15-16 MAYIS
2025

11. ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU

INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON LAW

TAM METİN KİTABI

CONFERENCE PROCEEDINGS

asoscongress.com

11. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı

ISBN: 978-625-5909-59-6

Editör
Prof. Dr. Burak Adıgüzel

Erişime Açıldığı Tarih:

17.10.2025

Asos Yayınevi

1.baskı

Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4/MERKEZ/ELAZIĞ

Telefon: 0532 643 75 23

Mail Adresi: asos@asosyayinlari.com

Web: www.asosyayinlari.com

İnstagram: https://www.instagram.com/asosyayinevi/

Facebook: https://www.facebook.com/asosyayinevi/

Twitter: https://twitter.com/Asosyayinevi

Sempozyum Onursal Başkanı
PROF. DR. FATİH ALTUN / ERCİYES ÜNİVERSİTESİ REKTÖRÜ

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı
PROF. DR. BURAK ADIGÜZEL / ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. İdil TUNCER KAZANCI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (Selçuk Üniversitesi)
Doç. Dr. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Abdulkadir SAKA (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Esra TEKİN (Dicle Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Figen TABANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hale AKDAĞ YÜKSEL (Antalya Bilim Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Nazlı ELBİR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Hilal ALBAL ULAŞ
Arş. Görevlisi Dr. Ranegül CAMIZ (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Alihan ÇELİK (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Beyza KATIRCIGİL (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Miray ÖZBEK (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Tuğçe YABA (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Ufuk BEDİR (Erciyes Üniversitesi)
Arş. Görevlisi Zeliha KAYABAŞI (Erciyes Üniversitesi)

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Budi Agus Riswandi (Universitas Islam Indonesia / Endonezya)
Prof. Dr. Gulumov Akmaljon Shukurillaevich (Semerkant State University / Özbekistan)
Prof. Dr. Osman İSFEN (FernUniversität in Hagen/ Almanya)
Prof. Dr. Salvatore RANDAZZO (Università di LUM-Bari/İtalya)
Prof. Dr. Suzana KRALJIC (University of Maribor/Slovenya)
Doç. Dr. Kuldashev Muhammed Mahmudovich (Semerkant State University / Özbekistan)
Doç. Dr. Mauro Tescaro (University of Verona)
Dr. Öğretim Üyesi Ghofran HILAL (University of Jordan/Ürdün)
Dr. Agus Tryanta (Universitas Islam Indonesia / Endonezya)
Dr. Antonio Cristaldi (Università degli Studi di Enna Kore/İtalya)
Dr. Ľubica Saktorová (Matej Bel University / Slovakya)
Dr. Miroslava Dolíhalová (Matej Bel University / Slovakya)
Dr. Simona Dušeková Schuszteková (Matej Bel University / Slovakya)
Dr. Tatiana Jamrichová (Matej Bel University / Slovakya)

Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. A. Lale SİRMEN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (Türk-Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Alpay HEKİMLER (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Berk KAPANCI (MEF Üniversitesi)
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Burcu SAVAŞ KUTSAL (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Cem BAYGIN (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi)
Prof. Dr. Cemile DEMİR GÖKYAYLA (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Cengiz GÜL (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Cenker GÖKER (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Doruk GÖNEN (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Ebru CEYLAN (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Emrehan İNAL (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Faruk TURHAN (Süleyman Demirel Üniversitesi)
Prof. Dr. Fatih UŞAN (Ankara Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)
Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK (MEF Üniversitesi)
Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER (Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Halûk Nami NOMER (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Galata Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. İkbal Sibel SAFİ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. İlke GÖÇMEN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Kadir ARICI (Ankara Bilim Üniversitesi)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent AKIN (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Levent BÖRÜ (Hacettepe Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mesut AYGÜN (Anadolu Üniversitesi)
Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN (Türk Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat BATI (Ondokuz Mayıs Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat SEZGİNER (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Murat TOPUZ (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa İsmail KAYA (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Nesibe KURT KONCA (Ankara Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Öz SEÇER (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Özge AYAN (Celal Bayar Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Sanem Suphiye BAYKAL (Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (TED Üniversitesi)
Prof. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (Ankara TOBB ETÜ Üniversitesi)
Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)
Prof. Dr. Serkan ODAMAN (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Sezgin Seymen ÇEBİ (Antalya Bilim Üniversitesi)
Prof. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Süleyman ÜSTÜN (Selcuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Umut KEDİKLİ (Celal Bayar Üniversitesi)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Yüksel METİN (Süleyman Demirel Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf Mehmet ÖRNEK (Antalya Bilim Üniversitesi)
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI (Anadolu Üniversitesi)
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Doç. Dr. Ali EKİN (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi)
Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ (İzmir Bakırçay Üniversitesi)
Doç. Dr. Aydın Alber YÜCE (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Aynur HASOĞLU (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Barış TORAMAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU KAPANCI (Piri Reis Üniversitesi)
Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA (Yaşar Üniversitesi)

Doç. Dr. Bülent ALGAN (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Burçak YILDIZ (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Canan ÜNAL ADINIR (Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Cüneyt SÜZEL (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Doç. Dr. Damla GÜRPINAR (Dokuz Eylül Üniversitesi
Doç. Dr. Dilek Dulay YANGIN (Celal Bayar Üniversitesi)
Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS (İzmir Demokrasi Üniversitesi)
Doç. Dr. Eda MANAV ÖZDEMİR (T.C. Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü)
Doç. Dr. Eda ŞAHİN (Bath Spa University)
Doç. Dr. Efe DİRENİSA (Türk-Alman Üniversitesi)
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Esra HAMAMCIOGLU (Kadir Has Üniversitesi)
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Gökçe ÇATALOLUK (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan KAYIRGAN (Hacettepe Üniversitesi)
Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Hayriye Bige AÇIMUZ (Koç Üniversitesi)
Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR (Marmara Üniversitesi)
Doç Dr. Işık ÖZER (Özyeğin Üniversitesi)
Doç. Dr. İsmail ATAMULU (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA (Bilgi Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Doç. Dr. Muhammed Emre TULAY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Doç. Dr. Müzeyyen EROGLU DURKAL (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU (İzmir Bakırçay Üniversitesi)
Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Anadolu Üniversitesi)
Doç. Dr. Nurten İNCE AKMAN (Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Doç. Dr. Özlem İlbasmiş HIZLISOY (Erciyes Üniversitesi)
Doç. Dr. Pelin KARAASLAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Doç. Dr. Şafak PARLAK BÖRÜ (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (Akdeniz Üniversitesi)
Doç. Dr. Taylan BARIN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Doç. Dr. Tolga CANDAN (Türk-Alman Üniversitesi)
Doç. Dr. Tuba BİRİNCİ UZUN (Akdeniz Üniversitesi)
Doç. Dr. Türker ERTAŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Ufuk Tekin (Eskişehir Osmangazi University)
Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU (İbn Haldun Üniversitesi)
Doç. Dr. Yıldırım TAYLAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Azim ÖNCÜ (İnönü Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Abdulkadir SAKA (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Adem YELMEN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Ali TURAN (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Alperen ÇITAK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Anıl GÜVEN YÜKSEL (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Argun KARAMANLIOGLU (Kadir Has Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Asli NANECİ ARICI (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Aybike TUNÇ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğretim üyesi Ayşe FIRAT ŞIMSEK (Dokuz Eylül ÜNiversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Bahadır Bumin ÖZARSLAN (Hacettepe Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Banu BOZKURT (Akdeniz Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Beyza ÖZTURANLI ŞANDA (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Bilge AYTUĞAR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Burcu BAYTEMİR KONTACI (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ERTEM (Çankaya Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Burcu İRGE ERDOĞAN (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Cansu ATICI KABALAK (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Cemal BAŞAR (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Cemile TURGUT (Kocaeli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Çiçek ÖZGÜR (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN (TOBB Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Damla Özden ÇELT (Anadolu Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Deniz UGAN ÇATALKAYA (Kadir Has Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Duygu MERKİ (Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Ebru AY CHELLI (İzmir Demokrasi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Emre KÖROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Eylem BAŞ BAYRAKTAROĞLU (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Eylem ÇAKMAZ (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Fatma Elif ÇELİK (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Ferhat BÜYÜKAY (İnönü Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Figen TABANLI (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Furkan KARARMAZ (Akdeniz Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Gözde AYGÜN (Anadolu Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hakan HASIRCI (İstanbul Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hale AKDAĞ YÜKSEL (Antalya Bilim Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA (Özyeğin Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hande HEPER (Kadir Has Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Harun BODUR (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi İlknur SERDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Kürşat AKÇA (İnönü Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Mehmet KODAKOĞLU (Selçuk Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Mert DUYGUN (Kocaeli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Murat ERDOĞAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Mustafa UYANIK (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Muzaffer EROĞLU (Boğaziçi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Nazlı ELBİR (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Nergiz EMİR (Anadolu Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Neslihan AKÇA (İnönü Üniversitesi)

Dr. Öğretim Üyesi Neva Övünç ÖZTÜRK (Ankara Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Osman DURAN (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Pınar DİKMEN OĞUR (Marmara Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Ramazan AYDIN (Erciyes Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Seyhan SELÇUK (Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Volkan ASLAN (İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Yasin POYRAZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Dr. Öğretim Üyesi Zeynep DÖNMEZ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)

İçindekiler

LİMİTED ŞİRKETLERDE HAKLI NEDENLE ÇIKMA DAVASINDA İSTEM ÜZERİNE HÂKİMİN ALABİLECEĞİ ÖNLEMLER VE ŞİRKETİN TÜR DEĞİŞTİREREK ANONİM ŞİRKETE DÖNÜŞMESİ ÖRNEĞI ÖZELİNDE TÜR DEĞİŞİKLİĞİNİN DAVAYA ETKİSİ 10

TÜRK HUKUKUNDA GÖRME ENGELLİLERİN DÜZENLEYEBİLECEĞİ VASİYETNAME TÜRLERİ 27

SINIRAŞAN ÇEVRESEL ZARARLARIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN HUKUKİ REJİM İLE DEVLETİN ÜLKESEL YETKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ 42

2019/1152 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ ÇERÇEVESİNDE İŞVERENİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 55

DERİN DENİZ MADENCİLİĞİ, FAYDA PAYLAŞIMI VE DAĞITICI ADALET 69

EUTHYPHRON İKİLEMİ BAĞLAMINDA JEREMY BENTHAM'IN HUKUK FELSEFESİ 92

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HİLELİ HAREKETLERLE İŞLENMESİ 104

NÖROTEKNOLOJİ ALANINDAKİ GELİŞMELER KARŞISINDA BEDEN DOKUNULMAZLIĞININ CEZA HUKUKUYLA KORUNMASININ SINIRI 115

MÜKERRIRLERIN ÖZEL INFAZ USULLERINDEN YARARLANMASI SORUNU 135

RESMİ VASİYETNAMENİN ŞEKİL ŞARTLARINA AYKIRILIĞA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDAN BAZI UYGULAMA ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 147

CEBRİ İCRADA BORÇLUNUN AKTİF VE PASİF MALVARLIĞINA DAİR BİLGİLERE ERİŞİM İMKANININ KISITLANMASINA İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ 159

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 25.12.2024 TARİHLİ ESAS: 2024/101 KARAR: 2024/232 SAYILI KARARI SONRASINDA KAMULAŞTIRMA İŞLEMİ AÇISINDAN İDARİ YARGI DENETİMİNİN ETKİLİLİĞİ 181

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA USULE AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARA AVRUPASI YAKLAŞIMI 218

ANAYASA MAHKEMESİNİN SENDİKA HAKKI LEHİNE ÇAĞRISI: TÜRKİYE DEVRİMCİ KARA, HAVA VE DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI İŞÇİLERİ SENDİKASI BAŞVURUSU 244

ORTAK SIFATININ SONA ERMESİNDEN SONRA ORTAYA ÇIKAN RESEN TARH NEDENİNE DAYANARAK TARH EDİLEN VERGİ VE KESİLEN CEZALARDAN LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SORUMLULUĞU 256

2022 YILINDA SEÇİM KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SONRASI 2023 YILI MİLLETVEKİLİ SEÇİMLERİNDE SEÇİM İTTİFAKLARI: KAYSERİ İLİ ÖRNEĞİ 278

ALT BÖLGESEL BALIKÇILIK KOMİSYONU TARAFINDAN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU MAHKEMESİNE İLETİLEN DANIŞMA GÖRÜŞÜ TALEBİ 301

HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ TEMELİNDE GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ SÜREÇLERİNDE DOĞAN HUKUKİ PROBLEMLERE DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ .. 316

6183 SAYILI KANUN UYARINCA ÖDEME EMRİ 334

SESLİ, YAZILI VEYA GÖRÜNTÜLÜ BİR İLETİYLE İŞLENEN HAKARET SUÇUNUN ÖNÖDEME KAPSAMINA ALINMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ 354

AZERBAYCAN CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞINA BAĞLI KAMU YÖNETİM AKADEMİSİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN REFERANDUM YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLMESİ: ZORUNLU VE İHTİYARİ YÖNTEMLER 365

SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARININ İHRACINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER 380

KOOPERATİFLERİN SONA ERME SEBEPLERİNE İLİŞKİN BAZI MESELELER ÜZERİNE DÜŞÜNCELER 401

AVRUPA KOMİSYONUNUN *FACEBOOK/MARKETPLACE* KARARINDA BAĞLAMA (*TYING*) UYGULAMASINA YAKLAŞIM VE BU UYGULAMANIN DİJİTAL PAZARLAR ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI 447

LİMİTED ŞİRKETLERDE HAKLI NEDENLE ÇIKMA DAVASINDA İSTEM ÜZERİNE HÂKİMİN ALABİLECEĞİ ÖNLEMLER VE ŞİRKETİN TÜR DEĞİŞTİREREK ANONİM ŞİRKETE DÖNÜŞMESİ ÖRNEĞİ ÖZELİNDE TÜR DEĞİŞİKLİĞİNİN DAVAYA ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Bahar ŞİMŞEK*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun 638. maddesinde, limited şirketlerde her pay sahibinin haklı nedenlerin varlığı halinde mahkemeye başvurarak şirketten çıkmasına karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmektedir. Aynı maddeye göre mahkeme, istem hâlinde dava süresince davacı pay sahibinin şirketten doğan hak ve borçlarının tamamının veya bir kısmının dondurulmasına ya da pay sahibinin mevcut durumunun korunması için başka önlemler alınmasına karar verebilecektir. Bu düzenlemede alınabilecek önlemler sınırlı olarak belirtilmemiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyati tedbire ilişkin genel bir düzenleme bulunmasına rağmen, Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıca tedbire ilişkin neden düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında alınacak ihtiyati tedbirler yalnızca dava konusu ile ilgili olarak verilebildiğinden, haklı nedenle çıkma davasında ortağın davaya konu olmayan şirketten doğan hak ve borçlarının da dava süresince dondurulması Türk Ticaret Kanunu'nun 638/2 hükmü ile olanaklı kılınmıştır. Bu çalışmada, söz konusu hüküm yorumlanacak ve bu kapsamda mahkemelerin alabileceği başka önlemlerin neler olabileceği değerlendirilecektir. Bu bağlamda, hükmün mehaz kanundaki düzenleniş şekli ile doktrindeki yorumlarına da yer verilecektir. Konu, özellikle şirketin tür değiştirerek anonim şirkete dönüşmesi ihtimali üzerinden somut bir örnekle incelenecektir. Nitekim çıkma davası devam ederken şirketin anonim şirkete dönüşmesi, davanın konusuz kalmasına ve reddine yol açabilmektedir. Bu nedenle, pay sahibinin korunabilmesi için mahkemelerin çıkma davası kapsamında tür değişikliğini engelleyen ihtiyati tedbirlere başvurup başvuramayacağı hususu önem kazanmaktadır. Yargı kararlarında mahkemenin, şirketin tür değiştirmesine yönelik bir tedbir kararı verdiğine dair bir örneğe rastlanmamıştır. Ancak çıkma davası devam ederken şirketin tür değiştirmesi üzerine ilgili genel kurul kararının iptali istemiyle dava açıldığı ve Yargıtay'ın bu durumda tür değiştirmenin tek başına dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmadığını belirterek iptal istemini reddettiği görülmektedir. Bu bağlamda, olası bir uyuşmazlıkta mahkemenin, dava sürecinde istem halinde şirketin tür değiştirmesini engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı verip veremeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 638/2 hükmü, başka önlemlerin alınmasına engel teşkil edecek şekilde sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmemiştir. Bu nedenle, mahkemenin tür değişikliğini engelleyici nitelikte bir tedbir kararı verebilmesi mümkün görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Limited Şirketlerde Haklı Nedenle Çıkma, Mahkemenin Alabileceği Önlemler.

* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: bahar.simsek@ibu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6809-474X.

Protective Measures the Court May Take Upon Request in Justified Withdrawal Lawsuits in Limited Liability Companies and the Procedural Impact of the Company's Conversion into a Joint Stock Company

ABSTRACT

Article 638 of the Turkish Commercial Code stipulates that, in limited liability companies, any shareholder may petition the court for a decision permitting withdrawal from the company on the grounds of just cause. Pursuant to paragraph two of the same article, the court may, upon request, during the course of the proceedings, order the suspension of all or part of the claimant shareholder's rights and obligations arising from the company, or take other measures to preserve the shareholder's existing legal position. The provision does not provide an exhaustive list of the measures that may be imposed, thereby allowing judicial discretion in this regard.

Although the Code of Civil Procedure includes general provisions on interim measures, it remains unclear why an additional regulation concerning such measures was incorporated into the Turkish Commercial Code. In our view, since interim relief under the Code of Civil Procedure can only be granted in relation to the subject matter of the dispute, Article 638(2) of the Turkish Commercial Code provides an independent legal basis for suspending the shareholder's rights and obligations not directly related to the withdrawal claim. This article aims to interpret the relevant provision and examine what other protective measures the court may impose within this framework. In this context, the corresponding rules in the model law and their interpretation in the doctrine will also be addressed. The issue will be analysed through a concrete example, particularly in the scenario where the company undergoes a conversion into a joint stock company during the pendency of the withdrawal proceedings.

Indeed, such a conversion may render the withdrawal action devoid of object and lead to its dismissal. Therefore, it becomes crucial to assess whether courts are authorised to issue interim measures aimed at preventing such a conversion, in order to protect the shareholder's legal position during the proceedings.

To date, no judicial precedent has been identified in which a court has issued an injunction specifically preventing a change of company type during the course of a withdrawal action. However, in practice, general assembly resolutions approving such conversions have been challenged through annulment actions where the withdrawal proceedings were still ongoing. In these cases, the Court of Cassation has held that a type conversion alone does not constitute a violation of the principle of good faith and has accordingly dismissed the claims for annulment. In this context, the question arises as to whether, during the pendency of a withdrawal action, the court may, upon request, issue an interim injunction prohibiting the company from effecting a type conversion. Since Article 638(2) of the Turkish Commercial Code is not drafted in a manner that restricts the scope of protective measures that may be adopted, it may be concluded that the court has the authority to grant such an injunction to safeguard the shareholder's position during the withdrawal process.

Keywords: Limited Liability Companies, Justified Withdrawal from Limited Liability Companies, Court-Ordered Interim Measures.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun 638. maddesinin ikinci fıkrasında limited şirketlerde her pay sahibine şirketle ortaklık ilişkisini sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği haklı sebeplerin varlığı halinde mahkemeden çıkma isteminde bulunma imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme ile hâkime, istem halinde pay sahibinin şirketten doğan hakları ve borçlarının dondurulmasının yanı sıra, tarafların menfaat dengesini gözeten koruyucu tedbir alma yetkisi verilmiştir. Alınacak tedbirler sınırlı biçimde sayılmamış, hâkime

geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu çalışmada, söz konusu düzenlemenin kapsamı, amacı ve uygulama alanı ele alınarak; mahkemenin hangi önlemleri alabileceği tartışılacaktır.

İnceleme, haklı nedenle çıkma davası devam ederken şirketin tür değiştirerek anonim şirkete dönüşmesi ihtimali üzerinden somutlaştırılacaktır. Nitekim bu süreçte gerçekleştirilecek tür değişikliği, haklı sebeple çıkma davasının konusuz kalmasına yol açabilecektir. Bu durum, mahkemenin istem halinde, pay sahibinin korunması amacıyla TTK m. 638/2 kapsamında tür değişikliği kararı alınmasını engelleyici ya da bu hususta alınmış bir genel kurul kararının yürütülmesini durdurucu nitelikte ihtiyati tedbir kararı verip veremeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu çalışmada, TTK m. 638/2 kapsamında tür değişikliği sürecinde mahkemenin müdahale edip edemeyeceği sorunu ortaya konulacak; söz konusu soruna yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

I. HAKLI SEBEPLE ÇIKMA DAVASINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA MEKANİZMASI

A. TTK m. 638/2 Hükmünün İçeriği ve Amacı

Türk Ticaret Kanunu'nun 638. maddesi uyarınca pay sahibi, şirket sözleşmesinde çıkma hakkı öngörülmemiş olsa dahi ya da şirket sözleşmesinde öngörülmüş olmakla birlikte orada belirtilmeyen sebeplerin varlığı söz konusu olsa bile, haklı bir nedenin gerçekleşmesi durumunda mahkemeden şirketten çıkmasına karar verilmesini isteyebilecektir. Çıkma hakkının şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla sınırlandırılması ya da kaldırılması yahut da önceden bu haktan feragat edilebilmesi de mümkün değildir[1]. Şirket sözleşmesiyle çıkma hakkının doğumunu ve kullanımını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler öngörülebilir. Ancak bu tür düzenlemeler, haklı sebeple çıkma davasına ilişkin emredici nitelikteki TTK m. 638 hükmüne aykırılık teşkil etmemeli; yalnızca pay sahibine yol gösterici nitelikte olmalı ve haklı nedenin varlığına ilişkin takdir yetkisinin münhasıran hâkime ait olduğu hususunu ortadan kaldırmamalıdır[2].

Madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, kanun koyucunun bu düzenleme ile ulaşmak istediği amaç, pay sahibinin, kendisini ortaklığa teşvik eden şartlar ortadan kaldıktan sonra da şirkette kalmaya mahkûm edilmesinin önüne geçmektir. Hakkın tanınmasının temelinde, şirketle ortaklar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi ve işbirliği imkânının ortadan kalkması durumunda kusuru olmayan ortağa şirketten ayrılma olanağı tanıyarak ona bir çıkış yolu sağlama düşüncesi yatmaktadır[3]. Ayrıca bu hakkın öngörülmesinin dayanaklarından bir diğeri de limited şirketlerde pay devrinin kolay olmaması ve şirket sözleşmesiyle pay devrinin tamamen engellenebilmesinin mümkün olmasıdır[4].

Kanunda haklı sebeplerin neler olduğu açıkça belirtilmemiştir; bu hususta takdir yetkisi hâkime bırakılmıştır. Anonim şirketlerde haklı sebeple feshin düzenlendiği TTK m. 531 gerekçesinde de, haklı sebep kavramının tanımı ile bu kavramın unsurlarının belirlenmesinin yargı kararları ve öğretiye bırakıldığı ifade edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda haklı sebebi açıkça düzenleyen ve tanımlayan tek

---

[1] TEKİNALP, ÜNAL: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 567, N. 21-41 ve s. 548, N. 20-04; ŞENER, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 879; AKER, Halit: "Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi , C. 32, S. 1, 2016, s. 85.

[2] SELÇUK MAHMATLI, Perihan: Limited Ortaklıkta Çıkma ve Çıkmaya Katılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2025, s. 107-108. Buna karşılık öğretide, şirket sözleşmesinde belirlenen haklı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda, bunların haklı sebep teşkil edip etmediği hususunun mahkeme tarafından yeniden değerlendirmeye tabi tutulmayacağı ileri sürülmektedir. (Bkz. ÖZDOĞAN DALOĞLU, Tuğba: Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 46).

[3] KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Şirketler Hukuku Cilt III, Sermayesi Paylara Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ile Limited Şirket, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 214.

[4] TAŞDELEN, Nihat: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara, 2012, s. 179-180; ÇEBİ, Hakan: Limited Şirketler Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023,s. 250.

hüküm kollektif şirketlere ilişkin TTK m. 245'tir. Bu maddede haklı sebep, "*şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olması*" olarak tanımlanmıştır[5]. Öğretide, haklı sebep, pay sahibi ile şirket arasındaki ilişkinin devamını objektif iyiniyet kurallarına göre çekilmez hale getiren veya pay sahibinin şirkete ortak olmaya yönelten nedenlerin ortadan kalkması gibi olgular şeklinde tanımlanmaktadır[6]. Haklı sebep, pay sahibinin şirkette kalmasının artık kendisinden beklenemeyeceği durumları ifade eder. Bu sebepler hem şirketten kaynaklanabilir, hem pay sahibinin şahsına ilişkin olabilir hem de pay sahipleri arasındaki ilişkilerden doğabilir[7]. Yargıtay içtihadında ise öğreti ve yargı uygulamasına da atıfta bulunularak haklı sebep, "*Limited şirket ortaklığından çıkmak için geçerli haklı sebep kavramının ne olduğu konusunda yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde ve Dairemiz uygulamalarında, haklı sebep kavramı; ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ve dürüstlük kurallarına göre ortaklık ilişkisini sürdürmesinin ortaktan beklenemeyeceği haller…"* olarak tanımlanmıştır[8].

Maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, çıkma davası kapsamında mahkemenin talep üzerine, yargılama süresince davacı pay sahibinin şirketteki hak ve borçlarının bir kısmını veya tamamını dondurabileceği ya da pay sahibinin mevcut durumunun teminat altına alınması yönelik başkaca geçici önlemler alabileceği düzenlenmiştir. Yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadarki süreçte şirket ile davacı pay sahibi arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, pay sahibinin haklarının güvenliğini zedeleyebileceği gibi şirketin işleyişinde de aksamaya yol açabilmektedir. Bu nedenle, bu süreçte hem davacı pay sahibinin hem de davalı limited şirketin menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla ihtiyati tedbir müessesesi öngörülmüştür[9].

[5] Öğretide TTK m. 245'te örnek kabilinden sayılan haklı sebeplerin limited şirketlere doğrudan uygulanamayacağı, ancak bunların hâkimin takdirinde yol gösterici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. (Bkz. PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. V, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 3536, N. 117.) Öğretide bir başka görüş haklı sebep kavramının TTK m. 245'te yer alan temel kıstaslara göre belirleneceğini ileri sürmektedir (Bkz. ŞAHİN, Ayşe: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 178.)

[6] POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 440, N. 1675l; PULAŞLI, s. 3536, N. 117; TAŞDELEN, s. 180-181; ÖZDOĞAN DALOĞLU, s. 48; SİDİM, Muhammed Furkan: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 71-72; TARHAN, Mehmet Umur Tarhan: "Limited Şirket Ortaklığından Çıkma ve Çıkarılma (TK 638-642)", Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 183. Haklı sebep kavramı ve haklı sebep kavramı ile ilgili öğretideki örnekler ve yargı kararları için bkz. ŞENER, s. 886-892; SELÇUK MAHMATLI, s. 81-106; AÇIKALIN, Eda Duygu: Limited Şirkette Çıkma Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 76-83; ÖZDOĞAN DALOĞLU, s. 49-52; AKER, s. 85.

[7] ŞENER, s. 886.

[8] Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 22.11.2017 tarih ve E: 2016/4188 K: 2017/6392 sayılı kararı, (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 01.07.2025).

[9] ŞENER, s. 912-913; ÇAKIR ÇELEBİ, Fatma Betül: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 43. İsviçre hukukunda, mahkemenin tedbir değerlendirmesi yaparken, şirketin menfaatlerini çıkacak pay sahibinin bireysel menfaatlerinden üstün tutulması gerektiği savunulmaktadır (Bkz. ANNER, Fabienne/TRÜEB, Hans/BHEND, Julia: "GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Art. 772-1186 OR – Bucheffektengesetz", CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2024, s. 225). Türk hukukunda aynı yönde bkz. ŞENER, s. 915.

B. Mehaz Düzenleme ile Karşılaştırma

Madde gerekçesinde tedbire ilişkin hükmün İsviçre Tasarısından alındığı belirtilmektedir. Mehaz düzenleme ise OR 824'tür[10]. OR Art. 824'e göre, "*bir ortağın ortaklıktan çıkmasına veya çıkarılmasına ilişkin bir yargılamada, mahkeme taraflardan birinin talebi üzerine, ilgili kişinin ortaklık hak ve yükümlülüklerinin bir kısmının veya tamamının dondurulmasına karar verebilir*". OR Art. 824'e ile TTK m. 638/2 incelendiğinde her iki düzenleme arasında önemli farklılıklar olduğu görülmektedir. İlk olarak Türk Ticaret Kanunu'ndaki hüküm sadece haklı nedenle çıkmaya ilişkin düzenleme getirirken OR Art. 824 hükmü davanın ortağın çıkmasına veya çıkarılmasına ilişkin olabileceğini belirtmektedir. Öğretide bu hükmün haklı nedenle çıkarma davası için de kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir[11]. Farklılık arz eden ikinci durum, OR Art. 824'te ihtiyati tedbir talebinin her iki tarafça ileri sürebileceği açıkça belirtilmiş olmasına karşın TTK m. 638/2'de böyle bir ifade yer almamaktadır. Farklılık arz eden diğer bir durum ise OR Art. 824'de yalnızca pay sahibinin ortaklık hak ve yükümlülüklerinin dondurulmasına karar verilebileceği düzenlenirken, TTK m. 638/2'de bunlara ek olarak, "*davacı ortağın durumunu teminat almaya yönelik diğer tedbirlerin*" de alınabileceğini öngörmüş olmasıdır.

Mehaz düzenleme ile Türk Ticaret Kanunu'ndaki hüküm arasında neden böyle bir farklılığı gidildiği gerekçede belirtilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu farklılığının temelinde, TTK m. 638/2'nin kaynağını teşkil eden düzenlemenin İsviçre Ön Tasarısı'nın 822/2. maddesinden aynen iktibas edilmiş olması yatmaktadır. Türk Kanun koyucusu, İsviçre hukukunda sonradan yürürlüğe giren ve çıkmanın yanı sıra çıkarılma hallerini de kapsayan OR Art. 824'ün yasalaşmış nihai metnini dikkate almamıştır[12]. Ancak bu kanun koyucunun bilinçli tercihine mi dayanmaktadır yoksa tasarının yasalaşma sürecinde gözden mi kaçırılmıştır, gerekçede bu husus bir açıklığa kavuşturulmamıştır.

C. Tedbir Talebine İlişkin Usulî Hususlar ve İhtiyati Tedbir Kararlarının Uygulama Koşulları

TTK m. 638/2 hükmünde tedbir talebiyle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı hükümlerinde yer alan ihtiyati tedbire ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Bu itibarla TTK m. 638/2'de ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için HMK m. 389 ve devamı hükümlerindeki şartların yerine getirilmesi gerekir.

HMK m. 389'da, "*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında "* ihtiyati tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda ihtiyati tedbir talebine

---

[10] *"IV. Vorsorgliche Massnahme In einem Verfahren betreffend das Ausscheiden eines Gesellschafters kann das Gericht auf Antrag einer Partei bestimmen, dass einzelne oder alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der betroffenen Person ruhen."*

[11] ŞENER, s. 912; AKER, s. 101. Haklı sebeple çıkarma davasında da benzer gerekçelerle ihtiyati tedbire ihtiyaç duyulduğundan, bu tür davalarda da TTK m. 638/2 hükmünün kıyasen uygulanmasının yerinde olacağı öğretide ifade edilmektedir (Bkz. ŞENER, s. 912.) Öğretide *AKER*, TTK m. 640 ile 638 sistematik açıdan aynı kenar başlığı altında olduğundan TTK m. 638'de öngörülen tedbirlerin haklı nedenle çıkarma davasından da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (Bkz. AKER, s. 101.) Öğretide, ihtiyati tedbir isteme imkânının mehaz düzenlemeye paralel olarak hem çıkma hem de çıkarmaya ilişkin ortak hükümler kapsamında düzenlenmesinin daha isabetli olacağı haklı olarak belirtilmektedir. (Bkz. ŞAHİN, , s. 182.). Ayrıca haklı sebeple şirketten çıkarmaya ilişkin TTK m. 640'da bu yönde düzenlemenin olmamasının eksiklik oluşturacağı hakkında bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 554, dn. 134.

[12] KENDİGELEN, s. 554, dn. 134; KENDİGELEN/KIRCA, s. 221.

ilişkin ilk şartı, geçici hukuki koruma kararı verilebilmesi için ihtiyati tedbire esas oluşturacak bir hakkın varlığı oluşturmaktadır[13]. İhtiyati tedbir talebi ancak maddi hukuk talebine konu hakkın ihlal edilmesi veya ihlal tehlikesinin bulunması durumunda gündeme gelir. Bu kapsamda ikinci şartı, ihtiyati tedbir sebebi oluşturur. HMK m. 389'da ihtiyati tedbir sebebi, dava konusu hakkın elde edilmesini önemli ölçüde zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek durumlar ile gecikmesi nedeniyle bir tehlikenin ya da ciddi bir zararın doğma endişesi olarak ifade edilmiştir[14]. Hükümde de ifade edildiği üzere, mevcut bir tehlike veya zararın gerçekleşmiş olması şart değildir; dava konusu hakka ilişkin muhtemel bir tehlikenin veya zararın engellenmesi amacıyla da tedbir kararı verilebilir[15].

Kanunun 390. maddesinin 3. fıkrasında ise tedbir talebinde bulunan tarafın, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve talep ettiği tedbirin türünü açıkça belirtmesi ve davanın esasına ilişkin olarak yaklaşık ispat yükünü yerine getirmesi öngörülmektedir. Tedbir sebebinin ispatında ise HMK m. 390 uyarınca yaklaşık ispat yeterlidir. Yaklaşık ispatın derecesi ise somut olayın özelliklere göre farklılık gösterir. Bu kapsamda, ihlal tehlikesinin yoğunluğu ile tehlikenin bertaraf edilmesi veya durdurulması için gerekli tedbirin kapsamı ispat ölçüsünün belirlenmesinde belirleyici unsurdur[16]. İhtiyati tedbir isteminde bulunan taraf, tedbire esas teşkil eden davasında haklı olduğunu yaklaşık olarak ispat etmelidir[17]. Haklı nedenle çıkma davasında, davacı pay sahibi veya şirket, davayı kazanma ihtimalini ve geçici olarak korunmasını istediği haklarını ikna edici biçimde ortaya koymalıdır. Bu davada ileri sürülen haklı nedenlerin dayanaktan yoksun olması ve davayı kazanma ihtimalinin düşük bulunması halinde, mahkeme ihtiyati tedbir kararı vermekten kaçınmalıdır[18].

Tedbir yalnızca istem üzerine verilebilir, mahkemece resen ihtiyati tedbire karar verilmesi mümkün değildir. TTK m. 638/2'de mahkemenin talep üzerine önlemler alabileceği belirtilmiş olmakla birlikte kimlerin bu istemde bulunabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, düzenlemenin amacı dikkate alındığında, hem davacı pay sahibinin hem de davalı şirketin ihtiyat tedbir isteminde bulunabileceği kabul edilmelidir[19]. Pay sahibinin bu sıfatından doğan tüm hak ve yükümlülükleri, ihtiyati tedbirin konusunu oluşturabilir[20]. Maddede hem haklara hem de borçlara yer

[13] PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 588; ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 176-177, 179-182.

[14] KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Yetkin Yayınları, İstanbul 2024, s. 1265; ERİŞİR, s. 196.

[15] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 590.

[16] ERİŞİR, s. 218.

[17] PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 592. Emsal kararlara örnek mahiyetinde bkz. İstanbul BAM 43. HD'nin 16.07.2024 tarih ve E: 2024/1079 K: 2024/1107 sayılı kararı: *"Davacılar dava dışı ortak arasında anlaşmazlıklar bulunduğu görülmektedir. Geçici hukuki koruma önlemi alınırken tarafların ve şirketin menfaatlerinin korunması gerekir. Ancak, geçici hukuki koruma kararı verebilmek için HMK'nın 390/3.maddesindeki yaklaşık ispat koşulunun gerçekleşmiş olması gerekir. Somut olayda karşılıklı iddia ve savunmaların içeriği ve dosya kapsamı göz önüne alındığında, durum ve şartların değişmesi halinde ihtiyati tedbir konusunda her zaman karar verilebileceği, davacı iddialarının varlığı ihtilaflı ve tespite muhtaç olduğu, tedbir kararının değerlendirildiği aşamada yaklaşık ispat koşulunun gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.",* (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 01.08.2025).

[18] ŞENER, s. 914.

[19] ŞENER, s. 913; ÇAKIR ÇELEBİ, s. 43; KENDİGELEN/KIRCA, s. 221; ŞAHİN, s. 181; ERCAN, Tayfun/ÇİMRİN, Zeliha: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 77-78.

