ve dolayısıyla personel eksikliğiyle de bağlantılıdır. Cumhuriyet savcılarının suçun unsurlarını gerektiği gibi değerlendirmeleri, bu değerlendirmeye ayıracak yeterince zamanları olmasına da bağlıdır. Bu sebeple, savcıların iş yükünü etkileyen tüm etmenlerin iyileştirilmesi, suçun unsurlarının gereğince değerlendirilmesi sorununun çözümüne katkı sağlayacaktır.

Lekelenmeme hakkı, geniş anlamıyla masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi; ceza hukukunun son çare olması, eksiksiz soruşturma ve tek oturumda duruşma ilkelerinin gereğinin yerine getirilmesi; diğer gerekliliklerin yanı sıra, yararsız, haksız ve yasal koşullara uygun olmayan davaların açılmamasıyla mümkündür. Cumhuriyet savcılarının suçun tüm unsurlarını gereğince değerlendirmesi ve böylece sadece yasal koşullara uygun, gerekli davaların açılması konusundaki gelişmeler, özellikle sözü edilen hak ve ilkelerin hayata geçirilmesi için büyük bir öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIĞI, Adalet İstatistikleri Judicial Statistics 2019, Resmi İstatistik Programı Yayını, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2020, s. 72, s. 78, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf, (Erişim Tarihi: 8.5.2021).

ANAYASA MAHKEMESİ, Kararlar Bilgi Bankası, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6319, (Erişim Tarihi: 15.5.2021).

AYDIN Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 2006, ss. 367-398.

BİRTEK Fatih, "Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, ss. 953-990.

BORRICAND Jacques / SIMON Anne-Marie, **Droit pénal - Procédure pénal**, 8e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2012.

BOULOC Bernard, **Procédure pénale**, 23e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2012.

BOULOC Bernard, **Droit pénal général**, 24e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2015.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE, (version en vigueur au 22 mai 2021), https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGIARTI000006574933, (Erişim Tarihi: 22.5.2021).

ÇINAR Ali Rıza, "Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 84, 2009, ss. 31-62.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

DONAY Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir / BAYRAKTAR Köksal, vd., **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Cilt II, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

EREM Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılama Hukuku**, 6. Baskı, Işın Yayınları, Ankara, 1986.

FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayınları, Ankara, 1996.

GÖKCAN Hasan Tahsin, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2012/1, ss. 195-208.

GÖKCEN Ahmet / BALCI Murat / ALŞAHİN M. Emin, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

GÖKCEN Ahmet / ÇAKIR Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, ss. 2911-2951.

HUKUKTÜRK Veri Tabanı, https://www.hukukturk.com/, (Erişim Tarihi: 16.5.2021).

İNCİ USLU Z. Özen, "Cumhuriyet Savcısı, Meşru Savunma Koşullarının Mevcut Olduğu Gerekçesiyle Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verebilir mi?", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 71, Temmuz 2012, ss. 58-62.

KARAKURT Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 82, 2009, ss. 170-200.

KARARARA Yargı Kararı Arama Motoru, https://www.kararara.com/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

KAZANCI İçtihat Bilgi Bankası, http://kazanci.com.tr/gunluk/18cd-2019-7005.htm, (Erişim Tarihi: 5.5.2021).

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.

LARGUIER Jean / CONTE Philippe, **Procédure pénale**, 23e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2014.

LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/, (Erişim Tarihi: 9.5.2021).

LEROY Jacques, **Procédure pénale**, L.G.D.J. (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence)-Lextenso éditions, Paris, 2009.

MAYAUD Yves, **Droit pénal général**, 4e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2013.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.

ÖZEN Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı: 3, 2009, ss. 17-28.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan, vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

PRADEL Jean, **Manuel de procédure pénale**, 13e édition, Éditions Cujas, Paris, 2006.

PRADEL Jean, **Droit pénal général**, 18e édition, Éditions Cujas, Paris, 2010.

SAMİ Şemsettin, **Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)**, 5. Baskı, Haz. Raşit Gündoğdu/Niyazi Adıgüzel/Ebul Faruk Önal, İdeal Kültür Yayıncılık, İstanbul, 2017.

SELÇUK Sami, "Savcı 'Yükümlülük Dizgesi'ne Uymalı", Cumhuriyet, 01.12.2018, https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/savci-yukumluluk-dizgesine-uymali-1156843, (Erişim Tarihi: 1.5.2021).

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

TANER Fahri Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 219-253.

TANER Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 135, 2018, ss. 185-234, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1755, (Erişim Tarihi: 19.8.2021).

TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1950.

TOROSLU Nevzat / FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2020.

TÜRK DİL KURUMU, **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı (tıpkıbasım), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2019.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Tutanak Dergisi, Dönem: 17, Yasama Yılı: 2, Cilt: 16, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/676), S. Sayısı: 312, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c016/tbmm17016101.pdf, (Erişim Tarihi: 14.5.2021).

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292), Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 698, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm, (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

YÜCEL Mustafa T., "Hukukun Sosyal Teorisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 52, 2004, ss. 118-133.

YÜCEL Mustafa T., "Ceza Adaletinde Sapmalar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 105, 2013, ss. 11-34.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1689-1712

DEVLETLERARASI TANINMANIN KAVRAMSAL ANALİZİ POLİTİK, HUKUKİ VE ETİK BOYUT(*)

Arş. Gör. **Dolunay ÇÖREK**(**)

Öz: Devletlerarası tanınma, hukuki boyutunun yanı sıra politik ve etik boyutu ile de incelenmesi gereken bir meseledir. Hukuki ve politik tanıma bağlantılı olmak birlikte farklı olguları içeren kavramlardır. Birbirlerini hukuken tanıma yükümlülüğü bulunmayan devletler karşılıklı ilişki içerisine girmekte ve kimlik mücadeleleri ve çıkar çatışmaları meydana gelmektedir. Bu durum uluslararası toplumda politik ve hukuki istenmeyen neticeler doğurmaktadır. Güç dengelerinin ötesine geçmek amacıyla Axel Honneth, Mattias Iser gibi bir kısım yazar, Hegel'in tanınma kavramını felsefi yönden geliştirerek karşılıklı tanınma arayışının bireyler arasından devletlerarası ilişkilere uygulama imkânının olup olmadığını araştırmakta ve devletlerarası etik bir ilişkinin varlığını teorik düzlemde sorgulamaktadır. Bu çalışmada sadece devletler esas alınarak tanınma politik, hukuki ve etik boyutlarıyla açıklanmakta ve boyutların ne ölçüde birbirlerine etki ettiğine ilişkin çıkarımlar yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tanınma, Kimlik, Kurucu ve Açıklayıcı Teori, Hegel, Axel Honneth.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.08.2021 - Makale Kabul Tarihi: 04.10.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü; Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Elemanı (ORCID No: 0000-0003-1974-7297; *dcorek@gsu.edu.tr*).

CONCEPTUAL ANALYSIS OF INTERSTATE RECOGNITION POLITICAL, LEGAL AND ETHICAL DIMENSION

Abstract: Interstate recognition is an issue that needs to be examined in terms of its political and ethical dimensions as well as its legal dimension. Legal and political definitions are concepts that are related to but contain different phenomena. States that do not have the legal obligation to recognize each other enter into mutual relations and identity struggles and conflicts of interest occur. This situation has undesirable political and legal consequences in the international community. In order to go beyond the balance of power, some authors such as Axel Honneth and Mattias Iser develop Hegel's concept of recognition philosophically and investigate whether there is a possibility to apply the seeking mutual recognition to interstate relations among individuals and question the existence of an ethical relationship between states on a theoretical level. In this study, recognition is explained with political, legal and ethical dimensions on the basis of states only, and inferences are made about the extent to which the dimensions affect each other.

Keywords: Recognition, Identity, Constitutive and Declaratory Theory, Hegel, Axel Honneth.

GİRİŞ

Tanıma insanların, kolektif kuruluşların etkileşimde bulunduğu veya etkileşimde bulunamadığı her yerde geçerlidir. Bireyler ve kolektif siyasi aktörler gibi belirli bir grup insan, bir toplum, bir siyasi sistem veya uluslararası siyasi alanda belirli niteliklerin, olumlu özelliklerin, yeterliliklerin, başarıların veya statülerin tanınmasını ister.[1] Tanıma teknik bir terim olarak bir varlığa belirli bir statü atfetmekte ya da bir varlığın belirli bir statüye sahip olduğunun kabulünü ifade etmektedir.[2] Uluslararası ilişkilerde, sözü edilen statü sıklıkla devletlerin uluslararası hukukun hukuki özneleri olarak tanınmasıdır. Ayrıca bir halkın (egemen siyasi birlik) siyasi özerkliğinin tanınmasına, bir hükümet organının uluslararası hukukta bir devletin temsilcisi ola-

---

1 GEİS Anna vd., "Gradual Processes, Ambiguous Consequences: Rethinking Recognition in International Relations" **Recognition in International Relations: Rethinking a Political Concept in a Global Context**, Ed. Christopher Daase, Caroline Fehl, Anna Geis, Georgios Kolliarakis, Palgrave Macmillan, New York, 2015, s. 3.

2 CHWASZCZA Christine, "Recognition: Some Analytical Remarks", **International Theory**, Vol. 5, Issue: 1, March 2013, s. 160, https://www.cambridge.org/core/journals/international theory/article/recognition-some-analytical-remarks/2C331DB8DDA71BA31BDCD3F67C3500FF, (Erişim tarihi: 07.01.2021).

rak kabul edilmesine işaret etmektedir. Bu durumlarda yasal bir statüden bahsedildiğinden tanıma eylemi hukuki tanıma olarak adlandırılmaktadır.[3]

Tanıma sadece hukuki tanımadan ibaret değildir, bu kavram Uluslararası Hukuk disiplinindeki tanıma kavramını içine alan ancak ondan daha geniş felsefi bir sorunsala işaret etmektedir. Hegel'in erken dönem Jena eserlerinden Hukuk Felsefesi'nin Prensipleri eserinde ortaya koyduğu "etik yaşam" fikrine kadar geliştirdiği tanınma (*Recognition*) kavramı, öncelikle bireyler arasında kurulan ilişkide karşılıklı tanınma arzusu, kabul edilme arayışına dayanmaktadır. Bahsedilen ilişki sevgi, saygı ve değer görme isteğini içinde barındırmakta ve bu da kavrama sosyal-psikolojik bir nitelik de kazandırmaktadır. Bu bağlamda bireyler arasında gerçekleşen tanınma arayışının aynı zamanda devletlerarası ilişkilerde de söz konusu olup olamayacağı tartışılmaktadır. Tanınma teorileri farklı biçimlerde, devletlerarası ilişkilerin yapısını anlamak ve analiz etmek için Uluslararası İlişkiler, Uluslararası Politika ve Uluslararası Hukuk alanlarına taşınmaktadır.

Siyaset teorisyenlerinin bir kısmı tanınma kavramının devletlerarası süreçlere uygulanabilirliği konusunda şüpheci kalmışlardır. Bunun sebebi, bireyler ve toplumsal hareketlerle ilgilenen bir teorinin, devletler gibi büyük kolektifler arasındaki bireysel güdüleri ve etkileşim kalıplarını aydınlatmak için tam olarak nasıl kullanılabileceği hakkındaki çekincelerdir.[4] Devletlerin bireylerin aksine resmi veya gayri resmi biçimler açısından başkalarını tanıyabilecekleri veya yanlış tanınmayı (*Misrecognition*) nasıl deneyimleyecekleri araştırılan sorular arasındadır.[5]

Devletlerarası ilişkilerde tanınma meselesinin öncelikle politik boyutu mevcuttur. Politik tanınma teorileri, devletlerin uluslararası toplumda tanıma eylemleri yoluyla aktör olabildiklerini ve etkileşime girdiklerini varsaymaktadır. Etkileşimler sayesinde tanınma mücadelelerinin doğduğu ve uluslararası sistemin yeniden üretildiği fikri hâkimdir. Devletlerin çıkarlarına bağlı olan politik tanımanın, güçlü ve zayıf devletlerin meydana getirilmesinde ve bu devletlerin aralarındaki çatışma ile dengenin sağlanmasında rolü olduğu düşünülmektedir. Devletlerin hukuki tanınması, varlık koşulları ile hak ve yükümlülüklere sahip olabilmeleri bakımından tartışılmaktadır. Politik tanıma ile karşılaştırıldığında hukuki tanıma teorileri, tüm devletleri ortak normlar etra-

---

3 CHWASZCZA, s. 161.

4 CHWASZCZA, s. 4.

5 CHWASZCZA, s. 4.

finda birleştirerek tanınmaya ilişkin yaygın bir ölçüt belirlemeye çalışmaktadır. Çünkü devletler çıkarlarına uygun düştüğü oranda ve diplomatik ilişki kurmak istiyorlarsa diğer devletleri tanımaktadır. Tanınmamanın ağır sonuçları ortaya çıksa da devletler, bir siyasi toplumu hukuken tanıma yükümlülüğü olduğunu da kabul etmemektedir. Bu sebeple devletlerarası ilişkilerin etik boyutunun da tanımlanması gerektiği savunulmaktadır. Etik tanıma teorileri, devletlerin uluslararası bir toplumda eşit haklara ve yükümlülüklere sahip olması gerektiği konusundaki hukuki tavrın ötesine geçmektedir. Hukuken belirlenen ortak normların yorumlanması ve uygulanması yine devletlerin iradesine bırakılmıştır.[6] Dolayısıyla etik tanıma, devlet iradelerinden bağımsız bir biçimde eşit ahlâki değer varsayımından yola çıkmakta ve eşit değeri, karşılıklı tanınmanın bir sonucu olarak paylaşılan ahlâki çerçevenin temeline koymaktadır.[7] Ancak etik tanınma ilişkisi, ne ölçüde hukuki ve politik tanınmanın etkisi altında kalır ve gerçekten mevcut olabilir mi gibi sorular tartışılmayı beklemektedir. Çalışmanın amacı, devletlerarası tanınmanın üç ayrı boyutunun analizini yaparak bahsedilen soruları değerlendirmektir.

I. DEVLETLERARASI TANINMANIN POLİTİK BOYUTU

1. Hukuki Tanınmadan Farkıyla Politik Tanınma

Devletler uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun merkezi aktörleridir. Bir siyasi topluluğun devlet olması diğer devletler ve topluluklarla ilişkisine bağlıdır. Bu bağlamda devletlerin tanınması meselesi ile devletlerin ortaya çıkması ve sona ermesi yakından ilişkilidir. Uluslararası Hukuk disiplininde tanınma, siyasi gelişmelerin ve değişimlerin sonucunda çeşitli teorilerle temellendirilmiştir. Tanım vermek gerekirse hukuken tanınma, "*Bir siyasi toplumun, uluslararası hukuk anlamında bir devlet olduğu ve uluslararası hukukun devletler için öngördüğü hukuki statüye tabi olduğu hususunun diğer devletlerce kabul edilmesi*" anlamına gelmektedir.[8] Anlaşılacağı üzere tanınma, uluslararası hukukun devletler için öngördüğü hukuki statünün diğer devletler tarafından kabul edilmesi şartına bağlanmaktadır. Ancak uluslararası hukuk, tanınmanın gerçekleşmesi için devletlere bir kabul etme zorunluluğu

---

6 BARTELSON Jens, "Three Concepts of Recognition", **International Theory**, Vol. 5, Issue: 1, March 2013, s. 118, https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/three-concepts-ofrecognition/04CBBA44599E09717F1EDC3997F55D90, (Erişim tarihi: 07.01.2021).

7 BARTELSON, s. 118.

8 ÖKTEM Emre, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No: 5, 2007, s. 433.

yüklememektedir. Bir devlet diğer devleti tanınmanın tüm koşullarını yerine getirmiş olsa bile istediği zaman tanıyabilir veya hiç tanımayabilir. Dolayısıyla tanınma her ayrı devletin kendi iradesine bırakılmıştır, tanınmanın gerçekleşmesini sağlayan merkezi bir organ mevcut değildir.[9]

Tanınmayı meşru kılan hukuki bir otoritenin olmaması, devletlerin tanınmayı bir dış politika aracı olarak kullanmasına zemin hazırlamaktadır.[10] Örtüşen veya çatışan siyasal çıkarlar bir devletin tanınma arayışına girmesine yol açmakta ve tanınma uğruna diğer devletlerin isteklerine uygun kararlar almasına neden olmaktadır.[11] Tanınma her ayrı devletin iradesine bırakıldığı için bir devlet sadece onu tanıyan devletin nezdinde diplomatik ilişkiler kurabilmektedir. Bu durum tanınmanın farklı boyutlarda incelenmesini gerektirmiş ve çeşitli politik teoriler üretilmiştir. Hans Kelsen "*Recognition in International Law*" isimli makalesinde tanımanın politik boyutunu vurgulamakta ve politik tanıma ile hukuki tanıma arasında çeşitli ilişkiler kurmaktadır.

Kelsen tanınma teriminin iki farklı fakat tam anlamıyla birbirinden ayrılamayacak eyleme işaret ettiğini belirtmektedir: Bir yanıyla politik bir eylem ve diğer yanıyla hukuki bir eylem.[12] Politik tanıma tamamen devletlerin keyfi aldığı kararlara bağlıdır. Bu eylemin daha sonra doğuracağı hukuki etkiler olabilir ancak tanınan bir devletin veya hükümetin hukuki varlığında kurucu bir rol oynayamaz. Politik tanıma, devletlerin hukuken varolduğu varsayımına dayanmaktadır.[13] Bir devletle veya siyasi toplulukla karşılıklı ilişki kurma isteği politik tanıma eyleminin temelini oluşturmaktadır.[14] Kelsen' e göre politik tanımayı reddetmek sınırlı durumlarda mümkün olabilir. Bir devletin güncel hükümetinin diğer bir devlet tarafından politik olarak tanınmaması durumunda her iki devlet arasındaki karşılıklı ilişki uluslararası hukukun gerektirdiği tüm hak ve yükümlülüklere tâbidir. Ancak hakları kullanan ve yükümlülükleri yerine getirme girişiminde bulunan yine tanınma-

---

9 ÖKTEM, s. 433.

10 EMİNOĞLU Ayça, "Uluslararası Politikada Devletlerin Tanınması: Ayrılma ile Ortaya Çıkan Devletlerde Tanınma Sorunu", **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 9, 2015, ss. 124-127.

11 EMİNOĞLU, ss. 124-127.

12 KELSEN Hans, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", **The American Journal of International Law**, Cambridge University Press, Vol. 35, No. 4, October 1941, s. 605.

13 KELSEN, s. 605.

14 KELSEN, s. 605.

yan hükümet tarafıdır.[15] Kelsen şöyle bir düşünce deneyi yapmaktadır: Bir A devleti, B devletinin hükümetini tanımayı reddetmekte ancak B devletinin kendisini tanıdığı için B devletinden kendi devleti ile olan ilişkisinde uluslararası hukuktan kaynaklanan görevlerini yerine getirmesini beklemektedir. Bu durumda A devleti, B devletinden talep ettiklerinin B devletinin güncel hükümeti tarafından karşılandığını kabul etmek zorunda olduğu gibi, B devletinin hükümetinin herhangi bir talebini de hükümeti tanımadığı gerekçesiyle reddetmemelidir.[16] Dolayısıyla bir devletin başka bir devletle karşılıklı ilişkisi içerisinde o devleti ve hükümetini tanımama özgürlüğü söz konusudur. Ayrıca karşılıklı politik tanımayı bitirme hakkına da sahiptir ancak söz konusu ihtimalde hukuki yükümlülükler etkilenmemelidir.[17]

2. Devletler ve Kimlikler: Politik Tanınma Mücadelesi

Politik tanıma, uluslararası ilişkilerde kimin ilgili bir aktör olarak sayıldığı ve bu aktörlerin diğer benzer aktörler tarafından tanınmalarıyla uluslararası sistemde statülerini nasıl kazandıklarıyla ilgilidir.[18] Politik tanınma teorileri üç şeyi açıklamaya çalışmaktadır: "*Birincisi, devletlerin nasıl devlet haline geldikleri araştırılır ve devletlere özgü bazı özelliklerin nasıl kazanıldığı ortaya konulur. İkincisi, devletlerin diğer devletlerle etkileşim yoluyla göreceli konumlarını nasıl kazandıkları ve bu tür etkileşimlerin bir sonucu olarak uluslararası sistemin nasıl tabakalaştığı ifade edilir. Üçüncüsü, bu teoriler yukarıdaki süreçleri bir tanınma mücadelesinin sonuçları olarak gördükleri için aynı zamanda çatışmanın neden mümkün ve hatta kaçınılmaz olduğunu açıklama iddiasındadırlar.*"[19] Bu anlatımlarda, tanınma mücadelesinin eşit olmayan taraflar arasında gerçekleştiği, güçlü tarafın zayıf olanı tanıma ya da alıkoyma konumunda olduğu fikri hâkimdir.[20] Tıpkı bireylerin karşılıklı tanınma ilişkisi içerisinde yaşadığı çatışmalar gibi devletlerin de bir güç mücadelesi ve denge arayışında olduğu ileri sürülmektedir. Tanınma mücadelesi kolektif varlıkların kimlik arayışı tezine de dayandırılmaktadır.[21]

---

15 KELSEN, s. 615.

16 KELSEN, s. 615.

17 KELSEN, s. 615.

18 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 111.

19 BARTELSON, s. 111.

20 BARTELSON, s. 111.

21 RİNGMAR, Erik, "The İnternational Politics of Recognition", **The International Politics of Recognition**, Ed. Erik Ringmar, Thomas Lindemann, Routledge, New York, 2016, s. 3.

Tarihsel sürece tanınma mücadelesi perspektifinden bakıldığında, bahsedilen tezi destekleyen birçok örnekle karşılaşılmaktadır. Tanımanın 19. yüzyılda, "Avrupa Kamu Hukuku" ve sömürgecilik uygulamalarının bir aracına dönüştüğü belirtilmekte, güçlü devletlerin yeni devletlerin kurulmasını denetlediği ve bu devletlere doğum belgesi dağıttığı ifade edilmektedir.[22] Daha da önceye, 17. yüzyıla gidildiğinde İsveç'in neden "ilk bakışta" geçerli nedenler yokken 1630 tarihinde Otuz Yıl Savaşı'na girmeye karar verdiği aynı tezle açıklanmaktadır: Ringmar, İsveç'in savaşa girme kararının ardında, Gustavus Adolphus'un (İsveç Kralı) bir egemen olarak tanınmak arzusunun olduğunu ve bununla birlikte İsveç'in bağımsız bir devlet olarak tanınması isteğinin de yattığını vurgulamaktadır.[23] Avrupa'daki diğer güçlerle aynı şekilde savaşa gitmenin nedeni, İsveç'in o zamanki kendilik algısı ile İsveç ile kralının o zamanın egemen Avrupa güçleri tarafından gerçekte nasıl algılandığı arasındaki uyumsuzluktur.[24]

"Westphelia Düzeni" olarak isimlendirilen uluslararası sistemin temeline uzunca bir süre *Realpolitik*[25] kavramı konmuştur. Bu kavram uluslararası ilişkilerde politik realizme karşılık gelmiş ve İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan gelişmelerle güç kazanmıştır. Devletlerarası ilişkilerde neler olup bittiğinin anlaşılması için sadece "olan"a başvurmak gerektiği savunulmuş ve güç ilişkileri esas alınmıştır.[26] Hobbes'un insan doğası için ortaya koyduğu özünde bencil olmak, güç ve iktidar hırsıyla hareket etmek devletlere atfedilmiştir.[27] Bireylerin sadece çıkarlarının peşinden koşması gibi devletler de sadece ulusal askeri menfaatlerinin peşinden koşmaktadırlar. Ulusal çıkarlar da savaş gibi yalnızca güç ilişkilerinin içinde belirlenmektedir.[28] Bu sebeple çıkarların ahlâki, evrensel temalar ve hukukun belirlediği sınırlar içerisinde oluştuğunu ileri sürmek bir

---

22 ÖKTEM, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", s. 432.

23 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 112.

24 BARTELSON, s. 112.

25 "*Realpolitik*, ideallerden çok pratik hedeflere dayanan politika anlamına gelmektedir. Kelime, İngilizcede "gerçek" anlamına gelmez, daha çok "şeyleri" ifade eder. Bu nedenle şeylere olduğu gibi uyum sağlama politikasıdır. Realpolitik, pragmatik, saçma sapan bir görüş ve etik mülahazalara aldırış etmemeyi önerir. Diplomaside, genellikle amansız, ancak gerçekçi, ulusal çıkar arayışı ile ilişkilendirilir." Alıntı için bakınız: "Realpolitik" https://www.britannica.com/topic/realpolitik, (Erişim tarihi: 22.01.2021).

26 ERALP Atila, "Uluslararası İlişkiler Disiplini'nin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması", **Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar**, Der. Atila Eralp, 4. bs., İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 71.

27 Uluslararası İlişkiler öğretisinde Realizm olarak bilinen bu yaklaşımın en önemli temsilcisi Hans J. Mongenthau'dur. ERALP, ss. 72-75.

28 ERALP, ss. 72-75.

yanılgıdır.[29] Gücün hukuka galip geldiği birçok düşünür tarafından da ifade edilmiştir. Örneğin Bismarck, "*Zamanımızın sorunları, hukuki kararlar ve çoğunluk oylarıyla değil, kan ve demirle çözülecektir.*" diye belirtmektedir.[30]

Politik tanınma mücadelesinin temellendirilmesinde varlığını koruyan Realist yaklaşım daha sonra yerini başka bakış açılarına bırakmıştır. Çünkü devletlerin ulusal çıkarlarını sadece güç ilişkilerine dayandırmak, yaşanan gelişmelere bakıldığında oldukça yetersizdir. Örneğin Sovyetler Birliği'nin dağılması ile her ayrı devletin egemen birer devlet olarak tanınması isteği, sadece devletlerarasındaki savaş koşullarına bağlanamayacak kadar kapsamlıdır.[31] Tarihsel gelişmeler tıpkı 17. yüzyılda İsveç'in savaşa girme örneğinde olduğu gibi farklı politik kavramlarla açıklanmalıdır. Böylece tanınma mücadelesinde eski *Realpolitik* merkezli bakış terk edilmiş ve yeni *Identitätsproblematik* (kimlik sorunu) benimsenmiştir.[32] Bu değişimin temelinde, devletlerin diğer devletlerle ilişkisinin belirleyici unsurları olarak devletlerin iç yapılarında meydana gelen politik meseleler yatmaktadır.[33] Kimlik sorunu bu unsurların başında gelmektedir. İçeride meydana gelen aidiyet mücadelesi, dışarıda da kimlik sorunu olarak tezahür edebilir.

Bir devletin kimliği, öncelikle devletlerin de insanlar gibi düşünülüp düşünülemeyeceği problemini gündeme getirmiştir. Devletin kimliği hakkında konuşmak ve bu kimliğin bireylerin kimlikleriyle aynı şekilde biçimlendiğini varsaymak elbette zordur.[34] Dolayısıyla devlet ile insan arasında ne gibi benzerlikler ve farklılıklar olabileceğine dair birçok görüş ortaya atılmıştır. Bir kısım düşünür, metaforik anlatımlar ile insanlara ait özelliklerin devletlere atfedilebileceğini ileri sürmektedir:[35] İlişki kurmanın tek yolu ise gözlemlenebilir gerçekler olamayacağı için dildir. Devletlerin eylemleri insan

---

29 ERALP, ss. 72-75.

30 ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda, "Uluslararası Hukuk Varmış, Ona Geçen Gün Yolda Rastladım", **GSÜHFD**, S. 57, 2007, s. 53.

31 ERALP, "Uluslararası İlişkiler Disiplini'nin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması", ss. 72-75.

32 RİNGMAR, "The İnternational Politics of Recognition", s. 4.

33 ERALP, "Uluslararası İlişkiler Disiplini'nin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması", s. 87.

34 RİNGMAR, "The İnternational Politics of Recognition", s. 4.

35 "*Dünya meseleleriyle ilgili herhangi bir gazete makalesini alın. Bu metinler dünya görüşünün eleştirel veya onaylayan gözleri önünde "seçenekleri değerlendiren", "agresif davranan", "anlaşmalar imzalayan" veya "yaptırımları tehdit eden" devletlerle dolu olacaktır... Bu mecazi küme ve bununla ilişkili performatif pratikler, ideal olarak uygun göründükleri mutlakiyetçi yöneticiler tarafından hevesle benimsenmiştir."* RİNGMAR, s. 5.

davranışları gibi gözlemlenip değerlendirilemeyeceği için ancak yorumla bir devlete insan özneliği atfedilebilir diye düşünülmektedir.[36] Diğer bir görüş ise, devletleri insan değil aktör olarak kabul etmektedir.

Devletler birçok açıdan insanlardan ayrılır: İnsanlar çoğunlukla çelişkili ve akılcı olmayan davranışlarda da bulunabilirler ve insanların zihnini okuyup anlayabilmek çok daha karmaşıktır.[37] Devletlerin örgütlenme yapısı, kurumlarının hareket tarzı insan zihninden çok daha fazla ipucu verebilir. Ayrıca insan her şeyden önce biyolojik bir varlıktır.[38] Devletlerin insan olmaması onlara kimlik ve çıkarların atfedilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Alexander Wendt'in birer aktör olarak devletlerin çıkarlarının kimlikleriyle şekillendiğine ilişkin teorik açıklamaları mevcuttur. "*Devletlerin kısmen iç yapılardan oluştuğu gerçeği, hiçbir şekilde birbirleriyle etkileşime girerek kimlik ve çıkar oluşturmalarını engellemez ki uluslararası sistemde devletler hakkında ilginç olan pek çok şey, birbirleriyle olan sosyal ilişkilerinden oluşur*."[39] Devletlerin çıkarları olduğu kabul edilmelidir ancak bu çıkarlar Realistlerin öne sürdüğü gibi sadece savaş ve ekonomik gerekçelerle oluşmaz: Devletler her aktör gibi öncelikle kim ya da ne olduklarını tanımlamakta ve ondan sonra çıkarlarını belirlemektedirler.[40] Wendt'in yaklaşımına göre, devletler öncelikle asli unsurları bulunan kolektif bir kimliğe sahiptirler. Bu görüş şu cümle ile netleştirilir: "*İnsanlar açısından beden, devletler açısından birçok beden ve toprak*."[41] Devletler topluluk düzeyinde bir grup benliğine sahiptirler.[42] İkinci olarak Wendt devletlerin rol kimlikleri olduğundan bahsetmektedir. Roller, içinde bulunulan yapıya uygun beklentilerin şekillendirdiği eylemlerdir. Dolayısıyla rol kimlikler tek başına oluşturulamaz.[43] Devletlerin diğer devletlerle ilişkisinde paylaşılan roller devletin kimliğini dinamik biçimde değiştirir ve dönüştürür.

---

36 RİNGMAR, ss. 5-6.

37 Realist yaklaşıma tamamen karşı olmayan ancak kimlik kavramını önceleyen bir başka yaklaşım Alexander Wendt'in İnşacı Teorisi'dir. (*Constructivist Approach*) WENDT Alexander, **Uluslararası Siyasetin Sosyal Teorisi**, (çev. Helin Sarı Ertem, Suna Gülfer Ihlamur Öner), 2. bs., Küre Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 268-272.

38 WENDT, ss. 268-272.

39 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 113.

40 DEMİRTAŞ ÇOŞKUN Birgül, "Alexander WENDT, Social Theory of International Politics" (Kitap İncelemesi), **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği, Cilt: 2, Sayı: 7, Güz 2005, s. 190.

41 WENDT, Uluslararası Siyasetin Sosyal Teorisi, s. 280.

42 WENDT, s. 280.

43 WENDT, s. 282.

Wendt devletlerin kimlik ve çıkarlara sahip olmasını arzu + inanç = eylem formülü ile açıklamaktadır.[44] Arzu devletin çıkarlarına ve inanç da kimliğine karşılık gelmektedir. Wendt'e göre, uluslararası sistemde bu iki değişken rasyonalist insan modeli anlayışındaki gibi birbirinden ayrı iki değişken olarak düşünülmemelidir. Kimlik ve çıkarlar birbirlerinin açıklayıcı ve tamamlayıcı rollerini üstlenirler.[45] Böylece devlet, diğer devletlerle bir sosyalleşme yaşayarak her iki değişkenin uyumlu çalışmasına göre karar almaktadır.[46] Gerek devletlerin egemen eşitliğinin kabul edilmesi gerekse self-determinasyon hakkının gerçekleşmesi de aslında bu formülasyona bağlıdır. Bir devlet kendi kimliğini korumak için diğer devleti tanımama eyleminde bulunabilir, çünkü bu durum aynı zamanda ulusal çıkarına da ters düşebilir.

II. DEVLETLERARASI TANINMANIN HUKUKİ BOYUTU

1. Devletlerin Hukuki Tanınmasının Anlamı ve İşlevi

Devletlerin tanınması hususundaki tartışmalarda çoğunlukla tanımanın baskın bir politik doğası olduğundan bahsedilmekte ve hukuki süreçleri de dış politikaların yönlendirdiği ifade edilmektedir. Bu yönlendirme inkâr edilemezse de tartışılması gereken husus uluslararası hukukun gücü ve tanımanın hukuki sonuçlarının ne şekilde ve ölçüde uluslararası politikaya etki ettiğidir. Her ne kadar politik tanınma teorilerinde devletin varoluşu ile tanınması arasındaki ilişki, kimlik ve ulusal çıkarlar gibi unsurlarla temellendirilirse de devletlerin bölünmesine ve yeni devletlerin ortaya çıkışına zemin hazırlayan uluslararası antlaşmalar mevcuttur. Antlaşmaların hukuki bağlayıcılığı ve oluşturdukları yeni ilke ve doktrinler uluslararası toplumun tamamına etki ederler. Örneğin devletlerin iç işlerine karışmama, self determinasyon, egemen eşitlik ve toprak bütünlüğüne saygı gibi ilkeler göz önüne alınmalıdır.[47]

---

44 WENDT, ss. 151, 288.

45 WENDT, ss. 151, 288.

46 Wendt buna şöyle bir örnek vermektedir: "*İkisi de ABD ile aynı coğrafyada bulunan Kanada ve Küba'nın ABD'nin silahlı gücüne yönelik politikaları ve yaklaşımları farklıdır. Materyal faktör, yani ABD'nin askeri gücü her ikisi için de aynıdır ancak ikisinin bunu algılayış şekli pek çok nedenden dolayı farklıdır. Bu farklılığın başlıca nedeni her iki ülkenin kimliklerinin birbirlerinden farklı olması ve buna paralel olarak ulusal çıkar tanımlarını farklı yapmış olmalarıdır.*" DEMİRTAŞ COŞKUN, "Alexander WENDT, Social Theory of International Politics", s. 191.

47 ŞÖHRET Mesut, "Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınmasının Hukuki Boyutu ve Tanınma ile İlgili Başlıca Normlar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Sayı: 38, 2019, s. 64.

Hukuki tanınma teorileri bize belirli bir devletin uluslararası toplumun bir üyesi olarak nitelendirilmesi için ne gerektiğini söylemektedir. Çünkü hukuki tanınma, kesin ve yaygın olarak paylaşılan devlet olma kriterlerinin temeline dayanarak üyeliğin kabul edilmesi anlamına gelmektedir.[48] Uluslararası hukukta antlaşmalar ve çeşitli uygulamalar aslında uluslararası toplumda tanımaya karar veren bir merkezi organ olmadığı için bir boşluğu doldurmaktadır denilebilir. Bu bağlamda hukuki tanıma uluslararası ilişkilerde en büyük eşitleyici ve düzenleyici olarak nitelendirilmektedir.[49] Devletlere aynı hak ve yükümlülükler dizisinin, yalnızca kendi egemenlikleri temelinde ve kendi içindeki görece konumlarına bakılmaksızın verilmesi amaçlanmaktadır.[50] Bu amacın gerçekleşmesi için hukuki tanınma teorilerinin iki temel soruna cevap vermesi gerekir: Birincisi hangi kriterler ile siyasi varlıklar egemen devletler olarak tanınacaktır? İkincisi, bu kriterleri kim yorumlayacak ve karar verecektir? (Tanımanın sadece devlet iradesine bırakılıp bırakılmaması sorunu)[51] Bu sorular önemlidir, çünkü tanımaya karar veren bir merkezi organ yoksa da uluslararası toplumda çeşitli devletler baskın otoriteler kurarak "tanınmayan devletler" sorununu gündeme getirmektedir.

2. Hukuki Tanıma Teorileri

Hukuki tanınma öğretide genellikle iki teoriyle açıklanmaktadır: Kurucu (*Constitutive Theory*) ve Açıklayıcı Teori (*Declaratory theory*). Bu ayrımın temelinde devletlerin uluslararası ilişkilerinde hak ve yükümlülüklere sahip bir özne olarak ortaya çıkmasına bağlanan koşullar yatmaktadır.

A. Kurucu Teori

Kurucu teori, "*Devletin fiilen bağımsızlığını kazandığı sürecin değil, diğer devletler tarafından yapılan tanıma tasarrufunun yeni bir devleti ortaya çıkardığını ve ona tüzel kişilik kazandırdığını savunur*."[52] Böylece bir devlet diğer devletlerin tanıma eylemi olmaksızın tam yetkili bir uluslararası hukuk

---

48 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 114.

49 BARTELSON, s. 114.

50 BARTELSON, s. 114.

51 BARTELSON, s. 115.

52 SHAW Malcolm N., **Uluslararası Hukuk**, Çeviri Ed. İbrahim Kaya, (çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2018, s. 316.

kişisi olamamaktadır. Kurucu teori açısından bir siyasi topluluğun tek başına devlet olma özelliklerini yerine getirmesi yeterli görülmez ve kurucu bir unsur olarak tanınmış olma şartı da eklenir.[53] Kurucu teori özellikle Lassa Oppenheim, Hersch Lauterpacht gibi düşünürler tarafından temsil edilmiştir. Sayılan düşünürler arasında da bazı görüş farklılıkları mevcuttur.

Oppenheim, devletlerarası tanınmanın niteliğini Milletler Topluluğu üzerinden ifade etmiş ve topluluğa halihazırda üye olmayan ancak üye olmak isteyen her devletin tanınmasının gerekli olduğunu vurgulamıştır. Ona göre bir devlet, doğduğu zaman zaten var olan üyeler tarafından tanınmıştır ve yalnızca ve münhasıran tanınma yoluyla uluslararası bir kişilik kazanmaktadır.[54] Oppenheim tanımayı devletlerin iradesine bırakmıştır ve devletin tanınmayı talep etme hakkı mevcut değildir.[55]

Kurucu teori 19. ve 20. yüzyılda da uluslararası hukukta tutulan bir görüş olmuştur. Bunun sebebi ise hukuki pozitivizmin geçerli normların yegâne kayağı olarak rıza unsurunu (irade) temel alması olabilir.[56] Ancak rıza unsuru, tanınmayı tanıyan devletler arasında bir meseleden ziyade ulusal çıkarların bir tezahürüne indirgeme riskini meydana getirmiştir. Dolayısıyla hukuki tanıma politik tanımanın tamamlayıcı unsuru olma tehlikesini taşıdığından Lauterpacht ve Kelsen gibi düşünürler kurucu teorinin farklı versiyonlarını üretmişlerdir.[57]

Oppenheim'a karşı çıkan Lauterpacht, devletlerin devlet olma koşullarını yerine getiren siyasi toplulukları tanıma yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedir.[58] Çünkü daha önce de değinildiği gibi tanımayı gerçekleştirecek bir merkezi organ olmadığından bu görev Lauterpacht'a göre devletlere düşmektedir.[59] Lauterpacht doktrini de birçok yönden eleştirilmiştir: Öncelikle bir devletin, henüz devlet olmamış bir topluluğa karşı uluslararası hukukta yükümlülük

---

53 ÖKTEM, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", s. 434.

54 OPPENHEİM L., **International Law: A Treatise Vol. 1**, "*Recognition a condition of Membership of the Family of Nations*", Second Edition, Longmans, Green and Co., New York, 1912, s. 116; ERTÜRK Erdem, "Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 78, Sayı: 1, 2020, s. 197.

55 ERTÜRK, "Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", s. 197.

56 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 115.

57 BARTELSON, s. 115.

58 SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 319.

59 ÖKTEM, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", s. 433.

altına girmesi gerekecektir.[60] Ayrıca her ne kadar bu doktrin daha uygulanabilir gibi gözükse de tanıma yükümlülüğünün olduğu kabul edildiğinde ve ilgili devlet ya da devletler tanımamakta direndiği durumda, henüz devlet olmamış siyasi topluluğun tanınma hakkının varlığından bahsedilebilecektir.[61]

Kelsen'e gelindiğinde, düşünürün kurucu teoriyi geliştirdiği mi yoksa açıklayıcı teorinin bir temsilcisi mi olduğu konusunda öğretide farklı görüşler söz konusudur.[62] Bu ayrılmanın sebebi, "*Hukuki tanıma işlemi, bir olgunun tespit edilmesidir*; *bir iradenin ifadesi değildir*" ifadesi olabilir.[63] Kelsen politik ve hukuki tanıma arasındaki farkı açıklamaya giriştiğinde öncelikle uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında bir ilişki kurmaktadır: Her bir hukuki düzen gibi uluslararası hukukun da olayları kesin sonuçlara bağlaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu sebeple uluslararası hukuk, tıpkı ulusal hukukların öznelerini belirlediği gibi hangi koşullarla devletin uluslararası özne olabileceğini belirlemelidir. Aksi takdirde uygulanabilirliğini yitirir.[64] Kelsen ardından tanıma işleminin bir anlaşma olmadığını vurgulamaktadır: Çünkü anlaşma, halihazırda birbirleriyle ilişki içerisinde varolan iki özne arasında gerçekleştirilir. Halbuki tanımada, varolan bir özne ile onun yaratacağı bir işlemle "varolacak" bir özne mevcuttur.[65]

Kurucu teorinin devletin oluşumunu tanınma şartına bağlaması Hegel'in Hukuk Felsefesi'ne de dayandırılmaktadır.[66] Bunun sebebi Hegel'in, bireyin özgür iradesini ancak önce ailede daha sonra sivil toplumda ve en son devlette tanınması ile tam olarak kazanabileceğini ileri sürmesidir.[67]

---

60 ERTÜRK, "Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", s. 198.

61 SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 319.

62 ÖKTEM, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", 51 numaralı dipnot, s. 436.

63 KELSEN, "Recognition in International Law", s. 608.

64 KELSEN, s. 606.

65 KELSEN, s. 609.

66 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 115.

67 "*Bir birey başka şahıslarla ilişkisi dışında bir gerçek şahıs olamadığı gibi, bir devlet de başka devletlerle ilişkisi dışında bir gerçek birey olamaz. Gerçi, bir devletin meşruluğu veya daha doğru bir deyişle dışa dönük yüzü söz konusu olduğunda, onun hükümdarının meşruluğu tamamen o devletin bir iç sorunudur. (Bir devlet, başka bir devletin içişlerine karışmamalıdır.) Ama öte yandan, bu meşruluk yine de başka devletlerce tanınmakla tam ve nihai geçerliliğini kazanır. Fakat bu tanıma aynı zamanda bir garantiyi de gerektirir ki bu tür tanınan devletin aynı şekilde kendisini tanıyan öteki devletleri tanıması yani onların bağımsızlığına saygı göstermesidir. Bunun için bir devletin iç işlerine karşı öteki devletler kayıtsız kalamazlar."* HEGEL G.W.F., "Paragraf 331", **Hukuk Felsefesi'nin Prensipleri**, (çev. Cenap Karakaya), 2.bs., Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 311-312.

Kurucu teori uluslararası hukukun uygulanması açısından dezavantajlı bir konumda değerlendirilmektedir: Kurucu görüşlerin ortak unsurlarından biri devlet olmakla uluslararası hukuk kişisi olmak arasında yapılan ayrımdır. Dolayısıyla bu durum uluslararası hukuk nezdinde kişi olmayan siyasal toplulukların uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin herhangi bir yaptırıma tâbi tutulamaması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin kuvvet kullanma vs. Diğer yandan, aynı şekilde uluslararası hukuktaki haklardan da yararlanılamayacağı için o devlet/siyasi topluluk içinde yaşayan insanların ve grupların hakları da tehlikeye düşmektedir.[68]

B. Açıklayıcı Teori

Açıklayıcı teori, bir siyasi topluluğun fiili biçimde devlet olarak kurulması ile uluslararası hukukta da devlet olabileceğini ifade etmektedir. Bir uluslararası hukuk kişisi olarak devlet olma, diğer devletlerin tanıma şartına bağlanmaz. Diğer bir deyişle buradaki tanıma işlemi sadece fiili durumun tespit edilmesinden ibarettir, devlet olmanın kurucu unsurlarından biri değildir.[69] 1933 *Montevideo* Sözleşmesi'nin 1. maddesi bir devletin oluşmasını sağlayan unsurları sıralamıştır: "Devlet, uluslararası kişi olarak aşağıdaki koşulları varlığında birleştirmek zorundadır: i) sürekli insan topluluğu; ii) belirli ülke; iii) hükümet; iv) öteki devletlerle ilişkiye girme yeteneği."[70] Sözleşmesinin 3. maddesi ise devletlerin tanınmasıyla ilgilidir: "*Devletlerin siyasal varlığı diğer devletlerin tanınmasına bağlı değildir. Bir devlet tanınmadan önce de varlığını ve bağımsızlığını koruma, kendi yargısını yapılandırma, yönetim örgütlemesini oluşturma ve ulusal çıkarlarını koruma hakkına sahiptir. Uluslararası hukuka göre devletin yukarıda belirtilen haklarını kullanması diğer devletlerin onayına bağlı değildir*"[71] Sözleşmenin 6. maddesinde ise "*Tanıyan devlet tanınan devleti uluslararası hukuk çerçevesinde bütün hak ve yükümlülükleriyle kabul ettiğini belirtir. Tanıma şartsız ve geri alınmaz bir işlemdir*" denilmektedir.[72]

Açıklayıcı teorinin uluslararası toplumda daha fazla kabul gördüğüne ilişkin yaklaşımlar mevcuttur. Bunun sebebi, açıklayıcı teorinin kurucu teo-

---

68 SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 316.

69 SHAW, s. 316.

70 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap,** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1989, s. 7.

71 AZARKAN Ezeli, "Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi", **Gaziantep University Journal of Social Sciences**, Cilt: 15, Sayı: 4, 2016, s. 1063.

72 AZARKAN, s. 1063.

rinin uygulama açısından en zayıf noktasını içermemesidir: Devletler bir başka devleti tanıdıklarına dair beyan edici bir işlem yapmasalar dahi o devlet uluslararası hukuktaki hak ve yükümlülüklere sahiptir. Örnek olarak Arap dünyası ve İsrail verilebilir. Kurucu teori kabul edilmiş olsaydı, İsrail'in tanınmaması bu ülkenin uluslararası hukukun başka devletlere saldırmama ve müdahale etmeme kurallarına riayet etmemesi demek olacaktır.[73] Ancak yine de açıklayıcı teorinin tanınmanın politik doğasına yenik düştüğü söylenebilir. Çünkü bir devletle diplomatik ilişkiler kurmamak da ilgili devletin hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesini sekteye uğratabilecektir.[74]

İlgili duruma özellikle Kosova'nın tanınması ile ilgili yaşananlar örnek verilmektedir. 4 Şubat 2008'de Avrupa Konseyi, Kosova'nın bağımsızlığının desteklenmesi yönünde bir karar almasına karşılık Yugoslavya'ya bağlı olan Kosova, 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlığını ilan ettikten sonra birçok Avrupa Konseyi ülkesi tarafından tanınmamıştır.[75] Diğer yandan Kosova açıklayıcı teoriye uygun biçimde bir devlet olarak varlığını devam ettirmiştir ancak onu tanımayan devletler ülkenin siyasi eylem alanını daraltmaktadır. Rusya'nın veto yetkisi devam ettiği sürece Kosova'nın Birleşmiş Milletler'e girebilmesi oldukça zor görünmektedir.[76]

1933 *Montevideo* Sözleşmesi'nde aranan koşullarla birlikte devletlerin tanınmasına ilişkin başka unsurlarda son 20-30 yılda gündeme gelmiştir. Bu unsurların varlığı uluslararası hukukta fiili durumun kurucu teori ile beyan edici teorinin arasında bir konumda olduğunu göstermektedir:[77] Devletler genellikle tanıma kriterlerine uygun bir biçimde kurulan devletleri tanımakta ve aynı zamanda kendi ulusal pratiklerine uygun düşen başka unsurlar da aramaktadırlar. Bunlardan en önemlileri tanınması planlanan ülkede hukukun üstünlüğünün, demokrasinin ve nükleer silahsızlanmanın gerçekleştirilmesidir.[78]

---

73 SHAW, Uluslararası Hukuk, s. 317.

74 SHAW, s. 317.

75 SHAW, s. 321.

76 SHAW, s. 321.

77 SHAW, s. 321.

78 SHAW, s. 320.

III. DEVLETLERARASI TANINMANIN ETİK BOYUTU

1. Etik Tanınma İlişkisinin Devletler Açısından İmkânı

Devletlerarası tanınma ilişkisine etik açıdan bakmak zorlayıcıdır. Çünkü bu yaklaşımı benimsemek, hukukun uygulamada eşitleyici fonksiyonunu yerine getiremediği ve yetersiz kaldığı iddiasını içinde barındırmaktadır. Etik tanınma teorileri, politik tanınmada olduğu gibi farklı devletlerdeki toplumsal grupların çatışmalarına odaklanmaktadır. Çatışmaların, öncelikle bir "adalet meselesi" mi yoksa temelde bir "kimlik politikası sorunu" mu olduğunu tartışmaları mevcutken, uluslararası ilişkiler teorisyenleri öncelikle ikincisiyle ilgilenmişlerdir.[79] Etik yaklaşım teorisyenleri ise adaleti esas alarak çatışmanın eşit ahlâki değer ve saygı temeline dayanan bir tanınma modeli ile çözülebileceği ortak fikrini taşımaktadırlar.[80]

Etik tanınma paradigmasını uluslararası ilişkiler alanına taşımak elbette teorisyenlerin kendi içinde de ayrılmalarına sebep olmuştur. Bunun en önemli sebebi tanınma teorisinin temellendirilmesinde çoğu düşünürün işe farklı unsur ve kavramları merkeze alarak başlamasıdır. Bu bağlamda Charles Taylor, Axel Honneth ve Nancy Fraser gibi düşünürler tanınma teorisi konusunda ortak ve farklı yaklaşımları benimsemişlerdir. Taylor ve Honneth, bireyler arası ilişkilerde tanınma paradigmasını "kendini gerçekleştirme" kavramı ile açıklarlar. Buna göre birey ancak bir diğeri tarafından tanındığında kendini tam anlamıyla gerçekleştirilebilir.[81] Fraser'a göre ise, bir adalet meselesi olarak tanınma, tanınma düşüncesine kendini gerçekleştirme yerine, "sosyal statü" durumu olarak bakmaktır. "*Tanınma iddiası bozulmuş olan kişiliğin onarımını değil, dışlanmış tarafı ikincilleştirilmenin üstesinden gelerek toplumsal yaşamın aktif katılımcısı yapmayı amaçlamalıdır*."[82]

Etik tanınma bireyler arasında gerçekleştiği gibi devletlerarasında da gerçekleşebilir mi? Belirtilen düşünürlerden Axel Honneth bu sorunun peşinden giderek, kendini gerçekleştirme temelli tanınma paradigmasının devletlerarası ilişkilere hangi yönlerden uygulanabileceğini ve uygulanamayacağını araştırmıştır. Honneth'e bazı yönlerden muhalif olan Mattias Iser dört

---

79 BARTELSON, "Three Concepts of Recognition", s. 118.

80 BARTELSON, s. 118.

81 ÇÖREK Dolunay, **Axel Honneth'in Toplum Felsefesinde Tanınma ve Özgürlük**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2020, ss. 62-68.

82 ÇÖREK, ss. 62-68.

farklı biçimde devletlerarası etik tanınma ilişkisini temellendirmektedir. Aşağıda, değinilen bu görüşlere yer verilecektir.

2. Axel Honneth'in Düşünceleri

Axel Honneth bireyler arasındaki tanınma ilişkisini Hegel'in son dönem eserlerini yorumlayarak temellendiren bir eleştirel teorisyendir. Devletlerarası tanınma ilişkisini yorumlamaya da öncelikle Hegel'den yola çıkarak başlamaktadır. Ona göre Hegel'in hukuk felsefesi, batılı ulus devletler ile az gelişmiş halklar arasında bir ayrım yapmaktadır: Batılı hukuk devletleri birer ulus devlet olarak kendilerini ortaya koyarken yalnızca çıkarlarına uygun eylemlerde bulunurlar. Tanınma ve saygı yönündeki arayış, sadece hukuka sahip olmayan az gelişmiş topluluklara aittir.[83] Honneth de bu düşüncenin bugün hâkim fikir olduğunu kabul etmekle birlikte şu sorunun cevabının aranması gerektiğini belirtmektedir: "*Yürürlükteki amaca yönelik rasyonel-aktör tasarım modeli bugün devletlerin farklı yerlerde birbirleriyle içine girdiği tüm politik gerilimleri, çatışmaları, savaşları açıklamak için yeterli midir gerçekten?... Tanınma mücadelesinin ve saygı kazanımının birincil motiflerine de devlet aktörlerinin çatışma davranışını ve politika dışı tavrını açıklayabilmek için başvurulması gerekmez mi?*"[84]

Honneth yönelttiği soruyu kolektif özsaygı, meşruluk anlatısı, sembolik iletişim ve son olarak ulus ötesi güven inşası kavramlarıyla aydınlatır. Sırasıyla bu kavramlara değinmek gerekirse öncelikle birey, kolektif kimlik ve devlet arasında kurulan ilişki incelenmelidir. Dışlanma, aşağılanma gibi tanınmama deneyimleri, bireyler ve toplumsal azınlık gruplar için tanınma terminolojisi içinde ifade edilebilir. Ancak devletler söz konusu olduğunda bu psikolojik ifadeleri kullanmak tanınma ilişkisini açıklamak için yeterli değildir. Dolayısıyla farklı bağlamlara ihtiyaç vardır.

Bunlardan ilki her ayrı devletin içinde olduğu meşruluk zeminidir.[85] Bir devletin dış politika tavrı, sürekli halkın muhtemel beklentilerini karşılayıp karşılamadığı noktasında denetlenmektedir. Bu durum sadece demokrasinin yerleşik olduğu ülkeler için geçerli değildir. Otoriter devletlerde de liderler

---

[83] HONNETH Axel, "Devletlerarası Tanınma: Devletlerarası İlişkilerin Ahlaki Zemini Üzerine", **Bizdeki Ben: Tanınma Teorisi Üzerine İncelemeler**, (çev. Özgür Aktok), İthaki Yayınları, İstanbul, 2018a, s. 202.

[84] HONNETH, s. 202.

[85] HONNETH, s. 209.

kendi etkinliklerini bu kriter üzerinden kazanırlar. Böylece devletin dış politik temsilcileri öncelikle ülkeleri içindeki "kolektif özsaygı"yı oluşturan ögeleri tanımalıdırlar: Bunlara geçmişte hayatta kalma çabaları, otoriter eğilimlere karşı sergilenen direnişler, kültür performansları örnek gösterilebilir.[86] Sonuç olarak bu ögeler, bir devletin içindeki kolektif kimliklerin tanınmaya ilişkin beklentilerini meydana getirmektedir. Ancak devletler sadece içindeki toplumsal grupların isteklerini hesaba katmazlar. Nitekim bu istekler tek bir yerden gelmediği için düzensiz ve belirsiz de olabilir. Devletler bu kolektif hissiyatların tamamını göz önüne alarak yorumlar yaparlar. Yorumları da dış politikada meşruluk anlatısı olarak kullanırlar.[87]

Meşruluk anlatılarının diğer devletlere değer verme, saygı gösterme ve onları tanımama olarak ifade ediliş biçimi diplomasideki sembolik mesajlaşmadır. Liderlerin jest ve mimikleri, temsilcilerin karşılanması, ses tonlarına kadar her türlü beden dili de tanınmaya ve tanınmamaya dair ipuçları vermektedir. Burada unutulmaması gereken iletişim biçiminin sadece stratejik amaçlara göre şekillenmemesidir.[88] "*Devletler arasındaki tüm karşılaşmalar ve ilişkiler, devletlerin politik temsilcileri meşruluklarının güvencesini sağlamak için sürekli kendi halklarının deneyim ve arzularının yorumcusu olarak davranmak zorunda olduklarından dolayı, tanınma uğruna sürdürülen bir çatışmanın ahlâki baskısı altındadır.*"[89] Burada devletlerarası tanınma ilişkisine ahlâki tonu veren temel, kolektif özsaygı arayışıdır. Honneth'e göre bireyler arasında olduğu gibi devletler arasında da tanınmanın alt ayrımlarını yapmak mümkün değildir ve önemli de değildir.[90] Çünkü hem ilişki daha belirsiz ve çok aktörlüdür hem de önemli olan tanınmanın biçimi değil, özsaygı arayışının aktörlerce nasıl yorumlandığıdır.[91] Devletlerin çıkarlarının

---

86 HONNETH, ss. 209-211.

87 HONNETH, ss. 211-217.

88 " *... salt stratejik amaçlar ya da hesapların birincil, ayrılmış katmanını temel alan teorik bir çıkış noktası yanlıştır. Devlet aktörleri, kırılgan bir kolektivite olan kendi nüfusu nezdinde varsayabileceği tanınma ihtiyaçlarını, keza, bir o kadar geçirgen olan yabancı bir nüfusun ahlâki tazminat ihtiyaçlarının göz önünde bulundurmadan bu tür çıkarları dile getiremezler.*" HONNETH, s. 213.

89 HONNETH, s. 213.

90 Mattias Iser bu hususun önemli olduğunu düşünmekte ve alt ayrımlar yapmaktadır. Bir sonraki başlıkta ifade edilecektir.

91 Honneth bireyler arası tanınma ilişkisini üç ayrı alt katmanda incelemektedir. Bu aile ortamında sevgi ile kazanılan özgüven; sivil toplumda saygı görme ile kazanılan özsaygı ve bir topluluk dayanışması içerisinde görülen değerin karşılığı olarak özdeğerdir. Bkz. HONNETH Axel, **Tanınma Uğruna Mücadele**, (çev. Özgür Aktok), İthaki Yayınları, İstanbul, 2018b.

peşinden gidebilmesi ancak içindeki halkların kolektif özsaygılarının aşağılandığı algısına dayanılarak mümkün olabilir. Aksi takdirde meşruluk yitirileceği için uluslararası etkinlik sağlanamaz. Buna en iyi örnek Versay (*Versailles*) Antlaşması ile gerçekleşen kolektif aşağılanma, oluşturulan intikam politikası ve ortaya çıkan nasyonal sosyalist diktatörlüktür.[92]

Honneth'in düşüncelerine bütünsel bakıldığında, çıkar ve değerlerin birleşimi ile temellendirmenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Son kertede savunduğu, ekonomik ve diplomatik gerilimlerin çözümünde hukuka başvurmadan önce her iki tarafın kolektif kimliklere, tarihe, kültüre karşılıklı saygı duyması gerektiğidir. Bu anlamdaki karşılıklı saygıya dayanan tanınma gerçekleşirse ulus ötesi devletler topluluğunda güven inşa edilebilir.[93]

3. Mattias Iser'ın Görüşleri

Toplum Felsefesi'ndeki tanınma teorisini uluslararası ilişkiler literatüründe tartışan bir kısım yazarların, tanınma ve kimlik meselelerini ele alarak devletlerarası ilişkilerde ampirik bir kanıta ulaşmak maksadıyla psikoloji bilimine yöneldikleri belirtilmektedir. (Honneth, Greenhill, Ringmar, Wendt)[94] İnsanların kimlik oluşumunun ancak bir başkası tarafından tanınma ile mümkün olduğunu savunan ve buna ilişkin ampirik kanıtlar gösteren bu düşünürler, tıpkı tanınmayan insanların giriştiği tanınma mücadelesine uluslararası arenada tanınmayan devletlerin de teşebbüs ettiğini ileri sürmekte (Taylor, Honneth), bununla birlikte bu yaklaşımın tanınmanın normatif içeriğini ihmal ettiğini ifade etmektedirler.[95] Dolayısıyla kimliğe dayanmak yerine devletlerarası etik tanınma ilişkisi normatif olarak temellendirilmelidir. Mattias Iser bu çabayı gösteren yazarlardan biridir.

---

92 HONNETH, 2018a, s. 215.

93 HONNETH, 2018a, ss. 223-224.

94 Aslına bakıldığında Honneth bu eleştiriye bir cevap niteliğinde devletlerarasındaki ilişkilerin psikoloji bilimi ile açıklanamayacağını ancak devletlerin içerisinde azınlıkların, dışlanan grupların yaşadıkları deneyimleri anlatırken "acı çekme", "eziyet görme" gibi ifadelerle psikolojinin terminolojisine başvurulduğunu ifade etmektedir. Honneth şöyle demektedir: "*... Dolayısıyla çabalardan, ihtiyaçlardan ya da hissiyatlardan bahsettiğimizde kullandığımız psikolojik kavramlar uluslararası ilişkiler alanında yersizdir. Devlet aktörleri zihinsel tavırların taşıyıcısı değildir; politik olarak önceden belirlenmiş ödevlerin yerine getirilmesinin vesileleridir.*" İlgili kısım için bkz. HONNETH, 2018a, s. 207.

95 ISER Mattias, "Recognition Between States? Moving Beyond Identity Politics", **Recognition in International Relations: Rethinking a Political Concept in a Global Context**, Ed. Christopher Daase, Caroline Fehl, Anna Geis, Georgios Kolliarakis, Palgrave Macmillan, New York, 2015, s. 27.

Iser, devletlerarası ilişkilerde tanınmadan bahsedebilmek için devleti öncelikle dört ayrı başlıkta incelememiz gerektiğini düşünmektedir: 1. Devlet; 2. Devletin güncel hükümeti; 3. Kamu görevlileri; 4. Özel vatandaş grupları.[96] Devleti incelediğimizde, Honneth, devletlerarası tanınma ile ilgili yazdığı makalesinde, bir devletin sınırları koruma, ekonomik iyileşmeyi sağlama ve politik güvenliği koruma gibi görevlerinin devletlerarası etik tanınma paradigmasının çerçevesi içerisinde tanımlanamayacağını ileri sürmektedir.[97] Iser bu görüşe birkaç yönden itiraz etmektedir: *"... Bir devletin temsilcilerinin iki bağımsız görevle karşı karşıya olduklarını düşünmek mantıksızdır: Birincisi, seçmenlerinin tanınma ihtiyacına dikkat etmek (belki de kolektif kimliği onaylamak) ve ikincisi, işlevsel olarak tanımlanmış zorunlulukları yerine getirmek. İkinci görevin yerine getirilmesi vatandaşların haklarını korumak ve meşru çıkarlarına uygun şekilde tepki vermek için gerekliyse, bu tutum devletin vatandaşlarını yeterince tanıdığının bir göstergesidir. İşte tam da bu nedenle, bahsedilen görevleri yerine getirme olasılığı bir devletin haklarına, yani diğer devletler karşısında sahip olduğu haklara aittir. Bu görevler, devlet ile vatandaşları arasındaki ilişki veya devletler arasındaki ilişkide, tanıma açısından tanımlamamız gereken şeyin bir parçasını oluşturmaktadır.*"[98]

Hükümetlerin devletlerarası tanınmada etkisi önemlidir. Özellikle söz konusu bölünmüş bir ülke ise hükümetlerin diğer devletlere ilişkin tutumları devletin uluslararası sabit davranış biçimi ile çelişebilir ve yanlış tanımaya neden olabilir. Bazı durumlarda bir devletin kamu görevlisinin diğer devletin yalnızca başka bir kamu görevlisine saygısızlık etmesi de mümkün olabilir. Böyle bir durumda devletin ilgili kamu görevlisini uzaklaştırması veya onu görevinden almasını beklenir.[99] Ancak vatandaşlar devletin bazı politikalarına aykırı davranarak ifade özgürlüğü kapsamında diğer devletin gruplarına saygısızca davranırlarsa bu durumu önlemek çok daha zor olabilir.

Iser ayrıca devletlerarası etik tanınma ilişkisinin kademeli olarak dört alt ayrımda ifade edilebileceğini savunmakta ve hukuki tanınmayı da bu kapsamda ele almaktadır: 1. Temel hukuki tanıma (*basic legal recognition*); 2. Eşit saygı (*equal respect*); 3. Değer verme (*esteem*); 4. Güven (*trust*).[100] Bir

---

96 ISER, ss. 30-31.

97 HONNETH, 2018a, s. 206.

98 ISER, "Recognition Between States?", s. 31.

99 ISER, s. 31.

100 ISER, ss. 36-39.

devleti hukuken tanımak, o devlete saygı göstermenin bir ön koşulu olarak kabul edilmektedir. Etik bir ilişki için öncelikle karşıda bir muhatap bulunmalıdır. Ancak bu tanıma biçimi kesinlikle saygı göstermeden ayrılır, hukuki tanıma o devlete karşı nasıl bir tutumun benimseneceği hakkında bir şey söylememektedir.[101] Eşit saygı gösterme konusunda ise yazar, John Rawls'un sözleşmeci fikirlerini esas almaktadır. Bu bağlamda, devletlerin diğer devletlerle ilişkilerindeki eylemler, başka bir devletin makul biçimde reddedemeyeceği ilkelere uygun biçimlenmelidir. Dolayısıyla "*ayrıcalıklar ancak bu ayrıcalıklara sahip olmayanlar için kabul edilebilirse haklı çıkarılabilir.*"[102] Örneğin bazı devletlerin (G8 veya G20) küresel ekonomik düzenin inşasında diğerlerinden daha fazla söz sahibi olması, etkilenen herkes için kabul edilebilir normatif standartlar açısından gerekçelendirilmelidir.[103]

Paylaşılan bir standartla ölçülebilen belirli özellikler, beceriler veya katkılar bakımından bireylere değer verildiği gibi, belirli özellikler için bir devlete de değer verilebilir. Değer ve saygı kavramları sürekli aynı kategori içerisinde incelenmekle birlikte, yazara göre bir tarafın herhangi bir konuda üstün olduğunu düşünmek eşit muamele etmeye engel değildir.[104] Son olarak, iki kişi arasındaki bir arkadaşlık düşünüldüğünde bu ilişki karşılıklı ilgi ve paylaşılan deneyimler duygusundan kaynaklanmaktadır. Her iki birey de bağımsız kalmasına ve özerk bir şekilde yaşamlarına devam edebilmesine rağmen, önündeki zorluklarla birlikte yüzleşmeyi tercih etmektedir.[105] Devletler de bu ilişkiye benzer şekilde hayatta kalmaları ve elde etmeye çalıştıkları tüm hedefler için diğer devletlerin desteğine güvenebilir. Bu durumda güven ihlâli ancak o ilişki özelinde gelişen normatif beklentilerin yerine getirilmemesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.[106]

SONUÇ

Bu çalışmada tartışılan tanınma meselesi, devletler merkeze alınarak teorik düzlemde incelenmiştir. Devletlerarası tanınmanın öncelikle politik boyutu ele alınmıştır. Politik tanınma ile hukuki tanınma arasında bazı fark-

---

[101] ISER, ss. 36-39.

[102] ISER, ss. 36-39.

[103] ISER, ss. 36-39.

[104] ISER, ss. 36-39.

[105] ISER, ss. 36-39.

[106] ISER, ss. 36-39.

lar mevcuttur. Uygulamada devlet olma kriterlerini yerine getiren siyasi topluluklar, hukuken tanıma zorunluluğu olmadığı için bir devlet olarak kabul edilmemekte ve ancak menfaatlere hizmet ettiği ölçüde kendileriyle ilişki kurulmaktadır. Ulusal çıkarlar ve tanınma arasındaki bu bağ birçok devletin uluslararası toplumda hak ve yükümlülüklere sahip olup olmadığı tartışmalarını gündeme getirmekte ve politik tanınma mücadelesini doğurmaktadır. Bu bağlamda politik tanınma teorilerine değinilerek, tanınma mücadelelerinin ekonomik ve askeri amaçların yanı sıra kimlik politikalarına da dayandığı gösterilmeye çalışılmıştır. Ardından hukuki tanınmanın, uluslararası hukukta tanımanın kesin kriterlerini ortaya koyacak merkezi bir organ olmadığından düzenleyici ve eşitleyici işlevi vurgulanmıştır. Kelsen, Oppenheim, Lauterpacht gibi düşünürlerin görüşleriyle kurucu ve açıklayıcı teoriler açıklanmıştır. Son olarak devletlerarası tanınmanın etik boyutunun imkânı tartışılarak etik tanınma ilişkisini temellendiren Axel Honneth ve Mathias Iser'ın görüşlerine yer verilmiştir. Buradan hareketle aslında etik boyutun kaynağının her ayrı devlet içindeki kolektif kimliklerin kolektif özsaygı arayışı olduğu üzerinde durulmuştur. Etik boyutu tanımlayan kolektif özsaygı ve her ayrı devletin eşit ahlâki değeridir.

Çalışmada yer verilen çeşitli kavram ve görüşlerden devletlerarası tanınmada hangi boyutun daha etkin olduğu ve boyutlar arasında nasıl bir ilişki olduğu soruları ortaya çıkmaktadır. Etik tanınma teorileri ulus ötesi barış ve güven ortamına ilişkin bir umut vaat etse de ilk bakışta hukuki ve etik boyutun politik tanınma uygulamalarından bağımsız olamayacağı izlenimi baskın çıkmaktadır. Çünkü devlet temsilcileri kolektif kimliklerin ahlâki taleplerini görmezden gelemezler ancak bu talepleri kendi politik çıkarlarına göre yorumlayarak uluslararası politikada kullanabilecekleri bir kılıfa sokmaktadırlar. Bugüne kadar tanınmayan birçok ülkede meydana gelen insan hakları ihlâllerinin bu yöntemle üstü kapatılmıştır. Diğer yandan bahsedilen üç boyutun birbirini bütünlediği varsayımı da kabul edilebilir görünmektedir. Politik çıkarların neden olduğu çatışmaların, uluslararası belgelerle çözümüne çalışılmakta ve son adımda hukukun yönlendiricisi olarak karşılıklı saygıya dayanan bir uluslararası toplum inşası amaçlanmaktadır.

KAYNAKÇA

AZARKAN Ezeli, "Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi", **Gaziantep University Journal of Sciences**, Cilt: 15, Sayı: 4, 2016, s. 1055-1068.

BARTELSON Jens, "Three Concepts of Recognition", **International Theory**, Vol. 5, Issue: 1, March 2013, ss. 107-129, https://www.cambridge.org/core/journals/international-theory/article/three-concepts-of-recognition/04CBBA44599E09717F1EDC3997F55D90, (Erişim tarihi: 07.01.2021).

CHWASZCZA Christine, "Recognition: Some Analytical Remarks", **International Theory**, Vol. 5, Issue: 1, March 2013, ss. 160-165. https://www.cambridge.org/core/journals/internationaltheory/article/recognition-some-analytical-remarks/2C331DB8DDA71BA31BDCD3F67C3500FF, (Erişim tarihi: 07.01.2021).

ÇÖREK Dolunay, **Axel Honneth'in Toplum Felsefesinde Tanınma ve Özgürlük**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2020.

DEMİRTAŞ ÇOŞKUN Birgül, "Alexander Wendt, Social Theory of International Politics" (Kitap İncelemesi), **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği, Cilt: 2, Sayı: 7, Güz 2005, ss. 189-194.

EMİNOĞLU Ayça, "Uluslararası Politikada Devletlerin Tanınması: Ayrılma ile Ortaya Çıkan Devletlerde Tanınma Sorunu", **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 9, 2015, ss. 123-141.

ERALP Atilla, "Uluslararası İlişkiler Disiplini'nin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması", **Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar**, Der. Atila Eralp, 4. bs., İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.

ERTÜRK Erdem, "Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 78, Sayı: 1, 2020, ss. 191-212.

GEİS Anna, vd., "Gradual Processes, Ambiguous Consequences: Rethinking Recognition in International Relations" **Recognition in International Relations: Rethinking a Political Concept in a Global Context**, Ed. Christopher Daase, Caroline Fehl, Anna Geis, Georgios Kolliarakis, New York, Palgrave Macmillan, 2015, ss. 3-27.

HEGEL, G.W.F., **Hukuk Felsefesi'nin Prensipleri**, (çev. Cenap Karakaya), 2.bs., İstanbul, Sümer Yayıncılık, 2018.

HONNETH Axel, "Devletlerarası Tanınma: Devletlerarası İlişkilerin Ahlaki Zemini Üzerine", **Bizdeki Ben: Tanınma Teorisi Üzerine İncelemeler**, (çev. Özgür Aktok), İthaki Yayınları, İstanbul, 2018a, ss. 201-225.

HONNETH Axel, **Tanınma Uğruna Mücadele**, (çev. Özgür Aktok), İthaki Yayınları, İstanbul, 2018b.

ISER Mattias, "Recognition Between States? Moving Beyond Identity Politics", **Recognition in International Relations: Rethinking a Political Concept in a Global Context**, Ed. Christopher Daase, Caroline Fehl, Anna Geis, Georgios Kolliarakis, Palgrave Macmillan, New York, 2015, ss. 27-45.

KELSEN Hans, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", **The American Journal of İnternational Law**, Cambridge University Press, Vol. 35, No. 4, October 1941, ss. 605-617.

OPPENHEİM, L., **International Law: A Treatise Vol. 1**, Second Edition, Longmans, Green and Co., New York, 1912.

ÖKTEM Emre / KURTDARCAN Bleda, "Uluslararası Hukuk Varmış, Ona Geçen Gün Yolda Rastladım", **GSÜHFD**, No. 57, 2007, ss. 51-68.

ÖKTEM Emre, "Teori ve Uygulamada Uluslararası Tanıma", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No. 5, 2007, ss. 431-461.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1989.

RİNGMAR Erik, "The İnternational Politics of Recognition", **The International Politics of Recognition**, Ed. Erik Ringmar, Thomas Lindemann, New York, Routledge, 2016, ss. 3-25.

SHAW Malcolm N, **Uluslararası Hukuk**, Çeviri Ed. İbrahim Kaya, (çev. Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek), Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, 2018.

ŞÖHRET Mesut: "Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınmasının Hukuki Boyutu ve Tanınma ile İlgili Başlıca Normlar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Sayı: 38, 2019, ss. 63-88.

WENDT Alexander, **Uluslararası Siyasetin Sosyal Teorisi**, (çev. Helin Sarı Ertem, Suna Gülfer Ihlamur Öner), 2. bs., İstanbul, Küre Yayınları, 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1713-1744

NÜRNBERG VE YASSIADA YARGILAMALARINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME(*)

Arş. Gör. **Kadir Can ÖZEL**(**)

Öz: Nürnberg ve Yassıada yargılamaları, askeri, siyasi, hukuki açılardan 20. yüzyıla damgasını vuran olaylardandır. Nürnberg yargılamalarını yapan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ile Yassıada yargılamalarını yapan Yüksek Adalet Divanı çeşitli farklılıklara ve benzerliklere sahiptir. Her iki mahkemenin farklılıklarından bazıları şunlardır: Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi uluslararası, Yüksek Adalet Divanı ise ulusal niteliğe sahiptir. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni oluşturan irade İkinci Dünya Savaşı'nın galibi olan Müttefik Devletler, Yüksek Adalet Divanı'nı oluşturan irade ise Milli Birlik Komitesi'dir. Bununla birlikte, çalışmamızda, Nürnberg ve Yassıada yargılamalarının ve bu yargılamaları gerçekleştiren mahkemelerin farklılıklarından ziyade benzer yönlerine odaklanılmıştır. Bu bağlamda, her iki yargılama ve mahkeme, "siyasal yargı" ve "galiplerin adaleti" kavramları, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden olan "kanunilik ilkesi" ve "tabii (doğal) hakim ilkesi" bakımından ele alınmıştır. Buna ek olarak, Radbruch Formülü'nün Nürnberg ve Yassıada yargılamalarındaki görünümüne de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Nürnberg ve Yassıada Yargılamaları, Galiplerin Adaleti, Kanunilik İlkesi, Tabii (Doğal) Hakim İlkesi, Radbruch Formülü.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.02.2020 - Makale Kabul Tarihi: 21.05.2021.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID No: 0000-0002-0223-0382; *kadircanozel@hacettepe.edu.tr*).

A COMPERATIVE REVIEW ON THE NUREMBERG AND YASSIADA TRIALS

Abstract: The Nuremberg and Yassıada trials are one of the events that marked the 20th century in terms of military, political, legal aspects. The International Military Tribunal in Nuremberg performing the Nuremberg trials and the High Court of Justice performing the Yassıada trials have various differences and similarities. Some of the differences of both courts are: The International Military Tribunal in Nuremberg has an international character and the High Court of Justice has a national character. The will forming the International Military Tribunal in Nuremberg is the Allies who winner of the Second World War and the will forming the High Court of Justice is the National Unity Committee. However, in our study, similar aspects rather than differences of the Nuremberg and Yassıada trials and the courts performing the trials have been focused. In this regard, both the trials and the courts have been examined in terms of the concepts of "political judgement" and "victor's justice", in terms of "principle of legality" and "principle of natural judge" which are universal principles of criminal law. Moreover, appearance of the Radbruch Formula in the Nuremberg and Yassıada trials has also been included.

Keywords: The Nuremberg and Yassıada Trials, Victor's Justice, Principle of Legality, Principle of Natural Judge, The Radbruch Formula.

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı (Savaş) boyunca milyonlarca insan ölmüş, öldürülmüştür. Savaş sonrasında Savaş sırasında katliamlara sebebiyet verenlerin cezasız kalmaması düşüncesiyle Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (Nürnberg Mahkemesi) ve Tokyo Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi (Tokyo Mahkemesi) kurulmuştur. Türkiye'de ise, 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleşen askeri müdahale[1] sonucunda yönetimi eline alan askeri güçler, yargılamalar yapmak amacıyla Yüksek Adalet Divanı'nın (Divan) kurulmasını sağlamıştır. Kurulan bu Divan'da, yanlış politikalara sebebiyet verdiği düşünülen yetkililer yargılanmıştır. Yargılama sonunda hapis cezaları ve idam cezalarına hükmolunmuş ve bu cezaların bir kısmı infaz edilmiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, Nürnberg yargılamaları ile Yassıada yargılamaları arasında şüphesiz belli başlı farklar mevcuttur. Örneğin, Nürnberg yar-

---

[1] Özdemir'e göre, 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleşen müdahale, 27 Mayıs Anadolu İhtilali veya Milli Kurtuluş Savaşı anlamında bir "ihtilal" olmadığı gibi siyasal iktidarın bir sınıftan ötekine geçmesi anlamında bir "devrim" de değildir. Hatta bu müdahale, sıradan bir darbe olarak da görülmemelidir. Zira gerçekleştirilmesinde geniş çevrelerin desteği vardır. Bkz. ÖZDEMİR Hikmet, **Siyasal Tarih (1960-1980),** Türkiye Tarihi 4 - Çağdaş Türkiye (1908-1980) (yayın yön. Sina Akşin), 13. Basım, Cem Yayınevi, İzmir, 2018, s. 229.

gılamalarını yapan Nürnberg Mahkemesi, Savaş'ın galip devletleri tarafından kurulmuş ve uluslararası nitelikte görev yapmıştır. Oysa Divan, 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleşen askeri müdahale sonrasında Milli Birlik Komitesi tarafından kurulan ve ulusal nitelikte görev yapan bir mahkeme olmuştur.

Çalışmamızda, Nürnberg ve Yassıada yargılamalarının farklılıkları ve özellikle birbirine benzeyen yönleri üzerinde durulmaya çalışılacak, her iki yargılamanın karşılaştırması bu şekilde yapılacaktır. Zira her iki yargılamanın farklı yönleri olduğu kadar, bazı ortak yönleri de bulunmaktadır. Çalışmanın ortaya çıkarılmasında amaçlanan, insanlık tarihinde ve ülkemiz özelinde derin izler bırakan bu yargılamaların öneminin günümüzde dahi sürmesinden dolayı, -askeri, siyasi, hukuki açılardan 20. yüzyıla damgasını vuran- her iki yargılamaya bazı yönlerden ışık tutarak bunları birlikte ele alabilmek ve aradaki kimi farklılıklara ama daha ziyade benzerliklere dikkat çekebilmektir. Bu yapılırken, öncelikle her iki yargılamanın genel hatlarına değinilecektir. Ardından bu yargılamalarda görev yapan Nürnberg Mahkemesi ile Divan'ın, "siyasal yargı" ve "galiplerin adaleti" kavramları bakımından bir değerlendirmesi yapılacak ve sonrasında ceza hukukunun evrensel kabul görmüş ilkelerinden olan "kanunilik ilkesi" ile "tabii (doğal) hakim ilkesi" bakımından söz konusu mahkemeler ele alınacaktır. Son olarak ise, Gustav Lambert Radbruch'un mimarı olduğu Radbruch Formülü'ne genel olarak değinilecek ve Formül'ün Nürnberg ve Yassıada yargılamalarındaki görünümüyle ilgili açıklamalar yapılmaya gayret edilecektir.

I. GENEL HATLARIYLA NÜRNBERG VE YASSIADA YARGILAMALARI

1. Nürnberg Yargılamaları

Savaş boyunca süren çatışmalarda birçok sivil insan öl(dürül)müş ve insan hakları ağır bir biçimde ihlal edilmiştir. Savaş süresince hem nicelik hem de nitelik açısından Alman ve Japon görevlilerin işlediği savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar diğer tüm fiillerin önüne geçmiştir. Savaş bittiğinde ve özellikle Nazilerin icraatları gün yüzüne çıktığında, uluslararası kamuoyunda bu fiillerden dolayı büyük bir infial meydana gelmiş ve tepkiler başlamıştır[2]. Bu bakımdan, -her ne kadar egemen oldukları dönemin kanunları-

[2] TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku,** Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 297-298; ŞEN Ersan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 20.

na uygun davranmış ve şekli kanuniliği sağlamış olsalar da- Nazilerin mutlaka cezalandırılması konusunda adeta bir görüş birliği meydana gelmiştir.

Bu görüş birliği sonucunda, Müttefik Devletler'in dördü olan Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, 30 Ekim 1943 tarihinde yayımladıkları Moskova Deklarasyonu'yla Nazi rejiminin ve mensuplarının iktidarları sırasında ve Savaş süresince yaptıkları icraatlar nedeniyle cezalandırılması gerektiğine dair niyetlerini açığa vurmuş[3] ve 1945 yılındaki Potsdam Konferansı'nda da bu fikirlerini güçlendirmişlerdir. Bahsi geçen Müttefik Devletler'in temsilcileri 8 Ağustos 1945 tarihinde Londra'da toplanarak Londra Antlaşması'nı imzalamış ve Nürnberg'de kurulacak Nürnberg Mahkemesi'nin yetki ve işleyişini belirlemişlerdir[4]. Londra Antlaşması, Nazilerin fiillerini yargılamak üzere uygulanmıştır[5].

Nazi Almanyası'nın askeri yetkilileri ve üst düzey yöneticileri tarafından Savaş sırasında gerçekleştirilen fiillerin ve faillerin yargılanması için kurulan ve uluslararası ceza hukukunun doğum belgesi olarak tanımlanan Nürnberg Mahkemesi, "barışa karşı suçlar", "savaş suçları" ve "insanlığa karşı suçlar" olmak üzere üç tip yargı yetkisini eline almış ve Nazileri bu suçlardan dolayı yargılamıştır[6].

Nürnberg Mahkemesi'nde gerçekleşen yargılamalarda, Nazilerin liderliğini yapan 22 kişi yargılanmıştır[7]. Ancak, Adolf Hitler, soykırım programının uygulayıcısı Heinrich Himmler ve Nazi propaganda lideri Joseph

---

3 TEZCAN Durmuş, **Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı,** Hukuk Kurultayı 2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000, s. 273; BANTEKAS Ilias / NASH Susan, **International Criminal Law,** 3. Edition, Routledge-Cavendish, 2007, s. 497; UZUN Elif, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** S. 2, 2003, s. 27.

4 ODMAN Tevfik, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1-4, 1998, s. 136-137.

5 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 299; Nürnberg Mahkemesi kurulup işlerliği sağlandıktan sonra, Japon kuvvetlerinin yargılanması için de 19 Ocak 1946 tarihinde Tokyo Mahkemesi kurulmuştur. Bkz. ODMAN, s. 137; ÖNOK R. Murat, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 41; Nürnberg Mahkemesi'nden kısa bir süre sonra kurulan Tokyo Mahkemesi, hem kuruluş statüsü hem de işleyiş bakımından Nürnberg Mahkemesi'ne benzemektedir. Bkz. ŞEN, s. 20.

6 EREM Faruk, **İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide),** Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948, s. 7; AYBAY Rona, "Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu", Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2010, s. 135; ŞEN, s. 20; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 300; BANTEKAS / NASH, s. 498; ÖNOK, s. 42.

7 Sanıklar hakkındaki iddianamelerin özeti için bkz. EREM, s. 11-14.

Goebbels, intihar ettiklerinden dolayı sanık sandalyesine hiç oturmamış ve yargılanmamıştır[8]. Diğer bir önemli Nazi lideri Robert Ley ise, iddianamesi okunduktan sonra bulunduğu hücrede kendisini öldürmüştür[9]. Hakkında hüküm verilen 22 sanıktan 12'si ölüm cezasına, 3'ü ömür boyu hapis cezasına, 4'ü süreli hapis cezasına mahkum edilmiş, 3 sanık ise beraat etmiştir[10].

Görüldüğü üzere, bireysel ceza sorumluluğunun kabul edildiği Nürnberg yargılamalarında, bireylerin de devletler hukuku kurallarıyla bağlı oldukları ve bu kuralları ihlal etmeleri durumunda sorumlu tutulabilecekleri gözler önüne serilmiştir[11]. Buna ek olarak, bir ülkenin devlet başkanı yahut yetkilisi olmanın, bazı suçlar bakımından yargısal bağışıklığa neden olmayacağı da bu yargılamalarla ortaya konulmuştur[12].

2. Yassıada Yargılamaları

Türk Silahlı Kuvvetleri'nden bir grup üst düzey ordu mensubu ve daha alt rütbeli genç subay, 27 Mayıs 1960 tarihinde gerçekleştirdikleri bir askeri müdahaleyle ordu adına yönetime el koymuştur[13]. 27 Mayıs askeri müdahalesi, meşruiyet bildirimini, *"eski iktidarın anayasayı çiğnemesi"* şeklinde formüle etmiştir[14]. 27 Mayıs sabahı yönetime el koyan ordu mensupları, 1 orgeneral, 1 tümgeneral, 2 tuğgeneral ile çeşitli rütbelerdeki subaylardan oluşmuştur. Yönetime el koyan subaylardan en genci 27 yaşındaydı. Yapılan askeri müdahale sonucunda Cumhurbaşkanı Celal Bayar, Başbakan Adnan Menderes, bakanlar ve Demokrat Parti milletvekilleri tutuklanmıştır[15].

Demokrat Parti iktidarı, ilk zamanlarda Türk toplumunu yoğun bir şekilde dinamize etmiştir[16]. Buna rağmen gerçekleşen askeri müdahalenin,

---

8 AYBAY, s. 135.

9 BALL Howard, **Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience,** University Press of Kansas, Kansas, 1999, s. 50-51; ÖNOK, s. 43.

10 TEZCAN, s. 274; AYBAY, s. 136; ÖNOK, s. 43-44.

11 ALİBABA Arzu, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, 2000, s. 185; UZUN, s. 28.

12 TÖNGÜR Ali Rıza, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku,** Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 7.

13 ÖZDEMİR, s. 228.

14 DOĞRU Osman, **27 Mayıs Rejimi,** İmge Yayınevi, Ankara, 1998, s. 52.

15 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş 22. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2018, s. 35.

16 AKIN Rıdvan, **Türk Siyasal Tarihi (1908-2000),** 3. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 360.

Demokrat Parti'nin ülkeyi gitgide baskıcı bir rejime doğru götürmesi, muhalefeti susturmaya çalışması ve basının demokratik haklarına saygılı olmak yerine basını susturmaya çalışması gibi nedenlerden dolayı yapıldığı dile getirilmektedir[17]. Bu bağlamda, Akın'a göre, örneğin, Demokrat Parti, iktidarı kaybetmemek ve basının muhalefetle yakınlaşmasını engellemek adına 9 Mart 1954 tarihli Basın Kanunu'nu değiştirerek *"devletin siyasi ve mali prestijini sarsan yayın"* ismi altında yeni bir suç ihdas etmiştir[18]. Yine Demokrat Parti'nin 27 Mayıs öncesinde, 28 Nisan 1960 tarihinde 7468 sayılı Kanun'la "Meclis Tahkikat Komisyonu (Araştırma Komisyonu)" kurması da yoğun eleştirilere maruz kalmış ve 27 Mayıs'a giden süreci hızlandırmıştır. İsmet İnönü 7468 sayılı Kanun henüz tasarı aşamasındayken buna karşı çıkmış ve sert bir konuşma yapmıştır[19]. Ancak, 354 Demokrat Parti milletvekilinin desteğiyle, Tahkikat Komisyonu'nun kurulmasına olanak sağlayan 7468 sayılı Kanun Tasarısı kabul edilmiş ve kanunlaşmıştır[20]. Başkanlığını Denizli Milletvekili Hamdi Sancar'ın yaptığı Tahkikat Komisyonu[21] ilk iş olarak siyasi faaliyetleri kısıtlamış ve basına yayın yasağı uygulamıştır[22].

27 Mayıs askeri müdahalesini gerçekleştirenler, 12 Haziran 1960 tarihli 1 sayılı Kanun'la[23] 1924 Anayasası'nın bazı hükümlerini yürürlükten kal-

---

17 ÖZDEMİR, s. 229.

18 AKIN, s. 354; Akın'a göre, 1957 seçimlerinden sonra Cumhurbaşkanı Celal Bayar daha dengeli bir devlet başkanlığı yapabilmiş olsaydı ve kendi partisini sınırlayabilseydi 27 Mayıs askeri müdahalesi olmayabilecekti. Bkz. AKIN, s. 360.

19 İsmet İnönü konuşmasında, *"... şartlar tamam olduğu zaman, milletler için ihtilal meşru bir haktır. ..."* şeklinde ifadeler kullanmıştır. Bkz. AYDEMİR Şevket Süreyya, **İkinci Adam (1950-1964)**, C. 3, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 397, 400.

20 BAŞGİL Ali Fuad, **27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri,** 7. Baskı, Yağmur Yayınları, İstanbul, 2017, s. 115.

21 27 Mayıs askeri müdahalesi sonucunda Tahkikat Komisyonu'nun üyeleri ve Komisyon'un kurulması yönünde faaliyet gösteren milletvekilleri tutuklanmıştır. Bkz. AKIN, s. 363.

22 GİRİTLİOĞLU Fahir, **Türk Siyasi Tarihi'nde Cumhuriyet Halk Partisi'nin Mevkii,** C. 1, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965, s. 583; Demokrat Parti tarafından yapılan bu faaliyetlerin 27 Mayıs askeri müdahalesinin alt yapısını oluşturduğu dile getirilmektedir. 27 Mayıs askeri müdahalesi yaşandıktan sonra bu müdahale meşru bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, Demokrat Parti'nin meclis üstünlüğüne dayanarak muhalefeti susturması, Tahkikat Komisyonu kurmaya çalışması ve kurduğu Komisyon marifetiyle ana muhalefet partisini cezalandırmaya kalkışması, temel hak ve özgürlükleri askıya alması karşısında, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri Sıddık Sami Onar, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Hüseyin Nail Kubalı, Tarık Zafer Tunaya, Ragıp Sarıca ve İsmet Giritli'den oluşan bilim kurulu, *"... içinde bulunulan durum adi bir hükümet darbesi sayılmaz ..."* gibi ibareler içeren bir rapor hazırlamıştır. Bkz. SOYSAL Mümtaz, **Anayasanın Anlamı,** Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 17; BAŞGİL, s. 118.

23 R.G., 14.06.1960, S. 10624.

dırmıştır. Bu sebeple, 1 sayılı Kanun, geçiş dönemini düzenleyen bir "geçici anayasa" niteliğinde görülmektedir[24]. Ayrıca, 1 sayılı Kanun, bir "Milli Birlik Komitesi" kurmuştur. Bu Komite, Orgeneral Cemal Gürsel başkanlığında, general ve subay rütbesindeki toplam 38 kişiden oluşmuş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkilerine sahip olmuştur[25]. Aynı zamanda Orgeneral Cemal Gürsel, devlet başkanı ve hükümet başkanı olarak bütün yetkileri uhdesinde toplamıştır[26].

1 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, eski cumhurbaşkanı, başbakan, başbakan yardımcıları, iktidar mensupları ile bu kişilerin fiillerine iştirak edenlerin yargılanması amacıyla "Yüksek Adalet Divanı" kurulmuştur. Divan, adli, idari ve askeri mahkemelerde görevli hakimler arasından, Bakanlar Kurulu'nun teklifi üzerine, Milli Birlik Komitesi'nce seçilen 1 başkan (Salim Başol), 8 asıl ve 6 yedek üyeden oluşmuştur. Divan'ın başsavcısı (Ömer Altay Egesel) ile başsavcı başyardımcısı ise, Yüksek Soruşturma Kurulu'nun başkan ve üyeleri arasından, Bakanlar Kurulu'nun teklifiyle, Milli Birlik Komitesi'nce atanmıştır.

Divan'ın, eski iktidar mensuplarını yargılayabilme yetkisinin dayanağını farklı açılardan ele alan görüşler vardır. Söz konusu görüşler, yargılamadan beklenen işlevi de belirlemiştir[27]. Bu görüşlerden birine göre, askeri müdahalede bulunanlar, eski iktidar mensuplarını iktidardan düşürmekle onların yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisini de ele geçirmiştir. Bu görüşe göre, başkalarının yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisini ele geçirenler evleviyetle onları yargılama yetkisine de sahip olurlar. Diğer bir görüşe göre ise, Divan'da yapılacak yargılama, askeri müdahalenin meşruiyetini tesis etme düşüncesine dayanmaktadır. Bu bakımdan, eski iktidar mensuplarının yargılanmasının mantıksal, siyasal ve hukuksal açılardan gerekli olduğu savunulmuştur[28]. Özetle, Divan'ın kurulmasının iki temel amacı olduğu söylenebilir: 1) 27 Mayıs askeri müdahalesini meşrulaştırmak, 2) Eski iktidar men-

---

[24] TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980),** 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1995, s. 306; ERDOĞAN Mustafa, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset,** 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 85; ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku,** 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 33.

[25] GÖZLER, 2018, s. 35; Milli Birlik Komitesi, kendini halkın kurtarıcısı olarak görmüştür. Bkz. AKIN, s. 365.

[26] AKIN, s. 366.

[27] DOĞRU, s. 132.

[28] DOĞRU, s. 134.

suplarını cezalandırmak[29]. Bununla birlikte, 1 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, Divan'ın kararları kesindi; ancak idam kararlarının infazı, kararın Milli Birlik Komitesi'nce onaylanmasına bağlıydı.

Divan, 11 Ekim 1960 tarihinden 15 Eylül 1961 tarihine kadar 11 ay süre boyunca gerçekleştirdiği yargılamalarda 592 kişiyi yargılamıştır. Yargılamalar sonucunda Divan, 592 sanıktan 123 kişi hakkında beraat, 15 kişi hakkında idam, 31 kişi hakkında müebbet hapis cezasına hükmetmiş; 418 sanık hakkında ise çeşitli süreli hapis cezaları vermiştir. 5 sanık hakkında açılan dava ise düşmüştür. Eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar, eski Başbakan Adnan Menderes, eski Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Refik Koraltan, eski Çalışma ve Maliye Bakanı Hasan Polatkan, eski Dışişleri Bakanı Fatih Rüştü Zorlu, eski Gümrük ve Tekel Bakanı Emin Kalafat, Agâh Erozan, Ahmet Hamdi Sancar, Nusret Kirişçioğlu, Bahadır Dülger, İbrahim Kirazoğlu, Osman Kavrakoğlu, Ahmet Zeki Erataman ile eski Genelkurmay Başkanı Mustafa Rüştü Erdelhun idam cezasına mahkum edilmiştir[30]. Hükmedilen idam kararları üzerine İsmet İnönü, 13 Eylül 1961 tarihinde Milli Birlik Komitesi ve Devlet Başkanı Cemal Gürsel'e mektupla müracaat ederek, Divan tarafından hükmedilen idam cezalarının Milli Birlik Komitesi tarafından onaylanmamasını istemiştir[31]. Ancak, Milli Birlik Komitesi, idam cezalarından üçünü (Adnan Menderes, Fatih Rüştü Zorlu, Hasan Polatkan) onaylamış, diğer idam cezalarını ise müebbet hapis cezasına çevirme kararı almıştır[32].

II. "SİYASAL YARGI" VE "GALİPLERİN ADALETİ" KAVRAMLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Nürnberg ve Yassıada yargılamalarının kendine has özellikleri, bu yargılamaları yapan mahkemelerin yapısı ve işleyişindeki farklılıklar yukarıda genel hatlarıyla anlatılmakla birlikte, bir de söz konusu mahkemelerin gerçekleştirdiği yargılamaların bazı ortak özellikleri, yönleri mevcuttur. Bu bölümde, her iki yargılamada ve mahkemede görülebilecek "siyasal yargı" örneği olma ve "galiplerin adaleti"ni sağlama ortak özellikleri üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

---

29 AKIN, s. 369.

30 ÖZDEMİR, s. 235.

31 İNÖNÜ İsmet, **Defterler (1919-1973)** (haz. Ahmet Demirel), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 838.

32 AKIN, s. 370.

1. Siyasal Yargı Örneği Olma

Siyasal yargı, genel olarak, hukuki usul ve tekniklerin mevcut egemenlik ilişkilerini pekiştirmek veya değiştirmek amacıyla devreye sokulması, daha özgül olarak ise, yürürlükteki hukuk kurallarına aldırış etmeksizin yargının siyasal baskı ve tasfiye amacıyla işlevselleştirilip araçsallaştırılması olarak tanımlanabilir[33]. Siyasal yargının mevcut olduğu sistemlerde, mahkeme kararları yargılama başlamadan önce yazılmış ve devletin yargılamaya dönük ilgisi, hükümden (sonuçtan) ziyade duruşmalardan resmi propaganda için çıkarılacak malzemeye odaklanmaktadır[34]. Ayrıca, siyasal yargıdan söz edebilmek için mahkemelerin açıkça siyasi iradenin emri doğrultusunda hareket etmesi de şart değildir. Zira bir mahkeme, kararını verirken hukuku ve adaleti değil de egemen veya resmi ideolojiyi yahut "devlet aklı"nı esas alıyorsa, ortada bir siyasal yargı var demektir[35].

Siyasal yargının baş gösterdiği durumlarda, yargının bağımsızlığından ve tarafsızlığından[36] bahsetmek de oldukça güçtür. Ancak, ne gariptir ki yargının tarafsızlığı da en fazla böylesi zamanlarda vurgulanmaktadır[37]. Hakimlerin bağımsızlığı konusunda Kunter'in ölçütü dikkate alınmaya değerdir. Zira Kunter'e göre, *"Hakimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de hakimlerin bağımsızlığını zedeler"*[38].

Bu açıklamalar ışığında, Nürnberg yargılamaları sürecinde "barışa karşı suçlar", "savaş suçları" ve "insanlığa karşı suçlar" olmak üzere üç tip suç tipi üretilmesinin ve Nazilerin bu suçlardan dolayı egemen ideolojiyi esas alan Nürnberg Mahkemesi tarafından yargılanmasının bir siyasal yargı örneği oldu-

---

33 SANCAR Mithat, **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti,** 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 188.

34 SANCAR, s. 189.

35 SANCAR, s. 190.

36 Yargının ve dolayısıyla hakimlerin bağımsızlığı, kimseden emir almamak; tarafsızlık ise, iddia ve savunma makamları bakımından objektif davranılması, herhangi bir kişinin kayrılmamasıdır. Bkz. ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan, vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** (ed. Bahri Öztürk), Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 135.

37 SANCAR, s. 190.

38 KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8. Bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1986, s. 317.

ğu söylenebilir. Nürnberg yargılamalarını yapmak üzere, Savaş'ın galibi olan Müttefik Devletler tarafından kurulan Nürnberg Mahkemesi, şüphesiz bu devletlerin egemenliklerini pekiştirmelerine de yardımcı olmuştur. Nürnberg Mahkemesi nezdinde yargılanarak çeşitli cezalara mahkum edilen Nazilere verilen cezalar Savaş'ın galip devletlerinin propaganda aracı olarak kullanılmış ve Nürnberg Mahkemesi egemenliklerini kuvvetlendirmelerinde araçsallaştırılmıştır. Diğer yandan, galip devletler tarafından kurulan ve hakimleri belirlenen Nürnberg Mahkemesi'nin yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına sahip olduğu da söylenemez. Nürnberg Mahkemesi, gerçekleştirdiği yargılama faaliyetlerinde galip devletlerin yönlendirmeleri ihtimaline daima açık halde olmuştur. Zira Nürnberg Mahkemesi'nin adli ve idari heyeti Savaş'ın galibi olan Müttefik Devletler'in vatandaşlarından oluşmuştur[39]. Bu yönüyle de Nürnberg Mahkemesi'nin siyasal yargının bir örneği olduğu ileri sürülebilir.

Tıpkı Nürnberg Mahkemesi gibi Yassıada yargılamalarında görev yapan Divan da siyasal yargı örneği olarak görülebilir[40]. Yassıada yargılamaları kapsamında sanıklara isnat edilen suç / suçlar ve Divan'ın yönetimi ele alan Milli Birlik Komitesi'nin resmi ideolojisine uygun hareket etmesi, siyasal yargı örneği olduğuna delalet etmektedir. Bu bağlamda, Yassıada yargılamalarında sanıklara isnat edilen suç, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun[41] 146. maddesinde düzenlenmiş olan ve öğretide *"anayasayı ihlal suçu"* olarak nitelendirilen *"Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler"* başlığı altında düzenlenen[42] bir suçtu[43]. Bu suça göre yapılan yargılamanın egemen, resmi ideolojiye hizmet ettiği ve Divan'ın o gün geçerli olan devlet aklına uygun hareket ettiği söylenebilir.

---

39 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 306; UZUN, s. 28-29; ALİBABA, s. 306.

40 HACIMURATLAR Zeliha, "Hukuk-Politika-Adalet İlişkisi Açısından Yassıada Yargılamalarına Kısa Bir Bakış", **Ankara Barosu Dergisi,** 2008, S. 3, s. 86.

41 R.G., T. 13.03.1926, S. 320.

42 765 sayılı Kanun'un 146. maddesine göre, *"(1) Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olur. (2) 65'inci maddede gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca gerek bir kaç kişi ile birlikte kavli veya tahriri veya fiili fesat çıkararak veya meydan ve sokaklarda ve nasın toplandığı mahallerde nutuk irat veyahut yafta talik veya neşriyat icra ederek bu cürümleri işlemeğe teşvik edenler hakkında, yapılan fesat teşebbüs derecesinde kalsa dahi ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur. (3) Birinci fıkrada yazılı suça ikinci fıkrada gösterilenden gayri surette iştirak eden fer'i şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye kadar ağır hapis ve amme hizmetlerinden müebbeden memnuiyet cezası hükmolunur"*.

43 BİBEROĞLU M. Kemal, **Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri,** Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara, 1996, s. 28.

Divan'ın, anayasayı ihlal suçundan dolayı yargıladığı sanıklar için yapılan yargılamanın niteliğine bakıldığında da, yargılama sürecinde yaşananların siyasal yargının bir örneği olduğu görülebilir. Zira Yassıada yargılamalarında sanıkların anayasayı ihlal suçunu işledikleri yönündeki yargılama, genel olarak sanıkların milletvekili oldukları dönemde yaptıkları yasama faaliyetlerine ve bu anlamda kanunların yapımında mecliste olumlu oy kullanmış olmaları gerekçesine dayandırılmıştır[44]. Yassıada yargılamaları sonucunda verilen idam ve hapis cezaları, ülke yönetimini elinde bulunduran Milli Birlik Komitesi'nin ülke genelindeki egemenliğini pekiştirmesine vesile olmuş ve hükmedilen cezaları propaganda malzemesi olarak her an kullanabilmesi olasılığına zemin hazırlamıştır.

Her ne kadar 1 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, yargı hakkının (yargılama yetkisinin) tarafsız ve bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmişse de, bir askeri müdahale sonucunda yönetime el koyan Milli Birlik Komitesi'nin iradesiyle ve Komite'nin egemenliğini pekiştirmek amacıyla kurulan Divan'ın ne derece tarafsız ve bağımsız hareket ettiği düşündürücüdür. Üstelik Divan'da görev yapan hakimler ve savcılar Milli Birlik Komitesi'nce seçilmişken (atanmışken), bu kişilerin kendini atayan iradeye -o günkü şartlar düşünüldüğünde- ters düşerek bir yargılama yapmış olabileceği ihtimali de oldukça düşüktür. Bu bakımdan, Divan'ın yargılamaları yaparken egemen veya resmi ideolojiyi yahut devlet aklını esas alarak hukuku uygulamış olma ihtimali bulunmaktadır. Kaldı ki, Divan'ın bağımsızlığının -kendini kuran irade olan- Milli Birlik Komitesi eliyle zedelenebileceğine yönelik herhangi bir ihtimalin varlığı dahi Divan'da görev yapmış olan hakimlerin bağımsızlığına gölge düşürmeye elverişli gözükmektedir. Sayılan bu özellikleri ve eksiklikleri nedeniyle, Yassıada yargılamalarının siyasal yargının bir örneği olarak görülmesi mümkündür. Bununla birlikte, Divan'ın, yaptığı yargılamalar aracılığıyla belli bir kesimin siyasi olarak tasfiyesi yoluna gittiği ve bu yolda yargıyı bir araç olarak kullandığı da ileri sürülebilir.

2. Galiplerin Adaletini Sağlama

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, hem Nürnberg yargılamalarını gerçekleştiren Nürnberg Mahkemesi'nin hem de Yassıada yargılamalarını gerçekleştiren Divan'ın, Savaş'ın / askeri müdahalenin galibi ve kazananı olanların adaletini sağlamaya yönelik hareket etmiş olmasıdır.

---

[44] HACIMURATLAR, s. 87.

Öğretide, Nürnberg Mahkemesi'nin görünürdeki amacının adaleti gerçekleştirmek, dünya üzerinde bozulan düzeni sağlamak ve insanlığın vicdanını rahatlatmak olduğu; oysa Nürnberg Mahkemesi'nin dışarıya sunulmayan sessiz bir amacının olduğu ve bu amacın Savaş'ın galibi olan devletlerin bireysel intikamlarını, Savaş'ı kaybeden devletlerin yöneticilerinden ve üst düzey komutanlarından alma isteği olduğu belirtilmektedir[45].

Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisini, yalnızca Savaş'ın mağlup devletlerinin vatandaşları üzerinde kullanması daima eleştirilen bir konu olmuştur. Nürnberg Mahkemesi, Savaş'ı kaybeden İtilaf Devletleri adına çalışan kişilerin ve özellikle Nazi savaş suçlularının yargılanması için kurulmuş ve Savaş'ın galibi Müttefik Devletler'in aynı fiilleri işlemiş mensuplarını kovuşturmamıştır. Bu özelliği sebebiyle, Nürnberg yargılamalarına uluslararası literatürde, *"galiplerin adaleti" (victor's justice)* ya da *"galiplerin intikamı" (victor's vengeance)* denildiği görülmektedir[46]. Nürnberg Mahkemesi'nin zafer kazananların tatmin aracı olarak tasarlanmış olmasının temelinde de bu yatmaktadır[47]. Galiplerin adaletini sağlamaya yönelik kurulan Nürnberg Mahkemesi, adaletin hikayesini, yıllar boyunca Müttefik Devletler'in -kendi pencerelerinden- anlatmasına ve adalet "dağıtmalarına" araç olmuştur.

Nürnberg Mahkemesi'nin kendi hukuki dayanağını açıklamak için, Almanya'nın koşulsuz teslim olduğu devletlerin egemenliklerine bağlı olarak yasama yetkilerini kullanarak Mahkeme'yi kurmuş olduklarını açıklaması, Mahkeme'nin Savaş'ın galibi olan devletlerin birer organı olduğu görüşünü kuvvetlendirmektedir[48]. Bununla birlikte, şayet Savaş'tan Almanya galip çıksaydı, bu durumda Nazi liderleri muhtemelen kahraman ilan edilecekti ve belki de Müttefik Devletler'in liderlerinin yargılanması söz konusu olacaktı[49].

---

45 ŞEN, s. 20.

46 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 307; AYBAY, s. 137; ÖNOK, s. 10; TÖNGÜR, s. 8; ALİBABA, s. 186.

47 ŞEN, s. 20, 24.

48 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 307.

49 Bu konuda Bauman'ın söyledikleri dikkate değerdir. Bauman'a göre, *"Birisinin ahlaksızlıkla suçlanabilmesi ve bunun kanıtlanabilmesi için öncelikle o kişinin yenilmesi gerekiyor. Katliam emri veren Nazi liderleri yargılandı, mahkum edildi, asıldı ve bunların eylemleri -ki eğer Almanya savaştan galip çıkmış olsaydı tarih kitaplarında bu eylemleri insani yükselişin hikayesi olarak okuyacaktık- insanlığa karşı işlenen suçlar olarak sınıflandırıldı. Hüküm en az kendisini mümkün kılan zafer kadar garantiydi. Kartlar yeniden karılana ve dolayısıyla tarih-*

Yassıada yargılamalarını gerçekleştirmek için de, 27 Mayıs'taki askeri müdahale sonucunda yönetime el koyan Milli Birlik Komitesi tarafından, eski iktidar mensuplarının, hükümette görev almış yetkililerin, Demokrat Parti milletvekillerinin yargılanmasına yönelik olarak Divan kurulmuştur. Divan, bu yönüyle askeri müdahaleyi gerçekleştirmiş bir grup askerin meydana getirdiği Milli Birlik Komitesi'nin tesiri altında kalmış ve Komite'nin sunduğu ideolojinin etkisiyle yargılamalar yapmış, yani galiplerin adaletini sağlamıştır. Şayet, aksi bir durum olsaydı ve askeri müdahale başarısız olsaydı, 27 Mayıs askeri müdahalesini yapanların yargılanması söz konusu olabilecekti. Böyle bir durumda yargılamayı yapacak olan mahkeme, eski iktidar mensuplarının yahut onların sunduğu ideolojinin, devlet aklının güdümünce kalabilecek ve galip olan bu kişilerin adaletini sağlamaya çabalayabilecekti.

Öğretide de, Yassıada yargılamalarında hukukun değil, iktidarda olanların (Milli Birlik Komitesi) egemen olduğu ve hukukun sadece onların elindeki bir alet olduğu dile getirilmektedir[50]. Hatta bu husus bizzat Divan Başkanı Salim Başol'un sözlerine de yansımıştır. Nitekim Yassıada'da yargılanan Demokrat Partili sanıklardan birisinin, yargılanmalarına neden olan kanunların yapımında kendileriyle birlikte mecliste olumlu oy kullanmış ancak askeri müdahaleden önce Demokrat Parti'den istifa ederek Cumhuriyet Halk Partisi'ne geçmiş milletvekillerinin neden yargılanmadığını sorması üzerine, Başkan Başol, *"sizi buraya tıkan güç böyle istedi"*[51] şeklinde cevap vermiştir.

Görülmektedir ki, Nürnberg yargılamalarında olduğu gibi Yassıada yargılamaları da galip gelenin adaletine hizmet etmiştir. Her ne kadar Nürnberg Mahkemesi'ni oluşturan irade (Savaş'ın galibi olan Müttefik Devletler) ile Divan'ı oluşturan irade (27 Mayıs askeri müdahalesini gerçekleştiren Türk Silahlı Kuvvetleri'nden bir grup asker) birbirinden farklı olsa da, her iki mahkemenin yaptığı yargılama sürecinde galip olan / başarılı gelen iradeler hukuku kendilerine araç edinerek galiplerin (kendilerinin) adaletini sağlamaya ve mağlupları bu yolla cezalandırmaya yönelmiştir.

---

sel hafıza yeni durumlara göre yeniden tanımlanana dek bu hüküm baki kalacaktır. Gün gelip de galipler yenilmedikçe, bunların zalimlikleri yargılanmayacaktır. Adalet mağlup olana tesir ediyor. Ancak adaletin hikayesi bugünün galiplerinden başka hiç kimse tarafından anlatılamadığı için dünya daima ahlaksızlığın ve cezalandırılabilirliğin eşanlamlı olduğu ve adaletin dağıtıldığı bir dünya olarak sunuluyor". Bkz. BAUMAN Zygmunt, **Parçalanmış Hayat** (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 238-239.

[50] HACIMURATLAR, s. 87.

[51] BİBEROĞLU, s. 34-35.

III. "KANUNİLİK İLKESİ" VE "TABİİ (DOĞAL) HAKİM İLKESİ" BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Gerek Nürnberg yargılamalarında gerekse Yassıada yargılamalarında belli başlı ceza hukuku ilkelerinin ihlal edildiği yönünde geçmişten bu yana birçok eleştiri ortaya konulmuştur. Bu eleştirilerin kayda değer bir kısmı "kanunilik ilkesi" ile "tabii (doğal) hakim ilkesi" bakımından kendini göstermektedir. Bu önemi sebebiyle, her iki yargılama ve bu yargılamaların yapıldığı mahkemeler bakımından ceza hukukunun evrensel ilkelerinden olan söz konusu iki ilkeyi değerlendirmek isabetli gözükmektedir[52].

1. Kanunilik İlkesine Aykırılık

Hukuk devleti, bireyi yalnızca ceza hukuku aracılığıyla korumakla yetinmez aynı zamanda ceza hukukuna karşı da korumalıdır. Böylece "suç ve cezanın kanuniliği ilkesi" veya diğer bir deyişle "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" ya da başka diğer bir ifadeyle "kanunilik ilkesi", devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturmaktadır[53].

Hukuki pozitivizmle[54] yakından ilişkili olan kanunilik ilkesine göre, bir davranış ne kadar zararlı, ahlaksız, vicdanı rencide edici olursa olsun fiilin işlenmesinden önce o davranışın cezalandırılacağı konusunda açık bir pozitif hüküm yoksa fiil cezalandırılamayacaktır[55]. Ulusal hukuklardaki anlamıyla kanunilik ilkesi ise, suç ve cezaların yalnızca kanunla konulması ve usulüne uygun olarak ilan edilerek herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesini ifade etmektedir[56]. Kanunilik ilkesi, kanunda gösterilmeyen bir fiilin suç

---

52 Bu iki ilke dışında üzerinde durulmayı hak eden bir diğer ilke de "hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi"dir. Ancak, bu ilkeye çalışmanın "Siyasal Yargı Örneği Olma" başlığı altında değinildiğinden, bu başlık altında tekrar değinilmeyecektir.

53 ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 43.

54 Hukuki pozitivizm, yürürlükte olan mevzuata göre hareket eden, "olması gereken"i değil "olan"ı esas alan anlayıştır. Hukuki pozitivizm, belli bir yerde ve zamanda geçerli olan ve yazılı oluşturulan hukuk kurallarıdır. Bu anlayışa göre, insan hakları bu kurallar çerçevesinde şekillendirilmektedir. Bkz. TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz, vd., **İnsan Hakları El Kitabı,** Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 66; ÖĞÜTÇÜ Muhlis, "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 576.

55 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305.

56 ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖZBEK Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku,** 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 42; ŞEN, s. 36;

oluşturmaması, yalnızca kanunda gösterilen cezanın uygulanabilmesine de hizmet etmektedir. Bu bakımdan, hakimlerin, fiilleri keyfiyete göre suç sayması ve cezalandırması sınırlandırılmış olmaktadır. Böylelikle keyfiyet önlenmektedir. Buna ek olarak, bireyler de hangi fiillerinin suç teşkil ettiğini önceden öğrenme ve buna göre davranma olanağına ve güvencesine kavuşurlar[57].

İç hukukumuzda, 1924 Anayasası'nda kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmemişken, 1961 Anayasası'nın *"Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı"* başlıklı 33. maddesinin ilk üç fıkrasında kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Benzer şekilde, 1982 Anayasası'nda da kanunilik ilkesine yer verilmiştir. 1982 Anayasası'nın *"Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar"* başlıklı 38. maddesinin ilk üç fıkrasında, *"(1) Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilmek suretiyle kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun[58] *"Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi"* başlıklı 2. maddesinde de, *"(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz"* denilerek kanunilik ilkesine normatif olarak yer verilmiştir.

Uluslararası ceza hukuku açısından kanunilik ilkesi ise, kişinin bir uluslararası suç işlediğinden bahisle ulusal ya da uluslararası mercilerde yargılanabilmesinin, söz konusu fiilin suç teşkil ettiğinin uluslararası hukukta gerçek anlamda kural oluşturan asli kaynaklarda açıklanmış olmasına bağlılığı-

---

Öğretide kanunilik ilkesine yönelik eleştiriler de mevcuttur. Bu eleştiriler için bkz. ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / DOĞAN Koray, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 77-78.

[57] ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler,** Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 61.

[58] R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

dır[59]. Kanunilik ilkesi, uluslararası alanda temel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) *"Kanunsuz Ceza Olmaz"* başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. AİHS'in 7/1 hükmü kanunilik ilkesinin ve dolayısıyla hukuki pozitivizmin bir yansımasıdır. Bununla birlikte, AİHS'in 7/2 hükmü ise, *"Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir"* şeklinde bir hüküm ortaya koymuştur. Bu hükmün ise, kanunilik ilkesine aykırılık ve istisna oluşturduğu savunulmaktadır[60].

Nürnberg yargılamaları açısından kanunilik ilkesi değerlendirilecek olursa, Nürnberg Mahkemesi Şartı'nın (Şart) 6. maddesinde Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren fiiller tek tek sayılmış ve bu fiillerin işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ancak, maddede sayılan suçlar, Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine girdiği belirtilen fiillerin işlenmesinden sonra ihdas edilmiştir. Yani bu fiillerin işlendiği zamanda bunları açıkça suç olarak düzenleyen ve Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine dahil eden bir uluslararası hukuk kuralı mevcut değildi[61]. Bundan dolayı, Nürnberg yargılamalarında kanunilik ilkesine uyulmadığı söylenebilir. Nitekim Nürnberg yargılamalarını yapan Nürnberg Mahkemesi, kanunilik ilkesiyle bağlantılı olan hukuki pozitivizmden ziyade tabii (doğal) hukuk öğretisi[62] kapsamında hareket etmiş ve kanunilik ilkesini dikkate almamıştır. Bununla birlikte, Nürnberg Mahkemesi,

---

[59] PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri,** 1. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 103-104.

[60] ŞEN, s. 36.

[61] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305.

[62] Tabii (doğal) hukuk öğretisine göre, her insanın akıl, mantık ve vicdan yoluyla ulaşabileceği, varlığının kabulü için hiçbir makamca tanınmasına gerek olmayan, her devir ve toplum için geçerli olan değişmez bazı haklar mevcuttur. Hukuki pozitivizmin aksine tabii hukuk, bir insan veya iradenin eseri değildir. Bu bakımdan, bu anlayışı savunanlara göre, tabii hukuk pozitif hukuktan ayrı ve üstündür. Devlet, kendi hukuk düzenini doğal hukukun ortaya koyduğu ilkelere uydurmak durumundadır. İlkeye göre, doğuştan ve insan olmanın bizatihi kendisi, insan haklarının kaynağını oluşturmaktadır. Bkz. TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR, vd., s. 64-65; Tabii hukuk öğretisi, insanların zihninde ve vicdanında yaşayan adalet duygusundan doğarak, "olan" değil "olması gereken" üzerinde durmaktadır. Buna göre, tabii hukuk anlayışının ürünü olarak kabul edilen insan hakları, pozitif hukuk tanımamış olsa dahi insanın doğuştan / özden sahip olduğu, insan olmaktan kaynaklanan haklarıdır. Bkz. ÖĞÜTÇÜ, s. 570.

kanunilik ilkesine yönelik kendisine yapılan itirazları önlemek adına Şart'ı başlı başına bir hukuk kaynağı olarak ele almamıştır. Mahkeme, Şart'ı, yargı yetkisinin sınırlarını ve uygulayabileceği hukukun çerçevesini çizen bir belge olarak ele almıştır. Böylelikle Nürnberg Mahkemesi, Şart'tan önce mevcut olan antlaşmalara dayanarak iddianameler hazırlamış ve kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik itirazları bu yolla engellemeye çalışmıştır[63]. Ayrıca, Nürnberg Mahkemesi'ne göre, komşu devletlere saldıran kimseleri cezalandırmamak, adil olmamak anlamına gelmekteydi[64].

Yassıada yargılamaları açısından kanunilik ilkesine bakılacak olursa, üzerinde durulması gereken husus, eski iktidar mensuplarının ve Demokrat Parti milletvekillerinin kanunların yapılması sürecinde mecliste olumlu oy kullanmalarının ve yasama faaliyeti gerçekleştirmelerinin, 765 sayılı Kanun'un 146. maddesinde düzenlenen anayasayı ihlal suçuna sebebiyet verdiği iddiasıyla yargılanmalarıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, bir davranışın yanlış veya hatalı olarak değerlendirilmesi ya da etik görülmemesi ayrı bir konu; o davranışın normatif düzenlemelere aykırı olduğundan bahisle cezalandırılması yoluna gidilmesi ayrı bir konudur. Demokrat Parti milletvekillerinin yukarıda örneği verilen Basın Kanunu gibi bazı kanunların yapımı sürecinde olumlu oy kullanması çeşitli nedenlerle yanlış veya hatalı görülebilir ya da etik bir davranış olarak görülmeyebilir. Ancak, milletvekillerinin yasama faaliyeti gerçekleştirmesi, kanunların yapım sürecine katılması ve oy kullanması 1924 Anayasası'nın 17. maddesine uygun bir faaliyetti[65]. Zira 1924 Anayasası'nın 17. maddesine göre, *"Bir milletvekili ne Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden ne de Meclisteki oy, düşünce ve demeçlerini Meclis dışında söylemek ve açığa vurmaktan sorumlu değildir. ..."*. Bu bağlamda, milletvekillerinin Anayasa'ya uygun oy kullanma faaliyetinin, Divan tarafından 765 sayılı Kanun'un 146. maddesine aykırı görülerek anayasayı ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi yerinde bir uygulama olmamış ve kendi içinde çelişkili bir durum meydana getirmiştir. Zira nasıl olur da Anayasa'ya uygun bir fiil (yasama faaliyeti sırasında oy kullanma vb.), kanunun suç saydığı bir fiil olarak nitelendirilebilir? Yassıada yargılamalarını yürüten Divan, oy kullanma fiilinin cezalandırılacağı konusunda açık bir pozitif hüküm olmamasına ve üstelik 1924 Anayasası'nın 17. maddesine göre bu fiil Anayasa'ya uygun olmasına rağmen, oy kullanma fiilini 765 sayılı Ka-

---

63 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 306.

64 TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305-306.

65 HACIMURATLAR, s. 87.

nun'un 146. maddesi kapsamında suç olarak niteleyerek kanunilik ilkesini hiçe saymış ve bu konuda kendi yargılama yetkisini Anayasa'nın da üstünde görerek eski iktidar mensuplarını, milletvekillerini yargılamıştır.

2. Tabii Hakim İlkesine Aykırılık

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan[66] "kanuni hakim ilkesi"[67] veya "olağan hakim ilkesi" olarak da adlandırılan "tabii (doğal) hakim ilkesi", bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakimin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasını ifade eden bir ilkedir[68]. "Hakim" terimi yerine "mahkeme" terimi koyularak ifade edilirse, "tabii (doğal) mahkeme" veya "olağan mahkeme", uyuşmazlığı / olayı yargılayacak olan mahkemenin, o uyuşmazlığın / olayın doğmasından önce kanunen belli olmasıdır[69]. Bu şekilde teşkil olmuş mahkemenin hakimine de "tabii hakim" denilmektedir[70].

Yani tabii hakim ilkesi, sanığın işlediği iddia olunan suç anında görevli ve yetkili olan hakim ve mahkeme kim ve neresiyse, sanığın o hakim ve mahkemenin huzuruna çıkarılması anlamına gelmektedir. Böylelikle sanık, suçun işlendiği anda görevli ve yetkili olmayan, bu sebeple olağanüstülük niteliği taşıyan ve tarafsızlığından şüphe duyulabilecek hakim ve / veya mahkemenin huzuruna çıkarılamayacaktır[71]. Tabii hakim ilkesi, bir suçu yargılayacak mahkemenin, fiilin işlenmesinden sonra suçun veya suçlunun niteliğine göre kurulmasını yasaklamakta, devlet otoritesinin en güçlü yansıması olan ceza yargılaması yetkisinin keyfi olarak kullanılmasını engellemekte ve bireye devlet karşısında önemli bir koruma sağlamaktadır[72].

---

66 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., s. 123; Adil yargılanma hakkı (adil yargılama yükümlülüğü / dürüst işlem ilkesi), ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde, önceden kanunla öngörülmüş olan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır. Bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, vd., s. 121.

67 Ancak, "kanuni hakim", her zaman "tabii hakim" anlamına gelmeyebilir. Nitekim 2017 Anayasa değişikliklerileyle sıkıyönetimin ve askeri mahkemelerin kaldırılmasından önce, askeri mahkemelerin sıkıyönetim ilanıyla birlikte sıkıyönetim mahkemelerine dönüşmeleri buna bir örnek olarak gösterilebilir. Bkz. ERDOĞAN Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku,** Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 68-69.

68 GÖZLER, 2018, s. 415.

69 ÖZBUDUN, s. 134; GÖZLER, 2018, s. 134; Tabii mahkeme, olaydan önce kurulmuş olan ve somut olayla kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkemedir. Bkz. KUNTER, s. 129.

70 GÖZLER, 2018, s. 415.

71 ŞEN, s. 72.

72 YAZICI Serap, **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye,** 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 89.

Tabii hakim ilkesi uyarınca, sırf belli fiilleri işlemiş bulunan bazı kimseleri yargılamak ve mahkum etmek için kurulacak "olağanüstü (istisnai) mahkemeler", insan hakları bakımından büyük tehlike oluşturabilecektir[73]. Zira böyle mahkemelerde ve bu mahkemelerde görev yapan hakimler huzurunda yargılanan kişiler masum olsalar dahi mahkum olabilmektedirler[74]. Kanunilik ilkesinin usul hukukundaki uzantısı olan tabii hakim ilkesi, yargılamada keyfiliği önlemek ve güvenilirliği sağlamak amacını taşımaktadır[75].

Tabii hakim ilkesi, normatif olarak, AİHS'in *"Adil Yargılanma Hakkı"* başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında, *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. ..."* denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Ulusal hukukumuzda ise, tabii hakim ilkesiyle ilgili ilk hüküm 1961 Anayasası'nda kendini göstermiştir. 1961 Anayasası'ndan önceki dönemde iç hukukumuzda bu ilkeyle ilgili bir hükme rastlamak mümkün değildir. Tabii hakim ilkesi ilk olarak, 1961 Anayasası'nın *"Kanuni Yargı Yolu"* başlıklı 32. maddesinde düzenlenmiştir. Yine 1982 Anayasası'nda benzer bir hüküm varlığını korumaktadır. Nitekim 1982 Anayasası'nın *"Kanuni Hakim Güvencesi"* başlıklı 37. maddesine göre, *"(1) Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (2) Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz"*. Anayasa Mahkemesi de, 1990 yılında verdiği bir kararında 37. maddede düzenlenen "kanuni hakim ilkesi"ni "tabii hakim ilkesi" olarak değerlendirmiştir[76].

Nürnberg yargılamalarını tabii hakim ilkesi bakımından değerlendirecek olursak, Nürnberg Mahkemesi, yargıladığı fiiller işlendikten sonra, yalnızca o fiilleri yargılamak amacıyla kurulmuş bir ad hoc (özel) ve olağanüstü mahkemedir[77]. Bu bakımdan, Nürnberg Mahkemesi, işlendiği ileri sürülen suçların

---

[73] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305.

[74] GÖZLER, 2018, s. 415.

[75] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305.

[76] AYM., T. 20.10.1990, E. 1990/13, K. 1990/30, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 27, C. 1, s. 39.

[77] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 299, 306; AYBAY, s. 137; ÖNOK, s. 48.

oluştuğu tarihlerden sonra ve yalnızca bu kişileri yargılamak üzere kurulmuştur. Bundan dolayı, Nürnberg Mahkemesi'nin tabii hakim ilkesine uygun olarak kurulduğunu ve yargılama yaptığını söylemek güçtür. Yani Nürnberg Mahkemesi'ni bir olağan mahkeme olarak görmek olası gözükmemektedir.

Benzer şekilde, Divan da olağanüstü bir mahkeme olarak kurulmuş ve bu şekilde yargılama yapmıştır[78]. Zira 27 Mayıs askeri müdahalesi sonrasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ve hükümetin yetkilerini elinde toplayan Milli Birlik Komitesi tarafından 1 sayılı Kanun'a dayanılarak, eski iktidar mensuplarının, milletvekillerinin işledikleri iddia edilen suçları ve suçluları yargılamak için kurulan Divan olağan bir mahkeme olarak görülemez. Divan, işlendiği iddia edilen fiillerden sonra, sırf bu fiilleri ve belli kişileri yargılamak üzere kurulmuş ve yargılamaları gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla Divan'da görev yapan hakimler de yargıladıkları olaylar / baktıkları davaya konu fiiller gerçekleştikten sonra atanmıştır. Sayılan sebeplerle, Divan'ın tabii hakim ilkesine uygun olduğunu söylemek uygun düşmeyecektir[79]. Ancak, şayet Divan'ın kuruluş nedeni belirli bir olayı veya belirli kişileri yargılamak değil de, ülkenin yargı sisteminde reform yapmak olsaydı, yani bu şekilde yeni bir mahkemenin kurulmasının amacı adalet hizmetinin daha iyi, daha etkili bir şekilde çalışmasını sağlamak olsaydı ve belirli kişileri mahkum etmek olmasaydı, o zaman bu mahkemeyi (Divan'ı) tabii hakim ilkesine uygun olarak kurulmuş bir mahkeme olarak görmek mümkün olabilirdi[80].

IV. "RADBRUCH FORMÜLÜ" BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Radbruch düsturu, hukuk felsefesinin en tanınmış ve şimdiye kadar formüle edilmişler arasında en iyisi olarak görülmektedir[81]. Radbruch For-

---

78 HACIMURATLAR, s. 82; AKIN, s. 369.

79 DOĞRU, s. 143; Gözler'e göre, ülkemizde 1920-1927 yılları arasında kurulan İstiklal Mahkemeleri de tabii hakim ilkesinin ihlali niteliğinde görülebilir. Çünkü bu mahkemeler, yargılayacakları olaylardan sonra kurulmuş, hakimler de olaydan sonra atanmıştır. Bununla birlikte, 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la kurulan sulh ceza hakimliklerinin tabii hakim ilkesine uygun olup olmadığı şüphelidir. Bkz. GÖZLER, 2018, s. 415-416; 27 Mayıs rejimi süresince, Divan haricinde, İstiklal Mahkemeleri'ni çağrıştıran İnkılap Mahkemeleri fikrinin ortaya atıldığı dile getirilmektedir. 3 Mart 1961 tarihinde Cemal Gürsel ile İsmet İnönü arasındaki görüşmenin de bunu desteklediği savunulmaktadır. Bkz. TOKER Metin, **Yarı Silahlı, Yarı Külahlı Bir Ara Rejim (1960-1961),** Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1991, s. 263-264.

80 GÖZLER Kemal, "Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi: 'Sahur Operasyonu' Hakkında Bir Açıklama", **Güncel Hukuk Dergisi,** 2014, s. 48.

81 KÜHL Kristian, "Radbruch Formülü" (çev. Mehmet Cemil Ozansü), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 1, 2012, s. 369.

mülü (Formül), hukuk felsefesi üzerine çalışan ve bir ceza hukukçusu olan Gustav Lambert Radbruch'un elinden çıkmıştır. Formül'ün isim babası ve mimarı olan Radbruch'un yaşam öyküsü, Formül'ün içeriğine yön vermesi ve kavranması açısından önemlidir. Bu sebeple, öncelikle Radbruch'un kısaca yaşam öyküsü üzerinde durmak yerinde olacaktır.

1. Gustav Lambert Radbruch'un Kısa Yaşam Öyküsü

Radbruch, meşhur bir tüccarın oğlu olarak 21 Kasım 1878 tarihinde Kiel yakınlarındaki Lübeck'te doğmuştur. Radbruch, doğduğu ve büyüdüğü şehri, sosyal ve politik durumu nedeniyle sık sık eleştirmiş, hukukçulardan oluşan oligarşik yönetimden ve ayrımcı seçim sisteminden sürekli şikayet etmiştir[82].

Radbruch, 1895-1900 yılları arasında Münih Üniversitesi'nde, Leipzig Üniversitesi'nde ve Berlin Üniversitesi'nde hukuk öğrenimi görmüştür. Akademik çalışmalarına da ara vermeksizin devam eden Radbruch, doçentlik tezini Heidelberg Üniversitesi'nde tamamlamış ve bu üniversitede bulunduğu 10 yıllık süre (1904-1910) içerisinde Max Weber, Walter Jellinek ve Yeni Kantçı (Neo Kantisyen) filozof Emil Lask gibi önemli bilim insanlarıyla çalışmıştır. Aynı zamanda bu kişiler Radbruch'un düşünce dünyasını geliştirmiş ve şekillendirmiştir[83]. Bu bakımdan, Radbruch, ceza hukukçusu olmasının yanı sıra "hukuk politikacısı", "hukuk felsefecisi", "kültür tarihçisi", "biyograf" ve "mukayeseli hukuk uzmanı" olarak da anılmıştır. Ayrıca, Emil Lask'tan etkilenen Radbruch, "Yeni Kantçı hukuk filozofu" ve "sosyal demokrat suç politikacısı" olarak da tanımlanmıştır[84].

Radbruch Formülü'nü belirleyen ise, Radbruch'un iki önemli eseri olmuştur. Öncelikle, Radbruch'un 1932 yılında ortaya çıkardığı *"Hukuk Felsefesi"* isimli kitabı Formül'ün temellerini atmıştır. Ancak, Radbruch, Savaş'tan sonra değişen fikirlerinin de etkisiyle *"Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk"* isimli makalesini kaleme almış ve 1946 yılında yayımlamıştır. Her ne kadar zaman içinde Radbruch'un fikirleri değişse de, Radbruch'un Savaş öncesinde de sonrasında da Yeni Kantçı ve ahlaki rölativist olduğu unutulmamalıdır[85].

---

[82] BALAN Arzu, "Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2018, s. 80.

[83] METİN Sevtap / HEPER Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü,** 2. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 15.

[84] KÜHL, s. 370.

[85] AYDIN Melike Belkıs, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 73, S. 2, 2015, s. 9; BALAN, s. 81.

Öte yandan, Birinci Dünya Savaşı bittikten sonra Almanya'da sosyal, ekonomik ve politik kargaşanın olduğu bir dönemde Radbruch siyaset yaşamına aktif olarak katılım sağlamış ve Alman Sosyal Demokrat Partisi'ne katılmıştır. Bu süreçte Radbruch, akademik yaşantısından da kopmamış ve Kiel Üniversitesi'nde profesör olarak görev yapmıştır[86].

Radbruch, siyasi alanda tanınmasını, ilk başarısı olarak nitelendirilebilecek bir hadiseye borçludur. Nitekim Radbruch, 1920 yılında Kiel Üniversitesi'nde profesör olarak çalışmaktayken, çıkan isyanda işçilerin safında yer almıştır. Bu olaydan sonra Radbruch, siyaset yaptığı Sosyal Demokrat Parti'de ün kazanmıştır. 1920 yılından itibaren Sosyal Demokrat Parti'de bir parlamenter olarak görev yapan Radbruch, 1922-1926 yılları arasında da Wiemar Cumhuriyeti Adalet Bakanı olarak iki dönem görev yapmış ve bu süreçte Alman Ceza Kanunu Tasarısı ile ceza hukuku reformuna katkı sunmuştur. İlerleyen zamanlarda Radbruch, akademik hayata yönelmiş ve bakanlık ile parlamenterlik görevlerinden ayrılmıştır. 1926 yılında Heidelberg Üniversitesi'ne profesör olarak atanan Radbruch, 1933 yılında Nazilerin Almanya'da iktidara gelmesiyle birlikte, "siyasi olarak güvenilmez" ilan edilmiş ve Nazi rejimi tarafından görevden alınmıştır. Ancak, hiçbir zaman Radbruch, Nazi rejimine karşı olan tutumundan vazgeçmemiştir[87]. 1945 yılında Nazi rejiminin sona ermesinden sonra profesörlük görevine ve kürsüsüne dönen Radbruch, Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı olmuştur. Radbruch, 1945-1947 yılları arasında ise, hukuk felsefesinin en tanınmış formülü olarak nitelenen "Radbruch Formülü"nü geliştirmiştir. Daha sonra 1947 yılında Heidelberg'den ayrılan Radbruch 1949 yılında ölmüştür[88].

2. Genel Olarak Radbruch Formülü

Radbruch'un Savaş öncesinde hukuki pozitivizme yakın olduğu; ancak Savaş sonrasında fikir dünyasındaki keskin değişiklikle tabii hukuk öğretisine yaklaştığı ve Formülü'nü bu yönde ortaya koyduğu söylenebilir. Nitekim Radbruch'un Weimar Cumhuriyeti döneminde adalet bakanı olarak görev yapmış olması hukuki pozitivist çizgide olmasını anlamamıza yardımcı olmaktadır. Ancak, Savaş öncesi bu dönemde dahi Radbruch'un katı bir hukuki pozitivist olmadığı dile getirilebilir[89].

---

86 METİN / HEPER, s. 81.

87 METİN / HEPER, s. 16-17.

88 KÜHL, s. 372.

89 BALAN, s. 82.

Bir Yeni Kantçı olan Radbruch, adaleti, hukukta bir değer olarak görmüştür[90]. Radbruch'un Savaş öncesinde hukuki pozitivist olarak nitelendirilmesinin en önemli nedeni, hukuki güvenliğe vermiş olduğu önemdir. Radbruch'a göre, hukukun "adalet", "hukuki güvenlik" ve "amaca uygunluk" olmak üzere üç fonksiyonu vardır. Hukukun bu üç unsurunun birbiriyle çatışması durumunda hakimin hukuki güvenliğe öncelik vermesi gerekmektedir. Savaş öncesi dönemde böylesi düşünce yapısına sahip olan Radbruch, 1932 yılında kaleme aldığı *"Hukuk Felsefesi"* isimli kitabında, hakimlerin kanunlara her durumda bağlı olmaları gerektiğini ve buna ahlaka aykırı kanunların da dahil olduğunu belirtmiştir[91].

Bununla birlikte, Radbruch'un Savaş sonrası 1946 yılında yayımladığı *"Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk"* isimli makalesi Formül'ün kaynağını oluşturmaktadır[92]. Radbruch, *"'Emir, emirdir' ve 'yasa, yasadır'. Bu iki maksim vasıtasıyla Nasyonal Sosyalizm kendine tabi olanları, askerleri ve hukukçuları saygıyla bağlamanın çaresini bulmuştu. ..."* şeklinde başladığı makalesinde, Almanya'da pozitivist hukuk kültürünün üstesinden gelinmesi gerektiğini dile getirmiş ve hukuki pozitivizmi eleştirmiştir[93]. Makalesinin devamında Radbruch, hukuki pozitivizmin yürürlükte olan hukuku hiçbir sınırlamaya tabi tutmamasını eleştirerek[94] bir öneri olarak Formül'ünü ortaya koymuştur[95]. Formül'de yer alan ifadelerden yola çıkılarak, Formül'ün *"tahammül edilemezlik"* ve *"inkar / yadsıma"* olmak üzere iki kısımdan oluştuğu söylenebilir. Formül'ün inkar tezi, tahammül edilemezlik tezinin somutlaştırılmış halidir[96]. Ancak, Formül'ün esas unsuru, tahammül edilemez-

---

90 AYDIN, s. 11.

91 METİN / HEPER, s. 23-24.

92 BALAN, s. 83.

93 METİN / HEPER, s. 23.

94 BALAN, s. 84.

95 Radbruch Formülü olarak öğretide yerini alan ve uygulamaya etkisi olan öneri şu şekildedir: *"Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çatışma belki en iyi şu şekilde çözülebilir: Yasama ve iktidar tarafından güvence altına alınan pozitif hukuk, onun içeriği adaletsiz olduğu ve insanlara yarar sağlamadığı zaman dahi, şayet yasa ve adalet arasındaki çatışma tahammül edilemez bir düzeye erişmedikçe üstünlüğe sahiptir. Tahammül edilemez duruma eriştiğinde yasa, adaletsiz olduğu kabul edilerek adaletin karşısında çekilmelidir. Yasal haksızlık ile yanlışlığına rağmen geçerli yasa arasında keskin bir hat çizmek olanaksızdır. Yine de son derece açıklıkla çizilebilecek bir ayrım çizgisi vardır. Adaletin özü olan eşitliğe teşebbüs dahi edilmeyip, yapılması esnasında bunun bilinçli olarak reddedildiği pozitif yasa, yalnızca adalete aykırı olmayıp hukukun gerçek doğasından tamamen yoksundur. Pozitif hukuk dahil bir sistem ve kurum olarak hukuk, adalete hizmet etmek anlamından başka bir şekilde tanımlanamaz"*. Bkz. METİN / HEPER, s. 25.

96 METİN / HEPER, s. 22.

lik kıstasıdır[97]. Buna göre, bir kanun tahammül edilemez duruma eriştiğinde, adalet karşısında kanun geri plana itilmeli ve hakim tahammül edilemez bu kanuna karşı adaletten yana tutum sergileyerek "direnme hakkı"nı[98] kullanmalıdır. Zira böyle bir durumda hukuk yok olmaktadır. Diğer bir deyişle, pozitif hukuk adaletle açık bir şekilde çelişiyorsa ve insan haklarını hiçe sayıyorsa, o pozitif hukukun geçerliliği yok sayılmalıdır[99].

Hukuki pozitivizme eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşan Formül, tabii hukuk penceresinden bakarak insan haklarına dayalı bir adalet anlayışını merkezine almaktadır. Böylelikle Formül, insan haklarının hiçe sayılması durumunda, hukuki güvenlik ilkesiyle birlikte anılan kanunilik ilkesinin ihlalini meşru hale getirmektedir. Bu bağlamda, Formül'ün kendini somut olarak gösterdiği yerlerden biri, Nazi rejimindeki kanunların zaman içinde hukuk olarak görülmemiş olmasıdır. Nitekim bu dönem çıkan pozitif düzenlemeler meşruiyetini bir süre sonra kaybetmiştir[100].

3. Radbruch Formülü'nün Nürnberg ve Yassıada Yargılamalarındaki Görünümü

Formül, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemeleri tarafından kabul görmüştür[101], Formül sayesinde, Nazi rejiminin hüküm sürdüğü Almanya'da insan hakları ihlallerine karşı, hukuk aracılığıyla geriye dönük mücadele etme imkanı sağlanmıştır[102]. Bu bakımdan, Formül, kimsenin adalet içeriğinden yoksun kanunlar yapmamasını ve uygulamamasını öngörmektedir.

---

97 BALAN, s. 84.

98 Yurttaşların, haksız dahi olsalar kanunlara itaat görevi varsa, hakimlerin de bu haksız kanunlara karşı direnme hakları ve görevleri vardır. Hakimlerin hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda anlamını bulmaktadır. Bu bakımdan, hakimler kendilerinde bu cesareti bulmalı ve sorumluluğu yüklenmelidirler. Bkz. ÖKÇESİZ Hayrettin, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü'", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S. 56, 2005, s. 171.

99 RADBRUCH Gustav, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi" (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, AFA Yayını, İstanbul, 1998, s. 8; DREIER Ralf, "Hukuk Kavramı" (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, AFA Yayını, İstanbul, 1998, s. 12.

100 BALAN, s. 84-85.

101 Nazi döneminin tasfiyesi sonrasında Radbruch Formülü'nün mahkeme kararlarındaki görünümü hakkında bilgi için bkz. METİN / HEPER, s. 53 vd.

102 OTACI Cengiz, "Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S. 120, 2015, s. 584.

Nürnberg yargılamaları sırasında da Formül'e başvurularak Nazi rejiminin hukuk yoluyla tasfiyesi yoluna gidildiği görülmektedir. Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisini belirleyen Şart'ın 6. maddesinde yer alan *"... Mahkemenin yargılama yetkisine giren her bir suçun icrası için veya bu suçla ilgili olarak, savaştan önce veya savaş sırasında, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenmiş insan öldürme, imha, köleleştirme, sürgün ve diğer tüm insanlık dışı fiiller veya siyasal, ırksal veya dinsel sebeplerle yapılan zulümler,* ***işlendikleri ülkenin iç hukukuna aykırılık oluştursun veya oluşturmasın*** *insanlığa karşı suç olarak nitelendirilirler ..."* şeklindeki ifadeyle, kanunilik ilkesi aşılarak Formül'ün uygulanmasının önü açılmıştır. Nürnberg yargılamalarına yönelik yapılan kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin itirazların, Şart'ın bu hükmüyle önüne geçilmiştir. Buna ek olarak, Nürnberg Mahkemesi, yaptığı yargılamalarda Şart'ın söz konusu hükmünü başlı başına bir hukuk kaynağı olarak görmeyip yalnızca kendi yargı yetkisini belirleyen bir belge olarak kabul ederek, kanunilik ilkesini aşmak suretiyle Formül'ün uygulanmasını kolaylaştırmıştır. Ayrıca, Nürnberg Mahkemesi, ülke sınırlarına - komşu devletlere saldıran Nazi rejiminin yaptığı saldırıların ve ortaya çıkardığı insan hakları ihlallerinin cezasız bırakılmasının adalete hizmet etmeyeceğini düşündüğünden, Formül'ün meşruiyetinde ve uygulanmasında olan kararlılığını her fırsatta göstermiştir.

Bununla birlikte, Formül'ün esas aldığı adalet anlayışının merkezinin, Avrupa'daki "uygar uluslar"ın adalet anlayışı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, Radbruch, uygar ulusların adalet anlayışını Savaş sonrasında yeniden ele alıp düzenlemiş ve böylece kanunilik ilkesinin pozitif yönü, Tabii Hukuk Rönesansı'nın da etkisiyle geri plana itilmiştir[103]. Bu geri plana itme, uygar ulusların iradesiyle olmuştur. Uygar ulusların iradelerini ortaya koyarak oluşturdukları AİHS'te de Formül ile kanunilik ilkesi arasındaki bağlantı görülmektedir. Nitekim AİHS'in 7/1 hükmü, kanunilik ilkesini hukuki pozitivizm açısından ele alarak kabul etmektedir. Buna karşın, AİHS'in 7/2 hükmü ise, kanunilik ilkesinin istisnai hailini oluşturarak bu ilkeyi aşmak suretiyle tabii hukuk öğretisine ulaşmaktadır. 7/2'ye göre, *"işlendiği zaman* ***uygar uluslar tarafından*** *tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimse"*, Formül uygulanmak suretiyle kanunilik ilkesi aşılarak yargılanabilecek ve cezalandırılabilecektir. AİHS'in 7/2 hükmü, 7/1 hükmünün düzenlediği kanunilik ilkesini göreceli

[103] BALAN, s. 87.

hale getirmiştir. Zira 7/2 hükmü, göreceli bir kavram olan "uygar uluslar" tarafından kabul edilen genel hukuk ilkelerinin ihlali durumunda, başka bir göreceli kavram olan "uygar olmayan devletler"e uluslararası müdahalenin önünü açmıştır[104]. Böylelikle uygar ulusların, kendi adalet anlayışları çerçevesinde hareket ederek "uygar" olarak nitelendirmedikleri bir devletin işlediği bir fiili, genel hukuk ilkelerine aykırı değerlendirerek Formül vasıtasıyla kanunilik ilkesini aşabilmesi ve bu devletlere müdahale edebilmesi mümkün hale gelmiştir.

Yassıada yargılamalarına bakılacak olursa, yargılamaları gerçekleştiren Divan'ın 27 Mayıs askeri müdahalesinden sonra kurulduğu, -kendi kuruluşundan önce- 27 Mayıs öncesinde gerçekleşen ve kendi adalet anlayışı içinde hukuka uygun görmediği fiilleri yargıladığı görülmektedir.

Divan, Demokrat Partili milletvekillerinin o dönem yürürlükte olan 1924 Anayasası'nın 17. maddesine uygun olarak mecliste oy kullanmalarını ve diğer yasama faaliyetlerinde bulunmalarını kendi adalet anlayışı içerisinde değerlendirerek bu fiilleri 765 sayılı Kanun'un 146. maddesinde düzenlenen anayasayı ihlal suçu olarak nitelemiştir. 27 Mayıs sonrasında 1 sayılı Kanun'la Milli Birlik Komitesi tarafından kurulan Divan, milletvekillerinin -suç olmayan, kanuna ve Anayasa'ya uygun olan- oy kullanma gibi yasama faaliyetlerini ve eski iktidar mensuplarının bazı fiillerini suç kapsamında nitelendirmiş (Divan, bu nitelemede gerekçe olarak eski iktidar mensuplarının toplumda oluşturdukları kutuplaşma iklimine de dayanmıştır), 1924 Anayasası'nın 17. maddesine rağmen bu kişileri 765 sayılı Kanun'un 146. maddesine dayanarak yargılamıştır.

Savaş sonrasında Formül, tabii hukuk öğretisi çerçevesinde olması gerekene yöneldiğinden ve hukuk yoluyla insan hakları ihlallerini cezalandırmanın önünü açtığından, Divan'ın kendi dünyevi görüşünden ve adalet anlayışından hareket ederek olması gerekeni tanımladığı, milletvekillerinin yasama faaliyetlerini ve eski iktidar mensuplarının bazı fiillerini buna göre değerlendirdiği, kanunilik ilkesinin hem belirlilik hem de hukuki güvence yönünü yok saydığı görülmektedir. Böylelikle Divan, 27 Mayıs rejiminin ihdas ettiği hukuk yoluyla, insan haklarını ve Anayasa'yı ihlal ettiğini düşündüğü milletvekillerini ve eski iktidar mensuplarını yargılama yoluna gitmiştir. Hatta Divan daha da ileri giderek, Yassıada'da yargılanan kişileri

[104] BALAN, s. 87.

sanık olarak dahi görmemiş, bu kişilerin Millete karşı suç işlediğini, bu bakımdan yargılananların sanık olmadığını, yargılama sürecinde bu kişilerin suçlarının bulunup bulunmadığının değil suça iştiraklerinin tayin edileceğini ve ona göre cezalandırılacaklarını, Yassıada'da yargılananların Türk Milletine karşı suç işlediklerinin sabit olduğunu dile getirmiştir[105]. Bu düşünce yapısı ve olaylara yaklaşımıyla Divan, kendi adalet anlayışında kendi olması gerekenini belirlemiş, yargılanan kişileri henüz yargılama devam ederken mahkum etmiş, masumiyet karinesi de dahil olmak üzere hukukun genel ilkelerini göz ardı etmiş ve süreç boyunca ihsas-ı rey anlamına gelebilecek açıklamalarda ve tavırlarda bulunmuştur.

SONUÇ

Tarihsel süreç içerisinde birbirinden farklı zamanlarda ve birbirinden farklı coğrafyalarda insanlığa etki ederek tarihteki yerini almış olan Nürnberg ve Yassıada yargılamalarının hukuki olduğu kadar askeri, siyasi, felsefi, tarihi, sosyolojik yönlerinin bulunduğu sonucuna varılabilir.

Bu açıdan bakıldığında, her iki yargılamanın ve bu yargılamaları yapan mahkemelerin birer siyasal yargı örneği olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim her iki yargılamayı gerçekleştiren mahkeme de kendisini kuran iradenin egemenliğini pekiştirmeye ve ideolojisine hizmet etmeye uygun faaliyet göstermiş ve yargılama yapmıştır.

Bununla birlikte, Nürnberg yargılamalarını yapan Nürnberg Mahkemesi'nin Savaş'ın galip devletleri tarafından oluşturulması ve Yassıada yargılamalarını yapan Divan'ı ortaya çıkaran iradenin 27 Mayıs askeri müdahalesini gerçekleştiren bir grup askerin olması, bu yargılamaların, galiplerin ve zafer kazanmışların kontrolünde ilerlediğini, sınırlarını galiplerin belirlediğini ve kendi tanımladıkları adalet anlayışını sağlamaya yönelik ve ideolojilerine uygun yargılamalar yapıldığını söylemek mümkündür. Yine yapılan bu yargılamaları, galiplerin egemenliklerini pekiştirmek için birer propaganda aracı olarak kullandıkları yahut kullanma ihtimallerinin olduğu da söylenebilir.

Gerek Nürnberg Mahkemesi'nin gerekse Divan'ın, kuruldukları zamandan önce işlenmiş fiilleri ve failleri yargılamak üzere kurulmuş olağanüstü mahkeme konumunda olmaları ve hukuki pozitivizmi aşarak -kendi olması

---

[105] DEMİRER Mehmet Arif, **6 Eylül 1955 Yassıada 6-7 Eylül Davası,** Bağlam Yayınları, Ankara, 1995, s. 133-134.

gerekenini belirleyerek- tabii hukukun peşinden gitmeleri, ceza hukukunun evrensel kabul görmüş ilkelerinden olan kanunilik ilkesinin ve tabii hakim ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir.

Her iki yargılama sürecinde, kanunilik ilkesinin aşılmasının en önemli aracı olarak Formül kendini göstermiş ve devreye girmiştir. Nitekim hem Nürnberg Mahkemesi hem de Divan, Formül aracılığıyla, yürürlükte bulunan pozitif hukuk kurallarından ziyade güdümünde olduğu kurucu iradeye, kendi bakış açısına ve değer yargısına, adalet anlayışına ve kimi zaman kamuoyunun beklentilerine göre yargılamalar yapmış ve mahkumiyet kararları vermiştir. Bunu yaparken de ihsas-ı rey niteliğinde davranışlar sergileyerek yargılamalar hakkındaki tavrını önceden belli etmiştir.

Öte yandan, her iki mahkemenin ortak bazı yönlerinin bulunması, siyasal yargı örneği olması, galiplerin adaletini sağlaması, kanunilik ilkesi ve tabii hakim ilkesine aykırılıklar içermesi, Formül'ün uygulanabilirliği gibi özellikleri dikkate alındığında, Divan'ın kurulmasında ve işleyişinde Nürnberg Mahkemesi'ni anımsattığı düşüncesine kapılmamak elde değil.

Sonuç olarak, Nürnberg ve Yassıada yargılamalarının eksik, hatalı yönlerinin bulunması ve ceza hukuku ilkelerinin bazılarına aykırılıklar oluşturmaları haricinde, özellikle -her ne kadar hüküm sürdükleri zamandaki kanunlara uygun davranmış olsalar da- insan haklarına aykırı birçok fiile imza atmış Nazi rejiminin hukuk yoluyla tasfiye edilmesi sürecinde, Nürnberg Mahkemesi'nin yaptığı yargılamalara Formül'ün katkısı oldukça fazla olmuştur. Bu bağlamda, Nürnberg yargılamalarında Formül'ün uygulanması, kanunlara rağmen, direnme hakkını kullanan cesur hakimlerin etkisiyle olmuştur. Zira yargılamalarında Formül'e öncelik tanıyan tabii hukukçu hakimlerin, insan hakları ihlallerinin karşısında olmalarına en büyük etken -şüphesiz- cesur yüreklerinden süzülen adalet anlayışıdır.

KISALTMALAR

AİHS	**:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM.	**:** Anayasa Mahkemesi
Bkz. / bkz.	**:** Bakınız
C.	**:** Cilt
Divan	**:** Yüksek Adalet Divanı
E.	**:** Esas
Formül	**:** Radbruch Formülü
K.	**:** Karar
Nürnberg Mahkemesi	**:** Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi
R.G.	**:** Resmi Gazete
s.	**:** Sayfa
S.	**:** Sayı
Savaş	**:** İkinci Dünya Savaşı
Şart	**:** Nürnberg Mahkemesi Şartı
T.	**:** Tarih
Tokyo Mahkemesi	**:** Tokyo Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi
vb.	**:** Ve Benzeri
vd.	**:** Ve Devamı

KAYNAKÇA

AKIN Rıdvan, **Türk Siyasal Tarihi (1908-2000),** 3. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ALİBABA Arzu, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 49, S. 1, 2000, ss. 181-207.

AYBAY Rona, "Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu", Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 1, 2010, ss. 125-150.

AYDEMİR Şevket Süreyya, **İkinci Adam (1950-1964),** C. 3, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000.

AYDIN Melike Belkıs, "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 73, S. 2, 2015, ss. 7-28.

BALAN Arzu, "Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 8, S. 1, 2018, ss. 69-89.

BALL Howard, **Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth-Century Experience,** University Press of Kansas, Kansas, 1999.

BANTEKAS Ilias / NASH Susan, **International Criminal Law,** 3. Edition, Routledge-Cavendish, 2007.

BAŞGİL Ali Fuad, **27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri,** 7. Baskı, Yağmur Yayınları, İstanbul, 2017.

BAUMAN Zygmunt, **Parçalanmış Hayat** (çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

BİBEROĞLU M. Kemal, **Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri,** Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara, 1996.

DEMİRER Mehmet Arif, **6 Eylül 1955 Yassıada 6-7 Eylül Davası,** Bağlam Yayınları, Ankara, 1995.

DOĞRU Osman, **27 Mayıs Rejimi,** İmge Yayınevi, Ankara, 1998.

DREIER Ralf, "Hukuk Kavramı" (çev. Altan Heper), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, AFA Yayını, İstanbul, 1998.

ERDOĞAN Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku,** Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

ERDOĞAN Mustafa, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset,** 3. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.

EREM Faruk, **İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide),** Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948.

GİRİTLİOĞLU Fahir, **Türk Siyasi Tarihi'nde Cumhuriyet Halk Partisi'nin Mevkii,** C. 1, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965.

GÖZLER Kemal, "Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi: 'Sahur Operasyonu' Hakkında Bir Açıklama", **Güncel Hukuk Dergisi,** 2014, ss. 46-49.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş 22. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2018.

HACIMURATLAR Zeliha, "Hukuk-Politika-Adalet İlişkisi Açısından Yassıada Yargılamalarına Kısa Bir Bakış", **Ankara Barosu Dergisi,** 2008, S. 3, ss. 82-89.

İNÖNÜ İsmet, **Defterler (1919-1973)** (haz. Ahmet Demirel), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** 8. Bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1986.

KÜHL Kristian, "Radbruch Formülü" (çev. Mehmet Cemil Ozansü), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** S. 1, 2012, ss. 369-374.

METİN Sevtap / HEPER Altan, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü,** 2. Basım, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015.

ODMAN Tevfik, "Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 45, S. 1-4, 1998, ss. 131-151.

OTACI Cengiz, "Hukuka Rağmen Kanun, Hakimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S. 120, 2015, ss. 571-616.

ÖĞÜTÇÜ Muhlis, "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 7, Özel Sayı, 2005, ss. 555-615.

ÖKÇESİZ Hayrettin, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı 'Radbruch Formülü'", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S. 56, 2005, ss. 167-174.

ÖNOK R. Murat, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler,** Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / DOĞAN Koray, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku,** 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ÖZDEMİR Hikmet, **Siyasal Tarih (1960-1980),** Türkiye Tarihi 4 - Çağdaş Türkiye (1908-1980) (yayın yön. Sina Akşin), 13. Basım, Cem Yayınevi, İzmir, 2018.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖZBEK Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku,** 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan, vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** (ed. Bahri Öztürk), Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri,** 1. Kitap, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

RADBRUCH Gustav, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi" (çev. Hayrettin Ökçesiz), **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** (der. Hayrettin Ökçesiz), 2. Kitap, AFA Yayını, İstanbul, 1998.

SANCAR Mithat, **"Devlet Aklı" Kıskacında Hukuk Devleti,** 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

SOYSAL Mümtaz, **Anayasanın Anlamı,** Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

ŞEN Ersan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980),** 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1995.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku,** Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SANCAKDAR Oğuz, vd., **İnsan Hakları El Kitabı,** Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TEZCAN Durmuş, **Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı,** Hukuk Kurultayı 2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2000.

TOKER Metin, **Yarı Silahlı, Yarı Külahlı Bir Ara Rejim (1960-1961),** Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1991.

TÖNGÜR Ali Rıza, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku,** Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2005.

UZUN Elif, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** S. 2, 2003, ss. 25-47.

YAZICI Serap, **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye,** 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1745-1798

BİLGİ TOPLAMAYA YÖNELİK İSTİHBARİ KOLLUK FAALİYETİNE İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN BAKIŞ(*)

Av. **Tuğçe Duygu KÖKSAL**(**)

Öz: Teknolojinin gelişmesi, suçun önlenmesi ve kamu düzeninin korunmasına yönelik idari nitelikteki önleyici kolluk faaliyetlerinde kullanılan bilgi toplama yöntemlerinin de farklılaşmasına ve çeşitlenmesine neden olmuştur. Özellikle kolluğun önleyici nitelikteki bilgi toplama faaliyetinin doğası gereği gizli olması gerektiği düşünüldüğünde, istihbari kolluk faaliyetlerinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmesi kaçınılmazdır. Özellikle toplanan bilgilerin işlenmesi, saklanması, paylaşılması ve denetlenmesine ilişkin kanunda öngörülebilir bir dayanak olması ve keyfiliğe karşı usuli güvencelerin öngörülmesi esastır. Zira yürütülen faaliyet gizli oldukça, keyfilik riski artmakta ve denetim mekanizmasının etkin şekilde işlemesi önem kazanmaktadır. Bu çalışmada kolluğun istihbari nitelikteki yetkileri bilgi toplama özelinde ele alınarak yürürlükteki mevzuat değerlendirilecek, kişisel verileri koruma hukukunun temel prensipleri göz önünde bulundurularak yasal eksiklikler tartışılacak ve kolluğun bu nitelikteki yetkilerinin özel hayat ve aile hayatına saygı ve adil yargılanma hakkına etkilerine insan hakları perspektifinden göz atılacaktır. Sonuçta bazı tavsiyelerde bulunularak, kolluk hukuku açısından hak temelli bakış açısı geliştirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, İstihbari Faaliyet, Kolluk, Adil Yargılanma Hakkı, Özel Hayat.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 06.04.2021 - Makale Kabul Tarihi: 03.09.2021.

(**) Avukat, İstanbul Barosu; Galatasaray Üniversitesi, Kamu Hukuku, Doktora Öğrencisi (ORCID No: 0000-0001-6157-7549; *info@duygukoksalhukuk.com*).

AN OVERVIEW FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE ON THE LAW ENFORCEMENT AGENCIES' INTELLIGENCE ACTIVITY AIMING AT COLLECTING INFORMATION

Abstract: The development of technology caused the differentiation and diversification of information gathering methods used in administrative preventive law enforcement activities. They are aiming at preventing crime and protecting public order. Considering that the preventive information gathering activity of the police should be confidential due to its nature, it is inevitable that intelligence activities of the law enforcement agencies interfere with the fundamental rights and freedoms of individuals. In particular, regarding the processing, storage, sharing and control of the collected information, it is essential that this activity has a predictable basis which provides also procedural safeguards against arbitrariness. In fact, as long as this activity is deemed to be confidential, the risk of arbitrariness increases and the effective functioning of the control mechanism becomes important. In this study, the current legislation will be evaluated by considering the intelligence powers of the law enforcement in terms of collecting information. By taking into account the basic principles of the law on the personal data protection, and legal deficiencies will be discussed. On the other hand, the impacts of the powers of the law enforcement agencies on the right to respect for private and family life as well as the right to a fair trial will be analyzed from a human rights perspective. Finally, some recommendations will be made to develop a rights-based perspective in terms of law enforcement.

Keywords: Personal Data, Intelligence Activity, Law Enforcement, Right to a Fair Trial, Private Life.

GİRİŞ

Devletlerin güvenlikle ilgili kaygılarının artış göstermesi terörle mücadele yöntemlerine sıklıkla başvurulmasına neden olmaktadır. Gelişen teknolojinin etkisiyle de bu tedbirlerin kapsamı ve şekilleri çeşitlenmiştir. Bu yöntemler içinde gizli izleme ve istihbari bilgi toplama önemli bir yer tutmaktadır. Terörle mücadele kapsamında başvurulan tedbirlerin bir kısmı mutlak nitelikte korunan, bir kısmı ise sınırlanabilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olabilmektedir. Bu çerçevede bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden tedbirlerin, öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunması, meşru amaç gütmesi ve demokratik tolumda demokratik toplumda gereklilik denetimine tabi olması gerekir[1].

[1] Detaylı inceleme için bkz: ESEN Egemen, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini**, On İki Levha, 1. bası, 2020, s. 106-107.

Devletler, ulusal güvenliğe yönelik tehditleri değerlendirirken ve bu tehdide karşı nasıl mücadele edeceğine karar verirken belli bir takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, bu takdir yetkisinin kullanılması devlet makamlarına temel hak ve özgürlüklere müdahale kapsamında sınırsız bir takdir yetkisi vermez[2].

Kolluk faaliyetleri yerine getirilirken kamu görevlileri Anayasa ve kanunlarda kendilerine verilen yetkilere uygun hareket etmelidir. Bu çerçevede kolluğun; kamu düzeni, kamu güvenliği ve suçun işlenmesinin önlenmesi gibi meşru amaçlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayan bazı faaliyetlerde bulunduğu göz önüne alındığında, söz konusu yetkileri veren kanun maddelerinin insan hakları perspektifinden gözden geçirilmesi, kolluk faaliyetlerinin sivil gözetim, denetim ve ihtiyaç duyulan noktalarda iyileştirmeye tabi tutulması açısından önemlidir[3].

Devlet organlarının önleyici nitelikteki istihbari faaliyetleri bireylerin temel hak ve özgürlüklerine çeşitli açılardan müdahalede bulunmaktadır. Başta kişisel verilerin korunmasını kapsamına alan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı olmak üzere, ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına temas eden pek çok müdahale Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM] kararlarına da konu olmuştur. Bu çalışmada, yürürlükteki mevzuatta kolluk birimlerine istihbari izleme ve veri toplama yetkisi veren düzenlemelerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin usuli teminatlar çerçevesinde değerlendirilmesi yapılacak **[I],** Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihadı doğrultusunda somut örnekler üzerinden bazı temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi tartışılacaktır **[II]**.

I. İSTİHBARİ İZLEME VE VERİ TOPLAMA YETKİSİ ÇERÇEVESİNDE KOLLUK MEKANİZMASI

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 3 (e) maddesine göre *"genel kolluk kamu düzeninin korunmasını sağlayan, mevzuatla verilen görevleri yerine getiren ve silah kullanma yetkisini haiz İç İşleri Bakanlığına bağlı jandarma, sahil güvenlik ve polisi ifade etmektedir. İdarenin kolluk*

---

[2] El Masri v. Kuzey Makedonya, no. 39630/09, 13.12.2012, §§231-232; detaylı bilgi için bkz: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, Terör ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, Nisan 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf. (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

[3] AYYILDIZ Hakan, "Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt. 2019, Sayı: 143, ss. 143-180, s. 162.

faaliyetinin temel amacı kamu düzeninin sağlanması, bozulmasının önlenmesi ve bozulması durumunda yeniden tesisidir'[4].

Kolluk tarafından uyulması gereken kuralların kanunilik ilkesi gereği dayanması gereken temel düzenleme Anayasa'dır. Kolluğa yetki veren tüm düzenlemelerin, Anayasa'da belirlenen temel ilkeler ile hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama rejimine uygun olması gerekir. Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmaların kanun üstünde olduğunu hükme bağlamıştır. Bu çerçevede Türkiye'nin, taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere ve bu sözleşmeler gereği taahhüt altında bulunduğu bağlayıcı nitelikteki yargı içtihadına uyma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu bölümde, temel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi [AİHS] ve AİHM'nin içtihadı ışığında, Anayasa ile tanınan temel hak ve özgürlükler ile sınırlama rejimi çerçevesinde, kolluğa yetki veren kanunların ilgili maddelerin kapsamı ve kişisel verilerin korunması çerçevesindeki istisnalar somut örnekler üzerinden değerlendirilecektir.

1. Suçun Önlenmesi Açısından Yasal Dayanaklar

Suçun önlemesi amacıyla bilgi toplanması, kolluğun istihbarat yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu konuda yürürlükteki mevzuat dağınık durumdadır ve genel bir çatı kolluk mevzuatı mevcut değildir.

A. Anayasa ve Genel Kolluk Mevzuatı Açısından Önleyici Kolluk Yetkileri

Polisin bilgi toplama yetkisinin doğması için "belirli olayların" ortaya çıkmış olması ve bu olaylara dayanan şüphenin belirli kişiler üzerinde yoğunlaşmış olması şarttır[5]. Dolayısıyla bu yetkilerin kullanılması bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil ettiğinden, bir hukuk devletinde, kolluğun genel tehlikeyi ve suç işlenmesini önleyici ve kamu güvenliği ile kamu düzenini sağlayan yetkileri dayanağını Anayasa'dan alır. Diğer bir deyişle, özgürlük ve güvenlik arasında devlet makamları tarafından kurula-

---

[4] ALTIN Aytuğ, "İdari Kolluğun Temel Faaliyet Alanı Olarak Kamu Düzeni Kavramı", **VI. Yıldız Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Tam Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2020, s. 735.

[5] KARABULUT Ramazan, **Kişisel Verilerin Korunması ve Kolluk Hizmetleri**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, s. 90-91.

cak denge kriterleri kaynağını Anayasa'da bulur. Kolluk yetkilerinin kullanılması aslında bireylerin Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerini etkin şekilde kullanabilmelerini sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Bilgisayar programlarında biriktirilen kişisel veriler, günümüzde "suçu önleme ve araştırmada" önemli bir kaynak haline gelmiştir. Ancak kişisel verilerin sistematik biçimde toplanması, saklanması, kullanılması, bireyin özel hayatına saygı hakkını sınırlandıran bir devlet işlemi niteliği de taşır. Bu nedenle bu konuların kanunla düzenlenmesi gerekir[6]. Bununla birlikte mevzuatımızda kolluğun kişisel veri toplaması konusunda sistematik bir düzenleme yoktur[7].

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 8. maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenmektedir. İdari makam olan kolluğun tüm yetkilerinin kanuna dayanması zorunludur. Yönetmelik ya da genelgelerle verilen yetkiler, kanuna dayanmadığı ya da aykırılık oluşturduğu ölçüde temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet verecektir. Anayasa Mahkemesi de özellikle kamu gücü kullanılarak bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yol açan hükümlerde yetkinin açıkça ve sınırları net biçimde belirtilmesi ve belli güvenceler içermesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, kanunilik ilkesi çerçevesinde, sadece şekli anlamda kanunun ötesinde maddi anlamda kanun olmanın belli özelliklerini de taşımasını aramaktadır[8].

Kanunilik ilkesinden, kanunun erişilebilir olması ve öngörülebilir olması anlaşılır. Kanunlarda, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesi ancak erişilebilir ve öngörülebilir bir kanuni dayanağın olması, kanunda öngörülen meşru amacın güdülmesi[9] ve demokratik bir toplumda uygulanan müdahalenin gerekli ve ölçülü olması ile mümkündür. Bu husus hem temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesiyle hem de ilgili hakları düzenleyen maddelerde ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre, Anayasanın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama rejimini düzenlemiş, temel hak ve özgürlüklerin Anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini, demokratik toplumun düzeni ve

---

6 YENİSEY Feridun, **Kolluk Hukuku**, 2. bası, Beta, İstanbul, 2015, ss. 313 vd.

7 **YENİSEY,** 2015, s. 330.

8 SEVER Dilşad Çiğdem, "Covid Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 9, S. 17, 2020, ss. 187-238, s. 217.

9 Nolan ve K. v. Rusya, no. 2512/04, 12.02.2009, §73; Ermenyi/Macaristan, no. 22254/14, 22.11.2016, §37

laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını ifade etmiştir. Bu düzenlemede yer alan kısıtlama nedenleri ve usulü ayrıca Anayasada düzenlenen haklara ilişkin maddelerde de belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelere karşı itiraz yolu ise Anayasanın 40. maddesinde düzenlenmiştir. Bu açıdan Anayasa, AİHS ile paralellik gösterir.

Türkiye'de kolluk, idari yani önleyici faaliyet yürüten kolluk ve adli görevleri çerçevesinde faaliyet gösteren kolluk olarak ikiye ayrılabilir. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 9. maddesindeki tanıma göre *"idari polis, içtimai ve umumi intizamı temin etmekle"* mükelleftir. Kolluk idari yani suçu önleme görevi çerçevesinde İç İşleri Bakanlığına bağlıdır. Adli kolluk mekanizması kanunda ayrılmış ve uzmanlaşmış bir mekanizma değildir[10]. Adli ve idari kolluk görevleri bakımından ayrılmaktadırlar ancak aynı kolluk teşkilatı bünyesinde yer alırlar.

Kolluk faaliyetleri yerine getirilirken özgürlük ve güvenlik dengesinin kurulması şarttır. Kolluk yetkilerinin kullanılması sırasında devletin takdir yetkisi, ulusal güvenlikle ilgili konularda geniş biçimde değerlendirilmektedir. AİHM devletlerin, egemenlik yetkisi altındaki bireyleri teröre karşı korurken karşılaştıkları zorlukların bilincindedir; bununla birlikte, işkence yasağını düzenleyen AİHS'nin 3. maddesinin, demokratik toplumların temel değerlerinden biri olduğunun altını çizmeyi gerekli görmektedir. Terörle mücadele gibi, en zor koşullarda bile ve ilgili kişinin davranışları nasıl olursa olsun, AİHS, mutlak ifadelerle, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleler ve cezaları yasaklamaktadır[11]. Bunun yanında, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi kapsamında da takdir yetkisinin daraltıldığı ve kesinlikle gerekli olma ölçütünün arandığı haller söz konusu olabilmektedir. Savunma hakkının özüne dokunulması, masumiyet karinesi ya da bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılama yapılması konusundaki katı gereklilik bu çerçevede örnek verilebilir[12].

---

[10] Adli Kolluk Yönetmeliği için bkz: https://mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=8201&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5 (Erişim tarihi: 28.05.2021); Detaylı bir çalışma için bkz: Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, TESEV, 14 Mart 2012. https://www.tesev.org.tr/tr/research/cezasizlik-zirhini-asmak-turkiyede-guvenlik-gucleri-ve-hak-ihlalleri/. (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

[11] Chahal v. Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15.11.1996, §79; A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19.02.2009, §126.

[12] Pek çok karar arasında, bkz, Van Mechelen ve diğerleri v. Hollanda, no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23.04.1997; Incal v. Türkiye, no. 22678/93, 09.06.1998.

Türkiye açısından şunu önemle belirtmek gerekir ki, 1 Eylül 2014 tarihli 62. Hükümet Programında da "*bundan önce olduğu gibi, bundan sonra da bireylerin, kurumların ve mülkiyetin güvenliğini, özgürlük ve güvenlik arasındaki hassas dengeyi dikkate alarak, insan haklarını ve evrensel değerleri esas alan bir asayiş ve güvenlik ortamının sağlanması temel amacımızdır"* vurgusu yapılmış, bu doğrultuda ilk eylem planı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur[13].

Kanunilik kriteri bakımından, temel hak ve özgürlüklere uygulanan sınırlamaların erişilebilir ve öngörülebilir bir kanuni temeli olması gerektiği sınırlama rejiminin uygulanabilmesinin temel koşuludur ve AİHM'nin de bu konudaki yaklaşımı ve kanunda keyfiliğe karşı usuli garantilerin olması gerektiğine dair yaklaşımı çok katı ve kısıtlayıcıdır.

İstihbari izleme ile bireylerin takibine ilişkin suçun önlenmesi faaliyeti, kural olarak, devletin istihbarat birimleri ve günümüzde kolluk bünyesinde kurulan istihbarat birimleri tarafından yapılabilmektedir[14]. Bu çerçevede 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı [MİT] Kanunu'nun 6. maddesi ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun [PVSK] Ek 7. maddesi ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. maddesi uyarınca, elektronik yolla yapılan iletişimin denetlenmesine istihbarat faaliyetleri kapsamında önleme ya da bilgi toplama amacıyla başvurulacağı hüküm altına alınmıştır[15]. Bununla birlikte, Türkiye'de istihbari izleme yetkisini haiz iki yapılanma bulunmaktadır. İlki MİT diğeri ise İç İşleri Bakanlığına bağlı Kaçakçılık İstihbarat Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi [KİHBİ] Başkanlığı'dır[16].

---

[13] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı için bkz: https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-2-1.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2021).

[14] Detaylı bilgi için, bkz, ATLI Turan, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt 2, S. 1, 2019, ss. 4-22, ss. 11 vd; BAYRAM Zeynep, **Kolluğun, Suç Öncesi ve Sonrası Kişisel Veri Toplama Yetkisi,** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, ss. 90-97.

[15] Detaylı bilgi için bkz: OLGUNSOY Feyzan, **Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi,** İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Yayın No. 31, 1. bası, İstanbul, 2020, ss. 409 vd.

[16] Türk hukukunda istihbarat düzenlemeleri için detaylı bilgi için bkz, **YENİSEY,** 2015, s. 671-683.

MİT, faaliyetlerine ilişkin yetkiyi MİT Kanunu'ndan alırken, KİHBİ İç İşleri Bakanlığı'nın 24/02/1982 gün ve 731-0 sayılı onayı ile kurulmuştur ve faaliyetlerini KİHBİ Kurulu Başkanlığı Kuruluş Görev ve Yetkileriyle Çalışma Usullerine ilişkin Yönerge düzenlemektedir. Bu yönerge Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır. Ayrıca İç İşleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı olarak çalışan İstihbarat Başkanlığı da 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu ve 13/02/1989 tarihli Yönetmelik hükümlerine göre teşkilatlandırılmıştır.

B. Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

PVSK'nın Ek 6. maddesinde adli görev ve yetkilerden bahsedilirken, bu maddenin 18. fıkrasında, adli görevini yerine getiren polisin sanal ortamda işlenen suçlarda, yetkili savcılığın tespiti için internet abonelerinin kimliğine ulaşmaya, sanal ortamda araştırtma yapmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak bahse konu Ek 6. maddenin 18. fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 30.4.2020 tarih ve 31114 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 19.2.2020 T., 2018/91 E. ve 2020/10 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Bilinmektedir ki, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimidir[17]. 6698 sayılı Kişisel Verilerin korunması Kanunu'nun 3 d) maddesinde kişisel veri "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında "*... adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler...*" kişisel veri olarak kabul edilmiştir[18].

Anayasa Mahkemesi'ne göre, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen veriler kişisel veri niteliğindedir. Bu çerçevede, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler tarafından gü-

---

[17] KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 76.

[18] Pek çok karar arasında, bkz. AYM, Sebiha Kaya [GK], B. No: 2018/34124, 20.05.2021, §23; AYM, Kemal Karanfil, B. No: 2017/24776, 24.05.2018, §45.

venlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişilerin kişisel veri niteliğindeki özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınmasına, hakkındaki suç işlediğine dair iddiaların değerlendirildiği Cumhuriyet savcılığı, hâkim veya mahkeme kararlarının tutulduğu kayıtlara ulaşılmasına ve bu kayıtların kullanılmasına imkân tanıması nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirmektedir[19].

Anayasa'nın 129. maddesinde memurlar ve kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Kamu görevinde çalıştırılacak kişiler bakımından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması yönünde düzenlemeler getirilmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ancak bu alanda düzenleme öngören kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama yetkisi verildiğini açık olarak göstermesi ve kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceleri sağlaması gerekir. Bu konuya çalışmanın ikinci bölümünde ayrıca değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi önünde iptal talebiyle inceleme konusu olan bahse konu kuralda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu kapsamda kişisel veri niteliğindeki bilgilere ulaşması öngörülmüşken, Kanun'da bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin hangi koşullarla saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi "*güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına, işlenmesine yönelik temel ilke ve güvencelere kanunda yer verilmeksizin bunların alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesinin Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleriyle bağdaşmamaktadır*" sonucuna varmıştır[20].

---

[19] Anayasa Mahkemesi 28 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 19.02.2020 Tarihli ve E: 2018/163, K: 2020/13 Sayılı Kararı, §11. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200428-9.pdf (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

[20] Anayasa Mahkemesi'nin 30.4.2020 tarih ve 31114 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 19.2.2020 T., 2018/91 E. ve 2020/10 K. sayılı Kararı https://www.anayasa.gov.tr/media/6587/2018-163.pdf (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

Diğer taraftan, PVSK Ek 7. maddesi ise, polisin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunabileceği, bu amaçla bilgi toplayıp, değerlendirip, yetkili merci veya kulanım alanına ulaştıracağı belirtilmiştir. Terörle mücadele tedbirlerinin alınması kapsamında, devletin istihbari faaliyetlerde bulunması egemenlik yetkisinin parçası olmakla birlikte, terörle mücadele amacı Devlete bir sınırsız bir yetki vermemektedir[21]. Bununla birlikte, uygulamada, polisin özellikle sosyal medyada sanal devriyede bulunduğu ve açık kaynak araştırması yöntemiyle, ihbar üzerine ya da re'sen bilgi topladığı görülmektedir. Bu maddenin geniş yetki verir şekilde uygulanmasının önüne geçilmesi için bu faaliyetin yargısal denetiminin sağlanması gerekir.

Ek 7. maddenin 2. fıkrası kapsamında, maddede sayılan suçlar bakımından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde telekomünikasyon ve internet üzerindeki veri trafiğinin tespitine, dinlenmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilip kayda alınmasına Emniyet Genel Müdürü, İstihbarat Daire başkanının yazılı emriyle karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu yazılı emir 24 saat içinde hakim onayına sunulacak olsa da, geniş bir yetkiyi idareye vermiş olduğu görülmektedir. Bu türden bir yetkiyi veren kanunun keyfiliğe karşı usuli teminatları içermesi, bu yetkinin maddede sayılan suç tipleri dışında kullanılmaması ve bu yetkiye dayanarak elde edilen kayıtların kanunda öngörülenden başka amaçla kullanılmaması gerekir[22]. Bu yetkinin kullanımının denetimi için tarafsız başvuru ve denetim mekanizmasının işlerliği sağlanmalıdır[23].

Öte yandan, kolluğa veri toplama yetkisi veren bir başka madde PVSK madde 13/A olup, kolluk bu madde kapsamında kaybolan çocukların bulunması amacıyla, sulh ceza hâkiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı veya sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü emri ile kayıp çocuğa ait veya başkasına ait olmakla birlikte kayıp çocuk tarafından kullanılan her türlü banka hesap hareketlerini talep edebilir, telekomünikasyon yoluyla iletişimini denetleyebilir ve sinyal bilgi-

---

21 El Masri v. Kuzey Makedonya, no. 39630/09, 13.12.2012, §232.

22 Pek çok karar arasında bkz., Karabeyoğlu v. Türkiye, no. 30083/10, 07.06.2016; Roman Zakharov, no. 47143/06, 04.12.2015.

23 Pek çok karar arasında bkz., Rotaru v. Romanya, no. 28341/95, 04.05.2000.

lerini değerlendirebilir. Tedbir kararı, en çok bir ay için verilebilir; ancak bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere bir ay daha uzatılabilir. Mülki idare amirinin kararı, derhal mahkemenin onayına sunulur. Mahkeme kararını en geç yirmi dört saat içinde verir.

Ayrıca, telekomünikasyon bilgilerine ilişkin olarak, afet ve acil durumlarda arama, kurtarma ve müdahale faaliyetleri kapsamında, afetten veya acil durumdan etkilenen kişiler ile sınırlı olmak üzere 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na 7226 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 25.2.2020 tarihinde eklenen ek 2. madde gereğince, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından;

> a) Afet ve acil durum hallerinde Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının veya ilgili valiliğin,
>
> b) 112 acil çağrı merkezlerine yapılan çağrılar kapsamında, arayan kişilere ulaşılması amacıyla arama zamanıyla sınırlı olmak üzere 112 acil çağrı merkezlerinin veya ilgili valiliğin, ihtiyaç duyduğu telefon abone ve konum bilgileri gecikmeksizin karşılanır. Bu kapsamda ilgili Bakanlık ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun birlikte belirleyeceği usul ve esaslar dâhilinde erişim sistemi kurulabilir.

Öte yandan, önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde kullanılan en önemli veri işleme yöntemlerinden biri, aslında hem suç işlenmesinin önlenmesi hem de soruşturma ve kovuşturmalarda delil olarak kullanılması bağlamında kamusal alandaki kamera sistemleridir. Kent Güvenlik Yönetim Sistemi [KGYS] adıyla bilinen bu kamera ile kitle izleme sisteminin yasal dayanağı 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu 11 H) maddesi olarak gösterilmektedir. Aynı durum Plaka Tanıma Sistemi uygulamasına için de geçerlidir. Bu madde şu şekildedir:

> *H) (Ek: 6638 - 27.3.2015 / m.15) Vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için adli kuruluşlar ile (D) fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla askerî kuruluşlar dışında, mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir. Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde vali, emir ve talimatlarını kolluk aracılığıyla uygular. Bu fıkradaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya geciktirilmesi sebebiyle oluşan kamu zararı ile gerçek ve tüzel kişilerin Devlet tarafından karşılanan zararları ilgili idarece genel hükümlere göre sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilir.*

> *(Ek paragraf: 6758 - 10.11.2016 / m.22) Vali; kamu düzeni ve güvenliği ile kişilerin can ve mal emniyetinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, trafik güvenliği ve kontrolünün sağlanması amacıyla* meydan, karayolları, cadde, sokak ve park gibi kamuya açık alanlarda kurulacak sistemlerin yerlerinin tespiti, kurulumu ve altyapı faaliyetlerini koordine eder. Bu sistemlerin altyapı, kurulumu ve işletilmesi ile ilgili olarak il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzelkişilikleri valiliğin talebini yedi gün içinde sonuçlandırır. Bu süre içerisinde ilgili kurumlarca sonuçlandırılmayan iş ve işlemler vali tarafından resen tamamlattırılır.