[20] SANWALD, Reto: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Dike Verlag AG, Zürich 2009, s. 345; TAŞDELEN, s. 190; ŞENER, s. 915.

verilmiş olması, her iki tarafın da tedbir talebinde bulunabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir[21]. Madde gerekçesinde de, bu hükümle, çıkma davası açan pay sahibinin, dava süresince pay sahipliğinden doğan haklarını kullanmasının ve borçlarını ifa etmesinin uygun düşmeyeceği belirtilmiştir. Pay sahibinin şirketteki haklarının dondurulması şirketin menfaatine olacak ve bu tedbir isteminde şirket bulunacaktır. Pay sahibinin borçlarının dondurulması ise pay sahibinin lehine olacaktır ve istem pay sahibi tarafından yapılacaktır. Bu kapsamda, şirketin ihtiyati tedbir olarak pay sahibinin kâr payı, rüçhan, oy hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi haklarının kısmen veya tamamen dondurulmasını talep etmesi mümkündür. Buna karşılık pay sahibinin de yan edim yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü gibi borçlarının yargılama sürecinde dondurulması yönünde ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir[22].

HMK m. 390 uyarınca ihtiyati tedbir talebi, haklı nedenle çıkma davası açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra taraflarca ileri sürülebilecektir[23]. İhtiyati tedbirin yargılama öncesi ya da sonrası talep edilip edilmediği yönünde bir ayrım yapılmasına ise gerek yoktur. Zira tedbir, her iki aşamada da aynı amacı taşımaktadır[24]. Dava açılmadan önce tedbir istemi pay sahibi tarafından yapılabilir. Dava açılmadan önce tedbir talebinde bulunulmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, bu durumda HMK m. 390 hükmü uygulanacaktır. Buna göre, "*İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir*". Limited şirkette haklı sebeple çıkma davası, TTK m. 4 uyarınca mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan, TTK m. 5 gereği bu davalara asliye ticaret mahkemesi bakmakla görevlidir. Yetkili mahkeme ise HMK m. 14/II uyarınca şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Bu çerçevede, dava açılmadan önce tedbir istemi şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden; dava açıldıktan sonra ise tedbir istemi davaya bakan mahkemeden talep edilecektir[25].

D. Mahkemece Verilebilecek Geçici Tedbirler

İhtiyati tedbir kavramının sınırlı şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple TTK m. 638'de bazı tedbir türleri örnek olarak sayılmış ve mahkemenin başkaca tedbirlere de hükmedebileceği belirtilerek somut olayın özelliklerine göre uygun düşen tedbirin alınabileceği öngörülmüştür. Hem davacı hem de davalı şirket tedbir isteminde bulunabilir; ancak taleple bağlılık söz konusudur, talep edilen tedbirin türünün ne olduğu açıkça ifade edilmelidir (HMK m. 392). Mahkeme geçici tedbir talebini incelerken, tarafların menfaatini gözetmek durumundadır. Bu kapsamda, geçici tedbir kararı verilmediği takdirde, esas davayı kazanmış olmasına rağmen hükmün artık fiilen uygulanamayacak olması sebebiyle istemde bulunanın uğrayabileceği muhtemel zararları dikkate alması gerekir. Diğer yandan ise, esas davayı kazanmış olmasına karşın diğer tarafın yargılama süresince aleyhine verilen tedbirlere uymak zorunda kalması nedeniyle uğraması muhtemel zararları göz önünde bulundurmalıdır[26]. Tedbirler yalnızca davacı ve davalı şirket yönünden getirilebilir, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler ile ilgili tedbir kararı verilmesi mümkün değildir[27].

[21] Aynı yönde bkz. PFENNİNGER, Markus: "OR 824", OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli AG, Zürich 2023, s. 2598.
[22] TAŞDELEN, s. 190; ŞENER, s. 915; ÇAKIR ÇELEBİ, s. 43; ERCAN/ÇİMRİN, s. 77; SİDİM, s. 101-102.
[23] ŞENER, s. 913; ERCAN/ÇİMRİN, s. 78. KURU /AYDIN, s. 134.
[24] ERİŞİR, s. 134.
[25] ŞENER, s. 913.
[26] SANWALD, s. 347.
[27] SANWALD, s. 346; BAYTEMÜR KÖKSAL, Deniz: Limited Şirketten Çıkma veya Çıkarılmaya Dair Mahkeme Kararının Alınması ve İcrasına İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2025, s. 170-171.

a. Pay Sahibinin Haklarının ve Borçlarının Dondurulmasına İlişkin Tedbirler

TTK m. 638/2'de mahkemenin alabileceği önlemler arasında davacının ortaklıktan doğan haklarının tamamen veya kısmen dondurulması düzenlenmiştir. Zira çıkma davası açan pay sahibinin, bu süreçte kendi menfaatlerini ön planda tutarak şirketin menfaatlerini gözetmemesi veya haklarını kötüye kullanarak şirketin faaliyetlerini engellemesi ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, hükümde de açıkça ifade edildiği üzere, mahkeme tarafından istem üzerine davacı pay sahibinin şirketten kaynaklanan haklarının tamamen veya kısmen dondurulmasına karar verilebilecektir. Bu noktada, tedbirin şirket menfaatine hizmet etmesi nedeniyle tedbir talebinin şirket tarafından yapılması gerekecektir. Bu kapsamda davacının pay sahipliği sıfatından kaynaklanan bilgi alma ve inceleme hakkı, oy hakkı, kar payı hakkı, rüçhan hakkı, iptal davası açma hakkı gibi tüm haklarının dondurulmasına karar verilebilir[28]. Ayrıca pay sahibinin sözleşmesel veto haklarını kullanarak şirketi bloke etmesinin de önüne geçilmesi amacıyla veto haklarının da dondurulması bu kapsamda mümkündür[29]. Oy hakkına ya da şirketin yönetimine ilişkin imtiyazların varlığı durumunda da yargılama süresince bu imtiyazların dondurulmasına karar verilebilir[30]. Bunların yanı sıra, her ne kadar pay sahipliğinden doğan bir hak olmasa da, davacı ortağın aynı zamanda yönetim ve temsil yetkisini haiz olması halinde, bu hak ve yetkilerine ilişkin olarak da tedbir kararı verilebilir[31] ve yönetim ve temsil yetkisinin kaldırılabilir[32]. Pay sahibinin şirketin fesih davası açma hakkı ve sorumluluk davası açma haklarının da bu kapsamda tedbiren dondurulabileceği kabul edilmektedir[33].

Öğretide pay sahibinin pay sahipliğinden doğan haklarının tedbiren dondurulmasının, şirkette kalması çekilmez hale gelen ortağın mevcut haklarının da elinden alınması suretiyle durumunu daha da kötüleştireceği ve haklı sebeple çıkma davası açma hakkını fiilen engelleyici bir nitelik taşıyabileceği ileri sürülmektedir[34]. Bu görüşe göre, söz konusu tedbir ancak şirketin malvarlığını zimmetine geçiren bir pay sahibinin açtığı davalar gibi istisnai durumlarda işlevsel olacaktır[35]. Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, davacı pay sahibinin haklarının veya yükümlülüklerinin dondurulmasına karar verilebilmesi için somut ve şirket menfaatine hizmet eden maddi olguların varlığı aranmalıdır. Aksi halde, dava sürecinin uzunluğu göz önüne alındığında, kesinleşmiş bir çıkma kararı bulunmaksızın davacı pay sahibinin fiilen şirketin dışında bırakılacağı ve bunun da pay sahibi yönünden telafisi güç sonuçlar doğurabileceği ifade edilmektedir[36].

Mahkeme, tedbir kararı verirken hem şirketin hem de pay sahibinin menfaatlerini gözeterek takdir yetkisini kullanmalıdır. Nitekim mahkemelerce verilen tedbir kararlarında bu hususa dikkat edildiği görülmektedir[37]. Ancak her hâlde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için somut bir tehlikenin varlığı

---

[28] ŞENER, s. 915; TAŞDELEN; s. 190; SANWALD, s. 345; AKER, s. 89; ÖZDOĞAN DALOĞLU, s. 57-58; BAYTEMÜR KÖKSAL, s. 168.

[29] SANWALD, s. 345; ŞENER, s. 915; SIFFERT, Rino/ FISCHER Marc Pascal/MARTIN, Petrin: "GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)", SHK - Stämpflis Handkommentars. Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, s. 335-336. BAYTEMÜR KÖKSAL, s. 168.

[30] AKER, s. 89.

[31] ŞENER, s. 915; SANWALD, s. 345; ŞAHİN, s. 181.

[32] ŞENER, s. 915.

[33] SIFFERT/ FISCHER/MARTIN, s. 335-336.

[34] SELÇUK MAHMATLI, s. 224.

[35] SELÇUK MAHMATLI, s. 224.

[36] AKER, s. 89.

[37] İstanbul BAM 12. HD'nin 05.07.2018 tarih ve E: 2018/596 K: 2018/876 sayılı kararında: "*…davacının durumu teminat altına alınırken diğer yandan şirketin işleyişine de olanak tanınması hem aynı zamanda şirket ortağı olan davacının hem de davalı şirketin zarar görmeyeceği önlemlere başvurulması gerektiği; …Davacının ortaklık hakları korunurken şirketin de yükümlülüklerini karşılayabilmesi için ihtiyati tedbirin davalı şirketin zararına olmaması*"

zorunlu olup bu tehlikenin varlığına ve niteliğine göre tedbirin kapsamı belirlenecektir. Ayrıca değişen durum ve koşullara göre ihtiyati tedbirin kaldırılması ya da değiştirilmesi de mümkündür. Dolayısıyla, her durumda pay sahibinin aleyhine tedbir kararı verileceğini kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Diğer taraftan, pay sahibinin tüm haklarının dondurulması da zorunlu olmayıp mahkeme talebe ve somut olayın gereklerine göre yalnızca belirli hakların dondurulmasına da karar verebilir. Nitekim madde hükmünde de hakların kısmen de dondurulabileceği açıkça düzenlenmiştir.

TTK m. 638/2 uyarınca, pay sahibinin şirketten doğan borçlarının da geçici olarak dondurulması mümkündür[38]. Bu kapsamda, pay sahibinin, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ile sadakat yükümlülüğü ve kararlaştırılmış ise rekabet yasağı yükümlülüklerinin geçici olarak durdurulmasına karar verilebilir[39]. Ayrıca, davacı pay sahibinin varsa sermaye borcunun taksitlerinin dondurulmasına da hükmedilebilir[40]. Mahkeme pay sahibinin şirkete olan borçlarının dondurulmasına karar verirken, özellikle pay sahibinin çıkma halinde hak kazanacağı ve dava ile talepte bulunduğu ayrılma akçesini almasını tehlikeye düşürebilecek bir durumun olup olmadığına bakacaktır.

Mahkeme, somut olayın hal ve durumuna göre, bazı hak ve yükümlülüklerin ifa biçimini de geçici olarak değiştirebilir[41]. Örneğin, davacı ortağın yan edim yükümlülüklerini, dava süresince, esas sözleşmede öngörülenden farklı olarak piyasa fiyatları üzerinden yerine getirmesine karar verilmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme, yan edimlerin şirketin kısa vadede ticari faaliyetini sürdürebilmesi açısından zorunlu olduğu ve davacı pay sahibinin de bu satışlardan ya da alımlardan elde edilecek gelire ekonomik olarak bağlı bulunduğu durumlarda, her iki tarafın menfaatlerinin dengeli biçimde korunması için getirilebilir[42].

gerektiği belirtilmiştir. Benzer yönde başka bir karar için bkz. Antalya BAM 11. HD'nin 10.10.2022 tarih ve E: 2022/2118 K: 2022/1336 sayılı kararı, (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 01.08.2025).

[38] İstanbul BAM 12. HD'nin 29.09.2022 tarih ve E: 2022/1390 K: 2022/1315 sayılı kararında pay sahibinin borçlarının dondurulması hususunu şu şekilde incelemiştir: "*Yine yukarıda açıklandığı üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık yargılamayı gerektirmekte olup, davacının iddialarının haklılığı yönünden HMK'nın 390/3. maddesinde belirtilen yaklaşık ispat koşulu da gerçekleşmemiştir. İlave olarak davalı şirket faal olup, dosyaya sunulan kurumlar vergisi beyannamelerine göre de yıllar itibariyle kar elde ettiği, şirketin usulsüz olarak borçlandırıldığına yönelik delil de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda bu aşamada tedbir kararı verilmemesi halinde davacının zararının doğacağına dair emare ve delil de bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının davalı şirket ortaklığından doğan borçlarının tedbiren dondurulması yönündeki ihtiyati tedbir koşulları oluşmamış olup, mahkemece davalı vekilinin bu yöndeki itirazının kabulü ile ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken davalı vekilinin itirazının reddine karar verilmesi isabetsizdir. Açıklanan nedenlerle; davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine; davalı vekilinin, davacının davalı şirket ortaklığından doğan borçlarının tedbiren dondurulması yönündeki ihtiyati tedbir kararına yönelik itirazının kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru değil ise de, yapılan hata/eksiklik yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin davalı vekilinin ihtiyati tedbir kararına yönelik itirazının reddine dair 26.05.2022 tarihli ara kararının HMK'nın 353/(1)b-2 maddesi uyarınca kaldırılarak, hükmün diğer kısımlarının tekrarı ile "davacının ortaklıktan doğan borçlarının dondurulmasına yönelik 28.03.2022 tarihli ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına" karar verilmiştir*". (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 20.04.2025).

[39] ŞENER, s. 915; AKER, s. 89; ÖZDOĞAN DALOĞLU, s. 57-58; SELÇUK MAHMATLI, s. 224; BAYTEMÜR KÖKSAL, s. 167-168.

[40] POROY /TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 442, N. 1675p; AKER, s. 89.

[41] SANWALD, s. 348.

[42] SANWALD, s. 348.

İhtiyati tedbir, pay sahibinin tüm hak ve yükümlülüklerine yönelik getirilebilir[43]. Kanun, pay sahibinin şirketten doğan hak ve borçlarının dondurulabileceğini öngörerek tedbirin sınırını çizmiştir. Bu kapsamda, limited şirketlerde pay sahiplerinin amme alacaklarından doğan sorumluluğuna ilişkin olarak tedbir kararı alınıp alınamayacağı ve durumun ihtiyati tedbir gerektiren bir hukuki tehlike olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Nitekim uygulama bir haklı nedenle çıkma davasında davacı ortak tedbiren kamu borçlarından doğacak yükümlülüklerinin de dondurulmasını talep etmiştir. Yerel mahkeme bu istemi şirketin borca battık olmadığı ve tedbir koşulları gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Kararın itirazı üzerine dosyanın önüne geldiği Bölge Adliye mahkemesi ise "*6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki kanunun 35. maddesine göre, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen kamu alacaklarının hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olmak kaydıyla ortaklardan tahsil edileceği düzenlemesi göz önüne alındığında kamu borçlarından sorumluluk borçların dondurulması kapsamına girmemektedir*" diyerek kamu alacağı için tedbir kararı verilemeyeceğini belirtmiştir[44]. Haklı nedenle çıkma davasında, pay sahibinin şirketle olan ilişkisi mahkeme kararıyla ileriye etkili olarak sona erdirilmektedir. Bu nedenle, pay sahibi davanın açıldığı tarihte değil, mahkeme kararının kesifleştiği tarihte şirketten çıkmış sayılır[45]. Dolayısıyla, pay sahibinin çıkma tarihine kadar doğan kamu borçlarından da sorumluluğu devam edecektir. Mahkemenin pay sahibinin devlete karşı sorumluluğunun tedbire konu edilemeyeceğinin kabulü kanımızca da yerindedir. Nitekim kamu borçlarından doğan yükümlülüğünün dondurulması, esasen yalnızca borcun ödenmesinin ertelenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu halde, amme alacağı için alınacak tedbir yalnızca borcun ödemesini ötelemiş olacaktır. Davacı pay sahibi kamu alacağı için faiz ödemek durumunda kalacak ve tedbirin fiilen bir yararı da olmayacaktır[46]. Ayrıca böyle bir tedbir devletin vergi alacağının tahsilini de geciktirecektir.

b. Şirket İşlemlerine Yönelik Alınabilecek Tedbirler

Çıkma davası sürecince şirkette gerçekleştirilen işlemler, davacı ortağın hak edeceği ayrılma akçesini doğrudan etkilemektedir. Ayrılma akçesi, mahkeme kararına en yakın tarihte esas sermaye payının gerçek değeri üzerinden belirlenir. Bu alacağın güvence alınabilmesi için ihtiyati tedbir kararı verilmesi gereklidir. Ancak verilecek tedbirin, şirketin faaliyetlerini sekteye uğratmayacak ve davacının ayrılma akçesine ilişkin hakkını koruyacak şekilde özenle belirlenmesi önem arz etmektedir[47]. TTK m. 638/2 hükmü, hâkime davacı pay sahibinin durumunu güvence altına almaya yönelik önlemler alma yetkisi tanımakta; ancak tedbirin türü ile ilgili bir sınırlandırma getirmemektedir. Pay sahibinin şirketten çıkmasının en temel sonucu ayrılma akçesidir. Ayrılma akçesi pay sahibinin ekonomik kayıplarını telafi etme amacı güder, bu nedenle ayrılma akçesini korumaya yönelik tedbirlerin bu kapsamda alınması gerekir[48]. Ancak bu tedbirler şirketin faaliyetlerini yerine getirmesine engel olacak mahiyette olmamalıdır[49].

[43] TAŞDELEN, s. 190.

[44] İstanbul BAM 12. HD'nin 05.04.2018 tarih ve E: 2018/193 K: 2018/366 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 20.04.2025).

[45] POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 440, N. 1675j; YILDIZ, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 160-161; ŞENER, s. 916; YILDIZ, s. 160-161; TAŞDELEN, s. 198; ÇEBİ, s. 2522.

[46] SELÇUK MAHMATLI, s. 225.

[47] SELÇUK MAHMATLI, s. 225; ŞAHİN, s. 181.

[48] BAYTEMÜR KÖKSAL, s. 167-168.

[49] Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 07.01.2013 tarih ve E: 2012/17605 K: 2013/49 sayılı kararı: "*Davacı tarafından açılan dava, diğer taleplerle birlikte şirketten haklı sebeple çıkma olmadığı takdirde şirketin fesih ve tasfiyesine yöneliktir. Davacının 20.6.2012 tarihli geçici talebi ise davalı şirketin banka hesabı ve başka bir şirketteki payı üzerine ek ihtiyati tedbir konulmasına ilişkindir. HMK'nın 389. maddesinde hangi hallerde ihtiyati tebdir kararı verilebileceği*

Bu kapsamda, şirket çıkacak ortağın ayrılma akçesinin azalmasına yol açabilecek şirket malvarlığını azaltıcı işlemlerin dondurulmasına ve müdürlerin tasarruflarının engellenmesine yönelik tedbir alınabilecektir. Bu tedbir, şirketin bazı mallarına tedbir kararı koyularak ya da müdürlerin eylemlerini durdurmak ya da kontrol altına alabilmek için geçici olarak yönetim veya denetim kayyımı atanarak gerçekleştirilebilecektir[50]. Uygulamada, davacı pay sahibinin ayrılma akçesi alacağının güvence altına alınabilmesi için şirketin menkul ve gayrimenkul, fikri mülkiyet hakları gibi varlıkları üzerinde tedbir konularak devredilmesi ve karşılıksız borçlanılmamasına yönelik veya banka hesaplarına tedbir konulmasına ilişkin kararlar verildiği görülmektedir[51].

Bunun yanı sıra genel kurulun toplantıya çağrılması veya alınan genel kurul kararlarının icrasının ertelenmesi gibi konularda da mahkeme tarafından diğer önlemler kapsamında tedbir kararı verilebileceği sonucuna varılmalıdır[52]. Dava açıldıktan sonra alınan ve şirketin amaç ve ihtiyaçlarıyla bağdaşmayan, davacı pay sahibini zarara uğratma veya ayrılma akçesinin değerini düşürme amacı taşıyan sermaye artırım kararlarının mahkeme tarafından geçici tedbir olarak yürütülmesinin durdurulmasına da hükmedilebileceği kabul edilmektedir[53]. Yine yargılama süresince, şirketin malvarlığının azalmasına neden açabilecek nitelikteki sermaye azaltımının önlenmesine yönelik tedbir kararı verilebilecektir[54].

Şirket malvarlığını azaltıcı işlemlerin yapılmasının engellenebilmesi için bu işlemlerin durdurulması için kayyım atanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin yerel mahkemede, "*şirket tesis makina, cihaz, tesis, taşıt ve demirbaşların devri başta olmak üzere şirketle ilgili her türlü aktif ve pasif tasarruflar, mal ve hizmet alımı, kambiyo senedi düzenlemesi, şirkette ilgili borç ödemesi gibi şirketin mali*

---

düzenlenmiştir. Açılan davanın niteliği itibariyle somut uyuşmazlıkta söz konusu koşullar mevcut olmayıp tedbir kararı da şirketin hayatiyetini devam ettirmesinde sakınca doğuracak mahiyettedir. Bu itibarla, şirketin banka hesabı üzerine konulan tedbire yönelik itirazın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (Karara erişim için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 01.08.2025).

[50] ŞENER, s. 915; AKER, s. 89; SELÇUK MAHMATLI, s. 224.

[51] Şirketin varlıklarına ve banka hesaplarına koyulan tedbir kararlarına örnek olarak bkz. İstanbul BAM 12. HD'nin 05.07.2018 tarih ve E: 2018/596 K: 2018/876 sayılı kararı. Bölge Adliye Mahkemesi, yerel mahkeme tarafından şirketin taşınmaz ve mal varlıklarına ilişkin tedbir isteminin dava konusu ile ilgili olmadığından bahisle reddettiği tedbir kararını incelediği kararında, davalı şirket adına kayıtlı malvarlığının tedbir talebi yönünden dava konusuyla ilgili olduğuna karar vermiştir: İstanbul BAM 14. HD'nin 17.10.2024 tarih ve E: 2024/1511 K: 2024/1470 sayılı kararı: "*Şirket malvarlığının muhafazası için davalı şirket adına kayıtlı taşınmaz ve mal varlıklarına ihtiyati tedbir konulması talebi dava konusuna ilişkin olup, istenilen talep sonucuyla sıkı sıkıya bağlantısı bulunmaktadır. Bu nedenle şirkete ait mal varlığının dava konusu olmadığından söz edilemez. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin tedbir isteminin reddi gerekçesi yerinde değildir. Ancak somut olayda, davacının ileri sürdüğü hususlar, yargılamanın bulunduğu aşama itibariyle henüz yaklaşık ispat ölçüsünde ispatlanamamış, ihtiyati tedbir şartları oluşmamıştır. Bu durumda ara karar tarihi itibariyle HMK'nın 390/3. maddesinde belirtilen yaklaşık ispat koşulu gerçekleşmediğinden, değişen durumlara göre ilk derece mahkemesinde yeniden tedbir talep edilmesi de mümkün olduğundan, ihtiyati tedbir talebinin reddine dair ilk derece mahkemesi ara kararında usul ve yasaya aykırılık görülmemiştir.".* (Kararlara erişim için bkz. emsal.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 22.04.2025).

[52] TAŞDELEN, s. 189.

[53] ŞAHİN, Murat/KULA, Ufuk: "Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar İle Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve İlgili Yargıtay Kararları", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 255. Esasen, yazarlar bu tedbirin haklı nedenle fesih davası kapsamında alınabileceği belirtmekteyse de, fesih davasında mahkemenin pay sahibinin çıkarılmasına da karar verebilmesi nedeniyle, söz konusu tedbirin alınmasına ilişkin amaç, TTK m. 638/2 uyarınca verilebilecek tedbir kararları bakımından da geçerlidir.

[54] ŞAHİN, s. 181.

durumunu ve şirket ortaklarının menfaatini etkileyecek her türlü işlemlerin ve borçlandırıcı tüm işlemlerin denetim kayyımının denetim onayına tabi tutulmasına..." karar verildiği görülmektedir[55]. Bu kapsamda şirketin pek çok işleminin denetim kayyımının onayı olmaksızın yapılması engellenmiş olmaktadır. Mahkemeler, şirketin yönetim organı olduğu ve aktif olarak faaliyetini yürüttüğü durumlarda TTK m. 638/2 uyarınca yönetim kayyımı atanmasına karar vermemekte, bu kapsamda denetim kayyımının atanmasına karar verebilmektedir[56].

II. ŞİRKETİN ANONİM ŞİRKETE DÖNÜŞMESİNİN DAVAYA ETKİSİ VE ALINABİLECEK TEDBİRLER

A. Genel Olarak

Haklı nedenle çıkma davası devam ederken, şirketin etkisiz kılmaya veya sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik bazı eylemlerde bulunması mümkündür. Bu tür durumlarda, davacının haklarının korunabilmesi için mahkemece alınabilecek geçici hukuki koruma tedbirleri önem taşır. Yukarıda, bu tür girişimlere karşı başvurulabilecek koruyucu tedbirler açıklanmıştır.

Şirketin bu süreçte başvurması muhtemel yollardan biri de, tür değişikliğine giderek şirketin anonim şirkete dönüştürülmesidir. Nitekim Yargıtay'ın incelediği bir davada pay sahibinin açmış olduğu dava devam ederken şirketin tür değiştirme kararı aldığı görülmektedir[57]. Mahkemenin bir talep hakkında karar verebilmesi için dava şartlarının eksiksiz mevcut olması ve davacının ileri sürdüğü hakkın varlığı

---

[55] İstanbul BAM 14. HD'nin 26.12.2024 tarih ve E: 2024/1834 K: 2024/2009 sayılı kararı.

[56] Yargıtay 11. HD'nin 09.06.2015 tarih ve E: 2014/11571 K: 2015/7969 sayılı kararında: "*… davacı şirketin hali hazır durumda yetkili organlarının ve şirketi temsile yetkili müdürü bulunduğundan yönetim kayyumu talebinin de yerinde görülmediği*" yönündeki kararı onamıştır. (Karara erişim için bkz. karararama.yargıtay.gov.tr, Erişim Tarihi: 04.07.2025). İstanbul BAM 14. HD'nin 26.12.2024 tarih ve E: 2024/1834 K: 2024/2009 sayılı kararında bu hususu şöyle vurgulamıştır: "*Davacı vekilince diğer yönetici ortak tarafından şirketin kötü yönetildiği, uzun süre kar payı dağıtılmadığı, genel kurul toplantılarının yapılmadığı, şirket ortakları arasında kişisel sorunlar oluştuğu, şirket müdürünün rekabet yasağına aykırı hareketlerde bulunduğunu bu nedenle haklı nedenlerin oluştuğunu ileri sürerek şirkete yönetim kayyımı talep uygun görülmez ise denetim kayyımı atanmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi ara karar gerekesinde de işaret edildiği üzere; tüzel kişilerde asıl olan, tüzel kişiliğin seçilmiş yöneticileri tarafından, şirket ana sözleşmesi ve ticari hayatın gereklerine göre yönetilmesidir. Şirkette organ boşluğu bulunmadığı ve davacı ihtiyati tedbir taleplerinden olan şirkete denetim kayyımı atanması yönündeki ihtiyati tedbir kısmının kabul edildiği de gözetildiğinde, verilen kararın tarafların menfaat dengelerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır"*. Ayrıca bkz. İstanbul BAM 13. HD'nin 19.12.2018 tarih ve E: 2018/1598 K: 2018/1302 sayılı kararı, (Kararlara erişim için emsal.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 22.04.2025). Bölge Adliye Mahkemesi başka bir kararında ise organ boşluğu olmadığı hallerde denetim kayyımının da atanamayacağına ifade ederek denetim kayyımı atanmasını uygun görmemiştir: Ankara BAM 21. HD'nin 01.07.2021 tarih ve E: 2021/1026 K: 2021/922 sayılı kararı: "*Ayrıca, davacı vekili tarafından gerek yargılama sırasında vermiş olduğu ara karara dayanak 10.05.2021 tarihli gerekse istinaf başvuru dilekçesinde her ne kadar şirketin banka hesaplarına ihtiyati tedbir konulması ve şirket müdürünün faaliyetlerinin denetlenmesi amacıyla şirkete denetim kayyımı atanması talep edilmiş ise de, şirketin ticari faaliyetini engelleyecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğinden bu bağlamda şirketin banka hesaplarına tedbir konulamayacağı gibi şirket müdürünün azli istemiyle açılan bir dava bulunmayıp şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payı alacağının tahsili istemiyle açılan işbu davada, şirket müdürünün görevde olduğu ve organ boşluğu da bulunmadığı hususları gözetildiğinde şirkete denetim kayyımı atanmasına yönelik tedbir taleplerinin kabulü mümkün görülmemiştir*". Kararlar incelendiğinde, mahkemeler arasında yönetim kayyımı atanmasında, organ boşluğu bulunmadığı durumlarda kayyım atanmamasına ilişkin bir görüş birliği bulunduğu, buna karşılık denetim kayyımı atanması konusunda ise ortak bir ölçüt veya uzlaşı bulunmadığı görülmektedir. (Kararlara erişim için bkz. emsal.uyap.gov.tr, Erişim Tarihi: 22.04.2025).

[57] Yargıtay 11. HD'nin 23.05.2016 tarih ve E: 2015/10740 K: 2016/5547 sayılı kararı.

ve hak ihlali iddiasının gerçeğe dayanması gerekir[58]. Yargıma süresince meydana gelen olaylar, dava konusunu doğrudan etkiler, taraflar arasındaki uyuşmazlığın ortadan kalkması ise davanın konusuz kalmasına yol açar ve bu halde konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilir[59]**.** Haklı sebeple çıkma davası açma hakkı, limited şirketlerde pay sahibine özgü tanınan bir haktır. Anonim şirketlerde ise çıkma kurumu bulunmadığı gibi, pay sahibine doğrudan çıkma davası açması hakkı da tanınmamıştır. Bu nedenle, davacı pay sahibinin yargılama süresince limited şirket pay sahibi sıfatını koruması gerekir. Söz konusu sıfatının başka sebeplerle ortadan kalkması halinde, dava kural olarak konusuz kalacağından davaya devam edilemez[60]. Şirketin tür değiştirerek anonim şirketi dönüşmesi durumunda, davacı artık limited şirketin pay sahibi sıfatını taşımayacağı için haklı sebeple çıkma davasına devam edilmesi olanaklı değildir[61]. Dava konusuz kaldığında, her ne kadar her durumda tür değişikliğinin sadece davayı etkisiz hale getirmek amacıyla yapıldığını ileri sürmek isabetli olmasa da böyle bir amacın mevcut olma ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, TTK m. 638/2 uyarınca dava sürecinde olası bir tür değişikliğinin engellenip engellenmeyeceği ve ayrıca mahkemenin bu yönde alınmış bir genel kurul kararının yürütmesinin ertelenmesine karar verip veremeyeceği hususları incelenecektir.

Diğer taraftan tür değişikliği sonrasında davacının anonim şirket pay sahibi sıfatını kazanması halinde, TTK m. 531'deki şartların mevcut olması durumunda, davaya haklı sebeple fesih davası olarak devam edilip edilemeyeceği ve kapsamda ıslahın mümkün olup olmayacağı gibi sorular da gündeme gelebilecek ve tartışılabilecek hususlardır[62]. Ancak bu hususlar inceleme konumuzun dışında kaldığından, yalnızca muhtemel sorulara işaret edilmekle yetinilmiş, ayrıntılara girilmemiştir.

B. Alınabilecek Tedbirler

Haklı nedenle çıkma davası devam ederken şirket, anonim şirkete dönüşme kararı alma aşamasında olabileceği gibi bu yönde genel kurulda karar almış da olabilir. Tür değişikliği kararının alınmış ya da henüz alınmamış olması, mahkemece uygulanabilecek ihtiyati tedbirin niteliği ve kapsamı bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır.

Şirketin tür değiştirme kararı alacağına ilişkin bir ihtimal söz konusuysa ve ihtiyati tedbir için aranan şartlar da mevcutsa, mahkemece genel kurul kararının alınmamasına yönelik ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kabul edilmelidir. Örneğin özellikle tür değişikliği gündemiyle çağrısı yapılmış bir genel kurul toplantısının yapılmamasına yönelik tedbir talebinde bulunabilir. Yine tür değişikliği yönünde karar alınacağına dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda da, genel kurul kararının alınmasına yönelik tedbir talebi mahkemeden istenebilir.

Şirket tarafından tür değişikliğine ilişkin genel kurul kararı alınmışsa, bu durumda söz konusu genel kurul kararının yürütülmesinin durdurulması davacı tarafından mahkemeden talep edilebilir. Davacı pay sahibi, mahkemeden tedbir talep etmek yerine ya da buna ek olarak, tür değişikliği kararının geçersizliğinin tespiti veya iptali için de dava açabilir. Özellikle dürüstlük kuralına aykırı şekilde, davacının haklı nedenle çıkma hakkını etkisiz kılma veya haklı bir gerekçesi olmaksızın dava sonucunu konusuz bırakma amacıyla alınan tür değişikliği kararları dürüstlük kuralına aykırı olacağı için

---

[58] IŞIK, Melih: Medenî Yargılama Hukukunda Davanın Konusuz Kalması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 16-18.

[59] IŞIK, s. 539 vd.

[60] ŞENER, s. 883; SELÇUK MAHMATLI, s. 156.

[61] SELÇUK MAHMATLI, s. 156.

[62] Öğretide, tür değiştirme kararı ile davacının mevcut haktan mahrum bırakılmış olacağı; burada artık anonim şirket pay sahibi sıfatını kazanacak davacının TTK m. 531 uyarınca haklı nedenle fesih şartlarının oluşması halinde, davaya haklı nedenle fesih davası olarak devam edebilmesi olanağı tanınmasının düşünülebileceği ileri sürülmektedir (Bkz. SELÇUK MAHMATLI, s. 156).

mahkemenin iptal kararı vermesi mümkündür. Bu kapsamda Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, tür değişikliği kararının alınmasına tek başına, sırf davacı pay sahibini zarara uğratmak amacı taşıdığı sonucunu doğurmayacağını; dürüstlük kuralına aykırılığın somut olarak ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır[63]. Dolayısıyla alınan her tür değişikliğine ilişkin genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırılık iddiası ile iptali istenemeyeceği gibi TTK m. 638/2 uyarınca tedbiren yürütülmesinin durdurulmasına da karar verilemeyecektir.

Diğer taraftan haklı nedenle çıkma davası devam ederken, henüz alınmamış bir tür değiştirme kararının önlenmesine ya da alınmış bir kararın yürütülmesinin durdurulmasına yönelik tedbir, mahkemenin şirketin iş işleyişine ve özerk karar alma sürecine müdahalesi niteliği taşır. Bu nedenle, mahkemenin böyle bir talebi değerlendirirken şirketin menfaatini, tür değişikliğinin amacını ve dayanaklarını titizlikle incelemesi gerekir. Buna göre somut olayda tür değişikliği kararının alınmasının davacı pay sahibinin haklarını telafisi güç şekilde zedeleyeceği ve TTK m. 638/2 çerçevesinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğunun yaklaşık ispatının sağlanması halinde, mahkemenin bu yönde tedbir kararı verebileceği kabul edilmelidir. Nitekim öğretide de pay sahibinin ayrılma akçesini dava sonunda tahsil etmesini güçleştirici nitelikte alınan sermaye artırımı ya da azaltımı kararının yürütülmesinin durdurulabileceği kabul edilmektedir[64]. Benzer şekilde, somut olayda da tür değişikliği kararı davacının haklarını olumsuz etkileyebilecek mahiyette ise bu kararın tedbir kapsamında değerlendirilerek yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmelidir.

SONUÇ

TTK m. 638/2'de haklı nedenle çıkma davasında mahkemenin istem üzerine tedbir kararı verebileceği öngörülmüş ancak bu tedbirlerin neler olabileceği sınırlı sayıda belirtilmemiştir. Kanunda yalnızca örnek niteliğinde pay sahibinin hakları ve borçlarına ilişkin alınabilecek tedbir türüne yer verilmiştir, mahkeme somut olayın koşullarına göre uygun düşecek başka geçici önlemler de alabilecektir. Bu yönüyle düzenleme hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mutlaka talep olmalıdır, bu talep hem davacı pay sahibi hem de davalı şirket tarafından ileri sürülebilir. Ancak taleple bağlılık ilkesi gereği, talep edilen tedbirin niteliği ve kapsamı taraflarca açık şekilde belirtilmelidir.

[63] Yargıtay 11. HD'nin 23.05.2016 tarih ve E: 2015/10740 K: 2016/5547 sayılı kararı: Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin %10 ortağı olduğunu, anılan şirketin 27.9.2013 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında tür değiştirme karar verildiğini, tür değiştirme şartlarının mevcut olmadığını, bu kararın davacının açmış olduğu ortaklıktan çıkma davasını etkisizleştirmek için alındığını, şirket ortakları olduğu iddia edilen ... ve ...'in de katılımıyla gerçekleşen toplantıda davacının karşı oyuna rağmen tür değiştirme karar verildiğini, usulüne uygun hisse devri yapılmayan bu kişilerin şirket ortağı olmadıklarını, gerekli bilanço ve raporlar hazırlanmadan ve incelemeye sunulmadan tür değiştirilmesine dair alınan bu kararın iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, hisse devirlerinin usulüne uygun olduğu ve ticaret sicil gazetesinde tescil edildiği, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 188. maddesi uyarınca tür değiştirmeye esas şirket defterleri ile ve bilançosu ortaklar incelemesine sunulduğu, son üç yıl ve 2013 yılına ait bilanço ile gelir tablosunun davacıya teslim edildiği, tür değişikliğine dair kararların oyçokluğu ile şirketin daha karlı bir şekilde devamı için değil de sırf pay sahibi davacıyı zarara uğratmak amacıyla yapıldığına dair bir veri olmadığı, kararın iyiniyet kurallarına uygun olduğu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 186 ila 188.maddelerinde şirketlerin tür değiştirme şartlarının hüküm altına alındığı, davaya konu edilen limited şirketin anonim şirkete dönüştürülmesine yönelik genel kurul kararının Kanun'un aradığı anlamda tüm koşulları taşıdığı gerekçesiyle davanın redine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." (Karara erişim için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/, Erişim Tarihi: 01.08.2025).