Özellikle kamusal alanda KGYS kullanılarak kameralı gözetlemenin suçun önlenmesindeki etkisi ve temel haklara müdahalenin kapsamı açısından çok fazla çalışma yapılmadığı görülmektedir. Halbuki bu gözetimin kanunilik kriterini taşıyan bir yasal dayanağı bulunmadığı açıktır[24]. İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesi kanunilik kriteri açısından usuli güvenceleri haiz bir yasal dayanak olarak görülemeyeceği gibi, PVSK'nın Ek 7. maddesi ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek 5. madde de, bu maddelerde yer alan suçların işlenmesini önlemek için hakim kararıyla yapılan kamera ile izlemeyi düzenlemektedir. Dolayısıyla mevzuatımız kolluğa genel bir izleme yetkisi vermemektedir.

Kameraların suçun önlenmesi, güvenliğin sağlanması ve ortaya çıkartılmasında bir delil elde etme aracı olarak önemli bir yer edinmiş olması, bu sistemlerin şeffaflık, hesap verilebilirlik, amaca hizmet etme ve özgürlük ve güvenlik dengesini kurulması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Kitle izlemesi çerçevesinde en önemli güvenlik araçlarından biri olan bu kameraların, kamusal alanda da olsa izleme ve veri toplama faaliyeti çerçevesinde kişilerin özel ve aile hayatının korunmasına saygı hakkına müdahalede bulunduğu ve bu müdahalenin her somut olayda kanunilik ve demokratik toplumda gereklilik bağlamında usuli teminatlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Avrupa Birliği Adalet Divanı da, bireylerin özel yaşamına dair çıkarımlar yapılmasına imkan veren elektronik iletişimine ilişkin yer ve trafik verilerinin tespitinin, savcılık makamına verilen yetki çerçevesinde

---

[24] Aynı yönde, bkz: ABANOZ Buket, **Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 5; KÜÇÜK Tevfik Sönmez, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi, **Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XV, S. 1, 2018, s. 49-89, s. 73. https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/yuhf_dergisi_v.14.pdf; ABANOZ Buket, Biri Bizi Hukuka Aykırı Gözetliyor: Mobese kameraları, 2019, https://blog.lexpera.com.tr/biri-bizi-hukuka-aykiri-gozetliyor-mobese-kameralari/. (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

kamu güvenliğine yönelik ciddi tehlike ve ağır nitelikte suçlarla mücadele amacıyla kullanılması gereğine vurgu yapmıştır[25].

Açık kaynak araştırması veya sanal devriye gibi yöntemlerle kolluk tarafından veri toplanması, buna cevaz veren kanuni düzenlemenin kim tarafından, nasıl, ne, hangi süreyle veri toplanacağı, nerede depolanacağı, ne kadar süre tutulacağı, etkili bir itiraz yolu öngörülmesi ve imha edilmesi gibi usuli teminatların açıkça sağlanmaması halinde hukuken sorun teşkil edecektir. Kaldı ki güvenlik soruşturmasına ilişkin maddenin benzer gerekçeyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması bu kapsamda yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınmalıdır[26]. Kolluk tarafından kişisel verinin ne şekilde toplanacağı ve ne şekilde kullanılacağının açıkça kanunda öngörülmüş olması gerekmektedir. Yine Plaka Tanıma Sistemi ile asayiş ve güvenliğin sağlanması, suçun önlenmesine, suç delillerinin toplanmasına ilişkin kolluk tarafından alınan bir tedbir olmakla sınırlarının belli olması, verilerin kim tarafından, ne şekilde toplanıp, işlenip, depolanacağının kanuni dayanağa kavuşturulması gerekmektedir. Aynı gerekçeler bazı ülkelerde kullanılmaya başlanmış olan yüz tanıma sisteminin uygulamaya geçirilmesi açısından da geçerlidir ve kanuni dayanak ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin usuli güvencelerin düzenlenmesi gereklidir[27].

2. Kişisel Verilerin Korunması Mevzuatı Açısından Kolluk Faaliyetinin Değerlendirmesi

Kolluk tarafından önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde işlenen verilere ilişkin kişisel veri koruma güvencelerinin işletilip işletilemeyeceği ayrı-

---

[25] Avrupa Birliği Adalet Divanı C‑746/18 sayılı 02/02/2021 tarihli Büyük Daire kararı. https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=FCDD9223EB087BE1EE040ECCE3AF28D4?text=&docid=238381&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2072218 (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

[26] Anayasa Mahkemesi 12018/163 E. 2020/13 K. numaralı 19.02.2020 tarihli kararı. https://www.anayasa.gov.tr/media/6587/2018-163.pdf.

[27] Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü tarafından 28/01/2021 tarihinde yayımlanan Yüz Tanıma Sistemlerine ilişkin Kılavuz için: https://rm.coe.int/guidelines-on-facial-recognition/1680a134f3; Yüz tanıma sistemlerinin yasaklanmasına ilişkin başlatılan küresel kampanya için bkz: https://www.amnesty.ch/fr/themes/surveillance/docs/2021/les-technologies-de-reconnaissance-faciale-amplifient-le-risque-de-racisme-lors-des-operations-policieres/ (Erişim Tarihi: 21.09.2021); Detaylı değerlendirme için bkz: İÇER Zafer - DÖNMEZ Elif, "Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt. 15, S. 43, Ağustos 2020, ss. 421-561; Yüz tanıma sisteminin mesai takibinde kullanılması konusunda bkz: Danıştay 5. Daire, 2013/7949 E. 15/11/2013 tarihli karar ve Danıştay 11.Dairesi, 2017/816 E., 2017/4906 K. 13/0672017 tarihli karar; ayrıca Kent Güvenlik Yönetim Sistemi açısından bkz: ÖZKAN Halid, "Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt. 11, S. 30, Nisan 2016, s. s. 63-103.

ca ele alınması gereken bir konudur. Bu bölümde ulusal mevzuat ve özellikle Avrupa Birliği mevzuatında ortaya konan temel standartlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Kişisel Verileri Koruma Kanunu Madde 28 ile Düzenlenen İstisnanın Kapsamı

Kolluk tarafından toplanan ve işlenen ve depolanan veriler için tarafsız ve bağımsız bir kişisel verileri koruma mekanizmasının oluşturularak denetimin sağlanması gereklidir. Bu kapsamda aşağıda, 6698 sayılı Kişisel Verileri koruma Kanunu [KVKK] çerçevesindeki durum ele alınacaktır.

Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrası, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvenceyi, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir, bireylerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekmektedir. Bireylerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin de resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunmasını sağlayıcı düzenlemeler yapılmalıdır.

Bununla birlikte, KVKK'nın istisnaları düzenleyen 28. maddesinin (ç) bendine göre "*Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi"* halinde bu Kanun'un hükümleri uygulanmayacaktır[28]. Bu bendin Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş ve iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusuna ilişkin 28.9.2017 tarihli, 2016/125 E., 2017/143 K. sayılı kararda Anayasaya aykırılık iddiası değerlendirilerek iptal istemi reddedilmiştir[29]. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*bu bağlamda ilgili kanunlarda sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve yeterli korumanın da sağlandığı dikkate alındığından dava konusu kurallarla kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamaların özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının özünü zedelenmediği gibi bu haklar ile ülkede millî gü-*

---

[28] 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf.

[29] Anayasa Mahkemesi 2016/125 E., 2017/143 K., 28.09.2017 tarihli kararı, §160-161. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/143?KararNo=2017%2F143%20

venliğin sağlanmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez."

İfade etmek gerekir ki, KVKK'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında *"kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması*" çerçevesinde yukarıdaki istisnaya da bir kısmi istisna getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre bu faaliyet kapsamında *bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10., zararın giderilmesini talep etme hakkı* ***hariç,*** *ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddeleri uygulanmayacaktır.* Buradan anlaşılması gereken, KVKK'nın 28/2 (a) maddesi gereği önleyici ve soruşturma işlemlerine ilişkin olarak KVKK'nın kısmen uygulanacağı bir hüküm söz konusudur[30].

Bununla birlikte, suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için kişisel veri işlemenin gerekli olması halinde bahse konu istisnanın kapsamına girmediği ifade edilmiş ise de, istihbari kapsamda faaliyet gösteren kolluk birimlerinin istisna kapsamında olduğu açık olduğundan, bu faaliyetler açısından aydınlatma yükümlülüğü ve veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sorusunun cevabının açıkça düzenlenmesi gereklidir. Nitekim 6698 sayılı Kanun'un genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen maddesinin gerekçesinde, örneğin suç soruşturması nedeniyle PVSK'nın 5. maddesi uyarınca şüphelilerin parmak izlerinin alınması açık rıza alınmaksızın veri işlenebilecek hallere örnek olarak verilmiştir[31]. Veri sorumlularının haklarına ilişkin teminat da uygulanmamakta olup, bu sonraki bölümlerde incelenecek olan temel haklara ilişkin müdahalelerin tespiti ve itiraz yollarının kullanılmasında bir engel teşkil etmektedir. Böyle bir istisnanın kabulü ancak, kolluk tarafından işlenen verilere ilişkin ayrı bir mevzuat düzenlemesi yapılmış olması ve usuli teminatların ve ayrı bir denetim sisteminin öngörülmüş olması halinde mümkün olabilir[32].

---

[30] BÖREKÇİ Eşref Barış, **Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 137-140.

[31] ERARSLAN Sevgi, **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, 2. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 219.

[32] Karşılaştırmalı ülke sistemleri için bkz: **ABANOZ**, 2018, ss. 126-134.

Kolluğun internet üzerinde araştırma yapma, dinleme ve bu çerçevede veri toplama faaliyetinin tarafsız ve bağımsız bir kişisel verileri koruma mekanizmasının denetimine tabi olması gerekir. Ancak bahse konu 28. maddedeki istisna, her ne kadar 2. fıkra ile istisnaya kısmi bir istisna getirilmiş olsa da kapsam açık olmadığından, genel anlamda kolluk faaliyetine işaret etmektedir. Özellikle kamu düzeni kavramının geniş bir kapsama sahip olması ve kolluğun faaliyetlerinin de kişisel veri toplama, depolama, işleme çerçevesinde günümüzde artış gösterdiği dikkate alındığında genel anlamda bu yönde bir istisnanın varlığı, kolluk faaliyetine ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmaması halinde, sakıncalı bulunabilir. KVKK'nın 28. maddesindeki bu istisnaya ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne iptal talebiyle yapılan başvurunun esasını da belirlilik ilkesine aykırılık ve idarenin keyfi uygulamalarına yol açabilecek nitelik taşıdığı yönündeki iddia oluşturmaktadır[33]. Anayasa Mahkemesi bu maddedeki sınırlandırma sebebinin haklı gerekçelere dayanıp ölçülülük ilkesiyle bağdaştığını kabul etmiş ve iptal talebini reddetmiştir. Bu çerçevede önleyici, koruyucu ve istihbari kolluk faaliyetleri kapsamında işlenen kişisel verilerin herhangi bir koruma kapsamına dahil olmaması, her ihtimalde demokratik toplumda gereklilik kriterleri çerçevesinde özgürlük ve güvenlik dengesiyle bağdaşmamaktadır. Bu çerçevede iptale konu edilen istisnanın konulma gerekçesi makul kabul edilebilirse de, hükümde yer alan kavramlardan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi ve idare tarafından keyfi ve geniş yorumlanmaya ilişkin usuli teminatların sağlanması gerektiği söylenebilir[34]. Şüphesiz ki, bir hukuk devletinde hukuki belirlilik ilkesi temel güvencelerindendir ve kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirler açısından bakıldığında, tedbirlerin uygulanma şartlarının ve usuli güvencelerin kanunda açıkça tanımlanması gereklidir. Kanuni düzenlemeler, bireylerin gerekirse uygun bir tavsiye ile, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları o koşullar içinde makul olan derecede öngörebilmesine izin verecek kadar belirli olmasını gerektiren bir standart olan "kanunilik" ölçütünü karşılayabilmelidir. Bu açıdan kanuni düzenlemelerde yer alan tedbirlerin uygulanması bakımından öngörülebilir olması zaruridir[35].

---

[33] Anayasa Mahkemesi 2016/125 E. 2017/143 K. 28.9.2017 tarihli kararı, §152 vd. https://anayasa.gov.tr/media/6115/kd_55_1.pdf.

[34] Aynı yönde, DÜLGER Murat Volkan, Anayasa Mahkemesinin Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Konu Edildiği İptal Davası Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, 2018, https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-kisisel-verilerin-korunmasi-kanununun-konu-edildigi-iptal-davasi-kararina-iliskin-bir-degerlendirme-makale,5720.html.

[35] Kanunilik ilkesi hakkında, pek çok karar arasında, bkz: Del Río Prada v. İspanya [BD], no. 42750/09, 21.10.2013, §125; Suç teorisi açısından belirlilik ilkesi için bkz: ÖZGENÇ İzzet,

Öte yandan, istisna kapsamına giren bu verilerin işlenmesinde açık rıza aranmamaktadır. Ancak bu konu da tartışmaya açıktır. Zira, izleme faaliyeti konusunda bireylerin önceden bilgilendirilmesi ve şeffaflık sağlanması önemli bir usuli teminattır. Özellikle özel nitelikli kişisel veriler söz konusu olduğunda, istisna kapsamında olsa da, KVKK kapsamındaki istisnaların dar yorumlanması gerekir. Bu çerçevede, istisna kapsamında belirlenen etkinliklere ilişkin olarak, diğer alanlardan farklı kurallar benimsenebilirse de, kişisel verilerin korunması açısından hakim olan temel ilkelerin istisna kapsamındaki faaliyetler için de geçerli olması gerekir. "*Bu açıdan kişisel verilerin yalnızca toplandıkları amaçla işlenebilmesi ya da işlemenin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olması gibi temel ilkeler bu etkinliklerin varlığını ortadan kaldırmayacak ancak ilgilinin kişisel verilerinin korunmasını destekleyecektir*"[36].

Kitle izleme yöntemleri kullanılırken, bu konuda aydınlatmaya yönelik uyarıcı levhaların yerleştirilmesi halinde bireyler tarafından öngörülebilir bir müdahaleden bahsedilebilir ve bu da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak değerlendirilebilir. Anayasanın 20. maddesinde kişisel verilerin ancak kanunla veya açık rıza ile işlenebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanuni bir dayanak bulunmadığı takdirde işleme ancak açık rızanın aydınlatılmış olarak alınmış olmasıyla mümkündür[37]. Kanunda 28. maddenin bendi kapsamında suç önleme faaliyetlerinin istisna kapsamında tutulmuş olması, kanuni bir dayanak çerçevesinde ortaya konulmuş usuli teminatlar öngörülmediği müddetçe aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır. Kaldı ki, KVKK'nın 28. maddesi 2 (a) fıkrası aydınlatma yükümlülüğünün önleyici faaliyetler kapsamında geçerli olduğunu belirtse de bu maddenin hangi suç önleyici faaliyetleri kapsadığı açık değildir[38]. Gerek kamusal alanda gerek ise kamuya açık sosyal medya hesaplarında izleme yapılması, bireylerin kamuya açtıkları yaşam ve paylaşımlarıyla otomatik olarak her türlü müdahaleye izin verdikleri anlamına gelmemelidir. Bu durum verinin toplanma amacına hizmet ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, Ankara, s. 127; KOCA Mahmut- ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 13. bası, Seçkin Yayıncılık, 2020 Ankara, ss. 58-59; CENTEL Nur-ZAFER Hamide- ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş,** 11. Bası, Beta, 2020, İstanbul, ss. 56-57.

36 **KÜZECİ**, 2019, s. 382.

37 **ABANOZ,** 2018, s. 190.

38 Aynı yönde, detaylı açıklama için bkz: KIZILIRMAK Baran, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt. 7, S. 2, İstanbul, 2019, ss. 225 - 261, ss. 253-254.

Bireylerin kendilerini ilgilendiren verilerin kim tarafından, ne zaman, hangi sebeple toplandığını, toplanma amacı dışında başkaca bir işleme tabi tutulup tutulmadığını ya da ne kadar süre için saklandığını öngörmesi mümkün değilse, o toplumda yaşayanların serbestçe karar verebildiğinden ve özgür iradeleri ile yaşamları şekillendirdiğinden bahsedilmez[39].

Bu çerçevede örneğin AİHM *Catt v. Birleşik Krallık* kararında başvurucunun birçok gösteriye katıldığına ilişkin kişisel verilerin veri tabanında "radikalizm" başlığı altında tutulmasının ve bu şekilde işlenmesinin özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir[40]. Bu kararda özellikle bilgi toplama işleminin meşru bir amacı olsa da, veri tabanında tutma zaman bakımından bir güvencenin bulunmaması dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, örneğin, 2911 sayılı Toplantı Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrası, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde katılımcıların ve konuşmacıların ses ve görüntüleri kolluk tarafından yapıldığı belli olacak şekilde kaydedilebileceğini düzenlemişse de, elde edilen kayıt ve görüntüler şüphelilerin ve suç delillerinin tespiti dışında başka bir amaçla kullanılamaz. Dolayısıyla, bu düzenleme bahse konu AİHM içtihadı ile birlikte ele alındığında kişilerin örgütlenme ve ifade özgürlüklerini kullanmaları nedeniyle fişlenmesi ya da haklarında bir veri tabanı oluşturulması yürüklükteki mevzuat çerçevesinde kanuna aykırı ve demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale olacaktır.

Shimovolos v. Rusya başvurusunda, AİHM, polisin bir kişinin bir insan hakları örgütüne üyeliği nedeniyle ismini gizli izleme güvenlik veri tabanına kaydetmesini ve hareketlerini izlemesini özel hayat ve aile hakkı kapsamında AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir. Başvuruya konu veri tabanı yayımlanmayan ve kamuya erişilebilir olmayan bir bakanlık direktifi ile oluşturulmuştur. Bu çerçevede bireylerin bahse konu veri tabanına hangi amaçla kaydedildiğini, hangi tür bilgilerin bu kapsama girdiğini, belli bir zaman dilimi öngörülüp öngörülmediği, bu bilgilerin ne şekilde arşivlendiği ve saklandığı ile kimlerin erişimine açık olduğu gibi usuli teminatlar konusunda bilgi sahibi olmadığı gözlemlenmektedir[41].

Nitekim, kişisel verilerin devlet tarafından süreklilik arz eden şekilde işlemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Nüfus Sayımı kararında orta-

---

39 **KÜÇÜK**, 2018, s. 55.

40 Catt v. Birleşik Krallık, no. 43514/15, 24.01.2019.

41 Shimovolos v. Rusya, no. 30194/09, 21.06.2011.

ya konan kişilerin verilerin geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir[42]. Mahkemenin, insan onurundan hareketle ortaya koyduğu bu prensip, kişilerin kendileri ile ilgili karar verme özgürlüğü, bireylerin kendi kişisel verilerini toplun diğer üyeleri ile ne zaman ve ne ölçüde paylaşacağı hususunda yetkilendirmesini gerekli kılar[43]. Dolayısıyla kamuya açık paylaşımlar dahi söz konusu olsa ya da kamuya açık alanda bir izleme faaliyetinden de bahsedilse, bunun bireylerin kişisel verilerini paylaşma amacıyla bağdaşmayan şekilde başkaca sebeplerle gizli olarak işlenmesi ve bir anlamda fişleme oluşturulması, özellikle de bu toplanan veriler kişilerin işten çıkartılması, toplum içinde damgalanması, yargılanması ya da özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına neden oluyorsa bu ölçüde bir yetkinin daha sıkı biçimde teminat altına alınması ve denetlenmesi gereklidir. Bu çerçevede KVKK kapsamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelerin ihlalinde, kamu faaliyetini gerçekleştiren kamu tüzel kişisine bir idari yaptırım uygulanması söz konusu değilse de, faaliyeti gerçekleştiren kamu görevlileri hakkında disiplin hükümleri uygulanabilmektedir[44]. Bu konuda veri sorumlusu olan idarenin ihlal halinde herhangi bir yaptırımdan bağışık tutulması idarenin hesap verebilirlik ilkesi açısından da hukuken sorun yaratabilecek bir meseledir.

B. Kişisel verileri korumada standartlar ve istihbari kolluk faaliyeti

Kuşkusuz, belli bir amaç güdülmeden ve belirsiz biçimde herkesin izlenmesi yöntemiyle kişilerin kayıt altına alınması ve veri depoları oluşturulması, kişilerin veri objesi haline dönüşmesine neden olacaktır[45].

Bilgi teknolojilerinin çok hızlı değişmesi ve iletişim amaçlı kullanımının artması veri güvenliğini daha da önemli hale getirmektedir. Kişisel sosyal paylaşım sitesi kullanımının yaygınlaşması durumu da göz önüne alındığında yeni bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıktığı ortadadır[46]. Bu çerçevede Avrupa Veri Koruma Tüzüğünün kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeleri 5. maddesinde düzenlediği görülmektedir. Aslında bu ilkeler, hukuka uygun, adil ve şeffaf olarak işlenmesi, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplaması ve işlenmesi ve amaçla orantılı şekilde, yeterli ve gerekli biçimde

---

42 **KÜZECİ**, 2019, s. 67-68.

43 **KÜÇÜK**, 2018, s. 61.

44 **BÖREKÇİ**, 2020, s. 143; KANGAL Zeynel T., **Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması,** 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 235-236.

45 **KÜÇÜK,** 2018, s. 71; **KÜZECİ**, 2019, s. 198.

46 **ATLI**, 2019, s. 10.

işlenmesi, tutulması ve denetim kapsamında prensip olarak AİHM içtihadı ile ortaya konulan kişisel verilere ilişkin kanunda belirtilmesi gereken usuli teminatlar ile paralellik göstermektedir. Bu hususa aşağıda ikinci bölümde daha detaylı olarak değinilecektir.

Bu çalışmada, Türkiye açısından yukarıda değinilen mevzuat boşluğu da dikkate alındığında, suçların önlenmesi, soruşturulması, oraya çıkartılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili, 27 Nisan 2016 tarihli Avrupa Parlamentosu 2016/680 numaralı Tavsiye Direktifine de değinilmesi gerekmektedir[47]. Bu Direktif kapsamında özellikle ele alınması gereken iki noktadan biri, Madde 29 (Article 29) Çalışma Grubu tarafından dile getirilen veri koruma etki analizi meselesidir. Bu çerçevede özellikle otomatik karar mekanizmalarında işleme öncesi mutlaka etki analizi gerçekleştirilmesi gerektiği Çalışma Grubu tarafından teklif edilmiştir. Vurgu yapılan hususlardan biri de özellikle özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde yerel hukukta spesifik bir hukuki zemin olması ve bu verilerin işlemesinde gereklilik ilkesine özellikle dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca profilleme yoluyla ayrımcılığa yol açılmaması gerektiğine de dikkat çekilmiştir[48]. Bu hususa Direktifte tanımlanan ilkeler arasında yer verilmiştir.

Direktifin 28. maddesinde bağımsız denetleyici otoriteleri düzenlemektedir ve veri işlemeye ilişkin konular söz konusu olduğunda bağımsız denetim otoritesinin görüşünün yasama organı tarafından alınması gereği vurgulanmıştır.

---

[47] Suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili, 2008/977/Aİİ sayılı Konsey Çerçeve Kararı yerine geçen 27 Nisan 2016 tarihli (AB) 2016/680 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü tarafından yayımlanan Türkçe tercümesi için bkz: https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/29/law-enforcement-directive-turkce.pdf; Bilgi notu için bkz: https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/27/law-enforcement-directive-bilgi-notu.pdf; Direktifin içeriği ile ilgili detaylı bilgi için, bkz. **KIZILIRMAK**, 2019, ss. 247-251

[48] Yukarıda adı geçen bilgi notu, s. 6-7; ayrıca bkz: BOZBAYINDIR Gülşah BOSTANCI, "Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2018/2, ss. 51-104; DÜLGER Murat Volkan - ÖZKAN Onur, "Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: "Unutulan" Direktifin Kapsamlı ve Karşılaştırmalı Analizi", **Ceza Hukuku Dergisi,** Y. 15, S. 42, 2020, ss. 85-149.

Diğer taraftan, Avrupa Birliği mevzuatı dışında, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü bünyesinde de *kolluk sektöründe kişisel verilerin kullanımına ilişkin bir uygulama kılavuzu* yayımlanmış ve ilkeler belirlenmiştir[49]. Ayrıca, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Özel Hayatın Gizliliği konulu 16 numaralı Genel Yorumunun 10. paragrafına da değinmek önemlidir. Bu paragraf uyarınca, kamu otoritelerinin özel kişi veya kurumların veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukuki düzenlemeye tâbi olmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Sözleşme'nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır. Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey kişisel dosyalarda veya veri tabanlarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca, her birey hangi kamu otoritelerinin, özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir.[50]

Öte yandan, Avrupa Birliği Komisyonu 6/10/2020 tarihli 2020 Türkiye raporunda, özellikle KVKK kapsamında önleyici kolluk faaliyetleri ile ilgili getirilen yukarıda değindiğimiz geniş istisnanın eleştirildiğini görmekteyiz. Bu çerçevede Avrupa Birliği Veri Koruma mevzuatında da kolluk faaliyetleri ile ilgili benzer istisnalar söz konusu olsa da yukarıda bahsettiğimiz 2016/680 numaralı Direktif bu konuda özel düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla Türkiye'de de benzer bir düzenleme yapılmasına ve kişisel verilerin korunmasına kamu faaliyetlerini de kapsar şekilde bütüncül yaklaşılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Kaldı ki, kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak, Türkiye'nin, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korun-

---

[49] Practical Guide on the use of personal data in the police sector: how to protect personal data while combatting crime, 2018, https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/newly-adopted-practical-guide-on-the-use-of-personal-data-in-the-police-sector-how-to-protect-personal-data-while-combatting-crime- (Erişim Tarihi: 21/09/2021).

[50] UYAR Lema, **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yorumları,** Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. bası, İstanbul, 2006, ss. 35-36, para. 10.

masına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde değişiklik yapan 2018 Protokolü'nü imzalamamış olduğunun da altı çizilmelidir. Bununla birlikte, Türkiye'de Kişisel Verileri Koruma Kurumu oluşturulmuş olmakla birlikte, KVKK'nın Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlaştırılması amacıyla herhangi bir mevzuat değişikliği yapılmamıştır. Avrupa Birliği Komisyonu raporunda da belirtildiği üzere, tekrarlanan taleplere rağmen, Türkiye, diğer hususların yanı sıra Kişisel Verileri Koruma Kurumunun bağımsızlığı ve kolluk birimlerine ilişkin istisnalar konusundaki endişeleri hâlen gidermemiştir. Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumun sağlanmamış olması, belirli politika alanlarında Eurojust ve Europol ile iş birliği olanağına engel teşkil etmektedir.[51] Europol ile Türkiye arasında teknik ve stratejik düzeyde iş birliğine imkan sağlayan "Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Polis Teşkilatı Arasında İşbirliğine İlişkin Anlaşma" imzalanmış ve 15.07.2004 tarih ve 25523 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[52]. Ancak operasyonel düzeyde kişisel verilerin paylaşılmasına imkân veren işbirliği anlaşmasının imzalanması için kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatını Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirmesi gereklidir. KVKK'nın gerekçesinde de bu hususun altı çizilmiştir.

Dolayısıyla, KVKK'nın yürürlüğe girmesini takiben, Europol ile Türkiye arasındaki iş birliği ve kişisel veri paylaşımı görüşmeleri de bu kapsamda önemlidir. Bununla birlikte kolluk faaliyetleri açısından da, mevzuatın 2016/680 sayılı Direktif ile uyumlu hale getirilmesinin Europol ile iş birliği için önemli bir gereklilik olduğunun altı çizilmelidir. Bu da asıl olarak kolluk ve adli makamlar arası kişisel veri koruma konusundaki iş birliği ve denetimin artırılması ve yasal düzenleme ile bir kanuni zemine oturtulmasını gerekli kılmaktadır.

II. İSTİHBARİ BİLGİ TOPLAMA FAALİYETİNİN TEMEL HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Kişisel verilerin korunması, kural olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını kullanma konusunda büyük öneme sahiptir ve yasal mevzuatın kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin ve keyfi kullanıma karşı güvencelere aykırılık teşkil etmesine yönelik yeterli güvenceleri sağlamalı-

---

[51] Avrupa Birliği Komisyonu 6.10.2020 tarihli 2020 Türkiye Raporu için bkz: https://ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf.

[52] Türkiye ve EUROPOL ilişkilerine ilişkin açıklama için bkz: https://www.egm.gov.tr/interpol/turkeuropoliliski-13-02-201341.

dır. Bu tür güvencelere olan ihtiyaç, otomatik olarak işlenen kişisel verilerin korunmasının söz konusu olduğu durumlarda, özellikle de bu verilerin polis tarafından kullanılması halinde, daha da artmaktadır[53]. Özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. Bununla birlikte, özellikle bir yürütmeye ait bir yetki gizli kullanılıyorsa, keyfilik riski de açıktır[54]. Dolayısıyla, mevzuatta öngörülmesi gereken yasal çerçeve, kişisel verilerin toplanma, işlenme, saklanma şartları ile amaca uygunluğu, saklanma süresi, ölçülülük kriteri, üçüncü kişilerle paylaşma şartları ve imha edilmesini temin etmelidir.

Bununla birlikte istihbari izlemeye yönelik kolluk faaliyetlerinin yalnızca özel hayat ve aile hayatının korunmasına saygı hakkıyla sınırlı olduğunu düşünmemek gerekir. İzlemeden elde edilen kişisel verilerin bireyler hakkındaki idari ya da adli işlemlerde kullanılması konusu ise ayrıca adil yargılanma hakkı altında ve bağlantılı olarak diğer temel haklar çerçevesinde de incelenmelidir.

1. Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Üzerindeki Etkiler

Güvenlik endişeleri gerekçe gösterilerek yapılan kitle izlenmesi ile ilgili davalarda AİHM, öncelikle kanunilik kriterini ele almakta ve müdahaleye temel teşkil eden yasanın hem erişilebilir hem de öngörülebilir olması ve keyfiliğin önlenmesine ilişkin usuli teminatların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Kanuni dayanağı olan bir tedbirin ulusal güvenlik meşru amacı güdülerek uygulanması halinde, demokratik toplumda gereklilik incelemesi devreye girmektedir. Bu çerçevede AİHM, demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmesi ile ilgili olarak, Devletin ulusal güvenlik meşru amacı ile başvurucunun özel hayatına saygı hakkını adil bir dengeye koyar ve yerel makamların bu dengeyi nasıl yerine getirdiğini, yeterli ve uygun gerekçelerle bir denge kurulup kurulmadığını tartar[55].

---

[53] S. ve Marper v. Birleşik Krallık [BD], no. 30562/04 30566/04, 04.12.2008, §103.

[54] Klass ve diğerleri v. Almanya, yukarıda adı geçen karar, §§42-49; Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 02.08.1984, §67.

[55] AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, Ulusal Güvenlik ve Avrupa İçtihadı, İçtihat Araştırma Raporu, 2013, s. s. 8-15. https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_ENG.pdf

A. Kitle İzleme Faaliyetleri Açısından Temel Haklara Müdahale

Devletlerin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerde ulusal güvenlik meşru amacını kullanması, keyfiliğin ve kötüye kullanım riskinin artması konusundaki endişeyi de artırmaktadır. Ulusal güvenlik endişesi genellikle terör tehdidi ile bağlantılı olarak kullanılır. AİHM içtihadında demokratik bir toplumda devletin casusluk ve terör eylemelerine karşı bireylerin yaşam hakkını korumak konusunda alması gereken tedbirler aynı zamanda pozitif yükümlülüklerini oluşturur. Ancak devletlerin bu mücadele adına önlem alma konusundaki yetkisini keyfi olarak kullanmasına izin verilmemektedir. Dolayısıyla, ulusal güvenlik meşru amacı, devletlerin temel haklara Sözleşme ile sağlanan korumayı sınırlandırabilecek yetkileri istisnai şekilde kullanmasına yönelik kullanılabilir ancak her ihtimalde özgürlük ve güvenlik denge analizinin yeterli ve somut gerekçeyle yapılması zorunluluğu hiçbir koşulda ortadan kalkmamaktadır. AİHM içtihadında da vurgulandığı üzere, ulusal güvenlik meşru amacı gündeme geliyorsa normal usulün izlenmemesi için, şüphesiz keyfilik ve kötüye kullanma riski artar. Tekrar altını çizmek gerekir ki, yürütme gizli olarak gücünü devam ettiriyorsa, keyfilik riski açıktır[56].

Devletin kolluk birimleri aracılığı ile gizli izleme yaptığı durumda bireylerin özel hayat ve aile hayatının korunmasına saygı hakkına müdahale olduğu açıktır. Bu müdahalenin kanunla öngörülmüş, meşru amaç güden ve demokratik toplumda gerekli bir müdahale olması gerekmektedir.

Özellikle teknolojik gelişmelerin casusluk ve izleme araçlarını geliştirdiği ve Devletin düzenin korunmasında, suçun ve terörizmin önlenmesinde meşru menfaatlerinin olabileceği bir iklimde gizli izleme yapılması karşısında bireylere gerekli usuli teminatların sağlanması daha da önem kazanmaktadır.

AİHM'nin kitlesel izleme bağlantılı davalarda ulusal güvenlik gerekçelerini dikkate aldığı bilinmektedir. Örneğin, AİHM, *Klass v. Almanya* davasında Almanya'nın istihbari dinlemeye ilişkin mevzuatını incelemiş, günümüzde demokratik toplumların son derece gelişmiş casusluk biçimleri ve terör tarafından tehdit edildiğini ve bunun sonucunda Devletin bu gibi tehditlerle mücadele edebilmek için kendi yetki sınırları içinde faaliyet gösteren bölücü unsurları gizli bir şekilde izleme görevi üstlenebilmesi gerektiğini kaydederek, e-mailler, postalar ve iletişim araçları üzerinde gizli teknik izleme yapılmasına imkan veren mevzuatın istisnai koşullarda, ulusal güvenlik gerekçesiyle veya suçun önlenmesi açısından

---

[56] Malone, yukarıda adı geçen karar.

demokratik toplumda gereklilik arz ettiğini değerlendirmiştir[57]. Bu çerçevede Mahkeme, yalnızca demokratik kurumların korunması için kesin surette gerekli olması halinde gizli izleme yöntemlerine tolerans gösterilebileceğine değinmiştir. Bu başvuru kapsamında ele alınan mevzuatın ulusal güvenliğin çıkarlarını, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını gözettiğini değerlendirmek için haklı gerekçelerin söz konusu olduğuna karar vermiştir[58]. AİHM, *Privacy International v. Birleşik Krallık* başvurusunda bu konuyu Birleşik Krallık'ta gizli kayda alma yetkileri (*hacking powers*) veren mevzuat açısından yeniden ele alma fırsatı bulmuş, ancak başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle nedeniyle kabul edilemezlik kararı vererek[59], aslında gizli istihbari yetkiler açısından etkili bir yol bulunup bulunmayacağı meselesini de tartışmadan, bu yetkilere ilişkin değerlendirmesini şimdilik ötelemiştir.

Centrum För Rättvisa v. İsveç davasında da İsveç Hükümetinin gizli izleme tedbirlerine ilişkin uygulamaları ve mevzuatı incelenmiş ve AİHM bu mevzuatın, kişisel verilerin korunması kapsamında AİHM tarafından ortaya konan kriterler bir bütün halinde bakıldığında AİHS'nin 8. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir. Bu çerçevede kararda incelenen kriterlere bakıldığında, gizli izleme tedbirlerine ilişkin yasal düzenlemenin erişilebilirliği, tedbirinin süresi konusunda açıklık, gizli izleme bakımından tarafsız ve bağımsız, mümkünse yargısal, bir otorite tarafından verilen izin, verilerin saklanması, erişimi, incelenmesi, kullanılması ve yok edilmesi ile ilgili belirli ve amaca uygunluk çerçevesinde yasal çerçevenin çizilmesi, ilgiliye bildirilmesi, denetimi ve itiraz yollarının kullanılmasına ilişkin usuli teminatların yerine getirilmesi bakımından mevzuatın bir bütün olarak ele alındığını gözlemlemekteyiz[60]. Bahse konu usuli teminatların yasal düzenlemede öngörülmesine ilişkin gerekliliğin, istihbari dinleme konusu açısından daha önce de *Roman Zakharov v. Rusya* davasında net şekilde ortaya konduğunu görmekteyiz[61]. Bu kararda AİHM, başvurucunun cep telefonu görüşmelerinin gizlice dinlendiğine ilişkin şikayet bakımından, mevzuatta yer alan hükümlerin gizli istihbari

---

57 Klass ve diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 06.09.1978.

58 Aynı yönde bkz: Kennedy/Birleşik Krallık, no. 26839/05, 18.05.2010; aksi yönde bkz: Liberty ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 58243/00, 01.07.2008.

59 Privacy International v. Birleşik Krallık, no. 46259/16, 07/07/2020.

60 Centrum För Rättvisa v. İsveç [BD], no. 35252/08, 25.05.2021.

61 Kriterler için bkz: Roman Zakharov, yukarıda adı geçen karar, §§238-288; adli dinleme çerçevesinde elde edilen bilgilerin disiplin soruşturmasında da kullanılmış olmasında özel ve aile hayatının ihlal edildiği hakkında bkz. Yukarıda adı geçen Karabeyoğlu v. Türkiye kararı.

dinlemeye ilişkin idareye verilen yetkiler açısından keyfi ve kötüye kullanım açısından yeterli ve etkili güvenceleri sağlamaması nedeniyle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ihlal olduğuna karar vermiştir.

Bu çerçevede bahsedilen usuli teminatlar yukarıda da değinildiği üzere, tedbire başvurma şartları, kapsamı, amacı, süresi, saklanması ve imha edilmesi ve yasal denetimine ilişkin yasal çerçevenin öngörülebilir biçimde oluşturulması gereğidir. Büyük Daire önünde derdest olan *Big Brother Watch ve diğerleri v. Birleşik Krallık* başvurusunda verilen Büyük Daire kararında sivil toplum kuruluşlarından oluşan başvurucuların istihbarat servisleri tarafından izlenmiş olmalarına ilişkin iddiaları değerlendirilmiş ve Birleşik Krallık mevzuatının gizli kitle izlemesine ilişkin yasal usuli güvenceleri içermediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir[62].

Weber ve Saravia v. Almanya davasında, gazeteci başvurucular posta gönderileri ile telekomünikasyon yoluyla iletişimlerine ilişkin kısıtlamalarla ilgili Suçla Mücadele Yasası ile getirilen değişikliklerin ve Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümleri yorumlamasını kapsamındaki şikayetleri gizli izleme tedbirlerine yönelik yasal düzenlemede sağlanması gereken usuli teminatlar açısından incelenmiştir. Bu davada AİHM başvuruya konu mevzuatta istihbari izleme konusundaki yetkilerin kötüye kullanılmasına ilişkin yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğuna ve iletişimin gizliliğine ilişkin müdahalenin demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve suçun önlenmesi açısından Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinin yeterli olduğunu ifade etmiştir[63].

İzleme tedbirlerinin en çok yargı kararına konu olan boyutu, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesidir ve kayıt altına alınmasıdır. İletişimin şekli ve bu bağlamda iletişim trafiğinin analizi de içeriğin denetlenmesi kadar önemlidir. Dolayısıyla usuli güvencelerin bulunması gerekliliği yalnızca içeriğin kaydedilmesini değil, izlenmesini de kapsar[64]. Bu tedbir özel hayata saygı ve haberleşme hakkına ciddi bir müdahaledir ve bundan ötürü tedbirin

---

62 Big Brother Watch ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], no. 58170/13, 62322/14 24960/15, 25.05.2021. Bununla birlikte bu kararda istihbari bilginin diğer yabancı devlet ve istihbarat birimleri ile paylaşılmasında, usuli güvenceler sağlandığı gerekçesiyle ihlal bulunmamıştır, §513; Aksi yönde, Avusturya'da kolluk yetkilerini kişisel veri toplama ve işleme açısından genişleten yasal mevzuat değişiklikleri için bkz: Tretter ve diğerleri v. Avusturya, no. 3599/10, 29.09.2020 tarihli Komite kabul edilemezlik kararı

63 Weber ve Saravia v. Almanya, no. 54934/00, 29.06.2006 tarihli kabul edilemezlik kararı, §137.

64 **KÜZECİ**, 2019, s. 109.

öngörülebilir bir yasal düzenlemeye dayanması ve yargısal denetim mekanizmasının etkin şekilde işlemesi gereklidir. Özellikle de teknolojik gelişmeler ile iletişim yöntemleri daha da karmaşık hale geldiğinden, konuya ilişkin açık ve öngörülebilir yasal bir düzenlemenin bulunması gerekir[65]. Diğer bir ifadeyle, kolluk tarafından gerçekleştirilen gizli izleme yöntemleri bağlamında, yasal düzenlemenin, bir bireyin özel hayata saygı ve haberleşme hakkına keyfi müdahaleye karşı koruma sağlaması sağlanmalıdır[66].

Bununla birlikte, *Breyer v. Almanya* davasında da, AİHM Almanya'da Telekomünikasyon Kanununda yapılan değişiklikle şirketlerin kontörlü Sim kart kullanıcılarının kimliklerinin tespit edilmesi amacıyla kişisel bilgi toplama ve muhafaza etme yükümlülüğü getirilmesinde, düzenlemede verilerin saklanma süresinin sınırlı olması, veriye erişebilecek makamların tek tek sayıldığı tarafsız ve bağımsız denetim mekanizması öngörülmüş olması ile suçla mücadele ve ulusal güvenlik meşru amacı çerçevesinde takdir marjının aşılmadığını değerlendirmiştir[67].

AİHM, kolluk tarafından tutulan kişisel verileri içeren dosyala erişim konusunda da, devletin ulusal güvenlikle ilgili meşru çıkarları ile verilere tam erişim sağlanması arasındaki dengeyi somut olayın şartlarında bir başvuru kapsamında her bir başvurucu açısından farklı değerlendirdiği kararları da mevcuttur[68]. Bununla birlikte, Mahkeme önünde özellikle gizli servis tarafından tutulan dosyalarla ilgili olarak, kamu mercileri tarafından hakkında kişisel dosya tutulmuş bireylerin bu dosyaların kapsamına erişimi açısından devletin menfaatlerin dengelenmesine cevaz verecek bir usul geliştirmesi gerektiği kanaatine varılan başvurular da bulunmaktadır[69].

Benzer şekilde, güvenlik güçlerince belli kişiler hakkında sistematik olarak veri toplanması ve arşivlenmesi, bu veriler kamusal bir yerde toplanması veya sadece kişinin mesleki ya da kamusal faaliyetlerini ilgilendirse dahi bu kişilerin özel hayatına bir müdahale oluşturmuştur[70].

---

65 Kruslin v. Fransa, no. 11801/85, 24.04.1990, §33, Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 02.08.1984.

66 Khan v. Birleşik Krallık, no. 35394/97, 12.05.2000, §§26-28.

67 Breyer v. Almanya, no. 50001/12, 30.01.2020, §§108-109.

68 Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri v. İsveç, no. 62332/00, 06.09.2006, §§88-92.

69 Haralambie v. Romanya, no. 21737/03, 27.10.2009.

70 Pek çok karar arasında bkz: Rotaru v. Romanya [BD], no. 28341/95, 04.05.2000, §§43-44; Khelili v. İsviçre, no. 16188/07, 18.10.2011, §§68-70; Detaylı içtihat bilgi notu için bkz: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021).

Szabó ve Vissy v. Macaristan başvurusunda, gizli izleme tedbirlerine ilişkin mevzuatın kitle izleme yöntemlerinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli teminatları öngörmediğine kanaat getirmiş ve kişisel verileri kitlesel olarak izlemeyi sağlayan yeni teknolojilerin ülkede herkesin gizli bir takibe maruz kamasına neden olabileceğine işaret etmiştir. Bu tedbirlerin kesinlikle gerekli olmadan ve yargısal teminatlar etkili biçimde sağlanmadan uygulanmasının özel hayata saygı hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkı bakımından da ihlale sebebiyet verdiğini değerlendirmiştir[71].

Bu çerçevede içtihat değerlendirildiğinde, mevzuatın kitle izleme tedbirlerinin uygulanması konusunda yetki vermesi halinde bu tedbirlerin uygulanması ve elde edilen verilerin işlenmesi ile yargısal denetimin sağlanmasına ilişkin yeterli güvenceleri öngörmesi gerektiğinin altının çizildiğini görmekteyiz. Buna ek olarak tedbire başvurulmasının kesinlikle gereklilik ölçütünü karşılamaması halinde gizli niteliği nedeniyle, izleme tedbiri yetkililerce kötüye kullanıma açık hale geleceği unutulmamalıdır.

Öte yandan, gizli kitle izleme tedbirleri, telekomünikasyonla ya da çevrimiçi iletişimin dinlenmesi, izlemesinin yanı sıra, bu çalışmanın ilk bölümünde de değinilen kamera sistemi ile izleme olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

Peck v. Birleşik Krallık davasında, kamuya açık alana yerleştirilmiş olan kapalı devre kamera sisteminin kaydettiği görüntülerin basında yer almasıyla ilgili olarak AİHM, kamera görüntüsünün kamuya ifşa edilmesinde meşru bir amaç bulunmadığını ve başvurucunun görüntüsünün de maskelenmediğini dikkate alarak başvurucunun özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına orantısız bir müdahale olduğuna ve AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[72]. Bu noktada kamera ile izleme tedbirinin amacının suçun önlenmesi ve işlenen verilerin amaç dışında üçünü kişilerle paylaşılması konusunda denetim mekanizmasının yeterli güvenceyi sağlamaması söz konusudur.

Antovic ve Mirkovic v. Karadağ davasında ise bir üniversitede amfisine kamera izleme kurulması ile izleme ele alınmış ve AİHM bireylerin kamera ile izlenmesini, gizli olup olmamasından bağımsız olarak özel hayata bir haksız müdahale olarak değerlendirmiştir[73]. AİHM ilgili mevzuatta kamera

---

71 Szabó ve Vissy v. Macaristan, no. 37138/14, 12.01.2016.

72 Peck v. Birleşik Krallık, no. 44647/98, 28.01.2003, §87.

73 Antović ve Mirković v. Karadağ, no. 70838/13, 28.11.2017, §44; Kamu görevlilerinin işyerlerinde kamera ile izlenmesine yönelik düzenlemenin Danıştay 10. Daire'nin 2015/2696 E.

kullanımı ile ilgili olarak bazı koşullar öngörüldüğünü ancak somut olayda dekanlık tarafından kamera kullanımında önceden yerine getirilmesi gereken bu şartların yerine getirilmediğini ve başvurucunun şikayette bulunduğu Kişisel Veri Koruma Ajansı tarafından kameraların kaldırılmasına ilişkin verilen kararı sonrası kaldırılması ve başvurucuların kişisel verilerinin yetkisiz şekilde işlenmesi nedeniyle açtıkları tazminat davasından sonuç alamaması sonrasında, AİHM Ajansın kararının içeriğini de dikkate alınarak özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[74].

Ben Faiza v. Fransa davasında AİHM, uyuşturucu kaçakçılığı suçuna ilişkin bir ceza soruşturmasında başvurucu aleyhine aracının coğrafi konumu ve telefon operatörünün kayıtları için mahkeme kararı alınan gözetim tedbirleriyle ilgili bir karar vermiştir. Bu karara göre, başvurucunun aracının GPS aracılığıyla gerçek zamanlı coğrafi konumu ile ilgili olarak, başvurucunun izlenmesinde yasal mevzuatın hangi kapsamda ve ne şekilde bu takdir yetkisini kullanacaklarına ilişkin yeterli açıklık olmadığına ve başvurucunun demokratik bir toplumda hukuk devleti ile temin edilen asgari korumadan yararlanamadığına ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir[75]. Bununla birlikte, AİHM aynı başvuruda cep telefonu operatöründen mahkeme kararı ile talep edilen yer bilgileri açısından, alınan bilginin ceza yargılamasında belirlenen amaca yönelik kullanıldığı ve demokratik toplumda gerekli olduğu gerekçesiyle, bu açıdan ihlal bulunmadığını değerlendirmiştir[76].

İstihbari nitelikte kitle izlemesinin çeşitli şekillerde karşımıza çıkabileceği ve buna ilişkin AİHM tarafından incelenen içtihadı genel hatlarıyla ele aldıktan sonra, aşağıdaki bölümde teknolojik gelişmeler doğrultusunda günümüzde pek çok ülkede kullanılmaya başlanan bir başka yöntem olan insansız hava araçlarıyla izleme üzerinde duracağız.

2018/776 K. Sayılı 20/02/2018 tarihli karar ve AİHM içtihadı açsından değerlendirme için bkz: SEVER, Dilşad Çiğdem, "Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Disiplin Hukukunun Sınırı", **Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan,** Atılım Üniversitesi, Cilt 2, Ankara, 2020, ss. 1165-1211, s. 1175.

74 Antović ve Mirković, yukarıda adı geçen karar, §60.

75 Ben Faiza v. Fransa, no. 31446/12, 08.02.2018, §60; *Aksi yönde*, Mahkeme'nin terörist olduğundan şüphelenilen bir kişinin GPS ile izlenmesinin ve bu yolla elde edilen verinin işlenerek kullanılmasının Madde 8'i ihlal etmediğine karar verdiği karar için bkz: Uzun v. Almanya, no. §81.

76 Ben Faiza, yukarıda adı geçen karar, §§79-80.

B. İnsansız Hava Aracının İstihbari Bilgi Toplamada Kullanılması

Kolluk teşkilatının temel görevi kamu düzenin sağlanması ve suçun önlemesine ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bu çerçevede genel bilgi toplama faaliyeti içinde elde edilen bilgilerin toplanması ve işlenmesinin kanuni dayanağının bulunması gereğinden yukarıda detaylı şekilde bahsetmiştik.

Türkiye'de genel bilgi toplama faaliyeti çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığına bağlı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı (KİHBİ) kaçakçılık ve kaçakçılık istihbaratının ülke çapında planlanması, yönlendirilmesi, koordinasyonu ve istihbarat değerlendirilmesine göre yapılacak harekâtın sevk ile idaresinin yönetilmesi amacıyla kurulmuş olduğuna da değinmek gerekir. Ana görevi, işlenen bir suçtan dolayı yakalanamayan ve aranan kimliği belirli kişilerin yakalanması ile çalınan motorlu taşıtların yanı sıra her türlü ateşli silah ve kimlik belgesinin ele geçirilmesini sağlamaktır. Bu amaçla edilen bilgiler, Bilgi Toplama Dairesi tarafından ana bir merkezde toplanarak veri şeklinde kaydedilir[77]. Bu sistemin işleyişini gösteren belge ise İç İşleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesidir[78]. Bu Yönerge İç İşleri Bakanlığı Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı ile il, ilçe ve şube güvenlik kuvvetlerinde kurulan bilgi toplama, büro ve kısımlarının görev, yetki ve sorumlulukların ile çalışma esasları ve anılan birimlerin hangi durumlarda belirli bilgilerin kaydını tutacakları konularını düzenlemektedir. Ancak bu düzenlemenin yayımlanmamış bir Yönerge ile yapılmış olması usuli güvenceler ve öngörülebilirlik bakımından tartışılabilir.

Bahse konu sistemin kanuni dayanağının Sözleşmedeki teminatları sağlayıp sağlamadığı ile ilgili olarak *Beghal v. Birleşik Krallık* davası çerçevesinde bir inceleme yapmak mümkündür. AİHM bu başvuruda terörle mücadele mevzuatı uyarınca polise, göç yetkililerine ve atanmış gümrük memurlarına tanınan, yolcuları limanlarda, hava limanlarında ve uluslararası tren garlarında durdurma, inceleme ve arama yetkisini ele almıştır. Bu yetkinin

---

[77] Kaçakçılık, İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı hakkında bkz: https://www.icisleri.gov.tr/kihbi; https://tr.wikipedia.org/wiki/Ka%C3%A7ak%C3%A7%C4%B1l%C4%B1k,_%C4%B0stihbarat,_Harekat_ve_Bilgi_Toplama_Dairesi_Ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1 (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

[78] AYDIN Necmettin, Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT uygulamaları, s. 169-193, s. 171; genel bilgi toplama (GBT) uygulamaları üzerine detaylı bilgi için bkz: OSMANOĞLU Bilal, "Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Cilt 26, S. 2, 2020, ss. 946 - 979.

kullanılması için önceden yetkilendirme yapılmasına gerek olmadığı gibi söz konusu yetki terör şüphesi bulunmasa da kullanılabilmektedir. Ulusal hukukun bahse konu yetkiyi başvurucunun özel hayata saygı hakkına keyfi müdahaleye karşı yeterli korumayı sağlayacak şekilde düzenleyip düzenlemediğini değerlendirirken Mahkeme, şu faktörleri dikkate almıştır: "*i. yetkilerin coğrafi ve zamansal kapsamı ii. yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı ve ne zaman kullanılacağı konusunda yetkililere tanınan inisiyatif iii. yetkilerin kullanılmasından kaynaklanan müdahalede herhangi bir hafifletme; yetkilerin kullanılmasının yargı tarafından denetlenmesi imkânı iv. yetkilerin kullanılmasının herhangi bir bağımsız denetimi*". Her ne kadar ulusal makamların ulusal güvenlik meselelerinde geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul edilse de, takdir yetkisi içindeki bu yetkinin hem yeterli bir çerçeveye oturtulmadığına hem de kötüye kullanıma karşı yeterli hukuki güvencelere tabi olmadığına karar vermiştir[79].

KİHBİ sistemi çerçevesinde de konuyu ele aldığımızda, kolluğun istihbari izleme ve genel bilgi toplama faaliyeti kapsamında hangi yöntemleri ne şekilde kullanacağı konusunda öngörülebilir bir mevzuat mevcut değildir ve bu yöntemler teknolojik gelişmelerle farklılaşabilir. Örneğin, dünya geneline bakıldığında, kolluk faaliyetleri çerçevesinde, teknolojinin de gelişmesiyle gerek yüz tanıma sistemlerinin gerek ise insansız hava araçlarının suçun önlenmesi ve kamu düzeninin korunması kapsamında uygulanmaya başlandığı bilinmektedir. Özellikle insansız hava araçlarının sivil yaşamda idari kolluk faaliyeti kapsamında insansız hava aracı kullanımına ilişkin düzenlemelerin, özel yaşamın gizliliği kuralını ihmal edecek biçimde gözetimde olmaları bu alandaki yasal düzenlemelerin hızlandırılmasını gerektirmektedir[80]. Önceleri askeri amaçlı olarak kullanılan ve *drone (İng.)* olarak bilinen insansız hava aracını tanımlamak gerekirse, içerisinde pilot olmaksızın havada hareket kabiliyeti olan hava aracı şeklinde genel bir tanım vermek uygun olacaktır[81].

---

[79] Beghal v. Birleşik Krallık, no. 4755/16, 28.2.2019, §§90-109.

[80] Bu konuda benzer yönde, bkz. DEMİRAĞ İsmet, **İnsansız Hava Araçları (Drone) ve Hukuk**, 1. bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 39; Avrupa Parlamentosu'nun Politika Departmanının savaşta drone kullanımının insan haklarına müdahale eden boyutu ile ilgili çalışması için: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET%282013%29410220_EN.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021).

[81] BOZKURT Banu, "İnsansız Hava Araçları ve Sigorta", **Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 75-107, s. 77; Ayrıca bkz: DİKMEN Mustafa, "İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin (İHA) Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi", **Savunma Bilimleri Dergisi,** Cilt. 14, S. 1, 2015, ss. 145-176.

Bu uygulamanın en güncel örneklerinden biri pandemi sürecinde Fransa'da mart ayından bu yana *drone* kullanılarak bireylerin izlenmesi ve pandemi tedbirlerine aykırılıkların tespit edilmesinin bu yöntemle sağlanmasıdır. Fransa'da pandemi kapsamında alınan tedbirlerine aykırılıklar bir önleyici tedbir olarak *drone* kullanılarak yapılan izleme ile tespit edilmekte idi. *Drone* kullanımına ilişkin bir uygulama notu (talimat) yayınlanmış ve bu uygulama ile tedbire aykırılıkta bulunduğu *drone* ile tespit edilen kişiler/kişi toplulukları kolluğa bildirilmekteydi[82]. Fransa'da bu uygulamanın durdurulmasına yönelik olarak, hak temelli sivil toplum kuruluşları tarafından idare mahkemesine yapılan başvuru reddedilmiş, ret kararına itiraz üzerine Fransız Danıştay'ı bu uygulamayı ve bireyler üzerindeki etkilerini kişisel verilerin korunması mevzuatı üzerinden ele almıştır.

Fransız Danıştay'ı 18.05.2020 tarihli kararında sağlık nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmesi kapsamında bu tip önlemlerin alınabileceğine ilişkin geniş bir açıklama yapmış, ancak önlemlerin kişisel verileri koruma kanunundaki düzenlemelere uygun olmasına işaret etmiştir. Danıştay, *drone* kullanımının koşullarının yetkili kişisel veri koruma otoritesinden alınan görüş üzerine bir düzenleyici işlemle belirlenmesi ve kişiler *drone* ile belirli ya da belirlenebilir durumda olduklarından kullanılan yöntemin bireyleri tespit edebilme özelliğini (alçaktan uçma ve zoom yapabilme özelliği gibi) köreltmesi gereğini vurgulamıştır. Ayrıca AB Direktifi ve kanuna uygun şekilde *drone* kullanımına ilişkin usul ve esasların yeniden düzenlemesi gereğini belirtmiştir. Dolayısıyla uygulamanın derhal durdurulmasına karar vermiştir[83]. Bu karar üzerine Fransa'daki kişisel veri koruma mekanizması *CNILL* de insansız hava aracı kullanılarak bu şekilde kişisel verilerin işlenmesi anlamına geldiğini ve İç İşleri Bakanlığının veri sorumlusu olduğunu, dolayısıyla usuli güvencelerin sağlanması gerektiğine ilişkin görüş bildirmiştir[84]. Öte yandan pek çok hükmü nedeniyle Fransa'da tartışılan Küresel Güvenlik Yasası da Anayasa Konseyi önüne gelmiş ve bazı maddeleri kısmen ve tamamen iptal edilmiştir. Kolluk tarafından insansız hava araçlarının kullanımına ilişkin olarak verilen geniş yetki de usuli güvenceleri taşımadığı gerekçesiyle iptal edilen maddeler ara-

---

82 Fransa'da drone uygulamasına ilişkin olarak bkz: DEMİRAĞ, 2020, ss. 63-64.

83 https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-a-l-etat-de-cesser-immediatement-la-surveillance-par-drone-du-respect-des-regles-sanitaires?fbclid=IwAR0Qvg7swFGKU7y2yovPG-NDdz5nh6XUvguv3_R7mMIQZAOgW0x9VCSGDRw (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

84 Ayrıntılı bilgi için bkz: https://www.dalloz-actualite.fr/flash/surveillance-par-drones-rappel-l-ordre-de-cnil#.YA2FWOgzbIV (Erişim Tarihi: 24.01.2021).

sındadır[85]. Bu yöntemin kullanımı özellikle zamansal ve keyfi kullanıma ilişkin niceliksel sınırları ihtiva eden özel usuli teminatları haiz olmalıdır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, özel hayata müdahale teşkil eden bu türden yöntemlerin kullanılmasında asgari teminatların sağlanması özgürlük ve güvenlik dengesi açısından önemli bir güvencedir. Öyle ki sadece kolluk tarafından değil, hobi amacıyla kullanılan insansız hava araçlarının kullanılmasına ilişkin yasal düzenlemeler getirilmesi ve kullanım kuralları düzenlenmesinin amacı da budur[86].

Fransız Danıştay'ının ve Anayasa Konseyi'nin kararında belirttiği ilkeleri de dikkate aldığımızda, belirlilik ilkesi ile uyumlu öngörülebilir yasal dayanak meselesinin bu tip uygulamalar açısından önemi yadsınamaz ve bir uygulama notu ya da genelge yayımlanması bu çerçevede kanunilik kriteri açısından sorunludur.

Türkiye açısından bakıldığında, insansız hava araçlarının kullanımına ilişkin mevzuatta bazı düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. İnsansız hava araçları 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanunu'nun 3. maddesinin b) fıkrasında tanımlanan hava aracı tanımı çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu tanım içerisinde yer almaktadır[87]. Sivil havacılık sektörünü denetleyen Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü bu konuda kurallar düzenleyen 22.02.2016 tarihli İnsansız Havza Araçları Talimatı (SHT-İHA) yayımlamıştır[88]. Bu talimatla insansız hava aracının uçuş şartları ve alan gereklilikleri de düzenlenmiştir. Ancak talimat ile insansız hava araçlarının kategorilere ayrıldığı, kayıt, tescil ve uçuş izin ve sertifikalarına ilişkin düzenlemeler ile özel hayatın gizliliğine müdahale bakımından uçuş mesafesi gibi pek çok özelliğin ve uygulama koşulların talimatla belirlendiği görülmektedir[89]. Bununla birlikte, kolluk

---

[85] Fransız Anayasa Konseyi'nin 20 Mayıs 2021 tarihli 2021-817 DC numaralı kararı için: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021817DC.htm (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

[86] Bir insansız hava aracının, özel mülkiyetin üzerinde uçarken mülk sahibi tarafından vurulması ihtimalinde yapılan değerlendirmeye ilişkin ABD örneği için, bkz: **DEMİRAĞ**, 2020, s. 45.

[87] Aynı yönde, KURT Şenol- ÜN Oğuzhan, İnsansız Hava Araçları (İHA) üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 10 (2), 2015, ss. 195-213, s. 203.

[88] İHA talimatının 2017 yılında yapılan değişiklik sonrası son hali için bkz: http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/SHT-IHA_12062017.pdf (Erişim Tarihi: 24.09.2021).

[89] Diğer taraftan, Amerikan Havacılık İdaresi [FAA] de drone olarak bilinen insansız hava araçlarının kullanımına ilişkin ilk ilkeleri de yayımlamıştır, Bu çerçevede kimlik numarası verilmesi ve operatörlerin kimlik ve lokasyon bilgisini içerecek şekilde tutmasını kural olarak getirmiştir: https://www.faa.gov/news/press_releases/news_story.cfm?newsId=25541.

tedbiri olarak sivil insansız hava aracı kullanılmasının yasal düzenleme ile amaçla doğru orantılı ve temel hak ve özgürlüklere müdahalenin asgari gereklilik sınırının çizilmesi suretiyle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Nitekim KGYS ve Plaka Takip Sistemi üzerinden eleştirdiğimiz bu yasal çerçeve ekslikliği yakın gelecekte sivil insansız hava aracı kullanımı açısından da gündeme gelecektir. Kaldı ki Hayat Eve Sığar [HES] gibi pandemi uygulamalarının da kişisel veri topladığı düşünüldüğünde, Türkiye'de insansız hava araçlarının kullanımı ve diğer benzer yeni teknolojilerin ve uygulamaların kullanımına ilişkin bir yeterli yasal düzenleme bulunmadığı açıktır. Dolayısıyla teknolojik gelişmeler de dikkate alındığında gecikmeksizin kişisel verilerin korunması kapsamında kanunilik ve keyfi müdahalelere karşı veri toplama, saklama, paylaşma ve imha kategorilerini ayrı ayrı kapsayan usuli teminatların sağlandığı bir mevzuatın yasama organı tarafından gündeme alınması önemli bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu alanın Kişisel Veriler Kanunu'nun 28. maddesinin ç) bendi ile orta konan istisnadan yararlanması kolluk faaliyetlerinin kişisel veri işleme niteliği taşıyan istihbari eylemlerinden dolayı sorumlulukları bağlamında bir yasal düzenleme eksikliğini de gündeme getirebilir. Halbuki KVKK'nın 3. maddesi veri sorumlusunu tanımlamış olduğu dikkate alındığında idarenin de veri işleme süreçlerinde Kanun'un 5. maddesi ile düzenlenen veri işleme şartlarına uyması gerekmektedir. Dolayısıyla temel ilklere uyulması veri sorumlusu olan idare için de kamu tüzel kişiliği olmasından bağımsız olarak geçerlidir. Bu hükümlere aykırı veri işleme halleri ise idarenin kusurlu fiili olarak değerlendirilebileceği söylenebilir[90]. Zira KVKK'da açıkça bir belirleme yapılmamış olsa da, Kanun'un uygulama alanının hem kamu tüzel kişilerini hem de özel hukuk tüzel kişilerini kapsaması dolayısıyla, kamu tüzel kişilerinin de veri sorumlusu ya da işleyen olabileceği sonucuna varılabilir[91].

Yapısı gereği, kolluk kuvvetlerinin eylemleri üzerinde iç düzen ve işleyişe ilişkin emir ve talimatın belirleyici etkisi bulunmaktadır. Neticede emir ve talimata uyan kolluk kuvvetleri, yasayla yetkilendirildikleri bir faaliyet alanında eylemlerini gerçekleştirecektir[92]. Bununla birlikte insansız hava

---

90 ALTINDAĞ Halil, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 18, 2019, ss. 387-401, ss. 389-390.

91 KÜZECİ Elif-KILIÇ Şebnem, "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 16, S. 63, 2019, ss. 947 - 992, s. 957.

92 ERDOĞMUŞ Talha, **Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 88-89.

aracı ile ya da başkaca bir izleme tekniğini kullanarak veri işleyen kolluğun eyleminin verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu belirlenirken bu talimatın yasal dayanağının sorgulanması ve öngörülebilirlik konusunun tartışılması söz konusu olabilecektir. Bu konuda ayrıca disiplin hükümlerinin uygulanabildiğine yukarıda dikkat çekmiştik. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, özellikle kamu gücü kullanılarak bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yol açan veya bir eylemin belli bir yaptırıma tabi olmasına yol açan bir yetki veren hükümlerde yetkinin açıkça ve sınırları net biçimde belirtilmesi ve belli güvenceler içermesi gerektiğini ifade eder[93]. Bu çerçevede, kişilerin mahremine müdahale teşkil edebilen bu teknolojik araçların belirlenebilmesi ve verilerin kontrol altında tutularak veri işlemenin denetlenebilmesinin sağlanması için önemli bir teminattır.

Terörle mücadele çerçevesinde alınan tedbirler bakımından, istihbari bilginin terör eylemlerini ve suç işlenmesini önleyebilmek açısından önemli olmakla birlikte bu yetkilerin kullanılması devlet organlarına sınırsız bir yetki verecek şekilde yorumlanamaz. Öte yandan kolluk tedbirlerinin uygulanmasında ayrımcılık boyutu ayrıca dikkate alınmalı ve yargı makamları tarafından etkin biçimde soruşturulmalıdır[94].

2. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Etkiler

Kolluk tarafından toplanan istihbari bilginin delil olarak kullanılması konusunda mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte PVSK Ek 7 maddesinin 7. fıkrasında elde edilen kayıtların birini fıkrada sayılan amaçlar dışında kullanılamayacağını ve elde edilen bilgi ve kayıtla-

---

93 **SEVER,** 2020, s. 217

94 Kolluk durdurma yetkisinin kullanılması ayrımcılık yasağı bağlamında inceleneceği dava için bkz: WaBaile v. İsviçre, no. 43868/18, 28.08.2020 tarihinde İsviçre Hükümetine bildirilmiştir. http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-12936 (Erişim Tarihi: 28.05.2021); Diğer taraftan, Huawei şirketinin Çin'de sokakta yürüyen Uygur uyruklu kişileri tespit etmeye yarayan patent başvurusunda bulunması hakkında haber için bkz. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55647839 (Erişim Tarihi: 28.05.2021); Avrupa'da yapay zeka sistemlerinin ırk temeline dayalı ayrımcılık riski yaratan kullanımları ile ilgili bkz: https://www.politico.eu/article/europe-artificial-intelligence-blindspot-race-algorithmic-harm/ (Erişim Tarihi: 28.05.2021); Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin "Kolluk kuvvetleri tarafından ırksal profilleme yapılmasının önlenmesi ve bununla mücadele edilmesine ilişkin" 36 sayılı genel tavsiye kararındaki kolluk faaliyetleri kapsamında kullanılan yüz tanımlama benzeri algoritmik profilleme sistemlerine ilişin değerlendirmeler için bkz: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/CERD_C_GC_36_9291_E.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2021); BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Dijital Çağda Özel hayata Saygı Hakkı konulu 2021 Raporu için bkz: https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/cfi-digital-age.aspx (Erişim Tarihi: 16.09.2021).

rın saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedir[95]. Bununla birlikte istihbari bilgilerin uygulamada elde ediliş yöntemleri yukarıda detaylı biçimde ele aldığımız şekilde kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmaktadır. Ancak istihbari yöntemlerle elde edilen verilerin delil olarak kullanılmalarına ilişkin yasal bir düzenleme olmadan ve kişisel verilerin amaca uygunluk ilkesi dışına çıkılarak yargılamalarda kullanılması adil yargılanma hakkı bakımından da sorun doğuran durumları beraberinde getirmektedir.

A. İstihbari İzleme ile Elde Edilen Delillerin Yargılamaya Etkisi

Uygulamada soruşturmalarda kolluk tarafından elde edilen sosyal medya paylaşımlarına ilişkin açık kaynak araştırması raporları ve ilişkilendirme tutanakları ile iddianame düzenlenmektedir. Açık kaynak araştırmalarında tespit edilen paylaşımlar ile hesap sahipleri arasında bağlantının kurulmasına yönelik düzenlenen bir *ilişkilendirme tutanağının,* özellikle sosyal medya üzerinden işlendiği iddia edilen suçların soruşturulması bakımından belirleyici bir *delil* teşkil ettiği söylenebilir. Ancak bu belirleyici *delil* bireylerin sosyal medya üzerindeki açık paylaşımlarının ve dolayısıyla aktivitelerinin izlenmesi suretiyle elde edilmektedir. Bu delil elde etme yönteminin yasal dayanağını PVSK madde Ek 7'de düzenlenen istihbari izleme yetkisinden almış olabileceği bir an için akla gelse de, bu hükümde yer alan yetki önleyici bir tedbir niteliğindedir. Bununla birlikte kolluk tarafından elde edilen istihbari bilgiler fezlekeye dönüştürülerek savcılık makamına sunulmakta ve dolayısıyla bir adli delil elde etme aracı olarak kullanılmaktadır. Ancak açık kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle böyle bir yetki kullanımı yasal dayanak açısından sorunludur. Kaldı ki, bu faaliyet sonucunda kolluk tarafından re'sen araştırmayla elde edilen bulguların *ilişkilendirme tutanağı* da eklenerek belirleyici *delil* olarak iddianamelere dayanak teşkil etmesi kolluğun önleyici yetkileri ile adli yetkilerinin mevzuatta dayanağı olmadan birleştiği anlamına gelecektir. Halbuki sistemimizde adli kolluk mekanizması bağımsız bir mekanizma değildir ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesi çerçevesinde kolluk ancak savcılık makamı tarafından verilen görevleri onun talimatı doğrultusunda yapmakla mükelleftir. Aksi takdirde bir yetki gaspı söz konusu olacaktır. Kolluk tarafından yapılan bu istihbari nitelikteki açık kaynak araştırması, Türk Ceza Kanunu 278. maddesi kapsamında suçu bildirmeme suçu ya da bir ihbar yükümlüğü çerçevesinde de mütalaa edilmez. Zira kolluk re'sen bir veri top-

[95] **KARABULUT,** 2014, s. 91.

lama faaliyeti gerçekleştirmekte ve bu faaliyeti belirli bir suç işlediği şüphesi altındaki kişi üzerinde değil genel bir idari kolluk aktivitesi olarak yürütmekte, dolayısıyla zaten bu veri toplama faaliyeti çerçevesindeki yetkiyi herhangi bir kanunun açık düzenlemesinden almamaktadır.

Her ne kadar AİHM tarafından özel hayat ve aile hayatına saygı kapsamında ele alınmış olsa da, yargılamanın bütünü çerçevesinde değerlendirildiğinde polis tarafından ifade sırasında alınan gizli kamera görüntülerinin adil yargılanma hakkının bir bileşeni olan savunma hakkına yaptığı etki bakımından da değerlendirilebilmesi mümkün olabilir[96]. Nitekim, usule ve kanuna aykırı biçimde elde edilen kişisel verilerin tek başına belirleyici delil olarak mahkumiyete esas teşkil etmesi halinde kişisel verilerin korunmasının yanında adil yargılanma hakkı ile bağlantılı inceleme yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Soruşturma makamlarının kolluk fezlekelerinin yanında dikkate aldığı bir başka rapor da, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) raporudur. Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında dosyaya erişim hakkı bakımından bir kısıtlılık kararı olması halinde bilirkişi raporuna erişim kısıtlaması söz konusu olamaz ise de, MASAK raporu bu kapsamda değerlendirilmemekte ve erişim izni sağlanmamakta ancak savcılıklar tarafından iddianameye dayanak olarak alınmaktadır. Bununla birlikte, MASAK raporları açısından, MASAK ve kolluk birimleri arasında kişilerin banka hesaplarına ilişkin kişisel verilerinin paylaşımına ilişkin açık ve öngörülebilir nitelikte bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Kaldı ki uygulamada MASAK tarafından yürütülen faaliyet de KVKK'nın 28. maddesi çerçevesinde istisna kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu verilerin işlenmesi ve paylaşılmasına ilişkin mevzuatta ciddi bir eksiklik olduğu söylenebilir. Suçla mücadele kapsamında önleyici ve istihbari faaliyetlerin yalnızca güvenlik tarafından değil, kişisel verilerin korunması perspektifinden de düzenlenmesi ve hak temelli bir bakış açısı geliştirilmesi gereklidir.

---

[96] AİHS'nin 8. maddesi açısından değerlendirme için bkz: Perry v. Birleşik Krallık, no. 63737/00, 17.07.2003; Kaldı ki, Dinç ve Çakır v. Türkiye davasında (no. 66066/09, 09.07.2013) kolluk tarafından ifade alma prosedürüne uyulmadan mülakat adı verilen bir yöntemle alınan ifade sonrası tutuklama tedbirini özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından değerlendirmiş, ancak bir bütün olarak tutuklama tedbirinin gerekçesi değerlendirildiğinde usule aykırı bir işlemin tek başına tutuklama tedbirini kanuna aykırı hale getirmediğini ve AİHS 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında ihlal oluşturmadığını belirtmiştir.

Diğer taraftan, adil yargılanma boyutuyla da ele alınması gereken bir diğer konu, IP bilgilerine ulaşmaya yönelik istihbari izleme faaliyetidir. Uygulamada, özellikle yurtdışında bulunan yer sağlayıcılardan elde edilemeyen IP bilgileri ile kişisel verilerin açık kaynak araştırması yoluyla elde edilmesi meselesinin soruşturmanın aydınlatılması amacına hizmet ettiği açık olsa da bu konuda bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da yapılan 31 Temmuz 2020 tarihli 31202 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişikliklerle, yer sağlayıcıların temsilci ataması ve atanan temsilcilerden veri elde edilmesinin hukuki yolu açılmış görünse de, bu yasal düzenlemenin nasıl uygulanacağı ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili hangi müdahaleleri beraberinde getirebileceği bugün için belirsizdir. Bu noktada oluşan boşluğun açık kaynak araştırmasıyla tamamlanmaya çalışılması ve Basın Kanunu'nda basılı yayınlar ile ilgili soruşturma ve kovuşturma başlatılmasına yönelik hak düşürücü dava süreleri öngörülmesine rağmen internet paylaşımlarında yıllar öncesine kadar paylaşımların kolluk tarafından tespit edilebilmesi ve soruşturmaya konu edilmesi ifade özgürlüğü bağlamında ciddi bir hukuki mesele olarak ele alınmalıdır. Kolluk tarafından bu şekilde bir adli delil elde etme faaliyetinin yürütülmesi ifade özgürlüğünün yanı sıra bu şekilde elde edilen paylaşımların çoğu kez mahkumiyete esas teşkil etmesi açısından adil yargılanma boyutunu da etkileyecek nitelik arz etmektedir. Bu paylaşımlara, süre ve nitelik kısıtlaması bulunmadan yapılan bu izleme faaliyeti aynı zamanda kişilerin özel hayat alanlarına müdahale teşkil ettiğinden hem kanunilik ilkesi hem de demokratik toplumda gereklilik kriterleri ve özellikle de ölçülülük kriteri açısından özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı bakımından da sorun doğurabilmektedir[97].

Uygulamada devletler arasında mütekabiliyet şartı çerçevesinde, adli yardımlaşma anlaşması bulunmaması halinde, talep konusunun talep edilen ülkede suç teşkil etmemesi halinde taleplere olumsuz yanıt verildiği görülmektedir. Bunun istisnası büyük ölçüde, pedofili ile mücadele ve çocukların içinde bulunduğu müstehcen yayınlara ilişkin kaldırma taleplerinin kabulü olarak karşımıza çıkmaktadır[98]. Bu çerçevede, örneğin, *Benedik v. Slovenya*

---

[97] İnternetten gelen haberleri kullanan gazeteciler için uygun güvenceler bulunmaması açısından bkz: Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel v. Ukrayna, no. 33014/05, 05.08.2011.

[98] Çocuk pornografisiyle ilgili olarak, bir şüphelinin İnternet Protokol Adresine ("IP Adresi") erişim bilgilerinin paylaşılmamasında yasal mevzuatta eksiklik olması bakımından bkz. K.U. v. Finlandiya, no. 2872/02, 02.12.2008

davasında, kolluk tarafından mahkeme kararı olmaksızın IP adresinin elde edilmiş olmasında ulusal mevzuatın yeterli yasal çerçeveyi taşımadığı gerekçesiyle özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar verilmiştir[99]. Tüm bu kararlarda ortak nokta mevzuatın kanunilik şartlarını karşılamıyor olmasıdır. Bu şartlar altında toplanmış kişisel veri içeren delillerin yargılamada *tek belirleyici delil* olarak kullanılması halinde adil yargılanma boyutu ile de konunun ele alınması mümkün görülebilir.

B. İstihbari Bilginin Delil Olarak Kullanılması Meselesi

Açık kaynak araştırmaları dışında istihbari faaliyet çerçevesinde belli uygulamalar vasıtasıyla elde edilen delillerin yargılamalarda kullanımı, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil etmesinin dışında adil yargılama hakkı boyutuyla da ele alınmalıdır.

Bununla birlikte, halihazırda kanunilik ilkesi açısından bir mevzuat eksikliği söz konusu olduğundan, verileri çeşitli idari ve yargısal süreçlerde kullanılan kişilerin bu kullanıma itiraz ve doğan zararlarını giderim talep etme haklarını kullanmalarını sağlayacak etkili bir hukuk yolu bulunup bulunmadığı da tartışılabilir. 8617 sayılı Bilgi Edinme Kanunu çerçevesinde yapılan başvurular, gizlilik gerekçesiyle reddedilmekte ancak bu bilgiler çeşitli idari kararlarda dayanak olabilmekte, ancak bu kararlar yargı önüne taşındığında çelişmeli yargılama ilkesine aykırı biçimde bu gizli istihbari bilgiler tartışma imkanı sunulmamaktadır. Bu gizli bilgilerin yargı mercileri önünde tartışılmasına yönelik usuli teminatların sağlanamaması be bir bütün halinde bu durumun yargılamanın sonucunu etkilemesi halinde adil yargılanma hakkı ile bağlantılı sorunlar ortaya çıkabilmektedir[100].

AİHM'ye göre, istihbarat bilgilerinin niteliği ve kaynaklarına ilişkin haklı güvenlik endişelerini giderecek, bunun yanında bireye karşı usule uygun adil muamelede bulunulmasına yönelik önlemleri alabilecek yöntemlere başvurulabilir. Ancak AİHM, güvenlik soruşturmasının sonuçlarının başvuranlara veyahut ulusal mahkemelere açıklanmamasında, başvuranların, yetkili makamların gerçekleştirebileceği herhangi keyfi bir eyleme karşı yeterli teminattan yoksun bırakıldıklarını değerlendirmiştir[101].

---

[99] Benedik v. Slovenya, no. 62357/14, 24.04.2018.

[100] Adil yargılanma hakkı bakımından, bkz: Regner v. Çekya, no. 35289/11, 19.09.2017 (ihlal bulunmamıştır)

[101] Dağtekin v. Türkiye, no. 70516/01, 13.12.2007, §34.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 17/9/2020 tarihinde, *Bestami Eroğlu* (B. No: 2018/23077) başvurusunda Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ve 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir[102]. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun yargılamasında delil olarak kullanılan ByLock sunucusundan elde edilmiş olan verilerin MİT tarafından elde edilişine ilişkin 2937 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri açısından "*verileri her türlü teknik istihbarat yöntemlerini kullanmak suretiyle toplama, analiz etme ve bunları gerekli kuruluşlara ulaştırma yetkisi*" açısından kanunilik kriterini sağladığını ifade etmiştir. Ancak dikkati çeken konu, kanunilik incelemesini takiben meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik incelemesine devam edilmemiş olmasıdır. Bu çerçevede MİT'e tanınan bu istisnai yetkinin her somut olay açısından herhangi bir güvenlik - özgürlük dengesine tabi tutulmadığı söylenebilir. Bunun aksine, verilerin MİT tarafından adli makamlara ulaştırılmasından sonraki süreçle ilgili olarak ise, demokratik toplumda gereklilik incelemesi yaptığı görülmektedir. Başvurucu ile ilgili olarak kendiliğinden sonuç doğurmamış, öncelikle kolluk birimlerince ardından da yargı mercilerince değerlendirilip analizi yapıldıktan sonra soruşturma konusu edilmiştir. Başvurucunun kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik özel güvenceler bakımından bir şikâyeti bulunmadığının yanı sıra, (1) sınırlı olma, (2) uzun süre saklanmama, (3) veri sahibiyle ilgili olarak otomatik sonuç doğurmama ve (4) etkili yargısal denetim güvencelerine yönelik herhangi bir eksiklik tespit edilmemiş, başvurucunun yargısal güvencelerden de yararlanabildiği kanaatine varılmıştır[103].

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi 9/1/2014 tarihli *Ercan Kanar* başvurusunda ise, MİT tarafından hazırlanan istihbari nitelikte, gizlilik taşıyan ve delil olarak kullanılamayacağı belirtilen bir raporun açılan bir davada delil olarak kullanılmasında, özel hayata saygı hakkının avukat olan başvurucu açısından ihlaline karar vermiş ve şu tespitte bulunmuştur: *"Demokratik bir toplumda, doğruluğu hiçbir şekilde sorgulanamamış ve denetime tabi tutulmamış istihbarî nitelikteki bilgilerin dava dosyasına konulması suretiyle alenileştirilmesi kabul edilemez. Hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konulması demokratik toplumda gerekli kabul edilemeyeceği gibi ölçülü olduğu da söylenemez.*[104]*"*

---

[102] AYM Bestami Eroğlu, B. No: 2018/23077, 17.9.2020 .

[103] AYM Bestami Eroğlu, §§153-156; aynı konuda AİHM tarafından Hükümet'e sorulan sorular için bkz: Sağlam v. Türkiye, no. 14894/20, 19.02.2021 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

[104] AYM Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 09.01.2014, §60.

AİHM, gizli bilgi kullanılması durumunu bir sınır dışı başvurusunda değerlendirmiştir. *Muhammad ve Muhammad v. Romanya* davasında, gizli bilgilere dayanılarak ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı etme işlemine ilişkin yargılamada, yeterli dengeleyici tedbirler olmaksızın, yargılamaların kilit aşamaları veya davadaki gizli belgelere erişme olasılığı hakkında herhangi bir bilgi verilmemiş olması ve avukatlarının gizli belgelere erişim yetkisi bulunmadığından, müvekkillerine yönelik suçlamaları tespit etme imkanı bulamamaları etkili savunma yapılmasını engellemiştir[105]. Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler adil yargılanma hakkına ilişkin usuli güvenceler çerçevesinde okunmuş ve Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokolün 1. maddesinden ihlal bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin *Rıdvan Batur* başvurusunda, bir bakanlığın sınavında başarılı olan ve vergi müfettişi olarak atanmaya hak kazandığı halde atanmayan başvurucu açısından, karara karşı açtığı iptal davasında hükme esas alınan belgelerin başvurucuya bildirmemesini değerlendirmiştir. Davalı idarenin savunma dilekçesinde başvurucu hakkında yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucu elde edilen bilgilerin olumsuz olduğu ve devlet sırrı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, başvurucunun hükme esas alınan gizli nitelikteki belgelere yönelik itirazda bulunmasına ilişkin etkin ve pratik imkanların sağlanmamış olması nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile bağdaşmayan bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir[106].

Güvenlik soruşturmaları ile arşiv araştırmaları sonucunda elde edilen gizli nitelikteki bilgilerin toplanma amacı dışında kullanılması ve bireylerin bir anlamda fişlenmesine ve öngörülmez biçimde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil edebilmesi sebebiyet vermesi özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınmaktadır[107]. AİHM *Amann v. İsviçre* davasında da, ulusal güvenlik kart fihristinde başvurucu hakkında fişleme yapıl-

---

[105] Gizli belgeye erişim AİHS'e Ek 7 numaralı Protokolün 1. maddesi bakımından, bkz: Muhammad ve Muhammad v. Romanya [BD], no. 80982/12, 15.10.2020.

[106] AYM, Rıdvan Batur, B. No: 2018/17680, 03.12.2020, §§39-41; güncel karar için bkz: AYM, İdris Ertaş [GK], B. No. 2018/21949, 20.05.2021, §67.

[107] Güvenlik soruşturmalarının bir fişleme aracı olarak kullanılabilmesine ilişkin endişeler açısından detaylı bilgi için bkz: KÜZECİ, a.g.e., s. 550-551; KARAHAOĞULLARI Onur, "Güvenlik Soruşturması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi,** Cilt 53, S. 1-4, 1998, ss. 159-185; AKSOY Muammer, **Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MIT Raporlarındaki Korkunç Yanlış ve Yalanlar ışığında Değerlendirilmesi**, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, 1988, Ankara, ss. 95 vd.

ması şikayetini özel yaşamı ilgilendiren verilerin kamusal bir otorite tarafından tutulması kapsamında ele almış ve kartın yaratılması ve saklanması açısından mevzuatın AİHS'nin 8. Maddesi anlamında kanunilik kriterini taşımadığını değerlendirmiştir[108]. Bununla birlikte, fişleme bilgilerinin yargılamalarda kullanılması açısından adil yargılanma hakkını da, yargılamanın bütününü etkilediği ve yargısal güvenceler sağlanmadığı takdirde ihlal edici nitelik taşıyabileceği söylenebilir[109].

Öte yandan, 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında "*Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı [TİB] tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir*." şeklindeki 4 numaralı fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir[110]. Anayasa Mahkemesi kişisel verilerin korunması kapsamında yaptığı değerlendirmede, fıkrada geçen trafik bilgisi, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (j) bendinde, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla trafik bilgisi adı altında istenen bilgiler genel anlamda belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden kişisel veri kavramı içerisindedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, iptal talebine konu bu kural, kişisel veri niteliğinde olan ve ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmak üzere gerçek ve tüzel kişilere ilişkin trafik bilgisinin, işlenmemiş veri hâlinde süreli olarak muhafaza edildiği erişim veya yer sağlayıcılardan, TİB tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlamaktadır. Söz konusu verilere ulaşılabilirlik, kişilerin tercihleri, düşünceleri ve davranışları hakkında fikir verebileceğinden kişilerin özel hayatlarına müdahale edilme riskini içermektedir. Kuralda,

---

[108] Amann v. İsviçre, no. 27798/95, 16.02.2000, §§7-16.

[109] Lustrasyon prosedüründe dosyaya erişime getirilen kısıtlamalar hakkında bkz: KÖKSAL Tuğçe Duygu, "Kamu Görevinden Alma ve Adil Yargılanma Hakkı", **Güncel Hukuk Dergisi,** Haziran 2017, ss. 28-31; AİHM içtihadı için, pek çok karar arasında, bkz. Polyakh v. Ukrayna, no. 58812/15, 17.10.2019; Matyjek v. Polonya, no. 38184/03, 24.04.2007; Kamu görevinden ihraç bakımından bkz: Pişkin v. Türkiye, no. 33399/18, 15.12.2020

[110] AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 02.10.2014.

temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır. Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, verilerin işlenebileceği hâllerin kanunda açıkça yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olarak değerlendirmiştir.

Diğer taraftan, kolluk faaliyetleriyle doğrudan bağlantılı olarak, Anayasa Mahkemesi de, 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasının iptali talebini incelemiştir. İptali talep edilen fıkra şu şekildedir:

> (Ek: 18/10/2018-7148/29 md.) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kurutuşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, 4/12/2004 tarihli ve 5271 saydı Ceza Muhakemesi Kanununun 171'inci maddesinin beşinci ve 231'inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma sonuçlarını, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkilidir.

Bu fıkra ile güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla yükümlü idari makamlar ilgili kurumlardan bilgi ve belge almaya yetkili kılınmıştı. Anayasa Mahkemesi ise bu fıkrayı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, iptale konu kuralda "*güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu kapsamda kişisel veri niteliğindeki bilgilere ulaşması öngörülmüşken Kanun'da bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkanının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin*

kullanılmasına ilişkin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin, kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu soruşturma ve araştırma kapsamında kişisel veri niteliğindeki bilgileri almakla yetkili oldukları" belirtilmiştir[111].

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin özellikle güvenlik gerekçeleriyle istihbari olarak toplanan ve işlenen verilere ilişkin kanunilik kriterini dikkate aldığını ve özellikle de keyfiliğe karşı usuli teminatların sağlanması gereğine vurgu yaptığını görmekteyiz. Bu özellikle kolluk faaliyetleri çerçevesinde toplanan ve işlenen verilerle ilgili bireylerin kişisel verilerinin korunması hakkı çerçevesinde önemli bir güvence olmakla birlikte, uygulamada özellikle idari makamların bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen işlemlerinin yargılama konusu yapılması halinde, delil niteliğini haiz olmayan istihbari bilgi ve belgelerin, belirleyici ya da destekleyici delil olarak yargılamaların sonucuna etki ettiği bilinmektedir. Bu çerçevede her ne kadar Anayasa Mahkemesi, yargılamanın adil olup olmamasını doğrudan etkileyen bir mesele olmasına rağmen konuyu özel hayatın korunmasına saygı hakkı kapsamında incelemekte olsa da, savunma hakkı etkin şekilde kullanılmadan yargılamanın bütününü zedeleyecek bir istihbari bilginin yargılamanın sonucunu etkilemesi halinde adil yargılanma hakkı bağlantılı şikayetlerin de değerlendirme konusu yapılması gerektiği açıktır.

SONUÇ

Bu çalışmada kolluğun bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden bir kısım istihbari nitelikte bilgi toplama faaliyeti ele alınmıştır. Bu çerçevede bu yetkilerin yasal dayanakları üzerinde durulmuş ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin usuli güvenceler bakımından boşluklar özelinde mevzuat ele alınmıştır. Diğer taraftan, bu yetkilerin kullanılması sırasında özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ve adil yargılanma hakkı üzerindeki etkilere AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihadı üzerinden ana hatlarıyla değinilmeye çalışılmıştır.

Özgürlük ve güvenlik dengesi açısından kolluğu istihbari faaliyetleri çerçevesinde karşımıza çıkabilecek sorunlu alanlar ile temel hak ve özgürlükler bakımından içtihadın değerlendirilmesi dikkate alındığında, sonuç

[111] AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, §16

olarak bir kısım önerileri de kaleme almak farklı bir perspektiften bakabilmeye vesile olabilir. Öncelikle kolluğun önleyici nitelikteki faaliyeti açısından kişisel verilerin korunması mevzuatı açısından usuli güvencelerin sağlanmasına yönelik ayrı bir mevzuat düzenlemesi yapılması gereği önem arz etmektedir. Sistemin haiz olması gereken teminatlar izleme yetkisinin hangi amaca hizmet edeceği, kim tarafından, ne kadar süre izlenebileceği, kimlerle paylaşılacağı ve nerede ne kadar süre ile saklanacağı ne şekilde imha edileceği, özel hayata en az müdahalede bulunmaya yönelik hangi tekniklerin kullanılacağı kanunla belirlenmelidir. Ana hatlar kanunla belirlendikten sonra detaylara ilişkin bir uygulama yönetmeliği her bir teknolojik izleme yöntemi açısından belirlenmelidir. Ancak kanuni dayanak oluşturulmadan çıkartılacak olan bir uygulama notu ya da talimat kanunilik kriterini karşılamayacaktır. Özellikle KİHBİ ve diğer istihbari izleme ve veri toplama faaliyetine cevaz veren mevzuat hükümlerinin yasal bir dayanakla öngörülmesi ve kanunilik kriterlerini karşılayacak yeni bir genel kolluk mevzuatı altında toplanması ve erişilebilirliğin ve itiraz mekanizmasının etkin şekilde işlemesinin sağlanması gereklidir.

Buna bağlı olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihadından çıkartılan tespitlerin dikkate alınması ve tarafsız ve bağımsız bir kişisel veri denetim mekanizmasının etkin şekilde çalışır hale getirilmesi yalnızca kolluğun hak ihlallerine yol açacak müdahalelerinin önlenmesine değil, aynı zamanda kolluğun çalışmasının iyileştirilmesine de katkı sağlayacağı söylenebilir.

Öte yandan, kolluğun kendi içindeki denetimi açısından 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrolü Kanununda idare tarafından raporlama yapılması bir zorunluluktur. Bu çerçevede idarenin bir parçası olan kolluğun strateji ve performans raporu sunma zorunluluğunun uygulamada sadece mali açıdan değil, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden kolluk faaliyetlerinin uygulanmasının değerlendirilmesi açısından da kullanılmasına işlerlik kazandırılması önerilebilir. Yine İl Güvenlik Komisyonları ile İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının daha katılımcı ve aktif olarak çalışmasının önündeki engeller belirlenmeli ve işlerlik kazandırılması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kendisine kanunla verilen yetki ve görevleri ayrımcılık yapmadan kullanması, kolluk denetimlerine ilişkin de bu yetkisini kullanması ve tüm faaliyetlerine ilişkin kamuoyuna düzenli bilgilendirme yapması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

I. Kitap ve makaleler

ABANOZ Buket, **Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018

AKSOY Muammer, **Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MIT Raporlarındaki Korkunç Yanlış ve Yalanlar ışığında Değerlendirilmesi,** Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988

ALTIN Aytuğ, "İdari Kolluğun Temel Faaliyet Alanı Olarak Kamu Düzeni Kavramı", **VI. Yıldız Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Tam Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2020, https://www.researchgate.net/publication/338390477_IDARI_KOLLUGUN_TEMEL_FAALIYET_ALANI_OLARAK_KAMU_DUZENI_KAVRAMI (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

ALTINDAĞ Halil, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında İdarenin Sorumluluğu", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 18, 2019, ss. 387-401

ATLI Turan, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt. 2, S. 1, 2019, ss. 4-22, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/747023 (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

AYYILDIZ Hakan, "Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 2019, Sayı: 143, ss. 143-180

BAYRAM Zeynep, **Kolluğun, Suç Öncesi ve Sonrası Kişisel Veri Toplama Yetkisi,** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009

BOZBAYINDIR Gülşah BOSTANCI, "Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2018/2, ss. 51-104

BOZKURT Banu, "İnsansız Hava Araçları ve Sigorta", **Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 75-107

BÖREKÇİ Eşref Barış, **Kişisel Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m.136)**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020

CENTEL Nur-ZAFER Hamide- ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş,** 11. bası, Beta, 2020, İstanbul, ss. 56-57

DEMİRAĞ İsmet, **İnsansız Hava Araçları (Drone) ve Hukuk**, 1. bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020

DİKMEN Mustafa, "İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin (İHA) Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi", **Savunma Bilimleri Dergisi,** Cilt. 14, S. 1, 2015, ss. 145-176, http://www.kho.edu.tr/akademik/enstitu/Alp_SAVBEN_dergi/141/7.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

DÜLGER Murat Volkan - ÖZKAN Onur, "Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: "Unutulan" Direktifin kapsamlı ve Karşılaştırmalı Analizi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 15, S. 42, 2020, ss. 85-149.

ERARSLAN Sevgi, **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, 2. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ERDOĞMUŞ Talha, **Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu**, 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ESEN Egemen, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini**, On İki Levha, 1. bası, 2020.

İÇER Zafer - DÖNMEZ Elif, "Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt. 15, S. 43, Ağustos 2020, ss. 421-561.

KANGAL Zeynel T., **Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması,** 1. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KARABULUT Ramazan, **Kişisel Verilerin Korunması ve Kolluk Hizmetleri**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Güvenlik Soruşturması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt 53, S. 1-4, Ankara, 1998, ss. 159-185, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/479/5544.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

KIZILIRMAK Baran, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt. 7, S. 2, İstanbul, 2019, ss. 225 - 261

KOCA Mahmut- ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 13. bası, Seçkin Yayıncılık, 2020 Ankara, ss. 58-59

KÖKSAL Tuğçe Duygu, "Kamu Görevinden Alma ve Adil Yargılanma Hakkı", **Güncel Hukuk Dergisi,** Haziran 2017, ss. 28-31

KURT Şenol- ÜN Oğuzhan, İnsansız Hava Araçları (İHA) üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10(2), 2015, ss. 195-213

KÜÇÜK Tevfik Sönmez, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi, **Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, S. 1, 2018, ss. 49-89, s. 73

KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

KÜZECİ Elif-KILIÇ Şebnem, "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt. 16, S. 63, 2019, ss. 947 - 992

OLGUNSOY Feyzan, **Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi,** İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Yayın No. 31, 1. bası, İstanbul, 2020

OSMANOĞLU Bilal, "Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Cilt. 26, S. 2, 2020, ss. 946 - 979

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** 14. bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, Ankara, s. 127

ÖZKAN Halid, "Mobese İzleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt. 11, S. 30, Nisan 2016, s.s. 63-103.

SEVER, Dilşad Çiğdem, "Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Disiplin Hukukunun Sınırı", **Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan**, Atılım Üniversitesi, Cilt. 2, Ankara, 2020, ss. 1165-1211

SEVER Dilşad Çiğdem, "Covid Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", **Anayasa Hukuku Dergisi,** Cilt. 9, S. 17, 2020, ss. 187-238

UYAR Lema, **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yorumları,** Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. bası, İstanbul, 2006

YENİSEY Feridun, **Kolluk Hukuku,** 2. bası, Beta, İstanbul, 2015

II. Rapor ve bilgi notları

Avrupa Birliği Komisyonu 6.10.2020 tarihli 2020 Türkiye Raporu, https://ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili, 2008/977/Aİİ sayılı Konsey Çerçeve Kararı yerine geçen 27 Nisan 2016 tarihli (AB) 2016/680 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü tarafından yayımlanan Türkçe tercümesi, https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/29/law-enforcement-directive-turkce.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.202)

Suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili, 2008/977/Aİİ sayılı Konsey Çerçeve Kararı yerine geçen 27 Nisan 2016 tarihli (AB) 2016/680 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü tarafından yayımlanan Bilgi notu, https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2019/7/27/law-enforcement-directive-bilgi-notu.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Cezasızlık Zırhını Aşmak: Türkiye'de Güvenlik Güçleri ve Hak İhlalleri, TESEV, 2012, https://www.tesev.org.tr/tr/research/cezasizlik-zirhini-asmak-turkiyede-guvenlik-gucleri-ve-hak-ihlalleri (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, Terör ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, Nisan 2021, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 16/09/2021)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ, Ulusal Güvenlik ve Avrupa İçtihadı, 2013, https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_national_security_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 16/09/2021)

III. Diğer İnternet siteleri

ABANOZ Buket, "Biri Bizi Hukuka Aykırı Gözetliyor Mobese kameraları", 2019, https://blog.lexpera.com.tr/biri-bizi-hukuka-aykiri-gozetliyor-mobese-kameralari (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

AYDIN Necmettin, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT uygulamaları", s. 169-193, http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/126.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

DÜLGER Murat Volkan, "Anayasa Mahkemesinin Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Konu Edildiği İptal Davası Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", 2018, https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-kisisel-verilerin-korunmasi-kanununun-konu-edildigi-iptal-davasi-kararina-iliskin-bir-degerlendirme-makale,5720.html (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Avrupa Birliği Komisyonu Türkiye Raporu, 2020, bkz: https://ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf

Huawei, Çin'de sokakta yürüyen Uygurların tespitini sağlayan teknolojinin patenti için başvuru yaptı, 2021, https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55647839 (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

İnsansız Hava Aracı sistemleri Talimatı (SHT-İHA), http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/SHT-IHA_12062017.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Press Release - U.S. Department of Transportation Issues Two Much-Anticipated Drone Rules to Advance Safety and Innovation in the United States, 2020, https://www.faa.gov/news/press_releases/news_story.cfm?newsId=25541. (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Le Conseil d'État ordonne à l'État de cesser immédiatement la surveillance par drone du respect des règles sanitaires, 2020, https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-a-l-etat-de-cesser-immediatement-la-surveillance-par-drone-du-respect-des-regles-sanitaires?fbclid=IwAR0Qvg7swFGKU7y2yovPG-NDdz5nh6XUvguv3_R7mMIQZAOgW0x9VCSGDRw (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

İnsan Hakları Eylem Planı, bkz: https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140301-2-1.pdf

Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı resmi internet sitesi, https://www.icisleri.gov.tr/kihbi (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı, Vikipedi, özgür ansiklopedi https://tr.wikipedia.org/wiki/Ka%C3%A7ak%C3%A7%C4%B1l%C4%B1k,_%C4%B0stihbarat,_Harekat_ve_Bilgi_Toplama_Dairesi_Ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1 (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Kişisel Verilerin Korunması Tematik Bilgi notu, 2016, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

İnterpol-Europol Dairesi Başkanlığı Türkiye - Europol İlişkileri, 2013, https://www.egm.gov.tr/interpol/turkeuropoliliski-13-02-201341 (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Surveillance par drones: rappel à l'ordre de la CNIL, 20 Janvier 2021, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/surveillance-par-drones-rappel-l-ordre-de-cnil#.YAdlM-hKhnI (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Les Technologies de Reconnaissance faciale Amplifient le Risque de racisme Lors des Opérations Policières, 26 Janvier 2021, https://www.amnesty.ch/fr/themes/surveillance/docs/2021/les-technologies-de-reconnaissance-faciale-amplifient-le-risque-de-racisme-lors-des-operations-policieres/ (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare, Study, May 2013 https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET%282013%29410220_EN.pdf (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Europe's artificial intelligence blindspot: Race, 2021, https://www.politico.eu/article/europe-artificial-intelligence-blindspot-race-algorithmic-harm/ (Erişim Tarihi: 16.03.2021)

Avrupa Birliği Adalet Divanı C‑746/18 sayılı 02/02/2021 tarihli Büyük Daire kararı, https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=FCDD9223EB087BE1EE040ECCE3AF28D4?text=&docid=238381&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2072218 (Erişim Tarihi: 31.03.2021)

Practical Guide on the use of personal data in the police sector: how to protect personal data while combatting crime, 2018, https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/newly-adopted-practical-guide-on-the-use-of-personal-data-in-the-police-sector-how-to-protect-personal-data-while-combatting-crime-

Adli Kolluk Yönetmeliği, https://mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=8201&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

Fransız Anayasa Konseyi kararı, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021817DC.htm (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin "Kolluk kuvvetleri tarafından ırksal profilleme yapılmasının önlenmesi ve bununla mücadele edilmesine ilişkin" 36 sayılı genel tavsiye kararı, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/1_Global/CERD_C_GC_36_9291_E.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2021)

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Dijital çağda mahremiyet hakkı konulu 2021 Raporu, https://www.ohchr.org/EN/Issues/DigitalAge/Pages/cfi-digital-age.aspx (Erişim Tarihi: 16.09.2021).

IV. AİHM Kararları www.hudoc.coe.int (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

Nolan ve K. v. Rusya, no. 2512/04, 12.02.2009

Ermenyi/Macaristan, no. 22254/14, 22.11.2016

Chahal / Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15.11.1996

Dağtekin v. Türkiye, no. 70516/01, 13.12.2007

A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19.02.2009

Van Mechelen ve diğerleri / Hollanda, no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23.04.1997

Incal v. Türkiye, no. 22678/93, 09.06.1998

El Masri v. Kuzey Makedonya, no. 39630/09, 13.12.2012

Karabeyoğlu v. Türkiye, no. 30083/10, 07.06.2016

Roman Zakharov, no. 47143/06, 04.12.2015

Rotaru v. Romanya, no. 28341/95, 04.05.2000

Catt v. Birleşik Krallık, no. 43514/15, 24.01.2019

Shimovolos v. Rusya, no. 30194/09, 21.06.2011

S. ve Marper / Birleşik Krallık [BD], no. 30562/04 30566/04, 04.12.2008

Malone/ Birleşik Krallık, no. 8691/79, 02.02.1984

Klass ve diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 06.09.1978

Kennedy/Birleşik Krallık, no. 26839/05, 18.05.2010

Liberty ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 58243/00, 01.07.2008

Centrum För Rättvisa v. İsveç [BD], no. 35252/08, 25.05.2021

Big Brother Watch ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], no. 58170/13 62322/14 24960/15, 25.05.2021

Tretter ve diğerleri v. Avusturya [Komite], no. 3599/10, 29.09.2020 tarihli kabul edilemezlik kararı

Weber ve Saravia v. Almanya, no. 54934/00, 29.06.2006 tarihli kabul edilemezlik kararı

Kruslin v. Fransa, no. 11801/85, 24.04.1990

Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 02.08.1984

Khan v. Birleşik Krallık, no. 35394/97, 12.05.2000

Breyer v. Almanya, no. 50001/12, 30.01.2020

Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri v. İsveç, no. 62332/00, 06.09.2006

Haralambie v. Romanya, no. 21737/03, 27.10.2009

Rotaru v. Romanya [BD], no. 28341/95, 04.05.2000

Khelili v. İsviçre, no. 16188/07, 18.10.2011

Szabó and Vissy v. Macaristan, no. 37138/14, 12.01.2016

Peck v. Birleşik Krallık, no. 44647/98, 28.01.2003

Antović ve Mirković v. Karadağ, no. 70838/13, 28.11.2017

Ben Faiza v. Fransa, no. 31446/12, 08.02.2018

Beghal v. Birleşik Krallık, no. 4755/16, 28.2.2019

WaBaile v. İsviçre, no. 43868/18, 28.08.2020

Perry v. Birleşik Krallık, no. 63737/00, 17.07.2003

Dinç ve Çakır v. Türkiye, no. 66066/09, 09.07.2013

Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel v. Ukrayna, no. 33014/05, 05.08.2011

K.U. v. Finlandiya, no. 2872/02, 02.12.2008

Benedik v. Slovenya, no. 62357/14, 24.04.2018

Regner v. Çekya, no. 35289/11, 19/09/2017

Muhammad ve Muhammad v. Romanya [BD], no. 80982/12, 15.10.2020

Polyakh v. Ukrayna, no. 58812/15, 17.10.2019

Matyjek v. Polonya, no. 38184/03, 24.4.2007

Pişkin v. Türkiye no. 33399/18, 15.12.2020

Privacy International v. Birleşik Krallık, no. 46259/16, 07.07.2020

Del Río Prada v. İspanya [BD], no. 42750/09, 21.10.2013

Sağlam v. Türkiye, no. 14894/20, 19.02.2021 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

V. Anayasa Mahkemesi Kararları www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 24.01.2021)

AYM 2018/163 E. 2020/13 K. numaralı 19.02.2020 tarihli kararı

AYM 2016/125 E., 2017/143 K., 28.09.2017 tarihli kararı

AYM 2018/91 E. ve 2020/10 K. sayılı 19.2.2020 tarihli kararı

AYM Bestami Eroğlu, B. No: 2018/23077, 17.09.2020 tarihli kararı

AYM Ercan Kanar, B. No: 2013/533, 09.01.2014 tarihli kararı

AYM Rıdvan Batur, B. No: 2018/17680, 03.12.2020 tarihli kararı

AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, 02.10.2014 tarihli kararı

https://anayasa.gov.tr/media/6115/kd_55_1.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2021)

AYM, Sebiha Kaya [GK], B. No: 2018/34124, 20.05.2021 (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

AYM, Kemal Karanfil, B. No: 2017/24776, 24.05.2018

AYM, İdris Ertaş [GK], B. No. 2018/21949, 20.05.2021 (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

VI. Danıştay Kararları

Danıştay 5. Daire, 2013/7949 E., 15/11/2013 tarihli karar

Danıştay 11. Dairesi, 2017/816 E., 2017/4906 K. 13/0672017 tarihli karar

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1799-1824

CEZA MUHAKEMESİNDE İSTİNAF KANUN YOLUNDA DURUŞMA(*)

M. Enes ÖZBAY(**)

Öz: Çalışmamız kapsamında ceza muhakemesi sistemimizde istinaf incelemesinde duruşma meselesi üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere istinaf incelemesi kapsamında duruşmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcut değildir. Kural olarak istinafta duruşmaya ilişkin olarak yer alan istisnai hükümler dışında ilk derece yargılamasındaki duruşma hükümlerinin istinafta da uygulanacağı belirtilmiştir.

Bununla birlikte bu belirleme istinaf kanun yolu ve ilk derece yargılamasındaki incelemenin niteliği itibariyle farklı olmasından dolayı yeterli değildir. Bu bağlamda duruşma hazırlığı, duruşmanın işleyişi, delillerin incelenmesi, sanığın sorgusu ve hükmün verilmesi gibi çeşitli açılardan istinafa özgü farklılıklar ortaya konulup, adil bir yargılanmaya uygun çerçeve çizilecektir.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, Duruşma, Muhakeme, Adil Yargılanma, İstinaf Mahkemesi.

APPEAL HEARING AT CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Abstract: Within the scope of our study, the matter of hearing will be emphasized in the appeal in our criminal procedure system. As is known, there are no detailed arrangements regarding the hearing within the scope of appeal request. As a rule, aside from the exceptional provisions regarding the hearing in the appeal, it's stated that the trial provisions in the first instance trial will also be applied in the appeal judgments.

However, this determination is not sufficient due to the fact that the appeal is different in terms of remedy and the nature of the examination in the first instance trial.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 03.04.2021 - Makale Kabul Tarihi: 20.12.2021.

(**) Hakim-Savcı Adayı (ORCID numarası: 0000-0001-5896-8274; *ozbayenesm@gmail.com*).

In this context, specific differences of appeal will be revealed in various aspects such as the preparation of the hearing, the operation of the hearing, the examination of the evidence, the interrogation of the accused and the verdict, and a framework suitable for a fair trial will be drawn.

Keywords: Appeal, Hearing, Trial, Fair Trial, Appeal Court.

GİRİŞ

İstinaf, ilk derece mahkemesinde verilen hükmün, maddi ve hukuki yönleriyle bir üst yargı merci tarafından denetlenmesini sağlayan bir kanun yolu olup; ceza muhakemesi sistemimize uzun denemeler sonrası 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile girmiştir. Ancak faaliyete geçmesi 20 Temmuz 2016 tarihi itibariyle olmuştur.

İstinaf uygulamasının faaliyete geçmesinin oldukça yakın tarihli olması, denetim muhakemesinin arz ettiği önem ve bu bağlamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından istinafta duruşma evresinin işleyişi ayrı bir önem arz etmektedir. Bu bağlamda istinafta duruşmaya ilişkin ilk derece mahkemesindeki yargılama evresindeki duruşma hazırlığı, duruşma ve hükme ilişkin hususlar ile nitelik ve fonksiyon itibariyle benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle adil yargılanma hakkı başta olmak üzere ceza muhakemesine hâkim olan ilkeler çerçevesinde bilhassa tartışmalı hususlar irdelenme çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK

İstinaf, Arapça kökenli bir kelime olup kavramsal olarak bir işi yeniden ele almak, yeniden başlamak anlamına gelmektedir.[1] İstinafta duruşma hususunu incelemeden evvel meselenin daha sağlıklı ele alınması için istinaf kavramının genel çerçevesini çizmek gerekmektedir. Ceza muhakemesi hukuku bakımından istinaf, uyuşmazlığın maddi ve hukuki yönleri itibariyle yeniden ele alınıp incelenmesini ifade eder. İstinaf kavramı hem bu inceleme faaliyetini hem de bu incelemeyi yapan mahkemeyi ifade etmektedir. İstinaf mahkemesine üst mahkeme de denilmektedir. Nitekim CMK 272'ye göre ilk derece mahkemesinin verdiği hükümlere ve hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme ka-

[1] https://www.nisanyansozluk.com/?k=istinaf, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 22.03.2020

rarlarına karşı hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf, olağan ve ikinci derece bir kanun yoludur.

İstinaf incelemesi kapsamı bakımından hem maddi hem hukuki olguları içermektedir. Maddi olguların incelenmesi hükme temel teşkil eden vakıaların, delillerin ve diğer unsurların maddi gerçeği yansıtıp yansıtmadığının tespitini ifade etmektedir. Hukuki olguların incelenmesi ise olaya uygun düşen normun uygulanıp uygulanmadığını yahut doğru ve eksiksiz uygulanıp uygulanmadığını tespite ilişkindir. İlk derece yargılamasındaki usule ilişkin aykırılıklar da bu minvaldedir. İstinaf denetiminin itiraz ve temyiz gibi farklı kanun yollarıyla ortak ve farklı birçok yönü olsa dahi nihayetinde kendine özgü bir denetim muhakemesi kurumu olduğu söylenebilir. Zira pek çok yönden diğer kanun yolları ve/veya hukuki çarelerden ayrı özellikler söz konusudur. Örneğin maddi olgu denetiminden dolayı itiraz kanun yoluna yakın özellikler gösterirken, son kararlar bakımından ve hukuki olguların incelemesinden dolayı ise temyiz kanun yoluna benzemektedir.[2]

İstinaf usulü hukuki nitelik itibariyle belirttiğimiz üzere olağan, asıl derece kanun yoludur. İstinaf inceleme usulünde istinaf mahkemesi adeta ilk derece mahkemesinin hüküm verirken kullandığı vakıa ve delillerle gerekli görülen oranda yeniden temasa geçip, meseleyi yeniden ele alıp değerlendirmektedir. Burada istinaf mahkemesinin inceleme kapsamına göre bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yaptığı tüm işlemleri sil baştan tekrar yapması *"klasik istinaf"* veya *"geniş anlamda istinaf"* olarak adlandırılır. Öte yandan modern ceza hukuku sisteminde benimsenen ve CMK sistemince benimsenen ise *"tartışmalı olan, gerekli görülen hususların tekrar incelenmesi"* veya *"dar anlamda istinaf"* olarak adlandırılan usuldür. Buna göre istinaf mahkemesi, denetim muhakemesi kapsamında ancak incelenmeye konu olan ilk derece mahkemesindeki hükme etkili olabilecek nitelikteki tartışmalı ve gerekli görülen hususları değerlendirecektir.[3]

İstinaf mahkemesi, kabul edilebilir bir istinaf başvurusunun varlığı halinde, yapacağı inceleme sonunda istinaf başvurusunun esastan reddi, hükümdeki hataları düzelterek başvurunun esastan reddi, hükmü bozup tekrar

---

[2] ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 275 vd.

[3] KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 13. Basım, Arıkan, İstanbul, 2005, sf. 458 vd.; ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 274.; SARIGÜL Ali Tanju, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017, sf. 14 vd.

uygun görülen ilk derece mahkemesine gönderme kararı verecek yahut yeniden bir muhakemeye girişip yeni hüküm tesis edecektir. İşte CMK 280/1-g'ye göre madde metninde belirtilen esastan ret, düzelterek esastan ret ve bozma halleri dışında diğer hallerde gerekli tedbirler alındıktan sonra, davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verecektir.[4] Bu halde duruşma yapılacak ve duruşma sonunda istinaf mahkemesi, istinaf başvurusunun esastan reddi kararı verecek veya ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeniden hüküm tesis edecektir.[5]

İstinaf mahkemesi ve incelemesi bir denetim muhakemesi usulü olması nedeniyle özellikler arz etmektedir. Bu nedenle adil bir yargılama için duruşma hazırlığı ve duruşmaya ilişkin de çeşitli olasılıkların ayrı ayrı ele alınması ve işleyişin netleştirilmesi gerekmektedir.

II. İSTİNAF BAŞVURUSU VE DURUŞMA HAZIRLIĞI

İstinaf başvurusu yapıldıktan sonra öncelikle ilk derece mahkemesi CMK 275 gereği bir ön inceleme yapacaktır. Buna göre mahkeme, istemin süresinde olup olmadığını, aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecek bir hüküm olup olmadığını ve istinafa başvuranın başvurma hakkı olup olmadığını inceleyecektir. Eksiklik olduğu takdirde ise istinaf istemini reddedecektir. İstinaf isteminin reddi halinde Cumhuriyet Savcısı ve diğer ilgililer (istinafa başvurma hakkı olan süjeler), ret kararının tebliğinden itibaren 7 gün içinde Bölge Adliye Mahkemesinden istemin incelenmesini ve bu hususta tekrar bir karar verilmesini isteyebileceklerdir.[6] Bu halde istinaf isteminin kabul edilebilirliğine ilişkin değerlendirmeyi Bölge Adliye Mahkemesi yapacaktır.

İstinaf isteminin ilk derece mahkemesince kabul edilebilir bulunması halinde, yani süre, başvuru hakkı ve başvuruya konu olabilecek karar olması koşullarında bir eksiklik olmaması halinde istinaf dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilecektir. Karşı taraf, tebliğden itibaren 7 gün içinde yazılı olarak istinaf istemine ilişkin cevap dilekçesini verebilecektir. Belirtmek gerekir ki CMK 277/2'de açıkça belirtildiği üzere karşı tarafın sanık olması halinde, sanık istinaf dilekçesine karşın beyanını tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü

---

4 CMK 280/1-g dışındaki bentlerde hangi hallerde esastan ret, düzelterek esastan ret ve bozma sonrası uygun görülen mahkemeye gönderme kararlarının verilebileceği belirtilmektedir.

5 YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 877 vd.

6 YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 588.

olarak da verebilecektir.[7] Kuşkusuz sanığın savunma imkânı bakımından bu biçimdeki kolaylık isabetli görünmektedir. Ayrıca CMK 277/3'te yapılan atıf gereği CMK 262 ve 263'e göre kanuni temsilci veya eşin başvurusunda ve tutuklunun başvurusu bakımından da bu hüküm uygulanabilecektir.[8] Cevap verildiğinde bu andan yahut cevap için gereken sürenin bitiminden itibaren ise dosya, ilgili Bölge Adliye Mahkemesine gönderilecektir. Dosya Bölge Adliye Mahkemesinde işbölümüne göre görevli ceza dairesine verilir ve daire ilk iş olarak varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesini sağlar.[9]

Dosya, Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde görevli ceza dairesi önüne geldiğinde daire öncelikle dosya üzerinden bir ön inceleme yapacaktır. Bu ön incelemenin kapsamı ise CMK 279 ile çizilmiştir. Buna göre Bölge Adliye Mahkemesi kendisinin yetkili olup olmadığını, başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığını, başvuranın başvurma hakkı olup olmadığını ve başvuruya konu olabilecek nitelikte bir kararın olup olmadığını inceler.[10] Bölge Adliye Mahkemesi ön inceleme sonucunda yetkisiz olduğu kanaatine varırsa dosyanın yetkili Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, diğer eksiklik hallerinde ise *"istinaf başvurusunun reddine"* karar verir. Kuşkusuz bu ret kararları itiraza tabidir. Öte yandan Bölge Adliye Mahkemesi ön inceleme sonucunda herhangi bir eksiklik saptamazsa bu halde dosyanın esasına ilişkin incelemeye başlayabilecektir.[11]

İstinaf başvurusunda ön inceleme sonrasında Bölge Adliye Mahkemesinde duruşma aşamasına geçilmeden önce dosya üzerinden adeta bir ikinci ön inceleme denilebilecek nitelikte bir inceleme daha yapılır. Esasen bu inceleme ön inceleme niteliğinde değildir, dosya üzerinden ilk inceleme demek daha isabetli olacaktır. Yani Bölge Adliye Mahkemesi, önüne gelen dosyada duruşma hazırlığı ve duruşma evrelerine geçmeyebilir.[12] Kriter ilk incelemeye göre işin mahiyetinin belirlenmesidir. İlk inceleme sonunda Bölge Adliye Mahkemesi

---

7 ÖZEN Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S: 65, Ankara, 2016, sf. 2366 vd.

8 HAKERİ Hakan, ÜNVER Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, sf. 745.

9 ARTUÇ Mustafa, ELMAS M. Tevfik, **Ceza Yargılamasında Duruşma Yönetimi ve İstinaf**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, sf. 443.

10 CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2020, sf. 912 vd.

11 ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 506.

12 GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin, Ankara, 2016, sf. 82.

CMK 280/1. fıkranın a, b, c, d, e ve f bentlerindeki hallerde, istinaf başvurusunun esastan reddi, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi, hükmün bozulmasına ve ilk derece mahkemesine veya uygun görülen bir diğer ilk derece mahkemesine gönderilmesi kararlarından birini verecektir. CMK 280/1. fıkra g bendinde belirtildiği üzere diğer hallerde ise mahkeme, gerekli tedbirler aldıktan sonra, davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına karar verecektir. Bu kapsamda *"diğer haller"*in neler olduğunu saptamak gerekmektedir. Esasen mantıksal çıkarım olarak madde metninde önceki bentlerde sayılanlar dışındaki tüm durumlar diğer haller kapsamındadır denilebilir. Yine de diğer hallere örnek kabilinden, hükme etki edeceği düşünülen bir tanığın dinlenmeden hüküm kurulması, süjelerin beyanları arasındaki çelişkilerin giderilmeden hüküm kurulması gibi haller sayılabilir. Bir hususun bu kapsamda olması için hükme etki edebilecek nitelikte bir eksiklik olması gerekli ve yeterlidir.[13] Bu aşamadan sonra ise gerekli tedbirler alınıp duruşma hazırlığına geçilecektir. *"Gerekli tedbirler"*in neler olduğu ise madde metninde yer almamaktadır. Gerekli tedbirlerin alınması aşamasının duruşma hazırlığı öncesinde mi yoksa duruşma hazırlığı kapsamında mı yapılması gerektiği de açık değildir. Hatta madde metnindeki ifadeye göre gerekli tedbirler alındıktan sonra duruşma hazırlığına geçileceği belirtildiği için hazırlık öncesinde gerekli tedbirlerin alınacağı söylenebilir. Ancak bu zamansal ayrımın ötesinde esasen işlevsel olarak gerekli tedbirlerin de duruşma hazırlığı işlerinden olduğunu söylemek isabetli olacaktır.

Gerekli tedbirlerin ne olduğuna ilişkin madde metninde bir açıklama olmamasına rağmen CMK 280'in gerekçesine göre *"incelemenin duruşmalı yapılması zorunlu görüldüğünde, gerekirse sanığın tutukluluğuna karar verilerek veya adli kontrole ilişkin tedbirler alınarak duruşma hazırlığına başlanır."* denilmiştir. Gerekçede de görüldüğü üzere duruşma öncesinde gerekli tedbirler kapsamında örnek kabilinden sayılan tutukluluk ve adli kontrol gibi tüm diğer koruma tedbirlerine başvurulabileceği söylenebilir. Hatta bu gerekli tedbirlerin somut olayın mahiyetine göre koruma tedbirleriyle sınırlı olmadığını da söylemek gerekir.[14] Ancak klasik istinaf esasının benimsenmemesinin dışında mevcut hükümle birlikte istinaf incelemesi kapsamında tutukluluğa başvurulabileceği esası bir yönüyle çelişik görünmektedir. Kovuşturma evresi devam ettiğinden tutukluluk vs. koruma tedbir-

---

[13] ÜNSAL Cengiz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf,** 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, sf. 291 vd.

[14] KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 179.

lerinin denetimi bakımından ilk derece mahkemesi kovuşturma aşamasındaki denetim sürelerine uyulması gerekecektir. Bu nedenle davanın yeniden görülmesi kararından itibaren bu minvalde işlemler yapılabilecektir.

İstinafta davanın yeniden görülmesine karar verilip duruşma hazırlıklarına başlandığında esasen yeni bir hüküm verilene dek ilk derece mahkemesi hükmü varlığını korumaktadır. Bu nedenle istinafta davanın yeniden görülmesine karar verildiğinde tutukluluk, adli kontrol vs. diğer koruma tedbirleriyle ilgili aranılan şüphe dereceleri aranmayacaktır. Zira ilk derece mahkemesi hükmü hala geçerliliğini koruduğu için *"şüphe"*nin ötesinde bir husus söz konusudur. Bu doğrultuda örneğin tutuklulukla ilgili *"kuvvetli suç şüphesi"* değil ve fakat tutukluluk gerekçesi olarak sanığın kaçma şüphesi veya delilleri karartma şüphesi gibi hususlara dayanılabileceği kabul edilmektedir.[15]

İstinafta tutukluluk ve adli kontrol kararı verilebilmesine ilişkin olarak pek yakında af olarak bilinen 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile dikkat çeken yenilikler getirilmiştir. CMK 109/4'teki yeni düzenleme *"... tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adlî kontrol kararı verebilir."* şeklindedir. Benzer biçimde CMK 112'ye de *"Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması halinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de tutuklama kararı verebilir."* cümlesi eklenmiştir. Her iki düzenlemenin de pek isabetli olduğu söylenemez. Zira ilk derece mahkemesi dosyadan el çektikten sonra, dosya istinaf veya temyiz mahkemesi uhdesindeyken adli kontrol veya tutuklamaya ilişkin ilk derece mahkemesinin yalnızca UYAP kayıtlarına bakarak karar verebilmesi başta çelişmeli yargılama, yüz yüzelik olmak üzere duruşmaya ilişkin prensiplerle uyuşmamaktadır.

1. Duruşma Hazırlığı

Duruşma hazırlığı hususu temel olarak CMK 281'de düzenlenmiştir. Buna göre Bölge Adliye Mahkemesi ilgili ceza dairesi davanın yeniden görülmesine karar verdiğinde öncelikle CMK 280/1-g bendi gereği gerekli

---

[15] KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 179 vd.

tedbirleri alacak ve akabinde duruşma hazırlığı işlemlerine başlayacaktır. Duruşma hazırlığı aşaması CMK 281 vd. belirtilen durumlar dışında ilk derece mahkemesindeki yargılamadaki gibi olacaktır.[16] Dolayısıyla CMK 175-181. maddeler arasında düzenlenen hükümler istinafa özgü istisnalar dışında burada da uygulanacaktır. Buna göre istinaf incelemesi ve duruşmasında da amaç tıpkı ilk derece mahkemesindeki yargılamadaki gibi duruşmanın tek oturumda bitirilmesidir.[17] Bu anlamda delillerin önceden toplanması, ilgili belgelerin önceden toplanması, tanıkların belirlenip davet edilmesi gibi hazırlıkların duruşma öncesinde yapılması gerekmektedir.

2. Duruşma Günü Saptanması ve Çağrı

CMK 281 kapsamında ilk yapılacak olan Bölge Adliye Mahkemesi ilgili ceza dairesi Başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından duruşma gününün tespiti ve sanık, müdafi, katılan, katılan vekili gibi muhakeme süjelerine bunun bildirilmesidir.[18] İlgili süjelere davetiye yoluyla durum bildirilip, gerekli çağrılar yapılacaktır. Yine CMK 176/4[19] gereği çağrı kâğıdı ve duruşma günü arasında en az 1 haftalık süre olmalıdır. Bu hem AİHS 6'daki *"adil yargılanma hakkı"* çerçevesinde isnadı öğrenme ve savunma hakkı[20] anlamında hem AY 36'daki *"hak arama hürriyeti"*[21] çerçevesinde zorunludur. Zira sanık savunma için yeterli zaman ve zemine sahip olmalıdır.

CMK 281/2 kapsamında yine bu aşamada davanın yeniden görülmesine karar verilmesiyle birlikte mahkemece, gerekli görülen tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesine ve keşfin yapılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.[22] Esasen hükümdeki *"gerekli görülen"* vurgusuyla birlikte klasik

---

16 PEHLİVAN Ali, "İstinaf Kanun Yolu ve Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan**, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, sf. 979.

17 ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş vd., **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 492.

18 GÖKCEN Ahmet, BALCI Murat, ALŞAHİN M. Emin, ÇAKIR Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, sf. 419 vd.

19 CMK 176/4: *"Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir."*

20 AİHS 6/3-b: *"Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak..."*

21 AY 36: *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir..."*

22 CMK 281/2: *"Mahkemece, gerekli görülen tanıkların, bilirkişilerin dinlenilmesine ve keşfin yapılmasına karar verilir."*

istinaf anlayışında olunmadığı vurgulanmıştır. Her türlü delil veya her türlü tanık, bilirkişi vs. dinlenmeyip yalnız uyuşmazlığın çözümü bakımından dinlenilmesi zorunlu görülenler dinlenecektir. Çelişkili beyanların giderilmesi veya dinlenilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından olmazsa olmaz olan bir tanığın hiç dinlenilmemiş olması gibi haller böyledir. Ayrıca maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından elzem olması koşuluyla diğer delillerin ve delil araçlarının da re'sen araştırma kapsamında elde edilmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.[23]

Süjelerin davet edilmesi bakımından belirtilmesi gereken önemli bir husus ise 2017 yılında ilga edilen CMK 280/1. fıkra 2. cümledir. Buna göre sanık tarafından yapılan istinaf başvurusuyla açılan davada sanığın duruşmaya gelmemesi halinde davanın esastan reddine karar verileceği düzenlenmişti. Bu bağlamda tutuksuz sanığa yapılacak çağrı ayrıca önem arz etmekteydi. Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda duruşmaya gelmemesi halinde davanın reddedileceğinin açıkça belirtilmesi gerekiyordu. Ancak tutuklu sanığa yapılacak çağrıda ise CMK 176/3'e göre hareket ediliyordu. Tutuklu ve tutuksuz sanığın çağrı usulüyle ilgili bu farklılık adil yargılanma hakkı bakımından eleştirilmekteydi ve zira mehaz Alman CMK'sında da böyle bir farklılık söz konusu değildi.[24] Nitekim adil yargılanma hakkını ihlal edici nitelikte olduğu gerekçesiyle belirttiğimiz üzere bizde de 2017 itibariyle böylesi bir ayrım söz konusu değildir.[25]

3. Delil Toplama ve Sunma

Bölge Adliye Mahkemesince davanın yeniden görülmesine karar verilmesiyle birlikte mahkemece gerekli görülen, tanık, bilirkişi dinlenmesine ve keşfin yapılmasına karar verilip gerekli işlemler yapılacaktır. CMK 281/2. fıkra lafzında *"... karar verilir."* ibaresi yer alsa da bu ifade karar verilmesiyle birlikte kararın icrasını da kapsamaktadır. Zira CMK 282/1-c bendinde duruşma hazırlığında toplanan delil ve belgelerin, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanakların anlatılacağı belirtilmiştir.[26] Buna göre duruşma hazırlığı kapsamında keşif, bilirkişi incelemesi yapılıp, diğer gerek-

---

[23] PARLAR Ali, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Bilge, Ankara, 2017, sf. 1249.

[24] KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 202-204.

[25] KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 204.

[26] CMK 282/1-c: *"İlk derece mahkemesinde dinlenilen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılır."*

li görülen delil ve belgeler de toplanabilecektir. Duruşmanın tek oturumda bitirilmesinin sağlanabilmesi ve adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmamak bakımından da isabetli olan budur. Duruşma hazırlığı aşamasında bu biçimde elde edilen araştırma sonucu tutanaklar, duruşmada belge delili niteliğinde tekrar değerlendirilecektir. Kuşkusuz doğrudan doğruyalık ilkesi gereği örneğin ilgili bilirkişinin duruşmada gerekiyorsa tekrar dinlenmesi de mümkündür.

Keşif sırasında sanığın sorgusunun yapılıp yapılamayacağı hususuna da değinmek gerekir. Buradaki keşfin nitelik itibariyle bir delil değerlendirme yöntemi değil ve fakat delil elde etme metodu olduğunu kabul etmek gerekir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından sanığın keşifte dinlenmesi gerekliyse bu halde CMK 282'de öngörülen usule göre bunun icra edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda Başkan veya görevlendirilen üyenin inceleme raporu, ilk derece mahkemesi gerekçeli kararı ve diğer hususlar anlatıldıktan sonra keşifte sanığın sorgusu icra edilmelidir. Bu usule göre keşifte yapılan sorgunun duruşmadaki sorgu yerine geçeceği ve duruşmada tekrar sorgunun gerekmediğine ilişkin bir görüş[27] olsa da bu isabetli görünmemektedir. Zira keşifteki sorguyu bu tip bir sanık sorgusuna dönüştürmek pek çok zaman gerekli ve yerinde olmayacaktır. Ancak keşif kapsamındaki hususlara ilişkin olarak keşif sırasında sanığın aydınlatılmasının gerekli ve yeterli olacağı kanaatindeyiz. Sanığın sorgusunun duruşmada yapılması daha isabetli olacaktır.

Duruşma hazırlığında tanık dinlenmesi bakımından ise CMK 282/1-d bendinde duruşma hazırlığında toplanan delil ve belgelere ilişkin tutanakların duruşmada anlatılacağından bahsedilirken *"tanık beyanlarına"* yer verilmemiştir.[28] Hem lafzi yoruma göre hem de amaçsal bakımdan kovuşturmaya hâkim olan *"doğrudan doğruyalık"* ve *"sözlülük"* ilkesi gereği tanık dinlemenin duruşma hazırlığında mümkün olmayıp, ancak duruşmada olabileceğini kabul gerekmektedir. Ayrıca bu husus duruşmanın işleyişi ve delillerin değerlendirilmesi açısından da tanığa sanık ve diğer süjelerce soru sorulması ve olayın aydınlatılması bakımından da önem arz etmektedir.[29] Bun-

---

27 KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 181.

28 CMK 282/1-d: *"Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar anlatılır."*

29 ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 278.

ların dışında keşif sırasında tanık dinlenmesinin gerektiği hallerde ise keşfin yapılacağı yer ve kapsamıyla sınırlı olmak üzere diğer süjelerin de katılımına imkân sağlanarak keşif sırasında tanık dinlenmesi mümkündür. Bu halde ise ilgili keşif ve keşifteki tanık beyanına ilişkin tutanaklar duruşmada anlatılıp tekrar ortaya konulacaktır.

İstinafta duruşma hazırlığı ve duruşmaya ilişkin olarak istisnalar dışında ilk derece mahkemesindeki yargılamaya ilişkin esasların uygulanacağını belirtmiştik. Bu çerçevede CMK 180[30] gereği hastalık veya başka bir sebeple duruşma günü yurtdışında olacak olan tanık veya bilirkişinin önceden naip hâkim veya heyetçe dinlenmesi ve işlemin tutanağa bağlanması mümkündür. Bu halde CMK 84[31] gereği tanık veya bilirkişinin dinleneceği gün taraflara bildirilmelidir. Dinlenme sırası oluşturulan tutanakların ise duruşmada belge delili olarak anlatılması gerekmektedir. Doğrudan doğruyalık ve yüz yüzelik ilkesi gereği eğer tanık veya bilirkişinin SEGBİS yoluyla dinlenmesi mümkünse bunun öncelikle tercih edilmesi gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki duruşma hazırlığı aşamasında tıpkı ilk derece mahkemesindeki yargılamadaki gibi yargılamanın en kısa sürede adil bir biçimde bitirilebilmesi için toplanması gereken tüm delillerin, bilgi ve bulguların elde edilmesi için re'sen araştırma gereği gerekli işlemler yapılmalıdır. Kuşkusuz duruşma hazırlığı aşamasında ve duruşmada taraflar yeni delil ileri sürebilirler veya önceki delillerine ilavelerde bulunabilirler. Mahkemece tüm bunlar göz önüne alınarak süreç yürütülmelidir.

III. DURUŞMA EVRESİ VE İŞLEYİŞ

Duruşma genel anlamda iddianame esasına dayanılarak ilk derece mahkemesinde yargılamaya hâkim olan ilkeler ve kurallar çerçevesinde vakıanın incelenip bir muhakeme süreci sonunda hüküm verilmesini ifade eder. CMK 282'deki istisnalar dışında istinaf aşamasındaki duruşmada ilk derece yargılamasındaki duruşmadaki hükümler uygulanacaktır.[32] Buna göre istinaftaki

---

[30] CMK 180/1: *"Hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir."*

[31] CMK 84/4: *"Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler."*

[32] KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Arıkan, İstanbul, 2005, sf. 459.

duruşma, ilk derece yargılamasındaki duruşmaya benzer olsa dahi esasen nitelik olarak farklıdır.

Öncelikle istinaf aşamasında, davanın yeniden görülmesine karar verilip duruşma hazırlığı ve duruşma aşamalarına geçildiği halde ilk derece mahkemesi hükmü ortadan kalkmamaktadır. Ancak duruşmanın sonunda ilgili hüküm kaldırılıp yeni bir hüküm verilecektir. Dolayısıyla istinaf duruşması sırasında hali hazırda ortada geçerli bir hüküm olduğu için esasen tam anlamıyla duruşma da denemez. Benzer şekilde ilk derece mahkemesindeki yargılamada duruşmanın konusu iddianamede çizilen çerçeve ile sınırlı iken istinaftaki duruşmanın konusu ise ilk derece mahkemesince verilen hüküm olacaktır. Bu nedenle istinaftaki inceleme ve duruşma için kendine özgü bir muhakeme faaliyeti denilebilir. Zira istinaf incelemesine ilişkin istisnalar dışında ilk derece yargılamasına ilişkin tüm kurallar burada uygulanmaktadır.

İstinaf sistemimizde esas olan dosyanın yeniden ele alınması çerçevesinde, tartışmalı olan, maddi veya hukuki olgulardan gerekli görülen hususların ele alınıp, muhakeme süreci sonunda hükme varmaktır. Klasik istinaf sistemi cari olmadığı için tüm hususların sıfırdan değerlendirilmesi isabetli olmayacak ve yargılama sürecini gereksiz biçimde aksatacaktır. Nitekim Yargıtay CGK oldukça yakın tarihli bir kararında bu hususu vurgulamıştır.[33]

İstinafta duruşmanın işleyişi bakımından esas olan öncelikle görevlendirilen üyenin inceleme raporunun anlatılmasıdır. Ardından sırasıyla ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararı ve tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar, keşif ve bilirkişi tutanakları anlatılır. Bunlardan sonra ise CMK 147 gereği sanığa hakları hatırlatıldıktan sonra sanığın sorgusu yapılacaktır.[34]

Belirtmek gerekir ki Bölge Adliye Mahkemesinde duruşmalı bir inceleme yapılması halinde Cumhuriyet savcısı da 5235 sayılı Kanun gereği duruşmada hazır bulunması gereken süjelerdendir. Duruşmada, tıpkı ilk derece mahkemesinde hazır bulunması gereken durumlardaki gibi bir görevi ifa edecektir.[35]

---

[33] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/387 E., 2019/246 K., T. 21.3.2019.

[34] KAYMAZ Seydi, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, 2016, sf. 117. (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/292205, Erişim Tarihi: 01/04/2020

[35] ÜNSAL Cengiz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, sf. 295.

Duruşma hazırlığı evresindeki gibi duruşmada da taraflar yeni delil ileri sürebilir, önceden ileri sürdükleri delillere ilaveler yapabilirler. İleri sürülen veya eklenen delillere mahkemenin mümkün mertebe temas etmesi doğrudanlık ilkesinin gereğidir. Bu bağlamda örneğin bir suçun işlenmesinde kullanılan araç ve gereçlerin gerektiğinde duruşma esnasında tarafların huzurunda incelenmesi isabetli olacaktır.

1. İnceleme Raporu

CMK 282/1-a'ya göre duruşmanın genel hükümlere göre açılmasından sonra ilk iş olarak görevlendirilen üyenin (raportör üye) inceleme raporu anlatılacaktır.[36]

İnceleme raporu anlatılması istinaf duruşmasına özgü bir işlem olduğu için ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir.

İnceleme raporu, hukuki nitelik itibariyle tarafları bilgilendirme ve aydınlatma maksadıyla okunan bir açıklamadır. Bu bakımdan ilk derece mahkemesi yargılamasındaki *"iddianamenin okunması"*na benzetilebilir. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında bir açıklama niteliğinde olduğu için esasen delil niteliğinde olmadığı söylenebilir. Zira CMK 217/1. fıkrası gereği hüküm, duruşmaya getirilmiş ve mahkeme huzurunda tartışılmış delillere dayandırılmak zorundadır. Bu nedenle inceleme raporu olsa olsa delillerin tartışılması aşamasına yardımcı olma işlevini görecektir.

CMK 282'nin ilk halinde inceleme raporu ve maddede zikredilen diğer belgelerin "okunması" öngörülmekteydi. Ancak 2017'deki 7035 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle artık bunların *"anlatılması"* öngörülmektedir. Değişiklik gerekçesi olarak *"... Kapsamlı dosyalarda bu belgelerin bütünüyle okunması oldukça uzun zaman almakta ve yargılamayı uzatmaktadır. Sanığın ilk derece mahkemesindeki yargılamada yeterince bilgi sahibi olduğu bu belgelerin anlatılması, yargılama açısından gerekli olan temel güvenceyi sağlamaktadır."* denilerek pratik gerekçeler öne sürülmüştür. Ancak bahsedilen yargılamanın makul sürede olmasının yanı sıra özellikle sanığın aydınlatılması bakımından da değişikliğin isabetli olduğu söylenebilir.[37]

---

[36] ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 728.

[37] Detaylı bilgi için bkz. KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017.

Raporu hazırlayacak olan üyeyi Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi Başkanı belirleyecektir. Kuşkusuz daire Başkanı raporu bizzat kendisi de hazırlayabilir.

İnceleme raporu düzenlenirken içerik olarak dikkat edilmesi gereken hususlar söz konusudur. İnceleme raporu ana hatlarıyla olayın özetini, ilk derece mahkemesi yargılamasındaki temel huşuları, hataları ve tarafların uyuşmazlık noktalarını içermek zorundadır. Uyuşmazlık konusu vakıalar tam olarak açıklanacak, istinaf yoluna başvuranların kimler olduğu, bu süjelerin talepleri belirtilecek ve istinaf duruşması hazırlığında yapılan işlemler belirtilecektir. Özellikle duruşmada ele alınması ve aydınlatılması gereken hususları göstermeli ve bu kapsamda sanığın savunması bakımından aydınlatıcı mahiyette olmalıdır. Zira sanık savunmasını buna göre yapacak, katılan ve diğer süjeler de buna göre iddia ve beyanlarını ileri sürecektir.[38]

İnceleme raporunda raportörün inceleme sonunda kendi kanaatini belirtmesi gerekip gerekmediğine ilişkin ise bir düzenleme söz konusu değildir. Belirtmesi gerektiği görüşünde olanlar olsa dahi bu aşamada böylesi kabul esasen ihsas-ı rey niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla adil yargılama çerçevesinde mahkemenin tarafsızlığı bakımından inceleme raporunda raportörün değerlendirme ve kanaati yer almamalıdır.

İnceleme raporu delil niteliğinde olmadığı için hüküm verilirken rapora atıf yapılması uygun olmayacaktır. Ancak raporda zikredilen belge ve bulguların ayrıca incelenmesi söz konusu ise kuşkusuz onlar hükme esas alınabilecektir.

2. Gerekçeli Karar ve Diğer Tutanaklar

İnceleme raporunun anlatılmasından sonra, CMK 282/1-b bendine göre ilk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü anlatılacaktır. Mehaz Alman CMK'sında ilk derece mahkemesinin hükmünün ancak önemli olması halinde okunması ve savcılık ile tarafların vazgeçmesi halinde okumadan vazgeçilebileceği öngörülmüştür. Bu esasen taraf iradelerini esas alan bir yaklaşımdır. İtalyan CMK'sında ise istinafta duruşmada öncelikle mahkeme Başkanının davanın özetini yapacağı ve sonrasında ilk derece mahkemesinde ele alınan tutanakların *"okunabileceği"* belirtilmiştir. Yani Başkan özeti yapacak ancak tutanakların okunmasında ise takdir hakkı söz konusu olacaktır.

---

[38] YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 884-885.

Bizim bakımımızdan ise düzenlemeye göre gerekçeli kararın tümünün okunması değil, fakat özellik arz eden hususların anlatılması gerekecektir. Kuşkusuz istinaf muhakemesiyle ilgili olduğu oranda yapılacaktır. Örneğin aleyhine istinaf yoluna başvurulmayan suça ilişkin hususların anlatılmasına gerek olmayacaktır. Bununla birlikte CMK 206/3'te bahsedilen *"bir delilin ortaya konulmasından"* vazgeçilmesi kapsamında istinafta bir belge ve tutanağın duruşmada anlatılmasından vazgeçilmeyi de kapsadığı akla gelebilir. Zira istinafta duruşmaya ilişkin istisnai hükümler dışında CMK'nın duruşmaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla CMK 206/3. fıkra da burada uygulanabilecek, savcı ve tarafların anlaşmasıyla ilgili tutanakların anlatılmasından vazgeçilebilecektir. Aksi görüş CMK 282'deki istisnalar içinde bunlardan vazgeçme belirtilmediği için mümkün olmadığına yöneliktir. Ayrıca düzenlenen istisnalar kapsamında inceleme raporu, ilk derece mahkemesi gerekçeli kararı ve diğer tutanaklar *"anlatılır"* ifadesiyle belirtilmiştir. Yani lafzi yorum bakımından da mahkemeye bir takdir hakkı tanınmadığı ve aksinin mümkün olmadığı söylenebilir. Öte yandan CMK 206/3. fıkrada[39] düzenlenen esas itibariyle bir delilin ortaya konulmasıdır. Ancak özellikle inceleme raporunun delil niteliğinde olmaması da bu görüşü desteklemektedir. Tüm bunlardan dolayı inceleme raporu, ilk derece mahkemesi gerekçeli kararı ve diğer ilgili tutanakların anlatılmasından tarafların vazgeçemeyeceğini söylemek doğru olacaktır.[40]

Gerekçeli karar akabinde CMK 282/1-c bendine göre[41] ilk derece yargılamasında dinlenilen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ve keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılacaktır. Kuşkusuz CMK 282/1-d bendi gereği[42] duruşma hazırlığı kapsamında elde edilen tutanaklar da bu kapsamda olacaktır. Ancak duruşma hazırlığı kapsamında dinlenen tanıklar açısından duruşmada dinlenmesi gerekli görüldüğü takdirde bunların anlatılması yeterli olmayacaktır. Şu hâlde doğrudan doğruyalık ilkesi gereği tanıkların duruşmada dinlenmesi gerekir. Öte yandan hastalık, yurt dışında olma gibi engel sebeplerin olması halinde önceden dinlenen tanıklara ilişkin beyanlarını içeren tutanaklar duruşmada anlatılabilir.

---

[39] CMK 206/3: *"Cumhuriyet savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir."*

[40] Detaylı bilgi için bkz. KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017.

[41] CMK 282/1-c: *"İlk derece mahkemesinde dinlenilen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılır."*

[42] CMK 282/1-d: *"Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar anlatılır."*

CMK 282'de belirtilen tutanakların anlatılmaması biçimindeki bir eksikliğin sonucunun ne olacağına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Mehaz Alman uygulamasında bunun bir bozma nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir. Kategorik olarak böylesi bir kabulün aksine, söz konusu eksikliğin sanığın savunma hakkının kısıtlanması sonucu doğurup doğurmadığına bakmak daha isabetli olacaktır. Zira her ne kadar okunması gereken tutanaklar uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli görülenler olsa da uygulamada tutanakların tümü bakımından okunması zorunlu gibi bir nitelemeye yol açabilir

3. Sanığın Sorgusu

İstinaf duruşmasında CMK 282/1. fıkrada belirtildiği üzere belirtilen bazı istisnalar dışında CMK'daki duruşmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Buna göre duruşmada inceleme raporu ve diğer tutanakların anlatılmasından sonra sanığın sorgusuna geçilecektir. Belirtmek gerekir ki sanığın hazır bulunması esas olsa dahi sanık hazır bulunmasa da duruşmaya gelen diğer süjeler dinlenebilecek, deliller sunulup tartışılabilecektir. Sanık hazır bulunmakta ise bu halde öncelikle sanığa istinaf incelemesinin içerik ve kapsamına ilişkin savunma hakkının sağlanabilmesi amacıyla bir bilgilendirme yapılacak ve ardından sanığın sorgusuna başlanacaktır.

Duruşmaya ilişkin CMK hükümleri çerçevesinde istinafta duruşma yapılması gereken hallerde sanığın çağrılması CMK 191[43] gereği zorunludur. Sanığın duruşmaya çağrılması zorunludur ancak sanığın duruşmada sorgusunun yapılmasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışılabilir. Savunma hakkı bağlamında özellikle mahkûmiyet kararları bakımından sanığın sorgusunun yapılmasının da zorunlu olacağı düşünülebilir.[44] Nitekim istinafa ilişkin istisnalar kapsamında sanığın sorgusunun yapılmayacağı da yer almamaktadır. Fakat öte yandan istinaf muhakemesinin genel mantığı çerçevesinde bakıldığında, bizde klasik istinaf usulünün olmadığı göz önünde bulundurulunca ancak adil yargılanma, savunma hakkı ihlal edilmemesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından gerekli görülmesi halinde zorunluluktan söz edilebilir.

---

[43] CMK 191/1: *"Sanığın ve müdafiinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır..."*

[44] KARAKEHYA Hakan, TUNÇER Asuman İnce, "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, sf. 116 vd, (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/359800, Erişim Tarihi: 01/04/2020

İstinaf duruşmasında sanığın sorgusunun zorunluluğu bakımından AİHM'in yaklaşımı da ele alınmalıdır. AİHM, istinaf yargılaması sonunda mahkumiyete hükmedilebilecek hallerde, sanık tarafından sunulacak delillerin değerlendirilmesi ve sanığın duruşmada yüzyüze biçimde sorgulanarak hüküm verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte AİHM'e göre, istinaf yargılamasında ilk derece mahkemesi hükmü hem maddi hem hukuki olgular yönünden yeniden ele alınsa dahi, sözleşme hükümleri çerçevesinde özellikle de AİHS 6. maddesi gereği adil yargılanmanın temini için her zaman aleni bir duruşma yapılması ve sanığın duruşmada bulunması veya sorgu zorunluluğu gerekmemektedir. Yani özetle AİHM istinaf duruşmasında sanığın bulunması ve sorgusunu kural olarak zorunlu görmemektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre maddi gerçeğin ortaya çıkarılması veya savunma hakkının ihlal edilmemesi bakımından sanığın sorgusu zorunlu ise ancak bu halde AİHM zorunluluğu kabul etmektedir.[45]

Mehaz Alman CMK sisteminde bazı istisnalar dışında hemen tüm hükümlerde istinaf yargılamasında sanığın sorgusunun zorunlu olduğu belirtilmektedir. Aksine İtalya ve Macaristan'da ise duruşma sonunda aleyhine bir hüküm verileceğinden haberdar edilen sanığın duruşmaya katılmaması halinde istinaf mahkemesinde sorgusu yapılmasa bile cezalandırılabileceği esası kabul edilmiştir. Ancak İtalya'da sanık hazır olmasa dahi müdafisinin bulunması zorunludur.[46]

AİHM birçok kararında gerek istinaf gerek ilk derece mahkemesi yargılamasında AİHS 6. madde çerçevesinde sanığın kendini savunma hakkından vazgeçebileceğini kabul etmektedir. Kuşkusuz vazgeçme iradesi açık ve net olmalıdır.[47] Bu bağlamda sanığın sorgusunun zorunlu olmadığı genel kabulü de tutarlı görünmektedir.

AİHM'in aksi yöndeki bir kararına bakılacak olursa AİHM bu noktada maddi vakıaların da mahkemenin inceleme kapsamında olduğunu belirterek fiili işlemediğini belirten sanığın bizzat vereceği ifadelerin doğrudan değerlendirilmemesi halinde, AİHS 6. madde kapsamında adil yargılanma bakımından ihlal oluşacağını vurgulamıştır.[48]

---

[45] Bkz. AİHM, 29/10/1991 T., B. No: 11826/85, Helmers/İsveç Kararı. (Çevrimiçi), https://hudoc.echr.coe.int/eng, Erişim Tarihi: 30/03/2020

[46] Detaylı bilgi için bkz. KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf,** Seçkin, Ankara, 2017.

[47] Bkz. AİHM, 01/03/2006 T., B. No: 56581/00, Sejdovic/İtalya Kararı. (Çevrimiçi), https://hudoc.echr.coe.int/eng, Erişim Tarihi: 30/03/2020

[48] Bkz. AİHM, 21/09/1993 T., B. No: 12350/86, Kremzow/Avusturya Kararı. **(Çevrimiçi)**, https://hudoc.echr.coe.int/eng, Erişim Tarihi: 30/03/2020

Nihai olarak belirleme somut olaya göre yapılacaktır. Örneğin suçun niteliğinin istinaf mahkemesinde değişmesi ihtimalinde ilgili husus sanığa duruşmaya çağrı kağıdında gösterildiyse ve usulüne göre tebligata rağmen sanık duruşmaya gelmediyse bu halde sırf bu nedenle adil yargılanma çerçevesinde sanığın mutlaka sorgusu yapılmalıdır denilemez.[49] Ancak kuşkusuz sorgu yapılmaması ilk derece mahkemesi yargılamasındaki gibi verilebilecek hükümleri etkileyecektir.

Suçun niteliğinin istinaf aşamasında değişmesi veya nitelikli hallerin uygulanıp uygulanmaması gibi hususlar gündeme geldiğinde kural olarak sanığın buna ilişkin yeniden sorgusunun yapılması elzem olacaktır.

Bir başka örnek kabilinden ihtimal olarak sanığın ilk derece mahkemesinde beraati veya adli para cezasına mahkumiyeti gibi bir hüküm karşısında aleyhine başvurulan istinafta hapis cezasına mahkûmiyet gibi bir ihtimal söz konusuysa bu halde aynı fiile ilişkin ilk derece mahkemesindeki yargılamada sorgusu yapılsa dahi istinaf yargılamasında tekrar sanığın sorgusu yapılmalıdır. Ancak yine usulüne uygun tebligata rağmen gelmediyse bu halde sorgusu yapılmadan bir karara hükmedilebilecektir. Bununla birlikte bu halde CMK 199[50] gereği mahkeme sanığın her zaman sanık aleyhine zorla getirme kararı veya yakalama emri verebilecektir. Bu esasen bir zorunluluk olmamakla birlikte sanık aleyhine mahkûmiyet kararı verilecekse adil yargılanma hakkının bir gereği olarak istinaftaki duruşmada sorgunun zorunlu olduğu söylenebilir. Nitekim AİHM de bunun adil yargılama gereği zorunlu olduğunu belirtmektedir.[51] Kuşkusuz CMK 193/2'deki[52] esasları da dikkate alırsak sanık hakkında mahkûmiyet dışında bir hüküm verilecekse bu usule de gerek olmayacaktır. Benzer esasların güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Genel kural olarak sanığın istinaf yargılamasında sorgusunun zorunlu olmadığı görülmektedir. Bu kapsamda sanık istinaf yargılamasına esas teşkil eden aynı nitelikte fiile ilişkin ilk derece mahkemesindeki yargılamada savunma imkânı bulmuş veya usulüne uygun olarak tebligatla davet edilip de

---

49 KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2017, sf. 192 vd.

50 CMK 199: *"Mahkeme, sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir."*

51 Bkz. AİHM, 12/04/2007 T., B. No: 70216/01, Laaksonen/Finlandiya Kararı. **(Çevrimiçi)**, https://hudoc.echr.coe.int/eng, Erişim Tarihi: 08/05/2021

52 CMK 193/2: *"Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir."*

gitmediyse bu hallerde sanığın sorgusunun yapılmaması adil yargılanma hakkı ihlali oluşturmayacaktır. Hatta bu halde müdafi hazır bulunduğu takdirde daha ağır cezaya dahi hükmedilebilecektir. Buna karşın ilk defa istinaf yargılamasında ortaya çıkan bir husus söz konusu ise mutlaka sanığın buna ilişkin sorgusu yapılmalıdır.

Sanığın sorgusunun yapılma biçimi ise kural olarak ilk derece mahkemesindeki gibidir. Örneğin yine CMK 196 vd. koşullar altında istinaf mahkemesi sanığın sorgusunu bizzat yapabileceği gibi istinabe yoluyla veya SEGBİS yoluyla yapabilir.[53] Ancak bu zorunluluk arz ettiği takdirde, adeta ikincil olmalıdır.[54] Yine CMK 201 gereği savcı, müdafi veya vekil; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmadaki diğer süjelere karşı duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru sorabileceklerdir. Doğrudan soru sorma hakkı mutlak haklardandır ve bu kapsamda kısıtlanamayacaktır. Kısıtlanması hem AİHS 6. maddeye aykırı olacak, hem de CMK 289/1-h bendi gereği mutlak bozma sebebi teşkil edecektir.

Son olarak CMK 282/1'e 2019'da 7188 sayılı kanunla sanığın sorgusuna ilişkin önem arz eden f bendi eklenmiştir. Buna göre sanık, müdafi, katılan ve vekilinin usulüne uygun biçimde davet edilmelerine rağmen duruşmaya gelmemeleri halinde duruşmaya devam edilip sanığın sorgu tutanakları okunarak yokluklarında dava bitirilebilecektir. Ancak CMK 195'teki sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller dışında, sanık hakkında hükmedilecek ceza ilk derece mahkemesince verilen cezadan daha ağır olacak ise bu halde mutlaka sanığın dinlenmesi gerekir. Kısaca bu halde sanığın duruşmada sorgusu zorunluluk arz edecektir.[55]

4. Delillerin Değerlendirilmesi

Sanığın sorgusundan sonra delillerin değerlendirilmesine geçilecektir. İlk derece mahkemesindeki yargılamada dinlenen tanık, bilirkişi beyanları ve keşif tutanakları, sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin diğer bil-

---

[53] CMK 196/4: *"Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir."*

[54] KARAKEHYA Hakan, TUNÇER Asuman İnce, "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, sf. 122 vd. (Çevrimiçi), https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/359800, Erişim Tarihi: 01/04/2020

[55] YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 888.

giler değerlendirilir. Ayrıca istinaf duruşması hazırlığı kapsamında edinilen veya ilave edilen deliller de aynı kapsamda değerlendirilecektir. CMK 206/3. fıkra gereği savcı ve taraflar rıza gösterirlerse tanık dinlenmesinden veya başka bir delilin ikamesinden vazgeçilebilecektir.

İstinaf mahkemesi delil toplama ve değerlendirme bakımından serbest biçimde re'sen araştırma çerçevesinde delilleri toplayıp değerlendirebilecektir. Kural olarak ilk derece mahkemesindeki vakıa ve delil tespitleriyle bağlı değildir.[56] Yani hem maddi hem hukuki olguları gerek görüldüğü takdirde yeniden ele alabilecektir. Örneğin ilk derece mahkemesindeki yargılamada ileri sürülmüş ve dikkate alınmış bir delilin istinaf yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından gerekli görülmediği takdirde dikkate alınmaması mümkündür. Öte yandan ilk derece mahkemesindeki yargılamadan sonra istinaf yargılamasında ortaya çıkmış veya yeni ileri sürülmüş bir delilin de dikkate alınması mümkündür.[57] Yine de delillerin değerlendirilmesi açısından da bizde klasik istinaf sisteminin benimsenmediğini göz önünde bulundurmak gerekir. Zira kabul edilen istinaf sistemince sadece gerekli olan delillerin yeniden incelenmesi söz konusudur. Amaç yine ilk derece mahkemesindeki gibi duruşmanın tek oturumda bitirilmesidir. Bu bakımdan düşünüldüğünde bahsedilen tanık dinleme vs. gibi işlemler mümkün olduğunca istisnai nitelikte uygulanmalıdır.

Bilindiği gibi istinaf yargılaması sırasında duruşmadan önce veya duruşmada yeni delil ileri sürülmesi mümkündür. Ancak CMK 206'da yer alan delil ikamesinde ret sebepleri istinaf yargılaması bakımından da caridir. Bununla birlikte sebeplerden biri olan *"delilin davayı uzatmak amacıyla ileri sürülmesi"* hususu istinaf yargılamasında titizlikle değerlendirilmelidir. Buna göre özellikle CMK 207/1. fıkra ile bakıldığında ilk derece mahkemesindeki yargılamada ileri sürülmeyip ilk defa istinaf yargılamasında ileri sürülen delilin davayı uzatmak amacıyla ileri sürülmesi sebebiyle reddedilmemesi daha isabetli olacaktır. Genel yaklaşımın bu olması maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edecektir.[58]

Duruşma hazırlığı kapsamındaki delil sunulmasından ayrı olarak tekrar belirtmek gerekir ki tanık beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi üzerinde durulmalıdır. Buna göre bir olguya ilişkin yalnız tanık beyanı söz konu-

---

[56] SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, sf. 574.

[57] CİVCİK Can, "Ceza Muhakemesinde İstinaf", **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, 2019), sf. 101 vd.

[58] BALO Yusuf Solmaz, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, 2016. **(Çevrimiçi)**, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229901, Erişim Tarihi: 02/04/2020

suysa ilgili tanığın istinaf duruşmasında tekrar dinlenmesi gerekir. Ancak bu mutlak değildir, tüm delillerde olduğu gibi ölçü maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından gerekli ve tartışmalı olup olmamasıdır. Tanıklıktan çekinme hususu da tıpkı ilk derece mahkemesindeki yargılamadaki gibi istinaf yargılamasında da uygulanacaktır. Ancak tanık ilk derece mahkemesinde tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayıp beyanda bulunmuş ve fakat istinafta çekinme hakkını kullanacağını bildirdiyse bu halde önceki beyanları delil değerlendirmesinde dikkate alınmayacaktır. Buna karşın AİHM ise tanıklıktan çekinme hakkını kullanmış olan tanığın eski beyanlarının belge delili olarak istinafta hükme esas alınabileceğini, bunun adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceğini belirtmiştir.[59] Tanık beyanlarına ilişkin olarak son olarak ifade edilmelidir ki çekinme hakkını kullanan tanığın sonradan bundan vazgeçip beyanda bulunması kuşkusuz olanaklıdır.

Diğer resmî belge veya bulgular da gerekli görüldüğü ölçüde duruşmada anlatılacak ve ilgili süjeler çağrılıp dinlenilebilecek, süjelerce sorular sorulabilecektir.

Özetle delillerin değerlendirilmesi bakımından duruşmada hangi tutanak biçimindeki delillerin anlatılacağı veya tanığın dinleneceği hususu istinaf mahkemesinin maddi gerçeğe ulaşmasında bunun gerekli olması ve tartışmalı olmasına bağlıdır. Mahkeme buna göre takdir edecektir.

Elbette delil serbestisi, re'sen araştırma, vicdanilik, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamaması, silahların eşitliği, doğrudan doğruyalık, alenilik gibi ilkeler tüm bu süreçler boyunca göz önünde bulundurulmak zorundadır.

IV. DURUŞMA SONU VE HÜKÜM

İstinaf yargılamasında Bölge Adliye Mahkemesince davanın yeniden görülmesine karar verildiğinde duruşma hazırlığı işlemlerine başlanıp duruşma yapılıp yeniden hüküm kurulacaktır.[60] Davanın yeniden görülmesine karar verilmeyen hallerde duruşma yapılmayacağından bunlara değinmiyoruz.

Davanın yeniden görülmesine karar verildiğinde duruşma sonunda verilebilecek kararlara ilişkin hüküm 2014 yılında eklenen CMK 280/2. fıkra ile belirtilmiştir. Buna göre duruşma sonunda Bölge Adliye Mahkemesi istinaf

---

[59] Bkz. AİHM, 26/04/1991 T., B. No: 12398/86, Asch/Avusturya Kararı. **(Çevrimiçi)**, https://hudoc.echr.coe.int/eng, Erişim Tarihi: 08/05/2021

[60] TOROSLU Nevzat, FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Baskı, Savaş, Ankara, 2020, sf. 412 vd.

başvurusunu esastan reddedecek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kuracaktır.

Bölge Adliye Mahkemesinin ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurması ihtimali bakımından hangi hükümlerin kurulabileceği maddede belirtilmemiştir. Ancak CMK 282/1. fıkra gereği burada ilk derece mahkemesindeki yargılama sonunda verilebilecek hükümlerin verilebileceği söylenebilir. Zira genel hükümlerin kararlar yönünden de uygulanacağı vurgulanmıştır.[61]

Davanın yeniden görülmesine karar verildiğinde kurulacak hüküm esasen yepyeni bir hüküm olacaktır. Bu nedenle esas itibariyle Bölge Adliye Mahkemesi istediği gibi hüküm kurmakta serbesttir. Ancak burada bir sınır söz konusudur. Buna göre CMK 283 gereği istinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulduysa yeniden kurulacak hüküm önceki hükümle belirlenmiş cezadan daha ağır olamayacaktır.[62] Burada kastedilen sonuç cezadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki madde metninin ilk halinde "yalnız" ibaresi bulunmuyordu fakat o dönemde de doğru biçimde bu ibare varmış gibi yorumlanıyordu. Örneğin hem sanık lehine hem aleyhine başvurulduğunda yeni kurulan hükümde ilk hükümdeki sonuç cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilebiliyordu. 2017 yılında 7035 sayılı kanunla *"yalnız"* ibaresinin eklenmesiyle bu husus netliğe kavuşturulmuştur. Davanın yeniden görülmesi halinde yeni kurulacak hükümdeki serbestliğe *"bozmadan sonra serbestlik"* ve bunun istisnası olan yalnız sanık lehine istinaf başvurusu hallerindeki sınırlamaya ise *"aleyhe bozma yasağı"* denmektedir.

İstinaf yargılamasında duruşma sonunda verilebilecek kararları da kapsar biçimde CMK 284/1. fıkrada Bölge Adliye Mahkemelerince verilen karar ve hükümlere karşı direnilemeyeceği ve bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemeyeceği belirtilmiştir. İtiraz ve temyize ilişkin hükümlerin ise bu hükmün uygulaması dışında olduğu 2. fıkra ile belirtilmiştir.[63,64] Esasen temyizde bozmadan sonra direnme mümkünken istinafta bozma sonrası direnmenin mümkün olmaması oldukça isabetsiz görünmektedir.

---

61 ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş vd., **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 497 vd.

62 YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 1038.

63 ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, sf. 881.

64 CMK 284: *"(1) Bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemez; bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemez. (2) İtiraz ve temyize ilişkin hükümler saklıdır."*

Son olarak ifade etmek gerekir ki 2017 yılında CMK 280'e 7035 sayılı kanunla eklenen 3. fıkra ile istinaf incelemesi sonunda verilecek kararların sanık lehine olması halinde, ilgili hususların istinaf başvurusunda bulunmamış diğer sanıklara da uygulanma olasılığı varsa bu sanıkların da istinaf başvurusunda bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanabileceği belirtilmiştir. Buna doktrinde istinaf sonrası hükmün sirayeti veya bozmanın sirayeti denmektedir.[65] Kuşkusuz bu kabul sanık bakımından oldukça isabetlidir.

SONUÇ

İstinaf incelemesinde hangi hallerde duruşma yapılması gerektiğinin tespitinden sonra duruşma yapılması gereken hallerde duruşma öncesi, süreci ve sonrasında ortaya çıkan hukuki problemlerin çözülmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesindeki işleyişi dahi en azından pratik bakımından problemli olan delillerin ortaya konulup değerlendirilmesi, sanığın sorgusu, tanık beyanlarının alınması gibi hususlar istinaf incelemesine ilişkin detaylı düzenlemelerin olmadığı göz önünde bulundurulunca apayrı bir durum oluşmaktadır.

İstinaf incelemesine ilişkin çok sınırlı hükümlerin dışında ilk derece yargılamasındaki hükümlerin uygulanacağı gibi genel bir kural her ne kadar ihdas edilmiş olsa da istinaf incelemesinin nitelik itibariyle ilk derece yargılamasından oldukça farklı olması nedeniyle teorik çerçevede dahi pek çok problem ortaya çıkmaktadır.

Nitelik ve mahiyet farkı nedeniyle öncelikle dikkat edilmesi gereken istinafta duruşma ile ilk derece mahkemesindeki duruşma usulü farklı olsa dahi ilk derecedeki duruşmaya ilişkin genel ilkelere atıf yapıldığı için istinafa özgü düzenlemelerde dahi genel ilkeleri gözetmek gerekecektir. İstinafa özgü olan inceleme raporu hazırlanmalı, sonrasında duruşma hazırlığında yapılabilecek olan birçok muhakeme işlemi eksiksiz yapılmalı ve duruşmanın yüz yüzelik, sözlülük, kesintisizlik ilkeleri aksatılmadan yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin ilk derece mahkemesindeki belirtilen tutanakların anlatılması yeterli olsa dahi beyanı mahkumiyete esas alınan bir tanığın istinaftaki duruşmada da dinlenmesi gerekir.

---

[65] ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, sf. 509.

Yine örneğin davaya katılma bakımından istinaftaki duruşmada ilk dereceden farklı biçimde kural olarak davaya katılma mümkün olmayacaktır. Ancak kanunda belirtilen istisnai hal olan ilk derece mahkemesindeki katılma istekleri reddedilen veya karara bağlanmayan kişilerin açıkça başvurusu halinde katılma talebi incelenecektir.

Belirtmek gerekir ki açıkça istisnai olarak belirtilen haller dışında ceza muhakemesi sistemimize hâkim olan ilkelerin de gözetilmesi zorunluluk arz etmektedir. Zira böylece adil yargılamanın gereklilikleri sağlanacak ve geniş planda ise hukuk devleti ilkesi ancak bu şekilde korunabilecektir.

KAYNAKÇA

ARTUÇ Mustafa, ELMAS Mehmet Tevfik, **Ceza Yargılamasında Duruşma Yönetimi ve İstinaf,** 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2017.

BALO, Yusuf Solmaz, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,** 2016.

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

GÖKCEN Ahmet, BALCI Murat, ALŞAHİN Mehmet Emin, ÇAKIR Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku II,** 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2018.

CİVCİK Can, "Ceza Muhakemesinde İstinaf", Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** 2019.

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf,** Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2019.

KARAKEHYA Hakan, İNCE TUNCER Asuman, "İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.**

KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde İstinaf,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017.

KAYMAZ Seydi, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2016.

KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 13. Basım, Arıkan Yayınevi, İstanbul, Mayıs 2005.

ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray,

BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019.

ÖZEN Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2016.

ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos 2019.

ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş vd., **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku,** 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019.

ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

PARLAR Ali, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi,** 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, Nisan 2017.

PEHLİVAN Ali, "İstinaf Kanun Yolu ve Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan**, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019.

SARIGÜL, Ali Tanju **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf,** Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Ocak 2017.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II,** 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TOROSLU Nevzat, FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2020.

ÜNSAL Cengiz, **Ceza Muhakemesinde İstinaf,** 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2016.

YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019.

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2019.

YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2019.

(Çevrimiçi), www.nisanyansozluk.com, karararama.yargitay.gov.tr,

dergipark.org.tr

hudoc.echr.coe.int/eng

ÖZEL HUKUK

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1827-1851

GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRMEYE DAYALI KAZANÇ DEVRİ YAPTIRIMININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ(*)(**)

Prof. Dr. **Burak ÖZEN**(***)
Av. **Ozan Ali YILDIZ**(****)

Öz: Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı borç ilişkisinde uygulanacak temel yaptırım iş görenin elde ettiği kazancın iş sahibine aktarılmasıdır. İş sahibine aktarılacak kazanç, net kazançtır. Net kazancın kendisine aktarılmasını talep edebilmesi için iş sahibine bir alacak hakkı tanınmıştır. O halde, kazanç devri yaptırımının kapsamı belirlenirken önce net kazancın tespit edilmesi gerekir. Net kazanç, üç unsurdan oluşur: Brüt kazanç, brüt kazancın elde edilmesi amacıyla yapılan masraflar/girişilen borçlar ve faiz. Kazanç, bir eşya veya hakkın elde edilmesi şeklinde gerçekleşmişse, net kazancın ayrıştırılması mümkün olmaz. Bu durumda, iş sahibi, iş görenin elde ettiği eşya veya hakkın -gerekli tasarruf işlemi gerçekleştirilerek- kendisine devrini isteyecek ve karşılığında iş görenin masraflarını ve borçlarını karşılamakla yükümlü olacaktır. Devredilecek kazancın bir miktar para olması halinde ise, iş görenin yapmış olduğu masraf ve borçlar brüt kazançtan mahsup edilerek kalan tutar üzerine faiz işletilir. Böylece net kazanç tespit edilmiş olur. Net kazancın tespiti, kazanç devri yaptırımının belirlenmesi açısından bir aşama olup her zaman tespit edilen net kazancın tümü devredilmeyebilir. Kazancın tespitinden sonra, devir borcunun kapsamını sınırlayacak veya devir borcunu ortadan kaldıracak sebeplerin bulunup bulunmadığının da ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu tür sebeplerin varlığı halinde, bunlar da dikkate alınarak devredilecek kazanç takdir edilir.

Anahtar Kelimeler: Vekaletsiz İş Görme, Kazanç Devri, Brüt Kazanç, Net Kazanç, Masraflar.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 29.09.2021. Makale Kabul Tarihi: 29.11.2021.

(**) Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan *"Fikri Hakların İhlali Suretiyle Elde Edilen Kazancın Devri"* başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

(***) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0001-5558-0135; *burak.ozen@marmara.edu.tr*).

(****) Avukat, İstanbul Barosu (ORCID no: 0000-0001-8010-6873; *ozanali.yildiz@hotmail.com*).

DETERMINING THE SCOPE OF THE TRANSFER OF BENEFITS BASED ON FALSE AGENCY WITHOUT AUTHORITY

Abstract: The main sanction to be applied in a debt relationship based on false agency without authority is to transfer the benefits of the agent to the principal. The benefit to be transferred to the principal is net benefit. The principal is entitled to a right to claim for demanding the transfer of net benefit to him/her. Therefore; firstly, the net benefit must be determined while determining the scope of the transfer of benefits. Net benefit consists of three elements: Gross benefits, expenses/debts incurred to obtain gross earnings, and interest. If the agent obtained benefits in the form of a goods or right, it is not possible to separate the net benefit from gross benefit. In this case, the principal will request the transfer of the property or right acquired by the agent -by making the necessary dispositive transactions- and will be obliged to meet the expenses and debts of the agent in return. If the benefit to be transferred is some amount of money, the expenses and debts incurred by the agent are deducted from the gross benefit. Then, interest is charged on the remaining amount. Thus, the net benefit is determined. Determination of net benefit is a step in determining the transfer of benefit, and it is not obligatory that the determined net benefit is transferred in full in every agency without authority cases. After the determination of the benefit, it should also be examined whether there are reasons to restrict the scope of the debt of transferring the benefit or to eliminate such debt entirely. If such reasons exist, the benefit to be transferred is appreciated by taking these into account.

Keywords: Agency Without Authority, Transfer of Benefit, Gross Benefit, Net Benefit, Expenses.

GİRİŞ

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı borç ilişkisinin ana hatları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesiyle çizilmiştir. İş sahibi ve iş gören bu borç ilişkisinin taraflarını oluşturmaktadır. İş sahibinin, bu borç ilişkisine dayanarak ileri sürebileceği asli talep, iş görenin onun hukuk sahasına müdahale etmek suretiyle elde ettiği kazancın kendisine devrini istemektir. Çalışmamızın amacı bu talebin sınırlarını belirlemektir.

İş sahibinin kazanç devri talebinin karşılık bulabilmesi için iki aşamalı bir inceleme yapılması gerekir. İlk olarak, iş görenin vekaletsiz iş görme neticesinde bir kazanç elde edip etmediğinin ve kazanç elde etmişse bunun kapsamının tespit edilmesi gerekir. İkinci aşamadaysa, TBK m.52 hükmü kıyasen uygulanarak, kazancın ne kadarlık bir kısmının devredileceği takdir edilecektir. Çalışmanın planı, bu aşamaları konu alan iki ana başlık üzerine kurulmuştur.

I. KAZANCIN TESPİTİ

1. Genel Olarak

İş sahibinin kazanç[1] devri alacağı, TBK m.530'da, *"iş görmeden doğan faydaları edinme hakkı"* şeklinde ifade edilmiştir. Dikkat edilirse, bu düzenlemede, bu hakkın niteliğiyle ilgili bir kuşkuya yol açacak tarzda "edinme hakkı"ndan söz edilmiştir. Ancak iş sahibi, kazancın devrini talep etmekle bir alacak hakkı ileri sürmüş olmaktadır[2]. Bu açıdan bakılırsa TBK m.530 yanıltıcı olabilecek bir söylem taşımaktadır. Çünkü teknik anlamıyla "edinme hakkı", hak sahibinin kimsenin aracılığına başvurmadan doğrudan kullanabileceği aynî etkili bir haktır ve TBK m.530'da, iş sahibinin iş görmeden doğan faydaları edinme hakkından söz edilmesi, onun iş görenin aracılığı olmadan doğrudan kullanabileceği aynî etkili bir hakka sahip olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Oysa TBK m.530'da böylesine bir hakkın ele alınmadığı bellidir[3]. İş sahibi, iş görenin aracılığıyla, ondan bir edimi yerine getirmesini isteyecek ve iş görenin bu talebe uygun olarak edim yükümlülüğünü yerine getirmesiyle hakkını elde edecektir. İş sahibinin talep etme hakkına sahip olduğu ve iş görenin de yerine getirmekle yükümlü olduğu edim, bir malın veya alacağın devrine ilişkin olabileceği gibi, elde edilen kazancın parasal karşılığının verilmesine yönelik de olabilir. Bu söylenenler, iş sahibinin hakkının alacak hakkından ibaret olduğunu ortaya koymaktadır[4].

Kazanç devri yaptırımının amacı; iş görenin, bir başkasının hukuk sahasına haksız bir müdahalede bulunmak suretiyle elde ettiği kazancı kendi malvarlığında tutabilmesine engel olmaktır[5]. Dolaysıyla bu yaptırımın uygu-

---

1 Burada "kazanç" olarak ifade ettiğimiz unsur için farklı kanun hükümlerinde farklı terimler kullanılmıştır. Bu unsur; TBK m.530'da *"işgörmeden doğan faydalar"*, TMK m.25/3'te *"hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazanç"*, TTK m.56/1-e'de *"davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığı"*, FSEK m.70/3'te ise *"temin edilen kar"* şeklinde ifade edilmiştir. Biz bunlar arasından "kazanç" ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.

2 BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 78; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 238.

3 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 914.

4 SCHMID Jörg, "Art. 419-424 OR. Die Geschäftsführung ohne Auftrag", **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Teilband V 3a, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1993, Art. 423 OR, n. 96; FRITSCHI Oliver/JUNGO Dominique, "Art. 423 OR", **Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Ed. Willi Fischer & Thierry Luterbacher), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 423 OR, n. 27.

5 HÉRITIER LACHAT Anne, "Art. 423 CO", **Commentaire Romand: Code des Obligations I (Art. 1-529 CO)**, 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, Art. 423 CO, n. 3;

lanabilmesi için iş görenin malvarlığında bir artış yaşanmış olması; başka bir deyişle iş görenin bir kazanç elde etmiş olması gerekir. Nasıl ki zararın olmadığı hallerde tazminat yaptırımından söz edilemeyecekse, kazancın olmadığı hallerde de kazanç devrinden söz edilemez[6].

Kazanç devri, iş görenin malvarlığındaki artışı konu aldığı için bu eylemin iş sahibinin malvarlığına etkisi üzerinde durulmaz. Kazanç devri talebinde bulunabilmesi için iş sahibinin bir zarara uğramış olması gerekmez[7]. Dolayısıyla, iş sahibi, bir zarara uğradığını ispat yükü altında değildir; bu nedenle, iş ilişkilerini ve işletme sırlarını ortaya döküp hakkının ihlâl edilmesi üzerine ne tutarda bir kazançtan yoksun kaldığını ispat etmek zorunda olmayacaktır. İş sahibinin bir zararı olsa ve bu zararın kapsamı belirlenebilse bile, devrini istediği kazancın bu zararla sınırlı tutulması diye bir durum da söz konusu değildir. Ayrıca, iş sahibinin bu talebi ileri sürebilmesi için bu kazancı kendisinin de elde edebilecek durumda olması gerekemez[8].

İş görenin malvarlığındaki artış, malvarlığının aktifi ve/veya pasifindeki değişimlerden kaynaklanabilir[9]. Aktifi ve pasifi bir arada değerlendirildiğinde, iş görenin malvarlığının mevcut hali ile iş görme eylemi gerçekleşmeseydi sahip olacağı varsayılan malvarlığı arasındaki fark, bize iş görenin elde ettiği kazancı gösterecektir[10]. Bu şekilde tespit edilecek kazanç, esasen net kazançtır[11]. Zira bu hesaplamada, iş görenin kazanç elde etmek amacıyla

---

CHAPPUIS Christine/DE WERRA Jacques, "Introduction et Commentaire des Articles 64-72", **CO 2020 Code des Obligations Suisse 2020: Projet Relatif à une Nouvelle Partie Générale** (Ed. Claire Huguenin & Reto M. Hilty), Schulthess, Zurich, 2013, Art. 69, n. 3.

6 TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, **Les Contrats Spéciaux**, 5ème édition, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016, n. 5418; BENHAMOU Yaniv, **Dommages-Intérêts suite à la Violation de Droits de Propriété Intellectuelle**, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2013, n. 563; **CO 2020-**CHAPPUIS/DE WERRA, Art. 69, n. 6.

7 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 99; **CO 2020-**CHAPPUIS/DE WERRA, Art. 69, n. 6; ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999, s. 48; GÜMÜŞ, s. 238.

8 **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 18; SCHLOSSER Ralph, "La Mise en Oeuvre de la Protection en Droit des Marques: Aperçu à la Lumière de la Jurisprudence Recente", **SJ II**, 2004, s. 11.

9 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5419; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 18.

10 ATF 134 III 306, c. 4.1.4 (JdT 2008 I 386).

11 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5422. Öte yandan, bazı yazarlar, bu yöntemle hesaplanacak kazancı, brüt kazanç olarak nitelemektedir. Bkz. FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 31; MAISSEN Eva/HUGUENIN Claire/JENNY Reto M., "Art. 423 OR", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 2**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016, Art. 423 OR, n. 14; BAŞ SÜZEL, s. 87; TURAN BAŞARA Gamze, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 346.

yaptığı masraflar ve giriştiği borçlar da etkisini gösterecektir. İş görenin yaptığı masraflar malvarlığının aktifini düşürecek; giriştiği borçlar ise malvarlığının pasifini artıracaktır. Nitekim, iş sahibinin -zenginleştiği ölçüde- iş görenin masraflarını ödemek ve onu giriştiği borçlardan kurtarmakla yükümlü olduğu TBK m.530'da da açıkça belirtilmiştir. Ayrıca iş görenin haksız bir şekilde elde ettiği kazancı elinde tutması ve bunun için bir faiz ödemek zorunda kalmamış olması da mevcut malvarlığı ile farazi malvarlığı arasındaki farkı oluşturan unsurlardan biridir. Bu sebeple iş görme eylemi ile kazanç devri talebinin ileri sürülmesi arasında geçen süreçte işletilecek faiz (burada işletilecek faizin türüne ilişkin öğretide farklı görüşler olmakla birlikte) de bu hesaba yansıyacaktır.

İş görenin kişisel emeğinin karşılığı olan ücretin net kazanç hesabına dahil edilip edilmeyeceği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar, iş görenin emeği piyasada karşılık ödenerek elde edilebilen bir hizmete ilişkinse bu karşılığın net kazanç hesabına dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür[12]. Ancak bizim de katıldığımız ve öğretide baskın olan görüşe göre, iş görene böyle bir hakkın tanınmaması gerekir[13]. Zira bir kimsenin hukuk sahasına müdahale ederek kendisine menfaat devşirmek isteyen kişinin bunun karşılığında bir de ücret talep edilebilecek olması, bu tür eylemlere meyilli kişileri adeta teşvik edecektir.

Bu çerçevede bakıldığında, iş görenin elde ettiği net kazanç hesaplanırken dikkate alınması gereken üç unsurdan söz edilebilir: Brüt kazanç, masraflar/borçlar ve faiz (yararlanma karşılığı).

Bir görüşe göre, kazanç devri talebinin kapsamı belirlenirken ilk anda masrafların ve borçların hesaba katılması gerekmez. İş sahibi, bu talebin kapsamını, brüt kazanca faiz eklemek suretiyle belirleyebilir[14]. Bu durumda iş gören, masraf ve borçların iş sahibinin talep ettiği tutardan düşülmesi için iş sahibine karşı bir takas beyanında bulunabilir[15] veya masraf ve borçlara ilişkin hakkını, borcunu ödedikten sonra bağımsız bir talep olarak ileri sürebilir. İş görenin karşı talepleri ile birlikte net kazanç şekillenmiş olur.

---

[12] **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 16; BAŞ SÜZEL, s. 116.

[13] FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 37; ARKAN AKBIYIK, s. 56; KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, **Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 73; GÜMÜŞ, s. 240; KAPANCI Kadir Berk/BAŞOĞLU Başak: "TBK m.526-531", **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, TBK m.526-531, n. 56.

[14] **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 19.

[15] **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 25, 28; BAŞ SÜZEL, s. 99; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 71, 75.

Bu görüşü savunan yazarların bazılarına göre, vekaletsiz iş görmenin bir haksız fiil benzeri olduğu gözetilerek, TBK m.117'deki hüküm burada da kıyasen uygulanmalı ve iş görmenin gerçekleştiği andan itibaren brüt kazanca temerrüt faizi işletilmelidir[16]. Buna karşılık iş görenin masraf ve borçlara ilişkin alacak hakkı, iş sahibinin kazanç devri talebini ileri sürmesiyle doğar[17] ve bu sebeple kazanç devri talebi ileri sürülünceye kadarki dönemde iş görenin alacağına bir temerrüt faizi işletilemez.

Bu görüşün kabulü halinde, net kazanç, brüt kazanca faizin eklenmesi ve bu toplamdan masrafların ve borçların çıkarılması şeklinde ortaya çıkacaktır[18]. Bu hesaplama yöntemi, hükmün amacına uygun olmayan sonuçlar yaratabilir. Örneğin, iş görenin elde ettiği brüt kazanç ile yapmış olduğu masrafların birbirine eşit olması halinde, iş gören esasen bir kazanç elde etmemiştir. Ancak brüt kazanca faiz eklenerek masrafların sonradan bu toplamdan düşüleceği kabul edilirse, herhangi bir net kazanç elde etmeyen iş gören, bu hesaplama şekli sebebiyle kazanç elde etmişçesine borç altına sokulacaktır. Böylece, iş sahibi, iş gören aleyhine zenginleşmiş olacaktır.