[64] Bkz. ŞAHİN, s. 181; ŞAHİN /KULA, s. 255.

Mahkeme tarafından verilecek tedbir kararı yalnızca davanın tarafları yönünden getirilebilecektir, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler ile ilgili tedbir kararı verilebilmesi mümkün değildir. Tedbir kapsamında, pay sahipliğinden kaynaklanan bilgi alma ve inceleme hakkı, oy hakkı, kar payı, rüçhan hakkı gibi hakların ve rekabet yasağı gibi yükümlülüklerin kısmen ya da tamamen dondurulması mümkündür. Ayrıca, davacı pay sahibinin yönetim ve temsil görevi olması durumunda bu görevine bağlı hak ve yükümlülükleri de ihtiyati tedbir konusu yapılabilecektir. Pay sahibinin tüm haklarının otomatik olarak dondurulması yönünde bir zorunluluk bulunmamakta olup, somut olayın koşullarına göre sadece bazı hakların tedbiren sınırlandırılması da mümkündür. Pay sahibinin kamu borçlarına ilişkin sorumluluğunun durdurulması ise olanaklı değildir. Kamu alacaklarının ödenmesinin durdurulması, devletin vergi alacağını zamanında almasına engel olacağı gibi doğrudan pay sahibine de bir yararı bulunmamaktadır. Nitekim pay sahibi bu yükümlülükten kurtulamayacağı gibi faiz ödemek durumunda da kalabilecektir.

Öte yandan, çıkma davası süresince alınan şirket içi karar ve işlemlerin de davacı pay sahibinin hak edeceği ayrılma akçesinin değerini doğrudan etkileyebileceği için bu karar ve işlemlere yönelik de tedbir kararı alınması mümkündür. Bu kapsamda şirketin malvarlığını azaltmaya yol açabilecek işlemlerin ve bu yönde genel kurulu kararı alınmasının ya da alınan genel kurul kararının yürütülmesinin durdurulmasına yönelik tedbir kararı verilmesi mümkündür. Ayrıca bu amaçla, şirketin bazı malvarlığı unsurlarına ve banka hesaplarına tedbir konulabilecektir. Yine yöneticilerin eylemleriyle şirketin malvarlığını azaltmamaları için kayyım atanabilmektedir. Bu hususta mahkemelerin genel itibariyle şirketin aktif olarak faaliyetini sürdürdüğü ve yönetim organının mevcut olduğu durumlarda, yönetim kayyımı atanması kararı vermediği tespit edilmektedir. Mevcut tehlikenin varlığına göre bu amaçla denetim kayyımı atanabilmektedir. Denetim kayyımı ataması ile şirketin belirli işlemleri denetim kayyımı onayına tabi tutulabilmektedir. Sonuç olarak TTK m. 638/2 çerçevesinde verilecek tedbirin amacı, hem şirketin hem de çıkma isteminde bulunan pay sahibinin haklarının zedelenmesini engellemektir. Bu doğrultuda mahkemeler somut olayın özelliklerini nazara alarak amaca uygun ve tarafların menfaatlerini gözeten geçici önlemlere karar vermelidir.

Haklı nedenle çıkma davası pay sahibine özgü bir dava olup, dava süresince davacının pay sahibi sıfatını korunması şarttır. Dava devam ederken şirketin anonim şirkete dönüştürülmesi, bu sıfatın sona ermesine ve davanın konusuz kalmasına yol açacaktır. Bu durumda ise mahkeme esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedebilir. Ancak tür değişikliğinin, pay sahibinin davasını etkisiz kılma veya konusuz bırakma amacıyla yapılması halinde, tür değişikliğine ilişkin işlemlerin durdurulmasına yönelik TTK m. 638/2 kapsamında tedbir kararı verilmesi mümkündür. Bu kapsamda tür değişikliğine ilişkin kararın henüz alınmadığı hallerde genel kurulda bu yönde karar alınmasını önleme; karar alınmışsa yürütülmesinin durdurulmasına yönelik tedbir kararı verileceği kabul edilmelidir. Mahkeme tedbir talebini değerlendirirken, şirketin amacını, dayanaklarını ve şirket menfaati ile davacının korunmaya menfaatlerini birlikte gözetmelidir. Sonuç olarak haklı nedenle çıkma davası sürecinde tür değişikliğine ilişkin kararın alınması ve uygulanması, davacının haklarını ciddi biçimde zedeleme ihtimali taşıyorsa mahkeme istem halinde TTK m. 638/2 uyarınca tedbir kararı verebilmelidir.

KAYNAKÇA

AÇIKALIN, Eda Duygu: Limited Şirkette Çıkma Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

AKER, Halit**: "**Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi , C. 32, S. 1, 2016, s. 63-150.

ANNER, Fabienne/TRÜEB, Hans/BHEND, Julia: "GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Art. 772-1186 OR – Bucheffektengesetz", CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2024, s. 225-226.

BAYTEMÜR KÖKSAL, Deniz: Limited Şirketten Çıkma veya Çıkarılmaya Dair Mahkeme Kararının Alınması ve İcrasına İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2025.

ÇAKIR ÇELEBİ, Fatma Betül: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ÇEBİ, Hakan: Limited Şirketler Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

ERCAN, Tayfun/ÇİMRİN, Zeliha: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

IŞIK, Melih: Medenî Yargılama Hukukunda Davanın Konusuz Kalması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Şirketler Hukuku Cilt III, Sermayesi Paylara Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ile Limited Şirket, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

KURU, Baki/Aydın, Burak: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, Yetkin Yayınları, İstanbul 2024.

ÖZDOĞAN DALOĞLU, Tuğba: Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

PFENNİNGER, Markus: "OR 824", OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli AG, Zürich 2023, s. 2598.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. V, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

SANWALD, Reto: Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Dike Verlag AG, Zürich 2009.

SELÇUK MAHMATLI, Perihan: Limited Ortaklıkta Çıkma ve Çıkmaya Katılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2025.

SIFFERT, Rino/ FISCHER Marc Pascal/MARTIN, Petrin: "GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR)", SHK - Stämpflis Handkommentars. Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

SİDİM, Muhammed Furkan: Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

ŞAHİN, Ayşe: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 175-210.

ŞAHİN, Murat/KULA, Ufuk: "Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar İle Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve 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, İstanbul 2020, s. 219-294.

ŞENER, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

TARHAN, Mehmet Umur Tarhan: "Limited Şirket Ortaklığından Çıkma ve Çıkarılma (TK 638-642)", Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 177-219.

TAŞDELEN, Nihat: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Ankara 2012.

TEKİNALP, ÜNAL: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

YILDIZ, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.

TÜRK HUKUKUNDA GÖRME ENGELLİLERİN DÜZENLEYEBİLECEĞİ VASİYETNAME TÜRLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Burcu Erbayraktar*

ÖZET

Bu çalışma, görme engellilerin düzenleyebileceği vasiyetname türlerinin belirlenmesi, böylece görme engelliler bakımından ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünün anlamının ortaya konulması amacına yöneliktir. Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen vasiyetname türleri şunlardır: El yazılı vasiyetname (MK m. 538), resmi vasiyetname (MK m. 532 vd.) ve sözlü vasiyetname (MK m. 539 vd.). Görme engellilerin düzenlediği el yazılı vasiyetnamelerin geçerliliği, MK m. 538/I hükmünde öngörülen vasiyetnamenin baştan sona vasiyetçinin el yazısıyla düzenlenmiş olması şartı dolayısıyla inceleme konusu olmaktadır. Bir görüşe göre, görme engelli kişiler yazdıklarını okuyabilecek durumda olmadıkları için el yazısıyla vasiyetname düzenleyemez. İkinci görüşe göre, el yazısıyla yazma yeteneğine haiz oldukları takdirde, görme engelliler de el yazılı vasiyetname düzenleyebilirler. Başka bir mesele, yazma yeteneğinden yoksun olan görme engellilerin Braille alfabesi kullanarak şeklen geçerli bir vasiyetname yapıp yapamayacakları konusundadır. Braille alfabesi el yazısının sağladığı kimlik tespiti fonksiyonunu içermemektedir. Bu yüzden, Braille alfabesi ile hazırlanmış bir vasiyetnamenin kimden sâdır olduğunun belirlenebilmesi mümkün değildir. İki tür resmi vasiyetname düzenleme şekli vardır. Birincisi, vasiyetçi tarafından okunarak ve imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetname (MK m. 533-534); ikincisi ise vasiyetçi tarafından okunmadan ve imzalanmadan düzenlenen resmi vasiyetnamedir (MK m. 535). Resmi vasiyetname türleri hukuken eş değer olup vasiyetçi kural olarak iki türden birini seçme hakkına sahiptir. Ancak, MK m. 533-534 hükümlerine göre düzenlenmesi hâlinde, vasiyetnamenin içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu tutulmamıştır. İki resmi vasiyetname türü arasındaki en önemli farklılık bu noktada ortaya çıkmaktadır. MK m. 533-534 hükümlerine göre düzenlenen resmi vasiyetnamede, vasiyetname içeriği hakkında tanıkların bilgi sahibi olması engellenebilir. Her ne kadar iki resmi vasiyetname türünden birine seçimlik olarak başvurulabilir olsa da bazen vasiyetçinin kişilik özellikleri resmi vasiyetname türünü tayin eder. Görme engellilerin hangi resmi vasiyetname türlerine başvurabileceği bu açıdan hukuki önem taşımaktadır. Bu noktada, öncelikle, görme engellinin Braille alfabesi okumayı bilip bilmediğine göre ayrım yapılmalıdır. Görme engelli, Braille alfabesi okumayı bilmediği takdirde, yalnızca MK m. 535 uyarınca okumadan ve imzalamadan resmi vasiyetname düzenleyebilir. Buna karşılık, Braille alfabesini okuyabilen görme engellilerin, MK m. 533-534 hükümlerine göre resmi vasiyetname düzenleyip düzenleyemeyeceği konusu tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre, Braille alfabesi okuyabilen görme engelli, vasiyetname metninin Braille alfabesi ile yazılması ve resmi vasiyetnameye ayrılmaz bir parça olarak eklenmesi koşuluyla (NK m. 88) MK m. 533-534 uyarınca resmi vasiyetname düzenleyebilir. Aksi görüşe göre, görme engelli kişiler resmi memur tarafından hazırlanan vasiyetname metnini bizzat okuyamayacakları için sadece MK m. 535 kapsamında resmi vasiyetname yapabilir. MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen usulde aranan okuma şartının amacı, noterin hazırladığı vasiyetname metninin son arzularına uygun olup olmadığını doğrudan vasiyetçinin kontrol etmesini sağlamaktır. Bu şartın gerçekleşmesi,

* İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcu.erbayraktar@gedik.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6411-2357.

vasiyetçinin metni kimseden yardım almaksızın bizzat okuyabilme ve imzalayabilme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Vasiyetname içeriğinin tanıklardan saklanmasının yol açabileceği tehlike ancak bu sayede giderilebilir. Braille alfabesini okuyabilen görme engelliler, MK m. 533-534 hükümlerince okuyarak ve imzalayarak resmi vasiyetname düzenleyebilmelidir. Çünkü Braille alfabesini bilen görme engelliler yönünden, bir okuryazarlık sorunu söz konusu değildir. Vasiyetname Braille alfabesi ile yazılırsa görme engelli metni bizzat okuma ve denetleme imkânına kavuşabilecektir. Bu konuda Türkçe bilmeyen kişilerin resmi vasiyetname düzenlemesi hâli (NK m. 75 vd.) örnek alınarak çözüme varılması gerekmektedir. Son olarak, görme engellilerin sözlü vasiyetname düzenlemesi mümkündür. MK m. 539 uyarınca, görme engelli son arzularını iki tanığa anlatacak ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükleyecektir.

Anahtar Kelimeler: görme engelli, el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname, sözlü vasiyetname, ölüme bağlı tasarruf.

TYPES OF WILLS AVAILABLE TO VISUALLY IMPAIRED PERSONS UNDER TURKISH LAW

ABSTRACT

This study aims to identify the types of wills visually impaired individuals can make and highlight the importance of their testamentary freedom. The types of wills stipulated in the Turkish Civil Code are as follows: Handwritten will (MK m. 538), official will (MK m. 532 vd.), and oral will (MK m. 539 vd.). The validity of handwritten wills by visually impaired individuals is debated due to the MK m. 538/I requirement that the will be entirely in the testator's handwriting. One view holds that they cannot create handwritten wills, as they cannot read what they write. Another view argues that if they can write by hand, they can prepare such wills. Another issue is whether those who cannot write by hand can prepare a valid will in Braille. Since Braille does not serve the identification function of handwriting, it is not possible to verify who wrote the will. There are two types of official wills: one prepared by the testator through reading and signing (MK m. 533-534), and the other without reading and signing (MK m. 535). Both types are legally equal, and the testator may choose either. However, when the will is prepared under MK m. 533-534, informing the witnesses of its content is not required. The key difference between the two types lies here. Under MK m. 533-534, the will's content can be kept from the witnesses. Although one of the two types of official wills can be chosen optionally, the testator's condition may necessitate using a specific type. For visually impaired individuals, the applicable type of official will holds legal significance. At this point, the distinction depends on whether the person can read Braille. If not, they may only create an official will without reading and signing, in accordance with MK m. 535. However, whether those who can read Braille may use the procedure under MK m. 533-534 is debated. One view argues they can, provided the will is written in Braille and included as part of the official will (NK m. 88). The opposing view claims visually impaired individuals must use the MK m. 535 process, as they cannot personally read the notary's version of the will. The purpose of the reading requirement in MK m. 533-534 is to ensure the testator verifies the will reflects their final wishes. This requires the ability to read and sign the document without assistance. Preventing witnesses from being unaware of the will's content is also a concern. Visually impaired individuals who read Braille should be able to make an official will under MK m. 533-534, as they face no literacy barrier. If the will is in Braille, they can read and verify it themselves. In this context, the solution should align with the approach used for individuals who don't speak Turkish preparing a will (NK m. 75 vd.). Finally, the visually impaired can prepare an oral will. According to MK m. 539, the visually impaired will tell two witnesses about their last wishes and assign them the duty of writing or writing a will per this statement.

Keywords: Visually impaired, handwritten will, official will, oral will, testamentary disposition.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nda[1] (MK) öngörülen vasiyetname türleri; el yazılı vasiyetname (MK m. 538), resmi vasiyetname (MK m. 532 vd) ve sözlü vasiyetnamedir (MK m. 539 vd). Bu çalışma, Türk hukukunda görme engellilerin düzenleyebileceği vasiyetname türlerinin belirlenmesi, böylece görme engelliler bakımından ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünün anlamının ortaya konulması amacına yöneliktir. Bu çerçevede, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen vasiyetname türlerine ilişkin geçerlilik şekillerinin görme engelliler bakımından yerine getirilmesinin mümkün olup olmadığı, her bir vasiyetname türü bakımından ayrı ayrı incelenmektedir.

Görme engellilik, doğuştan kaynaklanan ya da sonradan ortaya çıkan bir sebepten ötürü görme yeteneğinden kalıcı olarak yoksun bulunmak anlamına gelmektedir. Bu yüzden, geçici (örneğin, yakın gözlüğünün olmaması gibi) bir nedenden ötürü göremeyen kişiler görme engelli sayılmamaktadır[2]. Aşağıda açıklanacağı üzere, görme engelliler bakımından el yazılı vasiyetname ve resmi vasiyetname düzenleyip düzenleyemeyecekleri tartışma konusu olup, görme engellilerin sözlü vasiyetname düzenleyebilecekleri konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

I. EL YAZILI VASİYETNAME

Görme engelliler tarafından düzenlenen el yazılı vasiyetnamelerin geçerliliği, MK m. 538/I hükmünde öngörülen vasiyetnamenin baştan sona vasiyetçinin el yazısıyla düzenlenmiş olması şartı dolayısıyla inceleme konusu olmaktadır:

MK m. 538/I hükmüne göre, el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur. Bu hükümde geçen mirasbırakanın el yazısı ifadesi, bizzat vasiyetçiden sadır olan yazı anlamına gelmektedir[3]. Aslında, Türk Borçlar Kanunu[4] (BK) m. 14/I ve 15/I hükümlerinde adi yazılı şeklin yerine getirilmesi bakımından, yapılan hukuki işlem ile borç altına kişinin sadece imzasını el yazısı ile atması yeterli sayılmıştır; senedin metin kısmının el yazısı dışında bir araç ile düzenlenmesi mümkündür[5]. El yazılı vasiyetnamede ise farklı olarak, MK m. 538/I hükmü uyarınca, vasiyetnamenin metninin tamamının mutlaka vasiyetçi tarafından el yazısı ile yazılması ve yine el yazısı ile imza atılması zorunluluğu bulunmaktadır[6]. Bu yüzden, vasiyetçinin başkasına yazdırıp imzaladığı vasiyetname veya, örneğin, bir bilgisayarda yazılan vasiyetname, şekil yönünden sakat olacaktır[7].

[1] 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG. 08.12.2001, S. 24607.

[2] OLGAÇ, Furkan: Türk Hukukunda Resmî Vasiyetname, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020, s. 222.

[3] SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. bası, Ankara 2022, § 4, N. 87; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, 19. bası, İstanbul 2023, N. 383; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 5. bası, Ankara 2021, N. 507.

[4] 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, S. 27836.

[5] BK m. 15/II ve BK m. 16/I hükümlerinde öngörülen istisnai hâllerde imzanın el yazısı ile olması şartı dahi bertaraf edilebilmektedir.

[6] El yazılı vasiyetnamede, BK m. 15/II ve BK m. 16/I uygulanamaz; imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, el ile yapılmış bir işaret ya da mühürden yararlanılması mümkün değildir: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 193; DURAL/ÖZ, N. 421.

[7] OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. bası, İstanbul 1995, s. 119.

MK m. 538/I hükmünde öngörülen sıkı şekil şartının amacı, el yazısının teşhis fonksiyonundan (kimlik tespiti işlevinden) yararlanarak, vasiyetnamenin gerçekliğini teminat altına almaktır[8]. Çünkü, el yazısı, bir kişiyi diğerinden ayıran ona ait bir özellik olup kimsenin yazısı başkasının yazısına benzememektedir. Bir kimsenin düzenlediği el yazılı vasiyetnamenin ve içeriğindeki tasarrufların ona ait olduğu el yazısının kişiye özgü oluşu sayesinde tespit edilebilmektedir[9]. Ayrıca, vasiyetnamenin içeriksel bütünlüğü, üçüncü kişilerin dış müdahalelerine karşı el yazısının teşhis fonksiyonu aracılığıyla korunmaktadır[10]. Dolayısıyla, vasiyetname metninin baştan sona el yazısı ile yazılması şartı, vasiyetçinin ölümünden sonra hüküm ifade edecek olan vasiyetnamenin, vasiyetçinin arzularını yansıttığı hususunda emniyeti sağlamaya yaramaktadır[11].

El yazısıyla vasiyetname açısından öngörülen, metnin baştan sona el yazısıyla yazılması şartı, vasiyetnamenin elektronik olarak düzenlemesine de engel oluşturur. Bu hususta vasiyetnamenin güvenli elektronik imza ile imzalanması da herhangi bir fark yaratmamaktadır. BK m. 15/I, c. 2 uyarınca, güvenli elektronik imza, sadece el yazılı imza ile eş değer hukuki sonuçları doğurur; MK m. 538/I gereği vasiyetnamede el yazısıyla yazılması aranan imza dışındaki diğer unsurları güvenli elektronik imza hukuken ikame edemez[12].

Görme engellilerin el yazılı vasiyetname düzenlemelerinin mümkün olup olmadığı konusunda Türk hukukunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide, görme engellilerin yazdıklarını okumaları mümkün olmadığından dolayı el yazısıyla vasiyetname düzenleyemeyecekleri görüşü öne sürülmüştür[13]. Bununla birlikte, hâkim görüşe göre, el yazısıyla yazma yeteneğine sahip olan görme engellilerinin el yazılı vasiyetname düzenlemesinin önünde hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır[14]. Ancak, görme engelli, el yazısıyla yazma yeteneğine sahip değilse vasiyetname yapma imkânı, tabii, olamayacaktır[15]. Bununla bağlantılı olarak, MK m. 538 hükmünde belirtilen unsurların tamamını içeren bir el yazılı vasiyetname hazırlamanın görme engelliler açısından fiilen oldukça zor olduğu belirtilmektedir[16]. Ancak bu zorluğun çeşitli şekillerde aşılması mümkündür. Öncelikle, el yazısının vasiyetçinin kimliğini teşhis işlevini gerçekleştirmesi gerekli ve yeterlidir; bunun dışında vasiyetçinin el yazısının kötü olması, vasiyetname metninin zor anlaşılabilir olması vasiyetnameyi geçersiz kılmaz[17]. Ayrıca, öğretide görme engellilerin, diledikleri takdirde,

[8] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 193.

[9] İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 17. bası, İstanbul 2024, s. 70.

[10] OĞUZMAN, s. 119.

[11] OĞUZMAN, s. 119; ANTALYA/SAĞLAM, N. 505.

[12] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 4. Bası, İstanbul 2008, § 26, N. 31; ERBAYRAKTAR, Burcu: Güvenli Elektronik İmza, İstanbul 2016, s. 119. Benzer bir görüş için bkz. GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 2007, s. 94.

[13] İMRE/ERMAN, s. 71; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 8. bası, Ankara 2018, s. 115.

[14] EREN, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Dâvası, Ankara 1966, s. 69; GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 1963, s. 108; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. bası, Ankara 2019, s. 178; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 6. bası, Ankara 2024, s. 116; NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: Görme Engellilerin İmzası, Ankara 2023, s. 86.

[15] El yazısıyla yazma yeteneği olmayan kişiler, el yazılı vasiyetname düzenleyemeyecektir: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 193.

[16] NEBİOĞLU ÖNER, s. 86.

[17] İMRE/ERMAN, s. 71.

metnin şeklen düzgün biçimde oluşturulması, satırların sayfaya düzgün yerleştirilmesi hususunda üçüncü bir kişiden yardım alabilecekleri kabul edilmektedir[18].

Vasiyetname metninin baştan sona bizzat görme engelli tarafından kendi el yazısıyla kaleme alındığı tespit edilebildiği takdirde, artık onun vasiyetname metninin içeriğini bildiği konusunda tereddüt edilmeyecektir[19]. Çünkü, el yazısının kişiye özgü olması (=el yazısının teşhis fonksiyonu), vasiyetnamenin içeriğindeki tasarrufların vasiyetçiye ait olduğunu belirlemek için yeterlidir. Bu konuda, vasiyetçinin görme yeteneğine sahip olup olmaması fark yaratmayacaktır.

El yazılı vasiyetnameye ilişkin başka bir mesele, görme engellilerin Braille alfabesi kullanarak şeklen geçerli bir vasiyetname yapıp yapamayacakları konusundadır. Bilindiği üzere, Braille alfabesi, parmak uçlarıyla hissedilebilen kabartmalı noktalardan oluşan bir yazı sistemidir. Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre, sadece kabartmalı noktalardan oluşan bu yazı türünde yazanın kimliğini tespit edebilme imkânı yoktur. Bu yüzden, Braille alfabesi ile yazılmış bir vasiyetname el yazısının teşhis fonksiyonunu içermediği için geçersiz olacaktır[20].

II. RESMİ VASİYETNAME

A. Resmi Vasiyetname Düzenleme Şekilleri

Resmi vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmi memur tarafından düzenlenen vasiyetname türüdür (MK m. 532/I). Resmi memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir (MK m. 532/II). Uygulamada resmi vasiyetnameler genellikle noterler tarafından düzenlenmektedir. Noterler resmi vasiyetname düzenlerken, Türk Medeni Kanunu hükümleri yanında, Noterlik Kanunu[21] (Noterlik K.) hükümlerine de uymakla yükümlüdür. Bununla birlikte, noter tarafından, Türk Medeni Kanunu'na uygun olarak düzenlenmiş bir vasiyetnamede, Noterlik Kanunu'nda öngörülen şekil kurallarına uyulmamış olması resmi vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Örneğin, noterin imzası dışında mührünü basmamış olması (Noterlik K. m. 84) veya tanıklar için (Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak) aranan şartlara (Noterlik K. m. 76, m. 78) uyulmamış olması vasiyetnamenin iptaline yol açmaz[22].

Türk Medeni Kanunu'nda resmi vasiyetnamenin geçerliliği için öngörülmüş iki düzenleme şekli vardır: Vasiyetçi tarafından okunarak ve imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetname (MK m. 533-534); vasiyetçi tarafından okunmadan ve imzalanmadan düzenlenen resmi vasiyetname (MK m. 535).

---

[18] NEBİOĞLU ÖNER, s. 87. Genel olarak, vasiyetnamenin başkasına yazdırılamayacağı, ancak yazılırken başkasından el kol desteği sağlanabileceği konusunda bkz. SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 87. El yazısıyla imza bakımından, imzanın ilgiliye ait olması özelliği gerçekleştiği müddetçe, lüzumlu el hareketlerinin başkasının yardımı veya desteği ile yapılmasında sakınca bulunmadığı görüşünde: TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atillâ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1991, s. 114. Ancak, böyle bir yardımın görme engellinin iradesinin yönlendirilmesine yol açmaması gerektiği konusunda: NEBİOĞLU ÖNER, s. 87.

[19] Farklı yönde: GÖNENSAY/BİRSEN, s. 108; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 175. Görme engellilerin, BK m. 15/III uyarınca, kendi iradelerine bağlı olarak, tanık huzurunda el yazılı vasiyetname düzenleyebileceği görüşünde: NEBİOĞLU ÖNER, s. 88.

[20] İMRE/ERMAN, s. 71; DURAL/ÖZ, N. 390; ANTALYA/SAĞLAM, N. 510, dn. 135; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 14. bası, Ankara 2024, s. 192; GÖNEN, s. 52; NEBİOĞLU ÖNER, s. 88. Görme engellilerin haksız ayrımcılığa tabi tutulmaması gereği ışığında bu tartışmada olumlu bir tavır alınması gerektiği görüşünde: SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 87.

[21] 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu, RG. 05.02.1972, S. 14090.

[22] Bu konuda bkz. OĞUZMAN, s. 109; İMRE/ERMAN, s. 81-82; SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 79; ANTALYA/SAĞLAM, N. 466. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.6.1976 tarih ve E: 1975/2-805 K: 1976/2205 sayılı kararı (YKD 1977, C. 3, S. 6, s. 752); Yargıtay 2. HD'nin 10.11.1977 tarih ve E: 1977/7621 K: 1977/7844 sayılı kararı (YKD 1979, C. 5, S. 1, s. 20).

Vasiyetçi tarafından okunarak ve imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetnamede (MK m. 533-534) iki aşama söz konusudur: Birinci aşamada vasiyetçi son arzularını resmi memura (notere) bildirir. Resmi memur, vasiyetçinin kendisine bildirdiği son arzuları yazar veya yazdırır; daha sonra yazılan metni okuması için vasiyetçiye verir[23]. Vasiyetçi kendisine verilen metni resmi memurun huzurunda okur ve arzusuna uygun bulursa metni imzalar[24]. Vasiyetçi imzaladıktan sonra resmi memur, tarihi koyar ve metni imzalar. Bundan sonra, ikinci aşamaya geçilir. İkinci aşamada iki ayrı işlem yer almaktadır: İlk olarak, vasiyetçi vasiyetname metnini okuduğunu ve metni son arzularına uygun bulduğunu resmi memurun huzurunda iki tanığa beyan eder (MK m. 534/I). Söz konusu beyan bir geçerlilik şartı niteliğinde olup[25] iki unsuru içermesi zorunludur[26]: Vasiyetçinin elindeki metni okuduğunu bildirmesi ve vasiyetçinin okuduğu metnin son arzularına uygun olduğu bildirmesi[27]. İkinci olarak, tanıklar, vasiyetçinin söz konusu beyanı huzurlarında yaptığını ve bu beyanı yaptığı anda onu ölüme bağlı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetname altına verecekleri bir şerh ile belirtip imzalarını atacaklardır. Tarif edilen içerikteki tanık şerhi de resmi vasiyetname için bir geçerlilik şartıdır[28]. MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen usulde, vasiyetçinin, resmi memur tarafından hazırlanan metnin son arzularına uygun olup olmadığını, bizzat metni okuyarak denetlemesi ve vardığı sonuç olumlu olduğu takdirde bunu açık bir şekilde beyan etmesi gereği öngörülmüştür. MK m. 533-534 hükümlerinde yer alan resmi memurun imzası ve tanık şerhinin içeriğine ilişkin kuralları amacı, bu iki olgunun gerçekleştiğini tereddüte yer bırakmayacak kesinlikte ortaya koymaktır[29].

Vasiyetçi tarafından okunmadan ve imzalanmadan düzenlenen resmi vasiyetname (MK m. 535) usulünde de aynı şekilde iki aşama söz konusudur. İlk aşama bakımından, MK m. 533-534 hükümlerinden ayrılan bir özellik bulunmamaktadır. İki düzenleme şekli arasındaki farklılık ikinci aşamada ortaya çıkmaktadır[30]: MK m. 535 hükmünde öngörülen düzenleme şeklinde, resmi memurun, hazırlanan vasiyetname metnini vasiyetçiye okuması için vermesi söz konusu değildir. Yazılan metin bizzat resmi memur tarafından, iki tanık huzurunda, vasiyetçiye okunacaktır (MK m. 535/I)[31]. Resmi memurun vasiyetname metninin tamamını okumasından

[23] ANTALYA/SAĞLAM, N. 480. Resmi vasiyetnamenin okunmak üzere vasiyetçiye verilmesi şarttır. Buna uyulmaması, bir şekil eksikliği ve iptal sebebidir: İMRE/ERMAN, s. 83.

[24] Tıpkı el yazılı vasiyetnamede olduğu gibi, MK m. 533-534 hükümlerine tabi resmi vasiyetname düzenlenme şekline de BK m. 15/II ve BK m. 16 uygulanamaz; imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, el ile yapılmış bir işaret ya da mühürden yararlanılması mümkün değildir: DURAL/ÖZ, N. 334; ANTALYA/SAĞLAM, N. 480.

[25] İMRE/ERMAN, s. 83.

[26] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 168 vd.

[27] Aslında, kanunda, vasiyetçinin iradesi ile resmi memur tarafından yazılan metnin örtüştüğü hususundaki bir beyanın yeterli olduğu düzenlenebilirdi. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu tasarılarında başlangıçta yalnızca bu hususu içeren bir beyanın öngörüldüğü; vasiyetçinin ayrıca "*metni okudum*" beyanında bulunmasının zorunlu olduğu yönündeki hükmün, Redaksiyon Komitesi tarafından kanuna sonradan eklendiği belirtilmektedir. Kanun koyucu, vasiyetçinin elindeki metni inceleyip son arzularına uygunluğunu tespit ettikten sonra beyanda bulunduğu konusunda tam bir açıklık sağlamayı amaçlamıştır. Bu amaçla, ileride ortaya çıkabilecek her türlü kuşkuyu gidermek üzere, vasiyetçinin kesin bir ifadeyle "*metni okudum*" demesini zorunlu kılmaktadır. Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 170 vd.

[28] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 173.

[29] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 167.

[30] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 168; ANTALYA/SAĞLAM, N. 488.

[31] Resmi memurun düzenlediği metni vasiyetçiye bizzat okuması bir geçerlilik şartıdır. Resmi memur yerine başka birinin, örneğin, vasiyeti yerine getirme görevlisinin metni okuması iptal sebebi oluşturur: İMRE/ERMAN, s. 87; DURAL/ÖZ, N. 349.

sonra, vasiyetçi, resmi memurun kendisine okuduğu vasiyetname metninin son arzularını içerdiğini, yine tanıklar huzurunda, beyan edecektir (MK m. 535/II, c. 1). MK m. 535 hükmüne tabi düzenleme şeklinde, vasiyetçinin kendisine okunan vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini tanıkların önünde sözlü beyan etmesi, MK m. 533-534 hükmüne tabi düzenleme şeklinde öngörülen el yazısıyla imza şartının yerini tutmaktadır[32]. Vasiyetçinin bu sözlü beyanını takiben, resmi memur vasiyetnameye tarih atarak imzasını koyacaktır[33]. Ardından tanıklar da şerhlerini ekleyerek vasiyetnameyi imzalayacaktır. Ancak, MK m. 535 hükmünde öngörülen düzenleme şeklinde, tanık şerhinin içeriği, MK m. 533-534 hükmüne nazaran farklı olmaktadır: Tanıklar, vasiyetnamenin resmi memur tarafından kendi huzurlarında vasiyetçiye okunduğunu, vasiyetçinin vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini huzurlarında beyan ettiğini ve vasiyetçiyi ölüme bağlı tasarrufta bulunmaya ehil gördüklerini şerhte belirteceklerdir (MK m. 535/II)[34]. Görüldüğü üzere, MK m. 533-534 hükmündeki usulden farklı olarak, vasiyetnamenin resmi memur tarafından tanıklar huzurunda vasiyetçiye okunduğu olgusunun da tanık şerhinde belirtilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda, 26.03.1962 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, okuma yazma bilenlerin resmi vasiyetnamenin iki şekli arasında seçme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir[35]. Söz konusu seçme hakkı ile ilgili olarak, iki resmi vasiyetname şekli arasındaki en önemli farklılık vasiyetname içeriğinin tanıklara açıklanması noktasında ortaya çıkmaktadır: Vasiyetçi tarafından okunarak ve imzalanarak düzenlenen MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen resmi vasiyetnamede, vasiyetname içeriği hakkında tanıkların bilgi sahibi olması engellenebilir. Kanun, resmi memurun hazırladığı metni vasiyetçinin okuması ve imzalaması aşamasında tanıkların hazır bulunmasını zorunlu görmemiştir. Bu hususu MK m. 534/III hükmünde açıkça "*Vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir*" olarak ifade edilmiştir[36]. MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen usul bakımından, vasiyetçinin resmi memurun huzurunda iki tanığa, vasiyetnameyi okuduğunu ve bunun son arzularına uygun olduğunu beyan etmesi bir geçerlilik şartı olup, bu şart kapsamında vasiyetname içeriğinin tanıklara açıklanması zorunluluğu bulunmamaktadır (MK m. 534/I). Buna karşılık, MK m. 535 hükmünde öngörülen düzenleme şeklinde, resmi memurun, hazırlanan

[32] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 183; DURAL/ÖZ, N. 349; ANTALYA/SAĞLAM, N. 488.

[33] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 183; İMRE/ERMAN, s. 87.

[34] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 184; İMRE/ERMAN, s. 88; ANTALYA/SAĞLAM, N. 488. Tanık şerhinde bu üç unsurdan herhangi birinin bulunmaması bir iptal sebebidir: İMRE/ERMAN, s. 88.

[35] Yargıtay İBK'nın 26.03.1962 tarih ve E: 23 K: 3 sayılı kararı (RG. 07.06.1962; S. 11122): "*Okuyup yazabilen bir vasiyetçinin Medeni Kanunun 480 veya 482. maddelerindeki resmî vasiyet şekillerinden birisini, dileğine göre ve hiç bir sebep bildirmeğe veya resmî senede yazdırmağa yer olmaksızın, seçebileceğine ... karar verildi*." Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD'nin 24.12.1980 tarih ve E: 1980/7187 K: 1980/8357 sayılı kararı (YKD, 1981, C. 7, S. 3, s. 281); Yargıtay 2. HD'nin 2.4.1996 tarih ve E: 1996/1471 K: 1996/3555 sayılı kararı (YKD, 1996, C. 22, S. 10, s. 1551). Bu konuda bkz. OĞUZMAN, s. 115; SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 80; DURAL/ÖZ, N. 349; ANTALYA/SAĞLAM, N. 476. İki usulden birine seçimlik olarak başvurulması kabul edilmekle birlikte, MK m. 533-534 hükümlerine tabi usul, öğretide "*genel resmi vasiyetname usulü*" (ANTALYA/SAĞLAM, N. 480), "*asli şekil*" (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 182) veya "*olağan usul*" (BAYRAM, Aziz Erman: "İşlemde Birlik İlkesi ve Ölüme Bağlı Tasarruflarda Uygulanışı", *Hacettepe HFD*, Sayı: 12/2, 2022, s. 1425) olarak anılabilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde her okuma yazma bilen kişinin MK m. 533-534 veya MK m. 535'e göre vasiyetname düzenleme imkânı veren bir seçimlik hakka sahip olduğunun kabul edilemeyeceği görüşünde: YAVUZ, Cevdet / TOPUZ, Murat: "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, s. 1159.

[36] Bu yönde olarak bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 168; İMRE/ERMAN, s. 84; OĞUZMAN, s. 112; DURAL/ÖZ, N. 344; ANTALYA/SAĞLAM, N. 480. Buna karşılık, tanıkların, vasiyetnamenin düzenlenmesinde başından beri hazır bulunması vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyecektir: İMRE/ERMAN, s. 84; OĞUZMAN, s. 113; DURAL/ÖZ, N. 333.

vasiyetnameyi okumak üzere vasiyetçiye vermesi söz konusu olmayıp yazılan metin resmi memur tarafından, iki tanık huzurunda, vasiyetçiye okunmaktadır (MK m. 535/I). MK m. 535 hükmündeki düzenleme şeklinde, yazılan metnin resmi memur tarafından tanıklara okunması zorunluluğunun bir geçerlilik şekli olarak belirlenmiş olması (MK m. 535/I), vasiyetnamenin içeriğini tanıklardan gizleme imkânını ortadan kaldırmaktadır[37].

B. Görme Engellilerin Başvurabileceği Düzenleme Şekli

a. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda okuma yazma bilenlerin resmi vasiyetname için öngörülmüş iki düzenleme şeklinden birine seçimlik olarak başvurulabileceği yukarıda belirtilmişti[38]. Okuma yazma bilme şartı ile ilgili olarak, bazen vasiyetçinin kişisel özellikleri resmi vasiyetname şeklini zorunlu bir tarzda tayin edebilmekte; söz konusu seçme hakkını ortadan kaldırabilmektedir. Görme engellilerin hangi resmi vasiyetname şekline başvurabileceği sorunu, böyle bir seçme hakkına sahip olup olmamaları yönünden hukuken önem taşımaktadır. Yoksa, Türk hukukunda görme engellilerin MK m. 535 uyarınca okumadan ve imzalamadan resmi vasiyetname düzenleyebilecekleri konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Esasen, MK m. 535 hükmünde düzenlenen usul, görme engellilerin resmi vasiyetname ile ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkının güvencesini oluşturmaktadır. Buna karşılık, görme engellilerin, MK m. 533-534 hükümlerine göre resmi vasiyetname düzenleme hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konudaki tartışma, aşağıda görüleceği üzere, kanunun aradığı "*okuma yazma bilme*" şartının farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

b. Sadece MK m. 535 Hükmündeki Şekle Başvurulabileceği Görüşü

Öğretideki hâkim görüş, madde metninde geçen okuma tabirini, gözle okuma anlamına gelecek şeklinde dar yorumlanmaktadır. Bu yorum çerçevesinde, görme engelli kişilerin resmi memur tarafından hazırlanan vasiyetname metnini bizzat okuma yeteneğinden yoksun olmaları dolayısıyla sadece MK m. 535 kapsamında resmi vasiyetname yapabilecekleri sonucuna varılmaktadır[39]. Yine bu görüş çerçevesinde, görme engellilerin MK m. 533-534 hükümlerine göre vasiyetname düzenlemeleri mümkün olmadığı takdirde, bunun bu kişilerin resmi vasiyetname yapma imkânlarının ellerinden alındığı anlamına gelmeyeceği, zira MK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname yapabilmelerinin mümkün olduğu ifade edilmiştir[40].

c. Her İki Düzenleme Şekline Seçimlik Olarak Başvurulabileceği Görüşü

Öğretideki bir görüşe göre, Braille alfabesi okuyabilen görme engelli, vasiyetname metninin resmi memur tarafından Braille alfabesi ile yazılması ve (Noterlik K. m. 88[41] gereği) resmi vasiyetnameye ayrılmaz bir parça olarak eklenmesi koşuluyla resmi vasiyetname düzenleyebilir[42]. Çünkü, resmi vasiyetname resmi memur

---

[37] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 183; SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 80; ANTALYA/SAĞLAM, N. 490.

[38] Bkz. II, A.

[39] BERKİ, Âli Himmet: Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara 1961, s. 81; KÖPRÜLÜ, s. 146; GÖNENSAY/BİRSEN, s. 102; EREN, s. 79-80; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163; İMRE/ERMAN, s. 82; OĞUZMAN, s. 111, dn. 142; DURAL/ÖZ, N. 362; ÖZTAN, s. 204; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 128; NEBİOĞLU ÖNER, s. 90-91; KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: "Resmi Vasiyetname", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 133, 2017, s. 387.

[40] DURAL/ÖZ, N. 362.

[41] Noterlik K. m. 88: "*İlgili, beyanında bir belgeye dayanır ve bu, tutanağa bağlanırsa, o belge tutanağın ayrılmaz bir parçası sayılır. Şu kadar ki 84 üncü maddenin son fıkrası gereğince tutanak örneğinin ilgililere verilmesi sırasında, bu belgenin de örneğinin çıkartılması ilgilinin isteğine bağlıdır.*"

[42] ANTALYA/SAĞLAM, N. 478; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. bası, İstanbul 2022, s. 586 vd; OLGAÇ, s. 223 vd. Benzer görüşte: ÖZUĞUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. bası, Ankara 2016, s. 847,

tarafından Braille alfabesinde yazıldığı takdirde görme engelli metni bizzat okuma ve denetleme imkânına kavuşacaktır[43]. Başka bir ifadeyle, metin Braille alfabesi ile resmi memur tarafından düzenlendiği takdirde, görme engellinin metni okuyarak içeriğini kontrol edemeyeceği sakıncası ortadan kalkmaktadır[44]. Ancak metnin Braille alfabesine göre düzenlenmesi, mutlaka resmi memur tarafından gerçekleştirilmelidir[45].

Öğretide savunulan bu görüşe karşılık, görme engellinin Latin alfabesine göre yazılmış metni Braille alfabesine göre yazılmış metinle karşılaştırılmasının imkânsız olduğu, bu yüzden görme engellilerin okuyarak ve imzalayarak resmi vasiyetname düzenlemesinin son derece sakıncalı olduğu eleştirisi ileri sürülmüştür[46]. Bu eleştiriye Türkçe bilmeyen vasiyetçinin durumu ile benzerlik kurularak yanıt verilmektedir. Bu ihtimalde, vasiyetname hem vasiyetçinin okuyabileceği dilde hem de Türkçeye tercüme edilerek düzenlenmektedir. Türkçe tercüme, vasiyetçinin okuyabileceği dilde hazırlanan vasiyetnamenin ayrılmaz parçası sayılmaktadır. Bu anlamda, örneğin, Türkçe bilmeyen bir İngiliz vasiyetçi de İngilizce vasiyetnamenin Türkçe tercümesiyle birebir aynı olduğunu kontrol etme yeteneğinden yoksundur. Buna rağmen, Türkçe bilmemesi onu okuryazar sayılmaktan çıkarmamaktadır. Aynı doğrultuda olarak, Braille alfabesiyle oluşturulan metni herhangi bir yardım almaksızın bizzat okuyabilme yeteneğini haiz görme engelli vasiyetçi de MK m. 533-534 anlamında okuryazar sayılmalıdır[47]. Tabii, normal metin ile Braille alfabesine göre yazılmış metin arasında fark olması ihtimal dahilindedir. Böyle bir ihtimalde, mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenmesinde Braille alfabesine göre hazırlanmış metnin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Çünkü vasiyetçi, Braille alfabesiyle hazırlanan metni esas alarak son arzularını açıklamış ve vasiyetnamenin son arzularına uygun olduğunu beyan etmiştir[48].

Öğretide, vasiyetname metninin resmi memur tarafından Braille alfabesi ile hazırlanması usulünün hukuken yeterli ölçüde emniyet sağladığı ifade edilmektedir. Çünkü, Braille alfabesiyle düzenlenmiş bir metin, gerektiğinde ileride başka uzmanlarca denetlenebilir; ayrıca, vasiyetnamenin ayrılmaz bir unsuru sayılarak saklanması da mümkündür[49].

d. Karma Vasiyetname Düzenlenebileceği Görüşü

Öğretide görme engellilerin yararlanabileceği iki karma vasiyetname türü mevcut olduğu öne sürülmektedir:

Birinci olarak, görme engellilerin sadece MK m. 535 hükmünde öngörülen şekle göre resmi vasiyetname düzenleyebileceği görüşü[50] kapsamında, görme engellilerin vasiyetname içeriğinin tanıklardan saklanması ve gizliliğinin temin edilmesine yönelik menfaatini temin amacına yönelik olarak, bir karma vasiyetname usulüne başvurulması önerilmektedir. Bu görüşe göre, MK m. 535 hükmündeki usule göre resmi vasiyetname düzenlenmeli; ancak resmi memur tarafından vasiyetname metni okunurken tanıkların hazır bulunması zorunlu olmamalıdır. Buna göre, resmi memur tanıklar içeri alınmadan vasiyetçiye elindeki metni okuyacaktır; daha

---

s. 870. Hem görme hem de konuşma ve işitme engelli kişilerin durumu bakımından bu görüşte: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163.

[43] OLGAÇ, s. 223 vd.

[44] ÇABRİ, s. 586 vd.

[45] ANTALYA/SAĞLAM, N. 478.

[46] DURAL/ÖZ, N. 362.

[47] OLGAÇ, s. 224.

[48] ÇABRİ, s. 586 vd.

[49] Hem görme hem de konuşma ve işitme engelli kişilerin durumu bakımından bu görüşte: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163.

[50] Yukarıda bkz. II, B, b.

sonra vasiyetçi resmi memur ve tanıklar huzurunda vasiyetnamenin resmi memurca kendisine okunduğunu ve okunan belgenin son arzularını içerdiğini beyan edecektir. Bu görüşe göre, vasiyetçinin, resmi memur ve tanıklar huzurunda yapmış olduğu, vasiyetnamenin resmi memur tarafından kendisine okunduğu ve okunan belgenin son arzularını içerdiğine ilişkin beyanını ve vasiyetçinin imzasını içeren bir resmi vasiyetname, söz konusu vasiyetname metninin hem gerçek hem de mirasbırakanın son iradesine uygun olduğu konusunda yeterince güvence sağlar. İlaveten, bu sayede vasiyetnamenin gizliliğinin temin edilmesi mümkün olabilir[51]. Ne var ki, bu görüş İsviçre Federal Mahkemesi[52] tarafından şu gerekçelerle geri çevrilmiştir: MK m. 535 hükmünde öngörülen usulde, resmi memur hazırladığı metni vasiyetçiye okurken tanıkların hazır bulunmaları ve daha sonra verecekleri şerhte bu noktayı belirtmeleri vazgeçilmez bir şarttır. Kanun, vasiyetname metninin resmi memur tarafından vasiyetçiye okunması ile vasiyetçinin vasiyetname metnini bizzat okumasını birbirine denk görmediğini iki farklı resmi vasiyetname türü öngörerek zaten açıkça ortaya koymaktadır. MK m. 535 hükmündeki usulün geçerli şekilde uygulanabilmesi için, resmi memurun vasiyetnameyi vasiyetçiye okuması sırasında tanıkların hazır bulunması zorunludur. Tanıklar, metnin vasiyetçinin anlayabileceği biçimde tam ve açık olarak okunup okunmadığını denetleyeceklerdir. Ayrıca, resmi memur tarafından yazılıp vasiyetçiye okunan metnin, vasiyetçinin son arzularını yansıttığını kabul ettiği metinle aynı olup olmadığını kontrol edeceklerdir. Tanıkların imzası, tanıkların vasiyetname metninin resmi memur tarafından vasiyetçiye okunması sırasında hazır bulunmaları şartını ikame edemez; çünkü böyle bir durumda imza, kanunun öngördüğü metnin bizzat resmi memur tarafından vasiyetçiye okunması kuralının usulüne uygun şekilde yerine getirildiğini doğrulama gücünü yitirmiş olur[53]. Türk hukukunda, MK m. 535 hükmündeki usulde aranan, tanıkların resmi memurun vasiyetnameyi okuması esnasında hazır bulunması şartının, özellikle görme engelliler bakımından uygulanmasının zorunlu olduğu vurgulanmaktadır[54]. Çünkü bu ihtimalde vasiyetçi, imzaladığı belge ile kendisine okunan belgenin aynı olduğunu kontrol etme yeteneğine sahip değildir; imzası, bu hususu belgelendirecek güçten yoksundur[55].

İkinci olarak, görme engellilerin resmi vasiyetnameye ilişkin her iki düzenleme şekline seçimlik olarak başvurabileceği görüşü kapsamında[56], görme engellinin imza yeteneğinden yoksun olması ihtimali açısından, karma vasiyetnameye başvurulması önerilmektedir. Bu görüşe göre, bir görme engelli, Braille alfabesi ile okuma yeteneğini haiz olmasına rağmen, el yazısıyla imza yeteneğinden geçici veya sürekli biçimde yoksun olduğu takdirde, bu sorunu okuyarak ancak imzalamadan düzenleyeceği karma resmi vasiyetname türüyle aşabilmelidir[57]. Türk hukukunda bu şekilde düzenlenen bir karma vasiyetnamenin geçerli olup olmayacağı genel olarak tartışmalıdır. Bir görüşe göre, MK m. 535 hükmüne tabi usulde, metnin resmi memur tarafından vasiyetçiye okunması yerine, metnin bizzat vasiyetçi tarafından okunması mümkün olabilir; ancak vasiyetçinin

[51] TUOR, Peter: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Artikel 457-536 ZGB, 2. Auflage, Bern 1964, Art 502, N. 8 b; ESCHER, Arnold: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, 3. Auflage, Zürich 1959-1960, Art. 502, N. 7.

[52] BGE 66 II 89.

[53] BGE 66 II 90-91. Türk hukukunda benzer gerekçelerle aynı görüşte: OĞUZMAN, s. 117. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun karma vasiyetname düzenleme imkanını bilinçli olarak tanımadığı yönünde: ANTALYA/SAĞLAM, N. 494.

[54] OĞUZMAN, s. 117. Görme engelliler bakımından, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ve öğretide belirtilen sakıncaların haklı olduğu, bu yüzden MK m. 535 (eMK m. 482) hükmündeki usule tam olarak uyulması gerektiği, tarif edilen şekilde karma vasiyetname düzenleme imkânının sadece görme yeteneğine sahip kişilere tanınabileceği görüşünde: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 188.

[55] OĞUZMAN, s. 117.

[56] Yukarıda bkz. II, B, c.

[57] OLGAÇ, s. 225.

metni tanıklar huzurunda okuması ve tanık şerhinde vasiyetnamenin tanıklar huzurunda okunduğunun da belirtilmesi gerekmektedir[58]. Başka bir görüşe göre, bu tarz bir karma usule başvurulması resmi vasiyetnamenin geçersiz olmasına yol açacaktır[59].

e. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Görme engellilerin başvurabileceği resmi vasiyetname düzenleme şekilleri konusunda öne sürülen görüşler değerlendirildiğinde şu sonuçlara varmak mümkündür:

Görme engellilerin yalnızca MK m. 535'te öngörülen düzenleme şekline başvurabileceği görüşü kapsamında, bu kişilerin MK m. 533-534 hükümlerine göre vasiyetname düzenleyememeleri hâlinde resmi vasiyetname yapma imkânlarının tamamen ortadan kalkmayacağı; zira MK m. 535 uyarınca resmi vasiyetname yapmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak, burada sorun, görme engellilerin resmi vasiyetname yapma imkânından mahrum olmaları değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, MK m. 533-534 hükümlerine göre düzenlenen vasiyetnamede vasiyetçinin vasiyetnamenin içeriğini tanıklardan saklaması mümkün olabilmektedir[60]. Görme engellinin sadece MK m. 535 hükmüne göre vasiyetname düzenleyebileceği kabul edildiğinde, görme engelli MK m. 533-534 hükmüne göre içeriği tanıklardan gizlenen bir vasiyetname düzenleme imkanından mahrum kalmaktadır. Bu açıdan, görme engellinin resmi vasiyetnamenin gizliliğini MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen ölçüde temin etme hakkı göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması önem taşımaktadır.

Bu çalışmada benimsenen görüşe göre, Braille alfabesini okuyabilen görme engelliler, MK m. 533-534 maddelerindeki usule göre, okuyarak ve imzalayarak resmi vasiyetname düzenleyebilmelidir. Bu usulde aranan okuma şartının amacı, noterin hazırladığı vasiyetname metninin son arzularına uygun olup olmadığını doğrudan vasiyetçinin kontrol etmesini sağlamaktır. Bu şartın gerçekleşmesi, vasiyetçinin metni kimseden yardım almaksızın bizzat okuyabilme ve imzalayabilme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Vasiyetname içeriğinin tanıklardan gizlenmesinin yol açabileceği tehlike ancak bu sayede giderilebilir. Braille alfabesini okuyabilen görme engelliler yönünden ise bir okuryazarlık sorunu mevcut değildir. Vasiyetname Braille alfabesi ile yazılırsa görme engelli metni bizzat okuma ve denetleme imkânına kavuşabilecektir. Braille alfabesine göre kaleme alınan metnin, vasiyetnamenin ayrılmaz bir parçasını oluşturması yeterince emniyet sağlayacaktır. Bu sayede Braille alfabesine göre yazılmış metnin saklanması ve ilerde başka uzmanlara kontrol ettirilmesi mümkün olabilecektir.

Engellilere yönelik iletişim araçlarının MK m. 533-534 ve MK m. 535 hükümlerinin yorumu yapılırken dikkate alınmasının niçin önem taşıdığı, öğretide, hem görme hem de konuşma ve işitme engelli (hem kör hem sağır ve dilsiz) kişilerin durumuna odaklanıldığında daha iyi anlaşılmaktadır. Zira MK m. 533-534 hükmündeki okuma şartını dar yorumlayan görüş çerçevesinde, hem görme hem de konuşma ve işitme engelli kişilerin her iki çeşit resmi vasiyetnameyi yapabilmelerine imkân bulunmadığı sonucuna varılmaktadır[61]. Resmi vasiyetnameye ilişkin şekil şartlarının MK m. 545/I gereği miras sözleşmesi bakımından da uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda, belirtilen dar yorum tarzı, hem görme hem de konuşma ve işitme engelli kişiler bakımından ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğünün kapsamının geniş ölçüde daralması tehlikesi doğurmaktadır. Nitekim, öğretide, dar yorum tarzını benimseyen yazarlardan bazıları, resmi vasiyetname düzenleme imkanından mahrum kalmalarını önlemek amacıyla, istisnai olarak konuşma ve işitme engeli de bulunan görme engelli kişilere MK m. 533-534 hükümlerine göre resmi vasiyetname

[58] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 189; OĞUZMAN, s. 117.

[59] ANTALYA/SAĞLAM, N. 497.

[60] Bkz. II, A.

[61] KÖPRÜLÜ, s. 146; İMRE/ERMAN, s. 82; KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 388. Bu kişilerin genellikle vasiyetname yapma ehliyetlerinin de olmayacağı fikrinde: İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.187.

düzenleme imkânı tanınması gerektiği görüşünü öne sürmüştür[62]. Bu çerçevede, vasiyetçinin Braille alfabesine göre hazırladığı son arzularını, bir uzmanın resmi memura tercüman gibi çevirebileceği; noterin hazırladığı metni yine uzmanın Braille alfabesine dönüştürüp okuması için vasiyetçiye verebileceği, vasiyetçinin MK m. 534/I hükmündeki beyanı Braille alfabesi ile yazılı açıklayabileceği, uzmanın söz konusu beyanı noter ve tanıklara sözlü olarak iletebileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, gerek vasiyetçi gerekse uzman tarafından Braille alfabesine göre kaleme alınan yazılar, vasiyetnamenin ayrılmaz bir parçasını teşkil edecektir[63].

Karma vasiyetnameye ilişkin iki öneriyi ise şöyle değerlendirmek mümkündür: İlk olarak, bir görme engelli tarafından MK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname düzenlenmesi tercih edildiği takdirde, MK m. 535 hükmünde öngörülen usulün tam olarak uygulanması gerekmektedir. Bu konuda, öğretideki karma vasiyetnamelerin geçerliliğine dair tartışmada hangi görüşün üstün tutulduğundan bağımsız olarak, görme engelli kişinin durumunun göz önüne alınması ve MK m. 535 hükmündeki usule tam olarak bağlı kalınması gerekmektedir. Zira, görme engelli vasiyetçi, imzaladığı (Latin alfabesi ile düzenlenmiş) metin ile kendisine okunan metnin aynı olup olmadığını denetleme yeteneğine sahip değildir. Bu yüzden, bir görme engellinin MK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname düzenlemesi hâlinde, kanunun şekil hükümleri ile sağlamak istediği hukuki emniyet, ancak vasiyetnamenin -MK m. 535 hükmünde öngörüldüğü gibi- tanıklar huzurunda resmi memur tarafından vasiyetçiye okunması yoluyla temin edilebilecektir. Görme engellinin (Braille alfabesinde hazırlanan metni) okuyarak ancak imzalamadan karma resmi vasiyetname düzenlemesinin mümkün olup olmadığı meselesinin çözümü ise karma vasiyetnamenin geçerliliği konusundaki genel tartışmada hangi görüşün üstün tutulduğuna bağlıdır; bu mesele açısından görme engellilerin menfaatini ilgilendiren herhangi bir özellik saptanamamıştır.

Son olarak, gerek MK m. 533-534 gerekse MK m. 535 hükümlerindeki usule göre resmi vasiyetnamenin hazırlanması hâlinde görme engellilerin yararlanabileceği bazı özellikler söz konusudur:

Genel olarak kabul edildiği üzere, vasiyetçi, son arzularını resmi memura sözlü veya yazılı olarak bildirebilir, örneğin bir avukat tarafından düzenlenmiş metni resmi memura verebilir[64]. Görme engelliler de aynı şekilde son arzularını resmi memura sözlü veya yazılı olarak bildirebilirler[65]. Vasiyetçinin ibraz ettiği son arzularını içeren metnin Braille alfabesine göre kaleme alınmış olması mümkündür. Bu ihtimalde, tercümana benzeyen bir rol oynayacak bir uzmanın metni resmi memura çevirmesi gerekecektir[66]. Her hâlde, yazılı bir metni ibraz edilmesi durumunda, resmi memur, görme engelli vasiyetçiye sorular sorarak söz konusu metnin içeriğinin onun son arzularına uyup uymadığını kontrol etmelidir[67].

Resmi senetlere hâkim olan işlemde birlik prensibi resmi vasiyetnamenin düzenlenmesinde de geçerlidir[68]. Buna göre, resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine yönelik işlemlerin, araya zaman girmeden, bütün ilgililerin huzurunda ve bir bütün olarak başlanıp bitirilmesi gerekmektedir[69] Bununla birlikte, İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesinin benimsediği fikre göre, işlemde birlik prensibi,

---

[62] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163.

[63] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163.

[64] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 162; İMRE/ERMAN, s. 82; OĞUZMAN, s. 111; DURAL/ÖZ, N. 331; SEROZAN/ENGİN, § 4, N. 77; ANTALYA/SAĞLAM, N. 480.

[65] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 187.

[66] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 163.

[67] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 162; DURAL/ÖZ, N. 331.

[68] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178; OĞUZMAN, s. 114; ANTALYA/SAĞLAM, N. 483; ÇABRİ, s. 572; BAYRAM, s. 1421.

[69] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178.

vasiyetçinin resmi memurun hazırladığı metni okuması anından itibaren harekete geçecektir[70]. Bu hâkim görüş çerçevesinde, görme engelli vasiyetçinin, noter tarafından hazırlanan ve Braille alfabesine dönüştürülen taslağı bir süre incelemesi mümkündür. Duruma göre, görme engelli metin üzerinde değişiklik yapılmasını isteyebilir; sonrasında tekrar inceleyebilir[71]. Nihayet, kesin vasiyetname taslağının görme engelli vasiyetçiye verilmesi ve söz konusu taslağın vasiyetçi tarafından okunması anından itibaren, resmi şekle dair diğer tüm işlemlerin aralıksız olarak ve bir bütün hâlinde devam edilerek bitirilmesi gerekmektedir. MK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname düzenlenmesi hâlinde ise işlemde birlik prensibi, resmi memurun vasiyetnameyi vasiyetçiye okuduğu andan itibaren harekete geçecektir[72]. İşlemde birlik prensibine ilişkin bu yorum tarzı sayesinde, vasiyetname metninin Braille alfabesine dönüştürülmesi sürecinde gecikme ve aksaklıklar ortaya çıktığı takdirde, bunun resmi vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemesinin önüne geçilebilecektir.

III. SÖZLÜ VASİYETNAME

Görme engellilerin MK m. 539 hükmü uyarınca sözlü vasiyetname düzenlemeleri mümkün olup bu konuda öğretide herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Çünkü, yakın ölüm tehlikesi, savaş gibi olağanüstü hâllerde istisnai olarak başvurulması mümkün olan bu vasiyetname türünde, vasiyetçinin görme yeteneğine sahip olup olmaması önem taşımamaktadır. Bu ihtimalde, görme engelli vasiyetçi, son arzularını iki tanığa sözlü olarak anlatacak ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükleyecektir (MK m. 539/II).

SONUÇ

Bu çalışmada, görme engellilerin geçerli bir şekilde el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname ve söz vasiyetname düzenlemelerinin mümkün olup olmadığı incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

El yazısıyla yazma yeteneğine sahip görme engellilerin MK m. 538 uyarınca el yazılı vasiyetname düzenlemelerinin önünde hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık, bir görme engellinin el yazısıyla yazma yeteneği yoksa, doğal olarak el yazılı vasiyetname yapması da mümkün olmayacaktır. Braille alfabesi ile hazırlanan bir vasiyetname ise el yazısının teşhis fonksiyonunu içermediği için geçersiz olacaktır.

Görme engellilerin MK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname düzenleyebileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, MK m. 535 hükmünde öngörülen usule sıkı sıkıya bağlı kalınması görme engelliler bakımından özel olarak önem taşımakta olup bu usulü esneten -resmi memurun vasiyetnameyi vasiyetçiye okuması sırasında tanıkların hazır bulunmaması şeklindeki- karma vasiyetname önerisi görme engelliler bakımından reddedilmelidir. MK m. 535 hükmündeki usulde aranan, tanıkların resmi memurun vasiyetnameyi okuması esnasında hazır bulunması şartının, özellikle görme engelliler bakımından uygulanması zorunludur. Görme engellilerin MK m. 533-534 hükmü uyarınca resmi vasiyetname düzenleyebilmeleri için ise bu usulde aranan okuma şartının amacına uygun olarak geniş yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, MK m. 533-534 hükümlerinde öngörülen usulde aranan okuma şartının amacı, noterin hazırladığı vasiyetname metninin son arzularına uygun olup olmadığını doğrudan vasiyetçinin kontrol etmesini sağlamaktır. Bu şartın gerçekleşmesi, vasiyetçinin metni kimseden yardım almaksızın bizzat okuyabilme ve imzalayabilme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Bu düzenleme şeklinde, vasiyetname içeriğinin tanıklardan saklanmasının yol açabileceği tehlike ancak bu sayede giderilebilir. Braille alfabesini okuyabilen

---

[70] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178; OĞUZMAN, s. 114; DURAL/ÖZ, N. 348; ANTALYA/SAĞLAM, N. 483; ÇABRİ, s. 572. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 56 II 159; BGE 65 II 214. MK 533-534 hükümlerine tabi usulde, vasiyetname taslağının vasiyetçi tarafından okunmasına kadar yapılan işlemlerin "*hazırlık işlemleri*" olarak nitelendirildiği, hazırlık işlemlerinde işlemde birlik ilkesinin uygulama alanı bulmadığı konusunda bkz. BAYRAM, s. 1432.

[71] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 178; DURAL/ÖZ, N. 331.

[72] BGE 56 II 159; BGE 65 II 214. MK m. 535 çerçevesinde, vasiyetname taslağının noter tarafından vasiyetçiye okunması anına kadar yapılan işlemler hazırlık işlemleri olarak nitelendirilmektedir: BAYRAM, s. 1436.

görme engelliler, MK m. 533-534 hükümlerince okuyarak ve imzalayarak resmi vasiyetname düzenleyebilmelidir. Çünkü Braille alfabesini bilen görme engelliler yönünden, bir okuryazarlık sorunu söz konusu değildir. Vasiyetname Braille alfabesi ile yazılırsa görme engelli metni bizzat okuma ve denetleme imkânına kavuşabilecektir. Bu konuda Türkçe bilmeyen kişilerin resmi vasiyetname düzenlemesi hâli örnek alınarak çözüme varılması gerekmektedir.

Sözlü vasiyetname düzenlenmesi bakımından ise görme engeli herhangi bir sakınca oluşturmamaktadır. MK m. 539 hükmünde aranan istisnai koşulların varlığı hâlinde, görme engelli bir vasiyetçinin, son arzularını iki tanığa anlatması ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yüklemesi yoluyla sözlü vasiyetname meydana getirmesi mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 5. bası, Ankara 2021.

BAYRAM, Aziz Erman: "İşlemde Birlik İlkesi ve Ölüme Bağlı Tasarruflarda Uygulanışı", *Hacettepe HFD*, Sayı: 12/2, 2022, s. 1400-1468.

BERKİ, Âli Himmet: Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara 1961.

ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi, Cilt I, 2. bası, İstanbul 2022.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Miras Hukuku, 19. bası, İstanbul 2023.

ERBAYRAKTAR, Burcu: Güvenli Elektronik İmza, İstanbul 2016.

EREN, Fikret: Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Dâvası, Ankara 1966.

EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 6. bası, Ankara 2024.

ESCHER, Arnold: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, 3. Auflage, Zürich 1959-1960.

GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 2007.

GÖNENSAY, Samim / BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. bası, İstanbul 1963.

İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 17. bası, İstanbul 2024.

İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 10. bası, Ankara 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 8. bası, Ankara 2018.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru: "Resmi Vasiyetname", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 133, 2017, s. 369-392.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 4. bası, İstanbul 2008.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: Görme Engellilerin İmzası, Ankara 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. bası, İstanbul 1995.

OLGAÇ, Furkan: Türk Hukukunda Resmî Vasiyetname, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020.

ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 14. bası, Ankara 2024.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku, 4. bası, Ankara 2016.

SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. bası, Ankara 2022.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atillâ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1991.

TUOR, Peter: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Auflage, Bern 1964.

YAVUZ, Cevdet / TOPUZ, Murat: "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, s. 1145-1161.

SINIRAŞAN ÇEVRESEL ZARARLARIN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN HUKUKİ REJİM İLE DEVLETİN ÜLKESEL YETKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Dr. Öğr. Üyesi Ceren Karagözoğlu*

ÖZET

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin en kapsamlı düzenlemeyi teşkil eden Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin 2001 tarihli Taslak Maddeler, devletin sorumluluğunun unsurlarına ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer vererek bir kurallar sistemi oluşturmuştur. Ancak Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'e kapsayıcı özelliğini kazandıran genel nitelikli düzenlemeler, belirli alanlarda, bu alanların barındığı özellikler dikkate alınarak özel kurallar sistemleri/rejimleri oluşturulması gereğini doğurmuştur. 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeler ve 2006 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Sınıraşan Zararın Doğması Durumunda Kaybın Paylaştırılmasına Yönelik Taslak Maddeler ile oluşturulan kurallar sistemi bu alanlardan birini teşkil etmektedir. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sınıraşan zararlar, genel itibariyle, çevresel zararlarla ilişkilendirildiğinden söz konusu Taslak Maddeler ile oluşturulan kurallar sistemi de büyük ölçüde çevre hukukuna ilişkin kabul görmüş uluslararası hukuk ilkeleri üzerine inşa edilmektedir.

Söz konusu ilkeler, temel olarak çevreye zarar verilmesinin önlenmesinin, çevreye verilen zararın giderilmesinden daha evla olduğu kabulünü taşımasının ve devletin yetkisinin kabulünde hak temelli egemenlik anlayışından sorumluluk temelli egemenlik anlayışına geçilmesinin bir sonucu olarak, devletlerin egemen eşitliği ilkesi temelinde, devletin ülkesel yetkisine birtakım sınırlandırmalar öngörmekte; devletin çevreye ilişkin tasarrufları bakımından bağımsız olmadığını göstermektedir. İlkeler, temelde devletin ülkesindeki ve/veya yetkisi altında bulunan bölgelerdeki tasarruflarına ilişkin, diğer bir deyişle sınıraşan çevresel zarar ortaya çıkmadan bir sınırlama öngörerek devletler bakımından birtakım yükümlülükler belirledikleri için ön alıcı nitelik arz etmektedir.

Çalışmada devletin ülkesel yetkisi ile sınıraşan çevresel zararların önlenmesine ilişkin öngörülen kurallar rejimi ve bu rejimin temelini teşkil eden ilkeler arasındaki ilişki incelenmektedir. Bu kapsamda ilk bölümde devletin ülkesel yetkisine değinilmekte, Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeler'de tariflenen yetki hükmü incelenmekte; ikinci bölümde ise sınıraşan çevresel zararlar açısından ön alıcı nitelik arz eden ilkelere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ülkesel Yetki, Sınıraşan Çevresel Zarar, Önleme Yükümü, Tehlikeli Faaliyetler, Sorumluluk.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE LEGAL REGIME FOR THE PREVENTION OF TRANSBOUNDARY ENVIRONMENTAL HARM AND THE STATE'S TERRITORIAL JURISDICTION

ABSTRACT

The fact that the "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)" contain general regulations has led to the need to establish special rule systems/regimes in certain areas of international law, taking into account the characteristics of these areas. The Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (2001) and the Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities (2006) constitute one of these areas.

* Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Türkiye. E-posta: cerenkaragozoglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0757-9767.

Since transboundary harm derive from hazardous activities are generally associated with environmental harm, the system of rules established by these Draft Articles are largely based on the principles of international law on environmental law.

These principles, as a result of the acceptance that the prevention of environmental harm is more preferable than the elimination of environmental harm, and in consequence of the transition from a rights-based sovereignty approach to a responsibility-based sovereignty approach, envisage certain limitations on the territorial jurisdiction of the state on the basis of the principle of sovereign equality of states. These principles are pre-emptive in the transboundary environmental harm, as they envisage a limitation before environmental harm occurs and identify certain obligations for states.

The study is examined the relationship between the State's territorial jurisdiction and the regime of prevention of transboundary environmental harm and the principles underlying this regime. In this context, in the first part, the territorial jurisdiction of the state is discussed and the jurisdictional provision defined in the Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities is analyzed; in the second part, the principles that are preemptive in terms of transboundary environmental harm are discussed.

Keywords: Territorial jurisdiction, Transboundary environmental harm, The obligation of prevention, Hazardous activities, Responsibility.

GİRİŞ

Gezegenin ekolojik bütünlüğü, insanlar dışındaki canlı veya cansız varlıkların kendi özelliklerine göre oluşmuş doğal sınırları, insan topluluklarını barındıran siyasi örgütlenmeler olan devletlerin siyasi sınırlarıyla uyumlu değildir[1]. Devletlerin kendi siyasi sınırları içerisindeki kimi faaliyetleri, söz konusu sınırların ötesine geçerek başka bir devlet ülkesinde veya herhangi bir devletin sınırları içinde bulunmayan canlı ve/veya cansız kaynaklar üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır[2]. Canlı veya cansız kaynakların doğal düzeninin korunması ise uluslararası hukuk ilke ve kurallarıyla sağlanmaktadır. Çeşitli sözleşmeler ve bildirilerle uluslararası hukukta vücut bulan bu kural ve ilkeler, düzenlendikleri hukuki metinler çerçevesinde kurulan koruma/denetim mekanizmaları dahilinde güvence altına alınsa da bu noktada en etkili bütüncül sistemi, devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar sistemi teşkil etmektedir.

Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin kurallar sisteminde ise devletin hukuka aykırı eylemlerden doğan sorumluluğu ve hukuka aykırı olmayan eylemlerden doğan sorumluluğu bağlamında bir ayrıma gidilmektedir. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin 2001 tarihli Taslak Maddeler[3] ile devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğunun unsurları ve sonuçları üzerine genel düzenlemelere yer verilerek bir kurallar sistemi oluşturulmuştur. Taslak Maddeler'de devletin uluslararası sorumluluğunun doğması, devletin uluslararası yükümlülüklerinin ihlal edilmesi ve ihlal teşkil eden bir eylem veya ihmali gerçekleştirilen kişi ile devlet arasında bir bağ kurulması diğer bir deyişle ihlal teşkil eden bir eylemin veya ihmalin devlete atfedilmesi gerekliliğine dayandırılmaktadır. Belirli bir eylem veya ihmalin devlete atfedilmesi ise sadece olgulardan çıkarılan basit bir nedensellik bağı neticesinde yapılmamakta; belirlenmiş kurallar çerçevesinde normatif bir işlem dahilinde gerçekleştirilmektedir[4].