Bize göre, iş görenin masraf ve borçlarına ilişkin düzeleme, tam da yukarıda varılan sonucun aksine iş sahibinin kazanç devri talebi vesilesiyle zenginleşmesinin önüne bir set çekmektedir. TBK m.530'un önüne geçmek istediği zenginleşme, iş sahibinin, iş görenin elde ettiği net kazancın ötesinde bir malvarlığının kendisine devrini sağlamasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere kazanç devri yaptırımının amacı iş görenin başkasının hukuk alanına müdahale ederek sağladığı kazancı ona bırakmamaktır, yoksa iş görenin sırtından iş sahibinin zenginleşmesini sağlamak değildir. Bu yüzden, işin en başında net kazanç tutarını saptayıp bu tutarın iş sahibine aktarılmasını sağlamak gerekir.

Bazı hallerde, devri istenen kazancın niteliği gereği net kazancın ayrıştırılması ve bu haliyle iş sahibine aktarılması mümkün olmayabilir. TBK m.530'un lafzı da esasen bu ihtimal üzerine kuruludur. Hüküm, iş sahibinin, iş görenin yaptığı masrafların karşılanmasına ve giriştiği borçlardan kurtarılmasına ilişkin bir edim yükümü altında bulunduğunu dile getirmektedir. Ancak

---

16 BAŞ SÜZEL, s. 86; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 67 ve 109-110.

17 ARKAN AKBIYIK, s. 53; GÜMÜŞ, s. 239.

18 BAŞ SÜZEL, s. 87. Gerekçeleri bu şekilde açıklanmamakla birlikte bu formül başka yazarlarca da kullanılmaktadır. Bkz. ARKAN AKBIYIK, s. 47; **İstanbul Şerhi-**KAPANCI/BAŞOĞLU, TBK m.526-531, n. 38; GÜMÜŞ, s. 239; EREN, s. 915-916.

konunun iş sahibinin edim yükümlülüğü olarak ele alınması seyrek olarak karşımıza çıkar. Sözgelimi, iş gören, kazanç devrine ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmek için, iş sahibine bir eşya veya hak devretmek durumunda olabilir. Kazanç, iş görenin bir eşya veya hakkı edinmesi olarak ortaya çıkmışsa, devredilecek kazanç da bizatihi bu eşya veya hakkın kendisidir. Böyle durumlarda iş gören; kazanç devrine ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmek için vekaletsiz iş görme sonucunda edindiği eşya ve hakkı -gerekli tasarruf işlemini gerçekleştirerek- devredecek ve TBK m.530'da kendisine tanınan alacak hakkına dayanarak yapmış olduğu masrafların karşılanmasını ve giriştiği borçlardan kurtarılmayı talep edecektir[19]. İş gören, bu talebi, kazanç devri talebiyle kendisine karşı açılmış davada bir karşı dava yoluyla ileri sürebileceği gibi bu dava sonuçlanıp malı veya hakkı iş sahibine devretmek zorunda kaldıktan sonraki aşamada, bağımsız bir sebepsiz zenginleşme talebi kimliğinde de ileri sürebilecektir. İşte bu olasılıkta iş görenin masraflara ve borçtan kurtarılmaya ilişkin hakkını "alacak hakkı" olarak ele alan TBK m.530'un söylemi bir anlam taşır. Zira iş gören için yaptığı masrafların karşılanmasını kişisel bir talep tarzında ileri sürmekten başka yol yoktur.

İş görenin bir alacak hakkına sahip olduğunu kabul ettiğimiz olasılıklarda, ortada bir parasal kazanç bulunmadığı için yukarıda eleştirmiş olduğumuz formülde olduğu gibi brüt kazanca temerrüt faizi işletilmesi zaten söz konusu olmayacaktır. Bu formül esasen bir miktar paranın ödenmesine ilişkin kazanç devri talepleri açısından önem arz eder. Nitekim olayların büyük çoğunluğunda, iş görenin kazanç devrine ilişkin yükümlülüğü, bir miktar para ödenerek yerine getirilir[20]. Bu olasılıkta, TBK m.530'daki düzenlemenin iş sahibi için "zenginleşme yasağı" getiren veçhesi önem kazanır ve iş gören, yaptığı masrafları ve giriştiği borçları, iş sahibine devredilecek kazancın hesaplanmasında bir mahsup kalemi olarak gündeme getirme olanağını elde eder[21]. Masrafların/borçların bir mahsup kalemi olarak hesaba katı-

---

[19] TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5429; AYDIN Gülşah Sinem, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 165; TURAN BAŞARA, s. 345. İş gören, yapmış olduğu masraflar ve giriştiği borçların yanında eşyanın değerini artırıcı önlemler almış veya aynı sonucu doğuracak başkaca eylemlerde bulunmuş olabilir. Ancak bu eylemlerin karşılığı olarak iş görene bir alacak hakkı tanınmaz. Bu durumda iş gören, eşyanın mülkiyetini iş sahibine devretmekle yetinecek; bir karşı talepte bulunamayacaktır. Bu yönde bkz. **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 111; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 33.

[20] TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5419.

[21] **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 115; TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5429; AYDIN, s. 176-177; TURAN BAŞARA, s. 345.

lacağını kabul etmek, daha kazancın elde edildiği anda, bu kazanç tutarını sınırlayıcı bir etki doğurmalarını sağlayacaktır. Buna göre, net kazanç hesaplanırken, brüt kazançtan önce iş görenin masrafları ve borçları düşülecek ve bu tutar üzerine faiz eklenecektir[22]. Ancak burada işletilecek faiz bir temerrüt faizi değil; iş görenin bu tutarı herhangi bir faiz ödemek zorunda kalmaksızın edinebilmiş olmasının ona sağladığı menfaatin karşılığıdır[23].

Masraf ve borçların bir mahsup kalemi olarak ele alınmasına karşı çıkan yazarların dayandığı noktalardan birisi taraflar arasındaki ispat yükü dağılımıdır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, brüt kazancın iş sahibi tarafından; kazancın elde edilmesi amacıyla yapılacak masraf ve borçların ise iş gören tarafından ispat edileceği kabul edilmektedir[24]. *Héritier Lachat*, masraf ve borçların ilk anda brüt kazançtan düşülmesinin iktisadi açıdan daha doğru bir sonuç vereceğini kabul etmekle birlikte bunların bağımsız bir talep olarak ileri sürülmesinin taraflar arasındaki ispat yükü dağılımına uygun bir çözüm olacağını savunmaktadır[25]. Biz bu yaklaşımı benimsemiyoruz. Zira usul hukuku bakımından söz konusu olan taraflarca getirme ilkesi ve ispat yükünün dağılımına ilişkin düzenlemeler, maddi hukuka ilişkin taleplerin neliği (mahiyeti) bakımından bir değişiklik yaratmaz. Dava malzemesini tarafların getirmesi ilkesi ve TMK m.6'nın ispat yükünün dağılımına yönelik genel ilkesi uyarınca iş görenin altında bulunduğu ispat yükü, kazanç devri talebinin daha en baştan net kazanca ilişkin olduğu gerçeğini değiştirmez. Nitekim hakim, önündeki dava malzemesinden söz konusu mahsup kalemlerini çıkarabildiği ve bunları ispatlanmış sayabildiği takdirde, iş görenin bunların mahsup edilmesine yönelik bir talebi olmasa bile, net kazancını ortaya çıkartabilmek için gerekli mahsubu yine de yapacaktır. Yeter ki, mahsup kalemleri, taraflarca getirme ilkesine uygun yolda dava malzemesi arasına dâhil edilmiş olsun ve ispatlanmış sayılabilsin.

---

22 FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 26. Bazı yazarlar, masraf ve borçları bir mahsup kalemi olarak nitelemekle birlikte, net kazanç hesaplanırken, brüt kazanca faiz eklenip bu tutar üzerinden masraf ve borçların mahsup edileceğini kabul etmektedir. Bkz. **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 93; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 13; AYDIN, s. 164; TURAN BAŞARA, s. 345.

23 GÜMÜŞ, s. 238.

24 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5425; CHERPILLOD Ivan, "Mise en Oeuvre des Droits Immatériels: Les Actions Pécuniaires, Tendances et Nouveautés", **Entreprise et Propriété Intellectuelle**, Lausanne, 2010, s. 117; BENHAMOU, n. 559.

25 **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 19.

2. Net Kazancı Oluşturan Unsurlar

A. Brüt Kazanç

İş sahibine devredilecek kazancın hesaplanmasında çıkış noktası brüt kazançtır ve bunun en geniş tarzda anlaşılması gerekir. Kazancın muhakkak bir miktar paranın elde edilmesi şeklinde gerçekleşmesi gerekmez[26]. İş görenin elde ettiği ve ekonomik değeri olan her türlü menfaat kazanç olarak değerlendirilebilir[27].

Brüt kazancı oluşturan ekonomik değer, iş görenin malvarlığında yaşanan artıştır. Bu artış iş görenin malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalması tarzında ortaya çıkabilir[28]. Hatta kazancın kapsamına iş görenin yapmaktan kurtulduğu harcamalar da girer. Örneğin, bir fikri hak ihlal edilmişse, iş görenin bu haktan yararlanma yetkisi veren bir hakkı (sözgelimi lisans hakkını) elde etmek için ödemesi gereken karşılık, iş görence elde edilmiş bir kazanç sayılabilir. Bu kazanç, iş görenin malvarlığında yaşanabilecek bir azalmasının gerçekleşmemesi tarzında ortaya çıkmıştır[29]. Bunlar dışında iş görenin maruz kalmaktan kurtulduğu malvarlığı kaybı, başkasının hukuk alanına müdahale etmeseydi ortaya çıkacak olana oranla daha dar bir kapsamda gerçekleşmişse, yine devri gereken bir kazanç var demektir[30]. İş görenin malvarlığında artışa sebep olan kazanç kalemleri, alelade bir şekilde elde edilmiş olabileceği gibi iş görenin kişisel becerileriyle de elde edilmiş olabilir. Her iki ihtimalde de iş görenin elde ettiği kazanç, devir borcunun kapsamına girer[31]. Meğerki, iş görenin kazanç elde etmek için gösterdiği çaba, iş sahibinin hukuk sahasına yapılan haksız müdahale ile elde edilen kazanç arasındaki nedensellik bağını koparacak nitelikte olsun. İş görenin çabası, nedensellik bağını koparacak nitelikteyse iş sahibi bu kazancın devrini isteyemeyecektir[32].

---

[26] AYDIN, s. 74; TURAN BAŞARA, s. 334.

[27] ARKAN AKBIYIK, s. 47; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 18; BENHAMOU, n. 558; TISSOT Nathalie/KRAUS Daniel/SALVADÉ Vincent, **Propriété Intellectuelle**, Stämpfli Editions, Berne, 2019, n. 1215.

[28] TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5429; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 14; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 31.

[29] FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 35.

[30] **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 104; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 14; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 31.

[31] FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 33; ARKAN AKBIYIK, s. 48.

[32] **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 109; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 33.

İş görenin devretmekle yükümlü olduğu kazanç; iş görme sonucunda fiilen elde edilmiş kazançla sınırlıdır[33]. Devir talebine konu edilecek kazancın "iş görmenin sonucunda mevcut olması" gerekir. İş sahibi, gerçekte mevcut olan kazancı aşan bir talepte bulunamaz. Bu nedenle, iş sahibi, iş görenin yeterli özeni göstermediğini, daha fazla özen gösterseydi daha fazla kazanç elde edeceğini ileri sürüp, talebini fiilen elde edilen değil de edilebilecek olan kazanca göre biçimlendiremez[34]. Kendi menfaati için iş görenin, iş sahibinin menfaatine iş görenden farklı olarak, özen yükümü yoktur. Kendi menfaati için iş görenin yükümlülüğü, haksız müdahaleyi derhal sona erdirmeye inhisar edip, işin özenli olarak görülmesini kapsamaz[35]. Bundan başka, beklenmeyen durumlar sonucunda elde edilen kazançta azalma meydana gelmişse, iş görenin bu azalmayı telafi etme yükümü olmaz[36].

Kazancın "iş görmenin sonucunda mevcut olması" ölçütü, bir taraftan kazanç devri borcunu sınırlarken diğer taraftan borcun kapsamın daraltılmasını önler. İş gören, iş görmenin tamamlanması anında mevcut olan kazancı, kazanç devri talebinin ileri sürüldüğü ana kadar elden çıkartmış veya azaltmışsa, bu durum onu devir borcundan kurtarmaz[37]. Nitekim sebepsiz zenginleşme hukukunda, zenginleşmenin eksildiği savunması sadece iyi niyetli zenginleşene tanınmış olup; kötüniyetli zenginleşen bu savunmadan yoksundur. Vekaletsiz iş görenin kazancın eksildiği savunmasında bulunmasına olanak verilmemesi, zenginleşmenin eksildiği savunmasından yoksun olan kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin durumuyla uyumludur[38]. Buna karşılık, iş görmenin tamamlandığı anda mevcut olan kazancın tesadüfi birtakım gelişmeler sonucunda artması halinde, iş görenin çabasına dayanmayan bu tesadüfi artışlar, iş sahibine yarayacaktır[39].

İş görenin, elde ettiği kazancı devir borcu altına girmesi için bu kazancı bir başkasının hukuk sahasına gerçekleştirdiği müdahale ile elde etmiş olma-

---

33 ARKAN AKBIYIK, s. 48; EREN, s. 915; GÜMÜŞ, s. 238.

34 **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 20; TURAN BAŞARA, s. 347; GÜMÜŞ, s. 238.

35 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 106; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 20; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 32; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 14.

36 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 107.

37 ARKAN AKBIYIK, s. 49; TURAN BAŞARA, s. 347

38 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 107; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 32.

39 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 110; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 33.

sı gerekir. Başka bir deyişle devri talep edilecek kazanç ile vekaletsiz iş görme arasında bir nedensellik bağının bulunmalıdır[40]. Ancak bazı hallerde kazancın elde edilmesi çeşitli faktörlerin bir araya gelmesi ile gerçekleşmiş olabilir. Böyle durumlarda, vekaletsiz iş görmenin kazancın elde edilmesinde ne oranda etkili olduğu tespit edilmeli ve bu kısım esas alınarak devir talebinde bulunulmalıdır[41]. Örneğin, bir makinenin üretiminde kullanılan iş ürünü niteliğindeki projelerden yetkisiz yararlanmak bir haksız rekabet eylemi oluşturur (TTK m.55/1-c). Ancak haksız rekabet failinin bu projeden yararlanarak bir makine üretip bunu pazarlaması sonucunda elde ettiği kazanç, farklı faktörlerin bir araya gelmesi suretiyle ortaya çıkmıştır. Bu durumda, kazanç devri borcunun kapsamı hesaplanırken kullanılan projenin bu kazanç içerisinde payının belirlenmesi gerekir. Bu pay; bir miktar para olarak veya bir yüzde[42] şeklinde belirlenebilir.

Öte yandan, kazancın birden çok faktörün bir araya gelmesiyle elde edildiği pek çok durumda vekaletsiz iş görmenin kazanca ne oranda etki

---

40 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5421; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 17.

41 BENHAMOU, s. 563.

42 *"... Mahkemece bozma ilamına uyularak, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalılar ...ve ...'in davacı firmada çalışırken davalı A.C.C A.Ş'nin hisselerini satın alarak ortak oldukları ve sonrasında bu şirketin iştigal alanını değiştirerek davacı şirketle aynı iştigal alanında iş yapar hale geldikleri ve sonrasında davaya konu haksız rekabet fiilini oluşturan proje ile ticari defterle sabit olduğu üzere 3 makinenin imalatının gerçekleştirildiği, diğer davalılar Cenktaş Ltd. Şti., Nuri ve Ebubekir'in ise RAM makineleri almasının tek başına herhangi bir sınai hak tescil belgesi ile korunmaması nedeniyle harcıalem olan RAM makinesinin üretimi için davacı tarafından meydana getirilen projenin (iş mahsulünün) davalı tarafça herhangi bir izin alınmaksızın, aynı tür ürünün üretiminde bu projenin kullanılarak imal edilen makinelerin satışa sunulması eylemine iştirak ettiklerini ispatlamayacağı, makinelerin o dönemdeki satış fiyatları belirli olup 3 fatura toplamının 629.707.- TL olduğu, maliyetleri ise, bu miktardan elde edilmesi mümkün karın çıkarılması ile bulunacağı, elde edilmesi mümkün kârın, piyasa rayiçleri uyarınca benzer sektörlerde yapılan araştırmaya göre %35'i olup ayrıca proje esaslı imalatlarda proje müellifine ödenen bedelin makine satış fiyatının ortalama olarak %15'i proje bedelinin kâr içindeki yerinin 44.211,72 TL olduğu, davacı tarafça herhangi bir sınai hak tescil belgesi ile korunmaması nedeniyle harcıalem olan RAM makinesinin üretimi için davacı tarafından meydana getirilen projenin (iş mahsulünün) davalı tarafça herhangi bir izin alınmaksızın, aynı tür ürünün üretiminde bu projenin kullanılarak imal edilen makinelerin sayısının daha fazla olduğu, davalı tarafın gazetelerdeki beyan ve haberlerinin dikkate alınması gerektiği de iddia edilmiş ise de, bozma ilamı kapsamı dışında kaldığı, gazete beyanının ikrar şekil ve unsurlarını taşımadığı gerekçesiyle, davanın ... ..., ... ve davalı A.C.C Makine şirketi açısından kabulü ile bu davalıların dava konusu eylemlerinin haksız rekabet oluşturduğunun tespit ve men'ine, hükmün ilanına, maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile ..., ... ve davalı A.C.C Makine A.Ş'den 44.211,72 TL maddi, 20.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren ticari faiziyle müşterek ve müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir..."* Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 4.3.2021, E. 2019/3329, K. 2021/2042 (Yargıtay Karar Arama).

ettiğini tespit etmek güçlük gösterebilir. Bize göre, kazancın ne kadarının başkasının hukuk sahasına yapılan müdahaleden ne kadarının başkaca faktörlerden kaynaklandığının net bir şekilde tespit edilemeyeceği bu gibi durumlarda TBK m.50/2 (İsvBK m.42/2) hükmü kıyasen uygulanmalıdır[43]. Böylece hâkim, hakkaniyete uygun bir oran belirlemek suretiyle, devri gereken kazanç tutarını kendisi takdir edecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, iş gören, aynı kazancı iş sahibinin hukuk alanına müdahale etmeksizin de elde edebileceği yönünde bir savunma ileri süremez. İş görene böyle bir savunma tanınmaması bakımından şu gerekçeye yaslanılır: İş gören almış olduğu kararın sorumluluğunu taşımalıdır; o, başkasının hukuk alanına haksız olarak müdahale etmeksizin aynı kazancı elde edebilecek olsa bile, mademki böyle davranmayıp hukuka aykırı bir yol tutmuştur, tuttuğu bu yolun sonucuna da katlanmalıdır[44].

B. Masraflar ve Borçlar

a. İş Görenin İleri Süreceği Talebin Hukuki Temeli

TBK m.530'un lâfzına göre, iş sahibi, "*zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür"*. Hüküm; bir yönüyle hukuk sahasına müdahalede bulunulan iş sahibine kazanç devri talebinde bulunma hakkı tanırken diğer yönüyle bu talebin bir zenginleşme aracı haline dönüşmesine engel olmaya çalışmıştır. Bu düzenleme anlamında iş sahibin zenginleşmesi, iş görenin net kazancından öteye giden (bu kazançtan daha fazla olan) bir malvarlığı çıkarı elde etmişse söz konusu olacaktır[45]. Bu nedenledir ki, iş sahibin şu veya bu sebeple net kazancı aşan bir malvarlığı artışı sağlaması, iş görenin TBK m.530 hükmünde dile getirilen (bir bakıma hatırlatılan) sebepsiz zenginleşmeye dayanan talebine yol açacaktır. Böylelikle sebepsiz zenginleşme hukukunun yasaya uygun olarak gerçekleşen malvarlığı kaymalarını düzeltici işlevi kendini göstermiş olur.

Bu perspektiften bakıldığında, TBK m.530, iş görenin masrafların veya borçtan kurtarılma talepleri bakımından yeni bir talep temeli ihdas etmemekte, kazanç devri talebi üzerinden iş sahibinin sağlayacağı malvarlığın artışının "sebepsiz" olduğu ölçüde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hüküm-

---

43 FORNAGE Anne-Christine, "Art. 9 LCD", **Commentaire Romand: Loi conre la Concurrence Déloyale**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017, Art. 9 LCD, n. 54; AYDIN, s. 169.

44 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 99; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 29.

45 FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 42.

lerin devreye gireceğini hatırlatmaktadır[46]. Dolayısıyla TBK m.530 düzenlemesi, ikinci kısmı (noktalı virgülden sonrası) itibarıyla bir yollama hükmü olarak anlaşılmalıdır. Bu düzenlemenin ilk kısmıysa, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin devreye girmesini sağlayacak "sebepsizliğin" ne zaman söz konusu olacağını belirtmektedir. İş sahibine devredilen kazanç, haksız müdahalenin iş gören açısından sağladığı faydayı (net kazancı) aştığı takdirde iş sahibinin iktisabı "sebepsiz" sayılacaktır.

İşin, iş görene bir net kazanç sağlamasının, onun yaptığı yatırımı (bir diğer deyişle yaptığı masraflarını ve üstlendiği borçları) aşan bir getiri elde ettiği durumlarda söz konusu olabileceği açıktır. Asıl olan bu kazancı başlangıçta saptayıp, iş görene bunu aktarmakla yetinmektir. Ancak bir sebeple bu amaca ulaşılamazsa, sebepsiz zenginleşme hukuku da böylesine durumlar için vardır. Artık sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin düzeltici işlevinden yararlanmanın zamanı gelmiş demektir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin düzeltici rolünün, ancak böyle bir düzeltmeye ihtiyaç hasıl olursa seferber edilebileceği de işin niteliğine uygundur.

b. İş Sahibinin Karşılamakla Yükümlü Olduğu Masraflar ve Borçlar

aa. Masraflar

İş sahibinin, iş görenin hangi masraflarını ödemekle yükümlü olduğu öğretide tartışmalıdır. TBK m.530'da yapılan masrafların işlevine dair bir ayrım getirilmemiş olması bu tartışmaların doğmasına neden olmuştur. Öğretide bazı yazarlar, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile benzerlik gösteren bazı borç ilişkilerine ilişkin kanun hükümlerinin burada kıyasen uygulanabileceği kanaatindedir. Bu amaçla; gerçek vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya haksız zilyetlikte iade hükümlerinden istifade edilebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, TBK m.530 ile iş sahibine getirilen yükümlülüğün kapsamı belirlenirken caiz gerçek vekaletsiz iş görmeye dayalı borç ilişkisini düzenleyen TBK m.529/1 hükmü kıyasen uygulanmalıdır[47]. Bu görüşün kabulü halinde, iş sahibi, durumun gereğine göre iş görenin yapmış olduğu

---

[46] FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 11; GÜMÜŞ, s. 240. Aksi yönde görüş için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 104; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 75.

[47] Bkz. **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 1437; SCHLOSSER Ralph, "Art. 62 LDA", **Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013, Art. 62 LDA, n. 108.

zorunlu ve yararlı bütün masrafları faiziyle ödemek ve görülen iş dolaysıyla iş görenin üstlendiği edimleri ifa etmekle yükümlü olacaktır.

Bazı yazarlar, masraf ve borçların sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde hesaplanması gerektiğini savunmaktadır[48]. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı iadede, iade alacaklısının masrafları ödeme yükümlülüğü zenginleşenin iyiniyetli olup olmamasına göre değişmektedir. Biz, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı kazanç devrinin yalnızca iş görenin kötüniyetli olduğu hallerde uygulanabileceğini kabul etmekteyiz. Bu sebeple, tutarlılık sağlamak adına, masraflar ve borçlar yönünden de kötüniyetli sebepsiz zenginleşme hükümlerini dikkate almamız gerekir. Bu kabulle, kötüniyetli iş gören, yalnızca zorunlu giderlerin ve kazanç devri anında hala bir değer artışı sağlıyorsa bu oranda yararlı giderlerin karşılanmasını isteyebilir (TBK m.80/2). Bunlar dışında kalan masrafların karşılanması istenemez (TBK m.80/3).

Bir diğer görüşe göre ise, haksız zilyetlik ve haksız zilyedin bundan doğan sorumluluğu (TMK m.993 vd.), vekaletsiz iş görmeye dayalı sorumluluğun özel bir görünüm şeklidir ve haksız zilyedin talep edebileceği masraf kalemlerini düzenleyen TMK m.995 hükmü genel olarak gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hallerinde de uygulanmalıdır[49]. Bu görüşün kabulü halinde, iş gören yalnızca yapmış olduğu zorunlu masrafların karşılanmasını isteyebilecektir (TMK m.995/2).

Yukarıda alıntılanan görüşlerin ortak noktası her birinin iş görenin ileri sürebileceği masraf taleplerini sınırlamayı öngörmesidir. Böyle bir sınırlamaya ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, burada dikkate alınması gereken husus masrafların ne amaçla yapılmış olduğudur. İş gören, doğrudan kazanç elde amacıyla yapmış olduğu her türlü masrafın iş sahibi tarafından karşılanmasını isteyebilmelidir[50]. Bunların zorunlu veya yararlı gider kabilinden masraflar olması gerekmez; diğer giderler de bu kapsamda ele değerlendirilebilir[51]. Zira iş gören, kendi menfaatine

---

48 Bkz. GÜMÜŞ, s. 240; YÜKSEL Sera Reyhani, **Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerhi**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 69.

49 Bkz. BAŞ SÜZEL, s. 111-112.

50 MARADAN Claudia, "Détermination du Gain Net dans l'Action en Remise du Gain pour Violation de Droits de Propriété Intellectuelle (Art. 423 CO)", **Commentaire de Jurisprudence Numérique**, 6 Mayıs 2008, n. 8; ARKAN AKBIYIK, s. 555; TISSOT (KRAUS/SALVADÉ), n. 1216.

51 TANDOĞAN Haluk, **Vekaletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s. 298-299; ARKAN AKBIYIK, s. 55; AYDIN, s. 192; TURAN BAŞARA, s. 350.

olacak şekilde hareket ettiğine göre diğer masrafları yaparken de kazanç elde etmeyi amaçlamış olabilir. Dolayısıyla bu masrafların da karşılanmasını isteyebilmelidir.

Aksi görüşü savunan *Baş Süzel*'e göre, iş görenin tüm masraflarının kazançtan düşülmesine imkan tanınırsa masrafların toplamı kazanç miktarına denk düşebilir ve bu durumda iş gören masrafları gerekçe göstererek kazanç devri yükümlülüğünden kurtulabileceği için kazanç devri yaptırımı ile amaçlanan caydırıcılık sağlanamamış olur[52]. Bu görüşe katılmıyoruz çünkü yazarın kazanç devri yaptırımın amacına aykırı bir sonuç olarak tasvir ettiği, masrafların kazanç miktarına denk olması veya kazancı aşması ve bu sebeple iş görenin kazanç devri borcunun bulunmaması hali, Kanunda açıkça öngörülen bir ihtimaldir. TBK m.530'a göre, iş sahibinin masrafları karşılama yükümlülüğü iş görenin elde ettiği brüt kazançla sınırlıdır. Masrafların brüt kazanca eşit olması veya brüt kazancı aşması halindeyse iş sahibinin masrafları karşılama yükümlülüğü bulunmaz. Kanunda açıkça öngörülen bir ihtimalin hükmün amacına aykırılık oluşturacağını söylemek bizce isabetli bir yaklaşım olmaz.

İş görenin yapmış olduğu masraflar iş sahibinin hukuk sahasına yapılan müdahalenin şekline göre değişkenlik gösterir. Örneğin, vekaletsiz iş görme, bir fikir ve sanat eserinin izinsiz çoğaltılması yoluyla gerçekleşmişse; eser kopyalarının üretimi için kullanılan malzemelerin maliyeti, bunların dağıtımı için yapılan harcamalar, reklam harcamaları, işçilik gibi gider kalemleri iş sahibi tarafından karşılanacak masraflar arasında sayılabilir[53]. Vekaletsiz iş görmenin haksız rekabete neden olan bir internet sitesi aracılığıyla gerçekleşmesi halindeyse, internet sitesi iş gören tarafından oluşturulmuşsa, internet sitesi için yapılan masraflar (hosting ve alan adı bedelleri veya sitenin hazırlanması ve güvenliği için ödenen ücretler gibi) bu kapsamda değerlendirilebilir.

Birden çok işin görülmesi amacıyla yapılan masraflar açısındansa bu denli açık ifadeler kullanmak güçtür. Bir kitabın izinsiz bir şekilde çoğaltılıp yayımlanması örneği üzerinden düşünecek olursak, muhtemeldir ki bu kitabın basımı sürecinde matbaada farklı kitaplar da basılacak ve bu kitapların bir kısmının dağıtımı bir arada sağlanacaktır. Bu durumda matbaada kullanılan elektrik, işçi ücretleri, dağıtım giderleri gibi ortak masrafların ne oranda iş sahibi tarafından karşılanması gerektiği sorusu ortaya atılabilir. Biz göre,

---

52 Bkz. BAŞ SÜZEL, s. 109-110.

53 CHERPILLOD, s. 117.

bu şekilde masrafların ayrıştırılamadığı hallerde iş görenin toplam masrafı ispat etmesi yeterli görülmeli; bu masrafın ne kadarlık bir kısmının iş sahibi tarafından karşılanması gerektiği -TBK m.50/2 hükmü kıyasen uygulanarak- hakim tarafından takdir edilmelidir[54]. Hakim, burada da takdir yetkisini kullanarak bu oranı hakkaniyete göre belirleyebilir. Buna karşılık, bazı yazarların, bu tür genel işletme masraflarının brüt kazançtan mahsup edilemeyeceğini kabul ettiğini de belirtmemiz gerekir[55].

bb. Borçlar

İş görenin ileri sürebileceği bir diğer talep, iş sahibinin giriştiği borçlardan onu kurtarmasıdır (TBK m.530). İş görenin borçlarını da masraflarına paralel şekilde düşünmek gerekir. İş görenin yalnızca kazanç elde etmek amacıyla giriştiği borçlar TBK m.530 kapsamında ele alınmalıdır.

Bir görüşe göre, "borçlar" ifadesinin TBK m.530'da ayrıca zikredilmesine ihtiyaç yoktur çünkü bu hüküm kapsamındaki borçlar zaten dolaylı masraf niteliğindedir[56]. Buna karşılık, bu ifadeye farklı bir anlam yükleyen yazarlar da bulunmaktadır. *Kılıçoğlu Yılmaz*'a göre, iş görenin masrafları, iş sahibinin alacağı ile takas edilebilir[57] fakat bu borçlar açısından bu yola başvurulmaz. İş görenin giriştiği borçlardan kurtarılması iki şekilde gerçekleşebilir: İş sahibi, bu borcu iş görenin "adına ve hesabına" onun alacaklılarına ifa edecek veya iş görenin borçlarını üstlenecektir[58]. Bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira hukuk sahasına müdahalede bulunulmuş olan iş sahibine bir de iş görenin alacaklılarını bulup onlara ödeme yapma külfetinin getirilmesi isabetli olmaz[59].

TBK m.530 ile iş sahibine getirilen yükümlülük, iş göreni borçlarından kurtarmaktır. İş sahibi, iş görenin borçlarından kurtulması için ihtiyaç duyduğu parasal karşılığı kendisine sağlayarak veya -kazancın para cinsinden olduğu hallerde- iş görenin borçlarını brüt kazançtan mahsup ederek de bu yükümlülüğü yerine getirebilir.

---

54 MARADAN, n. 10; BENHAMOU, n. 562.

55 Bkz. FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 37; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 16.

56 GÜMÜŞ, s. 240; BAŞ SÜZEL, s. 117.

57 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 71.

58 KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 76.

59 BAŞ SÜZEL, s. 117.

C. Faiz

Net kazanç tespit edilirken hesaba katılacak son unsur faizdir. İş gören, vekaletsiz iş görme sonucu elde ettiği kazancı elinde tuttuğu sürece, bu kazancı kredi olarak (tüketim ödüncü sözleşmesiyle) almış gibi kabul edilmelidir. Zira bu kazancı belirli bir süre elde tutarak kullanma olanağını bulan iş gören, bu kazanca denk bir kredi alsaydı ödemek zorunda kalacağı faizden (krediyi kullanma karşılığından) tasarruf etmekte, tasarruf ettiği bu tutar da kendi içinde bir kazanç teşkil etmektedir[60]. Bir diğer deyişle, haksız müdahale kazancının kapsamını genişleten bir etki taşımaktadır.

Bu faizin, farklı bir veri olmadıkça, yasal faiz oranına göre belirlenmesi gerektiği belki düşünülebilir ve iş sahibine daha fazla yarar elde edildiğini ileri sürme kapısı açık tutulabilir[61]. Ne var ki, şu düşünce bizce daha uygundur. İş görenin haksız müdahale yoluyla elde ettiği kazancı elde tutup bir müddet kullanma olanağını bulması, mademki bu kazanç tutarı kadar bir krediyi piyasadan temin edip kullanmış sayılmasına denk sayılmaktadır, o halde, haksız kazanç tutarında bir krediyi piyasadan sağlasaydı ödemek durumunda kalacağı faiz tutarı kadar (ki bu tutar piyasa verilerine göre saptanacaktır) tasarrufta bulunmuş sayılmalıdır.

O halde, net kazanç hesabı yapılırken brüt kazançtan masraflar ve borçlar mahsup edildikten sonra elde edilen tutara, kazancın elde edilmesinden kazanç devri talebinin ileri sürülmesine kadar geçen süre için, piyasadan böyle bir kredi sağlasaydı ödemek durumunda kalacağı faiz tutarı eklenmelidir. Bu şekilde hesaplanacak toplam tutar bize net kazancı gösterecektir.

Bu noktada bir hususun altını önemle çizmek gerekir. Sözünü ettiğimiz faiz, kazanç devri borcu için borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi üzerine işleyen temerrüt faizi değildir. Burada, kazancın elde edildiği andan devir talebinin ileri sürüldüğü ana kadar işleyecek olan, haksız olarak elde edilen kazancın yine haksız olarak elde tutulmasının piyasadan çekilen bir kredinin kullanılmasına eş tutulmasıyla haklı gösterilen bir faiz söz konusudur.

---

[60] Bkz ve krş. **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 113.

[61] Nitekim bu yönde bkz. **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 113; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 34; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 15. Bu yazarlar, faizi haksız fiil sonucu elde edilen kazancın bir cüzü olarak görmektedirler. Şu halde, haksız karışma kazancı iş görenin elinde kaldığı sürece, işleyen faiz kazancın kapsamını genişletecek, kazanç elde etmeye devam ediliyor sayılacaktır.

3. İspat Yükü Dağılımı ve Bilgi ve Hesap Verme Yükümlülüğü

Kazanç devri talebinde bulunan iş sahibi, bu talebini inşa eden olguları ispat etmekle yükümlüdür. Yukarıda sayılan unsurlardan brüt kazanç miktarını ve brüt kazanç ile iş görme arasındaki nedensellik bağını ispat etmek iş sahibine düşer[62]. Ancak artış yaşandığı ispat edilmesi gereken malvarlığı iş görene ait olduğu için iş sahibinin bunu ispat etmesi zorluk gösterebilir. Bu zorluğu aşması için iş sahibine birtakım imkanlar sunulması gerekir.

İş görenin haksız müdahalesi ve bu müdahalenin sonuçlarıyla ilgili olarak iş sahibin bilgisi olmaması pek muhtemeldir. En azından taleplerini olgunlaştıracak bir bilgisi mevcut olmayabilir. Ne de olsa iş gören hukuka aykırı davranışıyla iş sahibi için belirsiz bir durum yaratmıştır. İş görenin kendi yarattığı bu belirsizliğin yine kendisini bilgilendirme yükümü altına sokması da dürüstlük kuralının bir buyruğudur[63]. Buna göre, iş sahibi, iş görenden bilgi ve belge talebinde bulunabilir. İş sahibinin bu talebi, müdahale oluşturan davranışların türüne, kapsamına, süresine ve bu müdahale sonucunda elde edilen kazancın ne olduğuna yönelik olacaktır.

İş sahibinin bilgilendirme talebine, hesap verilmesine ilişkin talebi de eşlik edecek, bu bağlamda, bilgilendirme bakımından önem taşıyan belgelerin verilmesini, iş görenin ticari defterlerinin ve müşteri listelerinin (kendisine veya güvenilir bir üçüncü kişiye) takdim edilmesini isteyebilecektir[64].

Bilgi ve hesap vermeye ilişkin yan talep dava edilebilir niteliktedir. Başka bir davayla beraber ileri sürülmesi gerekmeyip, bağımsız bir davaya da konu olabilir[65]. Ne var ki, böylesine bağımsız bir dava açması iş sahibi açısından mutat değildir. O bakımdan, bir aşamalı dava çerçevesinde bu talebin ileri sürülmesi iş sahibi açısından daha pratik olur. Buna göre, kazanç devri talebini içeren bir belirsiz alacak davası kapsamında bilgi ve hesap verme talebi de ileri sürülebilir[66]. Her iki durumda da bilgi ve hesap verme

---

62 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5421, 5425; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 22; BENHAMOU, n. 559.

63 **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 22; GÜMÜŞ, s. 238; EREN, s. 917.

64 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 123, 124; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 22; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 39, 40.

65 **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 22; GÜMÜŞ, s. 238; EREN, s. 917.

66 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 126; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 19.

talebinin hakim tarafından kabul edilmesi için iş sahibinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir[67].

İş görenin bilgi ve hesap verme yükümünün kaynağını oluşturan dürüstlük kuralı, bu yükümün sınırlarını da belirlemeye hizmet edecektir. Duyarlı bir denge noktası üzerinde olduğumuz açıktır. İş sahibinin bilgilendirmeye ilişkin çıkarıyla, iş görenin sırlarının korunmasına ilişkin çıkarı karşı karşıyadır ve bu çıkarların dürüstlük kuralının ışığında tartılması gerekir. Bu duyarlı dengeyi bulmaya uğraşan hakim, somut olay haklı gösterdiği takdirde, bilgi, belge, defterler ve müşteri listelerinin sır saklama yükümlülüğü altında olan güvenilir bir üçüncü kişiye sunulmasını ve onun tarafından incelenmesini karara bağlayabilir[68].

İş görenin bilgi ve hesap verme yükümünü gereği gibi yerine getirmemesi, iş sahibinin ispat yükünü hafifletecektir[69]. Bu bağlamda, iş gören tarafından mahkemeye sunulacak bilgi ve belgeler kazanç miktarını tespit etmekte yetersiz kalıyorsa veya başkaca bir sebeple kazanç miktarının tam olarak ispatı mümkün olamadıysa -zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde hâkime takdir yetkisi tanıyan- TBK m.50/2 (İsvBK m.42/2) hükmü kıyasen uygulanabilir[70].

İş sahibinin karşılamakla yükümlü olduğu masraf ve borçları ispat yükü ise iş görenin üzerindedir[71]. Ayrıca iş gören, devri gereken kazancın kapsamının belirlenmesinde etkili olacak indirim sebeplerinin varlığını iddia ediyorsa, bunlar bakımından da ispat yükünü taşıyacaktır.

II. DEVREDİLECEK KAZANCIN TAKDİR EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk hukukunda tazminat yaptırımı ile zararın tazmini amaçlandığı için tazminatın takdir edilebilmesi için önce zararın tespiti yapılır[72]. Zararın mik-

---

67 FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 40.

68 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 125; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 19; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 40.

69 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 127; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 47.

70 TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5425; **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 127; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 22; ARKAN AKBIYIK, s. 49; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 47; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 21.

71 **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 21; BENHAMOU, n. 559.

72 ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, n. 2356.

tarı, tazminatın üst sınırını oluşturur[73]. Ancak tazminatın belirlenmesinde zarar dışında başkaca unsurlar da etki edebilir. TBK m.51-52'de, zararın altında bir tazminata hükmedilmesine veya zararın varlığına rağmen tazminata hükmedilmemesine neden olabilecek birtakım unsurlara yer verilmiştir. Özetle, tazminatın yaptırımının kapsamı; "zararın tespiti" ve "tazminatın takdiri" şeklinde iki aşamada şekillenmektedir.

Kazanç devri yaptırımının kapsamı belirlenirken de haksız fiillerdeki tazminat yaptırımına bakışımlı bir yolda iki aşamalı bir değerlendirme yapılabilir[74]. İş görenin elde ettiği kazancın nasıl tespit edileceğini yukarıda detaylı şekilde açıklamıştık. Ancak vekaletsiz iş görme hükümleri arasında hangi hallerde bu kazançta indirim yapılabileceği veya hangi hallerde kazanç devri talebinin tümüyle kaldırılacağını düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bize göre, TBK m.52 hükmü burada kıyasen uygulanmalıdır[75]. Elbette bu hüküm uygulanırken kazanç devri yaptırımının niteliğine uygun düşmeyen unsurlar dışarıda bırakılmalıdır.

2. İş Sahibinin Rızası

TBK m.52/1'de düzenlenen indirim sebeplerinden biri zarar görenin, zararı doğuran fiile rıza göstermiş olmasıdır. Rıza, esasen bir hukuka uygunluk nedenidir (TBK m.63/2). Geçerli bir rızanın bulunduğu hallerde zaten tazminat yaptırımına hükmedilemeyeceği için rızanın bir indirim sebebi olarak anılmasına da gerek olmayacaktır. Buna karşılık, rıza beyanının geçersiz olması veya rıza gösterilen fiilin sınırlarının aşılması gibi hallerde rıza hukuka aykırılığı kaldırmayacağı için bu gibi hallerde, rızanın bir indirim sebebi olarak sayılmış olması anlam kazanır[76].

Kazanç devri talebi açısından da buna paralel bir değerlendirme yapılabilir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden söz edebilmek için iş görenin, bir hukuki işlemden veya kanundan doğan yetkisi olmadığı halde iş sahibinin hukuk sahasına müdahale etmiş olması gerekir. İş sahibinin bu müdahaleye

---

[73] OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, n. 347; BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, n. 5.1; ANTALYA, n. 2356.

[74] FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 38.

[75] Bu yönde bkz. FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 38; **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art. 423 OR, n. 18. TBK m.52'de düzenlenen indirim sebeplerinin kazanç devri yaptırımı açısından uygulanamayacağı yönündeki aksi görüş bkz. TURAN BAŞARA, s. 344.

[76] OĞUZMAN/ÖZ, n. 373; ANTALYA, n. 2407.

rızası varsa vekaletsiz iş görmeden veya buna dayalı kazanç devrinden söz edilemez. Bununla birlikte, iş sahibinin gösterdiği rızanın geçersiz olması halinde, bunun devir borcunun kapsamına etki edip etmeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Bize göre, bu kapı tamamen kapatılmamalıdır. İş gören, geçersiz rıza beyanına güvenerek iş sahibinin hukuk alanına müdahalede bulunmuşsa; hakim, somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak, iş görenin fiilen elde ettiği kazançtan daha az bir kazancın devrine hükmedebilir.

3. İş Görenin Yoksulluğa Düşecek Olması

TBK m.52/2'de, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun için failin kusurunun "hafif kusur" düzeyinde kalmış olması ve indirimin hakkaniyet gereği olması gerekir.

Öğretide, bu sebebe dayanarak kazanç devri talebinde indirim yapılabileceğini kabul eden yazarlar vardır[77]. Bize göre, bu indirim sebebinin her durumda uygulanabileceğini söylemek hatalı olur. Zira önceki bölümde detaylı şekilde açıklandığı üzere kazanç devri talebinin kapsamı, vekaletsiz iş görmenin sebebiyle iş görenin malvarlığında yaşanan artışla sınırlıdır. İş görenin elde ettiği kazancı devretmesi, onun malvarlığını "vekaletsiz iş görme hiç gerçekleşmeseydi" sahip olacağı varsayılan haline getirir. Bu yaptırımın uygulanması, esasen iş görenin durumunu kötüleştirmeyeceği için söz konusu indirim sebebi yönünden tazminat hukukunda farklı bir tavır almak gerekir.

Ne var ki, iş görmenin sonucunda mevcut olan kazanç iş sahibinin kazanç devri talebinde bulunmasına kadar geçen süreçte azalmış veya iş görenin elinden çıkmış olabilir. Bu durum, kural olarak, iş görenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz veya bu sorumluluğun kapsamını daraltmaz[78]. Ancak TBK m.52'de belirtilen koşulların varlığı halinde ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim, devredilecek kazanç miktarını net kazançtan daha düşük olacak şekilde takdir edebilir.

TBK m.52/2'ye göre bu indirim sebebi yalnızca mütecavizin "hafif kusurlu" olduğu yani hafif ihmalinin bulunduğu hallerde uygulanabilir. Hafif ihmal, kişinin, zarar verici sonuçtan kaçınmak için dikkatli ve tedbirli bir insanın göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi şeklinde tarif edilmekte-

---

[77] Bkz. **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 122; FRITSCHI/JUNGO, Art. 423 OR, n. 38

[78] ARKAN AKBIYIK, s. 49; TURAN BAŞARA, s. 347

dir[79]. Kazanç devri talebi açısından sübjektif unsurun aranıp aranmayacağı tartışmalı olmakla biz sübjektif unsurun aranması gerektiği görüşündeyiz. Ancak vekaletsiz iş görmede, sübjektif unsuru "kusur" kavramıyla değil "kötüniyet" kavramıyla ifade etmekteyiz. Buna göre, iş gören, yetkisi olmadığı halde başkasının hukuk sahasına müdahale ettiğini biliyorsa veya bilebilecek durumdaysa, kötüniyetlidir[80]. Öğretide veya uygulamada bu durumu karşılayacak bir terim kullanılmıyorsa da iş görenin dikkatli ve tedbirli bir insanın göstereceği özeni göstermesi halinde başkasının hukuk sahasına müdahalede bulunduğunu ve buna yetkisi olmadığını bilebilecek durumda olması, haksız fiil hukukundaki hafif kusura denk sayılacak bir düzeyde kötüniyetin varlığını gösterir. İş görenin yoksulluğa düşecek olması yalnızca bu durumda bir indirim sebebi olarak görülmelidir.

4. İş Sahibinin Kusurlu Olması

TBK m.52/1'e göre, zarar gören, zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa, hakim, zarar miktarının altında bir tazminata hükmedebileceği gibi tazminat tamamen de kaldırabilir (TBK m.52/1). Bu açıdan, zarar görenin eylemleri yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşmiş olabilir. Her iki durumda da tazminatın indirilmesi veya kaldırılması mümkündür[81].

İş sahibinin birlikte kusurunun kazancın belirlenmesinde bir indirim sebebi olacağı bir hali tasarlamak zordur. Zira iş sahibinin kusurlu olması, TMK m.2/2 gereği, kazanç devri talebini ileri sürmesine engel oluşturabilir[82].

SONUÇ

Yukarıda gerekçelerini açıkladığımız üzere, iş sahibine devredilmesi gereken kazanç, net kazançtır. Kazancın bir miktar para olduğu hallerde, talebin kapsamı şu şekilde belirlenecektir: Brüt kazançtan iş görenin bu kazancı elde etmek amacıyla yapmış olduğu masraf ve borçlar mahsup edilecek ve bu tutar üzerine -bu tutarda bir kredinin piyasadan sağlanabilmesi için

---

79 BAYSAL, n. 2.44.

80 Bu yönde bkz. HOFSTETTER Josef, **Le Mandat et la Gestion d'Affaires**, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994, s. 268; TERCIER/BIERI/CARRON, n. 5411; **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art. 423 CO, n. 8-10; BENHAMOU, n. 548; ARKAN AKBIYIK, s. 38; EREN, s. 910 ve 913; GÜMÜŞ, s. 237.

81 OĞUZMAN/ÖZ, n. 378.

82 **ZK-**SCHMID, Art. 423 OR, n. 121.

ödenmesi gereken- faiz eklenecektir. Kazancın bir eşya veya hak olması gibi net kazancın ayrıştırılamadığı hallerde ise, masraf ve borçların mahsup edilmesi imkanı olmadığı için iş gören, bunların karşılanmasını istiyorsa bu talebini bağımsız bir sebepsiz zenginleşme talebi olarak ileri sürmelidir.

Kural olarak, iş görenin elde ettiği net kazancın tümü iş sahibine devredilir. Ancak bazı hallerde devredilecek kazancın kapsamının daha dar bir kapsamla takdir edilmesi gerekebilir. Bu noktada TBK m.52'de düzenlenen indirim sebeplerinin kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bilhassa, iş görenin geçerli olmayan bir rıza beyanına güvenerek iş sahibinin hukuk sahasına müdahalede bulunması veya net kazancın devri halinde iş görenin yoksulluğa düşecek olması gibi hallerde, hakim, devredilecek kazançta indirime gidebilir.

KAYNAKÇA

ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ARKAN AKBIYIK Azra, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1999.

AYDIN Gülşah Sinem, **Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

BENHAMOU Yaniv, **Dommages-Intérêts suite à la Violation de Droits de Propriété Intellectuelle**, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2013.

CHAPPUIS Christine/DE WERRA Jacques, "Introduction et Commentaire des Articles 64-72", **CO 2020 Code des Obligations Suisse 2020: Projet Relatif à une Nouvelle Partie Générale** (Ed. Claire Huguenin & Reto M. Hilty), Schulthess, Zurich, 2013, s. 196-222 (Atıf Şekli: **CO 2020-**CHAPPUIS/DE WERRA).

CHERPILLOD Ivan, "Mise en Oeuvre des Droits Immatériels: Les Actions Pécuniaires, Tendances et Nouveautés", **Entreprise et Propriété Intellectuelle**, Lausanne, 2010, s. 111-120.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

FORNAGE Anne-Christine, "Art.9 LCD", **Commentaire Romand: Loi conre la Concurrence Déloyale**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017 (Atıf Şekli: **CR LCD-**FORNAGE, Art.9 LCD).

FRITSCHI Oliver/JUNGO Dominique, "Art.423 OR", **Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen** (Ed. Willi Fischer & Thierry Luterbacher), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2016 (Atıf Şekli: FRITSCHI/JUNGO, Art.423 OR).

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

HÉRITIER LACHAT Anne, "Art.423 CO", **Commentaire Romand: Code des Obligations I (Art.1-529 CO)**, 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (Atıf Şekli: **CR CO I-**HÉRITIER LACHAT, Art.423 CO).

HOFSTETTER Josef, **Le Mandat et la Gestion d'Affaires**, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1994.

KAPANCI Kadir Berk/BAŞOĞLU Başak: "TBK m.526-531", **İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Atıf Şekli: **İstanbul Şerhi-**KAPANCI/BAŞOĞLU, TBK m.526-531).

KILIÇOĞLU YILMAZ Kumru, **Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

MAISSEN Eva/HUGUENIN Claire/JENNY Reto M., "Art.423 OR", **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 2**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016 (Atıf Şekli: **CHK-**MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, Art.423 OR).

MARADAN Claudia, "Détermination du Gain Net dans l'Action en Remise du Gain pour Violation de Droits de Propriété Intellectuelle (Art.423 CO)", **Commentaire de Jurisprudence Numérique**, 6 Mayıs 2008.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

SCHLOSSER Ralph, "Art.62 LDA", **Commentaire Romand: Propriété Intellectuelle**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2013 (Atıf Şekli: **CR PI-**SCHLOSSER, Art.62 LDA).

SCHLOSSER Ralph, "La Mise en Oeuvre de la Protection en Droit des Marques: Aperçu à la Lumière de la Jurisprudence Recente", **SJ II**, 2004, s. 1-23.

SCHMID Jörg, "Art.419-424 OR. Die Geschäftsführung ohne Auftrag", **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht**, Teilband V 3a, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1993 (**ZK-**SCHMID, Art.423 OR).

TANDOĞAN Haluk, **Vekaletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957.

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, **Les Contrats Spéciaux**, 5ème édition, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2016.

TISSOT Nathalie/KRAUS Daniel/SALVADÉ Vincent, **Propriété Intellectuelle**, Stämpfli Editions, Berne, 2019.

TURAN BAŞARA Gamze, **Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

YÜKSEL Sera Reyhani, **Vekaletsiz İş Görme Kısa Şerhi**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1853-1871

KONİŞMENTONUN YETKİLİ HAMİLİ OLARAK EŞYANIN TESLİMİNİ TALEP EDEN GÖNDERİLENİN TAŞIYANIN KONİŞMENTODA YAZIDAN DOĞMA SORUMLULUĞUNDAN YARARLANABİLME ŞARTLARI(*)

Doç. Dr. **Serap AMASYA**(**)

Öz: Türk Ticaret Kanunu, taşıyan aleyhine konişmentoda yazıdan doğma sorumluluk kabul ederek, eşyaya ilişkin kayıtların aksinin gönderilen de dahil olmak üzere iyiniyetli konişmento hamili aleyhine kanıtlanamayacağını hükme bağlamıştır. Kanun sadece konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların doğruluğuna güveni değil, konişmentoda yer almayan bir kaydın var olmadığına dair güveni de korumuştur. Kanunun yazıdan doğma sorumluluk öngördüğü hükümlere göre, yazıdan doğma sorumluluğun gerçekleşebilmesi için konişmentonun devredilmesi ve konişmentoyu devralan kimsenin iyiniyetli olması gerekmektedir. Çalışmada, varma limanında konişmentonun yetkili hamili olarak eşyanın teslimini talep eden gönderilenin -aynı zamanda taşıtan olup olmaması da dikkate alınarak- yazıdan doğma sorumluluktan yararlanıp yararlanamayacağı, taşıyan ile yetkili hamil arasındaki konişmento ilişkisi açısından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Konişmento Sözleşmesi, Yazıdan Doğma Sorumluluk, Kamu İtimadına Mazhar Senet, Gönderilen, Navlun Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 20.11.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-8670-4911; *samasya@gsu.edu.tr*).

CONDITIONS OF BENEFITING FROM THE CARRIERS' LIABILITY ARISING FROM THE TEXT OF THE BILL OF LADING FOR THE CONSIGNEE WHO REQUESTS THE DELIVERY OF THE GOODS AS THE LEGAL HOLDER

Abstract: The Turkish Commercial Code admits the liability arising from the text of the bill of lading against the carrier and stipulates that the contrary of records regarding the goods cannot be proved against the bona fide holder of the bill of lading, including the consignee. The Code protects not only the confidence in the accuracy of the records of the goods in the bill of lading but also the confidence that the records not included in the bill of lading do not exist. According to the provisions of the Code providing for the liability arising from the text, in order for the liability to be realized, the bill of lading must be transferred and the person taking over it must be in good faith. In the study, it is discussed whether the consignee (taking into account whether he is also the shipper or not) as the legal holder of the bill of lading requesting the delivery of the goods can benefit from the carriers' liability arising from the text within the scope of the relation between the carrier and the legal holder of the bill of lading or not.

Keywords: Bill of lading contract, Liability arising from the text, Negotiable documents, Consignee, Contract of affreightment.

GİRİŞ

Navlun sözleşmesi, *"taraflardan birinin (taşıyan), navlun karşılığında deniz yoluyla eşya taşımayı, diğer tarafın (taşıtan) navlun ödemeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır[1]. Navlun sözleşmesinin taraflarını taşıyan ve taşıtan teşkil eder ancak birçok halde taşıyan ve taşıtanın dışında bu sözleşmeden dolayı hakları doğan başka ilgililer de ortaya çıkabilmektedir.

Deniz yoluyla eşya taşımayı konu alan sözleşmeler, "Navlun sözleşmesinin türleri" başlığı altında Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1138'inci maddesinde yolculuk çarteri sözleşmesi ve kırkambar sözleşmesi olmak üzere iki ayrı tür biçiminde düzenlenmiştir.

---

[1] ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II (Navlun Sözleşmesi)**, 10. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1.

TTK, sözleşmenin taraflarını, navlun sözleşmesinin her iki türü için de geçerli olacak şekilde, taşıyan ve taşıtan kavramlarıyla ifade etmiştir. Navlun sözleşmesinin icrasında, sözleşmenin tarafları olan taşıyan ve taşıtandan başka iki ayrı kişi daha önemli rol oynamaktadır. Bu kişiler yükleten ve gönderilendir.

Yükleten, mevcut bir navlun sözleşmesine dayanarak eşyayı taşıyana teslim eden kimsedir. Yükleten, bizzat taşıtan olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Gönderilen[2] varma limanında eşyayı teslim almaya yetkili olan kimsedir[3]. Gönderilenin bu hakkı düzenlendiği hallerde konişmentoya, konişmento düzenlenmeyen hallerde ise navlun sözleşmesine dayanır[4]. Gönderilen, aynı zamanda taşıtan olabileceği gibi, çoğu zaman olduğu üzere üçüncü bir kişi de olabilir. TTK'nın ilgili hükümlerine bakıldığında kanun koyucunun, gönderilenin, taşıtandan başka bir kişi olabileceğini de dikkate alarak hüküm sevk ettiği görülmektedir. Taşıtandan başka bir kişi olan gönderilenin durumu, TTK'nın 1203 ilâ 1207'nci maddelerinde *"Üçüncü kişi gönderilenin durumu"* başlığı altında düzenlenmiştir.

Konişmento kıymetli evrak türlerindendir. Kıymetli evrak niteliğine bağlı olarak konişmentoda da senedin içerdiği hak senetten ayrı olarak ileri sürülemez (TTK m.645). Dolayısıyla taşınmak üzere taşıyan tarafından teslim alınan veya gemiye yüklenen eşya için konişmento düzenlendiği takdirde, yetkili konişmento hamilinin eşyanın kendisine teslimine yönelik hakkını talep edebilmesi ve taşıyanın eşyayı teslim borcunu ifa edebilmesi senedin iadesi şartına bağlanmıştır. Eşya ancak konişmentonun ibrazı karşılığında, konişmentodan anlaşılan yetkili hamile teslim edilebilir, aksi halde taşıyan konişmentodan doğan teslim borcundan kurtulamaz (TTK m.1228 (1)).

---

[2] Gönderilen kavramı hakkında bkz. SEVEN Vural, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m.856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 27 vd.; AKSOY Sami, **Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 9 vd.; AMASYA Serap, "Deniz Ticareti Hukukunda Gönderilen Kavramı", **Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I (Editör: Cüneyt Süzel, İstanbul Bilgi Üniversitesi Deniz Hukuku Araştırma Merkezi)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (s. 39-54), s. 39 vd.

[3] Eşya taşımaya ilişkin uluslararası sözleşmelerde de, örneğin Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları'nda, gönderilen, "eşyayı teslim almaya yetkili olan kişi" (Hamburg Kuralları m.1/IV; Rotterdam Kuralları m.1/11) biçiminde tarif edilmiştir.

[4] YAZICIOĞLU Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 339; Çağa/Kender, s. 5.

Konişmento bir emtia senedidir. Konişmentonun eşyayı temsil işlevi gereği, taşınmak üzere teslim alınan eşya TTK m.1239 (1) ve (2)'de öngörülen hususlar çerçevesinde tarif edilmiş olmalıdır[5]. TTK, konişmentonun tedavül kabiliyetini artırmak için 1968 tarihli Lahey/ Visby Kuralları ile 1978 tarihli Hamburg Kurallarında olduğu gibi, konişmentoda yazıdan doğma sorumluluk kabul ederek, eşyaya ilişkin kayıtların aksinin gönderilen de dahil olmak üzere iyiniyetli konişmento hamili aleyhine kanıtlanamayacağını hükme bağlamıştır. Kanun sadece konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların doğruluğuna güveni değil, başka maddelerinde ayrıca konişmentoda yer almayan bir kaydın var olmadığına dair güveni de korumuştur.

Bu çalışmada, varma limanında konişmentonun yetkili hamili olarak eşyanın teslimini talep eden gönderilenin hangi şartlar çerçevesinde taşıyanın konişmentoda yazıdan doğma sorumluluğundan yararlanabileceği ele alınacaktır.

I. TAŞIYAN İLE GÖNDERİLEN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

1. Yolculuk Çarteri Sözleşmesinde

A. Aynı Zamanda Konişmento Hamili Olan Taşıtan ile Taşıyan Arasındaki Hukuki İlişki

Yolculuk çarteri sözleşmesi kanunen özel bir şekle tabi değildir. Ancak çoğu kez sözleşmenin şartları *çarter parti* olarak anılan bir belgede tespit olunur (TTK m.1139 (1)). Uygulamada sıkça görüldüğü gibi çarter sözleşmesinin akdinden sonra bir de konişmento (çarter konişmentosu) düzenlenir. Yolculuk çarteri sözleşmesinin akdi için, eşyanın ayırd edilmesi zorunlu değildir. Bu tür navlun sözleşmesinde taşıyanın taşıma taahhüdünü belirleyen husus, taşınacak maldan ziyade sözleşmede kararlaştırılan gemidir[6]. Ancak çarter sözleşmesi uyarınca konişmento düzenlenirken, kırkambar sözleşmesinde olduğu gibi, taşınacak eşyanın taşıyan tarafından teslim alınmak suretiyle ferden belli hale gelmiş olması şarttır[7].

---

5 Bu zorunluluk aynı zamanda konişmentonun tesellüm ve yükleme makbuzu olmasının da doğal bir sonucudur.

6 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 7.

7 TTK m.1228 (2) uyarınca iki tür konişmento düzenlenebilir: Tesellüm konişmentosu ve yükleme konişmentosu. Tesellüm konişmentosu eşyanın taşınmak üzere taşıyan tarafından teslim alınmasını takiben ve fakat eşya henüz gemiye yüklenmeden düzenlenen konişmentodur. Düzenli sefer taşımalarında kullanılır. Yükleme konişmentosu ise, eşyanın gemiye yüklenmesini takiben düzenlenen konişmentodur. Çarter taşımalarında tercih edilir. Konişmento, taşıyanın

Konişmento, taşıtanın (çartererin) (veya yükletenin ya da bunlar hesabına hareket eden taşıma işleri komisyoncusunun) elinde bulunduğu sürece taşıyan ve taşıtan arasındaki hukuki durumda bir değişiklik olmaz:

- Taşıyan ve taşıtan arasındaki ilişkide çarter sözleşmesi hükümleri uygulanır ve taşıyan, taşıtana karşı bu sözleşmeden doğan tüm savunmaları ileri sürebilir (TTK m.1237 (2)).
- Konişmento, taşıtanın elinde bulunduğu sırada kıymetli evrak niteliğini muhafaza etmekle[8] birlikte, esasen gemiye yüklenen veya yüklenmek üzere teslim alınan eşyayı tarif eden tesellüm/yükleme makbuzu işlevi görür[9].
- Taşıtan, aynı zamanda konişmentonun ilk veya sonraki hamili olarak taşıyanın karşısına gönderilen sıfatıyla çıksa dahi hukuki durumda değişiklik olmaz. Taşıyan ile taşıtan arasındaki hukuki ilişki yine çarter sözleşmesi hükümlerine bağlı kalır[10].
- Taşıtan yahut onun dolaylı ya da doğrudan temsilcisi, konişmentonun yetkili hamili olarak gönderilen sıfatıyla ortaya çıktığı sürece, konişmento taşıtan tarafından sonradan üçüncü bir kişiden (geri) iktisap olunsa dahi, bu, taşıtanın/gönderilenin durumunda bir değişiklik meydana getirmez, taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkilerde çarter sözleşmesini tevsik eden çarter parti esas tutulur[11].

Taşıyanın, aynı zamanda gönderilen olan (konişmento hamili) taşıtana karşı sorumluluğu TTK m.1243'de öngörülen emredici hükümlere tabi değildir. Çünkü TTK m.1245 uyarınca,

> *"Yolculuk çarteri sözleşmelerine 1243'üncü madde hükmü uygulanmaz. Ancak böyle bir sözleşmeye dayalı olarak konişmento düzenlenirse, taşıtan olmayan konişmento hamili ile taşıyan arasındaki ilişkide 1243'üncü madde hükmü uygulanır."*

---

eşyayı tesellüm ikrarını ve teslim taahhüdünü içeren bir senet olması (TTK m.1228 (1)) dolayısıyla, teslim alınan ve teslimi taahhüt edilen şeyin ne olduğu (cinsi, işareti miktarı vs.) konişmentoda beyan edilmelidir. Eşyanın bu tavsifinin, senedin konişmento sayılması için zorunlu olduğu hususunda bkz. **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 76; **YAZICIOĞLU Emine**, s. 367.

8 Dolayısıyla eşya ancak konişmentonun ibrazı karşılığında teslim edilir, bkz. **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 85.

9 KARAN Hakan, **Elektronik Konişmento**, Turhan Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 45.

10 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 84.

11 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 84, dn. 318.

B. Taşıtan Olmayan Konişmento Hamili ile Taşıyan Arasındaki Hukuki İlişki

Görüldüğü gibi konişmento TTK m.1245 anlamında üçüncü bir kişi olmayan taşıtanın elinde bulunduğu sürece, taşıyan ile taşıtan arasındaki çarter ilişkisinde bir değişiklik meydana gelmez. Buna karşılık konişmento üçüncü bir kişiye devredildiği andan itibaren artık taşıyan ile taşıtan olmayan (üçüncü kişi) konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkide konişmento esas alınır (TTK m.1237 (1)). Konişmento hamili gönderilen varma limanında eşyanın teslimini istemek hususunda bağımsız bir hakka sahip olur.

2. Kırkambar Sözleşmesinde

Kırkambar sözleşmesinde, konişmento, kıymetli evrak niteliği dışında aynı zamanda taşıma sözleşmesini tevsik eden bir belgedir. Böyle olunca konişmento,

- gerek taşıyan ile gönderilen arasındaki (TTK madde 1237 (1)),
- gerekse de taşıyan ile taşıtan arasındaki hukuki ilişkiyi düzenler.
- Konişmentonun meşru hamili olan taşıtan, TTK m.1243'deki emredici hükümlerden faydalanır.

II. KANUNUN TAŞIYANA, KONİŞMENTODAKİ KAYDIN AKSİNİ İSPATLAMA OLANAĞI YA DA KONİŞMENTODA YER ALMAYAN BİR KAYDIN VAR OLDUĞUNU İLERİ SÜRME İMKANI TANIMADIĞI HALLER AÇISINDAN GÖNDERİLENİN HUKUKİ DURUMU

TTK, bazı hallerde taşıyana konişmentoyu *"gönderilen de dahil olmak üzere iyiniyetle devralan üçüncü kişiye"* karşı konişmentodaki bazı kayıtların aksini ispatlama olanağı ya da konişmentoda yer almayan bir kaydın var olduğunu ileri sürme imkanı tanımamıştır. Bu haller şunlardır:

- *"Eşyanın güvertede taşınması veya taşınabileceği"* hususunda taşıyan ile yükleten arasında varılan anlaşma konişmentoya kaydedilmediği takdirde, böyle bir anlaşmanın var olduğunun, konişmentoyu "*iyiniyetle iktisap eden gönderilen dahil üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi"* (TTK m.1151 (3)),
- Birinci fıkraya dayanarak eşyanın *"cinsi, işaretleri, koli veya parça adedi, ağırlık veya miktarına"* ilişkin olarak konişmentoya hakkında çekince konulan beyanlar saklı kalmak üzere, konişmentonun oluşturduğu

"taşıyanın eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi teslim aldığına veya yükleme konişmentosu düzenlenmiş olduğu takdirde yüklendiğine" dair karinenin aksinin, *"konişmentoyu içerdiği eşya tanımına güvenerek, gönderilen de dahil olmak üzere, iyiniyetle devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamayacağı"* (TTK m.1239 (3))[12],

- Navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine veya yükleme limanında gerçekleşip gönderilen tarafından ödenecek olan sürastarya parasına ilişkin bir kaydı içermeyen konişmentonun oluşturduğu *"gönderilenin navlun veya sürastarya parası ödemekle yükümlü olmadığına"* dair karinenin aksinin, *"navlun veya sürastarya parası hakkında böyle bir kayıt içermeyen konişmentoyu, gönderilen de dahil olmak üzere, devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamayacağı"* (TTK m.1240 (1)),
- Taşıyan veya onun bir temsilcisi tarafından konişmentonun, yükletenin konişmentoya konulmak üzere bildirdiği kayıtlara veya eşyanın haricen belli olan hal ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin düzenlenmesi yüzünden taşıyanın uğrayacağı zararı yükletenin tazmin edeceğine dair her taahhüt veya anlaşmanın, *"konişmentoyu, gönderilen de dahil olmak üzere, iyiniyetle iktisap eden bütün üçüncü kişilere karşı geçersiz sayılması"* (TTK m.1241 (2)),
- Taşıyan veya onun bir temsilcisinin, ikinci fıkrada belirtilen çekinceyi koymamak suretiyle, eşyanın konişmentodaki tanımına güvenerek hareket eden, *"gönderilen de dahil üçüncü kişileri aldatma amacı güttüğü taktirde", "taşıyanın uğrayacağı zararı yükletenin tazmin edeceğine dair her taahhüt veya anlaşmanın geçersiz sayılması"* (TTK m.1241 (3)),
- Üçüncü fıkrada belirtilen aldatma kastının varlığı halinde taşıyanın, *"konişmentodaki kayıtlara güvenerek hareket eden, gönderilen de dahil, üçüncü kişilere karşı",* 1186'ncı maddede öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanmaksızın sorumlu olması (TTK m.1241 (4)).

---

[12] TTK m.1239 (3) hükmünün, 2'nci fıkrada öngörülen karine ("taşıyan, eşyanın haricen belli olan halini konişmentoda beyan etmeyi ihmal ederse, konişmentoda eşyanın haricen iyi halde olduğuna dair beyanda bulunulmuş sayılır") bakımından da geçerli olduğu hususunda bkz. **YAZICIOĞLU Emine**, s. 378. Belirtmek gerekir ki 1239'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında 1186'ncı maddenin 4'üncü fıkrası saklı tutulduğundan, 3'üncü fıkrada öngörülen yazıdan doğma sorumluk, 1186'ıncı maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen cins ve değer kayıtları hakkında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla taşıyan iyiniyetli konişmento hamillerine karşı dahi cins ve değere ilişkin kayıtların gerçeğe uygun olmadığını ispat edebilecektir, bkz. GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, 2012, Cilt: 18, Sayı: 3 (s. 233-254), s. 253.

İlk üç halde, taşıyanın konişmentoda yazıdan doğma sorumluluğu[13] (ex scriptura) düzenlenmiştir. Bu hallerde esasen konişmentonun tedavül kabiliyetini (emtia senedi olarak ticari değerini) artırmak için, konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların doğruluğuna güvenin veyahut güvertede taşıma ya da navlun veya sürastarya parasını ödemekle yükümlü olup olmama bakımından olduğu gibi, konişmentoda bu hususta bir kaydın var olmadığına güvenin korunması amaçlanmıştır. Diğer haller ise, konişmentonun, yükleten tarafından konişmentoya konulmak üzere bildirilen kayıtlara veya eşyanın haricen belli olan hal ve niteliğine ilişkin bir çekince eklenmeksizin düzenlenmesi halinde, bu yüzden taşıyanın uğrayacağı zararı tazmin edeceğine dair yükleten tarafından taşıyana verilen garanti mektubunun ya da aralarında yapılan garanti anlaşmasının hukuki geçerliliğine ilişkindir. Bu hususta Kanun iyiniyetli üçüncü kişi konişmento hamilini ve gönderileni korumak üzere garanti mektubunun veya garanti sözleşmesinin geçerliğini iki ilişkiyi birbirinden ayırt ederek düzenlemiştir. Bunlardan ilki, taşıyan ile üçüncü kişi konişmento hamili (ya da gönderilen) arasındaki hukuki ilişki; diğeri ise taşıyan ile yükleten arasındaki hukuki ilişkidir. Buna göre, üçüncü kişi konişmento hamiline ve gönderilene karşı garanti taahhüdü veya sözleşmesi her zaman geçersiz olurken, yükletene karşı ise, taşıyanın (veya onun bir temsilcisinin) çekince koymamak suretiyle, eşyanın konişmentodaki tanımına güvenerek hareket eden, gönderilen de dahil, üçüncü kişileri aldatma amacı güttüğü takdirde geçersiz olacaktır[14]. Aldatma kastının varlığı halinde, taşıyan konişmentodaki kayıtlara güvenerek hareket eden, gönderilen de dahil, üçüncü kişilere karşı sınırlı sorumluluktan yararlanamayacaktır.

Görüldüğü gibi Kanun *"iyiniyetle konişmentoyu devralan gönderilen dahil, üçüncü kişi"* aleyhine konişmento kayıtlarının aksinin ispatlanmasına izin vermemiştir. Ancak gönderilen konumunda taşıtan ya da yükletenin bulunması halinde, bu kişilerin söz konusu korumadan yararlanıp yararlanamayacakları hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Aşağıda bu konu ele alınacaktır.

---

[13] Taşıyanın konişmentoda yazıdan doğma sorumluluğunun hukuki niteliği ve şartları hakkında bkz. YEŞİLOVA Ecehan, **Konişmentonun İspat Kuvveti**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 153 vd.; ÇETİNGİL Ergon A., "Alman Hukukuna Göre Konişmentoda Yazıdan Doğma Sorumluluk "Skripturhaftung"", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul, 2003 (s. 1-11), s. 1 vd.

[14] Hükmün mehazı olan Hamburg Kuralları'nın 17'nci maddesi hakkında bkz. **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 209-210.

1. KONİŞMENTODA YAZIDAN DOĞMA SORUMLULUĞUN GEÇERLİ OLMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yukarıda yer verildiği üzere Kanunun yazıdan doğma sorumluluk öngördüğü hükümlere göre, yazıdan doğma sorumluluğun gerçekleşebilmesi için konişmentonun devredilmesi ve konişmentoyu devralan kimsenin iyiniyetli olması gerekmektedir.

A. Konişmento Üçüncü Bir Kişiye Devredilmiş Olmalıdır

Yazıdan doğma sorumluluk ile konişmentonun tedavül kabiliyetini artırmak için konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların doğruluğuna ya da güvertede taşıma veyahut navlun veya sürastarya parasını ödemekle yükümlü olup olmama bakımından olduğu gibi, konişmentoda bu hususta bir kaydın var olmadığına güvenin korunması amaçlandığına göre, konişmento devredilmedikçe iyiniyetin korunmasından da söz edilemeyecektir. Burada kast edilen devir konişmentonun kıymetli evrak hukukuna özgü devridir[15].

Konişmento hukuki niteliği itibariyle TTK'nın 1230 ve 1234'üncü maddelerinin kenar başlıklarında belirtildiği gibi emtiayı temsil eden bir kıymetli evrak niteliğindedir. Devir yönünden nama, emre ve hamile yazılı olmak üzere üç kısma ayrılır (TTK m.1228 (3)). Konişmentonun devri genel hükümlere göre gerçekleşir. Bu konuda uygulanacak hükümler, onun türüne göre farklı belirlenmiştir.

Buna göre, nama yazılı[16] konişmento alacağın devri (temliki) hükmündeki yazılı bir devir beyanı ve senedin zilyetliğinin geçirilmesi (TTK m.647

---

[15] **ÇETİNGİL Ergon A**., s. 3; **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 157-158. Kıymetli evrakın devri, senedin kıymetli evraka özgü şekilde içerdiği hakkı talep imkanına sahip olan kimsenin, bir "akitle" değişmesi demektir, bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 31. Bu ya senette mülkiyet değişikliği yahut senette mündemiç hak üzerinde mülkiyetten başka bir ayni hak tesisi şeklinde cereyan eder. Devir anlaşması senette mündemiç hakkın sahibi ile bir üçüncü kişi arasında yapılır. Devir anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için, senedin zilyetliğinin de karşı tarafa geçmiş olması şarttır. Bu husus kanunda açıkça ifade edilmiştir (TTK m.647). Bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 31.

TTK'nın 647'nci maddesinin ilk fıkrasında mülkiyet veya sair bir ayni hak tesisi amacıyla kıymetli evrakın devri için "her halde" senet üzerindeki zilyetliğin devrinin şart olduğu hükme bağlanmıştır. Senedin nama, emre veya hamile olması, bu esasa hiç bir etki yapmaz. Senet zilyetliğinin devriyle hak sahibi de değişir. Senedi devralan senedin maliki olur ve alacaklı sıfatını kazanır yahut senet üzerinde bir rehin veya intifa hakkı doğar, bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 32.

[16] Nama yazılı kıymetli evrak TTK'nın 654'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında şöyle tarif edilmiştir: *"Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır."*

(2); TBK m.184, fıkra 1) yoluyla devredilir. Emre kaydı olmadan yalnız gönderilenin adı yazılırsa nama yazılı konişmentodan söz edilir.

Hamile yazılı[17] bir konişmentodan doğan hakkın devri için ise senedin zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi yeterlidir[18]. Konişmentoda gönderilenin adı yazılmamış ve emre kaydı da bulunmazsa, hamile yazılı bir konişmento söz konusu olur.

Buna karşılık emre yazılı[19] konişmento ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir (TTK m.647, m.648, m.831). Konişmento kanunen emre yazılı senetlerden olmadığı için, emre yazılı olarak düzenlenebilmesi için "emre" kaydının açıkça senet metninde yer alması lazımdır[20]. Uygulamada konişmento genellikle emre yazılı olarak kaleme alınmaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça, yükletenin talebi üzerine konişmento gönderilenin emrine veya sadece emre olarak düzenlenir[21].

Bazı kıymetli evrakta senedin muhtevası, senette mündemiç hak yönünden o derece mutlak bir ölçü olur ki, iyiniyetli her üçüncü kişinin bu hususa güveninin korunması gerekir. Bu durum kamu itimadına mazhar senetler (kamu güvenliğine sahip senetler) ayırımının yapılmasına yol açmıştır. Kamu itimadına mazhar senetlerin anlamı şudur[22]: "İyiniyetli üçüncü kişiler senedin muhtevasının doğruluğuna, geçerliğine güvenmekte, senette yazılı hususların gerçekte var olduğuna inanmakta, senette var olmayan hususların

---

17 Hamile yazılı senetler için verilen genel tarif şöyledir: *"Senedin metninden veya şeklinden, hamili kim ise o kişinin hak sahibi sayılacağı anlaşılan her kıymetli evrak, hamile veya hamiline yazılı senet sayılır."* (TTK m.658 (1)).

18 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 50.

19 Emre yazılı senedin tarifi, TTK'nın 824'üncü maddesinde yapılmıştır. Buna göre *"Emre yazılı olan veya kanunen böyle sayılan kıymetli evrak, emre yazılı senetlerdendir."*

20 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 44; **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 87.

21 Konişmentoda yükletenin isminin yazılması zorunlu değildir. Bununla birlikte, konişmentoya hiçbir isim yazılmadan sadece "emre" kaydı konulmuşsa, konişmento yükleten emrine düzenlenmiş kabul edilir (TTK m.1228 (3)) ve yükletenin ismi esaslı bir unsur teşkil eder. Zira, böyle bir konişmentoda yükletenin isminin yazılmış olması, ilk cironun buna yetkili kimse tarafından yapılıp yapılmadığını, dolayısıyla ciro zincirinin sıhhatli olup olmadığını belirleme imkanı verir, bkz. Çağa/Kender, s. 75; ÖZTAN Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 1997, s. 1477. Buna karşılık konişmento gönderilen emrine düzenlenmişse, bu kez gönderilenin adının yazılması zorunlu hale gelir. Zira böyle bir konişmentoda hamilin sıfatını belgelendirebilmesi için teselsül eden ciroların gönderilene dayanması gerekir, bkz. **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 75.

22 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 36.

ise mevcut olmadığına itimat etmekte, en azından kendilerine karşı ileri sürülmeyeceğine güvenmekte haklı iseler, ticari yaşamdaki işlem güvenliği ve sürat ihtiyacı, senedin yarattığı bu görünüşün korunmasını gerekli kılmaktadır (Görünüşe itimat ilkesi)". İşte bu tür senetler "*kamu itimadına mazhar senetler"* (*kamu güvenliğine sahip senetler*) olarak ifade olunmaktadır. Kamu itimadına mazhar senetler için "*senetteki yazı ile sorumluluk esasının kabul edildiği senetler"* de denilmektedir. Bu tabir, hamilin senette, senedi kendisine devreden kimsenin sahip olduğu hakları değil, senette yazılı hakları iktisap ettiğini anlatmaktadır[23].

Emre ve hamile yazılı konişmentolar kamu itimadına mazhar (başka bir deyişle senetteki yazı uyarınca sorumluluk esasının kabul edildiği, şahsi def'ilerin ileri sürülemediği) senetler olduğu halde, nama yazılı konişmentolar kamu itimadına mazhar olmayan senetlerdir[24]. Konişmentonun kamu itimadına mazhar olmasının en önemli sonucu borçlunun iyiniyetli hamile karşı şahsi def'ilerini ileri süremememesidir. Buna karşılık kamu itimadına mazhar olmayan nama yazılı konişmento şahsi def'ilerin ileri sürülmesine imkan veren senetlerdir[25]. Nama yazılı senetler, devir beyanı/alacağın devri yoluyla devredildiklerinden borçlu, senedi devredene karşı sahip olduğu def'ileri devir alana karşı da ileri sürme imkanına sahiptir (TBK m.188, fıkra 1). Dolayısıyla nama yazılı senetlerde, senedin yeni hamili senetten doğan hakkı senette yazılı olduğu biçimde değil, kendisinden önceki hamilin/hamillerin sahip olduğu/oldukları hak kapsamında elde ettiğinden kamu itimadının korunması söz konusu değildir[26]. Bir senette şahsi def'ilerin bütün hamillere karşı ileri sürülebilmesi, her ne kadar borçlunun lehine ise de hamil yönünden sakıncalıdır. Senette yazılı olan hakkı talep ettiğinde kendisi-

---

[23] Kamu itimadına mazhar senetler hakkında bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 36-37; ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 26-28; kamu itimadına mazhar senetlerde (senedi) devralanın, sadece senedin içeriğine değil, (senedi) devredenin tasarrufa yetkili olduğuna inancı da korunur. Bir senedin mücerret senet olması keyfiyetiyle senedin kamu itimadına mazhar bir senet (başka bir deyişle senetteki yazı uyarınca sorumluluk esasının kabul edildiği, şahsi def'ilerin ileri sürülemediği bir senet) olmasının farklı ve birbirinden bağımsız olduğu hususunda bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012)**, s. 37.

[24] **ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan,** s. 26 (n. 67); ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 37.

[25] **KARAN Hakan**, s. 58; ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 36-37.

[26] **ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan**, s. 28 (n. 72); ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 42.

ne karşı mevcudiyetini bile bilmediği bir takım def'ilerin ileri sürülebileceğini gözönünde bulunduran bir kimse kendisine nama yazılı bir senet verilmesini istemeyecektir. Bu husus nama yazılı senedin tedavül kabiliyetini büyük ölçüde azaltmaktadır[27]. Nama yazılı senetlerde kıymetli evrak hukukuna özgü anlamıyla iyiniyetle iktisap söz konusu olmamakla birlikte, genel hükümlerdeki alacağın temliki esasları dahilinde koruma mevcuttur[28].

Bununla birlikte kamu itimadına mazhar emre ve hamile yazılı bir konişmentoda dahi borçlu senetten doğan alacağa karşı, senedin geçersizliğine ilişkin veya senedin metninden anlaşılan def'ilerle, alacaklı her kim ise, ona karşı şahsen haiz bulunduğu def'ileri ileri sürebilir (TTK m.659 hamile yazılı senetlerde, TTK m.825 emre yazılı senetlerde)[29]. Şahsi def'iler borçlunun belli bir alacaklı ile arasındaki hukuki münasebetten doğan def'ilerdir, bu nitelikleri dolayısıyla da esas itibariyle sadece doğrudan doğruya ilişkileri bulunan kimseler arasında ileri sürülebilir. Bu anlamda doğrudan ilişki kavramı, senedin verilmesinin temelinde yatan ilişki (asıl borç ilişkisi) olabileceği gibi ilgililer arasında yapılmış özel bir anlaşma da olabilir[30].

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, görünüşe itimat ilkesi uyarınca konişmentodaki kayıtların doğruluğuna, konişmentoda yazılı olmayan hususların ise mevcut olmadığına güveni korunan kişiler, kamu itimadına mazhar senetlerden olan emre veya hamile yazılı bir konişmentoyu kıymetli evrak hukukuna göre devralan iyiniyetli üçüncü kişilerdir. Nama yazılı senetlerin devrinde ise alacağın devri hükümleri uygulandığı için, senet borçlusu (taşıyan), konişmentoyu devredene karşı sahip olduğu def'ileri iyiniyet sahibi de olsa konişmentoyu devralana ileri sürebildiğinden, nama yazılı konişmentolarda iyiniyetle iktisap söz konusu değildir. Bu nedenle nama yazılı konişmentonun yazılı beyandan sorumluluk öngören hükmün uygulama alanı dışında kaldığı kabul edilmelidir[31].

B. Konişmentoyu Devralan Üçüncü Kişi İyiniyetli Olmalıdır

Konişmentoda yazıdan doğma sorumluluğun gerçekleşebilmesi için gerekli ikinci şart, konişmentoyu devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmasıdır.

---

27 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 201.

28 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 201.

29 **ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan**, s. 28 (n. 71); ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 47-48.

30 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (2012),** s. 48.

31 Aynı yönde karşılaştırınız **ÇETİNGİL Ergon A.,** s. 3.

Devralanın iyiniyeti konişmentodaki kayıtların doğruluğuna, konişmentoda yazılı olmayan hususların ise mevcut olmadığına ilişkin bulunmalıdır.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, konişmentoyu devralan kimsenin ne zaman iyiniyetli sayılacağıdır. TTK'da iyiniyetli hamillere karşı konişmento kayıtlarının aksinin ispatına imkan vermeyen hükümlerin sözünden bu hususla ilgili bir kriterin ortaya konulması mümkün olmadığı gibi, kaynak Lahey-Visby Kuralları ya da Hamburg Kuralları'nda da bu hususa dair bir açıklık yoktur.

Alman Deniz Ticareti Hukukunda 1986 yılında yapılan reformda HGB §656 fıkra 2'ye eklenen 2. cümle ile Lahey/Visby Kuralları'na (m.3, paragraf 4) uygun olarak konişmentoyu iyiniyetle devralan üçüncü kişi ayhine konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların aksinin kanıtlanamayacağını öngören hükmün uygulanmasında, iyiniyetin belirlenmesi bakımından esas alınan ölçü şöyledir[32]: *"Konişmentoyu devralan hamilin, konişmentodaki eşyaya ilişkin kayıtların doğru olmadığını bilmemesi ve bilmemesinin de ağır ihmale dayanmaması halinde iyiniyetli olduğu kabul edilir"*[33]. Konişmento hamilinin "*iş hayatında gösterilmesi gereken özeni önemli ölçüde ihlal etmesi"* ağır ihmalini ortaya koyar ve iyiniyetli sayılmasına engel teşkil eder[34]. Ağır ihmalin var olup olmadığı, her halin özel şartlarına göre takdir edilmelidir[35].

---

[32] Alman hukukunda HGB §656 fıkra 2 cümle 2 ile ilgili açıklamalar için bkz. **ÇETİNGİL Ergon A.,** s. 1 vd; **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 153 vd.

[33] Bkz. **ÇETİNGİL Ergon A.**, s. 4; **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 163.

[34] Bkz. **ÇETİNGİL Ergon A.**, s. 4; **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 164. Alman hukukunda, soyut kıymetli evrak olarak poliçenin tedavül kabiliyetinin artırılması bakımından öngörülen ölçünün, konişmentoyu devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin belirlenmesi bakımından geçerli olamayacağı, poliçeyi iktisap eden kimseden kural olarak temeldeki borç ilişkisinden doğan itirazları araştırması beklenemezken, taşıyanın konişmentodan doğan teslim borcunun, konişmentonun yarı illi kıymetli evrak teşkil etmesi nedeniyle (konişmento borcunun konusu, konişmento gereğince alınıp taşınmış olan ferden belli şeylerin iadeten teslimidir), taşınmak üzere teslim alınan eşya ile sınırlı navlun hukukuna ilişkin borcu ifade ettiği, bundan dolayı da konişmento hamilinden şüphe üzerine belirli hallerde konişmentoyu devraldığı kimse ile konişmento borçlusu arasındaki ilişkileri araştırmasının beklendiği, bu nedenle, konişmentoyu devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı belirlenirken soyut kıymetli evraka ilişkin düzenleme getiren WG m.17'deki değil, WG m.10 veya 16'da öngörülen ölçünün esas alındığı hususunda bkz. **ÇETİNGİL Ergon A.,** s. 4; Alman hukukundaki bu yaklaşım için ayrıca bkz. **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 163-164.

[35] **ÇETİNGİL Ergon A.**, s. 4; **YEŞİLOVA Ecehan**, s. 164.

2. Taşıyan ile Konişmento Hamili Arasındaki Konişmento İlişkisinin Hukuki Dayanağı

Görüldüğü üzere konişmento kıymetli evrak hukukuna göre devredilmedikçe iyiniyetin korunmasından söz edilemeyecektir. Şu halde konişmentonun yetkili hamili olarak talepte bulunan kişinin yazıdan doğma sorumluluktan yararlanıp yararlanamayacağının açıklığa kavuşturulması için eşyanın teslimini talep hakkının (ve taşıyanın teslim borcunun) kıymetli evrak hukukuna göre hukuki dayanağının belirtilmesi gerekmektedir.

Bir senedin kıymetli evrak sayılabilmesi için, içinde yer alan hakla sıkı sıkıya bağlanması gereklidir. TTK m.645'de tarif edildiği gibi "Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez". Konişmentoda da hak ile senet arasındaki ilişki o kadar sıkıdır ki, yetkili hamilin eşyanın teslimini istemesi ve taşıyanın eşyayı teslim borcunu ifa edebilmesi konişmentonun ibrazı şartına bağlanmıştır (TTK m.1228 (1), m.1230). Gönderilenin eşyanın teslimini talep hakkı ve taşıyanın eşyayı teslim borcunun, kıymetli evrak hukukunda hakkın doğumuna dair baskın görüş tarafından benimsenen teorilere uygun olarak konişmento alıp verme sözleşmesinden doğduğu kabul edilmektedir[36].

Konişmento tek başına taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ilişkilerde esas olduğundan, alttaki temel ilişki olan navlun sözleşmesinin varlık ve içeriğine tabi değildir, gönderilen varma limanında eşyanın teslimini istemek hususunda bağımsız bir hakka sahiptir (TTK m.1237 (1))[37]. Ancak bu bağımsızlık ticari senetteki (kambiyo senedindeki) soyutluk derecesinde olmadığından, taşıyanın eşyayı taşıma ve teslim borcu, kıymetli evrak hukuku yanında TTK'nın taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümlerine de tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla taşıyan Kanunda düzenlenen kanuni sorumsuzluk hallerini (mutlak sorumsuzluk sebeplerini ya da muhtemel sorumsuzluk sebeplerini) veya kurtuluş kanıtlarını konişmento hamili gönderilene karşı ileri sürme imkanından yararlanabilmektedir[38].

---

[36] **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 86.

[37] **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 85; ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 1481; **KARAN Hakan**, s. 54.

[38] **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 94; ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 1481; **YAZICIOĞLU Emine,** s. 374.

Anlaşıldığı üzere taşıyan iki ayrı hukuki işlemde bulunmaktadır[39]:

- Taşıtan ile navlun sözleşmesi
- Yükleten ile konişmento alıp verme sözleşmesi

Konişmento alıp verme sözleşmesi, taşıyan ile yükleten arasında akdedilir ve bu sözleşme ile temeldeki navlun ilişkisinden bağımsız yeni bir konişmento ilişkisi otaya çıkar (görünüşe itimat ilkesi ile birleştirilmiş akit teorisi)[40]. Hukuki görünüşe güven teorisi ile tamamlanan akit teorisi uyarınca, konişmentoda hakkın doğumu için, konişmentonun borç altına girmek (varma limanında eşyayı teslim borcu) iradesiyle taşıyan tarafından yükletene verilmesi gereklidir. Konişmentonun bu şekilde verilmesi, tek taraflı bir hukuki işlemden ibaret olmayıp, taşıyan ile yükleten arasındaki "senedin verilmesine ilişkin anlaşmaya" ("verme anlaşmasına") dayanır[41]. İşte düzenlenmiş bir konişmentonun böyle bir anlaşmayla verildiği anda, taşıyan eşyayı teslim borcu altına girerken, konişmentonun yetkili hamilleri de eşyayı tesellüm hakkını kazanır. Konişmento yükleten emrine düzenlenerek verilmişse bu borç yükleten lehine derhal ve şartsız olarak doğar. Aksi takdirde, üçüncü bir kişi lehine sonradan ve konişmentonun usulen kendisine verilmesi şartı ile doğar[42].

3. Gönderilen Sıfatıyla Konişmentonun Yetkili Hamili Olarak Ortaya Çıkan Taşıtanın, Güveni Korunması Gereken (İyiniyetli) Hamil Sayılıp Sayılamayacağı

A. Yolculuk Çarteri Sözleşmesinde

Burada, konişmentoda hak sahibi olarak gösterilen ilk kişinin kim olduğuna göre bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre;

- Konişmentonun yükletenin emrine düzenlendiği ya da yükletenin hamile yazılı konişmentoda ilk hak sahibi olduğu,

---

39 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 86; **KARAN Hakan**, s. 54.

40 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 86; **KARAN Hakan**, s. 54. Kıymetli evrakta hakkın doğum anı ve ne suretle vücud bulduğu konusunda ileri sürülen teoriler hakkında bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 102 vd.; özellikle konişmento ilişkisinden kaynaklanan borcun doğum anını açıklamak üzere başvurulan "görünüşe itimat ilkesi ile birleştirilmiş akit teorisi" hakkında bkz. ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 109 vd.

41 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 106; **KARAN Hakan**, s. 54

42 **ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân**, s. 86.

- Konişmentonun gönderilenin (taşıtanın) emrine düzenlendiği ya da gönderilenin (taşıtanın) hamile yazılı konişmentoda ilk hak sahibi olduğu

haller dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır[43].

Klasik FOB satış örneği üzerinden durum şöyledir:

- FOB satışta, yolculuk çarteri sözleşmesini alıcı (taşıtan) akdeder,
- Satıcı yükleten sıfatıyla gemiye eşyayı teslim eder.
- Konişmento alıp verme sözleşmesi yükleten (satıcı) ile taşıyan arasında akdedilir.

a) Konişmento yükletenin (satıcının) emrine düzenlenir ya da yükleten (satıcı) hamile yazılı konişmentoda ilk hak sahibi olarak gözükmekte ise

Konişmento, yükletenin emrine düzenlenirse veya yükleten hamile (veya nama) yazılı bir konişmentoda ilk hak sahibi olarak gözükmekte ise, konişmento alıp verme sözleşmesi taşıyan ve ilk hak sahibi olarak yükleten arasında kurulmuş olur[44].

Düzenlenen konişmentoda ilk hak sahibi olarak yükleten gözüktüğü için, yükletenin (satıcının), konişmentoyu, kıymetli evrak hukukuna göre taşıtana/alıcıya devretmesi gerekir.

Acaba yolculuk çarterinde konişmentoyu gönderilen sıfatıyla kıymetli evrak hukukuna göre devralan taşıtan/alıcı, kanunun öngördüğü korumadan yararlanabilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekir[45]:

Zira taşıyan konişmento metninden ve navlun hukukundan anlaşılan savunmaları gönderilen sıfatıyla taşıtana (alıcıya) ileri sürebilecektir.

Bu çerçevede,

- Konişmentonun çarter konişmentosu olduğunu;
- Taşıtanın, TTK m.1245 anlamında 3. kişi konişmento hamili olmadığını,

---

43 **AMASYA Serap,** s. 47.

44 ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 1473.

45 **AMASYA Serap, s.** 47.

- Dolayısıyla, aralarındaki hukuki ilişkinin TTK m.1243'de öngörülen emredici düzene değil; TTK m.1237 (2) uyarınca çarter sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu,

geçerli bir şekilde savunma olarak ileri sürebilecektir[46].

Kaldı ki, yükletenin, yükleme ile ilgili işlemleri yerine getirirken taşıtanın temsilcisi olarak hareket ettiği dikkate alındığında, taşıtan iyiniyetli sayılamamalıdır.

b) Konişmento gönderilen (taşıtan/alıcı) emrine düzenlenir ya da gönderilen (taşıtan/alıcı) hamile yazılı konişmentoda ilk hak sahibi olarak gösterilir ise

Yolculuk çarterinde konişmento, gönderilen (taşıtan/alıcı) emrine düzenlenir ya da gönderilen (taşıtan/alıcı), hamile yazılı konişmentoda ilk hak sahibi olarak gösterilir ise, konişmento alıp verme sözleşmesi, taşıyanla yükleten (satıcı) arasında akdedilen üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğini kazanır[47]:

- Bu ihtimalde ilk hak sahibi gönderilendir (taşıtan/alıcıdır).
- Gönderilenin eşyayı talep hakkı, konişmentonun gönderilene verilmesiyle değil, taşıyan tarafından yükletene verilmesiyle doğar.
- Taşıtan/gönderilen eşyayı teslim alma hakkını, konişmento alıp verme sözleşmesine dayalı olarak ilk hak sahibi olarak kazanmış olduğundan, senedi kıymetli evrak hukukuna göre devralmış sayılmaz.
- Dolayısıyla taşıtan TTK madde 1245 anlamında üçüncü kişi değildir.
- Sonuç olarak, gönderilen sıfatıyla konişmentonun yetkili hamili olarak ortaya çıkan taşıtan (alıcı), güveni korunması gereken (iyiniyetli) hamil sayılmaz[48].

Taşıtanın temsilcisi olarak yükleten (satıcı) da aynı şekilde korumadan yararlanamaz.

---

[46] **AMASYA Serap,** s. 48.

[47] ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku (1997),** s. 1473.

[48] **AMASYA Serap,** s. 49.

c) Üçüncü kişi çarter konişmentosu hamilinin (gönderilenin) hukuki durumu

- Çarter parti konişmentosu, taşıtandan farklı bir kişiye devredildiği takdirde (TTK madde 1245), üçüncü kişi konişmento hamili ile taşıtan arasındaki hukuki ilişkide konişmento hükümleri uygulanır (TTK madde 1237 (1)).
- Burada üçüncü kişi konişmento hamilinin hukuki durumu, kırkambar sözleşmesindeki konişmento hamili ile aynıdır. Şu farkla ki, TTK madde 1237 (3)'de öngörülen şartlar dairesinde, çarter partinin bazı hükümleri konişmento hamiline karşı da ileri sürülebilir[49].
- Üçüncü kişi konişmento hamili, TTK madde 1243'de öngörülen emredici hükümlerden faydalanır.
- Konişmentoyu kıymetli evrak hukukuna göre devralmış olduğundan, iyiniyetli olması şartıyla, konişmento kayıtlarına güveni korunur[50].

B. Kırkambar Sözleşmesinde

Kırkambar sözleşmesinde de konişmento hamili gönderilenin güveninin korunabilmesi için,

- Konişmentoyu kıymetli evrak hukukuna göre devralmış olması (konişmento alıp verme sözleşmesi, kıymetli evrak hukukuna özgü devrin kapsamına dahil sayılmaz) ve
- İyiniyetli olması

gerekmektedir[51].

---

[49] Konişmentoda çarter partiye yapılan atıfların geçerliği hakkında bkz. ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 1-4, 2011 (s. 241-342), s. 264 vd.

[50] **AMASYA Serap**, s. 49-50.

[51] **AMASYA Serap**, s. 50.

KAYNAKÇA

AKSOY Sami, **Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019

AMASYA Serap, "Deniz Ticareti Hukukunda Gönderilen Kavramı", **Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I (Editör: Cüneyt Süzel, İstanbul Bilgi Üniversitesi Deniz Hukuku Araştırma Merkezi)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (s. 39-54)

ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 1-4, 2011 (s. 241-342)

ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II (Navlun Sözleşmesi)**, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010

ÇETİNGİL Ergon A., "Alman Hukukuna Göre Konişmentoda Yazıdan Doğma Sorumluluk "Skripturhaftung"", **Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, İstanbul, 2003 (sh. 1-11)

GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD),** 2012, Cilt: 18, Sayı: 3 (s. 233-254)

KARAN Hakan, **Elektronik Konişmento**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004

ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 1997

ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan Kitabevi, 17. Bası, Ankara, 2012

SEVEN Vural, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m.856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013

YAZICIOĞLU Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020

YEŞİLOVA Ecehan, **Konişmentonun İspat Kuvveti**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1873-1889

FOB VE CIF SATIŞLARDA ALICI VE SATICININ TAŞIMA İLİŞKİSİNDEKİ SIFATLARI VE FIOST KAYDININ ETKİSİ(*)

Doç. Dr. **Serap AMASYA**(**)

Öz: Uluslararası piyasanın globalleşmesi, üretim maliyetlerinin farklı ülkelerde daha düşük olması, iç kaynak eksiklikleri, üretim kapasitesinin yetersizliği gibi pek çok neden, ülkeler arasındaki meta sirkülasyonunu arttırmıştır. Beraberinde uluslararası taşınır eşya satışında da artış getiren bu durum, aynı eşya üzerinde satış ilişkisiyle paralel, ancak birbirlerinden bağımsız sözleşmelerin kurulmasıyla karmaşık hâl almaktadır. Başka bir ifadeyle, eşyanın satışını konu alan satış sözleşmesine ek olarak, malın varma yerine ulaştırılması amacıyla navlun sözleşmesi, eşyanın taşıma esnasında hasara uğrama riskine karşı sigorta sözleşmesi, satış bedelinin ödenmesi için akreditif sözleşmesi yapılmakta ve bütün bu sözleşmeler, satış sözleşmesiyle irtibat içinde olmalarına rağmen, nisbilik ilkesi gereği birbirlerinden ayrı ve bağımsız şekilde varlıklarını sürdürmektedir. Bu bağlamda FOB ve CIF esasına dayanarak yapılan satış sözleşmelerinde tarafların, navlun sözleşmesi bakımından kazandıkları sıfatlar belirlenmelidir. Ayrıca navlun sözleşmesinin ifasına ilişkin bazı işlemleri yük ilgilisine aktaran kayıtların kırkambar ve yolculuk çarteri sözleşmeleri açısından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: FOB, CIF, FIOST, Yolculuk Çarteri Sözleşmesi, Kırkambar Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 15.11.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Deniz Hukuku, Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0001-8670-4911; *samasya@gsu.edu.tr*).

THE TITLES OF BUYER AND SELLER OF FOB AND CIF CONTRACT IN THE CARRIAGE CONTRACT AND THE EFFECT OF FIOST RECORDS

Abstract: The circulation of commodities has increased among the countries for many reasons as the globalization of the international market, lower production costs in different countries, lack of internal resources, insufficient production capacity. This situation causing an increase in the international sales of movable goods with it becomes complicated with the establishment of parallel but independent contracts on the same goods. In other words, in addition to the sale contract, a carriage contract is made for the delivery of the goods to the place of delivery, an insurance contract is made against the risk of damage to the goods during the transportation, a letter of credit contract is made for the payment of the sale price, and although all these contracts are related each other, according to the principle of relativity of the contracts, they continue to exist separately and independently from each other. In this context, the titles of the parties of FOB and CIF sale contracts should be clarified within the scope of the contract of affreightment. In addition, the records transferring some operations related to the performance of the contract of affreightment should be discussed separately in terms of liner contracts and voyage charter contracts.

Keywords: FOB, CIF, FIOST, Voyage Charter Contract, Liner Contract.

GİRİŞ

Navlun sözleşmesinin temelinde çoğu zaman bir uluslararası satım ilişkisi bulunur. Satım sözleşmesinin taraflarından biri navlun sözleşmesinin yapılmasını üstlendiğinden satım sözleşmesi ile navlun sözleşmesi arasında fiili bir bağlılık vardır, bu açıdan satım sözleşmesinde alıcı ve satıcının satım ve taşıma işini bir bütün olarak gördükleri söylenebilir. Bununla birlikte aralarındaki fiili ilişkiye rağmen hukuken her iki sözleşme birbirinden bağımsız durumdadır ve sözleşmeler kendi tarafları arasında hüküm doğurur. Deniz yolu ile eşya taşımasının temelinde çoğu zaman CIF veya FOB teslim esasına göre akdedilmiş satım ilişkisi bulunur. Satım ilişkisi uyarınca navlun sözleşmesi alıcı veya satıcı tarafından akdedilir.

Satım sözleşmesi uyarınca taraflardan birinin navlun sözleşmesini yapmayı üstlenmesi, satım ilişkisinin taraflarının navlun sözleşmesindeki sıfatlarını da belirlediğinden, taşıma masrafının alıcı ve satıcı arasındaki dağılımını da ortaya koyar. Bu bakımdan çalışmada, FOB ve CIF satışlar örnek alınarak hukuken birbirinden bağımsız olmalarına rağmen navlun sözleşmesi ile satım sözleşmesi arasındaki fiili ilişki ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Uygulamada yükleme, istifleme ve boşaltma faaliyetlerinin bir kısmının veya tamamının yükle ilgiliye bırakılması taşıyanın da bu işlerden muaf, serbest (*free*) tutulması amacıyla yolculuk çarteri sözleşmesine ya da konişmentoya çeşitli kayıtlar konulmaktadır[1]. Bu çalışmada genel olarak bu kayıtları ifade etmek üzere FIOST kısaltması kullanılmıştır. İngilizce *"nett terms"* olarak da ifade edilen FIOST kaydı, FIO kaydında yer alan yükleme ve boşaltma işlerine ek olarak istif (Stowed) ve dengeleme (Trimmed) işlerinin de yükle ilgili tarafından üstlenilmesi anlamına gelmektedir. Bu kaydın aksine, *liner terms* ya da *gross terms* olarak bilinen kayıtlar ise yükleme, istifleme ve boşaltma faaliyetlerinin tamamının taşıyana ait olduğunu ifade etmektedir[2]. Yükleme ve boşaltma faaliyetlerine ilişkin işlerle ilgili bu kayıtların anlamı hakkında uluslararası alanda yorum birliği sağlanmış değildir, bu nedenle kullanımlarına dikkat edilmesi ve navlun sözleşmesinin tabi olduğu hukuk sisteminde ne şekilde yorumlandığının doğru tespit edilmesi gerekmektedir[3].

Deniz ticaretindeki modernleşme, gemilerin daha fazla yük taşır hale gelmesi ve limanda gerçekleştirilen faaliyetlerin bağımsız firmalar tarafından yapılmaya başlanması, "*gross terms*" yerine, "*nett terms*" kaydının kullanımının artmasına ve belirli faaliyetlerin yükle ilgili tarafından üstlenilmesine neden olmuştur[4]. FIOST kaydını tartışmalı kılan husus, konusu olan faaliyetlere ilişkin masraflardan ve bu işlerin ifası sırasında yükün uğradığı zarardan taşıyanın mı, yoksa yükle ilgilinin mi sorumlu tutulacağına ilişkindir. Tartışmalar özellikle anılan kayıtlarla taşıyanın sorumluluğunun bertaraf edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Çalışmada FIOST kaydının taşıyanın sorumluluğuna ve bu kaydın konusu olan faaliyetlere ilişkin mas-

---

1 FI (*Free* in), FO (*Free* Out), FIS (*Free in and stowed*), FIOST (*Free in, out, stowed and trimmed*), FIOT (*Free in, out and trimmed*), *L (Lashed), S (Secured)* vs. Bu kısaltmalar ve bunların Türkçe karşılıkları hakkında bkz. ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi,** Yıl: 11, Sayı: 1-4, s. s. 273.

2 ÜLGENER M. Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri I (Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi),** İkinci Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 261-262; DJADJEV Ilian, **The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo (The Hague-Visby Rules,** Springer, 2017, s. 102.

3 SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku I,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 325. Farklı hukuk sistemlerinde FIOST kayıtlarının geçerliliği ve kapsamına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TETLEY William, **Marine Cargo Claims (Volume I),** 4. Baskı, Les Editions Yvon Blais Inc., Québec, 2008, s. 1255 vd.; DJADJEV Ilian, s. 105 vd.

4 ÜLGENER M. Fehmi, s. 270.

rafların taraflar arasındaki dağılımına etkisi ele alınacaktır. Navlun sözleşmesinde taşıtan sıfatına sahip olan kişinin, satım ilişkisinde navlun sözleşmesini kurma borcunu üstlenen alıcı ya da satıcı olduğu gözetildiğinde, FIOST kaydının taşıma ilişkisinin ilgilileri arasındaki etkisinin açıklanması, esasen taşıtan sıfatını haiz satıcı ya da alıcının da hukuki durumunu ortaya koymuş olacaktır.

I. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN INCOTERMS KURALLARI: FOB (*Free on Board*) VE CIF (*Cost, Insurance and Freight*) SATIŞLAR

ICC tarafından ilk edisyonu 1936 yılında yayımlanan ve güncel ekonomik ihtiyaçlar doğrultusunda düzenli olarak revizyona tabi tutulan[5] Incoterms Kuralları, uluslararası ve ulusal satış sözleşmelerinde alıcı/satıcı arasında bazı masrafların ve risklerin paylaştırılmasını sağlamada kullanılan standart ticari terimlerdir[6]. Ortaya çıkışında uluslararası satış sözleşmeleri temel alınan Incoterms Kuralları, *International Commercial Terms* ifadesinden oluşturulan bir akronimdir. Ancak 2010 yılında yayımlanan kitapçıkta Incoterms Kurallarının ülke içi satış sözleşmelerini de kapsayacak şekilde kullanılabileceği netleştirilmiş ve böylece uygulama alanı genişletilmiştir[7].

1990 yılında Incoterms Kurallarının daha iyi anlaşılması için oluşturulan harfli gruplandırmada dört kategori mevcuttu: Bunlar her terimin ilk harfi ve bazı ortak özellikleri esas alınarak oluşturulan E, F, C ve D gruplarıydı[8]. Ancak 2010 yılından itibaren bu dörtlü sınıflandırma terk edilmiş, "Bütün Taşıma Modellerinde Geçerli Terimler" ve "Deniz ve İç Su Taşıma Modellerinde Geçerli Terimler" şeklinde ikili kategori sistemi kullanılmaya

---

5 Incoterms revizyonlarını tetikleyen ticari ihtiyaçlar ve tarihsel süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. RAMBERG Jan, "Incoterms 2010", **Penn State International Law Review**, Cilt: 29, Sayı: 3, s. 415 vd.; ERDEM H. Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 55 vd.; KARACA Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms,** On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 8 vd.; SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, **Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 19 vd.; CANER Oğuz, "Incoterms 2010 (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)", **İTÜSBD (Özel Sayı) 10. Yıl'a Armağan**, Yıl: 11, Sayı: 22, 2012, s. 226 vd.

6 Incoterms 2010 Q&A, (Questions and expert ICC guidance on the Incoterms 2010 rules), ICC Yayın Numarası: 744E, s. 4

7 Incoterms 2010, ICC Yayın Numarası: 715E, s. 8; Jan Ramberg, **ICC Guide to Incoterms 2010 (Understanding and Practical Use)**, ICC Yayın Numarası: 720E, s. 16.

8 Incoterms 2000, ICC Yayın Numarası: 560, s. 7.

başlanmıştır[9]. 2020 Incoterms Kurallarında ilk grupta 7, ikinci grupta 4 ve toplamda 11 ticari terime yer verilmiştir. Deniz ve iç su taşımalarına münhasır terimler: FAS, FOB, CFR ve CIF'tir.

FOB satışlar ilk kez 19. yüzyılın başlarında, CIF satışlar ise ticari gelişmeler sonucunda bu yüzyılın ortalarından sonra İngiliz mahkeme kararlarına konu olmuştur[10]. Uygulamada bu ticari terimlerin farklılaştırılarak değişik versiyonlarda kullanımına rastlanmaktadır. Incoterms 2020 Kuralları, tarafların ticari terimlerde değişiklik yapmasına izin vermekte, ancak bu varyasyonların beklenmedik sürprizlere neden olmaması için tarafların arzuladıkları sonucu açık biçimde sözleşmede belirtmeleri gerektiğinin altını çizmektedir[11]. Klasik FOB satışlar[12], satıcıya yüklenen görevlerin sayıca az olması nedeniyle esnek yapıya sahiptir ve bu esneklik FOB teriminin tercih edilmesini sağlamaktadır[13]. Özellikle petrol, sıvılaştırılmış gaz ve dökme yük satışlarında tam yolculuk çarteri şeklinde yapılan denizyolu ile eşya taşıma sözleşmeleri nedeniyle FOB satışlar hâlâ önemini korumaktadır[14].

1. FOB[15] ve CIF[16] Satışlarda Teslim Yeri

Satış sözleşmesinde teslim, satılanın zilyetliğinin satıcıdan alıcıya geçirilmesini ve malların alıcıya temini için yerine getirilmesi gereken maddi fillerin gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Teslim borcunun çeşitli şekillerde ifa edilmesi söz konusu olabilmektedir[17]. FOB ve CIF satışlar, yükle-

---

9 Incoterms 2010, s. 7; Incoterms 2020, ICC Yayın Numarası: 723E, Introduction, para. 42.

10 ERDEM H. Ercüment, "Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış", **BATİDER**, C.: 18, S.: 4, 1996, s. 42; ERDEM H. Ercüment, **SİF Satışlar (CIF Sales),** İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 9.

11 Incoterms 2020, Introduction, para. 78.

12 İngiliz Hukuku'nda *Straight FOB*, *Classic FOB* ve *Extended FOB* olmak üzere üç FOB satış türü kullanılmaktadır. Bkz. SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten,** İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 107. FOB satışların farklı hukuk sistemlerindeki türleri için bkz. ERDEM H. Ercüment, **FOB Satış**, s. 49 vd.

13 TARELLI Elis, "C.I.F. or F.O.B.: That is the Question!' Main Features of the Two Contracts for the International Sale of Goods", **SSRN Electronic Journal**, 2009, s. 3-4 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467820). FOB ve CIF satışların satış sözleşmesi taraflarına dezavantaj ve avantaj sağlayan yönleri için bkz. TARELLI Elis, s. 6 vd.

14 ERDEM H. Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.** 131-132.

15 FOB + Yükleme limanının adı + Incoterms 2020 (taraflar dilerse farklı yılların edisyonuna da gönderme yapabilir) şeklinde kullanılmalıdır.

16 CIF + boşaltma limanının adı + Incoterms 2020 (taraflar dilerse farklı yılların edisyonuna da gönderme yapabilir) şeklinde kullanılmalıdır.

17 ERDEM H. Ercüment, **FOB Satış**, s. 58.

mede satış nitelikleri gereği, yükleme limanında malların geminin güvertesine yerleştirilmesiyle teslim yükümlülüğünün ifa edildiği sözleşmelerdir[18].

Tüm Incoterms Kuralları bakımından teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesi özel önem arz etmektedir. Zira ulusal hukuklarda hasarın satıcıdan alıcıya geçiş anı, mülkiyetin geçtiği ya da sözleşmenin akdedildiği an gibi birbirinden çok farklı esaslara tabi kılınmış iken Incoterms Kuralları bunu tek bir noktaya bağlamış ve malların teslim anı esasını benimsemiştir[19].

FOB satışlarda satıcı malları, belirlenen yükleme limanında, eğer varsa, alıcı tarafından gösterilen yükleme noktasında, alıcı tarafından tayin edilen gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek[20] teslim yükümlülüğünü yerine getirir. Eğer alıcı tarafından böyle bir yükleme noktası gösterilmemişse, satıcı belirlenen yükleme limanında kendi amacına en uygun düşen noktayı seçebilir[21].

CIF satışlarda ise satıcı malları, gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim yükümlülüğünü ifa eder[22].

2. FOB ve CIF Satışlarda Masraf Paylaşımı

Uluslararası satış sözleşmelerinde masrafların ne şekilde paylaşılacağı alıcı ve satıcının maliyet hesabını doğru şekilde yapmasını mümkün kılmakta ve bu hesap doğrultusunda ekonomik çıkarlarına uygun davranmalarına imkan tanımaktadır. Örneğin, taşıma masraflarının kendisi tarafından üstlenileceğini bilen satıcı, ileride yapacağı nakliye giderlerini malın satış bedeline (semene) yansıtma yoluna giderek kârını optimize edebilecektir.

FOB sözleşmelerde satıcının borçları, CIF sözleşmelere oranla daha az ve daha dar kapsamlıdır[23]. Bu dar kapsam, satıcının yapması gereken masraf-

---

18 Denizaşırı satışlarda satıcının teslim borcunu ifa yeri kıstasına göre yapılan sınıflandırmada "boşaltmada satış" ve "yüklemede satış" ikili ayrımı yapılmaktadır. Boşaltmada satış, satılanın varma limanında; yüklemede satış ise satılanın yükleme limanında teslimi suretiyle yapılan denizaşırı satışlardır. Bu sınıflandırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KALPSÜZ Turgut, **Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar),** Ankara, BTHAE Yayını, 1967, s. 47 vd.

19 KARACA Hüseyin Akif, s. 18.

20 Incoterms Kurallarında halihazırda teslim edilmiş malların tedarik edilmesi, özellikle emtia ticaretinde yaygın olan çoklu satışlar (zincirleme satışlar, *string sales*) dikkate alınarak ihdas edilmiştir. Bkz. Incoterms 2020, FOB/CIF, Explanatory Notes for Users, para. 3.

21 Incoterms 2020, FOB, A2.

22 Incoterms 2020, CIF, A2.

23 ERDEM H. Ercüment, **FOB Satışlar**, s. 58.

lara da onun lehine yansımaktadır. Buna göre, B9 hükmü uyarınca alıcı tarafından ödenmesi gerekenler dışında, malların A2 hükmü uyarınca teslim edildiği ana kadar mallara ilişkin bütün masraflar; malların teslim edildiğine ilişkin A6 hükmü uyarınca alıcıya olağan teslim kanıtı sağlanmasına ilişkin masraflar; uygulandığı ölçüde, A7(a) hükmü uyarınca ihracat için gereken gümrük işlemlerine ilişkin resimler, vergiler ve diğer bütün masrafları; ve alıcıya, B7(a) hükmü uyarınca belge ve bilgileri edinmesinde yardımcı olunmasına ilişkin bütün masraf ve harçlar satıcı tarafından karşılanır[24].

CIF satışlarda satıcının yükümlülükleri CFR terimindeki yükümlülüklerle büyük oranda örtüşmekte, bunlara ek olarak satıcı, hasarın geçtiği andan itibaren alıcıyı koruyacak nitelikte ve onun hesabına sigorta sözleşmesi yapmaktadır[25]. CIF satışlarda satıcının yükümlülüklerindeki artış, satıcının yapacağı masraf kalemlerini de arttırmaktadır. Buna göre B9 hükmü uyarınca alıcı tarafından ödenmesi gerekenler dışında, malların A2. hükmü uyarınca teslim edildiği ana kadar mallara ilişkin bütün masraflar; malların gemiye yüklenmesine ait masraflar ile taşımaya ilişkin güvenlik masrafları dahil olmak üzere, navlun masrafları ve A4 hükmünden kaynaklanan diğer bütün masraflar; malların kararlaştırılan boşaltma limanında boşaltılmasına ilişkin navlun sözleşmesi uyarınca satıcıya ait olacağı kararlaştırılan masraflar; navlun sözleşmesi uyarınca satıcıya ait olacağı kararlaştırılan transit geçiş masrafları; malların teslim edildiğine ilişkin A6 hükmü uyarınca alıcıya olağan teslim kanıtı sağlanmasına ilişkin masraflar; A5 hükmünden kaynaklanan sigorta masrafları; uygulandığı ölçüde, A7(a) hükmü uyarınca ihracat için gereken gümrük işlemlerine ilişkin resimler, vergiler ve diğer bütün masraflar ve; alıcıya B7 (a) hükmü uyarınca belge ve bilgi edinmesinde yardımcı olunmasına ilişkin bütün masraf ve harçlar satıcı tarafından karşılanır[26].

3. FOB ve CIF Satışlarda Navlun Sözleşmesinin Kurulması

ICC'nin ticari terimler için kullandığı eski sınıflandırma sisteminde FOB, F grubu terimler arasında yer almaktaydı. Bu grupta yer alan terimler bakımından ortak olan husus, navlun sözleşmesinin masrafları kendisine ait

---

[24] Incoterms 2020, FOB, A9.

[25] ERDEM H. Ercüment, **Milletlerarası Ticaret**, s. 144, 148. Sigorta sözleşmesi bakımından CIP ve CIF satışlar arasında ortaya çıkan en önemli fark, teminatın kapsamı noktasında kendini gösterir. Detaylı bilgi için bkz. ÜNAN Samim, "Incoterms 2020 ve Sigorta", **GSÜHFD,** 2020/2, s. 1077.

[26] Incoterms 2020, CIF, A9.

olmak üzere alıcı tarafından yapılması idi[27]. Ancak 2010 Incoterms Kurallarıyla beraber F grubu terimlere, daha önceki edisyonlarda bulunmayan bir ekleme yapılmış ve belirli şartlarda navlun sözleşmesinin satıcı tarafından yapılmasına imkan tanınmıştır[28]. Böyle bir değişikliğin yapılması, yani alıcının açık istemi doğrultusunda satıcının navlun sözleşmesini akdetmesi, satış sözleşmesinin FOB niteliğinde bir değişiklik meydana getirmez; buna karşın satıcının ödediği navlunu semene eklemesi halinde tarafların CFR esaslı satış sözleşmesine geçtikleri sonucuna varılabilir[29].

Incoterms 2010 Kurallarına göre satıcı, *"alıcı tarafından talep edilmesi veya ticari uygulamanın bu yönde olması ve alıcının zamanında aksine bir talimat vermemesi"* durumunda hasar/masraflar alıcıya ait olacak şekilde ve mutat koşullarda bir navlun sözleşmesi akdedebilecektir[30]. Yapılan bu değişiklik, Incoterms 2020 Kurallarına şu şekilde yansımıştır: Navlun sözleşmesinin akdedilmesi alıcının sözleşmeden doğan asli borcu olarak hükme bağlanmakla[31] birlikte, taraflarca kararlaştırılması halinde hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere sözleşmenin satıcı tarafından da yapılabileceği öngörülmüştür. FOB, A4 hükmü şu düzenlemeyi içermektedir: "*Satıcının alıcıya karşı navlun sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur... Kararlaştırılmış olması halinde, satıcı, hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere normal koşullarda bir navlun sözleşmesi yapmalıdır"*[32]. Incoterms 2020 Kurallarında navlun sözleşmesinin yapılmasının satıcı tarafından üstlenilmesinde, yalnızca tarafların karşılıklı ve ortak iradesi esas alınmış, hükmün Incoterms 2010 Kurallarında yer alan *"ticari uygulamanın bu yönde olması ve alıcının zamanında aksi yönde talimat vermemesi"* kısmı kaldırılmıştır.

Eski sınıflandırmada C grubu terimler arasında yer alan CIF satışlar bakımından durum FOB satışlara göre farklıdır. Bu grupta yer alan ticari terimlerin özelliği navlun sözleşmesinin satıcı tarafından akdedilmesidir. Incoterms 2020 Kuralları A4 hükmü uyarınca "Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, malların belirlenen teslim yerinden, eğer varsa kararlaştırılan

---

27 Incoterms 2000, s. 12.

28 SÜZEL Cüneyt, s. 106.

29 ATAMER Kerim, s. 262.

30 Incoterms 2010, s. 24, 80, 88.

31 Incoterms 2020, FOB, B4: *"Alıcı, navlun sözleşmesinin A4 hükmünde öngörüldüğü şekilde satıcı tarafından yapılması durumu hariç, malların belirlenen yükleme limanından taşınması için, masrafları kendisine ait olmak üzere, navlun sözleşmesi yapmalıdır*".

32 Incoterms 2020, FOB, A4.

teslim noktasından, belirlenen varma limanına, eğer varsa burada kararlaştırılan bir noktaya kadar taşınması için navlun sözleşmesi yapmalı veya böyle bir navlun sözleşmesi tedarik etmelidir. Navlun sözleşmesi masrafları satıcıya ait olmak üzere, olağan koşullarda yapılmalı ve satılan tür malların taşınması için genellikle kullanılan tipte bir gemide olağan bir rotada taşıma öngörmelidir".

4. FOB ve CIF Satışlarda Alıcı/Satıcının Navlun Sözleşmesindeki Sıfatları

FOB satışlarda kural olarak navlun sözleşmesini akdeden kişi, satış sözleşmesinde alıcıdır. Satış sözleşmesinde "alıcı" olarak nitelendirilen kişi, FOB teriminin taraflarca seçilmesi ile eşyanın deniz yoluyla taşınması için taşıyanla navlun sözleşmesi akdeder ve bu sözleşme bakımından "taşıtan" sıfatını kazanır[33]. Deniz yoluyla yapılan taşımalarda yalnızca navlun sözleşmesine taraf taşıyan ve taşıtan değil, yükleten ve gönderilen de yükle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır[34].

Yükleten, mevcut bir navlun sözleşmesine dayanarak yükü taşıyana teslim eden kimsedir. Yükleten bizzat taşıtan olabileceği gibi FOB satışlarda olduğu üzere üçüncü kişi (satıcı) de yükleten olabilir. Yükleten taşıyana karşı başlangıçta taşıtanın temsilcisi olarak hareket eder. Taşıyan ve kaptan tarafından yükün kendisine taşınacağı beyan ve taahhüt edilince yükle ilgili şahıs durumuna girer ve bir takım haklara ve yükümlülüklere sahip olur[35]. FOB satışlarda yükleten sıfatına sahip satıcı, eşyayı teslim edince konişmento düzenlenmesini isteyecektir. Gemiye yüklenen mallar için düzenlenen konişmento taşıtandan başka kişiye devredilmedikçe varma limanında taşıtan/alıcıya teslim edilecektir. Bu durumda alıcı, taşıtan/gönderilen sıfatına sahip olacaktır.

Yukarıda FOB satışlarda genel kuralın navlun sözleşmesinin alıcı tarafından akdedilmesi olduğu, ancak taraflarca kararlaştırıldığı takdirde hasar ve

---

33 ATAMER Kerim, s. 253.

34 Yükleten ve gönderilen kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEL Cüneyt, s. 99 vd.; AKSOY Sami, **Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 9 vd.; AMASYA Serap, "Deniz Ticaret Hukukunda Gönderilen Kavramı", **Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I (Ed. Cüneyt Süzel),** İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 39 vd.

35 Yükümlülüklerine TTK m.1145/1, 1146/1; haklarına ise TTK m.TTK m.1151/2, 1128/2 örnek gösterilebilir.

masrafları alıcıya ait olmak üzere navlun sözleşmesi yapma yükümlülüğünün satıcıya yüklenebileceği ifade edilmişti. Bu durumda satıcı yan edim yükümü olarak hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere alıcı ad ve hesabına navlun sözleşmesini yaptığından, alıcı taşıma ilişkisi açısından sahip olduğu taşıtan sıfatını korumaya devam edecektir[36]. Satıcı ise, navlun sözleşmesini alıcı ad ve hesabına üstlendiğinden, taşımayı geçekleştirecek olan gemiyi tayin edecek ancak yükleten sıfatında bir değişiklik meydana gelmeyecektir.

CIF satışlarda ise navlun sözleşmesi akdetme yükümlülüğü satıcıya yüklenmiştir. Navlun sözleşmesi akdeden satıcı, bu sözleşme bakımından taşıtandır. Aynı zamanda yükleme limanında malı taşıyana teslim ederek yükleten sıfatını da kazanacaktır. Alıcı ise, taşıma ilişkisinde gönderilendir ve konişmentonun ibrazı karşılığında varma limanında malların kendisine teslimini isteme hakkına sahiptir.

II. FIOST KAYDININ TAŞIYANIN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

FIOST kaydı uyarınca yükleme, istif ve boşaltma faaliyetleri ile bunların hiç veya gerektiği gibi ifa edilmemesinden doğan sorumluluk yükle ilgililere aktarılabilir mi? Bu husus aşağıda TTK hükümleri ışığında ele alınmıştır[37].

1. Yolculuk Çarteri Sözleşmesinde ve Kırkambar Sözleşmesinde

Taşıyanın yüke özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.1178 (1) şöyledir: *"Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yüklenmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür".* Yükü taşımak üzere teslim alan taşıyan, bu andan itibaren eşyanın bakım ve muhafazasına özen göstermek yükümlülüğü altındadır[38]. Maddede yer alan "özellikle" ibaresinden sonra sayılan edimler, navlun sözleşmesinin ifası için gereken işlemlerden bazılarıdır ve örnekseme yoluyla gösterilmiştir. Madde gerekçesinde, hükümde sayılan işlerin, aksi kararlaştırılmadıkça taşıyanın ifa borcu kapsamında kaldığı ve geminin ticari yönetimine ilişkin olduğu vurgulanmıştır.

---

[36] Bu durumda taşıma sözleşmesinin satıcı tarafından kendi adına kurulduğu ve satıcının alıcıyı temsilen hareket etmediği yönündeki görüş için bkz. ve krş. SÜZEL Cüneyt, s. 107-108.

[37] 1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme hükümleri kapsamında çeşitli ülke mahkemelerinin konuya getirdiği yorumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. ATAMER Kerim, s. 274 vd.; SÜZEL Cüneyt, s. 318 vd.

[38] ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II (Navlun Sözleşmesi)**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 136.

Uygulamada yolculuk çarteri sözleşmelerine ya da konişmentolara konulan FIOST kaydı uyarınca, TTK m.1178 (1)'de sayılan yükleme, istif, elden geçirme ve boşaltma işlerinin ifası ve dolayısıyla bu faaliyetler nedeniyle doğacak masraflar ve bu faaliyetlerden kaynaklanacak sorumluluk yükle ilgililere aktarılmak istenmektedir.

Sözleşme özgürlüğünün cari olduğu yolculuk çarteri sözleşmelerine konulan FIOST kaydı ile taşıtanın yükleme ve boşaltma faaliyetlerine ilişkin bazı işleri, dolayısıyla da bu işlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanacak sorumluluğu üstlenmesi hiç kuşkusuz geçerlidir. Yolculuk çarteri sözleşmelerinde taşıyanın sorumluluğunun daraltılması ya da kaldırılması sözleşme tarafları bakımından emredici rejime tabi değildir. TTK m.1245, TTK m.1243 ile getirilen emredici rejimin yolculuk çarteri sözleşmelerinde uygulanmayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla taşıtan konişmento hamili olarak yükü teslim alsa dahi emredici sorumluluk söz konusu olmayacak[39], FIOST kaydıyla öngörülen işlerin masraf ve sorumluluğunun taşıtan tarafından üstlenilmesinde kanuna aykırı bir durum olup olmadığı hususunda bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır.

Buna karşılık, yolculuk çarteri sözleşmesine dayalı şekilde düzenlenen konişmento, taşıtan durumunda olmayan üçüncü kişiye devir ve teslim edildiği takdirde, TTK m.1243'de zikredilen hükümlerin emredici niteliği üçüncü kişi konişmento hamili için geçerli olacaktır. Kırkambar taşımalarında ise durum farklıdır. Konişmento yükletenin ya da taşıtanın elinde iken dahi taşıyan TTK m.1243'de öngörülen emredici düzenlemeye tabidir.

"Emredici Hükümler" başlığı altında düzenleme getiren TTK m.1243 (1) a bendinde taşıyanın, aynı Kanun'un 1141, 1150, 1151 ve 1178 ilâ 1192'nci maddelerinden kaynaklanan sorumluluğunun doğrudan veya dolaylı şekilde önceden kaldırılması ya da daraltılması yasaklanmış, buna aykırı kayıt ve şartlar geçersiz sayılmıştır.

FIOST kaydı bakımından tereddüde yol açan husus, taşıyanın emredici sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, TTK m.1178'de sayılan yükleme, istif, elden geçirme ve boşaltma edimlerinin ifasının ve dolayısıyla bu edimlerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararın yükle ilgili kişilere devredilmesinin geçerli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

---

[39] ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, s. 186.

Yargıtay uygulamasına göre, söz konusu işler fiilen yükle ilgililer (taşıtan, yükleten veya gönderilen) tarafından yerine getirildiği takdirde ve ölçüde bu işlerden kaynaklanan masraflar ve sorumluluk da yükle ilgililere aktarılmaktadır[40]. Öğretide 1924 tarihli Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme uyarınca TTK m.1178'de sayılan yükleme, istif, elden geçirme ve boşaltma işlerinin taşıyan tarafından yapılmasının zorunlu olmadığı, bu işlerin masraf ve sorumluluğunun yükle ilgili kişilere devredilebilmesinin mümkün olduğu, bununla birlikte taşıyan bu işleri üstlenmişse yasal özen borcu çerçevesinde bu işleri ifa ile yükümlü olduğuna işaret edilmektedir[41].

Şu halde, FIOST kaydı uyarınca yükleme ve boşaltmaya ilişkin edimlerin masraf ve sorumluluğunun, TTK m.1243'de zikredilen hükümlerin emredici niteliğinden yararlanan kırkambar sözleşmesindeki konişmento hamillerine ya da yolculuk çarteri sözleşmesinde taşıtan veya onun (dolaylı ya da doğrudan) temsilcisi durumunda olmayan konişmento hamiline bırakılması hukuken geçerlidir[42].

Bununla birlikte önemle vurgulamak gerekir ki, FIOST kaydının konusu olan işler nedeniyle taşıyanın sorumluluğunun ortadan kalkması için fiilen bu kayda uygun hareket edilmiş olmalıdır[43]. Söz gelimi yükleme, istif, elden geçirme ya da boşaltma faaliyetlerinden herhangi biri ya da birkaçı yükle ilgiliye devredildiği halde, fiilen bu işler taşıyan tarafından yerine getirilmişse, taşıyanın bu faaliyetler ifa edildiği sırada meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktan kurtulamaması gerekir.

2. FIOST Kaydının Kaptanın Yükleme ve Boşaltmaya Nezaret Görevi Açısından Etkisi

FIOST kaydının taşıyanın sorumluluğuna etkisi, kaptanın yükleme ve boşaltmaya nezaret yükümlülüğü bakımından da değerlendirilmelidir. *"Geminin yüklemeye ve boşaltmaya elverişli olup olmadığına dikkat etme"* başlıklı TTK m.1091 (1) uyarınca *"Kaptan, yükleme ve boşaltma araçlarının*

---

40 Yargıtay uygulamasından örnekler ve Yargıtay uygulamasına ilişkin tespit için bkz. ATAMER Kerim, s. 274 vd., s. 279.

41 ATAMER Kerim, s. 288 vd., s. 296-297.

42 Söz konusu kişiler açısından FIOST kaydının geçerli olması için bu kaydın konişmentoda yer alması veya konişmentonun atıf yaptığı ve konişmento ile birlikte ibraz edilen çarter partide (ya da teyit mektubunda) bulunması (TTK m.1237 (3)) lazımdır, bkz. ATAMER Kerim, s. 297.

43 ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, s. 136, dn. 532.

kullanılma amaçlarına uygun durumda olmasına ve istifin, özel istifçiler tarafından yapılsa bile, denizcilikte geçerli olan kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine dikkat etmek zorundadır". Aynı maddenin ikinci fıkrasında kaptanın *"denizcilikte geçerli olan kurallar uyarınca; geminin aşırı derecede yüklenmemesine, gerekli safranın gemide bulunmasına ve geminin ambarlarının taşınacak olan eşyayı kabule ve korumaya elverişli bir şekilde donatılmış olmasına dikkat etmek zorunda"* olduğu belirtilmiştir.

Kaptanın TTK m.1091'de düzenlenen yükleme ve boşaltma ile ilgili işlere nezaret görevi özellikle geminin elverişliliğinin sağlanması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Taşıyan ve kaptan yolculuğun başlangıcında geminin denize ve yola elverişli bir halde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür (TTK m.1141 (1)). Acaba FIOST kaydı uyarınca yükleme, istif, elden geçirme işleri yükle ilgili tarafından yürütülürken, kaptan geminin denize ve yola elverişli kalmasını sağlamak amacıyla denetim ve gözetim faaliyetini sürdürecek midir? FIOST kaydı uyarınca taşıtan, yükleten veya gönderilen tarafından gerçekleştirilen işler sırasında eşya zarara uğradığı takdirde taşıyan bu zarardan sorumlu olacak mıdır?

Çağa/Kender'e göre, "eTTK m.1061'de (TTK m.1178) sayılan faaliyet ve yükümlülüklerin bir kısmı ve netice olarak bunların kötü yapılmasından doğan sorumluluk yükle ilgililere aktarılabilecekse de FIOST şartı, kaptanı (e TTK m.975; TTK m.1091), uyarınca yükleme ve boşaltma teçhizatının iyi bir halde bulunmasını sağlamak ve istifin denizcilik örf ve usullerine uygun bir tarzda yapılmasına nezaret etmek görev ve sorumluluğundan kurtarmaz. Kaptanın bu görevini ihmal etmesi yüzünden geminin elverişsiz ve bilhassa dengesinin bozuk olmasından dolayı taşıyanın sorumluluğu devam eder"[44].

Ülgener'e göre, "kaptanın TTK m.1091'de öngörülen nezaret görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle gemiye ve bunun içindeki yüklere gelecek olan zarardan taşıyan sorumlu olup, FIOST kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. İstif hususuna bağlı olan bir sebepten dolayı geminin elverişliliğini kaybetmesi sonucunda meydana gelen zarar söz konusu ise, kaptanın nezaret görevini gereği gibi ifa ettiğini ispatlaması ve bu şekilde tedbirli bir kaptanın dikkat ve özenini gösterdiği halde istif kusurunun fark edilemeyecek bir halde olduğunu ortaya koyması şartıyla taşıyan sorumluluktan kurtulabilecektir"[45].

---

[44] ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, s. 48; 136-137.

[45] ÜLGENER M. Fehmi, s. 280.

Atamer ise, isabetli bir şekilde ikili bir ayrım yaparak bir çözüm öngörmüştür. Yazara göre "FIOST kaydı uyarınca taşıtan, yükleten ve gönderilen tarafından yürütülen işlerden ötürü onalar ait eşyada meydana gelen zarardan taşıyan ve kaptan sorumlu tutulamaz; ancak bu işlerin hiç yapılmaması ya da kötü yapılması geminin denize ve yola elverişliliğini ve diğer eşyaların güvenliğini etkiliyorsa, kaptan e TTK m.975 (TTK m.1091) uyarınca müdahalede bulunmak zorundadır. Bu müdahalenin yapılmaması nedeniyle gemideki diğer eşyanın uğradığı zarardan taşıyan, yerine göre, elverişlilik borcunun veya özen borcunun ihlalinden ötürü sorumlu tutulur"[46].

III. FIOST KAYDININ TAŞITAN VE TAŞIYAN ARASINDAKİ MASRAF DAĞILIMINA ETKİSİ

FIOST kaydının bulunmadığı bir navlun sözleşmesinde taşıyan; yükleme, istif ve boşaltma işleri için ödemek zorunda kalacağı ücret ve yapacağı masrafları da navlun bedeline dahil etmektedir. Ancak anılan kayıtlara sözleşmede yer verilmesi, bu faaliyetlere ilişkin masrafların navlunun hesabında dikkate alınmamasına ve bunları içeren navlun bedeline oranla daha düşük olmasına neden olacaktır[47]. Bu nedenle söz konusu şartlar, doğrudan navlunun hesabını etkilemektedir[48].

1. Kanuni Düzen

TTK m.1143 ve TTK m.1167, sırasıyla, yükleme ve boşaltma giderlerinin navlun sözleşmesinin tarafları ve ilgilileri arasında ne şekilde paylaştırılacağını düzenlemiştir. TTK m.1143 (1) uyarınca sözleşme, yükleme limanı düzenlemeleri ve bunlar yoksa yerel teamül ile aksi öngörülmüş olmadıkça, eşyanın gemiye kadar taşıma gideri taşıtana, yükleme gideri ise taşıyana aittir. Tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki bu hüküm, Incoterms FAS Kuralına benzer bir masraf paylaşımı öngörmektedir. Boşaltma giderlerinin paylaşımını düzenleyen TTK m.1167 (1) uyarınca ise sözleşme, boşaltma limanı düzenlemeleri ve bunlar yoksa yerel teamül ile aksi öngörülmüş olmadıkça, eşyanın gemiden çıkartılması gideri taşıyana, geri kalan boşaltma giderleri ise gönderilene aittir.

---

46 ATAMER Kerim, s. 314-315.

47 Uygulamada bu kayıtlar aracılığıyla taşıyanın üzerinden yük ilgililerine aktarılan işler için navlunda %10 ilâ %25 arasında bir indirim yapılmaktadır. Bkz. ATAMER Kerim, s. 274.

48 ÜLGENER M. Fehmi, s. 274.

2. FIOST Kaydının Etkisi

TTK, yükleme ve boşaltma masraflarının taraflar arasında nasıl paylaşılacağını düzenlemekte ise de, aynı zamanda yüklemede ve boşaltmada taşıtan ve taşıyanın faaliyet sahalarını da tespit etmiştir. Fakat yukarıda belirttiğimiz gibi FIOST şartı ile tarafların bu kanuni faaliyet sahalarını ve bu doğrultuda masrafların taraflar arasında dağılımını kanuni düzene nazaran değiştirmek mümkündür. Buna göre, yükle ilgili FIOST şartının konusu olan faaliyetleri masrafı kendisine ait olmak üzere üstlenmektedir[49]. Görüldüğü üzere, FIOST kaydının ekonomik yönden avantaj ya da dezavantaj sağlayacak sonuçları tarafların kendi tasarruflarına bırakılmıştır.

3. FIOST Kaydının FOB ve CIF Satışlarda Taraflar Arasındaki Masraf Paylaşımına Etkisi

FOB satışlarda açıkça alıcının ödeyeceği kararlaştırılanlar haricinde yükün gemide teslimine kadar tüm masrafları satıcı karşılar. Yükün teslim edildiği ana kadar o yüke ilişkin bütün zıya ve hasar satıcıya aittir[50]. Teslimin gerçekleşmesinden sonraki masraflar ise alıcının üzerindedir. Alıcının ya da masraf ve hasarı alıcıya ait olacak şekilde satıcı tarafından akdedilen navlun sözleşmesinin FIOST kaydı içermesi halinde satıcı, malların güvertede teslimi için gerekli olan yükleme masraflarını karşılar. Malların güverteye konmasından itibaren masrafları üstlenen alıcı ise, istifleme ve boşaltma masraflarını üstlenir.

CIF satışlarda ise navlun sözleşmesini satıcı akdeder. Navlun sözleşmesinden kaynaklanan tüm masraflar onun tarafından karşılanır. Bu nedenle satıcı, FIOST kaydı içeren bir navlun sözleşmesi yaparsa, kaydın konusu olan faaliyetlere ilişkin masraflar da ona ait olur.

---

[49] ATAMER Kerim, s. 283. 2010 öncesi Kuralların İngilizce orijinal metninde malların gemi küpeştesini aşmasıyla (*pass the ship's rail*) hasarın satıcıdan alıcıya geçeceği kabul edilmekte, buna karşın metnin Türkçe çevirisinde hasarın geçiş anı "*malların gemi bordasına*" teslimiyle ilişkilendirilmiş bulunmaktaydı. Bu tercüme farklılığı ve İngilizce metindeki düzenleme doktrinde eleştirilerek hasarın, malların gemi güvertesine yerleştirilmesinden sonra geçmesi gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. ERDEM H. Ercüment, **FOB Satış**, s. 81-82. Gerçekten de karmaşaya neden olabilecek bu durum, Incoterms 2010 Kuralları ile değiştirilmiştir. Buna göre malların güverteye yüklenmesi ("*placing them on board*"), FOB ve CIF satışlarda teslimat ve hasarın satıcıdan alıcıya geçiş anı olarak belirlenmiştir.

[50] Incoterms 2020, FOB, A3

KAYNAKÇA

AMASYA Serap, "Deniz Ticaret Hukukunda Gönderilen Kavramı", **Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu I (Ed. Cüneyt Süzel),** İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 39-54

ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi,** Yıl: 11, Sayı: 1-4, s. 241-342

ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II (Navlun Sözleşmesi)**, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010

CANER Oğuz, "Incoterms 2010 (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)", **İTÜSBD (Özel Sayı) 10. Yıl'a Armağan**, Yıl: 11, Sayı: 22, 2012, s. 223-262

DJADJEV Ilian, **The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo (The Hague-Visby Rules,** Springer, 2017

ERDEM H. Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020

ERDEM H. Ercüment, **SİF Satışlar (CIF Sales),** İstanbul, Beta Yayınları, 1999

ERDEM H. Ercüment, "Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış", **BATİDER**, C.: 18, S.: 4, 1996, s. 37-92 (Anılış: "FOB Satış")

KALPSÜZ Turgut, **Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar),** Ankara, BTHAE Yayını, 1967

KARACA Hüseyin Akif, **Milletlerarası Hukukta Incoterms,** On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

RAMBERG Jan, "Incoterms 2010", **Penn State International Law Review**, Cilt: 29, Sayı: 3, s. 415-424.

SEVİNÇ KUYUCU Aslıhan, **Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011

SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku I,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019

SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten,** İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014

TARELLI Elis, "C.I.F. or F.O.B.: That is the Question!' Main Features of the Two Contracts for the International Sale of Goods", **SSRN Electronic Journal**, 2009, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467820).

TETLEY William, **Marine Cargo Claims (Volume I),** 4. Baskı, Les Editions Yvon Blais Inc., Québec, 2008

ÜLGENER M. Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri I (Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi),** İkinci Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2017

ÜNAN Samim, "Incoterms 2020 ve Sigorta", **GSÜHFD,** 2020/2, s. 1057-1085

ICC YAYINLARI

Incoterms 2000, ICC Yayın Numarası: 560

Incoterms 2010, ICC Yayın Numarası: 715E

Incoterms 2010 Q&A, (Questions and expert ICC guidance on the Incoterms 2010 rules), ICC Yayın Numarası: 744E

Incoterms 2020, ICC Yayın Numarası: 723E

RAMBERG Jan, **ICC Guide to Incoterms 2010 (Understanding and Practical Use)**, ICC Yayın Numarası: 720E

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1891-1924

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 11 ŞUBAT 2015 TARİHLİ VE 4A_496/2014 SAYILI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER: *DOĞRUDAN TEMSİL Mİ, DOLAYLI TEMSİL Mİ?*(*)

Doç. Dr. **K. Berk KAPANCI**(**)

Öz: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Şubat 2015 tarihli ve 4A_496/2014 sayılı kararı, belirli bir somut olayın koşulları çerçevesinde doğrudan temsil ve dolaylı temsil kavramları üzerine yoğunlaşmaktadır. Federal Mahkeme'nin bu karar vesilesiyle ele aldığı hususlar, uygulamada kolaylıkla birbirine karıştırılabilecek, buna karşılık da birbirinden ciddi şekilde ayrılan sonuçları olan bu iki kurumun ilişkilerinin ve farklılıklarının bir kez daha netlikle ortaya koyulmasında önem taşımaktadır. Öyle ki, bir yanda, doğrudan temsille işlem yapıldığında, yapılan işlemin hüküm ve sonuçları -temsilci bu ilişkiye bir an için olsun taraf olmaksızın- doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde doğarken; diğer yanda, dolaylı temsilde durum oldukça farklıdır, bu kez işlem tarafı dolaylı temsilci olur, sonrasında ise onun ilgili işlem çerçevesinde elde ettiklerini dolaylı temsil olunana (aralarındaki iç ilişki çerçevesinde) ikinci bir turda yapacağı ayrı işlemlerle aktarması gerekir. İşbu çalışmamızın amacı, ilgili karar ışığında doğrudan temsil ve dolaylı temsil kavramlarının birbirlerinden ayırt edilmesinde temel olarak dikkat edilecek hususların irdelenmesi ve yine bu kavramların (tüzel kişi) organ(ı) kavramından farklarının tespit edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Doğrudan Temsil, Temsil Yetkisi, İlgili İçin İşlem, Dolaylı Temsil, Tüzel Kişinin Yetkili Organı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 21.10.2021.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-6540-5872; *berk.kapanci@mef.edu.tr*).

THOUGHTS ON A SWISS FEDERAL COURT'S AWARD (TF 4A_496/2014, 11.02.2015): *DIRECT OR INDIRECT AGENCY?*

Abstract: Swiss Federal Court's award dated 11.02.2015 and numbered 4A_496/2014, is mainly focusing on the concepts of direct and indirect agency, in the context of a concrete legal dispute. The related explanations provided and analysis made by the Federal Court contribute important remarks upon the differences of these separate concepts which may be easily confused with each other in the legal practice. When there is a legal transaction established by a direct agent on behalf of another person (which is the principal), legal consequences of this transaction arise directly on this person (the principal). On the other hand, the legal situation is entirely different in a legal transaction executed through indirect agency: There, the indirect agent directly becomes the very party of the transaction, however later, she/he should assign the related rights and duties to the principal in accordance with their own internal relation. The aim of this article is then to determine the main points to be considered distinguishing the concepts of direct and indirect agency, along with their differences from the concept of organ (of a legal person) in the very light of the above-mentioned Federal Court's award which has been taken as a starting point.

Keywords: Direct Agency, Authority to Act on Behalf of Another, Transaction for the Relevant Person, Indirect Agency, Competent Body of a Legal Person.

GİRİŞ

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Şubat 2015 tarihli ve 4A_496/2014 sayılı kararı[1], uyuşmazlık konusunun içinden doğduğu belirli bir somut olayın koşulları çerçevesinde doğrudan temsil ve dolaylı temsil kavramları üzerine yoğunlaşmaktadır. Gerçekten Federal Mahkeme'nin bu karar vesilesiyle ele aldığı hususlar, birbirinden ciddi şekilde ayrılan sonuçları olan bu iki kurumun ilişkilerinin ve farklılıklarının bir kez daha tespit edilmesinde ve ortaya koyulmasında önem taşımaktadır. Öyle ki somut olayın özellikleri,

[1] Kararın tam metni için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F11-02-2015-4A_496-2014&lang=de&type=show_document&zoom=YES& [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021]. Kararın önemli noktalarına temas eden Fransızca bir özeti için ayrıca bkz. HIRSCH Célian, "Une représentation directe ou indirecte?", www.lawinside.ch/21/, [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021]. Son olarak kararın Türkçe olarak kısa bir özeti için de yine bkz. KARA Doğan / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler,** Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 352-354.

farklı derecelerdeki mahkemelerin birbirinden ayrılan değerlendirmelerde bulunması akabinde konunun Federal Mahkeme'nin önüne gelmesini gerektirmiş, Mahkeme de konu özelinde duyarlı bir inceleme ve ayrım yaparak çeşitli sonuçlara ulaşmıştır. İlgili uğurda Mahkeme tarafından yürütülen yorum faaliyetinde temas edilen noktalar ve gözetilen incelikler de ayrıca takdire şayandır.

Dolayısıyla anılanlar çerçevesinde ilgili kararın özel olarak inceleme merceği altına yatırılmasının ve varılan sonuçların özel olarak ve derinlemesine değerlendirilmesinin Türk Hukuku bakımından da anlamlı olduğunu düşünüyoruz.

Bu çerçevede aşağıda öncelikle karara konu olan olaya **(I)** yer verilecek, akabinde farklı derecelerdeki mahkemelerin -özellikle ve ayrıntılarıyla Federal Mahkeme'nin- konuyla ilgili yaklaşımları **(II)** detaylı şekilde ele alındıktan sonra karar bağlamında doğrudan ve dolaylı temsil kurumlarına -aynı zamanda kısmen de tüzel kişi organ faaliyetine ve bu faaliyetin sözü geçen iki kurumla ilişkisine- ilişkin çeşitli hukuki değerlendirmelerde **(III)** bulunulacaktır.

I. KARARA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

B Şirketi'nde (B Sàrl [*Société à responsabilité limitée*]) yönetici ortak olarak görev yapmakta olan C, bu şirketin yetkili organı olarak X şehrinde "B Mücevherat" işletme unvanı altında bir kuyumcu (mücevherat) dükkânı işletmektedir. A ise, değerli taşların ticaretiyle aktif olarak uğraşan, sosyal çevresi geniş ve güvenilen bir kimsedir.

A, 8 Nisan 2004 tarihinde iki adet yüzük ve 7,62 karatlık bir adet oval şekilli elması teslim etmek üzere C'ye getirir. C, A'nın antetiyle (üst yazısıyla) hazırlanmış iki farklı teslim belgesini imzalar: İlk belge, yüzüklerle ilgilidir, belgede yüzük bedellerinin 4.500 ve 6.800 İsviçre Frangı tutarlarında olduğu belirtilmektedir. Elmasa ilişkin olan ikinci belge ise, elmasın değerinin 50.000 Amerikan Doları tutarında olduğuna işaret etmektedir.

30 Nisan 2005 tarihinde, B Şirketi A'ya yüzüklerden biri için 6.800 İsviçre Frangı tutarında bir ödemede bulunur. Bunun üzerine de ilgili teslim belgesinin üzerine "satıldı" kaydı düşülür.

Yaklaşık iki yıl sonra, Şubat 2007'de, C vefat eder. A da B Şirketi'nden diğer yüzük ve elmasın kendisine iadesini veya bunlara ilişkin bir ödemede

bulunulmasını talep eder. Şirket, diğer yüzük için 4.500 İsviçre Frangı tutarında bir ödemede bulunur. Diğer taraftan, B Şirketi'nin kayıtları incelendiğinde A'nın talebi dahilinde sözü geçen elmasın izine rastlanmamıştır. Bir başka ifadeyle elmas kayıptır.

14 Aralık 2007 tarihine gelindiğinde ise A, B Şirketi'ne, 26 Aralık 2007 tarihine kadar elmasın kendisine iadesini yahut da halihazırdaki değerine karşılık gelen 120.000 Amerikan Dolarının ödemesinin yapılmasını ihtar eder[2].

II. İLK DERECE, İKİNCİ DERECE (*KANTON MAHKEMESİ*) VE ÜST DERECE (*FEDERAL MAHKEME*) MAHKEMELERİNİN KARARLARINA BAKIŞ

1. İlk Derece Mahkemesinin Kararındaki Yaklaşım

A, 31 Ağustos 2010 tarihinde ilk derece mahkemesi konumundaki ***Sierre Bölge Mahkemesi (Tribunal du district de Sierre) önünde*** B Şirketi'ne karşı dava açar. İlgili bağlamda davacı A, son tahlilde, 50.500 Amerikan Dolarının ve 15 Temmuz 2008'den itibaren işleyecek %5 oranında faizin ödemesinin kendisine yapılmasını talep eder[3].

Mahkemece taraf olarak diyecekleri sorulduğunda ise, davacı A izleyen beyanlarda bulunur: Davaya vücut veren olayların gerçekleştiği tarihlerde davalı B Şirketi'nin yetkili organı C, İtalyan bir müşterisine hazırlayacağı yüzük için bir elmas taş arayışındadır. Davacı A, C'nin isteğine uygun bir taşı bir sağlayıcısından edinir ve yüzüğün ilgili müşteriye satılması akabinde kendisine ödenecek 50.000 Amerikan doları karşılığında C'ye teslim eder. Bu arada C, yüzüğün hazırlanmasının zaman alabileceğini, zira müşterisinin arada sırada (düzensiz olarak) X şehrine geldiğini ifade eder. Davacı A ise, sağlayıcısı taşı kendisinden geri isteyinceye kadar bunun bir problem oluşturmayacağını C'ye aktarır. 50.000 Amerikan Doları tutarındaki meblağ, toplu şekilde elmasın teslim tarihindeki değerine ve davacı A'nın 8.000 Amerikan Doları tutarındaki komisyonculuk ücretine karşılık gelmektedir. Bu arada taraflar belirlenen bedelin satış zamanında tekrar müzakere edileceği ve duruma göre %2 ilâ %10 arasında bir indirimin yapılacağı hususunda da anlaşırlar. Davacı A'nın bu süreçteki temel görevi, elmas taşın maliki konumundaki sağlayıcıyı konuyla ilgili olarak bilgi-

---

2 Buraya kadar olan kısım için bkz. *Faits* (Olay) para. A.

3 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.a.

lendirmektir. Davacı A ilgili dönemde satışın gerçekleşeceği hususunda kendinden emin görünen C'yle sürekli irtibatını devam ettirir. Nihayetinde ise davacı A, söz konusu elmas için sağlayıcısına *TVA [Taxe sur la valeur ajoutée]* (KDV) hariç 30.000 ilâ 35.000 İsviçre Frangı tutarında bir bedel ödemesinde bulunmak durumunda kalır[4].

Sierre Bölge Mahkemesi'nin yargılaması neticesinde, 13 Mayıs 2013 tarihinde, davacı A'ya, davalı B Şirketi 45.000 Amerikan Dolarının ve 15 Temmuz 2008'den itibaren işleyecek %5 oranında faizin ödenmesine karar verilir. Bölge mahkemesi hâkimi, 7,62 karatlık oval elmasın davacı A tarafından davalı B Şirketi'ne 8 Nisan 2004 tarihinde teslim edildiğini, akabinde ise davacı A'nın 14 Aralık 2007 tarihinde taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirme iradesini gösterdiğini tespit etmiştir. Söz konusu çerçevede, taraflar arasındaki sözleşmenin türü ne olursa olsun (satış komisyonculuğu (*commission-vente*) veya vekâlet (*mandat*)), davalı B Şirketi'nin satılmamış olan malları davacı A'ya iade etmesi gerekecektir. Buna karşılık, somut olayda böyle bir durumun gerçekleştiği tespit edilememektedir. Dolayısıyla davalı B Şirketi sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini ihlal etmiştir ve sözleşmesel sorumlulukta kusurunun varlığı da karine olarak var kabul edildiğinden, onun bahsi geçen elmasın kaybolmasına bağlı zararları tazmin etmesi gerektiği de şüpheden aridir. Söz konusu elmasın değerinin taraflar arasındaki mutabakat dahilinde 50.000 Amerikan Doları olarak tespit edildiği görülmektedir. Yine taraflar arasındaki ilişkide mevcut bulunan, en fazla %10'a kadar ulaşabilecek indirim uygulaması da gözetilerek B Şirketi'nin A'ya 45.000 Amerikan Doları tutarında ödeme yapmaya mahkûm edilmesi uygun görülmüştür[5].

2. Kanton Mahkemesi'nin Kararındaki Yaklaşım

Davalı B Şirketi, ilk derece mahkemesinin kararına ikinci derece mahkemesi konumundaki ***Valais Kanton Mahkemesi (Tribunal cantonal valaisan) önünde*** itiraz eder. Kanton Mahkemesi'nin 2. Özel Hukuk Dairesi'nin (*Cour civile II*) 8 Temmuz 2014 tarihli kararıyla da davacının davasının reddine hükmedilir[6].

Mahkeme maddi vakıalara ilişkin değerlendirmesinde elmasın 8 Nisan 2004'te davalı B Şirketi'ne teslim edildiği ve daha sonra da ilgili taşın iadesinin

---

4 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.a.

5 Yine bkz. *Faits* (Olay) para. B.b.

6 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.c.

sağlanmadığı hususlarını teyit etmiştir. Hukuki açıdan bakıldığında ise, Mahkeme'ye göre, şu değerlendirmeler yapılmalıdır: Taraflar arasındaki satış için bırakma sözleşmesi (*contrat estimatoire*) dahilinde, satış için alan, satış için bırakana, kararlaştırılan zaman diliminin sonunda ya malın kendisini iade etmeli ya da 50.000 Amerikan Doları tutarındaki bedeli ödemelidir. Bununla birlikte maddi açıdan bakıldığında davacının bu davayı açmada sıfat eksikliği bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Ne de olsa, davacı A, sağlayıcısının adına ve hesabına hareket etmektedir, hiçbir durumda elmasın mülkiyeti davacı A'ya aktarılmamıştır. Davalı B Şirketi, İtalyan müşterisiyle olan müzakere sürecinin uzun olabileceğine dikkat çekerken, davacı A, bu durumun sağlayıcısının malı geri istemesi haricinde bir sorun oluşturmayacağını iletmiştir. Bunun yanında davacı A, sağlayıcısını söz konusu müzakere süreciyle ilgili olarak düzenli biçimde bilgilendirmiştir. İlgili bağlamda süreç kararlaştırıldığı gibi tamamlandığında, yani 50.000 Amerikan Dolarlık ödeme fiilen yapıldığında, davacı A da, 8.000 Amerikan Doları tutarında bir komisyon alacağı elde edecektir. Bu çerçevede davacı A'nın sağlayıcısı ile arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. Pek tabii, davacı A ve sağlayıcı arasındaki bu iç ilişkinin nitelendirilmesi, mevcut sorunun çözümü bakımından bir önem taşımamaktadır. Davacı A, davalı B Şirketi karşısında ise, tüm süreç boyunca sağlayıcısının doğrudan temsilcisi (*représentant direct*) konumundadır. Dolayısıyla davacı A'nın bu davayı açmada hukuki sıfatı bulunmamaktadır. Kanton Mahkemesi'ne göre, tüm bu gerekçeler dahilinde, davacı A'nın açtığı davanın reddi gerekir[7].

3. Federal Mahkeme'nin Kararındaki Yaklaşım

Davacı A, bu gelişme üzerine, kanun yolu başvurusunda bulunarak davayı üst derece mahkemesi konumundaki ***İsviçre Federal Mahkemesi (Tribunal fédéral) önüne*** getirmiştir. Son tahlilde davacı A, 45.000 Amerikan Dolarının ve 15 Temmuz 2008'den itibaren işleyecek %5 oranında faizin kendisine ödenmesini talep etmektedir. Davacı A, mahkemeye, hatırlatma amaçlı olarak, sağlayıcısına söz konusu elmas ile ilgili olarak yaptığı 30.128 İsviçre Frangı tutarındaki ödemeyi gösterir iki makbuz belgesini de ayrıca sunmuştur. Bu durum karşısında ise, davalı B Şirketi davanın, Kanton Mahkemesi'nin hükmettiği şekilde, reddini talep etmektedir[8].

---

7 Yine bkz. *Faits* (Olay) para. B.c.

8 Bkz. *Faits* (Olay) para. C.

Federal Mahkeme'nin kendi değerlendirmesinde vardığı sonuçlar ise aşağıdaki gibi özetlenebilir.

Mahkeme, öncelikle ***usul hukukuna ilişkin bazı noktalara*** temas etmiştir:

İlk olarak, davacı A'nın sunduğu makbuz belgelerinin delil olarak kabul edilebilirliği ele alınmalıdır: Art.99 al.1 LTF (*Loi sur le tribunal fédéral*, [Federal Mahkeme Hakkında Kanun]), bir önceki derecedeki mahkemenin kararıyla ilgili olabilecek bulunanlar dışında, dava konusu ile alakalı yeni vakıa veya delillerin mahkemeye sunulmasını yasaklamaktadır. Bu bağlamda, dava tarafı kendi ihmali nedeniyle daha önce ileri sürebileceği bir vakıayı yahut sunabileceği delili yargılama sürecine dahil etmemişse, bunun olumsuz sonuçlarına kendisi katlanacaktır, yani bahsi geçen istisnanın onun durumuna uygulanması söz konusu olmaz (Ayrıca bkz. ATF 136 III 123[9], para. 4.4.3). Somut olayda, kanun yolu başvurusunda bulunulan Kanton Mahkemesi kararında, davacı A'nın kendi sağlayıcısına kayıp elmasa ilişkin bir bedel ödemesinde yaptığını ispat edemediği tespitinde bulunulmuştur. Ne var ki davacı A bu konuda, daha önceki bir aşamada delil sunabileceğinden, onun 2008 tarihli makbuzları Federal Mahkeme'nin inceleme aşamasına gelindiğinde yargılama sürecine dahil etmesi isteği kabul edilebilir değildir, dolayısıyla söz konusu belgeler delil olarak dikkate alınamaz[10].

Bundan başka, davacı, Kanton Mahkemesi'nin maddi vakıaları, açıkça hatalı şekilde ve Art.8 CC'ye (*Code civil suisse* [İsviçre Medeni Kanunu], ayrıca bkz. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu[11] (TMK) m.6, HMK m.190) ve yine Art.97 al.1 LTF'ye de aykırı olacak şekilde değerlendirdiğini ileri sürmektedir. Dava dosyasında belirtilen maddi vakıalardan hareketle davacının elmas sağlayıcısı kişinin doğrudan temsilcisi olarak hareket ettiğine ilişkin bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Kanton Mahkemesi ise bu sonuçlara, yargılama sırasında davacını ifadesi alınırken verdiği açıklamalar üzerinden ulaşmıştır. Davacının iddiasına göre, söz konusu uygulama, ilgili dönemde yürürlükte bulunan yargılama usulü prensipleri çerçevesinde gerekçelendirilebilir değildir ve odağına dava dosyasında sunulan maddi vakıalar yerine taraf beyanlarını oturtması bakımından keyfi ve gelişigüzel bir özellik göstermektedir. Federal Mahkeme, bu iddiayı yerinde bulmamıştır. Eğer

---

9 http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-III123%3Ade&lang =de&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

10 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 1.

11 Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607.

taraflardan birinin beyanları, karşı tarafın beyanlarını destekler mahiyette ise, yerine göre dava dosyası içeriğine sunulan maddi vakıalardan uzaklaşabilecek tespitlerin yapılabilmesi pekâlâ söz konusu olabilir[12].

Mahkeme, ***maddi hukuk perspektifinden*** ise şu değerlendirmelerle devam etmiştir:

Davacı A, kanun yolu başvurusu dahilinde, Kanton Mahkemesi'nin, kendisini hukuken sağlayıcının doğrudan temsilcisi olarak nitelendirmesinin Art.32-24 CO (*Code des obligations,* [Borçlar Kanunu], ayrıca bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu[13] (TBK) m.40-42) hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Oysa dava dosyasındaki maddi vakıalardan ne kendisinin bir başkası adına hareket etme iradesini taşıdığı ne de Art.32 al.2 CO'nun (TBK m.40/f.2) şartlarının yerine geldiği sonuçlarına ulaşılamaz. Yine davacı A'nın iddiasına göre, Kanton Mahkemesi, özel olarak davacı A'nın elmasın maliki olmadığı ve satış halinde bir komisyon alacağına hak kazanacağı noktalarından hareket ederek bu değerlendirmeleri yapmış bulunmaktadır, buna karşılık söz konusu noktalar davacı A'nın yaptığı işlemlerde kendi adına hareket etmiş olabileceği düşüncesini de kesinlikle dışlamamaktadır[14].

Federal Mahkeme'ye göre, Kanton Mahkemesi'nin bu konudaki değerlendirmesinin yerindeliğini özel olarak ele almadan evvel, öncelikle doğrudan ve dolaylı temsile ilişkin -hemen aşağıda yer verilecek- genel açıklamalarda bulunulması elzemdir:

- ***Doğrudan temsilde (représentation directe),*** temsilcinin kurduğu sözleşme ilişkisinin hüküm ve sonuçları etkilerini doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde gösterir ve temsilci sözleşme tarafı olmaz (Art.32 al.1 CO / TBK m.40/f.1). Temsilcinin bir başkası adına hareket etme iradesi açık veya örtülü olabilir (Bkz. ATF 126 III 59[15] para. 1b). Bu konuda Art.18 CO (TBK m.19) çerçevesindeki genel yorum kuralları tatbik edilir. Bu arada, bazı durumlarda, temsilcinin her ne kadar bu yönde bir iradesi olmasa da güven ilkesi (*principe de la confiance*) çerçevesinde bir sonuca ulaşılması ve sözleşme tarafının temsil olunan olduğu sonucuna varılması da imkân dahilindedir. Yeter ki temsilcinin dış dünyada

---

12 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 2.1.

13 Resmî Gazete Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

14 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 2.2, 3.1.

15 http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-59%3Ade&lang= de&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

sergilediği davranışları karşı tarafın bu yönde bir anlam çıkarmasına yol verebilecek mahiyette olsun (Bkz. ATF 120 II 197[16] para. 2b/aa). Ortada doğrudan temsil ilintisinin bulunduğu sonucuna Art.32 al.2 CO (TBK m.40/f.2) üzerinden de ulaşılabilir. Yani temsilcinin mutlaka bu yönde bir iradesinin bulunması kaydıyla, eğer karşı taraf için temsil olunan veya temsilci ile bir sözleşmesel ilişki kurulması farksızsa, işlem hüküm ve sonuçları temsil olunan üzerinde doğacaktır[17] (Ayrıca bkz. ATF 117 II 387[18] para. 2a).

- ***Dolaylı temsilde (représentation indirecte) ise,*** dolaylı temsilci bu yöndeki açık bağlanma iradesi dahilinde kendi adına hareket eder. Karşı taraflar kurulan ilişki, dolaylı temsil olunan üzerinde doğrudan herhangi bir hukuki etki meydana getirmez. Onun bu ilişkiden doğan hakları elde etmesi veya borçlarla yükümlenmesi için, sözleşme kurulduktan sonraki bir aşamada yapılacak alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerine ihtiyaç duyulur (Yine bkz. Art.32 al.3 CO, TBK m.40/f.3; ATF 100 II 200[19] para. 8a). Temsilcinin işlem yaparken sözleşmenin karşı tarafına, sadece kendi hesabına hareket etmediği (veya başkasının hesabına hareket ettiği) yönünde bir açıklamada bulunduğu olasılıklarda ise, ortada doğrudan temsilin mi yoksa dolaylı temsilin bulunduğu noktasında bir tespitin yapılması zorlaşır[20] (Bkz. ATF 126 III 59[21] para. 1b).

Somut olaya bakıldığında ise, Federal Mahkeme, davacı A'nın doğrudan sağlayıcısı adına hareket etme yönünde açık bir iradesinin bulunduğu çıkarsamasının yapılmasının pek de olası görülmeyeceğini belirtir. Diğer taraftan davalı B Şirketi'nin aksi yönde bir çıkarımda bulunabilmesine elverişli şartların bulunup bulunmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle,

---

16 https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F120-II-197%3Afr%3Aregeste&lang=fr&type=show_document&zoom=YES& (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

17 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 3.2. İşbu kurgu aşağıda dn. 41'de yer verilecek ve ayrıntılarıyla açıklanacak "*ilgili için örtülü işlem*" kurgusudur.

18 https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-II-387%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

19 http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F100-II-200%3Ade&lang =de&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

20 Yine bkz. *Droit* (Hukuk), para. 3.2.

21 http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-III-59%3Ade&lang= de&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

eğer davalı B Şirketi'nin davacı A'nın davranışlarından güven ilkesi dahilinde böyle bir anlam (başkası adına hareket ettiği ve doğrudan doğruya sözleşme tarafı olmak istemediği yönünde) çıkarması olası görülebilirse durum değişecektir. Olayın gelişiminde, davacı A, sağlayıcısının belirli bir süre geçtikten sonra geri isteyebileceği konusunda davalı B Şirketi'ni bilgilendirmiştir. Davacı A, sağlayıcısının elmasın maliki olduğunu ve kendisinin ancak satış gerçekleştiği takdirde belirli bir komisyon alacağına kavuşabileceğini belirtmiştir. Davalı B Şirketi'nin bu bilgilere sahip olduğunun varsayıldığı bir kurguda bile, o buradan hareketle davacı A'nın yalnızca bir başkası hesabına hareket ettiği çıkarımında bulunabilecektir, yoksa bu bilgiler davacı A'nın bir başkasının adına hareket ettiği yönünde bir çıkarımda bulunulmasına sevk eder bir mahiyet taşımamaktadır. Sonuçta bir komisyonculuk sözleşmesiyle (Art.425 et seq. CO, TBK m.532 vd.) başkasının malının satışına aracılık etmek isteyen aracı / komisyoncu, kural olarak satmayı yükümlendiği malın maliki konumunda değildir. Bununla birlikte söz konusu durum, komisyoncunun alışılageldik şekilde satış sözleşmesini dolaylı temsilci olarak kendi adına yapmasına herhangi bir engel de yaratmaz. Onun bu uğurda, malın mülkiyetini üçüncü kişi alıcıya devretmek hususunda yetkili olması yeterli gelir. Aynı şeyler, komisyoncunun bir üçüncü kişiyle satış için bırakma sözleşmesi akdettiği kurguda da gündeme gelir: Onun salt malın mülkiyetini devretmek noktasında ilgili yetkiyi haiz olması gerekli ve yeterlidir. Somut olayda da davacı A kendi antetiyle (onun adına) hazırlanmış bir teslim belgesiyle elması satış için davalı B Şirketi'nin, belirli bir ticari dostluk ilişkisi içinde olduğu ve kendisine daha önceden de çeşitli değerli taşları sağladığı (belki farklı sağlayıcılardan) yetkili organına (C'ye) bırakmaktadır. Dolayısıyla Federal Mahkeme, ilgili bulgular üzerinden kurulan sözleşmede bir üçüncü kişi adına hareket edildiği sonucuna ulaşmak kabil olmayacağını değerlendirmektedir. Kaldı ki, yine Mahkeme'nin fikrine göre malının devri bakımından bir aracıdan yardım alan malikin devir amacını güden sözleşmenin doğrudan tarafı olacağı hususu bir karine olarak benimsenemez. Dolaylı temsille hareket edilen kurgularda, malik (dolaylı temsil olunan) ve aracı arasında bir tür vekâlet sözleşmesinin kurulduğu kabul edileceğinden, onun, vekilin üçüncü kişi nezdindeki alacaklarının müvekkile kanuni devrini öngören Art.401 al.1 CO (TBK m.509/f.1) üzerinden zaten belirli bir koruma elde edeceğine şüphe bulunmamaktadır (Ayrıca bkz. ATF 122 III 361[22] para. 3a). Yine şu da belirtilmelidir ki, kanun yoluna başvurulan

[22] http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F122-III-361%3Ade&lang =de&type=show_document (Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021).

Kanton Mahkemesi kararında ele alınan maddi vakıalar üzerinden, davalı için sözleşme tarafının davacı A veya sağlayıcısı olması arasında bir farkın olmayacağı ve davacı A'nın da sağlayıcısının adına böyle bir sözleşmeyi kurma iradesinin bulunduğu sonuçlarına ulaşılamaz. Yine Kanton Mahkemesi kararına göre, davacı A hiçbir zaman sağlayıcısının işleme dahil olmak istemediğini belirtmemiş, bununla birlikte ondan hiçbir zaman sağlayıcısının ismini açıklaması beklenmemiştir. Dolayısıyla Kanton Mahkemesi'nin tespitine göre, somut olayda sağlayıcının kimliği her zaman bir bilinmez olarak kalmıştır. Tüm bu hususlar birlikte dikkate alındığında, Federal Mahkeme'nin konuyla ilgili değerlendirmesi, somut olayda davacı A'nın doğrudan temsilci olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir. Dolayısıyla somut olayda davacı A'nın doğrudan doğruya davalı B Şirketi'yle kurulan sözleşmeye (satış için bırakma) taraf (bu anlamda da sağlayıcının dolaylı temsilcisi) olduğu sonucuna ulaşılmalıdır[23].

Bahsi geçen gerekçeler dairesinde Kanton Mahkemesi kararı, Federal Mahkemece iptal edilmiş ve dava yeniden karara bağlanmak üzere ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir. Eğer gerekli olursa, ilk derece mahkemesi, kararında daha önce belirtilmemiş olan başka unsurların somut olayda bir doğrudan temsil ilintisine yol verebilip veremeyeceğini de tespit edecektir[24].

III. DEĞERLENDİRME

Doğrudan ve dolaylı temsil kurumları, doğurdukları hukuki sonuçlar itibariyle, deyim yerinde olursa, birbirlerinden kalın bir çizgiyle ayrılan iki farklı yapı oluşturmaktadır.

Doğrudan temsilde (*représentation directe/ordinaire, direkte/ unmittelbare/echte/offene Stellvertretung, rappresantanza diretta*), doğrudan temsilci, farazi bir an için bile işlem tarafı olmaz, işlemin tüm hüküm sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan üzerinde meydana gelir[25]. Bu durum doğrudan

---

[23] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 3.3.

[24] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4 ve 5.

[25] CHAPPUIS Christine, "Art. 32-40 CO", **Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529,** Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève - Bâle - Munich, 2003, Art. 32 CO, N. 20; ZÄCH Roger / KÜNZLER Adrian, **Art. 32-40 OR, Stellvertretung, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen,** BK - Berner Kommentar, Stämpfli, 2. Aufl., 2014, Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 5; ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO,** 2e édition, Stämpfli, 1997, s. 374; BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation II - Représen-

temsilciye verilen temsil yetkisinin bir sonucudur[26]. Temsil yetkisinin verilmesi, temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiden tamamen bağımsız ve soyut özellikte tek taraflı bir hukuki işlemdir[27].

Buna karşılık dolaylı temsilde (*représentation indirecte/imparfaite, indirekte/mittelbare/unechte/stille Stellvertretung, rappresentanza indiretta*) kurgu, ciddi şekilde farklılaşır: Dolaylı temsilci, temsil olunan ve işlemin karşı tarafı ile ayrı ayrı ilişkiler içindedir ve onun dışında kalan iki kişinin birbiriyle doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır[28]. Diğer bir ifadeyle, dolaylı temsil olunan kurulmak istenen ilişkinin hiçbir zaman tarafı olmaz, taraf olan dolaylı temsilcidir[29]. Aslında, dolaylı temsil tam ve gerçek anlamıyla temsil kurumunu yansıtmaz, hatta belirli bir dereceye kadar bu isimlendirme yanıltıcı da olabilir[30].

---

tation Autorisée 1", **FJS N. 283**, Genève, 1942, s. 1-6, s. 1; GEISSBÜHLER Grégoire, **Le droit des obligations Volume 1: partie générale,** Schulthess, 2020, s. 208, 220; HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil,** Schulthess, 2012, s. 280; AKYOL Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 46; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme,** Yenilenmiş ve Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 620; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 167; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1,** Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 223; NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 134; DEMİR Bahadır, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt 6, Sayı 1, 2015, s. 248-278, s. 251.

26 SCHWARZ Andreas (çev. DAVRAN Bülent), **Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt,** Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948, s. 384.

27 ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri,** Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 592; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 481; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 635; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 174; OĞUZMAN/ÖZ, s. 228; HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 101; SCHWARZ (DAVRAN), s. 388.

28 KARASU Bülent, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil,** Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 122.

29 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 5; ENGEL, s. 374; GEISSBÜHLER, s. 208; HUGUENIN, s. 280; AKYOL, s. 46-47, 57 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; OĞUZMAN/ÖZ, s. 223; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku,** 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 406; DEMİR, s. 251.

30 CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 22; BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht,** 2. Aufl., Schulthess, Zürich, 1988, s. 597; AKYOL, s. 58; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631.

İki kuruma, kendilerini meydana unsurlar çerçevesinde bakıldığında ortak nokta, her ikisinde de temsilcinin bir başkası (temsil olunan) hesabına hareket etmesidir. Buna karşılık eğer bir olayda, tıpkı yukarıda ele aldığımız karara konu olan somut olayda olduğu gibi, sadece bu bulguya rastlanıyorsa, buradan tek başına hareketle net bir sonuca ulaşılabilmesi kabil değildir. Mutlaka olay içeriğindeki diğer unsurlara da titizlikle bakılmalı ve ona göre bir yargıya varılmalıdır.

*

İncelememiz bağlamında, öncelikle bu iki yapıyı soyut olarak -akabinde de somut olay bağlamında bir değerlendirmede bulunmak üzere- biraz daha yakından ele alalım ve her birinin temel özelliklerine ışık tutalım:

Doğrudan temsilden (TBK m.40-48[31]) söz açılabilmesi, ancak ve ancak, temsilci olarak hareket eden kişi, temsil olunan (bir başkası) adına (*au nom d'autrui, in Namen, a nome/in nome di altrui*) hareket ettiğinde mümkündür[32,33]. Temsilcinin, açıklama ilkesi (*principe de la publicité, Offenkundig-*

---

[31] Yalnız ilgili hüküm setinde TBK m.40/f.3 diğerlerinden ayrı tutulmalıdır, ne de olsa bu sonuncusu, aşağıda bağlı metnin devamında da belirtileceği üzere dolaylı temsille ilgili bulunmaktadır. Bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 5.

[32] ENGEL, s. 375; GEISSBÜHLER, s. 208; BEGUELIN, **FJS 283,** s. 5; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 673-674; İNCEOĞLU M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil,** Oniki Levha, İstanbul, 2009, s. 49; OĞUZMAN/ÖZ, s. 224; NOMER, s. 134; SCHWARZ (DAVRAN), s. 379-380, 383 vd.

Kimi yazarlar, doğrudan temsil ilintisinin varlığı için, temsilci tarafından sadece bir başkası adına hareket edildiğinin açıklanmasını yeterli görmez, mutlaka başkası hesabına hareket edildiğinin de ortaya konulmuş olmasını ararlar. Yani eğer temsilci, işlemi yaparken başkası adına ve fakat kendi hesabına hareket etmişse, doğrudan temsil sonuçları tatbik edilmez, bu anlamda işlemin sonuçları temsil olunan ve karşı taraf arasında meydana gelmez. İşlem tarafı olacak olan, temsilcinin ta kendisidir. Bkz. bu yönde YAVUZ Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 24, dn. 35; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167 dn. 1. DEMİR (s. 252'de) bu yönde değerlendirilebilecek çeşitli genel açıklamalar vermiş olmakla birlikte, eserinin izleyen kısmındaki (s. 257 vd.'da) diğer açıklamalar dikkate alındığında, yazarın sadece başkası adına hareket edilmesine yönelik temsilci açıklamasını kâfi gördüğü sonucuna da ulaşılabilmektedir.

Yine bu yönde bkz. Yarg. HGK E. 13-482, K. 359, T. 30.03.1979: *"(...) Dosyadaki yazılara göre, davalılardan arsa sahibi diğer davalı müteahhit S. ile apartman yapımı için anlaşmış, kendisine üç daire ile dükkân alıkoyarak müteahhide ayrılan diğer daireleri satması amacıyla müteahhidi vekil tayin etmiştir. S. bu son dairelerden birini davacıya satmıştır. Davacı satış parasını ödediği halde ferağın verilmediğini iddia ile ödediği paranın her iki davalıdan alınmasını istemektedir. Mahkeme arsa sahibi H. hakkındaki davanın husumetten reddine, satış parasının müteahhitten alınmasına karar vermiştir. Özel daire satışın vekaleten yapıldığı vekaletin yapılan sözleşme hükümlerinin asıla intikal edeceği gerekçesiyle arsa sahibi M. hakkındaki kararı bozmuş mahkeme direnmiştir. / Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitle da-*

keitsprinzip/Grundsatz der Offenheit, principio della publicità) olarak kabul edilen temel ilke gereği, dış dünyaya açıklayacağı, bu yönde açık veya örtülü bir iradesinin (TBK m.40/f.2, Art.32 al.2 CO) bulunması lazımdır[34]. Bazı durumlarda da, böyle bir irade mevcut olmasa da, güven ilkesi ışığında temsilcinin davranışlarından böyle bir iradenin var olduğu düşüncesine ulaşıl-

---

vacı arasında arsa sahibine vekaleten gerçekleşmiş ise de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde olayda olduğu gibi genellikle arsa sahibi haklarını güvence altına almak amacıyla müteahhit adına tapuda devir işlemi yaptırmamakta, ancak müteahhide kalan dairelerin tapuda üçüncü kişiler intikalini sağlamak için müteahhide vekalet vermektedir. Bu suretle yapılan intikalde arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de, müteahhide kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir." (www.lexpera.com) [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021].

Bu düşünce, öğretide KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (s. 675) ve İNCEOĞLU (s. 49) tarafından haklı olarak eleştirilmiş, böyle bir kabulde bulunulması halinde, üçüncü kişinin hiç tahayyül etmediği bir kimse ile sözleşme ilişkisine girmek zorunda bırakılabileceği, bunun da temsil kurumuna olan güveni ciddi şekilde sarsabileceğinin altı çizilmiştir. Yani temsilcinin salt temsil olunan adına hareket ettiğini açıklaması (pek tabii yetkisinin de bulunması şartıyla) doğrudan temsil sonuçlarının oluşmasını sağlayabilmeli, bunun yanında temsilcinin gerçekte/aslında kendi hesabına hareket etme arzusu içinde olması noktasına özel olarak herhangi bir sonuç (yani ilişkinin üçüncü kişi ve temsilci arasında kurulması) bağlanmamalıdır. Dolayısıyla, işlemin başkası adına ve fakat temsilci hesabına yapılmış olması, münhasıran temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirmelidir. Sonuçta üçüncü kişi bakımından da önemli olan işlem muhatabı olarak karşısında kimin bulunacağıdır, bunun ötesinde işlemin ekonomik açıdan kimin yararına ve/veya riskine olacağı onu ilgilendirmemektedir.

Buna karşılık doğrudan temsille ilgili hükümlerden "Temsilin hükmü" kenar başlığını taşıyan TBK m.40/f.1'de, doğrudan temsil tasvir edilirken, maddenin eski hali olan eBK m.32/f.1'den (daha isabetli şekilde sadece "*diğer bir kimse namına*" diye belirtmede bulunulmaktaydı) ve İsviçre mehazından (bkz. Art. 32 CO: "*au nom d'une autre personne*" / "*in dessen namen*" / "*a nome di una terza persona*") farklı olarak, "*bir başkası adına ve hesabına*" hareket edilmiş olması aranmıştır. Yukarıdaki belirtmelerimiz ve dile getirdiğimiz kaygılar bağlamında, madde "düzeltilerek" okunmalı ve sadece "bir başkası adına" hareket edilmiş olması doğrudan temsil bakımından kâfi görülmelidir.

[33] Bazı durumlarda da bir kişi hem kendi hem de başkası adına da hareket edebilir, böyle durumlarda (örnek olarak adi ortaklıkta, ortaklık namına hareket eden ortaklardan birinin durumu düşünülsün) bu kişi hem temsil ettiği bakımından yetkili (doğrudan) temsilci hem de kendisi bakımından sözleşme tarafı sıfatlarını aynı anda -ayrı ayrı- haiz olacaktır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 677.

[34] CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 11; ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 28; WATTER Rolf, "Art. 32-40 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR,** 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 32 OR, N. 16, 17; KLEIN Jean-Philippe, **Stellvertretung, Art. 32 - 40 OR, ZK - Zürcher Kommentar,** 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Schulthess, 2020, Art. 32 OR, N. 47; BUCHER, s. 618-619; HUGUENIN, s. 286; TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 142-143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 185-186; KARASU, s. 75-76; CİHAN Hulki, **Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi,** Beta, İstanbul, 2011, s. 21; EREN, s. 486; SEROZAN, s. 409; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 102-103; DEMİR, s. 257.

masını haklı görülebilir ve dolayısıyla buna sonuç bağlanır[35,36]. Başkası adına hareket iradesi en geç işlemin yapıldığı anda karşı tarafa açıklanmış[37] olmalıdır[38,39].

Belki tam bu noktada özel olarak değerlendirmeyi gerektirecek bir diğer husus, temsilcinin belirli bir kişinin adına hareket ettiğini açıkladığı (veya güven ilkesi çerçevesinde bu sonucun varsayıldığı), buna karşılık bu kişinin kimliğini bildirmediği (şu veya bu sebeple) istisnai kurgularda nasıl düşünülmesi gerekeceğidir. Belirtilmelidir ki, bu konudaki genel kural başkası adına hareket edildiği ifade edilirken temsil olunanın kimliğinin de açıklanmış olmasıdır[40].