[1] Draft Principles on The Allocation of Loss in The Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities, With Commentaries (A/61/10), Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, s. 65.
[2] ŞİMŞEK, Galip Engin: Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması, Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 2016, s. 2.
[3] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.
[4] ERKİNER, Hakkı Hakan: "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2007, s. 148.

Devletin hukuka aykırı olmayan eylemlerden doğan sorumluluğu ise 2001 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeler[5] ve devamında 2006 tarihli Tehlikeli Faaliyetlerden Sınıraşan Zararın Doğması Durumunda Kaybın Paylaştırılmasına Yönelik Taslak Maddeler[6] ile ele alınmaktadır. Tehlikeli faaliyetlerden doğan sınıraşan zararlar, genel itibariyle çevresel zararlarla ilişkilendirildiğinden her iki metin de sınıraşan çevresel zararlar odağında[7], çevre hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerin temel ayaklarını teşkil eden uluslararası hukuk ilkeleri[8] üzerine kuruludur. Bu ilkeler devlete birtakım yükümlülükler yüklerken devletin uluslararası hukuktaki ülke temelli yetkisine de -devletlerin egemen eşitliği ilkesi temelinde- bazı sınırlandırmalar getirmektedir. Bu sınırlandırmalar hak temelli

[5] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries (A/56/10) Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two (Çalışmada "*2001 tarihli Taslak Maddeler*" şeklinde kısaltılacaktır). Taslağın ilk maddesinde düzenlemenin konu bakımından kapsamı, fiziksel sonuçları itibariyle önemli sınıraşan zarara sebep olma tehlikesi içeren, uluslararası hukukun yasaklamadığı faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Böylece fiziksel sonuçları itibariyle önemli sınıraşan zarara sebep olma tehlikesi içeren uluslararası hukukun yasaklamadığı tüm faaliyetler, Taslak Maddeler'in kapsamına girmektedir (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 2, 4-5). Söz konusu durum uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin genel sorumluluk rejimini teşkil eden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler ile öngörülen rejim ile temel farklılığı teşkil etmektedir. Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler, temel olarak devletin uluslararası hukuka aykırı eylem ve ihmalleri sonucu ortaya çıkan sorumluluğunu temel almaktadır. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de, devletin sorumluluğunun doğması için ilk eşik, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı bir eyleminin veya ihmalinin bulunması ve bunların devlete atfedilebilir nitelikte olmasıdır. 2001 tarihli Taslak'ta ise devletin sorumluluğu uluslararası hukukun yasaklamadığı tehlikeli faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ve önemli sınıraşan zarara sebep olma tehlikesinin ortaya çıkması sonucunda doğmaktadır. Sınıraşan önemli zarar tehlikesi, uluslararası sorumluluğun sadece hukuka aykırı eylemlerden doğması koşulunu işlevsiz hale getirmektedir (UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 31). Bu ayrımın ilgili Taslak Maddeler'in diline de yansıdığı görülmektedir. İngilizce olarak sorumluluk kavramını karşılayan "*responsibility*" ifadesinin uluslararası hukuka aykırı fiiller ilgili olarak kullanılması gerektiği; uluslararası hukuka uygun faaliyetlerin gerçekleştirilmesinden kaynaklanabilecek muhtemel zarardan kaynaklı sorumluluk ilişkisi içinse "*liability*" ifadesinin daha uygun olduğu genel itibariyle kabul görmektedir. ("*Liability*" ve "*responsibility*" kelimeleri ve kelimelerle ilişkilendirilen sorumluluk rejimler hakkında detaylı analiz için bkz. ISAYEV, Tuğçe: Önleme Yükümlülüğü Bağlamında Uluslararası Hukukta Devletin Tehlike Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2018, s. 114-122). Uluslararası Hukuk Komisyonu da Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de "*responsibility*"; uluslararası tehlike sorumluluğu ile ilgili Taslak Maddeler'de "*liability*" kelimesini tercih ederek söz konusu ayrımı gözetmektedir. Bkz. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 6. Benzer şekilde bkz. Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, (A/32/10) Report of the International Law Commission on the work of its twenty-ninth session 9 May-29 July 1977, s. 6, para. 17.

[6] Draft Principles on The Allocation of Loss in The Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities, With Commentaries (A/61/10), Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

[7] Taslak Maddeler'de uluslararası hukukun yasaklamadığı tehlikeli faaliyetler başlığı altında düzenlemeler öngörülse de temel olarak çevresel tehlikeler ve bu doğrultuda sınıraşan çevresel zararlara odaklanılmıştır. Preliminary report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Robert Q. Quentin-Baxter, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission: 1980, Vol. II (1), s. 248, para. 4.

[8] Çevre hukukuna ilişkin birçok düzenlemenin temel ayaklarını teşkil eden ilkeler, büyük oranda 1972 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan ve Çevre Konferansı (Stockholm) Bildirisi (UNGA, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 15-6 June 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1)) ve 1992 tarihli Çevre ve Kalkınmaya Dair Rio Bildirisi Report of The United Nations Conference on Environment and Development, Rio De Janeiro, 3-14 June 1992 (A/CONF.151/26 (Vol. I)) ile temellendirilmektedir. Söz konusu belgeler andlaşma niteliğine sahip olmasalar da çevre hukukuna ilişkin kural ve ilkelerin evrensel nitelik kazanmasını sağlamakta, ilkeler odağında ortaya çıkan maddi ve usulü yükümlülüklere kaynaklık etmektedir.

egemenlik anlayışından, sorumluluk temelli egemenlik anlayışına geçildiğini[9] ve devletin egemenliğinin veto gibi kullanıldığı bir dönemden uluslararası normların ve menfaatlerin, en azından çevrenin korunması bağlamında, ulusal menfaatlere göre öncelikli olduğu bir döneme geçildiğini[10] göstermektedir.

I. DEVLETİN ÜLKESEL YETKİSİ VE 2001 TARİHLİ TASLAK MADDELERDE 'YETKİ' DÜZENLEMESİ

Uluslararası hukukta devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde teşkilatlanmış olan ve bu toprak parçası üzerinde yaşayan insan topluluğu üzerinde tek başına yetkili olan siyasi örgütlenme olarak tanımlanmakta ve tanımın bir getirisi olarak devletin ülkesi[11], devlet yetkilerinin değerlendirilmesinde uluslararası hukukun hareket noktasını oluşturmaktadır[12]. Devlet, ülkesi üzerinde mutlak egemendir ve uluslararası hukukça kabul edilen istisnai haller dışında ülke sınırları dahilinde kişiler, mallar ve olaylar ile ilgili gerekli hukuki ve cezai düzenlemeleri yapmak[13], ülke toprakları ve topraklar üzerinde bulunan doğal kaynaklar üzerinde tasarrufta bulunmak[14] hususunda yetki sahibidir. Ancak özellikle ekolojik bağlılık nedeniyle bölünemez nitelik arz eden çevre bağlamında öngörülen sınırlandırmalar devletin çevreye ilişkin tasarrufları bakımından bağımsız olmadığını göstermektedir. Sınıraşan çevresel zararlar çerçevesinde, devletin yetkisi bakımından öngörülen sınırlandırmalar ve bu sınırlandırmaların doğurduğu yükümlülükler, uluslararası hukukça devletin egemenliğinin bir tezahürü olarak kabul edilen ülkesel yetkisi arasında bir gerilim yaratmaktadır[15]. Bu gerilimin ilk görünüm alanı, 2001 tarihli Taslak Maddeler'de devletin yükümlülüklerinin uygulama alanına ilişkin tariflemedir. Taslak Maddeler'de düzenlemenin uygulama alanına ilişkin açık bir hüküm olmasa da "*sınıraşan zarar*" ve "*kaynak devleti*" tanımları itibariyle devletin yükümlülükleri bakımından ülkesel bir sınırlandırmaya gidilmediği görülmektedir[16].

Taslak Maddeler'de sınıraşan zarar, kaynak devlet ile ortak bir sınırı paylaşması aranmaksızın, kaynak devlet dışında başka bir devletin ülke sınırları içinde veya yetki ya da kontrolü altındaki alanlarda ortaya çıkan zarar olarak tanımlanmaktadır[17]. Bu düzenlemede zararın sınıraşan niteliği; "*ülke sınırları*", "*yetki*" ve "*kontrol*"

[9] MILLS, Alex: "Rethinking Jurisdiction in International Law", *The British Yearbook of International Law*, Cilt 84, No.1, 2014, s. 188 vd.

[10] JAIN, Tarun: "Transboundary Harm: An Environmental Principle in International Context", *The Icfai University Journal of Environmental Law*, Vol. 7, 2008, s. 20.

[11] Devletin ülkesi, kara ülkesi, hava ülkesi ve deniz ülkesi olmak üzere coğrafi bakımdan üç kısımdan oluşmaktadır. Devletin ülkesini, diğer devletlerin ülkesinden, sahipsiz ülkeden veya açık deniz ile uzaydan ayıran farazi çizgi, iki boyutlu alana, sınır denilmektedir. Devletin kara ülkesinin sınırları, bir andlaşma veya uzun süre devam eden ve çekişmesiz bir uygulamayla veya bir uluslararası mahkeme kararı ile saptanmış olabilir. Her üç durumda da sınırın *erga omnes* etkisi vardır, üçüncü kişi durumundaki devletlere karşı da ileri sürülebilir. Devletin hava ülkesi, devletin kara ülkesi ve deniz ülkesi üzerindeki hava sahasıdır. Devletin deniz ülkesi, coğrafi bakımından bir bütün olan denizin kıyıya bitişik bir kesimi olarak tanımlanmaktadır. Devletin ülkesinin bir kısmını meydana getiren deniz alanı ile bunun ötesinde kalan deniz alanları farklı hukuki rejimlere tâbi tutulmuştur. İçsular ve karasuları devletin egemenliğine tâbi deniz alanlarıdır. İç sularda devlet kara ülkesinde haiz olduğu bütün yetkileri aynen haizdir. Karasularında ise devletin yetkileri belirli hususlarda sınırlandırılmıştır. TOLUNER, Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 1989, s. 31, 39, 55, 66-7.

[12] TOLUNER, s. 1.

[13] TOLUNER, s. 1-4; AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 297.

[14] TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ DAL, Ufuk/ SİNGİL, Nesrin: Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınıraşan Zarardan Kaynaklanan Sorumluluğun Paylaştırılmasına İlişkin Milletlerarası Hukuk, Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 2021, s. 1.

[15] JAIN, s. 18-9.

[16] Zira devletin yetkisi, ülkesi ile yakından bağlantılı olsa da münhasıran bağımlı değildir. SHAW, Malcolm: International Law, 8. Edition, Cambridge University Press, 2017, s. 484.

[17] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 2/c.

olmak üzere üç farklı kavram üzerinden ifade edilmektedir. Benzer şekilde kaynak devleti de bu üç kavram üzerinden tanımlanmakta, Taslak Maddeler'in 1. maddesinin kapsamına giren faaliyetlerin, ülke sınırları içinde veya yetki ya da kontrolü altında planlandığı ya da gerçekleştirildiği devlet olarak ifade edilmektedir[18].

Dolayısıyla söyleyebiliriz ki Taslak Maddeler'in uygulama alanı *"devletin ülke sınırları veya yetki ya da kontrolü altında"* ifadeleri ile doğrudan; *"planlandığı ya da gerçekleştirildiği devlet"* ifadeleri dolaylı olarak iki kısımda formüle edilmektedir. Yetki kavramı daha geniş bir ölçüt olmasına rağmen Komisyon ülke kavramına da yer vermekte[19]; Taslak Maddeler'in Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan yorum metninde ise söz konusu hükümlerin kapsadığı bir faaliyet üzerinde yetkilerinin yarıştığı durumlarda, ülke temelli yetkinin üstün/öncelikli (prevail) geleceği ifade edilmektedir[20]. Ancak belirtmek gerekir ki salt ülkesel yetki temelli bir yaklaşım devletin yükümlülüklerinin belirlenmesi noktasında yetersiz kalabilir. Zira uluslararası hukuk kuralları gereğince devletin ülkesel yetkilerine birtakım sınırlandırmalar getirildiği ve/veya devletin ülkesi dışında da yetki kullanabildiği hallerin mevcudiyetinin kabul edildiği görülmektedir. Komisyon da bu farkındalıkla söz konusu kurallar bağlamında devletinin yetkisinin sınırlandırıldığı veya ülke dışında kullanılabildiği hallere dikkat çekerek ülke kavramının, devletin yetki veya kontrol uyguladığı tüm durumları kapsamadığını belirtmekte[21]; madde metninde yer verdiği yetki ve kontrol kavramları ile yaratılması muhtemel boşluğu kapatmaktadır.

Komisyon yetki ve kontrol kavramlarının içerikleri bakımındansa söz konusu faaliyetlerin, uluslararası hukuk kuralları bağlamında hukuki meşruiyeti bakımından bir ayrıma giderek *"yetki (jurisdiction)"* kavramının, devletin ülke sınırları içinde gerçekleştirdiği faaliyetlere ek olarak, uluslararası hukuka uygun şekilde ülke sınırları dışında yetkisini (competence) ve otoritesini kullanabildiği alanlardaki faaliyetleri[22]; *"kontrol"* kavramının ise hukuka aykırı müdahaleler, işgal ve ilhak gibi devletin uluslararası hukuka aykırı şekilde *de facto* olarak yetki (jurisdiction) uyguladığı faaliyetleri kapsadığını belirtmektedir[23]. Komisyon bu ifadesini Uluslararası Adalet Divanı'nın, Namibya topraklarında hukuka aykırı biçimde bulunan Güney Afrika'nın yükümlülüklerinin tespitini konu alan 1971 tarihli Danışma Görüşündeki, devletin bir alanda/bölgede fiziksel kontrole sahip olması durumunda bu kontrolün hukuki meşruiyetine bakılmaksızın sorumlu olduğu kabulüne atıfla güçlendirmektedir[24]. Ancak belirtmek gerekir ki Divan söz konusu kararda fiziksel kontrol ifadesini, devletin yetkisinin varlığına bir gerekçe olarak kullanmaktadır. Diğer bir deyişle devletin ilgili alanda/bölgede uyguladığı ve/veya sahip olduğu otorite ve kontrolü ispat amacı gütmektedir. Dolayısıyla söz konusu fiziksel kontrol ifadesi, kullanılan yetkinin hukuki meşruiyetine ilişkin bir niteleme olmaktan çok, devletin yetkisini veya diğer bir ifade ile otoritesini ve kontrolünü kullandığının delilidir. Devletin yetkisinin varlığının tespiti halinde bu yetkinin uluslararası hukukça meşru kabul edilen sebeplerden doğup doğmaması, söz konusu faaliyetlerin uluslararası hukuk kuralları bağlamında neden oldukları hukuka aykırılıklar ve ihlaller saklı kalmak kaydıyla, devletin çevre hukuku kapsamında üstlendiği yükümlülüklerinin ve sorumluluğunun tespitine engel değildir ya da daha doğru bir ifadeyle devletin çevre hukukundan doğan yükümlülükleri

[18] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 2/d. Söz konusu tanımlar bir yandan zararın sınıraşan niteliğine ilişkin bir çerçeve ortaya koyarken bir yandan da bu zararlar bağlamında Taslak Maddeler'den yükümlülükleri doğan devleti belirlemektedir.

[19] Taslak Maddeler'de ülke kavramına yer verilmesi, zararın sınıraşan niteliğine yapılan vurguyu güçlendirmektedir.

[20] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 8.

[21] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 9-10.

[22] Komisyon, yetkinin belirlenmesine ilişkin soruların karmaşık olduğunun ve bazen bir uyuşmazlığın özünü oluşturduğunun farkında olarak söz konusu maddenin kesinlikle yetki uyuşmazlıklarına ilişkin tüm sorunları çözme iddiasında olmadığını belirtmiştir. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 9.

[23] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 12.

[24] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 1, para. 12.

bağlamında belirleyici değildir. Bu sebeple Taslak Maddeler'de, Divan'ın 1971 tarihli Danışma Görüşünde kurduğu denklemi tersten okuyarak fiziksel kontrol ifadesini hukuka aykırılıkla bağdaştıran yaklaşım; yetki ve kontrol kavramları bakımından faaliyetlerin hukuki meşruiyeti temelinde yapılan ayrım yerinde değildir.

Taslak Maddeler'in kaynak devletini tanımlayan 2. maddesinde kullanılan "*Taslak Maddeler'in 1. maddesinde belirtilen faaliyetlerin planlandığı veya gerçekleştirildiği …"* ifadesi ise dolaylı olarak söz konusu hükümlerin uygulama alanına ilişkin referansları barındırmaktadır. Söz konusu hüküm ile Taslak Maddeler bağlamında öngörülen yükümlülükler, ilk maddede belirtilen faaliyetleri ülkesinde veya başka bir şekilde yetkisi ya da kontrolü altında sadece gerçekleştiren değil planlayan devlet bakımından da tanınmaktadır[25].

Madde hükmünde *"gerçekleştirmek"* eyleminin yanında *"planlanmak"* eylemine yer verilmesi, zarara sebep olan eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağına yapılan vurgunun güçlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira nedensellik bağını dolayısıyla eylem ile zarar arasındaki ilişkiyi ön plana çıkaran bu vurgu, sınıraşan zarara sebep olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk rejiminin, ihlal teşkil eden eylem veya ihmalin devlete atfedilmesi gereğini öngören dolayısıyla eylem ile fail arasında ilişkiyi esas alan devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerden doğan sorumluluğunu düzenleyen genel rejim ile önemli bir ayrışma noktasını teşkil etmektedir[26].

Sınıraşan zarara sebep olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk rejimi, çevrenin insanlığın ortak değeri olarak kabulü doğrultusunda oluşabilecek zararların önüne geçilmesi gereğini dayanak noktası aldığından, devletin hukuka aykırı fiillerden doğan sorumluluk rejiminin işleyişindeki zorluk karşısında daha etkili ve kolay uygulanabilir bir sorumluluk rejimi öngörmektedir. Söz konusu sorumluluk rejimi çerçevesinde öngörülen yükümlülükler de bu paralelde şekillenmektedir. Devleti, kendisine atfedilebilen eylemden veya ihmalden sorumlu tutan kuralların, çevresel zararın birden fazla devletin kümülatif etkisinden/tasarrufundan kaynaklandığı hallerde uygulanamaması; açık deniz gibi devletlerin ulusal yetki alanı dahilinde yer almayan bölgelerde zarar gören devletin tespit edilememesi ve çevreye verilen zararın geri döndürülemez niteliği nedeniyle devletin geriye dönük sorumluluğuna gidilmesini öngören kuralların, çevresel zararın

[25] Taslak Maddelere ilişkin yorumda "*planlama*" ifadesi tekrarlanmamakta ancak ifadeye ilişkin ayrıca bir açıklamaya yer verilmemektedir. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 2, para. 10.

[26] Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kolombiya'nın talebi üzerine sınıraşan çevresel zarar bağlamında verdiği Danışma Görüşü, çevresel zararlar bakımından söz konusu nedensellik bağını öne çıkarması hususunda önemlidir. Başvuru Karayip Denizi'nde yapılacak faaliyetler ve altyapı tesislerine ilişkin devletin eylem ve ihmalleri sebebiyle deniz çevresinin önemli ölçüde kirlenmesi ve başta bölge nüfusu olmak üzere, uluslararası topluma olabilecek etkisinin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından değerlendirilmesini konu almaktadır. Mahkeme karara varırken *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesini, kendisine hareket noktası olarak almış; devletin yetkisini, ihlal teşkil eden eylem üzerinde sahip olduğu etkin kontrol üzerine kurmuştur. Mahkeme devletlerin, ülkesini kendi ülkesi dışında veya diğer devletin ülkesinde önemli bir çevresel zarara sebep olacak şekilde kullanmaması gerektiğini belirterek devletin, çevresel zarara neden olacak eylemden kaçınma ve gerekli tüm önlemleri alma yükümü altında olduğunu belirtmiştir. Sınıraşan zarara sebep olan eylemle, ülkesi dışında bulunan bireylerin hakları üzerinde ortaya çıkan olumsuz etki arasında neden-sonuç ilişkisi varsa bireyin, kaynak devletinin yetkisi altında olduğunu belirtmiş; devletin, zarara ve sonucunda ortaya çıkan insan hakları ihlaline neden olan faaliyetler üzerinde etkili bir kontrole sahip olması durumunda yetkisinin doğacağına karar vermiştir. Inter-Am.Ct.H.R, 15.11.2017, Advisory Opinion OC-23/17, Requested By The Republic of Colombia, (Çevrimiçi) https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/iacrthr/2017/en/123157, 19 Şubat 2024. Mahkeme çevresel yükümlülüklere ve bunların özel niteliğine yaptığı vurguyla, insan hakları denetim mekanizmalarının belirli bir bölge veya birey üzerinde uygulanan denetim ve otoriteyi esas alan yerleşmiş içtihadi uygulamasından ayrılmış, dolaylı olarak da olsa sınıraşan çevresel zararlar bağlamında tehlike sorumluluğu ile öngörülen rejimin farklılığını kabul etmiştir.

onarılmasında, telafi edilmesinde çoğu zaman yetersiz kalması[27], 2001 tarihli Taslak Maddeler'de önleme yükümünü ön plana çıkarmakta ve ön alıcı nitelik arz eden çeşitli ilkeler benimsenmesini gerektirmektedir.

II. 2001 TARİHLİ TASLAK MADDELERDE ÖNLEME YÜKÜMÜ VE ÖN ALICI NİTELİK ARZ EDEN İLKELER

2001 tarihli Taslak Maddeler ile öngörülen rejimin temel ayaklarını, uluslararası hukukun kaynakları bağlamında yapılan tasnifte "*hukukun genel ilkeleri*" olarak kabul edilen[28] ilkeler teşkil etmektedir. İlkeler, devletin ülkesindeki ve/veya yetkisi altındaki bölgelerdeki tasarrufları bakımından henüz herhangi bir zarar ortaya çıkmadan belirli sınırlandırmalar ve birtakım yükümlülükler öngördükleri için sınıraşan çevresel zararlar açısından ön alıcı nitelik arz etmektedir.

Bu bağlamda ele alınacak ilk ilke, devletin ülkesel yetkisini kullanırken diğer devletlere ve vatandaşlarına zarar veren eylem veya ihmallerden kaçınmasını öngören, *sic utere tuo ut alienum non laedas (kendi mülkünü başkasına zarar vermeyecek şekilde kullan)*[29]'tir. Bu ilkeye göre devlet, ülkesel yetkilerini kullanırken başka devletlere ve vatandaşlarına zarar vermeme[30]; ülkesi içinde gerçekleşen ancak diğer devletlerin ülkesinde zarara neden olabilecek faaliyetleri önleme yükümlülüğü altındadır[31]. Devletin, diğer devletlere vereceği zararı önleme yükümlülüğü, ülkesinde var olan ya da var olduğu kabul edilen kontrol yetkisinden kaynaklanmaktadır[32]. Bu sebeple devletin ülkesi dahilinde olmayan ancak yetki kullandığı diğer bir deyişle denetim ve kontrol sahibi olduğu alanlarda da söz konusu yükümün devam ettiği kabul edilmektedir[33].

İlke, çevre hukuku bağlamında ise özellikle doğal kaynaklarını kendi çevre politikalarına uygun olarak işletme hakkına sahip olan devletin, yetkisi veya kontrolü altındaki faaliyetler sebebiyle başka devletlerde veya kendi

---

[27] TANAKA, Yoshifumi: "Compliance Procedures: Multilateral Environmental Agreements (MEAs)", *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (MPEiPro),* Oxford University Press, 2021, para. 5 (Çevrimiçi) https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1893.013.1893/law-mpeipro-e1893, 3 Nisan 2025.

[28] Çevre hukukuna ilişkin ilkelerin birçoğunun 1972 Stockholm ve 1992 Rio Bildirileri gibi çeşitli uluslararası belgede yer aldığı, Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararları ile teyit edildiği ve uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılan hukukun genel ilkeleri şeklini almış olduğu kabul edilmektedir. ŞİMŞEK, s. 30, dp. 101.

[29] Çevre hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerin temelini teşkil eden ilke, 1972 tarihli Stockholm Bildirisi'nin 21. maddesinde, 1992 tarihli Rio Bildirisi'nin ise 2. maddesinde yer almaktadır. Uluslararası denetim mekanizmaları da kararlarında ilkeye atıfta bulunmakta; ilke, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir dayanak noktasını teşkil etmektedir. Bkz. *Corfu Channel Case, Judgment of April 9th,* 1949*: I.C.J. Reports* 1949*, p.* 4, s. 18 (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf, 8 Kasım 2019; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996*, p. 226, para. 29 (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, para. 101 (Çevrimiçi) https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf, 24 Nisan 2025.

[30] PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri (2. Kitap), 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 34.

[31] United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas Case (Netherlands, USA) 4 April 1928 Vol. II pp. 829-871, s. 839 (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_ii/829-871.pdf, 7 Kasım 2019.

[32] *Corfu Channel Case, Judgment of April 9th,* 1949*: I.C.J. Reports* 1949*, p.* 4, s. 18.

[33] Uluslararası Adalet Divanı 1971 tarihli Namibya Danışma Görüşünde, devletin bölgedeki fiziksel kontrolünün, egemenlik veya hukuki meşruiyetin değil, diğer devletleri etkileyen eylemler bakımından devletin sorumluluğunun temeli olduğunu belirterek bölgede fiili kontrolü bulunan devletin bölgeyi yönetmek için hukuken meşru bir sıfata sahip olmamasının, bölge ile ilgili yetkilerini kullanması bakımından diğer devletlere karşı uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerden ve sorumluluklardan muaf tutulmasıyla sonuçlanmayacağını ifade etmiştir. *Legal Consequences for States of the Contitiued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Adrisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16*, para. 118.

ulusal yetkisinin dışındaki alanlarda ortaya çıkabilecek zararı önlemekle yükümlü olması şeklinde karşılık bulmaktadır[34].

Devletin ülkesel yetkisine sınırlama öngören bir diğer uluslararası hukuk ilkesi ise iyi komşuluktur[35]. Teamül kuralı olarak da kabul gören ilke, özünde somut bir hukuki yükümlülük içermemekte[36]; özellikle çevre hukukuna ilişkin konularda devletlerin birbiriyle bağlantılı, karşılıklı birtakım yükümlülükler oluşturarak sorumluluk bilinciyle hareket etmelerini ve ortaklaşa çözümler üretmelerini amaçlamaktadır[37]. Bu bağlamda ilke, devletin uluslararası hukukça kabul görmüş ülkesel yetkilerine birtakım özel sınırlandırmalar getirmekten ziyade hakkın kötüye kullanılmasını önlemeye yöneliktir[38].

Sınıraşan çevresel zararın önlenmesi hususunda öne çıkan önleme, zarar vermeme ve iş birliği yükümleri temel olarak bu ilkelere dayandırılmaktadır[39]. Bunlardan zarar[40] vermeme yükümü, önleme yükümü ile yakından bağlantılı bir sonuç yükümüdür. Önleme yükümü[41] ise çevreyi korumanın, çevreye verilen zararı telafi

---

[34] İlke ile devletler bakımından öngörülen yüküm, birçok yargı kararında da teyit edilmiştir. Trail B.C. (Kanada) maden tasfiyesinin sonucunda ortaya çıkan dumanların Washington'da (Amerika Birleşik Devletleri) neden olduğu zararı konu alan Trail Smelter kararı özellikle çevre sorunları hakkında uluslararası yükümlülüklerin, söz konusu ilke temelinde yerleşmesi bakımından önemli kabul edilmektedir. Kararda ilke vurgulanarak hiçbir devletin, ülkesini başka bir devlet ülkesine veya vatandaşlarına zarar verecek şekilde kullanmaması veya kullanılmasına izin vermemesi gerektiği ifade edilmiştir (United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III pp. 1905-1982 (Çevrimiçi) http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf, 7 Kasım 2019). Uluslararası Adalet Divanı da Korfu Boğazı Kararı'nda devletin, ülkesini bilerek diğer devletlerin haklarına aykırı olacak şekilde kullanılmasına izin vermeme yükümü altında olduğunu belirtmiş, devletlerin ülkelerinde gerçekleşen ancak başka devletlere zarar verme niteliği taşıyan faaliyetleri önceden bildirmek yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir (*Corfu Channel case, Judgment of April 9th,* 1949*: I.C.J. Reports* 1949*, p.* 4, s. 22-3).

[35] Birleşmiş Milletler Şartı'nın 74. maddesinde ilkeye yer verilmiş; üye devletlerin sosyal, ekonomik ve ticari alanları konu alan ilişkilerin iyi komşuluk ilkesine dayandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane İlişkiler Kurma ve İş Birliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri'de de devletler arasında iyi komşuluk ilişkileri kurulması hakkında ifadeler yer almaktadır. Bkz. 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, (A/RES/25/2625) 24 October 1970, <http://www.un- documents.net/a25r2625.htm> 2 Şubat 2025.

[36] POYRAZ, Yasin: Uluslararası Hukukta Objektif Sorumluluğun Düzenlenmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2000, s. 225.

[37] ŞİMŞEK, s. 33.

[38] ÖZTURANLI, Beyza: Sınıraşan Hava Kirliliğinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008, s. 108.

[39] TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: "Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Cilt 2, Sayı 2, 2002, s. 891; ŞİMŞEK, s. 33-4.

[40] Taslak Maddeler kapsamında zarar, kişilere, mallara ve çevreye verilen zarar olarak tanımlanmakta; sınıraşan zararın, söz konusu faaliyetlerin fiziksel sonuçlarından kaynaklanmış olması aranmaktadır. Fiziksel olmayan sonuçlar ve devlet politikalarından kaynaklanabilecek siyasal, sosyoekonomik ve benzeri sınıraşan zararlar Taslak Maddeler'in kapsamı dışında bırakılmaktadır. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 2 para. 8, md. 1 para 16.

[41] Önleme yükümü, Stockholm Bildirisi'nin 21. maddesinde, Rio Bildirisi'nin 2. maddesinde, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Başlangıç Bölümünde yer bulmuştur. Önleme yükümü, devletlerin ulusal yetki alanlarının dışında da uygulanabilir kabul edildiğinden yükümün, atmosferin ve deniz çevresinin korunması gibi devletlerin kendi ülkelerindeki faaliyetler sebebiyle iklim sistemine zarar vermemek amacı kapsamında da geçerli olduğu kabul görmektedir. KAYNAKÇIOĞLU, Uğur: Uluslararası Hukukta İklim Değişikliğinin Denizler Üzerindeki Etkileri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 131-3.

etmekten daha öncelikli olduğu ve çevresel risklerin çoğu zaman geri döndürülemez zararlara yol açabileceği ve çevre zararını önlemek için yapılan masrafların, zarar ortaya çıktıktan sonra tazmini için yapılan masraflara göre tercih edilebilir olması düşüncesine dayanmaktadır[42]. Çevre hukukuna ilişkin birçok sözleşmede yer alan yüküme, 2001 tarihli Taslak Maddeler'de de yer verilmekte; devletlerin sınıraşan önemli zararı engellemek ve her halükârda riski asgariye indirmek üzere gereken tedbirleri alması gerektiği ifade edilmektedir[43]. Bu düzenlemeye göre kaynak devlet, öncelikle sınıraşan zararı önlemeli ancak bunun tam olarak mümkün olmaması durumunda bu riski en aza indirmek için tüm uygun tedbirleri almalı, daha açık bir ifadeyle sınıraşan zararın önlenmesi ve en aza indirilmesi hususunda ilgili maddelerde belirtilen tüm özel eylemleri yerine getirmelidir[44]. Bununla birlikte kaynak devletin uluslararası hukukça kabul gören standartlara uygun biçimde ulusal düzenlemeler yapması, bu doğrultuda gerekli politikaları, yasal ve idari tedbirleri uygulaması öngörülmektedir[45]. Bu yükümlülükler önemli sınıraşan zarara yol açma riski içeren faaliyetler için geçerlidir; öngörülemeyen sonuçlara ilişkin riskler devlet yükümlülüklerinin dışında bırakılmaktadır[46]. Bu bağlamda söz konusu yüküm, önemli sınıraşan zarara sebep olma tehlikesi içeren faaliyetlerin tanımlanmasını da kapsamakta; tanımlama işlevinin, önleme yükümlülüğünün devamı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir[47].

Önleme yükümünün uygulanması bakımından mevcut ve kesin bir çevresel tehlikenin varlığı gerekli görülmektedir[48]. Dolayısıyla devletin önleme yükümünün doğması için aranan eşik oldukça yüksektir. Önleme yükümünün uygulanmasının getirdiği zorluktan doğan boşluk ise ihtiyatlılık ilkesi[49] ile doldurulmaktadır. İlke, bilimsel kanıtlara dayanan kesin bir çevresel tehlikenin olmadığı durumlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır[50]. İlke gereğince, zarar riski içeren faaliyetlere karşı tedbirler alınırken söz konusu riskler hakkında bilimsel kesinliğin bulunmamasının, çevresel bozulmayı önlemeye yönelik uygun maliyetli tedbirler alınmasını ertelemek için bir mazeret olarak kullanılmaması öngörülmektedir[51]. Bu bağlamda ilke, sınıraşan zarar veya zarar tehlikesi hallerinde ispat yükünü terse çevirmektedir[52]. Zira ilke gereğince, bir faaliyetin çevreye zararlı olduğunun değil, çevreye önemli bir zarar riski taşımadığının ispatı gerekmektedir. Ancak sunulan koruma ile korunmak istenen değer arasında dengenin sağlanması amacıyla tam bir serbesti tanınmamakta; ilkenin uygulanabilmesi için ciddi ve belirli yoğunlukta çevresel zarar tehlikesinin varlığı aranmaktadır[53]. Dolayısıyla görülmektedir ki her iki yüküm de ciddi ve geri dönülmez çevresel zararlar bağlamında devletlerin gereken özeni gösterme yükümü altında olduğu ile sonuçlanmaktadır[54]. Zira devletin

[42] YILMAZ TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku (Karşılaştırmalı İnceleme), 2. Baskı, İmaj Kitabevi, 2012, s. 111-2; GÜNEŞ, Ahmet Mithat: Ulusal ve Uluslararası Çevre Hukukunun Temel İlkeleri, Haklar ve Araştırmalar Derneği (Yayın no: 6, 2021), s. 16; TABANLI, Figen: Uluslararası Hukukta Deniz Yatağı Faaliyetlerinden Kaynaklı Deniz Kirliliği ve Devletlerin Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 140-1.

[43] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3.

[44] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 3-4.

[45] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para 4, 6.

[46] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para 5.

[47] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 5.

[48] YILMAZ TURGUT, s. 112; TANAKA, Yoshifumi: "Obligations and Liability of Sponsoring States Concerning Activities in the Area: Reflections on the ITLOS Advisory Opinion of 1 February 2011", *Netherlands International Law Review*, Vol. 60, Iss. 2 (2013), s. 215.

[49] İlke, Rio Bildirisi'nin 15. maddesinde düzenlemektedir.

[50] Bu noktada çevresel tehdit düzeyi ölçüt alınarak tehlike ve risk bağlamında bir ayrıma gidildiği, önleme yükümünün çevresel bir tehlikenin; ihtiyatlılık ilkesinin ise çevresel risklerin söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir. GÜNEŞ, s. 16, 20. Benzer yönde bkz. YILMAZ TURGUT, s. 182-8; TANAKA, "Obligations and Liability", s. 215.

[51] İlkeye ilişkin tanımlama, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin Başlangıç Bölümünde yer bulmuştur. Convention on Biological Diversity, United Nations, *Treaty Series,* vol. 1760, p. 79.

[52] ŞİMŞEK, s. 37.

[53] YILMAZ TURGUT, s. 189-190.

[54] KAYNAKÇIOĞLU, s. 135.

ülkesel yetkisinde sınırlandırma öngören ilkeler, bunlardan doğan yükümlülükler nihayetinde devletlerin özen yükümlülüğünü yerine getirebilmeleri için bir gerekliliktir[5556].

Gereken özeni gösterme yükümü ise zararın meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın, kaynak devletinin riski en aza indirmek için mümkün olan en iyi çabayı göstermesi şeklinde tariflenmekte[57]; devletin ülkesel sınırları içindeki tehlikeli faaliyetleri takip etmesini ve bu konuda altyapı hazırlamasını gerektirmektedir[58]. Dolayısıyla gereken özen yükümlülüğü devletin makul çabası olarak görülmekte; gerekli politikaların oluşturulması, idari ve yasal düzenlemelerin yapılması ve ilgili mekanizmalar aracılığıyla uygulanması bu yüküm kapsamında değerlendirilmektedir[59].

Gerekli özenin, devletin bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu sınıraşan zararın derecesi ile orantılı olması aranmaktadır[60]. Bu bağlamda özen yükümlülüğü bakımından uygulanacak standartların, sınıraşan zarar riskinin derecesiyle uygun ve orantılı olmak kaydıyla, her somut olay çerçevesinde bir değerlendirme gerektirdiği; faaliyetin büyüklüğünün, konumunun, özel iklim koşullarının, faaliyet gerçekleştirilirken kullanılan malzemelerin ise bu değerlendirmenin parçasını teşkil ettiği öngörülmektedir[61]. Ancak söz konusu özen standardının zaman içerisinde değişebilmesi ihtimali, devletin teknolojik ve bilimsel gelişmeleri takip etmesini de gerektirmektedir[62]. Bu doğrultuda söz konusu yüküm kapsamında devletin, uluslararası standartlarla uyumlu bir çevre mevzuatı uygulaması, teknolojik gelişmeleri takip etmesi, faaliyetin yönetimi ve denetimi için yeterince eğitimli insan gücü ve yeterli finansal kaynağı tahsis etmesi öngörülmekte; ilgili idari ve mali yapılanmaların ve denetim mekanizmalarının kurulması için gerekli finansal desteği sağlaması beklenmektedir[63]. Bu noktada devletin ekonomik seviyesi, özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığının tespit edilmesinde dikkate alınacak bir unsur olarak belirtilmekte ancak Taslak Maddeler çerçevesinde ortaya çıkan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin gerekçesi olarak ileri sürülemeyeceği öngörülmektedir[64].

Önleme yükümü ile bağlantılı olarak çevresel riskler içeren faaliyetler bakımından öngörülen çevresel etki değerlendirmesi[65] ise önleme yükümünün usulü bir parçası veya bir aracı olarak görülebilir. Çevresel etki değerlendirmesiyle çevresel risk tanımlanmakta, projeye yetki verilmeden veya finans sağlanmadan önce

[55] McINTYRE, Owen: "The World Court's Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Case Between Argentina and Uruguay", *Water Alternatives*, Cilt 4, Sayı 2, 2011, s. 140, 143.

[56] Devletin özen yükümlülüğü, devletin ülkesel yetkisini kullanırken diğer devletlere ve vatandaşlarına zarar veren eylem ve ihmallerden kaçınmasını öngören *sic utere tuo ut alienum non laedas* ilkesi ile bağlantılı olsa da bu yükümün ihlali çevresel zarar doğduktan sonra ortaya çıktığından ve dolayısıyla neden olunan hasarla ilgili yakından bağlantılı olduğundan ("*MATSUI, Yoshiro: International Law of the Environment: Its Fundamental Principles (in Japanese) (2010) s. 107*""den aktaran TANAKA, "Obligations and Liability", s. 215) devletin sorumluluğu ile devletin yetkisine ilişkin getirilen sınırlamadan daha yakın ilişkilidir.

[57] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 7.

[58] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 17.

[59] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 10.

[60] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 18.

[61] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 11.

[62] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 11.

[63] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 13-7.

[64] Önleme yükümlülüğü çerçevesinde faaliyeti işletenin, faaliyetten sorumlu olduğu için, önleme masraflarına katlanması da beklenmektedir. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries, md. 3, para. 13, 15.

[65] Rio Bildirisi'nin 17. maddesi ile ilişkilendirilen çevresel etki değerlendirmesi, planlanan bir faaliyetin çevreye zarar vermeyecek biçimde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, çevrede meydana gelebilecek olumsuz etkilerin belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması için yapılan inceleme ve uygulamalardır. YILMAZ TURGUT, s. 211-2.

önerilen projenin çevresel risklerinin ve etkilerinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır[66]. Önemli sınıraşan çevresel etkileri olabilecek bir endüstriyel faaliyete girişilmeden önce projenin doğası ve boyutuna uygun çevresel etki değerlendirmesi yapılması ve faaliyet sürecinde bu durumun devamlı olarak izlenmesi uluslararası hukukun bir gereği olarak kabul görmektedir[67].

Sınıraşan çevresel zararların önlenmesi hususunda öne çıkan iş birliği yükümüne[68] göre ise devletler çevre ile ilgili bilgileri ve deneyimleri paylaşma, araştırma programlarında iş birliğini geliştirme ve iyi uygulamaları teşvik etme mükellefiyeti altındadır[69]. Zira önemli sınıraşan zarar, ilgili devletler için ortak bir sorundur ve tehlikeli faaliyetleri gerçekleştiren devletin, zararın önlenmesi veya tehlikenin en aza indirilmesi bağlamında diğer devletlerle iş birliği yapması gerekmektedir. 2001 tarihli Taslak Maddeler'de yer bulmuş olan[70] sınıraşan ciddi olumsuz etkileri olabilecek faaliyetlerden potansiyel olarak etkilenebilecek devletlere önceden haber verme, iyi niyetle danışma ve görüşme yapma yükümlülüğü de önleme ve iş birliği yükümünün bir görünümü olarak kabul edilmektedir[71].

SONUÇ

Tehlikeli faaliyetlerden doğan sınıraşan zararlar, genel itibariyle, çevresel zararlarla ilişkilendirildiğinden 2001 ve 2006 tarihli Taslak Maddeler sınıraşan çevresel zararlar odağında, çevre hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerin temel ayaklarını teşkil eden uluslararası hukuk ilkeleri üzerine kuruludur. Bu ilkeler, devletin ülkesindeki ve/veya yetkisi altında olan bölgelerdeki tasarrufları bakımından henüz herhangi bir zarar ortaya çıkmadan belirli sınırlandırmalar ve birtakım yükümlülükler öngördükleri için sınıraşan çevresel zararlar açısından ön alıcı nitelik arz etmekte ve devletin ülkesel yetkisine birtakım sınırlandırmalar öngörmektedir. Söz konusu ilkelerin kabulü, hak temelli egemenlik anlayışından, sorumluluk temelli egemenlik anlayışına geçildiğinin bir göstergesidir ve çevrenin korunmasını amaç edinen uluslararası normların ve menfaatlerin, ulusal menfaatlere göre öncelikli olduğunu ortaya koymaktadır. Taslak Maddeler'de devletin yetkisi bakımından öngörülen hükümler de bu hususu normatif çerçevede doğrulamaktadır. Taslak Maddeler'de özellikle sınıraşan zarar bakımından yapılan tanımlamanın "*ülke sınırları*", "*yetki*" ve "*kontrol*" olmak üzere üç farklı kavram üzerinden tariflenmesi; benzer şekilde kaynak devletinin, Taslak Maddeler'in 1. maddesinin kapsamına giren faaliyetlerin, ülke sınırları içinde veya yetki ya da kontrolü altında planlandığı ya da gerçekleştirildiği devlet olarak ifade edilmesi, devletin yetkisi bakımından ülkesel sınırlanma öngörülmediğini göstermektedir. Madde hükmünde, *"gerçekleştirmek"* eyleminin yanında *"planlanmak"* eylemine yer verilmesi ise zarara sebep olan eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağına yapılan vurguyu güçlendirmekte; sınıraşan zarara sebep olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk rejimini, ihlal teşkil eden eylem veya ihmalin devlete atfedilmesini gereğini öngören devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğunu düzenleyen genel rejimden ayırmaktadır. Sınıraşan zarara sebep olan tehlikeli faaliyetlerden doğan sorumluluk rejimi, devletin hukuka aykırı fiillerden doğan sorumluluk rejiminin işleyişindeki zorluk karşısında daha etkili ve kolay uygulanabilir bir sorumluluk rejimi öngörmektedir.

[66] TABANLI, s. 143-4.
[67] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 14, para. 204-5.
[68] Söz konusu yüküm, Rio Bildirisi'nin 7. maddesinde düzenleme altına alınmıştır.
[69] ŞİMŞEK, s. 33.
[70] 2001 tarihli Taslak Maddeler'de devletin, sınıraşan önemli zarar riski konusunda ilgili devletleri ve kamuoyunu bilgilendirmesi, önleyici tedbirler konusunda kabul edilebilir çözüm bulmak üzere ilgili devletlere danışması, önleyici tedbirler açısından riskin boyutuna göre bundan olumsuz etkilenebilecek devletlerin haklı görülebilecek menfaatlerini dikkate alması, faaliyeti yürütürken bilgi alışverişini sürdürmesi, acil durum hazırlığı yapması ve gerekli bildirmelerde bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu yüküm, Rio Bildirisi'nin 19. maddesi ile ilişkilendirilmektedir.
[71] ŞİMŞEK, s. 38.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ERKİNER, Hakkı Hakan: "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2007, s. 145-180.

GÜNEŞ, Ahmet Mithat: Ulusal ve Uluslararası Çevre Hukukunun Temel İlkeleri, Haklar ve Araştırmalar Derneği (Yayın no: 6) 2021.

ISAYEV, Tuğçe: Önleme Yükümlülüğü Bağlamında Uluslararası Hukukta Devletin Tehlike Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2018.

JAIN, Tarun: "Transboundary Harm: An Environmental Principle in International Context", *The Icfai University Journal of Environmental Law*, Vol. 7, 2008, s. 9-22.

KAYNAKÇIOĞLU, Uğur: Uluslararası Hukukta İklim Değişikliğinin Denizler Üzerindeki Etkileri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

McINTYRE, Owen: "The World Court's Ongoing Contribution to International Water Law: The Pulp Case Between Argentina and Uruguay", *Water Alternatives*, Cilt 4, Sayı 2, 2011, s. 124-144.

MILLS, Alex: "Rethinking Jurisdiction in International Law", *The British Yearbook of International Law*, Cilt 84, No.1, 2014, s. 187-239.

ÖZTURANLI, Beyza: Sınıraşan Hava Kirliliğinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri (2. Kitap), 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

POYRAZ, Yasin: Uluslararası Hukukta Objektif Sorumluluğun Düzenlenmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2000.

SHAW, Malcolm: International Law, 8. Edition, Cambridge University Press, 2017.

ŞİMŞEK, Galip Engin: Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması, Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 2016.

TABANLI, Figen: Uluslararası Hukukta Deniz Yatağı Faaliyetlerinden Kaynaklı Deniz Kirliliği ve Devletlerin Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, 2021.

TANAKA, Yoshifumi: "Compliance Procedures: Multilateral Environmental Agreements (MEAs)", *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (MPEiPro),* Oxford University Press, 2021 (Çevrimiçi) https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1893.013.1893/law-mpeipro-e1893, 3 Nisan 2025.

TANAKA, Yoshifumi: "Obligations and Liability of Sponsoring States Concerning Activities in the Area: Reflections on the ITLOS Advisory Opinion of 1 February 2011", *Netherlands International Law Review*, Vol. 60, Iss. 2 (2013), s. 205-230.

TOLUNER, Sevin: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 1989.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur/ DAL, Ufuk/ SİNGİL, Nesrin: Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınıraşan Zarardan Kaynaklanan Sorumluluğun Paylaştırılmasına İlişkin Milletlerarası Hukuk, Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul 2021.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: "Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Cilt 2, Sayı 2, 2002, s. 889-947.

UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2021.

YILMAZ TURGUT, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku (Karşılaştırmalı İnceleme), 2. Baskı, İmaj Kitabevi, 2012.

Uluslararası Belgeler ve Mahkeme Kararları

Convention on Biological Diversity, United Nations, *Treaty Series,* vol. 1760, p. 79.

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, (A/RES/25/2625) 24 October 1970, <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> 2 Şubat 2025.

Draft Principles on The Allocation of Loss in The Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities, With Commentaries (A/61/10), Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, With Commentaries (A/56/10) Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

Preliminary report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Robert Q. Quentin-Baxter, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission: 1980, Vol. II (1).

Report of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 15-6 June 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1))

Report of The United Nations Conference on Environment and Development, Rio De Janeiro, 3-14 June 1992 (A/CONF.151/26 (Vol. I))

United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Island of Palmas Case (Netherlands, USA) 4 April 1928 Vol. II pp. 829-871 (Çevrimiçi) https://legal.un.org/riaa/cases/vol_ii/829-871.pdf, 7 Kasım 2019.

Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, (A/32/10) Report of the International Law Commission on the work of its twenty-ninth session 9 May-29 July 1977.

2019/1152 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ ÇERÇEVESİNDE İŞVERENİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR*

ÖZET

91/533/EC sayılı Direktif'in neredeyse otuz yıllık uygulamasının ardından 20.06.2019 tarihinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin 2019/1152 sayılı Direktif, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilmiştir. 2019/1152 sayılı Direktif, işverenin, çalışanları sözleşmeleri veya iş ilişkileri için geçerli koşullar hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 14 Ekim 1991 tarihli ve 91/533/EC sayılı Konsey Direktifinin yerini almıştır. Direktif ile Avrupa yasama organı, şeffaf ve daha öngörülebilir istihdamı teşvik ederken, diğer yandan da işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlayarak Birlik içindeki çalışma koşullarını iyileştirme ve uyumlaştırma amacı gütmüştür. Bu amaçla, Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif, diğer hususların yanı sıra, 91/533/EC sayılı Direktifte halihazırda öngörülen, işverenin iş ilişkisinin temel yönleri hakkında bilgi sağlama yükümlülüğünün genişletilmesi ve deneme süresinin azami süresi, çoklu istihdam, işin asgari öngörülebilirliği, başka bir çalışma biçimine geçiş talepleri ve zorunlu ileri eğitime ilişkin asgari çalışma koşullarının tanımlanması yönünde tedbirler öngörmektedir. Direktifin amacı 1. maddesinde işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlarken daha şeffaf ve öngörülebilir istihdamı teşvik ederek çalışma koşullarını iyileştirmek olarak ifade edilmiştir. Söz konusu Direktif, Adalet Divanı'nın içtihadı ışığında, her Üye Devlette yürürlükte olan kanun, toplu sözleşme veya uygulama ile tanımlandığı üzere, Birlik içerisinde bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunan her işçi için geçerli olan asgari hakları belirlemeyi amaçlamaktadır. Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif, çalışma koşullarını, dijitalleşmeye ve esnek bir çalışma dünyasında iş gereksinimlerindeki değişikliklere uyarlamayı amaçlamaktadır. Direktif, iş ilişkisi ve çalışma koşullarının temel yönleri hakkında bilgi sağlanmasına ilişkin asgari gereklilikleri belirlemektedir. İşveren, söz konusu Direktif hükümlerine göre, gerekli olan bilgileri her bir işçiye yazılı olarak sağlamakla yükümlüdür. Söz konusu bilgiler kâğıt üzerinde veya bilginin işçi tarafından erişilebilir olması, saklanabilmesi ve yazdırılabilmesi ve işverenin iletim veya makbuz kanıtını saklaması koşuluyla elektronik biçimde sağlanacak ve iletilebilecektir. Çalışmamız kapsamında şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin 2019/1152 sayılı Direktif çerçevesinde işverenin çalışma koşullarına ilişkin işçilere bilgi verme yükümlülüğü ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şeffaflık, Öngörülebilirlik, Çalışma Koşulları, İşverenin Bilgi Verme Yükümlülüğü.

EMPLOYER'S OBLIGATION TO PROVIDE INFORMATION UNDER EUROPEAN UNION DIRECTIVE 2019/1152

ABSTRACT

Following nearly thirty years of implementation of Directive 91/533/EC, Directive 2019/1152 on transparent and predictable working conditions was adopted by the European Parliament and Council on 20 June 2019. Directive 2019/1152 replaces Council Directive 91/533/EC of 14 October 1991 on the employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to their contract or employment relationship. With this Directive, the European legislative body aims to promote transparent and more predictable employment while also improving and harmonising working conditions within the Union by ensuring the adaptability of the labour market. To this end, the Directive on Transparent and Predictable Working Conditions, among other things,

*Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, duygucelebidemir@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6029-9564.

the extension of the employer's obligation to provide information on the fundamental aspects of the employment relationship, as already provided for in Directive 91/533/EC, and measures to define minimum working conditions regarding the maximum duration of the probationary period, multiple employment, the minimum predictability of work, requests for transition to another form of work, and mandatory further training. The purpose of the Directive is stated in Article 1 as improving working conditions by promoting more transparent and predictable employment while ensuring the compatibility of the labour market. The Directive aims to establish the minimum rights applicable to every worker within the Union who has an employment contract or employment relationship, as defined by the laws, collective agreements, or practices in force in each Member State, in light of the case law of the Court of Justice. The Directive on Transparent and Predictable Working Conditions aims to adapt working conditions to digitalisation and changes in job requirements in a flexible working world. The Directive sets out the minimum requirements for providing information on the fundamental aspects of the employment relationship and working conditions. The employer is obliged to provide the necessary information to each worker in writing in accordance with the provisions of the Directive. The information in question may be provided and communicated in paper form or electronically, provided that the information is accessible, storable and printable by the worker and that the employer retains proof of transmission or receipt. Within the scope of our study, the employer's obligation to provide employees with information regarding working conditions under Directive 2019/1152 on transparent and predictable working conditions will be addressed.

Keywords: Transperancy, Predictability, Working Conditions, Employers Obligation to İnform Employees.

GİRİŞ

Gerek Anayasa'da gerekse kanunlarda kullanılan 'çalışma şartları' ve 'iş şartları' kavramlarına ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Çalışma, iş hukukunda teknik bir terim olarak 'iş' karşılığı kullanılırken; çalışma koşulları ise işçinin üstlendiği işi yerine getirmede tabi olacağı bütün şartları ifade eden ve bu yönüyle iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçları kapsayan bir kavramı ifade etmektedir[1]. Bu bağlamda öğretide çalışma koşulları, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi resmi kaynakların yanı sıra toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, tip iş akdi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması gibi genel iş koşullarında öngörülen; işçi ve işverenin tabi olacağı tüm hak ve borçları kapsayan koşullar olarak tanımlanmaktadır[2]. Çalışma koşulları doğrudan işin ifasına yönelik hususların yanı sıra doğrudan işin ifasıyla

[1] TAŞKENT, Savaş: Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul 1981, 12-14; EKONOMİ, Münir: "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 4, S: 2, Haziran 1997, 158; ALPAGUT, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C: 18, S: 5, Eylül 2004, 53; EKMEKÇİ, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 76; ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, 101; TULUKCU, N. Binnur: "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişikliğe İlişkin Usule Uyulmaması Halinde İşveren Tarafından Yapılan Feshin Haksız Olduğuna Dair Yargıtay Kararı İncelemesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 2008, 293; UZUN, Bekir: "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 1, Sayı: 2, Haziran 2006, 48; AKIN, Levent: "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, 27(2), 2013, 39; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2019, 232; ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 333; SÜZEK, Sarper/ BAŞTERZİ, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2024, 702; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, 108. Çalışma koşullarının nasıl düzenlendiğine ilişkin bilgi için bkz. ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Basım, İstanbul 2023, 265 vd.

[2] TAŞKENT, 10; EKONOMİ, Çalışma Şartları, 157 vd.; GÜLER, Mikdat: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi", Karar İncelemesi, Legal İHSGHD, C: I, S: 2, 2004, 554; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener

ilgili olmayıp işçinin o işyerinde çalışması nedeniyle tabi olduğu hususları da kapsamına almaktadır. Başka bir ifadeyle işin nerede, ne zaman ve nasıl görüleceğinden, iş yerinde çalışma süresinin belirlenmesine; izin sürelerinin tespitinden ödenecek ücret ve ücret eklerine; ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primi ödenmesinden belirli konumda bulunan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçları geniş anlamda çalışma koşulu kavramı içerisinde yer almaktadır. Özetle iş görme ediminin ifa edileceği, iş ilişkisinin tabi olduğu tüm koşullar çalışma koşulu kapsamında değerlendirilmektedir[3].

Çalışma koşullarının şeffaf ve öngörülebilir olması ve işçinin sözü edilen koşullar hakkında bilgi sahibi olması iş hukukunda önem arz etmektedir. Zira çalışma koşulları, iş hukukunda disiplin cezası, tazminat, haklı nedenle fesih gibi çeşitli yaptırımların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir[4]. Bu nedenle işverenin, çalışma koşullarına ilişkin işçileri bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır[5].

Öte yandan teknolojik alanda yaşanan gelişmeler diğer pek çok alanı etkilediği gibi çalışma hayatını da etkisi altına almıştır. Dijitalleşmeyle birlikte işyerinin tasarımı, yeni çalışma modelleri, çalışma şekillerinde değişiklikler meydana gelmiştir. Zira, gelişen teknolojiyle birlikte internet kullanımı artarak bilgiye erişim imkânı oldukça kolaylaşmıştır[6]. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki ilerlemeler, teknolojinin ilerlemesine bağlı olarak ortaya çıkan elektronik araçların günlük yaşantımızın bir parçası haline gelmesi iş hukukunda da

Armağanı I, İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 2016, 159; KABAKCI, Mahmut: "5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl 2011, Cilt 4, Sayı 31, 84; SÜZEK/BAŞTERZİ, 702.

[3] Yargıtay'a göre iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tamamı çalışma koşulu olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Yargıtay 9. HD'nin 05.05.2014 tarih ve E: 2014/11532 K: 2014/14195 sayılı kararı, *"İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir."*. www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 18.07.2025).

[4] KUTLU MUTLUER, Merve: "Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXVIII, Sayı 2, Nisan 2024, 84.

[5] Hukuk literatüründe işverenin çalışanları bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, çalışma koşulları, işyeri ve işletmelerin yakın geçmişteki ve gelecekteki gelişimi, ekonomik durumu ile istihdam durumu, yapısı ve istihdamı yakın gelecekte etkileyecek hususlar olarak ifade edilmektedir. Bkz. SÜZEK, Sarper: "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1995, 44(1), 186; ALP, Mustafa: "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, 6(1), 8; YİĞİT, Yusuf: "İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü", Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl 2009, 23(4), 79.

[6] TÜİK'in 29.08.2023 tarihinde yayımlamış olduğu istatistiğe göre internet kullanım oranı, 16-74 yaş grubundaki bireylerde 2022 yılında %85,0 iken 2023 yılında %87,1 olmuştur. Cinsiyet ayrımında 2023 yılında İnternet kullanım oranı; erkeklerde %90,9, kadınlarda %83,3 olarak tespit edilmiştir.

değişimi beraberinde getirmiştir[7]. Bu kapsamda her yerden çalışma kavramı ortaya çıkmış, çalışma koşullarının şeffaflığı ve öngörülebilirliği iş hukukunda daha da önemli bir konu haline gelmiştir[8].

Avrupa Yasama organı iş piyasasında daha fazla şeffaflık yaratmak, iş ilişkisinin koşulları hakkında güvensizlik ve belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla, 14 Ekim 1991 tarihinde 91/533/EC sayılı İşverenin Çalışanını İş Sözleşmesi veya İstihdam İlişkisi İçin Geçerli Koşullar Hakkında Bilgilendirme Yükümlülüğü konusundaki Konsey Direktifini kabul etmiştir[9]. Sözü edilen Direktif, çalışanların iş ilişkisinin genel ve özel koşulları hakkında bilgilendirilmelerini sağlamak üzere yürürlüğe girmiş ve işverene, iş ilişkisinin kararlaştırılan önemli hükümlerini yazılı olarak bildirme yükümlülüğü yüklemiştir[10,11]. Kanıt Direktifi olarak bilinen bu düzenlemeyle işverenlerin, çalışanlarına işe başlama tarihinden itibaren 2 ay içinde, iş ilişkilerine uygulanacak temel koşullara dair bilgi sağlamaları zorunlu kılınmaktaydı. Direktifle işverenin, her çalışana, iş sözleşmesi veya iş ilişkisiyle ilgili tüm temel koşullar hakkında bilgi içeren bir yazılı belge sunması amaçlanmaktaydı. Ancak sözü edilen Direktif, 2 aylık sürenin şeffaflığı engellemesi; kayıt dışı çalışmayı ve çalışan haklarının kötüye kullanılmasını artırması; yaptırım mekanizmasının etkisiz olması ve bilgi paketinin yetersiz olması nedeniyle eleştirilmekteydi[12]. Özellikle çalışma saatleri ile ilgili bilgi eksikliğinin sorun yarattığı ifade edilmekteydi. Ayrıca Yönerge kapsamında hangi işçilerin yer aldığına dair belirsizlik de çözülmesi gereken acil bir sorun olarak belirtilmekteydi[13]. Özellikle son yıllarda, yeni ve atipik istihdam biçimlerinin ortaya çıkmasıyla Direktif'in kapsama alanı konusundaki belirsizlik daha da artmıştır. Zira yeni istihdam şekilleri, örneğin sıfır saat sözleşmeleri, geçici iş ilişkisi, kupon usulüyle çalışma gibi türleri yaygınlık kazanmıştır[14,15].

---

[7] ÇELEBİ DEMİR, Duygu: İşçinin İnternet Kullanımı ve E-Postasının Denetlenmesi, Dijital İş Hukuku Uygulamaları (Ed. Saim Ocak), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, 577.

[8] KUTLU MUTLUER, 84-85.

[9] Direktif'e ilişkin detaylı bilgi için bkz. YİĞİT, İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü, 79 vd.; GÜRKAN, Elif Seda: İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2021, 226 vd.

[10] HEPER, Altan: Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Ens., İstanbul 1997, 162; YİĞİT, İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü, 82.

[11] 91/533/EC sayılı Yönergeyle Avrupa İş Hukuku'nda ilk kez sadece belirli hallerle sınırlı olmayan (örneğin işletmenin devredilmesi ile ilgili olarak), genel olarak iş ilişkisine yönelik ve bireysel haklar yaratan bir düzenleme getirilmiştir. YİĞİT, Yusuf: İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, Beta Basım, İstanbul 2010, 52.

[12] Commission Staff Working Document REFIT Evaluation of the 'Written Statement Directive' (Directive 91/533/EEC), 2017, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017SC0010, (Erişim Tarihi: 17.07.2029)

[13] GEORGİOU, Despoina: "The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment", European Journal of Industrial Relations 2022, Vol. 28(2), 194.

[14] Avrupa Komisyonunun 2017 raporuna göre son 10 yılda yaratılan yeni işlerin yarısı atipik olması AB iş gücünün %25'inin geçici işlerde çalıştığı anlamı taşımaktadır. Örneğin, bir aydan kısa süreli sözleşmelerle çalışan işçi sayısı 2002'de 373.000 iken, 2016'da bu sayı 1.3 milyona yükselmiştir; ayrıca, haftada 8 saatten az çalışan 3.8 milyon insan bulunmaktadır. European Commission IMPACT ASSESSMENT Accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union, SWD 2017, 478 final, Brussels 2017, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0478, (Erişim Tarihi: 15.07.2025)

[15] Nitekim Direktif Dibace 4'te, "Konsey'in 91/533/EC sayılı Direktifi'nin kabulünden bu yana işgücü piyasalarında demografik değişiklikler ve dijitalleşme gibi nedenlerle köklü değişiklikler olmuştur. Bu durum, yenilikçiliği, istihdam yaratımını ve işgücü piyasasının büyümesini artıran yeni istihdam biçimlerinin oluşmasına neden olmuştur. Bu yeni istihdam biçimlerinin bazıları, öngörülebilirlik açısından geleneksel iş ilişkilerinden büyük ölçüde farklıdır ve bu da ilgili

Yukarıda belirtilen gerekçeler neticesinde 20.06.2019 tarihinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin 2019/1152 sayılı Direktif Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilmiştir. 2019/1152 sayılı Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif, işverenin, çalışanları sözleşmeleri veya iş ilişkileri için geçerli koşullar hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 14 Ekim 1991 tarihli ve 91/533/EC sayılı Konsey Direktifi'nin yerini almıştır. Direktif'in 24. maddesine göre 91/533/EC sayılı Direktif, 1 Ağustos 2022 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Direktif'e yapılan atıflar, bu Direktife yapılmış sayılacaktır. Direktifin 23. Maddesi ise, 1 Ağustos 2027 tarihine kadar, Komisyonun, Üye Devletlere ve Birlik düzeyindeki sosyal ortaklara danıştıktan sonra ve mikro, küçük ve orta ölçekli işletmeler üzerindeki etkiyi dikkate alarak, bu Direktif'in uygulanmasını gözden geçireceğini ve uygun olduğu hallerde mevzuat değişiklikleri önereceğini öngörmektedir.

Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif genel olarak işçilere daha kapsamlı haklar sağlayarak işçilerin korunmasını artırmaktadır. İşçilere sağlanan bilgi paketi, çalışma koşullarına ilişkin netliği artırmak amacıyla güncellenerek, istihdama ilişkin daha şeffaf ve öngörülebilir koşulların sağlanması yoluyla istihdam standartları yükseltilmek istenmiştir. İstihdam alanında yasal olarak bağlayıcı yeni bir belgenin kabul edilmesi büyük bir başarı olarak karşılanmaktadır. Öte yandan Direktif, çalışanların haklarını artırmak suretiyle 91/533/EC sayılı Direktif'in bazı eksikliklerini gidermeye çalışmıştır. Direktif'in kapsamı, yeni ve geçici istihdam biçimlerinde çalışan kişilere daha fazla koruma sağlamak üzere genişletilmiştir[16]. Nitekim Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif'in kabulünden bu yana Avrupa Birliği, işçilerin korunmasını artıran başka yumuşak hukuk ve sert hukuk araçlarını da uygulamaya koymuştur. Bu kapsamda Avrupa Birliği, revize edilmiş İş-Yaşam Dengesi Direktifini (2019/1158) ve Çalışanlar ve Serbest Meslek Sahipleri için Sosyal Korumaya Erişime ilişkin Konsey Tavsiye Kararını[17] kabul etmiştir.

I.2019/1152 SAYILI ŞEFFAF VE ÖNGÖRÜLEBİLİR ÇALIŞMA KOŞULLARINA İLİŞKİN DİREKTİF'İN AMACI VE KAPSAMI

A. Direktifin Amacı

Direktif, işverenin çalışanları sözleşmeleri veya iş ilişkileri için geçerli koşullar hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 14 Ekim 1991 tarihli ve 91/533/EC sayılı Konsey Direktifinin yerini almaktadır. Çalışma Koşulları Direktifi ile Avrupa yasama organı, bir yandan şeffaf ve daha öngörülebilir istihdamı teşvik ederken, diğer yandan işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlayarak Birlik içindeki çalışma koşullarını

çalışanlar için geçerli haklar ve sosyal koruma konusunda belirsizlik yaratmaktadır. Bu değişen çalışma dünyasında, çalışanların temel çalışma koşulları hakkında tam olarak ve kolayca erişilebilir yazılı biçimde bilgilendirilmeleri ihtiyacı artmıştır." ifadelerine yer verilmiştir. Direktif Dibace 5'te ise, 91/533/EC sayılı Direktif uyarınca, Birlik içindeki çalışanların büyük çoğunluğunun çalışma koşullarına dair yazılı bilgi alma hakkı bulunmasına karşın bu Direktif tüm çalışanlara uygulanmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, 1991'den bu yana işgücü piyasasında yaşanan gelişmeler neticesinde yeni istihdam biçimlerine ilişkin koruma açıkları ortaya çıktığı vurgulanmıştır.

[16] GEORGİOU, 205; MAUL-SARTORİ, Mathias: "Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie EU-Arbeitsrecht weiter auf dem Vormarsch", NZA 2019, Heft 17, 1162.

[17] Tavsiye Kararı, Üye Devletlerden sosyal güvenlik sistemlerinin kapsamını serbest meslek de dâhil olmak üzere tüm istihdam türlerini içerecek şekilde genişletmeyi taahhüt etmelerini isteyerek platform çalışanlarının korunmasını artırmaktadır. Konsey Tavsiye Kararı Üye Devletlere şu çağrıda bulunmaktadır: (i) standart dışı çalışanların ve serbest meslek sahiplerinin sosyal güvenlik programlarına kaydolmalarına izin vermek; (ii) standart dışı çalışanların ve serbest meslek sahiplerinin etkili ve yeterli bir şekilde kapsanmaları için yeterli sosyal yardımları oluşturabilmelerini ve alabilmelerini sağlayacak tedbirleri almak ve (iii) sosyal güvenlik sistemleri ve haklarına ilişkin şeffaflığı artırmak. Bu hedeflere ulaşılmasında Komisyon, diyalog ve karşılıklı öğrenme faaliyetlerinin yanı sıra Tavsiye Kararının farklı Üye Devletlerde uygulanmasını takip edecek bir izleme çerçevesinin oluşturulması yoluyla Üye Devletleri destekleyecektir. GEORGİOU, 205.

iyileştirme ve uyumlaştırma amacı gütmektedir. Bu amaçla, Çalışma Koşulları Direktifi, diğer hususların yanı sıra, 91/533/EC sayılı Direktifte halihazırda öngörülen, işverenin iş ilişkisinin temel yönleri hakkında bilgi sağlama yükümlülüğünün genişletilmesi ve deneme süresinin azami süresi, çoklu istihdam, asgari öngörülebilirlik ile ilgili olarak çalışma koşulları için asgari gerekliliklerin belirlenmesi yönünde tedbirleri öngörmektedir.

Direktifin amacı 1. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlarken daha şeffaf ve öngörülebilir istihdamı teşvik ederek çalışma koşullarını iyileştirmek, Yönergenin amacı olarak ifade edilmiştir. Söz konusu Direktif, Adalet Divanı'nın içtihadını dikkate alarak, her Üye Devlette yürürlükte olan kanun, toplu sözleşme veya uygulama ile tanımlandığı üzere, Birlik içerisinde bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunan her işçi için geçerli olan asgari hakları belirlemeyi amaçlamaktadır.

B. Direktifin Kapsamı

2019/1152 sayılı Yönerge, 91/533/EC sayılı Yönerge gibi, kapsamın belirlenmesinde işçi tanımına yer vermemiştir[18]. Direktif madde 1/2'ye göre, "Direktif, her Üye Devlette yürürlükte olan kanun, toplu sözleşmeler veya uygulamalarla tanımlanan iş sözleşmesi veya iş ilişkisine sahip olan her işçiye" uygulanır[19]. Bu bağlamda Direktif'te öngörülen bilgilendirme yükümlülüğü Birlik üyesi devletlerin hukukuna tabi iş ilişkileri kapsamına aldığından, iş görme ediminin ifa edildiği yerin birlik üyesi ülke içinde olup olmadığı önem taşımamaktadır[20]. Öte yandan Direktif'te sıfır saat sözleşmeleri, geçici iş ilişkisi, evden çalışma, kupon usulüyle çalışma, platform çalışmaları gibi atipik istihdam modelleri için bir istisna öngörülmemiştir. Bu nedenle evden çalışanlar, platform işçileri, çağrı üzerine istihdam edilen kişiler, stajyerler ve geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan kişiler de Direktif kapsamında işçi sayılacaktır[21].

Sosyal alandaki çoğu Direktifte olduğu gibi, Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi de kapsam belirleme görevi ulusal yargı alanlarına bırakılmaktadır. Bu kapsamda her üye devlet, Direktif'in uygulanacağı işçi kategorilerini belirlemekten sorumlu tutulmaktadır. Bu hususta Direktif'te önemli bir istisnaya yer verilmiştir. Direktif'e göre 'işçi' statüsü değerlendirilirken, ulusal yargıçlar ve yasa koyucular, Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadını dikkate almak zorundadır[22]. Direktif, Mahkeme'nin en önemli davalarından bazılarını

[18] GÜRKAN, 236.

[19] Kişisel uygulama kapsamının tanımı AB kurumları arasında tartışma konusu olmuştur. Komisyon ve Parlamento, Birliğin özerk tanımını uygulamak istemiştir. Bu tanıma göre, bir iş ilişkisinin temel özelliğinin, bir kişinin başka bir kişi için belirli bir süre boyunca, o kişinin talimatlarına uygun olarak iş yapması ve bunun karşılığında ücret alması olduğu bilinmektedir. Bu kavram, Almanların iş sözleşmesi sahibi olarak işçi anlayışından daha geniştir. MAUL-SARTORİ, 1163.

[20] KUTLU MUTLUER, 92.

[21] HENSSLER, Martin/PANT, Benjamin: "Europäisierter Arbeitnehmerbegriff – Regulierung der typischen und atypischen Beschäftigung in Deutschland und der Union-", RdA 2019, Heft 6, 328-329.

[22] Avrupa Adalet Divanı (ECJ), 'işçi' teriminin her zaman aynı anlama gelmeyebileceği konusunda uyarılarda bulunsa da, Hoekstra (C-75/63) davasından itibaren, bu terim, Serbest Dolaşım Alanı kapsamında sürekli olarak aynı tanımda kullanılmaktadır. Önemli bir karar olan Lawrie-Blum (C-66/85) davasında Mahkeme, "Bir iş ilişkisini tanımlayan temel özellik, bir kişinin belli bir süre boyunca, başkası için ve onun yönlendirmesi altında hizmet sunması ve karşılığında ücret almasıdır" (para 17) şeklinde bir karar vermiştir. Bu bağlamda üç kriter belirginleşmiştir: (a) etkili ve gerçek ekonomik faaliyetlerin yerine getirilmesi; (b) ücret ve (c) bağımlılık. Serbest dolaşım ve eşit ücret hükümlerinin yanı sıra, Lawrie-Blum 'işçi' tanımı, açıkça yerel tanımlara başvurmayan diğer iş ve sosyal hukuk Direktiflerinin kişisel kapsamını belirlemek için de kullanılmıştır. Hamile Çalışanlar (92/85/EEC), Çalışma Süresi (2003/88/EC), Bilgilendirme ve Danışma (2002/14/EC) ve Toplu İşten Çıkarma (98/59/EC) Direktifleri ile ilgili davalarda, Mahkeme, 'işçi' tanımını, ulusal 'işçi' tanımlarından haksız bir şekilde hariç tutulan işçi kategorilerine koruma sağlamak için kullanmıştır. GEORGİOU, 198.

hatırlatarak[23], Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadının, Direktif'in ulusal yargı alanlarına aktarılması sürecindeki önemini vurgulamaktadır[24]. Doktrinde Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına atıfta bulunulmasının, Direktif'in kişisel uygulama alanının yorumlanmasında ulusal ve Avrupa standartlarının ne ölçüde dikkate alınması gerektiği sorusuna tek başına cevap veremediği ifade edilmektedir. Bunun nedeni, Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarının, belirtildiği gibi, heterojen bir yapıya sahip olması ve üye devletlerin hukukuna atıfta bulunulduğunda bile tamamen tek tip bir kontrol standardının bulunmaması olarak belirtilmektedir[25].