"*İlgili için açık işlem*" olarak adlandırılan bu türden (yani sadece başkası için hareket edildiğinin belirtildiği ve fakat bu kişinin kimliğinin belirsiz

---

35 CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 14; GEISSBÜHLER, s. 208; BUCHER, s. 619; ANTALYA, s. 595; OĞUZMAN/ÖZ, s. 225; İNCEOĞLU, s. 48; KARASU, s. 77; NOMER, s. 134; SCHWARZ (DAVRAN), s. 384; DEMİR, s. 257.

36 Pek tabii böyle bir durumda, temsil olunanın bu durumdan etkilenebilmesi için temsilci olarak hareket eden kişiye temsil yetkisi vermiş olması gerekecektir, nitekim bağlı metin dahilinde daha aşağıda da yer verileceği üzere doğrudan temsilin ikinci unsuru, temsilcinin hareket ederken temsil yetkisini haiz olmasıdır, aksi takdirde yetkisiz temsil sonuçlarıyla karşılaşılacaktır. Ayrıca bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 29.

37 Burada üçüncü kişiye (işlemin karşı tarafı) yapılan bildirimin (açıklamanın) esas itibariyle bir "görüş açıklaması" niteliğinde olduğu kabul edilir, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde hukuki işlemlere ilişkin irade bozukluğu düzenlemeleri bunlar bakımından da kıyas yoluyla uygulama bulur (Bu konuda ayrıca bkz. ANTALYA, s. 594).

38 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 54; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 673; ESENER Turhan, **Sâlahiyete Müstenit Temsil,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 150, Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 100; ANTALYA, s. 595; İNCEOĞLU, s. 52.

Farklı yönde bkz. AKYOL, s. 188-189. Yazara göre, temsilcinin bu açıklamayı daha sonra yapması da kabul edilebilirdir. Yazarın bu düşüncesine katılamıyoruz. Sonuçta üçüncü kişiye (karşı tarafa) işlemin tarafının kim olacağıyla ilgili olarak bilgi verilmesi onun işlemi yapıp yapmayacağı ile ilgili kararını vermesinde etkili olacaktır, bu hususun onun izni olmaksızın muallakta bırakılması yahut kontrolü dışında sonradan değiştirilmesi uygun olmaz. Bkz. benzer yönde İNCEOĞLU, s. 52 dn. 199.

39 İşlemi yapan kişi, temsil olunan adına (yani temsilci olarak) hareket etmek istediği halde, bir şekilde hataen (yanılmak suretiyle) işlemi kendi adına (*Propregeschäft*) kurmuş bulunursa, o, TBK m.30 vd. şartları oluşmuşsa yaptığı işlemi -şartları varsa- hata (yanılma) nedeniyle iptal edebilecektir. Pek tabii böyle bir durumda temsilci olarak hareket etmek isteyen bu kişinin, hata (yanılma) hali kendi riziko alanına dahil bulunduğundan, -kural olarak- karşı tarafın zararını gidermesi de gerekecektir (Bkz. TBK m.35). Bu konuda ayrıca bkz. BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation III - Représentation Autorisée 2", **FJS N. 284**, Genève, 1942, s. 1-2, s. 2.

40 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 42; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 54; ENGEL, s. 376; İNCEOĞLU, s. 51.

bırakıldığı) -istisnai- kurgulara TBK m.40 (keza Art.32 CO) dahilinde açıkça yer verilmemiştir[41]. Sözü geçen kurgularda, temsilci, kimi zaman temsil

---

[41] İlgili için işlem (*Handeln für denjenigen, den es angeht / Geschäft für den, den es angeht, L'acte pour le compte de celui que cela concerne / Le contrat pour soi ou son nommable / Le contrat pour le compte de qui il appartiendra, agire in nome di chi spetta*), öğretide açık (*offen, exprès/explicite*) ve örtülü (*verdeckt, tacite/implicite*) olmak üzere iki farklı alt türde değerlendirilmektedir. Bu alt türlerden her biri farklı özellikleri haizdir. Doğrudan bu konuyu ele alan önemli bir eser olarak bkz. AKÜNAL Teoman, **Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda İlgili İçin İşlem Teorisi,** Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 3 vd. Yine özel olarak bu konuyu ele alan bir makale çalışması için bkz. ESENER Turhan, "Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Muameleler", **Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Güzel İstanbul Matbaası,** Ankara, 1958, s. 619-637, s. 619 vd.

İlgili için açık işlemde, üçüncü kişi işlemi kiminle yaptığının önemli bulunmadığını (kendisi için fark etmediğini) açıkça kabul ederken, örtülü olanda bu sonuca olayı çevreleyen hal ve şartlardan dolaylı olarak ulaşılmaktadır (Bu konuda ayrıca bkz. İNCEOĞLU, s. 57).

TBK m.40/f.2'de (Art. 32 al.2 CO) "*ilgili için örtülü işlem*" kavramı da ele alınmaktadır ve buna bağlanacak sonuçlara ilişkin açık bir düzenleme de mevcuttur. İlgili için örtülü işlemde, sadece temsil olunanın kimliğinin bilinmemesinden çok daha öteye geçilmiştir, öyle ki temsilci, temsil yetkisini haiz olduğu halde, i) başkası (temsil olunan) adına hareket ettiğini karşı tarafa hiç açıklamamakta ve ii) onun bu şekilde hareket ettiği hal ve şartlardan da hiçbir suretle anlaşılmamaktadır. Yani o, sadece iç dünyasında kalan bir temsil iradesine sahip olsa da, dışarıdan adeta kendi adına hareket etmiş gibi görünmektedir. Bununla birlikte iii) işlemin karşı tarafı üçüncü kişi için de, işlemin temsilci veya temsil olunanla kurulması arasında -objektif bir bakış açısından değerlendirme yapıldığında- herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. İşbu durumda, sayılan üç şartın birlikte geçekleşmiş olması dahilinde, temsil olunan ilişkinin doğrudan kendisiyle kurulmuş olduğunu ileri sürebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKÜNAL, s. 41 vd.; İNCEOĞLU, s. 67 vd.; KARASU, s. 91 vd.; AKYOL, s. 65-66; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682 vd.; YAVUZ, s. 88 vd.; ANTALYA, s. 597; CİHAN, s. 26 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 144-145; CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 13; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 20; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 101 vd.; ENGEL, s. 377-378; GEISSBÜHLER, s. 208; BUCHER, s. 622; HUGUENIN, s. 287; BEGUELIN, **FJS 284,** s. 1; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 187-189; EREN, s. 487-488; OĞUZMAN/ÖZ, s. 226; SEROZAN, s. 410; NOMER, s. 134; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 103; SCHWARZ (DAVRAN), s. 384; DEMİR, s. 259 vd.

Söz konusu şartların oluşup oluşmadığı ve bu düzenlemenin uygulama alanı bulabilip bulamayacağı her bir somut olay örgüsünde, bu konuda mevcut hayat tecrübelerine dayalı olarak tespit edilmelidir. Misalen bir markette gerçekleştirilen elden satışlarda, satış bedeli peşin ödendiğinden (yine bkz. WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 20; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 113) böyle bir sonuca ulaşılması kabil iken, satış bedeli ödemesinin sonradan banka havalesiyle yapılacağı daha farklı kurgularda durum değişkenlik gösterecektir. Şayet ilgili için örtülü işlem şartlarının varlığı, somut olay özelinde tespit edilemiyorsa, doğrudan temsil hükümleri uygulama alanı bulamaz, olsa olsa -o da şartları varsa- dolaylı temsil çerçevesinde bir değerlendirme yapılması düşünülebilir. Ayrıca bkz. BEGUELIN, **FJS 284,** s. 1-2; GEISSBÜHLER, s. 208; DEMİR, s. 259.

Bu arada ifade edilmelidir ki, borçlandırıcı işlemler alanında ilgili için örtülü işlem olasılığının gündeme gelmesi, dolayısıyla da TBK m.40/f.2 hükmünün bu alanda uygulanması zordur, zira bu türden işlemler yapılırken borç altına giren kişinin kim olduğuna ve ödeme gücüne kayıtsız kalınmaz da tersine özel bir önem verilir. Bu konuda bkz. ENGEL, s. 378-379.

Şu da ayrıca söylenmelidir ki, aynı iddianın (üçüncü kişi açısından işlemin karşı tarafının kim olduğunun farksız olmasına yönelik olan) temsilci tarafından ortaya atılması ise uygun karşılan-

ettiği kişinin kimliğini bilir ama şu ya da bu sebeple açıklamaktan kaçınır (*sübjektif bilinmezlik/belirsizlik*), kimi zamanda temsil olunan kişinin kim

---

maz, ne de olsa temsilci bu rizikoyu kendisi açıklamada bulunmayarak meydana getirmiştir, onun sonradan kalkıp böyle bir iddiayı dile getirmesi çelişkili bir davranış olarak kabul edilecek ve hakkın kötüye kullanılması (bkz. TMK m.2/f.2, Art. 2 al.2 CO) yasağına takılacaktır. Yine ve ayrıca bkz. ZUFFEREY Mathieu, **La représentation indirecte, Etude d'une institution de droit suisse des obligations,** AISUF - Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 382, Schulthess, 2018, s. 180; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 685.

Yine ilgili için örtülü işlem bağlamında (bilhassa işlemin kiminle yapıldığının bir fark yaratmaması unsurunun özel olarak ele alındığı) bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. ATF 117 II 387, özellikle s. 390-391 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php ?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-II-387%3Ade&lang=de&type=show_document) [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021]

Görüldüğü üzere, ilgili için örtülü işlemde, açıklama ilkesiyle vücut bulan kamuya açıklıktan vazgeçilmiştir, ilgili bağlamda üçüncü kişinin menfaatlerinin ihlal edilmediğine özellikle dikkat çekilmelidir, ne de olsa "*işlemin kiminle yapıldığının onun için farksız olması*" unsuruna tam da bu sebeple yer verilmektedir. Bkz. SEROZAN, s. 410.

Bu arada YAVUZ'a (s. 89) göre, ilgili için örtülü işlem olasılıklarında, sayılan diğer şartların varlığı dahilinde, eğer temsilci en başta doğrudan temsille değil de dolaylı temsille hareket etme iradesini taşıyorsa, o zaman dolaylı temsile ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Yani bu noktada belirleyici olan, temsilcinin temsil konusundaki iradesidir. Böyle bir kabul dahilinde, üçüncü kişiyle kurulan ilişkide işlem tarafı ister istemez dolaylı temsilci olarak kalmaya devam edecektir. Dolaylı temsilci, bu ilişki tahtında elde ettiği hakları ve yükümlendiği borçları dolaylı temsil olunana ikinci turda yapacağı işlemlerle aktaracaktır. Bu son aktardığımız yaklaşıma tam olarak katılamıyoruz. Zira düşüncemize göre, belirtilen sonuçların oluşması için sözü geçen durumda, istisnai mahiyetli ilgili için örtülü işlem (TBK m.40/f.2'nin, Art. 32 al.2 CO'nun) yapısının özel olarak uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Sonuçta, bu sonucun bizatihi oluşmasını sağlayan, yani dolaylı temsille hareket edilmesine yol veren, dolaylı temsilci ve dolaylı temsil olunan arasındaki iç ilişkiden doğan yetkilendirmedir. Diğer taraftan temsilci konumundaki kişinin, hangi türde bir temsil iradesini taşıdığını tespit etmek de bünyesinde ciddi anlamda güçlükleri barındıracaktır. Ayrıca şöyle bir husus daha var: Eğer temsilci, iç ilişkideki anlaşma dahilinde doğrudan temsille hareket etmesi gerekirken farklı davranmışsa, esas olarak dolaylı temsil iradesi göstermişse, o zaman işlemin hüküm ve sonuçlarının doğrudan kendi üzerinde doğmasında (yani ilgili için örtülü işlem yapısının doğrudan temsil bağlamında tatbik edilmesinde) yetkilendirmede bulunan kişinin özel bir menfaati bulunur.

Diğer taraftan TBK m.40/f.2'de düzenlemesi bulunan ilgili için örtülü işlem kavramının doğrudan temsilin uygulama alanını dolaylı temsil aleyhine genişletip genişletmediği yönündeki tartışma ve bu konuda ileri sürülen farklı görüşler için ayrıca bkz. ESENER, **Muameleler,** s. 634 vd. İlgili tartışmada bu hükmün doğrudan temsilin uygulama alanını genişletmediği yönünde fikir serdeden ESENER (**Muameler,** s. 636), son tahlilde doğrudan temsilin uygulama alanının TBK m.40/f.2 eliyle genişletilmediğine, zira bu hükmün her bir somut durumda güven ilkesi çerçevesinde tartılarak uygulanması gerekeceğine işaret eder. Açılacak olursa, yazara göre (ESENER, **Muameleler,** s. 637), bu noktada işlemin diğer tarafının (üçüncü kişinin) bir başkası adına hareket edilmekte olduğu hal ve şartlardan anladığı veya anlamasının gerektiği hallerde, işlemin hüküm ve sonuçları işbu başkası üzerinde doğacak, yani doğrudan temsil hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık eğer işlemin diğer tarafı (üçüncü kişi) karşısındakinin başkası hesabına hareket etmekle birlikte kendi adına işlem yaptığı sonucuna ulaşıyorsa da işlemin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya işlemi yapan kişinin üzerinde doğacaktır. İşbu ikinci halde de ortada bir dolaylı temsilin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

olacağı işlem yapılırken temsilci tarafından net olarak bilinmez (*objektif bilinmezlik/belirsizlik*)[42,43]. İkinci olarak bahsi geçen durum, özellikle temsilcinin aynı anda temsil ettiği birden fazla farklı kişi olduğunda yahut da temsilci henüz temsil yetkisini elde etmeden -belirli bir fırsatı kaçırmamak için- harekete geçtiğinde karşımıza çıkmaktadır[44]. Yaygın olarak kabul edilen, şekle tabi işlemler[45] ve şarta bağlanamayan işlemler dışında, bir noktaya kadar temsil olunan kimliğinin açıklanmamış olmasına göz yumulabileceği, buna hukuken herhangi bir engelin bulunmadığıdır[46].

Yalnız bu konudaki ağırlıklı düşünceye göre her halükârda temsil olunanın kimliği bakımından sürekli bir belirsizliğin kabul edilemeyeceği kaydedilmelidir. Dolayısıyla tersine (daimî belirsizliğe) imkân veren taraf anlaşmasına meydan verilmemelidir. Bir düşünceye göre bu türden bir anlaşmanın, ahlaka aykırılıktan (TBK m.27, Art.20 CO) kesin hükümsüz olacağı ifade edilmelidir[47]. Bir başka düşünce ise, daha ılımlı olacak şekilde bu konuda sürekli belirsizlik öngören anlaşmanın kabul edilebilir bir sınıra çekil-

---

42 İNCEOĞLU, s. 57; ESENER, **Temsil,** s. 103; ESENER, **Muameleler,** s. 622-624; KARASU, s. 79-80; AKYOL, s. 66; CİHAN, s. 23; YAVUZ, s. 84; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 678-679.

43 İlgili için işlemde içerikte sübjektif bir belirsizlik bulunduğu hallerin nam-ı müstear, dolaylı temsil ve inançlı işlemden ayırt edilmesi bakımından özellikle bkz. ESENER, **Muameleler,** s. 622-623. Yine ilgili için işlemde içerikte objektif bir belirsizlik bulunan hallerin nam-ı müstear, temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması, belirsiz sayıda kişiye yapılan öneri ve üçüncü kişi yararına sözleşmeden ayırt edilmesi bakımından da bkz. ESENER, **Muameleler,** s. 624-625.

44 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 679.

45 Bu konuda farklı yönde ayrıca bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** BerKom., Art. 32 OR, N. 125. Yazarlara göre, tarafların şekle tabi olacak şekilde temsil olunanın ileride belirleneceği konusunda anlaşmaları dahilinde, bu türden işlemler dahilinde bile "ilgili için açık işlem" mümkündür.

Yine farklı yönde bkz. YAVUZ, s. 85. Yazar, tapuda yapılacak borçlandırıcı işlemler açısından, en geç tasarruf işlemi anına kadar belirlilik kazanmak kaydıyla, böyle bir imkândan istifade edilebileceğine işaret etmektedir.

46 AKÜNAL, s. 11 vd.; İNCEOĞLU, s. 58; AKYOL, s. 66; KARASU, s. 78; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 680; ANTALYA, s. 595, 596; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 41, 56; ENGEL, s. 379-380; BUCHER, s. 620; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 144; CİHAN, s. 23, 24; EREN, s. 486; OĞUZMAN/ÖZ, s. 225; NOMER, s. 135; ESENER, **Muameleler,** s. 625, 627-628; DEMİR, s. 258.

47 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 679; ESENER, **Temsil,** s. 109, 112-114; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 60; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 144; İNCEOĞLU, s. 63. Ayrıca bu yönde -eski tarihli- bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için yine bkz. ATF 60 II 492 vd., özellikle s. 500 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2060492.pdf) [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021].

CİHAN'a, (s. 25) göre ise, buradaki geçersizlik türü yokluk olarak kabul edilmelidir, zira burada doğrudan kurucu unsurlardan (işlem tarafının belirli ya da belirlenebilir olması) biri eksik bulunmaktadır.

mesi gerekeceğini ileri sürmektedir[48]. Bu düşüncelere karşı ileri sürülen bir başka fikre göre ise, böyle bir sürekli belirsizliğin üçüncü kişinin özel olarak menfaati zedelenmedikçe ve o bu duruma göz yumduğu sürece işlem üzerinde negatif bir etki meydana getirmesine lüzum ve yer bulunmamaktadır. Yani ne de olsa taraflar birbirlerini hiç tanımaksızın dahi, işlem sonuçları pekâlâ ve fevkalade şekilde yerine getirilebilir[49].

Peki böyle bir yapı dahilinde, eğer belirsizliğin sürekli olamayacağı noktasındaki ağırlıklı yaklaşım kabul edilecek olursa, temsil olunan kimliği ne kadar bir süre için açıklanmayabilir ve bu durum karşısında işlemin olası karşı tarafı pozisyonundaki üçüncü kişi ne yapabilir? Bu konuda öncelikle kurulmak istenen sözleşmeye bakılmalıdır, orada nasıl hareket edileceği ile ilgili olarak özel bir düzenleme bulunabilir[50]. Şayet bir düzenleme varsa bu, doğrudan tatbik edilir: Sürenin geçmesine rağmen temsil olunanın kimliği açıklanmamışsa, temsilci, üçüncü kişi karşısında kıyas yoluyla uygulanacak TBK m.47 (Art.39 CO) gereği tazminat sorumluluğu altına girer. Eğer sözleşmede bu tarz bir düzenlemeye hiç yer verilmemişse, o zaman TBK m.46'dan (Art.38 CO) kıyasen, üçüncü kişi tarafından temsilciye, temsil olunanın kimliğini açıklaması için uygun bir süre tanınması (ve bu süre içinde temsilci tarafından açıklama yapılmasının istenmesi) gerekir[51,52]. Eğer bu süre içinde temsilci, temsil olunanın kimliğini açıklamazsa sözleşme varlık kazanamaz (karşı taraf konumundaki üçüncü kişi sözleşme ile bağlılıktan kurtulur[53]) ve temsilcinin üçüncü kişi karşısında, yine kıyasen uygulanacak TBK m.47 (Art.39 CO) gereğince, tazminat yükümlülüğü doğar[54]. Her iki

---

48 Bkz. KARASU, s. 82.

49 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 56.

50 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na (s. 680-681) göre, bu tarz hükümlerin daha temsil olunanın kimliği açıklanmadan önce, temsilci ile üçüncü kişi arasında, doğrudan geçerliliği haiz olduğu kabul edilmelidir.

51 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 63; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682; İNCEOĞLU, s. 60; KARASU, s. 80, 83.

52 Bu konuda söz konusu olabilecek bir diğer sorun da kimliği ilgili süre zarfında temsilci tarafından açıklanan kişinin (temsil olunan), işlemin karşı tarafı konumundaki üçüncü kişinin tasavvur ve tasarımlarıyla bağdaşmayan bir kişi olmasıdır. Bu durumda nasıl hareket edilebileceği ile ilgili olarak ayrıca bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 61; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682; İNCEOĞLU, s. 64-65.

53 ANTALYA, s. 596.

54 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 62; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 19; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 60; HUGUENIN, s. 288; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682; KARASU, s. 83 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 144.

olasılık dahilinde de geçerli olmak üzere, eğer gerekli süre içinde temsilci tarafından temsil olunanın kimliği açıklanır ve fakat bu kez temsilcinin en başta temsil yetkisi olmadığı anlaşılacak olursa, bu kez adlı adınca bir yetkisiz temsil kurgusuyla karşı karşıya bulunulur ve TBK m.46-47 (Art.38-39 CO) hükümleri doğrudan doğruya uygulanır[55].

Bu arada yukarıda sözü geçen kurguda ara dönemde (yani temsil olunanın kimliği belirli hale gelinceye kadarki dönem) yapılan işlemin akıbetinin ne olacağı tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Kimilerine göre, işlemin bizzat varlığı temsil olunan belirli hale gelinceye kadar askıdadır, bu anlamda durum TBK m.46'daki (Art.38 CO) duruma benzetilebilecek olsa da ondan ayrılır[56], ne de olsa sözü edilen diğer kurguda işlemin varlığı değil sadece hükümleri askıda bulunmaktadır; kimi diğerlerine göre ise işlem kurulmuştur yani varlık kazanmıştır ve fakat sadece hükümlerini doğurması temsil olunanın kimliğini açıklamış olması şartına bağlanmıştır[57]. Bu son düşünceyi savunan yazarlardan bazıları, işlem varlığının askıda olmasını borçlar hukuku sistemimize yabancı bulduklarını ifade etmektedirler[58]. Bize göre, ilgili kurguda, meydana getirdikleri sonuçlar bakımından büyük bir pratik farklılık olmasa da, teorik bir perspektiften ilk düşünce daha isabetli görünmektedir, ne de olsa işlem tarafı olacak temsil olunanın kimliği belirginlik kazanmadan o işlemin varlığından söz etmek daha zordur.

Diğer taraftan şu da ayrıca belirtilmelidir: Doğrudan temsilin isterlerinin salt bunlardan (yani temsilcinin dışarıdan anlaşılabilir, temsil olunan adına ve

---

Farklı görüşte bkz. İNCEOĞLU, s. 61-62. Yazara göre burada genel bir *culpa in contrahendo* sorumluluğunun bulunduğundan söz edilmesi daha doğru olacaktır. Tazminatın kapsamı da temsil olunanın kimliğinin belirlenmesine kadar geçen sürede üçüncü kişinin uğradığı zararlar ile bunun tespiti için yapılan masraflarla sınırlı olmalıdır.

Fikrimize göre, burada diğer yazarların görüşü bağlamında da benzer bir yere çıkılacağı söylenebilir, yani görüşler arasında ciddi bir farklılaşma olduğundan bahis açılamaz, ne de olsa diğer yazarların fikri çerçevesinde kıyas yoluyla tatbik edilecek TBK m.47'de de, temelde bir tür *culpa in contrahendo* bir sorumluluğu öngörülmektedir, yine tazminatın kapsamının da bu somut durumun şartları çerçevesinde belirlenmesi gerekeceği açıktır. Nitekim TBK m.47'yle ilgili olarak ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 734.

55 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 682.

56 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 681; CİHAN, s. 25-26.

57 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 60; İNCEOĞLU, s. 59.

58 İNCEOĞLU, s. 59.

Bu düşünceyi eleştiren CİHAN'a (s. 26) göre ise, sözü geçen "sisteme yabancılık durumu" tam olarak yerinde bir kaygı olarak değerlendirilemez. Ne de olsa böyle bir sonuç doğrudan kanunda yer almasa da, örneğine hukukumuz dahilinde başka kurgularda rastlanabilecek mahiyettedir.

hesabına hareket etmek yönündeki iradesi) olduğu sanılmasın, temsil ilintisinin sonuç doğurabilmesi pekâlâ geçerli görülebilecek (ve doğrudan temsil olunan tarafından tek taraflı bir hukuki işlemle verilecek) bir temsil yetkisinin varlığını gerektirir[59]. Eğer temsil yetkisi yoksa, bu kez doğrudan temsil, yetkisiz olarak tecelli ettiğinden, yetkisiz temsil kurumunun sonuçlarının tatbik edilmesi gerekecektir (Bkz. TBK m.46-47, Art.38-39 CO). Yetkisiz temsilde kural, yapılan işlemin noksanlık (askıda hükümsüzlükle) malûl olmasıdır. Yani temsil olunan onay verirse işlem baştan itibaren ayağa kalkar ve tüm hüküm ve sonuçlarını temsil olunan üzerinde doğurur; onay vermezse de hükümsüzlük sonucu baştan itibaren etkili olacak şekilde kesinleşir[60].

Dolaylı temsilden ise, temsilci konumundaki kişi doğrudan kendi adına (ve fakat bir başkası hesabına[61] (*pour le compte d'autrui, für Rechnung eines anderen/Auf fremde Rechnung, per conto altrui*)) hareket ettiğinde veya güven teorisi çerçevesinde üçüncü kişi tarafından böyle bir çıkarımda[62] bulunulabileceği kurgularda söz açılır[63]. Bu arada şunu da ifade etmek elzemdir, dolaylı temsilci işlemi yaparken, bir başkası hesabına hareket ettiğini işlemin karşı tarafı konumunda bulunacak üçüncü kişiye bildirmek zorunda değildir, o bu konuda hiçbir şey söylemese de işlem geçerli olarak kurulabilecektir[64,65]. Bu

---

[59] CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 18; ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 2 vd., 29; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 13 vd.; ENGEL, s. 380 vd.; BEGUELIN, **FJS 283,** s. 1; HUGUENIN, s. 284; GEISSBÜHLER, s. 212; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 172; KARASU, s. 73-74; OĞUZMAN/ÖZ, s. 227; SEROZAN, s. 407; NOMER, s. 134, 136; SCHWARZ (DAVRAN), s. 384; DEMİR, s. 255.

[60] Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 719 vd.; ENGEL, s. 402 vd.; GEISSBÜHLER, s. 216 vd.; AKYOL, s. 449 vd.; İNCEOĞLU, s. 355 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 153 vd.; ANTALYA, s. 641 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 199 vd.; EREN, s. 509; OĞUZMAN/ÖZ, s. 253 vd.; NOMER, s. 147 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 105-106; SCHWARZ (DAVRAN), s. 384, 394 vd.

[61] Eğer işlemi yapan kişinin böyle bir niyeti yoksa, dolaylı temsilden söz açılamayacaktır. Bkz. YAVUZ, s. 34; EREN, s. 483.

Bu arada bir başkası hesabına işlem yapılması, işlemin nihai ekonomik sonuçlarının bu kişi üzerinde meydana getirilmek istenildiğini gösterir. Bkz. KARASU, s. 121.

[62] Bu çıkarımın yapılmasında belirleyici olan zaman dilimi, işlemin yapılma anıdır. Bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 170.

[63] ZUFFEREY, s. 8; CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 22; ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 167; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 29; ENGEL, s. 407; KARASU, s. 119, 122-123; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 162; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 167; NOMER, s. 135; SCHWARZ (DAVRAN), s. 379.

[64] ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 175; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630.

Farklı yönde bkz. YAVUZ, s. 87; KARASU, s. 124. Yazarların düşüncesine göre, dolaylı temsilde de, tıpkı hemen yukarıda doğrudan temsilde ilgili için açık işlem altında verdiğimiz açıklamalar bakımından olduğu gibi, dolaylı temsil olunanın kimliğinin uygun bir süre içinde belir-

arada dolaylı temsilcinin bir başkası hesabına hareket etmesinin hukuki dayanağının, onun dolaylı temsil olunan ile arasındaki iç ilişki / temel ilişki (*rapport interne/rapport de base, Innenverhältnis/Grundgeschäft, rapporto interno*) olduğu söylenmelidir[66]. Eğer böyle bir iç ilişki yoksa, dolaylı temsilcinin bir başkası hesabına hareket etmesinin altı boş kalır ve hemen aşağıda açıkla-

---

lenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir dengesizlik durumu oluşacaktır. Eğer uygun süre içinde belirlemede bulunulmazsa, işlem dolaylı temsilcinin kendi adına yapılmış sayılacaktır.

Yazarların bu görüşüne izleyen gerekçelerle katılamıyoruz. Bize göre, bir defa dolaylı temsile zaten, çoğu kez dolaylı temsil olunanın kimliğinin gizli tutulmak istenildiği olasılıklarda başvurulmaktadır. Nitekim bu konuda aynı yönde bkz. ZUFFEREY, s. 69 vd.; ENGEL, s. 407, BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation I - Généralités", **FJS N. 282**, Genève, 1942, s. 1-4, s. 2. Ayrıca böyle bir unsuru (dolaylı temsil olunanın kimliğini açıklama), dolaylı temsil alanına taşımanın üçüncü kişinin menfaatlerini korumak yönünden özel bir anlamı da bulunmamaktadır. Sonuçta onun hukuki anlamda muhatabı bellidir: Dolaylı temsilci. Dolayısıyla da onun açısından, doğrudan temsilde olduğu üzere, hukuki açıdan güvensizlik yaratacak bir durum söz konusu değildir.

Bununla birlikte eğer, dolaylı temsil olunanın kimliği işlemin karşı tarafı üçüncü kişi bakımından, özellikle bu kişiyle işlem yapılmaması noktasında bir önem taşıyorsa, hemen aşağıdaki (dn. 65'teki) açıklamalarımız -duruma göre- devreye girebilecektir.

[65] Eğer işlemin karşı tarafı hiçbir suretle dolaylı temsil olunana böyle bir aktarımda bulunulmasını istemiyorsa, belki esaslı bir saik hatasına düştüğünü iddia ederek işlemden sıyrılmaya (ağırlıklı görüşe göre işlemin iptal edilmesi suretiyle) çalışabilir. Bunun için esaslı saik hatasının şartları ispatlanmalıdır. Bu şartlar şöyle sıralanabilir (bkz. TBK m.32): *i- Hataya düşülen hususun sözleşme tarafı için olmazsa olmaz bir nitelik taşıması, ii- iş hayatının görüşleri ve dürüstlük kuralı ekseninde değerlendirme yapıldığında düşülen saik hatasının işlemin iptalini haklı gösterecek bir mahiyette olması, iii- Hataya düşenin ilgili konuya önem verdiğinin, yani onun bu tasavvuru ile sözleşmenin kurulması arasında bir nedenselliğin bulunduğunun karşı tarafça biliniyor ve bilinebiliyor durumda olması.* Hiç şüphesiz hataya düşüp işlemi iptal edenin bu durumun meydana getireceği bazı olumsuz sonuçlara (*culpa in contrahendo* temelli tazminat yükümlülüğü, bkz. TBK m.35) katlanması gerekecektir, zira ilgili durum kendi riziko alanında meydana gelmektedir. Meğerki işlemin diğer tarafı konumundaki dolaylı temsilci bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyor olsun.

Yine eğer dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden kişi, bu durumun (yani karşı tarafın dolaylı temsil olunana akabinde aktarımda bulunulmasının üçüncü kişi tarafından kesinlikle istenmediği hususunun) farkında olup bir de üçüncü kişiyi yanıltarak (hile kastıyla) hareket etti ve onun bu suretle bir saik hatasına düşmesine sebep olduysa, bu durumda hileden (aldatma) söz açılabilir ve bu durum işlemin iptaline (hem de üçüncü kişinin saik hatasının esaslı olmasına gerek olmaksızın) mesnet oluşturabilir (Bkz. TBK m.36). Bu son durumda, işlemin iptal edilmesi nedeniyle, üçüncü kişinin tazminat sorumluluğu doğmaz, bu kez o dolaylı temsilciden hile nedeniyle tazminat talebinde bulunabilecektir.

Bu arada bazı durumlarda dolaylı temsile başvurulması, bir tür kanuna karşı hile (*in fraudem legis agere*, kanun hükümlerinin (arkasından) dolanılması, bu şekilde bertaraf edilmesi) de teşkil edebilir. Böyle bir durumda, kanuna karşı hilenin ağırlıklı olarak kabul edilen yaptırımı olarak, dolaylı temsile başvurulmak suretiyle dolanılmak istenen hükümlerin sonuçları bizatihi uygulama alanı bulmalıdır. Dolaylı temsile başvurulmasının kanuna karşı hile teşkil ettiği olasılıklar bağlamında ayrıca bkz. YAVUZ, s. 101 vd.

[66] ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 175; ENGEL, s. 408; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 162.

malarımızın devamında yer vereceğimiz, üçüncü kişi ile dolaylı temsilcinin taraf olduğu ilişkide elde edilen hakların ve altına girilen borçların dolaylı temsil olunana devri gereği gündeme gelmez.

Dolaylı temsilde, temsil olunanı doğrudan doğruya işlem tarafı haline getirecek, temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiden bağımsız tek taraflı yetkilendirme mahiyetini taşıyan bir temsil yetkisinin verilmesi söz konusu değildir. Bu yönüyle dolaylı temsilde, ortada gerçek ve teknik anlamıyla bir temsilin olmadığı belirtmesinde bulunulabilir[67]. Ancak şu nokta da gözden kaçırılmamalıdır: Gerçek anlamda bir temsil yetkisi bulunmasa da, dolaylı temsilcinin bu sıfatla hareket etmesine akabinde çeşitli sonuçlar (yani elde edilen hakların ve altına girilen borçların dolaylı temsil olunana devir gereklilikleri, ayrıca bkz. TBK m.40/f.3) bağlanabilmesi için, onun mutlaka dolaylı temsil olunanla aralarındaki iç ilişkide vücut bulan belirli bir "yetkilendirme" dahilinde hareket etmesi gerekir[68]. Ancak bu yetkilendirme, doğrudan temsilde olduğundan farklı olarak, doğrudan doğruya (dolaylı) temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiden vücut bulmakta, hatta onun kendisinden ibaret bulunmaktadır[69].

Dolaylı temsilde vücuda getirilen işlem, dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmaktadır[70,71]. Yani bu işlemden doğan hak ve borçlar, ilk planda dolaylı temsilciye ait bulunmaktadır[72]. Bununla birlikte o, başkası yani

---

67 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631; BUCHER, s. 597; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 116; ENGEL, s. 407; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 162.

68 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 176.

69 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 631; ZUFFEREY, s. 10; ENGEL, s. 410.

Farklı görüşte bkz. YAVUZ, s. 23 vd. Yazara göre, dolaylı temsil dahilinde de, tıpkı doğrudan temsilde olduğu gibi iç ilişkiden ayrı, tek taraflı ve bağımsız bir yetkilendirme yapılmalıdır, bu yetkilendirme ortada herhangi bir iç ilişki bulunmasa da yapılabilir. Bu görüşe katılamıyoruz. Görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 632, dn. 46.

Bu konuda ileri sürülen (belirttiğimiz) görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. KARASU, s. 125 vd.

70 ZUFFEREY, s. 9; ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 178; ENGEL, s. 410.

71 Eğer dolaylı temsilci, kendi adına hareket etmediğini söylemeyi hatayla ihmal etmişse, iradi bir dolaylı temsil durumunun bulunduğundan söz açılamaz. Bununla birlikte, dolaylı temsilci üçüncü kişiyle yaptığı işlemle bağlıdır. O, duruma göre hata hükümlerine dayanarak işlemi iptal edebilir. Bu konuda özel olarak bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 163.

72 ZUFFEREY, s. 9. Diğer taraftan işlemin karşı tarafının dolaylı temsilciye dolaylı temsil olunan arasındaki vekâlet ilişkisinin farkında olup olmamasının -kural olarak- işbu sonucu etkileyen bir yönünün bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır. Bkz. ENGEL, s. 410; GEISSBÜHLER, s. 208.

dolaylı temsil olunan hesabına hareket ettiğinden elde ettiği hakları[73] ve altına girdiği borçları, onunla tarafı olduğu iç ilişkiye dayalı olarak (bu ilişki çoğu kez bir vekâlet sözleşmesi ilişkisi oluşturacaktır[74]) dolaylı temsil olunana aktarmalıdır[75,76] (Vekâlet sözleşmesi özelinde vekilin bu konudaki edim yükümlülüğü için bkz. TBK m.508/f.1, Art.400 al.1 CO). Bu aktarım için de ikinci bir set işlem silsilesinin gerçekleştirilmesi gerekecektir[77] (Bu konuda ayrıca bkz. TBK m.40/f.3, Art.32 al.3 CO).

Kanunda dolaylı temsile doğrudan doğruya temas edilmemiş sadece Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun bazı hükümlerinde, özel bazı ilişkiler dahilinde, konu dolaylı olarak ele alınmıştır. Nitekim özellikle TBK m.532 vd.'da düzenlemesi olan "*Komisyonculuk Sözleşmesi*"[78] ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu[79] (TTK) m.917 vd.'da düzenlemesi olan "*Taşı-*

---

73 Bu arada dolaylı temsilci ile dolaylı temsil olunan arasındaki iç ilişki bir vekâlet sözleşmesi ise, alacak hakları bakımından duruma göre şartlarının gerçekleşmiş olması kaydıyla TBK m.509/f.1 ve yine f.2 (Art. 401 CO al.1-2) de uygulama alanı bulabilir: İlgili durumda kanuni ve otomatik (kendiliğinden) bir alacak hakkı devri süreci gerçekleşir (Bu konuda ayrıca bkz. ZUFFEREY, s. 58 vd., 191 vd.; CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 24; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 32; ENGEL, s. 410-411; YAVUZ, s. 127, 222 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 163; YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 1211 vd.).

74 Bu iç ilişkinin başkaca (farklı) görünümleri için ayrıca ve özellikle bkz. ZUFFEREY, s. 20 vd.

75 ZUFFEREY, s. 9, 57; CHAPPUIS, **ComRom.,** Art. 32 CO, N. 23; ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 178; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 31; KLEIN, **ZürKom.,** Art. 32 OR, N. 116, 117; GEISSBÜHLER, s. 208; HUGUENIN, s. 280; AKYOL, s. 46-47; KARASU, s. 119; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 145; EREN, s. 483; OĞUZMAN/ÖZ, s. 222; NOMER, s. 136; SCHWARZ (DAVRAN), s. 379.

76 Nitekim konuya ekonomik anlamda bakıldığında, son kertede işlemin (ekonomik açıdan) hüküm ve sonuçları dolaylı temsil olunan üzerinde meydana getirilmek istenmektedir. Bkz. ZUFFEREY, s. 10.

77 Bu arada bir kişi yetkilendirildiği halde eğer bir başkası adına hareket ettiğini -bir şekildeaçıklamadığı (ve hal ve şartlardan güven ilkesi bağlamında aksi yönde bir sonuca varılamadığı) için dolaylı temsil sonucu meydana geldiyse ve sonradan dolaylı temsil olunan bu şekilde kurulan ilişkideki hakları ve borçları üzerine almayı da kabul etmezse, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle tarafı olduğu sözleşmeyi beyan hatasına dayanarak iptal edebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Art. 32 OR, N. 40; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 677; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 145; İNCEOĞLU, s. 54.

Üçüncü kişinin menfaatlerinin etkin biçimde korunabilmesi bakımından böyle bir iptal hakkının tanınmaması gerekeceği yönünde ayrıca bkz. ESENER, **Temsil,** s. 118.

78 Bu konuda özel olarak bkz. SEÇER Öz, **Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 5 vd.

79 Resmî Gazete Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846.

ma İşleri Komisyonculuğu", bünyesinde dolaylı temsile uygulanabilecek düzenlemelere yer verilen bu tür sözleşmesel ilişkilerdendir[80].

*

Şimdi somut bir değerlendirme yapmak üzere, tekrar Federal Mahkeme kararına konu olan ve incelememizin hareket noktasını teşkil eden somut olaya geri dönelim:

Yukarıdaki anlatımlarımız ışığında, Federal Mahkeme'nin ürettiği hukuki argümanların ve vardığı sonuçların gayet yerinde olduğu rahatlıkla söylenebilir. Kanton Mahkemesi'nin yaklaşımı ise kabul edilebilir değildir, olaydaki bulgulardan -yine aşağıda değerlendirileceği üzere- A'nın başkası adına hareket ettiğini çıkarsamak mümkün görünmemektedir. Sözün özü, ortada dolaylı temsil yoluyla yapılan bir işlem bulunmaktadır. Bu nedenle de dolaylı temsilci konumundaki A, B Şirketi ile doğrudan doğruya ilişki tarafı konumundadır.

İlgili sonuca varılmasında, somut olaya ilişkin eldeki (sözleşmenin kurulma zamanına dair[81]) tüm bulgular gözetilerek adım adım şöyle bir hukuki fikir inşası faaliyetinde bulunulabilir:

- A, B Şirketi'yle temasa geçtiğinde (organ konumundaki C aracılığıyla), bir başkasına (müşteriye) ait değerli eşya bakımından hareket ettiğini belirtmiş, akabinde bu eşyayı kendi antetiyle hazırlanmış bir teslim belgesiyle C'ye (satış için) teslim etmiştir.
- C, A'nın eşyanın satışı işleminin tamamlanması dahilinde bir komisyon alacağına hak kazanacağını bilebilecek durumdadır.
- Bunun yanında, yine C, A'nın sağlayıcısının tercihine göre -olay koşulları değerlendirildiğinde belirsiz süreli olarak görülebilecek- ilişkinin sona erdirilebilmesi olasılığını da kabul etmiştir.

---

[80] EREN, s. 483; ZUFFEREY, s. 14; SCHWARZ (DAVRAN), s. 385; BEGUELIN, **FJS 282**, s. 2. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme ve dolaylı temsil özelinde fayda sağlanabilecek kanun hükümleri ile ilgili olarak ayrıca bkz. YAVUZ, s. 128 vd.

Komisyonculuk sözleşmesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1250 vd.

Komisyonculuk sözleşmesi, tipik bir dolaylı temsil ilişkisi (yahut daha geniş şekilde dolaylı temsille hareket edilmesi gereği bulunan bir vekâlet sözleşmesi) olarak nitelendirilebilir, nitekim bu ilişki dahilinde komisyoncu kendi adına ve vekâlet veren hesabına hukuki işlem yapmaktadır, komisyonculuk sözleşmesinden söz açılabilmesi için de her durumda böyle olması şarttır (Bu konuda bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1253).

[81] Bu konuda yapılacak yorum faaliyetinde (üçüncü kişiyle olan dış ilişkideki) sözleşmenin kurulma zamanındaki verilerden hareket edilmesi gereğiyle ilgili olarak bkz. KARASU, s. 152.

Tüm bu bulgular üzerinden ortada bir doğrudan temsilin bulunduğu çıkarsamasını yapmak ifade edildiği üzere zor hatta imkânsızdır. Zira yukarıda değinildiği üzere, doğrudan temsilin iki şartı bulunur: *i-Başkası adına hareket edilmesi*[82]*, ii-(Doğrudan) temsil yetkisinin bulunması.* Olay bakımından belirleyici olan ve ilk planda değerlendirilmesi gereken ilk şarttır.

A'nın sözü geçen süreçteki beyan ve hareketlerine bakıldığında, onun başkası adına, doğrudan bu kişiyi belirli bir sözleşmesel ilişkiye sokmak amacıyla (bu iradeyle) hareket ettiğine ilişkin açık veya örtülü bir belirtinin varlığından söz açılamaz. Keza güven ilkesi bağlamında düşünüldüğünde de, A'nın var olan beyan ve hareketlerinin C'nin doğrudan temsil suretiyle hareket edildiğine kanaat getirilmesine yol açabilecek mahiyet taşıdıkları söylenemez. Hatta tam tersine A'nın beyan ve hareketleri, bir başkasına ait eşya için hareket edilmesinde, A'nın kendi antetini taşıyan bir teslim belgesi kullandığı da dikkate alınacak olursa, A'nın kendi adına ve fakat sağlayıcısı hesabına yani dolaylı temsille hareket ettiğine daha belirgin şekilde delalet edicidir, yani güven ilkesi çerçevesinde C tarafından böyle bir sonuca ulaşılması daha kabildir. Yani A'nın beyan ve hareketleri üzerinden kesin olduğu söylenebilecek tek şey, A'nın bir başkası hesabına hareket ettiği hususudur[83]. Zaten A, böyle bir belirtmede de bulunmasaydı, bu tartışmalar hiç ama hiç gündeme gelmeyecek, onun doğrudan kendi adına (ve hesabına) işlem yaptığı sonucuna ulaşılacaktı[84]. Ne de olsa, ilgili yönde farklı bir irade sergilenmediğinde esas olan, bir kişinin kendisi adına ve hesabına işlem yapmasıdır (Ayrıca bkz. TBK m.40/f.2/c.1, Art.32 al.2 CO). Bu arada şunu da söylemeli: A'nın dolaylı temsille hareket etmesi bakımından, bir başkası hesabına hareket ettiğini karşı tarafa (organ konumundaki C'ye, yani son soyutlamada B Şirketi'ne) açıklamasına gerek ve lüzum bulunmamaktadır. Böyle bir açıklama dolaylı temsilin varlığından söz açılabilmesi için aranan şartlardan biri değildir. Sözün özü, dolaylı temsilci, bu hususu tamamen kendinde tutabilir, karşı tarafa hiç açıklamayabilir. Dolaylı temsile asıl vücut veren,

---

82 Bu konuda bazı yazarların "*başkasının hesabına hareket edilmesini*" de ayrı bir şart olarak aradıklarını, ancak bu yaklaşıma katılamadığımızı iletmiştik, bu konuda ayrıca bkz. yukarıda dn. 32'teki açıklamalarımız.

83 Salt bir başkası hesabına hareket edildiği verisinden hareketle, hangi temsil türü dahilinde bulunulduğuna ilişkin sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz. KARASU, s. 149.

84 Bu konuda genel olarak ve ayrıca bkz. AKYOL, s. 39, 58; KARASU, s. 123; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 137; İNCEOĞLU, s. 50; ESENER, **Temsil,** s. 115; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 186.

yukarıda daha önce de belirtildiği üzere, dolaylı temsilci ile dolaylı temsil olunan arasındaki iç ilişkidir. Bu ilişkinin salt taraflar (dolaylı temsilci ile dolaylı temsil olunan) arasındaki varlığı gerekli ve yeterlidir, ilişkinin üçüncü kişilere hiç açıklanmaması da tercih edilebilir. Bunun normal şartlarda olumsuz bir etki meydana getireceği de söylenemez[85].

Diğer taraftan, A'nın eşyanın satışı gerçekleştiğinde bir komisyon alacağına hak kazanacak olması, ortada nasıl bir temsil faaliyeti olduğuna ilişkin bir çıkarımda bulunulmasında kesin ve net bir unsur özelliği göstermez[86]. Bu unsurdan hareketle doğrudan şu veya bu yönde tam bir çıkarımda bulunulamaz.

Son olarak A'nın sağlayıcısının eşyayı geri alması dahilinde, ilişkinin son bulacak olması da aynı şekilde bir tutamak noktası oluşturmaz. Sonuçta A, doğrudan temsille de hareket ettiğinde, dolaylı temsille de hareket ettiğinde, sağlayıcının bu yöndeki iradesine eldeki ilişki bakımından sonuç bağlanabilir. Biraz daha açalım: Diyelim ki A, doğrudan temsille hareket etti ve şartlar da mükemmel şekilde sağlandı, bu durumda ortada -ilişkinin tarafı pozisyonunda olacak- sağlayıcı lehine kararlaştırılmış, saklı tutulmuş bir iradi dönme hakkının bulunacağı söylenebilir. Tam tersine eğer A, dolaylı temsille hareket ettiyse de, onun kendi taraf olacağı ilişkide sağlayıcının eşyayı geri alma yönündeki irade beyanı bir bozucu şart olarak nitelendirilebilecektir. Görüldüğü üzere, bu düzenlemenin varlığı veya hayatiyeti için doğrudan-dolaylı temsil kurgularından birini ya da diğerini tercih etmeye gerek yoktur. Kaldı ki, gerek olsaydı bile, salt bu noktadan hareketle bir tercihte bulunmak deyim yerinde olursa biraz absürt olabilirdi.

---

[85] Bununla birlikte bkz. ve karş. aşağıda dn. 86'daki açıklamalarımız.

[86] Gerçi somut olayda eğer taraflar (A ve sağlayıcısı) arasındaki ilişki bir komisyonculuk sözleşmesi olarak nitelendirilirse, bu ilişki dahilinde dolaylı temsilin esas olduğu iddiası ortaya atılabilir (Bkz. bu konuda YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1255).

Ama bu iddia bağlı metinde de ifade edildiği üzere tek başına kesin bir iddia oluşturamayacaktır. Somut olaydaki diğer unsurlarla birlikte kombine edilerek bir sonuca ulaşılması daha sağlıklı olur. Sonuçta A ile sağlayıcısı arasındaki ilişkide, ilişkinin tipik komisyonculuk sözleşmesi olduğu kesin olarak kabul edildiğinde dahi, A'nın bu şekilde hareket etme yükümlülüğü altında olması, somut durumda onun bir başka şekilde (doğrudan temsille) hareket etmeye kalkışmasına kesinkes bir engel oluşturmamaktadır. A'nın, tipik bir komisyonculuk sözleşmesinin varlığına rağmen, bu tarzda bir harekette bulunmuş olması, var olan sözleşmesel ilişkiye aykırı hareket ettiğine delalet edici olur. Pek tabii, A'nın, böyle bir olasılık dahilinde, doğrudan temsille hareket edebilmesi ve yapılacak işlemin sağlayıcı üzerinde hüküm ve sonuçlar doğurabilmesi için doğrudan temsil yetkisiyle donatılmış olması -ki ilişkinin tipik bir komisyonculuk sözleşmesi olduğu olasılıkta, böyle bir yetkilendirmenin eksik kalacağı açıktır- lazım gelir, aksi takdirde yetkisiz temsil sonuçlarının oluşacağı da göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan somut olayda eğer doğrudan temsil yoluyla hareket edildiği noktasında bir sonuca varılabilmiş olsaydı, ikinci bir aşamada yine yukarıda bahsi geçen *"ilgili için açık işlem"* bağlamında ayrıca bazı değerlendirmelerin de ayrıca yapılması icap ederdi. Diğer bir deyişle, eğer olayda, başkasına adına hareket edildiği yani doğrudan temsilin olduğu sonuca varılabilseydi, bu tam da bir ilgili kişi için açık işlem olasılığıyla karşı karşıya bulunulacağı söylenmelidir. Ne de olsa, temsilci, adına hareket ettiği başkasının kimliğini işlem yapılırken karşı tarafa açıklamamış bulunmaktadır. Hatırlanacak olursa, bu konu bakımından öğretide savunulan ağırlıklı görüşe göre, bu (sübjektif) bilinmezlik ilanihaye devam edemez, böylesi ahlaka aykırılık teşkil eder ve dolayısıyla işlem kesin hükümsüz addedilir. Yani genel olarak bilinmezliğin ancak belirli bir süreliğine devam etmesine cevaz verilebilir. Bu süre de ya sözleşmede kararlaştırılmış olabilir veya olmayabilir. Her olasılıkta aradaki süre zarfında karşı tarafın doğrudan temsilciyi temsil olunanın kimliğini açıklamaya davet etmesi gerekir, süre dahilinde ise kurulmak istenen ilişkinin bizzat varlığı askıdadır.

*

Bu arada, Federal Mahkeme kararında bu konuya -herhangi bir hukuki problem söz konusu olmadığı için- özel olarak belirli bir ağırlıkta temas edilmiş veya değerlendirilmiş olmamakla birlikte somut olayda C'nin tüm süreçte, yönetici ortağı olarak bulunduğu B Şirketi'nin yetkili organı (organe, Organ, organo) olarak hareket ettiği, bu bağlamda A ile kurulan ilişkinin hüküm ve sonuçlarının doğrudan doğruya B Şirketi üzerinde doğduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Belki bu vesileyle, organ ve temsilci (doğrudan ve dolaylı) arasındaki farkların da ayrıca belirtilmesi ve irdelenmesi, çalışmamız açısından anlamlı olabilir.

Organ, temsilciden farklı, tüzel kişiye (*personne morale, juristische Person, persona giuridica*) has bir hukuki yapıdır[87]. Öyle ki organ sadece hukuki işlemler alanında faaliyet göstermez, o, bütün fiilleriyle (bkz. TMK m.50/f.2, Art.55 al.2 CC) tüzel kişiyi borç altına sokabilir. Bu da demektir ki organ, aynı zamanda haksız fiil de işleyebilir ve onun bu fiilleri yine tüzel kişiye atfedilir ve tüzel kişinin sorumluluğunu gerektirir[88]. Oysa temsil yo-

---

[87] OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 312; DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 256; SEROZAN, s. 504; EREN, s. 482; NOMER, s. 137.

[88] ENGEL, s. 373-374; KLEIN, **ZürKom.,** All. Einl. zu Art. 32-40 OR, N. 43; BEGUELIN, **FJS 282,** s. 2; BUCHER, s. 628; AKYOL, s. 159; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630, dn. 41; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 312, 313; DURAL/ÖĞÜZ, s. 256; SEROZAN, s. 504; EREN, s. 482; NOMER, s. 138.

luyla haksız fiil işlenmesi düşünülemez, temsil sadece hukuki işlemler alanında söz konusu olabilir[89].

Bu arada yakından bakıldığında, belki bir oranda, organ faaliyetinin doğrudan temsilcinin faaliyetiyle ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Nitekim bu bahis dahilinde savunulan ağırlıklı görüşe[90] göre, konu ikili bir ayrım yapılarak ele alınmalıdır. Şöyle ki, her ne kadar, konuya tüzel kişi açısından yaklaşıldığında, organın onun bir parçası olduğu[91] ve organ iradesinin tüzel kişinin iradesi sayılacağı sonucuna ulaşılabilse de[92], eğer konu organ bakımından değerlendirilecek olursa doğrudan temsile benzer özellikler gösteren bir durumla karşılaşılacağı pekâlâ söylenebilir. Sonuçta, bilindiği üzere tüzel kişilerin, yerine getirdikleri işleve göre değişen, farklı özellikleri ve görevleri/sorumlulukları haiz organları mevcut bulunmaktadır. Bu çerçeve dahilinde herhangi bir tüzel kişinin bütün organları, yapılacak işlemlerde tüzel kişi adına ve hesabına dış dünyada hareket etmeye her zaman yetkili bulunmamaktadır[93]. Tüzel kişilerin hangi organlarının hangi işlemler bakımından böyle bir yetkiyi haiz oldukları kanunda (her bir ilgili tüzel kişinin kendi mevzuatı dahilinde) belirtilmektedir. Diğer taraftan organı oluşturan kişi ya da kişilerin tüzel kişilikten ayrı birer kişilikleri de bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. O zaman şu tespit rahatlıkla yapılabilir: Organı oluşturan kişiler doğrudan kendi adlarına işlemler yapabilecekleri gibi gerekli olduğunda tüzel kişi adına da hareket edebilirler. İşte ne zamanki bunlar, yetkili organ sıfatıyla tüzel kişiler adına hareket ederler, o zaman ortada doğrudan temsile benzeyen bir durum bulunacaktır[94,95].

---

89 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 170.

90 Buna karşılık daha katı tutumu benimseyen bir başka görüş, organ faaliyetinin hiçbir suretle doğrudan temsile benzemediğini savunur (Bu konuda ileri sürülen görüşler bakımından ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 628-629).

91 Bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 46.

92 Ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 257; BEGUELIN, **FJS 282,** s. 2; BUCHER, s. 627; DEMİR, s. 253.

93 SEROZAN, s. 505.

94 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 138; AKYOL, s. 160.

95 Nitekim uygulamada bu ayrımın önemli bir fark yaratmadığı, hatta herhangi bir ayrım yapılmaksızın "tüzel kişinin temsilinden" söz edilmesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. NOMER, s. 137.

Bu arada tüzel kişinin, tıpkı bir gerçek kişi gibi, kendisini temsil edecek bir başka kişiye doğrudan temsil yetkisi vermesi durumu da söz konusu olabilir, o vakit karşı karşıya olunan durumda ortada klasik, iradi doğrudan temsilin bulunacağı söylenebilir, yoksa konunun organ faaliyetiyle bir ilintisi bulunmaz (Ayrıca bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 138).

Bununla birlikte, (yetkili) organın faaliyeti, organın irade beyanı doğrudan tüzel kişinin beyanı olarak sayılması noktasında da doğrudan temsilden ayrılır[96]. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, doğrudan temsilde temsilci kendi irade beyanıyla bir başkasını işlem tarafı haline getirmektedir. Oysa organ, bu sıfatla hareket ettiğinde[97], doğrudan bir parçası olduğu tüzel kişinin kendisini borç altına sokar[98].

Sonuç olarak burada, benzerlikler dikkate alınarak, klasik anlamda -dar ve teknik anlamda- doğrudan temsilden farklı[99] atipik, kendine özgü (*sui generis*) -ve kaynağını kanundan alan- bir tür temsilin (*gesetzliche Vertretung im weiteren Sinn, organschaftliche Vertretung [geniş anlamda kanuni temsil, organ temsili]*) bulunduğunu söylemek çok da yanlış veya anlamsız bir nitelendirme oluşturmayacaktır[100]. Yani organın, kendi faaliyeti bakımından değerlendirildiğinde, özünde bir "*temsil çekirdeği*" içerdiğini söylemek pek de yanlış olmaz[101]. Ayrıca bu nitelendirme, doğrudan temsile ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla, organ faaliyetinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulayabilmeyi mümkün kılar[102].

(Yetkili) organ faaliyeti, belirtilen yönleriyle doğrudan temsilcinin faaliyetine benzese de, dolaylı temsilcininkinden ise ciddi şekilde farklılaşır. Zira dolaylı temsilde, yine yukarıda belirtildiği üzere, dolaylı temsilci kendi iradesiyle kendisini işlem tarafı haline getirmekte, ama bütün bunları dolaylı temsil olunanın hesabına yapmaktadır. Yani her ne kadar ilk planda hukuki anlamdaki hüküm ve sonuçlar dolaylı temsilci üzerinde oluşsa da, işlemin ekonomik hüküm ve sonuçlarının en baştan dolaylı temsil olunanın üzerinde meydana gelmesi amaçlanmaktadır[103]. Bu istenen sonuca hukuken de ulaşı-

---

96 ENGEL, s. 374; BEGUELIN, **FJS 282, s.** 2; HUGUENIN, s. 283; DEMİR, s. 253.

97 Organı oluşturan kişi, kendi namına da hareket edebilir, bu durumda ortada tüzel kişiyi bağlayıcı bir faaliyetinden söz açılamaz. Ayrıca bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 46.

98 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 46; BUCHER, s. 627.

99 Ayrıca bkz. ENGEL, s. 374; DEMİR, s. 253.

100 Nitekim bkz. ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 7, 33; WATTER, **BasKom.,** Art. 32 OR, N. 11; KLEIN, **ZürKom.,** All. Einl. zu Art. 32-40 OR, N. 145; HUGUENIN, s. 283. Ayrıca bkz. SCHWARZ (DAVRAN), s. 382.

101 AKYOL, s. 160.

102 ZÄCH/KÜNZLER, **BerKom.,** Vorb. zu Art. 32-40 OR, N. 46; WATTER, **BasKom.,** Art. 32, N. 11; KLEIN, **ZürKom.,** All. Einl. zu Art. 32-40, N. 60; AKYOL, s. 160; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630.

103 KARASU, s. 121.

labilmesi için de, dolaylı temsille yapılan işlemin peşi sıra başkaca işlemlerin (bu kez dolaylı temsilci ile dolaylı temsil olunan arasında) yapılması lazım gelmektedir[104]. Anılan süreçlerin ise, organ faaliyetiyle uzaktan yakından bir benzerliği bulunmamaktadır.

[104] Yine bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 630-631.

KAYNAKÇA

AKÜNAL Teoman, **Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda İlgili İçin İşlem Teorisi,** Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

AKYOL Şener, **Türk Medeni Hukukunda Temsil,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Temel Kavramlar - Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri,** Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation I - Généralités", **FJS N. 282**, Genève, 1942, s. 1-4. ("FJS 282")

BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation II - Représentation Autorisée 1", **FJS N. 283**, Genève, 1942, s. 1-6. ("FJS 283")

BEGUELIN Edouard, "Contrat: Représentation III - Représentation Autorisée 2", **FJS N. 284**, Genève, 1942, s. 1-2. ("FJS 284")

BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht,** 2. Aufl., Schulthess, Zürich, 1988.

CHAPPUIS Christine, "Art.32-40 CO", **Commentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529,** Eds. Luc Thévenoz / Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Genève - Bâle - Munich, 2003. ("ComRom.")

CİHAN Hulki, **Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi,** Beta, İstanbul, 2011.

DEMİR Bahadır, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt 6, Sayı 1, 2015, s. 248-278.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse Dispositions générales du CO,** 2e édition, Stämpfli, 1997.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ESENER Turhan, "Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaksa Onun Namına Yapılan Muameleler", **Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Güzel İstanbul Matbaası,** Ankara, 1958, s. 619-637. ("Muameleler")

ESENER Turhan, **Sâlahiyete Müstenit Temsil,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları N. 150, Ajans Türk Matbaası, 1961. ("Temsil")

GEISSBÜHLER Grégoire, **Le droit des obligations Volume 1: partie générale,** Schulthess, 2020.

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

HIRSCH Célian, "Une représentation directe ou indirecte?", www.lawinside.ch/21/, [Son Erişim Tarihi: 20 Eylül 2021].

HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil,** Schulthess, 2012.

İNCEOĞLU M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil,** Oniki Levha, İstanbul, 2009.

KARA Doğan / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Örnekler,** Oniki Levha, İstanbul, 2020.

KARASU Bülent, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil,** Oniki Levha, İstanbul, 2018.

KLEIN Jean-Philippe, **Stellvertretung, Art.32 - 40 OR, ZK - Zürcher Kommentar,** 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Schulthess, 2020. ("ZürKom.")

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme,** Yenilenmiş ve Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

NOMER Halûk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1,** Gözden Geçirilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

SCHWARZ Andreas (çev. DAVRAN Bülent), **Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt,** Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948.

SEÇER Öz, **Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk - Genel Bölüm / Kişiler Hukuku,** 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** Oniki Levha, İstanbul, 2020.

WATTER Rolf, "Art.32-40 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR,** 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015. ("Bas-Kom.")

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

YAVUZ Cevdet, **Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

ZÄCH Roger / KÜNZLER Adrian, **Art.32-40 OR, Stellvertretung, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen,** BK - Berner Kommentar, Stämpfli, 2. Aufl., 2014. ("BerKom.")

ZUFFEREY Mathieu, **La représentation indirecte, Etude d'une institution de droit suisse des obligations,** AISUF - Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 382, Schulthess, 2018.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1925-1948

TAKİP ALACAKLISININ İCRA VE İFLAS KANUNU m.89/4'E GÖRE AÇACAĞI TAZMİNAT DAVASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Birce ARSLANDOĞAN**(**)

Öz: İcra ve İflâs Kanunu (İİK) madde (m.) 89 hükmü ile takip alacaklısının, borçluya ait olmakla birlikte, üçüncü kişinin elinde bulunan mal ve alacakların haczedilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme aslen haczin konmasının sağlanması amacı ile kabul edilmiş değildir. İİK m.89 hükmü ile üçüncü kişideki mal ve alacaklara konan hukuki haczin üçüncü kişiye bildirilmesi ve bu sayede haczin etkisinin üçüncü kişi üzerinde doğması amaçlanmaktadır. Buna bağlı olarak da bu düzenleme ile takip borçlusuna ait üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların tespitinin yapılması ve varlığının tespiti halinde de borçlunun malvarlığından çıkmasının engellenmesi sureti ile korunması ve takip alacaklısının tatmini için kullanılabilmesi sağlanmaktadır. İİK m.89 kapsamında üçüncü kişiye gönderilen birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine, üçüncü kişi tarafından gerçeğe aykırı olarak itiraz edilmesi halinde, takip alacaklısının üçüncü kişi aleyhine İİK m.89/IV hükmü uyarınca tazminat davası açma imkânı bulunmaktadır. Bu çalışmamızda, madde metninde düzenlenen bu davanın, hukuki niteliğine ve tazminatın miktarının tespitine ilişkin doktrin tartışmaları ve Yargıtay kararları ışığında, borçlar hukuku anlamında bir tazminat davası olup olmadığı irdelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Kişideki Mal ve Alacakların Haczi, İtiraz, Tazminat, Haksız Fiil.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 21.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 26.09.2021.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0002-5201-4987; *birce@istanbul.edu.tr*).

EVALUATION OF THE COMPENSATION LAWSUIT TO BE FILED BY THE EXECUTION CREDITOR IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 89/4 OF THE EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW

Abstract: With the provision of Article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Law, it is regulated that the goods and receivables of the execution creditor, belonging to the debtor, but held by the third party, can be seized. This is a regulation accepted not primarily for the purpose of securing the lien, but for the purpose of notifying the third party of the lien placed on the goods and receivables of the third party, ensuring that the lien has an effect on him as well, and the determination of this property and receivable belonging to the follow-up debtor, and in case of its existence, preventing the debtor from leaving his assets and using it for the satisfaction of the prosecuting creditor. If the third-party objects to the first and second lien notification sent to the third party within the scope of Enforcement and Bankruptcy Law m.89, the execution creditor has the opportunity to file a compensation lawsuit against the third party in accordance with the provisions of Enforcement and Bankruptcy Law article 89/IV. This study examines whether this compensation case regulated in the text of the article is a compensation case in the sense of the law of obligations in the light of the doctrinal discussions regarding the legal nature of this case and the amount of compensation as well as the Supreme Court decisions.

Keywords: Enforcement and Bankruptcy Law, Seizure of Property and Receivables From Third Parties, Objection, Compensation, Tort.

GİRİŞ

"Alacaklar ve Üçüncü Şahıs Elinde Haczedilen Mallar Hakkında" başlıklı İİK m.89 hükmü ile başlatılan takip içerisinde haciz isteme yetkisini kazanmış olan takip alacaklısının, alacağına kavuşabilmesi için, borçluya ait olmakla birlikte, İİK m.85/I'de imkân verildiği üzere, üçüncü kişilerin elinde bulunan mal ve alacakların haczi halinde, bu haczin üçüncü kişiye bildirilmesine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir[1].

[1] İİK m.89 düzenlemesi ile üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczinin ne şekilde yapılacağı mı yoksa icra dairesi tarafından üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczine karar verilmesi ve bu haczin tutanağa geçirilmesi suretiyle haczin tamamlandığı ve bu hükmün üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların korunmasına ilişkin bir muhafaza tedbiri niteliğinde mi olduğu hususuna ilişkin doktrindeki tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YAVAŞ Murat, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m.89)**, Arıkan Yayınevi, 2005, İstanbul, s. 17.

İcra ve İflas Kanunu'nun 89'uncu madde düzenlemesi, takip borçlusunun takip dışı bir üçüncü kişide bulunan mal ve alacağının haczi üzerine, takip borçlusuna ait bu mal ve alacağın tespiti, borçlunun malvarlığından çıkmasının engellenmesi sureti ile korunması ve takip alacaklısının tatmini için kullanılabilmesi amacı ile kabul edilmiş bir düzenlemedir[2].

Takip dışı üçüncü kişideki mal ve alacakların haczi, ya takip borçlusunun mal beyanında bunları bildirmesi ya da bildirmediği hallerde takip alacaklısının bu mal ve alacakların varlığını ileri sürmesi üzerine yapılacaktır[3]. Bu sebeple, icra dairesinin haciz kararı üzerine, öncelikle bu mal ve alacakların üçüncü kişide bulunduğunun tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu tespitin yapılmasının ve bu aşamada üçüncü kişinin davranışlarının bir takım hukuki sonuçları da İİK m.89 kapsamında düzenlenmiştir[4].

Takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının icra dairesi tarafından haczine karar verilmesi ve haciz tutanağının düzenlenmesinden sonra icra dairesi, bu haczi üçüncü kişiye bir haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle bildirir[5]. İçeriği İİK m.89/I ve İcra İflâs Kanunu Yönetmeliği m.42 ile düzenlenmiş olan bu ihbarnameye birinci haciz ihbarnamesi denir. Bu ihbarname ile icra dairesi tarafından uygulanan haczin takip dışı üçüncü kişiye bildirilmesi ve böylelikle uygulanmış olan haczin hukuki sonuçlarının üçüncü kişi hakkında da doğabilmesi sağlanmaktadır[6]. Birinci haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye gönderilmesi yolu ile haczedilen mal ve alacağın bulunup bulunmadığının tespiti, eğer varsa bu mal ve alacakların koruma altına alınması, muhafaza edilmesi amaçlanmaktadır[7].

---

2 ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 195; YAVAŞ, s. 17; İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri (İİK m.89)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 21; ARSLAN Ramazan, "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiye Bildirilmesi ve Sonuçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4), 2016, ss. 3217-3242, s. 3217.

3 AKYAZAN Sıtkı, **İcra İflâs Kanunundaki Yeni Değişik Hükümler Üzerine İnceleme ve Açıklamalar**, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1965, s. 67; AKİL Cenk, **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 52.

4 ARSLAN, s. 3217.

5 ÜSTÜNDAĞ, s. 197; YAVAŞ, s. 16; AKİL, s. 53; ARSLAN, s. 3220.

6 BELGESAY M. Reşit, **İcra ve İflâs Hukuku, C. I: İcra, Kısım I-II**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945, s. 336; BERKİN Necmettin M., **İcra Hukuku Dersleri: 538 Sayılı Kanun ve Son İçtihatlara Göre: İcra Hukuku Prensipleri-Haciz-Rehnin Paraya Çevrilmesi-İcra Suçları**, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 97; ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 232; YAVAŞ, s. 19; ARSLAN, s. 3220.

7 ÜSTÜNDAĞ, s. 195; YILDIRIM M. Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 167; YILMAZ Ejder/ ARSLAN Ramazan/ TAŞPI-

Haciz ihbarnamesini tebellüğ etmiş olan takip dışı üçüncü şahıs, takip borçlusuna borçlu olduğu iddiası ile karşı karşıya kalmış olacaktır ve bu sebeple de kendisine itiraz yolu ile bu iddiaya karşı koyma imkânı tanınmıştır[8]. Üçüncü şahıs, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine İİK m.89/II'de yer alan sebepler[9] ile haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz edebilecektir.

Üçüncü şahsın, birinci haciz ihbarnamesine kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde itiraz etmemesi halinde, İİK m.89/III, c.1'e göre, artık bu mal yedinde veya borç zimmetinde sayılacaktır ve bu husus üçüncü şahsa, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi suretiyle bildirilecektir. İçeriği İİK m.89/III ve İcra İflâs Kanunu Yönetmeliği m.43 ile düzenlenmiş olan bu ikinci haciz ihbarnamesine de üçüncü kişinin, haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içerisinde İİK m.89/II'de yer alan sebepler ile itiraz etme imkânı bulunmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV hükmü, takip dışı üçüncü kişi tarafından kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine yapılan itirazın gerçeği yansıtmadığı, gerçeğe uygun olmadığı hallerde, bu durumun üçüncü kişi açısından yaptırımını düzenleyen bir hükümdür. Buna göre, üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz ederse, alacaklı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın İİK m.338/I hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilecektir.

İİK m.89, takip borçlusunun üçüncü kişideki alacakları ve taşınır malları için aynı kuralların uygulanacağını hükme bağlamış olmakla beraber, uygulamada hükmün kullanım alanı çoğunlukla takip borçlusunun üçüncü kişi-

---

NAR-AYVAZ Sema/ HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 270; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 231; KURU Baki, **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, Genişletilmiş 2. Bası, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2002, s. 16 (Kısaltma: KURU, Alacakların Haczi); ARSLAN, s. 3222.

8 POSTACIOĞLU İlhan, **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 453 (Kısaltma: POSTACIOĞLU, İcra); YAVAŞ, s. 41.

9 İİK m.89/II'ye göre, üçüncü şahıs; borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borcun ödenmiş veya malın istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacağın borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise, keyfiyeti, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak bildirmeye mecburdur. Madde metninde sayılan itiraz sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığına ve üçüncü kişinin takip borçlusu olan alacaklısına karşı ileri sürebileceği tüm def'ileri burada ileri sürebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 197; KURU, Alacakların Haczi, s. 80; YAVAŞ, s. 79; AKİL, s. 87; Aksi görüş için bkz. OLGAÇ Senai, **İcra-İflâs, Cilt I: Maddeler (1-105)**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 780.

deki alacakları bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple konunun ele alınışı bakımından üçüncü kişilerdeki alacakların haczine ilişkin değerlendirmeler önceliklendirilmiştir. Çalışmamızda, İİK m.89'a göre takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağına ilişkin gönderilen birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak itiraz eden üçüncü kişiye İİK m.89/IV'e göre açılacak tazminat davasında hükmedilecek olan tazminatın miktarının ne olması gerektiği, doktrin ve Yargıtay uygulamasında kabul edilen esaslar çerçevesinde değerlendirilecektir[10].

I. İCRA VE İFLAS KANUNU m.89/IV'E GÖRE AÇILAN TAZMİNAT DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Takip dışı üçüncü kişi tarafından, kendisine gönderilen birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi halinde, takip alacaklısının, üçüncü kişi aleyhine İİK m.89/IV hükmü uyarınca tazminat davası açma imkânı bulunmaktadır. Bu tazminat davasının davacısı takip alacaklısıdır. Davalısı ise takip borçlusuna borçlu olduğu iddia edilen ve haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olan üçüncü kişi olacaktır. Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde, açılabileceği düzenlenmiş olan bu tazminat davasının niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcut olmakla birlikte Yargıtay uygulaması yeknesaklık arz etmektedir.

2. İİK m.89/IV'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Haksız Fiil Sorumluluğuna Dayalı Bir Tazminat Davası Olduğu Görüşü

Takip alacaklısının, takip dışı üçüncü kişiye karşı İcra ve İflas Kanunu m.89/IV'e göre açacağı tazminat davasının hukuki sebebi, doktrinde[11] ve

---

[10] Çalışmamızın konusunun takip alacaklısının üçüncü kişiye açacağı tazminat davasındaki tazminatın miktarına ilişkin değerlendirmeler olması sebebiyle, takip alacaklısının İİK m.338/I'e göre üçüncü şahsın cezalandırılmasına istemesine ilişkin talep ve buna ilişkin olarak açılan dava inceleme konusu yapılmayacaktır.

[11] PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 181; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 237;

OSKAY Mustafa/ KOÇAK Çoşkun/ DEYNEKLİ Adnan/ DOĞAN Ayhan, **İİK Şerhi, C. II**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 2601; POSTACIOĞLU İlhan E., "Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler", **BATİDER**, C. 10, S. 2, Aralık 1979, ss. 353-368; s. 357 (Kısaltma: POSTACIOĞLU, Problemler); KURU, Alacakların Haczi, s. 90; YAVAŞ, s. 100; İYİLİKLİ, s. 110; BULUT Uğur, **İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m.120)**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 87; AKİL, s. 192; ARSLAN, s. 3238.

Yargıtay[12] uygulamalarında haksız fiil nedenine dayandırılmakta ve üçüncü kişinin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir. Maddede öngörülen tazminat davası, haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olan takip dışı üçüncü kişinin itirazının gerçeğe aykırı beyanından, diğer bir deyişle haksız itirazından kaynaklanan, haksız fiile dayalı bir alacak talebi olarak nitelenmektedir.

Takip dışı üçüncü kişinin, takip alacaklısının kendisine gönderdiği haciz ihbarnamesine, takip borçlusuna borcu olduğu halde itiraz etmesi halinde, üçüncü kişinin takip alacaklısına karşı bir haksız fiil işlemiş olduğu, lakin İİK m.89/IV ve İİK m.338 hükümlerinin bu fiili, suç olarak nitelendirmiş olmasının da üçüncü kişinin bu davranışının evleviyetle haksız fiil olduğuna işaret ettiği savunulmaktadır[13].

Buna göre, üçüncü kişilere karşı tazminat davası açılmasının nedeni, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanı nedeniyle alacaklının uğradığı zarardır. Bu nedenle de İİK m.89/IV çerçevesinde ileri sürülen tazminat talebi, haksız fiil sorumluluğuna dayanan bir tazminat davası olarak nitelendirilmektedir[14].

Doğrudan bir alacak iddiasına dayanmayan bu davanın özü itibariyle haksız fiile dayandığı belirtilerek, takip dışı üçüncü kişinin takip borçlusuna borcu olduğu halde, gerçeğe aykırı şekilde beyanda bulunarak takibe devamı engellemesi ve dolayısı ile haksız fiilin işlenmesinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir[15].

Bu görüş uyarınca, üçüncü kişinin takip borçlusuna borcu olmasına rağmen gerçeğe aykırı olarak bunu inkâr etmesi, yani yalan beyanda bulunması ve bu beyanın aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi sebebiyle de tazminat talebine dayanak teşkil etmesi, takip alacaklısına İİK m.89/IV'e göre tazminat davası açma imkânı vermektedir.

---

[12] Y. 12. HD, E. 2018/14821, K. 2018/13501, 13.12.2018; Y. 12. HD, E. 2017/3928, K. 2018/6194, 18.06.2018; Y. 12. HD, E. 2017/5050, K. 2017/10504, 12.09.2017; Y. 12. HD, E. 2016/17114, K. 2017/9113, 12.06.2017; Y. 12. HD, E. 2013/22122, K. 2013/30463, 30.09.2013; Y. 12. HD, E. 2012/19013, K. 2012/36711, 06.12.2012 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 14.08.2021).

[13] POSTACIOĞLU, İcra, s. 460; TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s. 20 (Kısaltma: TANDOĞAN, Mes'uliyet); KURU, Alacakların Haczi, s. 90.

[14] KURU Baki, "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler", **Bankacılar Dergisi**, S. 47, 2003, ss. 59- 82, s. 70 (Kısaltma: KURU, İİK m.89); KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku: El Kitabı**, 2. Baskı, Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 480 vd. (Kısaltma: KURU, El Kitabı).

[15] ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 237.

3. İİK m.89/IV'e Göre Açılan Tazminat Davalarının İcra ve İflâs Hukukuna Özgü Bir İfaya Zorlama Davası Olduğu Görüşü

İcra ve İflas Kanunu İİK m.89/IV'te düzenlenen tazminat talebinin bir haksız fiil niteliğinde olmadığı ve aslen takip dışı üçüncü kişinin itirazı üzerine duran fer'i takibi devam ettirmeye yönelmiş, icra ve iflâs hukukuna özgü bir ifaya zorlama davası olduğu da savunulmuştur[16]. İlgili maddede ön görülen tazminat talebinin, birinci ve ikinci haciz ihbarnamesinden bağımsız olmadığı ve her iki haciz ihbarnamesi ile de sıkı bir irtibat içerisinde olduğu belirtilmiştir[17]. Birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi, takip dışı üçüncü kişiye karşı başlamış fer'i takibi sona erdirmeyecek, sadece durduracaktır[18]. Aslen bu madde ile amaçlanan, takip dışı üçüncü kişinin, birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesi üzerine duran fer'i takibin devamını sağlamaktır[19] ki bu amaç takip alacaklısının icra mahkemesine başvurarak, takip dışı üçüncü kişinin tazminata mahkûm edilmesini talep ettiği hallerde, üçüncü kişinin icra dairesine gelerek takip borçlusuna olan borcunu tamamen ödemesi halinde tazminat davasının konusuz kalmasında somutlaşmaktadır[20].

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.49 hükmü[21] ile haksız fiil sorumluluğunun doğması için bulunması gereken unsurlar düzenlenmiştir. Buna göre haksız fiil sebebiyle tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil, kusur (zarar verenin kusuru), zarar (hukuka aykırı fiil ile bir başkasına verilen zarar) ve nedensellik bağı (hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı) unsurlarının varlığı gereklidir.

Bir haksız fiiliden bahsedilebilmesi için, zarara sebep olan fiilin öncelikle hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırı fiil, maddi ya da manevi bir zarara neden olmalıdır. Zarara sebep olan kişi fiilinden dolayı kural ola-

---

16 ERMENEK İbrahim, "İcra ve İflas Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukuki Analizi", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, ss. 887-918, s. 903.

17 ERMENEK, s. 902.

18 ERMENEK, s. 902.

19 ERMENEK, s. 902-903.

20 ERMENEK, s. 903.

21 Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.49 hükmü: "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür." şeklindedir.

rak kusurlu olmalı[22] ve zararla uğranılan fiil arasında da uygun illiyet bağı bulunmalıdır[23].

Tazminat talebine esas teşkil eden husus, takip dışı üçüncü kişinin kendisine tebliğ edilen birinci ve ikinci haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanda bulunarak itiraz etmesidir. Diğer bir deyişle, üçüncü kişinin takip borçlusuna borcu olmasına rağmen, gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle, borcunun olduğunu inkâr etmesidir. Bu beyanın aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmekte olduğu doktrinde savunulmaktadır. Ancak bu halde, gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın haksız fiil oluşturabilmesi için, gereken unsurların varlığına ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine gerçeğe uygun olmayan beyanda bulunmak suretiyle itiraz etmiş olmasının haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığını tartışmak ve üçüncü kişinin kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine ilişkin olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının hukuka aykırılık unsurunu yerine getirip getirmediğinin incelenmesi, madde ile getirilen düzenlemenin ruhunun anlaşılabilmesi bakımından önemlidir.

Haksız fiil sorumluluğu, daha önceden bir borç ilişkisinin kurulmasına gerek olmadan, hukuka aykırı bir fiil ile doğar[24] ve haksız fiilden doğan borç kural olarak bir tazminat borcudur[25]. Tazminat talep edilebilmesi için, çiğnenen hukuk kuralının koruyucu amacı ile ihlal edilen menfaat arasında bulunması gereken ilişki hukuka aykırılık bağı olarak nitelendirilmektedir[26]. Buna göre, zarar veren sadece ihlal edilen hukuk kuralının önleme amacı

---

22 Haksız fiil sorumluluğunun doğması kural olarak kusura bağlanmıştır. Ancak bazı özel kusursuz sorumluluk halleri de yine mevzuatta öngörülmüştür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Cilt II**, 16. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 58; TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s. 492; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 643 (Kısaltma: EREN, Borçlar Genel); KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 407; NOMER Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 185.

23 OĞUZMAN/ÖZ, s. 49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 475; EREN, Borçlar Genel, s. 584; KILIÇOĞLU, s. 400-401; NOMER, s. 182.

24 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 474.

25 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 474.

26 TANDOĞAN Haluk, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 11 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476.

güttüğü zarardan sorumlu olacaktır. Zararın tazmini sorumluluğu bakımından hukuka aykırılığın aranmasının amacı, sorumluluğun sınırlanması içindir ve bir davranış hukuka aykırı olsa bile, bundan doğan zararlı sonuçlar, ihlâl edilen hukuk kuralının koruma alanına girmiyorsa, hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığı için sorumluluk da söz konusu olamayacaktır[27].

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için aranan hukuka aykırılık şartı, fiilin, yazılı veya yazılı olmayan genel bir hukuk kuralını ihlal etmesi gerekir[28]. Kanunlar, hukuka aykırılık teşkil edecek olan emirlerin ve kuralların ilk kaynağıdır ve bu kapsamda açık ve kesin emirlere ve yasaklara daha çok Ceza Kanunu'nda veya ceza hükmü taşıyan kurallarda rastlanır[29]. Bir davranış tarzına ilişkin olarak kanunun ceza tertip ettiği hallerde, bu davranışın TBK m.49 kapsamında bir haksız fiil sayılacağına tereddüt etmemek gerekecektir[30] ancak bu durumda da cezalandırmanın özel hukuk kişilerini zarardan koruma amacına dayanması gerekmektedir[31].

Haksız fiil sorumluluğu ile genellikle mutlak hakların korunduğu ve malvarlığına ilişkin menfaatlerin haksız fiil kapsamında korunabilmesi için özel bir normun gerektiği hususu dikkate alındığında, burada cevaplanması gereken husus, İİK m.338/I'de yer alan ceza normunun haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilmesi için aranan nitelikte bir özel norm olup olmadığıdır. Buna bağlı olarak da İİK m.338/I düzenlemesi ile getirilen cezalandırmanın özel hukuk kişilerini zarardan koruma amacına dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir. Diğer bir ifade ile İİK m.338/I'de yer alan cezai yaptırım ile ulaşılmak istenen amacın takibi başlatan alacaklının korunması olup olmadığı incelenmelidir.

İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV hükmünde düzenlendiği üzere, üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesine süresi içerisinde itiraz ederse, takip alacaklısı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın İİK m.338/I hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilecektir.

---

27 EREN Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, **Prof. Dr. Kologlu'ya 70'inci Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 461-491, s. 465; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476.

28 BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 86.

29 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 478.

30 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 478.

31 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 478.

'Hakikata Muhalif Beyanda Bulunanların Cezası' başlığını taşıyan İİK m.338/I'e göre, İİK'ya göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Görülmektedir ki bu madde ile gerçeğe aykırı beyanda bulunma fiili, takibi şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Esasen düzenlenmiş olan ceza normunun son kertede alacaklının hakkını korumaya matuf olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Zira ceza sorumluluğunun ortaya çıkması bakımından geçerli bir takibin varlığı ve bu takipte İİK m.89'a göre kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen muhatabın (takip dışı üçüncü kişi) gerçeğe aykırı beyanda bulunması gerekmektedir. Bu durum ceza sorumluluğunun kaynağının kamusal bir yükümlülüğün ihlali olduğunu akla getirse de 'Davanın ve Cezanın Düşmesi ile Ceza Verilemeyecek Hâller' başlıklı İİK m.354/I de yer alan, İİK on altıncı babında yazılı suçlardan takibi şikâyete bağlı olanları müştekisinin feragat etmesi veya borcun itfa edildiğinin sabit olması halinde dava ve bütün neticeleri ile beraber cezanın düşeceğine ilişkin düzenleme, İİK m.338/I madde normunun nihai amacının takip alacaklısının takip borçlusunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının temini olduğunu ortaya koymaktadır[32].

Bu durum bir etkin pişmanlık düzenlemesi olarak cezasızlık yanında, vaki olmuş ve kesinleşmiş mahkumiyetin de tüm sonuçları ile ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifade ile kamu otoritesi, cezalandırma yetkisini kullanmış olsa bile, takip alacaklısının tatmini halinde, cezalandırmak ve cezalandırmaya bağlanan tüm sonuçlardan feragat etmektedir. Buna bağlı olarak İİK m.338 ile düzenlenen cezalandırmanın takip alacaklısının zarardan korunması amacına dayandığı sonucuna ulaşılabilecektir ki bu durum da İİK m.89/IV hükmünde yer alan tazminat talebinin mesnedinin suç oluşturan fiile ilişkin getirilen cezalandırmanın, özel hukuk kişilerini zarardan koruma amacına dayandığı hallerde, evleviyetle haksız fiil teşkil edeceği hususu ile uyumlu olacaktır[33].

---

[32] Benzer bir düzenleme 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 6'ncı maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanun'a göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında davanın düşme kararı ile, verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararının ise, güvenlik tedbiri mahiyetindeki çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı da dahil olmak üzere, tüm sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Bu husus, esasen iki düzenlemenin de asıl amacının, alacaklının alacağını tahsil etmek olduğunu ortaya koymaktadır. Karşılıksız çek keşide etmek suçu bakımından etkin pişmanlık düzenlemesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Çek Kanunu**, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 108 vd.

[33] Nitekim etkin pişmanlık hükümlerinin kabul edilmesi konusunda öğretide kabul edilen yaklaşımın "cezalandırmanın gereksizliği" veya "suç mağdurunun tatmini olduğu" ifade edilmek-

II. İCRA VE İFLAS KANUNU m.89/IV'E GÖRE AÇILAN TAZMİNAT DAVASINDA TAZMİNATIN MİKTARININ BELİRLENMESİ

1. Genel olarak

Takip alacaklısının, takip dışı üçüncü kişiye karşı İİK m.89/IV hükmüne dayanarak açtığı tazminat davasında, hak kazanacağı tazminatın niteliği ve miktarının ne olması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş ve farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Üçüncü kişinin tazminata mahkûm edilebilmesi için, haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinde üçüncü kişiden istenebilir ve kesin nitelikte bir alacağın bulunması gerektiği doktrin[34] ve Yargıtay[35] tarafından kabul edilmektedir.

2. Tazminat Miktarının Ne Olması Gerektiğine İlişkin Görüşler

A. Madde Metnindeki Tazminat Kavramı ile Uğranılan Zararın İfade Edildiğine Dair Görüş

Doktrinde, İİK 89/IV maddesinde geçen tazminatın üçüncü şahsın hakkında takip yapılan borçluya borçlu olduğu miktarın kastedilmediği, üçüncü şahsın yalan beyanından dolayı takip alacaklısının alacağının tahsilinin gecikmesi sebebiyle uğradığı zararın karşılığını ifade ettiği belirtilmiştir[36].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında, tazminatın haciz ihbarnamesine karşı verilen cevabın gerçeğe aykırı bulunması nedeniyle alacaklının uğradığı zararın karşılanmasını amaç olarak ifade etmesi, bu görüşe dayanak teşkil etmektedir[37].

Bu görüşe göre, İİK m.89/IV hükmüne göre açılacak davalarda, mahkemenin hükmedeceği tazminat, alacağın geç tahsil edilmesinden dolayı

---

tedir. BABA Yasemin, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 23.

[34] POSTACIOĞLU, Problemler, s. 360-361; İYİLİKLİ, s. 122; BULUT, s. 81; AKİL, s. 193; ARSLAN, s. 3239.

[35] Y. 12. HD, E. 2007/16249, K. 2007/19292, 23.10.2007; Y. 12. HD, E. 2010/21248, K. 2010/27095, 23.11.2010; Y. 12. HD, E. 2016/11040, K. 2016/14011, 12.05.2016 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 15.08.2021); Y. 12. HD. E. 1993/7660, K. 1993/12490, 12.07.1993; Y. 12. HD, E. 2019/12520, K. 2019/17257, 28.11.2019 (e-uyar.com, Erişim Tarihi: 15.08.2021).

[36] POSTACIOĞLU, Problemler, s. 363.

[37] Y. HGK, E. 971/İİD-326, K. 853, 18.10.1972 (Resmî Kararlar Dergisi: Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Y. 8, 1973/S. 2-3, ss. 14-16).

uğranılan zarar miktarında olmalıdır ki bu halde, somut olayın özelliklerine göre, mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat miktarının asıl alacak miktarından farklı olması muhtemeldir.

İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV ile tazmini talep edilecek zarar, alacaklının hacizli alacağı tahsil edememesi veya geç tahsil ettiği için mahrum kaldığı faiz dolayısı ile uğradığı zararın karşılığı olarak ifade edilebileceği de belirtilmektedir[38].

B. Tazminatın Takip Konusu Borcun Takip Borçlusundan Tahsil Edilemeyen Kısmından Oluştuğuna Dair Görüş

Bu görüşe göre, İİK m.89/IV'e göre açılacak tazminat davasında, tazminatın miktarı haciz ihbarnamesi ile üçüncü kişiden istenen miktar, yani takip dışı üçüncü kişinin, asıl borçluya olan borcu kadar olmalıdır. Üçüncü kişinin takip borçlusuna daha az borçlu olduğunun tespit edildiği hallerde ise, tespit edilen borç miktarı kadar olmalıdır[39]. Esasen hükmedilecek olan tazminat, üçüncü kişiden haciz ihbarnamesi ile talep edilen miktar ile sınırlı olmalıdır ve her halde üçüncü kişinin takip borçlusuna borcundan daha fazla olamayacaktır.

Hükmedilecek tazminat miktarı, birinci haciz ihbarnamesi ile takip dışı üçüncü kişiden istenen miktar (eğer üçüncü kişinin takip borçlusuna daha az borçlu olduğu tespit edilmiş ise, o miktar) ve dolayısı ile üçüncü şahsın gerçeğe aykırı beyanı kadar olacaktır[40]. Ayrıca alacaklının alacağına geç kavuşmaktan dolayı uğradığı faiz kaybı da bu tazminata eklenebilecektir[41]. Alacaklı, talep ettiği tazminat miktarını ve haksız itiraz yüzünden alacağını geç tahsil etmesinden dolayı talep edeceği faizi de dilekçesinde gösterecektir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.26 ve HMK m.119/I,ğ).

Tazminat, takip alacaklısının gerçeğe aykırı beyanı nedeniyle takip alacaklısının uğradığı zararın karşılığı olan meblağ olup, takip borçlusunun üçüncü kişi nezdinde bulunan alacak miktarı ile haciz ihbarnamesinde istenilen miktarı aşamayacaktır.

---

38 BERKİN, s. 101.

39 KURU, Alacakların Haczi, s. 99; KURU, İİK m.89, s. 70; İYİLİKLİ, s. 121; AKİL, s. 194.

40 KURU, El Kitabı, s. 483-484; İYİLİKLİ, s. 121-122.

41 KURU, Alacakların Haczi, s. 99; KURU, İİK m.89, s. 70; KURU, El Kitabı, s. 484; YAVAŞ, s. 106; İYİLİKLİ, s. 121; BULUT, s. 82-83; AKİL, s. 194.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV'de hükmü ile düzenlenen tazminat davasında, takip dışı üçüncü kişiye karşı, yöneltilecek tazminat talebinin miktarının ne olması gerektiğinin tespiti gerekmektedir ve bu sebeple, madde metninde yer alan tazminatın icra hukuku bakımından nasıl anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır.

Tazminat kelimesi "tanzim" sözcüğünden türemiştir ve "tazmin etmek" birinin neden olduğu zararı karşılamak ve ödeme yapmak anlama gelmektedir[42]. Tazminat, hukuka aykırı bir eylem sonucunda meydana gelen maddi veya manevi zararlara karşılık ödenen bedel, zarar ödemesi[43] veya zararların giderilmesi amacıyla sorumlu tarafından zarar görene ödenen veya parasal veya bir değer veya edim[44] olarak tanımlanabilecektir.

Bu anlamları sebebiyle İİK m.89/IV'teki tazminat terimi ile ifade edilenin takip alacaklısının alacağının tahsilinin gecikmesi sebebiyle uğradığı zararın karşılığının ödenmesi şeklinde anlaşılması düşünülebilecektir.

Belirtildiği üzere, Türk icra hukuku doktrin ve uygulamasında çoğunlukla, İİK m.89/IV'e göre hükmedilecek tazminat miktarının takip alacaklısının üçüncü kişiye gönderdiği haciz ihbarnamesindeki miktardan fazla olamayacağı ve takip dışı üçüncü kişinin, asıl borçluya olan borcu kadar olması esası benimsenmiş ve üçüncü kişinin takip borçlusuna daha az borçlu olduğunun tespit edildiği hallerde ise, tazminatın gönderilen haciz ihbarnamesindeki miktar kadar değil, tespit edilen borç miktarı kadar olması gerektiği kabul edilmiştir.

Ancak hükümdeki tazminatın hukuki sebebinin haksız fiil sorumluluğu olduğunun kabulü halinde, tazminat miktarının sınırlanması bakımından böyle bir sonuca nasıl varılabileceği önem kazanmaktadır. Lakin sorumluluğun türü olarak haksız fiil sorumluluğu belirlenmesi ile buradaki tazminat miktarı bakımından da uygulanması gereken hükümler haksız fiile ilişkin düzenlemelerdir ve belirtmek gerekir ki haksız fiil hükümlerinde sorumlulu-

---

[42] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Genel Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.08.2021).

[43] OĞUZMAN/ÖZ, s. 121; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; EREN, Borçlar Genel, s. 878-879; KILIÇOĞLU, s. 534; NOMER, s. 273.

[44] OĞUZMAN/ÖZ, s. 121-122; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581; EREN, Borçlar Genel, s. 877; KILIÇOĞLU, s. 534; NOMER, s. 273.

ğu bu şekilde sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra ve İflas Kanunu m.89 hükmünde de sorumluluğun sınırlanmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Zararın tazmin edilmesi ve tazminat miktarını belirlenmesi bakımından önem arz eden unsurlardan biri, kusurdur. TBK m.51'e göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki İİK m.89/IV'e göre takip alacaklısının, takip dışı üçüncü kişiye açtığı tazminat davaları bakımından zararın hesaplanması ve tazminat miktarının tespitine ilişkin olarak Yargıtay kararlarında kusura dair herhangi bir tespit yapıldığına rastlanılmadığı gibi doktrinde de bu yönde bir gereklilik belirtilmiş değildir ancak zaten kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının kusursuz olarak ortaya çıkması mümkün olmadığı göz önüne alındığına bu yönde bir tespite ihtiyaç da kalmamaktadır.

İİK m.89/IV'e göre açılacak sorumluluk davalarının kusurlu sorumluluk değil, kusursuz sorumluluk esasına göre açılacağı düşünülmesi ise zordur, lakin kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için mevzuatta açık bir düzenleme olması gerekmektedir ve kusursuz sorumluluk hallerinde de TBK m.51'in (ve hatta TBK m.52'nin) dikkate alınacağı kabul edilmektedir[45].

Aslen haksız fiil sorumluluğu kapsamında takip alacaklısının zararının ve buna bağlı olarak takip alacaklısına tazminat olarak ödenecek olan miktarın aslen takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağı miktarı kadar değil bu alacağın yanında ödenecek ek bir bedel olması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir. Doktrinde de takip alacaklısının tazminat olarak haciz ihbarnamesi ile istenen alacağı ve onun geç ödenmesinden doğan zararın talep edilebileceği savunulmuştur[46]. Ancak zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenebilmesi için, her şeyden önce, zararın hesaplanması gerekmekle birlikte[47], İİK m.89/IV'ten kaynaklanan tazminat davalarında sadece takip borçlusunun, takip dışı üçüncü kişideki alacak miktarı tespit edilmektedir ve bir zararın hesaplanması söz konusu değildir.

---

45 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 596; KILIÇOĞLU, s. 534-535; NOMER Haluk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 97; BAYSAL, s. 100.

46 POSTACIOĞLU, Problemler, s. 363; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 181.

47 OĞUZMAN/ÖZ, s. 90; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 583; EREN, Borçlar Genel, s. 821; KILIÇOĞLU, s. 533.

Tazminata ilişkin olarak talep edilebilecek faizin ise gene üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcuna haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyan ile itiraz edildiği tarihten itibaren işletilecek olan faiz olduğu kabul edilmektedir. Talep edilecek olan faizin İİK m.89/IV'e göre açılacak davalar bakımından zarar niteliğinde olduğu ise faiz alacağının esas alacağın fer'i olması ve talep olmadan hükmedilemeyecek olması gerekçeleri ile kabulü zordur.

III. İİK m.89/IV HÜKMÜNDEKİ "TAZMİNAT DAVASI"NA İLİŞKİN TESPİTLER

İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV hükmünde, üçüncü şahsın, haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz ettiği halde, alacaklının, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın tazminat ödemeye mahkûm edilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Çalışmamızda ayrıntıları ile belirtildiği üzere, doktrinde ve Yargıtay kararlarında çoğunlukla İİK m.89/IV'e göre açılan tazminat davalarının haksız fiilden kaynaklandığı belirtilmektedir.

İcra mahkemesinin genel hükümlere göre yürüteceği yargılamada takip dışı üçüncü kişiyi haciz ihbarnamelerinde belirtilen tutardan daha fazla tazminata mahkûm edemeyeceği ve her halde üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcu kadar tazminata mahkûm edebileceği kabul edilmektedir. Dolayısı ile üçüncün kişinin takip borçlusuna, kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerindeki miktardan daha az borçlu olduğunun tespit edildiği hallerde ise, tazminat miktarı, tespit edilen borç miktarını aşamayacaktır. Benzer şekilde takip alacaklısının haciz ihbarnamesi yolu ile üçüncü kişiden talep ettiği miktarın asıl alacak miktarından az olması halinde ise, haciz ihbarnamesinde belirtilen miktar esas olacak ve icra mahkemesi bu miktardan fazla bir meblağın tazminat olarak ödenmesine hükmedemeyecektir. Takip alacaklısı tarafından HMK m.114 ve m.119'a uygun olarak mahkemeye sunulmuş olan dava dilekçesinde haciz ihbarnamesi ile üçüncü kişiye tebliğ edilen miktardan fazla bir miktar talep edilmiş ve icra mahkemesinde yapılan yargılamanın sonunda borç miktarının haciz ihbarnamesinde talep edilenden fazla olduğu sabit olsa bile, bu durum değişmeyecektir.

Görülmektedir ki burada esasen icra mahkemesinin tazminat adı altında hükmettiği miktar, haciz ihbarnamesi ile talep edilen miktardan fazla olamayacak ve fakat haciz ihbarnamesi ile asıl borç miktarından fazlasının talep edilmiş olduğu hallerde ise takip dışı üçüncü kişinin takip borçlusuna borcu olan miktar ve dolayısı ile de takip borçlusunun takip alacaklısına ödemekle yükümlü olduğu miktar ile sınırlı olacaktır.

Eğer, üçüncü kişi, vadesi gelmiş, talep edilebilir borcunu takip borçlusuna ödemiş olsa idi, takip alacaklısı aslında (belki de) bu alacağa takip borçlusundayken haciz koydurabilecekti. Ancak hal böyle olmadığı için ve üçüncü kişi, takip borçlusuna ödeme yaptığında, takip alacaklısının bu ödemeyi takip etmesi ve bu alacağa haciz koydurması mümkün olamayabileceğinden, icra dairesi tarafından takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağına haciz konmakta ve akabinde İİK m.89 düzenlemesi ile üçüncü kişinin bu hacizden haberdar edilmesi, üçüncü kişinin bu alacağın varlığına ilişkin alacağı tutum ile alacağın tespiti ve muhafaza altına alınması amaçlanmıştır.

İİK m.89 hükmü ile amaçlanan faydanın sağlanabilmesi pek tabiidir ki üçüncü kişinin kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine Türk Medeni Kanunu m.2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı (yargılamanın veya takibin tarafları bakımından da HMK m.29'da düzenlenmiş olan dürüst davranma ve doğru söyleme yükümlülüğü) çerçevesinde gerçeğe uygun olarak cevap vermesi ile mümkün olabilecektir. Üçüncü kişinin gerçeğe uygun olarak cevap vermediği hallerde de İİK m.89/IV'teki tazminat davasına başvurmak mümkün olabilecektir.

İİK m.338/I hükmü ile gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın takibi şikâyete bağlı suç olarak düzenlenmesi ve suç oluşturan fiile ilişkin getirilen cezalandırmanın, özel hukuk kişilerini zarardan koruma amacına dayanması sebebiyle, gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet verdiği ve bu sebeple de İİK m.89/IV'de düzenlenen tazminat talebinin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre verilmesi gerekmekte olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu m.49 hükmü ile düzenlendiği üzere, diğer unsurlarının da mevcudiyeti halinde, bu dava, hasız fiile dayanan bir sorumluluk davası olarak nitelenebilecekse de tazminat miktarı ve niteliği bakımından değerlendirildiğinde, zararın hesaplanmasında ve zarar şartının varlığına ilişkin aranacak kriterlerin mevcudiyeti bakımından, haksız fiil hükümlerinden farklılaşmanın olduğu görülmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki bu tazminat davasının sonunda, icra mahkemesi, aslında hükmettiği tazminat miktarı ile sadece takip alacaklısının alacağının tahsiline imkân sağlamaktadır ve aslen takip alacaklısının üçüncü kişinin gerçeğe uygun olmayan beyanı sebebiyle doğan herhangi bir (ek) zararı varsa bunların tatmini sağlanamamış olmaktadır. Ancak, dava neticesinde hükmedilecek olan bu miktarın, yani, takip dışı üçüncü kişinin takip

borçlusuna olan alacağı miktarının, her zaman takip dışı üçüncü kişinin beyanının aksini ispat yoluyla tazminat talep eden alacaklının, üçüncü kişinin yalan beyanı nedeniyle uğradığı zararla örtüşmeyeceği, doktrinde de belirtilmektedir[48].

Alacaklının alacağına geç kavuşmaktan dolayı uğradığı faiz kaybının da bu tazminata eklenebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında da faizin başlangıç tarihinin, takip dışı üçüncü kişinin kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz ettiği tarih olması gerektiği belirtilmektedir[49]. Görüldüğü üzere, burada Yargıtay, TBK m.117/II'de düzenlendiği üzere, haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlunun temerrüde düşmüş sayılacağı kuralından hareket etmekte ve haciz ihbarnamelerine ilişkin olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faiz istenebileceğini öngörmektedir. Haksız fiillerde temerrüdün başlangıcı, haksız fiil tarihi olarak kabul edilmektedir ve borçlunun temerrüde düşürülmesi için herhangi bir ihtara gerek yoktur. Haksız fiilin unsurları gerçekleşmiş ise borç doğacaktır ve borçlu, borcun doğumda artık mütemerrit olarak kabul edilecektir[50].

Ancak, hükmedilecek tazminata ekleneceği kabul edilen temerrüt faizi[51], herhangi bir para alacağının ifasında temerrüde düşülmesi halinde, zararın doğup doğmadığına ve borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, ödenmek zorunda olan faizdir.

Doktrinde, takip alacaklısının, takip borçlusunun diğer mal varlığı unsurlarının haczi ve satışı neticesinde alacağına kavuşmuş olduğu durumlarda, dava dışı üçüncü kişinin mahkûm edileceği tazminat miktarının gecik-

---

48 BULUT, s. 82-83.

49 Y. 16. HD, E. 2010/4173, K. 2010/5837, 11.10.2010 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 21.09.2021); Y.16. HD., E. 2010/4175, K. 2010/5838; 11.10.2010 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 21.09.2021); Y. 16. HD, E. 2010/8168, K. 2011/679, 07.02.2011 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 21.09.2021); Y. 16. HD, 4183/5866, 11.10.2010 (UYAR Talih, **İcra Hukukunda Haciz**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 308).

50 Haksız fiil sorumluluğunun kurulma anında ve özellikle de borç miktarının tam olarak belli olmadığı hallerde de TBK m.117/II hükmünün geçerliliğine ilişkin tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 478 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 918-919; BAYSAL, s. 624 vd.

51 Bir gecikme faizi türü olan temerrüt faizinin borçlunun temerrüdü tarihinden, diğer gecikme faizi türlerinin ise alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGEN Mahmut, **Faiz Hukuku, Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 8.

meden doğan faiz kaybıyla sınırlı olacağı savunulmaktaysa da[52] bu husus faizin fer'iliği prensibi ile bağdaşmamaktadır.

Görülmektedir ki icra mahkemesinin İİK m.89/IV'ten kaynaklanan tazminat davasına ilişkin yargılamanın sonunda hükmedeceği tazminat miktarı aslen üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olduğu miktar kadardır ve hükmedilecek faiz de vadesi geçirilen alacağın ödenmesi bakımından fer'i niteliktedir ve aslen ödemenin güncel değer üzerinden yapılabilmesini sağlamak ve geç ödemeden kaynaklanan değer kaybının engellenmesini önleyici niteliktedir.

Dolayısı ile İİK m.89/IV düzenlemesinde "tazminat talebi" yer almış olsa da aslen bu dava ile ulaşılan hedef, takip alacaklısının tatmin edilmesidir ki bu tatmin talep edildiği hallerde faizi de kapsayacaktır. Ancak tazminat, aslen alacağın geç tatmin edilmesinden kaynaklanan zararın giderilmesi amacıyla hükmedilmesi gereken bir kalem niteliğindedir.

Kaldı ki İİK m.89/IV'e göre açılacak tazminat davalarında mahkemenin faize ilişkin hüküm kurabileceği kabul edilmekle birlikte, bu husus faizin niteliği itibariyle fer'i bir talep niteliği taşımaktadır, asıl alacağa bağlıdır ve talep edilmesi gerekmektedir. Talep edilmediği halde, davalı-üçüncü kişi aleyhine faiz ödemesine hükmedilemeyecektir ki bu husus da faizin ancak talep edildiği takdirde zararın karşılanması bakımından bir imkân olarak kullanılabileceğinin altını çizmektedir. Ancak madde ile düzenlenmek istenen tam olarak bu değildir.

Alacaklının tazminat talebi üzerine icra mahkemesi, birinci haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinde, borçlunun üçüncü kişide bir alacağının bulunup bulunmadığını araştıracaktır ve varlığının tespiti halinde ise "tazminat" adı altında bu borcun, takip alacaklısına ödenmesine hükmedecektir.

SONUÇ

1. İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV hükmünde düzenlenen tazminat davası, takip alacaklısı tarafından, kendisine gönderilen haciz ihbarnamelerine gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde, üçüncü kişiye karşı açılabilecektir. Gerek İİK m.89 hükmünü gerek İİK m.338/I hükmü bir arada değerlendirildiğinde, bu hükümlerin amacının aslen takip dışı üçüncü kişiyi, takip borçlusuna ait alacağı ödemeye zorlamak olduğu görülmektedir.

---

[52] POSTACIOĞLU, İcra, s. 465; İYİLİKLİ, s. 121; AKİL, s. 194.

2. İcra ve İflâs Kanunu m.89/IV'e göre açılacak olan tazminat davası, İİK m.338/I düzenlemesi ile getirilen ceza normunun takip alacaklısını zarardan koruma amacı taşıması ve bu hallerde de suç teşkil eden fiilin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi sebebiyle, haksız fiil sorumluluğuna dayalı bir tazminat davası olarak değerlendirilebilecektir.

3. Açılacak olan tazminat davası her ne kadar haksız fiil sorumluluğuna dayalı bir tazminat olarak nitelendirebilecekse de Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız fiil hükümlerinden özellikle hükmedilecek tazminatın miktarı noktasında ayrılmaktadır.

Bir kimsenin maruz kaldığı haksız fiil sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraf, yüklendiği borç, zarardır ve TBK'da yer alan haksız fiil sorumluluğu düzenlemesinde tazminat, gerçekleşen zarar ile sınırlı olup, hiçbir zaman gerçekleşen zararın en üst miktarından fazla olamayacaktır[53]. Bu sebeple, takip alacaklısının, üçüncü kişi durumundan bulunan haciz ihbarnameleri muhatabının gerçeğe aykırı bildirimde bulunması nedeniyle uğradığı zararın ve dolayısıyla tazminatın, takip borçlusunun üçüncü kişi nezdindeki alacağı kadar olduğunu kabul eden yaklaşımın, TBK'da yer alan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel düzenlemeler ile uyumlu olduğunu söylemek imkânı bulunmamaktadır. Dolayısı ile İİK m.338/I'den hareketle haksız fiile dayalı tazminat taleplerine mesnet teşkil eden İİK m.89/IV düzenlemesi, tazminat miktarı bakımından genel hükümlerden ayrılmaktadır. Kaldı ki haksız fiilden doğan tazminat davalarında mahkemenin uğranılan haksız fiil sebebiyle tazminata hükmedebilmesi için, uğranılan zararın ispatı gerekmedir fakat İİK m.89/IV'teki tazminat davaları bakımından böyle bir şart kanun düzenlemesinde aranmadığı gibi, yargılama sırasında da böyle bir denetim yapılmamaktadır. Lakin, İİK m.89/IV'e göre açılan tazminat davası ile icra mahkemesinde tazminat adı altında takip borçlusunun takip dışı üçüncü kişideki alacağının varlığı ve miktarı tartışılagelmektedir[54].

İİK m.89/IV hükmünde düzenlenen tazminat davasının sonunda hükmedilecek olan tazminat miktarına ilişkin sınırlamalar dikkate alındığında görülmektedir ki bu davanın sonunda takip alacaklısı lehine takip dışı üçüncü kişinin takip borçlusuna olan borcu kadar bir tazminata hükmedilmektedir.

---

[53] TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 63; OĞUZMAN/ÖZ, s. 39; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548; EREN, Borçlar Genel, s. 748; NOMER, s. 6 vd.

[54] BULUT, s. 109.

Takip alacaklısının, sadece takip borçlusunun üçüncü kişiden olan asıl alacağı miktarı kadar tatmin edildiği hususu dikkate alındığında, dava sonunda hükmedilen miktarın niteliğinin tazminat olmadığı ve dolayısı ile de aslen takip alacaklısının geç tatmininden doğan diğer zararlarının telafisinin söz konusu olmadığı sonucuna varılabilecektir.

4. İİK m.89 düzenlemesinin takip borçlusunun takip dışı bir üçüncü kişide bulunan mal ve alacağının haczi üzerine, takip borçlusuna ait bu mal ve alacağın tespiti ve borçlunun malvarlığından çıkmasının engellenmesi sureti ile korunması ve takip alacaklısının tatmini için kullanılabilmesi amacı ile kabul edilmiş bir düzenleme olduğu da dikkate alındığında görülecektir ki her ne kadar İİK m.89/IV'de tazminat davası olarak isimlendirilmiş olsa da Türk icra hukukunda İİK m.89/IV'ten doğan tazminat davalarında aslen gerçek anlamda bir zararın tazmini değil, kamu otoritesinin kullanılması suretiyle takip alacaklısının tatmininin sağlanması için takip dışı üçüncü kişinin zorlanması söz konusudur. Lakin, üçüncü kişi, takip alacaklısına borcunu ödediği takdirde, açılmış olan tazminat davası konusuz kalmakta ve haksız fiilden kaynaklanan tazminata hükmedilebilmesi için aranan şartlara ilişkin yargılamaya devam edilmemektedir ve zararın ispatı aranmamaktadır.

5. İnceleme konusu yapılan İİK m.89/IV'de yer alan tazminat davası aslen BK ve İİK hükümlerine dayalı, mutlak bir hakkı ihlal etmemesine rağmen suç oluşturduğu için tazminat taleplerine mesnet teşkil eden ancak temel amacı üçüncü kişi takip borçlusunu, kendi nezdindeki alacağı ödemeye zorlamaya yönelik olduğundan, tazminat miktarı bakımından sınırlı bir tazminat imkânı vermektedir. Bu durum haksız fiile dayalı tazminat talepleri bakımından İİK m.89/IV'de yer alan düzenlemenin haksız fiil sorumluluğunda zararın hesaplanması bakımından bir nevi kendine özgü bir dava olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Bu dava ile takip dışı üçüncü kişinin itirazı ile duran takip alacaklısının tatmin edilmesine yönelik prosedürün devam ettirilmesi sağlanmaktadır.

Görülmektedir ki İİK m.89/IV hükmüne göre açılacak olan tazminat davasında söz konusu olan sorumluluk, haksız fiil hükümlerine tabi olan bir sorumluluk olmakla beraber ve her ne kadar ilgili hüküm, tazminatın genel hükümlere göre tayinin edilmesi gerektiğini düzenlemekteyse de tazminata esas teşkil edecek zararın hesaplanması bakımından haksız fiil esaslarından ayrılınması söz konusudur. Detaylı olarak açıklanan tüm bu sebeplerle, İİK m.89/IV'e göre açılan tazminat davalarının borçlar hukuku çerçevesinde zararın tazminine yönelik davalar olmadığı ve bu davaların icra hukukuna özgü bir dava olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

KISALTMALAR

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

bkz. **:** bakınız

C. **:** Cilt

E. **:** Esas

HD **:** Hukuk Dairesi

HGK **:** Hukuk Genel Kurulu

HMK **:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İİK **:** İcra ve İflâs Kanunu

K. **:** Karar

m. **:** madde

s. **:** sayfa

S. **:** Sayı

ss. **:** sayfaları arasında

TBK **:** Türk Borçlar Kanunu

vd. **:** ve devamı

Y. **:** Yargıtay

KAYNAKÇA

AKİL Cenk, **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

AKYAZAN Sıtkı, **İcra İflâs Kanunundaki Yeni Değişik Hükümler Üzerine İnceleme ve Açıklamalar**, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1965

ARSLAN Ramazan, "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiye Bildirilmesi ve Sonuçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (4), 2016, ss.3217-3242

ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020

BABA Yasemin, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013

BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukuku (BK m.49-76)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019

BELGESAY M. Reşit, **İcra ve İflâs Hukuku, C. I: İcra, Kısım I-II**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945

BERKİN Necmettin M., **İcra Hukuku Dersleri: 538 Sayılı Kanun ve Son İçtihatlara Göre: İcra Hukuku Prensipleri-Haciz-Rehnin Paraya Çevrilmesi-İcra Suçları**, 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969

BİLGEN Mahmut, **Faiz Hukuku, Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001

BULUT Uğur, **İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m.120)**, Adalet Yayınları, Ankara, 2013

EREN Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, **Prof. Dr. Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, ss. 461-491

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Kısaltma: EREN, Borçlar Genel)

ERMENEK İbrahim, "İcra ve İflas Kanunu Madde 89/4'e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukuki Analizi", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt I**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, ss. 887-918

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri (İİK m.89)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019

KURU Baki, **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, Genişletilmiş 2. Bası, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2002 (Kısaltma: KURU, Alacakların Haczi)

KURU Baki, "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler", **Bankacılar Dergisi**, S. 47, 2003, ss. 59- 82 (Kısaltma: KURU, İİK m.89)

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku: El Kitabı**, 2. Baskı, Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2013 (Kısaltma: KURU, El Kitabı)

NOMER Haluk Nami, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Cilt II**, 16. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2021

OLGAÇ Senai, **İcra-İflâs, Cilt I: Maddeler (1-105)**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978

OSKAY Mustafa/ KOÇAK Çoşkun/ DEYNEKLİ Adnan/ DOĞAN Ayhan, **İİK Şerhi, C. II**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007

ÖZGENÇ İzzet, **Çek Kanunu**, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020

POSTACIOĞLU İlhan E., "Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler", **BATİDER**, C. 10, S. 2, Aralık 1979, ss. 353-368 (Kısaltma: POSTACIOĞLU, Problemler)

POSTACIOĞLU İlhan, **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 (Kısaltma: POSTACIOĞLU, İcra)

TANDOĞAN Halûk, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961 (Kısaltma: TANDOĞAN, Mes'uliyet)

TANDOĞAN Haluk, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963

TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993

UYAR Talih, **İcra Hukukunda Haciz**, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004

YAVAŞ Murat, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m.89)**, Arıkan Yayınevi, 2005, İstanbul

YILDIRIM M. Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016

YILMAZ Ejder/ ARSLAN Ramazan/ TAŞPINAR-AYVAZ Sema/ HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1949-1985

NAVLUN SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINDA ARACILIK YAPAN BROKERLERİN HUKUKİ NİTELİKLERİ VE TABİ OLDUKLARI DÜZENLEMELER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Metin Uğur AYTEKİN**(**)

Öz: Navlun sözleşmelerinin kurulmasında aracılık faaliyetinde bulunan brokerler yasalarda özel olarak düzenlenmemiştir. Özel düzenleme eksikliğinin yanında brokerlerin uygulamada birbirlerinden farklı hak ve yetkilerle faaliyette bulunmaları hukuki niteliklerinin belirlenmesinde güçlük doğurmaktadır. Genel bir yaklaşım bu brokerlerin simsar (tellal) niteliğinde oldukları yönündedir. Ancak navlun sözleşmesinin kurulmasında aracılık yapan brokerlerin görevleri, hakları ve yetkileri simsarlıkla çoğunlukla örtüşmemektedir. Hukuki niteliğin belirlenmesindeki sorunlar bu brokerlerin hangi hukuksal düzenlemelere tabi olduklarının tespitinde ve brokerlerin faaliyet alanları içinde ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların çözülmesinde güçlüklere sebep olmaktadır. Bu çalışmada söz konusu sorunlardan hareketle brokerlerin nitelikleri hakkında bir incelemede bulunulmuştur. Yürütülen faaliyetin süreklilik arz edip etmediği hususu ölçüt alınarak "daimî broker" ve "arızî broker" isimleri verilerek ayrılan brokerlerin hangi hallerde "aracı acente", "vekil" ya da "simsar" olarak nitelenmeleri gerektiği hakkında değerlendirmelere yer verilmiştir. Son olarak ise her bir broker türü için genel hatları ile tabi olunan yasal düzenlemelere işaret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Navlun Sözleşmesi, Broker, Aracı Acente, Vekil, Simsar.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2021 - Makale Kabul Tarihi: 07.12.2021.

(**) Pîrî Reis Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku, Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0002-6199-7356; *muaytekin@pirireis.edu.tr*).

LEGAL CHARACTERISTICS OF THE BROKERS WHO INTERMEDIATE IN FORMING CONTRACTS OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA AND LAWS THAT THEY ARE SUBJECT TO

Abstract: Brokers who intermediate in forming contracts of carriage of goods by sea are not specially regulated in acts. Along with the lack of special regulations, brokers' activities with different rights and authorities in practice create difficulty in determining their legal characteristics. A general approach is that these brokers are middleman. However, the duties, rights and authorities of brokers, who intermediate in forming the contracts of carriage of goods by sea, are usually not in line with the middleman. Problems in determining the legal characteristics cause difficulties in determining the laws that the brokers are subject to and resolving legal conflicts that could occur in the activity area of the brokers. In this work, based on these problems, a research has been done as to the legal characteristics of the brokers. Assessments have been made regarding when brokers, which are separated by naming "constant broker" and "temporal broker" by taking whether the activity conducted has continuity or not as a criterion, must be characterized as "intermediary agent", "proxy" or "middleman". Lastly, laws are pointed out in general for each broker type that they are subject to.

Keywords: Contracts of Carriage of Goods by Sea, Broker, Intermediary Agent, Proxy, Middleman.

I. GİRİŞ

Türk hukukunda navlun sözleşmelerinin akdedilmesinde görev alan brokerleri doğrudan doğruya tanımlayan[1] ve bu brokerlerin hukuki niteliklerinin açıkça tespit edilmesinde yararlanılabilecek özel kanuni düzenlemeler bulunmamaktadır. Gerek bu durum gerekse uygulamada çeşitli şekillerde hak ve yetkilerle donatılmış olarak karşılaşılabilen farklı brokerlerin bulunması, brokerlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesinde ve hangi hukuki düzenlemelere tabi olduklarının tespitinde güçlük doğurmaktadır. Bu nedenle brokerlerin yürüttükleri faaliyet kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesinde de zorluklar söz konusu olmaktadır. Bu sorunların giderilmesi ve brokerlerin niteliklerinin belirlenmesi için öncelikle yürüttükleri faaliyetin incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda değerlendirme yapıldığında brokerlerin faaliyetlerinin genellikle

[1] Tanım sorunu ile ilgili olarak bkz. ÜNSAL Muhammet, **Deniz Hukukunda Brokerlik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 24-25.

navlun sözleşmelerinin kurulması sırasında sözleşmenin tarafları için aracılıkta bulunmak şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. Aracılık ise navlun sözleşmesinin her iki tarafının da menfaat ve talimatlarına uygunluk içinde yahut ticari hayatta daha sık karşılaşıldığı üzere taraflardan sadece birisinin menfaat ve talimatları doğrultusunda gerçekleştirilmektedir[2].

Ayrıca brokerliğin nitelenmesinde incelenmesi gereken diğer önemli husus brokerlerin yürüttükleri aracılık faaliyetinin süreklilik arz edip etmediğidir. Bir brokerin navlun sözleşmesinin kurulmasında aracılık yaptığı kişi ile arasında sürekli bir ilişki bulunduğu haller ile sürekli bir ilişkinin bulunmadığı hallerde, brokerin farklı şekilde nitelenmesi söz konusu olmaktadır.

Belirtilen farklılıklar brokerlerin hak ve yükümlülüklerinden sahip oldukları yetkilerine kadar tabi oldukları düzenlemelerin de farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple navlun sözleşmelerinin kurulmasında ve sözleşmeden kaynaklanan hukuksal sorunların çözülmesinde brokerlerin niteliklerinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, Türk hukukunda ve uygulamada sıklıkla simsar (tellal) olarak anılan brokerliğin genellikle simsarlıktan ayrılan bazı unsurları içerecek şekilde yürütülmesi sebebiyle yürürlükteki hukuki düzenlemeler çerçevesinde incelemesi yapılacak ve bu inceleme neticesinde brokerliğin hukuki niteliğinin belirlenmesine gayret edilecektir. Bu yapılırken brokerlerin aracılık yaptıkları kişilerle aralarında süreklilik unsurunun bulunup bulunmadığına göre "daimî" ve "arızî" brokerlik üst başlıkları altında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu üst başlıklar altında ise brokerlerin niteliklerinin belirlenebilmesi amacıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) "aracı acente" yahut 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yer verilen "simsar" veya "vekil" bağlamında açıklamalarda bulunulacaktır. Brokerlerin nitelikleri hakkındaki açıklamalar sonrasında ise brokerlerin hangi yasal düzenlemelere tabi oldukları ile ilgili genel hatlarıyla bilgi verilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki "broker" terimi gerek finans ve emlak gibi alanlarda gerekse deniz ticaretinde gemi alım satım sözleşmelerinde aracılık yapan kişileri de içine alacak biçimde geniş bir meslek grubu için kullanılabilse[3] de bu çalışmanın kapsamı sadece navlun sözleşmelerinin ku-

---

[2] GORTON Lars/HILLENIUS Patrick/IHRE Rolf/SANDEVÄRN Arne, **Shipbroking and Chartering Practice**, 7. Edition, Informa, London, 2009, s. 40.

[3] Deniz ticaretindeki brokerlik türleri için bkz. DENKTAŞ ŞAKAR Gül, "Gemi Brokerliğinde İlişki Pazarlaması", **Denizcilik İşletmeleri Yönetimi**, Beta, İstanbul, 2013, s. 251 vd.

rulmasında gemi ya da yük tarafındaki kişiler arasında aracılık yapan brokerler ile sınırlı tutulmuştur.

II. NAVLUN SÖZLEŞMESİ VE SÖZLEŞME İLE İLGİLİ KİŞİLER

TTK'da navlun sözleşmesi tanımı verilmemiştir. Öğretide navlun sözleşmesinin türlerine yer verilen TTK madde (m.) 1138 ve izleyen maddelerdeki birtakım unsurlar doğrultusunda navlun sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır[4]: "*Navlun sözleşmesi bir akittir ki, bununla taraflardan biri (taşıyan) deniz yoluyla eşya (yük) taşımayı, diğer taraf (taşıtan) da bunun karşılığında bir ücret (navlun) ödemeyi taahhüt eder.*"

Navlun sözleşmenin tarafları hakkında da TTK'da bir tanım yer almamaktadır. Ancak TTK m.1138 hükmü esas alınarak deniz yolu ile eşya taşıma taahhüdünde bulunan kimse taşıyan olarak tanımlanmaktadır[5]. Navlun sözleşmesinin taraflarından bir diğeri olan taşıtan ise taşıyan ile navlun sözleşmesi akdederek, deniz yoluyla eşya taşınması karşılığında navlun ödemeyi üstlenen kişi olarak ifade edilmektedir[6]. TTK m.1200'de de sözleşmeden kaynaklanan navlunun borçlusunun taşıtan olduğu açıkça belirtilmiştir.

Taşıyan ve taşıtandan sonra navlun sözleşmesi ile ilgili hukuki hak ve yetkileri olan bir diğer kişi gönderilendir. Gönderilen, varma limanında eşyanın kendisi adına teslim edilmesini talep etme hakkı olan kişi olarak tanımlanmaktadır[7]. Bu kişi taşıtan ile aynı kişi olabileceği gibi taşıtandan farklı bir kimse de olabilir[8].

---

4 ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku Cilt II, 10. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1. Navlun sözleşmesinin benzer tanımları için bkz. YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku,** 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 327; AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s. 1; CUMALIOĞLU Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 13; ÜLGENER M. Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul, 1991, s. 19.

5 YAZICIOĞLU, 2020, s. 333; OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt II (Navlun Mukaveleleri)**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1965, s. 10; SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku - I**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 350.

6 OKAY, 1965, s. 10; AKINCI, 1968, s. 37; YAZICIOĞLU, 2020, s. 333; SÖZER, 2019, s. 352.

7 ÇAĞA/KENDER, 2010, s. 5; OKAY, 1965, s. 14; YAZICIOĞLU, 2020, s. 335; SEVEN Vural, **Taşıma Hukukunda Gönderilen, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2012, s. 29; AKINCI, 1968, s. 42.

8 Bkz. YAZICIOĞLU, 2020, s. 335; SEVEN, 2012, s. 33-35.

Navlun sözleşmesi ile ilgili bir diğer önemli kişi ise yükletendir. Yükleten, mevcut bir navlun sözleşmesi uyarınca eşyayı taşıyana veya taşıyanın yetkili bir temsilcisine taşınması için teslim eden kişidir[9]. Yükleten ile taşıtan aynı kişi olabileceği gibi farklı bir kimse olması da mümkündür[10].

III. NAVLUN SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA ARACILIK EDEN BROKERLER

1. Broker Kavramı

Brokerler, navlun sözleşmesinin kurulması maksadıyla sözleşmenin tarafları arasında aracılık yapan, sözleşmenin şartlarını müzakere ederek sözleşmenin tamamlanması (imzası) için hazır hale getirilmesini sağlayan kişiler olarak tarif edilebilir[11]. Uygulamada "*clean fixture*", "*recap*" ya da "*recap fixture*" isimleri verilen ve müzakere edilip üzerinde anlaşılan sözleşme şartlarını içeren bir belge brokerler tarafından düzenlenerek navlun sözleşmesinin taraflarının imzasına sunulmaktadır[12]. Brokerler tarafından hazırlanan bu belgeler TTK m.21/3'te düzenlendiği şekilde "teyit mektubu" işlevi görmektedir[13]. Dolayısıyla taraflarca farklı bir süre kararlaştırılmadıkça brokerlerin hazırladıkları bu metinlere karşı navlun sözleşmesinin taraflarının sekiz gün içerisinde itiraz hakkı bulunmaktadır. Süresi içinde itiraz hakkının kullanılmaması durumunda metnin içeriğinin taraflarca müzakerelerde üzerinde anlaşmaya varılmış olduğu kabul edilmektedir[14].

---

9 SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 99-100; ÇAĞA/KENDER, 2010, s. 3; YAZICIOĞLU, 2020, s. 334; OKAY, 1965, s. 10-11; AKINCI, 1968, s. 38; SÖZER, 2019, s. 353.

10 ÇAĞA/KENDER, 2010, s. 3-4; OKAY, 1965, s. 11; YAZICIOĞLU, 2020, s. 334; SÖZER, 2019, s. 353.

11 Bu hususta bkz. GORTON, et al., 2009, s. 40 vd.; ÜLGENER M. Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri Cilt I**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 482.

12 Bkz. GORTON, et al., 2009, s. 178. Bu belgeler hakkında ayrıca bkz. ULUKAYA Selda, **Deniz Ticareti Hukukunda Brokerin Hak ve Yükümlülükleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 74.

13 ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 11, S. 1-4, Ekim 2011, s. 254.

14 Uluslararası ticaret uygulamasında kullanılan sözleşmelerin esaslı unsurlarını içeren ve sözleşmenin tarafları arasında teati edilen teyit mektubu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. İMREGÜN Oğuz, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1994, s. 55-57; ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 17-18; AYHAN Rıza, "Teyit Mektubu", **İÜHFM**, C. LXXI, 2013, s. 51-70.

2. Brokerlerin Türleri

Navlun sözleşmesinin kurulmasında aracılık faaliyetinde bulunan brokerler çok çeşitli şekillerde varlık gösterebilmekte ve uygulamada farklı şekillerde isimlerle anılan brokerlik türleriyle karşılaşılabilmektedir. Örneğin uygulamada "gemi brokeri" ya da "yük brokeri" gibi brokerin navlun sözleşmesinin taraflarından hangisinin menfaat ve talimatlarına göre hareket ettiği dikkate alınarak isimlendirmelerde bulunulabildiği gibi sahip oldukları yetkilerin kapsamı, unsurları gibi ölçütlere göre "bağımsız" ya da "imtiyazlı" broker ifadeleriyle de brokerlerden söz edilebilmektedir.

Brokerlerin sistematik olarak ele alınıp sınıflandırılabilmeleri için sözleşmelere aracılık faaliyetinde bulunan kişiler hakkındaki temel hükümler olan TTK'daki acentelik hükümleri ile vekâlet ve simsarlık sözleşmesine dair düzenlemelerin de yer aldığı TBK'daki vekâlet ilişkilerine dair hükümlerden hareket edilmesi gerekmektedir. Bu sayede uygulamada nasıl isimlendirilirse isimlendirilsinler bir navlun sözleşmesinin kurulmasında aracılık faaliyetinde bulunan brokerlerin bir bölümü "aracı acente" olarak nitelenebilecekken bir bölümü ise birbirleriyle yakın ilişki içindeki "simsar" veya "vekil" olarak nitelenebilecektir.

Uygulamada karşılaşılan bu brokerlerin sistematik olarak ele alınabilmesi için aşağıda öncelikle "daimî broker" ismiyle anmayı tercih ettiğimiz aracı acente niteliğindeki brokerler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Bu brokerlik türü, müvekkil ile ilişkisinde imtiyaz sahibi olup olmadığı bağlamında ayrıca bir sınıflandırmaya tabi tutulacaktır. Daha sonra ise ikinci bir üst başlık olarak "arızî broker" olarak adlandırdığımız ve simsar ya da vekil niteliğindeki brokerler hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

IV. BROKERLERİN NİTELENDİRİLMELERİ

1. Aracı Acente Niteliğindeki "Daimî" Brokerler

A. Genel Olarak

Deniz ticaretinde bazı brokerler tarafından yerine getirilen faaliyet navlun sözleşmesine taraf olmak isteyen bir tacirin menfaat ve talimatları doğrultusunda onun ticari işletmesi için yapılacak navlun sözleşmelerine sürekli olarak aracılık edilmesidir. Söz konusu brokerlik türünde aracılığın, mesleki bir faaliyet olarak sürekli ve lehine aracılık yapılan kişiye bağlı olunmaksızın yerine getirilmesi sebebiyle bu brokerlik TTK m.102'de tanımlanan

acente türlerinden "aracı acentelik" niteliğindedir[15]. Nitekim TTK m.102/1'de aracı acenteyi de kapsayan tanım şu şekildedir: "*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.*"

TTK m.102/1'deki tanımda acente "aracı acente" yahut "sözleşme yapan" acente olarak iki gruba ayrılmakla birlikte temel olarak bu ayrım yürüttükleri faaliyetin sözleşme yapma faaliyetini içerip içermediğine göre yapılmaktadır.

Ayrıca acente gerçek ya da tüzel kişi olabileceğinden[16] aracı acente niteliğindeki brokerin de gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür.

Bu unsurları sağlayan brokerler uygulamadaki isimlendiriliş şekilleri çeşitlilik gösterse de yürüttükleri faaliyetteki ayırt edici unsur olan "süreklilik" sebebiyle "daimî broker" olarak ifade edilebilecek ve aracı acente niteliğinde kabul edileceklerdir. Dolayısıyla gerek navlun sözleşmesinin kurulmasında taşıtanın menfaat ve talimatlarına göre faaliyette bulunan ve yük brokeri olarak ifade edilen broker türü gerekse taşıyanın menfaat ve talimatlarına göre faaliyette bulunması nedeniyle "gemi brokeri" ya da "navlun brokeri" olarak isimlendirilen brokerler; aşağıda sayılan unsurları taşıdıkları ölçüde aracı acente niteliğinde kabul edilip "daimî broker" olarak adlandırılabileceklerdir.

B. Daimî Brokerlerin Niteliklerini Belirleyen Unsurlar

Daimî broker olarak ifade ettiğimiz brokerlerin hem bu şekilde isimlendirmelerine hem de aracı acente olarak nitelenmelerine dayanak teşkil eden ve TTK m.102/1'den çıkarılan birtakım unsurlar hakkındaki açıklamalara aşağıda ayrı başlıklar altında yer verilecektir.

---

[15] Ülgener, "özel yetkili broker" başlığı altında ele aldığı ve belirli bir taşıyan, taşıtan ya da gönderilenden edindiği özel yetkiyle onları ilgilendiren navlun sözleşmelerine aracılık yapan brokerleri aracı acente olarak nitelemektedir. Bkz. ÜLGENER, 2017, s. 483.

[16] ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 218.

a. Bağımsızlık

TTK m.102/1'deki tanımdan acentelik için aranması gereken unsurlardan ilki acentelik faaliyetinin temsil edilen işletmeden (müvekkil) bağımsız bir kimlikle gerçekleştirilmesidir[17]. Bu itibarla acentenin, temsil ettiği işletmenin çalışanı, satış memuru veya ticari vekili gibi işletmeye bağlı durumda faaliyette bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla acenteler kendileri adına ayrı bir işletme olarak faaliyette bulunabileceklerdir[18].

Menfaatlerine ve talimatlarına uygun hareket ettiği taraf da dahil olmak üzere sözleşmenin her iki tarafından da ayrı bir kimlik ve hukuki kişilikle faaliyette bulunan daimî broker bağımsızlık unsurunu sağlamaktadır. Bu tür brokerlikte broker, bağımsız bir tacir yardımcısı olarak faaliyette bulunmaktadır. Aksi halde bu tür brokerlerin aracı acente değil pazarlamacı olarak nitelenmesi söz konusu olacaktır[19].

b. Süreklilik

Daimî brokeri, aşağıda ele alacağımız "arızî" brokerden[20] ayıran unsur müvekkil tarafından belirlenmiş bir ya da birden fazla gemi hakkında tek seferlik ya da geçici (arızî) bir yetkiyle hareket etmemesi, bu gemi ya da gemilere dair navlun sözleşmelerinin kurulması için sürekli surette faaliyette bulunmasıdır. Bu bakımdan daimî brokerliğin ayırıcı unsuru, aracılık faaliyetinin müvekkil ile yapılmış bir sözleşmeye dayalı olarak belirli bir yer veya bölge içinde "sürekli" olarak gerçekleştirilmesidir[21].

Acenteliğin zorunlu unsuru olan "süreklilik unsuru" acenteleri benzer faaliyetlerde bulunan diğer kişilerden ayıran unsur olduğundan diğer unsurlara

---

17 KAYA Arslan (ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN N. Füsun), **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 832; ARKAN, 2019, s. 218; KAYIHAN Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, 5. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2018, s. 34.

18 ARKAN, 2019, s. 218.

19 Acentelik bakımından bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. ARKAN, 2019, s. 203; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 761. Pazarlamacı hakkında bilgi için bkz. ARKAN, 2019, S. 202; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 754 vd.; POROY Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 292.

20 Bkz. "2. Simsar ya da Vekil Niteliğindeki Arızî Brokerler" başlıklı bölümdeki "B. Arızî Brokerlerin Niteliklerini Belirleyen Unsurlar" alt başlığı altındaki açıklamalarımız.

21 KAYIHAN Şaban, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 322; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 837; ARKAN, 2019, s. 220-221.

göre daha önemli ve belirleyici bir özellik taşımaktadır[22]. Süreklilik unsuru, niteliğin tespitinde belirleyici unsur olmasının yanında müvekkil ile sürekli bir ilişkiyi gerektiren ve tek seferlik gerçekleştirilmeyen aracı acente niteliğindeki brokerlerin "daimî broker" olarak isimlendirilmelerinin de nedenidir.

c. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren Sözleşmelerle İlgili Faaliyette Bulunma

Gerek aracı acente gerekse sözleşme yapan acente bir tacirin ticari işletmesini ilgilendiren sözleşmelerin yapılmasında görev almaktadır. Ancak aracı acentenin bu görevi sözleşmelerin yapılmasına aracılıkta bulunmakla sınırlı olup, sözleşme yapan acente gibi bu sözleşmeleri tacir adına yapmayı içermemektedir[23]. Bu bakımdan o işletmenin sözleşme yapılması dışındaki işleri, örneğin reklam veya pazarlama acentelik olarak kabul edilemeyecektir[24]. Müvekkil ile broker arasında aksini düzenleyen bir sözleşme olmadıkça daimî brokerlerin de görevi sözleşmenin imzalanabilmesi için sözleşme metninin hazırlanması olduğundan bu unsuru sağlamaktadır.

d. Tacir Adına Sözleşmelere Aracılık Faaliyetinin Meslek Edinilmesi

TTK m.102/1'deki tanıma göre gerek aracı acente gerekse sözleşme yapan acente tarafından yürütülen faaliyet müvekkil işletme için yerine getirilen mesleki bir faaliyettir[25]. Meslek edinme unsuru aynı zamanda süreklilik unsurunun da doğal bir sonucudur[26].

Buna karşılık TTK m.102'de söz edilmemiş olmasına rağmen acenteliğin meslek olarak icrasına bağlı olarak ücret, acenteliğin bir unsuru olarak değil bir sonucu olarak görülmekte ve ücretin acetelik sözleşmesinde kararlaştırılmamış olmasının yahut bazı hallerde yapılan işlemler bazında ücretten feragat edilebilmesinin, aradaki ilişkinin acentelik olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir[27].

---

22 KAYIHAN, 2018, s. 68.

23 ARKAN, 2019, s. 219; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 838.

24 ARKAN, 2019, s. 219; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 838.

25 ARKAN, 2019, s. 221; KAYIHAN, 2019, s. 324; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 837-838; POROY/YASAMAN, 2019, s. 299. Bu unsur gereği öncelikle müvekkilin tacir olması gerekmektedir. Aksi takdirde bağımsız konumdaki vekilin (atanan bağımsız yardımcının) acente hükümlerine tabi olması mümkün olmayacaktır. ARKAN, 2019, s. 219.

26 POROY/YASAMAN, 2019, s. 299; ARKAN, 2019, s. 221; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 838.

27 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 838. Benzer şekilde Arkan da ücreti acenteliğin unsurları arasında saymamıştır. Bkz. ARKAN, 2019, s. 218-221.

C. Daimî Brokerlerin Münhasırlık (Tekel) Hakkının Bulunup Bulunmadığına Göre Sınıflandırılması

a. Münhasırlık (Tekel) Hakkı

Aracı acente niteliğindeki brokerler bakımından üzerinde durulması gereken önemli hususlardan birisi de TTK m.104 hükmünden kaynaklanan münhasırlıktır. Bu düzenlemeye göre: "*Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı ile ilgili olarak birden fazla acente atayamayacağı gibi, acente de aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz.*"

Bu düzenleme gereğince, kurulacak sözleşmenin taraflarından birisi aynı ticaret dalı ile ilgili olarak aynı zaman, yer veya bölgede birden fazla acente atayamayacaktır[28]. Bu kuralla çift taraflı bir münhasırlık öngörülmüş olduğundan acente de birbirleriyle rekabet halindeki birden fazla müvekkil için aracı acentelik faaliyetinde bulunamayacaktır[29]. Ancak TTK m.104 ile emredici bir hüküm tesis edilmediğinden bu düzenlemenin aksine sözleşme yapılabilmektedir[30]. Bu itibarla, münhasırlık/tekel hakkı taraflardan birisi ya da her ikisi için kaldırılabileceği gibi "*aynı yer veya bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz*" yönündeki kurala halel getirmeyecek şekilde mal, hizmet ya da müşteri çevresini esas alan sınırlandırmalarla münhasırlık/tekel hakkının her iki taraf için de daraltılması mümkündür[31]. Dolayısıyla da münhasırlık/tekel hakkı aracı acenteliğin zorunlu bir unsuru değildir[32].

b. İmtiyazlı Brokerlik

Müvekkil ile broker arasındaki sözleşmede TTK m.104'teki münhasırlık/tekel hakkını ortadan kaldıran bir hüküm olmadıkça daimî brokerliğin özel bir türü olarak imtiyazlık brokerlik söz konusu olacak, bu tür daimî brokerler ise "imtiyazlı broker" ("***exclusive broker***") olarak ifade edilebile-

---

28 Bu düzenlemenin sadece aracı acenteler için değil sözleşme yapan acenteler için de uygulanması gerektiği hakkında bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 308; İMREGÜN, 1994, s. 188.

29 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 834.

30 Bu hususta ayrıca bkz. ARKAN, 2019, s. 219.

31 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 834.

32 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 835. Ayrıca bkz. ARKAN, 2019, s. 219.

ceklerdir. Deniz taşımacılığında taşıyan bakımından bu durum, taşıyanın kendi işletmesi altındaki gemiler için yapılacak navlun sözleşmelerinde belirli bir brokeri aracılık yapmak üzere tayin etmesi ile gerçekleşebilecektir. Burada tayin edilen imtiyazlı broker, taşıyanın navlun sözleşmesinin kurulmasında aracılık faaliyetinde bulunması için yine kendisinin kurduğu bir ticari şirket olabilecektir[33].

Deniz ticareti uygulamasındaki genel teamül brokerin navlun sözleşmesinin taraflarından sadece birisi için aracılık faaliyetinde bulunması olduğundan[34] uygulamada navlun sözleşmesine aracılık yapan brokerler "imtiyazlı broker" olarak adlandırılabileceklerdir.

Bununla birlikte taraflar arasında aynı müvekkil tarafından aynı zamanda, aynı yerde ve aynı ticaret dalı içinde ticari faaliyete konu olan ürün ya da hizmetin türüne göre farklı aracı acentelerin atanması, TTK m.104 hükmünün aksine bir sözleşme olarak kabul edilmeyecektir. Zira deniz ticaretinde brokerler bakımından gemi ölçeğinde bir münhasır yetki tesisi mümkün olabilecektir. Örneğin taşıyanın, deniz yoluyla eşya taşıma işinde kullanacağı her bir gemi için farklı bir broker ile anlaşma yapması (farklı bir brokere imtiyaz vermesi) mümkündür. Benzer şekilde taşıyanın, taşımacılık yapmak üzere kullandığı gemileri tonajları ya da kullanım amaçlarına göre farklı kategorilere ayırdıktan sonra her bir kategorideki gemi için ayrı ayrı broker görevlendirerek aynı zaman diliminde ve aynı yer veya bölgede birden fazla imtiyazlı brokerin aracılık faaliyetine başvurması söz konusu olabilecektir[35]. Benzer şekilde taşıtan için aracılık yapan brokerin de belirli tipteki bir yükün taşıtılması için imtiyazlı olarak faaliyette bulunması olanak dahilindedir.

TTK m.104 hükmü sebebiyle navlun sözleşmelerinin kurulmasına aracılık eden bir broker de aynı zaman, yer veya bölge içinde birbiriyle rekabet halindeki iki farklı taşıyanı temsilen navlun sözleşmelerine aracılık yapamayacaktır. Buna karşılık aynı zaman, yer veya bölgede faaliyette bulunsalar dahi birbirlerinden farklı türde taşımacılık yapmaları nedeniyle, birbirleriyle

---

33 ÜLGENER, 2017, s. 483.

34 Bu hususta bkz. GORTON, et al., 2009, s. 40.

35 Donatan ya da gemi işletme müteahhidi ile taşıtan sıfatıyla navlun sözleşmesi yapmış olan bir kimsenin bu sözleşmeden elde ettiği eşya taşıma kapasitesini, taşıyan sıfatıyla başka bir kişiye eşya taşıma taahhüdünde bulunarak kullanması halinde asıl-alt navlun sözleşmesi ilişkisi söz konusu olur. Dolayısıyla bu örnekte de olduğu gibi taşıyan sıfatından söz edebilmek için taşıyanın mutlaka geminin maliki, donatanı ya da işleteni olması gerekmemektedir. Bkz. YAZICIOĞLU, 2020, s. 333; OKAY, 1965, s. 10; AKINCI, 1968, s. 34.

rekabet halinde olmayan farklı taşıyanların her ikisinin yapacağı sözleşmelere de aynı brokerin imtiyazlı şekilde aracılık faaliyetinde bulunması mümkün kabul edilmelidir. Farklı taşımacılık türlerinin farklı uzmanlıklar gerektirmesi sebebiyle gerçek kişi bir brokerin her ikisi için de brokerlik faaliyetinde bulunması pratikte pek mümkün olmamakla birlikte şirket yapısındaki tüzel kişi broker, farklı uzmanlıkları olan brokerler istihdam edebileceğinden her iki taşıyanın da navlun sözleşmelerinin akdedilmesinde imtiyazlı olarak rol alması mümkün olabilecektir[36].

D. Daimî Brokerlerin Tabi Oldukları Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Daimî brokerlerin tabi oldukları aracı acentelere dair düzenlemelerden TTK m.102/2 uyarınca bu nitelikteli brokerler için öncelikle TTK m.102-123 hükümleri uygulanacaktır. TTK m.102/2'nin yaptığı gönderme gereğince TTK m.102-123'te hüküm bulunmayan hallerde ise daimî brokerlere TBK'nın simsarlık sözleşmesine dair hükümlerinin uygulanması, bunlarda da hüküm bulunmayan hallerde ise "vekâlet" hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Benzer bir düzenleme şekli simsarlık sözleşmesi hükümlerinde de söz konusudur. Nitekim simsarlık sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK m.520/2'de bu sözleşme tipine kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı ayrıca ifade edilmiştir[37].

---

[36] İstisnai hallerde belirli bir yer ya da bölgede birden fazla acente bulundurulabileceği, bu konuda değerlendirme yaparken ticaret kolundaki faaliyetin özelliklerine göre hareket edilmesi gerektiği hakkında bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 309.

[37] Brokerlerin tabi oldukları yasal düzenlemelerin tespiti için eski TTK hükümleri incelendiğinde bu yasada deniz ticareti alanında faaliyette bulunan brokerlere dair özel düzenlemelere yer verilmemiş olduğu, buna karşılık aynı yasanın 100-115. maddeleri arasında "Ticaret İşleri Tellallığı" başlığı altında ticari mahiyette faaliyette bulunan simsarlar hakkında düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle brokerler hakkında eski TTK'nın "Ticaret İşleri Tellallığı" başlığı altındaki 100-115. maddeleri ve yine eski TTK ile aynı tarihe kadar yürürlükte kalan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun (BK) "Tellallık Simsarlık" başlığı altındaki genel düzenlemeleri ile bu düzenlemelerden olan 404. maddenin 2. fıkrasının yollamasıyla aynı yasanın vekâlete ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekmekteydi. 01.07.2012'de yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'da ise eski TTK'nın "Ticaret İşleri Tellallığı" başlığı altında yer alan 100. ve devamı maddelerinin karşılıklarına yer verilmemiştir. Bu değişiklik kanun koyucunun bir tercihinden kaynaklanmıştır. Nitekim TTK'nın genel gerekçesinde de buna değinilerek yasada özel olarak düzenlenmiş olan ticaret işleri tellallığı hakkındaki düzenlemelerin artık eskidiği, uygulama olanağının kalmadığı, aynı konunun BK'da da düzenlenmiş bulunduğu ve uygulama yönünden BK'da yer alan hükümlerin yeterli olduğu göz önüne alınarak, ticaret işleri tellallığına dair düzenlemelere yeni TTK'da yer verilmediği ifade edilmiştir. Dolayısıyla simsarlığa dair özel hüküm, genel hüküm ayrımı ortadan kalkmıştır. Bkz. YAVUZ Cev-

b. Brokerlik Sözleşmesinin Kuruluşu ve Temsil Yetkisine Dair Düzenlemeler

Aracı acenteliğe dair düzenlemelerde özel bir şekil şartı aranmadığından müvekkil ile aracı acente niteliğindeki daimî broker arasındaki sözleşmenin herhangi bir şekil şartına tabi olunmaksızın kurulması mümkündür. Bu bakımdan tarafların sözleşme kurulması konusunda birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunması yeterli olacaktır.

Daimî brokerlerin aracı acente olarak nitelendirilmelerinin sonuçlarından birisi "*Acentenin Yetkileri*" başlığı altındaki TTK m.105 ve m.106 hükümlerine tabi olmalarıdır. Bunlardan m.105'te acentenin genel olarak yetkili olduğu hususlarda düzenlemeler getirilmiş ve acentenin aracılık ettiği sözleşmelerle irtibatlı olarak temsil yetkisini de kapsayan ve acentenin usul hukuku yönünden aktif ve pasif temsil yetkisi hakkında hüküm tesis edilmiştir[38]. Bu düzenleme uyarınca acente aracılıkta bulunduğu sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı korumaya yönelik beyanları müvekkili adına yapabilecek ve bunları kabul edebilecektir (TTK m.105/1)[39]. Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar sebebiyle aracı acente niteliğindeki daimî broker, müvekkili adına dava açabileceği gibi[40], kendisine karşı

---

det/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 1274. Vekâlet sözleşmelerine dair TBK m.502-514 hükümlerinin kanunda düzenlenmiş olan diğer nitelikli vekâlet sözleşmeleri için genel hüküm niteliğinde olduğu ve TBK'da düzenlenen kredi mektubu ve kredi emri (TBK m.515-519), simsarlık sözleşmesi (TBK m.520-525), komisyon sözleşmesi (TBK m.532-546) ve vekâletsiz iş görme (TBK m.526-531) bakımından yapılan kanuni atıflar gereğince yedek hukuk kuralı olarak uygulanacağı hakkında bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 121.

38 TTK m.105 hükümleri doğrultusunda acentenin müvekkilini aktif ve pasif temsil yetkisi hakkında bilgi için bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 843 vd.; POROY/YASAMAN, 2019, s. 302 vd.; KAYIHAN, 2018, s. 205 vd.; ARKAN, 2019, s. 235 vd.

39 Kayıhan, acentelik ilişkisinin sürekli bir ilişki olduğu dikkate alınarak bu kuralın geniş yorumlanması gerektiğini ve acentenin aracı olmadığı ya da müvekkili adına yapmadığı sözleşmelere dair hakkı koruyan beyanlar bakımından da yetkili olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. KAYIHAN, 2018, s. 206. Bu görüşü ele alan Poroy/Yasaman ise TTK m.105/1 ve m.105/2 hükümlerinin usul hukuku yönünden bir istisna öngördüğünü, bu sebeple dar yorumlanmaları gerektiğini ifade etmekte ve dolayısıyla acente niteliğindeki bir aracının aracılıkta bulunduğu sözleşmelerden dolayı muhatapça yöneltilen beyanları kabul edebileceğini yahut bu beyanları ileri sürebileceğini ve sadece bu sözleşmeler bakımından aktif ve pasif husumet ehliyetine sahip olacağını belirtmektedir. Bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 304-305.

40 Bu yetki sadece mahkemede dava açabilme imkânını kapsamakta olup, HMK m.74'de belirtilen mahkemede sulh, ibra, davadan feragat, yemini kabul ya da reddetmek gibi işlemlerde bulunma olanağını kapsamaz. Bu işlemlerin yapılabilmesi için özel olarak yetki verilmiş olması gerekir. Bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 303.

da aynı sıfatla dava açılabilecektir (TTK m.105/1/c. 1). Yabancı bir tacir sıfatına sahip taşıyan adına daimî broker olarak faaliyette bulunanlar hakkında ise sözleşmelerde yer alan ve TTK m.105'e aykırı şartlar geçersiz olacaktır (TTK m.105/1/c. 2). Daimî brokerlerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak davalar sonucunda alınan kararlar daimî brokerlere karşı uygulanamayacaktır (TTK m.105/3)[41].

Usul hukuku yönünden aktif ve pasif temsil yetkileri olmasına rağmen daimî brokerlerin yürüttükleri faaliyet müvekkillerini temsilen navlun sözleşmesinin akdedilmesini ise kural olarak kapsamamaktadır. Daimî brokerin yetkisi, oluşturulmaya çalışılan sözleşmenin taraflarından birinden alınan bilginin diğer tarafa iletilmesi suretiyle akdedilecek sözleşme metninin hazır hale getirilmesinden ibarettir[42]. Bununla birlikte uygulamada sözleşme imzalanacak hale geldiğinde müvekkil eğer isterse özel bir yetki vererek brokerin sözleşmeyi tamamlamak üzere imzalayabilmesi olanağını yaratabilmektedir[43].

Sözleşme görüşmelerinde aracılık faaliyetinde bulunan daimî brokerin yetkili olmamasına rağmen müvekkili adına sözleşme yapması halinde, "*Yetkisizlik*" başlıklı TTK m.108 uyarınca müvekkil bu durumu haber alır almaz icazet verebilecektir. Aksi halde daimî broker yetkisi olmadan yaptığı sözleşmeden kendisi sorumlu olacaktır (TTK m.108)[44].

c. Portföy Tazminatı Hakkındaki Düzenlemeler

Aracı acente niteliğindeki daimî brokerler yönünden uygulanması söz konusu olabilecek önemli düzenlemelerden birisi de TTK m.122'dir. Bu

---

41 Bununla birlikte konusu suç teşkil eden işlemlere bağlı olarak doğrudan acenteye de dava açılması ve bu davada alınan kararın acente aleyhine uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu yöndeki bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2003/4347, K. 2003/10776, 11.11.2003, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2003-4347.htm (Erişim Tarihi: 16.05.2020).

42 Doktrinde Ülgener de "bağımsız olarak hareket eden" ve "özel yetkili" olarak ikiye ayırdığı brokerlerin her ikisinin de navlun sözleşmesinin kurulmasında temsil yetkisinin olmadığını ifade etmektedir. Bkz. ÜLGENER, 2017, s. 482-483. Bu hususta ayrıca bkz. GORTON, et al., 2009, s. 40.

43 Bu durumda navlun sözleşmesi broker tarafından uygulamadaki sözleşmelerde yaygın dil olan İngilizce olarak "*as agent only*" şeklinde müvekkilin ismi belirtilmeden ya da "*as agent for* ..." şeklinde boşluktaki yere müvekkilin isim veya unvanı yazılmak suretiyle imzalanmaktadır. GORTON, et al., 2009, s. 41.

44 Bu düzenlemenin 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'ndaki karşılığı olan m.122 ise aksi yönde bir düzenleme içermekteydi. Bu düzenlemede müvekkil sözleşmenin akdini haber alır almaz üçüncü şahsa sözleşmeye icazet vermediğini derhâl bildirmediği takdirde müvekkilin icazet vermiş sayılacağı ve icazet verilmemesi halinde acentenin sözleşmeden bizzat sorumlu olacağı düzenlenmişti.

düzenlemeye göre "portföy tazminatı", "portföy hakkı" ya da "müşteri tazminatı" gibi adlarla da anılan bir "denkleştirme talebi" ileri sürülebilecektir[45]. Nitekim sözleşmelere aracılık eden acente süreklilik arz eden bu faaliyetleri ile müvekkili için bir müşteri çevresi ve bu müşteriler ile müvekkili arasında bir bağ yaratmaktadır[46]. Aracı acentelik sözleşmesi sona erdiğinde ise acente artık bu müşterilerle kurulacak olan sözleşmelere bağlı olarak ücret talep etme olanağına sahip olamayacak, buna karşılık müvekkil bu müşterilerle ticari ilişkilerini devam ettirebilecek ve onlarla yapacağı yeni sözleşmelerle ekonomik yarar sağlamayı sürdürülebilecektir[47]. Bu durumda müvekkilin elde ettiği fayda karşısında acentenin kaybının dengelenmesi için yasal olarak bir denkleştirme talebi ileri sürülebilecek ve acente, müvekkilin elde ettiği fayda sebebiyle kanundan kaynaklanan bir bedel talep etme hakkına sahip olacaktır[48]. Bu "bedel" nitelik olarak bir tazminat olarak kabul edilmemekte[49], acentelerce yaratılan ve müvekkil tarafından yararlanılmaya devam edilen müşteri çevresi için acentenin ücret alma hakkını kaybetmesinin denkleştirici bir karşılığı olarak değerlendirilmektedir[50].

Ayrıca sadece acente tarafından kazandırılan yeni müşteriler değil aynı zamanda önceden mevcut olmakla birlikte aracı acentenin girişimleri ile iş ilişkileri önemli derecede genişletilen müşteriler için de ödeme yapılması gerekmektedir[51].

Portföy tazminatı talep edilebilmesi bakımından önemli hususlardan birisi sözleşmenin acentenin kusuru ile feshedilmemiş olması yahut sözleşme acente tarafından feshedilmişse müvekkilin feshi haklı gösterecek bir eyleminin bulunmasıdır. Aksi halde portföy tazminatına hak kazanılamayacaktır (TTK m.122/3)[52].

---

45 KAYIHAN, 2018, s. 181 vd.; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 878 vd.

46 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 878.

47 ARKAN, 2019, s. 241.

48 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 878.

49 Bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 878; ARKAN, 2019, s. 242.

50 Bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 878.

51 ARKAN, 2019, s. 242.

52 Sözleşmenin haksız feshi neticesinde portföy tazminatı ödenmesi hakkında bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2018/2762, K. 2019/4183, 10.06.2019, https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/2521326/yargitay-11-hukuk-dairesi-e-2018-2762-k-2019-4183/ (Erişim Tarihi: 10.02.2021).

Portföy tazminatı hakkaniyete uygun bir bedel olarak belirlenecektir[53]. Ayrıca bu bedel acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon ya da diğer ödemelerin ortalamasını aşamayacak; sözleşme ilişkisinin daha kısa sürmüş olması durumunda ise faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınacaktır (TTK m.122/2).

d. Zamanaşımı Hakkındaki Düzenlemeler

TBK m.147'deki özel düzenleme gereğince acente ile müvekkili arasındaki akdî ilişkiden doğan alacaklar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

e. Brokerlik Sözleşmesinin Sona Ermesi Hakkındaki Düzenlemeler

Aracı acente niteliğindeki daimî brokerlik sözleşmesi belirli bir süre için yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da yapılmış olabilir. Sözleşme belirsiz süreli ise taraflardan birisinin üç ay önceden yapacağı ihbarla sözleşme sona erdirilebilir (TTK m.121/1/c. 1). Bununla birlikte gerek belirli gerekse belirsiz süreli acentelik sözleşmelerinde haklı sebepler mevcut olduğu takdirde sözleşme her zaman feshedilebilmektir (TTK m.121/1/c. 2). TTK'da bu haklı sebeplerin neler olabileceği belirtilmemiş olduğundan eğer gösterilmiş ise haklı sebepler sözleşmeden tespit edilebilecektir[54]. Doktrinde fesih iradesi gösteren taraf bakımından acentelik sözleşmesinin devamının dürüstlük kuralı çerçevesinde çekilmez hale gelmesi durumunda haklı sebebin bulunduğu kabul edilmektedir[55]. Bu bağlamda örneğin acentenin görevlerini

---

[53] ARKAN, 2019, s. 241. Portföy tazminatının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar, uygulanabilecek yöntemler ve hakkaniyet denetimi yapılması zarureti hakkında bkz. KOÇ Mehmet, **Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 87 vd. Yakın tarihte verilen bir Yargıtay kararında da hakkaniyet denetiminin öneminin altı çizilmiştir. Söz konusu kararda portföy tazminatının belirlenmesinde sadece acentenin yıllık komisyon tutarlarının ortalamasının yeterli olmayacağı, hakkaniyet denetimi yapılmak suretiyle "*sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (Yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, kazandırılan müşteri sayısı, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme nedeni ve varsa kusur oranları gibi hususlar bir bütün olarak*" dikkate alınmadan karar verilmesinin bozma sebebi olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2019/2876, K. 2020/3326, 30.06.2020, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2019-2876.htm (Erişim Tarihi: 10.02.2021).

[54] POROY/YASAMAN, 2019, 315.

[55] POROY/YASAMAN, 2019, s. 315; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, 874.

sürekli olarak yerine getirmemesi, iş sırlarını başkalarına açıklaması, münhasır yetkiye sahip olduğu alan dışında iş yapması, faaliyetleri için gerekli izinleri almaması, müvekkilin itibarını sarsıcı söylemlerde bulunması, müvekkili adına tahsil ettiği parayı hiç ya da zamanında göndermemesi, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması; müvekkilin ise mal göndermemesi, ayıplı mal göndermesi, ücret ödememesi ve olağanüstü masrafları karşılamaması gibi haller haklı sebep olarak sayılmıştır[56]. Sözleşmeye konulan ve haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasını zorlaştıran kayıtların ise geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir[57].

Sözleşmenin gerek belirsiz süreli olması gerekse belirli süreli olması ihtimallerinde sözleşme müvekkilin ya da imtiyazlı brokerin iflası, ölümü veya ehliyetini kaybetmesi halinde de sona erebilecektir (TTK m.121/3, TBK m.513/1)[58].

2. Simsar ya da Vekil Niteliğindeki "Arızî" Brokerler

A. Genel Olarak

Navlun sözleşmelerinin akdedilmesinde aracılık faaliyetinde bulunan bazı brokerlerin bu faaliyetlerini sözleşmenin taraflarından herhangi birisiyle sürekli bir ilişki kurmadan, tek seferlik yahut geçici olarak yerine getirmesi de mümkün olabilmektedir. Navlun sözleşmesinin taraflarından birisiyle sürekli bir ilişki kurmadan müstakil şekilde faaliyette bulunması sebebiyle "bağımsız broker" ("***independent broker***") ifadesi ile de anılan bu brokerlerin simsar niteliğinde olduğu belirtilmektedir.[59] Ancak aracı acente niteliğindeki brokerlerden farklı şekilde faaliyette bulunan bir broker için "bağımsız broker" isimlendirmesinin yapılması bu tür bir brokeri ifade etmekte yeterli açıklığı sağlamamaktadır. Nitekim aracı acente niteliğindeki daimî brokerlik de müvekkilden bağımsız şekilde icra edilmektedir. Müvekkili ile süreklilik arz eden bir ilişki olmadan faaliyette bulunan brokeri daimî brokerden ayıran temel unsur, müvekkili ile arasındaki ilişkinin tek bir navlun sözleşmesi için söz konusu olması yahut birden fazla sayıda navlun sözleşmesi için brokerlik yapılmış olunsa dahi bu broker ile müvekkil arasındaki ilişkinin

---

[56] Bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 874.

[57] POROY/YASAMAN, 2019, s. 315.

[58] Bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 314; İMREGÜN, 1994, s. 195.

[59] Bkz. ÜLGENER, 2017, s. 482.

süreklilik arz etmemesidir. Bu tek seferlik yahut geçici ilişkiyi en iyi tarif eden ifade "arızî" olduğundan bu brokerler için "arızî broker" isimlendirmesi yapılacaktır. Ayrıca aşağıda ele alacağımız sebeplerle bu brokerleri her zaman simsar olarak nitelemek de mümkün olmamaktadır.

B. Arızî Brokerlerin Niteliklerini Belirleyen Unsurlar

Arızî brokerlerin kanundan çıkarılan bazı unsurlara göre genel olarak simsar ya da vekil olarak nitelenmeleri mümkündür. Bu bakımdan özellikle aşağıda ele alacağımız unsurlar arasında yer alan "yansızlık" unsuru arızî brokerin simsar ya da vekil olarak nitelenmesinde ayırt edici rol oynamaktadır. Aşağıda "arızî broker" olarak ifade ettiğimiz bu brokerlerin yürüttükleri faaliyet ile ilgili olarak TBK hükümlerinden çıkarılan birtakım unsurlar ile bu unsurlar çerçevesinde söz konusu brokerlerin ne şekilde nitelenmeleri gerektiği hakkında açıklamalara yer verilecektir.

a. Yansızlık

Müvekkili ile arasında sürekli bir ilişki olmaksızın, arızî şekilde faaliyette bulunan brokerler genellikle "simsar" olarak anılmaktadır[60]. Ancak bu tür brokerlerin tümü için genelleyici şekilde simsar nitelemesi yapılması hatalı sonuçlara varılmasına sebep olacaktır.

Zira bilindiği üzere simsarlık sözleşmesi TBK'nın "Özel Borç İlişkileri" başlıklı İkinci Kısım'ının "Vekâlet İlişkileri" başlıklı Dokuzuncu Bölüm'ünde yer alan iş görme sözleşmelerinden birisi olarak m.520-525 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

TBK m.520'de simsarlık sözleşmesi; "*simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir*" şeklinde tanımlanmıştır. TBK m.520 hükmünden çıkan ilk ve en önemli unsur, simsarın kural olarak sözleşmenin taraflarına karşı dürüstlük kurallarına uygun bir "yansızlık" ile başka bir deyişle taraflardan birisinin menfaat ve talimatlarını dürüstlük kurallarına aykırı şekilde diğer tarafınkilere üstün tutmaksızın sözleşmenin kurulmasına aracılık etmesidir. Simsarın sözleşmenin taraflarına karşı yansız olma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi TBK m.523'ün; "*Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı*

[60] Bu hususta bkz. ÜNSAL, 2019, s. 26-51; DENKTAŞ ŞAKAR, 2013, s. 248 vd.

olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder" şeklindeki hükmü ile de yaptırıma tabi tutulmuştur[61].

Buna karşılık aynı bölümde düzenlenen diğer bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümlerinden olan TBK m.502'de ise vekâlet sözleşmesi; "*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmıştır (TBK m.502/1). Ayrıca TBK m.505/1'de; "*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür*" denilmiş, TBK m.506/2 ise; "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*" denilerek vekilin iş görme borcunu yerine getirirken sadece vekâlet verenin menfaat ve talimatları doğrultusunda sadakat[62] ve özen[63] ile ifa yükümlülüğü olduğunu düzenlemiştir.

Bu bağlamda vekilin vekâlet veren için görmesi gereken iş, bir sözleşmenin kurulması maksadıyla aracılık edilmesi olduğu takdirde, vekil bu işi sadece vekâlet verenin menfaatlerine ve talimatlarına göre yerine getirmekle yükümlü olacaktır[64]. Dolayısıyla simsardan farklı olarak aracılık edilen sözleşmenin taraflarına karşı yansızlık içinde hareket etme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

Bu bakımdan "yansızlık" unsuru arızî brokerlerin simsar olarak nitelenip nitelemeyeceğinde ayırıcı unsur olarak belirmektedir. Aracılık yapılan navlun sözleşmesinin tarafları olması amaçlanan taşıyan ve taşıtandan birisininin menfaatlerini diğerine üstün tutmadan ve geçici şekilde yerine getiren arızî

---

61 Poroy/Yasaman, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "*Simsar, taraflardan birisini kayıracak şekilde hareket etmemelidir. Aslında simsar iki tarafla da anlaşma yapan ve bunlardan ücret alacak olan bir aracı olduğuna göre, bu yaptırım veya borç her iki taraf bakımından da geçerlidir. Böylece, sonuç olarak simsar tarafsız ve iki tarafın da haklı menfaatlerini hakkaniyete uygun bir denge içerisinde koruyan, bir tarafı öbür tarafa nispetle daha avantajlı bir duruma getirmeyen bir aracı olmalıdır. Bu genel kuralın özel ve bariz bir ihlali, simsarın bir taraftan iyiniyet kaideleri aksine ücret vaadi almasıdır. Bu durumlarda simsar ücrete ve masraflara ilişkin olan hakları kaybeder.*" POROY/YASAMAN, 2019, s. 354.

62 Sadakat yükümlülüğü sadece işin görülmesi sırasında değil, iş görme ediminin ifasına başlamadan önce ve vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da söz konusudur. Zira vekil, sözleşme ile üstlendiği işgörme borcunu yerine getirmeye başlamadan önce müvekkilinin sırlarına vakıf olabileceği gibi yaptığı iş dolayısıyla öğrendiği vekâlet verene ait sırları sözleşme sona erdikten sonra da saklama yükümlülüğü altındadır. ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 656.

63 Yapılacak işin zorluğuna ve taşıdığı öneme göre özen yükümlülüğü de o oranda yüksek olacaktır. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 653.

64 Talimat yoluyla sözleşme konusu olan işin ifa şekli somutlaştırılmış olur. ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 467.

brokerleri kanundaki tanım ve düzenleniş şekline dair yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda simsar olarak nitelemek mümkün olacaktır. Ancak uygulamada arızî brokerliğin bu tipinden daha ziyade tarafların kendi menfaat ve talimatlarına göre hareket eden; sözleşmenin taraflarından hangisi adına hareket ettiğine göre taşıyan brokeri ("***owner's broker***"[65]) veya taşıtan brokeri ("***charterer's broker***") olarak ifade edilen brokerler ile karşılaşılmaktadır[66]. Arızî brokerliğin bu tipiyle daha sık karşılaşılması pratikte duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Zira brokerin gördüğü işlev, sadece sözleşmenin taraflarını bir araya getirmek ya da gemi ile yükü buluşturmak değil aynı zamanda sözleşmenin tamamlanıp ifası aşamasına geçildiğinde yük taşıma faaliyeti sırasında ortaya çıkabilecek pürüzlerin giderilmesinde sözleşme şartlarını yorumlayıp sahip bulunduğu uzmanlık bilgisi ile yol göstererek, navlun ücreti başta olmak üzere ödemelerin zamanında yapılması gibi konular da dahil olmak üzere çeşitli hususlarda sözleşmenin tarafları arasındaki iletişimin sürekli akışını sağlayarak menfaat ve talimatları doğrultusunda lehine hareket ettikleri gemi ya da yük tarafının haklarının korunmasına katkı sağlamaktır[67]. Bu faaliyet ise menfaatleri çatışan iki taraf arasında yerine getirilebilmekte ve dolayısıyla tarafların her ikisinin de ayrı brokerler görevlendirmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu sebeple de uygulamada daha sık karşılaşılan ve navlun sözleşmesinin taraflarından birisi için aracılık faaliyetinde bulunan brokerler hakkındaki hukuki nitelemenin simsarlık hükümlerinin dışına çıkılması suretiyle yapılması zorunlu hale gelmektedir.

Sözleşmenin taraflardan sadece birisi için yapılabilecek geçici nitelikteki aracılık faaliyeti, yukarıda ele aldığımız TBK m.502/1, m.505/1 ve m.506/2 hükümlerinde tesis edilmiş olduğu üzere vekâlet sözleşmesinin özelliğidir. Dolayısıyla yukarıda bahsetmiş olduğumuz vekâlet sözleşmesinin tanımı ve unsurları ile bu tip arızî brokerlerin yürüttükleri faaliyetin özellikleri incelendiğinde, sözleşmenin taraflarından sadece birisinin menfaatlerine ve onun talimatları doğrultusunda bir iş görme borcunun yerine getirilmesi söz konusu olduğundan bu tip arızî brokerler diğer unsurları da taşı-

---

[65] "***Owner's broker***" tabirindeki "*malik*" manasına gelen "*owner*" sözcüğü uygulamada İngilizce dilinin hakim olduğu navlun sözleşmelerinde geleneksel olarak taşıyanı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bakımdan özellikle "*Baltic and International Maritime Council*" (BIMCO) tarafından yayınlanan ve deniz taşımacılığında yaygın şekilde kullanılmakta olan Gencon 94 başta olmak üzere birçok matbu navlun sözleşmesi formunda da "*owner*" sözcüğüne deniz yoluyla eşya taşıma taahhüdünde bulunan kişiyi ifade etmek üzere yer verilmektedir.

[66] Bkz. GORTON, et al., 2009, s. 41.

[67] Bkz. GORTON, et al., 2009, s. 44.

maları halinde vekil olarak nitelenebilecek ve bunlar hakkında vekâlet hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

b. Ücret

Arızî brokerlerin kendi içinde vekil veya simsar niteliğinde ele alınmasında ayırıcı unsur olan yansızlıktan sonra ele alacağımız unsur ücrettir. Simsar iş sahibi (müvekkil) için yerine getireceği iş karşılığında ücrete hak kazanacaktır[68]. Ücret simsarlık sözleşmesinde müvekkilin asli borcu olmakla birlikte ücretin miktarının kararlaştırılmamış olması sözleşmenin unsurlarında bir eksikliğe sebep olmayacaktır, zira esaslı unsur tarafların ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır[69]. Bununla birlikte simsar ücrete kural olarak ancak yürüttüğü faaliyet sonucunda sözleşme kurulduğu takdirde hak kazanacaktır (TBK m.521/1). Simsarlık sözleşmesi ile simsarın aracılık yaptığı sözleşme kurulmasa dahi simsarın ücret alacağına hak kazanmasını öngören ücret garantisi şartına da yer verilebilecektir[70].

Vekâlet sözleşmesinde ise ücret sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edilmemiştir[71]. Nitekim vekâlet sözleşmesinin tanımına yer verilen TBK m.502'nin 3. fıkrasında; "*Sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır*" denilmiştir. Dolayısıyla vekâlet sözleşmesiyle üstlenilen iş bakımından ancak teamül gereği yahut sözleşme ile kararlaştırılmış olduğu takdirde ücrete hak kazanılmaktadır[72]. Esasen günümüzde teamül vekâlet sözleşmesi ile vekilin ücrete hak kazanması olup istisnaen ücretsiz olarak bir başkası için işgörülmektedir[73]. Navlun sözleşmelerinin akdedilmesinde aracılık faaliyetinde bulunan brokerler de aracılık yaptıkları sözleşmeler kurulduğunda navlun sözleşmesinin ücret unsuru olan navlun üzerinden belirli bir orana göre hesaplanan ve uygulamada "*brokerage*" denilen bir ücrete hak kazanmaktadırlar[74].

---

68 YAVUZ, et al., 2014, s. 1275; GÜMÜŞ, 2014, s. 207; ARKAN, 2019, s. 209.

69 GÜMÜŞ, 2014, s. 207.

70 GÜMÜŞ, 2014, s. 207.

71 GÜMÜŞ, 2014, s. 129; ARAL/AYRANCI, 2020, s. 451; YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 527.

72 Hekimin, bankanın, mimarın ya da bankanın gördüğü iş için alacağı ücret, teamül gereği vekâlet ücretine örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 727.

73 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 642.

74 GORTON, et al., 2009, s. 45-46; ÜLGENER, 2017, s. 484-487. Brokerlerin ücretleri hakkında ayrıca bkz. ULUKAYA, 2018, s. 67.

Bu sebeple sözleşmede ücret kararlaştırılmış olmasa da sözleşmenin kurulmasında aracılık faaliyetinde bulunan brokere teamül gereği bir ücret ödenmesi gerekecektir. Bu bakımdan gerek simsar gerekse vekil niteliğindeki arızî brokerler sözleşme ile ücrete hak kazanacaklardır. Vekâlet ücreti kararlaştırılmış ancak miktarının belirlenmemiş olması halinde ya da teamül gereği ücret ödenmesi gerektiği halde tarafların ücret konusunda anlaşamamış olması durumunda ücret, görülen işin zorluğu, harcanan emek için gereken sürenin uzunluğu, tarafların durumları ve eğer mevcutsa o iş için ücret tarifelerinin dikkate alınması suretiyle hâkim tarafından tayin olunabilecektir[75].

c. Aracılık Faaliyeti

Diğer bir unsur ise aracılık faaliyetidir. Simsarlığın konusu, çeşitli işlere dair sözleşmelerin kurulmasında aracılık etmekten ibarettir[76]. Bu aracılık faaliyeti sözleşme kurulması imkânının (fırsatının) hazırlanması ya da sözleşmenin kurulmasına (sözleşme görüşmelerine) aracılık edilmesi şeklinde yerine getirilebilecektir[77].

Benzer şekilde, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça sözleşme kurulmasında görev alacak vekilin yürüteceği faaliyet sözleşmenin kurulmasına aracılık etmek ile sınırlı olacaktır. Nitekim vekillik faaliyetinde de kural olarak belirli bir sonucun gerçekleştirilmesi üstlenilmemekte, yürütülen faaliyet üstlenilen bir iş ya da hizmetin görülmesi ile sınırlı olmaktadır[78]. Vekil niteliğindeki arızî brokerler de müvekkilleri ile aralarında farklı bir anlaşma olmadıkça yürüttükleri faaliyetin tabi olduğu teamüllere göre kural olarak sözleşme akdetme yetkisine sahip bulunmamaktadırlar.

d. Bağımsızlık

Dördüncü unsur olarak bağımsızlıktan söz edilmesi gerekmektedir. Simsar bağımsız bir yardımcı konumunda olup, aracılık faaliyetini yürüttüğü taraflara karşı bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olmadan, onların işletmesi ya da organizasyonu içinde yer almadan işlemlerde bulunur[79].

---

75 EREN, 2019, s. 727-728.

76 ARKAN, 2019, s. 208; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 785.

77 ARKAN, 2019, s. 208; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 785; YAVUZ, et al., 2014 s. 1275. Simsarlığın ayrıca sözleşme görüşmelerini yönlendirmek şeklinde de gerçekleşebileceği hakkında bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 206.

78 GÜMÜŞ, 2014, s. 130.

79 Bkz. ARKAN, 2019, s. 207; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 785-786; KAYIHAN, 2018, s. 68.

Benzer şekilde vekil de iş görme borcunu müvekkilinden bağımsız, onun işletmesi ya da organizasyonunun içinde bir parça veya onun bir hizmetlisi sıfatını almadan yerine getirir[80]. Bu bağımsızlık, işgörme edimi kapsamında amaçlanan sonuca varılabilmesi için belirli ölçüde karar verme mecburiyetinden ileri gelmekte ve özel uzmanlık gerektiren işlerde bu bağımsızlık daha geniş ölçüde söz konusu olmaktadır[81]. Müvekkilin vekile talimatta bulunma hakkına sahip olması ise vekilin bağımsızlığını ortadan kaldırmayacaktır[82].

e. Arızî Olma (Sürekli Olmama)

Daimî brokerlikte söz konusu olan süreklilik unsurunu ne vekil niteliğindeki ne de simsar niteliğindeki arızî brokerler için aranması gereken bir unsur olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim öncelikle simsar yönünden değerlendirme yapıldığında iş sahibi ile simsar arasındaki ilişkinin süreklilik arz etmediği görülmektedir[83]. TBK m.520'de de belirtildiği üzere simsar taraflar arasında bir sözleşme kurulmasına aracılık etmeyi üstlenmiş olup gerek bu tanımdan gerekse simsarlık faaliyetinin kendi yapısından üstlenilen işin bir ya da birkaç sözleşmenin kurulmasına aracılık edilmesi ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır[84]. Nitekim aracılık yapan kişinin bir iş görme sözleşmesi ile taraflardan birisine belirli ya da belirsiz bir süre için sürekli şekilde bağlı olması durumunda simsarlık hükümlerinin değil, pazarlamacılık yahut acentelik hükümlerinin uygulanması gerekecektir[85]. Simsar niteliğindeki arızî broker ile müvekkili arasında bu anlamda arızî bir ilişki söz konusu olacaktır[86]. Simsarlık faaliyetinin meslek olarak icra edilmesi de bu durumu değiştirmeyecektir[87].

---

80 GÜMÜŞ, 2014, s. 125; EREN, 2019, s. 728; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, 635.

81 YAVUZ, et al., 2012, s. 531.

82 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 658.

83 Gümüş, vekâlet verenin ifa menfaatinin zamana yaygınlığının simsarlık sözleşmesini sürekli bir borç kılacağını belirtmiştir. Bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 208. Ancak, böyle bir ihtimalde de belirli bir sözleşme kuruluncaya kadar geçerli bir faaliyet söz konusu olacağından simsarlığın niteliğini etkileyecek bir süreklilikten bahsedilemeyecektir.

84 Bkz. ARKAN, 2019, s. 207-208; YAVUZ, et al., 2014, s. 1275; KAYIHAN, 2018, s. 68.; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 785, 788.

85 ARKAN, 2019, s. 208.

86 Simsarlığın arızî olarak yapılabileceği hakkında ayrıca bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 352; KAYIHAN, 2018, s. 68.

87 KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 785.

Vekil niteliğindeki arızî broker de müvekkili ile her zaman sürekli bir ilişki içinde değildir. Nitekim vekâlet sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK m.502/1'de vekilin, "*vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı*" üstlenmiş olduğu belirtilmiştir[88].

Arızî brokerlik özellikle süreklilik unsuru ile ilgili bu yönleriyle aracı acente niteliğindeki daimî brokerlikten ayrılır[89]. Bu sebeple arızî brokerlik TTK m.102/1'deki aracı acente tanımının dışında kalmakta ve burada ayrımını yaptığımız her iki arızî brokerlik tipi için de aracı acente nitelemesi yapmak mümkün olmamaktadır.

C. Arızî Brokerlerin Tabi Oldukları Düzenlemeler

a. Genel Olarak

TBK m.502-514 arasında düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümler arızî brokerliğin her iki tipi için de önemli ölçüde ortak hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kurulması öngörülen navlun sözleşmesinin taraflarına karşı onların menfaat ve talimatlarına göre eşit düzeyde ve "yansızlık" içinde faaliyette bulunma yükümlülüğü altında olan simsar niteliğindeki arızî brokerin öncelikli olarak tabi olduğu TBK m.520-525'te yer alan hükümlerde kısıtlı sayıda düzenleme bulunmakta ve TBK m.520/2'de simsarlık sözleşmesine kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir.

b. Brokerlik Sözleşmesinin Kuruluşu ve Temsil Yetkisine Dair Düzenlemeler

Arızî brokerliğin her iki tipine de uygulanması söz konusu olan vekâlet sözleşmesine dair hükümlerden TBK m.502 hükmü doğrultusunda broker ile

---

88 Zevkliler/Gökyayla da vekilin işgörme edimine göre sürekli borç doğuran bir sözleşme olup olmadığının anlaşılabileceği, vekâlet sözleşmelerinin her zaman sürekli borç doğuran nitelikte olmadıklarını ifade etmektedir. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 637. Vekilin sürekli bir iş görmesi halinde vekâlet sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olacağı hakkında bkz. EREN, 2019, s. 717. Ayrıca belirli bir işin görülmesini amaçlayan vekâletler dışında, vekâlet sözleşmesi ile sürekli borç ilişkisine benzer bir ilişkinin doğacağı hakkında bkz. ARAL/AYRANCI, 2020, s. 448. TBK m.502/1 hükmünün karşıt anlamından vekâlet sözleşmesi ile işgörme ediminin bir zaman kaydına bağlı olunmaksızın üstlenildiği hakkındaki görüş için ayrıca bkz. YAVUZ, et al., 2012, s. 526. Vekâlet sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu yönündeki farklı görüş için bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 123.

89 Süreklilik unsuru için bkz. Yukarıda "1. Aracı Acente Niteliğindeki Daimî Brokerler" başlıklı bölümdeki "B. Daimî Brokerlerin Niteliklerini Belirleyen Unsurlar" başlığı altındaki açıklamalarımız.

müvekkil arasındaki sözleşmenin yazılı olması gerekmemekte, tarafların sözleşme kurulması konusunda birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunması yeterli olmaktadır. İrade beyanları açık olabileceği gibi örtülü de olabilecektir[90]. Nitekim TBK m.6'da öngörülen örtülü kabulün vekâlet sözleşmelerindeki özel bir görünümü olan TBK m.503 uyarınca[91] taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmasa dahi navlun sözleşmesi kurulmasına aracılık faaliyetini meslek olarak yürütmesi yahut bu tür işleri kabul edeceğini duyurmuş olması gibi hallerde kendisine bir navlun sözleşmesi için aracılık yapması doğrultusunda öneride bulunulduğunda bu öneriyi hemen reddetmedikçe broker ile müvekkili arasında aracılık ilişkisini tesis eden sözleşme doğacaktır[92].

Arızî brokerlerin yürütecekleri faaliyetin kapsamı sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi bu hususta sözleşmeyle bir açıklık sağlanmadığı takdirde görülecek işin niteliğine göre bir değerlendirme yapılacaktır (TBK m.504/1). Bu bağlamda her iki tip arızî brokerin de yetkileri üstlendikleri işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılmasını da kapsayacaktır (TBK m.504/2). Ancak belirtmek gerekir ki deniz taşımacılığında tıpkı daimî brokerlerin olduğu gibi arızî brokerlerin de kural olarak aracılık faaliyetinin ötesine geçen bir temsil yetkileri bulunmamakta, bu konuda özel olarak yetki verilmediği sürece tarafları temsilen navlun sözleşmesi akdedememektedirler[93]. Dolayısıyla arızî brokerlerin faaliyetleri, sözleşmenin kurulması öncesinde yapılacak sözleşme görüşmelerinin yürütülmesi, teklif-karşı teklif sunmak suretiyle sözleşme şartlarını oluşturacak ayrıntılar üzerinde çalışılması ve bu yolla sözleşmenin taraflarca akdedilmesi için hazır hale getirilmesinden ibarettir[94]. Bu faaliyet yürütülürken brokerin kural olarak sınırsız bir takdir yetkisi bulunmamakta, müzakereleri genellikle belirli limitler dahilinde yürütmekte ve yapacağı teklifler ile aldığı karşı teklifleri müvekkiliyle görüşmeden yürütememektedir[95]. Bu itibarla arızî brokerlerin üstelendik-

---

90 EREN, 2019, s. 721-722; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 644-645.

91 EREN, 2019, s. 722.

92 Bkz. ÜNSAL, 2019, s. 37.

93 Bkz. ÜLGENER, 2017, s. 482-483. Benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz. ÜNAN Samim, "Navlun Sözleşmesinin Akdinde Temsil ile İlgili Sorunlar", **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Aralık 1997, s. 74-75; GORTON, et al., 2009, s. 40-41.

94 Bkz. ÜLGENER, 2017, s. 482-483; GORTON, et al., 2009, s. 40. Navlun sözleşmelerinin oluşturulmasında brokerlerin faaliyetleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. ULUKAYA, 2018, s. 67 vd.

95 GORTON, et al., 2009, s. 170-171.

leri işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisi sözleşmeye aracılık faaliyeti kapsamında yürütülecek işlerle sınırlı olacaktır. Dolayısıyla teknik (dar) manada brokerin temsil yetkisi olduğundan söz edilerek arızî brokerlerin navlun sözleşmesini tamamlayacak şekilde sözleşmeyi imzalama yetkisinden söz edilemeyecektir. Ancak aksi yönde anlaşma yapılarak sözleşme imzalama yetkisi de verilebilecektir.

Arızî broker ile müvekkili arasında yapılan sözleşme (vekâlet ya da simsarlık) hükümlerinin aracılık faaliyetinin ötesine geçen bir işlemde bulunulmasına olanak tanıyan bir yetkiyi içerip içermediği hakkında TBK m.19'daki yorum kuralları doğrultusunda tarafların gerçek ve ortak iradelerine göre değerlendirmede bulunulabilecektir. Bu doğrultuda somut olayda aracılık yapılan işlemin tamamlanmasını kapsayan bir görevlendirmenin de bulunup bulunmadığı tespit edilebilecektir[96].

Ortak olarak uygulanabilecek düzenlemelerin dışındakiler içinse vekil ya da simsar niteliğindeki brokerler arasında ayrım yapılması gerekmektedir. Buna göre navlun sözleşmesinin taraflarından sadece birisinin menfaat ve talimatları doğrultusunda faaliyet yürütülecek ise vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılacağından vekâlet sözleşmesine dair hükümlere tabi olunacaktır. Sözleşmenin her iki tarafının menfaat ve talimatlarına göre "yansızlık" içinde faaliyet yürütülecek ise simsarlık sözleşmesi kurulmuş sayılacağından bu durumda simsarlık sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Vekil ve simsar arasında bu ayrımın yapılmasının önemli sonuçlarından birisi arızî brokerlerin müvekkillerini temsilen dava açmak, sulh olmak ve hakeme başvurmak gibi yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira bu yetkiler vekil niteliğindeki arızî brokerlere TBK m.504/3 hükmü uyarınca özel olarak verilebilmektedir. Bu işlemleri özel yetkileri olmadan gerçekleştirmeleri durumunda ise müvekkillerinin söz konusu işlemlere sonradan icazet vermeleri halinde bu yetki eksikliği giderilebilecektir[97].

Bu itibarla, aracı acente niteliğindeki daimî brokerlere uygulanması gereken TTK m.105/1'de belirtilen, aracılık yapılan sözleşmeden doğacak ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları yapma yetkisine benzer

---

96 Bu hususta bkz. ÜNAN, 1997, s. 74-75.

97 TBK m.504/3'ün bu yöndeki yorumu için bkz. YAVUZ, et al., 2012, s. 538; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 652.

bir yetkinin TBK m.504/2 uyarınca vekil niteliğindeki arızî brokerler için de söz konusu olabileceği sonucuna varılması olanak dahilindedir.

Buna karşılık aracılık yaptığı sözleşmenin iki tarafının da menfaat ve talimatlarına uygun ve yansızlık içinde hareket etme yükümlülüğü altındaki simsar niteliğindeki arızî brokerin bu yönde pasif ya da aktif temsil yetkisinden söz edilemeyecektir[98]. Aksi yönde bir yorum simsarlığın niteliği ile bağdaşmayan bir uygulamanın kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır.

c. Talimatlara Uyma Yükümlülüğü Hakkındaki Düzenlemeler

Taraflardan birisinin talimatları ve menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü altındaki vekil niteliğindeki arızî brokerlerin müvekkillerinin açık talimatına uymakla yükümlü oldukları TBK m.505/1'in ilk cümlesinde belirtilmiştir. Ancak aynı yerdeki ikinci cümlede vekilin müvekkilinden izin alma imkânı olmadığında, müvekkili durumu bilseydi izin vereceği açık olan hallerde, vekilin talimattan ayrılmasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Bu istisnai hal dışında vekil niteliğindeki arızî broker, müvekkilinin talimatından ayrıldığı takdirde bu sebeple doğan zararı karşılamadığı sürece üstlenmiş olduğu işi görse dahi vekâlet borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır (TBK m.505/2). Simsar niteliğindeki arızî broker ise kural olarak menfaat ve talimatları takip etmek yönünden navlun sözleşmesinin her iki tarafına da eşit mesafede olma yükümlülüğünü ihlal ettiğinde ve dürüstlük kurallarına aykırı şekilde sözleşmenin taraflarından birisinden ücret sözü aldığında ücret ve yaptığı giderlere dair haklarını kaybetme yaptırımına maruz kalacaktır (TBK m.523)[99].

d. İşgörme Borcu Hakkındaki Düzenlemeler

Her iki arızî broker tipi de üstlenmiş oldukları iş görme borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olmakla birlikte, tabi oldukları vekâlet hükümleri gereğince işgörme borcunu yerine getirirken yardımcı kişilerden yararlanabileceklerdir[100]. Bu durumda üçüncü kişi yardımcıların davranışlarından TBK m.116'ya göre sorumlu olacaklardır[101]. Ayrıca bu hususta yetkili ya da duruma göre zorunlu olmaları veya teamülün olanak tanıdığı hallerde işi baş-

---

98 Simsarın bu yönde bir yetkisi olmadığı hakkında ayrıca bkz. KAYIHAN, 2018, s. 68-69.

99 Bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 354-355.

100 Vekilin yardımcı kişilerden yararlanabileceği hakkında bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 660; EREN, 2019, s. 736; YAVUZ, et al., 2012, s. 548.

101 Vekil yönünden bu görüş için bkz. EREN, 2019, s. 736; YAVUZ, et al., 2012, s. 548.

kasına da yaptırabileceklerdir (TBK m.506/1). Bu tür durumlara alt vekâletin caiz olduğu haller de denilmektedir[102]. Bu durumda asıl vekâlet sözleşmesi ve kurulup sona ermesi asıl vekâlet sözleşmesinden bağımsız olan alt vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaktadır[103].

e. Sadakat ve Özen Yükümlülüğü Hakkındaki Düzenlemeler

Arızî brokerler, üstlenmiş oldukları iş ve hizmetleri, müvekkillerinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdürler (TBK m.506/2). Özen borcundan doğan sorumluluklarının belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir brokerin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır (TBK m.506/3). Arızî brokerler işi gördürmek üzere başka bir kimseye vekâlet vermeye yetkili iseler sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdürler (TBK m.507/2). Yetkileri olmadığı halde işi başkasına gördürdüklerinde, o kişinin fiilinden kendileri yapmış gibi sorumlu olacaklardır (TBK m.507/1). Her iki ihtimalde de müvekkiller, arızî brokerlerin kendileri yerine işi gördürdükleri kişiye karşı sahip oldukları hakları, doğrudan o kişiye karşı da ileri sürebileceklerdir (TBK m.507/3)[104]. Bu doğrultuda müvekkil, arızî brokere karşı sahip olduğu tüm hakları, onun yerine işi gören kişiye karşı da doğrudan doğruya ileri sürebilecektir[105].

Bu düzenlemelerin haricinde vekilin hesap vermesi (TBK m.508) ve edinmiş olduğu hakların vekâlet verene geçişi (TBK m.509) hakkındaki düzenlemeler de vekil niteliğindeki arızî brokerler bakımından uygulanabilecektir[106]. Aracılık yapılan sözleşmenin her iki tarafının da menfaat ve talimatlarına uygun hareket etmek zorunluluğu sebebiyle simsar niteliğindeki arızî brokerler içinse bu düzenlemelerin her zaman uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu itibarla ancak sözleşmenin ve somut olayın kendi şartları çerçevesinde nitelikleri elverdiği ölçüde bu düzenlemelerin kıyasen uygulanmasına gidilmesi söz konusu olabilecektir.

---

[102] Bkz. EREN, 2019, s. 737; GÜMÜŞ, 2014, s. 148.

[103] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 662.

[104] YAVUZ, et al., 2012, s. 549.

[105] EREN, 2019, s. 739.

[106] Bu hükümlerden sadece TBK m.509/3'te yer alan vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masasının da yararlanabileceği yönündeki hükmü emredici nitelikte olup bu hükmün aksi yönde bir sözleşme geçersiz olacaktır. TBK m.509/3'te belirtilen hapis hakkına konu eşya vekilin kendi mülkiyetindeki eşyadır. Bkz. ÇETİNER Bilgehan, **Hapis Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 175.

"Vekâlet verenin borçları" başlıklı TBK m.510'un müvekkil tarafından vekilin yapmış olduğu giderlerin, verdiği avansların faiziyle ödeneceği ve vekilin üstlendiği borçlardan kurtarılacağı hakkındaki düzenlemenin ise her iki arızî broker tipi için de uygulanması mümkün olmakla birlikte uygulamada brokerlerin ücretleri genellikle yaptıkları masrafları da kapsadığından[107] pratikte TBK m.510/1'in uygulanma alanı kısıtlı olacaktır.

Arızî brokerler ile müvekkilleri arasındaki sözleşmelerde aksi kararlaştırılmadıkça ve nitelikleri elverdiği ölçüde birlikte vekâlet verenlerin ve birlikte vekâlet üstlenenlerin sorumluluğu hakkındaki TBK m.511 hükmü de uygulanabilecektir.

f. Zamanaşımı Hakkındaki Düzenlemeler

Gerek vekil niteliğindeki gerekse simsar niteliğindeki brokerlerin müvekkilleri ile aralarındaki akdî ilişkiden doğan alacaklar TBK m.147'deki özel düzenleme gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

g. Yabancı Tacirlere Aracılıkta Uygulanacak Düzenlemeler

Pratikte büyük öneme sahip bir kanun hükmüyle kanun koyucu belirli şartların sağlanması halinde aracılık faaliyetinde bulunanların acentelik hükümlerine tabi tutulmasının yolunu açmaktadır. TTK m.103/1'in (b) bendi uyarınca özel kanunlarındaki hükümler saklı olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez ya da şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında TTK m.102-123'yer alan acentelik hakkındaki hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yasada özel olarak düzenlenmemiş olan ve uygulamadaki rolleri bağlamında vekil yahut simsar niteliğinde karşımıza çıktıklarından söz ettiğimiz arızî brokerler bakımından TTK m.103'teki bu düzenleme pratik bakımdan önem arz etmektedir. Nitekim söz konusu brokerlerin adına aracılık yaptıkları taşıyan yahut taşıtanların yabancı tacir olmaları durumunda kanunda aranan şartları taşımaları nedeniyle vekil yahut simsar olarak nitelenmeleri mümkün olsa dahi kanun koyucu tarafından özel önem verilen "yabancı tacirler adına ve hesabına ülke içinde işlemde bulunma" koşulunun sağlanması sebebiyle acentelik hakkındaki hükümlerin uygulanması tercih edilmiştir. Ayrıca bu hükmün uygulanabilmesi için bir süreklilik unsuru da aranmamış, yabancı tacir ad ve hesabına arızî şekilde faaliyette bulunmak da TTK m.103/1 (b) hükmü gere-

[107] Bkz. GORTON, et al., 2009, s. 46.

ğince acentelik hakkındaki hükümlere tabi kılınmak için yeterli kabul edilmiştir[108]. Zira kanun koyucu yabancı işletmelerin yetkisiz kişiler yoluyla ülke içinde işlem yaptıktan sonra herhangi bir sorumlulukla karşı karşıya kalmaktan kaçınma olanağına sahip olmasını istememiş[109], bunların ülke içinde takibinin önündeki zorlukların giderilmesini amaçlamıştır[110]. Dolayısıyla "yabancı tacirler adına ve hesabına ülke içinde işlemde bulunma" unsurunu sağlayan arızî brokerler ister vekil ister simsar niteliğinde olsunlar TTK m.102-123 hükümlerine tabi olacaklardır. Bu bağlamda yabancı tacir ile ülke içinde onun ad ve hesabına işlemlerde bulunanlar arasındaki hukuki ilişkinin türünün bir önemi bulunmadığı gibi[111], ülke içinde faaliyette bulunanın tacir sıfatına sahip olması da aranmamaktadır[112].

Bu bağlamda söz konusu arızî brokerlerden vekil niteliğinde olanlar, örneğin TTK m.105 uyarınca acentenin genel yetkisi kapsamında aracılıkta bulundukları sözleşmeler ile ilgili olarak her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkilleri adına yapmaya ve bunları kabule yetkili olmanın yanı sıra (TTK m.105/1) aracılık yaptıkları sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklardan dolayı müvekkilleri adına dava açabilecekleri gibi onlara karşı da bu sıfatla dava açılması mümkün olabilecek, bu şartın aksine sözleşme ise yapılamayacaktır (TTK m.105/2). Bu anlamda aktif ve pasif

---

[108] KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 841; KAYIHAN, 2018, s. 79-80.

[109] POROY/YASAMAN, 2019, s. 301; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), 2019, s. 842. Ayrıca bkz. KAYIHAN, 2018, s. 78-79.

[110] Bu amaç bir Yargıtay kararında şu şekilde belirtilmiştir: "*(Eski) TTK'nın 117/3 (TTK m.103/1/b) ve 119/2. (TTK m.105/2) maddeleri hükümlerine göre; ülkemiz içinde merkez ya da şubesi olmayan yabancı ticari işletmeler nam ve hesabına ülke içinde arızî de olsa işlemde bulunanlar hakkında dahi, vekil edeni adına dava açılabilmesi olanaklıdır. Bu nedenlerle, dava ehliyeti açısından sözü edilen acentelerin arızî olarak işlem yapması olgusu sonuca etkili değildir. Sözü edilen yasal düzenlemedeki amaç; ülkemiz içinde merkez ya da şubesi olmayan yabancı ticari işletmelerin takip ve dava edilmesi zorunluğunu ortadan kaldırmak ve hak sahibinin yabancı ticari işletmenin nam ve hesabına Türkiye`de geçici de olsa işlem yapan acenteden hakkını elde etmesine olanak tanımaktır. Tersinin kabulü, TTK.nun 119. maddesi hükmünün uygulama olanağının ortadan kalkmasına yol açacaktır.*" Yargıtay 11. HD, E. 1982/5392, K. 1983/103, 20.01.1983, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-1982-5392.htm&kw=`5392#fm (Erişim Tarihi: 01.05.2020). Benzer yaklaşımdaki daha yakın tarihli bir karar için bkz. Yargıtay 17. HD, E. 2014/10333, K. 2016/2623, 03.03.2016, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/17hd-2014-10333.htm (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

[111] POROY/YASAMAN, 2019, s. 301.

[112] Yargıtay 15. HD, E. 2004/3652, K. 2005/634, 09.02.2005, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/15hd-2004-3652.htm (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

temsil yetkisinin varlığı söz konusu olacaktır. Bu sonuca ulaşabilmek için örneğin TBK m.504/3 hükmünde belirtilen vekilin özel olarak yetkilendirilmiş olması şartı da aranmayacaktır. Bununla birlikte açılan dava neticesinde alınan kararın TTK m.105 uyarınca acente hükümlerine tabi tutulan vekil niteliğindeki arızî brokerlere karşı uygulanması mümkün olmayacaktır (TTK m.105/3).

Simsar niteliğindeki arızî brokerler için ise TTK m.105/1 ve 105/2 hükmünden hareketle aktif ve pasif temsil yetkisinden söz edilmesi, simsarlığın gerektirdiği taraflar arasındaki "yansızlık" unsuruyla bağdaşmayacaktır[113]. Dolayısıyla simsar niteliğindeki brokerler bakımından TTK m.105 hükmü esas alınarak navlun sözleşmesinin taraflarından birisi için aktif ve pasif temsilden söz etmek mümkün olmayacaktır.

İnceleme konumuz yönünden brokerlerin tabi oldukları tüm kanun hükümlerini ayrıntıları ile ele almayı amaçlamadığımızdan, konu kapsamından çıkmamak maksadıyla söz konusu TTK m.103/1 (b) bendi kapsamına giren arızî brokerlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer yönlerden de aracı acentelere dair hükümlere tabi olacaklarını belirtmekle[114] ve aracı acentelere dair hükümler hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz[115].

h. Brokerlik Sözleşmesinin Sona Ermesi Hakkındaki Düzenlemeler

Daimî brokerlikten farklı olarak arızî brokerliğin kural olarak geçici nitelikte olduğu göz önünde bulundurularak aracılık edilen navlun sözleşmesi kurulduğunda broker ile müvekkil arasındaki akdî ilişkinin o navlun sözleşmesinin ifasının tamamlanmasına kadar geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu doğrultuda navlun sözleşmesi ifa ile sona erdiğinde broker ile müvekkil arasındaki akdî ilişkinin de sona ereceği kabul edilmelidir. Zira aksi kararlaştırılmadıkça deniz taşımacılığı teamülü gereği brokerin iş görme borcu, aracılık edilen navlun sözleşmesi kurulduğu anda değil, bu navlun sözleşmesinin

---

[113] Acentelere TTK m.105 ile tanınmış olanlara benzer yetkilerin simsarlar için öngörülmemiş olduğu hakkında ayrıca bkz. KAYIHAN, 2018, s. 68-69.

[114] Örneğin arızî olarak faaliyette bulunan aracıların yaptıkları işlemler karşılığında tıpkı acenteler gibi ücret ve hapis hakkına sahip olduklarından söz edilebileceği ancak acenteye tanınan münhasırlık ya da denkleştirme tazminatına dair hükümlerin uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. KAYIHAN, 2018, s. 81.

[115] Bkz. Yukarıda "1. Aracı Acente Niteliğindeki Daimî Brokerler" başlıklı bölümdeki "D. Daimî Brokerlerin Tabi Oldukları Düzenlemeler" başlığı altındaki açıklamalarımız.

ifası kapsamında taraflarca edimler yerine getirildiği sürece devam etmektedir. Nitekim brokerin müvekkiline karşı üstlendiği borç teamül gereği, kurulmasına aracılık ettiği navlun sözleşmesinin ifası sırasında rehberlik edilmesi, sözleşmenin tarafları arasında iletişimin sürdürülmesi, özellikle yükleme ve boşaltma ya da yolculuk sırasındaki ihbar yahut bildirimlerin doğru şekilde yapılması, sözleşmesinin şartlarının uygulanmasında ve yorumunda yaşanabilecek pürüzlerin giderilmesi yahut önlenmesi için yürütülecek faaliyetleri de kapsamaktadır[116]. Bu faaliyet birden fazla navlun sözleşmesine aracılık edilmesini öngören bir sözleşmeye dayanıyorsa en son navlun sözleşmesinin ifası ile simsar niteliğindeki arızî brokerler bakımından simsarlık[117], vekil niteliğinde olan arızî brokerler içinse vekâlet sözleşmesi sona erecektir. Vekâlet sözleşmesinin sona ermesi hakkındaki düzenlemeler (TBK m.512-514) ise gerek vekil niteliğindeki arızî brokerler gerekse TBK m.520/2'nin atfı gereğince simsar niteliğindeki arızî brokerler için nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanabilecektir[118].

V. SONUÇ

Navlun sözleşmelerinin kurulmasında sözleşmenin tarafları olan taşıyan ve taşıtanın sıklıkla aracılık yapması için başvurduğu brokerler hakkında Türk hukukunda bir terminoloji sorunu olduğu gibi brokerlerin aynı zamanda hukuki nitelikleri de açık bir şekilde belirlenmemiştir. Brokerler hakkında özel yasal düzenlemelerin olmaması sebebiyle hukuki nitelikleri çoğunlukla yürüttükleri faaliyet bakımından benzerlik kurulan simsarlık bağlamında ele alınmaktadır. Hukuki nitelikleri yönünden bir açıklık sağlanmamış olması sebebiyle brokerlerin müvekkilleri ve navlun sözleşmesinin karşı tarafları ile olan ilişkilerinde tabi oldukları hükümlerin tespitinde ve navlun sözleşmelerinin uygulanması bakımından ortaya çıkan hukuki sorunların çözülmesinde sorunlarla karşılaşılabilmektedir. Bu sorunların çözülebilmesi için öncelikle brokerlerin niteliklerinin belirlenmesi gerektiğinden bu çalışmada brokerlerin niteliklerinin tespiti ve tabi oldukları hükümlerin neler olduğu hakkında genel olarak değerlendirmede bulunulması amaçlanmıştır.

---

[116] Bkz. GORTON, et al., 2009, s. 44.

[117] Simsarlık sözleşmesi bağlamında, sözleşmenin "olağan" sona erme şeklinin simsarın işini görmesi olacağı hakkında bkz. POROY/YASAMAN, 2019, s. 355.

[118] Bu hükümlerde belirtilenlerin dışında, borcun ifası ya da ifa imkânsızlığı gibi dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerin varlığı halinde de sözleşme sona erecektir. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2020, s. 671.

Bu maksat çerçevesinde uygulamada ve hukuki metinlerde brokerlik hakkında çok çeşitli şekillerde isimlendirmelerde bulunulduğundan brokerler sınıflandırılırken bu farklı isimlendirmeler yerine sözleşmelere aracılık faaliyetinin süreklilik arz edip etmediğine göre "daimî brokerlik" ve "arızî brokerlik" üst başlıkları oluşturularak her iki başlık altına giren brokerlerin ayrı ayrı hukuki nitelikleri belirlenmiştir. Bu suretle navlun sözleşmelerinin kurulmasında müvekkilleri ile ilişkilerinde süreklilik bulunan ve "daimî broker" olarak isimlendirdiğimiz brokerlerin TTK m.102 ve bu maddeyi izleyen hükümlerden çıkan diğer unsurları taşıdıkları takdirde aracı acente niteliğinde oldukları sonucuna varılmıştır. Müvekkilleri ile aralarında TTK m.104 hükmünden kaynaklanan bir münhasırlık söz konusu olan daimî brokerler, "imtiyazlı broker" olarak adlandırılmıştır.

Müvekkilleri ile aralarındaki ilişki süreklilik arz etmeyen brokerler ise "arızî broker" olarak isimlendirilmiştir. Yürütülen aracılık faaliyetinin sözleşmenin taraflarından sadece birisinin talimat ve menfaatleri doğrultusunda mı yoksa her iki tarafın da menfaat ve talimatlarına uygun şekilde mi yapılması gerektiği; bu bağlamda brokerin faaliyetini "yansızlık" içinde yerine getirmek zorunluluğunun bulunup bulunmadığının arızî brokerlerin hukuki niteliklerinin belirlenmesinde en önemli unsur olduğu sonucuna varılmıştır. Zira arızî broker olarak isimlendirdiğimiz brokerler, aracılık ettikleri sözleşmenin her iki tarafına karşı yansızlık içinde hareket etme yükümlülüğü altında bulundukları takdirde simsar olarak nitelendirilmeleri gerekecektir. Buna karşılık navlun sözleşmesinin taraflarından sadece birisinin menfaat ve talimatlarına uygun şekilde faaliyette bulunacak bir arızî brokerin vekil olarak nitelenmesinin gerektiği tespit edilmiş ve esasen deniz taşımacılığında bu tür brokerlerin daha yaygın olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla genel kanının aksine brokerlerin simsar olarak nitelenmelerinin nadiren mümkün olabileceği belirlenmiştir. Ayrıca navlun sözleşmesinin taraflarının herbirinin kendi brokerlerinin bulunduğu, bunun pratik gerekliliklerden doğduğu, zira hem gemi hem yük tarafındaki brokerin kendi müvekkilinin menfaatine uygun hareket etmek zorunda olduğu ve bu zorunluluğun da navlun sözleşmesinin taraflarının karşılıklı borçlarının ifa edilmesi neticesinde sözleşme sona erinceye kadar devam ettiği ifade edilmiştir. Bu bakımdan TBK m.520/2'de simsarlık sözleşmesinin vekâlete dair hükümlere tabi olduğu belirtilse de vekâlete ilişkin hükümlerin ancak nitelikleri elverdiği ölçüde simsar niteliğindeki brokerlere uygulanmasının mümkün olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda vekil veya simsar niteliğindeki arızî brokerler için uygulanabilecek birtakım ortak hükümlerden söz edilirken bu hususun da altı çizi-

lerek simsarlığın, aracılık yapılan sözleşmenin tarafları arasında yansızlık çerçevesinde yürütülmesinde uygulama olanağı bulabilecek düzenlemelerin neler olduğu belirtilmiştir.

Bu çalışmayla ayrıca gerek daimî gerekse arızî brokerlerin yetkilerinin navlun sözleşmelerinin akdedilmesinde aracılık faaliyetiyle sınırlı olduğu, sözleşmeyi akdetmek konusunda kanundan kaynaklanan bir yetkilerinin olmadığı ve dolayısıyla temsil yetkisine sahip olmadıkları belirtilmiştir. Bu konuda ayrıca ve özel yetki verilerek brokerlere sözleşmeyi akdetme yetkisi verilmesi mümkün olsa da tarafların her ikisi arasında yansızlık çerçevesinde hareket etmesi gereken simsarlık bakımından sözleşmenin akdedilmesi yetkisinden söz etmek mümkün olmayacağından bu yönde bir yetkinin ancak aracı acente niteliğindeki daimî brokerler ve vekil niteliğindeki arızî brokerler bakımından söz konusu olabileceği tespit edilmiştir.

Aracı acente niteliğindeki daimî brokerler için TTK m.122'deki portföy tazminatı hükümlerinin uygulanabileceği tespiti yapılmıştır. Son olarak vekil veya simsar niteliğindeki arızî brokerlerin yabancı tacirlere aracılık faaliyeti yürütmeleri halinde müvekkil ile aralarında sürekli bir ilişki olmasa dahi TTK m.103/1 (b) uyarınca TTK m.102-123'teki acente düzenlemelerine tabi olacakları belirlenmiştir.

KISALTMALAR

BK **:** 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu

Bkz. **:** Bakınız

c. **:** Cümle

C. **:** Cilt

E. **:** Esas

et al. **:** ve diğerleri

HD **:** Hukuk Dairesi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. **:** Karar

m. **:** Madde

s. **:** Sayfa

S. **:** Sayı

sa. **:** Sayfa aralığı

T. **:** Tarih

TBK **:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TTK **:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

vd. **:** ve devamı

Y. **:** Yıl

KAYNAKÇA

1) Basılı Kaynaklar

AKINCI Sami, **Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968.

ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2019.

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ATAMER Kerim, "Yeni Türk Hukuku Uyarınca Incorporation, FIOST ve Arbitration London Kayıtları ile Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 11, S. 1-4, Ekim 2011, sa. 241-342.

AYHAN Rıza, "Teyit Mektubu", **İÜHFM**, C. LXXI, 2013, sa. 51-70.

CUMALIOĞLU Emre, **Kırkambar Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt II**, 10. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

ÇETİNER Bilgehan, **Hapis Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

DENKTAŞ ŞAKAR Gül, "Gemi Brokerliğinde İlişki Pazarlaması", **Denizcilik İşletmeleri Yönetimi**, Beta, İstanbul, 2013, sa. 245-290.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

GORTON Lars/HILLENIUS Patrick/IHRE Rolf/SANDEVÄRN Arne, **Shipbroking and Chartering Practice**, 7. Edition, Informa, London, 2009.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

İMREGÜN Oğuz, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1994.

KAYA Arslan (ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN N. Füsun), **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

KAYIHAN Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, 5. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2018.

KAYIHAN Şaban, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KOÇ Mehmet, **Türk ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

OKAY Sami, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt II (Navlun Mukaveleleri)**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1965.

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SEVEN Vural, **Taşıma Hukukunda Gönderilen**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku - I**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

SÜZEL Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

ULUKAYA Selda, **Deniz Ticareti Hukukunda Brokerin Hak ve Yükümlülükleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

ÜLGENER M. Fehmi, **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, Der Yayınları, İstanbul, 1991.

ÜLGENER M. Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri Cilt I**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

ÜNAN Samim, "Navlun Sözleşmesinin Akdinde Temsil ile İlgili Sorunlar", **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Aralık 1997, sa. 73-98.

ÜNSAL Muhammet, **Deniz Hukukunda Brokerlik**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

YAZICIOĞLU Emine, **Kender/Çetingil Deniz Ticareti Hukuku,** 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

2) İnternet Kaynakları

www.kazanci.com.tr

www.hukukmedeniyeti.org

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 1987-2027

TİCARET BAKANLIĞI'NIN TİCARET ŞİRKETLERİNE "KAMU DÜZENİNE AYKIRI İŞLEMLERİNDEN VEYA BU YÖNDE HAZIRLIKLARINDAN" KAYNAKLI FESİH DAVASI AÇMASI (TTK m.210/III)(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Emre TÜRKMEN**(**)
Av. **Burak KEÇECİOĞLU**(***)

Öz: Ticaret şirketleri, kuruldukları ülkenin ekonomik yaşamlarındaki önemli katkı ve etkileri sebebiyle devlet tarafından daima izlenmekte ve denetlenmektedir. Söz konusu izleme ve denetimin şirketler hukukundaki görünümü, "devletin ilgilenmesi ilkesi"dir. Devletin ilgilenmesi ilkesi uyarınca kanun koyucu, konu hakkında öngördüğü hükümlerle devletlere, şirketleri denetleme yetkisi tanımış ve bu denetime aykırılıklardan kaynaklı çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Bu yaptırımlardan en ağırı ise çalışma konumuz olan şirketin varlığına son verilmesidir.

Çalışmada Ticaret Bakanlığı'na şirketlere karşı fesih davası açması imkanı tanıyan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesinin üçüncü fıkrası, genel hatlarıyla incelendikten sonra aynı maddede geçen ve fesih konusu yapılabilecek en önemli neden olan "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" üzerinde durulacak ve söz konusu fesih nedeni ile TTK m.210/III'te öngörülen diğer fesih nedenleri karşılaştırılacaktır. Son olarak, fesih davasının hukuki niteliği, davanın tarafları, fesih davasının yargılaması ve dava açma süresi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Denetim, Devletin İlgilenmesi İlkesi, Ticaret Bakanlığı, Kamu Düzenine Aykırı İşlem, Fesih Davası.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.06.2021 - Makale Kabul Tarihi: 07.09.2021.

(**) Artvin Çoruh Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Öğretim Üyesi (ORCID no: 0000-0001-8338-1301; *turkmenemre@gmail.com*)

(***) Dokuz Eylül Üniversitesi, Özel Hukuk, Doktora Öğrencisi (ORCID no: 0000-0001-6649-251X; *burak.kececioglu@gmail.com*).

FILING A LAWSUIT BY THE MINISTRY OF COMMERCE FOR DISSOLUTION OF COMPANY ON THE GROUNDS OF "OPERATING AGAINST PUBLIC ORDER AND ACTIONS TOWARDS THIS DIRECTION" (TCC art.210's sub-art.3)

Abstract: Commercial corporations have been under constant monitoring and inspection by the State because of their significant contribution and impact on the economic life of the country where they were established. In commercial law, monitoring and inspection that are mentioned above are defined as "government control of business". According to this principle, the legislator gave supervisory power to the State via regulations about the subject, and also regulated the consequences. The severest consequence, which is also the subject of this paper, is the dissolution of the company.

In this paper, Turkish Commercial Code's Article 210's sub-article 3, which authorizes the Ministry of Commerce to sue for dissolution of a company has been reviewed in general and the most important cause of dissolution, which was regulated in the same article, "Operating against public order and actions towards this direction" has been highlighted. Furthermore, the cause of dissolution 3 has been compared with the other causes regulated in article 210's sub-article. Finally, the legal character of a dissolution case, parties, proceedings, and the term of the case have been reviewed.

Keywords: Inspection, Government Control of Business, Ministry of Commerce, Operating Against Public Order, Dissolution Case.

GİRİŞ

Günümüz ekonomilerinin büyük dişlisi niteliğinde olan şirketler, toplumun da dâhil olduğu çeşitli çıkar grupları arasındaki menfaat çatışmalarının en yoğun olduğu yerlerden birisidir. Ekonomide arz ettikleri bu önem sebebiyle ve güç ile menfaat çatışmaları karşısında, devletlerin şirketlere ilgisiz ve kayıtsız kalamayacağı aşikardır. Nitekim belirtilen nedenlerden dolayı devletler, geçmişte olduğu gibi bugün de şirketlerle yakından ilgilenmekte olup bu ilgilerini farklı "denetim araçları" ve yaptırımlarla göstermektedirler. Söz konusu denetimlerde ortaya çıkan hukuka aykırı durumlara karşı yaptırımların kuşkusuz en ağırı ise şirketin feshidir.

Kanun koyucu da, devlet ile ticaret şirketleri arasındaki "denetime dayalı" sıkı bağa aykırı davranışların karşılığı olarak şirketin varlığının sona erdirilmesinin önemini öngörmüş ve cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren ilgili mevzuat-

larda konu hakkında düzenlemeler yapmıştır. Mevcut düzenleme olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)[1] 210. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Ticaret Bakanlığı (Bakanlık) tarafından, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir. Hiç kuşku yok ki Bakanlık tarafından TTK m.210/III uyarınca fesih konusu yapılabilecek en önemli ve en geniş kapsamlı neden, "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" olacaktır. Söz konusu fesih nedeninin önemi sebebiyle fesih davası, çalışmamızda ağırlıklı olarak "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" üzerinden incelenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle, genel olarak Ticaret Bakanlığı'nın şirketleri denetlemesine ve fesih davasına ilişkin hükümler, kronolojik şekilde incelenecektir. Bakanlığın fesih davası açma hükmünün kronolojik olarak incelenmesinden sonra sırasıyla, fesih davasının açılmasının ön şartlarının ne olduğu sorusuna cevap bulunacak, asıl çalışma konumuz olan "kamu düzenine aykırı işlemler veya bu yöndeki hazırlıkları" durumlarının neler olduğu üzerinde durulacak ve söz konusu fesih nedeni ile TTK m.210/III'te öngörülen diğer fesih nedenleri karşılaştırılacaktır. Son olarak, fesih davasının hukuki niteliği, davanın tarafları, fesih davasının yargılaması ve dava açma süresi incelenecektir.

I. TİCARET BAKANLIĞI'NIN ŞİRKETLERİ DENETLEMESİ VE FESİH DAVASI AÇMASI

1. "Devletin İlgilenmesi" İkesi

Devlet, ister ilk zamanlardaki imtiyaz (*octroi sistemi*) ya da izin sistemlerinde olsun, isterse de normatif sistemlerde olsun ticaret şirketlerini, kuruldukları ülkenin ekonomik yaşamlarındaki önemli katkı ve etkileri sebebiyle daima izlemekte ve denetlemektedir[2]. Söz konusu izleme ve denetim, ticaret

---

1 RG.: 14.02.2011, S. 27846.

2 ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler-Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, C. II-III, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 225; İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 388, İstanbul, 1968, s. 6 vd.; ANSAY Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 14; KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 178; BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta Basım-Yayın, İstanbul, 2019, s. 119-120; Şirketlerin denetiminin tarihsel gelişimi konusunda detaylı bilgi için bkz. ALIŞKAN Murat, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Ba-**

hukukunda "devletin ilgilenmesi ilkesi" olarak adlandırılmaktadır[3]. Devletin ilgilenmesi ilkesi uyarınca şirketlerin kurulup faaliyete başlamalarıyla birlikte kanun koyucu tarafından devletlere, şirketleri denetleme yetkisi tanınmış ve bu denetime çeşitli sonuçlar bağlanmıştır[4]. Söz konusu sonuçlardan en ağırı ise çalışma konumuz olan şirketin feshi davasının açılması suretiyle şirkete son verilmesidir[5].

2. Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerini Denetlemesi ve Fesih Davası Açma Yetkisinin Türk Ticaret Mevzuatındaki Konumu

Kanun koyucu, devlet ile ticaret şirketleri arasındaki "denetime dayalı" sıkı bağa aykırı davranışların karşılığı olarak şirketin varlığının sona erdirilmesinin önemini cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren ilgili mevzuattaki bazı düzenlemelere yansıtmıştır[6].

---

kanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 5-7; "Amerikan ve İngiliz hukuklarında devletin, iktisadi teşebbüsler üzerindeki etkileri" konusunda detaylı bilgi için bkz. ANSAY Tuğrul, "Anonim Şirketin Murakabesi Yolları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. I, S. 1, 1961, s. 48.

3 DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 123; PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 245; Karahan Sami (Editör)/COŞGUN Özlem Karaman, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 357; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA /MANAVGAT), s. 178; BOZKURT Tamer, **Şirketler Hukuku**, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 208; AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 211.

Söz konusu ilke, doktrinde "devlet müdahalesi" şeklinde (HIRSCH Ernst E., **Ticaret Hukuku Dersleri**, C. II, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 79, İstanbul, 1948, s. 60) veya "devletin kontrol yetkisi" şeklinde de (ARSLANLI, Şirket Organizasyonu, s. 12) adlandırılmaktadır.

4 "Devletin ilgilenmesi" ilkesi, her ne kadar anonim şirketlere hâkim olan ilkeler başlığı altında incelense de TTK m.210, ticaret şirketlerinin genel hükümleri kısmında düzenlendiğinden, bu ilkenin artık tüm ticaret şirketlerine hâkim olan bir ilke olarak değerlendirilmesi gereklidir (CAN Ozan, "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXI, S. 4, 2015, s. 113; GÖKCE Selman Yavuz, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Ticaret Şirketlerini Denetim Yetkisi ve Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 103).

5 ANSAY, Anonim Şirketin Murakabesi, s. 43; ALIŞKAN, s. 180; USLUEL Gürbüz/ELİF Aslı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, S. 1, 2012, s. 167. Öğretide *Akdağ Güney*, hükmü, ülkelerin ekonomik yapısı ve sistemi üzerinden değerlendirilmiştir. Yazar, TTK m.210/III hükmünün ancak devletçi rejimlerde görülebileceği ve liberal ekonomik düzen ile bağdaştırılamayacağını savunmaktadır (AKDAĞ GÜNEY Necla, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 230).

6 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ANSAY, Anonim Şirketin Murakabesi, s. 43 vd.; ALIŞKAN, s. 34 vd.

Konunun öneminin daha iyi anlaşılması amacıyla geçmişten günümüze ticaret şirketlerinin, hukuka aykırı hareketlerinin sonucu olarak devletin ilgili bakanlıklarınca feshedilmesi yetkisine baktığımızda, karşımıza ilk olarak mülga 866 sayılı Ticaret Kanununun Suret-i Tatbiki Hakkında Kanun'un[7] 13. maddesi çıkmaktadır. Söz konusu hüküm, "*Kanuna ve esas mukavelesine mugayir ve feshi şirketi mucib muamelâtı tahakkuk eden şirket aleyhine, ait olduğu vekâlet tarafından fesih davası ikame olunabilir*" şeklinde düzenlenmişti. Hüküm, lafzı itibariyle sanki üç şartın bir arada olmasını şart koşuyor gibi düşünülebilirse de, bu üç durumdan herhangi birinin varlığı halinde şirketin feshinin istenebilmesi mümkündü[8].

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu[9] (eTTK) zamanında da Bakanlığın ticaret şirketlerini fesih yetkisi, 274. maddenin ikinci fıkrasında "*Şirketin maksat ve mevzuuna aykırı veya amme kanunları gereğince şirketin feshini icabettiren hal ve muameleleri tahakkuk eden şirket aleyhine, ilgili vekâlet tarafından fesih davası açılabilir*" şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu hüküm sonradan 559 sayılı Türk Ticaret Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname[10] (559 sayılı KHK) ile "*Şirketin maksat ve mevzuuna aykırı veya amme kanunları gereğince şirketin feshini icabettiren hal ve muameleleri tahakkuk eden şirket aleyhine, ilgili vekâlet tarafından fesih davası açılabilir*" şeklinde değiştirilmişti. Hüküm, tıpkı 866 sayılı Kanunun 13. maddesi gibi, fesih davası açılması nedenlerini seçimlik hareketler şeklinde düzenlemişti. Hükme göre şirketin feshinin istenebilmesi için şirketin, maksat ve mevzuuna aykırı işlemlerde bulunması veya amme kanunları gereğince şirketin feshini icap ettiren hal ve muamelelerin var olması gerekirdi[11]. eTTK'nın bu döneminde, şirketlerin ehliyetlerinin işletme konuları ile sınırlı olması ve kuruluşlarının da izne tabi

---

7 RG.: 20.06.1926, S. 403.

8 eTTK döneminde öğretide, m.274'de düzenlenen fesih sebeplerinin, anonim şirketlerin haiz oldukları önem nedeniyle kuruluşunun ve işleyişinin denetime tabi olması; devletin de şirketin kurulmasına izin verirken, şirketin esas sözleşme sınırları içinde kalacağını kabul etmesi; dolayısıyla şirketin buna aykırı hareketinin, kanuna ve kamu menfaatine aykırılık teşkil edecek olması gibi sebeplerle vaz edildiği belirtilmiştir (HIRSCH, s. 342).

9 RG.: 28.06.1926, S. 406.

10 RG.: 27.06.1995, S. 22326.

11 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KENDİGELEN Abuzer, "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi", **Makalelerim**, C. I, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 167-213.

olması karşısında şirketin maksat ve mevzuuna aykırı işlemler, fesih nedeni olarak öngörülmüştü[12]. Söz konusu hükmün yanında anonim şirketin işlemlerine ilişkin denetim şeklinin bir tüzükle düzenlenmesi öngörülmüş ve bu kapsamda "Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzük[13]" de düzenlenmişti.

Ticaret Bakanlığı'na ticaret şirketlerini feshetme yetkisi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Düzenleme ve Denetleme Yetkisi" başlıklı 210. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir*" şeklindeki hükümle verilmiştir[14]. Bakanlığın, fesih davası için rapor alması gibi husus-

---

[12] eTTK m.274 konusunda detaylı bilgi için bkz. ANSAY, Anonim Şirketler s. 140; ANSAY, Anonim Şirketin Murakabesi, s. 54 vd.; USLUEL/ELİF, s. 162-163; ALIŞKAN, s. 26-34.

[13] RG.: 12.03.2013, S. 28585.

[14] TTK m.210'un eTTK m.274 ile karşılaştırması konusunda detaylı bilgi için bkz. KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 129-131; ALIŞKAN, s. 180-202.

TTK m.210/III düzenlemesi, öğretide TTK m.210/III ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) TMK m.47/II hükümlerinin uygulanma önceliğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buna göre *Akdağ Güney* ve *Korkut*, kurulduktan sonra amacı hukuka veya ahlaka aykırı hale gelen anonim şirketlerde TMK m.47 hükmü ile TTK m.210/III'ün uygulama alanı kesiştiğini ancak her ikisinin de sonuç olarak anonim şirketin feshine yol açabileceğini savunmuştur (AKDAĞ GÜNEY, s. 230; KORKUT Ömer, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, S. 2, 2012, s. 427). TTK m.210/III düzenlemesi karşısında şirketlere sadece "kamu düzeni"ne aykırı durumlarda TTK m.210/III'ün uygulanması, diğer fesih konularında ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 47. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması gerektiği görüşü için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 368-369; PASLI Ali, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, S. 3, 2012, s. 220. TTK m.210/III'de düzenlenen bütün fesih konularına TMK m.47/II'nin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. AKIN Murat Yusuf, "İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 1, 2010, s. 226.

Kanımızca "TMK m.47/II'nin öncelikle olarak uygulanması gerektiği"ne ilişkin görüşler, gerek genel hüküm-özel hüküm ayrımı gerekse de düzenlemelerin amaçlarının birbirinden farklı olması sebeplerinden dolayı yerinde değildir. Gerçekten de TTK m.210/III, TMK m.47/II karşısında özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle TTK hükümlerinin uygulanması gereklidir. Buna ek olarak, TMK m.47/II, tüzel kişinin tüzel kişilik kazanma aşamasını incelerken TTK m.210/III şirketin faaliyet sürecinde önem kazanmaktadır.

TTK m.210/II ve TMK m.47/II hükümlerinin uygulanma önceliğine ilişkin öğretideki benzer bir başka tartışma da TTK m.353 ve TMK m.47/II hükümlerinin uygulanma önceliğine ilişkin

olup konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AKIN, s. 176-227. Bu noktada *Akın*, TMK m.47/II hükmünün tüzel kişilere ilişkin en temel ve emredici düzenlemeler arasında yer alması sebebiyle anonim şirketlere de uygulanması gerektiğini savunmaktadır (AKIN, s. 226).

TTK m.210/III ile TMK m.47/II hükümlerinden hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı sorununa benzer bir durum, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda da (Koop. K.) (RG.: 10.05.1969, S. 13195) karşımıza çıkmaktadır. Kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesaplarını ve varlıklarını müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine veya denetim için görevlendirilecek olan personele denetlettirebilir (Koop.K. m.90/I). Yapılan denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir (Koop.K. m.90/III). Buna ek olarak kanun koyucu, Ticaret Bakanlığı'na kooperatiflerin, birliklerin, merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin dağılmasını gerektiren sebepleri mahkemeye bildirme yetkisi vermiştir.

Kooperatiflerin dağılma sebeplerine baktığımızda çalışma konumuzla doğrudan bağlantılı olan "*Kanunlarda öngörülen diğer hallerde, ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine dağılır*" sebebi karşımıza çıkmaktadır (Koop.K. m.81/I-4).

Kanımızca Kooperatif Kanunu'ndaki Ticaret Bakanlığı'nın kooperatifleri denetleme yetkisi, TTK m.210 ve Denetleme Yönetmeliği'ndeki hükümlerle paraleldir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, TTK'ya göre kurulan ve faaliyet gösteren ticaret şirketleri ile kuruluşları ve faaliyetleri diğer Kanunlarla düzenlenen ticaret şirketlerinin (tarım satış kooperatifleri ve birlikleri ile genel hükümlere tabi kooperatif ve birlikler), TTK'ya tabi tüm işlemlere dayanılarak Ticaret Bakanlığı'nca denetlenecek olması ancak bunun dışında kalan örneğin tarımsal amaçlı kooperatiflerin Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nca veya yapı kooperatiflerinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın denetimi altında olduğudur. Konu hakkında ilgili Danıştay kararı için bkz. D. 10. D, E. 2012/7648, K. 2016/813, 17.2.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

Koop.K. m.81/I-4'deki "*Kanunlarda öngörülen diğer hallerde*" ifadesinden TTK m.210/III'deki fesih sebepleri anlaşılmalıdır. Bir başka ifade ile Bakanlığın denetim sahası içerisinde olması kaydıyla Bakanlıktan kooperatifi denetlemeye gelen denetim elemanı, her iki mevzuatta paralel hükümlerin var olması sebebiyle, hem Denetleme Yönetmeliği hem de Kooperatifler Kanunu uyarınca denetleme yapacak, TTK m.210/III'deki fesih sebeplerinden birisine girmesi şartıyla da kooperatif hakkında fesih davası açılacaktır.

Aynı durum, TTK m.210 ve Denetleme Yönetmeliği'nin kapsamı bakımından "özel mevzuata tabi olan ticaret şirketi-özel mevzuata tabi olmayan ticaret şirketi" ayrımında da kendisini göstermektedir. Buna göre Denetleme Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde ticaret şirketleri olarak "*Kollektif, komandit, anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirket*" sayılmış olsa da aynı yönetmeliğin "*Bu Yönetmelik, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulan ve faaliyet gösteren ticaret şirketleri ile kuruluşları ve faaliyetleri diğer kanunlarla düzenlenen ticaret şirketlerinin, Kanuna tabi işlemlerinin denetlenmesini kapsar*" şeklinde düzenlenen 1. maddesi unutulmamalıdır. Gerçekten de TTK m.330 uyarınca özel kanunlara bağlı anonim şirketlerdeki denetim öncelikle kendi özel mevzuatlarına tabidir. Buna göre bir anonim şirket şeklinde kurulan sigorta şirketi, öncelikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na tabidir. Sigortacılık Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan kuruluşlar, sigorta ve reasürans aracıları, sigorta eksperlik faaliyetleri, aktüerler ve sigortacılık işlemi yapan veya sigortacılık alanında

lar, TTK m.210/I'deki "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir. Ticaret sicili müdürlükleri ve şirketler bu tebliğlere uyarlar. Ticaret şirketlerinin, bu Kanun kapsamındaki işlemleri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı denetim elemanları tarafından denetlenir. Bu denetimin ilkeleri ve usulü ile denetime tabi işlemler Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle düzenlenir*" şeklindeki düzenleme uyarınca Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik'de (Denetleme Yönetmeliği) düzenlenmiştir[15]. Ortaklıkların Denetimine Dair Tüzüğün Denetleme Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle artık pratik bir işlevi kalmaması sebebiyle Gümrük ve Ticaret Bakanlığının 2/11/2012 tarihli ve 6910 sayılı yazısı üzerine 12.02.2012 tarihli Resmi Gazete ile yürürlükten kaldırılmıştır[16].

Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesinde de görüleceği üzere kanun koyucu, fesih davası açma yetkisini Ticaret Bakanlığı'na vermiştir[17]. Bakan-

---

faaliyet gösteren diğer kişilerin her türlü sigortacılık işlemlerinin denetimi, Sigorta Denetleme Kurulu tarafından yapılır. Ancak bu noktada şu sorunun da cevaplanması gerekmektedir, Özel kanunlara bağlı anonim şirketlerde ilgili kurumlarca yapılan denetim sonucu "kamu düzenine aykırılık" unsuru saptandığında denetimle görevli olan kurumun yapacağı hamle ne olmalıdır?

Söz konusu soruyu uygulamadan bir örnekle birlikte cevaplandırdığımızda, Biryay Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin esas sözleşmesinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle Rekabet Kurumu "*Bi... A.Ş.'nin ana sözleşmesindeki ilgili hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle; oluşan hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla ve Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi uyarınca, dava açma yoluna gidilmesine*" karar vermiştir (Rekabet Kurulu'nun ilgili kararı için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/ karar455.pdf> (30.01.2012), ayrıca bkz. RG. 14.05.2003, Sayı: 25108). Kurul açtığı söz konusu davada, hukuki sebep olarak "RKHK m.4'ün yaptırımı olarak TMK m.47/II'yi göstermiştir. İlk derece mahkemesi de davalı şirketin esas sözleşmesindeki 3, 38 ve 39. maddelerinin RKHK m.4'e aykırı olduğuna ve bu aykırılığın yaptırımının TMK m.47/II olacağına hükmetmiştir. Yargıtay da ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır (Konu hakkında ilgili Yargıtay kararı için bkz. Y. 11. HD, E. 2008/12216, K. 2010/3433, 29.03.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kanımızca Yargıtay'ın onama kararı TTK m.210/III'e aykırıdır. Zira RKHK m.4'e aykırı bir işletme konusu yer alan anonim şirketin sicilden terkini konusunda TMK m.47/II'nin uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu ve benzer durumlarda ilgili mevzuatta düzenlenen "denetleyici kurum" ancak Bakanlığa durumu bildirip Bakanlığın bilgi sahibi olmasını sağlayabilir. Bu sayede dolaylı olarak Bakanlığın dava açmasına etki edebilir.

15 RG.: 28.08.2012, S. 28395.

16 RG.: 12.03.2012, S. 28585.

17 866 sayılı Kanunun 13. maddesinin lafzı uyarınca "ilgili bakanlık" ın fesih davası açabileceği düzenlenmiş olsa da "ilgili bakanlık"ın kim olduğu düzenlenmemişti. O dönemde öğretide *Hırsch* ve *Arslanlı*, fesih davası açmaya yetkili bakanlığın Ticaret Bakanlığı olduğunu savunmaktaydı. (HIRSCH, s. 324; ARSLANLI, Şirket Organizasyonu, s. 222 vd.)

lığın fesih davası açma yetkisinin muhatapları; kollektif, adi komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleridir (TTK m.210/III ve m.124 ve Denetleme Yönetmeliği m.3/I-ğ)[18]. Dolayısıyla ön kuruluş safhasındaki oluşumlar veya ön sermaye şirketleri ya da adi şirketler bu noktada Bakanlığın muhatabı olmayacaktır.

Bakanlık, şirketin ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazanmasından sona ermesine kadar fesih davası açma yetkisini kullanmayı haizdir. Bunun yanında TTK m.210/III uyarınca özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, şirketin sermaye miktarı veya ortak sayısı gibi hususlar fesih davasında özellik arz etmemektedir. Örneğin, tek kişilik bir anonim şirkete karşı da Bakanlığın fesih davası açması mümkündür.

Eski dönemdeki yorumlar ve tespitler, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde de devam etmiş, ilgili bakanlığın Ticaret Bakanlığı olabileceği ancak duruma ve şirketin faaliyet konusuna göre başka bakanlıkların da kanunda geçen ilgili bakanlık olabileceği belirtilmişti (KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku: Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 30; ARSLANLI, Şirket Organizasyonu, s. 225). Şirketin feshi için dava açma yetkisine Ticaret Bakanlığı yanında Maliye Bakanlığı'nın da sahip olduğuna dair örnek Yargıtay kararı için bkz. Y. Tic. D., E. 1973/817, K. 1973/920, 08.03.1973, GÖKÇE, s. 108.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG.: 30.06.2012, S. 28339) ile değişikliğe uğramadan önceki ilk halinde şirketin fesih davası açma yetkisi, "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı"na verilmişse de Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG.: 08.06. 2011, S. 27958) ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı mülga hale gelmiş ve yerini Gümrük ve Ticaret Bakanlığı almıştır. Ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı da Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 1) (RG.: 10.07.2018 10, S. 30474) ile mülga hale gelmiş ve nihayetinde yerini "Ticaret Bakanlığı" almıştır. Dolayısıyla bugün TTK m.210/III'deki fesih davası açma yetkisi Ticaret Bakanlığı'ndadır.

[18] TTK m.210/III ile Bakanlığın fesih davası açma yetkisinin kapsamı tüm ticaret şirketlerini içine alacak şekilde genişletilmiştir (TTK m.210/III, Adalet Komisyonunca değiştirilmeden önce sadece sermaye şirketlerini kapsamaktaydı. Adalet Komisyonu'na göre "*İşlemlerin denetlenmesine ilişkin Tüzüğün uygulama alanının tüm ticaret şirketlerini kapsayacak şekilde genişletilmesinin daha uygun olacağı, basitleştirilmiş şekilleriyle de olsa Türk Muhasebe Standartlarının uygulanmasına ilişkin yeni ve reform niteliğindeki sistemin de bunu ayrıca gerekli kıldığı düşünülerek birinci fıkranın ikinci cümlesi 'ticaret şirketlerinin' olarak değiştirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi dışında "devamlı sayılabilecek şekilde*" ibaresi, hükmün alanını daralttığı ve uygulamada güçlükler doğuracağı gerekçesiyle tasarıdan çıkarılmıştır. Aynı gerekçe ile 'sermaye şirketleri' ibaresi 'şirketler'e çevrilmiştir. Buna ilişkin tespit ve eleştiriler için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 132; USLUEL/ELİF, s. 167).

II. FESİH DAVASININ ŞARTLARI

1. Fesih Davasının Ön Şartı: Bakanlığın Fesih Nedenini Öğrenmesi ve Ticaret Şirketini Denetlemesi

A. Bakanlığın Fesih Nedenini Öğrenmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 210/III. hükmünde Ticaret Bakanlığı'nın fesih davası için harekete geçebilmesi, fesih nedenini "öğrenmesi" ne bağlanmıştır. Hükmün lafzından hareketle "öğrenme" nin usul veya şekli önem taşımamaktadır. Önemli olan Bakanlığın öğrenmesidir[19].

Bakanlık, ilgili ticaret şirketinin fesih nedeni eylem ve işlemlerini, televizyondaki, şirketin internet sitesindeki veya şirketin sosyal medya hesabındaki bir haberle veya şirketin katıldığı genel kurul toplantısında alınan kararla re'sen öğrenebilir. Bunlara ek olarak Bakanlık, şirketin mahkemede bir uyuşmazlığı görülürken mahkemenin ihbarıyla veya şirketi denetleyen denetçi ya da özel denetçinin veya şirketin alacaklı, ortak ya da karşılıklı iş yaptığı diğer şirketlerden birinin ve hatta şirketin tüketiciye yönelik mal veya hizmet üretimi veya satışı sırasında tüketicinin yazılı veya sözlü ihbarıyla da fesih nedenini öğrenebilir.

Yukarıdaki öğrenme usullerinin yanında ticaret sicil işlemlerinin, Bakanlığın fesih nedenini öğrenmesinde ayrı bir önemi bulunmaktadır. Gerçekten de tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır (TTK m.32/III). Ticaret sicil müdürü de ilgili sicil işlemlerini yaparken re'sen bu hususlara dikkat etmekle ve kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür (TTK m.32/I). Ticaret sicil müdürü, ilgili sicil işlemini yaparken işlem konusunun kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı bir işlem olduğuna veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetler olduğu görüşüne vardığında söz konusu durumu, Bakanlığa ihbar etmekle yükümlüdür. Aksi halde kayıtların, TTK m.32/III hükümlerine uymadığını öğrendikleri hâlde düzeltilmesini istemeyenler ve tescil olunan bir hususun değişmesi, sona ermesi veya kaldırılması dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini veya silinmesini istemeye ya da yeniden

---

[19] Denetleme Yönetmeliği'nin "*Denetim Usulü"* başlıklı 8. maddesinin ikinci fıkrası da TTK m.210/III'e paralel olarak *"Bakanlık, ticaret şirketlerinin denetimine resen veya ortakların yahut üçüncü kişilerin istem, ihbar ve şikayetleri üzerine karar verebilir*." şeklinde düzenlenmiştir.

tescili gereken bir hususu tescil ettirmeye zorunlu olup da bunu yapmayanlar, bu kusurları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdür (TTK m.38/II).

B. Bakanlığın Ticaret Şirketini Denetlemesi

Denetleme Yönetmeliği'nde Bakanlığın fesih davası açabilmesine ilişkin hüküm, "Düzenlenecek Raporlar" başlığını haiz 9. maddenin üçüncü fıkrasında "*Ticaret şirketlerinin, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğunun Bakanlık denetim elemanlarınca tespit edilmesi halinde Bakanlıkça fesih davası açılabilmesi için inceleme raporu düzenlenir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar gerek TTK m.210/III'ün gerekse de Denetleme Yönetmeliği'nin 9. maddesinin lafızlarında, Bakanlıkça denetim yapılması ve denetim sonrası rapor alınması, fesih davasının açılması için şart koşulmamış olsa da kanımızca, gerek "feshin son çare olması" ilkesi gerekse de öğrenilen fesih nedenine ilişkin emarelerin gerçekten var olup olmadığının görülmesi açısından Bakanlığın öncelikle şirketi, işbu yönetmelik hükümlerince denetlemesi ve fesih davası için inceleme raporunu düzenlemesi şarttır[20].

Ticaret şirketlerinin işlemleri, şirketin merkezinde ve gerektiğinde şubelerinde veya ticari işletmesinde denetlenir. Ancak, denetimin belirtilen yerlerde yürütülmesine ilişkin koşulların yeterli ve uygun olmaması halinde denetim çalışmaları, denetim elemanının belirleyeceği yerde sürdürülür (Denetleme Yönetmeliği m.8/III). Denetim çalışmaları, ticaret şirketine ait teknolojik alt yapının yeterli ve güvenli olması, denetim elemanınca şirket merkezinde denetim yapılmasına gerek görülmemesi ve Başkanlığın da uygun görüşü üzerine kayıt ve belgelere elektronik ortamda erişim sağlanması suretiyle de gerçekleştirilebilir (Denetleme Yönetmeliği m.8/IV).

---

[20] Aynı yönde bkz. ALIŞKAN, s. 41; ANSAY, Anonim Şirketin Murakabesi, s. 56; YILDIZ Şükrü, "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Denetlenmesi", Türk Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, **Kadir Has Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 2013, s. 108; CAN Musa, **Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK m.530)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 120.

Yıldız'a göre alınacak rapor, sadece TTK m.210/III'te öngörülen fesih davasının açılabilmesi için değil, aynı zamanda TTK m.353'te düzenlenen anonim şirketlerin kuruluşundaki kanuna aykırılık dolayısıyla açılacak fesih davası ile TTK m.530'da düzenlenen organ eksikliği nedeniyle açılacak fesih davası için de gereklidir (YILDIZ, s. 108).

Ticaret şirketlerinin Bakanlığın denetimine konu işlemleri, Denetleme Yönetmeliği'nin 5. maddesinde "*Kuruluş işlemleri, Ticaret siciline tescil ve ilan işlemleri, Ticaret unvanına ve işletme adına ilişkin işlemler, Ticari defterlere ilişkin işlemler, Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri, Şirketler topluluğuna, bağlılığa ve hakimiyete ilişkin işlemler, Genel kurulun çağrılmasına, toplanmasına, karar almasına, görevlerine ve yetkilerine ilişkin işlemler, Yönetim organının oluşumuna, toplanmasına, karar almasına, sorumluluğuna, görev ve yetkilerine yönelik işlemler, Denetçinin seçilmesine ilişkin işlemler, Şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin işlemler, Paya ve sermaye koyma borcuna ilişkin işlemler, Menkul kıymet işlemleri, Sermayenin artırılması, azaltılması ve tamamlanması işlemleri, Finansal tablolara, yıllık faaliyet raporlarına ve yedek akçelere yönelik işlemler, Kâr, kazanç ve tasfiye payına ilişkin işlemler, Elektronik ve bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin işlemler, Sona erme ve tasfiyeye yönelik işlemler, Kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere konu işlemler.*" şeklinde sınırlı olarak (*numerus clauses*) sayılmıştır. Bakanlığın denetim elemanı, her ne kadar 5. maddede sayılan bütün işlemleri denetleme yetkisini haizse de öncelikle Bakanlığa intikal eden ihbar/şikayet konusu bilgiyle paralel şekilde inceleme yapacak olup ihtiyaç duyarsa konu ile bağlantılı diğer işlemleri de pekala inceleyebilecektir.

Denetim elemanının, denetleme yaparken hangi tekniklerden yararlanabileceği örnekseme yolu ile Denetleme Yönetmeliği'nin 7. maddesinde sayılmıştır. Denetleme elemanının inceleme yaparken; varlık incelemesi, gözlem, doğrulama, bilgi toplama, kayıt sisteminin kontrolü, hesaplama, belge incelemesi veya örnekseme yollarından birini veya birkaçını tercih etmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da denetim kanıtları, ticaret şirketlerine ait tüm varlık, kaynak, gelir ve giderlerin gerçek olduğunu ve bunlara ilişkin bütün işlemlerin doğru tutarlarıyla ve gerçeğe uygun olarak kaydedildiğini, hakların ve yükümlülüklerin gerçek olduğunu, yapılan işlemlerin kanuna ve kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygunluğunu tespit etmek amacıyla toplanır[21].

---

[21] Tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tabi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, TTK m.210/I'e göre denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenler veya eksik verenler ya da bu denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır (TTK m.562/IV).

Denetim elemanlarınca yapılan denetimler sonucunda Denetleme Yönetmeliği'nin 9. maddesinde sayılan raporlar düzenlenmektedir. İleride açılması muhtemel fesih davası bakımından önem taşıyan rapor, inceleme raporudur (Denetleme Yönetmeliği m.9/III). Kanun koyucu inceleme raporunu ise "teftiş ve soruşturma raporlarına konu olmayan hususlarda düzenlenen rapor" olarak tanımlamıştır (Denetleme Yönetmeliği m.9/I-c).

Kanun koyucu, denetim elemanınca yapılacak denetim sonrası düzenleyeceği inceleme raporunda yer vermesi gereken hususları, Denetleme Yönetmeliği'nin 9. maddesinin dördüncü fıkrasında "*a) İlgililerin hukuki sorumluluğunu gerektiren durumların genel kurul gündemine alınarak ortakların bilgisine sunulması, b) İdari para cezalarının uygulanması, c) Diğer bakanlık, kurul, kurum ve kuruluşların görev alanına giren ve bunlar tarafından tedbir alınmasını veya denetim yapılmasını gerektiren durumların yetkili birimlere bildirilmesi.*" şeklinde saymıştır. Denetim elemanı, hazırlayacağı inceleme raporunda maddede sayılan hususları belirtecek olmasının yanında fesih nedeni olan vakıaları (örneğin şirketin ticari faaliyetleri, ilgili kurumdan ruhsat/izin alınması gerektirir bir hizmet olsa da şirketin ilgili ruhsat/iznin alınmadığının saptanması) ve bu yöndeki önerilerini de belirtecektir.

Denetim elemanınca hazırlanacak şirketin feshine ilişkin emarelerin olduğu inceleme raporu, Bakanlığın bünyesinde oluşturulan Rapor Değerlendirme Komisyonlarınca değerlendirilmek üzere Başkanlığa sunulacaktır (Denetleme Yönetmeliği m.9/II).

2. Davanın, "Kamu Düzenine Aykırı İşlemler veya Bu Yöndeki Hazırlıklar" Fesih Nedenine Dayanılarak Açılması

A. TTK m.210/III'te Düzenlenen Fesih Nedenleri

Bakanlığın, TTK m.210/III uyarınca açacağı fesih davasının konusunu, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemler veya bu yönde hazırlıklar ya da muvazaalı iş ve faaliyetler oluşturacaktır. Hükmün lafzı uyarınca Bakanlığın fesih davasında dayanabileceği seçimlik şekilde üç farklı hukuka aykırı eylem bulunmaktadır. Buna göre şirketin feshi istemli davanın konusu;

- Kamu düzenine aykırı işlemler veya bu yönde hazırlıklar veya
- İşletme konusuna aykırı işlemler veya bu yönde hazırlıklar ya da
- Muvazaalı iş ve faaliyetlerdir[22].

[22] Söz konusu hükmün ilk halinde muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen şirketler hakkında fesih davası açılması öngörülmemişti. Bu husus, sonradan TBMM Adalet Alt Komisyonu'nca eklenmiştir.

Seçimlik nedenler, kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda sayılmış olup Bakanlık, 210. maddede sayılan nedenler dışında bir başka nedenini, fesih davasının konusu yapamaz. Kanımızca Bakanlığın, 210. maddede sayılan nedenlerin her birinin kanun koyucu tarafından örnek verilmeksizin geniş çerçevede çizilmesi sebebiyle söz konusu nedenlerin dışına çıkılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Bakanlık, şirketi denetleyen denetim elemanınca hazırlanan inceleme raporu doğrultusunda yukarıda sayılan seçimlik nedenlerden en az bir tanesini açılacak davada fesih nedeni olarak belirtmelidir. Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki şirketin hukuka aykırı hareketinin nedeni, işletme konusuna aykırı işlem veya muvazaalı iş ve faaliyetler olacak ise de söz konusu vakıalar, "kamu düzeni" kavramı içerisinde değerlendiriliyorsa ve kamu düzenini ihlal edici nitelikte ise Bakanlık, gerek menfaat dengesi gerekse de uygulama alanının genişliği sebebiyle açacağı fesih davasını öncelikli olarak "kamu düzenine aykırı işlemler veya bu yöndeki hareketler" e dayandırmalıdır[23].

B. Kamu Düzenine Aykırı İşlemler veya Bu Yöndeki Hazırlıklar

Bakanlığın, mahkemede dava konusu yapabileceği fesih nedenlerinden ilki, ticaret şirketinin kamu düzenine aykırı işlemler yapması veya bu yönde hazırlıkta bulunmasıdır. Gerek Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesinin

---

[23] *Kırca*, her ne kadar TTK m.210/III ve TMK m.47/II'yi karşılaştırırken belirtmiş olsa da, TTK m.210/III'ün yegane konusunun kamu düzenine aykırı hareketler olduğunu ve bu sebeple dava konusunun "kamu düzenine aykırı işlemler" olması gerektiğini savunmaktadır (KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 369). Benzer şekilde *Kaderoğlu* da şirketin temsilcileri tarafından şirket adına işletme konusu dışında yapılan iş ve faaliyetler hakkında öngörülen yaptırımın TTK m.371/I-II uyarınca işlemin akıbeti ile sınırlı olarak belirlenmiş olduğunu ve aynı eylem sebebiyle şirketin, sona erme gibi ağır bir sonuçla karşı karşıya bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağını savunmaktadır (KADEROĞLU Murat, **Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 57); TTK m.210/III ve m.371/II hükümlerinin uygulama alanları arasındaki sınırların, hükümlerin değiştirilmesi suretiyle belirlenmesi konusunda görüş için bkz. BAHTİYAR, s. 377.

Kanun koyucu, şirkete karşı işletme konusuna aykırı işlem veya faaliyetler kapsamındaki yaptırımı, işletme konusuna aykırı olarak yapılan işlemlerden sorumlu olma şeklinde (TTK m.371/II) ve muvazaalı iş ve faaliyetlerindeki yaptırımı da türüne göre geçersizlik (TBK m.19 ve 27) şeklinde düzenlemiştir. Ancak kamu düzenine aykırı hareketler karşısında salt toplumun etkileneceği ve bazı somut olaylarda toplumun geri dönülemeyecek zarara uğraması veya zarar tehlikesiyle karşılaşması muhtemeldir. Dolayısıyla hukuka aykırı hareketin nedeni işletme konusuna aykırı işlem veya muvazaalı iş ve faaliyetler olsa da söz konusu vakıalar, "kamu düzeni" kavramı içerisinde de değerlendirildiği durumlarda Bakanlığın açacağı fesih davasının konusu öncelikle "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" olmalıdır.

üçüncü fıkrasında gerekse de madde gerekçesinde "kamu düzeni"nin tanımlanmadığı görülmektedir[24].

Türk hukuk sözlüğünde kamu düzeni genel olarak, "*bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlemesini, bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve toplumsal barışı, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluk ile sağlayan düzen*" şeklinde tanımlanmaktadır[25]. "Kamu düzeni" kavramının genel bir tanımını yapmak mümkün olsa da sınırlarını ve kapsamını tespit etmek oldukça güçtür. Bunun en önemli sebebi de her hukuk dalının kendi konusu ve amacına göre kamu düzeni kavramını yorumlaması ve sınırlarını o hukuk dalının ihtiyaçlarına göre belirlemesidir. Gerek kamu hukuku gerekse özel hukukun "kamu düzeni" kavramını yorumlayışı farklı olduğu gibi özel hukukun kendi alt dalları arasında da "kamu düzeni" anlayışına ilişkin farklılıklar vardır[26].

Özel hukukta "kamu düzeni" kavramına ilişkin tanımlarda genellikle toplumsal menfaat ölçütünün ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Buna göre medeni hukuk doktrininde genel olarak kamu düzeni, "*toplumun çıkarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütünü*" şeklinde tanımlanmaktadır[27]. Ticaret hukuku doktrininde de medeni hukuk doktrinindeki

---

[24] Konu hakkında haklı eleştiriler için bkz. AKIN, s. 225.

[25] "Kamu düzeni", http://www.sozluk.adalet.gov.tr/kamu%20d%c3%bczeni, E.T. 30.03.2020; Adalet Bakanlığının "kamu düzeni" konusunda yaptığı tanıma benzer bir başka tanım için bkz. "*Amme intizamı, kamunun (toplumun) her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireylerarası ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan kurallar*" (YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s. 57).

[26] Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ATAKAN Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, 2007, s. 59-136.

[27] OĞUZMAN Kemal, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 83; Medeni hukuk doktrindeki "kamu düzeni" ne ilişkin farklı tanımlar için bkz. TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk, vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 540-541; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona, vd., **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme**, C. I, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 544-550; KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2020, s. 144-145.

Uygulamada da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "kamu düzeni" ni, "*ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar*" şeklinde tanımlamıştır (HGK., T. 06.05.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tanımlara benzer tanımlar yapıldığı görülmektedir. Örneğin *Pulaşlı*'ya göre kamu düzeni, "*bir ülkede kamu hizmetlerinin yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü*"dür[28]. Buna göre bir şirketin kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hazırlıklarda bulunmasına ilişkin belli başlı konular şunlardır; şirketin, ilgili mevzuatlarda öngörülen idari veya adli para cezaları verilmesi yaptırımını aşacak düzeyde toplumun sağlığını ve ekonomik geleceğini tehlikeye atması, devletin daha iyi hizmet vermek amacıyla "tekel" niteliğindeki alanları ihlal etmesi veya çevrenin kirletilmesidir[29]. Söz konusu konular, tahdidi olmayıp "kamu düzeni"nin ön planda olduğu her konuda gündeme gelmesi mümkündür.

"Toplum sağlığının korunması" konusu, hiç şüphesiz ki "kamu düzeni" kavramı içerisinde ilk sırada değerlendirilmelidir. Örneğin, bir ilaç şirketinin ilaç üretebilmesi ve söz konusu ilacı piyasaya sürebilmesi, başta 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği olmak üzere ilgili mevzuatta belirtilen şartları sağlamasına bağlıdır. Bir şirketin ilgili mevzuat gereği ilaç ruhsatı almadan "merdiven altı" şeklinde tabir edilen bir usulde birden fazla kere ilaç üretip piyasaya sürmesi sonucu ilacı kullanan kişilerin telafisi güç maddi veya manevi zarar görmeleri durumunda Bakanlığın, açacağı fesih davasını "kamu düzenine aykırı işlemler"e dayandırması mümkündür. Söz konusu ilaç şirketinin ilacın çıkışına ilişkin ulusal basında reklam yapması da "kamu düzenine aykırı işleme ilişkin hazırlık hareketi" kapsamında değerlendirilmelidir.

Toplumu oluşturan bireylerin ekonomik menfaatlerinin korunması, "kamu düzeni"nin alt konularından bir diğeridir. Örneğin, başta 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu[30] ve Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği (III-35/A-1)[31] olmak üzere ilgili mevzuat uyarınca görünürdeki amacı "Bir projenin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Kurul tarafından belirlenen esaslar dâhilinde Kanunun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanması" olan ancak arka planda kişileri dolandırma gayesi olan bir şirketin gerçekleş-

---

28 PULAŞLI, s. 569; *Karayalçın*, kamu düzenine aykırı işlemlerin toplumun çıkarları yanında şirket ortaklarının ve alacaklarının da çıkarlarına da aykırı hareketler olduğu savunmaktadır (KARAYALÇIN, s. 23).

29 AKIN, s. 223-224; ALIŞKAN, s. 185.

30 RG.: 30.12.2012, S. 28513.

31 RG.: 3.10.2019, S. 30907.

tirdiği hukuka aykırı eylemler, kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle Bakanlığın açacağı muhtemel fesih davasının da konusunu oluşturacaktır. TTK m.210/III'ün lafzına göre sadece kamu düzenine aykırı işlemler değil bu yöndeki hazırlıklar da fesih davasının konusunu oluşturmaktadır. Buna göre yukarıda verdiğimiz örnekte şirketin, kitle fonlama platformları aracılığıyla ve para toplama amacıyla halka çağrıda bulunması kanımızca kamu düzenine aykırı yöndeki hareketi oluşturmaktadır.

Benzer bir durum, ilgili mevzuatlarca sıkı denetimler sonucu kurulabilecek şirketler için de geçerlidir. Örneğin, bir anonim şirketin finansal kuruluş olarak faaliyet göstererek finansal kiralama ve faktoring hizmeti vermek amacıyla kurulabilmesi, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nun[32] (Finansal Kiralama Kanunu) 5. maddesinde düzenlenen kuruluş şartlarını taşımasına ve sonrasında da 4. madde uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınacak kararla birlikte izin almasına bağlıdır. Dolayısıyla anonim şirketin, Finansal Kiralama Kanunu'ndaki koşulları taşımamasına rağmen finansal kiralama veya faktoring hizmetlerini "yüksek oranda faiz"[33] talep etmek suretiyle bulunması, "tefecilik" niteliğini taşıyacaktır[34]. Bir başka ifade ile şirketin, kendisinden ödünç para alan kişilere yüksek oranda faiz uygulanması da kamu düzenini bozacaktır[35].

---

[32] RG.: 13.12.2012, S. 28496.

[33] TBK'nın 387, 388 ve 88. maddeleri ile 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesine uygun şekilde taraflar arasındaki tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz kararlaştırılmış olması durumunda, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni mevcut olacağı için kanunda öngörülen belirli oranları aşmayan faizin kararlaştırılmış olması, tefecilik suçunu oluşturmayacaktır (GİYİK Abdulbaki, **Türk Hukukunda Tefecilik Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 115).

[34] Bahsi geçen kanunlara aykırı olarak faaliyet yürüten şirketlerin gerçekleştirdiği faaliyetler arasında ödünç verme işlemleri de mevcutsa iki farklı değerlendirme yapılmalıdır. Eğer ödünç sözleşmesinde belirlenen faiz oranı, tefecilik suçunun oluşması açısından gereken orana ulaşmamışsa, yani paranın değer kaybından ibaretse, tefecilik suçu meydana gelmemektedir. Fakat talep edilen faiz oranının tefecilik suçunu oluşturacak nitelikte yüksek olması halinde ise tefecilik suçu meydana gelecektir (GİYİK, s. 145-146).

[35] Benzer bir durum da tasarruf finansman şirketleri için geçerlidir. Buna göre müşterilerine konut edindirme vaadinde bulunan ancak başta Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik olmak üzere ilgili mevzuatta düzenlenen gerekli kuruluş ve izin prosedürlerini yerine getirmeyen şirketteki yöneticilerin topladıkları paralar ile yurtdışına kaçması örneğinde binlerce hatta onbinlerce kişinin mağdur olması ve dolayısıyla kamu düzeninin bozulması riskleri bulunmaktadır.

Çevrenin korunması da kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı bir başka konudur. Örneğin, altının diğer maddelerden kolay ayrılmasını sağlayan siyanür maddesinin kullanımından kaynaklı atık maddelerin azami kullanım sınırları, Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliği'nde[36] düzenlenmiştir. Söz konusu sınırların aşılması suretiyle bir kaynak suyunun kirlenmesi sebebiyle öncelikle çevre sonrasında da söz konusu sudan yararlanamayacak kişilerin zarar görmesi de fesih davasının konusunu oluşturmaktadır. Çevre düzenine aykırı işlemler konusunda bir başka örnek olarak da sit alanı olarak ilan edilen yere hukuka aykırı şekilde yapı yapılmasıdır. Örneğin başta 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu[37] olmak üzere ilgili mevzuat uyarınca doğal sit alanı olarak ilan edilen bir göle, hukuka aykırı şekilde yapı yapılarak gölün ekolojik dengesinin geri dönülemez şekilde bozulması durumu da ilgili şirket bakımından "kamu düzenine aykırı işlemler" sebebiyle açılacak fesih davasının konusu içerisinde değerlendirilmelidir.

Kamu düzenine aykırılığın, rekabeti sınırlayan fiili faaliyetlerden de kaynaklanması mümkündür. Örneğin, düopol bir sektörde faaliyet göstermek üzere kurulan bir limited şirkette, şirketin kurucuları pazarı paylaşır ve tekel benzeri bir konuma gelerek kâr elde edildiği durum da kamu düzenine aykırı işlemlerde bulunulduğunun göstergesidir[38].

Kamu düzeninin şirketçe bir takım yasal olmayan işlem ve faaliyetlerde bulunulması suretiyle de ihlal edilmesi mümkündür. Örneğin bir şirkette, mevzuata uygun süregelen şirket görünümü altında kaçakçılık, kumar ya da bahis oynatılması sonucunda kamu düzeni ihlal edilecek olması sebebiyle Bakanlığın, açacağı fesih davasını söz konusu nedenlere dayandırması mümkündür[39].

Bakanlığın ticaret şirketine fesih davası açma yetkisinin düzenlendiği bir diğer hüküm, anonim şirketin kuruluşundaki eksikliklerden kaynaklı fesih davasıdır (TTK m.353)[40]. Kanun koyucu, Bakanlığın fesih davasını

---

36 RG.: 31.12.2004, S. 25687.

37 RG.: 23.07.1983, S. 18113.

38 UZUNALLI Sevilay, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 152.

39 ANSAY, Anonim Şirketler, s. 140; PULAŞLI, s. 570.

40 TTK m.353'e kaynak teşkil eden hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İsv.BK) 643. maddesidir. İsviçre hukukunda da ticaret siciline tescil edilen bir anonim şirketin, kuruluşundaki eksikliklere ve hukuka aykırılıklara rağmen tüzel kişilik kazanacağı kabul edilmektedir (İsv. BK m.643/II). Tescil ile birlikte kuruluştaki sakatlıklar ıslah edilmektedir. Anonim şirketin kuru-

açma yetkisini, anonim şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmesine bağlamıştır. Söz konusu fesih nedenlerinden Bakanlıkla en sıkı ilişkili olanı hiç şüphesiz ki kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş olunmasıdır. Kanımızca, hükümdeki "kamunun menfaatleri" ile TTK m.210/III'de düzenlenen "kamu düzeni" kavramları birbirlerine eşdeğerdir. Buna göre Bakanlığın, TTK m.353'te düzenlenen üç aylık hak düşürücü süreyi kaçırsa dahi TTK m.210/III'de düzenlenen fesih davasını açması mümkündür[41].

---

luşundaki eksikliklerin gerek tescilden önce gerek tescilden sonra düzeltilmesi mümkündür. Ancak kuruluştaki hukuka aykırılığın pay sahipleri ve şirket alacaklılarının menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi veya ihlal etmesi halinde fesih davası öngörülmüştür (İsv. BK m.643/II) (Maddenin türkçeye çevirisi ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KORKUT, s. 414 vd.). Her ne kadar her iki madde, birbiriyle paralel şekilde düzenlenmiş gibi görünse de İsv.BK m.643'ün TTK m.353'den ayrıldığı en önemli kısım, TTK m.353'de fesih davasının davacılarının sınırlı sayıda (numerus clausus) gösterilmi olmasıdır. Buna göre davada aktif husumet, yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, "ilgili" alacaklı veya pay sahibindedir. Bu haliyle madde, İsv. BK m.643'den belirgin bir biçimde ayrılmaktadır (AKDAĞ GÜNEY, s. 231).

TTK m.353 konusunda detaylı bilgi için bkz. KORKUT, s. 412-427; ALIŞKAN, s. 50 vd.; AKIN, s. 203 vd.

Öğretide *Moroğlu*, henüz 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu zaman "haklı nedenle feshin" sakıncalarından bahsetmiş olup söz konusu kavramın hukuk güvenliği açısından tehlikeli bir kavram olduğunu savunmuştur. Yazar, fesih nedeni olarak "haklı nedenle feshin", hem anlam ve kapsamının yeteri kadar kararlı olmayıp çeşitli yönlere çekilebilmesi bakımından hem de haklı nedenlere kolayca icra edilebilecek önemli fesih nedenlerini özel olarak düzenleyen Türk Ticaret Kanunu sistemini bozacak yapıda olması bakımından hükmün tehlikeli olduğunu savunmuştur (MOROĞLU Erdoğan, "Fesih, İnfisah ve Tasfiye", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, 1997, s. 204-211). Öğretide *Akın* da benzer görüşleri savunmaktadır. *Akın*'a göre fiili bir duruma ilikin olarak yargısal bir karar verilmesinin kanunla yasaklanmış olduğunu ve sebeple TTK m.353 hükmünün hukuk ve kanun yapma tekniği bakımından isabetli bir yaklaşımla yapılmamış olduğunu savunmaktadır (AKIN, s. 221).

41 DOMANİÇ, s. 326; ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 332; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 367; ÜÇIŞIK Güzin/ÇELİK Aydın, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 186; TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklılar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 359; BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Erhan, **Şirketler Hukuku**, Dora Basım-Yayın, Bursa, 2013, s. 252; UZUNALLI, s. 148-149; AKDAĞ GÜNEY, s. 230.

Paslı'ya göre TTK m.353'deki sürenin kaçırılması sonrası TTK m.210/III'e dayanılarak dava açılabileceği görüşü kabul edilirse TTK m.210, hemen her durumda 353. maddenin tamamlayıcısı/alternatifi olabilecek ve o zaman da tescilin düzeltici etkisinden bahsedilemeyecektir (PASLI, s. 220); Benzer görüş için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 366-367. Her ne kadar hükümlerin düzenleniş amaçları farklı olsa da "kamu menfaati" ile "kamu düzeni" nin paralel anlamlara gelmesi noktasında her iki hüküm arasında bağlantının var olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla kanımızca, Bakanlığın, TTK m.353'deki dava açma sü-

TTK m.353'te Bakanlığa fesih yetkisi tanınmasında gerçekten de TTK m.210'un izlerine rastlamak olanaklıdır[42]. Kanımızca her iki düzenlemenin temel hedefi, devletin sermaye ortaklıkları üzerindeki kontrolünün arttırılmasıdır. Keza sermaye ortaklıkları, bilhassa anonim ortaklıklar, ekonomik ve ticari yaşamda önemli roller üstlenen korporatif yapılardır. Dolayısıyla, devletin onlara olan yakın ilgisi yadırganmamalıdır[43]. Bununla birlikte, devletin, sermaye ortaklıklarına doğrudan müdahale boyutuna ulaşabilecek davranışlardan kaçınması gerekir. Aksi durum, Anayasa ile güvence altına alınan serbest piyasa yaklaşımına ters düşer.

TTK'nın gerekçesine bakıldığında, Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle Enron ve Worldcom skandallarından sonra 30.07.2002'de yürürlüğe giren *Sarbannes - Oxley Act* (SOA) ile arzu edilen hedeflerden biri olarak karşımıza çıkan "devletin belirli ölçüde şirketleri kontrol etmesi" yaklaşımının, Kıta Avrupası hukuk sistemini ve dolayısıyla TTK'yı da etkilediği görülmektedir[44].

Öğretide *Yasan*, kanımızca haklı olarak, Bakanlığın etki alanının bu denli genişletilmesinin kuşkuyla karşılanabileceğini belirtmektedir. Zira Bakanlığın, gerek TTK m.210 gerekse m.353'te düzenlenen fesih davalarında politik güdülerle hareket edebileceğine yönelik kaygıların göz ardı edilmemesi gerekir[45]. Bizce, TTK m.353'teki fesih davasında Bakanlık etkinliğinin daraltılması yoluna gidilmesinde yarar vardır. Bu tür davaların, oldukça hassas bir dengede yürütülmesi gerektiği unutulmamalıdır. Fesih davasının açılmasını gerektiren bütün koşullar gerçekleşmesine rağmen dava açılmaması ne kadar yanlışsa, hiçbir şart yerine gelmemesine karşın dava açılması da bir o kadar hatalı tutum olacaktır. TTK m.210 ve 353'ün ortak özelliklerinden biri, her iki hükmün de emredici nitelik taşımasıdır. Yani taraflar aralarında anlaşarak, Bakanlığın dava yetkisini ortadan kaldıramazlar.

---

resini kaçırmasına rağmen "kamu düzeni"nin korunması saikiyle TTK m.210/III'e dayalı fesih davası açması mümkündür.

TTK m.210/III ile m.353'de düzenlenen fesih davaları arasındaki farklar konusunda detaylı bilgi için bkz. DOMANİÇ, s. 1465.

42 Bu doğrultuda bkz. YASAN Mustafa, "Türk Ticaret Kanunu Madde 353'e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İÜHFM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 469.

43 Benzer yönde bkz. YASAN, s. 472.

44 Nitekim bkz. YASAN, s. 469- 470; TTK Gerekçe, s. 17.

45 YASAN, s. 471; Benzer şekilde bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 229.

Bakanlığın dava yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekir. Dolayısıyla, sessiz kalma suretiyle hak kaybına (çelişik davranış yasağı- MK 2) ilişkin esaslar Bakanlık açısından da geçerlidir. Ancak kamu yararının gözetildiği olasılıklarda Bakanlığa geniş bir takdir yetkisi verildiği açıktır. Kanımızca, fesih davasının açılması için kamu yararının somut olarak zedelenmesi zorunlu değildir. Zedelenme tehlikesinin varlığı dahi, dava açma bakımından yeterli olmalıdır.

Sermaye ortaklıkları arasında hâkim/bağlı şirket ilişkisinin bulunduğu durumlarda ise Bakanlığın, şirketler topluluğunu oluşturan ortaklıkların tamamına veya bir kısmına (TTK m.353 gereği)[46] karşı dava açması söz konusu olabilir. TTK m.353'ün yasakladığı faaliyet veya işler şirketler topluluğu aracılığıyla yürütülüyor olabilir. Özetle; TTK m.353'te Bakanlığa tanınan dava açma yetkisinin, büyük ölçüde TTK m.210 ile paralellik gösterdiği ve hatta aynı düşüncenin ürünü olduğu kolayca söylenebilir.

3. "Kamu Düzenine Aykırı İşlemler veya Bu Yöndeki Hazırlıklar"ın Diğer Fesih Nedenleri ile Karşılaştırılması

A. İşletme Konusuna Aykırı İşlemler veya Bu Yöndeki Hazırlıklar

Bakanlığın mahkemede dava konusu yapabileceği fesih nedenlerinden ikincisi, şirketin işletme konusuna aykırı işlemlerde bulunması veya bu yönde hazırlıklar yapmasıdır[47]. Bir ticaret şirketinin işletme konusuna hangi aykırılıkları sebebiyle fesih davası açılabileceği, TTK m.210/III'ün gerekçesinde yer bulmaktadır[48]. Ancak bu noktada özellikle ifade edilmelidir ki ge-

---

[46] Tabi bunun ön koşulu, topluluğu oluşturan tüm ortaklıkların anonim ortaklık olmasıdır. Zira TTK m.353 yalnızca anonim ortaklıklara özgülenmiştir.

Bu noktada TTK m.353'de düzenlenen 3 aylık hak düşürücü sürenin topluluğu oluşturan diğer şirketlere nasıl uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanımızca TTK m.353'de düzenlenen 3 aylık hak düşürücü sürenin, topluluğu oluşturan her bir şirket için ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Eğer söz konusu süre, toğluluğu oluşturan diğer şirketler için kaçmışsa da bu aşamada o şirketler için TTK m.210/III'ün koşulları bulunuyorsa uygulanması mümkündür.

[47] Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, TTK ile ultra vires ilkesi kaldırılmışken işletme konusuna aykırı işlemler yapılmasının, hatta bu işlemlere yönelik hazırlıklarda bulunulmasının fesih sebebi olarak öngörülmesi, kendi içerisinde büyük bir çelişki yaratmakla beraber söz konusu durum TTK'nın sistemine de aykırıdır (KORKUT, s. 424; KERVANKIRAN Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 39; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 132; USLUEL/ELİF, s. 167); Şirketin işletme konusuna aykırı işlemleri konusunda detaylı bilgi için bkz. UZUNALLI, s. 113-140.

[48] TTK m.210/III'de düzenlenen ticaret şirketinin işletme konusuna aykırı işlemlerde bulunması veya bu yönde hazırlık yapmasına ilişkin ifadeye ilişkin hükmün gerekçesinde yer alan ilgili

rekçede ifade edilen sınırlamalar, mahkemeye yol gösterici nitelikte olup pekala gerekçede yer almayan durumlarda da TTK m.210/III devreye girebilir. Buna ek olarak gerekçedeki söz konusu sınırlamalar, TTK m.210/III'ün komisyon tarafından değiştirilmeden önceki halinde sadece sermaye şirketleri için hazırlanmış olmasından da kaynaklanmaktadır.

Bir sermaye şirketindeki işletme konusu dışına çıkılması, "önemli" ve "etkili" olmalıdır[49]. Kanımızca işletme konusunun dışına "önemli" ve "etkili" derecede çıkılması, şirketin fiilen uğraştığı sektörün esas sözleşmesinde düzenlenip ticaret sicil gazetesinde tescil ve ilan edilen işletme konusundaki sektörle uzaktan yakından bağlantısının olmaması olarak anlaşılması gerekir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, şirketin işletme konusuna aykırı işlem veya hazırlığının aynı zamanda kamu düzenine aykırılık kapsamına girmemesidir. Böyle bir durumda kanımızca hukuka aykırılık "kamu düzeni" ne aykırılık kapsamında değerlendirilmelidir.

Bir şirketin maden araması ve işletmesi, 3213 sayılı Maden Kanunu'nda[50] belirtilen ruhsatları almasına bağlıdır. Ancak şirketin işletme konusunda herhangi bir madencilik faaliyeti yer almamasına rağmen işletme konusu dışına çıkarak ruhsatsız bir şekilde maden arama ve işletme faaliyetleri yürütmesi veya bu yönde hazırlıklara başlanması (örneğin şirketin yöneticilerinin şirketin maden işletme faaliyetlerine başlayacağına ilişkin gazetelerde röportaj vermesi veya ihbar üzerine giden Bakanlık denetim elemanının madenin girişinde şirkete ait maden arama ve işletme için gerekli araç ve ekipmanları görmesi gibi) şirketin işletme konusuna aykırı işlemlerde bulunduğunu veya bu yönde hazırlıklar yaptığını göstermektedir[51]. Ancak kanımızca şirketin sonradan bir şekilde ruhsat alması ve işletme konusunu da "madencilik faaliyeti"

---

kısım için bkz. "*ultra viresin kaldırılmış olması nedeniyle işletme konusuna aykırılığın söz konusu şirketlerde fesih davasına yol açmaması gerekir. İşletme konusuna aykırı işlemlerde fesih davasının sermaye şirketlerinde korunmuş olması, önemli ve etkili aykırılıklarda boşluk yaratmamak görüşünden kaynaklanmaktadır*".

49 *Kervankıran* da işletme konusuna aykırı işlemlerde zaten cezai yaptırımın söz konusu olduğunu ve Bakanlığa böyle bir yetkinin verilmesinin ayrı ve ağır bir cezalandırma olarak anlaşılmaya oldukça müsait olduğunu savunmaktadır (KERVANKIRAN, s. 39). *Ayhan*, *Çağlar* ve *Özdamar* da işletme konusuna her aykırılık halinde fesih davasının açılmasının söz konusu olmayacağını, işletme konusuna aykırılığın ancak iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı takdirde fesih davasının açılması gerektiğini savunmaktadır (AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 193). Aynı yönde bkz. BİLGE Mehmet Emin, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVI, S. 3- 4, 2012, s. 267.

50 RG.: 15.06.1985, S. 18785.

51 TEKİNALP, s. 361.

üzerine değiştirmesi sonrasında artık "işletme konusuna aykırı işlemler veya bu yöndeki hazırlıklar" bakımından TTK m.210/III'e aykırılıktan söz edilemez. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki maden faaliyeti kapsamında, yukarıda da değindiğimiz üzere, kullanılması yasak veya belirli sınırlarla izin verilen zehirli maddelerin bir doğal kaynağı kirletmesi durumunda, şirket ruhsat alsın veya almasın Bakanlığın açacağı fesih davasının konusu öncelikle "kamu düzenine aykırı işlem" olmalıdır. Aynı şekilde bir adi komandit şirketin ticari işletmesinde kumar oynatılması da, şirketin işletme konusu dışına önemli ve etkili şekilde çıktığını gösterse de söz konusu durum yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu düzenini de yakından ilgilendirmektedir. Bakanlık, kumar faaliyeti sebebiyle adi komandit şirkete açacağı fesih davasını "kamu düzenine aykırı" hareketlere dayandırmalıdır.

B. Muvazaalı İş ve Faaliyetlerde Bulunulması

Bakanlığın mahkemede dava konusu yapabileceği son fesih nedeni, şirketin muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunmasıdır. Gerek TTK m.210/III'ün lafzında gerekse de gerekçesinde "muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulması"nın tanımı yapılmamıştır. Söz konusu durum öğretideki bir grup yazar tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir. Söz konusu yazarlara göre[52], muvazaalı bir işlemin yaptırımının zaten geçersizlik olması dolayısıyla böyle bir işlemin fesih davasına niçin konu olduğunun açıklanmaya muhtaç olduğunu belirtilmektedir. *Bilgili* ve *Demirkapı*, duruma farklı bir boyuttan yaklaşarak muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunulmasının fesih nedeni olarak öngörülmesinin, Bakanlığın yetkisini orantısız bir şekilde artıracağını ileri sürerek hükmü eleştirmektedir[53]. Muvazaanın kapsamı da gerek hükümde gerekse de hükmün gerekçesinde bulunmamaktadır. Kanımızca, şirketin işletme konusuna aykırı işlemlerin, hükmün gerekçesi uyarınca nasıl ki önemli ve etkili olması gerekiyorsa burada da muvazaalı iş ve faaliyetler önemli ve etkili olmalıdır. Dikkat edilmesi gereken bir başka husus da şirketin muvazaalı iş ve faaliyetlerinin, kamu düzenine aykırılık kümesiyle kesişmesi durumunda

---

[52] KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 132; USLUEL/ELİF, s. 167-168; Kanımızca yazarların söz konusu görüşü, muvazaanın türüne göre kısmen yerinde değildir. Tarafların gerçekte yapmayı arzu ettikleri gizli bir işlemin bulunmamasına rağmen, arzu etmedikleri görünürde bir işlem yapmış olmaları hali olan mutlak muvazaanın sonucu, görünürdeki sözleşmenin geçersizliğidir. Nisbi muvazaada ise gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun ve arzu ettikleri işlemdir. Dolayısıyla gizli işlem, mevzuatın aradığı koşullara uygun olarak yapılmışsa geçerlidir. Ancak bu işlemde mevzuatın aradığı koşullar mevcut değilse, söz konusu koşulun bulunmaması nedeniyle arzu edilen hüküm ve sonuçlar doğmayacaktır (KILIÇOĞLU, s. 243-244).

[53] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 94.

Bakanlığın kamu düzenine aykırılığa öncelik tanıyıp fesih davasını "kamu düzenine aykırı işlemler veya bu yöndeki hazırlıklar" dan açması gerektiğidir. Gerçekten de menfaatler dengesi terazisinde toplumun menfaati her zaman şirketler arasındaki uyuşmazlığa nazaran ağır basmalıdır.

Genel olarak muvazaa, tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla yapmalarıdır[54]. Buna göre şirketlerin, gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi yapmaları diğer şirketleri kandırmak maksadıyla olabileceği gibi devleti de kandırmak maksadıyla olabilir. Örneğin, devlet, iç pazarda sorun yaşamamak amacıyla ihracat yapan şirketlere yapacakları ihracat kapsamında belirli kotalar öngörmüştür. Şirketlerin söz konusu kotada belirlenen miktarın üzerinde ürün ihraç etmeleri yasaktır (İhracatta Kota ve Tarife Kontenjanı Belirlenmesi ve İdaresine İlişkin Karar[55] m.4 ve İhracatta Kota ve Tarife Kontenjanı Belirlenmesi ve İdaresine İlişkin Yönetmelik[56] m.16). Ancak örneğin ihracatçı kollektif şirket ortaklarının da daha fazla kâr elde etmek amacıyla bir başka "görünürde" ihracat konulu şirket kurması durumunda her bir şirketin ihraç ürün sayısı görünürde ihraç kotasını aşmayacak ancak gerçekte aşmış olacaktır. Söz konusu durum "muvazaalı iş ve faaliyet" kapsamında Bakanlıkça değerlendirilmelidir. Ancak şirketin muvazaalı bu hareketi, iç pazarda toplumun ekonomik veya sağlık menfaatlerini etkilediği durumda Bakanlık, açacağı fesih davasını, kamu düzenine aykırılığa dayandırmalıdır.

III. FESİH DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ, DAVANIN TARAFLARI, FESİH DAVASININ YARGILAMASI VE DAVA AÇMA SÜRESİ

1. Davanın Hukuki Niteliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesi uyarınca Ticaret Bakanlığı, "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" konulu fesih davasının TTK m.5/A'da düzenlenen zorunlu ticari arabuluculuk kapsamında olmaması sebe-

---

[54] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 350; Doktrindeki diğer "muvazaa" tanımları için bkz. TEKİNAY ve diğ., s. 345; KILIÇOĞLU, s. 240.

Tekinalp, TTK m.210/III'te yer alan muvazaanın borçlar hukuku anlamındaki muvazaadan daha geniş anlaşılması gerektiğini ileri sürerek, kuruluşa ilişkin koruyucu hükümleri atlatmak amacıyla hareket edilmesinin muvazaalı işlerden sayılması gerektiğini savunmaktadır (TEKİNALP, s. 359). Kanımızca TTK m.210/III'te yer alan muvazaanın borçlar hukuku anlamındaki muvazaadan daha geniş anlaşılması bizleri, hükmün düzenlenmesi amacının dışına çıkaracak ve "kamu düzeni"ne yakınlaştıracaktır.

[55] RG.: 31.12.1995, S. 22510.

[56] RG.: 18.10.1996, S. 22791.

biyle fesih taleplerini, doğrudan davalı şirketin merkezinin (HMK m.6/II ve TMK m.51) bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yöneltecektir.

Bakanlık, TTK m.210/III uyarınca sadece "şirketin feshi" talepli bir dava açabilecektir[57]. Bakanlığın açtığı dava, salt fesih talepli olması sebebiyle de talep sonucuna göre ne terditli ne de seçimlik dava kapsamına girmektedir[58].

Bakanlık tarafından açılacak fesih davası, HMK m.108 uyarınca yenilik doğurucu nitelikte olması sebebiyle inşai niteliktedir[59]. Daha geniş bir ifade ile mahkeme, aşağıda detaylıca göreceğimiz üzere, fesih şartlarının gerçekleştiği kanaatine varırsa, şirketin feshine karar verir ve karar ile birlikte şirket tasfiye aşamasına girecektir.

---

[57] eTTK döneminde uygulamaya baktığımızda Yargıtay'ın somut olaya göre farklı kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay, bir kararında Bakanlığın bilançonun kabulüne ilişkin genel kurul kararının batıl olduğunun ileri sürmesini yerinde görmemiştir (Y. 11. HD, E. 1983/5870, K. 1984/27, 16.01.1984, ALIŞKAN, s. 214); Aynı şekilde bir başka kararında Yargıtay, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, bir anonim şirketin, bedellerinin tamamı ödenmeden çıkardığı hamiline hisse senetlerinin 6762 sayılı TK m.409/II hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle açmış olduğu iptal davasını, Bakanlığın böyle bir konuda iptal davası açma yetkisinin bulunmadığı gerekcesi ile reddetmiştir (Y. 11. HD., E. 1986/7665, K. 1987/1621, 20.3.1987, KERVANKIRAN, s. 39). Yargıtay bir diğer kararında ise bir bankanın aktiflerini maliyet fiyat yerine rayiç fiyatla değerlendirerek sermaye artırımına gitmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Bakanlığın açtığı sermaye artırımı işleminin iptali davasını kabul etmiştir (Y. 11. HD, E. 1986/7665, K. 1987/1621 T. 20.03.1987, ALIŞKAN, s. 214).

Doktrinde *Çamoğlu* da Bakanlığın fesih yerine şirketin aldığı kararın iptali veya butlanına ilişkin dava yetkisinin olması gerektiğini savunurken (POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 496) bizim de katıldığımız görüş olan *Alışkan*'a göre eTTK m.274/I (TTK m.210/III)'de Bakanlık tarafından kullanılacak yetkinin sadece şirket aleyhine fesih davası olduğunu ve kanunda açıkça tanınmamış olan diğer yaptırımların anılmasının, hükmün lafzi yorumuna aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir (ALIŞKAN, s. 220).

[58] Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. "*Her ne kadar TTK'nın 274/1. maddesi uyarınca bakanlar kurulunun 7/4656 sayılı Kararı ile kabul edilen ortaklıkların denetimine dair tüzük'te adı geçen bakanlığa geniş bir denetleme yetkisi tanınmışsa da, bu denetim sonuçlarını gösterir 8/a-b. maddesinde fesih davası açılabilmesi hali düzenlenmiş, bunun dışında başka bir dava açılabileceği hali gösterilmemiştir. Kaldı ki yasanın uygulanma şeklini göstermek amacıyla çıkarılan tüzük, yasada öngörülmeyen bir müeyyide getiremez, getirse bile kaynağını yasadan almayan böyle bir hüküm hukuki dayanaktan yoksun bulunduğundan uygulama alanı da bulamaz.*" (Y. 11. HD, E. 1986/7665, K. 1987/1621, 20.03.1987, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

[59] ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler-Anonim Şirketin Hesapları ve Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi**, C. IV-V, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961, s. 193.

2. Davanın Tarafları

Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesi uyarınca ticaret şirketinin feshini, Ticaret Bakanlığı dava edebilir. Buna göre kanun koyucu dava açma yetkisini, TTK m.353 veya 530'daki gibi şirket alacakları, pay sahipleri veya yönetim kurulu ile paylaşmamış ve sadece Ticaret Bakanlığı'na tanımıştır.

Ticaret Bakanlığı tarafından TTK m.210/III uyarınca açılacak fesih davasında davalı ise feshi istenen ticaret şirketidir. Davada ticaret şirketini temsile yetkili kişi veya organ, bu davada şirketi temsil eder (TTK m.233, 317, 318, 365, 565, 623; Koop.K. m.55).

3. Fesih Davasının Yargılaması

Bakanlık tarafından açılan fesih davası, tek hakimli asliye ticaret mahkemesince yazılı yargılama usulüne göre yürütülecektir.

Başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere çeşitli mevzuatlarda dava konusu "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler"in aynı zamanda suç olarak düzenlenmiş olması mümkün olup şirketin yöneticileri hakkında soruşturma yapılıp kamu davası da açılabilir. Böyle bir durumda asliye ticaret mahkemesi hakimi, aynı iş için iki defa inceleme yapılmasından kaçınmak amacıyla ceza mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmaktadır[60]. Bu noktada ceza mahkemesinin vereceği hükmün beraat ve mahkumiyet olmak üzere iki ayrı şekilde incelenmesinde yarar vardır. Ceza mahkemesinin vereceği beraat kararı, delil yetersizliğinden kaynaklı ise söz konusu karar, asliye ticaret hakimini bağlamayacak ve mahkeme yeniden delilleri değerlendirecektir[61]. Ancak beraat, fiilin işlenmediğine yönelik ise

---

[60] Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. HGK., E. 2013/4-1008, K. 2014/490, 09.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[61] Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. "*Somut olayda, mahkemece, davaya konu yayın nedeniyle spiker ve şirket temsilcisi hakkında Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/340 Esas, 2005/17 Karar sayılı dosyasında yapılan yargılama sonucunda, sanıklar hakkında beraat kararı verildiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, ceza mahkemesince verilen beraat kararının gerekçesi, sanıkların atılı suçu işlediklerine yönelik mahkumiyetlerine yeter derecede kesin ve inandırıcı delilin elde edilemediği temeline dayanmaktadır. Kural olarak, hukuk hakimi, ceza hakiminin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak, ceza hakimince verilen beraat kararında suçun sanıklar tarafından işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilmesi halinde, bu beraat kararı hukuk hakimini bağlar. Oysa, davaya konu ceza mahkemesi kararında sanıklar hakkında, delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilmiş olup, bu karar hukuk hakimini bağlamayacağından, mahkemece, delillerin değerlendirilip sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.*" (Y. 11. HD, E. 2005/11703, K. 2006/12355, 27.11.2006, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

asliye ticaret hakimi, kararla bağlı hale gelecektir[62]. Bunlara ek olarak, ticaret şirketinin yöneticilerinin, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 133. maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan suçlardan birini işlediği yönünde kuvvetli suç şüphesi olduğunda ticaret şirketine soruşturma ve kovuşturma aşamasında bir yönetim kayyım tayini olacaktır[63].

Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır: Peki mahkeme, Bakanlığın açtığı fesih davasında vereceği hüküm için hangi kıstaslardan yararlanacaktır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu, Bakanlığa TTK m.210/III dışında iki farklı hükümde daha anonim şirketi feshetme yetkisi tanımıştır. Bunlar, şirketin kuruluşunda kanun hükümlerine aykırı hareket edilmesinden (TTK m.353) ve anonim şirketin organlarının eksikliğinden (TTK m.530) kaynaklı fesih davalarıdır. Her iki hükme de bakıldığında kanun koyucunun, anonim şirketin hukuka aykırılık sebebiyle hemen feshedilmeyeceğini hukuka aykırı durumun düzeltilmesi için mahkemece süre verilebileceğini düzenlediği görülmektedir. Dolayısıyla mahkeme, yargılama kapsamında gerek tarafları dinlerken ve delilleri incelerken gerekse de hüküm kurarken "feshin

---

[62] Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. "*Somut olay şirketin feshi ile tasfiye memurunun atanmasına karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı şirket temsilcilerinin DGM'de yargılanıp beraat ettikleri, davalılara ait radyo kanalında çalınan kasetin Kültür Bakanlığı'nın bandrolünü taşıdığı anlaşıldığından, davalı şirketin feshini gerektirir yasal haklı nedenler bulunmamaktadır*." (Y. 11. HD, E. 2003/4228, K. 2003/11290 T. 01.12.2003, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

[63] Bu noktada CMK m.133'de düzenlenen şirket yönetimi için kayyım atanması prosedürü ile TTK m.210/III'de ve Denetleme Yönetmeliği'nde düzenlenen şirketin denetimi arasındaki ilişkiden de bahsedilmesi yerinde olacaktır. Koruma tedbiri niteliğindeki CMK m.133 uyarınca atanan kayyım, aynı maddede sayılan suçlar için atanacak ve soruşturma veya kovuşturma süresi kapsamında, mahkemenin kendisine verdiği görev ve yükümlülükleri şirket içerisinde ifa edecektir. Kanımızca CMK m.133 kapsamında şirketin yönetimine atanan yönetim kayyımının ifa etmesi gereken görevlerden birisi de Ticaret Bakanlığı'na ihbarda bulunup şirkete denetim elemanının gelmesini istemek olmalıdır. Çünkü CMK kapsamında yönetim kayyımının ve savcılığın veya ceza mahkemesinin amacı, maddi gerçek ortaya çıkarılıncaya kadar şirketin, suç işlenmesinde araç olarak başka deyişle paravan olarak kullanılmasının engellenmesiyle sınırlıdır. Oysa ki, yukarıda da detaylıca belirttiğimiz gibi, gerek TTK m.210/III'ün lafzında geçen "kamu düzenine aykırı işlemler" kavramının sınırlarının oldukça geniş olması gerekse de Denetleme Yönetmeliği uyarınca bakanlığının denetim elemanın inceleme yapmasının CMK m.133 kapsamında atanan yönetim kayyımının yapacağı incelemeye nazaran çok daha geniş olması sebepleriyle denetim elemanın, "suç" niteliğinde olmayan ancak TTK m.210/III'ün kapsamına giren işlemleri tespit etmesi ve söz konusu işlemlerin olası fesih davasının konusu olması mümkündür. Buna ek olarak denetim elemanının şirkete gelmesi ve Denetleme Yönetmeliği kapsamında şirketin denetlenmesi, ceza hukuku anlamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet edilmesi anlamına gelecektir.

son çare" olduğunu gözetmelidir[64]. Örneğin mevzuata aykırı olarak ilaç üreten bir şirkette kanımızca öncelikle ilacın toplatılması ve ilgili mevzuat uyarınca idari veya adli para cezaları yaptırımları göz önünde bulundurulmalı eğer ilacın zararları veya yan etkisi gibi etkenler, kamu düzenini bozacak ve toplum vicdanına zarar verecek nitelikteyse fesih davası açılmalıdır. Şirketin ülke ekonomisindeki konumu, geçmişte gerçekleştirdiği sosyal yardım faaliyetleri, istihdam ettiği kişi sayısı, ilgili piyasadaki ağırlığı gibi hususlar da söz konusu ilke içerisinde var olup mahkemece göz önünde bulundurulmalıdır. Bakanlığın davacı olabileceği diğer hükümler konusunda yeri gelmişken şu noktanın da belirtilmesinde yarar vardır; mahkeme, ilgili bakanlıkça açılmış bir dava olmaksızın, huzuruna başka bir nedenle gelen davada re'sen TTK m.210/III uyarınca fesih kararı veremez[65].

Yukarıdaki hususlar yanında mahkeme, dava konusu fesih nedeninin şirketçe tekrarlanıp tekrarlanmadığı da incelemelidir. Bu noktada her ne kadar "devamlı sayılabilecek şekilde" ibaresi hükmün lafzından çıkarılmışsa da[66] *Pulaşlı*, uygulamada Bakanlığın fesih davası açabilmesi için, TTK m.210/III'de sayılanlara aykırılığın devamlılık arzetmesi gerektiğini, yoksa aykırılığın bir defa veya aralıklarla birkaç kez arızi olarak yapılmasının fesih davası açılması için yeterli olmadığını belirtmektedir[67]. Kanımızca söz konusu durum, fesih nedenine göre değişmektedir.

Yargılamada ispat yükü, iddia edilen fesih konusu vakıaya bağlanan fesih sonucundan kendi lehine hak çıkaran davacı Bakanlığa aittir[68].

---

64 UZUNALLI, s. 149; *İmregün*, ağır bir yaptırım olan fesih yerine genel kurul kararlarının bir süre bağlı olmaksızın iptalini veya yokluğun tespitinin yaptırım konusu olması gerektiğini savunmaktadır (İMREGÜN, s. 13).

65 Tic. D., E. 1963/1032 K. 1963/3017, 09.07.1963 (DOMANİÇ Hayri/ÇAMOĞLU Ersin, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1972).

66 TTK m.210/III, henüz tasarı aşamasındayken hükmün başında öngörülen "devamlı sayılabilecek şekilde" ibaresi Alt Komisyon tarafından madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişikliğe ilişkin gerekçe şu şekildedir: "*Maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin başında "Devamlı sayılabilecek" ibaresi, hükmün alanını daraltttığı ve uygulamada güçlükler doğuracağı gerekçesiyle Tasarıdan çıkarılmıştır*". Söz konusu ibarenin hükmün lafzından çıkarılmasının yerinde olmadığı şeklindeki görüş için bkz. UZUNALLI, s. 148-149.

67 PULAŞLI, s. 570.

68 Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. "*Davacı, davalı şirketin konusu suç teşkil eden yayın faaliyeti nedeniyle feshine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, bozmaya uyularak okunan haberin ve yorum şeklinin basın özgürlüğü kapsamında kaldığı, davaya konu yayının basın hak ve yükümlülüklerine aykırı bir durum oluşturmadığı, davalı şirketin kanuna, esas sözleşmeye ve kamu düzenine aykırı işlem ve faaliyetlerde bulunduğu hususunun*

Bakanlığın söz konusu ispat faaliyetlerinde kullanacağı delil, öncelikle denetim elemanınca hazırlanan inceleme raporudur. Bakanlığın söz konusu raporu mahkemeye sunmasının yanında denetim elemanının inceleme kapsamında yararlandığı şirketin ticari defterlerinin de karşı tarafça sunulmasının da talep edilmesi mümkündür. Mahkeme, Bakanlığın iddiasını ispatı açısından, delil olarak gösterdiği başta ticari defterler olmak üzere ilgili bilgi ve belgelerin davalı şirket bünyesinde olduğuna kanaat getirirse ibrazı için davalı şirkete kesin süre verecektir (HMK m.220/I). Davalı şirket, ilgili belgeyi ibraz etmezse ve ibraz edememesi konusunda kabul edilebilir mazeret gösteremezse mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda Bakanlığın beyanını kabul edebilir (HMK m.220/III). Bunlara ek olarak Bakanlıkça fesih davası "kamu düzenine aykırılık" nedeniyle açıldığı için kanımızca mahkeme, davanın kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle re'sen araştırma ilkesini uygulayacak ve tarafların yargılamada sunmadığı delil ve vakıaları da kendiliğinden inceleyecektir.

Taraflar, sundukları yazılı deliller yanında sunacakları tanıkları da mahkemede dinletmeleri mümkündür. Buna göre örneğin, altın madenciliği faaliyeti kapsamında kullanılan zehirli maddelerin doğal kaynağı kirletmesi vakıasında anonim şirketin yönetim kurulunda söz konusu kullanılacak maddenin miktarının fazla olması sebebiyle olumsuz oy kullanan yönetim kurulu üyesi Bakanlık tarafından dinletilebilir.

Kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketlerin yukarıda da belirttiğimiz üzere farklı mevzuatlara aykırılıktan kaynaklanması mümkündür. Bir başka ifade ile fesih konusu, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirebilir. Mahkeme, bu tip durumlarda önüne gelen vakıanın gerçekten "kamu düzenine aykırı bir işlem veya hazırlık" kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda uzman bilirkişilere başvurabilir ve gerektiğinde mahkemede dinletebilir. Buna ek olarak, dava açılmadan önce bakanlık denetim elemanın hazırlayacağı ve Bakanlığın mahkemeye sunacağı inceleme raporu da kanımızca uzman görüşü kapsamında değerlendirilecek olup raporu hazırlayan denetim elemanın da mahkemece dinlenmesi mümkündür.

Şirketin feshi davasının, yargı yükü de göz önüne alınarak uzun süreceğinin söylenmesi mümkündür. Şirketin feshi talebini gerektiren sebeplerde, şirketin faaliyetlerine sağlıklı bir şekilde devam edemediği görünen bir ger-

---

kanıtlanamadığı sonucuna varılarak, davanın reddine karar verilmiş, kararın davacı vekili tarafından temyizi üzerine mahkeme kararı onanmıştır" (Y. 11. HD, E. 2010/11757, K. 2010/12936, 26.11.2010, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

çektir. Bu gerçek artık yargı alanına taşındığından şirket için daha da önemli günler başlamakta, şirket faaliyetleri ve işlemlerinin devam etmesi ve şeffaflığı daha da bir önem kazanmaktadır. İşte bu hallerde davacı Bakanlık, mahkemeden çeşitli hususlar hakkında geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilmesini talep edebilir. Şirketin feshi davasında mahkeme tarafından geçici hukuki koruma tedbiri olarak genellikle şirkete bir yönetim kayyımı tayin edilmesi ve bu kayyıma çeşitli görevler yüklenmesine karar verilmesi mümkündür. Ayrıca şirketin yaptığı sözleşmelerin feshi, işlemlerin durdurulması, şirketin mallarının muhafaza altına alınması, envanter çıkarılması, varsa bankadaki hesapların bloke edilmesi, değerli şeylerin ve kıymetli evrakın saklanması da fesih davası kapsamında alınacak geçici koruma tedbirleri örnekleridir[69].

4. Dava Açma Süresi

Bakanlık, fesih konusu kamu düzenine aykırı işlem veya hazırlıkları öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davasını açmalıdır (TTK m.210/III). Bir yıllık sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda TTK'da açık bir ifade bulunmamakla birlikte öğretide de fikir birliği bulunmamaktadır. *Pulaşlı*, bu sürenin zamanaşımı olduğunu savunurken[70], bizim de katıldığımız öğretideki bir grup yazar[71] sürenin hak düşürücü süre olduğunu savunmaktadır. Gerçekten de hak düşürücü sürelerin daha çok kamu hukukuna giren mevuzatta yer alması ve fesih davasının bozucu inşai dava özelliği nedeniyle, TTK m.210'da belirtilen sürenin hak düşürücü niteliğe sahip olduğuna ilişkin kuşku yoktur. Söz konusu çıkarımın, anonim şirketlerdeki özel fesih nedenlerini düzenleyen TTK m.530 ve 531. maddelerin, TTK m.210 ve 353'ün karşılaştırılması suretiyle de sağlanması mümkündür. Kanun koyucunun TTK m.530 ve 531'deki fesih davalarında süre koşulu aramazken, TTK m.353 ve 210'da hüküm altına alınan fesih davalarının süreye bağlanmış olması rastlantı değildir. Zira, anonim ortaklıkların sürekli olarak devletin fesih tehdidi altında faaliyette bulunmaları, verimlilik ve işletme politikalarını olumsuz yönde etkileyebilir. İşte bu düşünceden hareketle, sözü edilen fesih davaları hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Asli-

---

69 YILMAZ Zehra Sanem, **Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 127 vd.

70 PULAŞLI, s. 570.

71 ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 556; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), s. 367; USLUEL/ELİF, s. 168; ALIŞKAN, s. 208-209; O. CAN, s. 117; KORKUT, s. 425.

ye ticaret mahkemesi, davaların süresi içinde açılıp açılmadığı hususunu kendiliğinden gözetir[72].

Bakanlığın açacağı fesih davasındaki hak düşürücü sürenin başlangıcı, aykırılığın veya bu yönde hazırlık ve faaliyetlerin öğrenildiği tarihtir. Buradaki "öğrenme" kanımızca yukarıda da belirttiğimiz üzere Bakanlığın re'sen öğrendiği veya Bakanlığın ihbar/şikayet yoluyla öğrendiği tarihtir. Yargılamada fesih davasının bir yıllık sürede açılmasına ilişkin ispat yükü, Bakanlığa aittir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki, sürenin başlaması için gereken "öğrenme" fiilinin öznesi de belirsiz olması sebebiyle hükmün uygulamada pek çok tartışmalara sebep olabilecektir. Düzenlemede fesih davası açılması için kamu düzenine aykırı eylem ve işlemler bakımından herhangi bir "devamlılık" unsurunun bile aranmaması, söz konusu düzenlemeyi daha da tehlikeli kılmaktadır. Kanımızca bu yönde uygulamada karşılaşılacak olası sorunları bertaraf etmek adına hükmün, "*Kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir*" şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Bu bölümde değinilmesi gereken bir başka husus, bir yıllık hak düşürücü sürede bir üst sınır öngörülmemiş olmasıdır. Fesih konusu işlem veya hazırlık devam etmekte ise bir yıllık süre, son işlem tarihinden itibaren başlayacaktır[73]. Bu noktada dikkat edilirse kanun koyucu, sürenin başlangıcını, yukarıda belirttiğimiz gibi "hukuk devleti ilkesi"ne aykırı şekilde, Bakanlığın fesih konusunu "öğrenmesi" ne bağlamış olup işlemin tamamlanmasından itibaren başlayacak bir üst süre öngörmemiştir. Dolayısıyla hükmün mevcut haliyle Bakanlık, kamu düzenine aykırı işlem gerçekleştikten çok uzun bir süre sonra bile yeni öğrendiği bir işlem veya faaliyet dolayısıyla şirkete karşı fesih davası açabilecektir[74].

---

[72] Aynı yönde bkz. O. CAN, s. 118.

[73] O. CAN, s. 119.

[74] *Akın*, meseleye, "dava açılmaksızın geçirilen bir yıllık süreden sonra şirketin amacının sanki hukuken makbul bir şekle dönüştüğü görünümünün yanlış olduğu" açısından değinmiştir. Yazar, haklı olarak şirketin amacındaki hukuka veya kanuna aykırılığın devam etttiği müddetçe Bakanlığın da bu davayı açma hakkı olduğunu savunmaktadır (AKIN, s. 226).

5. Fesih Kararı

Mahkeme, şirketin dava konusu fesih nedeni işlemi/işlemleri yaptığı kanaatine vardığında, şirketin feshine karar verecektir. Fesih kararı sonrasında şirket tasfiye aşamasına girecek, türüne göre tasfiye prosedürü başlayacak ve tasfiye memuru atanacaktır[75]. Ancak bu noktada hemen ifade edilmelidir ki öğretide *Akın*'ın da haklı olarak savunduğu gibi şirketin, "kamu düzenine aykırı işlemler" sebebiyle feshine karar verildiğinde tasfiye bakiyesi, TMK m.54/III uyarınca kamuya geçecektir[76].

Mahkeme, fesih kararı dışında tazminat gibi başka bir yaptırıma hükmedemeyecektir. Ancak bu noktada hemen ifade etmek gerekir ki, mahkemenin fesih kararı dışında herhangi bir tazminata hükmetmemesi, ortakların, "kamu düzenine aykırı işlemleri" gerçekleştiren ve şirketin son bulmasına neden olan eylemler sebebiyle şirketin yöneticilerine sorumluluk davası açamayacağı anlamına gelmemektedir[77]. Dolayısıyla örneğin dava konusu bir anonim şirket olduğunda pay sahiplerinin TTK m.553 vd. düzenlenen hükümler uyarınca yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davaları açmaları

Bu noktada akıllara, TTK m.210/III'e "ceza davası zamanaşımı" veya "yapılan hukuki işlemin tabi olduğu zamanaşımı" şeklinde çeşitli üst sınır getirilmesi kıstaslarının gelmesi mümkündür. Ancak gerek TTK m.210/III'de belirtilen sürenin niteliğinin hak düşücürücü süre olması ve özel hukuktaki hak düşürücü süre ile ceza hukukundaki dava zamanaşımı arasında bir bağlantı olmaması gerekse de bir hükümde hem zamanaşımı hem de hak düşürücü sürenin düzenlenemeyecek olması sebebiyle kanımızca hükümde bu haliyle objektif bir "üst sınır" kıstasının belirlenmesi mümkün değildir.

TTK m.210/III'de düzenlenen bir yıllık hak düşürücü sürede bir üst sınır öngörülmediğine ilişkin eleştiriler için bkz. KORKUT, s. 425; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 133; BAHTİYAR, s. 376-377; AKIN, s. 226; TTK m.210/III'de işlemin tamamlanmasına ilişkin bir üst süre öngörülmemiş olmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaması gerekçesiyle hükmün Anayasaya aykırı olduğu görüşünde olan *Can*, konunun vahametini şu örnekle belirtmektedir: "*Somut bir örnek vermek gerekirse, bir şirketin 25 yıl önce kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlem bir yaptığını öğrenen Bakanlığın, işlemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde dava açabileceğini düşünmek hatta işlemin üzerinden 50 yıl geçse dahi 51. yılda dava açılabileceğini ileri sürmek şirket tüzel kişiliğini ve ortakları sürekli dava tehdidi altında bırakacaktır. Dolayısıyla hükümde azami bir sürenin belirtilmemesi, hukuk güvenliğini zedelemekte ve şirketleri sürekli dava tehdidi altında bırakmaktadır. Bu nedenle hükmün Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.* "(O. CAN, s. 120 vd.).

[75] Konu hakkında örnek karar için bkz. Y. 11. HD, E. 2005/13611, K. 2006/10418, 16.10.2006, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

Anonim (TTK m.536/III) ve limited (TTK m.643'teki yollama) ortaklıklar bakımından, sona ermeye mahkemenin karar verdiği durumlarda tasfiye memurunu da bizzat mahkeme atayacaktır. Kuşkusuz, TTK m.210/3'te düzenlenen fesih davası da bu kapsama girmektedir.

[76] AKIN, s. 213.

[77] DOMANİÇ, s. 649.

mümkündür. Söz konusu sorumluluk davası, fesih davasının yargılaması sırasında açılabileceği gibi şirketin feshi kararından sonra da açılabilir. Ancak sorumluluk davası, fesih davasının yargılaması sırasında açılırsa, sorumluluk davasına bakan mahkeme, kanımızca fesih davasını bekletici mesele yapmalıdır.

Bu noktada son olarak, TTK m.210/III uyarınca mahkeme tarafından fesholunan şirketin yöneticilerinin, "şirketler hukuku bakımından gelecekleri-nin" ne olacağı sorusuna da cevap bulunması gerekir. Buna göre örneğin "kamu düzenine aykırı işlemler" sebebiyle fesholunan anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin aynı saikle "kamu düzenine aykırı işlemleri" kuracağı yeni bir anonim şirketle yapması mümkün müdür?

Söz konusu sorunun cevabı, ne TTK'da ne de Denetleme Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Kanımızca söz konusu sorunun, şirketin yöneticileri hakkında "kamu düzenine aykırı işlemler"den kaynaklı ceza mahkemesinde kamu davası açılıp hapis cezası alıp almadıklarına göre cevaplanması yerinde olacaktır. Buna göre fesih davası konusu işlem aynı zamanda herhangi bir suç tipinin unsuları kapsamında değerlendirilir ve ceza mahkemesi de ilgili suçun işlendiği yönünde karar verirse şirketin yöneticileri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendi uyarınca mahkum olunan suçtan kaynaklı hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar herhangi bir şirkette yöneticilik yapamayacaklardır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi her "kamu düzenine aykırı işlem"in aynı zamanda bir suç tipi içerisine girme zorunluluğu bulunmamaktadır. Mevcut düzenlemeler ışığında şirketi feshedilen yöneticinin, aynı saikle tekrar bir şirket kurması veya yöneticilik yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada sorunun çözümü kanımızca, TTK m.210/III'e ve Denetim Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine "*Mahkeme şirketin feshine karar verdiğinde, feshedilen şirketin yöneticileri, mevcut veya yeni kurulacak bir ticaret şirketine ortak olamazlar veya şirketin yönetim organında görev alamazlar*" şeklinde bir hükmün konulması suretiyle mümkündür.

6. Fesih Kararının Sermaye Ortaklıkları Açısından Beraberinde Getirdiği Sorunlar

A. Tasfiyeden Dönme Olanağı Yönünden

Bilindiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sermaye ortaklıklarında tasfiyeden dönülebilmesine olanak tanımaktadır (TTK m.548, limited ortaklıklar bakımından m.643'teki yollama). Ne var ki genel kurul, yalnızca

TTK m.548'de sayılan hususlar hakkında tasfiyeden dönme kararı alabilir[78]. Zira anonim ve limited ortaklıklarda "*emredici hükümler prensibi*" geçerlidir (TTK m.340, 579). Sözü edilen ilke ile, açık bir düzenleme yapılmadığı sürece, anonim ve limited ortaklıklar hukukunda sözleşme özgürlüğünün bulunmadığı anlatılmak istenir.

İşte bu durum, Bakanlık tarafından açılan fesih davasının mahkemece kabul edilmesi olasılığında, anonim veya limited ortaklıkların tasfiyeden dönme şanslarını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü şahıs ortaklıkları hukukundaki gibi irade özerkliği hâkim olsaydı, ilgili ortaklıkların genel kurulları fesih kararına rağmen tasfiyeden dönebilecekti. Söz konusu olgu, yani fesih davası kabul edildiği takdirde anonim veya limited ortaklıkların tasfiyeden dönemeyecekleri olgusu[79], TTK m.210/III'de yer alan dava hakkının büyük bir özen ve titizlikle kullanılması gereğine işaret etmektedir. Dolayısıyla, Bakanlık, davanın bütün maddi koşullarının gerçekleştiği yönünde *kesin bir kanıya* ulaşmadıkça bu davayı açmamalıdır.

Öğretide *Al Kılıç*, TTK m.210/III bağlamında Bakanlıkça açılacak fesih davasında kamu düzeni kavramının; pay sahiplerinin ve alacaklıların çıkarlarına nazaran daha üstün tutulduğunu söylemektedir. Keza sözü edilen düzenleme bu amaçla benimsenmiştir: Anonim ortaklığın yürüttüğü ticari faaliyetlerin emredici normlara, kamu düzenine veya işletme konusuna aykırılık oluşturması halinde mahkemenin vereceği fesih kararının, ortaklığın o güne dek yapmış olduğu bu tür faaliyetleri engelleme amacı güttüğü kuşkusuzdur. Yazar, faaliyetleri kamu düzenini zedeleyen anonim veya limited ortaklığın, genel kurulun alacağı tasfiyeden dönme kararı sonucunda ticari yaşama yeniden katılmasının TTK m.210/III'ün özüne ters düşeceğini belirtmektedir[80].

---

78 Benzer doğrultuda bkz. KARAMAN COŞGUN Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 294; KERVANKIRAN, s. 315.

79 *Karaman Coşgun'a* göre, mahkeme kararının etkileri genel kurul kararıyla ortadan kaldırılamaz. Yazar, feshe mahkemenin karar verdiği durumlarda genel kurulun tasfiyeden dönme kararı alamamasının mantığını açıklamaktadır. Bk. KARAMAN COŞGUN, s. 292.

80 Bkz. AL KILIÇ Şengül, **Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 374. Yazar, Alman hukukundaki farklı bir görüşe dikkat çekmektedir. Alman öğretisinde *Scholz*, kamu güvenliğini riske atan anonim ortaklığın tasfiye aşamasında bazı düzeltmeler yapması ve feshe karar veren mahkemece bu iyileştirmelerin denetlenmesi şartıyla, ilgili ortaklığın yeniden ticari yaşama dönebileceğini ifade etmektedir. Kanımızca bu görüşe itibar edilebilir. Ekonomik yapının önemli aktörlerinden biri olan anonim ortaklıkların mümkün olduğunca ayakta tutulması gerekir. Aksi bir yaklaşım serbest piyasa dinamikleri ile de bağdaşmaz (s. 374, dpn. 878).

B. İşletme Konusu Üzerindeki Tartışmalar Yönünden

İşletme konusuna aykırılığın dava nedeni olarak düzenlenmesinin, fesih davasının kapsamını gereksiz biçimde genişlettiği yukarıda dile getirilmişti. Kanun koyucunun TTK'yı tasarlarken özensiz hareket ettiğinin bir kanıtı da kanımızca TTK m.210/III hükmüdür. İşletme konusunun anonim ortaklıklar hukukunda eski önemini yitirdiği söylenirken, konuya aykırı faaliyetlerin dava kapsamına dahil edilmesinin izahı güç bir çelişki yarattığı düşüncesindeyiz. Kanun koyucunun işletme konusu kavramına ilişkin yaklaşımının bir an önce netleştirilmesi gerekmektedir. İşletme konusu, öğretide ileri sürüldüğü üzere[81] anonim ortaklıklar bakımından herhangi bir önem arz etmiyorsa, TTK m.210/III'de yer alan "*işletme konusuna aykırılık*" ibaresinin kanun metninden çıkarılması gerekeceği açıktır. Çelişkili durumun giderilmesi, hukuk güvenliği ilkesine uygun bir çözüm tarzı olacaktır.

SONUÇ

Ticaret şirketleri, kuruldukları ülkenin ekonomik yaşamlarındaki önemli katkı ve etkileri sebebiyle devlet tarafından daima şirketleri izlemekte ve denetlemektedir. Söz konusu izleme ve denetim, ticaret hukukunda "devletin ilgilenmesi ilkesi" olarak adlandırılmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesi de söz konusu ilkenin bir görünümü olup madde uyarınca Ticaret Bakanlığı ilgili mevzuat çerçevesinde şirketleri inceleyebilmekte ve denetleyebilmektedir. Bakanlık, şirkette yaptığı denetim ve incelemeler sonucu şirketin kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerine rastladığında aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca şirketin feshi konulu ve talepli dava açacaktır.

Bakanlık tarafından fesih nedeni yapılacak en geniş kapsamlı ve önemli neden hiç kuşkusuz şirketin "kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıkları"dır. Buna göre bir şirketin kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hazırlıklarda bulunmasına ilişkin belli başlı konular şunlardır; şirketin, ilgili mevzuatlarda öngörülen idari veya adli para cezaları verilmesi yaptırımını aşacak düzeyde toplumun sağlığını ve ekonomik geleceğini tehlikeye atması, devletin daha iyi hizmet vermek amacıyla "tekel" niteliğindeki alanları ihlal etmesi veya çevrenin kirletilmesidir. Söz konusu konular, tahdidi olmayıp "kamu düzeni"nin ön planda

---

[81] Aynı yönde bkz. KERVANKIRAN, s. 39; KORKUT, s. 424-425.

olduğu her konuda şirketin "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hazırlıkları"nın gündeme gelmesi mümkündür.

Kamu düzenine aykırı hareketler karşısında salt toplumun etkileneceği ve bazı somut olaylarda toplumun geri dönülemeyecek zarara uğraması veya zarar tehlikesiyle karşılaşması muhtemeldir. Dolayısıyla hukuka aykırı hareketinin nedeni işletme konusuna aykırı işlem veya muvazaalı iş ve faaliyetler olsa da söz konusu vakıalar, "kamu düzeni" kavramı içerisinde de değerlendirildiği durumlarda Bakanlığın açacağı fesih davasının konusu öncelikle "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" olmalıdır. Ancak fesih davası öncesinde gerek "feshin son çare olması" ilkesi gerekse de öğrenilen fesih nedenine ilişkin emarelerin gerçekten var olup olmadığının görülmesi açısından Bakanlığın öncelikle şirketi, işbu yönetmelik hükümlerince denetlemesi ve fesih davası için inceleme raporunun düzenlenmesi şarttır. Buna ek olarak her ne kadar her kamu düzenine aykırı işlem, "suç" niteliğinde olmasa da suç niteliğinde olan eylemlerden kanyaklı savcılık veya mahkeme CMK m.133 kapsamında şirkete yönetim kayyımı atadığında yönetim kayyımının ifa etmesi gereken görevlerden birisi de Ticaret Bakanlığı'na ihbarda bulunup şirkete denetim elemanının gelmesini istemek olmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesi uyarınca Ticaret Bakanlığı, "kamu düzenine aykırı işlem veya bu yöndeki hareketler" öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde konulu fesih davasının TTK m.5/A'da düzenlenen zorunlu ticari arabuluculuk kapsamında olmaması sebebiyle fesih taleplerini doğrudan davalı şirketin merkezinin (HMK m.6/II ve TMK m.51) bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine yöneltecektir. Mahkeme de fesih nedeninin hukuk dünyasında sonuç doğurması planlanan veya doğuran dava konusu hareketlerin tekrarlanma sıklığı, şirketin işlem geçmişi, ülke ekonomisine katkısı ve ilgili piyasadaki ağırlığı hususları ile "feshin son çare olması" ilkesinin değerlendirilmesi suretiyle yapacağı yargılama sonucunda şirketin dava konusu fesih nedeni işlemi/işlemleri yaptığı kanaatine vardığında şirketin feshine kararı verecektir. Fesih kararı sonrasında şirket, tasfiye aşamasına girecek, türüne göre tasfiye prosedürü başlayacak ve tasfiye memuru atanacaktır.

TTK m.210/III uyarınca mahkeme tarafından fesholunan şirketin yöneticilerinin akıbetinin ne olacağı sorusunun cevabı, fesih davası konusu işlem aynı zamanda herhangi bir suç tipinin unsuları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine göre değişkenlik kazanacak olup eğer hukuka aykı-

rı eylem aynı zamanda suç olarak değerlendiriliyorsa TCK m.53/I-d gündeme gelecek ve söz konusu kişiler mahkum olunan suçtan kaynaklı hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar herhangi bir şirkette yöneticilik yapamayacaklardır. Şayet, somut olayda "kamu düzenine aykırı işlem"in aynı zamanda bir suç tipi içerisine girmiyorsa mevcut düzenlemeler ışığında şirketi feshedilen yöneticinin, aynı saikle tekrar bir şirket kurması veya yöneticilik yapmasına bir engel bulunmaması sebebiyle sorunun çözümü, TTK m.210/III'e ve Denetim Yönetmeliği'nin ilgili hükümlerine "Mahkeme şirketin feshine karar verdiğinde, feshedilen şirketin yöneticileri, mevcut veya yeni kurulacak bir ticaret şirketine ortak olamazlar veya şirketin yönetim organında görev alamazlar" şeklinde bir hükmün konulması suretiyle mümkündür.

Bakanlığın açacağı fesih davasındaki hak düşürücü sürenin başlangıcı, aykırılığın veya bu yönde hazırlık ve faaliyetlerin öğrenildiği tarihtir. Sürenin başlaması için gereken "öğrenme" fiilinin öznesi de belirsiz olması sebebiyle hükmün uygulamada pek çok tartışmalara sebep olabilecektir. Uygulamada karşılaşılacak olası sorunları bertaraf etmek adına, ilgili hükümde bir yıllık sürenin başlangıcı, fiilin öğrenilmesi değil fiilin "gerçekleştiği" tarih olmalıdır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY Necla, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Kuruluş**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

AKIN Murat Yusuf, "İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 1, 2010, s. 175-227.

AL KILIÇ ŞENGÜL, **Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ALIŞKAN Murat, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

ANSAY Tuğrul, "Anonim Şirketin Murakabesi Yolları", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. I, S. 1, 1961, ss. 37-60 (**Kısaltma:** Anonim Şirketin Murakabesi)

ANSAY Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970. (**Kısaltma:** Anonim Şirketler)

ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler-Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller**, C. II-III, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960. (**Kısaltma:** Şirket Organizasyonu)

ARSLANLI Halil, **Anonim Şirketler-Anonim Şirketin Hesapları ve Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi**, C. IV-V, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961. (**Kısaltma:** İnfisah)

ATAKAN Arda, "Kamu Düzeni Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XIII, S. 1-2, 2007, ss. 59-136.

AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin/ÖZDAMAR Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta Basım-Yayın, İstanbul, 2019.

BİLGE Mehmet Emin, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVI, S. 3- 4, 2012, ss. 261- 294.

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Erhan, **Şirketler Hukuku**, Dora Basım-Yayın, Bursa, 2013.

BOZKURT Tamer, **Şirketler Hukuku**, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2021.

CAN Musa, **Anonim Şirketlerde Zorunlu Organ Eksikliğinin Sonucu Olarak Fesih Davası (TTK m.530)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

CAN Ozan, "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ticaret Şirketlerinin Feshini İsteme Davasında Bir Yıllık Süreye İlişkin Anayasaya Aykırılık Sorunu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXI, S. 4, 2015, ss. 111-127.

DOMANİÇ Hayri/ÇAMOĞLU Ersin, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1972.

DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması-TTK Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

GİYİK Abdulbaki, **Türk Hukukunda Tefecilik Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

GÖKCE Selman Yavuz, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Ticaret Şirketlerini Denetim Yetkisi ve Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

HIRSCH Ernst E., **Ticaret Hukuku Dersleri**, C. II, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 79, İstanbul, 1948.

İMREGÜN Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 388, İstanbul, 1968.

KADEROĞLU Murat, **Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017

KARAHAN Sami (Editör), **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

KARAMAN COŞGUN Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku: Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

KENDİGELEN Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016. (**Kısaltma:** İlk Tespitler)

KENDİGELEN Abuzer, "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi", **Makalelerim**, C. I, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018. (**Kısaltma:** Değerlendirme)

KERVANKIRAN Emrullah, **Anonim Şirketlerin Tasfiyesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2020.

KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona, vd., **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme**, C. I, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

KORKUT Ömer, "Anonim Şirketin Kuruluşundaki Eksikliklerin Hukuki Sonuçları ve Tescilin Sağlığa Kavuşturucu Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XVIII, S. 2, 2012, ss. 411-429.

MOROĞLU Erdoğan, "Fesih, İnfisah ve Tasfiye", **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul, 1997, ss. 204-211.

OĞUZMAN Kemal, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

PASLI Ali, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (III) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 "Kuruluşun Hükümleri", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, S. 3, 2012, ss. 217-225.

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

TEKİNALP Ünal, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklılar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk, vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

USLUEL Gürbüz/ELİF Aslı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi." **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, S. 1, 2012, ss. 157-157.

UZUNALLI Sevilay, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÜÇIŞIK Güzin/ÇELİK Aydın, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YASAN Mustafa, "Türk Ticaret Kanunu Madde 353'e Göre Fesih Davasının Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Açılabilmesinin Ticaret Hukuku Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İÜHFM**, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 449- 478.

YILDIZ Şükrü, "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tarafından Denetlenmesi", Türk Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, **Kadir Has Üniversitesi Yayınları**, İstanbul, 2013, ss. 99-110.

YILMAZ Zehra Sanem, **Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukuki Korumalar (İhtiyati Tedbirler)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2029-2069

KAMBİYO SENETLERİNDE BEDELİN KRİPTO PARA OLARAK BELİRLENMESİ(*)

Dr. **Süleyman KIRAN**(**)

Öz: Kripto paralar ilk olarak Bitcoin ile ortaya çıkmıştır. Bitcoin, ödemelerde aracı finans kurumlarının olumsuz sonuçlarına karşı bir çözüm olarak sunulmuştur. Zamanla Bitcoin'e alternatif olarak altcoin ve token adı verilen kripto para türleri üretilmiştir. Dünyadaki kripto para kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte ülkemizde de kripto para kullanımı yaygınlaşmıştır. Bu yaygın kullanım, ülkemizde kripto paraların yatırım aracı olmanın ötesinde ödeme aracı olarak da kullanılır hale gelmelerine yol açmıştır. Ancak olumsuz etkileri sebebiyle ülkemizde ödeme aracı olarak kullanılmaları yakın zamanda yasaklanmıştır. Diğer taraftan, devletin kripto paralara ilişkin yaklaşımı değişebilir. Böylece kripto paraların ödeme aracı olarak da kullanımına izin verilebilir. Bu sebeple, çalışmamızda yasaklamadan önceki durum ve sonraki durum birlikte incelenmektedir.

Kambiyo senetlerinde bedel unsuru, doktrinde nakdi para ile eşdeğer görülmüştür. Bu sebeple, nakdi paranın dışındaki herhangi bir ekonomik değerin kambiyo senetlerinde bedel olarak yer alamayacağı kabul edilmiştir. Para oldukları kabulüyle, kişilerin kripto para birimlerine senette yer vermeleri mümkündür. Bu çalışmada, böyle bir durumda senedin kambiyo senedi vasfı niteliği inceleme konusu yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senedi, Bedel, Para, Kripto Para, Kripto Varlık.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 03.05.2021 - Makale Kabul Tarihi: 12.12.2021.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi (ORCID no: 0000-0003-4784-6233; *skiran.law@gmail.com*).

DETERMINATION OF AMOUNT IN BILL OF EXCHANGE AS CRYPTOCURRENCY

Abstract: Cryptocurrencies first emerged with Bitcoin. Bitcoin has been presented as a solution to the negative consequences of intermediary financial institutions in payments. Over time, cryptocurrency types called altcoins and tokens have been produced as an alternative to Bitcoin. At the same time, cryptocurrencies have become investment instruments. With the widespread use of cryptocurrencies in the world, use of cryptocurrencies have become widespread also in our country. However, due to its negative effects, their use as a payment instrument has recently been banned in our country. On the other hand, the state's approach to cryptocurrencies may change. Thus, the use of cryptocurrencies as a means of payment instrument can be allowed. Therefore, the situation before and after the ban is examined together in our study.

The amount element in bills of exchange is considered equivalent to cash money in the doctrine. For this reason, it has been accepted that any economic value other than cash money cannot be included in bills of exchange as the amount. People can include cryptocurrencies in the paper with the thought that they are money. In this study, the nature of the bills of exchange of the paper in such a situation is examined.

Keywords: Bill of Exchange, Amount, Currency, Cryptocurrency, Cryptoasset.

GİRİŞ

Kripto paralar bugüne kadar ilgili kamu kurumlarınca tedirginlikle takip edilmiş, bir süre için herhangi bir hukuki düzenlemeye yer verilmemiştir. Nihayetinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından hazırlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik (Kripto Varlık Yönetmeliği)[1] ile ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmıştır.

Kripto paralar ödeme aracı olmaları yönüyle dünyadaki kullanıcı sayısının artışıyla birlikte ülkemizde de yaygın bir kullanım alanı kazanmıştır. Ülkemizde kripto paraların kullanımın artışı karşısında devletin ödeme aracı olma yasağını bir yönetmelik hükmü ile getirmiş olması dikkat çekicidir. Anılan Yönetmelik, kripto paralara ilişkin devletin bir şekilde düzenleme yapma ihtiyacı görmesine binaen ve olası olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amacıyla çıkarılmıştır. Diğer taraftan, devletin kripto paraların olumlu yönlerini gözeterek kripto paralara olan yaklaşımının iyimsere dönmesi halinde bir yö-

[1] RG., T. 16.04.2021, S. 31456.

netmelik değişikliğiyle kripto paraların devlet tarafından ödeme aracı olarak kabul edilmesi de ihtimal dahilindedir. Bu sebeple bu çalışmada, devletin kripto paraları ödeme aracı olarak tanıma ihtimali gözetilerek Kripto Varlık Yönetmeliği'nin öncesi ve sonrası durum birlikte ele alınacaktır.

Günlük ve ticari hayatta kendine önemli bir yer bulan kripto paraların kıymetli evrak hukukunda bir şekilde belirmeleri uzak bir ihtimal değildir. İşte çalışmamızda, kripto paraların senet metninde bedel olarak kararlaştırılması durumunda bu senedin hukuki akıbeti değerlendirme konusu yapılacaktır. Kripto para cinsinden bir bedele yer verilmesinin senedi kambiyo senedi olarak kabule engel oluşturup oluşturmadığı temel çalışma konumuzu oluşturacaktır. Kambiyo senetlerinde kripto para birimlerinin bedel olarak belirlenmesinin mümkün olduğunun tespiti halinde, ödemeye ilişkin mevzuattaki hukuki engeller inceleme konusu yapılacaktır. Ortaya koyulacak tespitler ile kripto paralar için yapılacak olası mevzuat düzenlemelerinde kambiyo senedinde bedele ilişkin çıkmazlara ışık tutulması amaçlanmaktadır.

Çalışmamızın hedeflerinden biri de kripto paralar üzerinden kambiyo senetlerinde bedelin doktrinde tartışmaya açılmasıdır. Bugüne kadar yapılan akademik çalışmalarda kambiyo senedinde bedelin nakdi para olmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Çalışmamızda kambiyo senetlerinde bedel kavramının kapsamı ve bu kapsamda bedelin nakdi para olarak kabulün yerindeliği ele alınacaktır. Böylelikle kambiyo senedinde bedel kavramına dinamik bir bakış açısının getirilmesi amaçlanmaktadır.

I. KRİPTO PARALARIN GELİŞİMİ

Satoshi Nakamoto ismini kullanan kişi veya kişiler, 2008 yılında *"Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (Bitcoin: Eşten-Eşe Nakit Ödeme Sistemi)"* başlığını taşıyan bir makale yayımlamıştır[2]. Yayımlanan bu makalede; internet alışverişlerinde güvenilir üçüncü kişiler olarak elektronik ödemeleri gerçekleştiren finans kurumlarının kullanılmasının zorunlu olduğu, ancak bu zorunluluğun birtakım giderleri de beraberinde getirdiğinin tespiti yapılmak suretiyle bir de çözüm önerisinde bulunulmuştur[3]. Anılan

---

2 https://bitcoin.org/bitcoin.pdf (Erişim Tarihi: 17.03.2021).

3 Ayrıca 2008 yılında ortaya çıkan küresel ekonomik kriz, finansal kurumlara olan güveni büyük ölçüde olumsuz etkilemiştir. Kripto paranın merkeziyetsizliğinin temelinde, bu güvensizlik durumunun ortaya çıkarttığı arayış olduğu düşünülmektedir, DİLEK Şerif, "Blokchain Teknolojisi ve Bitcoin", **SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Analiz**, S. 231, 2018, ss. 7-20, s. 8-10.

makalede çözüm olarak; kripto para birimlerinin ilki ve şu an için en değerlisi olan Bitcoin'in prensipleri anlatılmıştır. Bu makalenin yazarı, 2009 yılına gelindiğinde Bitcoin yazılımını yayımlamıştır. Böylelikle kripto paralar dünyanın gündemine girmiştir. Kısa zaman içinde dünya genelinde yaygın bir kullanım alanı kazanmıştır. Bugün için dünya ekonomilerinde sözü edilen bir araç konumuna gelmiştir.

Bedel olarak kripto paralara yer verilmesi, kripto para tarihi açısından yeni bir husus değildir. Bilindiği kadarıyla, bir kripto para türü olan Bitcoin mukabilinde yapılan ilk sözleşme; 22.05.2010 tarihinde akdedilmiştir[4]. Laszlo Hanyecz isimli bir kişinin bir pizza işletmesinden iki pizzayı 10.000 Bitcoin'e satın alması üzerine bu sözleşme kurulmuştur[5].

Kripto para başlangıçta Bitcoin'e denk görülmekteydi. Ancak Bitcoin ile başlayan kripto para kullanımı, zamanla altcoinlerin ortaya çıkışıyla birlikte çeşitlenmiştir. Böylece kullanıcılara kendi ihtiyaçlarına ve yatırım planlarına uygun tercih imkânı sunulmuştur.

Kripto para denilince çoğu zaman ilk akla gelen ve bu alanda ilk olma özelliğine sahip Bitcoin'dir. Bitcoin *"₿"* sembolü ve *"BTC"* kısaltmasıyla kullanılan kripto para birimidir. Bitcoin'in yanında altcoinler ve tokenlar da kripto para kapsamında yer almaktadır[6]. Altcoinler, Bitcoin'in alternatifi niteliğinde ortaya çıkmış olan Bitcoin'in dışındaki diğer sanal para birimleridir[7]. Bitcoin ve altcoinler kendi blokzincirini (blokchain) kullanmaktayken, tokenler başkasının blokzincirini kullanmaktadır[8].

---

4 CENGİZ Kadir, "En Popüler Kripto Para Birimi: Bitcoin", **Bandırma Onyedi Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, C. 1, S. 2, 2018, ss. 87-100, s. 94.

5 CENGİZ, s. 94.

6 BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi" (Ticaret Şirketleri), **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, S. 3, 2019, ss. 3-23, s. 4.

7 ALPAGO Hasan, "Bitcoinden Selfcoin'e Kripto Para", **Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi**, C. 3, S. 2, 2018, ss. 411-428, s. 414; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 2, 2015, ss. 173-220, s. 199; TEMELLİ Fatma, "Kripto Para Birimlerinden Bitcoin ve Muhasebe Açısından Değerlendirilmesi", **İktisadi Yenilik Dergisi**, C. 6, S. 2, 2019, ss. 107-119, s. 109.

8 KUMPAN Cristoph (SCHWARK Eberhard/ZİMMER Daniel (Herausgeber)), **Kapitalmarktrechts-Kommentar**, 5. Auflage, Beck Verlag, München, 2020, WpHG §2, Rn. 82; **Bilgili/Cengil,** Ticaret Şirketleri, s. 4.

Kripto paraya devletlerin yaklaşımları değişiklik arz etmektedir. Bazı devletler kripto parayı yeni bir finansal araç olarak kabul ederken[9], bazı ülkeler tamamen yasaklamakta, bazı devletlerse kripto parayı tanıma konusunda acele etmeyerek henüz beklemeyi tercih etmektedir[10].

II. KRİPTO PARALARIN ÜLKEMİZDEKİ DURUMU

1. Devletin Kripto Paralara Yaklaşımı

Günümüze kadar devletlerin kripto paralara yaklaşımı genellikle mesafeli olmuştur. Kripto paraların merkeziliği reddeden aracısız bir finans aracı olarak kullanılışı ve anonimliği benimsemesi sebebiyle doğrudan denetime elverişli olmayan yapısı sebebiyle devletler kripto paralara tedirgin yaklaşmaktadırlar. Bunun yanında aşırı kur dalgalanmalarının ticari hayatın altüst olmasına yol açabileceği düşünülmektedir. Ayrıca kişilerin yaygın bir şekilde kripto paraları kullanmaları milli paraların kullanımının ve böylece milli paralara olan talebin azalması anlamına geleceğinden milli paraların değeri üzerinde de olumsuz etki doğurabilecek nitelikte olduğu endişesi taşındığı düşünülmektedir.

İlgili kurumlarca yapılan açıklamalara bakıldığında, diğer bazı devletler gibi ülkemizde de kripto paralara ilişkin endişelerin benzerlik taşıdığı söylenebilir. Nitekim Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)'nun 23.11.2013 tarih ve 2013/32 sayılı basın açıklamasında[11]; herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmeyen ve karşılığı için güvence verilmeyen kripto paraların mevcut yapısı ve işleyişi sebebiyle mevzuatta elektronik para olarak değerlendirilmediğine ve bu nedenle de gözetim ve denetiminin mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Ayrıca anılan basın açıklamasında; kripto paraların olumsuz riskleri üzerinde durularak kamuoyu uyarılmıştır.

Hazine Müsteşarlığı Fiyat İstikrar Komitesi tarafından yapılan 11.01.2018 tarih ve 2018/01 sayılı basın açıklaması da BDDK'nın 2013 yılındaki basın

---

9 Örneğin; İsviçre'nin Zug kantonunda vergi ödemeleri kripto para olarak ödeme yapılması mümkün kılınmıştır, https://www.zg.ch/behoerden/finanzdirektion/direktionssekretariat/aktuell/kanton-zug-akzeptiert-ab-2021-kryptowaehrungen-fuer-steuerzahlungen?searchterm=bitcoin, Erişim Tarihi: 03.03.2021.

10 Bu konuda bkz. https://dig.watch/cryptocurrency-and-crypto-assets-mapping-regulation, Erişim Tarihi: 19.04.2021.

11 https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf, Erişim Tarihi: 06.04.2021.

açıklamasıyla paralellik göstermekte, benzer uyarıları içermektedir. Bunun yanı sıra bu açıklamada farklı olarak "*Ülkemizde yasal bir dayanağı olmayan kripto paralara ilişkin düzenlemelerin geliştirilmesi için bir çalışma grubunun oluşturulmasına karar verilmiştir."* denilerek kripto paraya ilişkin çalışmaların başlatıldığı belirtilmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 01.03.2021 tarihinde yapılan basın açıklamasında da kripto paralar ile ilgili kaygılar yinelenmiş bunun yanında Bakan Yardımcısı Başkanlığı'nda Merkez Bankası, BDDK, SPK ve diğer ilgili kurumlarla işbirliği halinde çalışmaların yürütüldüğü belirtilmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı 01.03.2021 tarihindeki basın açıklamasından tam bir ay sonra 01.04.2021 tarihindeki basın açıklamasında Bakanlık bünyesinde yer alan Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)'ın görev ve yetkileri çerçevesinde kripto varlık alım-satım platformlarından bilgi talep edebildiğini ifade etmiştir[12]. Yapılan basın açıklamaları dikkate alındığında, ülkemizde ilgili kamu kurumlarınca kripto paralara ilişkin gelişmelerin takip edildiği ancak bugüne kadar olumsuz etkileri sebebiyle tereddütle yaklaşıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

16.04.2021 tarihinde TCMB tarafından Kripto Varlık Yönetmeliği, kripto paraları konu alan ilk hukuki düzenleme olarak resmî gazetede yayımlanmıştır. Bu yönetmelikle kripto paraların ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Aynı gün TCMB tarafından yapılan 2021/17 sayılı basın açıklamasında[13]; kripto paraların barındırdığı riskler belirtilmiştir. Bunun yanında aynı basın açıklamasında *"Son dönemde, söz konusu varlıkların ödemeler alanında kullanılmasına ilişkin çeşitli girişimlerin oluşmaya başladığı gözlenmiştir. Bu varlıkların ödemelerde kullanılmasının, ... bahsedilen sebeplerle işlemin tarafları açısından telafisi mümkün olmayan mağduriyetler yaratma ihtimali bulunduğu ve bu alanda mevcutta kullanılan yöntem ve araçlara karşı güven zaafiyeti meydana getirebilecek unsurlar içerdiği değerlendirilmektedir."* denilerek bu gerekçeyle Yönetmelik'in yayımlandığı belirtilmektedir.

---

[12] MASAK bankalara ilişkin olarak yayımladığı Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Bankalar) MSK-RHB-ŞİB-001-1.4'de T-0001-3.47 koduyla *"Müşteri hesaplarından kripto para alımı amacıyla yurtiçi ve yurtdışı kripto para borsalarına ya da gerçek veya tüzel kişi hesaplarına müşteri profiline uymayacak sıklık ve tutarda para transferi yapılması."* ve T-001-3.61 koduyla *"Kaynağı bilinmeyen veya şahsın mali profili ile uygun olmayan şekilde yapıldığından şüphelenilen kripto para satımı sonucunda müşteri hesaplarına transfer gelmesi."*ne yer verilmiştir, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-001-1.4-2_1k1s.pdf, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

[13] https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2021/ DUY2021-17, Erişim Tarihi: 20.04.202.

Kripto paralarda getirilen ödeme yasağının ardından ülkemizdeki Thodex ve Vebitcoin isimli bazı kripto para borsalarının kötüye kullanılması suretiyle dolandırıcılık iddiaları gündeme gelmiştir. 01.05.2021 tarihinde Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'e[14] m.4/1-ü hükmü olarak ile *"kripto varlık hizmet sağlayıcılar"* ifadesi eklenmiştir[15]. Böylelikle kripto paralara hizmet sağlanması yasaklanmamış, kripto paralar yatırım aracı olarak tanınmış ve olumsuz birtakım sonuçlara karşı önlemler alınmıştır.

Kripto paraların kısa tarihine bakıldığında, yasaklama bulunmayan ülke vatandaşları tarafından dünya ticaretinde kullanımının günden güne daha da yaygınlaşacağını ve mesafeli işlemlerde zamanla büyük bir ivme kazanacağını öngörebilmek zor değildir. Tabii ki kripto paralar; spekülatif artışlara oldukça açık olması ticari hayatta olumsuz etkiler doğurabilmesi, kara paraların aklanmasına uygun bir zemine sahip olması, denetimin devletin elinde olmaması dolayısıyla vergilendirme gibi birtakım sorunları da bünyesinde taşımaktadır[16]. Şu an için zararlı sonuçları nedeniyle ülkemizde ilgili kamu kurumları, kripto paralara mesafeli durarak gelişmeleri tedirginlikle izlediklerini duyurmaktadır. Yanı sıra birtakım düzenlemeler getirilmeye de başlanmıştır. Kanaatimizce, mevzuatta düzenlemeye yer vermeyerek kripto paraları görmezden gelmek veya kripto paralar konusunda engelleyici düzenlemelere yer vermek isabetli değildir. Kripto paraların evrensel niteliği, kripto paralar için gerekli merkezi bir otoritenin bulunmaması ve böylece kripto paraların bağımsız bir ödeme aracı olması karşısında yapılan engellemenin amaca ulaşma şansı oldukça düşüktür. O halde, kripto paralara ilişkin mevzuatta düzenlemeye yer vermenin reddi veya herhangi bir düzenlemeyle kripto paraların yasaklanması yerine tacirleri ve tüketicileri koruyucu düzenlemelere yer verilmesi tavsiyeye şayandır[17]. Nitekim her ne kadar olumsuz etkileri bulunsa da kanaatimizce sağladığı avantajlar da kripto paraların yok sayılmasına engel oluşturmaktadır. Sağladığı bu avantajlara; bankacılık uygulamalarına (tatil günü, zorunlu limit ve başkaca sınırlamalara) tâbi olmaması sebebiyle kişilere serbestiyet alanı

---

[14] RG., T. 09.01.2008, S. 26751.

[15] RG., T. 01.05.2021, S. 31471.

[16] Kripto paralara pozitif ve negatif yaklaşımlar için bkz. KESKİN KÖYLÜ Meltem, "Kripto Paralar ve Uluslararası Finansal Piyasalarda Yeri", **International Journal of Academic Value Studies**, Vol: 4, Issue: 21, 2018, ss. 814-821, s. 820-821.

[17] Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZKAN Zeynep, "Ulus-Devletin Egemenlik Yetkisinin Dönüşümü Bakımından Sanal Kripto Para: "Bitcoin"", **Social Sciensce Studies Journal**, Volume: 5, Issue: 30, 2019, ss. 601-606, s. 605.

tanıması, ödemelerde düşük miktarda ücret talep edilmesi, işlemlerin geri alınamaması ve kişilerin bilgilerini korunmasının sağlaması suretiyle ödemeleri güvenli kılması, hırsızlığa karşı etkili bir koruma sisteminin bulunması ve ayrıca para kaynağına ilişkin tüm bilgilerin herkes tarafından doğrulanabilmesi ve herkesin kullanımına açık olması örnek gösterilebilir[18].

2. Günlük Hayatta Kripto Paraların Kullanımı

Kripto Varlık Yönetmeliği 30.04.2021 tarihinde yürürlüğe girene kadar dünyadaki kripto paraların kullanımına paralel olarak ülkemizde de kripto paralar yaygın bir kullanım alanı kazanmıştır. Bugün için ülkemizde on adet kripto para ATM'si kullanıma sunulmuştur[19]. Türkiye'de bilişim, eğlence, hukuk hizmetleri, inşaat, reklamcılık, yayıncılık gibi çeşitli birçok sektörde kripto para birimi olan Bitcoin ile ödeme yapılması kabul edilir olmuştur[20]. Kullanıcı sayısına bağlı olarak ülkemizde başkaca birçok sektörlerde akdedilen sözleşmelere de konu oluşturabilecek iken Kripto Varlık Yönetmeliği ile bunun önüne geçilmiştir.

Kripto paraları gündelik yaşamda kullanılmasıyla birlikte yargı kararlarına konu olmaya başlamıştır[21]. Ulaşabildiğimiz kadarıyla, ülkemizde bugün

---

18 https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir, Erişim Tarihi: 29.03.2021.

19 https://coinatmradar.com, Erişim Tarihi: 14.04.2021.

20 Türkiye'de Bitcoin ile ödemeyi kabul ettiğini beyan eden bazı işletmeler için bkz. https://coin-turk.com/bitcoin-kabul-eden-isletmeler, Erişim Tarihi: 12.04.2021.

21 *"... Müvekkilinin **davalı şirket ile kripto para alım satımı için sözleşme imzaladığını, bunun sonucu olarak bu şirket üzerinden bazı kripto paraları satın alması için müvekkilinin banka hesabından şirket hesabına değişik zaman ve miktarlarda paralar yatırdığını, bu paralar ile bazı kripto paraları satın aldığını, müvekkilinin davalı şirketten, 9455 adet xrp (ripple), 95.000(ortalama) adet digibyte ve 160 adet cardano isimli kripto paraları satın aldığını,** bu paraların alım satım işlemleri için şirket bünyesinde bulunmadığını, şirket ile hiçbir şekilde telefonla veya başka türlü iletişime geçmenin mümkün olmadığını, mail adreslerine gönderdikleri epostaların iade edildiğini, davanın kabulü ile, müvekkilinin kripto paralarının aynen iade edilmesine, olmadığı takdirde karar tarihindeki satış bedeli üzerinden Türk Lirası olarak ödenmesini, şimdilik 10.000,00TL'sinin faizi ile birlikte ödenmesini, fazlaya ilişkin alacaklarının tespitine karar verilerek yargılama giderleri ile avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.",* İstanbul 21. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 02.07.2020, 2019/915, K. 2020/278 (Lexpera); *"Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; öncelikle İstanbul mahkemelerinin ve icra dairelerinin yetkili olduğunu, HMK 17 gereği taraflar arasında yetki sözleşmesi bulunduğu bu nedenle yetkisizlik sebebiyle usulden red kararı verilmesi gerektiğini, müvekkilinin 14/08/2018 tarihinde 16.828,00 TL dereğinde ... ile **nakite çevrilebilir müvekkili şirkete ait kendi kripto paralarını verdiği, davacıya bu şekilde peşinen ödeme yapıldığı** bu nedenle kabul anlamına gelmemekle birlikte davacının talep ettiği alacaktan takas ve mahsubu gerektiğini, müvekkilinin beklediği hizmeti alamadığını ve zarara uğradığını, davacının herhangi bir bilgi ve belge sunmadığını ve iddialarını kanıtlayamadığını ve ödemezlik defi ileri sürdüğünü icra takibini kabul etmediğini belirterek davanın reddini istemiştir.",* Bakırköy 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 22.07.2019, E. 2019/153, K. 2019/12.07.2019 (Lexpera).

için henüz kripto para birimleri cinsinden bir kıymetli evrak düzenlenmemiş veya düzenlenmişse bile henüz yargı kararlarına konu olmamıştır. Ancak kripto paraların kullanımının geldiği nokta dikkate alındığında, kripto paraların kıymetli evraka konu olması kaçınılmazdır. Şöyle ki; kripto paralar kambiyo senedinin düzenlenmesine sebep olan temel ilişkinin bir edimi olabilecektir. Bunun yanında, pekâlâ kişilerin bir para birimi olduğu kabulüyle aralarında kambiyo senedi düzenlemeleri mümkündür.

III. BEDELE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

1. Bedel Kavramı

Çalışmamız bakımından bedel kavramının ele alınması gerekmektedir. Sözlük anlamı itibariyle *"bedel"* kavramı; bir şeyin yerini tutabilen karşılılık ve bunun yanı sıra değer, fiyat, kıymet anlamlarına gelmektedir[22]. Sözlük anlamı dikkate alındığında, bedel kavramının para gibi bir ödeme aracına indirgenemeyeceği söylenebilir.

Bedel kavramıyla hukukta sıklıkla karşılaşılmaktadır. Örneğin; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edimin karşı edimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kripto Varlık Yönetmeliği yürürlüğe girene kadar kripto para birimi olan Bitcoin'in en sık kullanıldığı[23] satış sözleşmesi; *"..., satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir* ***bedel*** *ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmaktadır (6102 sayılı Türk Borçlar Kanunu[24]-TBK m.207/1). Buna göre bedel; satış sözleşmesinde alıcının asli edimidir. Alıcının bedel ödeme ediminin bir miktar paranın satıcıya ödemesi ile yerine getirileceği ifade edilmektedir[25]. Bununla birlikte para borcu esasında; bir miktar para (meblağ) ile kararlaştırılan değeri sağlama borcunu ifade etmektedir[26]. Edimin konusunu paranın dışında bir şeyin karşı tarafa verilmesi olması durumunda, söz konusu sözleşme yerine göre duruma göre trampa veya karma sözleşme olarak değerlendirilmektedir[27].

---

22 Türk Dil Kurumu Sözlükleri, sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.03.2021).

23 YELMEN Adem, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 1, 2020, ss. 265-294, s. 267.

24 RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

25 YELMEN, s. 268; NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt: I Satış Sözleşmesi**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 59.

26 NOMER, s. 59.

27 YELMEN, s. 268-269.

2. Kambiyo Senetlerinde Bedel

Kambiyo senetlerinde bedel, senedin zorunlu unsurları arasında sayılmaktadır (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[28]-TTK m.671/1-b, 776/1-b, 780/1-b[29]). Bedel, senet metninde yer alması gereken bir unsur olarak bedelin varlığı veya yokluğu senet metninden anlaşılmaktadır. Senet metninde yer alan bu unsurun yokluğu veya mevzuata uygunsuzluğu senet metninden anlaşılan bir mutlak defi olarak herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilmektedir (TTK m.825/1).

Kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına tâbidir. Ancak bu durum, kambiyo senetlerine ilişkin mevzuatta yer verilen unsurların usulüne uygun yorumlanmasına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla yorum metotlarına uygun olarak kambiyo senetlerinde yer alan bir unsur olan bedel kavramının yorumlanabilmesi mümkündür.

Doktrinde bedel kavramından nakit para anlaşılmaktadır[30]. Bu kabulden hareketle, kambiyo senedinde bedel olarak kripto para birimleri cinsine yer verilmesinin bedeli geçersiz kılacağı savunulmuştur[31]. Ancak kanaatimizce; doktrinde bugüne kadar yapıldığı üzere bedel kavramının doğrudan paraya denk görülmesi yerine bu hususta etraflıca inceleme yapılmak suretiyle bir sonucuna varılması yerinde olacaktır.

Para kavramı, zaman içinde anlamsal olarak değişiklik arz edebilir. Bedeli doğrudan sadece nakit para (fiat-itibari para) olarak değerlendirmek,

---

[28] RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

[29] 5791 sayılı Çek Kanunu m.2/9'da *"Türk Ticaret Kanundaki unsurları taşıması kaydıyla, düzenlenen çekin bu maddede yer alan koşullara aykırı olması çekin geçerliliğini etkilemez."* denilmektedir. Dolayısıyla çekin geçerliliği bakımından Çek Kanunu değil, TTK'daki geçerlilik şartları dikkate alınacaktır.

[30] Kambiyo senetleri için bkz. POROY Reha/TEKİNALP Ünal, Reha, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 22. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018, s. 152; KINACIOĞLU Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. Baskı, Nobel, Ankara, 1999, s. 106; ÜLGEN (ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet, vd.), **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Baskı, Vedat, İstanbul, 2015, s. 131; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI, vd.), s. 237; ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 22. Baskı, Turhan, Ankara, 2018, s. 80, 209, 227; PULAŞLI Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 7. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 80, 209, 227; SARAÇ (KARAHAN Sami/ARI Zekeriyya, vd.), **Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015, s. 172; PULAŞLI, s. 135, 251, 310; BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2018, s. 71, 148-149; BOZER Ali, **Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1970, s. 113. Satış sözleşmesi için bkz. **Yelmen,** s. 285-286.

[31] YARDIMCI Emre Taner, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, S. 3, 2019, ss. 97-128, s. 108.

günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermeyen bir değerlendirme olabilecektir. Geçmişten günümüze ticarete konu olan ödeme araçları değişiklik göstermiştir. Nakit paranın kullanımına kadar, ödeme araçları önce trampa usulüne daha sonra altın ve gümüş gibi değerli madenlerden üretilen emtia paranın kullanımına karşılık gelmekteydi. Parayı nakit paraya eşitlemek ödeme araçlarındaki gelişimi göz ardı etmek anlamına gelebilecektir.

Kanaatimizce; doktrinde bedel kavramına ilişkin bir konuda hataya düşülmektedir. Bu husus, bedel kavramının ödeme aracı kavramıyla bir tutulmasıdır. Bedel kavramı ile ödeme aracı birbirine denk görülmemelidir. Zira bedel, herhangi bir varlığın ekonomik değerini ifade etmektedir. Ödeme aracı kavramı ise; bir edimin ifasına ilişkin olup ifanın nasıl gerçekleştirileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla günümüzde devlet tarafından tanınan ödeme aracının para olduğundan bahisle bedeli nakit paraya indirgemek hatalı bir yaklaşım olarak kabul edilmelidir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu[32] (eTTK)'nın yürürlüğü döneminde de kullanılan *"bedel"* terimi doktrinde Karayalçın tarafından eleştiri konusu olmuştu[33]. Karayalçın; bedel kavramından bir malın veya hizmetin karşılığının anlaşıldığını, ancak maddedeki terim anlamından *"meblağ"*ın *(Summe, somme)* anlaşılması gerektiğini ifade etmekteydi. Ayrıca eTTK'nın yürürlüğü döneminde bazı yazarlar, *"bedel"* teriminin yanı sıra *"meblağ"*[34] *veya "tutar"*[35] terimini kullanmayı tercih etmişlerdi. Yine TTK'nın yürürlüğü döneminde bedelin yanı sıra bu terimlerin kullanıldığı görülmektedir[36]. Kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemenin mehazını 19.03.2021 tarihli Kambiyo Senetlerine İlişkin (Cenevre) Birlik Anlaşması (CBA) oluşturmaktadır[37]. CBA m.1/1-2'nin Fransızca metnindeki *"somme"*, Almanca metnindeki *"Summe"* kelimesinden belirli bir *"tutar"* olarak anlaşılması gerekmektedir. O halde bir senedin kambiyo senedi niteliğini haiz olup olmadığı konusunda değerlendirme yaparken *"bedel"* kelimesi mehaza uygun yorum-

---

32 RG., T. 09.07.1956, S. 9353.

33 KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)**, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 104, dn. 6.

34 KARAYALÇIN, s. 104-105; KINACIOĞLU, s. 105-106; BOZGEYİK Hayri, **Poliçede Müracaat Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 54.

35 KARAYALÇIN, s. 312.

36 POROY/TEKİNALP, s. 153; ÖZTAN, s. 134 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 148-149.

37 TTK m.671'in gerekçesinde Anlaşma'nın tarihi sehven 19.03.1931 yerine 19.05.1931 olarak yazılmıştır.

lanarak bu konuda belirli bir tutarın varlığı şart olarak aranmalıdır[38]. Öyleyse, senette parasal değer taşıyan bir tutara yer verilmesi gerekli ve yeterli görülmelidir.

Bedel olarak rakamlarla veya yazıyla ifade edilen bir sayısal değere yer verilmelidir. Ancak yalnızca bir rakama veya rakamı ifade eden bir kelimeye yer verilmesi yeterli olmamakta, bunun yanında Türk Lirası (TL), Amerikan Doları (USD), Euro gibi bir para birimine yer verilmesi de gerekmektedir. Aksi durumun mevcut herhangi bir senedi, kambiyo senedi olarak değerlendirmekten alıkoyduğu kabul edilmektedir[39]. Bedelin basitçe; sayısal değer artı katsayı olarak işlev gören bir birimin toplamından oluştuğu söylenilebilir. Dolayısıyla bedel denildiğinde, bu toplam tutara denk gelen ekonomik değer anlaşılmalıdır. Senedin geçerliliği bakımından senette yer verilen paranın ülke parası veya yabancı ülke parası olmasının ve bu arada yer verilen para birimi cinsinin bir önemi bulunmamaktadır[40]. Bedel unsurunu kripto para birimleri bakımından değerlendirildiğinde, senette yer alması gerekenin örneğin; *"(10) On BTC"* gibi bir ibareye senette yer verilmesi gerektiğini söylenebilecektir.

3. Bedel Kapsamında Kripto Paraların Hukuki Niteliğinin Değerlendirmesi

Senette bedel olarak yer verilenin hukuki niteliği önem arz etmektedir. Senette yer verilene göre senedin kambiyo senedinde bedel unsurunu bünyesinde taşıyıp taşımadığı değerlendirilecektir. Bu bakımdan, kripto paraların hukuki niteliğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir. Aşağıda bedel unsuru bakımından önem arz eden kripto paraların kambiyo senedinde mal olma ve para olma durumları ele alınacaktır.

A. Kripto Paraların Mal Olarak Kabul Edilmesi

Bir sözleşmede ödeme taahhüdünün bir malın teslimi olması sözleşmenin türüne etki edebilecek niteliktedir. Örneğin; sözleşmeyi satış sözleşmesi değil, trampa sözleşmesi niteliğine büründürür. Öyleyse, bedelin mal olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı hususu sözleşmeler açısından son derece önemlidir.

---

[38] Aynı yöndeki görüş için bkz. CAN Saffet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Poliçeye İlişkin Bazı Maddelerin Kaynağa Uygunluğu Üzerine", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, 2006, ss. 306-320, s. 309.

[39] KARAYALÇIN, s. 104; BOZER Ali/GÖLE Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 71; 174; PULAŞLI, s. 135.

[40] SARAÇ (KARAHAN/ARI, vd.), s. 172; KARAYALÇIN, s. 104.

Kambiyo ilişkisinde taraflar arasında belirli bir ekonomik değerin transfer edilebilir olması gerekir. Bu ise; senette bir para birimi cinsine yer verilmesi yoluyla sağlanmaktadır. Ödeme ise; nakit bir para aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Elektronik para, nakdi paranın elektronik ortamdaki karşılığı olduğundan nakit parayla yapılan ödemeyle aynı hukuki sonucu doğurmaktadır. Kambiyo ilişkisinde bedelin mal olarak belirlenmesi ise mümkün olmamaktadır. Zira bedelin bir mal olarak kararlaştırılması, herkesin aynı niteliklere sahip mala sahip olmasının beklenilmesi anlamını taşıyacaktır. Pek tabii böyle bir kabul hayatın gerçekleriyle bağdaşmayacaktır. Bunun yanında, bir malın sözleşmenin tarafları arasında şüpheye meydan bırakmayacak bir şekilde tek bir ekonomik değeri, yani belirli bir bedeli bünyesinde taşıdığı da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla mal olarak belirlemede belirli bir ekonomik değer bulunmadığından, söz konusu değerin taraflar arasında transfer edilebilmesi de mümkün değildir.

Belirtildiği üzere, kambiyo senetlerinde bedelin mal olarak kabul edilmesi mümkün değildir. O halde örneğin; altın değerli bir maden olduğundan *"1 adet çeyrek altın"* gibi bir ibareye bedel olarak yer verilmesi mümkün değildir. Yine; *"düğünümde takılan 1 adet çeyrek altını"* gibi bir ifade de senedi kambiyo senedi olarak değerlendirmekten alıkoymaktadır[41]. Malın bir şekilde somutlaştırılmış olması da sonucu değiştirmemektedir. Zira altın değerli bir maden olarak hukuken mal olarak kabul edilir[42].

Diğer taraftan, değerli bir maden olarak altının bir piyasa değeri bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından altın maden olarak senette yer verilemeyecek olmakla birlikte, altının piyasa değerinin bulunması sebebiyle katsayı olarak kullanılarak senette yer verilebileceği kabul edilmektedir[43]. Ancak bazı yazarlar tarafından altının katsayı olarak kullanılması dahi tereddütle yaklaşılmakta bunun mümkün olmadığı savunulmaktadır[44].

---

41 Yargıtay 12. HD bir kararında *"... senet bedeli '100 gr. Altın' olarak tespit edilmekle açıklanan kuralın dışında tutulamaz. Altının 22, 18, 14, 24 gibi ayarlar taşınması ve yazılı bedelin hangi ayarda tahsili gerektiği dahi muhakemeye muhtaçtır. Senet bedelinin altın para veya belli gramda altın olarak düzenlenmesi halinde dahi 688/2 madde koşullarını taşımayacağı cihetle bono vasfı bulunmadığı..."*. kanaatine varmıştır, Y. 12. HD., T. 15.11.1999, E. 11073, K. 14219 (Legalbank).

42 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 09.07.1941 tarihli 1941/32 Esas, 1941/28 Karar sayılı kararında vurgulandığı üzere esasında altının mal hükmünde olduğu ifade edilmiştir, Y. İBGK, T. 09.07.1941, E. 1941/32, K. 1941/28 (Legalbank).

43 BOZER/GÖLE, s. 72, 175; PULAŞLI, s. 135; SARAÇ (KARAHAN/ARI, vd.), s. 173; POROY/TEKİNALP, s. 153; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 72.

44 ÜLGEN (ÜLGEN/HELVACI, vd.), s. 132; BOZER, s. 43.

Esasında değerli bir maden olmakla birlikte bir borsası bulunan altın hukuki anlamda bir şey olarak kabul edilmektedir[45]. Ülke parası cinsinden bir değere sahip olması yönüyle altın ile kripto paralar benzerlik taşımaktadır[46]. Ancak altının aksine kripto paraların fiziksel bir karşılığı bulunmamaktadır. Bunun için kripto paraların değeri de altın gibi fiziksel özelliklerinden kaynaklanmaz[47]. Kripto paralar dijital varlıklar olarak elektronik ortamda saklanmaktadır. Fiziksel olarak mevcut olmayıp madde olarak değerlendirilemeyen, yani insanların duyu organları aracılığıyla varlığını algılayamadığı varlıkların ise mal olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. O halde kripto paralar, mal olarak değerlendirilemeyecektir[48]. Kişiler, kripto paralara duydukları güven ile kripto paraları kullanmaktadır. Kripto paraların ekonomik değeri ise; kişilerin onlara güvenerek onu benimsemesinden ileri gelmektedir[49].

Misli bir eşya, senette bedel olarak kararlaştırılamamaktadır[50]. Kripto paralar mal olarak değerlendirilemediği gibi eşya olarak da değerlendirilemeyecektir[51]. Zira bir varlığa hukuki anlamda *"şey"* denilebilmesi bu konuda bir düzenlemenin bulunmasına bağlıdır[52]. Ayrıca kripto paraların sahibine fikri mülkiyet anlamında mutlak bir hak da bahşetmediği söylenebilir[53]. Ancak böyle bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle kripto paralar bakımından ortaya çıkan koruma ihtiyacının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun[54] taşınır eşya hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle giderilebileceği savunulmuştur[55]. Sonuç olarak, kripto paralar eşya olarak değerlendirileme-

---

45 TURANBOY Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", **BATİDER,** C. XXXV, S. 3, 2019, ss. 47-62, s. 53-54, s. 58.

46 YARDIMCI, s. 107.

47 YARDIMCI, s. 103.

48 YELMEN, s. 285; YARDIMCI, s. 111.

49 YELMEN, s. 277-278; https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir, Erişim Tarihi: 29.03.2021.

50 SARAÇ (KARAHAN/ARI, vd.), s. 172; KINACIOĞLU, s. 106; BOZER/GÖLE, s. 71, 175, 224; BOZER, s. 42-43, 113; PULAŞLI, s. 135, 310.

51 BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, "İcra İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralar Üzerine Bazı Meseleler", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, ss. 99-109, s. 107; TURANBOY, s. 60; YARDIMCI, s. 103.

52 BİLGİLİ/CENGİL, s. 101; TURANBOY, s. 57.

53 YARDIMCI, s. 103; BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu (Eşya Niteliği), https://ssrn.com/abstract=3432713, Erişim Tarihi: 02.04.2021, s. 18.

54 RG., T. 08.12.2001, S. 24607.

55 BİLGİLİ/CENGİL, s. 101, 105, 107; BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 14; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 8 vd.

yecek, herhangi bir kripto paraya senette yer verildiğinde bu gerekçeyle kambiyo senedi vasfından yoksun sayılamayacaktır.

B. Kripto Paraların Para Olarak Kabul Edilmesi

Kripto paralar ile ödeme yapılması Kripto Varlık Yönetmeliği ile yasaklanmıştır. Bu ise; *"para"* vasfının tespiti konusunda önem arz ettiği için ödeme yapmanın yasaklanmadığı ve herhangi bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı dönem için ayrı yasaklandığı dönem için ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

a. Kripto Varlık Yönetmeliği'nden Önceki Dönem İçin Değerlendirme

Para denilince genellikle ilk olarak akla nakdi para yani; banknot ve madeni para gelmektedir. Para kavramı hukuka konu olmakla birlikte aynı zamanda iktisadi bir kavramdır[56]. Paranın iktisadi anlamıyla hukuki anlamı birbiriyle örtüşmemektedir. Aşağıda kripto paraların iktisadi anlamda para ve hukuki anlamda para niteliği ele alınacaktır.

aa. İktisadi Anlamda Para Olarak Kabul Edilmesi

Paranın genel olarak kabul edilen fonksiyonları; ortak bir mübadele aracı olması, değer (servet) birikimi aracı olması ve hesap (ölçü) birimi olmasıdır[57]. Sayılanlardan hareketle iktisadi anlamda para; arzı ile el değiştirme kabiliyeti bulunan ve böylelikle mal ve hizmetlerin değişim değeri olarak ifade edilmektedir[58].