Direktif Dibace 8'e göre, Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına göre, bir kişinin "işçi" sayılıp sayılmayacağı belirli kriterlerle değerlendirilir. Bu kriterleri karşılayan ev hizmetlerinde çalışanlar, talep üzerine çalışanlar (on-demand workers), süreksiz çalışanlar, kupon-bazlı çalışanlar, platform çalışanları, çıraklar ve stajyerler bu Direktif'e tabi olabilmektedir. Gerçek anlamda serbest meslek sahipleri ise Direktif kapsamına girmemektedir; çünkü bu kişiler iş ilişkisine özgü koşulları karşılamamaktadır. Ulusal hukukta tanımlanan serbest meslek sahipliği statüsünün örneğin, esasen çalışan olan kişilerin serbest meslekli olarak gösterilmesi şeklinde kötüye kullanılması sahte bağımsız çalışma (bogus self-employment) olarak kabul edilmekte ve yasadışı veya kayıt dışı çalışma riski taşımaktadır. Bu durumdaki kişilerin Direktif kapsamına dahil edilmesi gerektiği belirtilmektedir. İstihdam ilişkisinin varlığı, tarafların tanımından ziyade fiili çalışma koşullarına dayalı olarak değerlendirilecektir[26]. Değişen sisteme sadece kısmen uyarlanmış olan Dibace 8 görünürde "netleştirme" amacıyla, Avrupa Adalet Divanı'nın, güçlü bir şekilde Avrupalılaşmış veya tamamen özerk bir işçi anlayışını savunan bir dizi kararını referans almaktadır[27].

Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadına dayanmak, Üye Devletlerin, Mahkeme tarafından belirlenen 'işçi' kriterlerini karşılayan çalışan kategorilerinden korumayı keyfi şekilde kaldırmalarını engellemektedir. Ulusal yargıçlar ve yasama organları, Direktifi uygulayan ulusal mevzuatları yorumlarken Avrupa Adalet Divanı içtihadını dikkate almak zorundadır. Bu hususun kapsamın genişlemesine ve ulusal yaklaşımlar arasında homojenliğin artmasına, böylece Avrupa Birliği işgücü piyasasında daha geniş ve uyumlu tanımların ortaya çıkmasına, artırılmış tutarlılık, kesinlik, şeffaflık ve öngörülebilirlik sağlanmasına olanak tanıyacağı ifade edilmektedir[28]. Öte yandan Direktif metninin lafzı ve oluşum tarihi, kişisel uygulama alanı için öncelikle ulusal işçi anlayışının önemli olduğunu açıkça göstermektedir. Bununla birlikte, üye devletlerin işçi niteliğini değerlendirirken tamamen özgür olmadıkları, Avrupa Adalet Divanı'nın denetimine tabi oldukları da açıktır[29].

Direktif m.1/7'ye göre, Üye Devletler ev hizmetlerinde çalışanların işvereni olarak hareket eden kişileri farklı istihdam türlerine ilişkin talepleri değerlendirme ve yanıtlama; ücretsiz zorunlu eğitim sağlama ve sağlanan belgelerde eksik bilgi olması durumunda lehte varsayımlara dayanan telafi mekanizmaları sağlama yükümlülüklerinin dışında tutmak için özel kurallar belirleyebilmektedir. Bu istisnalar, ev işlerinin özel

---

[23] C-66/85, Lawrie-Blum; C-428/09, Union Syndicale Solidaire Isère; C-229/14, Balkaya; C-413/13, FNV Kunsten; C-216/15, Ruhrlandklinik. Bu kararların, 2019/1152 sayılı Direktifin 1. maddesinin 2. fıkrası ile çelişen ortak noktası, üye devletlerin değil, ağırlıklı olarak Birlik hukuku açısından özerk veya önemli ölçüde özerkleştirilmiş bir işçi anlayışından hareket etmeleri olarak ifade edilmektedir. Sözü edilen kararlar işçi kavramı açısından ulusal hukuka atıfta bulunan direktifleri değil, sistematik yapısı nedeniyle özerk bir işçi anlayışına dayanan hükümleri ilgilendirmektedir. HENSSLER /PANT, 329.

[24] GEORGİOU, 197.

[25] HENSSLER /PANT, 328.

[26] https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj/eng, Dibace 8 (Erişim Tarihi: 07.07.2025)

[27] HENSSLER /PANT, 321.

[28] GEORGİOU, 201.

[29] HENSSLER /PANT, 329.

yapısına uyum sağlamak amacıyla getirilmiştir ve bu ihtimalde işveren büyük bir firma değil, genellikle eğitim, telafi mekanizmaları veya alternatif istihdam türleri sağlama kabiliyetine sahip olmayan bir bireydir. Ayrıca, m.1/3'e göre, Üye Devletler, bu Direktif'teki yükümlülükleri, belirlenmiş ve fiilen çalışılan sürelerinin, dört ardışık hafta boyunca bir referans döneminde haftalık ortalama üç saati aşmayan veya buna eşit olan çalışanlara uygulamama kararı alabilme imkanına sahiptir. Ancak, bu durum, bir teşebbüs, grup veya kuruluş oluşturan veya bir teşebbüs, grup veya kuruluşa ait olan işverenlere çalışan işçiler için geçerli değildir; bu durumda, Direktif m.1/3 uyarınca üç saatlik ortalamaya dahil edilirler. Bu nedenle Direktif, özellikle iş hacmi düşük ve çalışma takvimi büyük ölçüde öngörülemeyen çalışanları ve dolayısıyla "gig ekonomisi" olarak adlandırılan ve örneğin, tıklamalı çalışma, kalabalık çalışma gibi çeşitli değişken çalışma biçimlerini korumayı amaçlamaktadır[30]. Ancak bu noktada Direktif Dibace 12'ye göre sıfır saat ve bazı isteğe bağlı sözleşmelerde çalışanlar da dâhil olmak üzere, garanti edilmiş bir çalışma süresine sahip olmayan işçiler özellikle hassas bir durumdadır. Bu nedenle, bu Direktifin hükümleri, fiilen çalıştıkları saat sayısına bakılmaksızın onlar için de geçerli olmalıdır[31]. Sıfır saat sözleşmesiyle çalışanlar, haftalık üç saati aşmayan bir çalışmaları olsa dahi Direktif kapsamı dışında bırakılmamaktadır[32].

Direktif'in kapsamı açısından getirilen bir diğer istisnaya m.1/6'da yer verilmiştir. Sözü edilen düzenlemeye göre, Üye Devletler, objektif gerekçelerle, Bölüm III'te yer alan hükümlerin devlet memurları, acil durum kamu hizmetleri, silahlı kuvvetler, polis makamları, hakimler, savcılar, müfettişler veya diğer kolluk kuvvetleri için geçerli olmayacağını öngörebilmektedir. Direktif m.1/8 uyarınca ise Direktif m.4/2,(m) ve (o) bentlerinde ve madde 7, 9, 10 ve 12'de belirtilen yükümlülükler gemiadamları veya deniz balıkçıları için geçerli değildir.

II. 2019/1152 SAYILI ŞEFFAF VE ÖNGÖRÜLEBİLİR ÇALIŞMA KOŞULLARINA İLİŞKİN DİREKTİF'E GÖRE İŞVERENİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Bilgi Verme Yükümlülüğünün Kapsamı

Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif çalışma koşullarına ilişkin daha şeffaf ve öngörülebilir koşullar sağlama amacıyla getirilmiştir. Bu doğrultuda, Direktif, 91/533/EC sayılı Direktif'e göre güncellenmiş daha kapsamlı bir bilgi paketini içermektedir. Direktif, 91/533/EC sayılı Direktif'te yer alan bilgi gerektiren unsurlar listesini, işgücü piyasasındaki gelişmeleri ve özellikle de atipik çalışma biçimlerindeki artışı dikkate alacak şekilde uyarlamayı amaçlamaktadır[33].

Direktif m.4 uyarınca Üye Devletler, işverenlerin, işçileri, iş ilişkisinin temel yönleri hakkında bilgilendirmelerini sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda işverenlerin bilgilendirme yükümlülüğünün asgari olarak aşağıda belirtilen hususları içermesi gerekmektedir:

"(a) iş ilişkisinin taraflarının kimlikleri;

---

[30] MÄVERS, Gunther: "Richtlinie 2019/1152 über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen", ArbRAktuell 2019, Heft 24, 571-572.

[31] https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj/eng.

[32] Direktif Dibace 47 'de *"Bu Direktif asgari gereklilikleri ortaya koymakta, böylece Üye Devletlerin daha elverişli hükümler getirme ve sürdürme ayrıcalıklarına dokunmamaktadır. Bu Direktif ile daha elverişli hükümler getirilmediği sürece, mevcut yasal çerçeve kapsamında elde edilen haklar geçerli olmaya devam etmelidir. Bu Direktifin uygulanması, bu alandaki mevcut Birlik hukukunda veya ulusal hukukta yer alan mevcut hakları azaltmak için kullanılamayacağı gibi, bu Direktifin kapsadığı alanda çalışanlara sağlanan genel koruma düzeyini azaltmak için geçerli bir gerekçe de oluşturamaz. Özellikle, sıfır-saat sözleşmelerinin veya benzer türde iş sözleşmelerinin uygulamaya konulması için gerekçe teşkil etmemelidir."* ifadelerine yer verilmiştir. Bu kapsamda Direktif'in sıfır saat sözleşmesi ile çalışanların korunmasına özel bir önem verdiği ifade edilebilir.

[33] MAUL-SARTORİ, 1164.

(b) iş yeri; sabit veya ağırlıklı iş yerinin bulunmadığı durumlarda, işçinin çeşitli yerlerde istihdam edildiği veya iş yerini belirlemekte serbest olduğu ilkesi ve kayıtlı iş yeri veya uygun olduğu durumlarda işverenin ikametgahı;

(c) ya:

(i) çalışanın istihdam edildiği işin unvanı, derecesi, niteliği veya kategorisi veya

(ii) işin kısa bir spesifikasyonu veya tanımı;

(d) iş ilişkisinin başladığı tarih;

(e) belirli süreli bir iş ilişkisi söz konusu olduğunda, bunun bitiş tarihi veya beklenen süresi;

(f) geçici iş ilişkisi söz konusu olduğunda, bilindiği zaman ve bilindiği anda geçici işverenin kimliği;

(g) varsa deneme süresinin süresi ve koşulları;

(h) varsa işveren tarafından sağlanan eğitim hakkı;

(i) çalışanın hak kazandığı yıllık ücretli izin miktarı veya bilgi verildiğinde bunun belirtilemediği durumlarda, söz konusu iznin tahsis edilmesi ve belirlenmesine ilişkin prosedürler;

(j) iş ilişkilerinin sona ermesi halinde, resmi gereklilikler ve ihbar süreleri de dahil olmak üzere, işveren ve işçi tarafından izlenecek prosedür veya bilgi verildiğinde ihbar sürelerinin uzunluğunun belirtilemediği durumlarda, söz konusu ihbar sürelerinin belirlenmesine ilişkin yöntem;

(k) başlangıçtaki temel tutar dahil olmak üzere ücret, varsa diğer bileşen unsurlar ayrı ayrı belirtilir ve çalışanın hak kazandığı ücretin ödenme sıklığı ve yöntemi;

(l) Çalışma düzeninin tamamen veya çoğunlukla öngörülebilir olması halinde, çalışanın standart iş günü veya haftasının uzunluğu ve fazla mesai ve ücretlendirmesine ilişkin her türlü düzenleme ve uygulanabilir olduğu hallerde vardiya değişikliklerine ilişkin her türlü düzenleme;

(m) Çalışma düzeninin tamamen veya çoğunlukla öngörülemez olması halinde, işveren çalışanı aşağıdaki hususlar hakkında bilgilendirecektir

(i) Çalışma programının değişken olması ilkesi, garanti edilen ücretli saat sayısı ve garanti edilen saatlere ek olarak yapılan iş için ücret;

(ii) çalışanın çalışması gerekebilecek referans saatler ve günler;

(iii) işçinin bir iş atamasının başlamasından önce hak kazandığı asgari ihbar süresi ve uygulanabilir olduğu hallerde, Madde 10(3)'te atıfta bulunulan iptal için son tarih;

(n) (n) işçinin çalışma koşullarını düzenleyen herhangi bir toplu sözleşme veya işletme dışında özel ortak organlar veya kurumlar tarafından akdedilen toplu sözleşmeler söz konusu olduğunda, sözleşmelerin akdedildiği bu organların veya kurumların adı;

(o) işverenin sorumluluğunda olduğu durumlarda, iş ilişkisine bağlı sosyal katkıları alan sosyal güvenlik kurumlarının kimliği ve işveren tarafından sağlanan sosyal güvenliğe ilişkin her türlü koruma. "[34].

Direktif m. 4/3'e göre, m.4/2, (g), (l) ve (o)'da atıfta bulunulan bilgiler, uygun olduğu hallerde, söz konusu hususları düzenleyen kanunlara, yönetmeliklere ve idari veya yasal hükümlere veya toplu sözleşmelere atıfta bulunulması şeklinde verilebilecektir.

[34] https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj/eng (Erişim Tarihi: 25.07.2025).

Direktif'e göre yurtdışına gönderilen işçilere özel bilgiler sunulması gerekmektedir. Bu kapsamda Direktif m.7'de ise işçinin mutat olarak çalıştığı Üye Devlet dışında bir Üye Devlette veya üçüncü bir ülkede çalışması ihtimalinde bilgilendirme yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Bu kapsamda Üye Devletler, bir işçinin mutat olarak çalıştığı Üye Devlet dışında bir Üye Devlette veya üçüncü bir ülkede çalışması gerektiğinde, işverenin işçinin ayrılışından önce Direktif m.5/1'de atıfta bulunulan belgeleri sağlanmasını ve belgelerin en azından aşağıdaki ek bilgileri içermesini temin etmekle yükümlü kılınmıştır. Düzenlemeye göre sözü edilen bilgiler:

"(a) yurtdışındaki çalışmanın yapılacağı ülke veya ülkeler ve öngörülen süresi;

(b) ücretlerin ödenmesi için kullanılacak para birimi;

(c) uygulanabilir olduğu durumlarda, iş atamalarına ilişkin nakdi veya ayni yardımlar;

(d) ülkesine geri göndermenin öngörülüp öngörülmediği ve öngörülüyorsa işçinin ülkesine geri gönderilmesini düzenleyen koşullar hakkında bilgi".

7. maddenin 2. fıkrasına göre ise Üye Devletler, 96/71/AT sayılı Direktif kapsamında görevlendirilen bir çalışanın ek olarak ev sahibi Üye Devletin yürürlükteki hukuku uyarınca işçinin hak ettiği ücret; uygulanabilir olduğu durumlarda, görevlendirmeye özgü ödenekler ve seyahat, yemek ve konaklama harcamalarının geri ödenmesine ilişkin düzenlemeler; 2014/67/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin m.5/2 uyarınca ev sahibi Üye Devlet tarafından geliştirilen tek resmi ulusal web sitesine bağlantıya ilişkin de haberdar edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Ev sahibi ülke tarafından kurulması gereken bu web sitesinin görevi, İşçilerin Gönderilmesi Direktifi'nin 3. maddesi uyarınca oraya gönderilen işçiler için geçerli olan çalışma koşulları hakkında bilgi sağlamaktır. Gönderilen işçiler, web adresi ve burada bulunan bilgiler yardımıyla, İşçilerin Gönderilmesi Direktifi'ne uygunluk açısından verilen çalışma koşullarını kontrol edebilme imkanına kavuşmaktadır[35]. Bununla birlikte söz konusu maddenin son fıkrasında bir istisnaya yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, Üye Devletler aksini belirtmedikçe, işçinin mutat olarak çalıştığı Üye Devlet dışındaki her bir çalışma döneminin süresi birbirini izleyen dört hafta veya daha az ise maddenin 1. ve 2. fıkraları uygulama bulmayacaktır.

Direktif m.4 hükmü 91/533/EC sayılı Direktif m.2/1'deki önceki düzenleme ile karşılaştırıldığında, olası bilgi konuları için kullanılan terminolojinin değiştirildiği gözlenmektedir. Önem derecelerine bağlı olarak, artık bilgilendirilmesi gerekenler iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin hususları değil, iş ilişkisinin farklı yönleridir. Bu bir genişletme olarak görülmektedir. Bu kapsamda bilgi verme yükümlülüğünün bir sözleşmede düzenlenen hususlarla sınırlı olmaması gerektiği, ancak iş ilişkisinin tüm yönlerini kapsayabileceği açıkça ortaya konmuştur[36].

B. Bilginin Sağlanması ve Zamanı

Direktif m.3 hükmü uyarınca işveren, gerekli olan bilgileri her bir işçiye yazılı olarak sağlamakla yükümlüdür. Bilgiler kağıt üzerinde veya bilginin işçi tarafından erişilebilir olması, saklanabilmesi ve yazdırılabilmesi ve işverenin iletim veya makbuz kanıtını saklaması koşuluyla elektronik biçimde sağlanacak ve iletilecektir. Direktif Dibace 24'te yazılı bilgilendirme zorunluluğunun dijital araçlarla da yerine getirilebileceği ifade edilmiştir. Bilgilerin bir veya daha fazla belgede verilebileceği açıkça belirtilmiştir. 91/533/EC sayılı Direktif'in aksine, yazılı bir sözleşme yoluyla bilgi sağlama olasılığından artık bahsedilmemektedir. Ancak, belgenin şekli gereklilikleri yerine getirmesi halinde, yani sözleşmenin yazılı olarak veya gereklilikleri

[35] MAUL-SARTORİ, 1164.

[36] MAUL-SARTORİ, 1164.

karşılayan elektronik bir belge vasıtasıyla akdedilmesi halinde de, bilgi yükümlülüklerinin yerine getirilmesine izin verilmektedir[37].

Direktif ayrıca uygulamada yeknesaklığı sağlamak adına m.5/2 uyarınca, Üye Devletlerin sözü edilen belgeler için şablonlar ve modeller geliştirebileceğini ve bunları tek bir resmi ulusal web sitesinde veya diğer uygun yollarla erişilebilir kılmak da dahil olmak üzere işçi ve işverenin kullanımına sunabileceğini de düzenlemiştir. Şablonların sağlanması işverenlerin zamanında bilgilendirme yapmasını kolaylaştırmak için önem taşımaktadır.

Direktif'te belirtilen çalışma koşullarının hangi süre zarfında işçiye sağlanacağı noktasında da düzenleme getirilmiştir. Bu kapsamda Direktif yedi gün ve bir ay olmak üzere iki ayrı süre öngörmektedir. Direktif m.5 hükmü uyarınca aşağıda belirtilen bilgilerin ilk iş gününde başlayan ve en geç yedinci takvim gününde sona eren bir süre zarfında işçiye sunulması gerekmektedir. Bu bilgiler;

"*-iş ilişkisinin taraflarının kimlikleri*

-iş yeri; sabit veya ağırlıklı iş yerinin bulunmadığı durumlarda, işçinin çeşitli yerlerde istihdam edildiği veya iş yerini belirlemekte serbest olduğu ilkesi ve kayıtlı iş yeri veya uygun olduğu durumlarda işverenin ikametgahı;

-ya:

(i) çalışanın istihdam edildiği işin unvanı, derecesi, niteliği veya kategorisi veya

(ii) işin kısa bir spesifikasyonu veya tanımı;

-iş ilişkisinin başladığı tarih;

-belirli süreli bir iş ilişkisi söz konusu olduğunda, bunun bitiş tarihi veya beklenen süresi

-varsa deneme süresinin süresi ve koşulları

-başlangıçtaki temel tutar dahil olmak üzere ücret, varsa diğer bileşen unsurlar ayrı ayrı belirtilir ve çalışanın hak kazandığı ücretin ödenme sıklığı ve yöntemi

-Çalışma düzeninin tamamen veya çoğunlukla öngörülebilir olması halinde, çalışanın standart iş günü veya haftasının uzunluğu ve fazla mesai ve ücretlendirmesine ilişkin her türlü düzenleme ve uygulanabilir olduğu hallerde vardiya değişikliklerine ilişkin her türlü düzenleme

-Çalışma düzeninin tamamen veya çoğunlukla öngörülemez olması halinde, işveren çalışanı aşağıdaki hususlar hakkında bilgilendirecektir.

(i) Çalışma programının değişken olması ilkesi, garanti edilen ücretli saat sayısı ve garanti edilen saatlere ek olarak yapılan iş için ücret;

(ii) çalışanın çalışması gerekebilecek referans saatler ve günler;

(iii) işçinin bir iş atamasının başlamasından önce hak kazandığı asgari ihbar süresi ve uygulanabilir olduğu hallerde, Madde 10(3)'te atıfta bulunulan iptal için son tarih".

Düzenlemede belirtilen ilk iş gününün fiili iş başlangıcı olarak anlaşılması gerekmektedir[38]. Direktif m.4/2'de yukarıda sayılanlar dışında atıfta bulunulan diğer bilgiler ise ilk iş gününden itibaren bir ay içinde bir belge şeklinde işçiye bireysel olarak verilecektir.

[37] MAUL-SARTORİ, 1164.

[38] MAUL-SARTORİ, 1164.

Direktif'e göre, verilen bilgilerin, işçiye ücretsiz olarak ve açık, şeffaf, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir şekilde sunulması gerekmektedir. İş koşullarında herhangi bir değişiklik olması durumunda, işveren, işçiyi bu değişikliklerin yürürlüğe girmesinden önce en erken fırsatta bilgilendirmelidir. Zira Direktif m.6'ya göre Üye Devletler, iş ilişkisinin m.4/2'de atıfta bulunulan yönlerindeki herhangi bir değişikliğin ve başka bir Üye Devlete veya m.7'de atıfta bulunulan üçüncü bir ülkeye gönderilen işçiler için ek bilgilerdeki herhangi bir değişikliğin, işveren tarafından işçiye en erken fırsatta ve en geç yürürlüğe girdiği gün bir belge şeklinde sunulmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Öte yandan işverenler gerektiğinde iş ilişkisi için geçerli olan yasalar, düzenlemeler, idari veya yasal hükümler ve toplu sözleşmelere dair bilgileri de sağlamakla yükümlüdür.

SONUÇ

2019/1152 sayılı Direktif ile Avrupa yasama organı, şeffaf ve daha öngörülebilir istihdamı teşvik ederken, diğer yandan da işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlayarak Birlik içindeki çalışma koşullarını iyileştirme ve uyumlaştırma amacı gütmüştür. Nitekim Direktifin amacı, 1. maddesinde işgücü piyasasının uyumluluğunu sağlarken daha şeffaf ve öngörülebilir istihdamı teşvik ederek çalışma koşullarını iyileştirmek olarak ifade edilmiştir. Direktif, Adalet Divanı'nın içtihadı ışığında, her Üye Devlette yürürlükte olan kanun, toplu sözleşme veya uygulama ile tanımlandığı üzere, Birlik içerisinde bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunan her işçi için geçerli olan asgari hakları belirlemeyi ve çalışma koşullarını, dijitalleşmeye ve esnek bir çalışma dünyasında iş gereksinimlerindeki değişikliklere uyarlamayı amaçlamaktadır. Direktif aynı zamanda "iş ilişkisi ve çalışma koşullarının temel yönleri hakkında bilgi sağlanmasına ilişkin asgari gereklilikleri" de belirlemektedir.

Avrupa Birliği iş hukuku alanında önemli bir düzenleme olan 2019/1152 sayılı Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşullarına İlişkin Direktif, işgücü piyasasında şeffaflığı artırma ve iş ilişkilerini daha öngörülebilir hale getirme hedefiyle hazırlanmıştır. Direktif, işverenin işçiye karşı sahip olduğu bilgi verme yükümlülüğünü detaylı biçimde düzenleyerek, önceki 91/533/EC sayılı Direktif'in uygulamada ortaya çıkan eksikliklerini gidermeyi amaçlamıştır. Özellikle dijitalleşen ve esnekleşen iş dünyasında ortaya çıkan yeni istihdam biçimleri karşısında, klasik düzenlemelerin yetersiz kalması, bu güncellenmiş mevzuatın gerekliliğini ortaya koymuştur.

Direktif'in getirdiği temel yeniliklerden biri, bilgi verme yükümlülüğünün kapsamının genişletilmesi ve bu yükümlülüğün yalnızca iş sözleşmesinin kurulma aşamasına özgülenmemesi, iş ilişkisi boyunca süreklilik arz eden bir yükümlülük haline getirilmesidir. İşçinin, işin niteliği, süresi, yeri, ücreti, çalışma düzeni gibi konularda açık, anlaşılır ve yazılı biçimde bilgilendirilmesi, sadece bireysel hakların korunmasına değil; aynı zamanda hukuki öngörülebilirlik ve iş barışının tesisi bakımından da önem arz etmektedir.

Atipik istihdam biçimlerinin (platform çalışması, sıfır saat sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma gibi) yaygınlaşması, iş hukuku normlarının kapsamını genişletmeyi ve daha kapsayıcı hale getirmeyi zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda Direktif, yalnızca klasik işçi tanımına değil, esnek istihdam biçimlerine de yer vermiş; "işçi" kavramının tanımlanmasında Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarına dayanan yorumların dikkate alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu yaklaşım, ulusal hukuklar arasındaki farklılıkların azaltılması ve Birlik genelinde daha tutarlı bir iş gücü koruma rejiminin oluşturulması açısından önemli bir adımdır.

Ayrıca, bilgilendirme yükümlülüğünün yalnızca şekli değil, aynı zamanda maddi unsurları da gözetilerek tanımlanmış olması, normun uygulanabilirliğini artırmaktadır. Bilgilerin dijital yollarla iletilebilmesine olanak tanınması, işverenler açısından bürokratik yüklerin azaltılması ve çağdaş iletişim araçlarına uyum bakımından da olumlu bir gelişmedir. Bununla birlikte, bilgilendirmenin işçi açısından anlaşılır, açık ve erişilebilir olması gerektiği yönündeki vurgular, yükümlülüğün sadece şekli bir formalite olarak yerine getirilmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, 2019/1152 sayılı Direktif, işverenin bilgi verme yükümlülüğünü normatif ve sistematik bir çerçeveye oturtmak suretiyle, Avrupa Birliği iş hukukunun gelişen ve dönüşen yapısına uyum sağlamaktadır. Söz konusu düzenleme, sadece işçilerin bireysel haklarını güvence altına almakla kalmamakta; aynı zamanda kayıt dışılığı azaltmayı, eşitsizlikleri gidermeyi ve işgücü piyasasında daha adil bir yapının tesisini de

hedeflemektedir. Direktif'in etkin biçimde uygulanması, ulusal mevzuatlara uyarlanması ve izlenmesi; iş hukukunun sosyal koruma işlevi açısından büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

AKIN, Levent: "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Cilt 27, Sayı 2, 2013, 35-50.

ALP, Mustafa: "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2004, 1-42.

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

ALPAGUT, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C: 18, S: 5, Eylül 2004, 52-62.

ÇELEBİ DEMİR, Duygu: İşçinin İnternet Kullanımı ve E-Postasının Denetlenmesi, Dijital İş Hukuku Uygulamaları (Ed. Saim Ocak), Adalet Yayınevi, Ankara 2024, 577-624.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Basım, İstanbul 2023.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı I, İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 2016, 133-171.

EKMEKÇİ, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, Yılmaz Ajans, İstanbul 1996.

EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

EKONOMİ, Münir: "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 4, S: 2, Haziran 1997, 157-179.

ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2019.

GEORGİOU, Despoina: "The new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the context of new forms of employment", European Journal of Industrial Relations Vol. 28(2), 2022, 193-201.

GÜLER, Mikdat: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi- Karar İncelemesi", Legal İHSGHD, C: I, S: 2, 2004, 545-559.

GÜRKAN, Elif Seda: İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2021.

HENSSLER, Martin/PANT, Benjamin: "Europäisierter Arbeitnehmerbegriff – Regulierung der typischen und atypischen Beschäftigung in Deutschland und der Union-", RdA 2019, Heft 6, 321-332.

HEPER, Altan: Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Ens. , İstanbul 1997.

KABAKCI, Mahmut: "5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 4, Sayı 31, Yıl 2011, 73-112.

KUTLU MUTLUER, Merve: "Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları: 2019/1152 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçilere Bilgi Verme Yükümlülüğü", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXVIII, Sayı 2, Nisan 2024, 81-135.

MAUL-SARTORİ, Mathias: "Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie EU-Arbeitsrecht weiter auf dem Vormarsch", NZA 2019, Heft 17,

MÄVERS, Gunther: “Richtlinie 2019/1152 über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen”, ArbRAktuell 2019, Heft 24, 571-574.

SÜZEK, Sarper: “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı 1, Yıl 1995, 183-192.

SÜZEK, Sarper/ BAŞTERZİ, Süleyman: İş Hukuku, 24. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2024.

TAŞKENT, Savaş: Yönetim Hakkı, Met-Er Matbaası, İstanbul 1981.

TULUKCU, N. Binnur: “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişikliğe İlişkin Usule Uyulmaması Halinde İşveren Tarafından Yapılan Feshin Haksız Olduğuna Dair Yargıtay Kararı İncelemesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 2008, 289-297.

UZUN, Bekir: “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y: 1, Sayı: 2, Haziran 2006, 48-59.

YİĞİT, Yusuf: “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 23, 2009/4, 79-114.

YİĞİT, Yusuf: İş Hukukunda İşverenin Çalışanlara Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, Beta Basım, İstanbul 2010.

Yargıtay 9. HD’nin 05.05.2014 tarih ve E: 2014/11532 K: 2014/14195 sayılı kararı.

DERİN DENİZ MADENCİLİĞİ, FAYDA PAYLAŞIMI VE DAĞITICI ADALET

Dr. Öğr. Üyesi Elif Oral*

ÖZET

Küreselleşmenin fayda ve maliyetlerinin devletler arasındaki dengesiz dağılımı, yalnızca varsılla yoksul arasındaki uçurumu derinleştirmekle kalmamakta küresel güvenliğe ve insan haklarının korunmasına yönelik de tehdit oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS) göre insanlığın ortak mirası olarak nitelendirilen derin deniz yatağı ve toprak altındaki (Bölge) kaynaklardan elde edilecek maddi ve maddi olmayan faydaların, özellikle en az gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin yararı ve gereksinimleri gözetilerek, dağıtıcı adalet ilkelerine uygun biçimde paylaşılması gerekmektedir. Buna karşılık BMDHS'nin XI. Bölüm'üne ilişkin olarak kabul edilen 1994 Uygulama Anlaşması'yla gelişmiş devletlerin Bölge'deki yükümlülükleri yumuşatılmış, gelişmekte olan devletlerin yararına olan bazı hükümler kaldırılmış ve Anlaşma'nın BMDHS hükümlerine göre öncelikle uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Deniz madenciliği konusunda düzenleme yapma yetkisi bulunan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (Otorite), maden aramalarında izlenecek kuralları belirlemiş olsa da maden çıkarma ve işletme konusundaki Taslak Düzenleme üzerinde henüz uzlaşıya varılamamıştır. Bu durumda Otorite'nin kendisine yapılan başvuruları değerlendirerek geçici onay vermesi olanaklıdır. Katı çevresel etki değerlendirme yükümlülükleri getiren BMDHS'ye Göre Ulusal Deniz Yetki Alanlarının Ötesinde Biyolojik Deniz Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı Anlaşması ise henüz yürürlüğe girmemiştir. Derin deniz yatağı rejimine ilişkin hukuksal boşluklar, deniz madenciliği nedeniyle deniz çevresinin bozulacağı ve kirleneceği konusundaki endişeleri arttırmaktadır. Bu eksiklikler giderilmeden şirketlere maden çıkarma ruhsatı verilmesi, özellikle sağlık hakkı, çevre hakkı, sürdürülebilir gelişme hakkı gibi hakların ihlal edilmesine, deniz ekosisteminin ve biyoçeşitliliğinin geri döndürülemez ve telafi edilemez biçimde zarar görmesine yol açacaktır. Deniz madenciliği konusunda düzenleme yapılırken doğal sermayenin ekonomik sermayeye dönüştürülmesinden elde edilecek faydaların yalnızca bugünkü kuşaklar için değil gelecek kuşaklar için de saklanıp biriktirilmesi gerektiği ve gelecek kuşakların ekonomik yarar dışında bozulmamış bir çevresel mirastan ve sosyal adaletin egemen olduğu bir düzenden de yararlanma hakkı olduğu unutulmamalıdır. Bu doğrultuda, çalışmamız deniz madenciliğinin mevcut hukuksal çerçevesinin, uygulamadaki sorunların ve şirketlere ruhsat verilmesine ilişkin güncel gelişmelerin küresel Güney'in hakları, hakkaniyet, sürdürülebilirlik ve kuşaklararası adalet ilkeleri kapsamında eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: deniz madenciliği, insanlığın ortak mirası, fayda paylaşımı, hakkaniyet, dağıtıcı adalet, kuşaklararası adalet.

DEEP SEA MINING, BENEFIT SHARING AND DISTRIBUTIVE JUSTICE

ABSTRACT

The uneven distribution of the benefits and costs of globalization among states not only deepens the gap between the rich and the poor but also poses a threat to global security and human rights. The UNCLOS

* Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Hukuk Fakültesi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye. E-posta: eoral@etu.edu.tr; ORCID: 0000-0001-8951-2333.

Bu araştırma TÜBİTAK 2224-B Yurt İçi Bilimsel Etkinliklere Katılımı Destekleme Programı 2025 yılı 2. Dönem kapsamında desteklenmeye hak kazanmıştır.

requires that the material and non-material benefits of the deep seabed and its subsoil (the Area) should be shared in accordance with the principles of distributive justice, particularly taking into consideration the needs and interests of developing states. However, the 1994 Implementing Agreement softened the obligations of developed states in the Area, rendered the provisions favouring developing states inapplicable, and stipulated that the Agreement shall prevail over the UNLCOS in case of inconsistency. Although the International Seabed Authority is responsible for regulating deep-sea mining and has already determined the rules regarding exploration, no consensus has been reached on the draft regulation on extraction and exploitation. Yet, the Authority may still grant provisional approval for extraction after evaluating the licence applications submitted. Legal gaps in international law regarding the regime in the areas beyond national jurisdiction raise concerns about the degradation and pollution of the marine environment due to deep-sea mining. Nevertheless, the Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, having the potential to respond to these concerns once it enters into force, imposes strict environmental impact assessment obligations. Granting mining licenses to companies without addressing these deficiencies would lead to the violation of various rights, particularly the right to health, the right to environment, and the right to sustainable development, and result in irreversible and irreparable damage to the marine ecosystem and biodiversity. When regulating seabed mining, it should be borne in mind that the benefits to be acquired from converting natural capital into financial capital must be preserved and saved not only for present generations but also for future generations, and that future generations have the right to enjoy not only economic benefits but also an unspoiled environmental heritage and a world dominated by social justice. In this respect, the study aims to critically evaluate the current legal framework, the practical problems, and the recent developments regarding the licencing of companies in the context of the rights of the global South, and the principles of equity, sustainability, and intergenerational justice.

Keywords: deep seabed, deep-sea mining, common heritage of (hu)mankind, benefit-sharing, equity, distributive justice, intergenerational justice

GİRİŞ

İklim değişikliği ve biyoçeşitlilik kaybı birbiriyle doğrudan bağlantılı[1] çevresel krizlerdir.[2] Bu krizlerin dolaylı sosyal etkileri ise küresel düzeyde ekonomik eşitsizlikler ve yoksulluğun artması olarak karşımıza çıkmaktadır.[3] İklim değişikliği ile mücadele konusunda benimsenen politikaların önemli bir bölümü enerji dönüşümü konusundadır. Derin deniz madenciliği ile ulaşılacak manganez, nikel, kobalt ve bakır gibi değerli madenler başta rüzgâr türbinleri, güneş panelleri, elektrikli araçlar ve piller gibi yenilenebilir enerjinin ve enerji verimliliğinin önemli yapıtaşlarının üretimi için kullanılarak karbonsuz ekonomiye geçişi hızlandıracaktır.[4]

---

[1] İklim değişikliği canlıların gıda ve su gereksinimlerini karşılamalarını zorlaştırmakta ve bazı canlıların yaşam alanlarını yok etmektedir. Biyoçeşitlilik kaybı da karbon, nitrojen ve su döngülerinde bozulmaya yol açarak iklim değişikliği olgusunu hızlandırmakta ya da şiddetlendirmektedir. Böylece her iki kriz birbirinin etkisini arttırmaktadır. Öte yandan, bunlardan birine çözüm bulunması diğerinin de olumlu yönde etkilenmesini sağlayacaktır. PÖRTNER, Hans-Otto et al.: "Overcoming the coupled climate and biodiversity crises and their societal impacts", *Science*, Vol. 380, Issue 6642, 2023, eabl4881.