Doktrinde yer alan bir görüşe göre kripto paralar; paranın fonksiyonlarını önemli ölçüde taşımaktadır[59]. Gerçekten de kripto paraların günümüzde

---

[56] ŞENER Oruç Hami, "Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, ss. 455-490, s. 472.

[57] BOZKURT YÜKSEL, s. 175; ÖZTÜRK/KOÇ, s. 211; Mehmet Sıddık, **Hukuki Açıdan Elektronik Para**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 28-31; ÜZER Betül, Sanal Para Birimleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2017, s. 4-5; DOĞAN Hasan, "İslam Hukuku Açısından Kripto Paralar ve Blokchain Şifreleme Teknolojisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 2, 2018, ss. 225-253, s. 226; ŞENER, s. 472-475; KAHRAMAN Abdüssamed, **Türk ve Avrupa Birliği Işığında Elektronik Para**, Adalet, Ankara, 2020, s. 23-24.

[58] YURTÇİÇEK, s. 27.

[59] ÜSTÜNKAYA Hülya, "Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Kripto Para, Blokzinciri ve Akıllı Sözleşmeler", Blokzinciri, **Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler**, Gazi, Ankara, 2021, ss. 147-165, s. 154.

bir mal karşılığında ödeme aracı, dolayısıyla mübadele aracı olduğu kabul edilmektedir[60]. Ancak Kripto Varlık Yönetmeliği'nin yürürlüğünün öncesi dönemde ülkemizde yaygın bir ödeme aracı fonksiyonunu sağladığını söyleyebilmek mümkünse de bu yaygınlığın henüz görece istenen, en azından nakdi paraya eşdeğer seviyede olduğu söylenemez. Paranın diğer fonksiyonları bakımından ele alındığında ise; servet birikimi aracı ve hesap birimi ölçüsü olma fonksiyonuna sahip olduğu sonucuna varılmalıdır[61]. Zira artık günümüzde kripto paralar yatırım aracı haline gelmiştir. Ayrıca kripto paraların bünyesinde belirli bir ekonomik değeri taşıdığı gerçeği yadsınamaz.

Bedel kavramı, hukuka konu olmakla birlikte daha ziyade iktisadi bir kavramdır. Bedel kavramı her ne kadar doktrin tarafından para (hatta nakit para) kavramına denk görülse de aslında bedel kavramından bahsedebilmek için hesap birimi fonksiyonun varlığı gerekli ve yeterlidir. Kambiyo ilişkisinde ekonomik değer taşıyan bir tutar taraflar arasında transfer edilecektir. Kripto paralar bu ekonomik değer taşıyan tutar transferine engel olmayıp hesap birimi olma özelliğine sahiptir.

Bedel olduğunun kabulü için paranın hesap birimi olma fonksiyonuna sahip olma yeterli olmakla birlikte; Kripto Varlık Yönetmeliği'nin yürürlüğünün öncesi dönemde, bedel olarak kabulün ötesinde kripto paraların iktisadi anlamda para olduğu da kabul edilmeliydi. Kripto paraların yeterli seviyede kullanım yaygınlığına ulaşmamış olması kripto paraları iktisadi anlamda para olarak değerlendirmeye engel görülmemeliydi. Şu an için ise, kripto paralar ortak bir ödeme aracı olma niteliğini haiz değildir. Zira Kripto Varlık Yönetmeliği ile kripto paraların yapılacak ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu gerekçeyle bugün için kripto paralar iktisadi olarak para olarak değerlendirilememelidir.

bb. Hukuki Anlamda Para Olarak Kabul Edilmesi

Paranın hukuka konu olması mevzuatta paraya yer verilmesine bağlıdır. Mevzuatta para kavramına yer verilmekle birlikte herhangi bir şekilde para-

---

[60] YELMEN, s. 267. Mübadele aracı olmadığı konusundaki görüş için bkz. GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", **REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 3, 2019, ss. 383-408, s. 391.

[61] Kripto paraların kur dalgalanmamaları ve kullanıcıların onları yatırım aracı olarak görmeleri sebebiyle hesap birimi olarak kabul edilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. GÜÇLÜTÜRK, s. 392. Kanaatimizce; hesap birimi olma fonksiyonu yazar tarafından belirtilen bu sebeplerle ilişkili değildir.

nın tanımına yer verilmiş değildir. 1567 sayılı Kanun'a[62] dayanılarak çıkarılan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın[63] 2. maddesinin "e" bendinde Türk Parası; *"Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre Türkiye'de tedavülde bulunan veya tedavülden kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış olan paraları"* ifade edeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte belirtilen bu tanım hukuki anlamda bir parayı tanımlamaya elverişli değildir. Anılan kararın Türk parasının kıymetini korumayı amaçladığı dikkate alındığında hukuki anlamda genel bir para tanımını sunmadığı görülecektir. Ayrıca anılan kararın resmî gazetede yayımlanma tarihinin 1989 yılı olduğu ve bu tarihte henüz kripto paraların varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında kripto paraları da bünyesinde barındırabilecek böyle bir tanımı bize sağlamayacağı da açıktır.

Hukuki anlamda para kavramının çerçevesi; toplumsal para teorisi ile resmî para teorisi birlikte kullanılmak suretiyle çizilebilir. Toplumsal para teorisinin temel dayanağı; paranın iktisadi fonksiyonları olup değeri kullananların onu mübadele aracı olarak güven duyarak kullanmalarından ileri gelmektedir[64]. Resmî para teorisine göre ise para; devletin egemenlik haklarından kaynaklanan bir hak olarak devlet tarafından üretilip tedavüle çıkarılabilmektedir[65]. Resmî para teorisine göre para; varlığını kamu otoritesinden alan bir varlıktır.

Para basma yetkisi, günümüze kadar bir devlet geleneği ve egemenlik hakkının kullanımı olarak kabul edilegelmiştir. Ancak kripto para üretimi devlet eliyle gerçekleşmemektedir. Kişilerin yürüttükleri kripto para madenciliği faaliyeti sonucunda sistem tarafından kişilere ödül olarak kripto para verilmektedir[66]. Kripto para üretiminin salt ekonomik sonuçları bulunmakta olup egemenlik haklarına ilişkin bir sonucunun bulunmadığı söylenebilir[67]. Kripto parayı üretenin tanıyan ülke değil de başka ülkenin vatandaşı oluşu veya kripto paranın başka bir ülke tarafından desteklenmesi de sonucu değiştirmeyecektir. Yine bir devlet tarafından herhangi bir kripto para birimi-

---

62 RG., T. 25.02.1930, S. 1433.

63 RG., T. 11.08.1989, S. 20249.

64 ŞENER, s. 478.

65 ŞENER, s. 477-478.

66 KAHRAMAN, s. 108-110.

67 Devletin egemenlik hakkıyla bağdaşmaması sebebiyle kripto paraların niteliği itibariyle para olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. TURANBOY, s. 48.

nin benimsenerek milli para olarak ilan edilmesi de diğer devletlerin egemenlik hakkına halel getirmeyecektir. Bununla birlikte, kripto paraların kullanımının yaygınlaşması devletlerin merkez bankaları eliyle para basma imtiyazını sona erdirebileceği endişesine yol açmıştır[68].

aaa. Kripto Paraların Ülke Parası veya Yabancı Ülke Parası Olarak Kabul Edilmesi

Ülkemizde resmi para teorisine uygun olarak resmi para birimi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun[69] ile ilan edilmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin para birimi Türk Lirası (TL), alt birimi ise kuruş (Kr) olduğuna yer verilmiştir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre; nakdi para gibi işleve sahip ve değer aktarımına yarayan kripto paraların hukuki niteliğinin para olarak kabulünün önünde bir engel bulunmamaktadır[70]. Buna karşın kripto paraların hukuki anlamda para olarak kabul edilmediği doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir[71]. Bunun gerekçesi olarak, kripto paraların ülke parası olarak mevzuatta tanınmaması gösterilmektedir.

Bir varlığın hukuki anlamda para olarak kabul edilebilmesi; devlet tarafından para vasfının söz konusu varlığa tanınmasıyla mümkündür[72]. Bununla birlikte, doktrindeki bir görüşe göre; kripto paralar devlet tarafından bir ödeme aracı olarak kabul edilmese bile kripto paraların yasaklanmamış olmasını kripto paraları para olarak değerlendirebilmek için yeterli görmek gerekir[73]. Bu görüşe göre; Kripto Varlık Yönetmeliği'nin yürürlüğünden önceki dönem için kripto paralar *"para"* olarak değerlendirilebilecektir. Ancak kanaatimizce; kripto paraları hukuken para olarak kabul edebilmek için kripto paraların devlet tarafından yasaklanmamış olması yeterli görülmemelidir. Kripto paraların hukuken para vasfını kazanabilmesi için onlara bu vasfı tanıyan hukuki düzenlemelere de ihtiyaç bulunmaktadır. Bugün için

---

68 BOZKURT YÜKSEL, s. 204; s. 22, European Central Bank, Virtual Currency Schemes, 2012, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf Erişim Tarihi: 07.04.2021.

69 RG., T. 31.01.2004, S. 25363.

70 ÖNAL Ali, "Banka Vasıtalı Ödeme Araçlarını Dışlayan Bir Sistem Olarak Kripto Sanal Para Bitcoin ve Hukuki Niteliği", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, S. 17, 2016, ss. 165-195, s. 187-188.

71 BİLGİLİ/CENGİL, s. 100, 102, 105; YARDIMCI, s. 102, 107, 111; ÜSTÜNKAYA, s. 154.

72 ŞENER, s. 479.

73 ÖNAL, s. 187-188.

ülkemizde herhangi bir kripto para arkasında bir merkezi otoritenin bulunmadığı gerekçesiyle ona para vasfı tanıyan bir hukuki düzenlemeyle bir para birimi olarak kabul edilmemektedir[74]. Diğer taraftan, günün birinde Türkiye'de devlet tarafından herhangi bir kripto para biriminin tedavüle sokulması bile ihtimal dahilindedir[75].

TBK m.99/1'de *"**Konusu para olan** borç ülke parasıyla ödenir."* düzenlemesine yer verilmektedir. TBK m.99'un 1. fıkrasında *"Konusu ülke parası olan"* değil *"Konusu para olan"* denilmekle yetinilmiştir. TBK m.99/2-3'te ise *"Ülke parası dışında **başka bir para birimiyle**..."* ödemenin yapılmasını düzenlemektedir. Yine *"... başka bir ülke para birimiyle"* denilmemiş, *"... başka bir para birimiyle"* denilmiş olması dikkat çekicidir. O halde kanunun lafzına bakıldığında paranın bir ülkenin parası olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim örneğin; Euro, bir ülke parası değil Avrupa Birliği ülkelerinin kullandığı ortak para birimidir. Kripto paralar herhangi bir ülkenin parası olmadığından ülke parası veya yabancı ülke parası olarak değerlendirilemeyecektir[76]. Kripto paraların kullanılmaya başlama tarihinin 2010 sonrası olduğu düşünüldüğünde; kanun koyucunun kripto paraları bu kapsamda düşünmediği söylenebilir. Diğer taraftan, TBK m.99'un lafzi itibariyle *"para"*yı düzenlediği dikkate alındığında, kripto paranın bu kapsamda kalması kripto paranın hukuken para olarak kabulüne bağlıdır.

TBK m.99'da *"bedel"* kavramının değil, kenar başlığında belirtildiği üzere *"Ödeme"* kavramının düzenleme altına alındığı gözden kaçırılmamalıdır. Ödeme sözleşmenin ifasına ilişkindir. Bedel ise, bir varlığın ekonomik değerine ilişkindir. Hukuki anlamı itibariyle bedel herhangi bir sözleşmede parasal değer taşıyan edim anlamına gelmektedir[77].

İcra takip talebini konu alan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu[78] (İİK) m.58'in 3. fıkrasında *"Alacağın veya istenen teminatın **Türk parası**yla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat **yabancı para** ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi"* denilmektedir. TBK m.99 düzenlemesinde olduğu gibi anılan

---

74 TURANBOY, s. 60.

75 DOĞAN, s. 248.

76 YARDIMCI, s. 102.

77 Satış sözleşmesinde bedelin yalnızca para olabileceğine ilişkin olarak bkz. YELMEN, s. 285-286.

78 RG., T. 19.06.1932, S. 2128.

düzenlemenin tarihi göz önüne alındığında, kripto paraların anılan hükmün kanunlaşma aşamasında düşünülmesine olanak olmadığı söylenebilecektir. Nitekim anılan düzenleme, 4949 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 17.07.2003 tarihinde kanunlaşmıştır. İİK m.58'in 3. fıkrasının amacının; ülke parasının değerinin korunarak devletin hükümranlık hakkını kullanabilmesine olanak sağlanması olduğu belirtilmektedir[79]. Anayasa m.87'ye göre; para basma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM'ye) aittir. TBMM bu kapsamda yer alan banknot basma yetkisini 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'yla TCMB'na devretmiştir. Anılan Kanun'un m.4/II-a'ya göre; Türkiye'de *"**banknot** ihracı imtiyazı"* tek elden Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na verilmiştir. Oysa cismani bir varlık olmayan ve böylece banknot niteliğini haiz bulunmayan kripto paraların ihracı için Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na böyle bir yetki devrinin yapılmadığı açıktır.

Kripto paralar, hukuki nitelikleri itibariyle para olarak kabul edilemediği için yabancı para olarak talep edilebilmesine de olanak yoktur. Doktrinde kripto paralar, yabancı para olarak değerlendirilemediği için doğrudan yabancı para kapsamında talep yapılamayacağı belirtilmektedir[80]. Bu çerçevede kripto paraların Türk Lirasına çevrilmesi suretiyle genel haciz yoluyla takip yapılabileceği söylenebilir[81].

Günümüzde ülkemiz mevzuatı bakımından hukuki niteliği itibariyle para olarak değerlendirilemeyecek kripto paraların ülke parası veya yabancı para olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır[82]. Bu ise, Kripto Varlık Yönetmeliği'nin yürürlüğünden önceki dönemde para gibi sözleşmelere konu olması halinde ortaya çıkan hukuki sorunların nasıl çözüleceği sorusunu beraberinde getirmiştir. Doktrinde Yelmen tarafından; kripto para türü olan Bitcoin hukuki niteliği itibariyle para değil, *"para benzeri"* olarak değerlendirilmiştir[83]. Hukuki olarak *"para"* olarak değerlendirilemeyen kripto paraların *"para (nakit) benzeri"* olarak değerlendirilmeleri düşünülebilir. Bu ise, esasen ekonomi ve muhasebe kavramı olan *"para (nakit) benzeri"* kav-

---

79 ERİŞİR Evrim, "Borçlar Kanunu m.83 III ve Türk Borçlar Kanunu m.99 III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2012, ss. 873-894, s. 880.

80 YARDIMCI, s. 107, 114.

81 YARDIMCI, s. 107.

82 BİLGİLİ/CENGİL, s. 105.

83 YELMEN, s. 285-286.

ramının[84] kripto paraların hukuki niteliğini açıklamak üzere kullanılması anlamına gelmektedir. Kanaatimizce de para gibi sözleşmelere konu edilen ancak hukuken para olarak kabul edilmeyen kripto paralar hakkında ortaya çıkan hukuki sorunlarda yabancı ülke parasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması isabetli bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır[85].

Ülkemizde mevzuatta herhangi bir kripto para birimi para olarak tanındığı takdirde, söz konusu kripto para birimi için *"ülke parası"* değerlendirmesi yapılabilecektir. Bu arada 2019-2023 yılına ilişkin olarak hazırlanarak 2019 yılında TBMM tarafından onaylanan 11. Kalkınma Planı[86] m.249.5'te *"Blokzincir tabanlı dijital merkez bankası parası uygulamaya konulacaktır."* denilmişse de ihraç edilen bu para teknik olarak kripto para olarak kabul edilemeyecektir. Zira Satoshi Nakamoto'nun ortaya koyduğu kripto para ilkelerine göre; kripto paranın merkeziyetsiz işlem görmesi, diğer bir deyişle herhangi bir banka tarafından işlem görmemesi gerekir. İşlemlerin dijital merkez bankası da olsa böyle bir finans kurumu aracılığıyla yürütülmesi uygulamaya konulan bu varlığı kripto para olarak değerlendirmekten alıkoyacaktır. Nitekim devletler kripto paralar yerine denetleyebileceği merkezi bir sistem olarak dijital merkez bankası parası (central bank dijital currency-CBDC) kavramı çerçevesinde çalışmalarını yürütmektedirler[87]. Dijital merkez bankası parasına örnek olarak, İsveç tarafından henüz test aşamasında olan E-krona gösterilebilir[88].

bbb. Yabancı Paralarda Bedele İlişkin Getirilen Sınırlandırmanın Kripto Paralara İlişkin Sonucu

85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'yla[89] 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4. maddesine "g" bendi olarak *"Türkiye'de yer-*

---

[84] Kamu Gözetimi Kurumu tarafından çıkarılan *"Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı"* başlıklı kitapçıkta nakit benzerleri; *"Tutarı belirli bir nakde kolayca çevrilebilen ve değerindeki değişim riski önemsiz olan kısa vadeli ve yüksek likiditeye sahip yatırımlardır."* şeklinde tanımlanmıştır, Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı, Ek-9 Tanımlar, s. 235, https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/bobi_frs.PDF, Erişim Tarihi: 29.03.2021.

[85] İcra takibinde kripto paraların kur değişimlerinde yabancı paraya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği konusunda bkz. BİLGİLİ/CENGİL, s. 102.

[86] RG., T. 23.09.2019, S. 30840 Mükerrrer.

[87] KARAMAN Ayşe, "Merkez Bankası Dijital Para Birimi (CBDC) Nedir?", https://tr.cointelegraph.com/news/what-is-a-cbdc, Erişim Tarihi: 09.04.2021.

[88] https://www.riksbank.se/en-gb/payments--cash/e-krona, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

[89] Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar, RG., T. 13.09.2018, S. 30534.

leşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz." hükmü eklenmiştir. Kambiyo senedinde bedel unsurunun bu kapsamda yer alıp yer almadığına ilişkin düzenleme ise; Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (2008-32/34 no.lu Tebliğ)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (2018-32/51 no.lu Tebliğ)[90] m.8/18'de *"Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamayan sözleşmeler kapsamında düzenlenecek* ***kıymetli evraklarda yer alan bedellerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesi mümkün değildir."*** şeklinde getirilmiştir. 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karar 1567 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun uyarınca çıkartılmıştır. Anılan Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında *"Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklere aykırı hareket eden kişi, üçbin Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır."* denilmektedir.

Görüldüğü üzere, 2018-32/51 no.lu Tebliğ ile her ne kadar Türkiye'de yerleşik kişiler tarafından bazı sözleşmeler için düzenlenen kıymetli evrakta bedelin döviz[91], yani yabancı parayla bedelin kararlaştırılması yasaklanmışsa da bu yasağın müeyyidesi idaridir. Kambiyo senedinde yer alan bedelin döviz cinsinden düzenlenmesinin özel hukuk bakımından bir sonucu bulunmamaktadır. O halde, kıymetli evrakta bedelin döviz cinsinden düzenlenmesinin senedi geçersiz kıldığı söylenemeyecektir. Buna göre; kıymetli evrakta bedelin kripto para birimleri cinsinden düzenlenmesi ise evleviyetle mümkün kabul edilmelidir. Ayrıca belirtilmelidir ki; suç ve cezalar için öngörülen kıyas yasağı karşısında kripto paralar kıyasen bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Bu çerçevede, kambiyo senedinin kripto para cinsinden düzenlenmesine idari yaptırım bakımından dahi hukuki bir engel bulunmadığı söylenebilecektir.

---

90 RG., T. 06.10.2021, S. 30557.

91 Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar m.2 "h" bendinde döviz; *"Efektif dahil yabancı parayla ödemeyi sağlayan her nev'i hesap, belge ve vasıtaları"* olarak tanımlanmıştır.

ccc. Kripto Paraların Elektronik Para Olarak Kabul Edilmesi

Bitcoin'in mucidi Satoshi Nakamoto, Bitcoin'i elektronik para (electronic coin) olarak nitelendirmiştir[92]. Doktrinde elektronik para; internet üzerinden para transferine imkân tanıyan sistemlerin her biri olarak tanımlanmaktadır[93]. Mevzuatımız bakımından ise, böyle bir kabulün mümkün olup olmadığı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Elektronik paranın tanımına 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun[94] m.3/1-ç'de *"**Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen,** elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri"* ifade ettiği belirtilmiştir. Bu tanımdan hareketle, elektronik (kaydi) paranın varlığından söz edebilmek için elektronik parayı ihraç eden bir kuruluşun bulunması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Elektronik para ancak belirli kuruluşlar tarafından ihraç edilebilir. Bu kuruluşlar; Bankalar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi veya elektronik para çıkarma izni verilen elektronik para kuruluşlardır (6493 sayılı Kanun m.18). Ayrıca tanımda, elektronik paranın fon karşılığı ihraç edildiği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, elektronik para nakdi paranın sahip olduğu değerin dijital ortamdaki karşılığıdır[95].

Kripto para ise, bir sanal paradır[96]. Sanal para ise; elektronik paradan bazı yönlerden ayrılmaktadır[97]. Sanal para; Avrupa Merkez Bankası tarafından *"Bazı hallerde paraya alternatif olarak kullanılabilen, merkez bankası, kredi kuruluşu veya elektronik para kuruluşu tarafından ihraç edilmeyen dijital bir temsili değer"* şeklinde tanımlanmıştır[98]. Sanal paranın ve dolayısıyla kripto paranın temsil ettiği fiziki bir para bulunmamaktadır[99]. Kripto para, bir fon karşılığında

---

92 https://bitcoin.org/bitcoin.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2021.

93 TOPALOĞLU Mustafa, "Elektronik Ticarette Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 130, 2017, ss. 70-80, s. 75.

94 RG., T. 20.06.2013, S. 28690.

95 YELMEN, s. 270; YURTÇİÇEK, s. 80; ÜZER, s. 12.

96 TURANBOY, s. 59; BOZKURT YÜKSEL, s. 197.

97 Doktrinde sanal paranın elektronik paranın bir çeşidi olduğu belirtilmektedir, BOZKURT YÜKSEL, s. 197; TOPALOĞLU, s. 78.

98 European Central Bank, Virtual Currency Schemes-A Further Analysis, 2015, s. 25, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf, Erişim Tarihi: 26.03.2021.

99 YELMEN, s. 270.

ihraç edilmemektedir. Üretiminin temelinde kripto para madenciliği (mining) bulunmaktadır[100]. Bitcoin'in mucidi Satoshi Nakamoto'nun ortaya koyduğu gibi kripto paralar bir finans kurumuna ihtiyaç duymaksızın taraflar arasında merkeziyetsiz olarak devredilmektedir[101]. Merkeziyetsizlik durumu, ülke sınırını aşan ekonomik değer transferlerinde dahi değişmemekte, böylece taraflar bir takım aracı kurum giderleriyle karşılaşmamaktadır[102]. Ekonomik değer transferi, Satoshi Nakamoto'nun ortaya koyduğu eşten eşe (peer to peer) sistemi ile sağlanmaktadır. Elektronik parada taraflar arasında ekonomik değerin transferinde kanun tarafından kendisine yetki verilen bir finans kuruluşunun içinde bulunduğu üçlü bir ilişki içine girilmektedir. Kripto parada ise, kripto paranın devrinin merkeziyetsiz niteliği gereğince yapılan işlemde finans kuruluşları işlemin dışında bırakılıp[103], tıpkı nakdi paranın devrinde olduğu gibi ekonomik değerin transferi için iki kişinin varlığı yeterli görülmektedir.

Ekonomik değerin transferi için tarafların cüzdan (wallet) adı verilen sanal bir hesaba sahip olması yeterlidir[104]. Kripto paranın transferi, cüzdanları için sahip oldukları özel anahtar (private key) ve genel anahtar (public key) denilen şifreli kodlar aracılığıyla Taraflar arasında gerçekleştirilmektedir. Özel anahtar, işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayan kişisel şifre; genel anahtar ise, e-mail gibi kişilerin adresine denk gelen şifre olarak izah edilebilecektir[105]. İşlem onayı veren kişisel niteliği gereğince özel anahtarın sadece hak sahibi tarafından bilinmesi gerekirken, genel anahtarın ilgili herkes tarafından bilinmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır[106]. Anahtarlar aracılığıyla gerçekleştirilen her işlem için *"hash"* adı verilen şifreler oluşturulmakta, oluşturulan bu şifreler bloklarda saklanmaktadır[107].

---

[100] HECKELER Udo/KÜHNEN Stephan (BRUNE Jens/DİRK Driesch, vd. (Herausgeber)), **Beck'sches IFRS Handbuch**, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2020, §4 Rn. 68; BİLGİLİ/CENGİL, s. 101; BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 5; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 5-6; YARDIMCI, s. 101; TOPALOĞLU, s. 79.

[101] https://bitcoin.org/bitcoin.pdf, Erişim Tarihi: 26.03.2021.

[102] YARDIMCI, s. 101-102.

[103] YARDIMCI, s. 99.

[104] TURANBOY, s. 53; YARDIMCI, s. 99-100; BİLGİLİ/CENGİL, s. 100.

[105] YARDIMCI, s. 100. Özel anahtarın banka hesabının şifresine, genel anahtarın ise banka IBAN numarasına benzediği konusunda bkz. BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 6; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 7.

[106] BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 6-7.

[107] ÇEKİN Mesut Serdar, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blokchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", **İstanbul Hukuk Mecmuası,** C. 77, S. 1, ss. 315-341, s. 321; BOZKURT YÜKSEL, s. 200-201.

Görüldüğü üzere kripto paralar, 6493 sayılı Kanun'da aranan özelliklere sahip değildir. Ekonomik değerin transferinde de elektronik parada kullanılandan farklı olarak kendine özgü bir sisteme sahiptir. Bu sebeple kripto paraların elektronik para olarak kabulüne olanak yoktur[108].

b. Kripto Varlık Yönetmeliği'nden Sonraki Dönem İçin Değerlendirme

TCMB tarafından hazırlanan 30.04.2021 tarihinde yürürlüğü öngörülen Kripto Varlık Yönetmeliği 16.04.2021 tarihinde resmî gazetede yayımlanmıştır (m.5). Bu Yönetmelik'in hukuki dayanağı olarak; 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun m.4/3-I, f[109] ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunu'n m.12/3[110] ve 18/6[111] olarak gösterilmiştir.

Kripto Varlık Yönetmeliği'nde *"kripto* ***para****"* ifadesini kullanmaktan özellikle kaçınılmıştır. Bunun sebebi; adında dahi para ifadesini kullanmayarak hiçbir şekilde para olarak değerlendirmeye mahal verilmemesi olarak açıklanabilir. Yönetmelik'te kripto varlıklar; dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar olarak tanımlanmıştır (m.3/1). Tanım, kripto paraların kullandığı blokzinciri teknolojisini ve hukuki niteliğinin ne olarak kabul edilemeyeceği sıralanarak yapılmıştır. Tanıma göre kripto varlıklar;

---

[108] KAHRAMAN, s. 112-113.

[109] 1211 sayılı Kanun m.4/3-I, f hükmü *"Türk lirasının hacim ve tedavülünü düzenlemek, ödeme ve menkul kıymet transferi ve mutabakat sistemleri kurmak, kurulmuş ve kurulacak sistemlerin kesintisiz islemesini ve gözetimini sağlamak ve gereken düzenlemeleri yapmak,* ***ademeler için elektronik ortam da dahil olmak üzere kullanılacak yöntemleri ve araçları belirlemek****"* şeklindedir.

[110] 6493 sayılı Kanun m.12/3 hükmü *"****Ödeme hizmetlerine, ödeme hizmetleri kapsamında tarafların hak ve yükümlülüklerine, ödeme hizmetine ilişkin sağlanacak bilgi ve koşullar*** *ile çerçeve sözleşmeye ilişkin usul ve esaslar, Mali Suçları Araştırma Kurulunun görüşünün alınması suretiyle Bankaca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."* şeklindedir.

[111] 6493 sayılı Kanun m.18/6 hükmü "*Bu maddenin uygulanmasına, elektronik para kuruluşunun kurulmasına ilişkin istenecek bilgi ve belgelere, işleyişine, sermaye ve özkaynak yapısına, şube, temsilci veya dış hizmet sağlayıcı kullanımına, kurumsal yönetim ilkelerine, iç sistemlerine, bilgi sistemleri yönetimine ve bu Kanun kapsamına girmeyen diğer faaliyetlerine,* ***elektronik paranın ihraç edilmesi ve geri ödenmesine ilişkin usul ve esaslar*** *Mali Suçları Araştırma Kurulunun görüşünün alınması suretiyle Bankaca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."* şeklindedir.

itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilememektedir. Dolayısıyla ödeme aracı olarak kabul edilebilecek her türlü değerlendirme reddedilmiştir. Ayrıca tanımda kripto varlığı ne olarak nitelendirmemiz gerektiğinin cevabı da verilmiştir. Yönetmelik'e göre kripto varlıklar; gayri maddi varlık olarak nitelendirilmelidir. Ancak yapılan tanımlamanın Kripto Varlık Yönetmeliği'nin uygulanmasında kripto varlıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olduğu unutulmamalıdır[112]. Dolayısıyla yönetmeliğin uygulanması gösterdiği kanunun dışında diğer kanunlar anlamında farklı tanımlamaların yapılabilmesi mümkündür.

Kripto Varlık Yönetmeliği'nin çıkarılma amacı; ödemelerde kripto paraların kullanılmasının önüne geçmektir[113]. Kripto Varlık Yönetmeliği'nde kripto paraların ödeme aracı olarak kullanılması açık bir şekilde yasaklanmaktadır. Yönetmelik'te kripto varlıkların dolaylı da olsa ödeme aracı olarak kullanılamayacağı vurgulanmıştır (m.3/2). Bu düzenlemeden, edimin bir tarafın bedel ödemesini borçlandığı sözleşmelerde ödemenin kripto para birimleriyle yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Yönetmelik'te yalnızca ödeme yapmanın değil, ödemenin kabulünün de mümkün olmadığı ayrıca belirtilmiştir (m.3/3). Bunların yanı sıra ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto paraların kullanılması yasaklanmıştır (m.4).

Kripto Varlık Yönetmeliği ile şüpheye yer olamayacak şekilde kripto paraların hukuken *"para"* olmadığı ve Türkiye'de ülke veya yabancı para yerine geçen bir ödeme aracı olarak kullanılamadığı vurgulanmıştır. Şu hâlde kambiyo senedinin ödenmesi bakımından da ödeme aracı olarak kullanılamayacağı açıktır. Ayrıca belirtilmelidir ki; kripto paraların ödeme aracı olarak kullanılamaması ortak bir ödeme aracı olarak kullanılamaması anlamına gelmektedir. Bu durum ise, ekonomik anlamda para fonksiyonlarından birini bünyesinde barınmayan kripto paraların ekonomik anlamda dahi para olarak kabul edilememesi sonucunu doğurmaktadır.

---

[112] Nitekim Kripto Varlık Yönetmeliği m.3/1'teki tanıma *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık ..."* şeklinde başlanılmıştır.

[113] TCMB tarafından yapılan 16.04.2021 tarih ve 2021/17 sayılı basın açıklamasında *"Son dönemde, söz konusu varlıkların ödemeler alanında kulanılmasına ilişkin çeşitli girişimlerin oluşmaya başladığı gözlenmiştir. Bu varlıkların ödemelerde kullanılmasının, yukarıda bahsedilen sebeplerle işlemin tarafları açısından telafisi mümkün olmayan mağduriyetler yaratma ihtimali bulunduğu ve bu alanda mevcutta kullanılan yöntem ve araçlara karşı güven zaafiyeti meydana getirebilecek unsurlar içerdiği değerlendirilmektedir."* denilerek Yönetmelik'i düzenleme amacı ortaya koyulmuştur.

Diğer taraftan, yukarıda belirtildiği üzere; kripto paraların ödeme aracı olarak kullanımın yasaklanması bir piyasa değerinin bulunduğu ve hesap birimi olarak kullanılmaya elverişli olduğu gerçeğini gölgelememektedir. Kanaatimize göre; kambiyo senedinde bir hususu bedel olarak kabul edebilmek için para olarak nitelendirmek şart olmayıp ekonomik değer taşıyan bir tutarın bulunması ve bu tutarın şüpheye yer vermeyecek tek bir tutar olması yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca senette bedel olarak yer verilecek olanın kambiyo senedinin türüne göre havaleye veya borç ikrarına imkân tanıması gerekmektedir.

Kripto Varlık Yönetmeliği ile yasaklanan husus kripto paralar ile ödeme yapılmasıdır. Diğer taraftan şu an için aynen ödeme, yani kripto para cinsinden ödeme mümkün olmasa bile bir senette kripto paraların bedel olarak yer verilmesinin önünde hukuki bir engel görülmemelidir. Bir senette herhangi bir kripto para birimi cinsinden bir tutara yer verilmesi halinde bu tutar hesap birimi olarak değerlendirilmelidir. Bu halde, kambiyo senedinde yer alan kripto para cinsinden bedelin ülke parası cinsine çevrilerek kambiyo senedinin ödenmesi sağlanmalıdır.

Nitekim TTK'da *"bedel"* ile *"ödeme"* kavramları farklı kavramlar olarak kullanılmıştır. Bu sonuca poliçede rayici olmayan yabancı para ülke parası ile yapılan ödemelerde[114] TTK m.711/1'deki *"Poliçenin, ödeme yerinde* ***rayici olmayan bir para*** *ile ödeneceği şart koşulduğu takdirde,* ***bedeli,*** *vade günündeki değerine göre o ülke parasıyla ödenebilir."* düzenlemesinden ulaşmak mümkündür. TTK m.778/1-c atfı sebebiyle aynı düzenleme bonolar için de uygulanmaktadır. Yine TTK m.802/1'de yer verilen *"Çekin ödeme yerinde* ***rayici olmayan bir para ile ödenmesi*** *şart koşulmuş ise,* ***bedeli,*** *çekin ibraz günündeki değerine göre o ülke parası ile ödenebilir."* şeklinde düzenlemeden çekler içinde aynı sonuca ulaşılabilecektir. Kanun koyucu dileseydi pekâlâ anılan hükümleri bedel kavramına yer vermeksizin yalnızca ödemeyi belirtmek suretiyle düzenleyebilirdi.

4. Senette Kripto Paraların Varlığında Aynen Ödeme Kaydına Yer Verilmesi

Konusu ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması olan bir borç için aynen ödeme veya efektif ödeme gibi bu anlama gelen bir ifade-

[114] TCMB tarafından rayici ilan edilen 18 para birimi bulunmaktadır. Bu konuda bkz., https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html, Erişim Tarihi: 18.03.2021.

nin senette bulunması durumunda kararlaştırılan para ile ödeme yapılacaktır. Konusu ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması olan bir borç senet aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifadeyi içermiyorsa, söz konusu borç Türk Lirası (TL) olarak da ödenebilecektir (TBK m.99/2-3). Bu halde, senette yer verilen yabancı para birimi; borcu Türk Lirası'na çevrilmek için kullanılan bir katsayı olarak karşımıza çıkmakta ve çevirme işlemi resmi kur üzerinden gerçekleştirilmektedir[115]. Aynen ödeme veya efektif ödeme gibi bu anlama gelen bir ifadenin bulunmaması halinde ödemenin senette yer verilmeyen para birimi cinsinden ödenmesinin zorunlu görülmemesi bedel ile ifanın farklı hususlar olduğu gerçeğine dayanmaktadır[116].

Kambiyo senetlerinde düzenleyen, ödemenin belirli bir para ile yapılmasını (aynen ödemeyi), şart koşmuş ise aynen ödeme yapılması gerekmektedir (TTK m.711/3; 778/1-c; 802/3). Kanaatimizce bu düzenlemede bedelin mutlak suretle para olması zorunluluğuna değil, aynen ödemede bedelin para olması zorunluluğuna işaret edilmektedir. Bedelin para olarak kabul edilmediği durumlarda aynen ödeme mümkün olmayacaktır.

Aynen ödeme kaydının geçerli olabilmesi her şeyden önce kripto paranın *"ülke parası"* veya *"yabancı ülke parası"* olarak kabulüne bağlıdır. Mevzuatta para olarak kabul edilmeyen bir varlığın ülke parası veya yabancı ülke parası olarak kabul edilmesi evleviyetle kabul edilmeyecektir. O halde hukuken para olarak kabul görmeyen kripto paraların aynen ödeme kaydına konu olması da mümkün gözükmemektedir[117].

Aynen ödemeden yalnızca basılı banknot ve madeni para olarak ödeme anlaşılmamalıdır. Hesaptan hesaba aynı para birimi türünde yapılan maddi değerin gönderilmesi de aynen ödeme olarak kabul edilmelidir. Kripto paraların banka hesapların işlem görmesi bankacılık mevzuatının oluşturduğu hukuki engel sebebiyle şu an için mümkün değildir[118]. Zira Bankacılık Kanunu m.4'te bankaların faaliyet konuları sınırlayıcı olarak sayılmakta ve sayılanlar arasında kripto paraları kapsayacak bir başlığa yer verilememektedir.

Senet metninde kripto paranın aynen ödenmesine ilişkin bir ibarenin bulunması poliçe ve bono açısından kural olarak sorun doğurmayacaktır. An-

---

[115] BOZER/GÖLE, s. 72, 175.

[116] ERİŞİR, s. 884.

[117] YARDIMCI, s. 106-107.

[118] BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 8.

cak aynı şeyi çek açısından söylemek mümkün olmayacaktır. Türkiye'de ödenecek çeklerde[119] muhatap yalnızca bir banka olabilir (TTK m.782/1)[120]. Banka'dan, kural olarak 5418 sayılı Bankacılık Kanunu'na[121] tabi olan kuruluşlar anlaşılmalıdır. Ancak, ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında "*banka"* teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenecektir (TTK m.815). Aynı sorun poliçede veya bonoda borçlunun bir banka olması durumunda da gündeme gelecektir.

Aynen ödeme kaydının teknik olarak mümkün olabilmesi için kambiyo ilişkisinin taraflarının sanal bir cüzdana sahip olması ve cüzdanda kararlaştırılan birim cinsinden kripto parasının bulunması gerekir. Kendi sistemi içinde aynı kripto para cinsinden ekonomik değerin aktarılması gerekir. Örneğin; 1 Bitcoin (BTC) denilmişse Ethereum (ETH)[122] cinsinden ödenemez. Ancak tarafların içinde kararlaştırılan birim cinsinden kripto para bulunan bir cüzdana sahip olmaması durumu ödemeye ilişkin bir husus olup[123] bedel ile ilişkilendirebilecek bir durum değildir. Bu durum tıpkı belirli bir miktarda yabancı para ile yapılan ödemeye benzemektedir. İlgilinin böyle bir yabancı para birimiyle paraya sahip olmaması veya hiç ödeme gücünün olmaması, senet bedelinin geçerliliğine etki etmemektedir.

5. Bedelin Belirli Olması

Kanun'da senedi kambiyo senedi olarak nitelendirebilmek için senette yalnızca bedele yer verilmesi yeterli görülmemiştir. Ayrıca bedelin *"belirli"* olması da şart koşulmaktadır (TTK m.671/1-b; 776/1-b; 780/1-b). Aşağıda kripto para birimlerinin bedel olarak belirlenmesi durumunda belirlilik niteliğini sağlayıp sağlamadığı çeşitli açılardan incelenecektir.

A. Senedin Düzenlenişi Bakımından Değerlendirme

Bedel doğrudan senet metninden anlaşılabilir olmalı, bedelin tespiti için başkaca belgelere ihtiyaç duyulmamalıdır[124]. Örneğin; *"... tarihli sözleşme*

---

[119] Başka ülkelerin mevzuatında çekin gerçek kişiler üzerine düzenlenmesi ve böylece gerçek kişiler tarafından ödenmesi mümkün kılınmış olabilir, POROY/TEKİNALP, s. 315.

[120] Bir bankanın dışındaki bir kişinin üzerine düzenlenen çek yalnız havale hükmünde kabul edilir (TTK m.782/2).

[121] RG., T. 01.11.2005, S. 25983 Mükerrer.

[122] Ethereum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://ethereum.org/tr, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

[123] YARDIMCI, s. 112.

[124] BOZER/GÖLE, s. 224.

bedeli", *"... tarihli fatura tutarı" veya "borçlu olduğunuz bedeli"* gibi ifadelere kambiyo senedinde yer verilemeyecektir[125]. Senet metnini elinde bulunduran herkes, muhtemelen bu belgelerden haberdar olamayacağından bu ifadeleri şüpheye yer olmaksızın anlayamayacaktır. O halde bedelin belirlenebilir olması yeterli değildir[126]. Pek tabii bedelin kripto para cinsinden belirlenmesi de bu halde mümkün olmayacaktır.

Bedel, kural olarak senet metninin içerisinde yer almalıdır[127]. Senet metninin dışına yazılan bedelin ayrıca imzalanması gerekmektedir[128]. Aksi halde, senette bu şekilde yer verilen bedelin belirsizliğinden söz edilecektir[129]. O halde, sayısal değer ve kripto para birimi cinsinden oluşan tutarın senet metni içerisinde, senet metni içinde değilse imzalanmış olarak yer verilmesi gerekmektedir.

Senette bedele hem yazı hem de rakam ile yer verilebilir. Kanun'da senette bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunması halinde, yazı ile gösterilen bedelin üstün tutulacağı düzenlenmiştir (TTK m.676/1; 778/2-c; 818/1-b)[130]. Senet bedelinin yalnız yazıyla veya yalnız rakamla birden çok gösterilmiş olduğu ve bedeller arasında farkın bulunduğu hallerde ise; en az olan bedel geçerli kabul edilecektir (TTK m.676/2; 778/2-c; 818/1-b)[131]. Ancak bu durum bedelin aynı para birimi tü-

---

[125] POROY/TEKİNALP, s. 152; PULAŞLI, s. 135; KINACIOĞLU, s. 105; KARAYALÇIN, s. 104, dn. 6; BOZER/GÖLE, s. 72.

[126] KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI, vd.), s. 237.

[127] Öztan, poliçede bedelin senet metninin dışında bir yere yazılmasının mümkün olmadığını savunurken, bonoda bedelin senedin neresine yazıldığının bir öneminin olmadığını belirtmiştir, ÖZTAN, s. 81, 209. Bu durum ise, bedelin senet metninin dışında bir yere yazılıp yazılamayacağı konusunda çelişki oluşturmaktadır. Bilgili/Demirkapı ise; bedelin senet metni dışında bir yere yazılamayacağı kanaatindedir, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 71.

[128] POROY/TEKİNALP, s. 154; PULAŞLI, s. 136-137, 251.

[129] PULAŞLI, s. 137.

[130] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bir kararında aşırı şekilci davranmayarak isabetli olarak aksi yönde karar vermiştir: *"Dayanak bononun incelenmesinde; senet bedelinin, rakam kısmında "35.000", yazı kısmında ise "otuzbeş" olarak belirtildiği görülmektedir. Her ne kadar TTK'nun 676/1. maddesi uyarınca, yazı ile gösterilen miktarın dikkate alınacağı hükme bağlanmışsa da, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri gözönüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, bu yöndeki kabul, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır. O halde, mahkemece borçlunun itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.",* 12. HD., 2016/27940 E., 2017/826. Karara ilişkin aynı yöndeki değerlendirme için bkz. PULAŞLI, s. 136.

[131] TTK m.676 hükmünün uygulanması senette bedeli ifade eden yazı veya rakamda tahrifat yapılmaması hallerine mahsustur. Zira bedelin hem yazı hem de rakamla gösterilmesi tahrifatın önüne geçmek içindir, POROY/TEKİNALP, s. 153, dn. 11; ÖZTAN, s. 80, 209; PULAŞLI, s. 136, 251-252.

ründen belirtilmesi için geçerlidir. Kanun'daki bu düzenleme miktar hatalarını düzeltmeyi amaçlamaktadır. Bu sebeple örneğin, *"1.000 TL veya USD"* gibi para birimlerini alternatifli kılan bir ifade senedi geçersiz kılacaktır. Bunun yanında; senette *"5.000 TL veya 500 USD"* gibi alternatifli olarak yazılan para birimlerinin varlığı senedi kambiyo senedi olarak nitelendirmeye engel olacağından şüphe duyulmamalıdır[132]. Zira birden fazla para birimine yer verilmesi ödenecek bedeli belirsiz kılmaktadır. Buna karşın *"500 Amerikan Doları veya karşılığı Türk Lirası"* gibi borçluya seçim hakkı tanıyan bir ifade ilgili nezdinde belirsizliğe meydan vermediği için geçerli kabul edilecektir[133]. Doktrinde yer alan bir görüşe göre; senet metninde kesin bir tutara yer verilmesi gerekip[134] hesaplama ile ortaya çıkan bir tutara yer verilemez[135]. Ancak kanaatimizce; alternatif niteliğinde olmayan ve birden fazla para cinsini içermekle birlikte toplamı belirli bir tutara denk gelen *"5.000 TL ve 500 Amerikan Doları"* gibi bir ifadeye senet metninde yer verilmesi, herkes tarafından aynı şekilde anlaşılması ve ayrıca bir bilgiye ihtiyaç duyulmaması gerekçesiyle belirsizliğe sebep olmadığından geçerli olarak kabul edilmelidir[136]. Bunun gibi Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından ortaya çıkarılan Özel Çekme Hakkı (Special Drawing Right-SDR) cinsinden bir miktara yer verilmesi de geçerli kabul edilmelidir. Zira SDR, beş farklı ülkenin para biriminin belirli oranlarla bir araya getirilmesiyle oluşan bir uluslararası bir para birimidir[137]. Ayrıca SDR'nin kur değeri diğer yabancı ülke paralarıyla birlikte TCMB tarafından ilan edilmektedir[138]. Yukarıda milli para, yabancı para ve uluslararası para birimleri bakımından belirtilen sonuçlar bedelin kripto para birimleri cinsinden belirlenmesi halinde de geçerli olacaktır. Örneğin; "*1.000 TL veya 0,01 BTC"* gibi bir ifadenin varlığı halinde kambiyo senedinde bedel belirsiz hale gelecektir.

---

[132] KARAYALÇIN, s. 104; KINACIOĞLU, s. 106; PULAŞLI, s. 135; BOZER/GÖLE, s. 72, 175, 225; ÜLGEN (ÜLGEN/HELVACI, vd.), s. 131; ÖZTAN, s. 80.

[133] KINACIOĞLU, s. 106; BOZER/GÖLE, s. 72, 175; POROY/TEKİNALP, s. 153; PULAŞLI, S. 135.

[134] ÖZTAN, s. 80.

[135] POROY/TEKİNALP, s. 153; ÜLGEN (ÜLGEN/HELVACI, vd.), s. 131.

[136] Aksi yöndeki görüş için bkz. BOZER/GÖLE, s. 225.

[137] SDR'nin oluşumunda kullanılan oranlama şu şekildedir: Amerikan doları %41.73, Euro %30.93, Yuan %10.92, Japon yeni %8.33 ve İngiliz sterlini %8.09'dur.

[138] https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

B. Faiz Şartının Öngörülmesi Bakımından Değerlendirme

Kambiyo senetlerinde faiz şartına yer verilmesi aslında belirliliğe halel getirebilecek bir husustur. Ancak Kanun görüldüğünde ve görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçe ve bonolarda düzenleyen tarafından faiz şartı öngörülmesine imkân tanımıştır (TTK m.675/1; 778/2-b). Diğer poliçe ve bonolarda ise; faiz şartının yazılmamış sayılması kabul edilmiştir (TTK m.675/1; 778/2-b). Çekte ise; hiçbir şekilde faiz şartının yazılması mümkün olmayıp eğer faiz şartı yazılmışsa bu şart yazılmamış kabul edilecektir (TTK m.786).

Bedelin kripto para birimi cinsinden kararlaştırılması durumunda, tıpkı nakit para olarak kararlaştırılmasında olduğu gibi görüldüğünde ve görüldüğünden belirli süre sonra ödenecek poliçe ve bonolar bakımından faiz şartının bulunmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır[139]. Çeklerde ise, kripto para birimi cinsinden bedel ile birlikte senede yazılan faiz şartı kanun hükmü gereğince yazılmamış sayılacaktır.

C. Kripto Paraların Kendine Özgü Nitelikleri Bakımından Değerlendirme

Kripto paralarda kur dalgalanmalarının ve merkeziyetsizliğin bedelde belirsizliğe yol açıp açmadığı hususu çalışmamız bakımından ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Kişilerin ve devletlerin kripto paralara karşı mesafeli olmasına sebep olan hususlardan biri de kur dalgalanmalarının (volatilitenin) fazla oluşudur. Kanaatimizce; volatilitenin fazla oluşu bedeli belirsiz kılan bir etken değildir. Ancak volatilitenin fazla oluşu, kripto para kullanıcıları için mübadele aracı olmaktan çok değer birikimi olma fonksiyonunun ön plana çıkmasına sebep olmaktadır. Kullanımları kendileri açısından riskli de olsa kripto para kullanıcıları böylelikle malvarlığını arttırma imkânına sahip olmaktadır.

Kripto paraların dalgalanma hızı, kullanıcı sayısıyla ters orantılıdır. Dalgalanma hızı, kullanıcı sayısının ve dolayısıyla yapılan işlemlerin artışıyla birlikte azalma gösterecektir[140]. Diğer taraftan volatilitenin Bitcoin ve Ethereum gibi geleneksel kripto para birimlerinde yüksek oluşu yeni bir kripto para türünün oluşturmasına yol açmıştır. Piyasada en yüksek olanları değere sahipler olarak Tether (USDT), USD Coin (USDC), Binance USD (BUSD),

---

[139] Şirkete sermaye olarak getirilen Bitcoin'in zamanında ifa edilememesi halinde faiz şartının uygulanabileceği konusunda bkz. BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 17.

[140] https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir, Erişim Tarihi: 29.03.2021.

Dai (DAI) şeklinde sıralanabilecek[141] ve adına stablecoin denilen bu kripto para türünde; kripto paralar yedek bir varlık tarafından desteklenmek suretiyle volatilite önemli ölçüde ortadan kaldırılmaktadır[142]. Anılan destekleme; bir milli para, değerli bir maden veya başkaca kripto paralar ile teminat altına alınmak veya akıllı sözleşmeler kullanılmak suretiyle yapılmaktadır[143]. Bu şekilde stablecoinlerle, kripto paraların günlük hayatta ani değer kaybı riski bertaraf edilerek kaydi para gibi işlem görmesi sağlanmış ve mübadele aracı olarak kullanımının yaygınlaşmasına elverişli bir ortam sunulmuştur.

Kripto paralara özgü nitelik olan kripto paraların merkeziyetsiz olarak işlem görmesi de bedeli belirsizliğe sevk etmemektedir. Merkeziyetsiz finans (Decentralized finance-DeFİ) denilen bu finans türünde dijital bir varlık olan kripto paralar, banka aracılığına ihtiyaç duyulmaksızın blokzinciri (blokchain) teknolojisi[144] ile işlem görmektedir. Kripto paralar, decentralized exchange (DeX) adı verilen merkeziyetsiz para borsalarında işlem görmektedir[145]. Kripto paraların değeri merkeziyetsiz oluşları sebebiyle ülke ekonomilerinden etkilenmemektedir[146]. Devlet tarafından henüz tanınmayan kripto paraların kuru resmî nitelik taşımamaktadır[147]. Kripto paraların değerini önceden ortaya koyulan kriptolojik temelli algoritmik kurallar belirlemektedir[148]. Bu değer, arz ve talebe bağlı olarak oluşmaktadır[149]. Kripto paraların piyasa değeri merkeziyetsiz kripto para borsalarında ilan edilmektedir[150]. Bununla birlikte, çeşitli kripto para piyasalarında aynı kripto paranın aynı andaki kur değeri farklılık gösterebilmektedir[151].

---

[141] KARAMAN Ayşe, "Stablecoin Nedir?", https://tr.cointelegraph.com/news/what-are-stablecoins, Erişim Tarihi: 09.04.2021.

[142] https://finanswebde.com/stablecoin-hakkinda-merak-edilenler/b/5dd287e55332ec00445f1590, Erişim Tarihi: 09.04.2021.

[143] https://finanswebde.com/stablecoin-hakkinda-merak-edilenler/b/5dd287e55332ec00445f1590, Erişim Tarihi: 09.04.2021.

[144] Hesap hareketlerine ilişkin kayıtlar blokzincirine kaydedilmekte ve böylece blokzinciri bir banka hesap cüzdanı gibi işlev görmektedir, YARDIMCI, s. 100-101.

[145] DeFi piyasalarında ticaret hacminin büyüklüğüne göre DeX sıralaması için bkz. https://coinmarketcap.com/tr/rankings/exchanges/dex, Erişim Tarihi: 30.03.2021.

[146] YELMEN, s. 277.

[147] BİLGİLİ/CENGİL, s. 102.

[148] ÜZER, s. 13.

[149] YARDIMCI, s. 98.

[150] Kripto para piyasasında işlem gören kripto paralar ve Türk Lirası cinsinden değeri için https://coinmarketcap.com/tr, Erişim Tarihi: 30.03.2021.

[151] BİLGİLİ/CENGİL, Ticaret Şirketleri, s. 7, dn. 43. Bu kur farkından faydalanılarak kripto para sahipleri kâr elde etme amacıyla bir borsadan diğerine taşıyabilmektedir. Bu taşıma sürecine

Kripto para piyasası altın piyasasına benzerlik göstermektedir. Bu sebeple altın için yapılacak değerlendirmenin kripto para için de yapılması isabetli olacaktır. Belki kripto paralar kadar olmasa da altın da arz ve talepten etkilenmektedir. Bitcoin gibi geleneksel kripto paraların volatilitenin oldukça yüksek oluşu karşısında altın piyasasına görece benzerlik taşıdığı söylenebilir[152]. Ancak stabilcoinlerde kurun yedek bir varlık ile sabitlenişi karşısında bu benzerlik daha fazladır. Altının değerinin arz ve talepten etkilenmesi volatilitenin yüksekliği onu bedel olarak nitelendirmeye engel görülmemektedir[153]. Bu özellik altını belirsiz bir bedel de kılmamaktadır. Altına benzer şekilde kripto paraların değerinin arz ve talepten etkilenmesi ve volatilitenin yüksekliği onu bedel hatta belirli bir bedel olarak değerlendirmekten alıkoymamalıdır.

IV. KRİPTO PARALARIN KAMBİYO SENEDİ TÜRLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Poliçe ve çek niteliği gereği havale, bono ise borç ikrarıdır. O halde senette yer verilecek bedelin kambiyo senedinin türüne göre havaleye veya borç ikrarına imkân tanıması gerekir. Bu ise; ancak ekonomik bir değerin varlığına bağlıdır. Her ne kadar doktrinde para dışında bir değerin bedel olarak varlığının kambiyo senedinin niteliğine aykırı düşeceği belirtilmişse[154] de kanaatimizce, bedel paraya indirgenmemelidir. Bedelin konusu para değil, parasal değer olmalıdır.

Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir (TTK m.782/1). Bir bankanın dışındaki kişi üzerine düzenlenen çek yalnız havale hükmündedir (TTK m.782/2). Yukarıda belirttiğimiz gibi halihazırdaki bankacılık mevzuatı bankaların kripto paralarla işlem görmesine engel oluşturmaktadır. Diğer taraftan bu husus, bedel unsuruna ilişkin değil ödemeye ilişkin bir hususdur. Kripto paraların ekonomik değeri belirlidir. Her zaman ülke paralarına çevrilmeleri mümkündür. Bankacılık mevzuatı bakımındaki engel, senedi kambiyo senedi olarak nitelendirmekten alıkoyan hukuki bir engel değildir. Bedelin banka hesabının kripto para cinsinden tutulması bu-

---

arbitraj adı verilmektedir, https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/arbitraj-nedir-ve-nasil-yapilir, Erişim Tarihi: 02.04.2021.

152 ÜZER, s. 12.

153 İlk ve bugün için en değerli kripto para birimi olan Bitcoin'in arzı piyasaya sunulmadan önce başlangıçta 21.000.000 Bitcoin ile sınırlandırılmıştır, BOZKURT YÜKSEL, s. 202.

154 BOZER/GÖLE, s. 224.

gün için mümkün değildir. Ancak belki ileride bir gün mevzuatta kripto paraların ödeme aracı olarak tanınması ve bankaların kripto paralar ile işlem yapmasının mümkün kılınması halinde halihazırdaki engel de ortadan kalkmış olacaktır.

Çekin düzenleyeni veya hamili çekin ön yüzüne *"hesaba geçirilecektir"* kaydını veya buna benzer bir ibareyi yazarak çekin nakden ödenmesini önleyebilmektedir. Bu halde çek, muhatap tarafından ancak hesaba alacak kaydı, takas, hesap nakli suretiyle kayden ödenebilecektir. Bu kayıtlar ödeme yerine geçmektedir (TTK m.807). Bedelin senette kripto para birimi cinsinden yazılarak böyle bir kayda yer verilmesine engel oluşturmayacaktır[155]. Ancak bu halde, daha önce belirtmiş olduğumuz üzere bankacılık mevzuatı hukuki engel olarak belirmektedir. Ayrıca Kripto Varlık Yönetmeliği ile ödeme aracı olmasının yasaklanması da diğer bir hukuki engel olarak baş göstermektedir.

SONUÇ

Kripto para sistemi dezavantajları olduğu kadar avantajları da olan bir finans sistemdir. Ancak bugüne kadar ilgili kamu kurumlarınca dezavantajları üzerinde durularak olumsuz yönleri ön plana çıkartılmıştır. Nihayetinde Kripto Varlık Yönetmeliği ile kripto paraların ödeme aracı olması engellenmiştir. Kanaatimizce; mevzuatta kripto paraların olumsuz sonuçları konusunda önleyici tedbirler almak, olumlu yönlerinden ise faydalanmak ülkemiz açısından daha faydalı olacaktır.

Şu an için kripto paraların ödeme aracı olarak kullanılmasının yasaklanması, ileride de yasak olacağı anlamını taşımamaktadır. Devletin kripto paralara bakışının olumluya dönmesi durumunda kripto paralar için getirilen ödeme yasağı kaldırılabilecektir. Bu yasağın kanunla değil, kanun tarafından yapılan atıftan faydalanılarak TCMB tarafından çıkarılan bir yönetmelikle getirilmesi karşısında değiştirilmesi daha da kolay gözükmektedir.

Bedel kavramı, para kavramıyla denk görülmemeli, paraya indirgenmemelidir. Bedel kavramı, bir varlığın ekonomik değerine ilişkindir. Oysa para, ödeme araçlarından yalnızca birisidir. Ekonomik değer oluşu ile ödeme

---

[155] Bozer/Göle, çekin nakden ödenmesinin yasaklanmış olduğu hesaba geçilecektir kaydının *"çek vasıtasıyla ancak para ile ödenebilir ilkesi"*ne ters düşmediğini belirtmektedir, BOZER/GÖLE, s. 224.

aracı ayrımını yapamadığımız müddetçe kambiyo senetlerinde bedel, para ile eşit görülecektir. Bu ise, ödeme araçlarının teknolojik gelişimi karşısında yerinde saymak anlamını taşıyacaktır.

Bir varlığın ekonomik değeri, ödeme aracılığıyla ölçülmemektedir. Kambiyo senedinde bedel unsuru bakımından yapılacak değerlendirmede paranın fonksiyonlarından yalnızca hesap (ölçü) birimi olma niteliğini haiz olma yeterli kabul edilmelidir. Ortak bir mübadele aracı olma ve değer (servet) birikimi aracı olma fonksiyonlarını taşıyıp taşımaması kambiyo senetlerinde bedelin değerlendirilmesi bakımından bir önemi yoktur. Nitekim altın esasen değerli bir maden olup para niteliği taşımamaktadır. Ancak altına senette hesap birimi olarak yer verildiği takdirde, kambiyo senedinde bedel unsurunun sağlandığı ve bu şekilde bir yer vermenin geçerli olduğu doktrinde birçok yazar tarafından kabul edilmektedir. Hesap birimi özelliğini sağlayan kripto paralar için de aynı sonuca ulaşılmalıdır.

Bedel olarak tespit ile ödeme aracı olarak değerlendirme farklı hususlardır. Ödeme aracı olarak kabul, sözleşmenin ifasına ilişkin bir değerlendirmedir. Ödeme araçlarından hukuki açıdan paranın kapsamı devlet tarafından tespit edilmektedir. Yine bankalar tarafından hangi ödeme araçlarıyla işlem görüleceği belirlenebilir. Bedel, objektif olarak tespit edilebilen ekonomik bir değerdir. Yürütülen politika gereğince devlet tarafından bugün için bankalarca işlem görmeyen bir ödeme aracının ileride bankalarca işlem görmesine izin verilebilir. O halde, şu an için bankacılık mevzuatı bakımından kripto paralarla bankaların işlem yapması mümkün değilse de ileride bankacılık mevzuatında yapılacak değişiklikle mümkün olabilir. Bu yönde yapılacak bir değişiklik, kripto paraların merkeziyetsiz yapısına aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira bu halde bankalar aracı finans kurumu olarak değil, kripto paraların sahibi olarak işlem yapacaklardır.

Her ne kadar doktrinde kambiyo senedinde bedel nakdi paraya denk görülse de kanaatimizce bu isabetli bir değerlendirme değildir. Bedel kavramı, hukuki bir kavram olmaktan ziyade ekonomik bir kavramdır. Bedel kavramından hem söz konusu varlığın ekonomik değeri hem de mehaza uygun olarak *"tutar"* anlaşılmalıdır. Bedel sayısal değer ve katsayı olarak işlev gören bir birimden oluşan bir ekonomik tutardır. Bu şekilde değerlendirildiğinde kripto paraların hukuki niteliğinin para olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Kripto paralar ister para ister de başkaca bir şey olarak değerlendirilsin bu yönüyle bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Kambiyo senetlerinde bedelin kripto para birimleri cinsinden belirlenmesi senedi geçersiz kılmamalıdır. Ancak bu halde Kripto Varlık Yönetmeliği'nin ödeme aracı olarak yasaklaması sebebiyle bedelin kripto para birimleri cinsinden ödenmesi mümkün olmayacaktır. Devletin kripto paralara yaklaşımının olumluya dönmesi sonucunda olası bir yönetmelik değişikliği ile devlet tarafından kripto para birimlerine veya en azından bazı kripto para birimlerine ödeme aracı vasfı tanınması mümkündür. Bu halde aynen ödeme yapma dahi mümkün olabilecektir.

Poliçe ve çek niteliği itibariyle havale, bono ise borç ikrarıdır. Senette yer verilecek bedel kambiyo senetlerinin türüne göre, havaleyi veya borç ikrarını mümkün kılmalıdır. Transfer edilebilir, tutarı kişiden kişiye bir şüpheye meydan bırakmayacak tek bir ekonomik değerin varlığı durumunda bedelde yer alan husus kambiyo senedinin bu vasıflarına engel teşkil etmeyecektir. Kripto paralar bu özellikleri taşıdığından kripto paraların senette bedel olarak yer verilmesi geçerli kabul edilmelidir.

Senette bedele kripto para birimleri cinsinden yer verilmesi durumunda kanunun aradığı *"belirli bir bedel"* olma şartı sağlanmış olacaktır. Kripto paralarda volatilitenin fazla oluşu ve kripto paraların merkeziyetsiz yapısı gibi hususlar bedeli belirsiz olarak değerlendirmeye yetmemektedir.

KAYNAKÇA

ALPAGO Hasan, "Bitcoinden Selfcoin'e Kripto Para", **Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi**, C. 3, S. 2, 2018, ss. 411-428.

BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, S. 3, 2019, ss. 3-23 (Ticaret Şirketleri).

BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, "İcra İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralar Üzerine Bazı Meseleler", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, ss. 99-109.

BİLGİLİ Fatih/CENGİL M. Fatih, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu, https://ssrn.com/abstract=3432713, Erişim Tarihi: 02.04.2021 (Eşya Niteliği).

BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2018.

BOZER Ali, **Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1970.

BOZER Ali/GÖLE Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.

BOZGEYİK Hayri, **Poliçede Müracaat Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2003.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 2, 2015, ss. 173-220.

CAN Saffet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki Poliçeye İlişkin Bazı Maddelerin Kaynağa Uygunluğu Üzerine", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, 2006, ss. 306-320.

CENGİZ Kadir, "En Popüler Kripto Para Birimi: Bitcoin", **Bandırma Onyedi Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi**, C. 1, S. 2, 2018, ss. 87-100

ÇEKİN Mesut Serdar, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blokchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", **İstanbul Hukuk Mecmuası,** C. 77, S. 1, ss. 315-341.

DİLEK Şerif, "Blokchain Teknolojisi ve Bitcoin", **SETA Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı Analiz**, S. 231, 2018, ss. 7-20.

DOĞAN Hasan, "İslam Hukuku Açısından Kripto Paralar ve Blokchain Şifreleme Teknolojisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 2, 2018, ss. 225-253.

ERİŞİR Evrim, "Borçlar Kanunu m.83 III ve Türk Borçlar Kanunu m.99 III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2012, ss. 873-894.

GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi", **REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 3, 2019, ss. 383-408.

HECKELER Udo/KÜHNEN Stephan (BRUNE Jens/DİRK Driesch, vd. (Herausgeber)), **Beck'sches IFRS Handbuch**, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2020.

KAHRAMAN Abdüssamed, **Türk ve Avrupa Birliği Işığında Elektronik Para**, Adalet, Ankara, 2020.

KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)**, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

KESKİN KÖYLÜ Meltem, "Kripto Paralar ve Uluslararası Finansal Piyasalarda Yeri", **International Journal of Academic Value Studies**, Vol: 4, Issue: 21, 2018, ss. 814-821.

KINACIOĞLU Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. Baskı, Nobel, Ankara, 1999.

KUMPAN Cristoph (SCHWARK Eberhard/ZİMMER Daniel (Herausgeber)), **Kapitalmarktrechts-Kommentar**, 5. Auflage, Beck Verlag, München, 2020.

NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt: I Satış Sözleşmesi**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

ÖNAL Ali, "Banka Vasıtalı Ödeme Araçlarını Dışlayan Bir Sistem Olarak Kripto Sanal Para Bitcoin ve Hukuki Niteliği", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, S. 17, 2016, ss. 165-195.

ÖZKAN Zeynep, "Ulus-Devletin Egemenlik Yetkisinin Dönüşümü Bakımından Sanal Kripto Para: "Bitcoin"", **Social Sciensce Studies Journal**, Volume: 5, Issue: 30, 2019, ss. 601-606.

ÖZTAN Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 22. Baskı, Turhan, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK Nurettin/KOÇ Asuman, "Elektronik Para, Diğer Para Türleriyle Karşılaştırılması ve Olası Etkileri", **SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. 6, S. 11, ss. 207-243.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal, Reha, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 22. Baskı, Vedat, İstanbul, 2018.

PULAŞLI Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 7. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

SARAÇ (KARAHAN Sami/ARI Zekeriyya, vd.), **Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2015.

ŞENER Oruç Hami, "Ecash Sisteminde Üretilen Elektronik Paranın (Nakdi) Para Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, ss. 455-490.

TEMELLİ Fatma, "Kripto Para Birimlerinden Bitcoin ve Muhasebe Açısından Değerlendirilmesi", **İktisadi Yenilik Dergisi**, C. 6, S. 2, 2019, ss. 107-119.

TOPALOĞLU Mustafa, "Elektronik Ticarette Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 130, 2017, ss. 70-80.

TURANBOY Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", **BATİDER,** C. XXXV, S. 3, 2019, ss. 47-62.

ÜLGEN (ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet, vd.), **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Baskı, Vedat, İstanbul, 2015.

ÜSTÜNKAYA Hülya, "Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Kripto Para, Blokzinciri ve Akıllı Sözleşmeler", Blokzinciri, **Kripto Paralar ve Akıllı Sözleşmelerde Güncel Gelişmeler**, Gazi, Ankara, 2021, ss. 147-165.

ÜZER Betül, Sanal Para Birimleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2017.

YARDIMCI Emre Taner, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIII, S. 3, 2019, ss. 97-128.

YELMEN Adem, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 1, 2020, ss. 265-294.

YURTÇİÇEK Mehmet Sıddık, **Hukuki Açıdan Elektronik Para**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Elektronik Kaynaklar

European Central Bank, Virtual Currency Schemes-A Further Analysis, 2015, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf

European Central Bank, Virtual Currency Schemes, 2012, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf

https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir

https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir

https://coin-turk.com/bitcoin-kabul-eden-isletmeler

https://coinatmradar.com

https://coinmarketcap.com/tr

https://coinmarketcap.com/tr/rankings/exchanges/dex

https://dig.watch/cryptocurrency-and-crypto-assets-mapping-regulation

https://ethereum.org/tr

https://finanswebde.com/stablecoin-hakkinda-merak-edilenler/b/5dd287e55332ec00445f1590

https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-001-1.4-2_1k1s.pdf

https://tr.cointelegraph.com/news/what-are-stablecoins

https://tr.cointelegraph.com/news/what-is-a-cbdc

https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf

https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/bobi_frs.PDF

https://www.riksbank.se/en-gb/payments--cash/e-krona

https://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html

https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Duyurular/Basin/2021/DUY2021-17

https://www.zg.ch/behoerden/finanzdirektion/direktionssekretariat/aktuell/kanton-zug-akzeptiert-ab-2021-kryptowaehrungen-fuer-steuerzahlungen?searchterm=bitcoin

sozluk.gov.tr

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2071-2099

KONSORSİYUM VE JOİNT VENTURE'LARIN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ(*)

Arş. Gör. **Emre ESEN**(**)

Öz: Bu çalışmada konsorsiyum ve joint venture'da ortaklık ilişkisinin hukuki niteliğine odaklanılmıştır. Mahkeme kararlarında çoğunlukla her iki kavramın da bir ortaklık ilişkisi meydana getirdiği ve bu ortaklığın Türk Borçlar Kanunu m.620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklık kurumundan başka bir şey olmadığı kabul edilmektedir. Öğretide bazı yazarlar her iki kavramı da isimsiz (*sui generis*) olarak bazıları ise adi ortaklık olarak nitelendirmektedir. Bu bakımdan konsorsiyum ve joint venture ortaklık modellerinin hukuki niteliği ve buna bağlı olarak uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki bir ortaklık ilişkisinin adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için adi ortaklığı meydana getiren temel unsurların her birini taşıması gerekir. Çalışmamız kapsamında konsorsiyum ve joint venture ilişkisinin adi ortaklığın unsurlarını taşıyıp taşımadığı her bir unsur bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Çalışmamızın giriş kısmında problematik verildikten sonra, ikinci bölümde konsorsiyum ve joint venture ortaklık modelleri kısaca tanıtılmıştır. Üçüncü bölümde ise konsorsiyum ve joint venture ortaklık modellerinin adi ortaklığın temel unsurlarını taşıyıp taşımadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konsorsiyum, Joint Venture, Adi Ortaklık, İsimsiz Sözleşme-Tipik- Atipik Adi Ortaklık.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2021 - Makale Kabul Tarihi: 01.12.2021.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı; Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID no: 0000-0003-0678-9869; *emreesen@gsu.edu.tr*).

LEGAL CHARACTERIZATION OF CONSORTIUM AND JOINT VENTURES

Abstract: This study focuses on the legal nature of the partnership relationship in the consortium and joint venture. In the court decisions, it is stated that these concepts create a partnership relationship and this is accepted that it is nothing other than the ordinary partnership institution regulated in the Article 620 ff of Turkish Code of Obligations. In the doctrine, some authors describe both concepts as sui generis and some as ordinary partnership. In this respect, the legal nature of the consortium and joint venture partnership models and the provisions to be applied accordingly should be determined. It should be noted that in order for a partnership relationship to be qualified as an ordinary partnership, it must have each of the minimum elements constituting an ordinary partnership. Within the scope of our study, whether the consortium and joint venture relationship carries the elements of ordinary partnership has been examined separately in terms of each element. After introducing the problematic in the introduction part of our study, the consortium and joint venture institutions are briefly introduced in the second part. In the third part, it has been examined whether the consortium and joint venture institutions have the minimum elements of ordinary partnership.

Keywords: Consortium, Joint Venture, Ordinary Partnership, Innominate Contract-Typical-Atypical Ordinary Partnership.

I. GİRİŞ

Konsorsiyum ve joint venture, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de kanunen[1] düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun[2] 1. maddesinin (d) bendi ve 2. maddesinin 7. fıkrası ile 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin[3] iş ortaklıklarını düzenleyen 2.5. no.lu maddesinin 2. alt bendinde "iş ortaklıklarının"[4] kurumlar vergisi mükellefi sayılabilmesi için gereken

---

1 Esasen, çalışma kapsamında belirtildiği üzere konsorsiyum ve joint venture'lar 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiştir ancak TTK/KVK'da bir ortaklık modeli olarak, şirketler hukuku yönünden düzenlenmemiştir.

2 RG. 21.6.2006, S. 26205.

3 RG. 3.4.2007, S. 26482.

4 İş ortaklığı (*Arbeitsgemeinschaft*) kavramı, ekonomik ve hukuksal yönden bağımsız birçok gerçek veya tüzel kişinin bir "yapı işinin" gerçekleştirilmesini sözleşme temelinde iş sahibine karşı her biri işin tamamından sorumlu olacak şekilde üstlendikleri ilişkiyi ifade etmektedir. Bu bakımdan, (sözleşmeye dayalı) joint venture'ın özel bir tipi olduğu kabul edilen iş ortaklığı ile joint venture'ı eş anlamlı terimler olarak kullanmanın yerinde olmayacağı belirtilmektedir (TEKİNALP Gülören/TEKİNALP Ünal, "Joint Venture", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, s. 157, 162 vd. DAYINLARLI Kemal, **Joint Venture**

koşullar sıralanırken ilgili kavramlardan söz edilmiştir. Anılan düzenlemede iş ortaklıklarının kurumlar vergisi mükellefi olabilmesi için bazı temel unsur ve özellikleri taşıması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bir iş otaklığı anılan düzenlemeler kapsamında kurumlar vergisi mükellefi anlamında bir iş ortaklığı olarak kabul edilemeyecek olsa bile borçlar hukuku anlamında bir iş ortaklığı olarak nitelendirilebilir. Bir diğer ifade ile anılan düzenlemeler, sadece vergi hukuku bakımından geçerli olacaktır[5]. Bu nedenle gerek konsorsiyum gerek joint venture ortaklık modellerinin hukuki olarak nasıl nitelendirileceği ve bu ortaklık modellerine ilişkin uyuşmazlıklarda hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağının tespit edilmesi gereklidir.

II. KONSORSİYUM VE JOINT VENTURE

1. Konsorsiyum

Öğretideki bir görüşe göre konsorsiyum, belirli bir veya birkaç ticari işi yürütmek ve bu faaliyetten kazanç elde etmek amacıyla birçok teşebbüsün meydana getirdiği sözleşme temeline dayalı bir ortaklık ilişkisidir[6]. Buna karşılık ağırlıktaki görüşe göre, konsorsiyumdan söz edebilmek için muhakkak "ticari işlere" özgü olması ve kazanç elde etme amacının mevcut olması gerekmemektedir[7]. Bu bakımdan konsorsiyum, kişilerin belirli bir işi veya

---

Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara, 2007, s. 272, 281; BARLAS Nami, **Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 300, dn. 818. Bununla birlikte *Öztürk*, iş ortaklığı deyiminin Alman hukukunda joint venture'ı ifade etmek üzere kullanıldığını ifade etmektedir, bkz. ÖZTÜRK Pınar, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2001, s. 1-2). Keza iş ortaklığı, ortakların iş sahibine karşı işin belirli bölümlerinden sorumlu oldukları yapı konsorsiyumlarından (*Baukonsortien*) da farklılaşmaktadır. Nitekim, ilgili Tebliğ'de bu farklılık göz önünde bulundurularak yapı konsorsiyumlarının, Tebliğ'deki iş ortaklığı tanımının dışında kaldığı açıkça belirtilmiştir. Öte yandan *Tandoğan* iş ortaklığı ve yapı konsorsiyumunu kavramlarına joint venture kavramını da eklemekte ve bunları eş anlamlı kullanmaktadır. TANDOĞAN Halûk, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", **BATİDER, C. XIII, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan**, 1986, s. 83 vd. Bu kavramların terminolojik olarak aynı potada değerlendirilmesinin yerinde olmadığı ve iş ortaklığı ve yapı konsorsiyumuna ilişkin bazı detay tartışmalar için bkz. BARLAS, s. 227, n. 601-602, s. 229-304, n. 660-674.

5 BARLAS, s. 301-302, n. 668.

6 KAPLAN İbrahim, **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture-**, 3. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013, s. 37.

7 Zira bu unsurlar bütün konsorsiyum yapıları için söz konusu değildir. Nitekim, *Barlas*, bu konuda oy konsorsiyumlarını örnek göstererek *Kaplan*'ın verdiği tanımın ilgili unsurlar bakımından hatalı olduğunu vurgulamaktadır. BARLAS, s. 263, n. 568, dn. 706. Aynı gerekçe ile bu görüşte bkz. ŞAHİN Turan, "Konsorsiyum Sözleşmesi", **TBB Dergisi**, 2011 (92), s. 463.

işler dizisini birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya geldikleri ve bunlardan her birinin diğerlerinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesini üstlendiği bir *ortaklık* türü olarak tanımlanmalıdır[8].

Konsorsiyumun görünüş biçimlerinin tümünü ortaya koymak ve açıklamak mümkün değildir. Zira, konsorsiyumla hedeflenen amaca ve konsorsiyumun konusuna göre her an yeni bir ad altında, farklı konsorsiyum yapıları oluşturulabilir[9]. Bu sebeple, çalışmamız kapsamında konsorsiyumun görünüş biçimlerine değil, tarafların bir ortak girişim meydana getirerek bir araya gelmeleriyle oluşan ortaklık ilişkisinin hukuki niteliğine odaklanılacaktır. Öğretide konsorsiyumun bir ortaklık ilişkisi olduğu ve bu ortaklığın TBK m.620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklıktan başka bir şey olmadığı kabul edilmektedir[10]. Bir ortaklık ilişkisinin adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için adi ortaklığın temel unsurlarını taşıması gerekir[11]. Çalışmamız kapsamında konsorsiyum ilişkisinin adi ortaklığın unsurlarını taşıyıp taşımadığı aşağıda, her bir unsur bakımından ayrı ayrı incelenecektir.

---

8 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 162; BARLAS, s. 263, n. 568; LEKESİZ Muzaffer, **Konsorsiyum Sözleşmesi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2016, s. 57; ŞAHİN, s. 463; Y 15. HD. E. 2012/2613, K. 2012/4846, T. 27.6.2012 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 8 Eylül 2021).

9 Nitekim, öğreti ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan konsorsiyum türlerine şunlar örnek olarak verilmektedir: Bir kuruluşun ihraç edeceği hisse senedi ve tahvillerinin sadece tedavüle çıkarılması veya gerek tedavüle çıkarılması gerek de konsorsiyumca üstlenilerek üçüncü kişilere devredilmesinin amaçlandığı "*emisyon konsorsiyumları*"; yüksek miktarda bir kredinin birçok banka tarafından birlikte sağlandığı "*kredi konsorsiyumları*"; ortaklık kapsamında pay sahiplerinin ortak amaca ulaşmak için oy haklarını belirli bir doğrultuda kullanmak veya kullanmaktan kaçınmayı taahhüt ettikleri "*oy konsorsiyumları*"; bağımsız kişi veya kuruluşların, kapsamlı bir inşaat faaliyetini işverene karşı her biri işin bir bölümünden sorumlu olmak üzere birlikte gerçekleştirdikleri "*yapı konsorsiyumlar*". Söz konusu konsorsiyum türleri ve daha fazla örnek için bkz. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 250 vd., 297; MOROĞLU Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, 5. Bası, İstanbul, 2015, s. 36 vd., 50 vd.; BARLAS, s. 271-277, n. 586-602.

10 Konsorsiyumun ticari şirket olarak değil, kural olarak adi ortaklık şeklinde nitelendirildiği yönünde bkz. MüKoBGB/SCHÄFER Vor §705 Rn. 51; LERZAN Yılmaz, "Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumlanması ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul, 1993, s. 481; BARLAS, s. 280, n. 608; LEKESİZ, s. 59. Bu yönde bir değerlendirmeye açıkça karşı çıkmamakla benzer görüşte gözüken TEKİNALP/TEKİNALP, s. 163.

11 Burada esasen kastettiğimiz husus, bir sözleşmenin veya bir ortaklığın belirli bir tipin başlığı altında sınıflandırılabilmesi için, o tipin gerekli kıldığı asgari unsurları bünyesinde barındırması gerekliliğidir. Öğretide, adi ortaklığın ortaya koyduğu yapının ağırlıklı olarak "yedek hukuk" kurallarından oluşması sebebiyle tarafların ortaklığı biçimlendirme özgürlüğünün geniş kapsamlı olduğu belirtilmektedir. Öyle ki, bu durum adi ortaklıkların çeşitli görünüm biçimleri bakımından tipik-atipik adi ortaklık ayrımı yapılmasına yol açmıştır. Bu bağlamda kanunda belirtilen modele uygun bir biçimde yapılan adi ortaklıklar tipik adi ortaklık; bu tipik yapıdan sapan, bununla birlikte adi ortaklık unsurlarını muhafaza eden adi ortaklıklar ise atipik adi ortaklık olarak nitelendirilmiştir. Bu konuda açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 308-309.

2. Joint Venture

Kelime anlamı itibariyle riski birlikte üstlenmek, riskli bir işe birlikte kalkışmak anlamına gelen joint venture[12] farklı sebeplerle çok değişik biçimlerde ele alınmaktadır[13]. Joint venture hem işletme ve iktisat alanlarını ilgilendiren, hem de hukuken de önemi haiz bir girişim modelidir. Hukuk düzenleri, özellikle ortaklıklar hukuku normları ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Joint venture yapısal bakımdan birbirinden farklı iki türde karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple öğretide Joint venture'ın bütün yönlerini ve sektörlerini kapsayacak bir tanımının yapılmasından çoklukla kaçınılmaktadır[14]. Buna rağmen, kapsamlı ve tam bir tanım vermektense joint venture'ların tümü için ortak karakteristik vasıflarını ortaya koyan genel bir çerçeve çizilecek olursa şu tanımın verilmesi yerinde olacaktır: "*Birbirinden bağımsız birden fazla (...) kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleridir*"[15].

---

[12] Joint Venture kavramını ifade etmek amacıyla Anglo-Amerikan sisteminde "*Joint Business Venture*", "*Joint Adventure*", "*Joint Undertaking*", "*Joint Enterprise*" ve "*Joint Speculation*" deyimleri); İsviçre ve Alman hukuk çevresinde ise "*Gemeinschaftsunternehmen*" terimi kullanılmaktadır. Türk hukukunda da joint venture karşılığı olarak karşılığı "*müşterek iş ortaklığı*" (KAPLAN, s. 26 vd.) ve "*ortak girişim*" (AKYOL Şener, **Borçlar hukuku: (özel borç ilişkileri): Know-how Management joint venture ve büyük çaplı inşaat sözleşmeleri**, Afa Matbaacılık, İstanbul, 1997, s. 57; POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 16, n. 19b; ALTAY Sıtkı Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 31 vd.) terimleri ifadeleri önerilmektedir. Ayrıca, Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda "*ortak girişim*" ifadesini benimsemiştir: Y 7. HD. E. 33841, K. 19967, T. 21.10.2015 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021); Y 7. HD. E. 14340, K. 10490, T. 5.6.2013 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021). Bununla birlikte, her ne kadar mahkeme kararları ve öğretide ortak girişim kavramı kullanılmaktaysa da ulusal ve uluslararası ticarette "*joint venture*" kavramının yerleşmiş olması sebebiyle çalışmamızda bu kavramı kullanmayı uygun bulduk.

[13] BARLAS, s. 283, n. 620. Özellikle sermaye katılmalı joint venture'lar bakımından bkz. ALTAY, s. 17 vd.

[14] LERZAN, s. 476-477; ŞAHİNALP Kaan, "Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 27, 2001, s. 485-488; SCHMID Thomas/SCHERRER Stefan, "Joint Ventures", **GesKR**, 3/2018, s. 276.

[15] Bu tanım için bkz. BARLAS, s. 284, n. 621; KORKUT Ömer, "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı", **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 5, 2007, s. 1153. Ayrıca öğretide ortaya konan diğer tanımlar için bkz. ALTAY, s. 44-49.

Joint venture öğretide farklı esaslar bakımından değişik biçimlerde sınıflandırılmaktadır[16]. Çalışmamız bakımından önem arz eden ayrım ise joint venture'ın yapılanma modeline göre yapılan ikili ayrımdır. Buna göre joint venture, "sözleşmeye dayalı joint venture" ve "sermayeye katılmalı joint venture" olarak iki ana gruba ayrılmaktadır[17]. Bu ayrım esasen, sözleşmeye dayalı joint venture ile kurulan ilişkinin taraflar arasında salt bir borçlar hukuku sözleşmesinden ibaret olduğu; müşterek amaca ulaşılması için ortakların katılma paylarının yeterli olup ayrıca sermayeye katılmalı joint venture'da olduğunun aksine bir ticaret şirketi kurulmasına ihtiyaç duyulmamasını ifade etmektedir. Joint venture'ın bu yalın modeli sözleşmeye dayalı joint venture olarak adlandırılmaktadır[18]. Bu bakımdan, esasen sözleşmeye dayalı joint venture ile konsorsiyum birbirine çok yakındır[19]. Ancak, bu ortaklık modelleri arasındaki temel fark - yukarıdaki tanımlarda da ifade edildiği gibi - konsorsiyumda her üyenin diğer tarafa karşı yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı için sorumluluk altına girmesi, buna karşılık joint venture'da her birinin işlemin sonuçlarından bir bütün olarak müteselsilen sorumlu olmasıdır[20].

Sermayeye katılmalı joint venture ise salt sözleşmeye dayalı joint venture'dan farklı olarak çift katlı ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Burada ilişkiye

---

16 Örnek vermek gerekirse, tüzel kişi ortaklarının tâbiyeti bakımından ulusal ve uluslararası joint venture; faaliyet alanları bakımından inşaat, petrol ve maden işletmeciliği veya üretim sektörlerindeki joint venture'lar; ortaklarının niteliği bakımından, devletler arasında, devletler ile özel hukuk kişisi gerçek veya tüzel kişiler arasında joint venture şeklinde ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Bu konuda açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 53; ERTAŞ Alican, **Joint Venture Sözleşmelerine Konu İş Ortaklıklarının Hukuki Niteliği ve Yapısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 43-55. Ayrıca daha farklı sınıflandırmalar için bkz. BAZ Salih, **Karşılaştırmalı Hukuk'ta ve Türk Hukuku'nda Joint Venture**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 20-38.

17 Günümüzde hukuki anlamda önem arz eden iki türün ortaya çıktığı ve hukuki değerlendirme yapılırken bu iki tür arasında ayrım yapıldığı yönünde: BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 255; KNOBLOCH Stefan, "Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten", **GesKR**, 4/2013, s. 552; HUBER Lucius, **Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht**, Basel, 1992, s. 1-4.

18 Sözleşmeye dayalı joint venture ve sermayeye katılmalı joint venture'ın tanımlanması ve bu konuda açıklamalar için bkz. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 111; BARLAS, s. 290-291, n. 635. Sözleşmeye dayalı ortak girişimin yalın sözleşmesel ilişki olduğu yönünde bkz. ALTAY, s. 39.

19 Nitekim bazı yazarlar, konsorsiyum ile joint venture ilişkisini eş anlamlı olarak ele almaktadır: SCHMID/SCHERRER, s. 276; TANDOĞAN, s. 83 vd.

20 TEKİL Fahiman, **Adî, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 1996, s. 78; TEKİNALP/TEKİNALP, s. 162; KORKUT, s. 1164.

katılan taraflar, önce aralarında bir "temel sözleşme" (joint venture sözleşmesi)[21] akdetmekte; ardından ya tüzel kişiliğe sahip bir "yavru ortaklık"[22] kurmakta ya da mevcut böyle bir ortaklığa katılarak ve bu ortaklığı çeşitli "özel (uydu) sözleşmeler"[23] çerçevesinde sağladıkları katkılar ile beslemektedirler[24].

Gerek öğretide[25] gerek Yargıtay kararlarında[26] sözleşmeye dayalı joint venture kapsamında taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi meydana geldiği ve bu ortaklığın, TBK m.620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklık niteliğinde olduğu kabul edilirken sermayeye katılmalı joint venture'da çift katlılığın birinci aşamasını oluşturan, ortaklar arasında akdedilen temel (joint venture) sözleşmesinin hukuksal niteliği tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre temel sözleşme, gerek ortaklıklar hukukuna gerek borçlar hukukuna ilişkin unsurlar içeren karma bir yapıya sahiptir. Bu bakımdan temel sözleşme, ortaklık sözleşmesi değil; karma sözleşme olarak

---

[21] Temel sözleşme öğretide farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bunlardan başlıcaları; "Esaslar sözleşmesi" (*Grundlagenvertrag*); "Esaslar anlaşması" (*Grundlagenvereinbarung*); "Temel sözleşme" (*Basisvertrag; Basic Agreement*); "Pay sahipleri sözleşmesi" (*Shareholders Agreement*); "Temel Mutabakat" (*Accord de base*); "Ortaklık sözleşmesi" (*Partnerschaftsvertrag*) terimleridir. Kavramlar hakkında değerlendirmeler için bkz. ALTAY, s. 234 vd.

[22] Bu ortaklık öğretide "taşıyıcı ortaklık" (*Trägergesellschaft*) ve "müşterek yavru ortaklık" (*gemeinsame Tohtergesellschaft*) olarak da ifade edilmektedir. Ayrıca bazı yazalar, bu ortaklığı ifade edebilmek için "*Joint Venture Gesellschaft*" deyimini kullanmaktadır. Nitekim bu yönde kullanım için bkz. HUBER, s. 13 vd. Ancak, "*Joint Venture Gesellschaft*" deyiminin kurulan yavru ortaklık ile joint venture ortaklığı arasında karışıklık yaratabileceği için kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. BARLAS, s. 294, dn. 793.

[23] Bu tür sözleşmeleri ifade etmek amacıyla ayrıca, "*uygulama sözleşmeleri*" (*Durchführungsverträge*) ve "*tâbi mutabakatlar*" deyimleri de kullanılmaktadır, bkz. BARLAS, s. 294, n. 646.

[24] Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 229-234.

[25] Sözleşmeye dayalı joint venture'ın adi ortaklık teşkil ettiği konusunda bkz. BK ORFELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 255; KNOBLOCH, s. 552; TEKİNALP/TEKİNALP, s. 155; BARLAS, s. 304-305, n. 677; ALTAY, s. 51; DAYINLARLI, s. 290, 291; KAPLAN, s. 30; ÖZTÜRK, s. 35; ÇAKIR ÇELEBİ F. Betül, "Joint Venture'ın Hukuki Niteliği", **Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 2, Ankara, 2017, s. 113 vd.; AKKURT Zülal/AKGÜL Barış: "Joint Venture ve Konsorsiyum'un Türk Hukuku'ndaki Yeri", **Yargıtay Dergisi**, C. 27, S. 4, Ankara, 2001, s. 737. Keza, adi ortaklığın iktisadi amaca yönelen bir uygulama alanı olduğu yönünde bkz. AKÇURA KARAMAN Ayşe Tuba: Joint Venture Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991, s. 74, 87.

[26] Y 12. HD. E. 2014/31784, K. 2014/30762, T. 18.12.2014 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021); Y 7. HD. E. 2015/33841, K. 2015/19967, T. 21.10.2015 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021); Y 7. HD. E. 2013/14340, K. 2013/10490, T. 5.6.2013 (www.kazanci.com, Son Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021).

nitelendirilmeli ve bu haliyle bir "isimsiz akit"[27] olduğu kabul edilmelidir[28]. Buna karşılık öğretide ağırlıktaki görüşe göre, temel sözleşme bir ortaklık sözleşmesi olup bu sözleşme ile taraflar arasında oluşan ilişki de TBK m.620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklık niteliğindedir[29].

Bu bakımdan, çalışmamız kapsamında "salt sözleşmeye dayalı joint venture" kapsamında ortaya çıkan ortaklık ilişkisi ve "sermayeye katılmalı joint venture" kapsamında tarafların "temel sözleşmeyi" akdetmesiyle ortaya çıkan ortaklık ilişkisi ele alınacaktır.

III. KONSORSİYUM VE JOINT VENTURE'DA ADİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Adi ortaklık[30] sözleşmesi TBK m.620/I'de şu şekilde tanımlanmıştır: "*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*"[31].

---

[27] İsimli-isimsiz akit ayrımı ve bu kavramlara ilişkin doyurucu açıklamalar için bkz. KUNTALP Erden, **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 1-6, s. 13-20.

[28] HUBER Lucius, "Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung", in: Kooperations- und Joint Venture Verträge, Rechtliche Probleme und Vertragsgestaltung, Bern-Stuttgart-Wien 1994, s. 55 vd. (naklen) BARLAS, s. 306, n. 680. Ayrıca, tarafların iradelerinin anonim ortaklıktaki hak ve yükümlülüklerini belirlemeye yönelik olduğu, adi ortaklık kurma iradesi taşımadıkları gerekçesiyle bu sözleşmenin niteliğinin adi ortaklık sözleşmesi olmadığı yönünde bkz. ESİN, İsmail G./LOKMANHEKİM, Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2004, s. 67.

[29] BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 256; BARLAS, s. 306-307, n. 681, s. 310, n. 692; ALTAY, s. 243; TEKİL, s. 80; KORKUT, s. 1159; ŞAHİNALP, s. 495-497; ÇAKIR ÇELEBİ, s. 116. *Akyol* ise somut olaya göre bu ortaklık modelinin adi ortaklık olarak nitelendirilebileceği gibi karma sözleşme niteliği taşıyabileceğini de ifade etmektedir. Bkz. AKYOL, s. 76.

[30] Türk Borçlar Kanunu'nun 620-645. maddeleri arasında adi ortaklığı ifade etmek amacıyla "Adi ortaklık" terimi kullanılmıştır. Keza, adi ortaklık kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 530. maddesinde "*Die einfache Gesellschaft*"; Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 705 vd. paragraflarında "*Gesellschaft*" terimiyle ifade edilmiştir. Bugün Türk öğretisinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun benimsediği "*Die einfache Gesellschaf*" teriminin Türkçe çevirisi olan "yalın ortaklık" teriminin yanı sıra, "adi şirket" ve "adi ortaklık" deyimlerine de başvurulmaktadır (Bu konuda açıklamalar için bkz. YONGALIK Aynur, **Adî Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, 1991, s. 1-2). Biz "yalın ortaklık" teriminin öğretide tam olarak oturmaması ve kanunun terminolojisine en uygun biçimin "adi ortaklık" deyimi olacağı düşüncesinde olduğumuzdan, çalışmamızda "adi ortaklık" terimini kullanacağız.

[31] Bununla birlikte, OR Art. 530 hükmünde yer alan tanım şu şekildedir: "*Şirket, iki veya daha fazla kimsenin ortak bir amaca, ortak güç ya da araçlarla ulaşmak için akdi biçimde bağlan-*

Öğretide, bu tanımın aslında adi ortaklığa özgü olmadığı; genel olarak ortaklıklar için geçerli unsurları bünyesinde toplayan bir ortaklık sözleşmesi tanımı olduğu belirtilmektedir[32].

İsviçre, Alman ve Türk öğretisinde adi ortaklığa ilişkin olarak çeşitli tanımlar verilmiştir[33]. Belirtmek gerekir ki, öğretide verilen tanımlar - yazarların ortaklık tipine ilişkin tartışmalarda takındıkları bakış açısına göre çeşitli yönlerden farklılaşmakla birlikte - genel anlamıyla adi ortaklığın unsurlarını yansıtmak hususunda ortak noktada buluşmaktadır. Bu bakımdan, bir hukuki ilişkinin adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için sözleşme unsuru, kişi unsuru, ortak amaç, ortak amaç için birlikte çaba (*affectio societatis*) ve katılma payı unsurlarını taşıması gerektiği kabul edilmektedir[34].

Öyleyse konsorsiyum, sözleşmeye dayalı joint venture kapsamında ortaya çıkan ortaklık ilişkisi ile sermayeye katılmalı joint venture kapsamında temel sözleşmenin akdedilmesiyle oluşan (joint venture) ortalığının adi ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için adi ortaklığın temel unsurlarını taşıması gerekmektedir.

2. Konsorsiyum ve Joint Venture'da Adi Ortaklığın Temel Unsurları

A. Sözleşme Unsuru

Adi ortaklık ilişkisinin, kendisini oluşturan kişilerin iradelerine dayanan bir hukuksal ilişki olduğu açıktır. Zira, bir hukuksal ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için tarafların "ortaklık kurma niyetiyle" (*animus contrahendae societatis*) hareket ederek bu hukuki sonucun ortaya çıkmasına yönelik iradelerini açık ya da örtülü bir şekilde dışa vurmaları ve kurucu

---

malarıdır". BGB §705'de yer alan tanım ise şöyle ifade edilmiştir: "*Şirket sözleşmesiyle ortaklar, müşterek bir amaca sözleşmeyle belirlenen biçimde ulaşmaya çalışmayı, özellikle kararlaştırılan katılma paylarını ifa etmeyi karşılıklı olarak yükümlenirler*".

[32] BARLAS, s. 13, n. 21. Bu hususta bkz. şirketler hukuku kaynaklarından özellikle; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 43-44, n. 70; KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail, **Şirketler Hukuku Cilt I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 41, n. 92.

[33] Adi ortaklığa ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. MüKoBGB/SCHÄFER Vor §705 Rn. 1; BeckOK BGB/SCHÖNE BGB §705 Rn. 6-7; BSK OR-HANDSCHIN, Art. 530, n. 2; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 132; ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 2; DOĞANAY Ümit Yaşar, **Adî Şirket Akdi**, İstanbul, 1968, s. 5; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 40; BARLAS, s. 14-18, n. 27-39.

[34] SCHMID Jörg/STÖCKLI Hubert/KRAUSKOPF Frédéric: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Schulthess, 2016, n. 2368; ŞENER Oruç Hami, **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 3 vd.;

unsurları içeren bu irade açıklamalarının uyuşması gerekir[35]. Öğretide irade beyanlarının yönelimi ve kurgusu göz önünde bulundurularak adi ortaklığın temelini oluşturan hukuksal işlemin bir "sözleşme" olduğu; "karar"[36] ya da "müşterek hukuki işlem"[37] olarak nitelendirilemeyeceği görüşü ağırlıktadır[38]. Nitekim, bu görüşteki yazarlar kanun koyucunun adi ortaklığa ilişkin 18. bölümün başlığını "*Adi ortaklık sözleşmesi*" şeklinde düzenlemesi ve TBK m.620/I hükmünde ise "*Adi ortaklık sözleşmesi ... üstlendikleri sözleşmedir*" ifadesine yer vermesini de görüşlerini destekleyen argümanlar olarak göstermektedir[39].

Buna ek olarak, adi ortaklık sözleşmesinin borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğu ve ortakların edim yükümlülüklerinin birbirlerinin edimlerinin karşılığını teşkil etmediği; tam tersine bu edimlerin ortaklığın ortak amacının yerine getirilmesi için birleştirildiği kabul edilmektedir[40]. Bu bakımdan, adi ortaklık sözleşmesinin edim değişimini amaçlayan bir "mübadele sözleşmesi" niteliğinde olmadığı belirtilmektedir[41].

Kanun koyucu, adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini ise özel bir şekil şartına tabi tutmamıştır[42]. Bu nedenle, TBK m.12/I hükmünde belirtilen sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan şekil serbestisi prensibi uygulama alanı bulacaktır. Öyleyse, adi ortaklık sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olmadan, yani sözlü olarak kurulabileceği gibi zımnî (örtülü) irade beyanı veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla da kurulabileceği sonucuna varılma-

---

35 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Vorbem. Art. 530-551, n. 8, Art. 530, n. 27 vd.; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 8; BARLAS, n. 116; ALTAY, s. 49-59.

36 DOĞANAY, s. 19. Ayrıca, karar kavramı ve bunun sözleşme kavramından farkı hakkında bkz. OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami: **Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021, n. 615-616.

37 Müşterek hukuki işlem ve sözleşme kavramlarının farklarına ilişkin bkz. OĞUZMAN/ BARLAS, n. 617-619.

38 Adi ortaklık ilişkisinin sözleşme temeline dayandığı yönünde bkz. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 7-8, 126; BSK OR-HANDSCHIN, Art. 530, n. 2; SCHMID/STÖCKLİ/KRAUSKOPF, OR BT, n. 2385.

39 Bu görüşteki yazarlar ve açıklamalar için bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 9-12; BARLAS, s. 59, n. 116.

40 Borçlar hukuku sözleşmesi niteliğini haiz, bir organizasyon sözleşmesi olduğu yönünde bkz. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Vorbem. Art. 530-551, n. 9.

41 BK OR-FELMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 70 vd.; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 14-15; ALTAY, s. 145-146.

42 Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. ÖZBİLEN, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2016, s. 414 vd.

lıdır[43]. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde ortaklık sözleşmesinin geçerliliği belirli bir şekle uyularak yapılmasına bağlı olabilir. Öyle ki, taraflar sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağını kararlaştırmış olabilir (iradi şekil) veya ortaklık sözleşmesinde geçerliliği kanunen şekle tâbi bir taahhüt yer alabilir[44]. İşte bu hâllerde şekle tâbi işlemin kapsamı bakımından öğretide iki görüş bulunmaktadır. Bu durumda sözleşmenin bütünlüğü gerekçesiyle tamamının o şekle uygun yapılması gerektiğini belirtenler[45] olduğu gibi; Türk ve İsviçre hukuk sistemlerine hâkim olan, ilgili taahhüt konusuyla bağlantılı sözleşme hükümlerinin şekle uygun olmasının yeterli olduğu görüşünü benimseyen yazarlar[46] da bulunmaktadır.

Bu bağlamda son olarak belirtmek gerekir ki, anılan görüşlerden ikincisi benimsenir ve sözleşme içeriğinde yer alan hükümlerden bir veya birkaçı şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılırsa TBK m.27/II hükmünün uygulanması meselesi gündeme gelir. Bu durumda öğretide ağırlıklı olarak sözleşmeyi tamamen hükümsüz saymak yerine taraf iradelerinin yorumundan yola çıkılarak TBK m.27/II hükmünün uygulanması gerektiği ve imkân varsa kısmen hükümsüzlük yaptırımını uygulamanın işlem hayatının korunması bakımından önemli olduğu belirtilmektedir[47].

Joint venture'ın oluşumu da türü ne olursa olsun, ortaklığa katılanlar arasında akdedilen bir sözleşme ilişkisine dayanır[48]. Bu sözleşme ile taraflar ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere biraraya gelmektedir. Diğer bir ifade ile, tarafların karşılıklı iradeleri, ortak bir gayeye yönelmektedir. Tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmamakta; tam tersine ortaklığın gayesinin gerçek-

---

43 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 432, 533; ÖZBİLEN, s. 416; DOĞANAY, s. 71; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 21-22.

44 KARAYALÇIN Yaşar, **Ticaret Hukuku, C. II, Şirketler Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 1973, s. 128; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 35-37; ÖZBİLEN, s. 416-418; DOĞANAY, s. 71; BARLAS, s. 75, n. 144-145.

45 Mesela, geçerliliği kanunen şekle tâbi bir taahhüt yer alıyorsa, ortaklık sözleşmesinin de o şekle uyularak yapılması gerektiği yönünde bkz. BARLAS, s. 75, n. 145 ve orada anılan diğer yazarlar.

46 Bu tartışma ve ilgili görüşler için bkz. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 539; KENDİGELEN/KIRCA, s. 64, n. 138; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 25. Kanaatimizce konsorsiyum veya joint venture kapsamında böyle bir sorunla karşılaşılması hâlinde ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira, sözleşme hükümlerinin şekle uygun olarak yapılması şeklin öngörülme amacını gerçekleştirmede yeterlidir.

47 KENDİGELEN/KIRCA, s. 64-65, n. 141; BARLAS, s. 72, n. 139. Belirtelim ki, her ne kadar TBK m.27/II hükmü karşılıklı sözleşmelere ilişkin bir düzenleme olsa da, bu hükmün ortaklık sözleşmelerine uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. DOĞANAY, s. 92; ŞENER, s. 30; BARLAS, s. 72, n. 139, dn. 191.

48 ŞAHİNALP, s. 489; ÖZTÜRK, s. 33.

leştirilmesi doğrultusunda bir araya getirilmektedir[49]. Keza, bu sözleşmenin geçerliliği de herhangi bir şekil şartına bağlı değildir[50]. Zira, joint venture sözleşmesi hukukumuzda kanunen düzenlenmiş olmadığından, geçerliliğinin de şekle tabi olması düşünülemez[51]. Bununla birlikte, taraflar sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağını kararlaştırmış olabilir veya ortaklık sözleşmesinde geçerliliği kanunen şekle tâbi bir taahhüt yer alabilir. İşte bu hâllerde joint venture sözleşmesinin geçerli olabilmesi için anılan şekillerde yapılması gerekecektir.

Öte yandan emisyon, kredi ve yapı konsorsiyumları, en basit şekliyle konsorsiyum üyelerinin yüksek risk içeren işlemleri müştereken gerçekleştirdikleri ortaklıkları ifade etmektedir[52]. Bu bakımdan, yüksek risk içeren bu işler kapsamında tek başlarına varlık gösteremeyecekleri için konsorsiyum üyeleri aralarında akdettikleri "konsorsiyum sözleşmesiyle" ortak bir noktada buluşmaktadırlar[53]. Keza, söz konusu konsorsiyumlarda konsorsiyumun işlerini sevk ve idare ile konsorsiyumun temsil yetkisi de çoğunlukla konsorsiyum üyelerinden birine bırakılmaktadır: Konsorsiyum lideri (*Konsortialführer*)[54]. İşte, konsorsiyum liderinin görev ve yetkisinin belirlenmesi bakımından da konsorsiyum üyeleri arasında akdedilen konsorsiyum sözleşmesi önemli rol oynamaktadır[55].

B. Kişi Unsuru

Adi ortaklık, bir kişi birliği olduğundan temel unsuru "kişi"dir. Nitekim, TBK'nun "*A. Tanım*" başlıklı m.620/I hükmünde "*... iki ya da daha fazla kişinin...*" ibaresine yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan kanun koyucu adi ortaklığın oluşumu için en az iki kişinin varlığını şart koşmuş[56], ortak sayısı bakımından ise bir üst sınır öngörmemiştir[57].

---

49 ALTAY, s. 54; DOĞANAY, s. 25.

50 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 155; ÖZTÜRK, s. 33.

51 BARLAS, s. 285, n. 623.

52 Anılan konsorsiyum türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. dn. 7.

53 Söz konusu konsorsiyum türleri ve konsorsiyum sözleşmesi hakkında bkz. BARLAS, s. 263, n. 568 vd.

54 Özellikle emisyon konsorsiyumlar açısından bkz. MüKoBGB/SCHÄFER Vor §705 Rn. 54.

55 ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 112.

56 Belirtmek gerekir ki, adi ortaklık ilişkisi bir tüzel kişiliği haiz olmadığından, en az iki kişinin varlığı, sadece kuruluş aşamasında değil, ortaklık devam ettiği sürece mevcut olmalıdır. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 18.

57 Bununla birlikte öğretide, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması ve organizasyon tarzının (ortaklık adına yapılan işlemlerden dolayı sınırsız, müteselsil ve birincil derecede sorumlu olunması şeklinde) elverişsizliği sebebiyle çok şahıslı adi ortaklıklara uygulamada nadiren rastlandığına işaret edilmektedir. Bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 4; BARLAS, s. 18-19, n. 42.

Öte yandan, kanun koyucu söz konusu düzenlemede "kişi" kavramına işaret etmiş; sadece "gerçek" ya da sadece "tüzel" kişi tarzında bir sınırlama getirmemiştir[58]. Bu bakımdan, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de adi ortaklıkta ortak sıfatıyla yer alabileceği kabul edilmiştir[59].

Öğretide bir görüşe göre, konsorsiyum ve sermayeye katılmalı joint venture münhasıran teşebbüsler tarafından kurulabilir[60]. Buna karşılık, konsorsiyum ve joint venture'ın gerek sözleşmeye dayalı gerekse sermayeye katılmalı türünü oluşturan sözleşmelere taraf olanların niteliği bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu bakımdan, konsorsiyum ve sözleşmeye dayalı joint venture ile sermayeye katılmalı joint venture sözleşmelerinin mutlaka teşebbüsler arasında akdedilmesi şart değildir. Diğer bir ifade ile bu sözleşmeler, gerçek kişiler arasında veya gerçek kişiler ile tüzel kişiler yahut salt tüzel kişiler arasında akdedilebilir[61]. Zira, özellikle sermayeye katılmalı joint venture'a asıl kimliğini veren hususun bu ortaklık modelinin kökeninde yer alan temel sözleşmenin taraflarının kimliği olmayıp, yavru ortaklığının temel sözleşme kapsamında belirlenen strateji ekseninde ve ortak kontrol esasına dayanılarak yönetilmesidir[62].

C. Ortak Amaç Unsuru

Adi ortaklığın diğer bir temel unsuru ortaklık ilişkisine katılan kişilerin "ortak bir amaç" etrafında toplanmasıdır[63]. Nitekim, öğretide bir hukuksal

---

58 Adi ortaklığa, ister gerçek ister tüzel kişi tipinde olsun, hukuken "kişi" sıfatına sahip bütün varlıkların katılabilecekleri açık ise de, tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi topluluklarının bağımsız bir "birlik" olarak adi ortaklığa ortak sıfatıyla katılabilip katılamayacağı öğretide tartışmalıdır. Türk hukukunda kanun koyucunun "kişi" kavramına bağlanması karşısında bunun mümkün olmayacağı ve esasen tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi birliklerinin ortak olarak yer almasının kabul edilmesine pratik bir ihtiyacın da söz konusu olmadığı yönünde bkz. BSK OR-HANDSCHIN, Art. 530, n. 3; BARLAS, s. 24-25, n. 53-57. Buna karşılık, adi ortaklığa bir başka adi ortaklığın katılımının mümkün olduğu yönünde bkz. DOĞANAY, s. 10; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 5.

59 Bu husus, İsviçre, Alman ve Türk hukuk öğretisinde oybirliği ile kabul edilmektedir. Türk hukuku açısından bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 46; YONGALIK, s. 6; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 4; BARLAS, s. 19, dn. 45. İsviçre hukuku bakımından bkz. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 2, n. 231-232; BSK OR-HANDSCHIN, Art. 530, n. 3; SCHMID/STÖCKLİ/KRAUSKOPF, OR BT, n. 2370; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 19.

60 Konsorsiyum bakımından bkz. KAPLAN, s. 37. Sermayeye katılmalı joint venture bakımından bkz. BİLİCİ Nurettin, **Türk Vergi Sistemi**, Ankara, 2014, s. 102.

61 ERTAŞ, s. 30; BARLAS, s. 266, n. 576, s. 304, n. 677; ALTAY, s. 52-53, 239.

62 ALTAY, s. 239.

63 SCHMID/STÖCKLİ/KRAUSKOPF, OR BT, n. 2371; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 63.

ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede ortaklığın amacı olarak belirlenen hedefin tüm ortaklar bakımından "müşterek" olması şartı aranmaktadır[64]. TBK m.620/I hükmünde de bu husus "... *ortak bir amaca erişmek*..." şeklindeki ifade ile açıkça ifade edilmiştir.

Adi ortaklığın temel unsuru durumundaki ortak amaç, ortaklık sözleşmesinin üçüncü kişi ile tek bir sözleşme akdetmek için kurulması şeklinde geçici nitelikte olabileceği gibi sürekli de olabilir[65]. Bu bakımdan öğretide, adi ortaklığın daha ziyade geçici hukuksal ilişkiler için tercih edilen bir ortaklık tipi olduğu yönündeki düşüncenin[66] pek yerinde olmadığı ifade edilmektedir[67].

Diğer yandan, adi ortaklığın müşterek amacı kanunun emredici hükümlerine, ahlak ve adaba aykırı olmamak ve yerine getirilmesi mümkün olması koşuluyla serbestçe belirlenebilir[68]. Nitekim, TBK m.620 hükmünde herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu bakımdan, adi ortaklığın amacı iktisadi nitelikte olabileceği gibi dini, siyasal, bilimsel, sanatsal ya da sosyal bir amaç niteliğinde olabilir[69].

Sözleşmeye dayalı joint venture ve konsorsiyum da prensip olarak tek bir işin gerçekleştirilmesi için kurulmaktadır. Nitekim, öğretide sözleşmeye dayalı joint venture'ın tek bir işin yapılmasına yönelik kurulmasının, yazılı olmayan bir unsura dönüştüğü ifade edilmektedir[70]. Bununla birlikte, her ne

---

64 Öyle ki, adi ortaklığın diğer bazı hukuksal ilişkilerden, özellikle kazanca katılmalı hukuksal ilişkilerden ayırt edilmesini sağlayan temel kriterin de "ortak amaç" kriteri olduğuna işaret edilmektedir. Açıklamalar için bkz. POROY/TEKNALP/ÇAMOĞLU, s. 56; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 101-103; BARLAS, s. 26, n. 58.

65 BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 479; DOĞANAY, s. 51; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 105.

66 Bu görüşte bkz. KARAYALÇIN, s. 131.

67 BARLAS, s. 32, n. 71.

68 BARLAS, s. 32-33, n. 72.

69 Esasen Türk hukukunda adi ortaklığın amacının niteliği bakımından her türlü amacın caiz olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide ağırlıkta olan ve adi ortaklıklarda her türlü amacın serbestçe belirlenebileceği yönündeki görüş taraftarları için bkz. BARLAS, s. 34-35, n. 74. İsviçre hukukunda da ağırlıkta olan bu görüş için bkz. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530, n. 233; BSK OR-HANDSCHIN, Art. 530, n. 4; SCHMID/STÖCKLİ/KRAUSKOPF, OR BT, n. 2372-2373; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 17. Buna karşılık, iktisadi amaç ve kazanç paylaşma dışında diğer amaçlarla adi ortaklık kurulmasının olanaklı olmadığı; bu durumlarda dernek kurulabileceği yönünde bkz. KARAYALÇIN, s. 126; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 103.

70 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 150-151, dn. 26; ERTAŞ, s. 41.

kadar uygulamada durum bu yönde gelişse dahi, "tek işin" gerek konsorsiyum gerek sözleşmeye dayalı joint venture'ın kavramsal açıdan zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmesi uygun olmaz[71]. Zira, bu ortaklıklar kimi zaman süreklilik arz edebilir. Özellikle, süre veya toplantı bazında sınırlama öngörmeyen, belirli bir yönde oy kullanma veya kullanmaktan kaçınmanın kararlaştırıldığı oy konsorsiyumlarında durum bu yöndedir[72]. Meseleye adi ortaklıklardaki amaç unsuru açısından yaklaşıldığında ise, konsorsiyum ve sözleşmeye dayalı joint venture'da kimi zaman süreklilik çoğu zaman ise tek iş şeklinde ortaya çıkan ortak amaç, riskli bir (ticari) faaliyetin ortaklaşa yürütülmesi ve bu faaliyetten elde edilen kârın paylaşılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır[73].

Öte yandan sermayeye katılmalı joint venture'da temel sözleşme kapsamındaki amaç ise, yavru ortaklığın kurulması ve hâkim pay sahiplerinin ortak kontrolü altında yönetilmesidir. Bu bakımdan, temel sözleşme kapsamında meydana gelen joint venture ortaklığının amacının, sürekli nitelikte olduğu kabul edilmektedir[74]. Keza, temel sözleşmedeki ortak amaç, belirli bir ticari faaliyetin bağımsız bir tüzel kişilik çerçevesinde yürütülmesini konu edinmesi itibariyle iktisadi nitelik taşımaktadır[75].

D. Ortak Amaç İçin Birlikte Çaba (*Affectio Societatis*) Unsuru

Adi ortaklığın varlığından söz edebilmek için ortakların ortak amaç etrafında toplanmalarına ek olarak, ortak amacın gerçekleşmesine yönelik faaliyetlere katılmayı, bu yolda iş birliği yapmayı ve birlikte çaba göstermeyi de üstlenmiş olmaları ayrı ve zorunlu bir unsur olarak aranmaktadır[76]. Ortakların belirli bir amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermeye yönelik yükümlü-

---

71 Nitekim, sözleşmeye dayalı joint venture'ın götürü bir biçimde geçici bir ortaklık olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. BARLAS, s. 286, n. 624. Buna karşılık, konsorsiyumun, bir veya birkaç işin gerçekleştirilmesiyle sınırlı kazanç elde etme amacına yönelik tipik bir "geçici ortaklık" olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. MüKoBGB/SCHÄFER Vor §705 Rn. 51.

72 MOROĞLU, s. 36.

73 ERTAŞ, s. 38; AKKURT/AKGÜL, s. 734; ŞAHİN, s. 466; TASLACIOĞLU İlker, "Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture'ların Vergilendirilmesi, **Maliye Dergisi**, S. 131, Ankara, 1999, s. 125.

74 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 151; ALTAY, s. 240, 310-311; ERTAŞ, s. 41.

75 Özellikle sermayeye katılmalı joint venture açısından açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 240.

76 ŞENER, Adi Ortaklık, s. 117; YAVUZ Cevdet/ÖZEN Burak/ACAR Faruk, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 1513; ALTAY, s. 57-59; BARLAS, s. 39-40, n. 83.

lük altına girmeleri anlamına gelen bu unsur öğretide "*affectio societatis*" ifadesiyle anılmaktadır[77].

Adi ortaklığın sürekli borç ilişkisi niteliğine uygun olarak, birlikte çaba yükümlülüğü süreklilik arz eden asli bir edim yükümü olarak kabul edilmektedir. Zira, ilişkiye katılanlardan birinin sadece bir defalık bir katılma yükümü altına girebileceği kabul edilirse adi ortaklıktan değil, bağışlama veya karşılıklı edim değişimini amaçlayan bir hukuksal ilişkinin mevcudiyetinden söz edilmelidir[78]. Keza, ortakların ortaklığın amacının gerçekleştirilmesine yönelik ortaklaşa çaba göstermeleri, ortaklığın yönetimini de önemli derecede etkilemektedir. TBK m.525'e göre adi ortaklık kapsamında ortaklığın yönetimi, ortaklık sözleşmesi ya da ortakların alacağı kararla ortaklardan birine veya birkaçına tevdi edilmedikçe ortakların tümü tarafından sağlanmaktadır.

Adi ortaklıktaki bu görünüm sözleşmeye dayalı joint venture'ın en önemli özelliği olarak ifade edilmektedir. Buna göre, sözleşmeye dayalı joint venture ortak yönetim kuralının sözleşme veya ortakların kararıyla kaldırılmadığı diğer bir ifade ile ortakların tümü tarafından müştereken kontrol edildiği ve yönetildiği bir ortaklık modelidir[79].

Ayrıca belirtilmelidir ki, uygulamada her ne kadar joint venture'ın amacına ulaşabilmesine yönelik gerekli olağan işleri icra için ortaklardan birine yönetim yetkisi verilmekte ve bu ortağa "pilot ortak[80]" adı verilmekteyse de

---

77 Roma hukuku kökenli bu kavramın modern hukuk sistemlerine intikali hakkında açıklamalar için bkz. ŞENER Oruç Hami, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Armağanı, C. I**, İstanbul, 2002, s. 710 vd. "*Affectio societatis*" kavramı üzerinde esasen görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mahkeme kararları ve öğreti tarafından ilgili kavramın çerçevesi çizilmeye çalışılmaktadır. Farklı tanımlar ve bu kavrama ilişkin doyurucu açıklamalar için bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, n. 60; KENDİGELEN/KIRCA, s. 16-19, n. 38-42. Ayrıca, "*affectio societatis*" kavramının, şirket kurma niyeti olarak anılan "*animus contrahendae societatis*" ifadesinden farklarına ilişkin açıklamalar için bkz. TEKİL, s. 29; KARAYALÇIN, s. 60. Öte yandan, "*affectio societatis*" ve "*animus contrahendae*" kavramlarının yerinde olmayan bir şekilde eş anlamlı kullanımı için bkz. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 64.

78 ŞENER, Adi Ortaklık, s. 117; BARLAS, s. 43, n. 86.

79 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 154; DAYINLARLI, s. 27; ALTAY, s. 58. *Altay*, bu görüşünü sözleşmeye dayalı joint venture'ın ağırlıklı olarak riskli faaliyetlerin yürütüldüğü bir ortaklık modeli olmasına dayandırmaktadır. Buna göre, joint venture'ın faaliyeti dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sınırsız bir sorumluluk altına giren ortakların tümünün, ortaklığın kontrolünü paylaşması, joint venture'ın ekonomik yapısına uygun düşmektedir.

80 Bu konuda çeşitli örnekler ve joint venture'un yönetimine ilişkin açıklamalar için bkz. DAYINLARLI, s. 329; KAPLAN, s. 63-64; BARLAS, s. 311, n. 689.

joint venture'ın ortak kontrol altında yönetilmesi diğer bir deyiş ile ortaklarca müştereken kontrol edilmesi söz konusudur. Şöyle ki, ortak kontrol kavramı "*ortakların tümü tarafından kontrol edilen ortaklığın stratejik kararlarını etkileme gücü*" anlamına gelmektedir[81]. Bu bakımdan, joint venture'ın fiili yönetiminin pilot ortak olarak adlandırılan bir ortağa bırakılması, joint venture'ın günlük olağan işlerinin yürütülmesi anlamına gelirken; bu çerçevede her türlü stratejik kararın tüm ortaklarca alınması ortak kontrol şeklinde gerçekleşecektir. Diğer bir ifade ile TBK m.525 hükmü gereğince günlük yönetim işlerine ilişkin kararlar açısından ortak yönetimin kaldırılması, ortak kontrolün bertaraf edilmesi anlamına gelmemektedir[82]. Bunun aksine, joint venture'ın ortakların tümü tarafından ortak kontrolü karşımıza ortaklık açısından konuşursak "*affectio societatis*" unsuru olarak çıkmaktadır.

Zira, sözleşmeye dayalı joint venture ile sermayeye katılmalı joint venture iş modellerinde ağırlıklı olarak riskli faaliyetlerin yürütülmesi tercih edilmektedir. Bu bakımdan, üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumluluk altına giren ortakların, ortaklığın kontrolünü müştereken gerçekleştirmeleri işin ekonomik yapısına uygun düşmektedir. Öyle ki, ortaklar, ortak kontrol ile joint venture ortaklığını çok daha yakından takip ederek iş modeli kapsamında ortaya çıkan riskin gerçekleşmesi konusunda etkin rol oynayabilecektir[83].

Öte yandan, konsorsiyumun idaresi ve temsili, sözleşme veya ortakların alacağı karar ile çoğunlukla konsorsiyum lideri olarak adlandırılan bir konsorsiyum ortağı tarafından yürütülür. Diğer bir ifade ile, yönetim ve temsil yetkisi lidere ait olup, konsorsiyumun diğer ortakları yönetime doğrudan katılma hakkına sahip değildir[84]. Konsorsiyumun fiilen bir ortak tarafından yönetilmesi, bu iş ortaklığında "*affectio societatis*" unsurunun ortadan kaldırıldığı izlenimini yaratmaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, konsorsiyumun idaresi ve temsilinin konsorsiyum liderine bırakılması, bu iş ortaklıklarında "*affectio*

---

81 ALTAY, s. 59. Diğer bir ifade ile ortak kontrol, joint venture'ın en önemli özelliği olarak karşımıza çıkar ve ortak yönetimi veya yönetimde görev alacakların ortaklaşa karar verilmesi hususlarını içerir. Kural olarak joint venture ortakları eşit kontrol ve yönetim hakkına sahiptir. Ancak, sözleşmede bu hususta farklı hükümler konabilir. Bu konuda açıklamalar için bkz. ŞAHİNALP, s. 510-511.

82 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 154; ALTAY, s. 59.

83 Bu konuda açıklamalar için ve söz konusu bu hususun birbirinden farklı yapılardaki sözleşmeye dayanan ve sermayeye katılmalı joint ventrure'ın ortak paydasını oluşturduğu yönünde bkz. ALTAY, s. 58-59.

84 BARLAS, s. 268, n. 581-582.

societatis" unsurunu ortadan kaldırmamaktadır. Şöyle ki, iş ortaklığının ortak kontrol edilmesi kavramıyla esasen kontrol edilen ortaklığın stratejik kararlarını etkileme gücü ifade edilmektedir[85]. Ortaklığın fiili yönetim ve temsilinin lidere bırakıldığı durumlarda lider ortaklığın olağan işlerini yönetecek, bu kapsamda her türlü hukuki işlemi gerçekleştirecek; bununla birlikte, ortaklık ile ilgili stratejik kararlar, tüm ortaklar tarafından alınacaktır[86]. Bu bakımdan, gerek sözleşmeye dayalı ve sermayeye katılmalı joint venture[87] gerek konsorsiyum kapsamında ortak kontrolün ortadan kaldırılmadığı, ortaklığın ortakların ortak kontrolü altında olduğu kabul edilmelidir[88].

Son olarak, konsorsiyum kapsamında farklı alanlarda uzmanlaşan teşebbüslerin bir arada çalışması, bu teşebbüsler arasında gerçek anlamda iş birliğinin bulunup bulunmadığına yönelik sorular gündeme getirmektedir. Öyle ki, bu teşebbüsler kendi uzmanlık alanlarında faaliyet göstereceğinden her bir üyenin ayrı bir alanda çalışması gündeme gelecek; diğer bir ifade ile hiçbir alanda ortak bir çalışma söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar bu durum üyeler arasındaki işbirliği ilişkisini şüpheli kılsa da üyeler arasındaki bu ilişkinin, her bir üyenin faaliyetinin birleştirilmesiyle ortaya çıkan bütün vasıtasıyla var olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki, konsorsiyum kapsamında her üyenin faaliyeti üçüncü kişiye karşı üstlenilen edimin yerine getirilmesi bakımından gerekli olduğundan, konsorsiyum üyeleri arasında iş birliğinin mevcut olmasını ve bu iş birliği çerçevesinde konsorsiyum üyelerinin iradelerinin aynı ortak amacın gerçekleştirilmesi uğruna çaba göstermelerini (*affectio societatis*) gerektirmektedir[89].

E. Katılma Payı Unsuru

Adi ortaklığın müşterek amacına ulaşılabilmesi için ortakların birtakım değerleri ortaklığa tahsis etmeleri gerekir. Öyle ki, kanun koyucu bu durumu öngörerek TBK m.620/I hükmünde "*... emeklerini ve mallarını... birleştirmeyi...*", m.621/I hükmünde ise "*Her ortak, para, alacak veya başka bir mal*

---

85 Bu konuda bkz. dn. 81.

86 Ortak kontrol, ortak yönetim veya yönetim yetkisiyle donatılacak kişi veya kişilerin belirlenmesini kapsamaktadır. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 154.

87 Özellikle sermayeye katılmalı joint venture'da da ortaklığı yönetmek adına pilot veya lider adı verilen bir ortak seçilmektedir (ÇAKIR ÇELEBİ, s. 102). Bu bakımdan, ortak kontrol kavramına ilişkin yapılan açıklamalarımızın tümü bu ortaklık bakımından da geçerlidir.

88 Ortak kontrol kavramı ve açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 59.

89 Bu konuda açıklamalar için bkz. ALTAY, s. 252.

ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür" ifadesine yer vermiştir[90]. Her ortağın ortaklık sözleşmesi gereği ortaklık amacına ulaşılabilmesi için getirmeyi üstlendiği bu değer "katılma payı" (*Beitrag*) olarak tanımlanmaktadır[91]. Kanun koyucu da TBK m.621 hükmünde terim olarak "katılma payı" ifadesini tercih etmiştir[92]. İşte, kanun koyucunun da belirttiği gibi her ortağın şu veya bu şekilde getirmekle üstlendiği katılma payı, adi ortaklık bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul edilmektedir[93].

Adi ortaklık kapsamında ortakların katılma paylarının miktarını, değerini ve türünü sözleşme ile serbestçe belirleyebilecekleri kabul edilmektedir[94]. Zira, adi ortaklık alanında sözleşme serbestisi çok geniş uygulama alanına sahiptir. Keza, kanun koyucu katılma paylarının tür ve miktarının ortaklarca serbestçe belirlenmesinin yegane sınırını, ortaklığa getirilecek katılma paylarının ortaklık amacının gerçekleşmesine katkıda bulunulacak nitelik ve önemde olması ile çizmiştir[95].

---

[90] Görüldüğü gibi kanun koyucu katılma payını tanımlamamış; sadece çeşitli örneklendirmelerde bulunmuştur. Kanun koyucunun bu sayma biçimi tahdidi olmayıp, kanunda belirtilen türden farklı katılma paylarının söz konusu olması da mümkündür. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531, n. 11.

[91] Katılma payının tanımı için bkz. MüKoBGB/SCHÄFER BGB §706 Rn. 2; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531, n. 11, 14; ŞENER, Adi Ortaklık, s. 189.

[92] Belirtmek gerekir ki, katılma payı, esas sermaye ve ortaklığın malvarlığı kavramlarından farklıdır. Öğretide esas sermaye, ortakların kuruluşta ortaklığa fiilen getirmiş oldukları malvarlıksal değerlerin bir bütününü; ortaklık malvarlığı ise çok daha geniş bir kavram olarak ortakların sermayenin yanı sıra, ortaklığın faaliyetleri sonucunda elde edilen ve henüz dağıtılmamış olan kazançları, onların yerine geçen ikame değerleri ve sair kazanımların tümünü ifade eden kavramlardır. Oysa, katılma payı, ortaklık ile güdülen müşterek amaca ulaşılabilmesi yolunda bir ortağın sözleşmeyle üstlenmesi gereken katkıdan ibarettir. Açıklamalar için bkz. BARLAS, s. 46, n. 91. Oysa *Şener*, ortakların katılma paylarını ifade etmek için sermaye payı kavramını kullanmaktadır. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 7-8, 189 vd.

[93] İsviçre hukukunda OR Art. 531/I hükmünde ifade edilen her ortağın getirmekle yükümlü olduğu katılma payının hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, hâkim öğretiye göre adi ortaklığın zorunlu bir unsuru olduğu kabul edilmektedir. İlgili tartışma ve açıklamalar için bkz. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art, 531, n. 58-60. Belirtmek gerekir ki, katılma paylarının ortaklığa fiilen getirilmesi adi ortaklık bakımından zorunlu değildir; sözleşme temeline dayalı adi ortaklıktan söz edebilmek için borçlandırıcı işlem niteliğindeki katılma payı taahhütleri yeterli kabul edilmektedir. ŞENER, Adi Ortaklık, 190-192; BARLAS, s. 44-45, n. 88. Buna karşılık, bazı yazarlar, katılma payı yükümlülüğünün ortaklık bakımından zorunlu bir unsur olarak kabul etmemektedir: KARAYALÇIN, s. 137.

[94] Öte yandan, taraflar sözleşmede katılma paylarının miktarını belirlememişlerse, devreye yedek hüküm niteliğindeki TBK m.621/2'de belirtilen eşitlik ilkesi girer ve ortaklar eşdeğerde katılma payları ifa etmek durumunda kalır. Bkz. BARLAS, s. 49, n. 95.

[95] ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 531, n. 2; BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531, n. 11. Bu bakımdan, ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılabilecek husus, katılma payının

Bu bakımdan, ortaklarca ortaklığa katılma payı olarak getirilebilecek değerlerin yelpazesi oldukça geniştir. Her ne kadar, TBK m.621/I hükmünde katılma payı olarak konulabilecek değerler para, alacak, mal ve emek şeklinde sıralanmış olsa da, bu sayımın sınırlı olmadığı, bu nedenle müşterek amacın gerçekleşebilmesine katkıda bulunabilecek her türlü değerin katılma payı olarak üstlenilebileceği kabul edilmektedir[96]. Buna paralel olarak, her birimden para[97], taşınır eşya veya taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ile kullanma ve yararlanma hakları, alacak hakkı, fikri veya sınai haklar gibi ekonomik değerlerin adi ortaklığa katılma payı olarak getirilebileceği; kişisel bilgi ve beceri, know-how, müşteri çevresi, emek ve ticari itibar gibi soyut değerlerin de katılma payı olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir[98]. Keza, katılma payı niteliğindeki değerler, ani ya da sürekli ifa edilecek nitelikte olabilir[99].

Sözleşmeye dayalı joint venture ve konsorsiyum kapsamında ortak amaca ulaşılması da ancak ortakların sağlamayı taahhüt ettikleri katılma paylarıyla mümkündür. Bu yönüyle ortakların katılma paylarının, joint venture'ın amacına ulaşılmasını mümkün kılan ve TBK m.26 ve m.27 hükümlerinin çizdiği sınırlar dahilinde üstlenilmesi mümkün olan her türlü edim şeklinde olabileceği belirtilmektedir[100].

Temel sözleşme kapsamında yavru şirketin kurulması ve ortaklaşa kontrol edilmesine yönelik ortaya çıkan joint venture ortaklığında ise ortakların,

---

tür ve kapsam bakımından ortaklığın amacına elverişliliği değil, miktar ve değeridir. Diğer bir ifade ile TBK m.621/II'de söylenmek istenen, ortakların birbirinden farklı değer ve miktarda katılma payı getirebileceğinin kararlaştırılabileceği; fakat sözleşmede bu yönde bir kararlaştırma yoksa eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulacağıdır. Açıklamalar için bkz. YONGALIK, s. 29-30. Keza, bu durumu ifade etmede eBK m.521/I ve TBK m.621/II hükümlerinin yetersiz kaldığı yönünde bkz. BARLAS, s. 50-51, dn. 130.

96 BK OR-FELMANN/MÜLLER, Art. 531, n. 11, 68; YONGALIK, s. 43, 69; ŞENER, Adi Ortaklık, 194; YAVUZ/ÖZEN/ACAR, s. 1512-1513; BARLAS, s. 52, n. 98.

97 Buna karşılık, ülke parası zorunluluğundan söz eden görüş için bkz. DOĞANAY, s. 42. Keza, yabancı paraya sadece Sermaye Teşvik Mevzuatı kapsamında olanak tanınması gerektiği yönünde bkz. YONGALIK, s. 46. Ayrıca, anonim şirketlerde esas sermaye değerinin Türk Lirası olarak belirlenmesi gerekliliği (TTK m.332, 343) hakkında bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, n. 41, 430a, 128a, 131.

98 Belirtmek gerekir ki, bu unsurlar TBK m.621 kapsamında para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak sayılmışsa da TTK m.127 hükmü de adi ortaklıklar kapsamında uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda yukarıda sayılan değerlerin adi ortaklığa katılma payı olarak konulabilmesinin hukuki temeli açıklanmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, n. 76; KENDİGELEN/KIRCA, s. 16, n. 36.

99 ŞENER, Adi Ortaklık, s. 195; BARLAS, s. 53, n. 101.

100 ALTAY, s. 55; TEKİNALP/TEKİNALP, s. 164; TEKİL, s. 28.

ortaklığa tahsis ettikleri katılma paylarının, pay sahipliği haklarının ortak kontrolünün tesis edilmesi yönünde kullanılması taahhüdü olduğu kabul edilmektedir[101].

IV. DEĞERLENDİRME

Yukarıdaki inceleme neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Konsorsiyum ve joint venture kavramlarının eş anlamlı olarak ele alınması yerinde değildir. Zira ilk olarak, konsorsiyumda özellikle sermayeye katılmalı joint venture'daki gibi tüzel kişiliğe sahip bir yavru şirketin ortaya çıkarılmasını gerekli kılan bir yapılanma söz konusu değildir. İkincisi, konsorsiyumda joint venture'dan farklı olarak konsorsiyuma katılanlar prensip olarak sadece işin belirli bir bölümünün sorumluluğunu üstlenmektedir. Son olarak, konsorsiyum çoğunlukla sermayeye katılmalı joint venture'dan farklı olarak geçici ortaklık karakterindedir.

Konsorsiyumlarda kural olarak ortakların elbirliğiyle mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığı mevcut olmamakta ve ortakların müteselsil sorumlulukları sözleşmeyle bertaraf edilmiş bulunmaktadır[102]. Bu durum adi ortaklık modelinden sapma olarak nitelendirilmemelidir. Zira, adi ortaklık kapsamında ortaklar gerek ortaklık sözleşmesinde gerekse bir malvarlığının iktisabı esnasında alacakları kararla hak sahipliği rejimini paylı mülkiyet esasına tâbi kılabilirler[103]. Ayrıca, TBK m.638/III hükmü kapsamında ortakların müteselsil sorumlulukları borcu doğuran sözleşmenin yapılmasından önce veya en geç sözleşme anında ortaklar ile karşı taraf arasındaki bir anlaşma ile kaldırılabilir[104]. Bu bakımdan, söz konusu esaslar adi ortaklığın zorunlu

---

[101] ALTAY, s. 240-241.

[102] Özellikle emisyon konsorsiyumları başlığı altında aynı yönde bkz. MüKoBGB/SCHÄFER Vor §705 Rn. 54.

[103] BK-OR FELLMANN/MÜLLER, Art. 530, n. 357; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 84-85, n. 99I; KENDİGELEN/KIRCA, s. 52, n. 114; BARLAS, s. 196, n. 107.

[104] Belirtmek gerekir ki, öğretide ortakların müteselsil sorumluluğunu kaldıran anlaşmanın ortaklar ve karşı taraf (âkit) ile yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, müteselsil sorumluluğun söz konusu olmayacağının ortaklarca bir iç işlem olarak özellikle ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmasının, işlem güvenliği ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması düşüncesiyle yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Bu görüşte bkz. ŞENER, Adi Ortaklık, s. 425-426; KENDİGELEN/KIRCA, s. 57, n. 123; BARLAS, s. 111, n. 204-205; Öte yandan, müteselsil sorumluluk ilkesinin emredici bir hukuk kuralı olmadığı, bu durumda ortakların ortaklık sözleşmesiyle hukuki işlemi gerçekleştiren ortağın bu işlemden tek başına ve kişisel olarak sorumlu olacağını kararlaştırılabileceği yönünde bkz. BAŞTUĞ İrfan, **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, 1974, s. 32, dn. 52.

bir unsuru olarak değerlendirilemez ve bu esaslardan sapılması konsorsiyumun adi ortaklık olarak nitelendirilmesini engelleyemez[105]. Ancak, konsorsiyuma özgü bu özellikler sebebiyle konsorsiyum, adi ortaklık olarak nitelendirilebilse dahi bu adi ortaklığın *atipik*[106] olduğu söylenmelidir. Bu durumda ortaklar arasındaki ilişkiye elbirliği rejiminin kuralları ve kanunun, bu kuralların etkisi altındaki adi ortaklık hükümleri uygulanamayacağından (Örneğin, bu durumda ortaklardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olacak ve payını dilediği gibi devredebilecek) ortaklık bağı gevşeyecek ve özellikle *affectio societatis* unsuru ortadan kalkabilecektir[107]. Bu sebeplerle, her durumda konsorsiyumun adi ortaklık olarak nitelendirilmesi ve bu ortaklık modeline adi ortaklık hükümlerinin doğrudan uygulanmasına şüphe ile yaklaşılmalıdır[108].

Sermayeye katılmalı joint venture ise salt sözleşmeye dayalı joint venture'dan farklı olarak çift katlı ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Burada ilişkiye katılan taraflar, önce aralarında bir "temel sözleşme" (joint venture sözleşmesi) akdetmekte; ardından ya tüzel kişiliğe sahip bir "yavru ortaklık" kurmakta ya da mevcut böyle bir ortaklığa katılarak ve bu ortaklığı çeşitli "özel (uydu) sözleşmeler" çerçevesinde sağladıkları katkılar ile beslemektedirler. Sermayeye katılmalı joint venture kapsamında temel sözleşmenin hukuki niteliği tespit edilirken adi ortaklık hükümlerinin uygulanmasının bu yapı-

---

105 BARLAS, s. 279, n. 605.

106 Öğretide isimli-isimsiz sözleşme terimleri ile aynı anlama gelecek şekilde tipik-atipik terimleri de kullanılmaktadır. Bununla birlikte tipik-atipik ayrımını, sözleşmenin uygulamada yaygınlaşmış olup olmamasına göre yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bu konuda açıklamalar için bkz. NOMER Haluk Nami/ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 24, dn. 10. Biz burada tipik-atipik ayrımını sözleşmenin uygulamada yaygınlaşmış olup olmamasına göre yapmaktayız. Bu görüşte bkz. KUNTALP, s. 7. Paylı mülkiyet ilişkisinin kabul edildiği adi ortaklık hakkında "atipik" teriminin kullanımı ve bu konuda açıklamalar için bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 52, n. 114.

107 BARLAS, s. 108, n. 198.

108 Ayrıca krş. konsorsiyum sözleşmesinin her durumda adi ortaklık olarak nitelendirilmesi gerektiği ve adi ortaklık hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulacağı yönünde BARLAS, s. 280, n. 608-609; ŞAHİN, s. 481-482. Yazarlar, konsorsiyum sözleşmesinin hükümlerinin TBK m.620 vd. hükümlerinde düzenlenen emredici hükümler hariç öncelikle uygulama alanı bulacağını, hüküm bulunmayan hallerde adi ortaklığa ilişkin hükümlerin doğrudan ancak konsorsiyum ilişkisinin yapısı ve özellikleri göz önünde tutularak uygulanacağını belirtmektedir. Bu kapsamda konsorsiyumda her ortak işin kendi payına isabet eden kazanç ve zarara kendisi katlanacağından TBK m.623/II; yönetim hakkına ilişkin TBK m.625/III; sadakat yükümüne dayalı TBK m.626, 628 ve 631 hükümlerinin konsorsiyumlarda uygulanabilir nitelikte olduğunu ifade etmektedirler.

lanmaya nasıl etki edeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Öğretide bir görüşe[109] göre TBK m.640/I ve TBK m.639/I b.7 düzenlemelerinin temel sözleşmenin niteliği ile bağdaşmadığı belirtilmekte ve bu durumun temel sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesini gerekli kıldığı kabul edilmektedir. Buna göre, temel sözleşmeye taraf olan ortakların tek taraflı tasarruflarıyla sözleşme bağını çözebilmeleri veya temel sözleşmeyle (kurulan veya katılınan) şirket kapsamında ortaklar arasındaki dengeyi kendi lehlerine ortadan kaldırabilmeleri sermayeye katılmalı joint venture bakımından istenilmeyen olumsuz sonuçlar doğuracaktır[110]. Zira, bu tür bir ortaklık modeli çoğu kez yüksek ekonomik değerli işlerin ortaklaşa yürütülmesi amacıyla kurulmaktadır. Ayrıca, ortaklarda bu amaç için kurulan şirket tüzel kişiliğinin varlığının ticari faaliyetini sürdürdüğü sürece geçerli ve bağlayıcı olarak devam edeceği inancı bulunmaktadır. Bu durumda temel sözleşmenin hukuken geçerli ve/veya haklı bir sebebe ihtiyaç duyulmaksızın TBK m.640/I ve TBK m.639/I b.7'de belirtilen prosedür takip edilerek ortadan kaldırılması adaletsiz sonuçlara yol açacaktır[111].

Kanaatimizce temel sözleşmenin isimsiz (*sui generis*) bir sözleşme olarak nitelendirilmesi ve temel sözleşme ilişkisine adi ortaklık hükümlerinin doğrudan değil, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulaması yerinde değildir. İsimsiz (*sui generis*) sözleşmeler, tarafların kanunda öngörülen karakteristik edimlerin dışındaki edimlerden kendine özgü (*sui generis*) bir

---

[109] AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 181-188.

[110] Belirtmek gerekir ki, temel sözleşmenin ihlal edilmesi ve/veya sona ermesinin, anonim şirket olarak kurulmuş yavru şirketin feshi için haklı neden oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Yazarların çoğu meseleye farklı gerekçelerle yaklaşmakta olsa da sermayeye katılmalı joint venture bakımından bu durumun bir haklı sebep oluşturacağını belirtmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. YÜKSEL Sinan H., "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul 2017, s. 878; AYOĞLU Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2 (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu)**, s. 231-233; ALTAY, s. 689.

[111] AYOĞLU, s. 186. Öğretide bazı yazarlar pay sözleşmeleri bakımından bu olumsuzlukları aşabilmek amacıyla yorum yoluyla TBK m.640/I ve TBK m.639/I b.7 hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı ve sözleşmede yer verilecek bir düzenleme ile bu hükümlerin uygulaması imkânının ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu yönünde görüş bildirmektedir. Bu görüş için bkz. OKUTAN-NILSSON Gül, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003, s. 405-406. Oy sözleşmeleri bakımından aynı yönde bir değerlendirme için bkz. MOROĞLU, s. 132. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda İsv. BK 546/I hükmünün emredici nitelikte olmadığını ve tarafların sözleşmeye ekleyecekleri bir hükümle, belirsiz süreli adi ortaklığın altı ay önceden fesih bildirimi ile sonlandırılabilme imkânını ortadan kaldırabileceklerini kabul etmiştir: BGE 106 II 226.

sözleşme tipi yaratmaları anlamına gelir[112]. Oysa, sermayeye katılmalı joint venture çerçevesinde temel sözleşmenin yapılmasıyla taraflar arasında sözleşme bağına dayalı bir ortaklık ilişkisi kurulmaktadır. Bu ortaklık ilişkisinde sözleşmeyi akdedenler bakımından gerçek veya tüzel kişi sınırlandırmasına gidilmemekte; sözleşmenin geçerliliği de kural olarak bir şekil şartına bağlı tutulmamaktadır. Ortakların katılma payları adi ortaklık kapsamında ortakların taahhüt edebilecekleri paylardan farklılaşmamaktadır. Ayrıca, ortaklar ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortak bir amaca ulaşmak gayesi gütmektedir. Bu nedenlerle sermayeye katılmalı joint venture çerçevesinde temel sözleşme adi ortaklık sözleşmesinin karakteristik edimlerini içeren bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza temel sözleşmenin, adi ortaklık sözleşmesinin unsurlarıyla başka sözleşmelerin unsurlarının birleştiği bir isimsiz sözleşme niteliği taşıdığı yönündeki görüş[113] de reddedilmelidir. Zira, ortakların yavru ortaklığı belirli yönlerde desteklemek amacıyla akdettikleri ve temel sözleşmeye kattıkları hükümler yan unsur niteliğindedir[114]. Diğer bir ifadeyle, bu hükümler doğrudan doğruya temel sözleşme etrafında ortaya çıkan adi ortaklığın amacına ulaşmasına, bu sözleşmede belirlenen strateji doğrultusunda işletilmesine hizmet etmektedir.

Kanaatimizce TBK m.639/I b.7 ve m.640/I düzenlemelerinin uygulanması hâlinde sermayeye katılmalı joint venture'ın yapısı ve amacı bakımından doğurabileceği olumsuzluklar, bu düzenlemelerin geniş tutulmuş kelime anlamlarının, temel sözleşmenin (bir diğer ifade ile sözleşme taraflarının) amacına aykırı olduğu göz önünde bulundurularak yorum yoluyla elde edilmiş amaca göre sınırlandırılması (*teleolojik redüksiyon*[115]) yöntemiyle giderilebilir[116]. Bu yönde bir değerlendirme aynı zamanda temel sözleşmeyi akde-

---

[112] NOMER/ENGİN, s. 25, n. 18.

[113] Bu görüşteki yazarlar için bkz. dn. 28.

[114] ALTAY, s. 243-248.

[115] Amaca uygun sınırlama (*teleolojik redüksiyon*) yöntemi hakkında açıklamalar için bkz. AKBULUT Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 79-106.

[116] Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar teleolojik redüksiyon yöntemi ile TBK m.640/I hükmünün sınırlandırılması mümkün olsa da genel bir prensip olarak tüm belirsiz süreli borç ilişkilerinde uygun bir süre vermek koşuluyla fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı taraflara tanınmaktadır. Bu bakımdan uygulayıcılara hazırlayacakları temel sözleşme kapsamında sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi imkânını ortadan kaldırmaları ya da bu hakkın kullanılabilmesine yönelik sözleşmenin niteliğine uygun düşen bir önel süresi belirlemeleri tavsiye edilmektedir. Bu yönde açıklamalar için bkz. AYOĞLU, s. 188, dn. 46.

den ortaklar bakımından bazı olumlu sonuçlar da doğurur. İsimsiz sözleşmelerde sözleşme boşluğunun doldurulması birbirinden farklı teorilerin ileri sürüldüğü tartışmalı bir meseledir[117]. Temel sözleşme bir defa adi ortaklık olarak nitelendirildikten sonra sözleşmede yer verilmeyen hususlar hakkında kanundaki düzenleme tamamlayıcı olarak devreye girecektir. Böylelikle, isimsiz sözleşmelerde sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin tartışmalar gündeme gelmeyecektir[118].

Son olarak, joint venture ve konsorsiyum adi ortaklık niteliğinde olmasına rağmen dogmatik bir anlayıştan ziyade çoğunlukla riskli faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak kurulmaları ve adi ortaklığın her türlü amaca yönelebilirken, bu ortaklıkların hemen hemen tüm görünüş biçimlerinde kazanç elde etme gayesinin yatması sebebiyle özel olarak adlandırılmalarının yerinde olduğu kabul edilmelidir[119].

---

[117] Bu teoriler ve tartışmalar için bkz. NOMER/ENGİN, s. 26-27, n. 21-27.

[118] Bu bakımdan özellikle ortakların katılma payı taahhütleri ve ölçüsüne ilişkin TBK m.621/I ve II; ortaklığın faaliyetleri esnasında iktisap edilen değerlerin ortakların birlikte mülkiyetine tabi olmasına ilişkin TBK m.638/I; ortaklarca aksi kararlaştırılmadıkça kazancın paylaşılması yükümlülüğü ve kazanca ve zarara katılmaya ilişkin TBK m.622 ve 623; şirket kararları bakımından TBK m.624 ve 625; ortaklığın temsiline ilişkin TBK m.637; yönetim yetkisinin geri alınması veya sınırlandırılmasına ilişkin TBK m.629; yönetici ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen TBK m.630; iç ilişkideki sorumluluğa ilişkin TBK m.627; sadakat yükümüne dayalı TBK m.626, 628 ve 631; yeni ortak alımı veya ortaklık payının devrine ilişkin TBK m.632; ortaklığın borçlarından dolayı alacaklılara karşı ortakların müteselsil sorumluluğuna ilişkin TBK m.638/III hükmü/hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. TBK m.620 vd. hükümlerinin joint venture ortaklık modeli kapsamında uygulanmasına ilişkin bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 155; DAYINLARLI, s. 323, 324, 329, 335; BARLAS, s. 309-323, n. 690-705.

[119] Özellikle, sözleşmeye dayalı joint venture açısından bu yönde bkz. ALTAY, s. 51.

KISALTMALAR

Art. : Artikel
bkz. : Bakınız
C. : Cilt
dn. : Dipnot
E. : Esas
f. : Fıkra
GesKR : Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
HD. : Hukuk Dairesi
İBK. : İçtihadı Birleştirme Kararı
İsv. BK : İsviçre Borçlar Kanunu
K. : Karar
krş. : Karşılaştırınız
KVK : Kurumlar Vergisi Kanunu
m. : Madde
n. : Nummer, numara
OR : Obligationenrecht
Rn. : Randnummer
s. : Sayfa
S. : Sayı
T. : Tarih
TBB : Türkiye Barolar Birliği
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vd. : Ve devamı
Y. : Yıl
Y : Yargıtay
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

AKBULUT Pakize Ezgi: Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha, İstanbul, 2016.

AKÇURA KARAMAN, Ayşe Tuba: Joint Venture Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991.

AKKURT, Zülal/AKGÜL, Barış: "Joint Venture ve Konsorsiyum'un Türk Hukuku'ndaki Yeri", **Yargıtay Dergisi**, C. 27, S. 4, Ankara, 2001, s. 729-748.

AKYOL, Şener: **Borçlar hukuku: (özel borç ilişkileri): Know-how Management joint venture ve büyük çaplı inşaat sözleşmeleri**, Afa Matbaacılık, İstanbul, 1997.

ALTAY, Sıtkı Anlam: **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

AYOĞLU, Tolga: **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

AYOĞLU, Tolga: "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2 (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu)**, s. 219-252.

BARLAS, Nami: **Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

BAŞTUĞ, İrfan: **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İzmir, 1974.

BAZ, Salih: **Karşılaştırmalı Hukuk'ta ve Türk Hukuku'nda Joint Venture**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

Beck'scher Online-Kommentar: BeckOK BGB, 54. Edition, Stand: 01.05.2020 (Kıs. BeckOK BGB/YAZAR).

BİLİCİ, Nurettin: **Türk Vergi Sistemi**, Ankara, 2014.

BOZKURT, Tamer: **Şirketler ve Kooperatifler Hukuku**, İstanbul, 2013.

ÇAKIR ÇELEBİ, F. Betül: "Joint Venture'ın Hukuki Niteliği", **Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 2, Ankara, 2017, s. 97-126.

DAYINLARLI, Kemal: **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Bası, Ankara, 2007.

DOĞANAY, Ümit Yaşar: **Adî Şirket Akdi**, İstanbul, 1968.

EBENROTH, Carsten Thomas: "Das Verhältnis zwischen Joint Venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag", **JZ**, 1987, s. 265-271.

ERTAŞ, Alican: **Joint Venture Sözleşmelerine Konu İş Ortaklıklarının Hukuki Niteliği ve Yapısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ESİN, İsmail G./LOKMANHEKİM, Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2004.

FELLMANN, Walter/MÜLLER, Karin: **BK-Berner Kommentar**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Artikel 530-544 OR, Bern 2006.

HANDSCHIN, Lukas: **Basler Kommentar**, Obligationenrecht II, Art.530-964 OR, (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Basel, 2016.

NOMER Haluk Nami/ENGİN Baki İlkay: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi**, Seçkin, Ankara, 2021.

HANDSCHIN, Lukas/VONZUN, Reto: **ZK-Zürcher Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, 2009.

KAPLAN, İbrahim: **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture-**, 3. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku, C. II, Şirketler Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 1973.

KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: **Şirketler Hukuku Cilt I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KNOBLOCH, Stefan: "Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten", **GesKR**, 4/2013, s. 551-569.

KORKUT, Ömer: "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı", **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 5, 2007, s. 1151-1164.

KUNTALP, Erden: **Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

LEKESİZ, Muzaffer: **Konsorsiyum Sözleşmesi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2016.

LERZAN, Yılmaz: "Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumlanması ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul, 1993, s. 475-491.

MOROĞLU, Erdoğan: **Oy Sözleşmeleri**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, 2017 (Kıs. MüKoBGB/YAZAR).

OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: **Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021.

OKUTAN-NILSSON Gül: **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003.

ÖZBİLEN, Arif Barış: **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 2016.

ÖZTÜRK, Pınar: **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2001.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık**, 2021

SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert/KRAUSKOPF, Frédéric: **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Schulthess, 2016.

SCHMID, Thomas/SCHERRER, Stefan: "Joint Ventures", **GesKR**, 3/2018, s. 275-286.

ŞAHİNALP Kaan, "Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 27, 2001, s. 481-524.

ŞENER, Oruç Hami: "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Armağanı, C. I**, İstanbul, 2002, s. 703-761.

ŞENER, Oruç Hami: **Adi Ortaklık**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

TANDOĞAN, Halûk: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)", **BATİDER**, C. XIII, 1986, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan, s. 57 vd.

TASLACIOĞLU, İlker: "Türk Hukukunda İş Ortaklığı Olarak Nitelendirilen Joint Venture'ların Vergilendirilmesi, **Maliye Dergisi**, S. 131, Ankara, 1999, s. 115-140.

TEKİL, Fahiman: **Adî, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 1996.

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: "Joint Venture", **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, s. 143-176.

TURAN, Şahin: "Konsorsiyum Sözleşmesi", **TBB Dergisi**, 2011 (92).

YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk: **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014.

YONGALIK, Aynur: **Adî Şirkette Sermaye Payı**, Ankara, 1991.

YÜKSEL, Sinan H.: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, İstanbul 2017, s. 863-881.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2101-2125

"SABİT ARALIKLI TAZMİNAT" (*STATUTORY DAMAGES*): FİKRİ HAKLAR ÜZERİNDEN ANLATIM(*)

Arş. Gör. **Zeynep Ülkü KAHVECİ**(**)

Öz: Sabit aralıklı tazminat (*statutory damages*), özellikle Anglo-Amerikan (*common law*) hukuk sistemine sahip ülkelerde benimsenmiştir. Sabit aralıklı tazminat düzenlemeleri, hukuka aykırı eylemde bulunan kişi için kanun koyucu tarafından sabitlenmiş bir miktar aralığında tazminata hükmedilmesini öngörmektedir. Hükmedilecek olan tazminatın miktarı, hukuka aykırı eylem sonucu meydana gelen zarar miktarı ile sınırlandırılmamaktadır. Bunun yanında, hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin kusur miktarı tazminat miktarının belirlenmesinde önemli yere sahip olmaktadır. Sabit aralıklı tazminat, tam tazmin prensibinden ayrılmaktadır. Amaç, zararın telafisinin yanında caydırıcılık ve hatta hukuka aykırı eylemde bulunanı cezalandırmaktır.

ABD'de bu tazminat türünün en çok öne çıkan uygulamalarından biri, 1976 tarihli ABD Fikri Haklar Yasası (*the Copyright Act of 1976*) 504(c) maddesi uyarınca fikri hakların ihlali halinde eser başına hükmedilmesi öngörülen sabit aralıklı tazminat uygulamasıdır. İlgili kanun maddesi uyarıca fikri haklara tecavüz sonucunda fikri haklara sahip bulunan kişiye çok yüksek miktarda tazminat ödenmesine hükmedilebilmektedir.

Sabit aralıklı tazminat, Türk hukukunda zararın miktarından fazla tazminata hükmedilmesi sonucunu doğuran cezalandırıcı tazminat, menfaat devri, ceza koşulu ve götürü tazminat ile çeşitli noktalarda benzerlikler barındırmaktadır. Ancak sabit aralıklı tazminat, bahsedilen kurumlardan önemli farklılar taşımaktadır ve kendine özgüdür.

Anahtar Kelimeler: Tazminat, Fikri Haklar, Sabit Aralıklı Tazminat, Telif Hakları, Cezalandırıcı Tazminat.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 14.09.2021 - Makale Kabul Tarihi: 02.12.2021.

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi (ORCID no: 0000-0001-9717-168X; *zeynep.kahveci@bilgi.edu.tr*).

STATUTORY DAMAGES: AN EXPLANATION FROM THE PERSPECTIVE OF COPYRIGHT LAW

Abstract: Statutory damages is commonly adopted by common law countries. The statutory damages provisions allow the awarding of damages within a statutory range predetermined by the legislative branch when an individual breaches the relevant law. The amount of damages incurred by the injured party is not a limiting factor for statutory damages. Rather, the state of mind of the person breaching the law (whether he was acting willfully) plays a determinative role in deciding the statutory damages. Statutory damages does not adopt the principle of full compensation. The aim is to create a deterrent effect on and to even sanction the breaching party along with compensating for the losses suffered by the injured party.

In the United States of America, statutory damages is commonly awarded in copyright infringement cases pursuant to Article 504(c) of the Copyright Act of 1976 where statutory damages is awarded per work. The awarding of statutory damages may cause awarding of astronomical amounts of damages in copyright infringement cases.

Statutory damages contains similarities with punitive damages, disgorgement of profits, penal clause and liquidated damages which are also adopted by Turkish law. However, there are significant differences between these applications and statutory damages which make statutory damages unique.

Keywords: Damages, Intellectual Property Rights, Statutory Damages, Copyright, Punitive Damages.

I. GİRİŞ

Borçlar hukukunun temel bir konusu olan tazminat, Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde (*common law*) farklı prensiplere dayanmaktadır. Türkiye'nin de dahil olduğu Kara Avrupası ülkelerinde kural olarak tam tazmin prensibi geçerlidir ve zarar görenin tazminat vesilesiyle zenginleşmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır[1]. Bunun yanında Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde tazminat, zararı telafi ve caydırıcılık amacının ötesinde zarar verenin cezalandırılması amacını da taşıyabilmekte ve

[1] OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, **Cilt II,** 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 113; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 821; TANDOĞAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 252; NOMER Haluk N., **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi,** 1. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1996, s. 33.

karar verilen yüksek tazminat miktarları sebebi ile zarar görenin tazminat sebebiyle zenginleşmesi mümkün olabilmektedir.

Yüksek tazminat miktarlarına sebep olan tazminatta cezalandırma amacı, ticari hayatın da gelişmesi ile artan Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin etkisiyle Türkiye'de de çeşitli alanlarda benimsenmiştir[2]. Tam tazmin prensibinden ayrılan ve zararın miktarından çok daha yüksek tazminat miktarlarına karar verilmesinin sebebini teşkil eden sabit aralıklı tazminat (*statutory damages*) ise Türk hukukunda henüz benimsenmemiştir[3].

Sabit aralıklı tazminat sıklıkla Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde karşılaşılan bir tazminat türüdür[4]. Detaylı tanımının aşağıda verileceği üzere sabit aralıklı tazminat, barındırdığı prensipler ve taşıdığı amaç bakımından Kara Avrupası'nda karşılaşılan diğer tazminat türlerinden farklılık göstermektedir. Türk öğretisinde çalışma konusu yapılmamış olan sabit aralıklı tazminat bazı özellikleri ile Türk hukukundaki çeşitli düzenlemelerle benzerlik göstermek ile beraber tam anlamıyla Türk hukukuna dahil edilmemiştir. Çalışmamızın konusu, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) fikri mülkiyet hukukunda tazminat uygulaması üzerinden sabit aralıklı tazminat kavramını incelemek ve konunun Türk Hukukundaki benzer yaptırımlarla karşılaştırmasını yapmaktır.

Her ne kadar sabit aralıklı tazminatın günümüzdeki uygulaması çoğunlukla Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ile sınırlı kalmakta ise de gelecekte uygulamanın dünya çapında artması beklenmektedir. Keza ABD'de görülen fikri mülkiyet alanında sabit aralıklı tazminat uygulaması, geçtiğimiz yıllarda dünyada da yaygınlaşmıştır. Bunun sebebi ABD'nin çeşitli ülkeler ile yaptığı ikili veya çoklu ticaret anlaşmalarında fikri mülkiyet alanında sabit

---

2 Örnek olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un m.58/f.3'te düzenlenen *üç misli tazminat*'ın, faili cezalandırma amacı taşıdığı hakkında bkz. SANLI Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I**, S: 1, 2003, ss. 211-276, s. 234.

3 Kelime anlamıyla *statutory damages* kanunda belirlenmiş herhangi bir tazminat türü anlamına da gelebilir. Çalışmamızda sadece yerleşmiş hukuk terimi, aralıkları kanunda belirtilmiş olan tazminat türü, anlamıyla kullanılmıştır.

4 2013 yılında dünyada fikri mülkiyet hukukunda yapılan bir araştırma sonucunda incelenen 179 ülkeden 24'ünde sabit aralıklı tazminat hakkında düzenleme olduğu tespit edilmiştir. Bunlardan Bulgaristan ve Litvanya sabit aralıklı tazminatı benimseyen Kara Avrupası ülkelerine örnektir. Detaylı inceleme için bkz. SAMUELSON Pamela / HILL Phil / WHEATLAND Tara, "Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?", **Journal of the Copyright Society of the USA**, Vol. 60, No 4, 2013, ss. 529-580.

aralıklı tazminat uygulamasını zorunlu kılması veya teşvik etmesidir[5]. Bu gelişmeler ışığında ileride daha sık karşılaşacağımız sabit aralıklı tazminat hakkında bir çalışma yapılması gereği doğmuştur.

II. GENEL OLARAK SABİT ARALIKLI TAZMİNAT

1. Tanım

Sabit aralıklı tazminatın yürürlükte olduğu bir alanda sorumluluk söz konusu olduğunda zarar gören, tam tazminat talep etmek yerine, eğer aşağıda anlatılan şartlar oluşmuş ise sabit aralıklı tazminata hükmedilmesini talep edebilmektedir. Bu durumda hâkim veya jüri heyeti, işlenmiş olan fiil için ilgili kanunda alt sınırı ve üst sınırı belirlenmiş olan aralık içerisinde kalmak suretiyle bir tazminata hükmetmektedir.

Sabit aralıklı tazminatın en temel özelliği, alt ve üst sınırının kanunda belirlenmiş olmasıdır. Kanunda belirtilen fiil gerçekleştiği ve zarar görenin sabit aralıklı tazminat talep etmesi için şartlar oluştuğu takdirde kanunda belirtilen aralık içerisinde bir tazminata hükmedilmektedir. Tam tazminattan farklı olarak, sabit aralıklı tazminatın hesaplanmasında zarar görenin zararının miktarı tazminatın üst sınırını oluşturmamaktadır. Hatta çoğunlukla sabit aralıklı tazminata hükmedilebilmesi için zarar görenin bir zarara uğradığının bile ispat edilmesinin gerekmediği kabul edilmektedir[6]. Bu sayede zarar görenin zararının miktarının hesaplanmasının güç olduğu durumlarda zarar gören, zararın miktarını hesaplama yükümlülüğünden kurtulabilmektedir.

Hâkim veya jüri üyeleri sabit aralıklı tazminatın miktarına karar verirken bazı faktörleri dikkate almaktadır. Bunlar Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin bir özelliği olarak mahkeme içtihatları ile geliştirilmiş ve ihlalin hangi

---

5 ABD'nin halihazırda 22 ülke ile yaptığı ikili ticaret anlaşmasında sabit aralıklı tazminat uygulaması teşvik edilmiştir. Bu anlaşmaların 19'unda sabit aralıklı tazminat uygulaması zorunlu tutulmuştur. Detaylı istatistikler ve yorum için bkz. SAMUELSON / HILL / WHEATLAND, s. 537.

6 BUHAI Sande, "Statutory Damages: Drafting and Interpreting", **Kansas Law Review**, Vol. 66, 2018, ss. 523-563, s. 526. Aksi yönde bir karar, ABD Yüksek Mahkemesinin 2004 tarihli *Doe v. Chao* kararıdır. Bu kararda *the Privacy Act of 1974* isimli kanuna aykırı fiil için kanunda öngörülmüş olan 1.000 ABD Doları miktarındaki tazminata hükmedilebilmesi için zarar görenin bir miktar zararının varlığının ispat edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu sabit aralıklı tazminat uygulamasında sadece belirtilen kanun bakımından bağlayıcı etki doğurmuştur. Sabit aralıklı tazminata yer verilen diğer kanunlar bakımından uygulama alanı bulmamıştır. Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*), Doe v. Chao, 540 U.S. 614, 2004, https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/540bv.pdf.

hukuk kuralını ilgilendirdiğine göre değişiklik gösteren faktörlerdir[7]. Bir başka deyişle, hâkim bu faktörleri dikkate almadan sadece kendi kanaatine uygun olarak belirlenen aralık içerisinde bir tazminata hükmedemeyecektir ve belirlediği miktarın neden seçildiğini gerekçelendirmesi gerekecektir.

Sabit aralıklı tazminat, isminden de anlaşılacağı üzere bir tazminattır. Zarar veren tarafından zarar görene ödenecektir. Bu sebepledir ki zararın miktarını aşabilen sabit aralıklı tazminat, zarar görenin zenginleşmesine sebep olabilmektedir.

Bugün sabit aralıklı tazminat, ABD hukukunda çok farklı alanlarda tercih edilmiştir[8]. Aşağıda da detaylandırılacağı üzere sabit aralıklı tazminatın tercih edilmesinin temel sebepleri, zararın miktarının ispatlanmasının zor olduğu durumlarda zarar göreni zararın miktarını ispat yükünden kurtarmak ve hukuka aykırı fiilde bulunan için de caydırıcılığı sağlamaktır. Çalışmamızda sabit aralıklı tazminatın somut olarak anlaşılabilmesi için ABD'de fikri haklar alanında yer alan sabit aralıklı tazminat düzenlemesi üzerinden detaylı inceleme yapılacaktır[9].

2. ABD Fikri Haklar Yasası'nda Sabit Aralıklı Tazminat

Fikri mülkiyet alanında sabit aralıklı tazminatın geçmişi 1710 tarihli ve İngiltere'de yürürlüğe girmiş olan *the Statute of Anne*'e dayanmaktadır. İlgili düzenlemede[10] telif hakları ihlal edilen eser sahibine ihlale konu olan ese-

---

7 Fikri hakların ihlali söz konusu olması halinde dikkate alınacak olan faktörler sayfa 7'de açıklanmıştır.

8 ABD'de sabit aralıklı tazminata yer verilen düzenlemelere örnek olarak aşağıda detaylıca incelenecek olan ABD Fikri Haklar Yasası (*the Copyright Act of 1976*) dışında marka hukukunda *Lanham Act* madde 1117(c) veya tüketici kredisinde *Fair Credit Reporting Act* m.1681(a)(1)(A) verilebilir.

9 Her ne kadar sabit aralıklı tazminat uygulaması sıklıkla Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde görülmekte ise de fikri haklar alanında sabit aralıklı tazminat uygulamasının henüz Birleşik Krallık'ta uygulanmadığı görülmektedir. 2020 yılında Birleşik Krallık Fikri Haklar Ofisi (*UKIPO*) tarafından kurulan fikri haklar koruma rejiminin gözden geçirilmesi çalışma grubu, sabit aralıklı tazminat türünün Birleşik Krallık'ta da uygulanmasını önermiştir. Çalışma grubu raporları için bkz.: https://www.gov.uk/government/consultations/review-of-the-ip-enforcement-framework-call-for-evidence.

10 Orijinal metin: "*That every such offender or offenders shall forfeit one penny for every sheet which shall be found in his, her, or their custody, either printed or printing, published, or exposed to sale, contrary to the true intent and meaning of this act; the one moiety thereof to the Queen's most excellent majesty, her heirs and successors, and the other moiety thereof to any person or persons that shall sue for the same, to be recovered in any of her Majesty's courts of record at Westminister, by action of debt, bill, plaint, or information, in which no wager of law, essoin, privilege, or protection, or more than one imparlance shall be allowed.*"

rin her bir sayfası için zarar verenin bir peni ödemesi öngörülmüştür. Telif haklarının tarihsel olarak amacının öncelikle yazılı eserleri korumak olduğu düşünüldüğünde yasanın "sayfa bazlı" bir düzenleme içermesi şaşırtıcı değildir. Bahse konu düzenleme, çalışmamızın geri kalanında ele alacağımız sabit aralıklı tazminat düzenlemelerinden farklı olarak ödenecek olan miktarın yarısının Kraliçe'ye ve diğer yarısının da fikri hakların sahibine (çoğunlukla eser sahibi) ödenmesini öngörmüştür. Bu şekilde düzenlemenin yarısı tazminat, diğer yarısı ise idari para cezası niteliğindedir. Bahsedilen miktar, zarar görenin zararının veya kusurunun miktarından bağımsız olarak ödenecektir.

Günümüze geldiğimizde, ABD'de federal kanun niteliğinde olan ABD Fikri Haklar Yasası'nın (*the Copyright Act of 1976*) 504(c) maddesi, fikri hakların ihlali halinde başvurulabilecek olan bir tazminat türü olarak sabit aralıklı tazminatı düzenlemektedir[11]. Bir eser üzerinde sahip olduğu fikri hakların ihlal edildiğini iddia eden davacının tazminat bakımından iki talebi olabilir. Birinci olarak davacı uğradığı fiili zararı ve mahrum kalınan kârı (*actual damages*) talep edebilir. Bu düzenleme, tam tazmin prensibine sadık bir düzenlemedir. İkinci olarak ise davacı, sabit aralıklı tazminat talebinde bulunabilir. Sabit aralıklı tazminat talep eden davacı bu talebi ile beraber uğradığı zararın tazminini (birinci talep) talep etme hakkından feragat eder[12].

ABD Fikri Haklar Yasası'nın 504(c) maddesi uyarınca ihlalin varlığının tespiti halinde ve herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmuyor ise hâkim veya jüri heyeti[13], üzerindeki fikri hakların ihlal edildiği eser başına

---

[11] Orijinal metin: *"Except as provided by clause (2) of this subsection, the copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of actual damages and profits, an award of statutory damages for all infringements involved in the action, with respect to any one work, for which any one infringer is liable individually, or for which any two or more infringers are liable jointly and severally, in a sum of not less than $750 or more than $30,000 as the court considers just. For the purposes of this subsection, all the parts of a compilation or derivative work constitute one work."*

[12] Sabit aralıklı tazminat talep edebilmek için aranan bazı şartlar bulunmaktadır. ABD Fikri Haklar Yasası madde 412 uyarınca davacının davayı açmadan önce eserini ABD Telif Hakları Ofisi (*U.S. Copyright Office*) nezdinde tescil ettirmiş olması gerekmektedir. Eseri ABD Telif Hakları Ofisi'nde tescil etmek eser üzerinde hak sahibi olabilmek için kurucu unsur olmamak ile beraber eserini tescil ettirmemiş olan kişi sabit aralıklı tazminat talep etme hakkından yoksundur. Ancak istisnai olarak eğer davalı, davacının yasanın 106A maddesinde düzenlenen manevi haklarını ihlal etmiş ise sabit aralıklı tazminatın talep edilebilmesi için eserin tescil edilmiş olması şartı aranmaz.

[13] Mezkûr düzenlemede "mahkeme"nin (*the court*) tazminata karar vereceği belirtilmiştir. "Mahkeme" teriminden jürinin de karar verebileceğinin anlaşılması gerektiği yönünde bazı

en az 750 ABD Doları ve en fazla 30.000 ABD Doları miktarında tazminata hükmedecektir[14]. Kasten yapılan ihlallerde üst sınır eser başına 150.000 ABD Dolarına kadar çıkarılabilirken hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin eyleminin hukuka aykırılığından hiç haberdar olmadığı durumlarda da alt sınır eser başına 200 ABD Dolarına indirilebilir[15]. İhlalin kasten yapıldığına dair ispat yükü, eser üzerinde hak sahibi olan kişidedir.

Söz konusu tazminat miktarı aralığı içerisinde hükmedilecek olan tazminatın miktarı belirlenirken içtihatların barındırdığı çeşitli faktörler hâkim veya jüri heyeti tarafından dikkate alınır. Örnek olarak, aşağıda incelecek olan *Castillo et al. v. G&M Reality LP* kararını da veren İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesinin geliştirdiği içtihat uyarınca sabit aralıklı tazminat miktarına karar verirken hâkim altı maddelik bir listeyi dikkate alacaktır: (i) failin kusur miktarı; (ii) failin tasarruf ettiği harcamalar ve elde ettiği kâr; (iii) eser üzerinde hak sahibi kişinin mahrum kaldığı kazanç; (iv) fail ve üçüncü kişiler üzerindeki caydırıcı etki; (v) ihlale konu eserin değerinin belirlenmesi hakkında failin deliller sunarak mahkemeye yardım etmesi; ve (vi) tarafların hal ve tutumları[16].

ABD Fikri Haklar Yasası'ndaki somut düzenlemeden anlaşılacağı üzere hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin kusuru ağırlaştıkça hükmedilecek olan tazminatın miktarı da artmaktadır. Davacının uğradığı zararın miktarı veya davalının elde ettiği menfaat ise hesaplanabildikleri ölçüde dikkate alınmak ile birlikte tek başlarına belirleyici rol oynamamaktadır. Tazminat skalasında belirlenen miktar, davacının kaç adet eser üzerindeki hakları ihlal edilmiş ise o sayı ile çarpılmaktadır[17]. Birden fazla eser üzerinde sahip olu-

---

kararlar verilmiş olsa da henüz bu karışıklık ABD Yüksek Mahkemesi tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu konudaki belirsizlik hakkında bkz. FERCH Priscilla, "Statutory Damages under the Copyright Act of 1976", **Loyola University of Chicago Law Journal**, Vol. 15, No. 3, 1984, ss. 485-511, s. 510.

14 ABD Fikri Haklar Yasası madde 504(c)(2).

15 İçtihat uyarınca bir failin "kasten (*willfully*)" hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için kişinin fiilinin hukuka aykırı olduğunu biliyor olması veya fiilinin hukuka aykırı olma ihtimalini görmezden gelmiş olması (*reckless disregard*) gerekmektedir. Bkz. ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, Bryant v. Media Right Prods., Inc., 603 F.3d 135, 143 (2010).

16 ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, Bryant v. Media Right Prods., Inc., 603 F.3d 135, 143 (2010), s. 144.

17 "Eser" teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunda Federal Mahkemelerin farklı yorumlarının bulunması hakkında eleştiri için bkz. YU Vanessa, "Calculating Statutory Damages in Copyright Infringement Cases: What Constitutes One Work", **Santa Clara Law Review**, Vol. 58, No. 2, 2018, ss. 375-398. Yazarın da belirttiği üzere özellikle müzik eserlerinin izin-

nan fikri hakların ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, özellikle internet aracılığıyla işlenen fillerde, hükmedilen tazminat miktarı oldukça yüksek rakamlara ulaşabilmektedir. Sabit aralıklı tazminata hükmedilen iki dava aşağıda kısaca incelenerek uygulama somutlaştırılacaktır.

Sabit aralıklı tazminat uygulamasının ABD'de popüler bir örneği, Joel Tenenbaum adlı gencin beş adet müzik yapım şirketi tarafından dava edildiği *Sony BMG v. Tenenbaum* davasıdır[18]. Tenenbaum'un henüz üniversite öğrencisiyken bir dijital platforma otuz adet müzik eserini yüklediği ve bu sebeple milyonlarca insanın bu müzik eserlerine dijital platformdan indirerek ulaşmasını sağladığı gerekçesiyle açılan davada eserlerin mali haklarına sahip olan yapım şirketleri Tenenbaum'dan sabit aralıklı tazminat talep etmişlerdir. Tenenbaum'un internete yüklediği eserlerin kaç kişi tarafından indirildiği bilgisine ulaşılamamış ve yapım şirketlerinin yoksun kaldıkları kazancın tam miktarının belirlenemeyeceği anlaşılmıştır. Bununla beraber, Tenenbaum'un eserleri yüklediği platformdan indirme trafiğinin yoğun olduğu tespit edilmiştir.

Dava sonucunda Tenenbaum, eser başına 22.500 ABD Doları ödemek suretiyle toplam 675.000 ABD Doları değerinde *sabit aralıklı tazminat* ödemek durumunda kalmıştır. Tazminatın yüksek miktarı eleştirilmiş ise de üst derece mahkemesi, tazminatın "caydırıcı" amacını da vurgulayarak hükmedilen miktarın yerinde olduğuna karar vermiş, karar kesinleşmiştir. Mahkeme, Tenenbaum'un bu fiili yıllarca sürdürmüş olması, uyarılara rağmen fiiline son vermemesi ve duruşmalar esnasındaki umarsız tavrı göz önüne alındığında Tenenbaum için öngörülen "eser başına 22.500 ABD Doları" miktarının yerinde olduğunu vurgulamıştır.

Güncel tarihli bir başka karar da 20 Şubat 2020 tarihinde İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*) tarafından onanmış olan *Castillo et al. v. G&M Reality LP* kararıdır[19]. Karara konu olay, New York City şehrinde Queens ilçesinde bulunan bir bina üzerine bina sahibinin izni doğrultusunda çizilmiş olan 45 adet grafiti eserinin artık

---

sizce çoğaltıldığı durumlarda bir albümün başlı başına bir eser olarak mı kabul edilmesi gerektiği yoksa albümdeki her bir parça için sabit aralıklı tazminat mı talep edileceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

[18] ABD Birinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, Sony BMG Music Entertainment, et Al. v. Joel Tenenbaum, No. 12-2146, (2013), http://media.ca1.uscourts.gov/pdf.opinions/12-2146P-01A.pdf.

[19] ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, Castillo v. G&M Realty L.P., 950 F.3d 155, 163 (2020).

binayı başka amaçlarla kullanmak isteyen bina sahibi tarafından bir gecede üzerleri beyaz boya ile boyanarak silinmesidir. Grafitileri çizmiş olan sokak sanatçıları, grafitiler üzerindeki manevi haklarının ihlal edildiği gerekçesi ile bina sahibine dava açmış ve zararlarının tazminini talep etmiştir[20]. Terditli açılan davada davacılar öncelikle zararlarının tazminini (*actual damages*), reddedilirse sabit aralıklı tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir. İlk derece mahkemesi, tahmin edileceği üzere, grafitilerin gerçek pazar değerinin tespit edilmesinin güç olduğunu vurgulamış ve zararın tazmini talebini reddetmiştir[21].

Ancak bunun yanında sabit aralıklı tazminata hükmedilmesini bina sahibinin fiilini *cezalandırmak* ve yasaya sonradan eklenen manevi hakların korunması felsefesini desteklemek amacıyla yerinde bulmuştur. Sabit aralıklı tazminatın miktarı belirlenirken de davalının kusur miktarına dikkat edilmiş ve davalının intikam hissiyle ve kasten (*willfully*) hareket ettiğine kanaat getirilmiştir[22]. Bu sebeplerle sabit aralıklı tazminatın ancak kasten işlenen fiiller için öngörülmüş olan üst sınırına, eser başına 150.000 ABD Doları'na, hükmedilmiştir[23]. Bu hesap sonucu davalı aleyhine toplam 6,75 milyon ABD Doları tazminata hükmedilmiştir.

3. Sabit Aralıklı Tazminat Yaptırımının Amacı

Yukarıda da vurgulandığı üzere sabit aralıklı tazminatın amacı, zarar görenin zararını zarar miktarı ile sınırlı olmak üzere telafi etmek değildir. Hükmedilen tazminat miktarı zarar görenin zararının miktarı dikkate alınmaksızın belirlenmektedir. Sabit aralıklı tazminat, bu noktada tam tazmin ilkesinden ayrılmaktadır ve zarar görenin tazminat sebebi ile zenginleşmesine sebep olabilmektedir.

---

[20] ABD Fikri Haklar Yasası madde 106A uyarınca ABD'de görsel sanat eseri sahiplerinin, kısıtlı da olsa, manevi hakları korunmaktadır. Bu hakların bir parçası olarak eser sahiplerinin eserlerinin bütünlüğünü koruma hakkı vardır. Grafitileri silen bina sahibi, eser sahiplerinin bu hakkını ihlal etmiştir.

[21] ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, Castillo v. G&M Realty L.P., 950 F.3d 155, 163 (2020), s. 8.

[22] ABD Fikri Haklar Yasası madde113/d/2/B uyarınca bir bina üzerinde yer alan grafik eserlerin kaldırılmasını talep eden bina sahibinin eser sahiplerine yazılı bir bildirimde bulunarak eserlerini taşımaları için 90 gün süre tanıması gerekmektedir. Davalı bu yükümlülüğe aykırı davranarak grafitileri eser sahiplerine hiç haber vermeksizin bir gecede ortadan kaldırmıştır. Hatta davalı duruşmalar esnasında "yine olsa yine aynısını yapardım" gibi beyanlarda da bulunmuş ve kasten hareket ettiğini teyit etmiştir.

[23] Mahkeme davalının duruşmalar esnasında bilinçli olarak yanlış beyanlarda bulunmasını da dikkate aldığını ayrıca belirtmiştir.

Maddi zararın tazmini yerine sabit aralıklı tazminat talep edilmesinin amacı nedir? Yukarıda ABD hukukundan alıntılanan davalarda da görüldüğü üzere bazı durumlarda zarar görenin zararının ispat edilmesi mümkün olmamaktadır[24]. Bu durumlarda zarar göreni zararın miktarını ispat ile yükümlü tutmak adaletli olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Çözüm olarak zarar görenin zarar miktarından bağımsız bir şekilde hükmedilebilecek olan sabit aralıklı tazminat kurumu getirilmiştir. Kanunda belirtilen aralıkta bir tazminata hükmedecek olan hâkim, kararını verirken bu tazminat ile zarar görenin zararının telafi edilmesini de amaçlamaktadır. Başka bir deyişle, sabit aralıklı tazminatın birinci amacı zarar görenin zararını telafi etmektir ancak amaçları bununla sınırlı değildir.

Sabit aralıklı tazminat, zararın telafisinden öteye geçmektedir. *Tenenbaum* ve *Castillo* kararlarında da görüldüğü üzere sabit aralıklı tazminata hükmedilen davalarda tazminat miktarı oldukça yüksek meblağlara ulaşmaktadır. Hükmedilen tazminat miktarı, gerçekte uğranılan zarar miktarını karşılamakla beraber bu miktarı aşabilmektedir. Yüksek rakamlara ulaşabilen sabit aralıklı tazminatın, davacının zararını telafi etmenin yanında, davaya konu ihlali tekrarlamaktan davalıyı ve genel olarak toplumu *caydırma* amacı taşıdığı yargı kararlarında belirtilmiştir[25].

2009 yılından beri ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States of America*) yargıcı olan Yargıç Sonia Sotomayor 1998 tarihli bir kararında "*sabit aralıklı tazminat gelecekteki ihlalleri önlemeye yetecek miktarda olmalıdır*" diyerek caydırıcılık amacını vurgulamıştır[26]. Bu düşünceye paralel olarak yukarıda mahkemelerin benimsediği faktörler hakkında belirtildiği üzere hakimler, sabit aralıklı tazminat miktarına karar verirken fail ve üçüncü kişiler üzerindeki caydırıcı etkiyi bir kıstas olarak gerekçelerine almaktadır. Sonuç olarak, sabit aralıklı tazminatın ikinci amacı *caydırıcılıktır*.

---

[24] Özellikle internet üzerinden meydana gelen ihlallerde zararın belirlenmesi imkânsıza yakın olduğu için sabit aralıklı tazminat talebinin tercih edildiği yönünde bkz. SAMUELSON Pamela / SHEFFNER Ben, "Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 158: 53, 2009, ss. 53-73, s. 60.

[25] New York Güney Bölgesi Birinci Derece Mahkemesi (*S.D.N.Y.*), UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349 (2000).

[26] New York Güney Bölgesi Birinci Derece Mahkemesi (*S.D.N.Y.*), Top Rank, Inc. v. Allerton Lounge, Inc., No. 96-7864, 1998 WL 35152791, (1998).

Sabit aralıklı tazminatın üçüncü amacının cezalandırma olup olmadığı konusunda detaylı inceleme yapmak gerekmektedir. Keza bu konu, ABD öğretisinde de tartışmalıdır. ABD hukukunda halihazırda cezalandırma amacı ile öne çıkan bir tazminat türü bulunmaktadır: cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*). Sayıları gittikçe artan sabit aralıklı tazminat kararları, sabit aralıklı tazminatın cezalandırıcı tazminat ile karşılaştırılmasına sebep olmuştur. ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi *On Davis v. Gap* kararında cezalandırıcı tazminatın taşıdığı amacın fikri mülkiyet hukukunda ABD Fikri Haklar Yasası madde 504(c)(2) ile sağlandığını vurgulayarak sabit aralıklı tazminatın faili cezalandırma amacını da taşıdığını vurgulamıştır[27]. Mahkeme gerekçe olarak, kasten gerçekleşen ihlallerde sabit aralıklı tazminat miktarının üst sınırının ayrıca artıyor olmasını göstermiştir.

Sonuçta ortaya çıkan tazminat miktarları ile sabit aralıklı tazminatın cezalandırıcı tazminatın işlevini de yerine getirildiği düşünülse de ABD'de yargı kararlarında ve öğretide yer alan tartışmanın sonucunda iki tazminat türünün birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanmıştır. İlk bakışta iki tazminat türü yapısal olarak farklıdır. Sabit aralıklı tazminat için kanun koyucu yasada belirli bir aralık belirlemiştir ve mahkemeler bu aralığı aşarak veya aralığın altında bir tazminat miktarına karar veremezler. Sabit aralıklı tazminata her türlü kusur halinde hükmedilir ve bu hükmün yanında başkaca bir tazminata hükmedilmez.

ABD'de cezalandırıcı tazminat ise ancak ağır kusurlu hareket edildiği zaman hükmedilen bir tazminattır. Aynı fiili ihmalen işleyen kişi cezalandırıcı tazminata maruz kalmazken kasten işleyen kişi kalabilmektedir. Yapısal olarak bir başka fark da cezalandırıcı tazminatın telafi edici tazminatın yanında hükmedilen ek bir tazminat niteliğinde olmasıdır[28]. Hâkim, öncelikle zararı telafi etme amaçlı bir tazminata hükmedecek ve sonra, şartlar oluştuysa, ek olarak cezalandırıcı tazminata hükmedecektir. Görüldüğü üzere bu iki özellik, sabit aralıklı tazminattan farklıdır.

---

[27] ABD İkinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, On Davis v. The Gap, Inc., 246 F.3d 152, 172 (2001).

[28] ABD hukukunda cezalandırıcı tazminat hakkında oldukça popüler olan ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin karar verdiği *Phillip Morris USA v. Williams* davasında, Williams'ın eşi akciğer kanserinden öldüğü için Williams bir sigara şirketi olan Phillip Morris'e dava açmıştır. İlk derece mahkemesinde kararı veren jüri, 821.000 ABD Doları telafi edici tazminata ve ayrıca 79.5 milyon ABD Doları cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. ABD Yüksek Mahkeme kararı için bkz. ABD Yüksek Mahkemesi, Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007).

Sabit aralıklı tazminat ile cezalandırıcı tazminatın ayrı tazminat türleri olmasının somut bir sonucu, tazminatın Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusundadır. ABD Yüksek Mahkemesi 1996 tarihli *Gore* kararında cezalandırıcı tazminat uygulamasının çok yüksek tazminata yol açmasının adil yargılanma hakkının (*due process*) ihlali olabileceğini ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştir[29]. *Gore* kararında cezalandırıcı tazminat miktarının Anayasa'ya uygunluğunu belirlemek için mahkemeler tarafından ileride de kullanılmak üzere kriterler belirlenmiştir[30].

BMW'nin 2 milyon ABD Doları meblağında cezalandırıcı tazminata mahkûm edildiği *Gore* davasında Yüksek Mahkeme; BMW'nin federal ceza hakkında adil bir şekilde bilgilendirilmemiş olması, tazminatın fiili zararın 500 katı olması ve ihlalin gerçekleştiği Arkansas eyaletinde benzer ihlaller için uygulanan cezanın miktarının sadece 2.000 ABD Doları olması sebepleri ile cezalandırıcı tazminatın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiş ve karar bozulmuştur.

Bir üniversite öğrencisinin internete müzik eserleri yüklemesi sebebiyle 675.000 ABD Doları tazminata hükmedilmesi sonucunu doğuran *Sony BMG v. Tenenbaum* davasında ilk derece mahkemesinin aleyhe kararını temyiz eden Tenenbaum, sabit aralıklı tazminat bakımından da *Gore* kararında belirtilen kriterlerin uygulanması gerektiğini öne sürmüştür. Temyiz makamı olan Birinci Bölge Federal İstinaf Mahkemesi, *Gore* davasının cezalandırıcı tazminat ile ilgili bir karar olmasından dolayı sabit aralıklı tazminat bakımından mahkemeleri bağlayıcı bir etkisi olmadığını belirtmiştir. Sabit aralıklı tazminat bakımından dikkate alınması gereken Yüksek Mahkeme kararı 1919 tarihli *Williams* kararıdır[31] ve bu kararda *Gore* kararında belirlenen

---

[29] ABD Yüksek Mahkemesi, BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996) BMW şirketinin Alabama şehrinde birinci el olarak sattığı bir arabanın sahibi olan Gore, arabayı satın aldıktan aylar sonra arabanın orijinal halinin üzerinden boyanmış olduğunu fark etmiştir. BMW, aracın aslında üretim arızası olduğunu ancak tamirin az masraf gerektirmesi sebebiyle arızanın BMW tarafından giderildiğini ve bu durumun alıcı ile paylaşılmadığını kabul etmiştir. Yeniden boyanmış aracın birinci el fiyatından satılması alıcıya 4.000 ABD Doları zarara sebep olmuş ise de davada alıcıya aldatıcı beyanlarda bulunan BMW aleyhine 2 milyon ABD Doları meblağında cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir.

[30] ABD Yüksek Mahkemesi, BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996). Birinci olarak, zarar veren kişinin cezalandırıcı tazminat hakkında adil bir şekilde bilgilendirilmiş olması gereklidir. İkinci olarak, cezalandırıcı tazminat fiili zarardan aşırı oranda yüksek olmamalıdır. Üçüncü olarak ise, benzer ihlallerde uygulanan cezaların miktarı ile cezalandırıcı tazminat arasındaki fark çok olmamalıdır.

[31] St. Louis, I.M. & S. Ry. Co. v. Williams, 251 U.S. 63, 65, 40 S. Ct. 71, 72, 64 L. Ed. 139 (1919).

kriterler bakımından bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu sebeple, sabit aralıklı tazminat miktarı Anayasa'ya uygunluk bakımından denetlenmeyecektir. Öğretide, sabit aralıklı tazminatın Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmemesi eleştirilmektedir[32].

Sonuç olarak, sabit aralıklı tazminatın cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığı konusunda kesin bir kanıya varmak mümkün değildir.

III. TÜRK HUKUKUNDA SABİT ARALIKLI TAZMİNAT YAPTIRIMI VAR MIDIR?

1. Sabit Aralıklı Tazminatın Türk Borçlar Hukukundaki Tazminat Prensiplerinden Genel Farkları

Sabit aralıklı tazminat kurumunun Türk borçlar hukukunun tazminata ilişkin genel prensiplerinden bazı temel noktalarda ayrıldığı görülmektedir. Öncelikle, Türk hukukunda benimsenmiş olan "tam tazmin" ilkesi[33], sabit aralıklı tazminat için geçerli değildir. Sabit aralıklı tazminat, zarar görenin zararını telafi etmeyi amaçlamaktadır ancak tazminat miktarı zarar görenin zararını aşabilmektedir. Bunun sonucu olarak, zarar görenin zenginleşmesi de mümkün olabilmektedir.

Türk hukukunda davacı, zararı ve miktarını ispatlamak ile yükümlü iken sabit aralıklı tazminatın zararın miktarından bağımsız olmasının bir başka sonucu olarak, zarar görenin zararının miktarını ispatlaması da gerekmemektedir. Belirtmek gerekir ki Türk borçlar hukukunda da alternatif olarak, zarar

---

[32] ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiş olan *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 416 (2003); *BMW of North America, Inc. v. Gore,* 517 U.S. 559, 574-75 (1996) kararları doğrultusunda cezalandırıcı tazminatın aşırı olması halinde hâkim tarafından indirilmesi yönünde içtihat oluşmuştur. Ancak aynı durum sabit aralıklı tazminat için söz konusu değildir. *Gore* kararında belirlenen kriterlerin sabit aralıklı tazminat konusunda da uygulanması gerektiği hakkında bkz. EVANSON Blaine, "Due Process in Statutory Damages", **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 3, No. 2, 2005, ss. 601-638, s. 638.

[33] TANDOĞAN, s. 252; TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 583; EREN, s. 821; OĞUZMAN / ÖZ, s. 113; NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020, s. 261; NOMER (Tazminat), s. 33. Yargıtay'ın pek çok kararında tekrar ettiği "tam tazmin" ilkesine dair açıklamasının bir örneği: "*Tazminat hukukunun ilkelerinden biri olan tam tazmin ilkesi gereği, zarar veren sebep olduğu zararı tümüyle tazmin etmelidir. Bu ilkeye göre, zarar veren, "tüm zararı", ancak "sadece sebep olduğu zararı" tazmin edecektir, bir başka ifade ile zarar gören sadece gerçek zararını talep edebilecektir*." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/14-2008 K. 2019/172 T. 19.2.2019 (kaynak: kazanci.com).

miktarının ispatlanmasının mümkün olmadığı hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde (m.) 50 fıkra (f.) 2 uyarınca hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olmak şartı ile belirleyebilmektedir[34]. Zararın miktarının hesaplanmasının güç olduğu durumlarda tercih edilen sabit aralıklı tazminatın belirlendiği davalarda ise hâkim, Türk borçlar hukukunun aksine, hakkaniyete uygun bir zarar miktarı belirlemek ile de ilgilenmemektedir.

Zarar verenin kusurunun miktarı hem sabit aralıklı tazminat miktarının belirlenmesinde hem de Türk hukukunda dikkate alınmaktadır. Ancak Türk hukukunda hükmedilecek tazminat miktarı, zararın miktarını aşamaz. Zarar verenin kusurunun ağırlığı ise ancak tazminatta indirim sebebi teşkil edebilir[35]. Kast veya ağır kusur söz konusu ise zararın tam tazminine hükmedilecek, eğer daha hafif kusur söz konusu ise kusura oranla daha düşük bir miktarın tazminine karar verilecektir[36]. Bunların yanında, TBK m.52/f.2 uyarınca hafif kusurlu hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin tazminatı ödemesi durumunda yoksulluğa düşecek olması ihtimali karşısında hakkaniyet de gerektirirse hâkim yine tazminat miktarını indirebilir[37].

---

[34] TANDOĞAN, s. 263. TBK m.50/f.2'nin uygulanabilmesi için zarar görenin zararın varlığı ve miktarı konusunda hâkime kanaat verecek olgu ve olayları sunmuş olması gerektiği hakkında bkz. EREN, s. 822-823. Hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi için gerekli olan delilleri davacı getirmekle yükümlüdür ve zararın miktarının belirlenmesinde uygulamada hâkimler çoğunluklar bilirkişiye başvurmaktadır. OĞUZMAN / ÖZ, s. 87. Tartışmalı olarak, marka hukuku uygulamasında özellikle gümrükte el konulan/imha edilen sahte markalı ürünler bakımından henüz ürünler piyasaya girmediği için marka hakkı sahibinin bir zararı söz konusu olmasa da maddi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/2944 K. 2014/6362 T. 1.4.2014 (kaynak: lexpera.com); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi., E. 2005/3507 K. 2006/3137 T. 27.03.2006. Hakkaniyet gerekçesi ile yürütülen bu uygulama, sabit aralıklı tazminat düzenlemesi ile yasal zemine de kavuşturulabilir.

[35] NOMER, (Tazminat), s. 72. TBK m.51/f.1 uyarınca takdir yetkisini kullanan hâkimin, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alması gerekmektedir. Söz konusu takdir yetkisini kullanan hâkimin zarardan yüksek bir miktarda tazminata hükmetmesi mümkün olmadığı için takdir yetkisini kullanmadan önce hâkimin zararın miktarını belirlemesi gerekir. TANDOĞAN, s. 264; ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,2, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 560.

[36] Kural olarak kusurun hafifliği tazminatta indirim sebebi olmakla beraber bazı durumlarda hafif kusurlu kişinin de tam tazmine hükmedilebileceği ve kusur ile tazminat arasında matematiksel bir oran olmadığı hakkında bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 120.

[37] Kanunda sayılan indirim sebepleri bunlar olmak ile birlikte tazminatın indirilmesi sebepleri bunlar ile sınırlı değildir. Beklenmedik durum, mağdurun bünyesinden kaynaklanan etkenler, failin mağdura yardım ederken zarar vermiş olması gibi indirim sebepleri hakkında bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 128 vd.

Sabit aralıklı tazminatta ise hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin kusurunun miktarına göre kanun koyucunun belirlemiş olduğu alt ve üst sınır arasındaki aralıkta takdir yetkisinin kullanılması söz konusudur ki bu takdir yetkisinin kullanılması sonucunda zarar verenin kusuru, zararın üzerinde bir tazminata hükmedilme sebebi olabilmektedir. Yapılan karşılaştırma ve analiz, Türk borçlar hukukunda hâkime tazminatta indirim için takdir yetkisi veren zarar görenin rızası kusuru için de geçerlidir[38].

Ayrıca, TBK m.52/f.2'nin aksine, sabit aralıklı tazminatta hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin ekonomik durumu dikkate alınmaksızın hafif kusur halinde en az 750 ABD Doları, eylemin hukuka aykırılığından hiç haberdar olmayacak kadar hafif kusurlu olduğu halde en az 200 ABD Doları miktarında tazminata inilebilmektedir. Bir diğer deyişle, hükmedilecek tazminat miktarına dair bir alt sınır bulunmaktadır. Türk hukukunda ise böyle bir alt sınır görülmemektedir ve hâkimin tazminatı tamamen kaldırma yetkisi bulunmaktadır.

2. Türk Hukukunda Sabit Aralıklı Tazminata Benzer Kurumlar

A. Cezalandırıcı Tazminat[39]

Kural olarak Türk hukukunda tazminat, cezalandırma amacı taşımamaktadır[40]. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde mevcut olan cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) kurumu, hukuka aykırı eylemde bulunan kişiyi cezalandırma amacı taşıyan bir tazminat türü olması itibariyle dikkat çekmektedir.

Kaynağını İngiliz ve ABD hukuklarından alan bu kurum, telafi tazminatını aşan bir tutarda tazminata hükmedilmesini ve bu sayede hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin cezalandırılmasını sağlamaktadır. Cezalandırıcı tazminat, zarar görenin zararının telafi edilmesinin yanında hukuka aykırı eylemde bulunan kişiyi cezalandırma ve gelecekte benzer fiilleri işlemekten caydırma amacını da gütmektedir[41].

---

38 OĞUZMAN / ÖZ, s. 122.

39 Doktrinde bu kurum, "özel hukuk cezası" olarak anılmakta ise de bunun bir üst başlık, "cezalandırıcı tazminat"ın alt başlık olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu görüşte bkz. BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Menfaat Devri Yaptırımı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 170.

40 Tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin malvarlığındaki eksilme yerine hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin kusurunun dikkate alınmasının, ceza hukukunda karşılaştığımız bir hesaplama yönetimini andırdığı yönündeki eleştiri hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 316.

41 GÜL İbrahim, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 198 vd. Çalışmamıza konu olan ABD hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedil-

Türk Hukukunda tazminatın, zarar görenin telafi amacını aşarak hukuka aykırı eylemde bulunan kişiyi cezalandırma amacı barındırdığı cezalandırıcı tazminat örnekleri bulunmaktadır. Bunlar; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.58/f.2 uyarınca "*uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında*"[42], 7981 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.68/f.1 uyarınca "*bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlası*"[43] ve TBK m.355/f.3 uyarınca "*son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere*"[44] tazminata hükmedilebilmesi durumlarıdır[45].

Yukarıda bahsedilen örneklerde, davacının uğradığı zarardan daha yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi öngörülmektedir[46]. Söz konusu örneklerin sabit aralıklı tazminattan başlıca farkı kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir rakamdan bahsedilemiyor olmasıdır. Tazminat oranı, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin bir unsurunun birkaç misli olarak belirlenmiştir[47]. Dolayısıyla, rakamlarla sınırları sabit bir şekilde belirlenmiş olan sabit aralıklı tazminattan farklıdır.

---

mesi için dava konusu eylemin ağır kusurlu bir eylem olması aranmaktadır (bkz. ÖZDEN MERHACI Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 134 vd.).

42 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan üç katı tazminat hükmünün asli amacının caydırıcılık ve ikincil amacının da gelir dağılımının düzeltilmesi olduğu hakkında bkz. SANLI, s. 204 vd.

43 FSEK m.68/f.1'de belirlenen "*rayiç bedelin en çok üç kat fazlası"*na hükmedilmesinin bir tazminat olmayıp bir kanuni ceza olduğu hakkında bkz. TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 319.

44 Tahliye edilen kiracının zararının miktarına bakılmaksızın bir yıllık kira bedelinde tazminata hükmedilmesini sağlayan bu hükmün amacının da kiraya vereni cezalandırmak olduğu hakkında bkz. İNCEOĞLU M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt II, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 402.

45 Söz konusu hükümlerin ABD hukukundaki cezalandırıcı tazminat kurumu ile karşılaştırması için bkz. ÖZDEN MERHACI, s. 189 vd.

46 Sonuç olarak hükmedilen tazminat miktarının zararı aşacağı yargı kararlarında da belirtilmiştir. "*...davalının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında hakim durumu kötüye kullandığını, yıkıcı fiyat politikası uyguladığını, olay nedeniyle davacının büyük zarara uğradığını, 4054 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereğince üç kat tazminata hak kazandıklarını ileri sürerek, davalının 4054 sayılı Kanun'un 6. madddesine aykırı eylemleri nedeniyle uğradıkları 78.000.000 TL zarardan şimdilik 30.000 TL maddi zarar, 30.000 TL üç kat tazminat alacağı, 30.000 TL manevi tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir.*" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/5134, K. 2016/2543, T. 08.03.2016 (kaynak: kazanci.com).

47 Ayrıca ABD hukukunda çeşitli davalarda, cezalandırıcı tazminat miktarının hesaplanması sırasında hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin ekonomik durumunun da dikkate alınıyor olduğu görülmektedir. Örnek olarak *Liebeck v. McDonald's Corp.*, CV-93-2419 (N.M. 2d Jud. Dist. CL 1995) kararında cezalandırıcı tazminata hükmedilmeden önce McDonalds'ın cirosu incelenmiştir.

B. Menfaat Devri

TBK m.530 uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuki sonucu olarak menfaat devri talep edilebilir[48]. Menfaat devri kurumu uyarınca, hukuka aykırı eylemde bulunan kişinin elde ettiği menfaat, ihlal edilen hakkın sahibine devredilir. Türk hukukundaki tam tazmin prensibinden ayrılan ve özel hukuk cezası olarak nitelendirilen bu kurum çeşitli yönleri ile sabit aralıklı tazminata benzetilebilir.

Menfaat devrinde de amaç, zararın telafisinden ötedir ve cezalandırma amacı güdülmektedir[49]. Elde edilen menfaatin devri, zarar miktarını aşabilir ve bu yönü ile sabit aralıklı tazminata benzemektedir. Menfaat devrinin hesaplanmasında da zararın miktarı dikkate alınmazken hukuki ve doğal ürünler ve eşyanın özünü tüketmek suretiyle temin edilen menfaat hesaba katılmaktadır. Hâlbuki yukarıda belirtildiği üzere, sabit aralıklı tazminat hesaplanmasında, kanun koyucunun belirlediği tazminat oranı aralığı içerisinde bir tazminata karar veren hâkim, zarar veren kişinin elde ettiği menfaati temel bir faktör olarak hesaba katmamaktadır.

Menfaat devrini düzenleyen TBK m.530'da kusura ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak öğretide menfaat devrinin ancak kötüniyet varlığında uygulanacağı belirtilmektedir[50]. Kötüniyet terimi ile anlaşılması gereken kast ve ağır ihmal halleridir[51]. Aksi takdirde menfaat devrine hükmedilmez. Sabit aralıklı tazminatın belirlenmesinde de kusur oranı dikkate alınırken hafif ihmal halinde de, alt sınıra yakın olsa da, tazminata hükmedilmektedir.

Menfaat devrinin Türk hukukunun tazminata ilişkin temel prensiplerinden ayrıldığı bir diğer nokta zararın meydana gelmiş olmasının menfaat devri için bir şart olmamasıdır[52]. Sabit aralıklı tazminata hükmedilmesi için zararın varlığının ispatının gerekli olmadığı genel kabul olarak görülmekte ise

---

[48] Menfaat devri kurumuna TBK m.530 doğrultusunda fikri ve sınai hak ihlallerinde, haksız rekabette, rekabet yasağının ihlalinde de başvurulması hakkında bkz. BAŞ SÜZEL, s. 292 vd. Fikri haklar özelinde bkz. DEMİRBAŞ Ali, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 194 vd.

[49] BAŞ SÜZEL, s. 152.

[50] BAŞ SÜZEL, s. 46.

[51] BAŞ SÜZEL, s. 46.

[52] BAŞ SÜZEL, s. 152.

de istisnai olarak zarara uğrandığının ispat edilmemesi halinde hâkimin sabit aralıklı tazminata hükmetmeyi reddettiği görülmüştür[53].

C. Ceza Koşulu

Aralarındaki sözleşmesel ilişki bulunan taraflardan birinin borca aykırı davranması halinde zararı ispat yükümlülüğünden kurtulmak isteyen taraflar, aralarında yapacakları bir sözleşme ile bir ceza koşulunda anlaşabilirler[54]. Bu sayede borca aykırılık halinde alacaklı, zararını ispat etmesine gerek kalmadan ceza koşulunu talep edebilecektir. TBK m.179-182'de düzenlenen ceza koşulu, zararın miktarının ispatlanmasından bağımsız bir yaptırım olması sebebiyle sabit aralıklı tazminata benzetilebilir.

Öncelikle ceza koşulu, sabit aralıklı tazminata kıyasla hukuka aykırı davranışta bulunan kişinin kusurunun miktarından daha bağımsız bir yaptırım türüdür. Ceza koşulunun talep edilebilmesi için hukuka aykırı davranışta bulunan kişinin kusurunun aranması meselesi öğretide tartışmalı bir meseledir. TBK'da bu hususun açıkça düzenlenmemesi sebebi ile iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüş ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusurun ispatının gerekmediğini belirtmektedir[55]. Diğer görüş ise, TBK m.182/f.2 düzenlemesini gerekçe göstererek ceza koşulu için kusurun varlığının gerekli olduğunu savunmaktadır[56]. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, borca aykırı davranan kişinin kusurlu olduğu bir durumda alacaklı, borçlunun kusurunun derecesine bağlı olmaksızın ceza koşulunun tamamını isteyebilmektedir. Borçlunun hafif ihmalle veya kasten hareket etmiş olması ceza koşulunun

---

53 *Washingtonian Publishing v. Pearson*, 140 F.2d 465 (D.C. Circ. 1944). Konu hakkında açıklamalar için bkz. FERCH, s. 491. Bkz. *Doe v. Chao* kararı hakkında bkz. dipnot 5.

54 OĞUZMAN / ÖZ, s. 535. Götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farklar hakkında bkz. ATAMER Yeşim M., "Ceza Koşulu - Götürü Tazminat - Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? - Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları", Atamer/Baş Süzel/ Geisinger (eds.), **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 87-131.

55 AKSOY Hüseyin Can, "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, ss. 999-1018, s. 1015; BİRİNCİ UZUN Tuba, **Götürü Tazminat,** 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 150.

56 OĞUZMAN / ÖZ, s. 551; TAŞKIN Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1305-1348, s. 1344.

tamamının talep edilmesi sonucunu değiştirmeyecektir[57]. Borçlunun kusurunun ağırlığına göre miktarı belirlenen sabit aralıklı tazminat, bu noktada ceza koşulundan ayrılmaktadır.

TBK m.180/f.1 açıkça ceza koşulunun alacaklının zararından bağımsız olduğunu belirtmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir*." Ceza koşulunun zararın miktarından bağımsız olması sabit aralıklı tazminat ile benzerlik göstermektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere ABD'de bazı mahkemeler sabit aralıklı tazminatın talep edilebilmesi için en azından bir zararın var olduğunun ispat edilmesini bekleyebilmektedir[58]. Ceza koşulunun zararın hiç var olmadığı hallerde bile talep edilebiliyor olması bu sebeple sabit aralıklı tazminattan ayrıldığı başka bir noktadır.

Son olarak, tarafların zararın miktarının ispatından kurtulmak için tercih ettiği ceza koşulu, niteliği itibariyle sabit aralıklı tazminata oldukça yaklaşmakla ile beraber sadece sözleşmede öngörüldüğü hallerde uygulanabilmesi sebebiyle tam olarak sabit aralıklı tazminatın karşılığı olmamaktadır. Keza, sabit aralıklı tazminata çoğunlukla taraflar arasında sözleşmesel ilişki olmayan ve haksız fiil sorumluluğunun doğduğu noktalarda başvurulmaktadır.

D. Götürü Tazminat

Götürü tazminat (*liquidated damages*), kavram olarak başlı başına TBK'da yer almamaktadır ve Türk hukukunda iki farklı anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak götürü tazminat, aralarında borç ilişkisi bulunan taraflardan herhangi birinin diğerinin zarara uğramasına sebep olması halinde ödeyeceği tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesidir[59]. Yukarıda açıklanan ceza koşuluna benzer şekilde bu anlamıyla götürü tazminat da taraflar arasında bir sözleşme ile kararlaştırılan bir tazminat türüdür ve sabit aralıklı tazminattan bu özelliği ile ayrışmaktadır.

---

[57] TBK m.182/f.3 uyarınca hâkim, ceza koşulunu aşırı bulduğu takdirde ceza koşulunda indirime karar verebilmektedir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken borçlunun kusurunun miktarının yanında alacaklı ve borçlunun ekonomik durumları ve alacaklının uğradığı zarar miktarı gibi faktörleri dikkate alacaktır. Ancak bu hüküm 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.22 uyarınca tacirler sıfatına sahip olan borçlular bakımından, ceza koşulu tacirin mahvına sebep olmadığı müddetçe, uygulanmayacaktır. EREN, s. 1320. Sabit aralıklı tazminat ise tacir-tacir olmayan borçlu ayrımı yapılmaksızın hâkimin takdir yetkisine tabidir.

[58] Bkz. dipnot 6.

[59] BİRİNCİ UZUN, s. 68; PARLAK BÖRÜ Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 129. Sayı, ss. 195-228, 2017, s. 197.

Götürü tazminat, ikinci anlamıyla kanun tarafından öngörülmüş olan bir tazminat miktarıdır ve taraflar arasında öngörülmüş olmasa da uygulama alanı bulacaktır. Örnek olarak iş hukukunda "ihbar tazminatı" olarak bilinen tazminat türü hakkında Yargıtay "*Yasada ihbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan* ***götürü tazminat*** *olarak nitelendirilebilir*." ifadesinde bulunmuştur[60].

Kanun tarafından belirlenen götürü tazminatın talep edilebilmesi için zararın ispatının gerekmemesi sabit aralıklı tazminata benzer bir durumdur[61]. Ancak götürü tazminatın düzenlendiği bir kanunda belirlenen olayın gerçekleşmesi halinde hâkim kanunda belirtilen miktarda tazminata hükmetmek zorundadır, tazminatta indirim için takdir yetkisini kullanmayacaktır[62]. Örnek olarak ihbar tazminatında belirsiz süreli bir iş sözleşmesi eğer usulsüzce feshedilirse işçi işverenden 4857 sayılı İş Kanunu m.17/f.4 uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir. Ödenecek olan tazminatın miktarı ihbar süresine ilişkin işçinin ücreti hesaplanarak bulunacaktır. Tazminatın miktarı, işverenin usulsüz fesih ile ilgili kusuruna oranla değişkenlik göstermemektedir ve bu noktada sabit aralıklı tazminattan ayrılmaktadır. İşçinin ihbar tazminatı talebinde bulunabilmek için zararının varlığını ispat etmesi gerekmemektedir. Ancak eğer işçi zararının ihbar tazminatından yüksek olduğunu ispat edebilirse ek tazminat da talep edebilir[63].

Bundan başka, kanunla düzenlenen bir diğer götürü tazminat türü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) karşımıza çıkmaktadır. Bağımsız denetçinin sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen TTK m.404/f.2/c.1 aşağıdaki şekildedir:

> *"Birinci fıkrada öngörülen yükümün yerine getirilmesinde ihmali bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar sebebiyle, her bir denetim için yüzbin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üçyüzbin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir."*

Verilen hükmün, sabit aralıklı tazminata benzediği düşünülebilir. Bağımsız denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde mağdur

---

60 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/11087, K. 2019/13276, T. 13.06.2019 (kaynak: kazanci.com). Benzer ifade için bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2016/17110, K. 2019/13901, T. 24.06.2019 (kaynak: kazanci.com).

61 PARLAK BÖRÜ, s. 197 dipnot 8.

62 BİRİNCİ UZUN, s. 205.

63 BİRİNCİ UZUN, s. 213.

şirket, hâkimden bu hüküm uyarınca her bir denetim için yüz bin veya üç yüz bin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilmesini talep edebilmektedir[64]. Madde metninde de belirtildiği üzere TTK m.404/f.2 uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için mağdur şirketin bir zarara uğramış olması gerekmektedir[65]. Maddede tazminat için belirlenen üst sınırın uygulanabilmesi için sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden denetçinin zarara ihmali ile sebebiyet vermesi gereklidir[66]. Kasten ihlalde bulunan denetçi için bu madde uygulanmayacaktır ve hükmedilecek tazminat için üst sınır da söz konusu değildir.

Görünürde sabit aralıklı tazminata oldukça benzeyen TTK m.404 hükmü aslında hem amacı hem uygulaması ile farklılıklar göstermektedir. Hükmün amacına bakıldığında aslında tazminata getirilen üst sınır ile ihmalen sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden ve denetlediği şirketi zarara uğratan denetçiyi korumanın amaçlandığı görülmektedir. Şirketin uğradığı zarar maddedeki üst sınırı aşsa bile denetçi ancak maddede belirlenen üst sınır ile sorumlu tutulabilecektir. Denetçi zarara kasten sebep oldu ise mağdur şirket zararının tamamının tazminini isteyebilecektir. TTK m.404, her türlü kusur halini kapsayan sabit aralıklı tazminattan bu noktada ayrılmaktadır.

Hükmün uygulanması bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Maddede bir üst sınır belirlenmiş olsa da bir alt sınır söz konusu değildir. Bu durumda hâkimin takdir yetkisini kullanarak TTK m.404/f.2 uyarınca hiç tazminata hükmetmemesi mümkündür. Ancak sabit aralıklı tazminatta yukarıda da belirtildiği üzere bir alt sınır söz konusudur ve hâkim bu tazminatı sıfıra indirmek konusunda takdir yetkisine sahip değildir.

E. İdari Para Cezaları

Sabit aralıklı tazminata benzer olarak bazı kanunlarımızda, belirlenen bir miktarın hukuka aykırı eylem sayısı kadar mislinin hukuka aykırı eylemde bulunan kişi tarafından ödenmesini öngören hükümlere rastlanmaktadır. Örnek olarak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)

---

[64] TOPÇUOĞLU Metin, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu,** 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 200.

[65] TOROSLU M. Vefa, **Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim,** 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 458.

[66] Maddenin gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır: "*Maddede zarar ihmâlleri ile sebebiyet verenler maddede üst sınırı gösterilmiş tazminat ile sorumlu olurlarken, kasıtlı eylemde bulunanlar için sınır yoktur*."

m.77 uyarınca farklı bentlerde düzenlenen filler için kanun koyucu tarafından belirlenmiş miktarda "*her bir işlem veya sözleşme için*" idari para cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür.

TKHK m.77 ve benzeri hükümler, ödenecek tazminatın miktarının kanun koyucu tarafından önceden belirlenmiş olması sebebiyle sabit aralıklı tazminatı andırmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, söz konusu hükümlerde belirtilen miktarlar bir idari para cezası olarak devlete ödenmektedir. Hâlbuki sabit aralıklı tazminat zarar gören tarafa ödenmesi gereken bir tazminattır[67] ve bu yönüyle idari para cezalarından tamamen ayrışmaktadır.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sabit aralıklı tazminat, çok yüksek miktarda tazminatlara yol açması sebebiyle ABD literatüründe zaman zaman eleştiriler ile gündeme gelen bir kurumdur. Cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) hakkında içtihatla getirilen ve çok yüksek miktarda tazminatlara hükmedilmesini önlemeyi amaçlayan ölçütlerin sabit aralıklı tazminat için de uygulanması gerektiği yönünde görüşler, özellikle internette meydana gelen hak ihlalleri sonucu ortaya çıkan çok yüksek miktarda tazminat kararlarından sonra şiddetlenmiştir. Uğranılan zararın ispatının zor, hatta imkânsıza yakın olduğu durumlarda kurtarıcı olarak nitelendirilebilecek olan sabit aralıklı tazminat kurumu, aleyhine hükmedilen kişinin ekonomik durumuna bakılmaksızın hesaplandığı için bazı sosyal adalet kaygılarını beraberinde getirmektedir.

Türk hukukunda sabit aralıklı tazminat kurumuna muhakkak yer verilmesi gerektiği gibi bir kanaatimiz oluşmamıştır. Hâlihazırda cezalandırıcı tazminat hükümleri içeren Türk fikri haklar hukuku ve rekabet hukukunda sosyal politika olarak caydırıcılığın ön planda olduğu görülmektedir. Bu duruma paralel olarak, caydırıcı fonksiyonu da olan sabit aralıklı tazminatı bu hukuk alanlarında kullanmak akla gelebilir. Ancak yukarıda belirttiğimiz orantısız tazminat hükümleri kaygısı, kanaatimizin bu yönde oluşmasını engellemektedir.

Kaldı ki, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kural olarak kabul edilmeyen ceza koşulu kurumu, Türk hukukunda sözleşmesel ilişkiler bakımın-

---

[67] Sabit aralıklı tazminatın tarihi gelişimi izlendiğinde mülga 1790 tarihli ABD Fikri Haklar Yasası'nda (*U.S. Copyright Act of 1790*) belirlenen sabit aralıklı tazminat miktarının yarısının davacıya yarısının ise devlete ödenmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Zaman içerisinde düzenleme, bu idari para cezası niteliğini kaybetmiştir. Düzenlemenin tarihi gelişimi için bkz. FERSCH, s. 488.

dan sabit aralıklı tazminat kurumunun zarara bakılmaksızın önceden sabitlenmiş bir miktarda tazminatın ödenmesini sağlama işlevini yerine getirmektedir. Buna örnek olarak çoğunlukla ceza koşuluna bağlanan ve TBK m.444 ve devamında düzenlenen rekabet etme yasağı gösterilebilir. Rekabet etme yasağının ihlalinde de zararın büyüklüğünü belirlemek oldukça güçtür ve taraflar bu sorunu ceza koşulu öngörmek yoluyla çözüme kavuşturmuşlardır. Bu sebeple, yukarıda belirtilen sabit aralıklı tazminat kurumunun gerekliliği tartışması, temelinde sözleşmesel ilişki bulunmayan borç ilişkileri için söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar kanaatimiz, sabit aralıklı tazminat konusunda temkinli yaklaşılması gerektiği yönünde ise de ABD'nin ikili ticaret anlaşmaları aracılığıyla sabit aralıklı tazminat uygulamasını dünya çapında yaygınlaştırıyor olması ve 2020 yılında Birleşik Krallık'ın da sabit aralıklı tazminat uygulamasını fikri haklar alanında uygulamaya geçirmeyi tartışmaya açması sebebiyle bu konuda daha fazla çalışma yapılması gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOY Hüseyin Can, "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, ss. 999-1018.

ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: V/1,2, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ATAMER Yeşim M., "Ceza Koşulu - Götürü Tazminat - Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? - Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları", Atamer/Baş Süzel/ Geisinger (eds.), **Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 87-131.

BAŞ SÜZEL Ece, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Menfaat Devri Yaptırımı**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

BİRİNCİ UZUN Tuba, **Götürü Tazminat,** 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

BUHAI Sande, "Statutory Damages: Drafting and Interpreting", **Kansas Law Review**, Vol. 66, 2018, ss. 523-563.

DEMİRBAŞ Ali, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

EVANSON Blaine, "Due Process in Statutory Damages", **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 3, No. 2, 2005, ss. 601-638.

FERCH Priscilla, "Statutory Damages under the Copyright Act of 1976", **Loyola University of Chicago Law Journal**, Vol. 15, No. 3, 1984, ss. 485-511.

GÜL İbrahim, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

İNCEOĞLU M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt II, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020.

NOMER Halûk N., **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi,** 1. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1996. (Tazminat)

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, **Cilt II,** 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ÖZDEN MERHACI Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

PARLAK BÖRÜ Şafak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 129. Sayı, ss. 195-228, 2017.

SAMUELSON Pamela / HİLL Phil / WHEATLAND Tara, "Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?"**, Journal of the Copyright Society of the USA**, Vol. 60, No 4, 2013, ss. 529-580.

SAMUELSON Pamela / SHEFFNER Ben, "Unconstitutionally Excessive Statutory Damage Awards in Copyright Cases", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 158: 53, 2009, ss. 53-73, s. 60.

SANLI Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I**, S: 1, 2003, ss. 211-276.

TANDOĞAN Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TAŞKIN Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1305-1348.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku,** 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TOPÇUOĞLU Metin, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu,** 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2012.

TOROSLU M. Vefa, **Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim,** 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

YU Vanessa, "Calculating Statutory Damages in Copyright Infringement Cases: What Constitutes One Work", **Santa Clara Law Review**, Vol. 58, No. 2, 2018, ss. 375-398.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2127-2179

SATICININ ZAPTTAN VE AYIPTAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNİN ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞLARINA UYGULANABİLİRLİĞİ(*)(**)

Av. **Beyza AKA**(***)

Öz: Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesine ilişkin hükümleri, taşınır satışını ve taşınmaz satışını esas almaktadır. Bununla birlikte fiziki varlığı bulunmayan hakların da para ile ölçülebilir ve devredilebilir nitelik taşıdıkları sürece, satış sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, satıcının anonim şirket paylarının mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcının da bir miktar parayı satıcıya ödemeyi üstlendiği sözleşmeler de Türk Borçlar Kanunu anlamında satış sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda hak satışına ilişkin özel düzenlemeler yer almadığından, taşınır satışına ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde pay satış sözleşmelerine de uygulanmaktadır. Bu çalışmada ilk olarak, pay satış sözleşmelerinin genel özellikleri ortaya konmuştur. Ardından, satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin pay satış sözleşmelerine nasıl ve hangi ölçüde uygulanacağı ele alınmıştır. Bu bağlamda son olarak, pay devri şeklinde yapılan işletme devirlerinde *(share deal)* satıcının ayıptan sorumluluğunun kapsamı özel olarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Pay Satış Sözleşmesi, Birleşme ve Devralmalar, Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 27.07.2021. Makale Kabul Tarihi: 08.11.2021.

(**) Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı, Satış Sözleşmeleri dersi kapsamında hazırlanmıştır. Değerli eleştirileri ve önerileriyle çalışmaya katkı sağlayan Saygıdeğer Hocam Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN'a teşekkürlerimi sunarım.

(***) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Öğrencisi (ORCID no: 0000-0001-5162-7012; *aka.beyza@gmail.com*).

THE APPLICABILITY OF THE PRIOVISIONS OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS CONCERNING THE SELLER'S LIABLITY FOR DISPOSSESSION AND DEFECTS TO SHARE PURCHASE AGREEMENTS IN JOINT-STOCK COMPANIES

Abstract: The provisions of the Turkish Code of Obligations regarding the sales contract are based on the chattel sale and the sale of real property. Yet it is accepted that the rights without physical substance may also be subject to a sales contract, as long as they have pecuniary and transferable character. In this context, the contracts where the seller undertakes the transfer of property of joint-stock shares to the buyer, and the buyer undertakes to pay an amount of money to the seller, are also qualified as sales contracts under the Turkish Code of Obligations. Since the Turkish Code of Obligations does not contain any special provisions on the purchase of rights, the provisions regarding the chattel sale apply to share purchase agreements to the extent that their nature is compatible with those provisions. In this study, firstly, the general characteristics of share purchase agreements are set forth. Afterward, it is dealt with how and to which extent the provisions concerning the seller's liability for dispossession and defects can apply to share purchase agreements. Finally, in this context, the scope of the seller's liability in case of a share deal is distinctively discussed.

Keywords: Share Purchase Agreement, Mergers and Acquisitions, Seller's Liability for Dispossession, Seller's Liability for Defects, Turkish Code of Obligations.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu her ne kadar satış sözleşmesini taşınır ve taşınmaz eşya satışlarını temel alarak düzenlemiş olsa da satış sözleşmesine konu olabilecek malvarlığı değerleri bunlarla sınırlı değildir. Devri mümkün olduğu sürece, para ile değerlendirilebilen alacak hakkı, fikri mülkiyet hakkı, ticari işletme gibi diğer hakların da satış sözleşmesine konu olması mümkündür. Satıcının anonim şirket paylarının mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcının da bunun karşılığında bir miktar parayı satıcıya ödemeyi üstlendiği anonim şirket pay satış sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda genel olarak hak satışına, özel olarak da pay satışına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, eşya satışına ilişkin hükümlerin

bu sözleşmelere nasıl ve hangi ölçüde uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun kendisini özellikle, satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin anonim şirket pay satışına da uygulanıp uygulanmayacağı hususunda göstermektedir.

Bu çalışmada ilk olarak, anonim şirket pay satış sözleşmesinin genel özellikleri, konusu, hukuki niteliği ve şekli ortaya konularak pay satış sözleşmesine hangi hükümlerin uygulanacağı belirlenecektir. Ardından anonim şirket paylarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanabileceği de göz önünde bulundurularak, Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin anonim şirket pay satışına uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap aranacaktır. Çalışmada son olarak, anonim şirket pay satışında nelerin ayıp olarak nitelendirilebileceği ve satıcının ayıptan sorumluluğunun hangi şartlar altında söz konusu olabileceği üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda özellikle, anonim şirket üzerindeki kontrolün alıcıya geçmesini sağlayan pay satışlarının *(share deal)* dolaylı işletme satışı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve satıcının payları satış sözleşmesine konu olan anonim şirkete ait malvarlığı ve işletmenin ayıplı olmasından dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılacaktır. Anonim şirket pay satışında satıcının zapttan veya ayıptan sorumlu tutulması durumunda, alıcının satıcıya karşı hangi haklarını kullanabileceği ise çalışmanın kapsamı dışındadır.

I. ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Borçlandırıcı İşlem Niteliği Taşıması

Hukuki işlemler, malvarlığı üzerinde yaptıkları etkiye göre, eksiltici işlem ve kazandırıcı işlem olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan kazandırıcı işlemler arasındaki en temel ayrımı, "borçlandırıcı işlem" ve "tasarruf işlemi" arasındaki ayrım oluşturmaktadır[1]. Kısaca tanımlanacak olursa, borçlandırıcı işlem, işlemi yapan kişinin malvarlığının pasif kısmını artıran[2]; tasarruf işlemi ise işlemde bulunan kişinin aktif kısmını azaltan

---

1 SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku,** 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2014, s. 321-322; VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı,** On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 46-47.

2 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 179; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 323; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 50.

hukuki işlemdir[3]. Borçlandırıcı işlem ile bu işlemin ifasına yönelik tasarruf işlemi arasındaki bu ayrım, kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanmış olsun veya olmasın, anonim şirket pay devirleri için de geçerlidir[4]. Buna göre anonim şirket pay devri; satış, mal değişim veya bağışlama gibi mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşme niteliği taşıyan borçlandırıcı işlem ile payın mülkiyetinin devralana geçmesini sağlayan tasarruf işlemi aşamalarından oluşmaktadır[5].

İşte anonim şirket pay satış sözleşmesi *(share purchase agreement)* ile pay devrinin hukuki sebebini oluşturan ve satıcıyı sözleşme konusu payların mülkiyetini alıcıya devretme borcu, alıcıyı da kararlaştırılan bedeli satıcıya ödeme borcu altına sokan borçlandırıcı işlem kastedilmektedir[6]. Uygulamada kimi zaman bu sözleşmeler için hatalı olarak "pay (hisse) devir sözleşmesi" kavramı kullanılsa da aslında bu kavram, payın alıcıya devrini sağlayan tasarruf işlemini ifade etmektedir[7]. Oysa pay satış sözleşmesi ile sözleşme konusu anonim şirket payları henüz alıcının malvarlığına geçmemekte, satıcı pay sahibi sıfatını taşımaya devam etmektedir[8]. Pay sahipliği sıfatının el değiştirmesi için ise uygulamada *closing* terimi ile ifade edilen[9] ve payın türüne ve senede bağlanmış olup olmamasına göre farklı şekillerde gerçekleştirilen payların mülkiyetinin devrine yönelik tasarruf işleminin yapılması gerekmektedir.

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Anonim şirket pay satış sözleşmesi ile satıcı, sözleşme konusu payların mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcı ise payların satış bedelini satıcıya öde-

---

3 SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 323; EREN, Borçlar Genel, s. 181; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 53.

4 AKA Beyza, **Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki Hukuki İşlemler,** Aristo, İstanbul, 2021, s. 89.

5 PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III,** 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 2044; PASLI Ali, **Anonim Ortaklığın Devralınması,** Vedat, İstanbul, 2009, s. 205.

6 AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim,** On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 244; TÜRKYILMAZ İsmail, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 66; AKA, s. 117.

7 AYOĞLU, s. 244.

8 AKA, s. 117.

9 BUZ Vedat, "Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekefful Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu", **Batider,** C. XXXV, S. 3, 2019, s. 72, dn. 18; AYOĞLU, s. 245, dn. 539; TÜRKYILMAZ, s. 66.

meyi üstlenmektedir[10]. Bu sözleşmede her iki taraf da borç altına girmekte ve tarafların payın mülkiyetini devretme ile satış bedeli olarak bir miktar parayı ödeme borçları bir değişim ilişkisi içinde, birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Bu açıdan tüm satış sözleşmeleri gibi, anonim şirket pay satış sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen *(synallagmatique)* bir sözleşme niteliği taşımaktadır[11]. Bu ilişkide satıcı ve alıcı, aynı anda hem alacaklı (satıcı bedel, alıcı da satılan paylar bakımından) hem de borçlu (satıcı satılan paylar, alıcı da bedel bakımından) sıfatlarını taşımaktadırlar[12].

Anonim şirket pay satış sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşımasının sonucu olarak, ödemezlik def'i (TBK m.97), ifa güçsüzlüğü def'i (TBK m.98), temerrüde ilişkin TBK m.123-125 hükümleri ile borçluya yüklenemeyen sonraki imkânsızlık (TBK m.136) düzenlemesi, bu sözleşme açısından da uygulama alanı bulacaktır[13].

3. Rızaî Sözleşme Olması

Anonim şirket pay satış sözleşmesi, payın senede bağlanmış olup olmamasından bağımsız olarak, rızaî sözleşme niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla anonim şirket pay satış sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların şirket payı ile paranın değiştirilmesi konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı yeterlidir. Ayrıca anonim şirket payının alıcıya geçirilmesine, pay senede bağlanmışsa pay senedinin alıcıya teslimine gerek yoktur[14].

Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında, nama veya hamiline yazılı pay senedinin mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeleri, pay senedinin zilyetliği devredilmediği gerekçesiyle geçersiz saymakta ve alıcının bu sözleşmelere dayanarak pay senedinin kendisine devri için eda davası açamayacağına hükmetmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.1978 ta-

---

10 AYOĞLU, s. 244; TÜRKYILMAZ, s. 64.

11 ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,** 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 70; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 55; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 28; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 16. Bası, Turhan, Ankara, 2016, s. 32; AYOĞLU, s. 244; TÜRKYILMAZ, s. 64.

12 YAVUZ, Borçlar Özel, s. 55; AYOĞLU, s. 244; TÜRKYILMAZ, s. 64.

13 EREN, Borçlar Özel, s. 28; TÜRKYILMAZ, s. 64.

14 ARAL / AYRANCI, s. 70; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 53; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 32-33; PULAŞLI, s. 2046-2047.

rihli bir kararına[15] konu olan olayda, nama yazılı pay senetlerinin satışına ilişkin bir sözleşme kurulmuş ancak pay senetlerinin zilyetliği henüz alıcıya devredilmemiştir. Bu kararda Yargıtay, nama yazılı pay senetlerinin ciro ve zilyetliğin devri yoluyla devredilebileceğinden hareketle, yapılan pay satış sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.05.1993 tarihli bir kararında[16], hamiline yazılı pay senetlerinin zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebileceğini belirtmiş ve davacının, yazılı bile olsa yapılan devir taahhüdüne dayanarak hamiline yazılı pay senetlerinin kendisine teslimini talep edemeyeceği sonucuna varmıştır.

Her iki kararda da Yargıtay, anonim şirket pay senetlerini konu edinen satış sözleşmelerinin senet zilyetliği devredilmedikçe geçerli olmadığına hükmederek bu sözleşmelerin rızaî değil, real sözleşme olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay'ın görüşüne göre, pay senedi satış sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların bu konudaki anlaşması yeterli olmamakta, ayrıca pay senedinin zilyetliğinin alıcıya devredilmesi gerekmektedir. Söz konusu kararlar incelendiğinde, Yargıtay'ın bu görüşünü, kıymetli evrakın devri için senet üzerindeki zilyetliğin devrinin zorunlu olduğunu belirten TTK m.647 (eTTK m.559) hükmüne dayandırdığı görülmektedir. Oysa bu hüküm, borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan satış sözleşmesine ilişkin değil, kıymetli evrakın mülkiyetinin devralana geçmesini sağlayan tasarruf işlemine ilişkin bir düzenlemedir[17]. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.06.1981 tarihli başka bir kararında[18], hamiline yazılı pay senedini devir taahhüdü içeren sözleşmelerin geçerli olduğunu belirtmiş ve satıcının borcunu yerine getirmemesi durumunda, alıcının hamiline yazılı pay senetlerinin kendisine devri için dava açabileceğine haklı olarak hükmetmiştir.

II. ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Yukarıda ifade edildiği üzere, anonim şirket pay satış sözleşmesi, satıcının sözleşme konusu payların mülkiyetinin alıcıya devrini, alıcının ise pay-

---

15 Yargıtay HGK., 22.11.1978, E. 1977/11-922, K. 1978/978, (www.kazanci.com). Kararın detaylı bir incelemesi için bkz. KARAYALÇIN Yaşar, "Pay Senediyle İlgili Satış Sözleşmesinin Geçerli Olması İçin Senedin Teslimi Gerekir Mi?", **Batider,** C. X, S. 3, 1980, s. 761-768.

16 Yargıtay 11. HD., 07.05.1993, E. 1993/2006, K. 1993/3255, (ERİŞ Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku,** Seçkin, Ankara, 1995, s. 671.).

17 KARAYALÇIN, s. 464-466; AKA, s. 117.

18 Yargıtay 11. HD., 30.06.1981, E. 1981/2876, K. 1981/3363, (www.kazanci.com).

ların satış bedelini satıcıya ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu satış sözleşmesinde sözleşmenin konusu, yani "satılan", anonim şirket payıdır[19]. Doktrinde belirtildiği üzere, anonim şirketlerde pay kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda üç farklı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Buna göre pay kavramı, anonim şirket esas sermayesinin bir parçasını, pay sahipliği mevkiini (ve buna bağlı hak ve borçları) ve payın bağlandığı pay senedini ifade etmektedir[20].

Bu çerçevede ilk olarak pay kavramı, anonim şirketi "sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan ... şirket" olarak tanımlayan TTK m.329/1 hükmünden hareketle, esas sermayenin belirli sayıda itibari değere bölünmüş bir parçasını ifade etmek için kullanılmaktadır[21].

İkinci olarak pay, pay sahibinin kişiliğinden bağımsız olarak oluşan pay sahipliği mevkiini ifade etmektedir. Pay sahipliği hakları ve borçlar da pay sahibinin şahsına değil, paya bağlı olduğundan, payın devri ile birlikte devralan, pay sahipliği mevkiini elde etmekte ve buna bağlı hak ve borçlar da devralana geçmektedir[22]. Anonim şirket pay satışı da esas olarak bu pay sahipliği mevkii ve ona bağlı ortaklık haklarının alıcıya devredilmesi amacını taşımaktadır[23]. Bu çerçevede pay satış sözleşmesinde satılan "pay" ile kastedilen, ortaklık hakkıdır[24].

---

19 TÜRKYILMAZ, s. 9.

20 Pay kavramı hakkında bkz. BAUDENBACHER Carl, **Basler Kommentar, Obligationenrecht II,** (Hrsg.: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf), 5. Auflage, Helbing Lichterhahn, Basel, 2016, Art. 620 OR, N. 20-23; MEIER-HAYOZ Arthur / FORSTMOSER Peter, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht,** 10. Auflage, Stämpfli, Bern, 2007, s. 419 vd.; BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku,** 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013, s. 470 vd.; TAŞDELEN Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması,** Vedat, İstanbul, 2005, s. 6 vd.; AKA, s. 1 vd. Buna karşılık bazı yazarlar pay kavramını üç değil, dört farklı anlamda ele almaktadır (bkz. TEKİNALP Ünal (POROY Reha / ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku I,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 615-616; SEVİ Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri,** 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 29 vd.; TÜRKYILMAZ, s. 9 vd.). Bu farklılığın nedeni, payı üç farklı anlamda ele alan yazarların "pay sahipliği haklarının ve borçların kaynağı olarak pay"ı, "pay sahipliği mevkii olarak pay" ile birlikte değerlendirmeleridir.

21 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 616; TAŞDELEN, s. 7; SEVİ, s. 31; TÜRKYILMAZ, s. 10; AKA, s. 2.

22 TEKİNALP Ünal (POROY Reha / ÇAMOĞLU Ersin), **Ortaklıklar Hukuku II,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 122; TÜRKYILMAZ, s. 10; AKA, s. 4.

23 BALDI Peter, **Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft,** Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1975, s. 51.

Son olarak pay kavramı, payın bağlandığı kıymetli evrak niteliği taşıyan senetleri, yani pay senetlerini ifade edecek şekilde de kullanılmaktadır[25]. Bilindiği üzere paylarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanabilir olması, anonim şirketin karakteristik özelliklerinden biridir[26]. TTK m.481/1 hükmü uyarınca pay senetleri, hamiline veya nama yazılı olabilir. Hamiline yazılı pay senetleri gerçek anlamda hamiline yazılı kıymetli evrak niteliği taşımaktadır[27]. Dolayısıyla kıymetli evrak hukukuna ve hamiline yazılı senetlere ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, hamiline yazılı pay senetlerine de uygulanır[28]. Nama yazılı pay senetleri ise her ne kadar adında "nama" ifadesi geçse de, doktrinde hâkim olan görüşe göre, nama yazılı kıymetli evrak değil, kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliği taşımaktadır[29]. Ancak belirtmek

---

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, anonim şirket üzerindeki kontrolün alıcıya geçmesi sonucunu doğuran pay satışlarında tarafların yalnızca ortaklık hakkının değil, anonim şirkete ait işletmenin de alıcıya devredilmesini amaçladıklarını, dolayısıyla şirkete ait işletmenin de satış sözleşmesinin konusunu oluşturduğunu ifade etmektedirler (Bu görüşte bkz. ESİN İsmail G. / LOKMANHEKİM S. Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar,** Beta, İstanbul, 2003, s. 31; ERNST Wolfgang, "Haftung und Gefahrtragung beim Aktienkauf", **Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag,** Stämpfli, Bern, 2009, s. 94; BÖCKLI Peter, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen", **Mergers & Acquisitions I,** (Hrsg.: TSCHÄNI Rudolf), Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1998, s. 63; SCHENKER Urs, **Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte,** Stämpfli, Bern, 2016, s. 427; VISCHER Markus, "Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen", **SJZ/RSJ 2001/16-17,** s. 362; VISCHER Markus, "Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. (Kläger und Beschwerdeführer) gegen B. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin))", **SZW/RSDA 2003/6,** s. 337.). Bu konuya aşağıda, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin anonim şirket pay satışına uygulanabilirliği bağlamında tekrar değinilecektir.

24 TÜRKYILMAZ, s. 11-12.

25 TÜRKYILMAZ, s. 10; AKA, s. 5.

26 FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, **Schweizerisches Aktienrecht,** Stämpfli, Bern, 1996, s. 545; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 114; AKA, s. 1.

27 SPOERLÉ Philip, **Die Inhaberaktie,** Dike, Zürich / St. Gallen, 2015, s. 33; BAUDENBACHER, BSK-OR II, Art. 622 OR, N. 12; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, s. 546; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), s. 120; BALDI, s. 32; AKA, s. 26.

28 BAUDENACHER, BSK-OR II, Art. 622 OR, N. 6; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, s. 545; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 120; SPOERLÉ, s. 39; AKA, s. 27.

29 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 129; BALDI, s. 32; TAŞDELEN, s. 33. Aksi görüşte bkz. PASLI Ali, "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri", **Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 12 Ekim 2018,** On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 86. Yazara göre, nama yazılı pay senetleri her ne kadar ciro ve zilyetliğin nakli yoluyla devredilse de emre değil, nama yazılı kıymetli evrak niteliği taşımaktadır. Nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. TAŞDELEN, s. 30 vd.

gerekir ki, anonim şirketlerde payın meydana gelmesi için senede bağlanma zorunluluğu yoktur ve senede bağlanmamış (çıplak) anonim şirket payları da her türlü hukuki işleme konu olabilir[30]. Halka açık anonim şirketlere ait paylar ise SerPK m.13 gereğince fiziki olarak pay senetlerine bağlanmamakta ve elektronik ortamda kayden ihraç edilerek Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından izlenmektedir. Bu nedenle halka açık anonim şirketler bakımından "pay senedi olarak pay"dan değil, "kaydi değer olarak pay"dan söz etmek gerekir[31]. Kaydi paylar fiziki olarak senede bağlanmadığından, senede bağlanmamış paylara ilişkin düzenlemeler, bunlara da kıyasen uygulanmaktadır[32].

Satılan payın hamiline veya nama yazılı pay senedine bağlanmış olması durumunda, yalnızca ortaklık hakkı değil, fiziki olarak pay senedi de satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Bu durum doktrinde, "pay satışının çifte karakteri *(Doppelnatur des Aktienkaufs)"* olarak ifade edilmektedir[33]. Ancak payın senede bağlandığı durumlarda dahi satış sözleşmesinin asıl konusunu kıymetli evraktan ziyade, onun temsil ettiği ortaklık hakkının oluşturduğu unutulmamalıdır[34]. Zira anonim şirket payının senede bağlanması, pay sahipliği haklarında bir değişikliğe yol açmamakta ve satış sözleşmesinin tarafları, bu ortaklık hakkının alıcıya devrini amaçlamaktadırlar[35].

III. ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞINA UYGULANACAK HÜKÜMLER

1. Hak Satışı Niteliği Taşıması ve Taşınır Eşya Satışına İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği

Türk Borçlar Kanunu satış sözleşmesini, eşya satışını esas alarak düzenlenmiştir. Ancak satış sözleşmesine konu olabilecek malvarlığı değerleri eş-

---

30 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 617-618; AKA, s. 21-22.

31 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 616; AKA, s. 6.

32 Kaydi anonim şirket paylarının da çıplak paylar gibi senede bağlanmamış pay niteliğinde olduğu yönünde bkz. KARAHAN Sami (Ed.) / ÜNAL Mücahit, **Şirketler Hukuku,** 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2013, s. 725. Senede bağlanmamış paylar gibi, kaydi payların da alacağın temliki hükümleri uyarınca devredileceği yönünde bkz. BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku,** 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 324; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 545; TAŞDELEN, s. 195.

33 BALDI, s. 51.

34 SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** 3. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 144; BALDI, s. 51; AYOĞLU, s. 247-248; TAŞDELEN, s. 111-112; TÜRKYILMAZ, s. 12.

35 TÜRKYILMAZ, s. 13.

yadan ibaret değildir. Para ile ölçülebilir ve devri mümkün her türlü alacak ve diğer haklar, bu arada senede bağlanmış olsun veya olmasın anonim şirket payları[36] da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir[37]. Satıcının anonim şirket paylarının mülkiyetini devretmeyi, buna karşılık da alıcının satıcıya bir bedel ödemeyi üstlendiği anonim şirket pay satış sözleşmesi de hukuken satış sözleşmesi niteliği taşımaktadır[38]. Ancak burada bir mal satışı değil, hak satışı söz konusudur[39]. Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler"i arasında yer alan ve alacak satımına ilişkin kurallar getiren birkaç düzenleme (TBK m.191 vd.) dışında hak satışına ilişkin Kanun'da herhangi bir hüküm yer almaması karşısında[40], genel olarak hak satışına, özel olarak da anonim şirket pay satışına hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmesine ilişkin hükümler, taşınır ve taşınmaz eşya ayrımına dayanmaktadır[41]. Nitekim satış sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin (TBK m.207-298) hemen ardından, taşınır (TBK m.209-236) ve taşınmaz satışları (TBK m.237-246) özel olarak düzenlenmiştir. TBK m.209/1 hükmünde taşınır satışı, "Türk Medenî Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışı" olarak tanımlanmıştır. Bu ifade, maddi varlığı olmamakla birlikte, devredilebilen ve para ile değerlendirilebilen hakların satışının da "taşınır satışı" kapsamında değerlendirilmesine olanak tanımaktadır[42]. Nitekim doktrinde, taşınır satışı hükümlerinin hak satışına da uygulanacağı ifade edilmektedir[43]. Ancak Türk Borçlar Kanunu, taşınır satışı sözleşmesine iliş-

---

36 Anonim şirketler hukukunda payın devredilebilirliği ilkesi hakkında bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626.

37 TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1,** Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkıbasım, Vedat, İstanbul, 2008, s. 102; SEROZAN, s. 135-136; AYOĞLU, s. 246; TAŞDELEN, s. 111.

38 BUZ, s. 69; TÜRKYILMAZ, s. 63.

39 BUZ, s. 69.

40 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 123.

41 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 137; EREN, Borçlar Özel, s. 40.

42 KOLLER Alfred, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I,** (Hrsg.: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang), 6. Auflage, Helbing Lichterhahn, Basel, 2015, Art. 187 OR, N. 3; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I,** 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2013, s. 28; AYOĞLU, s. 245-246; TÜRKYILMAZ, s. 80.

43 KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** (Hrsg.: KREN KOSTKIEWICZ Jolanta / WOLF Stephan / AMSTUTZ Marc / FANKHAUSER Roland), 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2016, Art. 187 OR, N. 3-4; TANDOĞAN, s. 101-102; ARAL / AYRANCI, s. 80; EREN, Borçlar Özel, s. 58.

kin hükümleri düzenlerken maddi varlığı olan taşınır eşyayı esas aldığından[44], bu hükümlerin hak satışına doğrudan değil, "işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde" uygulanması gerekmektedir[45]. Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak hak satışına ilişkin özel bir düzenlemeye yer veren Alman Medenî Kanunu'nda *(Bürgerliches Gesetzbuch)* da hak satışına, "uygun düştüğü ölçüde" eşya satışına ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir (§453 Abs.1 BGB).

Belirtmek gerekir ki, anonim şirket payının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanmış olması, pay satışının bir hak satışı olma niteliğini değiştirmeyecektir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, anonim şirket payı senede bağlanmış olsa da satış sözleşmesinin asıl konusunu maddi varlığı olan senet değil, o senedin temsil ettiği ortaklık hakkı oluşturmaktadır[46]. Bu nedenle hamiline veya nama yazılı pay senetlerinin satışına da taşınır satışına ilişkin hükümler ancak kıyasen uygulanabilecektir[47]. Ancak payın senede bağlanmış olması durumunda, kıymetli evrakın kendisi de temsil ettiği hak ile birlikte satış sözleşmesinin konusunu oluşturacağından, satıcı sadece ortaklık hakkındaki değil, senetteki ayıplardan da sorumlu olacaktır[48]. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere, anonim şirket payının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanması, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını daraltmaktadır[49].

2. Senede Bağlanmamış Payların Satışının Alacak Satışı Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu

Senede bağlanmamış payların devrine alacağın temliki hükümlerinin kıyasen uygulanacak olması karşısında[50], senede bağlanmamış anonim şirket

---

44 NOMER Haluk Nami / ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1: Satış Sözleşmesi,** 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2015, s. 95; AYOĞLU, s. 247.

45 YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu,** Beta, İstanbul, 1989, s. 28; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 141; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 84; NOMER / ENGİN, s. 95; AYOĞLU, s. 247; TÜRKYILMAZ, s. 83.

46 BALDI, s. 51; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 144; AYOĞLU, s. 247-248; TAŞDELEN, s. 111-112; TÜRKYILMAZ, s. 83.

47 AYOĞLU, s. 248; TÜRKYILMAZ, s. 83.

48 BALDI, s. 52.

49 Bkz. V, 2.

50 Bkz. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER, s. 474; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, s. 570-571; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 618; AYOĞLU, s. 259; PASLI, Pay Devri, s. 79-80; TAŞDELEN, s. 115; SEVİ, s. 344; TÜRKYILMAZ, s. 73.

paylarının satışının, hak satışının özel bir türü olan "alacak satışı"[51] olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği üzerinde de durulması gerekmektedir. Zira anonim şirket pay satışının alacak satışı olarak nitelendirilmesi durumunda, satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.214 vd. ile TBK m.219 vd. hükümleri değil, alacağı ivazlı temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin TBK m.191 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yalnızca zaptı ve ayıbı değil, baştan objektif imkânsızlık da dahil olmak üzere akla gelebilecek her tür ifa engelini kapsayan TBK m.191 düzenlemesinin gerekçesi, maddi varlığa sahip eşyadan farklı olarak, alıcının satış sözleşmesine konu olan alacağın durumunu ve gerçekten mevcut olup olmadığını önceden kolayca tespit edemeyecek olmasıdır[52]. Alacak hakları gibi, senede bağlanmamış payların da maddi varlığının bulunmaması karşısında, bu gerekçenin senede bağlanmamış payların satışı için de geçerli olduğu ve TBK m.191 hükmünün bunlara da kıyasen uygulanması gerektiği akla gelebilir[53]. Nitekim doktrinde *Gümüş*[54], senede bağlanmamış anonim şirket paylarının satışında satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin eBK m.194 vd. (TBK m.219 vd.) hükümlerinin değil, eBK m.169 (TBK m.191) hükmünün uygulanacağı görüşündedir.

Kanaatimizce senede bağlanmamış anonim şirket paylarının satışının "alacak satışı" olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira *Baldi*'nin[55] belirttiği üzere, alacak satışından farklı olarak, senede bağlanmamış anonim şirket pay satış sözleşmesinin ifasıyla alıcı yalnızca bir alacak hakkı elde etmemekte, bütün hak ve borçlarıyla pay sahipliği mevkiini devralarak önceki pay sahibinin yerine geçmektedir. Anonim şirketin ve ona ait payların ticaret siciline tescil ve ilan edildiği göz önünde bulundurulduğunda (TTK m.354), alacak satışından farklı olarak alıcının satış konusu çıplak payın gerçekte mevcut olup olmadığını tespit edememesi riski söz konusu değildir. Ayrıca anonim şirket paylarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanmasının hakların miktarı, içeriği ve sınırları üzerinde bir etkisinin bulunmadığı, yalnızca payın mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işleminin yapılmasında bir kolaylık sağladığı düşünüldüğünde[56], senede bağlanmış paylara ilişkin satış

---

51 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 141 vd.

52 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 187.

53 TÜRKYILMAZ, s. 116, dn. 538.

54 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1,** Vedat, İstanbul, 2008, s. 132.

55 BALDI, s. 61-62.

56 Bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 114-115.

sözleşmeleri ile senede bağlanmamış payları konu alan satış sözleşmelerini farklı hükümlere tabi tutmanın haklı bir gerekçesi yoktur. Sonuç olarak, senede bağlanmamış payların devrine ilişkin tasarruf işlemine alacağın temliki hükümleri uygulansa dahi, senede bağlanmış payların satışında olduğu gibi, bu paylara ilişkin satış sözleşmelerine de TBK m.191 hükmü değil, taşınır satışında satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğuna ilişkin daha genel nitelik taşıyan TBK m.214 vd. ile TBK m.219 vd. hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Nitekim doktrinde çoğunluk görüşü[57], senede bağlanmamış payları konu edinse dahi anonim şirket pay satış sözleşmelerine alacak satışına ilişkin özel garanti sorumluluğunun değil, satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanması gerektiği yönündedir.

IV. ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

1. Senede Bağlanmış Paylar Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere, anonim şirket pay satış sözleşmesinin konusunu anonim şirket payı ve ona bağlı ortaklık hakkı oluşturmaktadır. Anonim şirket payları, TTK m.481/1 gereğince hamiline veya nama yazılı pay senetlerine bağlanabileceği gibi, senede bağlanmamış (çıplak) pay şeklinde de olabilir. Bunun dışında anonim şirket payları için pay senedi çıkarılana kadar geçici olarak ilmühaber çıkarılması da mümkündür (TTK m.486/2). Halka açık anonim şirketlere ait paylar ise SerPK m.13 gereğince fiziki olarak senede bağlanmamakta ve Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenmektedir. Görüldüğü üzere, satış sözleşmesine konu olabilecek anonim şirket payları, hamiline yazılı pay senedi, nama yazılı pay senedi, senede bağlanmamış pay, ilmühaberler ve kaydi pay olmak üzere beş farklı şekilde olabilir[58].

---

[57] Satıcının zapttan sorumluluğu bakımından bkz. VISCHER Markus, "Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf", **SJZ/RSJ 2005/10,** s. 234; TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob / WOLF Mathias, **M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht,** 2. Auflage, Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2013, s. 184-185; BALDI, s. 62-63; PASLI, Devralınma, s. 278-279. Satıcının ayıptan sorumluluğu bakımından bu yönde bkz. VISCHER, Qualifikation, s. 338; VISCHER, Rechtsgewährleistung, s. 234.

[58] Pay senetlerindeki hamiline yazılı ve nama yazılı şeklindeki ayrımın senede bağlanmamış paylar için de yapılması gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır (Senede bağlanmamış payın türüyle ilgili tartışmalar için bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 623; AKA, s. 23 vd.) Kanaatimizce senede bağlanmamış paylar için de hamiline yazılı ve nama yazılı ayrımı yapılması gerekmekteyse de bu ayrım esasında esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin bu paylara uygulanıp uygulanamayacağının tespiti açısından önemlidir. Anonim şirket payının devri bakımından ise nama ve hamiline yazılı çıplak paylar aynı hükümlere tabi olduğundan (TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 624.), senede bağlanmamış payın türüne ilişkin tartışmalar, çalışmamız açısından önem taşımamaktadır.

Hamiline ve nama yazılı pay senetlerinin devri, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre hamiline yazılı kıymetli evrak niteliği taşıyan hamiline yazılı pay senetlerinin devredilebilmesi için senedin zilyetliğinin mülkiyetin nakli amacıyla devralana geçirilmesi gerekli ve yeterlidir (TTK m.489; TTK m.647/1)[59]. Devrin TTK m.489/1 uyarınca Merkezi Kayıt Kuruluşuna bildirilmesi ise sadece açıklayıcı nitelik taşımaktadır[60]. Nama yazılı pay senetleri[61] ve kıyasen nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümlere tabi tutulan ilmühaberlerin (TTK m.486/2) devri için ise zilyetliğin devrine ek olarak ciro veya alacağın temliki[62] işleminin de yapılması gerekmektedir (TTK m.490/2)[63]. Belirtmek gerekir ki hamiline yazılı ve nama yazılı pay senetlerinin devrinin şekline ilişkin Kanun'daki bu düzenlemeler, borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan pay satış sözleşmesine değil, bu sözleşmenin ifa aşamasına, yani tasarruf işlemine ilişkindir[64].

Hamiline ve nama yazılı pay senetlerinin devrini sağlayan tasarruf işlemine ilişkin düzenlemeler getiren Türk Ticaret Kanunu, borçlandırıcı işlem niteliği taşıyan pay satış sözleşmesinin şekline ilişkin ise herhangi bir düzenleme getirmemiştir[65]. Hak satışlarına, dolayısıyla anonim şirket pay satışlarına kıyasen uygulanan Türk Borçlar Kanunu'nun taşınır satışına ilişkin hükümlerinde de taşınır satışının geçerliliğini genel olarak şekle tabi kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[66]. Bu durum karşısında, TBK m.12/1 gereğince sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı olmadığı dikkate alındığında, anonim şirket pay satış sözleşmele-

---

59 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 120-121; AYOĞLU, s. 259; TAŞDELEN, s. 169; SEVİ, s. 209; AKA, s. 118.

60 AKA, s. 135.

61 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 130; AYOĞLU, s. 259; SEVİ, s. 240; TÜRKYILMAZ, s. 72.

62 Nama yazılı pay senetlerinin ve ilmühaberlerin ciro yerine alacağın temliki hükümleri uyarınca yazılı devir beyanı ile de devredilebileceği doktrinde ve uygulamada genel olarak kabul görmektedir (bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 132-133; PULAŞLI, s. 2040; BAHTİYAR, s. 329; AYOĞLU, s. 259; KARAHAN / ÜNAL, s. 720-721; SEVİ, s. 257-258; Yargıtay HGK., 22.11.1978, E. 1977/11-922, K. 1978/978 (www.kazanci.com); Yargıtay 11. HD., 04.12.1981, E. 1981/4965, K. 1981/5248 (ERİŞ, s. 667.).). Aksi görüşte bkz. ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku,** 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 617; TAŞDELEN, s. 126.

63 SEVİ, s. 342; TÜRKYILMAZ, s. 72; AKA, s. 138.

64 AYOĞLU, s. 258-259.

65 AYOĞLU, s. 259; SEVİ, s 202.

66 TÜRKYILMAZ, s. 68.

rinin de herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır[67].

Bununla birlikte taşınır satışı sözleşmesinin özel bir türü olan taksitle satış sözleşmesinin TBK m.253/2 hükmü uyarınca yazılı şekle tabi tutulduğu görülmektedir. Bu düzenleme karşısında, anonim şirket pay satışlarının söz konusu hükmün kapsamına girip giremeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Taksitle satış sözleşmesi, TTK m.253/1 hükmünde, "satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satış" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, taksitle satış sözleşmesinin konusunu ancak bir taşınır eşya oluşturabilir[68]. Senede bağlanmış payların satışı da dahil olmak üzere, anonim şirket pay satışının hak satışı niteliği taşıması karşısında, anonim şirket payının taksitle satış sözleşmesine konu olup olamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre[69], taksitle satış sözleşmesinin konusunu yalnızca taşınır eşya oluşturabileceğinden, maddi varlığı olmayan haklar taksitle satış sözleşmesine konu olamaz. Pay senede bağlanmış olsa dahi anonim şirket pay satış sözleşmesinin asıl konusunu senet değil, maddi varlığı olmayan ortaklık hakkı oluşturduğundan, bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, anonim şirket paylarının taksitle satış sözleşmesine konu olamayacağı sonucuna varılabilir. Ancak kanaatimizce taşınır satışına ilişkin hükümler kıyasen hak satışına da uygulandığından, senede bağlanmış olsun veya olmasın anonim şirket payları taksitle satış sözleşmesine konu olabilir. Nitekim doktrindeki hâkim görüş de[70] taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen hakların taksitle satış sözleşmesine konu olabileceği yönündedir.

Ne var ki anonim şirket paylarının taksitle satış sözleşmesine konu olması, söz konusu sözleşmelerin geçerliliğinin her zaman TBK m.253/2

---

67 AYOĞLU, s. 260; PASLI, Devralınma, s. 205, dn. 266; SEVİ, s. 202; TÜRKYILMAZ, s. 68.

68 DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Taksitle Satım" Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler", **Legal Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 98, Şubat 2011, s. 527; ERGÜNE Mehmet Serkan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** Filiz, İstanbul, 2013, s. 518; EREN, Borçlar Özel, s. 243; GÜMÜŞ, 2013, s. 149.

69 GÜMÜŞ, 2013, s. 149.

70 YAVUZ, Borçlar Özel, s. 278; EREN, Borçlar Özel, s. 243; ERGÜNE, s. 519. *Eren,* taksitle satış sözleşmesine konu olabilecek haklar arasında anonim şirketlere ait pay senetlerini açıkça zikretmektedir (EREN, Borçlar Özel, s. 243.)

hükmündeki yazılı şekil şartına tabi olduğu anlamına gelmemektedir. Zira TBK m.263/4 gereğince alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da mesleki amaçlarla satın alınması durumunda, taksitle satış sözleşmesinin şekline ilişkin hüküm uygulanmayacaktır. Bu düzenlemeler karşısında, satış bedelinin payın mülkiyetinin alıcıya devrinden sonra kısım kısım ödendiği anonim şirket pay satış sözleşmelerinin, alıcının gerçek kişi olması ve payları ticari faaliyeti kapsamında değil, kişisel yatırım amacıyla satın alması şartıyla, TBK m.253/2 hükmü gereği yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Buna karşılık alıcının payları ticari faaliyeti kapsamında edinmesi veya tüzel kişi tacir olması durumunda, taksitle pay satış sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir.

2. Senede Bağlanmamış Paylar Bakımından

Hamiline ve nama yazılı pay senetlerinden farklı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda senede bağlanmamış payların nasıl devredileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte senede bağlanmamış payların, alacağın temliki (devri) hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle devredilebileceği doktrinde[71] ve yargı kararlarında[72] tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Buna göre, senede bağlanmamış payın devrini sağlayan tasarruf işleminin geçerliliği TBK m.184/1 uyarınca yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır[73].

Alacağın temliki işleminin hukuki sebebini oluşturan ve "alacağın temliki (devri) vaadi *(pactum de cedendo)*" olarak adlandırılan sözleşmenin geçerliliği ise TBK m.184/2 gereği kural olarak şekle tabi değildir[74]. Belirtmek gerekir ki, alacağın temliki vaadi kendi başına ayrı bir sözleşme tipi

---

[71] MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 474; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 570-571; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 618; PULAŞLI, s. 2052; ŞENER, s. 615; BAHTİYAR, s. 326; AYOĞLU, s. 259; PASLI, Devralınma, s. 206; TAŞDELEN, s. 115; SEVİ, s. 344; SPOERLÉ, s. 244; TÜRKYILMAZ, s. 73.

[72] "*Anonim ortaklığın çıplak paylarının devri konusunda TTK bünyesinde bir hüküm bulunmamaktadır. Payın devredilebilirliği ilkesi uyarınca, çıplak payın da senede bağlanmış paylar gibi serbestçe devredilebileceği hususunda görüş birliği mevcuttur. Ancak payın serbestçe devredilebilirliğine getirilen kanuni ve iradi sınırlamalar kuşkusuz çıplak pay için de geçerlidir. Çıplak payın devri genel hükümler doğrultusunda yapılır. Uygulanacak hükümler payın bedelinin tamamen ödenmiş olup olmadığı hususuna göre değişir. Bedelinin tamamı ödenmiş çıplak payın genel hüküm niteliğindeki alacağın temliki hükümlerine göre gerçekleşir. Alacağın temliki tasarrufi bir işlem olduğu için, bununla çıplak pay devralana geçer.*" (Yargıtay 11. HD., 12.11.2019, E. 2018/1486, K. 2019/7096 (www.kazanci.com)); Yargıtay 11. HD., 13.02.2001, E. 2001/765, K. 2001/1011 (www.kazanci.com).

[73] AYOĞLU, s. 259; TAŞDELEN, s. 115-116; SEVİ, s. 344; AKA, s. 103.

[74] TÜRKYILMAZ, s. 73-74; AKA, s. 102.

teşkil etmeyip, niteliği itibarıyla bir alacağı konu edinen bir satış veya bağışlama sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır[75]. Alacağın temliki vaadinin geçerliliğinin şekle bağlı olup olmadığı da işte bu sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenmektedir[76]. Senede bağlanmamış anonim şirket paylarının devri bağlamında alacağın temliki işleminin hukuki sebebini, konusu alacak hakkı değil, anonim şirket payı ve ona bağlı ortaklık hakkı olan bir satış sözleşmesi oluşturmaktadır. Anonim şirket pay satış sözleşmesi de yukarıda açıklandığı üzere kural olarak şekle tabi tutulmamıştır. Sonuç olarak, anonim şirket pay satış sözleşmesi, senede bağlanmamış payları konu edinse dahi şekle bağlı değildir[77]. Ancak taksitle satış sözleşmesi bağlamında yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, gerçek kişi alıcının, senede bağlanmamış anonim şirket payını kişisel yatırım amacıyla taksitle satın alması hâlinde sözleşmenin TBK m.253/2 uyarınca yazılı şekilde yapılması gerekir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda kaydi payların satışının ve devrinin hangi şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından ve kaydi paylar da bir tür senede bağlanmamış pay olup[78], alacağın devrine ilişkin hükümler kıyasen kaydi anonim şirket paylarının devrine de uygulandığından[79], aynı sonuca kaydi payları konu edinen satış sözleşmeleri için de ulaşılmalıdır[80].

V. SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞINA UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Genel Olarak

2002 reformu ile birlikte satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğunu aynı sonuçlara bağlayan Alman hukukundan farklı olarak (§434 BGB vd.)[81],

---

75 EREN, Borçlar Genel, s. 1368.

76 Nitekim alacağın temliki vaadi sözleşmesinin ivazsız olması hâlinde bağışlama sözü verme niteliği taşıyacağı ve TBK m.288 gereğince adi yazılı şekilde yapılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir (OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 569; EREN, Borçlar Genel, s. 1369.).

77 TÜRKYILMAZ, s. 73-74.

78 KARAHAN / ÜNAL, s. 725.

79 BAHTİYAR, s. 324; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 545; TAŞDELEN, s. 195.

80 Kaydi anonim şirket paylarına ilişkin satış sözleşmelerinin geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı yönünde bkz. TÜRKYILMAZ, s. 69.

81 Alman Medenî Kanunu'nda *(Bürgerliches Gesetzbuch)* ayıp kavramı *(Sachmangel)* §434 BGB, zapt kavramı *(Rechtsmangel)* ise §435 BGB hükmünde tanımlanmış, ayıp ve zapt durumunda alıcının hakları ise §437 BGB vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

Türk ve İsviçre hukuklarında satıcının ayıptan ve zapttan sorumluluğu ayrı hükümlerde düzenlenmiş ve farklı sonuçlara bağlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 214 vd. hükümlerinde düzenlenen zapt, satılanın tamamının veya bir kısmının, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınması[82] veya alıcının mülkiyet hakkından gereği gibi yararlanamamasıdır[83]. Satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin alıcıya kıyasla özel hukuk kaynaklı üstün bir hakkının bulunması ve bu hakkın satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olması gerekmektedir[84]. Üçüncü kişinin satılan üzerindeki üstün hakkı satış sözleşmesinin kurulmasından sonra elde etmesi durumunda alıcı, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin TBK m.214 vd. hükümlerine değil, borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere (TBK m.112 vd.) başvurmalıdır[85]. Üçüncü kişinin üstün hakkı çoğunlukla mülkiyet hakkı veya sınırlı ayni hak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında tapu kütüğüne şerh verilen şahsi hakların da zaptı sağlayacağı ifade edilmekle birlikte[86], anonim şirket payları taşınmaz eşya niteliği taşımadığından, pay satışı bakımından üçüncü kişinin şahsi hakkının da zaptı sağlayabileceğinden söz edilemez.

Satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler yalnızca taşınır ve TBK m.246 atfıyla taşınmaz eşya satışına değil, hak satışına da uygulanır[87]. Dolayısıyla anonim şirket payının üçüncü kişi tarafından üstün bir hakka dayanılarak alıcının elinden alınması durumunda alıcı, TBK m.214 vd. hükümleri uyarınca satıcıyı sorumlu tutabilir[88]. Bu çerçevede, satış sözleşmesinin kurulmasından önce anonim şirket payının üçüncü bir kişiye devredilmiş olması ve bu nedenle alıcının payın mülkiyetini geçerli bir şekilde kazanamaması (tam zapt, TBK m.217) veya pay üzerinde daha önce sınırlı ayni hak tesis edildiği için payı bu hakla yüklü şekilde elde etmesi (kısmi zapt, TBK

---

82 GÜMÜŞ, 2013, s. 54-55; NOMER / ENGİN, s. 136.

83 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 181-182; NOMER / ENGİN, s. 136.

84 GÜMÜŞ, 2013, s. 55.

85 TANDOĞAN, s. 153; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 180; ARAL / AYRANCI, s. 109-110; NOMER/ENGİN, s. 150.

86 HONSELL Heinrich, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, (Hrsg.: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang), 6. Auflage, Helbing Lichterhahn, Basel, 2015, Art. 192 OR, N. 2; TANDOĞAN, s. 151-152; ARAL / AYRANCI, s. 107; GÜMÜŞ, 2013, s. 55; NOMER / ENGİN, s. 150-151.

87 HONSELL, BSK-OR I, Art. 192 OR, N. 2; GÜMÜŞ, 2013, s. 54; NOMER / ENGİN, s. 137.

88 AYOĞLU, s. 252-253; SEVİ, s. 202.

m.218) hâlinde satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, satıcının zapttan sorumluluğu kural olarak yalnızca satış sözleşmesine konu olan payın alıcının elinden alınmasıyla sınırlıdır. Payları satılan anonim şirkete ait münferit malvarlığı unsurlarının zapta konu olması ise satıcının zapttan sorumluluğunu doğurmaz[89]. Ayrıca anonim şirket paylarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanabildiği ve aşağıda açıklanacağı üzere, iyiniyetle iktisap hükümlerinin zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanını daralttığı, hatta neredeyse ortadan kaldırdığı da unutulmamalıdır[90]. Bu da anonim şirket pay satışlarında satıcının zapttan sorumluluğunun önemini pratikte azaltmaktadır[91].

2. Senede Bağlanmış Paylar Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun 484. maddesi uyarınca anonim şirket payları, hamiline veya nama yazılı pay senetlerine bağlanabilir. Bunlardan hamiline yazılı pay senetleri gerçek anlamda hamiline yazılı kıymetli evrak niteliği taşırken[92], nama yazılı pay senetleri, doktrinde hâkim olan görüşe göre kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliği taşımaktadır[93]. Satış sözleşmesine konu olan hamiline veya nama yazılı pay senedinin üze-

---

89 SCHENKER Urs, "Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag", **Mergers & Acquisitions VI,** (Hrsg.: TSCHÄNI Rudolf), Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2004, s. 144; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 420; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 185; PASLI, Devralınma, s. 279; AYOĞLU, s. 252-253. Anonim şirket paylarının satışının aynı zamanda pay devri şeklinde yapılan işletme devri *(share deal)* olarak nitelendirilebildiği durumlarda, anonim şirkete ait münferit malvarlığı unsurları üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hakkının bulunmasının zapt mı yoksa ayıp olarak mı nitelendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Zapt olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. VISCHER, Rechtsgewährleistung, s. 237. Ayıp olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. ARICI Mehmet Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri,** Vedat, İstanbul, 2008, s. 105; GÜMÜŞ, 2008, s. 133; SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 144; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 420-421; PASLI, Devralınma, s. 279-280. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. FAUST Florian, **Beck'scher Online-Kommentar BGB,** (Hrsg.: HAU Wolfgang / POSECK Roman) 57. Edition, C. H. Beck, München, 2021, §453 BGB, Rn. 30.

90 BALDI, s. 54; SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 145.

91 Taşınır ve taşınmaz eşya bakımından bu yönde bkz. TANDOĞAN, s. 150; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 180; ARAL / AYRANCI, s. 108; EREN, Borçlar Özel, s. 79-80; NOMER / ENGİN, s. 139.

92 BAUDENBACHER, BSK-OR II, Art. 622 OR, N. 12; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, s. 546; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 120; BALDI, s. 32; SPOERLÉ, s. 33; AKA, s. 23.

93 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 129; BALDI, s. 32; TAŞDELEN, s. 33. Aksi görüşte bkz. PASLI, Pay Devri, s. 86. Nama yazılı pay senetlerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. TAŞDELEN, s. 30 vd.

rinde üçüncü bir kişinin mülkiyet, intifa[94] veya rehin hakkı gibi üstün bir hakkının bulunması ve bu hakkın payı senedini devralan alıcıya karşı ileri sürülmesi durumunda, pay senedinin zaptından söz edilebilir. Bu durumda, kıymetli evraktaki hak ve senet birlikteliği ilkesi (TTK m.645) gereği yalnızca pay senedi değil, ona bağlı haklar da alıcının elinden alınmış olmaktadır[95].

Belirtmek gerekir ki, hamiline yazılı ve emre yazılı kıymetli evrak, kamu düzenini haiz kıymetli evrak niteliği taşıdığından[96], devralanın iyiniyeti, pay senetlerinde taşınır eşyaya kıyasla daha geniş ölçüde korunmaktadır. Dolayısıyla alıcı, çoğu zaman anonim şirket payını iyiniyetle iktisap etmekte ve satıcının zapttan sorumluluğu hükümlerine başvurmak zorunda kalmamaktadır[97].

Hamiline yazılı pay senetlerinde devralanın pay senedinin mülkiyetini ve buna bağlı olarak pay sahipliği sıfatını iyiniyetle iktisap edebilmesi için devredendeki tasarruf yetkisi eksikliğini bilmemesi ve kendisinden beklenen özeni gösterse dahi bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir[98]. TMK m.990 gereğince, para ve hamiline yazılı kıymetli evrakı iyiniyetle edinmiş kimseye taşınır davası açılamayacağından, hamiline yazılı pay senedini devralanın iyiniyeti, diğer taşınır eşyaya kıyasla daha geniş ölçüde korunmaktadır. Bu çerçevede hamiline yazılı pay senedi sahibinin elinden rızası dışında çıkmış olsa dahi senedi devralan alıcı, pay senedinin mülkiyetini ve pay sahipliği sıfatını iyiniyetle iktisap edebilmektedir[99]. Yine TTK m.659/3 hükmünde hamiline yazılı senetlerin borçlunun rızası olmaksızın tedavüle çıkarıldığı yönünde bir def'i ileri sürülemeyeceği belirtilerek, hamiline yazılı pay senedini iktisap eden iyiniyetli kişi-

---

94 Pay üzerinde intifa hakkı bulunmasını ekonomik ve hukuki ayıp olarak değerlendiren görüş için bkz. TÜRKYILMAZ, s. 123. Kanaatimizce satılanın sınırlı ayni bir hakla yüklü olmasını kısmi zapt olarak nitelendiren TBK m.218/1 hükmü karşısında, pay üzerinde satış sözleşmesinin akdedilmesinden önce tesis edilmiş bir intifa hakkının bulunması durumunda satıcının ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerine göre değil, zapttan sorumluluğa ilişkin TBK m.214 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulması gerekir. Ancak *Serozan*'ın haklı olarak belirttiği üzere, özellikle kısmi zapt durumunda hukuki ayıp ve zapt kavramları birbiriyle neredeyse çakışmaktadır (SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197.). Kanaatimizce bu sorunu önlemek için Alman hukukunda olduğu gibi, satıcının zapttan ve ayıptan sorumluluğunun aynı çatı altında düzenlenmesi yerinde olacaktır.

95 BALDI, s. 53.

96 ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet (KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Füsun), **Kıymetli Evrak Hukuku,** 12. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 29; BALDI, s. 54.

97 BALDI, s. 54; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 184.

98 SEVİ, s. 218; SPOERLÉ, s. 240; AKA, s. 131.

99 SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I,** 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014, s. 165; **Taşdelen,** s. 172-173; SEVİ, s. 217-218; AKA, s. 130. Hamiline yazılı pay senetlerinin iyiniyetle iktisabı hakkında bkz. AKA, s. 129 vd.

ler korunmuştur[100]. Oysa diğer taşınır eşyanın iyiniyetle iktisabı için sahibinin elinden rızası dahilinde çıkmış olması ve devredenin "emin sıfatıyla zilyet" sıfatını taşıması gerekmektedir (TMK m.988)[101].

Ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilen (TTK m.490/2) ve kanunen emre yazılı kıymetli evrak niteliği taşıyan nama yazılı pay senetleri ve ilmühaberlerin de TTK m.686/2 hükmü çerçevesinde iyiniyetle iktisabı mümkündür[102]. Buna göre, herhangi bir sebeple sahibinin elinden çıkan nama yazılı pay senedini iyiniyetle ve ağır kusuru bulunmadan, düzgün bir ciro zincirine dayanarak elde eden alıcı, pay senedinin mülkiyetini ve pay sahipliği sıfatını geçerli bir şekilde elde etmektedir[103]. Dolayısıyla şeklen düzgün bir ciro zinciri bulunduğu sürece, iyiniyetle iktisap açısından hamiline yazılı pay senetleri ile nama yazılı pay senetleri arasında bir fark yoktur[104]. Bununla birlikte, nama yazılı pay senedinin ciro yerine alacağın temliki hükümleri çerçevesinde devredilmesi hâlinde TTK m.686/2 hükmü uygulanamayacağından[105], alıcının iyiniyetle ayni hak iktisap etmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, pay senedinin alacağın temliki hükümlerine göre devredilmesi ihtimali bir kenara bırakılacak olursa, hamiline veya nama yazılı pay senedini devralan alıcının iyiniyetli olması durumunda anonim şirket payının zaptından da söz edilemeyecektir. Zira hamiline veya nama yazılı pay senedini iyiniyetle devralan alıcı, pay senedinin mülkiyetini üçüncü kişinin üstün hakkından ari bir şekilde elde edecektir. Şu hâlde, senede bağlanmış anonim şirket payının zaptı ancak alıcının kötüniyetli olması durumunda söz konusu olabilir[106]. Ne var ki TBK m.214/2 hükmü gereğince, alıcının pay senedinin elinden alınması tehlikesini satış sözleşmesinin kurulduğu sırada biliyor olması hâlinde, satıcının ayrıca üstlenmediği sürece zaptan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Söz konusu hükümde yalnızca "bilmek"ten söz edilmesi karşısında, alıcının zapt tehlikesini bilmesi gerek-

---

100 SEVİ, s. 218; AKA, s. 130.

101 SEROZAN, Eşya, s. 159.

102 TTK m.648/1 hükmü gereğince bütün hâllerde ciro, poliçenin cirosuna ilişkin hükümler uyarınca yapılacağından, poliçede hamilin hak sahipliğine ilişkin TTK m.686 hükmü, ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilen nama yazılı pay senetlerine de uygulanmaktadır.

103 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 131-132; ÜLGEN (HELVACI / KAYA / NOMER ERTAN), Kıymetli Evrak, s. 174; PULAŞLI, s. 2048; TAŞDELEN, s. 137; SEVİ, s. 247.

104 SEVİ, s. 247.

105 AKA, s. 141.

106 BALDI, s. 55.

tiği, ancak ihmali sebebiyle bilmediği durumlarda satıcının zapttan sorumluluğuna başvurup başvuramayacağının ele alınması gerekmektedir.

Bir görüşe göre[107], Kanun'da "biliyor idiyse" ifadesi kullanıldığından, ihmali sebebiyle zapt tehlikesini öngörmediği için pay senedini iyiniyetle iktisap edemeyen alıcı, satıcıyı TBK m.214 vd. hükümlerine göre sorumlu tutabilir. Ancak alıcının zapt tehlikesini bilmemesinin ağır kusurundan kaynaklanması durumunda, örneğin alıcının satıcının verdiği belgeleri okumaktan dürüstlük kuralına aykırı şekilde kaçınmışsa, alıcının bu tehlikeyi fiilen bildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir[108]. Bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, zapt tehlikesini bilmesi gerektiği hâlde hafif kusuru nedeniyle öngöremeyen alıcı, pay senedinin mülkiyetini iyiniyetle iktisap edemeyecek, ancak satıcıyı TBK m.214 vd. hükümleri çerçevesinde sorumlu tutabilecektir. Buna karşın alıcının zapt tehlikesini bildiği veya bilmemesinin ağır kusurundan, örneğin nama yazılı pay senedi üzerindeki ciro zincirinin şeklen düzgün olup olmadığını incelememesinden kaynaklandığı durumlarda satıcı, ayrıca üstlenmediği sürece zapttan sorumlu olmayacaktır.

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre[109], her ne kadar Kanun'un lafzı yalnızca "bilmek"ten söz etse de bu ifade geniş yorumlanmalı ve satıcının sorumluluğu, alıcının zapt tehlikesini bilmesi gerektiği ancak ihmali sebebiyle bilmediği durumlarda da ortadan kalkmalıdır. Dolayısıyla iyiniyetli olmayan alıcı, pay senedini TMK m.990 veya TTK m.686/2 çerçevesinde iktisap edemeyeceği gibi, satıcıyı, zaptı ayrıca üstlenmediği sürece, TBK m.214 vd. hükümlerine göre sorumlu da tutamayacaktır. Kanaatimizce de bu ikinci görüşe üstünlük tanınmalı ve Kanun'da sadece "bilmek"ten söz edilse dahi alıcının zapt tehlikesini bilmesi gerekirken bunu öngörmediği, yani iyiniyetli olmadığı durumlarda satıcıyı zapttan sorumlu tutması mümkün olmamalıdır. Zira TMK m.3/2 gereğince kendisinden beklenen özeni göstermediği için iyiniyet iddiasında bulunamayan ve TMK m.990 veya TTK m.686/2 korumasından yararlanamayan kötüniyetli alıcının, satıcıyı TBK m.214 vd. hükümlerine göre sorumlu tutması bir çelişki oluşturacaktır.

---

[107] Bu görüşte bkz. TANDOĞAN, s. 149; HONSELL, BSK-OR I, Art. 192 OR, N. 3; ARAL / AYRANCI, s. 110; NOMER / ENGİN, s. 140.

[108] ARAL / AYRANCI, s. 110.

[109] Bu görüşte bkz. WEIß Gottfried, "Das Verhältnis der sachenrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs zur Entwehrung und Mängelhaftung beim Wertpapierkauf", **Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag vom Prof. Dr. Theo Guhl,** Zürich, 1950, s. 159; EREN, Borçlar Özel, s. 81; BALDI, s. 55, dn. 41; GÜMÜŞ, 2013, s. 56.

Bu açıklamalar çerçevesinde sonuç olarak, hamiline yazılı ve emre yazılı kıymetli evrakın iyiniyetle iktisabı korunduğundan ve kötüniyetli alıcı da TBK m.214 vd. hükümlerinden kural olarak yararlanamadığından, senede bağlanmış anonim şirket paylarının satışına, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler kural olarak uygulanamamaktadır.

3. Senede Bağlanmamış Paylar Bakımından

Anonim şirkette payın meydana gelmesi için şirketin veya sermaye artırımının tescili gerekli ve yeterli olup, ayrıca senede bağlanması zorunlu değildir[110]. Payın devredilebilirliği ilkesi gereği, senede bağlanmamış (çıplak) anonim şirket payları da devir dahil her türlü hukuki işleme konu olabilmektedir[111]. Ancak senede bağlanmış payların devri kıymetli evrak ve eşya hukukuna ilişkin hükümlere tabi iken[112], senede bağlanmamış payların devri, alacağın temliki hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir[113].

Senede bağlanmamış payların devrine kıyasen alacağın temliki hükümlerinin uygulanması ve alacak satışında garanti sorumluluğunun özel olarak düzenlenmesi[114] karşısında, senede bağlanmamış anonim şirket payının zaptı hâlinde TBK m.214 vd. hükümlerinin mi yoksa alacağın temlikine ilişkin TBK m.191'in mi uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır[115]. Kanaatimizce yukarıda açıkladığımız üzere[116], anonim şirket pay satış sözleşmesinin konu-

---

[110] TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 617; AKA, s. 21. Her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hamiline yazılı payların ve azlığın talebi hâlinde nama yazılı payların senede bağlanması zorunlu hâle getirilmiş olsa da (TTK m.486/2-3), bu düzenlemenin amacı yalnızca, şirketin pay senedi bastırmayarak pay sahiplerine fiilen bir devir güçlüğü yaratmasını engellemektir (ŞENER, s. 613; AKA, s. 37. Anonim şirketin pay senedi bastırma yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonuçları hakkında bkz. AKA, s. 38 vd.)

[111] TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 618.

"Anonim ortaklığın çıplak paylarının devri konusunda TTK bünyesinde bir hüküm bulunmamaktadır. Payın devredilebilirliği ilkesi uyarınca, çıplak payın da senede bağlanmış paylar gibi serbestçe devredilebileceği hususunda görüş birliği mevcuttur." (Yargıtay 11. HD., 12.11.2019, E. 2018/1486, K. 2019/7096 (www.kazanci.com)).

[112] BGE 48 II 395.

[113] MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 474; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 570-571; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 618; PULAŞLI, s. 2052; ŞENER, s. 615; BAHTİYAR, s. 326; AYOĞLU, s. 259; PASLI, Devralınma, s. 206; TAŞDELEN, s. 115; SEVİ, s. 344; SPOERLÉ, s. 244; TÜRKYILMAZ, s. 73.

Yargıtay 11. HD., 12.11.2019, E. 2018/1486, K. 2019/7096 (www.kazanci.com); Yargıtay 11. HD., 13.02.2001, E. 2001/765, K. 2001/1011 (www.kazanci.com).

[114] Bkz. SEROZAN, Borçlar Özel, s. 186 vd.

[115] BALDI, s. 59.

[116] Bkz. III, 2.

sunu, pay senede bağlanmamış olsa dahi, bir alacak hakkı değil, ortaklık hakkı oluşturmaktadır ve anonim şirket pay satışını "alacak satışı" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Dolayısıyla senede bağlanmamış anonim şirket paylarının zaptı hâlinde alacağın ivazlı temlikine ilişkin TBK m.191 değil, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin daha genel nitelik taşıyan TBK m.214 vd. hükümleri uygulanmalıdır[117].

Anonim şirket pay satış sözleşmesinin kurulmasından önceki bir tarihte satış konusu çıplak pay alacağın temliki yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmiş yahut yazılı intifa veya rehin sözleşmesiyle üçüncü kişi lehine çıplak pay üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmiş olabilir. İlk durumda alıcı, payın mülkiyetini kazanamayacak (tam zapt, TBK m.217), ikinci durumda ise payı sınırlı bir ayni hakla yüklü şekilde elde edecektir (kısmi zapt, TBK m.218). Hamiline ve nama yazılı pay senetlerinden farklı olarak, senede bağlanmamış payların iyiniyetle iktisabını sağlayan bir düzenleme de bulunmadığından, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler çıplak pay satışlarında daha geniş bir uygulama alanı bulabilecektir[118]. Buna göre, satış konusu çıplak pay alıcıya devredildikten sonra, o payın satış sözleşmesinin kurulmasından önce bir başkasına devredilmiş veya üzerinde intifa hakkı gibi sınırlı bir ayni hak tesis edilmiş olduğunun anlaşılması hâlinde alıcı, satıcıyı TBK m.214 vd. hükümleri uyarınca sorumlu tutabilir[119].

VI. PAY SATIŞINDA AYIP VE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ANONİM ŞİRKET PAY SATIŞINA UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Pay Satışında Ayıp Kavramı ve Farklı Görünümleri

A. Genel Olarak

Satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcu ile doğrudan bağlantılı olan satıcının ayıptan sorumluluğu[120], Türk Borçlar Kanunu'nun 219 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m.219/1 hükmünden yola çıka-

---

[117] BALDI, s. 62-63; VISCHER, Rechtsgewährleistung, s. 234; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 184-185; PASLI, Devralınma, s. 278-279.

[118] BALDI, s. 64.

[119] PASLI, Devralınma, s. 278-279.

[120] TANDOĞAN, s. 163; ARAL / AYRANCI, s. 117; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 124; GÜMÜŞ, 2013, s. 63. Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. GÜMÜŞ, 2013, s. 63-64.

rak ayıp, satılanın, satıcının açıkça veya örtülü olarak bildirdiği ya da sözleşmenin amacı gereği kendisinde bulunması beklenen niteliklerden yoksun olması şeklinde tanımlanabilir[121]. Diğer bir ifadeyle ayıp, satılanın olması gereken durumu ile alıcıya devredildiği andaki durumu arasındaki olumsuz nitelik farkıdır[122]. Satılanın ayıplı olması, aynı zamanda TBK m.112 gereğince sözleşmenin müspet ihlali niteliği teşkil etmekle birlikte[123], TBK m.112 hükmünden farklı olarak satıcının ayıptan sorumluluğu, kusurdan bağımsız bir sebep sorumluluğu niteliği taşımaktadır[124].

Satılandaki nitelik eksikliği, satılanın maddi, hukuki veya ekonomik niteliklerinden kaynaklanabilir[125]. Nitekim ayıptan sorumluluğun konusuna ilişkin TBK m.219/1 hükmünde, alıcının satılandan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan "maddi, hukuki ya da ekonomik ayıplar"dan söz edilerek ayıbın maddi ayıp, hukuki ayıp ve ekonomik ayıp olmak üzere üç farklı görünümde olabileceği vurgulanmıştır.

Satılandaki maddi, hukuki veya ekonomik nitelik eksikliği, satıcının bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmamasından kaynaklanabileceği gibi, satıcının böyle bir bildirimi olmasa dahi satılanın dürüstlük kuralı gereği kendisinde bulunması beklenen niteliklerden yoksun olmasından da kaynaklanabilir[126]. İlk hâlde vaat edilen niteliklerde ayıptan, ikinci hâlde de lüzumlu niteliklerde ayıptan söz edilmektedir[127]. Bu açıklamalardan hareketle, öncelikle anonim şirket pay satışı bağlamında nelerin maddi, hukuki ve ekonomik ayıp olarak nitelendirilebileceği üzerinde durulacak, ardından pay satışlarında nitelik vaatlerine ve pay satış sözleşmelerinde yer alan "beyan ve tekeffüller"in *(representations and warranties)* hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara değinilecektir.

---

[121] TANDOĞAN, s. 163; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 195; ARAL / AYRANCI, s. EREN, Borçlar Özel, s. 102.

[122] SEROZAN, Borçlar Özel, s. 195; EREN, Borçlar Özel, s. 104.

[123] SEROZAN, Borçlar Özel, s. 192; GÜMÜŞ, 2013, s. 64. Alıcının ayıplı ifa hâlinde satıcının ayıptan sorumluluk hükümleri yerine TBK m.112 hükmüne dayanıp dayanamayacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. SEROZAN, Borçlar Özel, s. 192. vd.; GÜMÜŞ, 2013, s. 64 vd.

[124] SEROZAN, Borçlar Özel, s. 190; GÜMÜŞ, 2013, s. 63.

[125] ARAL / AYRANCI, s. 118 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 106.

[126] GÜMÜŞ, 2013, s. 68-69.

[127] Bkz. KAPANCI Kadir Berk, **Satış Hukukunda Ayıptan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri,** On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 11; TANDOĞAN, s. 164 vd.; ARAL / AYRANCI, s. 119 vd.; EREN, Borçlar Özel, s. 108 vd.; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 122 vd.

B. Maddi, Hukuki ve Ekonomik Ayıp Ayrımı

a. Maddi Ayıp

TBK m.219/1 hükmünde ifade edilen maddi ayıp, satılanın fiziksel özelliklerine ilişkin nitelik eksikliği olarak tanımlanabilir[128]. Maddi ayıbın varlığından söz edilebilmesi için satılanın maddi bir varlığının bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla anonim şirket pay satışında maddi ayıp ancak payın kıymetli evrak niteliğindeki bir senede bağlanmış olması durumunda söz konusu olabilir. Satış konusu anonim şirket payının senede bağlanmamış olması durumunda maddi ayıptan da söz edilemeyeceği açıktır[129].

Satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin anonim şirket pay satışına uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı olmakla birlikte[130], pay senedine ilişkin ayıplarda satıcının TBK m.219 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği hem Türk doktrininde[131] hem de İsviçre doktrininde[132] ve uygulamasında[133] genel olarak kabul edilmektedir.

Hamiline veya nama yazılı pay senetlerinde mevcut olabilecek maddi ayıplara örnek olarak, pay senedinin bozuk[134], lekeli[135] veya yırtık olması[136], senet üzerindeki metnin okunamaması, pay senedinde yer alması gereken

---

128 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197; GÜMÜŞ, 2013, s. 72; KAPANCI, s. 12-13.

129 BALDI, s. 64.

130 Bu tartışmalar ve görüşümüz için bkz. VI, 2.

131 ESİN İsmail Gökhan, **Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und türkischem Kaufrecht,** Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, s. 87; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 145; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626; AYOĞLU, s. 251.

132 VENTURI Silvio / ZEN-RUFFINEN Maire-Noëlle, **Commentaire romand, Code des obligations I,** (éd.: THÉVENOZ Luc / WERRO Franz), 2e édition, Helbing Lichterhahn, Bâle, 2012, Art. 197 CO, N. 24; WALTER Stephanie, **Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen,** Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2019, s. 69-70; BALDI, s. 64; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 147; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 427. Genel olarak kıymetli evrak satışı bağlamında bu yönde bkz. CAVIN Pierre, **La vente - L'échange - La donation, Traité de droit privé suisse, Tome VII, 1,** Éditions Universitaires, Fribourg, 1978, s. 79; WEIß, s. 160.

133 BGE 79 II 155.

134 CAVIN, s. 79; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24; WALTER, s. 69-70; TÜRKYILMAZ, s. 125; BGE 79 II 155.

135 BALDI, s. 65; ESİN, s. 87.

136 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 145; BUZ, s. 83; BALDI, s. 65; TÜRKYILMAZ, s. 125.

imzanın[137] sehven atılmamış olması gösterilmektedir[138]. Devredilen pay senedinin sahte olması da hâkim görüş tarafından maddi ayıp olarak nitelendirilmektedir[139]. Kanaatimizce alıcıya sahte pay senedinin teslim edilmesi durumunda ayıplı ifadan değil, borcun ifa edilmemesinden söz edilmelidir[140]. Zira bu durumda alıcıya pay sahipliği haklarını temsil eden bir senet değil, değersiz bir kâğıt parçası teslim edilmiş olmaktadır[141]. Aynı durum imza eksikliği nedeniyle geçersiz olan pay senedinin teslimi hâlinde de söz konusu olduğundan, bu hâlde de ayıp hükümleri değil, satıcının temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır[142]. Bu nedenle pay senedinde yer alması gereken imzanın sehven atılmamış olmasını ayıp olarak nitelendiren *Baldi*'ye katılmak mümkün değildir.

Pay senedinin kendisinin devredilmiş ancak kupon veya talon gibi bazı unsurlarının devredilmemiş ya da eksik devredilmiş olması durumunda da maddi ayıp söz konusudur[143].

Belirtmek gerekir ki, anonim şirket pay satışında alıcıya teslim edilen pay senedinde maddi ayıbın bulunması uygulamada çok düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla pay satışında maddi ayıbın pratikte çok büyük bir önemi bulunmadığı doktrinde ifade edilmektedir[144].

---

[137] TTK m.487/1 uyarınca pay senedinin anonim şirket adına imzaya yetkili en az iki kişi tarafından imzalanması gerekmektedir. Ancak yönetim kurulunun tek kişiden oluştuğu hâllerde kural olarak şirket adına imzaya yetkili tek kişi bulunacağından, pay senedinin bu kişi tarafından imzalanması da yeterli kabul edilmelidir (bkz. AKA, s. 33.).

[138] BALDI, s. 65.

[139] WEIß, s. 160; CAVIN, s. 79; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626; BUZ, s. 83; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; ERNST, s. 100; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24; KREN KOSTKIEWICZ, OFK OR, Art. 197 OR, N. 2; WALTER, s. 69-70; BGE 79 II 155. Pay senedinin sahte olmasını ekonomik ayıp kapsamında değerlendiren görüş için bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 107.

[140] BALDI, s. 65, dn. 76; TÜRKYILMAZ, s. 126; BGE 26 II 352. Pay senedinin sahte olmasını ayıp olarak nitelendirmekle birlikte, pay satışının cins satışı niteliği taşıdığı durumlarda ayıptan değil, ifa etmemeden söz edilmesi gerektiği yönünde bkz. TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191, dn. 109. Uygulamada genellikle münferit pay satışlarının cins satışı, işletme devri sonucunu doğuran pay satışlarının ise parça satışı niteliği taşıdığı yönünde bkz. ERNST, s. 98 vd.

[141] BALDI, s. 65, dn. 76; TÜRKYILMAZ, s. 126; BGE 26 II 352.

[142] TÜRKYILMAZ, s. 127.

[143] WEIß, s. 160; BALDI, s. 65; CAVIN, s. 79; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; BUZ, s. 83; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 147; ERNST, s. 100; KREN KOSTKIEWICZ, OFK OR, Art. 197 OR, N. 2; TÜRKYILMAZ, s. 125; BGE 79 II 155.

[144] SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 427.

b. Hukuki Ayıp

TBK m.219/1 hükmünde ifade edilen bir diğer ayıp türü, hukuki ayıptır. Hukuki ayıp kavramı, satılandan amacına uygun şekilde yararlanılmasına engel oluşturan hukuki sınırlamaları[145] ve eksiklikleri ifade etmektedir[146]. Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukuklarında ayıp ile zaptın hukuki sonuçları birbirinden farklı olduğundan, hukuki ayıp ile zaptın birbirinden ayırt edilmesi oldukça önemlidir. Doktrinde özellikle kısmi zapt durumunda birbirine oldukça yaklaşan[147] bu iki kavramın ayırt edilmesi için çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Buna göre satılan üzerinde üçüncü kişinin özel hukuk kaynaklı üstün bir hakkının olduğu durumlarda zapt söz konusuyken[148], hukuki ayıp daha çok kamu hukuku nitelikli sınırlamalardan kaynaklanmaktadır[149]. *Serozan*'a göre, zaptta devredilen hakkın özel hukuka özgü, dışsal ve öznel haklarla sınırlanması, hukuki ayıpta ise içsel ve nesnel hukuki eksiklikler ile kamusal sınırlamalar söz konusudur. Zapt hâlinde satılandaki hak eksiliğinin hak sahibi üçüncü kişinin rızasıyla giderilebilirken, hukuki ayıpta nitelik eksikliğinin beyanla giderilememesi de tamamlayıcı bir kriter olarak ileri sürülmektedir[150]. Her ne kadar doktrinde hukuki ayıbın daha çok kamu hukuku kaynaklı olduğu ifade edilse de hukuki ayıp mutlaka kamu hukukundan kaynaklanmak zorunda değildir[151]. Satılanda zapt olarak nitelendirilemeyen her türlü hukuki nitelik eksikliğini hukuki ayıp olarak değerlendirmek mümkündür.

Satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin anonim şirket pay satışına uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı olmakla birlikte[152], paya ilişkin hukuki ayıplarda satıcının TBK m.219 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulabileceği genel olarak kabul edilmektedir[153]. Maddi ayıptan farklı olarak hukuki ayıp hem senede bağlanmış hem de senede bağlanmamış anonim şirket paylarında söz konusu olabilir[154].

---

145 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197; KAPANCI, s. 13.

146 EREN, Borçlar Özel, s. 108.

147 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197.

148 GÜMÜŞ, 2013, s. 55.

149 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 127; GÜMÜŞ, 2013, s. 72; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 124.

150 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 197-198.

151 TÜRKYILMAZ, s. 110.

152 Bu tartışmalar ve görüşümüz için bkz. VI, 2.

153 BALDI, s. 66; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; ESİN, s. 87; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24; TÜRKYILMAZ, s. 110; BGE 79 II 155.

154 BALDI, s. 66.

Satıcının hukuki ayıptan sorumluluğu bağlamında doktrinde, satıcının her şeyden önce, payları satılan anonim şirketin gerçekten var olduğunu alıcıya garanti ettiği belirtilmektedir[155]. Ancak anonim şirketin satış sözleşmesinin kurulduğu anda tasfiye edilmiş ve tasfiyenin tescil edilmiş olması durumunda hukuki ayıptan değil, sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle geçersiz olduğundan söz etmek gerekir (TBK m.27)[156].

Devredilen anonim şirket payının sözleşmede kararlaştırılan hukuki nitelikleri taşımaması da anonim şirket pay satışlarında karşılaşılabilecek bir başka durumdur. Buna göre, satış sözleşmesinde imtiyazlı payların[157] satılacağı kararlaştırılmışken alıcıya adi payların devredilmesi, hukuki ayıp niteliği taşımaktadır[158]. Yine satış konusu payların azlık haklarını kullanmaya yetecek oranda olduğu beyan edilmesine rağmen payların alıcıya bu hakları vermemesi durumunda hukuki ayıp söz konusudur[159]. Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların satışında, pay bedelinin ödenen kısmının pay senedinde yanlış gösterilmesi hâli de hukuki ayıp olarak nitelendirilmekte ve satıcının sorumluluğunu doğurmaktadır[160].

c. Ekonomik Ayıp

TBK m.219/1 hükmünde bahsedilen üçüncü ayıp türü, ekonomik ayıptır. Ekonomik ayıp, satılanın normal şartlarda kendisinden beklenen verim veya geliri getirmemesi olarak tanımlanabilir[161]. Anonim şirket pay satışı bağlamında, şirkete ait işletmedeki ayıpların dolaylı olarak payın ekonomik açıdan ayıplı olmasına yol açacağı ileri sürülebilirse de[162], anonim şirkete ait malvarlığı ve işletmenin ayıplı olması ve bu nedenle paydan elde edilen ekonomik kazancın beklentinin gerisinde kalması, kural olarak pay satışında ekonomik ayıp olarak nitelendirilmemektedir[163]. Bununla birlikte, katıldığı-

---

155 BALDI, s. 66; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; ESİN, s. 87.

156 BALDI, s. 67, dn. 83.

157 İmtiyazlı pay kavramı hakkında bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 633 vd.

158 BALDI, s. 67-68; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; TÜRKYILMAZ, s. 110.

159 TÜRKYILMAZ, s. 110.

160 BALDI, s. 67-68; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191. Sermaye koyma borcunun ödenmemiş olmasının ayıp olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. PASLI, Pay Devri, s. 109, dn. 41; TÜRKYILMAZ, s. 123.

161 EREN, Borçlar Özel, s. 107; GÜMÜŞ, 2013, s. 73.

162 ESİN, s. 88.

163 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 199; EREN, Borçlar Özel, s. 107.

mız görüş doğrultusunda[164], pay satışının dolaylı işletme satışı olarak nitelendirilebildiği durumlarda *(share deal)* satıcı, anonim şirkete ait işletmedeki ayıplardan sorumlu olacağından, bu hâl ile sınırlı olmak kaydıyla, satılan payın işletmenin ayıplı olması nedeniyle kendisinden beklenen kazancı getirmemesi, ekonomik ayıp sayılabilir[165].

Anonim şirkete ait işletmenin ne zaman ayıplı sayılacağı hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır[166]. Çalışmanın konusunu işletme satışı değil, pay satışı oluşturduğundan bu tartışmalara değinilmeyecektir. Ancak hâkim görüş, bir işletmenin ayıplı olup olmadığı değerlendirilirken o işletmenin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini ifade etmektedir[167]. Buna göre, işletmeye ait münferit malvarlığı unsurlarının ayıplı olması, her zaman satıcının ayıptan sorumluluğunu doğurmamaktadır. Bunun için münferit malvarlığı unsurundaki ayıbın işletmenin bütününü etkilemesi gerekmektedir[168]. İşletmenin faaliyete elverişliliğini ve değerini önemli ölçüde etkilemeyen ayıplardan ise satıcı sorumlu değildir[169]. Anonim şirkete ait münferit malvarlığı değerlerinin zaptı da işletmenin bütününü etkilediği ölçüde ayıp sayılmaktadır ve satıcı zapta karşı tekeffül hükümlerine (TBK m.214 vd.) göre değil, TBK m.219 vd. uyarınca sorumlu olmaktadır[170]. Zira işletmeye ait münferit malvarlığı unsurlarının zaptı, alıcının devraldığı payların elinden alınmasına ve böylece alıcının anonim şirket üzerindeki kontrolü kaybetmesine yol açmamaktadır. Bu durumda münferit malvarlığı unsurlarının zaptı, olsa olsa şirkete ilişkin bir eksiklik, bir ayıp olarak nitelendirilebilir[171].

Bu açıklamalar çerçevesinde, anonim şirket pay satışında satıcı, kural olarak satılan paydaki ekonomik ayıplardan sorumlu değildir. Ancak katıldığımız görüş doğrultusunda, satıcının anonim şirkete ait malvarlığındaki ve

---

164 Bkz. VI, 2, E.

165 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 199.

166 Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. ARICI, s. 87 vd.; BUZ, s. 84 vd.

167 Bu görüşte bkz. TSCHÄNI / DIEM / WOLF, S. 188; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 424; ARICI, s. 87-88; ESİN, s. 128-129; GÜMÜŞ, 2013, s. 74. Alman hukuku bakımından bkz. FAUST, §453 BGB, Rn. 29.

168 ESİN, s. 120; BUZ, s. 87.

169 ARICI, s. 88; GÜMÜŞ, 2013, s. 74.

170 SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 144; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 420-421; ARICI, s. 105; PASLI, Devralınma, s. 279-280; GÜMÜŞ, 2008, s. 133. Alman hukuku bakımından aynı görüşte bkz. FAUST, §453 BGB, Rn. 30. Zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. VISCHER, Rechtsgewährleistung s. 237.

171 PASLI, Devralınma, s. 280.

işletmedeki ayıplardan da sorumlu olduğunun kabul edilebildiği durumlarda[172], işletmenin ayıplı olması nedeniyle satış konusu anonim şirket payının kendisinden beklenen geliri getirmemesi, ekonomik ayıp olarak nitelendirilerek satıcının ayıptan sorumluluğunu doğurabilir.

C. Lüzumlu Niteliklerde Ayıp - Vaat Edilen Niteliklerde Ayıp Ayrımı

a. Lüzumlu Niteliklerde Ayıp

TBK m.219/1 gereğince satıcı, satılanın dürüstlük kuralı gereği taşıması gereken nitelikleri taşımamasından sorumlu olduğu gibi, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle de sorumludur[173]. İlk hâlde lüzumlu niteliklerde ayıptan söz edilirken, ikinci hâlde vaat edilen niteliklerde ayıp söz konusudur ve her ikisi de satıcının TBK m.219 vd. hükümler uyarınca sorumluluğunu doğurur.

Lüzumlu niteliklerde ayıp, satılanın niteliğine ve kullanım amacına göre dürüstlük kuralı gereği kendisinde bulunması beklenen niteliklerden yoksun olmasını ifade etmektedir.[174] Söz konusu nitelikler, satılanın alıcıya sağladığı faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan niteliklerdir[175]. Bu açıdan satılandaki nitelik eksikliğinin "lüzumlu niteliklerde ayıp" olarak nitelendirilebilmesi için "önemli" olması zorunludur[176]. Satıcının bu tür ayıplardan dolayı sorumlu olabilmesi için satılana ilişkin bir nitelik bildiriminde bulunmasına veya bunu ayrıca üstlenmesine gerek yoktur[177].

Anonim şirket pay satışı bağlamında, satış konusu payın/pay senedinin objektif olarak taşıması gereken nitelikleri taşımaması, "lüzumlu niteliklerde ayıp" olarak nitelendirilecek ve satıcı nitelik vaadinde bulunmasa dahi bundan sorumlu olacaktır. Bu çerçevede, pay senedinin bozuk, lekeli, yırtık olması veya senedin üzerindeki yazıların okunamaması, lüzumlu niteliklerde ayıba örnek olarak verilebilir. Bunun gibi, pay senedinin TTK m.487 hük-

---

[172] Doktrinde oldukça tartışmalı olan bu konu, Türk, İsviçre ve Alman doktrini ve uygulamasındaki görüşlere de değinilerek aşağıda ele alınacaktır (bkz. VI, 2.).

[173] GÜMÜŞ, 2013, s. 68-69.

[174] EREN, Borçlar Özel, s. 112.

[175] ARAL / AYRANCI, s. 122; EREN, Borçlar Özel, s. 112.

[176] SEROZAN, Borçlar Özel, s. 196; ARAL / AYRANCI, s. 122; EREN, Borçlar Özel, s. 112; GÜMÜŞ, 2013, s. 70.

[177] TANDOĞAN, s. 167.

münde belirtilen unsurları[178] taşımaması da lüzumlu niteliklerde ayıp olarak nitelendirilmektedir[179]. Ancak imza eksikliğinde olduğu gibi[180], söz konusu unsurlardaki eksikliğin pay senedinin geçersizliğine yol açması durumunda artık ayıptan değil, borcun hiç ifa edilmemesinden söz etmek gerekmektedir. Anonim şirketin unvanı, senedin türü, grubu, itibari değeri, nama yazılı pay senetlerinde pay sahibinin adı soyadı veya unvanı gibi pay senedini tanımlayan kayıtların yer almaması durumunda pay senedi geçersiz olacağından[181], böyle bir pay senedinin teslimi, kanaatimizce ayıplı ifa değil, borcun ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilmelidir[182]. Pay senedinin geçersizliği sonucunu doğurmayan eksiklikler, örneğin pay senedinin tertibinin[183] veya anonim şirketin sermaye tutarının senette yer almaması[184] ise lüzumlu niteliklerde ayıp olarak nitelendirilebilir.

b. Vaat Edilen Niteliklerde Ayıp Kavramı ve "Beyan ve Tekeffüller"in Hukuki Niteliği

TBK m.219/1 hükmü gereğince, satılanda bulunması gereken lüzumlu niteliklerin yokluğunun yanı sıra, satılanın satıcı tarafından vaat edilen nitelikleri taşımaması da satıcının ayıptan sorumluluğunu doğurmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak tek taraflı bir bilgi açıklaması olarak nitelendirilen nitelik vaadi[185], satıcının satılanın belirli olumlu özelliklere sahip olduğu veya belirli olumsuz özellikleri taşımadığı yönündeki beyanıdır[186]. Nitelik vaadi açık olabileceği gibi, örtülü olarak da yapılabilir[187].

---

178 Söz konusu hükme göre, pay senetlerinde şirketin unvanı, sermaye tutarı, kuruluş tarihi ve bu tarihteki sermaye tutarı, çıkarılan pay senedinin tertibi, bunun tescili tarihi, senedin türü ve itibari değeri ile kaç payı içerdiği belirtilmeli ve pay senedi, şirket adına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından imzalanmış olmalıdır (TTK m.487/1). Nama yazılı pay senetlerinde ayrıca, sahiplerinin adı ve soyadı veya ticaret unvanı, yerleşim yeri ve pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarı da belirtilir (TTK m.487/2).

179 TÜRKYILMAZ, s. 126.

180 TÜRKYILMAZ, s. 127.

181 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 117-118.

182 Aksi görüşte bkz. TÜRKYILMAZ, s. 126-127.

183 TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 118.

184 AKA, s. 32.

185 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 204; ARAL / AYRANCI, s. 120; YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 29; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 142; GÜMÜŞ, 2013, s. 81; KAPANCI, s. 14.

186 ARAL / AYRANCI, s. 119; GÜMÜŞ, 2013, s. 81.

187 HONSELL, BSK-OR I, Art. 197, N. 14; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 204; ARAL / AYRANCI, s. 120; EREN, Borçlar Özel, s. 110; GÜMÜŞ, 2013, s. 81; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 15.

Nitelik vaadi, satılanın en geç hasarın geçiş anındaki[188] maddi, hukuki veya ekonomik niteliklerine ilişkin olabilir[189]. Satılanın satıcının belirttiği maddi, hukuki veya ekonomik nitelikleri taşımaması hâlinde, söz konusu ayıbın önemli olup olmadığına bakılmaksızın satıcı, TBK m.219 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olur[190].

Anonim şirket pay satış sözleşmelerinde nitelik vaadi, satış konusu anonim şirket payının belirli hukuki veya ekonomik özellikleri taşıdığına ilişkin olarak yapılabilir. Bu bağlamda anonim şirket payının imtiyazlı pay niteliği taşıdığının[191] veya azlık haklarını kullanmaya yetecek oranda olduğunun belirtilmesi, payın hukuki özelliklerine ilişkin birer nitelik vaadidir[192]. Her ne kadar anonim şirket pay satışında kural olarak satıcı ekonomik ayıptan dolayı sorumlu olmasa da payın ekonomik değerinin de nitelik vaadine konu olabileceği kabul edilmektedir[193]. Buna göre örneğin satılan payların halihazırda sahibine belirli bir miktar kâr payı sağladığına ilişkin bir bildirim, anonim şirket payının ekonomik özelliklerine ilişkin bir nitelik vaadi niteliği taşımaktadır[194].

Satıcının ayıptan sorumluluğu bağlamında nitelik vaadi ile satılana ilişkin olarak verilen bağımsız garanti taahhütlerinin birbirinden ayırt edilmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim satıcının satılana ilişkin taahhütlerinin nitelik vaadi olarak nitelendirilmesi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK m.219 vd. hükümleri uygulanacak iken, bağımsız garanti olarak nitelendirilmesi hâlinde sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümler (TBK m.112 vd.) uygulama alanı bulacaktır[195]. Buna göre, satılanın vaat edilen nitelikleri taşımaması durumunda alıcının ayıptan doğan haklarından yararlanabilmesi, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesine (TBK m.223) ve TBK m.231'deki iki yıllık zamanaşımı süresine bağlıyken, bağımsız garantiden doğan haklar, muayene ve ihbar külfetinden bağımsız olarak, TBK m.146'da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde kullanılabilir[196].

---

188 ARAL / AYRANCI, s. 121; KAPANCI, s. 125.

189 TANDOĞAN, s. 164; GÜMÜŞ, 2013, s. 81.

190 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 204; EREN, Borçlar Özel, s. 111.

191 TÜRKYILMAZ, s. 110.

192 TÜRKYILMAZ, s. 122.

193 HONSELL, BSK-OR I, Art. 197 OR, N. 1; BGE 107 II 419; BGE 79 II 155.

194 İşletme satışı bağlamında benzer örnekler için bkz. TANDOĞAN, s. 164; KAPANCI, s. 128-129.

195 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 205; BUZ, s. 72-73.

196 ARAL / AYRANCI, s. 121; EREN, Borçlar Özel, s. 111.

Satıcının beyanının TBK m.219 anlamında nitelik vaadi mi yoksa garanti taahhüdü mü olduğu, sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlenir[197]. Satılanın hasarın geçiş anına kadarki mevcut durumu hakkındaki beyanlar kural olarak nitelik vaadi taşırken, hasarın geçiş anından sonra ortaya çıkabilecek durumlar, yalnızca bağımsız garantinin konusunu oluşturabilir[198]. Bu açıdan örneğin anonim şirket payının alıcıya devrinden sonra belirli miktarda kâr payı getireceğine ilişkin bir taahhüt, nitelik vaadi değil, bağımsız garanti niteliği taşımaktadır[199]. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, satılanın hasarın geçişe anına kadar mevcut özelliklerinin de bağımsız garanti sözleşmesine konu edilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Uygulamada, anonim şirket pay satış sözleşmelerinde "beyan ve tekeffüller" *(representations and warranties)* başlığı altında, satıcının satış sözleşmesinin konusu olan paya veya payları satışa konu olan anonim şirketin malvarlığına yönelik nitelik bildiriminde bulunduğu *(seller's representations)* ve bildirilen beyanların doğru çıkmaması durumunda meydana gelecek zararı karşılayacağını taahhüt ettiği *(seller's warranties)* görülmektedir[200]. Anonim şirket pay satış sözleşmelerinde bu tür hükümlerin yer alması artık standart uygulama hâline gelmiştir[201] ve "beyan ve tekeffüller"e ilişkin kısım, sözleşmenin en önemli bölümlerinden birini oluşturmaktadır[202]. "Beyan ve tekeffüller"in amacı, alıcı tarafından *due diligence* sürecinde[203] tespit edilemeyen ayıp, eksiklik ve borçlar ile *due diligence* sürecinde tespit edilmiş

---

197 BUZ, s. 73.

198 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 206; ARAL / AYRANCI, s. 121; EREN, Borçlar Özel, s. 111; KAPANCI, s. 125.

199 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 206; ARAL / AYRANCI, s. 121.

200 TÜRKYILMAZ, s. 138-139.

201 BUZ, s. 69-70; AYOĞLU, s. 252.

202 ESİN / LOKMANHEKİM, s. 39.

203 Uygulamada pay satış sözleşmesi akdedilmeden önce, payları satılan şirketin malvarlığının doğru ve eksiksiz şekilde tespiti, risklerin teşhisi ve paylar için makul bir satış bedeli belirlenmesi amacıyla kapsamlı bir inceleme yapılmakta ve bu inceleme *due diligence* olarak adlandırılmaktadır (AYOĞLU, s. 255.). *Due diligence* aşamasında tespit edilen hususlara ilişkin olarak, satıcının ağır kusur veya hile ile gizlediği ayıplar (TBK m.225) hariç olmak üzere, satıcının ayıptan sorumluluğu ortadan kalkar (TBK m.222/1) (ARIKAN Mustafa, "Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında Tbk Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler", **MÜHF-HD,** C. 22, S. 1, s. 292; GÜMÜŞ, 2008, s. 139.). Satıcı *due diligence*'ında ise satıcının inceleme raporu hazırlatıp alıcıya sunması ve alıcının bu raporu kabul etmesi, somut olayın özelliklerine göre satıcının ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilebileceği gibi (TBK m.221), TBK m.219/1 anlamında bir nitelik vaadi olarak da yorumlanabilir (GÜMÜŞ, 2008, s. 140; ARIKAN, s. 293.).

olsun veya olmasın, pay devrinden önceki olaylara bağlı olarak devirden sonra şirket malvarlığında ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara[204] ilişkin riskleri güvence altına almaktır. Buna karşılık payların alıcıya devrinden sonra anonim şirketin olumsuz ticari performans gösterme riski, kural olarak beyan ve tekeffüllerin konusunu oluşturmaz[205].

Pay satış sözleşmesinde yer alan beyan ve tekeffüllerin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre[206], satıcının payları satılan anonim şirketin malvarlığına ilişkin taahhütleri TBK m.219/1 anlamında nitelik vaadidir ve işletmenin beyan ve taahhüt edilen bu nitelikleri taşımaması, ayıp olarak nitelendirilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise[207] anonim şirket pay satışında satılan şirketin malvarlığı değil, şirketteki ortaklık hakkı olduğundan, beyan ve tekeffüllerin TBK m.219/1 anlamında nitelik vaadi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira nitelik vaadinden söz edilebilmesi için bu taahhütlerin doğrudan satılana, yani paya ilişkin olması gerekmektedir. Dolayısıyla satıcının beyan ve tekeffülleri, bağımsız garanti niteliği taşımaktadır ve işletmenin taahhüt edilen nitelikleri taşımaması ayıp olarak nitelendirilemez.

Bir başka görüşe göre ise[208] beyan ve tekeffüller, duruma göre nitelik vaadi sayılabileceği gibi, bağımsız garanti niteliği de taşıyabilir. Bu nedenle her somut olayda bir nitelik vaadinin mi yoksa garanti taahhüdünün mü bulunduğu, sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilmelidir. Buna göre, satıcının taahhüdünün TBK m.219/1 anlamında nitelik vaadi taşıyabilmesi için doğrudan payları devredilen şirkete ait işletmenin yapısıyla ilgili olması ve bu işletmenin belirli bir anda (sözleşmenin yapıldığı an veya devir anı) belirli özellikler taşıyıp taşımadığına ilişkin olması gerekmektedir. Buna karşılık işletmenin yapısı dışında kalan hususlar hakkındaki veya işletmeyle ilgili olarak gelecekte meydana gelebilecek olaylar hakkındaki taahhütler, bağımsız garantinin konusunu oluşturur.

Kanaatimizce de anonim şirket pay satış sözleşmelerinde yer alan "beyan ve tekeffüller"in hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmenin yorumu ile

---

[204] *Due diligence*'ın satıcının gizli ayıplardan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. GÜMÜŞ, 2008, s. 139.

[205] AYOĞLU, s. 254. Beyan ve tekeffüller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRKYILMAZ, s. 138 vd.

[206] ESİN / LOKMANHEKİM, s. 41.

[207] AYOĞLU, s. 257; TÜRKYILMAZ, s. 148-149.

[208] BUZ, s. 73-74.

mümkündür. Buna göre söz konusu kayıtlar TBK m.219/1 anlamında bir nitelik vaadi niteliği taşıyabileceği gibi, bağımsız garanti olarak da nitelendirilebilir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, satılan payın en geç hasarın geçiş anına, yani payın mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin yapıldığı ana kadarki hukuki veya ekonomik vasıflarına ilişkin taahhütler, kural olarak nitelik bildirimi niteliği taşımaktadır ve payın bu nitelikleri taşımaması, satıcının ayıptan sorumluluğunu doğurmaktadır. Anonim şirkete ait malvarlığı ve işletmenin mevcut durumu da payın ekonomik vasıfları ile ilişkili olduğundan, kanaatimizce şirkete ait malvarlığı ve işletmeye ilişkin olarak da nitelik vaadinde bulunulabilir. Ancak satış konusu payın veya payları satışa konu olan anonim şirketin gelecekteki durumuna ilişkin taahhütlerin bağımsız garanti olarak nitelendirilmesi zorunludur. Ayrıca *Serozan*'ın belirttiği üzere[209], nitelik vaadi ile bağımsız garanti taahhüdü arasındaki sınır çok silik olduğundan, şüphe hâlinde satıcının beyan ve tekeffüllerinin bağımsız garanti olarak nitelendirilmesi, alıcının çıkarlarını korumak adına yerinde olacaktır.

2. Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Anonim Şirket Pay Satışına Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

A. Sorunun Ortaya Konulması

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 219 vd. maddelerinde, satıcının açıkça veya örtülü olarak vadettiği yahut sözleşmenin amacı gereği kendisinde bulunması beklenen niteliklerin satılanda bulunmaması durumunda alıcıya karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir[210]. Ancak bu hükümler mal satışı esas alınarak düzenlendiğinden ve anonim şirket pay satışı mal satışı değil, hak satışı niteliği taşıdığından, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinin pay satışlarına uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira doktrinde ayıptan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin kural olarak yalnızca mal satışlarına uygulanabileceği ve hak satışında satıcının ayıptan sorumluluğunun söz konusu olmadığı ifade edilmektedir[211]. Tartışma özellikle, payları satılan anonim şirkete ait malvarlığının ayıplı olması nedeniyle paydan beklenen gelirin elde edilememesinin

---

209 SEROZAN, s. 207.

210 TANDOĞAN, s. 163; SEROZAN, Borçlar Özel, s. 195; EREN, Borçlar Özel, s. 102; GÜMÜŞ, 2013, s. 68.

211 HONSELL, BSK-OR I, Art. 197 OR, N. 1; EREN, Borçlar Özel, s. 103; YAVUZ, Borçlar Özel, s. 124, dn. 4; GÜMÜŞ, 2013, s. 67; BUZ, s. 65.

ekonomik ayıp olarak nitelendirilerek satıcının sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir[212].

Nitekim satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin hak satışına kural olarak uygulanmayacağı ifade edilmekle birlikte, yine hak satışı niteliği taşıyan işletme satışlarına, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[213]. Özellikle uygulamada *asset deal* olarak adlandırılan ve işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması sonucunu doğuran satış sözleşmelerine[214] TBK m.219 vd. hükümlerinin uygulanacağı konusunda doktrinde neredeyse tereddüt bulunmamaktadır[215].

Ne var ki uygulamada işletmenin aktif ve pasiflerinin devri yerine o işletmeyi işleten sermaye şirketinin paylarının devredildiği ve böylece paylar ile birlikte işletmenin de dolaylı olarak devrinin sağlandığı da görülmektedir[216]. *Share deal* olarak adlandırılan bu yöntemin gerçekleştirilmesi, işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesine *(asset deal)* kıyasla çok daha kolaydır[217]. Zira *asset deal* yönteminin benimsenmesi durumunda işletmenin malvarlığına dahil olan her bir unsurun mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi için ayrı ayrı tasarruf işlemlerinin yapılması gerekmekte[218], satıcı da

---

[212] Pay senedi üzerindeki maddi ayıplar ile ortaklık hakkına ilişkin hukuki ayıplardan dolayı satıcının TBK m.219 vd. sorumlu olduğu genel olarak kabul görmektedir. Dolayısıyla paya ilişkin maddi ayıplar ile hukuki ayıplar, tartışmanın kapsamı dışındadır. Anonim şirket pay satışında maddi, hukuki ve ekonomik ayıp hakkında bkz. VI, 1, B.

[213] EREN, Borçlar Özel, s. 103.

[214] BUZ, s. 66. Belirtmek gerekir ki, *asset deal* şeklinde yapılan işletme devirlerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devralınması sonucunu doğran sözleşmeleri *sui generis* sözleşme olarak nitelendirmektedir (bkz. BGE 129 III 17.). Federal Mahkeme'nin bu kararı, doktrinde eleştirilmekte ve işletme devrinin çeşitli yan yükümlülükleri içeren bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 423; VISCHER, Qualifikation, s. 337-338.).

[215] GÜMÜŞ, 2013, s. 73; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 186; VISCHER, Qualifikation, s. 338; SCHENKER, Rechtsbehelfe, s. 147.

[216] ESİN, s. 84. Bir sermaye şirketine ait payların tamamının veya tamamına yakınının satışının/devrinin dolaylı işletme satışı/devri sayılması gerektiği yönünde bkz. ESİN / LOKMAN-HEKİM, s. 30; ARICI, s. 43.

[217] VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 23; BUZ, s. 67.

[218] EREN, Borçlar Genel, s. 1389; BUZ, s. 67. Buna karşılık TTK m.11/3 hükmüyle ticari işletme devrinde bu ilkeye bir istisna getirilmiş ve ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devrine ilişkin ayrı ayrı tasarruf işlemleri yapılmaksızın bir bütün olarak devredilmesine olanak tanınmıştır (NOMER ERTAN N. Füsun (ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan), **Ticari İşletme Hukuku,** 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 187.).

TBK m.202 gereğince devrettiği işletmenin borçlarından dolayı iki yıl boyunca sorumlu kalmaya devam etmektedir[219]. Oysa *share deal* yönteminin tercih edilmesi durumunda satıcı, paylarını alıcıya devrederek ortaklıktan çıkmakta, alıcı da paylarla birlikte dolaylı olarak şirkete ait işletmeyi de devralmış olmaktadır. İşletmenin aktif ve pasifleri devirden önce olduğu gibi devirden sonra da anonim şirkete ait olduğundan, aktiflerin ayrı ayrı devrine ve borçların üstlenilmesine ilişkin işlemlerin yapılmasına da gerek kalmamaktadır[220]. Bu nedenle uygulamada anonim şirketteki kontrol sahipliğini değiştirerek şirketin devralınmasını sağlayan yöntemler arasında pay devri, özellikle ön plana çıkmaktadır[221].

Bu durum karşısında, satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin anonim şirket pay satışlarına da uygulanıp uygulanamayacağı ve özellikle pay devri şeklinde gerçekleşen işletme devirlerinin (*share deal*) de işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi (*asset deal*) gibi değerlendirilerek satıcının anonim şirket malvarlığındaki ayıplardan dolayı alıcıya karşı sorumlu olup olmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

B. Türk Hukukunda

Türk uygulamasına bakıldığında, anonim şirket pay satışında satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin TBK m.216 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorununu ele alan herhangi bir Yargıtay kararına rastlanmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde bu sorun hem münferit pay satışları hem de şirket kontrolünün el değiştirmesi sonucunu doğuran pay satışları bakımından tartışılmış ve konuyla ilgili temelde iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre[222], anonim şirket pay satışında satıcının ayıptan sorumluluğu ancak satış konusu ortaklık hakkının kendisinde[223] veya bu hakkı temsil eden kıymetli evrak (hamiline veya nama yazılı pay senedi) üzerinde bir ayıbın bulunması durumunda söz konusu olabilir[224]. Bunun dışında kalan hususlar, örneğin pay senedinin temsil ettiği ekonomik değer, satıcının kanuni te-

---

219 EREN, Borçlar Genel, s. 1389; BUZ, s. 67.

220 BUZ, s. 67.

221 PASLI, Devralınma, s. 199.

222 Bkz. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; AYOĞLU, s. 251 vd.; TÜRKYILMAZ, s. 122 vd.

223 AYOĞLU, s. 251; TÜRKYILMAZ, s. 122.

224 YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66; AYOĞLU, s. 251; TÜRKYILMAZ, s. 125.

keffül borcu kapsamı dışındadır[225]. Anonim şirket pay satış sözleşmesine konu olan şey şirketin malvarlığı değil, ortaklık hakkının kendisi olduğundan, şirketin malvarlığında ortaya çıkan ayıplar nedeniyle satıcının TBK m.216 vd. hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir[226]. *Ayoğlu*'na göre[227], pay satışı, anonim şirket üzerindeki kontrolün el değiştirmesini sağlasa da bu sonuç değişmemektedir. Çünkü pay satışı konusunda şirketin kontrolü el değiştirse bile şirket malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkının sahibi değişmemekte, yine şirket tüzel kişiliğine ait olmaya devam etmektedir. Kontrolü sağlayan payların satışını şirket malvarlığının satışı ile eşdeğer tutmak, tüzel kişilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte uygulamada sıkça görüldüğü üzere, alıcının anonim şirket malvarlığında ortaya çıkabilecek ayıplarla ilgili olarak satıcıdan bir garanti taahhüdü alması mümkündür[228].

Diğer görüşe göre ise[229] münferit pay satışlarında satıcının TBK m.216 vd. hükümleri uyarınca sorumluluğu, pay sahipliği haklarına ve pay senedine ilişkin ayıplar ile sınırlı olsa da[230], satış konusunu anonim şirkette kontrolü sağlayan çoğunluk paylarının oluşturması hâlinde farklı bir sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre, anonim şirket üzerindeki kontrolün alıcıya geçmesini sağlayacak orandaki bir pay satışı, iktisadi açıdan anonim şirket malvarlığının bir bütün olarak satışı ile eşdeğer niteliktedir[231]. Nitekim bu tür pay satışlarında alıcının asıl amacı o şirkette yalnızca pay sahibi olmak değil, şirketin malvarlığına hâkim olmaktır[232]. Dolayısıyla bu durumda yalnızca satış konusu anonim şirket paylarının değil, dolaylı da olsa anonim şirkete ait işletmenin de alıcıya devredildiği sonucuna varılmalı ve şirket malvarlığındaki ayıplardan da satıcı, ayrıca üstlenmese bile sorumlu tutulmalıdır[233].

---

225 YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 66.

226 AYOĞLU, s. 251; TÜRKYILMAZ, s. 128 vd.

227 AYOĞLU, s. 251-252.

228 Nitekim uygulamada anonim şirket pay satış sözleşmelerinde "beyan ve tekeffüller" *(representations and warranties)* başlığı altında satıcıların nitelik vaadinde veya garanti taahhüdünde bulundukları görülmektedir (BUZ, s. 69 vd.; AYOĞLU, s. 252 vd.; TÜRKYILMAZ, s. 138.). Anonim şirket pay satışlarında vaat edilen niteliklerde ayıp kavramı ve "beyan ve tekeffüller"in hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. VI, 1, C, b.

229 Bkz. SEROZAN, Borçlar Özel, s. 145, 199; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626-627; PASLI, Devralınma, s. 272-273; BUZ, s. 65; ESİN, s. 88 vd.

230 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 145; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626.

231 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 199; PASLI, Devralınma, s. 272, dn. 8; BUZ, s. 65; ESİN, s. 89.

232 PASLI, Devralınma, s. 272.

233 SEROZAN, Borçlar Özel, s. 145; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s. 626-627; PASLI, Devralınma, s. 272-273; BUZ, s. 65.

C. İsviçre Hukukunda

İsviçre Federal Mahkemesi[234], senede bağlanmış olsun veya olmasın anonim şirket pay satışlarını taşınır satışı olarak değerlendirmekte ve taşınır satışına ilişkin hükümlerin konusu anonim şirket payları olan satış sözleşmelerine de uygulanacağını ifade etmektedir. Ancak Federal Mahkeme'ye göre, bir anonim şirketin tüm paylarının satılması hâlinde dahi satış sözleşmesinin konusunun anonim şirketin malvarlığı değil, yalnızca şirkete ait paylar olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla anonim şirkete ait payların ister bir kısmı, isterse de tamamı satılsın, satıcının sorumluluğu yalnızca satılan payların mevcudiyeti ve kapsamıyla sınırlıdır. Satıcı, ayrıca üstlenmediği sürece, payın ekonomik değerinden ve şirketin malvarlığındaki ayıplardan dolayı sorumlu tutulmamalıdır.

İsviçre doktrininde bir görüş[235], anonim şirket pay satışında satıcının sorumluluğunu İsviçre Federal Mahkemesi kararları doğrultusunda değerlendirmekte ve her türlü satış sözleşmesinde olduğu gibi, pay satışında da satıcının sorumluluğunun sadece satılan şeydeki ayıplarla sınırlı olduğunu ifade etmektedir[236]. Buna göre satıcı, yalnızca pay senedine ilişkin maddi ayıplar[237] ile paya ilişkin hukuki ayıplardan dolayı sorumludur[238]. Satıcının ayıptan doğan kanuni sorumluluğu, senette tecessüm eden hakka verilen ekonomik değer[239] ile şirketin malvarlığını kapsayacak şekilde genişletilemez. Bunun için sözleşmeyle, payları satılan anonim şirketin malvarlığındaki ayıplar ile ilgili olarak satıcının nitelik vaadinde veya garanti taahhüdünde bulunması kararlaştırılabilir[240].

Ancak İsviçre doktrininde günümüzde hâkim görüş[241], Federal Mahkeme'nin uygulamasını fazla şekilci bulmakta[242] ve pay devri şeklinde yapılan

---

234 BGE 107 II 419; BGE 79 II 155, BGer v. 14.01.2013, 4A_321/12012, E. 4.2.

235 Bkz. CAVIN, s. 79; KREN KOSTKIEWICZ, OFK OR, Art. 197 OR, N. 2; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24.

236 VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24.

237 CAVIN, s. 79; KREN KOSTKIEWICZ, OFK OR, Art. 197 OR, N. 2; VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24.

238 VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24.

239 CAVIN, s. 79.

240 VENTURI / ZEN-RUFFINEN, CR-CO I, Art. 197 CO, N. 24.

241 Bkz. GIGER Hans, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tauch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Artikel 184-215 OR,** 2. Auflage, Stämpfli & Cie, Bern, 1980, Art. 194 OR, N. 88; BALDI, s. 146; ERNST, s. 94; BÖCKLI, s. 63; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 427; VISCHER, Sachgewährleistung, s. 362; VISCHER, Qualifikation, s. 337.

işletme satışlarının *(share deal)* münferit pay satışlarından farklı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, anonim şirket paylarının tamamının veya alıcının şirket üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlayan orandaki payın satışı hâlinde, satış sözleşmesinin konusunu aslında paylar değil, o şirkete ait işletme oluşturmaktadır[243]. Zira bu tür pay satışlarının asıl amacı, alıcıya şirket üzerinde kontrol sağlayarak[244] şirkete ait malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkânı tanımaktır[245]. Dolayısıyla tarafların gerçek iradesi (Art.18 OR (TBK m.19)), pay satışına değil, işletme satışına yöneliktir[246]. Bu hâlde anonim şirket malvarlığının değil, yalnızca şirkete ait payların satış sözleşmesinin konusunu oluşturduğu sonucuna varmak, aşırı şekilci bir yorum olduğu gibi, tarafların iradesini de görmezden gelmektedir[247]. Buna karşılık münferit pay satışlarında, satıcının satış konusu payın ekonomik değerine ilişkin olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmamaktadır[248].

D. Alman Hukukunda

Alman Medenî Kanunu'nun hak satışına ilişkin §453 BGB hükmü gereğince, mal satışına ilişkin hükümler, kıyasen hak satışlarına da uygulanacaktır. Bununla birlikte, Alman hukukunda da satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, nitelikleri gereği hak satışlarına kural olarak uygulanamayacağı ifade edilmektedir[249]. Hak satışında satıcının yalnızca satılan hakkın mevcudi-

---

242 BÖCKLI, s. 63; TSCHÄNI / DIEM / WOLF, s. 191.

243 ERNST, S. 94; BÖCKLI, s. 63; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 427; VISCHER, Sachgewährleistung, s. 362; VISCHER, Qualifikation, s. 337.

Baldi ise anonim şirketin bütün payları satılsa dahi satış sözleşmesinin konusunu şirketin malvarlığının değil, satılan payların oluşturduğunu ifade etmektedir. Ancak *Baldi* de payların tamamının veya tamamına yakınının satılmasının, işletmenin bir bütün olarak satılmasıyla iktisadi açıdan eşdeğer olduğunu belirterek, bu hâlde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin işletmedeki ayıplar için de uygulanmasının dürüstlük kuralının bir gereği olduğu sonucuna ulaşmaktadır (BALDI, s. 146.).

244 GIGER, Art. 194 OR, N. 88.

245 BÖCKLI, s. 63.

246 GIGER, Art. 194 OR, N. 88; SCHENKER, Unternehmenskauf, s. 427; VISCHER, Sachgewährleistung, s. 362, dn. 9.

247 BÖCKLI, s. 63.

248 GIGER, Art. 194 OR, N. 89.

249 WESTERMANN Harm Peter, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** (Hrsg.: SÄCKER Franz Jürgen / RIXECKER Roland / OETKER Hartmut / LIMPERG Bettina), 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2019, §453 BGB, Rn. 14; HUBER Ulrich, "Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts", **AcP 2000/202, s.** 229.

yetinden sorumlu olduğu[250], hakkın iktisadi değerinden[251], ekonomik açıdan kullanılabilir ve değerlendirilebilir olup olmadığından ve hakkın ilişkin olduğu şeyin durumundan sorumlu olmadığı kabul edilmektedir[252]. Buna göre anonim şirket pay satışında da satıcı, ayrıca üstlenmediği sürece şirkete ait işletmedeki ayıplar[253] ile payın ekonomik değerinden dolayı sorumlu olmamakta, alıcıya karşı sadece payları satılan şirketin mevcudiyetini ve tasfiye edilmemiş olduğunu üstlenmektedir[254]. Payın kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlandığı durumlarda ise satıcı ayrıca senette bulunan ayıplardan, örneğin senet üzerindeki yazının zor okunmasından sorumlu olmaktadır[255].

Kural bu olmakla birlikte, bir şirketin bütün paylarının satılması hâlinde, satıcının şirket malvarlığındaki ayıplardan da sorumlu olması gerektiği Alman doktrininde[256] ve uygulamasında[257] kabul edilmektedir. Şirket paylarının tamamının satılması hâlinde, payları devralan alıcı, o şirket üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkânına kavuştuğundan[258], iktisadi açıdan o işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte alıcıya devrine *(asset deal)* benzer bir durum ortaya çıkmaktadır[259]. Bu açıdan bakıldığında, bir şirketin bütün paylarının satılması ile o şirkete ait işletmenin satılması arasında fiilen bir fark yoktur[260]. Dolayısıyla bu durumda satıcı, şirketin malvarlığındaki ayıplardan dolayı da alıcıya karşı sorumlu tutulmalıdır[261].

Alman hukukunda şirketin tüm paylarının satılmadığı, ancak satıcının veya üçüncü kişinin elinde kalan payların, alıcının o şirket üzerinde dilediği gibi tasarruf etmesine engel olamayacak kadar önemsiz olduğu hâllerde de

---

250 JAUERNIG Othmar (Hrsg.) / BERGER Christian, **Bürgerliches Gesetzbuch,** 18. Auflage, C. H. Beck, München, 2021, §453 BGB, Rn. 4-6; SCHULZE Reiner (Hrsg.) / SAENGER Ingo, **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,** 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2019, §453 BGB, Rn. 5; KORCH Stefan, "Der Unternehmenskauf", **JuS 2018, s.** 523.

251 JAUERNIG / BERGER, §453 BGB, Rn. 6; KORCH, s. 523.

252 JAUERNIG / BERGER, §453 BGB, Rn. 4.

253 JAUERNIG / BERGER, §453 BGB, Rn. 4, 16; FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34.

254 JAUERNIG / BERGER, §453 BGB, Rn. 4.

255 FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 7.

256 WESTERMANN, MünchKomm BGB, §453 BGB, Rn. 21; FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34; JAUERNIG / BERGER, §453 BGB, Rn. 16; KORCH, s. 523-524.

257 BGH, WM 1970, 819; BGH, NJW 2019, 145.

258 WESTERMANN, MünchKomm BGB, §453 BGB, Rn. 21; BGH, NJW 2019, 145.

259 KORCH, s. 523-524; BGH, NJW 2019, 145.

260 FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34; KORCH, s. 523.

261 FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34; BGH, NJW 2019, 145.

aynı sonuca ulaşılması gerektiği ifade edilmektedir[262]. Örneğin şirket paylarının yalnızca %0,25'inin alıcıya satılmaması, pay satışının işletme satışı olarak değerlendirilmesine engel değildir[263]. Belirtmek gerekir ki, ne zaman alıcıya satılmayan payların önemsiz olduğu ve pay satışının işletme satışı gibi değerlendirilmesi gerektiği oldukça tartışmalıdır[264]. Alman Federal Mahkemesi konuyla ilgili vermiş olduğu çeşitli kararlarında, şirket paylarının %49'unun[265] ve %60'ının[266] satılmasını yeterli bulmamıştır. Federal Mahkeme'ye göre[267], alıcı esas sözleşmeyi tek başına değiştiremediği sürece, işletme satışı niteliği taşıyan bir pay satışından söz etmek mümkün değildir. Doktrinde bir görüş ise[268] bu konuda azınlık pay sahiplerinin sebep göstermeden şirketten çıkarılmasına *(squeeze out)* imkân tanıyan §327a AktG hükmünün esas alınması gerektiğini ve payların en az %95'inin satışının işletme satışı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.

Halihazırda şirkette pay sahibi olan alıcının, diğer payları da satın alarak şirket paylarının tamamını elinde toplaması ise işletme satışı olarak değerlendirilmemektedir[269]. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi[270], şirkette %50 oranında paya sahip olan alıcının geriye kalan %50 oranındaki payı da edinerek şirketin tamamına hâkim olmasını işletme satışı olarak nitelendirmemiş ve satıcının şirket malvarlığındaki ayıplardan dolayı sorumlu olmadığına hükmetmiştir.

E. Görüşümüz

Türk, İsviçre ve Alman doktrini ve uygulamasında öne sürülen görüşler birlikte değerlendirildiğinde, hak satışında kural olarak ayıptan bahsedilemeyeceği ve satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinin kural olarak münferit pay satışlarına uygulanamayacağı sonucuna

---

262 FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34.

263 WESTERMANN, MünchKomm BGB, §453 BGB, Rn. 21; FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34; KORCH, s. 524; BGH, WM 1970, 819.

264 Bkz. FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34.

265 BGH, NJW 1976, 236.

266 BGH, NJW 1980, 2408.

267 BGH, NJW 1980, 2408.

268 WESTERMANN, MünchKomm BGB, §453 BGB, Rn. 22.

269 WESTERMANN, MünchKomm BGB, §453 BGB, Rn. 22; FAUST, BeckOK BGB, §453 BGB, Rn. 34.

270 BGH, NJW 2019, 145.

ulaşılabilir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere[271], payda maddi veya hukuki ayıplar mevcutsa, satıcının ayıptan sorumluluğu gündeme gelebilir. Anonim şirkete ait malvarlığı ve işletmenin ayıplı olması ve bu nedenle paydan elde edilen ekonomik kazancın beklentinin gerisinde kalması (ekonomik ayıp) ise kural olarak satıcının sorumluluğunu doğurmaz. Münferit pay satışlarında satıcının şirket malvarlığındaki veya payın ekonomik değerindeki ayıplardan dolayı alıcıya karşı sorumlu olabilmesi için bunu ayrıca üstlenmiş olması gerekir.

Bununla birlikte kanaatimizce, İsviçre ve Almanya'da doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen ve Türk doktrininde de kabul gören görüş doğrultusunda, anonim şirket pay satışının "dolaylı işletme satışı" olarak nitelendirilebildiği durumlarda *(share deal)*, satıcının şirkete ait işletmenin ayıplı olmasından da sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Her ne kadar hukuki açıdan bakıldığında bu durumda da satış sözleşmesinin konusunu şirkete ait malvarlığı değil, sadece ortaklık hakkı oluştursa da, ekonomik açıdan işletmenin aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak devrine *(asset deal)* eşdeğer bir durum meydana gelmektedir. Bu nedenle şirket üzerinde kontrolü ele geçirebilecek ve şirkete ait işletme üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecek oranda pay satın alan kişinin de tıpkı şirkete ait işletmeyi aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak devralan kişi gibi satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinden yararlanabilmesi gerekmektedir.

Burada ortaya çıkan bir başka sorun, bir pay satışının ne zaman işletme satışı ile eşdeğer tutulması gerektiği ile ilgilidir. Payların tamamının veya tamamına yakınının alıcıya satılması hâlinde alıcının o şirket üzerindeki kontrolü tek başına ele geçireceğinde tereddüt edilmemelidir. Ancak kanaatimizce *Böckli*'nin[272] de belirttiği üzere, bir pay satışının ne zaman işletme satışı ile eşdeğer tutulması gerektiğinin tespitinde, payların tamamının veya tamamına yakınının devri yerine anonim şirket üzerindeki kontrolün satıcıdan alıcıya geçmesi ölçütünün esas alınması daha yerinde olacaktır. Kanaatimizce alıcının ne zaman anonim şirket üzerindeki kontrolü ele geçirdiği tespit edilirken, şirketler topluluğunda hâkimiyete ilişkin TTK m.195 hükmünden yol gösterici olarak yararlanılabilir. Bu çerçevede, %50,1 oranındaki payın satışı dahi somut olayın özelliklerine göre işletme satışı gibi değer-

---

[271] Anonim şirket pay satışında maddi ayıp hakkında bkz. VI, 1, B, a. Hukuki ayıp hakkında bkz. VI, 1, B, b.

[272] BÖCKLI, s. 64.

lendirilebilir ve satıcı, işletmedeki ayıplardan da sorumlu tutulabilir (krş. TTK m.195/1-a(1), m.195/2)[273]. Ancak şirkette zaten örneğin %40 oranında paya sahip olan alıcının, %10,1 oranındaki payları satın alarak şirkette pay ve oy çoğunluğunu elde etmesi, kural olarak işletme satışı olarak değerlendirilemez[274]. Bununla birlikte *Esin*'in[275] belirttiği üzere, istisnai olarak azınlık paylarının satışı da şirket üzerindeki kontrolün alıcıya geçmesini sağlayabilir ve somut olayın özelliklerine göre işletme satışı ile eşdeğer tutulabilir. Örneğin yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanıyan payların (TTK m.360) satışı (krş. TTK m.195/1-a(2)), şirketteki payların çoğunluğunun alıcıya geçmesini sağlamasa dahi bu kapsamda değerlendirilebilir[276].

SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesine ilişkin hükümleri taşınır ve taşınmaz eşya satışı temel alınarak düzenlenmiş olsa da eşya dışındaki devredilebilir ve para ile değerlendirilebilir diğer hakların da satış sözleşmesine konu olabileceği konusunda şüphe yoktur. Bu çerçevede, senede bağlanmış olsun veya olmasın anonim şirket payları da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Nitekim uygulamada anonim şirket paylarının devrini sağlayan tasarruf işleminin hukuki sebebini, çoğu zaman bir satış sözleşmesi niteliği taşıyan bir borçlandırıcı işlem oluşturmaktadır. Anonim şirket pay satış sözleşmesi *(share purchase agreement)* ile satıcı sözleşme konusu payların mülkiyetini alıcıya devretme borcu, alıcı da kararlaştırılan bedeli satıcıya ödeme borcu altına girmektedir. Her satış sözleşmesi gibi anonim şirket pay satış sözleşmesi de rızaî bir sözleşme niteliği taşıdığından, sözleşmenin geçerli olması için tarafların şirket payı ile paranın değiştirilmesi konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekli ve yeterlidir. Yargıtay'ın bazı kararlarda ifade ettiğinin aksine, pay senetlerinin zilyetliğinin alıcıya devrine gerek yoktur. Türk Ticaret Kanunu'nda pay senetlerinin devrine ilişkin olarak öngörülen şekil şartları borçlandırıcı işlem niteliğindeki pay satış sözleşmesine değil, tasarruf işlemine ilişkindir.

---

[273] Her ne kadar azınlık hakları ve diğer pay sahiplerinin bireysel hakları, çoğunluk pay sahibinin şirket üzerindeki kontrol gücünü sınırlasa da çoğunluk paylarının satışında da alıcının pek çok konuda şirket politikasını belirleme gücünü elde ettiği ve kural olarak payların çoğunluğunun satışının işletme satışı gibi değerlendirilebileceği yönünde bkz. ESİN, s. 91-92.

[274] BÖCKLI, s. 64-65.

[275] ESİN, s. 93.

[276] Alman hukuku bakımından denetim kuruluna *(Aufsichtsrat)* üye gönderme imtiyazı tanıyan payların satışının işletme satışı olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. ESİN, s. 93.

Anonim şirket pay satış sözleşmesinin esas konusunu, paya bağlı ortaklık hakkı oluşturmaktadır. Dolayısıyla anonim şirket pay satışı, pay kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanmış olsa dahi taşınır eşya satışı değil, hak satışı niteliği taşımaktadır. Bu nedenle taşınır satışına ilişkin hükümler anonim şirket pay satışına doğrudan değil, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin 214 vd. maddelerinin hak satışına da uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre, satış sözleşmesinin kurulmasından önce pay üzerinde üçüncü bir kişinin mülkiyet veya sınırlı bir ayni hakkının bulunması ve bu nedenle satılan payın alıcının elinden alınması durumunda zapt söz konusudur. Ancak anonim şirket paylarının kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanması durumunda alıcının iyiniyeti korunacağından, zapttan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı pay satışları bakımından oldukça daralmaktadır. Bununla birlikte, senede bağlanmamış payların iyiniyetle iktisabını sağlayan bir düzenleme olmadığından, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler çıplak pay satışlarında uygulama alanı bulabilecektir.

Satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinin ise kural olarak yalnızca mal satışlarına uygulanacağı ve hak satışlarına uygulanamayacağı doktrinde ifade edilmektedir. Hak satışı niteliği taşıyan anonim şirket pay satışında da satıcının sorumluluğu kural olarak doğrudan paya ilişkin olan maddi ve hukuki ayıplarla sınırlıdır. Buna göre, pay senedinin bozuk, lekeli veya yırtık olması yahut payın sözleşmede öngörülen hukuki nitelikleri taşımaması, ayıp olarak nitelendirilebilir. Ancak anonim şirkete ait malvarlığı ve işletmenin ayıplı olması ve bu nedenle paydan elde edilen ekonomik kazancın beklentinin gerisinde kalması (ekonomik ayıp), satıcı ayrıca üstlenmediği sürece, satıcının sorumluluğunu doğurmamaktadır. Bu nedenle uygulamada genellikle satıcılar, payları satılan şirketin sözleşmenin yapıldığı anda satış konusu payın veya payları satılan şirketin belirli olumlu özellikleri taşıdığına veya belirli olumsuz özellikleri taşımadığına ilişkin nitelik vaadinde yahut garanti taahhüdünde bulunmaktadırlar.

Bununla birlikte yine hak satışı niteliği taşımakla birlikte, işletme satışında satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.219 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği ve satıcının kanun gereği işletmedeki ekonomik ayıplardan da sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Özellikle işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte satışında *(asset deal)* satıcının işletmedeki ayıplardan sorumlu olduğu konusunda tereddüt yoktur. Ancak uygulamada genellikle,

işletmenin aktif ve pasiflerinin devri yerine o işletmeyi işleten sermaye şirketinin paylarının devredildiği ve alıcının şirkete ait işletme üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecek şekilde şirket üzerinde kontrolü elde ettiği görülmektedir *(share deal)*. Bu durumda da satış sözleşmesinin konusunu şirkete ait malvarlığı değil, sadece ortaklık hakkı oluştursa da, ekonomik açıdan işletmenin aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak devrine *(asset deal)* eşdeğer bir durum meydana gelmektedir. Dolayısıyla anonim şirket üzerindeki kontrolün satıcıdan alıcıya geçmesi sonucu doğuran pay satışları, "dolaylı işletme satışı" olarak nitelendirilmeli ve satıcı, ayrıca üstlenmese dahi anonim şirkete ait işletmedeki ekonomik ayıplardan sorumlu olmalıdır. Kanaatimizce alıcının ne zaman anonim şirket üzerindeki kontrolü ele geçirdiği tespit edilirken, şirketler topluluğunda hâkimiyete ilişkin TTK m.195 hükmünden yol gösterici olarak yararlanılması mümkündür. Bu değerlendirme yapılırken kontrolün satıcıdan alıcıya geçmesi ölçütü kullanılmalı ve yalnızca satış sözleşmesinin konusunu oluşturan paylar dikkate alınmalıdır.

KISALTMALAR

Abs. : Absatz

AcP : Archiv für civilrechtliche Praxis

AktG : Aktiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu)

Art. : Artikel

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BeckOK : Beck'scher Online-Kommentar

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)

BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

bkz. : bakınız

BSK : Basler Kommentar

C. : Cilt

CR : Commentaire romand

dn. : dipnot

E. : Esas

eBK : 808 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu

éd. : éditeur(s)

eTTK : 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu

Hrsg. : Herausgeber

JuS : Juristische Schulung

K. : Karar

krş. : karşılaştırınız

m. : madde

MÜHFD-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MünchKomm : Münchener Kommentar

N. : Numara

NJW	**:**	Neue Juristische Wochenschrift
OFK	**:**	Orell Füssli Kommentar
OR	**:**	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	**:**	Randnummer
s.	**:**	sayfa
S.	**:**	Sayı
SerPK	**:**	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SJZ/RSJ	**:**	Schweizerische Juristen-Zeitung / Revue suisse de Jurisprudence
SZW/RSDA	**:**	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht / Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
TBK	**:**	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	**:**	4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TTK	**:**	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	**:**	ve devamı
WM	**:**	Wertpapier-Mitteilungen

KAYNAKÇA

AKA Beyza, **Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki Hukuki İşlemler,** Aristo, İstanbul, 2021.

ARAL Fahrettin / AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,** 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.

ARICI Mehmet Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri,** Vedat, İstanbul, 2008.

ARIKAN Mustafa, "Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler", **MÜHF-HD,** C. 22, S. 1, s. 265-299.

AYOĞLU Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim,** On İki Levha, İstanbul, 2018.

BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku,** 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

BALDI Peter, **Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft,** Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1975.

BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku,** 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013.

BÖCKLI Peter, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen", **Mergers & Acquisitions I,** (Hrsg.: TSCHÄNI Rudolf), Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1998, s. 46-86.

BUZ Vedat, "Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu", **Batider,** C. XXXV, S. 3, 2019, s. 65-93.

CAVIN Pierre, **La vente - L'échange - La donation, Traité de droit privé suisse, Tome VII, 1,** Éditions Universitaires, Fribourg, 1978.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Taksitle Satım" Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler", **Legal Hukuk Dergisi,** C. 9, S. 98, Şubat 2011, s. 525-552.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 25. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020 (Borçlar Genel).

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020 (Borçlar Özel).

ERGÜNE Mehmet Serkan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan,** Filiz, İstanbul, 2013, s. 515-536.

ERİŞ Gönen, **Anonim Şirketler Hukuku,** Seçkin, Ankara, 1995.

ERNST Wolfgang, "Haftung und Gefahrtragung beim Aktienkauf", **Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag,** Stämpfli, Bern, 2009, s. 89-128.

ESİN İsmail Gökhan, **Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf nach deutschem und türkischem Kaufrecht,** Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.

ESİN İsmail G. / LOKMANHEKİM S. Tunç, **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar,** Beta, İstanbul, 2003.

FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter, **Schweizerisches Aktienrecht,** Stämpfli, Bern, 1996.

GIGER Hans, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tauch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Artikel 184-215 OR,** 2. Auflage, Stämpfli & Cie, Bern, 1980.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1,** Vedat, İstanbul, 2008 (2008).

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I,** 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2013 (2013).

HAU Wolfgang / POSECK Roman (Hrsg.), **Beck'scher Online-Kommentar BGB,** 57. Edition, C. H. Beck, München, 2021, (BeckOK BGB).

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf (Hrsg.), **Basler Kommentar, Obligationenrecht II,** (Hrsg.:), 5. Auflage, Helbing Lichterhahn, Basel, 2016 (BSK-OR II).

HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (Hrsg.), **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, 6. Auflage, Helbing Lichterhahn, Basel, 2015 (BSK-OR I).

HUBER Ulrich, "Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts", **AcP 2000/202,** s. 179-242.

JAUERNIG Othmar (Hrsg.), **Bürgerliches Gesetzbuch,** 18. Auflage, C. H. Beck, München, 2021.

KAPANCI Kadir Berk, **Satış Hukukunda Ayıptan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri,** On İki Levha, İstanbul, 2012.

KARAYALÇIN Yaşar, "Pay Senediyle İlgili Satış Sözleşmesinin Geçerli Olması İçin Senedin Teslimi Gerekir Mi?", **Batider,** C. X, S. 3, 1980, s. 761-768.

KORCH Stefan, "Der Unternehmenskauf", **JuS 2018,** s. 521-526.

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta / WOLF Stephan / AMSTUTZ Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.), **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2016 (OFK OR).

MEIER-HAYOZ Arthur / FORSTMOSER Peter, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht,** 10. Auflage, Stämpfli, Bern, 2007.

NOMER Haluk Nami / ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1: Satış Sözleşmesi,** 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2015.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.

PASLI Ali, **Anonim Ortaklığın Devralınması,** Vedat, İstanbul, 2009 (Devralınma).

PASLI Ali, "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Pay (Hisse) Devri", **Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 12 Ekim 2018,** On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 71-137 (Pay Devri).

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019 (Ortaklıklar I).

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II,** 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019 (Ortaklıklar II).

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III,** 3. Baskı, Ankara, 2018.

SÄCKER Franz Jürgen / RIXECKER Roland / OETKER Hartmut / LIMPERG Bettina (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,** 8. Auflage, C. H. Beck, München, 2019 (MünchKomm BGB).

SCHENKER Urs, "Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörung im Unternehmenskaufvertrag", **Mergers & Acquisitions VI,** (Hrsg.: TSCHÄNI Rudolf), Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2004, s. 110-157 (Rechtsbehelfe).

SCHENKER Urs, **Unternehmenskauf: Rechtliche und steuerliche Aspekte,** Stämpfli, Bern, 2016, (Unternehmenskauf).

SCHULZE Reiner (Hrsg.), **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,** 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2019.

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** 3. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018 (Borçlar Özel).

SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I,** 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014 (Eşya).

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku,** 5. Bası, Vedat, İstanbul, 2014, (Medeni Hukuk).

SEVİ Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri,** 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

SPOERLÉ Philip, **Die Inhaberaktie,** Dike, Zürich / St. Gallen, 2015.

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku,** 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1,** Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkıbasım, Vedat, İstanbul, 2008.

TAŞDELEN Nihat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması,** Vedat, İstanbul, 2005.

THÉVENOZ Luc / WERRO Franz (éd.), **Commentaire romand, Code des obligations I,** 2e édition, Helbing Lichterhahn, Bâle, 2012 (CR-CO I).

TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob / WOLF Mathias, **M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht,** 2. Auflage, Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2013.

TÜRKYILMAZ İsmail, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Satış Sözleşmeleri Ekseninde Satıcının Beyan ve Tekeffülleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Füsun, **Kıymetli Evrak Hukuku,** 12. Bası, Vedat, İstanbul, 2019 (Kıymetli Evrak).

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KAYA Arslan / NOMER ERTAN N. Füsun, **Ticari İşletme Hukuku,** 6. Bası, Vedat, İstanbul, 2019 (Ticari İşletme).

VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı,** On İki Levha, İstanbul, 2014.

VISCHER Markus, "Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. (Kläger und Beschwerdeführer) gegen B. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin))", **SZW/RSDA 2003/6,** s. 335-340 (Qualifikation).

VISCHER Markus, "Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf", **SJZ/RSJ 2005/10,** (Rechtsgewährleistung).

VISCHER Markus, "Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen", **SJZ/RSJ 2001/16-17,** s. 361-368 (Sachgewährleistung).

WALTER Stephanie, **Die vertragliche Allokation rechtlicher Vollzugsrisiken bei privaten Aktienkäufen,** Schulthess, Zürich / Basel / Genf, 2019.

WEIß Gottfried, "Das Verhältnis der sachenrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs zur Entwehrung und Mängelhaftung beim Wertpapierkauf**", Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag vom Prof. Dr. Theo Guhl,** Zürich, 1950, s. 141-164.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014 (Borçlar Özel).

YAVUZ Cevdet, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu,** Beta, İstanbul, 1989 (Satıcının Sorumluluğu).

ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 16. Bası, Turhan, Ankara, 2016.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2181-2212

LİMİTED ŞİRKETLERDE ÇIKMA VE ÇIKARILMA DURUMLARINDA ŞİRKETİN KENDİ PAYINI İKTİSABI SORUNU VE İSVİÇRE HUKUKUNDA DURUM(*)(**)

Av. **Mehmet Yusuf SERT**(***)
Av. **Zeynep BİLDİK**(****)

Öz: Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı 6102 sayılı Türk Ticaret nu'nda ("**TTK**") oldukça ayrıntılı düzenlenmesine rağmen limited şirketlerde bu kurum tek bir maddede düzenlenmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde maddenin anonim şirketlere paralel düzenlendiği ifade edilmiş olmasına rağmen limited şirketlere ilişkin düzenleme anonim şirketlerden önemli farklılıklar barındırmaktadır. Çıkma ve çıkarılma durumunda mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda ("**İBK**") şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesine ilişkin %35 olan sınırı %20 olarak iktibas eden kanun koyucu, limited şirketlerde şirket ve ortakların sahip olduğu önemli karakteristik haklardan biri olan çıkma ve çıkarılma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını pratikte önemli ölçüde zorlaştırmıştır. Genelde az ortaklı ve sermayeli kurulan limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma durumlarında şirketin kendi payını iktisabın sınırının %20 olarak belirlenmesi şirketin bir arada tutulmasına ve ortakların gerektiği zaman şirketten çıkmasına engel oluşturacaktır. Bu çalışmada konunun daha iyi aydınlatılması adına şirketin kendi paylarını iktisabının yanı sıra çıkma ve çıkarılma müesselerine ilişkin genel açıklamalarda bulunulduktan sonra, yukarıda anılan düzenlemenin uygulamada yarattığı sorunlar, doktrinde konuya ilişkin getirilen eleştiriler ve kendi görüşümüz İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Limited Şirketin Kendi Payını İktisabı, Çıkma Hakkı, Çıkarılma Hakkı, Haklı Sebeple Fesih Davası.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.09.2020 - Makale Kabul Tarihi: 08.12.2021.

(**) Yazarlar, makalenin yazımı sırasında emeğini ve desteğini esirgemeyen Dr. Rifat Cankat'a teşekkürü borç bilirler.

(***) Avukat, İstanbul Barosu (ORCID no: 0000-0002-1242-2177; *yusufsert649@gmail.com*).

(****) Avukat, İstanbul Barosu (ORCID no: 0000-0002-6396-5905; *zeynepbildik97@gmail.com*).

ISSUE OF LIMITED LIABILITY COMPANIES' ACQUISITION OF ITS OWN SHARES IN CASE OF EXITING UNDER THE TURKISH LAW IN COMPARISON WITH THE SWISS LAW

Abstract: Although joint stock companies' acquisition of its own shares is regulated in detail in the Turkish Commercial Code numbered 6102 ("**TCC**"), this mechanism in limited liability companies is regulated under a single article. Even though the TCC's preamble states that the article related to limited liability companies is drafted in parallel with joint stock companies, there exists crucial differences. The limit of 35% regarding acquisition of own shares was quoted as 20% from the Swiss Code of Obligations in case of exiting and excluding, one of the material and characteristic rights conferred to the company and the shareholders in limited liability companies, which is preventing the efficient exercise of the right to exit in practice. In limited liability companies, which are generally founded with few shareholders and capital, allowing the company to acquire its own shares merely up to 20% in case of exiting will prevent the company from holding the company together and the shareholders from leaving the company at any time. In this study, after making general explanations on acquisition of own shares and exiting and excluding mechanisms in an effort to clarify the subject matter of this article, the problems faced in practice arising out of the aforementioned provision along with scholars' critics and our view on this matter will be discussed in comparison with the Swiss law.

Keywords: Limited Liability Companies, Right to Exit, Right to Exclude, Right to Ask for Dissolution, Company's Acquisition of Its Own Shares.

GİRİŞ

Şirketlerin kendi paylarını iktisabı düzenlemelerinin tarihsel gelişimi incelendiğinde önceden yasaklanan bu kurum, sonradan şirketlerin kendi paylarını iktisabının sakıncaları da göz önünde bulundurularak getirilen istisnalarla şirketlerce kullanılabilir hale getirilmiştir. Hukuk sistemimizde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("**ETTK**") limited şirketler bakımından kendi paylarını iktisabı serbest bırakmakla birlikte, doktrinde şirketin paylarının tamamını iktisap etmesi sorunu tartışılmıştır.[1] Yeni TTK döneminde ise,

[1] ÇAPA Mehmet Sadık, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss. 118-119; Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. TEOMAN Ömer, "Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu)", **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 125-135.

gerek limited şirketlerin gerekse de anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı sınırlandırılmış ancak bu sınırlama bazı istisnalarla karşılaştırmalı hukukla paralel bir şekilde yumuşatılmıştır.[2] Mevcut sistemde, anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı TTK'nın m.379 ila 383. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna karşın, limited şirketlerin kendi paylarını iktisabına ilişkin kanunumuzda boşluklar mevcuttur. Bu eksiklikler, aşağıda ortaya konacağı üzere limited şirketin karakteristik kurumlarından olan çıkma ve çıkarılma kurumlarının etkili bir şekilde kullanılmasını engellemektedir. Kanun koyucu mehaz kanun olan İBK'daki düzenlemeyi aynen kabul etmeyerek, az ortaklı limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma müesseselerinin kullanılmasını zorlaştırmıştır.

I. ANONİM ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABI

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı 1926 tarihli ve 865 sayılı TTK'da düzenlenmemiş olup,[3] ETTK anonim ve limited şirketlerin kendi paylarını iktisabı ile ilgili ilk düzenlemeleri getirmiştir[4]. ETTK'da anonim şirketler açısından şirketin kendi paylarını iktisabı kural olarak yasak olmasına[5] karşın limited şirketler açısından böyle bir yasak mevcut değildir. Anonim şirketlerle ilgili ETTK'da yer alan düzenlemede bedelleri tamamen ödenmiş paylar ile bedelleri kısmen ödenmiş paylar arasında bir ayrım yapılmış ve bedelleri tamamen ödenmemiş payların iktisabı ve rehin alınması kural olarak yasaklanmıştır.[6] Bedelleri tamamen ödenmemiş payların sadece şirketin bir alacağının tahsili amacıyla iktisabına ve ivazsız iktisabına izin verilmiştir.[7] İstisnai olarak, ETTK m.526/2 uyarınca payların bedellerinin tamamen ödenmesi kaydıyla, şirketin kendi paylarını iktisabı ve rehin alınması serbest bırakılmıştır. Yine aynı madde uyarınca şirket tarafından yapılan bu iktisabın bedelinin ancak ortaklık mallarının esas sermayeyi aşan

---

2 PALTA Nihan, "Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 91, Sayı 4, 2017, ss. 44-73, s. 54; Avrupa Birliği hukukundaki konuya ilişkin düzenlemeler için bkz. PALTA, ss. 46-47; ÇAPA ss. 23-29.

3 ÇAPA, ss. 4-5.

4 PALTA, s. 44.

5 ETTK m.329; DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması TTK Şerhi II**, Yaylacık Matbaa, İstanbul, 1988, s. 579.

6 PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 2778; DOMANİÇ, s. 580.

7 POROY Rehan/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 428.

kısmıyla ödenmesine izin verilmiştir. ETTK'daki düzenlemede mevcut düzenlemenin aksine iktisap edilecek payların oranı açısından bir sınırlama getirilmemiştir. 2012 yılında yürürlüğe giren TTK'da ise aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, kanun koyucu ETTK'dan farklı bir düzenleme getirmiş ve bedeli tamamen ödenmiş paylar ile bedelleri kısmen ödenmiş paylar arasındaki farkı ortadan kaldırarak, şirketin, ivazsız iktisapları da kapsayacak şekilde, sadece bedelleri tamamen ödenmiş payları iktisabına izin vermiştir.[8]

Anonim şirketlerde şirketin kendi paylarını iktisabı, TTK'da 379 ila 383. maddeler arasında limited şirketlere nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. ETTK'da anonim şirketlerin kural olarak kendi paylarını iktisabına izin verilmemekle birlikte, TTK'da şirketin kendi paylarını iktisabında sınırlı bir serbestlik getirilmiştir[9]. İlgili düzenlemeye göre, şirket paylarının %10'unu aşmayacak şekilde kendi paylarını serbestçe iktisap edebilir ya da rehin olarak kabul edebilir. Kanun koyucu burada ön şart olarak payların bedellerinin tamamen ödenmiş olmasını aramış; şirketin, payların bedelleri tamamen ödenmiş olmadıkça, kendi paylarını iktisap etmesine izin vermemiştir. Bunların yanı sıra, şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için şirketin net aktifinin TTK m.379/3'te öngörülen miktardan az olmaması gerekmektedir. Buna göre, TTK m.379/3 uyarınca iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı, başka bir deyişle dağıtılamayan malvarlığı kadar olmalıdır.

Yukarıdaki şartların sağlanması halinde, şirketin kendi paylarını iktisabı yönünde bir karar alınması gerekmektedir. Şirketin kendi paylarını iktisabı kararını verecek organ ise yönetim kuruludur, fakat TTK m.379/2 uyarınca yönetim kurulunun bu kararı alabilmesi için genel kurul tarafından yetkilendirilmesi şarttır. Genel kurulun yetkilendirme kararında, iktisap edilecek payların itibarî değer sayıları belirtilerek, toplam itibarî değerleriyle söz konusu paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırının gösterilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu her izin talebinde şartların oluştuğunu gerekçele-

---

8 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 428.

9 AYAN Özge, "Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, ss. 185-228, s. 187.

riyle genel kurula sunmak zorundadır. Ancak TTK m.381 uyarınca yakın ve ciddi bir kaybın öngörülmesi durumunda, yetkilendirme kararına gerek duyulmaksızın yönetim kurulu şirketin kendi payını iktisap etmesine veya rehin kabul etmesine karar verebilmektedir. Son olarak öngörülen bir diğer şart şirketin kendi paylarını iktisap ederken, iktisap ettiği pay kadar yedek akçe ayırmasıdır. TTK m.520 uyarınca, şirket kendi paylarını iktisap ederken ödemiş bulunduğu bedeli karşılayacak kadar yedek akçe ayırmak zorundadır. Kendi payını iktisap için ayrılmış bu yedek akçeler, iktisap edilen paylar TTK m.384 uyarınca üç yıllık süre içinde elden çıkarıldıklarında veya sermaye azaltımı yoluyla itfa edildiklerinde çözülecektir.

Şirketin TTK m.379'da öngörülen şartlara bağlı kalmadan kendi paylarını iktisabı TTK m.382 ve m.383'te düzenlenmiştir. Bu istisnai hallerde dahi şirket her ne kadar oransal bir sınırlama olmadan kendi paylarını iktisap edebilecek olsa da TTK m.338/3 uyarınca şirket, kendi paylarının tek sahibi konumuna gelemez. İstisnalardan birini oluşturan TTK m.383 uyarınca şirket, ivazsız olmak kaydıyla %10'luk sınıra bağlı kalmaksızın kendi paylarını iktisap edebilecektir. TTK m.382'de ise anonim şirketin ivazlı olarak kendi paylarını iktisap etmesinin istisnaları beş bent halinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, şirket sermaye azaltımı yapıyorsa, külli halefiyet kuralının gereği olarak payları iktisap ediyorsa, kendi paylarını iktisap kanuni bir yükümlülükten doğuyorsa, iktisap cebri icradan bir şirket alacağının tahsili amacına yönelikse veya şirket menkul kıymetler şirketiyse TTK m.379'da öngörülen %10'luk sınıra tabi olmaksızın kendi paylarını iktisap edebilmektedir.

Limited şirketlerdeki çıkma ve çıkarılma düzenlemeleriyle ilgisi olması gerekçesiyle, TTK m.383'teki istisnalardan biri olan kanuni yükümlülükten doğan kendi paylarını iktisap hali haklı sebeple fesih davası ekseninde burada özel olarak incelenecektir. Öncelikle anonim şirketlerde şahıs ortaklıkları anlamında çıkma ve çıkarılma bulunmamasına karşın, çıkma ve çıkarılma benzeri haller bulunmaktadır.[10,11] Haklı sebeple fesih davasının sonucu olarak hakim kararıyla pay sahibinin çıkarılması, TTK'da düzenlenen çıkarılma benzeri hallere örnek olarak gösterilebilir. Pay sahibinin çıkarılmasıyla sonuçlanabilecek haklı neden-

---

[10] POROY Rehan/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (Kısaltma Cilt I) s. 673.

[11] Çıkma ve çıkarılma benzeri hallere örnek olarak birleşmede ayrılma payının ödenmesi suretiyle pay sahibinin birleşme dışında bırakılması, hâkim ortağın TTK m.208 uyarınca satın alma hakkını kullanarak azınlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına sebep olması gösterilebilir.

le fesih davası açma hakkı anonim şirkette, TTK m.531 çerçevesinde, azlık pay sahiplerine tanınmıştır. Azlık pay sahipleri bu davayı fesih talebiyle açmak zorunda olmasına rağmen, madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere haklı sebebin varlığı halinde bile, hâkim, fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.[12] Şirketin feshedilmesi *ultima ratio* olarak değerlendirilmeli ve şirketin ayakta kalması sağlanmaya çalışılmalıdır.[13] Hâkim burada 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.26 çerçevesindeki genel kuralın aksine davacının talebiyle bağlı değildir; dolayısıyla bu hüküm, taleple bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır.[14]

Fesih davasında şirketin feshine alternatif olarak bulunabilecek çözümler yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır.[15] Doktrindeki birçok yazar[16] ise feshe alternatif çözüm olarak davacının şirketten çıkarılması[17] suretiyle şirketin bu payları iktisap etmesine hakimin karar verebileceğini savunmuştur. Hakimin şirketin kendi paylarını iktisabına ve dolayısıyla ortağın şirketten çıkarılmasına karar vermesi durumunda, bu karar doktrindeki ağırlıklı görüşe göre[18] TTK m.382/1-c'de düzenlenen "*şirketin kanuni yükümlülüğü*" istisnası kapsamına girmelidir. Dolayısıyla hakimin haklı sebeple fesih davasında şirketin kendi pay-

---

[12] NOMER ERTAN Füsun, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası, TTK 531 Üzerine Düşünceler", **İÜHFM**, Cilt 73, Sayı 1, 2015, ss. 421-440, s. 429; ÇAPA, ss. 115-116.

[13] Tolga Ayoğlu, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 78, Sayı 2013/2, 2015, ss. 219-252, s. 225.

[14] ŞAHİN Ayşe "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 117-118, 2014, ss. 145-174, s. 162 (Kısaltma Hukuki Sorunlar).

[15] TTK m.531 gerekçesi: "*Şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkeme; şirketi feshetmek yerine, fesih talebinde bulunan paysahiplerinin paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve kendilerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Davacıya paranın kimin tarafından ve nasıl ödeneceği, bu payları geçici olarak şirketin iktisap edip edemeyeceği yargı kararlarına ve öğretideki görüşlere göre belirlenecektir.*"

[16] ÇAPA s. 117; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 356.

[17] TTK m.531 uyarınca ayrılmanın hukuki niteliğinin çıkarılma olmayıp çıkma olduğunu savunan görüş için bkz. ŞAHİN, Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 395 (Kısaltma Fesih); Davalının paylarının iktisap edilerek çıkarılması hakkında bkz. YÜKSEL Sinan Hüdai, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 863-881, s. 880.

[18] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 358; ÇAPA, s. 118; Karşı görüş için bkz. AYAN Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)", **Legal Hukuk Dergisi,** Sayı 102, 2011, ss. 2237-2266, s. 2256; ŞAHİN, Hukuki Sorunlar, s. 147.

larını iktisap etmesine karar vermesi halinde şirket %10'luk sınıra bağlı kalmaksızın kendi paylarını iktisap edebilecektir. Sonuç olarak, anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davasının sonucunda ortağın çıkarılmasında TTK m.379'da öngörülen %10'luk sınır uygulanmayacak, bu karar TTK m.382 kapsamında değerlendirilip şirketin kendi paylarını iktisabında sınır uygulanmayacaktır.

Mehaz İBK'da ise, gerek anonim şirketlerin (*la société anonyme*) gerekse limited şirketlerin (*la société à responsabilité limitée*) kendi paylarını iktisabı Türk hukukundan farklı düzenlenmiştir. Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabının ana kuralı İBK m.659/1'de düzenlenmiş olup TTK m.379/1'deki düzenleme ile paraleldir. Bu düzenlemeye göre, şirket serbestçe kullanabileceği öz kaynaklarından finanse etmek kaydıyla, sermayeyi oluşturan payların %10'una kadar iktisap edebilir. Öte yandan ana kuralın istisnaları, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup Türk hukukundaki düzenlemeden önemli farklılıklar göstermektedir.

Bu farklılıklardan en önemlisi kendi payını iktisap istisnalarının İsviçre hukukunda prensipte şirket tarafından pay devrinin haklı sebep olmaksızın reddedilmesi halleriyle sınırlı olmasıdır.[19] Şöyle ki, İsviçre hukukunda Türk hukukuna paralel olarak anonim şirketin esas sözleşmesine konulacak bir hüküm ile payların devri şirket onayına tabi tutulabilmektedir.[20] Böyle bir durumda, şirket pay devrini esas sözleşmede öngörülmüş bir haklı sebeple reddedebilir; haklı sebep göstermeyeceği durumda ise şirketin, ortağın paylarını satın alma zorunluluğu doğar. Son duruma özgü olarak İsviçre hukukunda, anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabına bir istisna getirilmiştir.[21] Buna göre İBK m.659/2 uyarınca şirket paylarının devrinin kısıtlanmasına bağlı olarak şirketin kendi paylarını iktisap etmesinde sınır %20 olarak uygulanacaktır. Buna karşın, kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte şirketin haklı sebeple feshi davasında hâkimin, sınır uygulanmadan şirketin kendi paylarını iktisabına karar verebileceği doktrinde ileri sürülmüştür.[22] Ortaya konduğu üzere, anonim şirketlere ilişkin TTK düzenlemesinde yer alan istisnalar çok daha kapsamlı olup, mehaz kanundan önemli farklılıklar arz etmektedir.

---

[19] Sermaye azaltımı kapsamında şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde herhangi bir sınır uygulanmayacağı hakkında bkz. TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, vd., **Code des Obligation II - Commentaire Romand**, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2017, s. 570.

[20] İBK m.685a.

[21] TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, s. 569.

[22] TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo ve diğ, s. 569.

II. LİMİTED ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABI

Kanunun gerekçesinde[23] limited şirketlerin kendi paylarını iktisabına ilişkin ana kuralın anonim şirketlere paralel düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak limited şirketlerdeki düzenlemenin gerekçedeki bu ifadenin aksine, anonim şirketlerdeki düzenlemeden farklılaştığı ve hatta eksik kaldığı noktalar bulunmaktadır. Limited şirketlerin kendi paylarını iktisabı, anonim şirketlerdeki ayrıntılı düzenlemelerin aksine, yalnızca tek bir maddede (*TTK m.612*) düzenlenmiş olup yalnızca çıkma ve çıkarılma hallerine özgü olarak bir istisna getirilmiştir.

1. Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma

İncelenmekte olunan konunun aydınlatılması amacıyla öncelikle limited şirketlerde TTK m.638 ila m.642 arasında düzenlenen çıkma ve çıkarılma müesseseleri açıklanacaktır.

A. Çıkma

TTK m.638 uyarınca, ortaklık sözleşmesinde ortaklara çıkma hakkı tanınabilmektedir. Çıkma, payın üçüncü bir kişiye devredilmek zorunda olmaksızın bir ortağın limited ortaklıktan kendi iradesiyle ayrılmasıdır.[24] Bununla birlikte ortak, çıkma konusunda tam bir serbestiye sahip değildir. Kanun koyucu, limited şirket ile ortak arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla, TTK m.638 ve m.639'da belirtilen hallerde ortak tarafından bu müessesenin işletilebileceğini öngörmüştür. İlgili maddelerde temelde üç tür çıkma hali düzenlenmiştir: ortaklık sözleşmesiyle tanınan çıkma hakkı, haklı sebebin varlığında mahkeme kararıyla çıkma ve son olarak çıkmaya katılma yoluyla çıkmadır.

Ortaklık sözleşmesinde çıkma hakkının kullanılması emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla belirli bir sürenin geçmesi veya şirketin belirli bir süre zarar etmesi gibi şartlara bağlanabileceği gibi, herhangi bir şarta bağlanmaksızın da ortaklara mutlak şekilde kullanabilecekleri bir hak olarak da tanınabilir.[25] Bununla birlikte, doktrinde bu hakkın kullanımının şart getirilmeksizin tanınmasının, özellikle esas sermayesi sahip olduğu malvarlığı

---

[23] TTK m.612 gerekçesi: "*Şirketin kendi esas sermaye paylarının iktisabı anonim şirkete paralel şekilde düzenlenmiştir*."

[24] AKER Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 32, Sayı 1, 2016, ss. 63-150, s. 81.

[25] ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 764.

değerine eşit olan limited ortaklıklarda, çıkma hakkını kullanan ortakların paylarına tekabül eden bedelin ödenmesinde güçlükler doğurması ve bu payları alacak alıcı kitlesinin dar olduğu gerekçeleriyle eleştirilmekte ve getirilecek bir sınırlamanın ortaklığın yararına olacağı belirtilmektedir.[26] Ortak, kendisine ortaklık sözleşmesinde tanınan söz konusu yenilik doğurucu hakkı, dava açmasına gerek olmaksızın, şirket müdürlerine yönelteceği tek taraflı bozucu yenilik doğuran irade beyanı ile kullanabilecektir.[27]

TTK m.638/2 uyarınca ortaklık sözleşmesinde çıkma hakkı tanınmamış olsa bile her halükarda ortak, haklı sebeplerin varlığı halinde çıkma davası açabilecek ve mahkemenin çıkmaya karar vermesi üzerine ortaklıktan çıkabilecektir.[28] Bu hak, vazgeçilmez bir ortaklık hakkı olup ortaklık sözleşmesiyle kaldırılamayacağı gibi, ortaklık sözleşmesinde ortağın bu hakkı kullanmaktan çekinmesine yol açabilecek cezai şartlar da getirilemeyecektir.[29] Kanun koyucu, haklı sebeplerin neler olduğunu belirtmemiş olmakla beraber kolektif ortaklıkların sona ermesine ilişkin haklı sebepleri düzenleyen TTK m.245'de öngörülen kriterler ışığında bir değerlendirme yapılabilecektir.[30] Doktrinde ve Yargıtay kararlarında haklı sebep, "*ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ve dürüstlük kurallarına göre ortak açısından bu ilişkinin sürdürülmesinin kendisinden istenemeyeceği nedenler*" olarak tanımlanmıştır.[31] Söz konusu sebepler ortakların birbiriyle ilişkisinden, ortaklıktan veya ortağın şahsından kaynaklanabilir. Şirketin devamlı zarar etmesi, ortaklar arası şiddetli geçimsizlik, güven ortamının çökmesi, uzun yıllar kar dağıtılmama-

---

[26] GÜRPINAR Bünyamin, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 2, 2016, ss. 73-101, s. 83.

[27] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 437.

[28] Davacı ortağın çıkma talebi ile birlikte ayrılma akçesinin de ödenmesini talep ettiği hallerde, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak talebi söz konusu olacağından TTK m.5/A uyarınca dava şartı olarak öncelikle arabulucuya başvurulması gerekeceği, buna karşılık ayrılma akçesi talebi olmaksızın açılan çıkma davalarında ise arabuluculuk dava şartının aranmaması gerektiği hakkında bkz. GÖKSOY Yaşar Can, "Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m.5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, ss. 120-122.

[29] ŞENER, Yargıtay, s. 76.

[30] ŞAHİN Ayşe, "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, 2012, ss. 851-858, s. 852

[31] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 440; Yargıtay 11. HD, E. 2016/4188, K. 2017/6392, T. 21.11.2017.

sı, getirilen yeni vergi düzenlemeleri sebebiyle şirketin ayakta kalma şansının kalmaması, şirket amacının gerçekleşmesinde imkansızlık, genel kurul kararlarının devamlı olarak kanunu ihlali, ortaklık sözleşmesinin tekrarlanan ihlalleri gibi sebepler haklı sebebe örnek olarak gösterilebilir.[32] Somut olaydaki sebebin, haklı neden oluşturup oluşturmadığını takdir yetkisi ise hakimdedir. Öte yandan belirtmek gerekir ki bu halde haklı sebebin davacı ortağın kusuruyla oluşmamış olması gerekmektedir.[33] Bununla birlikte, karşılıklı kusurun bulunması ihtimalinde kusur oranı yarıyı geçmeyen ortağın da bu davayı açabileceği kabul edilmektedir.[34]

Doktrinde, haklı sebeple çıkma davasının açılmasının *ultima ratio* teşkil ettiği dolayısıyla ortağın son çare olarak bu davaya başvurması gerektiği belirtilmektedir.[35] Ortağın ortaklıkla süregelen uyuşmazlığı, ortağın çıkmasına sebebiyet vermeksizin, örneğin bir butlanın tespiti davası veya iptal davası veyahut müdürün azli davası yoluyla giderilebildiği takdirde, bu davanın açılamaması gerektiği savunulmaktadır.[36]

Ele alınması gereken önemli bir husus ise, TTK m.595/5 düzenlemesinde yer alan sebeplerin *per se* çıkmaya imkan veren haklı sebepler oluşturup oluşturmayacağıdır. Söz konusu düzenlemeye göre, şirket ortaklık sözleşmesinde pay devrinin yasaklanmış olması veya genel kurulun pay devrine onay vermeyi reddetmesi halinde, ortağın haklı sebeple çıkma davası açma hakkı saklı tutulmuştur. Hukukumuzda söz konusu hallerin başlı başına çıkmaya imkan verip vermediği doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre bu hüküm ile payını devredemeyen ortak ile şirket arasında menfaat dengesi kurulmuş ve söz konusu sebepler başlı başına çıkmak için haklı sebep teşkil etmekte-

---

[32] ÇAMOĞLU Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 62 (Kısaltma Limited); Yargıtay 13. HD., E. 2015 / 9114, K. 2016 / 6883, T. 22.06.2016.

[33] TARHAN Mehmet Umur, "**Limited Şirket Ortaklığından Çıkma ve Çıkarılma (TK 638-642)"**, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 182-183; AYDIN Sevcan, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının, Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 10, Sayı 109, 2015, ss. 46-52, s. 49.

[34] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 442.

[35] Davacının öncelikle genel kurul veya müdürler kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurması, bilgi alma ve inceleme haklarını kullanması, genel kurulu toplantıya çağırması gibi koruyucu hakları kullanmaması halinde davanın reddedilebileceği hakkında bkz. AKER, ss. 87-88.

[36] ŞENER Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, (Kısaltma: Yargıtay) ss. 879-880.

dirler.[37] Bir diğer görüş ise, bunun tek başına haklı sebep teşkil etmeyeceğini, ayrıca çıkmaya ilişkin diğer şartların gerçekleşmesi gerektiğini savunmuştur.[38] Bununla birlikte bir görüş, kimi durumlarda somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulması gerektiğini ve bu sebeplerin koşullarla birlikte değerlendirildiğinde haklı sebep oluşturabileceğini, örneğin çoğunluk baskısından kurtulmak isteyen bir ortağın bu koşullardan kurtulmak amacıyla payını devretmek istemesi, ancak yukarıda anılan sebeplerle bunu gerçekleştirememesi halinde hakimin bu amacı göz önünde tutması gerektiğini belirtmiştir.[39] Hükmün gerekçesi incelendiği zaman, ortağın yasağa rağmen haklı sebeplerin varlığı halinde çıkabileceği belirtilerek, burada sayılan sebeplerin kendiliğinden haklı sebep teşkil etmeyeceği vurgulandığından kanaatimizce de ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır.[40]

Çıkmaya katılma hukukumuza TTK ile getirilmiş bir yeniliktir. TTK m.639 uyarınca, ortaklardan birinin ortaklık sözleşmesinde çıkma hakkı veren hükme dayanarak, bu hakkını kullanması veya haklı sebeple çıkma davası açması halinde, diğer ortaklar da çıkma talebinde bulunabilecek veyahut açılmış olan çıkma davasına katılabilecektir. Hükmün gerekçesi incelendiğinde kurumun amacının, ortaklar arasında eşit işlem ilkesinin sağlanması ve hakkın kötüye kullanılmasına, çıkmanın dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmasına engel olunması ve usul ekonomisini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.[41] TTK m.639/1 uyarınca şirket müdürlerinin çıkma hakkının kullanıldığını gecikmeksizin diğer ortaklara bildirim görevi bulunmaktadır. Çıkmaya katılma talebi, TTK m.639/2 uyarınca ortakların, bildirimin kendilerine yapıldığı tarihten itibaren ortaklığın geleceğini esaslı şekilde incelemesine imkan vermek amacıyla getirilmiş olan bir aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılmalıdır. Burada değinilmesi gereken önemli bir problem, çıkmaya katılacak ortakların, çıkma hakkını kullanan ortağın ortaklık sözleşmesinde dayandığı aynı çıkma sebebine veya haklı sebeple çıkma davasında ileri sürülen aynı haklı sebebi ileri sürmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkindir.[42] TTK m.639/2-a incelendiğinde, "*Şirket sözleşmesinde öngörülen haklı sebep kendisi yönünden de geçerliyse, kendisinin de çıkmaya*

---

37 YILDIZ, Şükrü, **Limited Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Arıkan, İstanbul, 2007, s. 142.

38 GÜRPINAR, s. 90-91; ŞAHİN, s. 853.

39 ÇAMOĞLU, Limited, s. 63.

40 TTK 595 gerekçesi: "*Devir yasaklanabilir. Yasağa rağmen ortak haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkabilir. Haklı sebeplerin nitelik ve özellikleri ile ilgili bir sınırlama yoktur*."

41 TEKİNALP Ünal, "Çıkmaya Katılma", **Arslanlı Bilim Arşivi** (Kısaltma: Çıkmaya Katılma), ss. 1- 4.

42 ŞAHİN, s. 854.

katılacağını müdürlere bildirmek" ifadesi göz önünde bulundurularak, hükmün lafzına bağlı kalındığı takdirde burada aynı çıkma sebebine dayanılması gerektiği anlaşılır. Hükmün gerekçesi incelendiğinde ise, bu sorunun çözümünün doktrin ve yargı kararlarına bırakılmış olduğu görülür.[43] Doktrinde bir görüş, çıkmaya katılma halinde TTK m.639/1 lafzında haklı sebebe yer verilmemesi nedeniyle bu hükümde tüm çıkma sebeplerinin kastedildiği düşünülse de TTK m.639/2'de yer alan haklı sebep ibaresi nedeniyle çıkmaya katılmanın yalnızca haklı sebep bağlamında mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, ortaklık sözleşmesinde birden fazla çıkma sebebi gösterilmiş olması ve çıkma talebinde bulunanın bunlardan birine dayanmış olması halinde, çıkmaya katılanın aynı sebebe dayanması gerekmeyecektir, ancak sözleşmede haklı sebepler olarak ayrı bir kategori düzenlenmiş olduğu takdirde çıkmaya katılacak ortağın bu haklı sebepler kategorisinden bir sebebe dayanmış olması gerekmektedir.[44] Bir diğer görüş ise, böyle bir durumda çıkmaya katılan ortağın ancak ortaklık sözleşmesinde öngörülen aynı sebebe dayalı olarak bu müesseseden yararlanabileceğini, başka sebebe dayanılmasının kanunun lafzı karşısında mümkün olmayacağını ve aynı sebebe dayanılmadığı takdirde bunun çıkmaya katılma değil; ayrı ve bağımsız bir çıkma talebi teşkil edeceğini savunmaktadır.[45] Başka bir görüş, ilk görüşe paralel olarak burada aynı sebebe dayanılmasının gerekmediğini ifade etmektedir.[46] Bu görüş, örneğin haklı sebeple çıkma davası açılmışsa, diğer ortakların ortaklık sözleşmesinde belirtilen bir sebebe dayanarak çıkmaya katılabileceğini, bunun tam tersinin de geçerli olduğunu; bir diğer ifadeyle, TTK m.638'de düzenlenen herhangi bir çıkma sebebinin çıkmaya katılan ortak bakımından gerçekleşmiş olmasının yeterli olacağını belirtmektedir.[47]

B. Çıkarılma

Çıkarılma, çıkmanın aksine ortağın iradesi dışında ortaklıkla ilişkisinin kesilmesidir.[48] Çıkarılma, ortaklık sözleşmesinde düzenlenen sebeplere da-

---

[43] TTK m.639 gerekçesi: *"Davaya katılacak ortakların aynı şirket sözleşmesel hükmüne veya aynı haklı sebebe dayanmalarının gerekli olup olmadığı, ya da başka hüküm veya haklı sebepler ileri sürülmesinin de mümkün olup olmadığı tartışması yargı kararları ile öğretiye açıktır. Tasarı, bu sorunu katı bir şekilde çözmekten bilerek kaçınmıştır*."

[44] TEKİNALP, Çıkmaya Katılma, ss. 4-5; PULAŞLI, s. 2788.

[45] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 445.

[46] ŞAHİN, s. 854.

[47] ŞENER, Yargıtay, ss. 894-895.

[48] ÇAMOĞLU Ersin, "Limited Ortaklıktan Çıkarılma", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 30, Sayı 3, Eylül 2014, ss. 5-20, s. 6.

yalı olarak genel kurul kararıyla mümkün olabileceği gibi, ortaklığın istemi üzerine haklı sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla da[49] gerçekleşebilir. Sözleşmesel sebebe dayalı çıkarılmayı düzenleyen TTK m.640/1 uyarınca, genel kurul kararıyla ortağın şirketten çıkarılması, ancak sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması halinde mümkündür. Ancak ortaklık sözleşmesinde genel kurula ortağı herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın çıkarma yetkisi verilmesi mümkün değildir.[50] Bu hükmü, azınlığı koruyucu nitelikte olan TTK m.621/3 ile birlikte değerlendirmek önem arz etmektedir. Bu hükme göre, ortaklık sözleşmesinde sonradan yapılan bir değişiklik ile çıkarılma sebepleri getirilebilecek; ancak bu halde, söz konusu sözleşme değişikliği oybirliği ile alınacak kararla mümkün olacaktır. Sözleşmede hüküm bulunması halinde, çıkarma yetkisi genel kurulda olup, ortağın çıkarılması kararının verilebilmesi için TTK m.621/1-h uyarınca toplantı nisabı oy hakkı bulunan sermayenin salt çoğunluğu ve karar nisabı toplantıda temsil edilenlerin üçte ikisidir.[51] Belirtmek gerekir ki, sözleşmesel çıkarma sebeplerinin, mutlak çıkarma sebepleri olmaları itibariyle çıkarmayı haklı göstermediği ileri sürülemez.[52] TTK m.640/2, çıkarılan ortağa önemli bir imkân getirmiş ve kararın kendisine noter aracılığıyla bildirilmesinden itibaren üç ay içerisinde iptal davası açabileceğini öngörmüştür. Bu davanın açılabilmesi için anonim ortaklıktaki düzenlemelerden farklı olarak, çıkarılan ortağın karara muhalefetinin toplantı tutanağına yazdırması ve TTK m.446'da öngörülen şartlar aranmayacaktır.[53] Yargılama sonucunda verilen karar inşai nitelikte olup, davacının talebi reddedildiği takdirde ortak, genel kurul kararının kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren ortaklıktan çıkmış olacak; davacının

---

[49] Çıkma davasından farklı olarak burada ayrılma akçesi alacaklısı olan, çıkarılması istenen davalı ortak olduğu için, şirket tarafından açılan haklı sebeple çıkarma davalarının ayrılma akçesi ödenmesi talebini de ihtiva ettiğinin kabul edilmesi gerektiği ve herhalde burada bir para alacağının ödenmesi talebi bulunduğu, dolayısıyla TTK m.5/A uyarınca dava şartı olarak öncelikle arabulucuya başvurulması gerektiği hakkında bkz. GÖKSOY, s. 129.

[50] ŞAHİN, s. 855.

[51] Belirtmek gerekir ki, TTK m.621'de düzenlenen yetersayıların niteliği doktrinde tartışmalıdır. Genel kurul tarafından alınacak önemli kararlardan olan ortağın çıkarılmasına ilişkin karar bakımından TTK m.621'in çifte yetersayı öngördüğü, bu doğrultuda esas sermayenin salt çoğunluğunun aynı zamanda karar yetersayısı olarak düzenlenmiş olduğu hakkında bkz. BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra, "Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Sayı 2-1, 2017, ss. 343-381, ss. 353-355.

[52] TAŞDELEN Nihat, **Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, s. 217; ÇAMOĞLU, s. 7.

[53] ŞENER, s. 773.

talebi kabul edildiği takdirde ise, genel kurulun çıkarma kararı iptal edilecek, ortak şirketten hiç çıkmamış gibi kabul edilecektir. Davacı ortağın iptal talebinin kabulü halinde, çıkarma kararının tebliği ve iptal kararı verilmesi arasındaki dönemde genel kurulda alınan kararlar geçerliliğini koruyacaktır.[54]

Haklı sebeple mahkeme kararı ile çıkarma, TTK m.640/3'te düzenlenmiş olup, haklı sebeplerin varlığının her somut olayda hakim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Haklı sebebe ilişkin yukarıda çıkmaya dair yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.[55] Hükmün lafzından, dava ehliyetinin şirketin tüzel kişiliğine ait olduğu anlaşılsa da dava açmaya yetkili organ bu hükümde belirtilmemektedir. Bununla birlikte, TTK m.621/1-h konuya ilişkin düzenleme getirmekte olup, yetkili organ genel kurul olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, haklı sebebe dayalı çıkarma davasının açılabilmesi için, öncelikle bir genel kurul kararı bulunması, TTK m.621/1 uyarınca, bu kararın esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun temsil edildiği bir toplantıda, temsil edilen oyların en az üçte ikisiyle alınması gerekmektedir. Genel kurul kararının bulunması, bu davayı açmanın ön koşulu ve aynı zamanda biçimsel koşulu olarak değerlendirilmektedir.[56] Genel kurul kararı alındıktan sonra ise, dava müdür veya müdürlerce açılacaktır.[57] Haklı sebep oluşturabilecek başlıca haller, ortağın şahsıyla ilgili olabileceği gibi, ortağın iradesiyle veyahut iradesi dışında da gerçekleşebilir.[58] Sadakat yükümlülüğünün ihlali, ortağın hileli davranışlarda bulunması, ortağın sürekli olarak genel kurulda alınan kararlara aykırı davranması ve bu suretle ortaklığın işleyişini engellemesi, mesleki yeterliliği sebebiyle ortak olarak alınması fakat sonradan bu yeterlilikte olmadığının anlaşılması, ağır bir hastalığa yakalanması buna örnek olarak gösterilebilir.[59]

Ortaklığa tanınan çıkarılma davası açma hakkının tali bir hak olarak görülmesi gerektiği doktrinde vurgulanmaktadır. Zira en nihayetinde çıkarılma, ortağın mülkiyet hakkına önemli bir müdahale oluşturmaktadır; dolayısıyla

---

54 ŞENER, s. 774.

55 Bkz. ss. 8-9

56 TAŞDELEN, s. 222.

57 ÇAMOĞLU, s. 10.

58 ÖZTÜRK ALMAÇ Tuğçe, "Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Konusunda Haklı Sebep Olarak Kabul Edilebilecek Hususlar", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, Ekim 2017, ss. 60-66, ss. 63-64.

59 ÖZTÜRK ALMAÇ, ss. 64-65; TAŞDELEN, ss. 224-225.

ortak ve ortaklığın menfaatleri göz önünde tutularak, son çare olarak bu dava açılmalıdır.[60]

Son olarak, çalışmamızda incelenmekte olan konu ile ilişkisi olması açısından TTK m.596'da düzenlenen özel bir çıkarılma hali ele alınacaktır. Aşağıda açıklanacağı üzere, limited şirketlerde pay devirlerinde ana kural pay devrinin genel kurul onayına tabi olması olmakla birlikte, bu kurala TTK m.596 ile önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre payın miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hallerinde genel kurul onayına tabi olmaksızın paylar *ipso jure* payı iktisap edene geçmektedir.[61] Bununla birlikte kanun koyucu limited şirketlerin yapısını göz önünde tutarak menfaat dengesini kurmaya çalışmış ve şirketin işleyişinde olumsuz etki yaratabilecek istenmeyen ortakların şirkette barındırılmasını önlemek amacıyla TTK m.596(2)'de şirketin iktisabı öğrendiği tarihten itibaren 3 aylık bir süre içerisinde payı iktisap edeni reddedebileceğini düzenlemiştir. Ancak şirketin ilgili pay sahibini reddedebilmesi için pay sahibinin paylarını bizzat devralması veya üçüncü bir kişi hesabına payları gerçek değeri üzerinden devralması gerekmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, burada ortağın iradesi dışında ortaklık sıfatının sona erdiriliyor olması sebebiyle şirketin pay sahibini reddinin çıkarılma mahiyetinde olduğunu ileri sürmüştür.[62]

2. Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılmada Şirketin Kendi Paylarını İktisabının Önemi

Limited şirketlerin kendi paylarını iktisabının ana kuralı TTK m.612/1'de düzenlenmiştir.[63] İlgili hükme göre, limited şirketin kendi paylarını iktisabı için TTK m.379'a benzer şekilde iki temel koşul öngörülmüştür. Limited şirketin kendi paylarını serbestçe iktisap edebilmesinin ilk koşulu,

---

60 TAŞDELEN, s. 222.

61 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 432.

62 DURAL Ali, "Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m.596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2018, ss. 111-124, ss. 121-122.

63 Bu düzenleme anonim şirketlere ilişkin düzenlemeden farklı olarak payların rehinini açıkça düzenlememiştir. Böyle bir düzenlemenin kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğu ve rehini kapsamadığı kabul edilmektedir. Ancak rehinin paraya çevrilmesi hali TTK m.612/1 kapsamındadır. Konuya ilişkin olarak bkz. ŞENER, Yargıtay, s. 151; PULAŞLI, s. 2240; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 427.

payların tutarını karşılayacak serbestçe kullanabileceği öz kaynaklara sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, şirket payları ancak, esas sermaye ve dağıtılması mümkün olmayan yedek akçeler toplamını aşan değerlerle iktisap edebilir.[64] Bunun yanında ikinci koşul olarak limited şirketin paylarının sadece %10'unu iktisap etmesine izin verilmiştir.

Şirketin kendi paylarını iktisabında TTK m.612/1'de düzenlenen koşulların yanında, TTK m.595'teki düzenleme de göz önüne alınmalıdır.[65] Bilindiği üzere limited şirketlerde pay devri, TTK m.595 kapsamında özel koşullara tabi tutulmuş ve ortaklık sözleşmesiyle pay devrinin daha ağır koşullara bağlanabilmesi imkânı verilmiştir. Pay devri için TTK m.595'te aranan bu şartlar, şirketin TTK m.612/1 çerçevesinde kendi paylarını iktisabında da aranmalı ve eğer ortaklık sözleşmesinde bir pay devri kısıtlaması varsa buna aykırı hareket edilmemelidir.[66]

TTK m.612/1'deki ana kural olan %10'luk iktisap eşiğine ikinci fıkrada bir istisna getirilmiştir. Buna göre, ortaklık sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan şirketten çıkma ya da çıkarılma dolayısıyla şirketin kendi paylarını iktisabı hâlinde, sınır %20 olarak uygulanmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere TTK m.612/2'de öngörülen istisnanın yanında, doktrinde bir görüş tarafından anonim şirketler için TTK m.382-383'te düzenlenen istisnaların da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmiştir.[67] Özellikle ivazsız iktisap durumunda, şirketin kendi paylarını iktisabıyla oluşabilecek tehlikeler söz konusu olmadığından, TTK m.383 hükmü limited şirketlerde de kıyasen uygulanabilmelidir.[68] Şirketin bu istisnai durumlarda %10'un üzerindeki payları iki sene içinde elden çıkarması veya sermaye azaltımı yoluyla itfa etmesi gerekmektedir.

Yukarıda ortaya konan TTK m.612/2 düzenlemesinin pratikte yaratacağı sorunların ve kendi payını iktisabın limited şirketler bakımından öneminin anlaşılması adına limited şirketlerin karakteristik özellikleri irdelenmelidir. Limited şirketler, gerek ortaklık sözleşmesinde ortaklara nispeten geniş bir

---

64 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 428; PULAŞLI, s. 2240.

65 ŞENER, Yargıtay, s. 153.

66 TTK m.593/1 kapsamında TTK m.612/2 düzenlemesi açıkça ayrık tutulmuştur. Ayrıca bkz. ÇAPA, s. 119.

67 ÇAMOĞLU, Limited, s. 45; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 427.

68 ÇAPA, ss. 127-128.

hareket alanı tanınması gerekse TTK m.580'de düzenlendiği üzere 10.000 TL gibi cüzi bir sermayeyle kurulabilmesi gibi özelliklerinden dolayı Türkiye'de en çok tercih edilen sermaye ortaklığı türü olmuştur.[69] Kurulan limited şirketlerin çoğunluğu az ortaklı olarak kurulmaktadır.[70] TTK m.574/1 uyarınca limited şirketin ortak sayısının elliyi aşamaması, kanun koyucunun limited şirketleri az ortaklıklı bir yapı olarak oluşturmak yönündeki iradesini destekler niteliktedir. Dolayısıyla limited şirketler gerek uygulamada gerek kanuni düzlemde az ortaklı şirketler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Limited şirketler TTK m.124'te sermaye ortaklığı olarak nitelendirilmiş olmasına karşın, kanunun sair yerlerinde limited şirketlere dair kişi ortaklıklarına özgü düzenlemeler yer almaktadır. Öncelikle, kişi şirketlerine özgü yükümlülüklerden biri olan bağlılık yükümlülüğü TTK m.613'te limited şirketlerin tüm ortakları için getirilmiştir.[71] TTK m.613'ün gerekçesinde de bu yükümlülüğün limited şirketlerin kişisel ögeleri barındırmasından dolayı ortaklara yüklendiği belirtilmiştir.[72] Bunun yanında, TTK m.603 düzenlemesine göre ortaklara ortaklık sözleşmesiyle ek ödeme yükümlülükleri getirilebilmektedir. Bu suretle, anonim şirketlerde daha sert uygulanan tek borç ilkesi limited şirketlerde yumuşatılmıştır. Bu durum sermaye ortaklığı olarak düzenlenen limited ortaklıklara kişisel bir unsurun daha katılması anlamına gelmektedir.[73]

İlaveten, anonim şirketlerdeki düzenlemeden farklı olarak, haklı nedenle fesih davasının azlık hakkı olarak düzenlenmeyip bu hakkın bireysel bir hak olarak bütün ortaklara tanınmış olması da limited şirketin kişi ortaklığına yaklaşan yönlerinden biridir. Gerçekten de anonim şirketler için haklı nedenle feshin düzenlendiği TTK m.531'de fesih davası açma hakkı sermayenin onda birini oluşturan ortaklara tanınmış yani bir azlık hakkı olarak düzenlenmiştir. Limited şirketlerde ise TTK m.636/3'te haklı nedenle fesih davası açma hakkı açıkça bütün ortaklara tanınmıştır.

---

[69] TOBB verilerine göre; 2020 senesinde 14.046 anonim şirket ve 87.258 limited şirket kurulurken, 2021 Eylül ayına kadar 10.578 anonim şirket ve 69.799 limited şirket kurulmuştur. Ayrıntılı istatistikler için bkz: https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php (Erişim Tarihi 31.10.2021)

[70] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 420; ÇAMOĞLU, s. 11.

[71] DEMİRAYAK Ezgi Başak, "Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 76, Sayı 4, 2018, ss. 23-54, s. 29.

[72] TTK m.613 gerekçesi: "*Güçlü kişisel ögeleri haiz bir şirkette sır saklama, önde gelen ve vazgeçilmez nitelikte bir bağlılık yükümüdür [...]"*.

[73] ŞENER, Yargıtay, s. 406.

Tüm bu unsurlar değerlendirildiğinde, limited şirketler birer sermaye ortaklığı olmasına rağmen, ortakların şahsi özellikleri ön plana çıkmaktadır.[74] Bu itibarla limited şirketler dış ilişkide sermaye şirketlerine benzemelerine karşın, iç ilişkide şahıs şirketlerine ilişkin özellikler barındırmaktadır.[75] Limited ortaklıklar genellikle birbirini iyi tanıyan küçük bir grubun ortak olduğu bir yapıya sahiptir.[76] Limited şirketin bu özelliklerinin bir sonucu olarak da ortaklığın yabancılaşmasının engellenmesi ve ortakların bir arada tutulması amacıyla TTK m.595 düzenlemesinde pay devri için sıkı koşullar getirilmiş ve bu koşulların ortaklık sözleşmesiyle daha da ağırlaştırılmasına, hatta pay devrinin yasaklanmasına dahi izin verilmiştir. TTK m.595/2 hükmü gereğince anonim şirketlerdeki pay devri serbestisi ilkesinin aksine, limited şirketlerde geçerli bir pay devri yapılabilmesi genel kurulun onayına tabi tutularak kanuni bir bağlam getirilmiştir.[77] Genel kurul bir sebep dahi göstermeksizin ortağın payını devretme talebini reddedebilir.[78] Esasen, az ortaklıklı limited şirketlerde ayrılmak isteyen ortağın payını devredebilecek bir alıcı bulması zor olabilecek veya alıcı bulsa bile genel kurul yabancılaşmanın engellenmesi amacıyla bu devre onay vermekten imtina edebilecektir. Dolayısıyla potansiyel alıcı kitlesi son derece dardır.[79] Çıkma ve çıkarılma hallerinde ortağın kendi payını devri, alacaklıları ve sermayeyi koruma ilkeleri bakımından en az risk içeren ve mali olarak şirketi en az külfet altına sokan yöntem olmakla[80] beraber açıklanan nedenlerden dolayı, pratikte her zaman etkili olarak kullanılamamaktadır.

Pay devrinin bu denli zorlaştırılmış olmasının sonucu olarak ortaklık ilişkisinin devamı kendisi nezdinde artık çekilmez hale gelen ortağın kişilik haklarının korunması ve şirketin devamlılığının sağlanması amacıyla yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ortaklara çıkma hakkı tanınmıştır. Sermaye ortaklıklarında çıkma hakkının kabul edilmesi ortaklığı zor durumda bırakabilir. Ancak limited şirketin kişi ortaklığı özellikleri de ön planda olduğundan çıkma hakkı kişisel ve koruyucu bir hak olarak ortaklara tanına-

---

74 ŞENER, Yargıtay, s. 5; ÇAMOĞLU, s. 11; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 420.

75 PULAŞLI, s. 2743.

76 ŞENER, Yargıtay, s. 10 ve s. 279.

77 ŞENER, Yargıtay, s. 306.

78 POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 422.

79 PREMAND Viviane, **Les Sociétés De Famille Dans Les Formes De La Société Anonyme Et À Responsabilité**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010 Limitée Societe famille ss. 232-233.

80 PREMAND, ss. 246-247.

rak şirketten ayrılmak isteyen ortağa kapı açık tutulmaktadır.[81] Ortaklar arasındaki güvenin ortadan kalkması, hakim ortakların hakimiyetlerinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanması gibi sebeplerle çıkmak isteyen ortak bakımından ortaklık ilişkisinin çekilmez hale gelmesi durumlarında çıkma hakkı ortaklara şirketten ayrılabilmeleri için önemli bir imkan sağlamaktadır. Zira çıkma hakkının kullanılmasıyla ortağın şirketle ilgili hak ve yükümlülükleri ve şirketle ortak arasındaki hukuki münasebet sona ermektedir. Ortaklık perspektifinden bakıldığında ise, *vice versa* durumda da ortaklığın ilgili ortağı çıkarma hakkına sahip olması da şirketin devamlılığı için önem arz etmektedir. Sonuç olarak, limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma hakkı ortaklar ve şirketin kendisi için bir koruma mekanizması teşkil etmektedir.

Çıkma ve çıkarılma haklarının kullanılması sonucunda ise, çıkmak isteyen veya çıkarılmak istenen ortağın paylarının sermaye azaltımı yoluyla itfası[82] veya payların ortaklık tarafından devralınması söz konusu olabilir. Ortağın payının üçüncü bir kişi tarafından veya diğer bir ortak tarafından alınması ise teknik anlamda bir çıkma olmadığı gibi diğer sermaye şirketi türlerinde de ortağın ayrılmasıyla sonuçlanabilecek olağan bir devir işlemidir. Zira, çıkma ve çıkarılma, yukarıda da belirtildiği üzere ortağın payını bir üçüncü kişiye veyahut diğer bir ortağa devretme zorunluluğu bulunmaksızın çıkabilmesini ifade etmektedir.[83] Ayrıca pay devri, açıklandığı üzere yabancılaşmanın engellenmesi amacıyla limited şirketlerde sıkı koşullara bağlı olduğundan her zaman uygun bir çözüm olarak değerlendirilemez. Sermaye azaltımının şartlarının ise sıkı olması ve şirkete önemli ölçüde ekonomik yük yüklemesi, çıkma veya çıkarılma hakkının kullanılmasında ortağın paylarını şirketin devralmasının en uygun ve etkin çözümü olarak değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

İsviçre hukukundaki durum incelendiğinde ise, İBK'daki limited şirketlerin kendi payını iktisabına ilişkin düzenleme olan m.783 kaleme alınırken; anonim şirket düzenlemeleri esas alınmış fakat limited şirketlerin karakteristik özellikleri göz önünde tutulmuştur.[84] Mehaz kanundaki limited şirketlere ilişkin bu düzenleme pratikte önemli sonuçları olabilecek farklılıklar içer-

---

81 TAŞDELEN, s. 85.

82 ÇAPA, s. 129.

83 Bkz. Bölüm A, s. 2188; AKER, s. 81; TAŞDELEN, s. 88.

84 İBK m.783 gerekçesi: "*Le projet se fonde sur les règles du droit de la société anonyme (art.659 CO), en tenant toutefois compte des particularités de la Sàrl.*"

mektedir. İsviçre hukukunda limited şirketlere ilişkin eski düzenlemede[85] şirketin kendi paylarını iktisabında ETTK'daki düzenlemeye paralel olarak herhangi bir limit öngörülmemiştir. Buna karşılık, İsviçre doktrininde şirketin kendi paylarını tek pay sahibi olacak şekilde iktisap edemeyeceği kabul edilmekteydi.[86] Yeni düzenlemede ise, şirketin kendi paylarını iktisabı açısından bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Şirket kendi paylarını iktisap ederken, payların nominal değerlerinin toplamı göz önüne alınacak yani oyda imtiyaz gibi durumlar dikkate alınmayacaktır.[87]

Bunun yanında, şirketin kendi paylarını iktisabı kararını alacak organ bakımından da İsviçre hukukuyla Türk hukuku arasında farklılıklar vardır. Hukukumuzda şirketin kendi paylarını iktisabı kararını alacak organ kural olarak, genel kuruldur. TTK m.616/1 uyarınca müdürün ya da müdürler kurulunun, şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesi veya böyle bir iktisabın onaylanması genel kurulun devredilemez yetkilerindendir. Genel kurulun bu yetkiyi ne şekilde devredeceği konusunda limited şirketlere özgü bir düzenleme bulunmasa da anonim şirketler için öngörülen TTK m.379'daki yetkilendirme sınırlamaları limited şirket için de kıyasen uygulanacaktır.[88] Dolayısıyla yukarıda daha detaylı olarak açıklandığı üzere TTK m.379 uyarınca anonim şirketler açısından aranan yönetim kurulunun en fazla beş yıllık bir süre için yetkilendirilebilmesi, iktisap edilecek payların toplam itibarî değer sayıları ve iktisap edilecek payların bedellerinin alt ve üst sınırlarının gösterilmesi gibi şartlar limited şirketler için de aranacaktır.

İsviçre hukukunda da hukukumuza benzer şekilde kural olarak şirketin kendi paylarını iktisabı kararını almaya şirketin genel kurulu yetkilidir.[89] Benzer şekilde genel kurul, müdürler kurulunu bu konuda yetkilendirebilir. Bu yetkilendirme Türk hukukunda kabul edilenden farklı olarak genel bir yetkilendirme şeklinde de yapılabilir.[90]

İsviçre hukukunda limited şirketlerin kendi paylarını iktisabına ilişkin Türk hukukundan farklı bir diğer düzenleme de ivazsız payların iktisabına

---

85 Eski İBK m.807.

86 TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ, s. 1536.

87 TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ., s. 1536.

88 ÇAPA, s. 122; PULAŞLI, s. 2243.

89 İBK m.804/II-11.

90 TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ., s. 1535.

ilişkindir. İsviçre hukukunda İBK m.783'teki sınırların şirketin kendi paylarını ivazsız iktisabında da uygulanacağı belirtilmiştir.[91]

İsviçre hukukunda limited şirketlere dair ana kural anonim şirketlerle aynı düzenlenmiş ve şirketin kendi paylarını serbestçe iktisabında sınır %10 olarak belirlenmiştir. Şirketin kendi payını iktisap edebilmesi için Türk hukukunda olduğu gibi serbestçe tasarruf edebileceği mal varlığının bu iktisabı karşılaması gerekmektedir. %10'luk sınıra bir istisna getiren İBK m.783/2 hükmüne göre şirketin paylarını iktisabının çıkma[92], çıkarılma[93] ve pay devrinin sınırlanmasıyla[94] ilişkili olduğu durumlarda bu sınır %35 olarak uygulanır. Kanun tasarısı aşamasında sınır %20 olarak öngörülmüş olmasına rağmen, kanunlaştırma sürecindeki tartışmalarda bu sınır çok düşük bulunmuş ve bu sebeple az ortaklıklı limited şirketlerin ihtiyaçlarına cevap veremeyeceği kaygısıyla eleştirilmiştir. Bu sınıra ilişkin tartışmalar %30 ila %50 arasında cereyan etmiş ve sonuç olarak %35'lik oran kabul edilmiştir. Kabul edilen %35'lik sınırın nedeni limited şirketlerde özellikle üç ortaklıklı yapıya sıkça rastlanması sebebiyle sermayenin üçte birini (%33,3) elinde bulunduran ortağın şirketten çıkmasının ya da çıkarılmasının kolaylaştırılması olarak ifade edilmiştir.[95] Kanun koyucu, tartışmalarda ortaya konan iki ortaklıklı limited şirketleri kapsayıcı nitelikte bir oran olarak %51'lik bir iktisap sınırının kabul edilmesini gerekli görmemiştir. Oranın bu şekilde belirlenmesi, yukarıda da açıklandığı üzere limited şirketlerin şahıs şirketine ilişkin özellikler barındırması ve pay devrinin sınırlı olması sebebiyle doktrinde haklı görülmüştür.[96] Kanunun gerekçesinde %35'lik bu sınırın sermayenin ve alacaklıların korunması ilkeleri karşısında nispeten yüksek bir oran teşkil ettiği ifade edilmiştir.[97] Bu soruna istinaden, şirketin ve alacaklıların

---

91 TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ., s. 1534; MONTAVON Pascal/ SCHNELL LUCHSINGER Monique, "L'acquisition Par La SA Et La SÀRL De Leurs Propres Parts De Capital - 1ère Partie: Droit Des Sociétés, Droit Comptable, Projet De Révision Du Droit De La SA", **Der Treuhandexperte**, 2018, ss. 214-227, s. 215.

92 İBK m.776a/I-17.

93 İBK m.776a/I-18.

94 İBK m.776a/II-2, m.786, m.808b/I-3.

95 PREMAND, ss. 245-246; TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ., ss. 1536-1537, İBK m.783 gerekçesi.

96 TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, ve diğ., s. 1537.

97 İBK m.783 gerekçesi: "*L'avant-projet limitait en- core l'acquisition de parts sociales propres à 20 %, comme en droit de la société anonyme (cf. art.659, al.2, CO). Le projet a tenu compte des critiques formulées lors de la procédure de consultation en élevant cette limite à 35 %,*

karşılaşabileceği potansiyel riskleri bertaraf etmek amacıyla Türk hukukuyla paralel olarak İBK m.783/2/c-2'de payların sermayenin %10'unu aşan kısmının iki sene içinde pay devri ya da sermayenin azaltılması yoluyla elden çıkarılması öngörülmüştür.

Yukarıdakiler ışığında, İsviçre hukukundaki bu düzenlemeler iktibas edilirken kanun koyucu anonim ya da limited şirketlerdeki düzenlemeyi esas almış olabilir. Her iki durumda da TTK m.612/2, limited şirketlerin karakteri göz önünde bulundurulmaksızın iktibas edildiği için pratikte sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunlara çözüm olarak sınırın en azından İsviçre hukukundaki gibi üç ortaklıklı limited şirketleri kapsayacak biçimde değiştirilmesi ve hatta iki ortaklı şirketleri de kapsayacak şekilde daha yüksek bir oranın öngörülmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir.[98]

3. Mevcut Hukuki Durumun Sakıncaları ve Hükmün Eleştirisi

TTK m.612/2'de çıkma ve çıkarılma durumuna özgü olarak getirilen %20'lik sınır, uygulamada özellikle az ortaklı limited şirketler nezdinde bu müessesenin verimli bir şekilde işlemesini engelleyebilecek ve şirketin devamlılığının sağlanmasını tehlikeye atabilecek niteliktedir. Bu durum, haklı nedenle fesih davasında da hâkimin takdir yetkisini önemli derecede daraltacak ve şirketin feshine dahi sebep olabilecektir.

Kanuni düzenlemede getirilen %20'lik sınır nedeniyle bu sınırın üstünde paya sahip olan ortakların şirketten çıkmak istemesi veya çıkarılmak istenmesi durumunda akla gelebilecek ilk çözüm şirketin, ortağın payını doğrudan sermaye azaltımıyla itfa etmesi ya da %20'nin üzerinde kalan kısmı sermaye azaltımıyla itfa ederek geri kalan kısmı iktisap etmesidir.[99] Bu noktada ayrılma akçesinin ödenme kaynaklarını düzenleyen TTK m.642 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. TTK m.642 uyarınca ayrılma akçesi; şirket kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa veya ayrılan kişinin esas sermaye payları devredilebiliyorsa ya da esas sermaye, ilgili hükümlere göre azaltılmışsa ayrılma ile muaccel olur ve şirket tarafından derhal öden-

---

afin de prendre en considération les besoins des entreprises qui comptent un petit nombre d'associés. De la sorte, la sortie d'un sociétaire qui détient un tiers du capital social devrait être également facilitée."

98 ŞENER, Yargıtay, s. 157.

99 ÇAPA, s. 129; KAYA Ali, "Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2013, ss. 117-144 s. 136.

mesi gerekir[100]. ETTK m.551 düzenlemesinin aksine TTK m.642'de sayılan ödeme kaynakları arasında bir sıralama yoktur.[101] Ancak yine de öncelikle özkaynaklardan karşılama yoluna gidilmesi, bu şekilde ayrılma akçesi sağlanamıyorsa sermaye azaltımına son çare olarak başvurulması gerektiği kanun hükmünün amacıyla daha çok bağdaşacaktır.[102]

Doktrinde bir görüş yukarıda zikredilen çözümlerden ilkinin daha uygun olacağını zira şirketin kendi payını iktisabında %10'unu aşan kısmın iki sene içinde itfa edilmesi veya elden çıkarılması zorunluluğu olduğunu belirtmiştir.[103] Ancak sermaye azaltımı yoluyla ortağın çıkması veya çıkarılması sermayenin gerek alacaklıların korunması ilkesi kapsamında şirket alacaklılarının en önemli güvencelerinden biri olması gerekse aşağıda açıklanacağı üzere prosedüründeki zorluklar sebebiyle şirketi ciddi anlamda külfet altına sokacak olması nedeniyle elverişli bir çözüm olarak görülmeyebilir. Kaldı ki, uygulamada sermaye azaltımına gidilmesi şirketin alacaklılar ve potansiyel müşteriler nezdinde önemli ölçüde prestij kaybetmesine neden olabilmektedir.

Sermaye azaltımı limited şirketlerde özel olarak düzenlenmemiş olup TTK m.592'de anonim şirketlerdeki hükümlerin kıyasen uygulanması öngörülmüştür. Her şeyden önce esas sermaye hiçbir şekilde TTK m.580/1'de öngörülen asgari sermaye (*10.000 TL*) altına düşemeyecektir.[104] Sermaye azaltılmasına rağmen alacaklıların alacaklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirket bünyesinde olması ve bunun uzman raporu ile doğrulanması gerekmektedir.[105] Bu durum özellikle, asgari sınıra yakın sermayeyle kurulmuş ortaklıklarda bir ortağın çıkması halinde problem yaratabilecek niteliktedir. Yukarıda da açıklandığı üzere limited şirketlerin büyük bölümü

---

[100] TOPALOĞLU Mustafa, "Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Ödenmesine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi", **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 8, 2017, ss. 171-181, s. 175.

[101] TOPALOĞLU Mustafa/ÖZER Işık "Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi" **Terazi Hukuk Dergisi,** Cilt 14, Sayı 2019, ss. 1955-1967, s. 15 (Kısaltma: Muacceliyet); CENKCİ Esra "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m.642)", **Ankara Barosu Dergisi,** Cilt 76, Sayı 2019, ss. 1-50, s. 15.

[102] ŞAHİN Ayşe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 175-210, s. 203.

[103] ÇAPA, s. 129.

[104] ŞENER, Yargıtay, s. 240.

[105] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 267.

asgari sermayeyle kurulduğundan TTK m.580/1'deki sınır çok fazla şirketi etkileyecek ve sermaye azaltımına gidilmesini engelleyecektir. Bunun yanında alacaklıların korunması ilkesi gereği kanun koyucu sermaye azaltımı prosedürünü olabildiğince zorlaştırmıştır.[106] Şirketin sermaye azaltımı kararından sonra TTK m.474/1'de düzenlenen şekilde alacaklılara çağrı yapması ve bu çağrıların sonunda şirketin en az üç ay beklemesi gerekmektedir. TTK m.474/1 uyarınca yapılan son çağrıdan sonra alacaklılar iki ay içerisinde sermaye azaltımı tarihinde muaccel olan alacaklarının ödenmesini veya alacaklarına karşılık teminat gösterilmesini isteyebileceklerdir. Buna karşın, sermaye azaltımı tarihinde alacağı muaccel olmayan alacaklılar ise alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.[107] Sermaye, alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden önce ve beyan edilen alacaklar ödenmeden veya teminat altına alınmadan azaltılırsa, alacaklıların iki yıl içinde sermaye azaltımı kararının iptali davası açma hakkı vardır. Ayrıca sermaye azaltımı sonunda payı itfa edilerek çıkarılan ortağın payının karşılığı ödenmek zorunda kalınacaktır.[108]

Sonuç olarak, yukarıda anlatılan bütün bu prosedür sonunda sermaye azaltımı şirkete büyük bir ekonomik külfet yüklemektedir. Dolayısıyla pay oranı %20'nin üzerinde olan bir ortağın çıkabilmesi veya çıkarılabilmesi için şirketi böyle bir külfetin altına sokmak uygun ve verimli bir çözüm olarak değerlendirilemez. Nihayetinde çıkma veya çıkarılmada ayrılan ortak, şirketteki haklarını alma çabasında; diğer ortaklar ise, şirketin geleceğini de düşünerek sermayeyi koruma ve gerekli tedbirleri alma çabası içindedirler.[109] Çatışan bu menfaatlerin varlığında, sermaye azaltımı yoluyla çıkmaya veya çıkarılmaya karar verilmesi halinde şirkette kalan diğer ortaklar ve şirket aleyhine dengeler bozulmuş olacaktır.

Sermaye azaltımı çözümü dışında, ortağın çıkma hakkını kullanıp bundan sonuç alamaması üzerine veya çıkma hakkını kullanmadan açabileceği haklı sebeple fesih davasında hâkim çıkmaya hükmedebilir. Limited şirketlerde ortaklardan biri için ortaklık ilişkisinin çekilmez hale gelmesi durumunda, ortaklardan herhangi biri TTK m.636 kapsamında şirketin haklı nedenle feshi için dava açabilir. Bu davada çıkma davasından farklı olarak,

---

[106] ŞENER, Yargıtay, s. 241.

[107] ŞENER, Yargıtay, ss. 245-246.

[108] TAŞDELEN, s. 200.

[109] TAŞDELEN, s. 200.

davacı ortak şirketten çıkmayı değil, şirketin feshini talep etmektedir. Ancak hâkim alternatif bir çözüm olarak TTK m.636/3'te de zikredildiği üzere, davacı ortağın çıkarılmasına hükmedebilir. Anonim şirketlerden farklı olarak hâkimin alternatif olarak çıkmaya karar vermesi halinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi için uyulması gereken sınıra ilişkin TTK m.382/1-c'deki gibi bir istisna bulunmadığından, hakim TTK m.612/2'deki sınırlar çerçevesinde karar vermek zorundadır. Bu durumun haklı sebeple fesih davasında alternatif çözüm üretme konusunda hâkimin hareket alanını çok daralttığı söylenebilir.[110] Bu davada akla gelebilecek bir diğer çözüm ise, çıkmak isteyen ortağın paylarının şirketin diğer ortakları tarafından alınmasına hükmedilmesi olabilir. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş[111] haklı sebeple fesih davasında davalı sıfatının yalnızca şirkete ait olduğunu dolayısıyla hâkimin üçüncü bir kişi hakkında hüküm kuramayacağını savunmaktadır. Buna karşın, doktrindeki azınlık görüş uyarınca[112] pay sahipleri böyle bir davada davalı olarak gösterilebilmelidir. Yargıtay ise, doktrindeki baskın görüşe paralel olarak özellikle limited şirketler bağlamında, fesih davasında davalı sıfatının sadece şirketin tüzel kişiliğine ait olduğunu, ortakların davalı sıfatına haiz olmadığını içtihat etmiştir.[113]

Tüm bu bilgiler ışığında, haklı sebeple fesih davasında doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay içtihatları uyarınca davalı şirketin ortakları hakkında hüküm kurulması mümkün değildir. Kanımızca da şirketin ortaklarına davacı ortağın paylarını alma borcu yüklenmesi usul hukuku kapsamında taraf sıfatı yokluğundan dolayı mümkün olmamasının yanında, böyle bir hüküm kurulması tek borç ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Sonuç olarak, haklı sebeple fesih davasında yukarıda belirtilen sebepler doğrultusunda hâkimin şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin alternatifi olarak görülebilecek bir

---

[110] ŞENER, Yargıtay, s. 157.

[111] TEKİNALP Ünal, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulü Sorunları", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 215; ŞAHİN Murat/KULA Ufuk, "Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ile İlgili Yargıtay Kararları", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, ss. 233-235; ŞAHİN, Fesih, s. 352; ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 176.

[112] YÜKSEL, s. 881.

[113] Yargıtay 11. HD., E. 2013/12146, K. 2014/1361, T. 22.1.2014; Yargıtay 11. HD., E. 2012/17287, K. 2013/16098, T. 18.09.2013; Yargıtay 11 HD., E. 2014/1930, K. 2014/8512, T. 06.05.2014.

çözüm olan diğer pay sahiplerinin söz konusu payları satın alması şeklinde hüküm kurması mümkün olamayacaktır.

Haklı sebeple fesih davasında hâkim feshe alternatif çözüm olarak davacı ortağın payının şirket tarafından gerçek değeri[114] üzerinden satın alınarak ortağın çıkarılmasına karar verebilir. Doktrindeki bir görüş bu durumda TTK m.612/2'deki sınırın uygulanmayacağını, bunun yerine TTK m.382/1-c'de düzenlenen istisnanın kıyasen uygulanacağını belirtmiştir.[115] Karşıt görüşe göre ise TTK m.612/2'de öngörülen sınır sadece çıkma ve çıkarılma davasında değil, aynı zamanda haklı sebeple fesih davasında hakimin çıkma veya çıkarılma kararı vermesinde de uygulanır.[116] Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, limited şirketlerde düzenlenen istisnai haller sınırlı olarak (*numerus clausus*) sayılmıştır, dolayısıyla kıyas yoluyla genişletilemezler.[117] Anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen limited şirketlere uygulanması için ilgili düzenlemelerde bir boşluk olması gerekir. Anonim şirketlerde bile istisna olarak düzenlenmiş hükümlerin, limited şirket düzenlemelerinde bir boşluk olmaması sebebiyle kıyasen uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki TTK m.612/2 hükmünün lafzında da "*mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan bir şirketten çıkma ya da çıkarma*" ibaresi yer aldığından haklı sebeple fesih davasını ayrık tutup anonim şirketler hükümlerini uygulamak kabul edilemez.

Son olarak, yukarıda çıkarılma başlığı altında anılan TTK m.596'da şirketin, kendi paylarını iktisabı suretiyle ortağın şirketten çıkarılması haline özgü bir düzenleme bulunması itibariyle ilgili hükmün TTK m.612 ile ilişkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, TTK m.612

---

[114] Çıkma ve çıkarılma hallerinde ayrılan ortak, TTK m.641 uyarınca mevcut şirket değeri üzerinden esas sermayedeki payına karşılık gelen ayrılma akçesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak, ayrılma akçesinin hesaplanmasında esas alınacak şirket değerinin belirlenmesinde uygulama ve mevzuatta belirsizlik bulunmaktadır. Mevzuatta yalnızca ayrılan ortağa payının gerçek değerinin ödenmesi gerektiği düzenlenmiş olup, uygulanacak değerleme yöntemleri doktrin ve içtihada bırakılmıştır. Doktrinde, gerçek değer ile yaşayan şirket değerinin anlaşılması gerektiği ve yalnızca bilanço değeri üzerinden yapılacak bir hesaplamanın hakkaniyete uygun olmayacağı belirtilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN İrfan, "Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, ss. 83-102.

[115] ÇAPA, s. 131.

[116] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 581; ŞAHİN/KULA, ss. 276-277.

[117] PULAŞLI, s. 2779.

uyarınca şirketin kendi paylarını iktisap eşiğinin %20 olarak uygulanması, yalnızca şirket sözleşmesinde öngörülen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan şirketten çıkma ya da çıkarılma hallerine özgüdür. Oysa TTK m.596'da ne şirket sözleşmesinde öngörülen bir sebeple ne de mahkeme kararıyla hükme bağlanan bir çıkma ya da çıkarılma söz konusudur. Bu çerçevede kanaatimizce TTK m.612/2'deki istisnai düzenleme TTK m.596 uyarınca şirketin kendi paylarını iktisabına uygulanabilir değildir. Dolayısıyla bu durumda TTK m.612/1'de düzenlenen genel kural olan %10'luk iktisap eşiğinin uygulanması gerekmektedir. Kanundaki bu eksiklik, şirketin onayına tabi olmaksızın şirkette hissedar olan kimselerin şirket tarafından reddedilmesini zorlaştıracak niteliktedir ve amaçladığının aksine şirketin yabancılaşmasının engellenmesine ilişkin etkin bir mekanizma sunamamaktadır.

4. Konuya İlişkin Yargıtay İçtihadı

Yargıtay içtihadı incelendiğinde, Yargıtay'ın şirketin kendi paylarını iktisabı suretiyle ortağın çıkmasına veya çıkarılmasına karar verirken TTK m.612/2'de yer alan sınırlamaya uymadığı bazı kararları bulunduğu görülmektedir. Yargıtay bir kararına konu olan uyuşmazlıkta[118] TTK m.638 kapsamında çıkma hakkını kullanmak isteyen ortağın paylarını, paylarının sermayedeki oranı %25 olmasına rağmen, şirketin kendi paylarını iktisabı için öngörülen oranı göz önüne almadan şirket tarafından iktisabına hükmetmiştir. Karardaki karşı oy yazısında da haklı olarak belirtildiği üzere[119], Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi m.612/2'de düzenlenen sınıra uymaksızın kararını vermiştir. Aynı daire TTK m.636 kapsamında açılan haklı nedenle fesih davasında[120] da fesih dışında bir çözüm olarak ortağın çıkarılmasına ve pay oranı %33 olan ortağın paylarının şirket tarafından iktisabına karar vermiştir. Bu kararda da verilen hüküm, karşı oy yazısında aynı şekilde eleştirilmiştir. Yargıtay verdiği kararlarda emredici bir sınır olan TTK m.612/2'deki sınırı dikkate almamıştır. Bu iki karardan da anlaşıldığı üzere Yargıtay uygulamasında %20 gibi düşük bir oranın belirlenmesi bu hükmün göz ardı edilmesi sonucunu doğurmuştur.

---

[118] Yargıtay 11. HD., E. 2016/2571 K. 2017/5023 T. 04.10.2017.

[119] Yargıtay 11. HD., E. 2016/2571 K. 2017/5023 T. 04.10.2017 karşı oy yazısı "*Bu düzenlemeye göre şirketin çıkma ve çıkarılmada edineceği esas sermaye payı oranı %20'dir. Böylece, Limited Şirketinin çıkma ve çıkarılmada %20 oranından fazla esas sermaye payını edinme olanağı yoktur.*"

[120] Yargıtay 11. HD., E. 2015/15797 K. 2017/2896 T. 15.05.2017.

SONUÇ

Anonim şirketlerde kendi paylarını iktisap ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve kural olarak şirketin %10 oranında kendi payını iktisabına izin verilmiştir. Tam anlamıyla bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklarda şirketin kendi paylarını iktisabında TTK m.382 ve m.383'te bazı istisnalar getirilmiş ve bu durumlarda şirketin kendi paylarını iktisabına TTK m.338 dışında bir sınır konulmamıştır. TTK m.531 kapsamında haklı sebeple fesih davasında hâkimin ortaklardan birinin çıkarılmasına hükmetmesi hali TTK m.382'de belirtilen istisnalar kapsamında değerlendirilmektedir. Yani anonim şirkette bir ortağın haklı nedenle fesih davası sonucunda çıkması durumunda şirket bir sınıra tabi olmaksızın kendi paylarını iktisap edebilecektir.

Anonim şirketlerden farklı olarak limited şirket TTK'da bir sermaye ortaklığı olarak düzenlenmesine karşın ortakların bağlılık yükümlülüğünün olması, ortakların her birine çıkma hakkının tanınması ve pay devrinin zorlaştırılması gibi nedenlerle kişi ortaklığına yaklaşan bir tablo çizmektedir. Kişi ortaklığı özelliklerini de barındıran limited şirketlerin tam bir sermaye ortaklığı olan anonim şirketlerden ayrılan çıkma ve çıkarılma müesseseleri şirketin kendi paylarını iktisabı düzenlemeleri bakımından özel önem arz eder. Çıkma ve çıkarılma durumlarında öngörülen birincil ve en uygun çözüm şirketin çıkmak isteyen ya da çıkarılmak istenen ortağın paylarını iktisap etmesidir. Bu önemine karşın kanunda istisnai bir oran olarak öngörülen %20'lik sınır özellikle az ortaklı ve sermayeli limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma kurumlarının istenilen verimde kullanılmamasına neden olmaktadır. Mehaz kanun olan İBK'da ise limited şirketlerin genel olarak sahip olduğu az ortaklı yapı göz önünde bulundurularak bu oran çıkma ve çıkarılmanın kolaylaştırılması ve etkinleştirilmesi için %35 olarak öngörülmüştür. Türkiye'deki limited şirketlerin dar ve küçük yapısı düşünüldüğünde kanun koyucunun bu oranı %20 olarak iktibas etmesinin nedenini anlamak güçtür. Bunun yanında genellikle limited şirketlerin kendi paylarını almaya yeterli serbest malvarlıklarının en azından muhasebe yönünden bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, bir diğer çözüm olarak şirketten çıkmak isteyen ortağın paylarını diğer ortakların iktisap etmesi daha pratik görünse de diğer ortakların buna kanuni olarak ya da mahkeme kararıyla zorunlu bırakılması tek borç ilkesine aykırı olacaktır.

Sonuç olarak, kanaatimizce çıkma ve çıkarılma müessesinin amaçlandığı şekilde etkin olarak kullanılabilmesinin önünü açmak amacıyla, mehaz kanuna paralel olarak, limited şirketlerde çıkma ve çıkarılma için öngörülen istisnai oranın arttırılması yönünde bir değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKER Halit, "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 32, Sayı 1, Mart 2016.

AKIN İrfan, "Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020.

AYAN Özge, "Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, ss. 185-228.

AYAN Özge, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)", **Legal Hukuk Dergisi,** Sayı 102, 2011, ss. 2237-2266.

AYDIN Sevcan, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının, Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 10, S. 109, 2015, ss. 46-52.

AYOĞLU Tolga, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 78, Sayı 2013/2, 2015, ss. 219-252, s. 225.

BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra, "Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 16, Sayı 2-1, 2017, ss. 343-381.

CENKCİ Esra "Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m.642)", **Ankara Barosu Dergisi,** Cilt 76, Sayı 2019, ss. 1-50.

ÇAMOĞLU Ersin, "Limited Ortaklıktan Çıkarılma", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 30, Sayı 3, Eylül 2014, ss. 5-20.

ÇAMOĞLU Ersin, **Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ÇAPA Mehmet Sadık, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

DEMİRAYAK Ezgi Başak, "Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Karşı Bağlılık Yükümlülüğü", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 76, Sayı 4, 2018, ss. 23-54.

DOMANİÇ Hayri, **Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması TTK Şerhi II**, Yaylacık Matbaa, İstanbul, 1988.

DURAL Ali, "Limited Şirket Esas Sermaye Payının Miras, Eşler Arası Mal Rejimi ve İcra Yoluyla Edinilmesine İlişkin TTK m.596 Düzenlemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2018, ss. 111-124.

ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

GÖKSOY Yaşar Can, "Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun (TTK m.5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020.

GÜRPINAR Bünyamin, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 2, 2016, ss. 73-101.

KAYA Ali, "Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2013, ss. 117-144.

MONTAVON Pascal/ SCHNELL LUCHSINGER Monique, "L'acquisition Par La SA Et La SÀRL De Leurs Propres Parts De Capital - 1ère Partie: Droit Des Sociétés, Droit Comptable, Projet De Révision Du Droit De La SA", **Der Treuhandexperte**, 2018, ss. 214-227.

NOMER ERTAN Füsun, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası, TTK 531 Üzerine Düşünceler", **İÜHFM**, Cilt 73, Sayı 1, 2015, ss. 421-440.

ÖZTÜRK ALMAÇ Tuğçe, "Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Konusunda Haklı Sebep Olarak Kabul Edilebilecek Hususlar", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 12, 2017, ss. 60-66.

PALTA Nihan, "Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 91, Sayı 4, 2017, ss. 44-73.

POROY Rehan/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

POROY Rehan/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

PREMAND Viviane, **Les Sociétés De Famille Dans Les Formes De La Société Anonyme Et À Responsabilité**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010 Limitée Societe famille.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 2778

ŞAHİN Ayşe "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Çerçevesinde Gündeme Gelen Bazı Hukuki Sorunlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 117-118, 2014, ss. 145-174.

ŞAHİN Ayşe, "Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, 2012, ss. 851-858.

ŞAHİN Ayşe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 175-210.

ŞAHİN Murat/KULA Ufuk, "Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ile İlgili Yargıtay Kararları", **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler**, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2020, ss. 233-235;

ŞAHİN, Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ŞENER Oruç Hami, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

TARHAN Mehmet Umur, "**Limited Şirket Ortaklığından Çıkma ve Çıkarılma (TK 638-642)"**, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

TAŞDELEN Nihat, **Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih**, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012.

TEKİNALP Ünal, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulü Sorunları", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

TEKİNALP Ünal, "Çıkmaya Katılma", **Arslanlı Bilim Arşivi**.

TEOMAN Ömer, "Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu)", **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 125-135.

TERCIER Pierre/AMSTUTZ Marc/TRINDADE Rita Trigo, vd., **Code des Obligation II - Commentaire Romand**, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2017

TOPALOĞLU Mustafa, "Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Ödenmesine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi", **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 8, 2017, ss. 171-181.

TOPALOĞLU Mustafa/ÖZER Işık "Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi" **Terazi Hukuk Dergisi,** Cilt 14, Sayı 2019, ss. 1955-1967.

YILDIZ, Şükrü, **Limited Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Arıkan, İstanbul, 2007.

YÜKSEL Sinan Hüdai, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 863-881.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2021; 2: 2213-2252

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN ZAMANSAL KAPSAMI: "ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA" İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMAYA BAŞLAMASI(*)

Doç. Dr. **Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR** (**)
Arş. Gör. **Hande GÜR**(***)

Öz: Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışmaların insani sonuçlarına sınırlama getirmek amacıyla oluşturulmuş kurallar dizisi olup, spesifik olarak silahlı çatışmaları yönetmek ve idare etmek üzere düzenlenmiştir. Bu bağlamda, insancıl hukuk kuralları-nın uygulanmaya başlaması için silahlı çatışmanın başladığı anın saptanması esastır. Silahlı çatışmanın başladığı anın saptanması için ise, öncelikle çatışmanın uluslararası silahlı çatışma mı uluslararası olmayan silahlı çatışma mı olduğunun tayin edilmesi gereklidir. Zira bu tayin, bu çatışmalara uygulanacak kuralları belirlemesi açısından önemlidir. Ne var ki, günümüz silahlı çatışmaları düşünüldüğünde, bu ayrım her zaman kolay ve net bir şekilde yapılamamaktadır. Bazı durumlarda çatışma halinde olan her bir tarafa farklı insancıl hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olabilmekte ve hangi insancıl hukuk kurallarının kime ve ne zaman uygulanacağı sorularını cevaplandırmak zor olabilmektedir. Bu makalede uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara yönelik in-sancıl hukuk kurallarının uygulanabilmesi açısından bir uluslararası silahlı çatışmanın başlangıç anının tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İnsancıl Hukuk, Uluslararası Silahlı Çatışma, Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma, Devlet Dışı Aktörler, Rıza.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.11.2021 - Makale Kabul Tarihi: 17.11.2021.
Sorumlu Yazar: Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar
Ortak Yazar: Arş. Gör. Hande Gür

(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID numarası: 0000-0002-6534-503X; *meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr*).

(***) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID numarası: 0000-0002-3066-634; *hande.gur@marmara.edu.tr*).

THE BEGINNING OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN "INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS"

Abstract: International humanitarian law is a set of rules established to limit the negative consequences of armed conflicts. In other words, these rules are specifically designated to govern armed conflicts. Therefore, to determine when this body of law be implemented, it is required to determine precisely when an armed conflict begins. In order to ascertain the exact moment when an armed conflict begins, it is required to investigate whether or not the armed conflict is of international character. Nature of an armed conflict plays a significant role in view of determination of relevant rules that apply to the armed conflicts. Nevertheless, this distinction cannot be made easily and clearly with regard to contemporary armed conflicts.

In some cases, entirely different rules of humanitarian law may apply to each party to a conflict. In this respect, first, identification of the rules of humanitarian law would pose an issue. Second, the questions i.e. which humanitarian law rules apply to whom and when, are to be addressed. Accordingly, this article investigates when the rules of international humanitarian law begin to apply in case of international armed conflicts.

Keywords: International Humanitarian Law, International Armed Conflict, Non-International Armed Conflict, Non-State Actors, Consent.

I. SİLAHLI ÇATIŞMALARIN SINIFLANDIRILMASI

1. İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başladığı Anın Tespiti İçin Silahlı Çatışmaların Sınıflandırılması Gerekliliği

Uluslararası insancıl hukuk,[1] silahlı çatışmaların insani sonuçlarına sınırlama getirmek amacıyla oluşturulmuş kurallar dizisi olup, spesifik olarak silahlı çatışmaları yönetmek ve idare etmek üzere düzenlenmiştir. Bu itibarla, savaş araç ve yöntemlerini düzenleyen ayrıntılı hükümler ile savaşan tarafın otoritesine maruz kalan kişilerin ve nesnelerin korumasını ihtiva etmektedir.[2] Silahlı çatışma bir kere meydana geldiğinde, çatışmaya ilişkin

---

1 Uluslararası İnsancıl Hukuk *(International Humanitarian Law)*, Silahlı Çatışmalar Hukuku *(Law of Armed Conflicts)* veya Savaş Hukuku *(Law of War-jus in bello)* olarak da kullanılmaktadır. Bu makalede kısaca İnsancıl Hukuk olarak kullanılacaktır.

2 MELZER Nils, **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**, ICRC, Geneva, 2016, s. 17.

yapılan her türlü eylem insancıl hukuk kurallarına uygun olmak zorundadır.[3] Bu sebeple, insancıl hukukunun uygulanmaya başlaması için öncelikli olarak bir silahlı çatışmanın varlığının tespit edilmesi gereklidir.

İnsancıl hukuk, tek çeşit silahlı çatışmayı kabul etmemekte; geleneksel olarak silahlı çatışmaları iki tip olarak tanımlamaktadır: İki veya daha fazla devlet arasında meydana gelen 'uluslararası silahlı çatışmalar' *(international armed conflict (IAC))* ve devletlerle silahlı devlet dışı aktörler arasında ya da bu tür silahlı devlet dışı aktörlerin kendi aralarında vuku bulan 'uluslararası olmayan silahlı çatışmalar' *(non-international armed conflict (NIAC))*.

Ne var ki, günümüz silahlı çatışmaları düşünüldüğünde, bu ayrım kâğıda yazıldığı gibi kolay ve net bir şekilde yapılamamaktadır. Zira günümüzde devlet ve devlet dışı aktörler arasında süregelen iç çatışmalara, üçüncü bir devletin veya devletlerin dâhil olmasına sıklıkla rastlanmakta ve bunlar 'uluslararasılaşmış iç çatışmalar' *(internationalized internal conflict)* şeklinde adlandırılmaktadır.[4] Söz gelimi, yabancı bir devletin silahlı kuvvetleri, başka bir devlete karşı savaşan devlet dışı aktörün yanında yer alabilmektedir. Veya bir devlet, başka bir devletin toprakları üzerinde konuşlanan devlet dışı aktöre yönelik askeri operasyonlar düzenleyebilmekte; bu operasyonları ülke devletinin rızasını almadan yürütebilmektedir. Tüm bu durumlarda çatışma halinde olan her bir tarafa farklı insancıl hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmakta ve hangi insancıl hukuk kurallarının kime ve ne zaman uygulanacağı sorularını cevaplandırmak zor olabilmektedir.

---

[3] Bkz. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri (I-IV) Ortak madde 1 ve Uluslararası İnsancıl Örf ve Âdet Hukuku, Kural 139. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin İnsancıl Hukuka İlişkin Örf ve Âdet Hukuku Çalışması için bkz. HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, **Customary International Humanitarian Law Study**, Vol. 1, ICRC, 2004. Türkçe tercümesi için bkz. HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf- Âdet) Hukuku Cilt I: Kurallar**, Çev: ÖKTEM A. Emre / BATUR YAMANER Melike/ ÖZBEK Dolunay/ KURTDARCAN Bleda R./ UZUN Mehmet Cengiz/ KAYA Abdullah, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66. (Bu makalede Türkçe tercümeden yararlanılmıştır.) Silahlı çatışmalarda uyulması gereken İnsancıl Hukukun temel kuralları için bkz. SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, "Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S: 123-124, 2014, ss. 37-64, s. 37.

[4] LUBELL Noam, **Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors**, Oxford University Press, 2010, s. 93. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası toplum, devletlerarası çatışmalardan ziyade çoğunlukla iç çatışmalara tanıklık etmiştir. Soğuk Savaş boyunca, bu iç çatışmalara yabancı devlet veya devletlerin müdahale ettiği ve *'proxy wars'* olarak adlandıran hadise eşlik etmiştir. Aynı şekilde, Soğuk Savaş sonrası da bir devlet ve silahlı devlet dışı örgüt arasındaki iç çatışmalara yabancı devlet müdahalelerinin arttığı gözlenmiştir. AKANDE Dapo, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts" in WILMSHURST Elizabeth (Ed.), **International Law and the Classification of Conflicts**, Oxford University Press, 2012, (iBooks), ss. 163-261, s. 213.

2. Silahlı Çatışmaların Sınıflandırılmasının Sonuçları

İnsancıl hukuk kurallarının uygulanmaya başlaması için silahlı çatışmanın başladığı anın saptanması icap etmektedir. Silahlı çatışmanın başladığı anın saptanması için ise, öncelikle çatışmanın uluslararası silahlı çatışma mı uluslararası olmayan silahlı çatışma mı olduğunun tayin edilmesi gereklidir. Zira bu tayin, bu çatışmalara uygulanacak kuralları belirleyecektir. Uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacak hukuk ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak hukuk ayrımının yapılması, her bir çatışmaya uygulanan hukuk kurallarının birbirinden farklı hükümler içermesi açısından önem taşımaktadır.[5]

Silahlı çatışmaların ayrımının yapılması açısından, uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan uluslararası teamül hukuku kurallarının uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanacağını belirten Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi *(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia - (ICTY))* içtihatları bir noktaya kadar kolaylık sağlamaktadır.[6] Ayrıca, Uluslararası Kızılhaç Komitesi de, oldukça kapsamlı olan İnsancıl Hukuka İlişkin Örf ve Âdet Hukuku Çalışması'nda, insancıl hukuk kurallarının büyük bir çoğunluğunun hem uluslararası silahlı çatışmalara hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabileceği görüşünü benimsemiştir.[7] Her iki silahlı çatışma türüne uygulanacak insancıl hukuk kuralları giderek benzer hale gelmesine rağmen arada halen belirgin farklar bulunmaktadır. Bu durum, özellikle, birden fazla çatışmanın aynı anda devam ettiği ve aradaki ayrımın net bir şekilde yapılmasının zor olduğu çatışmalarda önem arz etmektedir. Zira, bu çatışmaların doğru sınıflandırılmasının uygulamada önemli hukuki sonuçları olmaktadır.[8] Bu doğrultuda, örneğin, Suriye topraklarında süregelen hem devletlerin hem de devlet dışı aktörlerin yer aldığı çatışmalardan hangilerinin uluslararası silahlı çatışma, hangilerinin uluslararası olmayan silahlı çatışma olduğunun belirlenmesi, bu çatışmalara uygulanacak kuralların tespiti açısından oldukça önemlidir.

---

5 AKANDE, 2012, s. 167.

6 Bkz. Prosecutor v. Dusco Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. (Appeals Chamber Decision) ICTY, 2 October 1995, parag. 96-127.

7 Bkz. HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, s. XXXXVII.

8 SHAW Malcolm N., **International Law**, 8th Edition, Cambridge University Press, 2017. Türkçe çevirisi için; KAYA İbrahim/ ACER Yücel/ DEMİRTEPE M. Turgut/ ŞİMŞEK G. Engin, **Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk**, Sekizinci Baskı, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), 2018, s. 875

Silahlı çatışmaların sınıflandırılması, silahlı çatışmalarda hem koruma hem de hesap verebilirliği etkilemektedir.[9] Bu itibarla, iki çatışma türü arasındaki farklılıklarla ilgili ilk olarak antlaşmalar hukuku bakımından ikisi arasındaki ayrımın oldukça büyük olduğunu söylemek gereklidir. Devletlerarası çatışmalara uygulanan insancıl hukuka ilişkin antlaşma hükümleri, açıkça belirtilmediği sürece uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açısından uygulanmamaktadır.[10] Uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin antlaşma hukuku kuralları, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin antlaşma hukuku kurallarına göre çok daha detaylı ve tatmin edicidir.[11] 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin tümü, 1977 Ek Protokol I ve bunlardan önce var olan Lahey Sözleşmeleri uluslararası silahlı çatışmalarla ilgilidir. Bu sözleşmeler, 'Lahey Hukuku' olarak bilinen; muhasamatın yürütülmesiyle ilgili oldukça ayrıntılı hükümler içeren ve 'Cenevre Hukuku' olarak bilinen; muhasamatta yer almayan veya artık yer almayacak olan kişilerin korunmasıyla ilgili kuralları belirleyen yüzlerce maddeden oluşmaktadır. Tüm bunların aksine, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarla ilgili hükümler oldukça sınırlıdır. Bunlar; 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. maddesi ile 1977 Ek Protokol II ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'nün 8/2 fıkrasının (c) ve (e) bentleridir. Ortak 3. madde, muhasamata katılmayan veya çeşitli sebeplerden ötürü artık muhasamatın dışında kalan kişilerin korunması ile sınırlı olup, muhasamatın yürütülmesini içeren kuralları düzenlememektedir. Yirmiden az hüküm içeren Ek Protokol II ve UCM Roma Statüsü'nün ilgili bölümleri ise silahlı çatışmalarda mağdurların korunmasıyla ve muhasamatın yürütülmesiyle ilgili oldukça az sayıda kural içermektedir. Kısaca, antlaşmalar hukuku açısından, uluslararası silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukuk rejiminin, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak insancıl hukuk rejimine göre hem sivillerin hem savaşan tarafların korunması açısından çok daha kapsayıcı olduğunu söylemek mümkündür.

Silahlı çatışma türlerine uygulanacak insancıl hukuk kuralları açısından ikinci farklılık ise, ayrımın bugün daha az belirgin olduğu söylenebilse de,[12]

---

[9] HAQUE Adil Ahmad, "Whose Armed Conflict? Which Law of Armed Conflict?", **Georgia Journal of International and Comparative Law (Ga. J. Int'l and Comp. L.)**, Vol. 45, 2017, ss. 475-493, s. 483.

[10] Ed. FLECK Dieter, **The Handbook of International Humanitarian Law**, Oxford University Press, 2008, s. 627. parag. 1215.

[11] HAQUE, 2017, s. 483; AKANDE, 2012, s. 167.

[12] Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne göre, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak kuralları genişletmiştir. Ek Protokol II'deki boşluk-

uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin örf ve âdet hukuku ile uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin örf ve âdet hukuku kurallarının farklılığıdır. Örneğin, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi tarafından hazırlanan İnsancıl Teamül Hukuku kuralları (UİTH), uluslararası silahlı çatışmalara uygulanabilen ancak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanamayan on yedi kural tespit etmesine karşın;[13] uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir ancak uluslararası silahlı çatışmalara uygulanmayan altı âdet örf ve âdet hukuku kuralı tanımıştır.[14] Böylece, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin örf ve âdet hukukunun geniş bir kurallar dizisi sağladığı ve antlaşmalar hukukunca bırakılan boşlukları doldurduğu ve böylece uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar arasındaki ayrımın bulanıklaştığı iddia edilmektedir.[15] Ancak, yine de örf ve âdet hukukun, uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak kurallar arasında tam bir birleşmeye yol açmadığı söylenebilir. Bazı belirgin farklılıklar hala devam etmektedir.[16] Zira, savaşçı statüsü,[17] kamu malları,[18]

---

ların devlet uygulamalarıyla doldurulması ile Ek Protokol I'dekine benzer kuralların uluslararası olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir hale gelmesini sağlamıştır. HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, s. XXXVII.

13 UİTH Kural 3, 4, 41, 49, 51, 106, 107, 108, 114, 124(A), 128(A), 128(B), 130, 145, 146, 147.

14 UİTH Kural 124(B), 126, 128(C), 129(B), 148, 159. Konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. HENCKAERTS Jean-Maire, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", **International Review of the Red Cross**, Volume. 87 Number. 857, March 2005, ss. 198-212.

15 *Tadić* davasında bu görüş benimsenmiştir. Tadić, (Appeals Chamber Decision), parag. 127. Aynı şekilde Uluslararası Kızılhaç Komitesi de benzer bir bakış açısı sergilemiş, neredeyse tüm teamül kurallarının hem uluslararası silahlı çatışmalar hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açısından uygulanacağını belirtmiştir. HENCKAERTS, s. 197.

16 FLECK, 2008, s. 627, parag. 1215.

17 Uluslararası bir silahlı çatışmada, savaşçı (muharip) olarak tanınmanın önemli sonuçları vardır. Savaşçıların, muhasamata doğrudan katılma hakları vardır ve ele geçirilme durumlarında, özel bir korumdan yararlanmaktadırlar. Bu durumda savaş esiri statüsü kazanmakta olup ne çatışmaya katılmaktan ne de Uluslararası İnsancıl Hukukun ihlalini oluşturmayan eylemlerden dolayı yargılanabilirler. HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, s. 431. Buna karşılık, uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada, silahlı grupların üyelerinin savaş esiri statüsü kazanmaları ve bu şekilde bir korumadan yararlanmaları mümkün değildir. Bkz. UİTH Kural 107, 108. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda çatışmanın yaşandığı devletin iç hukuku uygulanmaya devam eder. Bu kişiler için sadece İnsan Haklarına ilişkin temel ilkeler ve korumalar geçerlidir. SHAW, s. 877.; FLECK, 2008, s. 627, parag. 1215.

18 Uluslararası bir silahlı çatışmanın tarafı, karşı tarafın askeri ekipmanlarına savaş ganimeti olarak el koyabilmektedir. Bkz. UİTH Kural 49. Ayrıca işgal altındaki topraklarda, askeri operasyonda kullanılabilecek kamu mallarına, bedelinin ödenmesi yükümlülüğü olmaksızın el konulabilir. UİTH Kural 51. Buna karşılık uluslararası olmayan bir silahlı çatışmada, karşı tarafa ait olan askeri malzemeye el konulmasıyla ilgili hiçbir uluslararası hukuk kuralı belirlenmemiştir. HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, s. 192.

özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin serbest bırakılma zamanı,[19] savaş misillemeleri[20] gibi konularda silahlı çatışmanın türüne göre uygulanacak hukukun farklı olduğu gerçeği inkâr edilemez.

Bir diğer farklılık ise savaş suçlarına ilişkin evrensel yargı yetkisinin kapsamına ilişkindir. Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, zorunlu evrensel yargı yetkisine neden olmaktadır. Bu da, tüm devletlerin, failleri yargılamak ya da başka bir yerde yargılanmak üzere iade etmek konusunda yasal görevlerinin olduğu anlamına gelmektedir.[21] UCM Statüsü'nün, uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçlarına ilişkin hükümlerinin kapsamı antlaşmalar hukukunun ötesine geçmiş olsa da, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve *ICTY* tarafından belirlenen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak bazı örf ve âdet hukuku kuralları (sivil hedeflere saldırı yasağı gibi) UCM Roma Statüsü'nün savaş suçları statüsüne dâhil edilmemiştir.[22] Nitekim, UCM Roma Statüsü, uluslararası silahlı çatışmalar açısından otuz dört âdet savaş suçu tanımasına karşın;[23] uluslararası olmayan silahlı çatışmalar açısından sadece on dokuz âdet savaş suçu kabul etmiştir.[24]

---

[19] Uluslararası silahlı çatışmalarda, savaş esirleri, çatışmanın bitiminden sonra vakit geçirilmeksizin tahliye edilmeli ve ülkelerine iade edilmelidirler. (III. Cenevre Sözleşmesi madde 118 ve UİTH Kural 128(A)). Ayrıca enterne edilen sivillerin, enterne edilme sebepleri ortadan kalkar kalkmaz; en nihayetinde çatışma son bulduğunda serbest bırakılacaklardır. (IV. Cenevre Sözleşmesi madde 132-133 ve UİTH Kural 128(B)). Buna karşın, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, özgürlüğünden alıkonulmuş kişilerin serbest bırakılmasına ilişkin evrensel bir antlaşma hükmü bulunmamaktadır. Bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılma nedenleri ortadan kalktığı anda serbest bırakılmaları gereklidir. (UİTH Kural 128(C)). Bu durum, Güvenlik Konseyi ve bölgesel örgütlerin barış anlaşması kararları vasıtasıyla, serbest bırakılmalarıyla son bulabilir. DIETER, 2008, s. 628, parag 1215; HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, s. 508.

[20] Uluslararası hukuk tarafından yasaklanmadığı sürece, uluslararası bir silahlı çatışmanın tarafı, öngörülen sıkı şartlara bağlı olarak savaş misillemelerine başvurabilir. (UİHT Kural 145-147). Uluslararası olmayan bir silahlı çatışmalarda ise çatışmanın taraflarını savaş misillemelerine başvurma hakkı bulunmamaktadır. (UİHT Kural 148).

[21] Bkz. I. Cenevre Sözleşmesi 49. madde; II. Cenevre Sözleşmesi 50. madde; III. Cenevre Sözleşmesi 129. madde ve IV. Cenevre Sözleşmesi 146. madde.

[22] AKANDE, 2012, s. 173.

[23] Bkz. UCM Roma Statüsü madde 8/2 (a), (b).

[24] Bkz. UCM Roma Statüsü madde 8/2 (c), (e).

II. ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALAR AÇISINDAN İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMAYA BAŞLAMASI

1. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 2: Sözleşmenin Uygulanması

Silahlı çatışmaların klasik şeklini, iki veya daha fazla devlet arasında yürütülen uluslararası silahlı çatışmalar oluşturmaktadır. Bugün insancıl hukukun uluslararası silahlı çatışmalara uygulanması, 1907 Lahey Düzenlemeleri ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokolleri aracılığıyla olmaktadır. Aynı zamanda bu antlaşmalar, insancıl hukukun zengin teamül kuralları ile desteklenmektedir.[25] Tüm bu düzenlemelerin içinde, uluslararası silahlı çatışmalar açısından, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. maddesi ayrıca bir öneme sahiptir. Zira bu hüküm, daha önceki insancıl hukuk kaynaklarındaki önemli bir eksikliği doldurmaktadır. Cenevre Sözleşmeleri'nin merkezi olan bu hüküm, sözleşmelerin uygulanacağı koşulları, diğer bir deyişle sözleşmelerin uygulanmaya başlayacağı anı tespit etmektedir.

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin dördünde de ortak olan 2. madde; Cenevre Sözleşmeleri'nin, 'savaş ilanı halinde veya iki veya daha çok Yüksek Âkit Taraf arasında -savaş hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi- çıkabilecek silahlı anlaşmazlık halinde' ve 'Yüksek Âkit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde' uygulanacağını belirtmektedir. *Vite,* ortak madde 2/1'in 'şekilcilik' ve 'etkililik' bakış açılarıyla ele alındığını ifade etmiştir; ilki, savaşan devletler tarafından bir savaş hali olduğunun tanınması yani ilan edilmiş savaşlar; ikincisi varlıkları taraf devletlerin tanımlamalarına bağlı olmayan devletler arası silahlı çatışmalar.[26]

A. Savaş

İnsancıl Hukuka dair 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile 1864, 1906 ve 1929 Cenevre Sözleşmeleri, sözleşmelerin ne zaman uygulanacağı ile ilgili spesifik bir düzenleme içermemekteydiler. Bu açık düzenlemenin yokluğunda ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, yalnızca savaşan tarafların savaşta olduklarını kabul ettikleri, ilan edilmiş bir savaş durumunda uygulana-

---

[25] MELZER, 2016, s. 54.

[26] VITE Sylvain, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations" **International Review of the Red Cross**, Volume. 91, Number. 873, March 2009 ss. 69-94. s. 71-72.

cağıydı.[27] Örneğin 1899 II No.lu Lahey Sözleşmesi-Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair Sözleşme ve 1907 Muhasamatın Başlamasına Dair III No.lu Lahey Sözleşmesi, savaş hukukunun taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilmesi için resmi bir savaş ilanını gerektirmekteydi.[28] Bu da, tarafların kendilerini savaşta görmemeleri durumunda savaş hukukunun uygulamasından kaçabilecekleri anlamına geliyordu. Bugün, taraflar kendilerini savaşta görmeseler bile, silahlı bir çatışma var olduğunda insancıl hukuk kuralları uygulanabilecektir. Ortak 2. maddenin 'savaş hali *taraflardan biri* tarafından tanınmasa dahi' şeklindeki ifadesine rağmen, günümüzde insancıl hukukun tavrı; *her iki taraf da* savaş durumunu tanımasa dahi insancıl hukukun uygulanmaya başlayacağı şeklindedir.[29]

Cenevre Sözleşmeleri'nin yürürlüğe girmesinden bu yana devletler, oldukça nadir savaş ilan etmişlerdir. 1945'te Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın kabul edilmesi ve kuvvet kullanmayı hukuka aykırı kılan *jus ad bellum* rejimi, devletlerin birbirlerine savaş ilan etmelerinde ciddi bir düşüşe yol açmış; savaşan tarafların "uluslararası silahlı çatışmalar" gibi farklı bir terminoloji kullanmayı tercih ettikleri psikolojik bir ortam yaratmıştır. Yine de bu durum, devletlerin hiçbir zaman savaş ilan etmeyecekleri veya savaş ilanı durumunun tamamen son bulduğu anlamına gelmemektedir.[30]

Uluslararası hukukta, savaşın tanımının yapıldığı herhangi bir antlaşmanın olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, öğretide birçok savaş tanımı

---

[27] Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd Edition, 2016, madde 2, parag. 192. (Bundan sonra "Commentary of 2016" diye anılacaktır.) https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary (Erişim tarihi: 15.03.2021).

[28] Bkz. 1899 II No.lu Lahey Sözleşmesi-Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair Sözleşme, Lahey, 29.07.1899. Madde 2: (1) birinci maddede yer alan Düzenlemelerde yer alan hükümler, sadece Sözleşmeci tarafları, bunlardan ikisi veya daha fazlası arasında savaş olması durumunda, bağlamaktadır. (2) Bu hükümler, sözleşmeci taraflar arasındaki bir savaşta, sözleşmeci olmayan bir gücün, savaşan taraflardan birine katıldığı zamandan itibaren bağlayıcı olmaktan çıkar. Sözleşme metni için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/150-110003?OpenDocument (Erişim tarihi: 15.03.2021).

1907 III No.lu Lahey Sözleşmesi-Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, Lahey, 18.1.1907. Madde 1: "Sözleşmeci Güçler, aralarındaki savaş durumunun ya nedenlerini göstererek savaş ilanı ya da şartlı savaş ilanıyla birlikte ültimatom şeklinde, önceden ve açık bir uyarı olmaksızın başlayamayacağını kabul ederler." Sözleşme metni için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/190-190002?OpenDocument (Erişim tarihi: 15.03.2021).

[29] AKANDE, 2012, s. 12.; Commentary of 2016, madde 2, parag. 206.

[30] Commentary of 2016, madde 2, parag. 207.; DINSTEIN Yoram, **War, Aggression and Self-Defence**, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005, s. 32.

yapılmıştır. Uluslararası hukukun klasik yazarlarından *Oppenheim*'ın 1900'lü yılların başında yapmış olduğu savaş tanımı şu şekildedir: "Savaş, iki veya daha fazla devletin arasında, silahlı kuvvetleri vasıtasıyla birbirlerini etkisiz hale getirme ve kazanan tarafın istediği barış koşullarını dayatma amacıyla, ortaya çıkan bir mücadeledir." Buna göre, savaşın var olabilmesi için iki veya daha fazla devletin ordularının birbirlerine karşı savaşması gereklidir. Yazara göre, bir devletin savaş ilanı olmaksızın diğer devletlere yönelik tek taraflı kuvvet eylemleri, savaşın başlamasına neden olabilir; ancak diğer tarafın benzer düşmanca eylemleriyle yanıtlanmadıkları veya en azından, diğer tarafın bu savaş eylemlerini dikkate aldığını bildirmediği sürece savaş değildir.[31] Alternatif bir savaş tanımı ise *Dinstein* tarafından şöyle yapılmıştır: "Savaş, iki ya da daha fazla devlet arasında, teknik ya da maddi anlamda düşmanca bir etkileşimdir. Teknik anlamda savaş, savaş ilanının yol açtığı resmi bir durumdur. Maddi anlamda savaş, çatışmanın taraflarından en az biri açısından kapsamlı olması gereken fiili silahlı kuvvet kullanımı ile meydana gelmektedir."[32]

Bugün önemli olan, resmi savaş durumundan ziyade silahlı çatışmanın varlığıdır. Ortak madde 2'nin gerekçesi, Cenevre Sözleşmeleri'nin uygulanma alanını genişletmek ve böylece devletler arasındaki düşmanlık durumunun resmi bir savaş beyanından kaynaklanmadığı durumlarda da söz konusu hükümlerin yürürlüğe girmesini sağlamaktır. Nitekim 1907'den beri, savaşın tüm karakteristik özelliklerini taşıyan birçok silahlı çatışmanın, 1907 III No.lu Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen formalitelerin hiçbiri uygulanmadan ortaya çıkabileceği görülmüştür.[33] Böylelikle Ortak madde 2, devletlerin, savaş ilan etmemek veya silahlı çatışmanın varlığını reddetmek suretiyle, insancıl hukuk kapsamındaki yükümlülüklerinden kaçınmalarını engelleyerek Cenevre Sözleşmeleri'nin insancıl amaçlarına hizmet etmektedir.[34]

---

[31] OPPENHEIM Lassa Francis, **International Law: A Treatise. Vol. II War and Neutrality**, Platanus Academic Publishing, 2020, s. 64-65. Bu tanımın ayrıntılı incelemesi ve eleştirisi için bkz. DINSTEIN, 2005, s. 5-15.

[32] DINSTEIN, 2005, s. 15.

[33] 1907 III No.lu Lahey Sözleşmesi-Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, Lahey, 18.1.1907. Madde 2: Savaş hali, tarafsız güçlere gecikmeksizin bildirilmeli ve telgrafla verilebilecek bir bildirimin teslim alınmasına kadar onlar için geçerli olmayacaktır. Bununla beraber, Tarafsız Güçler, savaş halinden haberdar oldukları açıkça tespit edilirse, bildirimin eksikliğine istinat edemezler. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/190-190002?OpenDocument (Erişim tarihi: 15.03.2021).

[34] Commentary of 2016, madde 2, parag. 202, 210.

B. Silahlı Çatışma

Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. maddesi ile 'silahlı çatışma' kavramı getirilerek sözleşmelerin uygulama alanı genişletilmiş; böylece sözleşmelerin uygulanması 'ilan edilen savaş' kavramına bağlı hale gelmekten kurtarılmıştır. Savaş kavramı, insancıl hukukun en eski antlaşmalarında zaten mevcutken,[35] silahlı çatışma kavramı 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile ilk defa ileri sürülmüştür. Bu yeni kavramla birlikte, savaşan taraflar, teoride başvurabilecekleri bahanelerden mahrum bırakılmışlardır. Sözleşme'nin uygulanmasının ön koşulu olarak artık resmi bir savaş ilanına veya savaş durumunun tanınmasına gerek kalmayacak; Sözleşme, düşmanlıkların fiilen başlamasından itibaren uygulanabilir hale gelecektir.[36] Sözleşme metnini hazırlayanlar böylece insancıl hukukun, devlet yönetiminin iradesiyle ilişkilendirilmediğini göstermek istemişlerdir. Artık savaşın tespiti, yalnızca doğasında öznellik olan tanıma durumuna bağlı olmayacak; nesnel ölçütlere uygun olarak doğrulanabilir gerçeklere dayanacaktır. 1949'daki bu katkı sayesinde, uluslararası silahlı çatışma, etkinlik ilkesi tarafından yönetilen bir kavram olarak uluslararası hukukta yer edinmiştir.[37]

Uluslararası hukukta silahlı çatışmaları nitelendirecek veya sınıflandıracak merkezi/evrensel bir otoritenin olmadığı düşünüldüğünde, silahlı bir çatışmanın varlığı temel vakalara dayanılarak belirlenmektedir. Devletlerin ve çatışma taraflarının, yürütülen askeri operasyonlara uygulanacak yasal çerçeveyi belirlemesi gerekecektir. Bu açıdan Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin önemli bir rolü olduğu belirtilmelidir. Komite, mevcut durumun bağımsız bir şekilde tespitini yapmakta ve çalışmasının bir parçası olarak durumu sistematik bir biçimde sınıflandırmaktadır.[38] Aynı zamanda BM ve bölgesel örgütler gibi diğer aktörlerin söz konusu çatışmaları sınıflandırma-

---

[35] Bkz. 1864 tarihli Savaş Alanındaki Ordularda Bulunan Hasta ve Yaralıların Durumunun İyileştirilmesine Dair Cenevre Sözleşmesi. (Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864). Madde 4, 5, 6. Sözleşme metni için, http://avalon.law.yale.edu/19th_century/geneva04.asp (Erişim tarihi: 15.03.2021).

[36] PICTET Jean S., **Commentary on the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, ICRC, Geneva, 1952, s. 32.; Commentary of 2016, madde 2, parag. 193.

[37] VITE, 2009, s. 72.

[38] Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Statüsü, madde 5/2-c. Bkz. Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement. Adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995 and 2006) Statü metni için https://casebook.icrc.org/case-study/statutes-international-red-cross-and-red-crescent-movement (Erişim tarihi: 15.03.2021). Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin misyonu, amacı ve çalışmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. https://casebook.icrc.org/law/icrc (Erişim tarihi: 15.03.2021). -

ları gerekebilir. Diğer yandan, uluslararası ve ulusal mahkemelerin de gerektiğinde yargı yetkilerini kullanmak için bu sınıflandırmayı yapmaları gerekebilir. Her durumda, sınıflandırma, gerçeklere ve insancıl hukuk kapsamındaki ilgili kriterlere dayalı olarak iyi niyetle yapılmalıdır.[39]

Silahlı çatışmanın tanımı açısından Cenevre Sözleşmeleri'nde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bilinçli bir tercihtir; zira savaşın tanımlanmasında karşılaşılan sorunların silahlı çatışmaların tanımlanması durumunda da yaşanması istenmemiştir.[40] Buna karşın, *ICTY Tadić* davası, silahlı çatışmaların meydana geldiği âna ilişkin önemli bilgiler vermektedir. Karara göre, devletler arasında silahlı kuvvete başvurulduğu zaman veya hükümet yetkilileri ile organize olmuş silahlı gruplar arasında veya bir devlet içinde bu tür grupların kendi aralarındaki uzun süren silahlı şiddet olayları var olduğunda, silahlı çatışma husule gelmektedir. Böylesine bir silahlı çatışmanın başlamasıyla birlikte uluslararası insancıl hukuk uygulanmaya başlayacaktır ve savaş durumunun sona ermesi ve barışın sağlanmasına kadar devam edecektir. O zamana kadar insancıl hukuk, savaşan devletlerin tüm topraklarında veya iç çatışmalar söz konusu olduğunda, bir tarafın kontrolü altındaki tüm topraklarda -çatışmanın orada gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın- uygulanmaya devam edecektir.[41]

Tüm bu bilgiler ışığında cevaplanması gereken iki soru vardır: Uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin insancıl hukuk kurallarının uygulanabilmesi için söz konusu silahlı çatışma kime karşı ve hangi koşullar altında olmalıdır?

C. Savaşan Tarafların Yasal Statüsü: "İki veya Daha Fazla Yüksek Âkit Taraf Arasında"

Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. maddesi, uluslararası silahlı çatışmaların yüksek âkit taraflar arasında olabileceğini ifade etmektedir. Yüksek âkit taraf ifadesi ile bu sözleşmelere taraf olan devletler kastedilmektedir. Yine, *ICTY Tadić* kararında "devletler" arasındaki silahlı çatışmadan bahsedilmektedir. Buradaki muhtemel soru bu iki kavramın aynı anlama gelip gelmediğidir. Bir yüksek âkit tarafın mutlaka devlet olması gerekirken; silahlı çatışmaya katılan her devlet Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olmayabilir. Ancak bugün dünyadaki neredeyse tüm devletlerin Cenevre Sözleşmeleri'ne

---

39 Commentary of 2016, madde 2, parag. 214.

40 TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 53.

41 Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag. 70.

taraf olduğu[42] ve bu kuralların bazılarının da örf ve âdet kuralı olduğu göz önüne alındığında bu soru pek önemli görünmemektedir.[43]

"Yüksek Âkit Taraflar" ifadesi ile 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde "taraf" kelimesine verilen anlam anlaşılmalıdır.[44] O halde uluslararası silahlı çatışmaların, muhalif devletler arasındaki silahlı çatışmalarla sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, günümüz silahlı çatışmaları, devletlerin yanı sıra Birleşmiş Milletler ve Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) gibi uluslararası örgütlerin silahlı çatışmaya katılabileceklerini göstermektedir. BM himayesinde ya da BM'nin komuta ve denetimi altında, çok uluslu güçleri içeren operasyonlar (barış operasyonları) gittikçe artmakta ve bunlar barışı koruma *(peace-keeping)*, barış yapma *(peace-making)*, barışı uygulama *(peace-enforcement)* ve barışı inşa *(peace-building)* gibi uzanımları içermektedir.[45] Bu bağlamda çok uluslu güçlerin rolünün, özellikle de 1990'lı yıllarda eski Yugoslavya'daki çatışmadan bu yana değiştiği belirtilmelidir. Afganistan, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Somali ya da Libya gibi bölgelerdeki çok uluslu güçlerin vazifeleri sadece ateşkesi kesmek veya tampon bölgeleri kontrol etmekle sınırlı olmayıp; muhasamata katılmaları ile de nitelendirilmiştir.[46] Bu tür çok uluslu güçlerin kuvvet kullanma eylemlerine dâhil olmaları, başka bir deyişle çatışma bölgelerinde konuşlanmaları arttıkça, bu çatışmaların insancıl hukuk anlamında bir silahlı çatışma olup olmadığı ve insancıl hukukun bu eylemlere ne zaman

---

42 Cenevre Sözleşmeleri'ne ve diğer insancıl hukuk antlaşmalarına taraf olan devletler için bkz. International Committee of the Red Cross, Treaties, State Parties and Commentaries, *"State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 19-May-2021"* https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp (Erişim tarihi: 15.03.2021).

43 GRIGNON Julia, "The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a few Challenges", **International Review of the Red Cross**, Volume. 96, Number. 893, 2014, ss. 139-162, s. 142.

44 Bkz. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 2/1(g)) b: "taraf *(party)*, antlaşmayla bağlanmaya rıza gösteren ve kendisi için antlaşmanın yürürlükte olduğu bir devlet demektir."

45 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (28 December-1 November 2011), **International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report**, Geneva, October 2011, s. 30-33.; Commentary of 2016, madde 2, parag. 220.

46 FERRARO Tristan, "The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces", **International Review of the Red Cross**, Volume. 95, Number. 891/892, 2013, ss. 591-612, s. 562.; 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, **International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report**, s. 30-33.

ve nasıl uygulanacağı sorusunun sorulma gereği duyulmuş ve çok uluslu kuvvetlerin silahlı çatışmaya taraf olduğu anı kesin olarak belirleyebilmenin zor olması sebebiyle de bu soru önem kazanmıştır.[47]

Uygulamada, barış operasyonuna katılan bazı devletler ve uluslararası örgütler, eylemlerine insancıl hukukun uygulanması konusunda, uygulanabilirlik kriterleri yerine getirilmiş olsa bile, isteksiz davranmışlarıdır. Çok uzun bir dönem çok uluslu güçlere insancıl hukukun uygulanması fikri dikkate alınmamıştır. Çok uluslu güçlerin, özellikle BM güçlerinin silahlı çatışmanın tarafı olmayacağı ve bu yüzden de insancıl hukukla bağlı olmayacakları sıklıkla ileri sürülmüştür. Bu durum, çok uluslu güçlerin uluslararası toplumun tümü adına faaliyet gösterdikleri gerçeğiyle gerekçelendirilmekte ve bu sebeple onların silahlı çatışmanın 'tarafı' veya Cenevre Sözleşmeleri anlamında bir 'güç' olamayacağı sebebine dayanmaktadır.[48] Buna göre BM çatısı altında, Şartın VII. Bölümü kapsamında büyük bir askeri güç kullanılsa dahi, bu eylemlerin onun savaşan taraf olduğu anlamına değil; hukuku uyguladığı anlamına geldiği ve bu şekilde yürütülen muhasamatın silahlı çatışma niteliğine sahip olmadığı görüşü ileri sürülmüştür.[49] Böylesine bir tutum, Afganistan'da ve Libya'daki NATO operasyonuna katılan bazı devletler tarafından da benimsenmiştir.[50] Aynı şekilde, BM Genel Sekreteri, BM güçlerinin 2011'de Fildişi Sahili'nde gerçekleştirdiği eylemle ilgili olarak benzer bir görüş ifade etmiştir.[51]

---

47 FERRARO, 2013, s. 574. Konuyla ilgili ayrıntılı bir tartışma için bkz. DAVID Eric, ENG-DAHL Ola "Debate: How Does the Involvement of a Multinational Peacekeeping Force Affect the Classification of a Situation?", **International Review of the Red Cross**, Volume: 95, Number: 891/892, 2013, ss. 659-679.

48 FERRARO, 2013, s. 563.

49 GREENWOOD Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 1, 1998, ss. 3-34. s. 14.

50 Söz gelimi Fransa Başbakanı Fillon, Libya ile savaşta olmadıklarını, söz konusu müdahalenin amacının Libya'daki sivillere yönelik saldırının engellenmesi olduğu, daha fazlası olmadığını ifade etmiştir. France24, "We are not at war,' says Prime Minister Fillon", 22.03.2011. https://www.france24.com/en/20110322-france-not-war-libya-fillon-prime-minister-gaddafi-military-intervention-un-resolution (Erişim tarihi: 15.03.2021).

51 BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon, askeri üstten ateş açılmasına rağmen BM'nin, Fildişi Sahili'ndeki çatışmanın tarafı olmadığını söylemiştir. Bu eylemin, Misyon tarafından, BMGK yetkisi doğrultusunda meşru müdafaa ve sivillerin korunması kapsamında gerçekleştirildiğini ve bu sebeple UNOCI'nin (Fildişi Sahilleri'ndeki Birleşmiş Milletler Harekâtı) çatışmaya taraf olmadığını belirtmiştir. Reuters, "Ban Ki-moon says U.N. not party to I. Coast Conflict", 4 April 2011. https://www.reuters.com/article/uk-ivorycoast-un-ban-idUKTRE73364Z20110404 (Erişim tarihi: 15.03.2021).

Çok uluslu kuvvetler bir kere silahlı bir çatışmaya dâhil olduklarında, kimin çatışmanın tarafı olarak görüldüğünü tespit etmek önemlidir. Askeri olarak katkıda bulunan ülkeler mi, bu operasyonları kontrol eden uluslararası veya bölgesel örgüt mü, yoksa her ikisi de mi? Günümüzde silahlı çatışmanın varlığı ve insancıl hukukun bu çatışmalara uygulanması resmi bir savaş değerlendirmesine dayalı olmaksızın, yürütülen çatışmaların olgusal gerçekliğine bağlıdır. Belirtmek gerekir ki, BM tarafından veya onun adına yürütülen çatışmalar ile diğer çatışmalar arasında maddi bir farklılık yoktur.[52] Gerçekten de BM Genel Sekreteri'nin "BM Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka Riayet Etmesi" Bülteninde,[53] çok uluslu bir barışı koruma gücünün, başka bir savaşan tarafa silahlı muhalefetinin silahlı bir çatışma, hatta uluslararası bir silahlı çatışma oluşturduğu vurgulanmaktadır. Bülten'in 1.1. kısmında, Bültende belirtilen insancıl hukukun temel ilke ve kurallarının, silahlı çatışma durumlarında aktif olarak angaje olduklarında BM kuvvetleri için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Ne var ki, uluslararası örgütlerin Cenevre Sözleşmeleri'nin imzacıları olamayacakları ve Yüksek Âkit Taraf haline gelemeyecekleri düşünüldüğünde, Cenevre Sözleşmeleri'nin uluslararası örgütler için bağlayıcı olmadığını söylemek gerekir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne göre, bu durumda, uluslararası örgütler insancıl hukuka dair uluslararası teamül hukuku kuralları ile bağlanırlar.[54]

Öte yandan, Cenevre Sözleşmeleri Ortak madde 2 lâfzı ile ilgili tartışılması gereken bir diğer husus, madde 2'deki Yüksek Âkit Taraf "arasında" ifadesidir. Silahlı çatışma, IV. Cenevre Sözleşmesi madde 2'nin 1958 tarihli Yorum'unda, "iki devlet *arasında* ve *silahlı kuvvetlerin müdahalesine* yol açan çatışma" olarak ifade edilmiştir.[55] Bu yorum, Ortak madde 2/1 bağlamında silahlı çatışmanın var olması için, en az iki muharip devletin silahlı kuvvetleri aracılığıyla aynı anda katılımının gerekli olduğu anlamına gelmektedir. Fakat, I. Cenevre Sözleşmesi'nin 2016 yılında yayınlanan güncel yorumu bu

---

[52] GREENWOOD, 1998, s. 14. Konuyla bağlantısı açısından Uluslararası Örgütlerin sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERKİNER Hakkı Hakan, "Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt. 23, Sayı. 2, 2017, ss. 61-86.

[53] UN Secretariat, Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, 6 August 1999, (ST/SGB/1999/13).

[54] Commentary of 2016, madde 2, parag. 220, dn. 47.

[55] Bkz. PICTET Jean S. **Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, ICRC, Geneva, 1958, s. 20. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Tadić* kararında, "Devletler arasında kuvvet kullanımına başvurulduğu zaman silahlı çatışma meydana gelecektir." şeklindeki açıklaması ile aynı yöntemi benimsemiştir. Bkz. *Tadić* Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag. 70.

açıklamanın oldukça dar olduğunu belirtmiştir.[56] Çünkü bu şekilde bir yorum benimsendiği takdirde, bir devletten diğerine yönelik tek taraflı kuvvet kullanımı silahlı çatışma kapsamının dışında bırakılmış olacaktır. Bu da, iki veya daha fazla devletin dâhil olduğu her türlü kuvvet kullanımını düzenleyen Cenevre Sözleşmeleri'nin amacıyla çelişecektir. Oysa, bir devlet başka bir devlete karşı tek taraflı olarak silahlı kuvvet kullandığında, diğer devlet askeri anlamda karşılık vermez veya veremezse, yine de silahlı çatışma meydana gelmektedir. Böyle bir senaryoda madde 2/1'deki şartın sağlandığı kabul edilmelidir. Zira tek taraflı kuvvet kullanma eylemi, saldıran devlet ve saldırıya uğrayan devlet olarak birden fazla aktörün varlığını gerektirmektedir. Örneğin etkin bir deniz veya hava ablukasının ilan edilmesi veya yürütülmesi uluslararası bir silahlı çatışmanın başlaması için yeterli olup, insancıl hukukun uygulanmasını gerektirmektedir.[57] Ayrıca bazı devletlerin kendilerine ait silahlı kuvvetlerinin olmadığı düşünüldüğünde, aksinin mümkün olmadığı anlaşılacaktır. Zira, bir durumun silahlı bir çatışma olarak nitelendirilebilmesi ve insancıl hukukun uygulanabilmesi için en az iki ordunun varlığı gerektiği kabul edildiğinde, uluslararası silahlı çatışmaların Kosta Rika, Nauru, Liechtenstein gibi ülkelerde ortaya çıkması teorik olarak imkânsız hale gelecektir.[58]

2. İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başlamasını Tetikleyen Bir Eylem Olarak: Esir Alma *(Capture)*

İnsancıl hukukun uygulanmaya başlaması için mutlaka ölümcül kuvvet kullanılmasına gerek yoktur. Aynı şekilde çatışmanın ne kadar sürdüğü, katliamın yoğunluğu veya çatışmaya katılan tarafların sayısının bir önemi yoktur. Çünkü düşman askerlerinin esir alınması da insancıl hukukun uygulanabilirliğini tetikleyen eylemi oluşturabilir. Yalnızca bir düşman askerinin esir alınması dahi uluslararası bir silahlı çatışmanın başlaması için yeterlidir. Üçüncü Cenevre Sözleşmesi madde 2'nin Yorum'unda,[59] devletler arasında silahlı bir çatışmanın başlaması için, taraflardan birinin, Sözleşmenin 4.

---

[56] Commentary of 2016, madde 2, parag. 222.

[57] Commentary of 2016, madde 2, parag. 223. Ayrıca bkz. TOPAL Ahmet Hamdi, "İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı", **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 32, Issue. 1, ss. 103-154.

[58] GRIGNON, 2014, s. 146. Silahlı kuvvetleri olmayan ülkeler için bkz. Sophia Ankel, "These are the 31 countries that don't have a military", **Insider**, 11 October 2019. https://www.businessinsider.com/these-are-the-31-countries-that-dont-have-armed-forces-2019-10 (Erişim tarihi: 16.03.2021).

[59] PICTET Jean S., **Commentary on the III Geneva Convention on Relative to the Treatment of Prisoners of War**, ICRC, Geneva, 1960, s. 23. Ayrıca bkz.: Commentary of 2016, madde 2, parag. 236, 238.

maddesi kapsamına giren düşmanları esir almasının yeterli olacağı belirtilmiştir. Buna göre, bir çatışma mevcut olmasa bile, sözleşmede belirtilen kişilerin alıkonulması, insancıl hukuk kurallarının uygulanabilmesi için elverişli ortamı sağlayacaktır. Esir alınanların sayısının herhangi bir öneminin olmadığı da belirtilmelidir.

Devletlerin başka bir devletin topraklarında kuvvet kullanması doğası gereği düşmanca bir harekettir. Bu açıdan, uluslararası bir silahlı çatışma, devletin silahlı kuvvetinin diğer devlete zarar verme arzusuyla hareket ettiği sonucuna varıldığı anda mevcuttur.[60] O halde, silahlı çatışmanın amacının düşman ordusunun potansiyelini zayıflatmak olduğu düşünüldüğünde, bunu başarmanın bir yolu da düşman askerlerini ele geçirmektir denilebilir. Öncesinde veya sonrasında başka hiçbir düşmanca davranış olmasa bile, sadece karşı tarafın silahlı kuvvetleri mensuplarının esir alınması III. Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmaya başlayacağı anlamına gelmektedir. Eğer kişi savaşçı ise, esir alınması onu doğrudan savaş esiri *(prisinor of war)* yapmakta ve bulunduğu ülkeden, milliyetinden, daha önceden bir uluslararası silahlı çatışmanın var olup olmadığına bakılmaksızın, III. Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanabilirliğini tetiklemektedir.[61]

---

[60] GRIGNON, 2014, s. 146-147.

[61] GRIGNON, 2014, s. 147-148. Konuyla ilgili olarak, *Djemila Carron*, Uluslararası Kızılhaç Komitesi de dâhil olmak üzere öğretide hâkim olan bu görüşten ayrılmakta ve herhangi bir çatışma veya işgalin söz konusu olmadığı durumda yalnızca bir askerin ele geçirilmesinin uluslararası bir silahlı çatışmaya yol açmayacağını savunmaktadır. *Carron,* çatışma veya işgal olmadığı bir durumda bir askerin esir alınması oldukça nadir görüldüğünü belirttikten sonra; yabancı bir devletin askerleri, başka bir devletin topraklarında ilerlerken, böyle bir ortamda o devletin bir askerini esir alması durumunda o askerin Cenevre Sözleşmesi kapsamında korunduğunu bildirmekte, ancak bunun sebebini işgal durumunun varlığına bağlamaktadır. Zira, işgalin söz konusu olması için bölgenin etkin bir şekilde kontrol altına alınmasına gerek olmadığı, askeri birliklerin çıkarmasının yeterli olduğu belirtilmektedir. Örneğin, A devleti birlikleri B devletinin topraklarında ilerlediğinde ve bu ortamda A devleti, B devletinin bir askerini ele geçirdiğinde, bu asker savaş esiri statüsünde olup, Cenevre Sözleşmeleri himayesinde korunmaktadır. Çünkü böylesinde bir ortam işgal durumunu yansıtır ve o asker bu sebeple zaten insancıl hukuk kuralları tarafından korunmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz.: GRIGNON Julia, "Book Discussion: The Act that Triggers an International Armed Conflict", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 1 June 2017. https://www.ejiltalk.org/ejil-talk-book-discussion-the-act-that-triggers-an-international-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 17.03.2021) ve CARRON Djemila, "Book Discussion: Djemila Carron's Response", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 2 June 2017. https://www.ejiltalk.org/ejil-talk-book-discussion-djemila-carrons-response/ (Erişim tarihi: 17.03.2021).

3. İnsancıl Hukukun Uygulanmaya Başlaması İçin Uluslararası Silahlı Çatışmanın 'Yoğunluğu' Önemli midir?

Uluslararası silahlı çatışmanın var olduğunun söylenebilmesi için çatışmaya taraf devletler arasındaki kuvvet kullanımının belirli bir seviyeye ulaşması gerekmez. Zaten Ortak madde 2/1'in kendisi de bir yoğunluk eşiğinden ya da savaş durumunun ne kadar sürmesi gerektiğinden bahsetmemektedir. Yani süre veya yoğunluk, uluslararası bir silahlı çatışmanın varlığı için kurucu unsurlar olarak görülmemiştir. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 1958 tarihli Yorum'unda *Pictet*, çatışmanın ne kadar sürdüğünün veya katliamın ne boyutta gerçekleştiğinin, durum tespitinde herhangi bir farklılık yaratmayacağını; insana olan saygının, mağdurların sayısıyla ölçülemeyeceğini ifade etmiştir.[62]

Silahlı kuvvetler arasındaki -ki bunlar kara, hava, deniz kuvvetleri olabilir- küçük çatışmalar bile uluslararası silahlı çatışmaya yol açmakta ve insancıl hukukun uygulanmaya başlaması sonucunu doğurmaktadır. Uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin insancıl hukuk kurallarının uygulanmaya başlaması için belli bir yoğunluk seviyesinin gerekmemesi, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi ve birçok uluslararası mahkeme tarafından da doğrulanmıştır.[63] Nitekim, *ICTY*, "devletler arasındaki silahlı kuvvetin varlığının bizzat, uluslararası insancıl hukukun uygulanmaya başlaması için yeterli olduğunu" savunmuştur.[64] Aynı şekilde, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Ofisi, 2010'da Sarı Deniz'de meydana gelen deniz kazası ile ilgili olarak; silahlı çatışmanın meydana gelmesi için, 'herhangi bir eşiğin aşılması gerekmediği' yaklaşımıyla hareket ettiğini belirtmiştir.[65]

---

62 PICTET, 1958, s. 20-21.

63 Bkz. 32nd International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (8-10 December 2015), **International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report**, Geneva, October 2015, s. 8.; Commentary of 2016, madde 2, parag. 237.

64 Tadić Jurisdiction (Appeals Chamber Decision), parag. 70. Diğer uluslararası mahkeme kararları için bkz.: Prosecutor v Zejnil Delali, Zdravko Muci, Hazim Deli, Esad Land Judgement, Trial Chamber. (IT-96-21-T). ICTY, 16 November 1996. Parag. 184, 208.; The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Decision on the Confirmation of Charges, Pre-trial Chamber I. (ICC-01/04-01/06). ICC, 29 January 2007. Parag. 207. Ayrıca Sierra Leone Özel Mahkemesi de Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadić* kararına atıfta bulunarak aynı görüşü benimsemiştir. Presecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trail Chamber II, (SCSL-03-01-T). SCSL, 18 May 2012. Parag. 563-566.

65 Olay, 2010 yılında Sarı Deniz'de meydana gelen ki kazanın, yani Güney Koreli bir savaş gemisi olan Cheonan'ın 26 Mart 2010'da batması ve Güney Kore'nin Yeonpyeong Adası'nın 23 Kasım 2010'da bombalanması ile ilgilidir. Bunun üzerine UCM Savcılık ofisi bu olayların Mahkeme'nin yargı yetkisine giren savaş suçları olup olmadıklarını değerlendirmek üzere bir

Görüldüğü gibi, uluslararası silahlı çatışmalar için gereken eşik oldukça düşüktür. Çatışmanın belli bir zamana yayılması veya belli sayıda mağdur yaratmasına gerek yoktur. Devletler tarafından silahlı kuvvete başvurulduğu her zaman silahlı çatışmanın varlığı kabul edilmektedir.[66] Bu yaklaşım, insancıl hukuk kurallarının, savaş durumunun başlangıcından itibaren uygulanmasına izin vermektedir. Böylece, belirli bir yoğunluk eşiğinin aşılıp aşılmadığının tespiti için beklenilmesinin ve bu bekleme sürecinde oluşacak belirsizliğin ortadan kaldırılması sağlanmıştır.[67]

4. Devlet Dışı Aktörlerle Ülke Dışındaki Çatışmaların Devletler Arasında Uluslararası Silahlı Çatışma Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

Bir devlet, başka bir devletin ülkesinde bulunan devlet dışı aktörlere karşı, o devletin rızası olmaksızın kuvvet kullandığı takdirde, bu çatışmalara hangi insancıl hukuk kurallarının uygulanacağı, cevaplanması gereken bir diğer soru olarak ortaya çıkmaktadır. Saldıran devlet, ev sahibi devletin silahlı kuvvetlerini veya kurumlarını hedef almıyor; bunun yerine o devlet topraklarında eylemde bulunan organize silahlı grubu hedef alıyorsa, yine de iki devlet arasında bir uluslararası silahlı çatışma var mıdır?

Son yıllarda, yabancı bir devletin, başka bir devletin ülkesindeki silahlı bir devlet dışı aktöre karşı kuvvet kullandığı birçok örneğe rastlanmaktadır. Örneğin, 2006'da İsrail'in Lübnan'da kuvvet kullanması, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde Uganda ve Ruanda'nın eylemleri, Kolombiya'nın 2008'de Ekvador'daki *FARC*'ye (Kolombiya Devrimci Silahlı Güçleri) müdahalesi, ABD'nin Yemen, Somali ve Pakistan gibi ülkelerde El Kailde ile bağlantılı kişileri hedefleyen operasyonları bu duruma örnektir.[68] Ayrıca Türkiye'nin Irak'ın kuzeyinde PKK hedeflerine yönelik kuvvet kullanması ve son yıllarda süregelen Suriye'deki devlet dışı silahlı aktörlere yönelik yabancı devletlerin yürüttüğü operasyonlar da örnek verilebilir. Bu örnekler, gerek yabancı bir devletin doğrudan toprak devletine yönelik askeri müdahalesinden, gerekse toprak devletinin rızası ile o topraklarda bulunan devlet dışı aktörlere yönelik askeri müdahalelerden farklıdır. Zira birinci durumda

ön inceleme açmış ve bir rapor sunmuştur. Situation in the Republic of Korea: Article 5 Report, June 2014, parag. 45-46. Rapor için bkz. ICC, The Office of Prosecutor, "Situation in the Republic of Korea Article 5 Report", June 2014. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-KOR-Article-5-Public-Report-ENG-05Jun2014.pdf (Erişim tarihi: 17.03.2021).

66 VITE, 2009, s. 72.

67 Commentary of 2016, madde 2, parag. 240.

68 AKANDE, 2012, s. 243.

uluslararası silahlı bir çatışmanın mevcudiyeti şüphesiz olup; ikinci durumda ise rızanın varlığı,[69] durumu hukuka uygun hale getirmektedir.

Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin 1949 tarihli I. Cenevre Sözleşmesi'ne dair 2016 yılında yayımladığı güncel yorumunda bu konuya değinilmiştir. Komite, Ortak madde 2/1 bağlamında silahlı çatışmanın var olması için, 'en az iki muhalif devletin silahlı kuvvetleri aracılığıyla aynı anda katılımının gerekli olduğu' yorumunun[70] çok dar olduğunu ifade ederek eleştirmiştir. Zira bu bakış açısı, uluslararası bir silahlı saldırının varlığı için, silahlı saldırıda bulunan devlet ile saldırıya maruz kalan devletin silahlı kuvvetlerinin aynı anda mevcudiyetini gerektirmektedir.[71] Ortak madde 2'nin güncel yorumuna[72] göre, bir devletin başka bir devletin ülkesinde, o devletin rızası hilafına, topraklarını istila etmesi veya askeri birliklerini konuşlandırması, -herhangi bir askeri direnişle karşılaşmasa dahi- bir devletten diğer devlete karşı, Ortak madde 2/1 anlamında uluslararası silahlı çatışma şartlarını sağlayan, tek taraflı ve düşmanca kuvvet kullanılması anlamına gelmektedir. Aynı şekilde kuvvet kullanımı doğrudan düşman tarafın askeri kuvvetlerine yöneltilmese veya düşmanın topraklarına, sivil nüfusuna ve/veya sivil nesnelerine ve altyapısına yönelik olmasa bile madde 2/1 anlamında uluslararası silahlı çatışma oluşturmaktadır. Zira insancıl hukuka göre uluslararası silahlı çatışmanın varlığı, hedeflenen kişi ve/veya nesnelerin, mutlaka idari otoritenin bir parçası olmasını gerektirmemektedir. Uluslararası silahlı çatışmalar devletler arasında çıkmaktadır; hükümet, devletin kurucu unsurlarından sadece bir tanesidir, toprak ve nüfus ise diğer kurucu unsurlardır. Bu nedenle, toprağa, nüfusa veya askeri ya da sivil altyapıya yönelik herhangi bir saldırının, bu toprak, nüfus veya altyapının ait olduğu devlete karşı silahlı saldırı anlamına geldiği ileri sürülmüştür.[73]

Bu bağlamda Ortak madde 2'nin söz konusu güncel yorumu bazı uluslararası hukukçular tarafından destek bulurken bazıları tarafından eleştirilmiştir.

---

69 Söz gelimi, DAEŞ'le mücadelede ABD'nin Irak'taki mevcudiyeti. Çünkü Irak, ülkesinde, ABD'nin, DAEŞ'e karşı kuvvet kullanmasına rıza göstermiştir. Irak, 25 Haziran 2014'te BM'ye bir mektup göndermiş ve DAEŞ tarafından oluşturulan tehdidin ele alınması için uluslararası toplumdan yardım talep etmiştir. Bu durumda, Irak ile ABD arasında bir uluslararası silahlı çatışmanın olduğunu söylemek mümkün değildir. Irak'ın yardım talebi için bkz. UN Security Council, Doc. S/2014/440, (25 June 2014).

70 PICTET, 1958, s. 20.

71 Commentary of 2016, madde 2, parag. 222.

72 Commentary of 2016, madde 2, parag. 223.

73 Commentary of 2016, madde 2, parag. 224, 261-262.

Özellikle Suriye'deki çatışmalar esas alınarak yapılan tartışmalarda, bir devletin (müdâhil devlet-A devleti) yalnızca devlet dışı silahlı örgüte veya bu örgütün başka bir devletin (ülke devleti-B devleti) topraklarındaki mülküne saldırdığı durumlarda, bazı hukukçular;[74] A devleti ile B devleti arasında, -devlet dışı aktörle A devleti arasında süregelen uluslararası olmayan silahlı çatışmaya paralel- bir 'uluslararası silahlı çatışmanın' ortaya çıktığını; diğerleri[75] ise salt uluslararası olmayan silahlı çatışmanın vuku bulduğunu kabul etmektedirler. Peki gerçekten de A Devleti, B Devleti'nin rızası olmaksızın, B Devleti'nde bulunan silahlı devlet dışı aktörle savaş halinde olduğunda; aynı za-

---

[74] AKANDE Dapo, "When Does the Use of Force Against a Non-State Armed Group trigger an International Armed Conflict and Why does this Matter?", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 18 October 2016. https://www.ejiltalk.org/when-does-the-use-of-force-against-a-non-state-armed-group-trigger-an-international-armed-conflict-and-why-does-this-matter/; GOODMAN Ryan, "Turkey's US-Backed Operation in Syria Has Created an International Armed Conflict", **Just Security**, 17 October 2016. https://www.justsecurity.org/33643/us-backed-turkey-operation-syria-creates-international-armed-conflict/ HAQUE Adil Ahmad, "Between the Law of Force and the Law of Armed Conflict", **Just Security**, 13 October 2016. https://www.justsecurity.org/33515/law-force-law-armed-conflict/; GOODMAN Ryan, "Is the United States Already in an "International Armed Conflict" with Syria?", **Just Security**, 11 October 2016. https://www.justsecurity.org/33477/united-states-international-armed-conflict-syria/; HAQUE Adil Ahmad, "Whose Armed Conflict? Which Law of Armed Conflict?", **Just Security**, 4 October 2016. https://www.justsecurity.org/33362/armed-conflict-law-armed-conflict/; HAQUE Adil Ahmad, "The United States is at War with Syria (according to the ICRC's New Geneva Convention Commentary)", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 8 April 2016. https://www.ejiltalk.org/the-united-states-is-at-war-with-syria-according-to-the-icrcs-new-geneva-convention-commentary/ AKANDE Dapo, "Are Extraterritorial Armed Conflicts with Non-State Groups International or Non-International?", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 18 October 2011. https://www.ejiltalk.org/are-extraterritorial-armed-conflicts-with-non-state-groups-international-or-non-international/ RULAC Geneva Academy, "Contemporary Challenges for Classification" https://www.rulac.org/classification/contemporary-challenges-for-classification#collapse5accord (Erişim tarihi: 18.05.2021).

[75] Bkz. GILL Terry D., "Letter to the Editor from Professor Terry Gill on Classification of International Armed Conflict", **Just Security**, 14 October 2016. https://www.justsecurity.org/33569/letter-editor-prof-terry-gill-classification-international-armed-conflict/; PEARLSTEIN Deborah, "A Syrian IAC?", **Opinio Juris**, 14 October 2016. http://opiniojuris.org/2016/10/14/a-syrian-iac/; RONA Gabor, "Letter to the Editor: Not So Fast on Calling it an "Armed Conflict" Between the US and Syria", **Just Security**, 13 October 2016. https://www.justsecurity.org/33546/letter-editor-fast-calling-armed-conflict-syria/; WATKIN Kenneth, "The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance, Part II", **Just Security**, 30 August 2016. https://www.justsecurity.org/32608/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance-part-ii/; WATKIN Kenneth, "The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance, Part I", **Just Security**, 24 August 2016. https://www.justsecurity.org/32538/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance/; WATTS Sean, "The Updated First Geneva Convention Commentary, DOD's Law of War Manual, and a More Perfect Law of War, Part I", **Just Security**, 5 July 2016. https://www.justsecurity.org/31749/updated-geneva-convention-commentary-dods-lowm-perfect-law-war/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

manda bu iki devlet arasında bir uluslararası silahlı çatışmanın var olduğu söylenebilir mi? Yoksa yalnızca kuvvet kullanan devlet ile devlet dışı aktör arasında uluslararası olmayan silahlı çatışma mı mevcuttur?

A. Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaya Paralel Olarak Uluslararası Silahlı Çatışmanın Mevcut Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşü paylaşan uluslararası hukukçulara[76] göre, bir devletin, başka bir devlet topraklarında, onun rızasını almadan kuvvet kullanması, iki devlet arasında otomatik olarak silahlı çatışma doğuran bir durumdur. Zira uluslararası silahlı çatışma, bir devletin başka bir devlete karşı silahlı kuvvet kullanmasından başka bir şey değildir; ki devletler arasında silahlı kuvvet kullanmaktan daha ciddi bir çekişmenin çıkmasını beklemek de oldukça zordur. Bu durumun aksini belirtmek, devletler arasında silahlı bir çekişme olabileceğini, ancak uluslararası hukukun devletler arasındaki bu çekişmeleri düzenlemek için tasarladığı kurallarla kapsanmadığını iddia etmektir.[77] Ülke devletinin yabancı devlete karşı kuvvet kullanarak karşılık verip vermemesi önemli değildir. Nitekim Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. Maddesi, taraflardan biri savaş durumunu kabul etmese bile, sözleşmelerin uygulanabilir olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, kuvvet kullanmanın *jus ad bellum* altında meşru veya meşru olmaması bir önem arz etmemektedir. Yani rızaya dayalı olmayan bir kuvvet eylemi de yine *jus ad bellum* kapsamında meşru olabilir; ne var ki, insancıl hukuk kuralları kuvvet kullanımının yasallığından bağımsız olarak uygulanmakta olan kurallar bütünüdür.[78]

Öte yandan, başka bir devletin ülkesine yönelik, ülke devletinin rızası olmadan kuvvet kullanılması, -doğrudan devlet dışı aktörü hedef alsa dahi- yükümlülüklerin ihlal edilerek ülke devletine karşı kuvvet kullanılması olarak kabul edilebilir. Bu yönde bir yaklaşım devlet uygulamalarında ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarında gözlemlenebilir. Söz gelimi UAD, Silahlı Faaliyetler Davası'nda[79] bu doğrultudaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

Mahkeme, kuvvet kullanmama ve müdahale etmeme ilkeleri kapsamında ortaya çıkan yükümlülüklerin; her ne kadar Uganda'nın hedefleri, Başkan

---

[76] Bkz. Dipnot 74.

[77] AKANDE, 2012, s. 251.; HAQUE, 2016c.

[78] AKANDE, 2016,; HAQUE, 2016a; HAQUE 2016c.

[79] Armed Activities Case, parag. 163.

Kabila'yı devirmek olmasa ve algılanan güvenlik ihtiyaçları nedeni ile şehirleri ve havalimanlarını korumaya ve iç savaşa katılanların paralel faaliyetlerini desteklemeye yönelik olsa bile, Uganda tarafından ihlal edildiğini düşünmektedir.

Görüldüğü gibi Divan, Uganda'nın, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ndeki silahlı eylemlerine -işgal altında tuttuğu *Ituri* eyaletinin dışındaki eylemleri de dâhil- uluslararası silahlı çatışmalar hukukunu (Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokol I) uygulamıştır. Divan'ın kararı, Uganda'nın, başta devlet dışı aktörlerle savaşmak için Kongo Demokratik Cumhuriyeti topraklarında olmasına rağmen, Uganda ile Kongo Demokratik Cumhuriyeti arasında uluslararası bir silahlı çatışma olduğu görüşüne dayanmaktadır.[80]

Önemle belirtmek gerekir ki, müdâhil devlet ile devlet dışı aktör arasındaki uluslararası olmayan silahlı çatışma, devlet dışı aktörün bulunduğu ülke devleti ile müdâhil devlet arasında meydana gelen uluslararası silahlı çatışmaya paralel olarak yürüyecektir. Bu bakımdan müdâhil devlet ile devlet dışı aktör arasındaki silahlı çatışma, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar hukukuna göre düzenlenmeye devam edecektir.[81] Burada önemli olan nokta şudur; devlet dışı aktörle olan çatışma ile iki devlet arasındaki uluslararası silahlı çatışma, iki çatışmayı birbirinden ayırmanın imkânsız olacağı kadar bağlı olacaktır. Muhasamatın yürütülmesi açısından, yabancı devletin her türlü hedef alma eylemi yalnızca devlet dışı aktörü ve üyelerini hedef alma girişimi olarak değil; aynı zamanda ülke devletine karşı silahlı kuvvet kullanma teşebbüsü sayılacaktır. Zira böyle bir durumda ülke devletinin rızası olmadan kuvvet kullanılmış olmaktadır. Bu da her hedefleme veya ateş açma eyleminin uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna uyması gerektiği anlamına gelmektedir.[82] Bu görüş, sivillerin, yabancı devletin saldırılarından daha fazla korunmasını amaçlamaktadır. Gerçekten de devletlerin uluslararası silahlı çatışma kurallarını kabul etmelerinin sebebi ülkelerindeki sivilleri ve silahlı kuvvetleri, yabancı bir devletin ülke dışında gerçekleştirdiği silahlı eylemlerinden korumaktır. Bu sebeple, sivil nüfusu yabancı bir devletin bu tür eylemlerinden korumak ve aynı zamanda müdâhil devletin silahlı kuv-

---

80 AKANDE, 2012, s. 250.

81 Commentary of 2016, madde 2, parag. 261. Söz gelimi, Suriye'de DAEŞ'e karşı askeri operasyonlar yürüten ABD, DAEŞ ile uluslararası olmayan silahlı çatışmada; eş zamanlı olarak da Suriye ile uluslararası silahlı çatışmadadır. Çünkü Suriye devletinin ülkesindeki devlet dışı aktörle mücadele eden ABD'nin varlığına rızası yoktur.

82 AKANDE, 2012, s. 257-258.

vetlerini de ülke devletinin cezai kovuşturmasından korumak için bu çatışmaların uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna göre düzenlenmesi gerekmektedir.[83] Dahası, sivillerin silahlı saldırılardan korunmasının, müdâhil devletin neyi amaçladığına indirgememek insancıl hukukun amaçlarıyla da uyumludur. Öyle ki, müdâhil devletin eylemlerinin sadece devlet dışı aktörü hedef aldığı için uluslararası silahlı çatışma meydana getirmediği anlayışı benimsendiğinde, siviller sadece Ortak madde 3'ün asgari korunmasından faydalanmaktadırlar. Halbuki, uluslararası silahlı çatışmanın varlığı halinde siviller, Ek Protokol I'in geniş korumasından yararlanabileceklerdir.[84]

B. Yalnızca Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmanın Mevcut Olduğunu Savunan Görüş

Bu konudaki karşıt görüşteki uluslararası hukukçulara[85] göre bir devletin, başka bir devletin ülkesine, o devletin rızası olmaksızın askeri müdahalede bulunması ilk bakışta ülke devletinin egemenliğinin ihlali gibi görülse de bu, tüm durumlarda böyle değildir; zira müdahalenin yasal dayanağı da olabilir. Böyle bir müdahaleye izin veren bir Güvenlik Konseyi kararının bulunması veya meşru müdafaa gibi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde, saldırı *jus ad bellum* açısından yasal olup, ülke devletinin egemenliği ve ülkesel dokunulmazlık hakkının ihlalini oluşturmamaktadır.[86]

---

[83] Şöyle ki, eğer söz konusu çatışmalara uluslararası olmayan silahlı çatışma kuralları uygulanırsa, müdâhil devletin silahlı kuvvetleri, toprak devleti tarafından cezai kovuşturmaya maruz bırakılabilir. Çünkü uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaşçı bağışıklığı *(combatant immunity)* yoktur. Örneğin, müdâhil devletin savaş pilotu ülke devleti tarafından ele geçirilirse, hava saldırısı uluslararası olmayan silahlı çatışmaya ilişkin teamül kurallarını ihlal etmese dahi, söz konusu pilot, toprak devleti tarafından sivilleri öldürmekten yargılanabilir. Kaldı ki, böyle bir senaryoda, savaş pilotunun ülke devleti tarafından ele geçirilmesi bile kendi başına iki devlet arasında uluslararası bir silahlı çatışmaya sebep olmaktadır. Böylece tutuklamaya ilişkin uluslararası silahlı çatışmalar kuralları geçerli olacaktır. Ancak elbette bu durum pilotun yakalanmasından sonra mevcut olacaktır. Oysaki, uluslararası olmayan silahlı çatışmanın varlığı kabul edildiğinde pilotun, İnsancıl Hukuku ihlal etmeyen eylemleri nedeniyle, yabancı bir devlet tarafından kovuşturulması ihtimali söz konusudur. HAQUE 2016c; AKANDE 2016.

[84] HAQUE 2016c. ABD'nin Suriye'deki DAEŞ'e yönelik operasyonlarından örnek verilecek olursa, ABD'nin devlet dışı aktör ile uluslararası olmayan çatışmada, Suriye ile uluslararası silahlı çatışmada olduğunun kabulünde; siviller uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun geniş korumasından yararlanırken, DAEŞ savaşçıları ne savaşçı bağışıklığından ne de savaş esiri statüsünden yararlanabilecektir. HAQUE 2016b.

[85] Bkz. Dipnot 75.

[86] GILL Terry, "Classifying the Conflict in Syria", **International Law Studies**, Vol. 92, 2016, ss. 353-380, s. 368.; WATKIN, 2016b; Haque, bu konuyla ilgili olarak, egemenliğin ihlalinin hukuka aykırı olduğunu; bunun aksine egemenlik alanına müdahalenin hukuka uygun veya

Örneğin bir devlet, başka bir devletin topraklarında yer alan devlet dışı bir aktör tarafından gerçekleştirilen silahlı saldırıya karşı meşru müdafaa hakkına dayanıyor ve münhasıran o devlet dışı aktörü hedef alan eylemlerde bulunuyorsa,[87] söz konusu eylemler orantılılık ve zorunluluk kriterlerine uygun olduğu müddetçe, toprak devletinin egemenliği ihlal edilmiş olmayacaktır.[88] Ayrıca *Jus ad bellum* ve *jus in bello* hukukun iki ayrı dalıdır ve bir eylemin hukuka uygunluğunu belirleyici her birinin kendi kriterleri vardır. Bir eylemin *jus ad bellum*'a aykırı olması kendiliğinden *jus in bello*'nun da ihlali olarak nitelendirilmez. Aynı şekilde silahlı çatışmanın sınıflandırılmasının, saldırıların aykırı olup olmamasıyla ilgili olduğuna kanaat getirmek için hiçbir sebep yoktur. Bir devletin, diğerinin topraklarında, onun rızası olmadan, oradaki devlet dışı aktörelere karşı kuvvet kullanmasının iki devlet arasında uluslararası silahlı çatışmaya yol açtığının söylenmesi, gereksiz yere *jus ad bellum* ve *jus in bello*'nun birbiriyle bağdaştırılmasına ve buna bağlı bazı sorunlara sebep olabilir.[89] Rıza, genellikle *jus ad bellum*'a ilişkin sorunları çözmede belirleyici olmaktadır; ancak insancıl hukuk sınıflandırması açısından belirleyici olmaktan ziyade, değerlendirilmesi gereken bir dizi

---

hukuka aykırı olabileceğini belirtip, devletin egemenlik alanına silahlı müdahalenin (meşru veya değil) veya davetsiz bir girişin o devletle uluslararası bir silahlı çatışmaya sebep olacağını belirtmektedir. Bkz. HAQUE 2016a.

87 Suriye'deki çatışmalarla ilgili örnek verilecek olursa, ABD, DAEŞ'e karşı yürüttüğü operasyonlarda BM Şartı madde 51 kapsamında meşru müdafaa hakkına dayanıldığını ifade etmektedir. 23 Eylül 2014'te ABD'nin BM temsilcisi Samantha Power, BM Genel sekreteri Ban Kimoon'a, Suriye'de ABD tarafından yönetilen operasyonların uluslararası hukuktaki meşruiyeti ile ilgili gönderdiği mektupta, Suriye devletinin DAEŞ ile mücadele konusunda 'isteksiz' veya 'âciz' davrandığını; bu durumun ise meşru müdafaa hakkını doğurduğunu belirtmiştir. ABD'nin dayandığı "İsteksiz veya Âciz Doktrini" ile ilgili ayrıntılı bilgi ve bahsi geçen mektubun Türkçe çevirisi için bkz. KURAN Selami/ GÜR Hande, "Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaada "İsteksiz veya Âciz Doktrini: Suriye ve DAEŞ Örneği", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, Mayıs 2017, ss. 57-88.; AYDIN OKUR Derya, "DAEŞ'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, Temmuz 2015, ss. 39-65.

88 Konuyla ilgili olarak uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa, ülke dışında kuvvet kullanılması ve meşru müdafaanın gereklilik, ölçülülük ve orantılılık kriterleri için ayrıntılı bilgi için bkz. ERKİNER Hakkı Hakan, **Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 294 vd. Ayrıca meşru müdafaa hakkına dayanılarak yürütülen sınır ötesi operasyonların hukuki niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PİRİM Ceren Zeynep, "Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırılara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 40, Ekim 2019, ss. 245-303.

89 LUBELL Noam, "The War (?) against Al-Qaeda" in WILMSHURST Elizabeth (Ed.), **International Law and the Classification of Conflict**, Oxford University Press, 2012, (iBooks), ss. 921-986, s. 941-943.; GILL, 2016a, s. 369.

faktör göz önünde tutularak rızanın bağlantısı dikkate alınmalıdır.[90] Dahası, ne ülke devleti ne de müdâhil devlet muhasamata karışmıyor veya çatışmanın taraflarından birini desteklemiyorsa, bu iki devletin birbirlerine karşı savaşması olasılığı söz konusu değildir.[91] Zira devlet dışı aktör dışında hiçbir şeyi etkilemeyen sınırlı operasyonlardan oluşan saldırılar, olası bir ülkesel egemenliğin ihlali ve BM Şartı madde 2/4 ile ilgili olduğundan, öncelikli olarak *jus ad bellum* altında değerlendirilmesi gereken konulardır. Bir devletin topraklarında gerçekleştirilen her saldırı, *jus in bello* anlamında toprak devletine yönelik bir askeri operasyon olarak görülmemelidir. Bu şekildeki sınırlı operasyonları; rıza alınmaksızın ev sahibi devlete 'karşı' gerçekleştirilen saldırılar olarak görmektense,[92] rıza alınmaksızın ev sahibi devletin ülkesi 'üzerinde' gerçekleştirilen operasyonlar olarak tanımlamak daha doğru olacaktır. Bu şekilde, tüm bunların *jus ad bellum*'u ilgilendirdiği daha doğru bir şekilde yansıtılacaktır.[93]

Tüm bunlarla beraber, müdâhil devletin saldırıda bulunduğu bölgedeki nüfus ve kamu malları devlet dışı aktörün kontrolündeyse, yani ülke devleti bu bölgede kontrol sağlayamıyorsa, devlet dışı aktöre yapılan saldırılar muhasamatın yürütülmesi açısından artık ülke devleti ile özdeşleştirilemez ve ülke devletine yönelik bir saldırı anlamına gelmemektedir. Çünkü saldırılar ülke devletini hedeflememektedir. Müdâhil devletin eylemleri ancak o bölgede bir işgalle sonuçlanırsa, bu durumda ülke devleti ile müdâhil devlet arasında bir uluslararası çatışma olduğu söylenebilir.[94] Başka bir deyişle eğer ülke devleti, devlet dışı aktörün bulunduğu ve operasyonlar yaptığı bölge üzerinde egemenliğini sürdürebiliyorsa, başka bir devletin bu bölgeye müdahale etmesi, ülke devletine yönelik saldırı olarak kabul edilecektir ve iki devlet arasında bir uluslararası silahlı çatışma meydana getirecektir. Bu iki durum birbirinden farklıdır.[95] Zira, bu şekilde bir müdahale, yalnızca silahlı devlet dışı aktörü hedef aldığından ve ülke devletinin organlarına veya ulusal değerlerine yönelik olmadığından (devletin varlığına, mülkiyetine, altya-

---

[90] LUBELL Noam, "Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations Against Armed Groups", **International Law Studies**, Volume. 93, 2017, ss. 215-250, s. 237.; WATKIN, 2016a.

[91] GILL, 2016a, s. 369.

[92] Commentary of 2016, madde 2, parag. 224, 260.

[93] LUBELL, 2017, s. 237.

[94] GILL, 2016a, s. 369. Bu konuda benzer bir görüş için bkz. WATKIN, 2016a. Bu görüşün eleştirisi için bkz. HAQUE, 2016a.

[95] GILL, 2016b.

pısına, sanayi üslerine, nüfusuna vb. -bunlar ülke devletinin kontrolü altında olduğu sürece), söz konusu müdahale doğrudan devlete yönelik değildir. Aksine, devlet dışı aktöre yöneliktir ve bu sebeple kural olarak çatışma, -ülke devletinin rızasının yokluğuna bağlı olmaksızın- uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak kalmaya -gereken yoğunluk ve organizasyon kriterinin sağlandığı varsayılarak- devam etmektedir.[96]

Görüldüğü üzere bu tartışmaların tümü bir devletin, başka bir devletin rızası olmadan o devletin topraklarında bulunan devlet dışı aktörlere karşı kuvvet kullanması durumunun bir uluslararası silahlı çatışma oluşturup oluşturmadığı sorusunun yanıtı için sunulmuş argümanlardır. Konuya ilişkin tartışmalar halen devam etmekte olup, uluslararası hukukçular arasında bir görüş birliği oluşmuş değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin 1949 tarihli I. Cenevre Sözleşmesi'ne dair 2016 yılında yayımladığı güncel yorumunda bu konuya değinmesi, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin uluslararası insancıl hukukun gelişimi açısından etkisi ve önemi düşünüldüğü zaman kayda değer bir gelişmedir.

5. İşgal (Occupation)

Silahlı çatışmalarda savaşanlardan biri, rakibi üzerinde üstünlük elde etmeyi başardığında, bir uluslararası silahlı çatışma, işgal biçimini alabilir.[97] Cenevre Sözleşmeleri Ortak 2. madde, sözleşmelerin, bir tarafın topraklarının kısmen veya tamamen işgal edilmesi durumlarına, işgal silahlı direnişle karşılaşmasa bile, uygulanacağını belirtmekle birlikte işgalin tanımını yapmamaktadır.[98] İşgalin tanımı için Lahey Sözleşmeleri'ne bakmak gereklidir. Lahey Sözleşmeleri açısından işgal, Lahey Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair Düzenlemeleri III. Bölümünün en ilgi çeken kısmı olmuştur. İlk olarak, 1899 Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair II No.lu Sözleşme'ye ek olarak tertip edilmiş, ardından 1907 Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair IV No.lu Sözleşme'ye ek olarak eklenmiştir. Düzenlemenin 42. maddesine

---

96 LUBELL, 2012.; GILL, 2016a, s. 367.

97 VITE, 2009, s. 73.

98 Cenevre Sözleşmeleri buna karşılık, ortak madde 2/2'de, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin İnsancıl Hukuk kurallarının 'yüksek âkit taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, bu işgal hiçbir askeri mukavemetle karşılaşmasa dahi' uygulanacağını ifade etmektedir. Ayrıca, Ek Protokol I madde 1/4, uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kurallarının sadece Yüksek Âkit Taraflara ait toprakların işgale uğraması durumunda değil; ayrıca kendi kaderini tayin hakkını kullanan halkların yabancı işgaline karşı mücadele ettiği silahlı çatışmalar açısından da uygulanacağını belirtmektedir.

göre, bir toprak parçası düşman ordusunun otoritesi altına alındığında, işgal edilmiş sayılmaktadır.[99] Bu hükme göre işgal için iki koşul yerine getirilmiş olmalıdır: 1- İşgalci, kendisine ait olmayan bir bölgede etkin kontrol *(effective control)* uygulamaktadır. 2- Bu girişim meşru egemen tarafından onaylanmamıştır.[100] İşgalin en önemli adımı etkin bölgesel kontrolü sağlamaktır. Bu demektir ki, işgalci devlet, ülke devletinin otoritesinin yerine kendi otoritesini ortaya koyarak etkin bölgesel kontrol sağlamaktadır. Bu durum, hükümetin otoritesini kullanamaması ve işgalci gücün bu boşluğu kendi otoritesini kullanarak doldurması durumunda söz konusu olmaktadır.[101] Başka bir ifadeyle, işgal durumunun mevcut olup olmadığını belirlemek için, ilgili bölgeye bakmak ve bazı koşulların yerine getirilip getirilmediğini belirlemek gerekir: Bunlar, eski hükümetin o bölgedeki yetkisini alenen kullanamayacak duruma getirilmiş olması ve işgalci gücün eski hükümetin otoritesinin yerine kendi otoritesini ikâme edebilecek bir konumda olmasıdır.[102]

İşgalci gücün, kendisine ait olmayan bir bölgede etkin kontrol uygulaması, düşman birliklerinin ilgili topraklarda konuşlandırılmasına ve işgal hukukundan kaynaklanan mesuliyetlerini yerine getirmelerine imkân veren asgari istikrarı sağlamada başarılı olmalarına işaret etmektedir. Öte yandan, işgal girişiminin meşru egemen tarafından onaylanmaması yani rızanın yokluğu oldukça geniş anlamda anlaşılmalıdır. Çatışmaların bir sonucu olarak gücün ele geçirildiği durumlarla sınırlı değildir. Nitekim 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. maddesi, bu sözleşme hükümlerinin Yüksek Âkit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, *'bu işgal hiçbir askeri dirençle karşılaşmasa dahi'* uygulanacağını belirtmektedir.[103] Hükmün bu kısmı II. Dünya Savaşı öncesinde Almanya'nın Çekoslovakya'yı ilhakı gibi durumları göz önünde bulundurmayı amaçlamaktadır.[104]

---

99 Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Annex to the Convention: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. Section III: Military Authority Over the Territory of the Hostile State - Regulations: Art. 42. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/0/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6 (Erişim tarihi: 18.03.2021).

100 VITE, 2009, s. 74; AKANDE, 2012, s. 187.

101 VITE, 2009, s. 74.

102 United Kingdom (UK) Ministry of Defence (Ed.), **The Manual of the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 274, parag. 11.3.

103 VITE, 2009, s. 73-74.

104 AKANDE, 2012, s. 187.

İşgal durumunun tespitine ilişkin bu koşullar, Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetler Davası'nda da kriter olarak benimsenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), bir devletin topraklarında bulunan başka bir devlete ait askeri birliklerin, *jus in bello* anlamında işgalci güç olup olmadıklarının tespiti için, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ndeki Uganda silahlı kuvvetlerinin, yalnızca belirli yerlerde konuşlandırıldığı değil, aynı zamanda kendi yetkilerini Kongo Hükümeti'nin yerine koydukları konusunda ikna olması gerektiğini ifade etmiştir.[105]

İnsancıl hukuk anlamında bir bölgenin işgal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi, işgalci gücün söz konusu bölgede etkin kontrol kurup kurmadığına bağlıdır. Yani, işgalin varlığı, bir devletin işgal gücünün fiili hükümet işlevlerini üstlenmeye yönelik adımlar atmasına, en başta kamu güvenliğinin sağlanması, kanun ve düzenin temin edilmesi konusundaki kudretine bağlı olup; bunu yapma isteğine bağlı değildir. Bu sebeple işgalci güç söz konusu bölge üzerindeki askeri kontrolünü kaybetmedikçe, etkin kontrolü uygulamayarak insancıl hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçamaz.[106] Öte yandan, uygulamada işgal edilmiş bölgenin sınırlarının belirlenmesi özellikle kısmi işgal durumlarında ve bölgedeki durum çok hızlı değişiyorsa zor olabilmektedir. Ancak her halükârda işgalin mevcudiyeti, işgalin süresi veya coğrafi genişliğine bağlı değil; etkin bölgesel kontrolün varlığına bağlıdır. İşgal altındaki topraklarda bulunanlar, toplu olarak işgal gücünün "ellerine düşmüş" olarak kabul edilirler ve bu nedenle etkin kontrolün kurulmasından hemen sonra IV. Cenevre Sözleşmesi altında tam korunmaya hak kazanırlar.[107]

---

[105] Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Judgement, ICJ Reports 2005, p. 168. (Armed Activities Case) parag. 172-173.

[106] MELZER, 2016, s. 60. Ayrıca bkz. FERRARO Tristan (Ed.), **Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory**, ICRC, Geneva, March 2012, s. 19.

[107] MELZER, 2016, s. 61. Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (IV. Cenevre Sözleşmesi), sözleşme hükümlerinin, 2. maddede belirtilen ihtilaf veya işgalin başlangıcından itibaren geçerli olacağını belirtmektedir. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgal edilen topraklar hakkındaki kuralların yer aldığı Üçüncü Kısmının uygulanması, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin İnsancıl Hukuk kurallarının uygulanması açısından önemlidir. Zira, IV. Cenevre Sözleşmesi işgal ve işgal edilen topraklar hakkında bazı yükümlülükler öngörmektedir. Üçüncü Bap'ın Üçüncü Kısmı 'İşgal edilen topraklar' başlığını taşımakta ve işgal altındaki topraklardaki korunan kişilerin statüsü ve onlara gösterilecek muamele ile ilgili birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Yine aynı babın Dördüncü Kısmı, işgal altındaki topraklarda savaş esirlerine muamele ile ilgili düzenlemeler içermektedir. IV. Cenevre Sözleşmesi madde 47-78.

Bununla birlikte, işgal durumu sadece yabancı bir gücün belli bir bölgeyi askeri kuvvetleri aracılığıyla işgal etmesi ve ardından bu bölgelere kendi yerel temsilcilerini yerleştirmesi ile sınırlı değildir. Bazı durumlarda bölgesel kontrol doğrudan işgal güçleri tarafından değil, kukla hükümet veya alt yerel güçler tarafından gerçekleştirilebilir.[108] Yabancı devlet, üzerinde genel kontrol kurduğu yerel *de facto* organ veya ajanların eylemleri vasıtasıyla belirli bir bölgeyi işgal edebilir. Diğer bir deyişle, bir devlet (A devleti), işgal altındaki devlet (B devleti) topraklarında kontrol sağlayan bu tür yönetimler veya guruplar üzerinde kontrol sağlıyorsa ve bu yönetim veya grupların eylemleri A devletine atfedilebiliyorsa; A devletinin işgalci güç olduğu söylenebilir.[109] Yani, devletler, dolaylı yoldan işgal uygulamalarına başvurmak suretiyle işgal hukuku yükümlülüklerinden kurtulamayacaklardır. Bu tutum, UAD tarafından da Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Uganda davasında desteklenmiştir. Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetler Davası'nda Divan, Uganda'nın, Kongo Demokratik Cumhuriyeti topraklarında işgalci güç olup olmadığını değerlendirirken, *Ituri* bölgesi dışında, devlet dışı aktörlerin kontrol ettiği işgal altındaki bölgede, söz konusu silahlı grupların Uganda'nın kontrolü altında olmamasından ötürü, Uganda'yı işgalci güç olarak addetmemiştir.[110] Aynı şekilde *ICTY* tarafından da bu tavır benimsenmiştir.[111]

Belirtmek gerekir ki, üçüncü bir devletin işleyişine müdahale, her zaman işgal anlamına gelmediğinden, işgalin var olduğunun söylenebilmesi için söz konusu baskının derecesinin duruma göre takdir edilmesi gerekir; ki, bu tespitin yapılması kolay değildir. Zira, yerel yönetimler ve yabancı güçler arasındaki ilişki çeşitli yoğunlukta olabilir. Bu durumda *ICTY* 'genel kontrol' *(overall control)* kriterini uygulamayı tercih etmiştir.[112] Yani Mahkeme, bir devletin, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren şahıslar ve gruplar üzerinde etkin denetime sahip olması gerektiğini öngören klasik yöntemi

---

[108] VITE, 2009, s. 74.; AKANDE, 2012, s. 188.; MELZER, 2016, s. 60.; FERRARO, 2012, s. 23.; PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 181.

[109] AKANDE, 2012, s. 188.

[110] Armed Activities Case, parag. 177.

[111] Bkz. Prosecutor v. Tadić Judgement, Trial Chamber, (IT-94-1-T). ICTY, 7 May 1997, parag. 584.; Prosecutor v. Blaskic Judgment, Trial Chamber, (IT-95-14-T). ICTY, 3 March 2000, parag. 149-150.

[112] Bkz. Blaskic Judgement (Trial Chamber), parag. 149; Prosecutor v. Naletilic Judgement, Trial Chamber, (IT-98-34-T). ICTY, 31 March 2003 parag. 181-188, 197-202.

esnetmiştir. Buna göre bir devlet, söz konusu bölgede 'etkin kontrol' uygulayan yerel ajanlar üzerinde genel kontrole sahip olduğunda işgal mevcuttur denilebilir.[113] Dağlık-Karabağ bu durumun bir örneğidir.[114] Bölgede Ermenistan etkin bölgesel kontrol sağlamaktadır. Ermenistan'ın rolü sadece lojistik destekle sınırlı değildir; ayrıca Dağlık Karabağ'da kurulan iktidarın örgütlenmesinde, koordinasyonunda ve planlanmasında payı vardır.[115] Hatta Dağlık Karabağ'da kurulan iktidarın Ermenistan tarafından kurulmuş "kukla bir hükümet" olduğu ifade edilmektedir.[116] Ermenistan, kendi askeri birlikleri ile çatışmaya katılmamış olmasına rağmen, Dağlık Karabağ'da çatışmayı yürüten savunma birliklerinin Ermenistan'ın *de facto* organı gibi hareket ettikleri ve Ermenistan'ın bu birlikler üzerinde etkin denetimi olduğu görülmektedir.[117] Bu nedenle bu toprakların Ermenistan tarafından *de facto* işgal altında olduğu söylenebilir.[118] Bir durumun işgal olup olmadığını belirleyecek olan kriter, bir devlet tarafından başka bir devletin topraklarındaki bir grup veya otorite üzerinde uygulanan kontrolün yoğunluğunun değerlendirilmesi ile ortaya konulabilir.[119]

---

[113] Aksar, bir devlet ile başka bir devlet ülkesi üzerinde süregelen uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda yer alan yerel ajanlar (düzensiz birlikler/paramiliter güçler) üzerindeki genel kontrolün, söz konusu silahlı çatışmayı uluslararasılaşmış silahlı çalışmaya dönüştürdüğünü ifade etmektedir. AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 192.

[114] Dağlık Karabağ, 10 Aralık 1991'de yapılan referandum sonucunda 6 Ocak 1992'de Ermenistan'ın da desteğini alarak bağımsızlığını ilan etmiştir. Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki Dağlık Karabağ sorunu 1992-1994 yılları arasında açık bir savaşa dönüşmüştür. 12 Mayıs 1994'te ateşkes imzalanmış, ancak Dağlık Karabağ'da kurulan yapı uluslararası toplumda hiçbir devlet tarafından tanınmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ABDULLAHZADE Cavid, **Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 78-80.

[115] VITE, 2009, s. 75.

[116] Bkz. United Nations General Assembly Security Council, A/62/491-S/2007/615, 23 October 2007. s. 14.

[117] ABDULLAHZADE, 2014, s. 288. Hangi eylemlerin devlete isnat edilebileceği ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğ**u, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 118 vd.

[118] Bkz. United Nations Security Council, Resolution 884, 12 November 1993, (S/RES/884); United Nations General Assembly Resolution 62/243, 14 March 2008, (A/RES/62/243); Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1416 (2005).

[119] VITE, 2009, s. 75.

III. SONUÇ

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin dördünde de ortak olan 2. madde; Cenevre Sözleşmeleri'nin, 'savaş ilanı halinde veya iki veya daha çok Yüksek Âkit Taraf arasında -savaş hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi- çıkabilecek silahlı anlaşmazlık halinde' ve 'Yüksek Âkit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde' uygulanacağını belirtmektedir. Cenevre Sözleşmelerinden önce, ağırlıklı olan görüş, yalnızca savaşan tarafların savaşta olduklarını kabul ettikleri, ilan edilmiş bir savaş durumunda sözleşmelerin uygulanacağıydı. Cenevre Sözleşmeleri ile birlikte insancıl hukuk kurallarının uygulanmaya başlaması resmi bir savaş ilanına bağlı olmaktan kurtularak uygulama alanı genişlemiştir. Ayrıca düşman askerlerinin esir alınması da insancıl hukukun uygulanabilirliğini tetikleyen bir eylem oluşturabileceği Cenevre Sözleşmeleri'nde yer almış olup, yalnızca bir düşman askerinin esir alınması dahi uluslararası bir silahlı çatışmanın başlaması için yeterli kabul edilmiştir. Öte yandan, Cenevre Sözleşmeleri Ortak madde 2'de uluslararası silahlı çatışmanın varlığı için bir yoğunluk eşiğinden ya da savaş durumunun ne kadar sürmesi gerektiğinden bahsetmemektedir. Bu durumda, süre veya yoğunluk, uluslararası bir silahlı çatışmanın varlığı ve insancıl hukuk kurallarının uygulanabilmesi için kurucu unsurlar olarak görülmemiştir. Bunlara ek olarak, Cenevre Sözleşmeleri Ortak 2. madde, sözleşmelerin, bir tarafın topraklarının kısmen veya tamamen işgal edilmesi durumlarına, işgal silahlı direnişle karşılaşmasa bile, sözleşmelerin uygulanacağını belirterek işgal durumunun da insancıl hukukun uygulanmasını tetikleyen bir eylem olarak saymaktadır.

Her ne kadar Ortak 2. madde birçok açıdan uluslararası bir silahlı çatışmanın ne zaman başladığı ve uluslararası silahlı çatışmalara yönelik insancıl hukuk kurallarının ne zaman uygulanabilir olduğu konusunda önemli ölçüde yol gösterici olsa da günümüz silahlı çatışmaları düşünüldüğünde uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin insancıl hukuk kurallarının başlangıç anını tespit etmek çok da kolay olmamaktadır. Söz gelimi bir devletin, başka bir devletin ülkesinde bulunan devlet dışı aktörlere karşı, o devletin rızası olmaksızın kuvvet kullanması halinde bu çatışmalara hangi insancıl hukuk kurallarının uygulanacağı konusunda halen uluslararası hukukçular arasında bir görüş birliği yoktur. Gerçekten de saldıran devlet, ev sahibi devletin silahlı kuvvetlerini veya kurumlarını hedef almıyor; bunun yerine o devlet topraklarında eylemde bulunan organize silahlı grubu hedef alıyorsa, yine de iki devlet arasında bir uluslararası silahlı çatışmanın mevcudiyeti ile ilgili tartışmalar

devam etmektedir. 2016 yılında yayınlanan Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin güncel yorumunda konuyla ilgili olumlu bir görüş belirtilmiş ve birçok hukukçu bu durumu desteklemiş, birçoğu ise eleştirmiştir. Bu açıdan konuyla ilgili net bir şey söylenemediğini belirtmek gereklidir. Cenevre Sözleşmeleri müzakerecilerinin silahlı çatışmaların başlangıç anı ile ilgili ayrıntı verme konusunda bilinçli bir şekilde bırakmış oldukları bu boşluk uygulama ve öğretideki çalışmalar ile doldurulmaya çalışılmakta ise de halen bir netlik kazanamamıştı

KAYNAKÇA

ABDULLAHZADE Cavid, **Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

AKANDE Dapo, "Are Extraterritorial Armed Conflicts with Non-State Groups International or Non-International?", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 18 October 2011. https://www.ejiltalk.org/are-extraterritorial-armed-conflicts-with-non-state-groups-international-or-non-international/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

AKANDE Dapo, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts", WILMSHURST Elizabeth (Ed.), **International Law and the Classification of Conflicts**, Oxford University Press, 2012, (iBooks), ss. 163-261.

AKANDE Dapo, "When Does the Use of Force Against a Non-State Armed Group trigger an International Armed Conflict and Why does this Matter?", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 18 October 2016. https://www.ejiltalk.org/when-does-the-use-of-force-against-a-non-state-armed-group-trigger-an-international-armed-conflict-and-why-does-this-matter/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

AYDIN OKUR Derya, "DAEŞ'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, Temmuz 2015, ss. 39-65.

CARRON Djemila, "Book Discussion: Djemila Carron's Response", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 2 June 2017. https://www.ejiltalk.org/ejil-talk-book-discussion-djemila-carrons-response/ (Erişim tarihi: 17.03.2021).

DAVID Eric, ENGDAHL Ola "Debate: How Does the Involvement of a Multinational Peacekeeping Force Affect the Classification of a Situation?", **International Review of the Red Cross**, Volume: 95, Number: 891/892, 2013, ss. 659-679.

DINSTEIN Yoram, War, Aggression and Self-Defence, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005

ERKİNER Hakkı Hakan, "Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, ss. 61-86.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, XII Levha, İstanbul, 2010.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

FERRARO Tristan (Ed.), **Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory**, ICRC, Geneva, March 2012.

FERRARO Tristan, "The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces", **International Review of the Red Cross**, Volume. 95, Number. 891/892, 2013, ss. 591-612.

FLECK Dieter (Ed.), **The Handbook of International Humanitarian Law**, Oxford University Press, 2008.

GILL Terry D., "Letter to the Editor from Professor Terry Gill on Classification of International Armed Conflict", **Just Security**, 14 October 2016. https://www.justsecurity.org/33569/letter-editor-prof-terry-gill-classification-international-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

GILL Terry, "Classifying the Conflict in Syria", **International Law Studies**, Vol. 92, 2016, ss. 353-380.

GOODMAN Ryan, "Is the United States Already in an "International Armed Conflict" with Syria?", **Just Security**, 11 October 2016. https://www.justsecurity.org/33477/united-states-international-armed-conflict-syria/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

GOODMAN Ryan, "Turkey's US-Backed Operation in Syria Has Created an International Armed Conflict", **Just Security**, 17 October 2016. https://www.justsecurity.org/33643/us-backed-turkey-operation-syria-creates-international-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

GREENWOOD Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", **Yearbook of International Humanitarian Law**, Volume 1, 1998, ss. 3-34.

GRIGNON Julia, "Book Discussion: The Act that Triggers an International Armed Conflict", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 1 June 2017. https://www.ejiltalk.org/ejil-talk-book-discussion-the-act-that-triggers-an-international-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 17.03.2021).

GRIGNON Julia, "The Beginning of Application of International Humanitarian Law: A Discussion of a few Challenges", International Review of the Red Cross. Volume. 96, Number. 893, 2014, ss. 139-162.

HAQUE Adil Ahmad, "Whose Armed Conflict? Which Law of Armed Conflict?", **Georgia Journal of International and Comparative Law (Ga. J. Int'l and Comp. L.)**, Vol. 45, 2017, ss. 475-493.

HAQUE Adil Ahmad, "Between the Law of Force and the Law of Armed Conflict", **Just Security**, 13 October 2016. https://www.justsecurity.org/33515/law-force-law-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

HAQUE Adil Ahmad, "The United States is at War with Syria (according to the ICRC's New Geneva Convention Commentary)", **EJIL: Talk Blog of the European Journal of International Law**, 8 April 2016. https://www.ejiltalk.org/the-united-states-is-at-war-with-syria-according-to-the-icrcs-new-geneva-convention-commentary/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

HAQUE Adil Ahmad, "Whose Armed Conflict? Which Law of Armed Conflict?", **Just Security**, 4 October 2016. https://www.justsecurity.org/33362/armed-conflict-law-armed-conflict/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

HENCKAERTS Jean-Maire, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", **International Review of the Red Cross**, Volume. 87 Number. 857. March 2005, ss. 198-212.

HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, **Customary International Humanitarian Law Study**, Vol. 1, ICRC, 2004.

HENCKAERTS Jean-Marie / DOSWALD-BECK Louise, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf- Âdet) Hukuku Cilt I: Kurallar**, Çev: ÖKTEM A. Emre / BATUR YAMANER Melike/ ÖZBEK Dolunay/ KURTDARCAN Bleda R./ UZUN Mehmet Cengiz/ KAYA Abdullah, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 2005, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66.

KAYA İbrahim/ ACER Yücel/ DEMİRTEPE M. Turgut/ ŞİMŞEK G. Engin, **Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk**, Sekizinci Baskı, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), 2018.

KURAN Selami/ GÜR Hande, "Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaada "İsteksiz veya Âciz Doktrini: Suriye ve DAEŞ Örneği", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, Mayıs 2017, ss. 57-88.

LUBELL Noam, **Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors**, Oxford University Press, 2010.

LUBELL Noam, "Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations Against Armed Groups", **International Law Studies**, Volume: 93, 2017, ss. 215-250.

LUBELL Noam, "The War (?) against Al-Qaeda", WILMSHURST Elizabeth (Ed.), **International Law and the Classification of Conflict**, Oxford University Press, 2012, (iBooks), ss. 921-986.

MELZER Nils, **International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction**, ICRC, Geneva, 2016.

OPPENHEIM Lassa Francis, **International Law: A Treatise. Vol. II War and Neutrality**, Platanus Academic Publishing, 2020.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.

PEARLSTEIN Deborah, "A Syrian IAC?", **Opinio Juris**, 14 October 2016. http://opiniojuris.org/2016/10/14/a-syrian-iac/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

PICTET Jean S. **Commentary on the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, ICRC, Geneva, 1958.

PICTET Jean S., **Commentary on the I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, ICRC, Geneva, 1952.

PICTET Jean S., **Commentary on the III Geneva Convention on Relative to the Treatment of Prisoners of War**, ICRC, Geneva, 1960.

PİRİM Ceren Zeynep, "Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırılara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 40, Ekim 2019, ss. 245-303.

RONA Gabor, "Letter to the Editor: Not So Fast on Calling it an "Armed Conflict" Between the US and Syria", **Just Security**, 13 October 2016. https://www.justsecurity.org/33546/letter-editor-fast-calling-armed-conflict-syria/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, "Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S: 123-124, 2014, ss. 37-64.

SHAW Malcolm N., **International Law**, 8th Edition, Cambridge University Press, 2017.

TOPAL Ahmet Hamdi, "İsrail'in Gazze Ablukası ve Mavi Marmara Saldırısı", **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 32, Issue: 1, ss. 103-154.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

United Kingdom (UK) Ministry of Defence (Ed.), **The Manual of the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press: Oxford, 2004.

VITE Sylvain, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations" **International Review of the Red Cross**, Volume. 91, Number. 873, March 2009 ss. 69-94.

WATKIN Kenneth, "The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance, Part II", **Just Security**, 30 August 2016.

https://www.justsecurity.org/32608/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance-part-ii/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

WATKIN Kenneth, "The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance, Part I", **Just Security**, 24 August 2016. https://www.justsecurity.org/32538/icrc-updated-commentaries-reconciling-form-substance/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

WATTS Sean, "The Updated First Geneva Convention Commentary, DOD's Law of War Manual, and a More Perfect Law of War, Part I", **Just Security**, 5 July 2016. https://www.justsecurity.org/31749/updated-geneva-convention-commentary-dods-lowm-perfect-law-war/ (Erişim tarihi: 18.05.2021).

31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (28 December-1 November 2011), **International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report**, Geneva, October 2011.

32nd International Conference of the Red Cross and the Red Crescent (8-10 December 2015), **International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts Report**, Geneva, October 2015.

Uluslararası Mahkeme Kararları ve Belgeler

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Judgement, ICJ Reports 2005.

Council of Europe Parliamentary Assembly, Resolution 1416 (2005).

ICC, The Office of Prosecutor, "Situation in the Republic of Korea Article 5 Report", June 2014. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/SAS-KOR-Article-5-Public-Report-ENG-05Jun2014.pdf (17.03.2021).

Presecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trail Chamber II, (SCSL-03-01-T). SCSL, 18 May 2012.

Prosecutor v Zejnil Delali, Zdravko Muci, Hazim Deli, Esad Land Judgement, Trial Chamber. (IT-96-21-T). ICTY, 16 November 1996.

Prosecutor v. Blaskic Judgment, Trial Chamber, (IT-95-14-T). ICTY, 3 March 2000.

Prosecutor v. Dusco Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. (Appeals Chamber Decision) ICTY, 2 October 1995.

Prosecutor v. Naletilic Judgement, Trial Chamber, (IT-98-34-T). ICTY, 31 March 2003.

Prosecutor v. Tadić Judgement, Trial Chamber, (IT-94-1-T). ICTY, 7 May 1997.

The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Decision on the Confirmation of Charges, Pre-trial Chamber I. (ICC-01/04-01/06). ICC, 29 January 2007.

UN Secretariat, Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, 6 August 1999, (ST/SGB/1999/13).

UN Security Council, Doc. S/2014/440, (25 June 2014).

United Nations General Assembly Resolution 62/243, 14 March 2008, (A/RES/62/243).

United Nations General Assembly Security Council, A/62/491-S/2007/615, 23 October 2007.

United Nations Security Council, Resolution 884, 12 November 1993, (S/RES/884).

İnternet Kaynakları

1864 tarihli Savaş Alanındaki Ordularda Bulunan Hasta ve Yaralıların Durumunun İyileştirilmesine Dair Cenevre Sözleşmesi. (Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864). http://avalon.law.yale.edu/19th_century/geneva04.asp (Erişim tarihi: 15.03.2021).

1899 II No.lu Lahey Sözleşmesi-Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair Sözleşme, Lahey, 29.07.1899. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/150-110003?OpenDocument (Erişim tarihi: 15.03.2021).

1907 III No.lu Lahey Sözleşmesi-Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, Lahey, 18.1.1907. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/190-190002?Open Document (Erişim tarihi: 15.03.2021).

1907 III No.lu Lahey Sözleşmesi-Muhasamatın Başlamasına Dair Sözleşme, Lahey, 18.1.1907. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/190-190002?Open Document (Erişim tarihi: 15.03.2021).

Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd Edition, 2016. https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary (Erişim tarihi: 15.03.2021).

France24, *"We are not at war, says Prime Minister Fillon"*, 22.03.2011. https://www.france24.com/en/20110322-france-not-war-libya-fillon-prime-minister-gaddafi-military-intervention-un-resolution (Erişim tarihi: 15.03.2021).

Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Annex to the Convention: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. Section III: Military Authority Over the Territory of the Hostile State - Regulations: Art. 42. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/0/1d1726425f6955aec125641e0038bfd6 (Erişim tarihi: 18.03.2021).

International Committee of the Red Cross, Treaties, State Parties and Commentaries, *"State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties as of 19-May-2021"*, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp (Erişim tarihi: 15.03.2021).

Reuters, *"Ban Ki-moon says U.N. not party to I. Coast Conflict"*, 4 April 2011. https://www.reuters.com/article/uk-ivorycoast-un-ban-idUKTRE73364Z20110404 (Erişim tarihi: 15.03.2021).

RULAC Geneva Academy, *"Contemporary Challenges for Classification"*, https://www.rulac.org/classification/contemporary-challenges-for-classification#collapse5accord (Erişim tarihi: 18.05.2021).

Sophia Ankel, *"These are the 31 countries that don't have a military"*, Insider, 11 October 2019. https://www.businessinsider.com/these-are-the-31-countries-that-dont-have-armed-forces-2019-10 (Erişim tarihi: 16.03.2021).

Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, Adopted by the 25th International Conference of the Red Cross at Geneva in 1986, amended in 1995 and 2006. https://casebook.icrc.org/case-study/statutes-international-red-cross-and-red-crescent-movement (Erişim tarihi: 15.03.2021).