[2] RICHARDSON, Katherine et al.: "Earth beyond six of nine Planetary Boundaries", *Science Advances*, Vol. 9, Issue 37, 2023, eadh2458.

[3] RAWORTH, Kate: "Doughnut for the Anthropocene: humanity's compass in the 21st century", *The Lancet Planetary Health*, Vol. 1, Issue 2, 2017, e48-e49.

[4] Bu madenler aynı zamanda askerî teçhizat, elektronik aletler, veri depolama ve yapay zekâ öğrenme süreçlerinde kullanılan altyapı için de kritik önemdedir.

Ancak bu sürecin çevre dostu ve adil bir geçiş olması gerekmektedir. "Mavi karbon" olarak da adlandırılan deniz madenlerini çıkarma işlemlerinin denizlerdeki karbon döngüsüne, sualtı biyoçeşitliliğine ve ekosistemine geri döndürülemez zararlar vereceği çeşitli çalışmalarda ortaya konmuştur.[5] Derin denizdeki canlıların gıda ve ilaç üretiminde kullanılması da onların insanlık için yaşamsal önemini göstermektedir.[6]

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS) devletlerin ulusal yetki alanının dışında kalan ve tüm deniz alanlarının üçte ikisini kaplayan açık denizlerin[7] tabanındaki derin deniz yatağında ve toprakaltında (Bölge) gerçekleştirilecek madencilik faaliyetlerinin Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin (Otorite) yönetiminde ve insanlığın ortak yararına uygun olarak yürütülmesi (m. 140) öngörülmüş olsa da uygulamada teknolojik yönden gelişmiş devletlerin ve şirketlerin ayrıcalıklı bir durumda olduğu, gelişmekte olan devletler ile iklim değişikliği karşısında en kırılgan durumda olan devletlerin karar alma süreçlerinde sınırlı etkileri bulunduğu görülmektedir. BMDHS'ye göre insanlığın ortak mirası olarak nitelendirilen (m. 136)[8] ve üzerinde egemenlik iddiasında bulunulamayacak olan (m. 137) derin deniz yatağı[9] ve buradaki kaynaklardan[10] elde edilecek faydaların dağıtıcı adalet ilkelerine uygun bir şekilde, özellikle en az gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin çıkar ve gereksinimleri gözetilerek paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerdeki eksiklikler bu alandaki bir diğer sorundur. Deniz madenlerinin sınırsızca tüketilmesi de dağıtıcı adalet ilkesinin bir görünümü olan kuşaklararası adalet ilkesiyle çelişecektir.[11]

Uluslararası çevre hukuku kapsamında da dağıtıcı adalet ilkesinin iki yönü bulunmaktadır: Kuşaklariçi adalet, hem ülke içinde hem de Dünya'da varsılla yoksul arasında adil bir gelir dağılımını, kısaca Kuzey ile Güney arasında sosyal adaletin sağlanmasını ifade etmektedir.[12] Kuşaklararası adalet ise, doğanın ve kaynakların

[5] CUYVERS, Luc et al.: *Deep seabed mining A rising environmental challenge*, International Union for Conservation of Nature, Gland/Switzerland 2018; CASSON, Louisa: "What's wrong with deep sea mining? 5 reasons deep sea mining is bad for the planet", 08.02.2023, *Greenpeace*, https://www.greenpeace.org/aotearoa/story/5-reasons-why-deep-sea-mining-will-only-get-our-planet-into-deep-trouble/, e.t. 04.08.2025.

[6] Derin deniz canlıların kozmetik ürün yapımında da kullanıldığı görülmektedir. ZHIVKOPLIAS, Erik et al.: "Growing prominence of deep-sea life in marine bioprospecting", *Nature Sustainability,* Vol. 7, 2024, 1027–1037.

[7] JONES, Nicola: "UN forges historic deal to protect ocean life: what researchers think", *Nature News*, 07 March 2023.

[8] Ayrıca bkz. UNGA: Resolution 2749, Declaration of Principles Governing the Sea-bed and the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction, 17 December 1970; UNGA: Resolution 2750 Reservation exclusively for peaceful purposes of the Sea-bed and the ocean floor, and the Subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction and use of their resources in the interests of mankind, and convening of a conference on the law of the sea, 17 December 1970.

[9] BMDHS m. 311(6) bu ilkesel statünün değiştirilemeyeceğini ve devletlerin bu ilkeden sapma anlamına gelebilecek hiçbir antlaşmaya taraf olamayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, açıkça belirtilmiş olmasa da, deniz yatağının insanlığın ortak mirası olması kuralının uluslararası hukukun emredici kuralı (*jus cogens*) olduğu tartışılmaktadır. BOURREL, Marie et al.: "The common of heritage of mankind as a means to assess and advance equity in deep sea mining", *Marine Policy*, Vol. 95, 2018, s. 311-316.

[10] Bölge'ye ilişkin düzenlemeler bakımından "kaynak" kavramı, derin deniz yatağının yüzeyindeki ve altındaki katı, sıvı ve gaz halindeki cansız kaynakları kapsar ve "maden" olarak adlandırılır (BMDHS m. 133). Canlı kaynaklar ise BMDHS'ye Göre Ulusal Deniz Yetki Alanlarının Ötesinde Biyolojik Deniz Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı Hakkında Anlaşma kapsamında korunmaktadır.

[11] Aristoteles, J. Rawls, R. Nozick, J. Locke, M. Michael ve C. Beitz'in adalet teorilerinin insanlığın ortak mirası kavramı bakımından incelemesi için bkz. BEKTAŞ, Sezercan: *Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi*, Legem Yayınevi, Ankara, 2017, pp. 54-58.

[12] BOYAR, Oya: "Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma", *İstanbul Hukuk Mecmuası,* Vol. 78(4), Şubat 2021, s. 1950.

gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılayabilmeleri için korunmasını gerektirmektedir.[13] Dağıtıcı adalet, bu iki adalet kavramında içsel olarak bulunmakta ve nihai olarak sürdürülebilir gelişme ilkesiyle birlikte deniz madenciliği konusunda yarışan çıkarların uzlaştırılmasına hizmet etmektedir.[14] Bölge'deki madencilik faaliyetlerine ilişkin hukuksal boşluklar ve şirketlerin en kısa zamanda madencilik faaliyetlerine başlama talepleri ise deniz çevresinin korunmasına ilişkin endişeleri arttırmaktadır. Çalışmada derin deniz madenciliğinin hukuksal çerçevesi, uygulamadaki sorunlar ve şirketlere ruhsat verilmesine ilişkin güncel gelişmeler küresel Güney'in hakları, hakkaniyet, dağıtıcı adalet ve sürdürülebilirlik ilkeleri kapsamında eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecektir.

I. VAHŞİ BATI ULUSLARARASI HUKUKU ŞEKİLLENDİRİYOR

A. BMDHS'nin Dağıtıcı Adalet Yaklaşımı

BMDHS'de dağıtıcı adalet ilkesi hem coğrafi hem de sosyo-ekonomik yönden farklı boyutlarıyla içselleştirilmiştir. Sözleşme'de Bölge'deki faaliyetlerin tüm insanlığın yararına yürütüleceği ve Otorite'nin Bölge'den elde edilen mali ve diğer ekonomik faydaları gelişmekte olan devletlerin çıkar ve gereksinimlerini göz önünde bulundurarak, hakkaniyete uygun biçimde paylaşılmasını sağlayacağı belirtilmiştir (m. 140, 160(2)(f)(i), 160(g)). Denizdeki bilimsel araştırmaların da yalnızca barışçı amaçlarla ve tüm insanlığın yararına yürütülebileceği ilkesi benimsenmiş, denize kıyısı olmayan ve coğrafi bakımdan dezavantajlı durumdaki devletler de dahil olmak üzere, gelişmekte olan devletlerin bu araştırmalara katılmasını sağlayacak nitelikte eğitim almalarını, teknoloji aktarımı yoluyla bunlara etkili biçimde katılmalarını sağlayacak plan ve programlar geliştirilmesini, uluslararası işbirliğinin ve karşılıklı anlayışın teşvik edilmesini öngörmüştür (m. 138, 143-144, 148). Feichtner'ın dikkat çektiği üzere, böylece BMDHS'de birbiriyle yarışan iki kamu yararı amacı benimsenmiştir: 1) Fayda paylaşımı yoluyla Kuzey−Güney arasındaki ekonomik eşitsizliklerin azaltılması, ve 2) Sömürgeciliğin sona ermesi sonrası teknolojik yönden gelişmiş devletlerin ham madde arayışlarını uzaya ve derin denize yönlendirerek ekonomik büyümeyi sürdürmesi.[15] Ancak, aşağıda inceleneceği üzere 1994 Uygulama Anlaşması ile BMDHS'de ilk amaca yönelik olarak benimsenen düzenlemeler esnetilmiş ya da uygulanamaz hale getirilmiş ve ikinci amacın gerçekleştirilmesi hedefinin ağır bastığı bir hukuksal düzene geçilmiştir.

B. BMDHS'deki Düzenlemelerin Zayıflatılması ve 1994 New York Uygulama Anlaşması

G77 devletlerinin deniz madenciliğinin İşletme'nin (*the Enterprise*) tekelinde ve onun ortaklık yapacağı şirketler eliyle yürütülmesi ve bu projenin hayata geçirilebilmesi için zorunlu teknoloji aktarımı yükümlülüğünün öngörülmesi talepleri BMDHS'de kısmen karşılığını bulmuş olsa da ABD, SSCB, Almanya, Japonya, Fransa, İngiltere ve İtalya özellikle "Bölge" başlıklı XI. Bölüm'e (m. 133-191) karşı çıkmıştır. Bu "gelişmiş" devletler açık denizlerin serbestliği ilkesine dayanarak ulusal düzenlemeler yapmış, kendi uyrukluklarında bulunan şirketlere derin deniz madenciliği ruhsatı vermiş ve böylece aralarında "Mütekabil

---

[13] UNGA: A/42/427 Annex, Report of the World Commission on the Environment and Development: Our Common Future, 4 August 1987; BARRAL, Virginie: "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *European Journal of International Law*, Vol. 23(2), 2012, s. 377, 380.

[14] NOLLKAEMPER, André: "Sovereignty and environmental justice in international law", *Environmental Law and Justice in Context*, Editors: Jonas EBBESSON and Phoebe OKOWA, Cambridge University Press, 2009, s. 262.

[15] FEICHTNER, Isabel: "Sharing the Riches of the Sea: The Redistributive and Fiscal Dimension of Deep Seabed Exploitation", *European Journal of International Law*, Vol. 30(2), 2019, s. 604 vd. [Sharing the Riches of the Sea]

Devletler Rejimi" denilen alternatif bir sistem yaratmışlardır.[16] Gelişmekte olan devletlerin bu duruma itirazı üzerine BMDHS'de değişiklik yapılması için başlayan görüşmeler, gelişmiş devletler lehine hükümler içeren 1994 Uygulama Anlaşması'nın kabulü ile sonuçlanmıştır.[17]

1994 Uygulama Anlaşması ile dağıtıcı adalet düzenlemelerinin içi boşaltılmış, teknoloji aktarımı zorunluluk olmaktan çıkarılmış, —BMDHS m. 151(8) dışında— üretim miktarı sınırlamaları (kotalar) kaldırılmış ve İşletme'ye fon sağlama gibi mali yükümlülükler uygulanamaz hale gelmiştir.[18] Ayrıca gelişmiş devletlerin Otorite'nin organı Konsey'deki temsil gücü arttırılmış, Genel Kurul'un (Kurul) fayda paylaşımı konusundaki kararlarını ancak Konsey'in önerisi üzerine alabileceği kuralı getirilmiştir.[19] Son olarak, İşletme, Konsey kararıyla bağımsız bir yapı olarak kurulana kadar onun görevlerini Sekretarya'nın yerine getireceği belirtilmiş, böylece İşletme'nin madencilik faaliyetlerini bağımsız olarak yürütmesinin önüne geçilerek ticari işbirliklerine yönelmesi ve ayrıcalıklı bir statüde bulunmayıp rekabet ve serbest ticaret ilkelerine göre hareket etmesi sağlanmıştır.[20] 2025 yılı itibariyle İşletme'nin hala bağımsız bir yapı olarak kurulamamış olması, gelişmekte olan devletlerin İşletme'nin aşağıda belirtilen saklı maden sahalarında öncelikli madencilik hakkını kullanarak elde edeceği gelirlerden pay alamaması, onların ancak özel şirketleri desteklemek yoluyla sürece dahil olabilmeleri sonucunu doğurmaktadır.[21]

a. Maden Sahası Bankacılığı Sisteminin Kabulü

1994 Uygulama Anlaşması ile ABD Başkanı Henry Kissinger'ın önerileri doğrultusunda "paralel sistem" ya da "maden sahası bankacılığı" (*site banking*) denilen bir model kabul edilmiştir. Buna göre, İşletme'ye ek olarak Otorite'yle birlikte BMDHS'nin Tarafı Devletlerce doğrudan ya da onların uyruklarında veya etkili denetimlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişileri desteklemeleri (*sponsorship*) yoluyla bir tür kamu-özel işbirliği uygulaması şeklinde dolaylı olarak deniz madenciliği ruhsatı için başvurabilecekleri öngörülmüştür.[22]

[16] bkz. AKKUTAY, Ali İbrahim: "Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Vol. 2, 2016, s. 165-168.

[17] 1994 New York Uygulama Anlaşması, BMDHS ile aynı tarihte, 16 Kasım 1994'te, geçici olarak, 28 Temmuz 1996'da ise tüm hükümleriyle yürürlüğe girmiştir.

[18] Anlar-Güneş'in dikkat çektiği üzere Uygulama Anlaşması ile müdahaleci bir ekonomik modelden liberal piyasa ekonomisi modeline geçilmiştir. ANLAR-GÜNEŞ, Şule: "Maden Kaynaklarının Yönetimi Bağlamında Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin Rolü", *Uluslararası İlişkiler*, Vol. 17(65), 2020, s. 101-124.

Kıvılcım da bu Anlaşma ile İşletme'nin temel aktör olduğu, dayanışma ve işbirliğine dayanan bir sistemden özel şirketlerin güçlendirildiği, rekabetçi bir tescil sistemine geçildiğini vurgulamaktadır. KIVILCIM, Zeynep: *Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 76, 136.

Feichtner ise BMDHS'deki dağıtıcı adalet düzenlemelerinin liberal piyasa ekonomisi lehine yumuşatılmış olmasını bir kazan-kazan durumu olarak değerlendirmekte, sömürgeciliğin neden olduğu küresel eşitsizliklerin insanlığın ortak mirası kabul edilen derin deniz yatağındaki ticari madencilikten elde edilen gelirle giderilmesi düşüncesinin boş bir uğraş olduğu görüşünü savunmaktadır. FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 605, 632-633.

[19] BMDHS m. 162(2)(o), 1994 Uygulama Anlaşması Bölüm 3.

[20] 1994 Uygulama Anlaşması, Bölüm 2.

[21] FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 616-617.

[22] Temmuz 2025 itibariyle; BMDHS'nin tarafı olmayan devletler ABD, Türkiye, İsrail, Suriye, Peru, Venezuela, Kazakistan, Kırgızistan, Tacikistan, Türkmenistan, Özbekistan, Andorra, Eritre, Güney Sudan ve Vatikan; BMDHS'yi imzalamış ancak onaylamamış devletler Afganistan, Butan, Burundi, Kamboçya, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kolombiya, Kuzey Kore, El Salvador, Etiyopya, İran, Libya, Lihtenştayn, Birleşik Arap Emirlikleri'dir. Dolayısıyla bu devletlerin uyrukluğunda ya da

Şirketler, ruhsat başvurusunda bulunurken birbiriyle eş ticari değerde iki maden sahasına ilişkin çalışma planını sunmakta, koşulları taşıyorsa bunlardan biri için ruhsat almakta, diğer saha ise Otorite'ce tek başına veya gelişmekte olan devletlerle ortaklaşa işletilmek üzere saklı tutularak Otorite'nin takdirine göre değerlendirilmektedir.[23] Bu başvuru sonucunda şirketler ruhsat aldıktan sonra, bu bir imtiyaz hakkı (*tenure*) doğuracak ve bu hak belirli bir süre geri alınamayacaktır (BMDHS m. 153(6), EK III m. 16).[24]

b. Kotaların Kaldırılması

BMDHS m. 151'de getirilen kotalarla kara ülkesinde manganez, nikel, kobalt ve bakır madenciliği yoluyla gelir elde eden gelişmekte olan devletlerin ekonomisine yönelik olumsuz etkilerin önlenmesi amaçlanmaktaydı. Buna ek olarak deniz madenciliği nedeniyle ihracat gelirlerinde önemli ölçüde azalma yaşayacak gelişmekte olan devletlerin bu zararının giderilmesi için bir giderim (tazminat) sistemi kurulması ya da denkleştirme önlemleri alınması öngörülmüştü. 1994 Uygulama Antlaşması ile bu hükmün, adaletsiz ekonomik uygulamalara ilişkin çok taraflı ticaret anlaşmalarının uygulanmasına yönelik sekizinci paragraf dışında uygulanmayacağı kararlaştırılmış, BMDHS'de derin deniz madenciliğinden elde edilecek kaynakların miktarına getirilen kotalar kaldırılmış, böylece gelişmiş devletlerin deniz madenciliği faaliyetlerini sınırlayan önemli bir hüküm yok sayılmıştır. Otorite, ekonomisi deniz madenciliğinden olumsuz yönde etkilenecek on

etkili denetiminde bulunan şirketlerin derin deniz madenciliği faaliyetleri yürütemeyecekleri ve bu faaliyetlerden elde edilecek mali faydalara ortak olamayacakları söylenebilir. Ancak, bağlı ortaklıklar ve yan şirketler aracılığıyla bu şirketlere de derin deniz madenciliğinin yolu açılabilmektedir. Etkili denetim kavramının deniz madenciliği bakımından değerlendirilmesi ve şirketlerin bu olanağı *forum shopping* amacıyla kullanabileceklerine ilişkin tartışmalar için bkz. AKKUŞ, Berkant: "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Derin Deniz Yatağı Madenciliği: Sorunlu Konular ve Değerlendirmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Vol. 74(1), 2025, s. 46, 51-60.

Deniz madenciliği faaliyetlerini yürütecek kişilerin birden çok uyrukluğunun bulunması durumunda, bu devletlerin tümü—BMDHS'nin tarafı iseler—ilgili kişileri desteklemelidir. Ancak, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin 11 Şubat 2011 tarihli danışma görüşünde de belirtildiği üzere devletlerin, uyruklularında ya da etkili denetimlerinde bulunan gerçek/tüzel kişileri destekleme yükümlülükleri bulunmayıp bu konu ilgili devletin takdirine bağlıdır. Bu devletler destekleme kararı verdiklerinde ise sorumluluk ve zarara ilişkin hükümlere uygun davranma ve gerekli özeni gösterme yükümlülüğünde olacaklardır. Sorumlulukların kapsamına ilişkin değerlendirme için bkz. AKKUTAY, s. 180-185.

[23] Şirketlerin maden arama ruhsatı başvuruları Otorite'nin Hukuk ve Teknik İşler Komisyonunca incelenmektedir (BMDHS EK III, m. 8-9). Bu sistem henüz sadece manganez yumruları için işlemekte olup, polimetalik sülfitler ve kobalt zengini feromanganez kabuk için yapılan ruhsata başvuranlarında saklı maden sahası belirtmek yerine elde edilecek gelirin hakkaniyete uygun bir şekilde İşletme'yle paylaşılmasını tercih etme olanağı da devrededir. FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 616-617.

[24] ÖZSU, Umut: *Completing Humanity: The International Law of Decolonization, 1960-82*, Cambridge University Press, 2024, s. 178; FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 615.

üç devlet belirlemiş olsa da[25] Maden Kaynaklarını İşletme Konusunda Taslak Düzenleme'de (Taslak Düzenleme)[26] bu konuda herhangi bir hüküm yer almamaktadır.[27]

c. Mali Yükümlülüklerin Hafifletilmesi

1994 Uygulama Anlaşması ile BMDHS'de belirlenen katkı payı oranlarının yürürlükten kaldırılarak bunun yerine deniz madenciliğiyle çıkarılacak ürünün, kara madenciliğinden çıkarılması durumunda elde edilecek gelirle aynı veya ona benzer bir ücret üzerinden (*ad valorem*) belirlenmesi şeklinde piyasa odaklı bir kural getirilmiştir.[28] Buna göre, Yüklenici, ticari üretimin başladığı tarihten itibaren ödeyeceği yıllık 1 milyon dolar ücrete ek olarak faaliyetlerinden elde edeceği gelire bağlı bir üretim payı (rödovans ücreti, *royalty*) ve/veya kâr payını (*profit sharing*) mali katkı olarak Otorite'ye verecektir (8. Bölüm). Ancak, Maden Kaynaklarını İşletme Konusunda Taslak Düzenleme'de ödeme sistemine ilişkin bir uzlaşıya henüz varılamamıştır ve bu konuda rekabet, maliyet-fayda dengesi, kârlılık, riskler ve değerler üzerinden yürütülen tartışmalar sürmektedir.[29] Ayrıca Taslak'ta belirlenecek sistemin, ticari üretimin başladığı tarihten itibaren beş yılda bir Komisyon'un önerileri de dikkate alınarak Konsey tarafından gözden geçirileceği belirtilmiştir.[30] Bazı yazarların dikkat çektiği üzere, tartışılan konu özünde kamucu ve eşitlikçi yaklaşımlarla ticari ve sermayeci yaklaşımların uzlaştırılması, başka bir deyişle Otorite'nin gelirinin arttırılması ile yatırımcının teşvik edilmesi amaçlarının birlikte yerine getirilebilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır.[31] Deniz madenciliğinden elde edilecek gelirin doğrudan paylaştırılmasına ek olarak madencilik faaliyetleri nedeniyle doğabilecek zararların giderilmesi, teknoloji ve bilgi aktarımı ile kapasite geliştirme gibi amaçlara yönelik yatırımların yapılması amacıyla bir fonda tutulması da tartışılan konular arasındadır.[32] Örneğin, Bölge'den elde edilen mali faydaların adil paylaşımı için Finans Komitesi'nin önerisiyle Ortak Miras Fonu adında bir fon oluşturulmasına yönelik çalışmalar sürmekte, devletlerarası paylaşımın nasıl olacağını gösteren bir model internet üzerinden

[25] ISA: "ISA releases study on the potential impact of mineral production from the ISA on the economics of developing land-based producers of these minerals", https://www.isa.org.jm/news/isa-releases-study-potential-impact-mineral-production-international-seabed-area-economies/, e.t. 04.08.2025; ISA: "Study of the potential impact of polymetallic nodules production in the Area on the economies of developing land-based producers of those metals which are likely to be most seriously affected", Technical Study No. 32, 2022, https://www.isa.org.jm/wp-content/uploads/2022/12/ISA-Technical-Study-32.pdf, e.t. 04.08.2025.

[26] Draft Regulations on Exploitation of mineral resources in the Area, ISBA/29/C/CRP.1, 16 February 2024.

[27] PICKENS, Chris et al.: "From what-if to what-now: Status of the deep-sea mining regulations and underlying drivers for outstanding issues", *Marine Policy*, Vol. 169, 2024, s. 105967.

[28] Fiechtner bu durumu BMDHS'nin apolitikleştirilmesi olarak adlandırsa da bu değişikliklerin başka bir politika ortaya koyduğu açıktır. FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 620-621.

[29] Taslak Düzenleme, Ek IV. Değerlendirmeler için bkz. AKKUŞ, s. 46, 39-40; FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 628; DINGWALL, Joanna: "The common heritage quandary: devising a global payment regime for exploitation activities in the deep seabed Area", *Routledge handbook of seabed mining and the law of the sea*, Editör: V. Tassin Campanella, Routledge, 2024, s. 188.

[30] Taslak Düzenleme 81-81.

[31] DINGWALL, s. 188.

[32] Finans Komitesi'nin önerdiği "Deniz Yatağı Sürdürülebilirlik Fonu" için bkz. WILDE, Daniel et al: "Equitable sharing of deep-sea mining benefits: More questions than answers", *Marine Policy*, Vol. 151, 2023, s. 7-8.

yayımlanmaktadır.[33] Bu konuda düzenleme yapılırken, doğal sermayenin ekonomik sermayeye dönüştürülmesinden elde edilecek yararın yalnızca bugünkü kuşaklar için değil gelecek kuşaklar için de saklanıp biriktirilmesi gerektiği[34] ve gelecek kuşakların ekonomik yarar dışında bozulmamış bir çevresel mirastan ve sosyal adaletin egemen olduğu bir düzenden de yararlanma hakkı olduğu unutulmamalıdır.

d. Otorite'nin Karar Alma Mekanizmalarının Değiştirilmesi

BMDHS'nin 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kurulan ve Sözleşme'nin tarafı devletlerin tamamının ve Avrupa Birliği'nin üyesi olduğu Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin Sekretarya, Kurul ve Konsey olmak üzere üç ana organı vardır (m. 158).[35] Tüm üyelerin temsil edildiği Kurul, genel politika kararlarını oydaşma ile, bu olanaklı olmazsa toplantıya katılanların ve oy kullananların 2/3 çoğunluğuyla alır (m. 159, 160, Uygulama Anlaşması Bölüm 3). Kurul'un seçeceği 36 üyeden oluşan[36] Konsey ise esasa ilişkin kararlarını kural olarak oydaşma ile alır, ancak bu sağlanamadığı takdirde, BMDHS ve 1994 Uygulama Anlaşması'nda aksi belirtilmedikçe, toplantıya katılanların ve oy kullananların 2/3 çoğunluğu da yeterli olmaktadır.

Hem Kurul'un hem de Konsey'in finans ve bütçe konularındaki kararlarının 1994 Uygulama Anlaşması ile kurulan Finans Komitesi'nin önerilerine dayanması gerekmektedir. Otorite kendi giderlerini karşılamak için yeterli mali kaynağa sahip olana kadar, 15 üyeden oluşan Finans Komitesi'nin 5 üyesi en çok mali katkı sağlayan devletlerin temsilcisidir. Komite'nin esasa ilişkin konularda kararlarını oydaşma ile alması öngörüldüğünden bu 5 devletin bir tür veto yetkisi bulunmaktadır (Uygulama Anlaşması Bölüm 9). Deniz madenciliği konusundaki Taslak Düzenleme'yi Finans Komitesi'nin oydaşma ile ulaştığı görüşlerini dikkate alarak Hukuk ve Teknik İşler Komisyonu (Uygulama Anlaşması Bölüm 1) hazırlamaktadır.[37] Taslak Düzenleme tamamlandığında, Konsey'in önerisi üzerine Kurul'da oylamaya sunulacaktır. Kurul'un Konsey'in önerilerini benimsemediği durumlarda yeniden değerlendirme için konunun Konsey'e geri gönderilmesi gerekmektedir (Uygulama Anlaşması Bölüm 3). Taslak'a ilişkin çalışmalar sırasında ilgili tüm paydaşların görüşlerinin alınması dağıtıcı adalet ilkelerinin hayata geçirilmesi için önemli bir unsurdur.

e. UYGULAMADAKİ SORUNLAR VE GÜNCEL GELİŞMELER

A. Otorite'nin Maden Kodunu Tamamlamakta Gecikmesi

1994 Uygulama Anlaşması ile BMDHS'de yapılan değişiklikler ve uygulanamaz duruma gelen hükümler, Otorite'nin boşluk oluşan bu alanlarda düzenleme yapması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu kapsamda, Otorite, 13 Temmuz 2000 tarihli "Bölge'deki Polimetalik Yumruların Keşfi ve Aranmasına ilişkin Düzenleme"sini 25

---

[33] ISA: "A Collective vision of a shared future", https://www.isa.org.jm/equitable-sharing-of-benefits/, e.t. 04.08.2025; ISA: "Equitable sharing of financial and other benefits from deep seabed mining", https://equitablesharing.isa.org.jm/, e.t. 04.08.2025.

[34] JAECKEL, Aline et al.: "Sharing benefits of the common heritage of mankind – is the deep seabed mining regime ready?", *Marine Policy,* Vol. 70, 2016, s. 203.

[35] İşletme'nin de Otorite'nin organı olarak faaliyet göstermesi tasarlanmıştır (m. 158(2)). Ayrıntılar için bkz. PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, 12. Bası, Turhan, 2021, s. 401-403.

[36] 1994 Uygulama Anlaşması Bölüm 3'le Sosyalist Blok'taki Doğu Avrupa devletlerinin Konsey'deki saklı sandalyeleri azaltılmıştır.

[37] Hukuk ve Teknik İşler Komisyonu'nun 2023-2027 dönemi üyeleri için bkz. ISA: "The Legal and Technical Commission", https://www.isa.org.jm/organs/the-legal-and-technical-commission/, e.t. 04.08.2025.

Temmuz 2013'te gözden geçirip güncellemiştir.[38] Bu düzenleme ile manganez, nikel, kobalt ve bakır aramalarında izlenecek usule ilişkin kurallar belirlenmiş ve Otorite, 17'si Clarion-Clipperton Bölgesi'nde[39] olmak üzere 22 şirketle deniz yatağı maden arama faaliyetleri için 15'er yıllık sözleşme yapmıştır.[40] Maden arama ruhsatı için yapılan başvuruların tamamı Konsey'ce onaylanmıştır.[41] Yüklenici şirketler, Nauru, Tonga, Kiribati, Kuk Adaları ve son olarak da Jamaika gibi küçük ada devletlerinde iştirakler kurmakta ve başvurularını bunlar aracılığıyla ve aynı zamanda bu devletlerce desteklenerek yapmaktadırlar. Clarion Clipperton Bölgesi'nde sözleşme yapılan Yüklenici şirketleri destekleyen diğer devletlerin Bulgaristan, Çekya, Polonya, Slovakya, Küba, Rusya, Çin, Fransa, Almanya, Belçika, Singapur, İngiltere ve Japonya gibi devletlerden oluştuğu görülmektedir.[42]

Bölge'deki maden kaynaklarının işletilmesi konusundaysa henüz düzenleme yapılamamıştır.[43] 1994 Uygulama Anlaşması'nın Birinci Bölümü'nün 15(b) hükmü uyarınca Nauru'nun 9 Temmuz 2021'de derin deniz yatağında maden çıkarma ve buradaki kaynaklardan faydalanma konusunda düzenleme yapılmasını talep etmesi sonrası aradan dört yıl geçmiş olsa da Taslak üzerindeki çalışmalar sürmektedir. Bu konudaki Taslak Düzenleme son olarak 16 Şubat 2024'te kamuoyunun bilgisine sunulmuştur.[44] Bugüne kadar hiçbir şirkete

[38] Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area and Related Matters, 25 July 2013, ISBA/19/A/9, ISBA/19/C/17. Benzer düzenlemeler 2010'da polimetalik sülfitler ve 2012'de kobalt zengini feromanganez kabuk için de yapılmıştır (ISBA/16/A/12/Rev.1; ISBA/18/A/11).

[39] Clarion-Clipperton Bölgesi Havai ve Meksika arasında Avrupa Birliği ülkelerinin toplam yüzölçümünden büyük (yaklaşık 4.4 milyon km^2) bir alanı kapsamaktadır. Bu bölgede yaklaşık 21 milyar ton polimetalik yumru olduğu tahmin edilmektedir. Bu da dünyadaki tüm nikel, kobalt ve manganez rezervlerinin toplamından daha büyük bir miktarı ifade etmektedir. DAVIES, Ross: "A modern Eldorado: deep sea mining at the Clarion Clipperton Zone", *Mining Technology*, 21 August 2019, https://www.mining-technology.com/features/a-modern-eldorado-deep-sea-mining-at-the-clarion-clipperton-zone/, e.t. 04.08.2025; HEIN, James R. et al.: "Deep-ocean polymetallic nodules as a resource for critical materials", *Nature Reviews Earth & Environment*, Vol. 1, 2020, s. 158–169.

[40] Diğer arama bölgeleri Hint Okyanusu, Orta Atlantik Sırtı ve Pasifik Okyanusu'nda bulunmaktadır. BMDHS m. 170 ve 1994 Uygulama Anlaşması Eki Bölüm 2'ye göre rezerv alanı ilan edilen bölgelerde ise gelişmekte olan devletlere ya da onlar adına İşletme'nin erişimine ayrılmıştır.

[41] 1994 Uygulama Anlaşması 8. Bölüm ile BMDHS EK III m. 13(3-10)'un uygulanmayacağı, aynı maddenin 2. paragrafında öngörülen 500 bin dolarlık başvuru ücretinin de keşif ve arama ruhsatı başvurusu için 250 bin dolar ve işletme ruhsatı başvurusu için 250 bin dolar olacağı şeklinde bir düzeltme yapılmıştır. Komisyon'un bugüne kadar yapılan başvuruların tamamını onaylamış olması eleştirilmektedir. WATTS, Jonathan: "Race to the bottom: the disastrous, blindfolded rush to mine the deep sea", *The Guardian*, 27 September 2021, https://www.theguardian.com/environment/2021/sep/27/race-to-the-bottom-the-disastrous-blindfolded-rush-to-mine-the-deep-sea, e.t. 04.08.2025; Başvurulardan elde edilen gelir öncelikle Otorite'nin idari giderleri için kullanılacak (BMDHS m. 173), artan kısım ise üretim kotalarının kaldırılması nedeniyle kara madenciliği faaliyetlerinde zarara uğrayan gelişmekte olan devletlerin destekleneceği yardım fonuna aktarılacaktır (1994 Uygulama Anlaşması 7. Bölüm); FEICHTNER, Isabel: "Mining for Humanity in the Deep Sea and Outer Space: The Role of Small States and International Law in the Extraterritorial Expansion of Extraction", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 32(2), 2019, s. 260-261; FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 619.

[42] ISA: "Exploration contracts", https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/, e.t. 04.08.2025.

[43] Maden arama ve henüz taslak aşamasında olan maden işletme düzenlemelerinin tümü "Maden Kodu" (*the Mining Code*) olarak adlandırılmaktadır. ROSENBERG, Daniel: "The Legal Fight Over Deep-Sea Resources Enters a New and Uncertain Phase", *EJILTalk!*, 22 August 2023, https://www.ejiltalk.org/the-legal-fight-over-deep-sea-resources-enters-a-new-and-uncertain-phase/, e.t. 04.08.2025.

[44] Draft Regulations on Exploitation of mineral resources in the Area, 16 February 2024, ISBA/29/C/CRP.1.

maden çıkarma ruhsatı verilmemiş olsa da Anlaşma'nın 15(c) hükmü, düzenleme yapılması talebini izleyen iki yıl içinde düzenlemenin tamamlanamamış olması durumunda, Otorite'nin kendisine yapılan başvuruları değerlendirerek bunlara geçici onay verebilmesini öngörmektedir.[45] Bu çerçevede BMDHS'ye taraf devletlerin uyrukluğunda bulunan şirketlerden başvuruların gelmeye başlayacağına ilişkin sinyaller sonrasında derin deniz madenciliği konusundaki tartışmalar yoğunlaşmıştır.[46]

Temmuz 2025 itibariyle aralarında İspanya, Yeni Zelanda, Fransa, Almanya, İsveç, İsviçre, İrlanda, Kanada, Finlandiya, Portekiz, Monako, Birleşik Krallık, Danimarka, Yunanistan, Avusturya gibi gelişmiş devletlerle Samoa, Fiji ve Palau gibi bazı küçük ada devletlerinin de bulunduğu 38 devlet ihtiyatlılık ilkesi çerçevesinde deniz madenciliği konusunda moratoryum ilan etmiştir.[47] Norveç ise Arktika'da ulusal yetki alanına giren deniz tabanında ticari amaçlı deniz madenciliğine geçit vermesi sonrası gelen tepkiler üzerine madencilik ruhsatı verilmesine ilişkin planlarını en azından 2025'in ilk yarısı itibariyle ertelemiştir.[48]

Buna karşılık, BMDHS'nin tarafı olmayan ABD'nin açık denizlerin serbestliği ilkesine dayanarak ABD'li şirketlere tek taraflı olarak deniz madenciliği ruhsatı vermesi[49] uluslararası yapılageliş hukuku kurallarının ihlali[50] olarak değerlendirilmiş ve uluslararası toplulukça endişeyle karşılanmıştır. BM Genel Sekreteri

---

[45] PRADEEP, Singh A.: "The Invocation of the 'Two-Year Rule' at the International Seabed Authority: Legal Consequences and Implications", *International Journal of Marine and Coastal Law,* Vol. 37(3), 2022, s. 375-412.

[46] Nauru tarafından desteklenen ve *The Metals Company* (TMC) adlı Kanadalı şirketin iştiraki olan *Nauru Oceans Resources Inc.* (NORI) adlı şirket de, Otorite'nin Nauru'nun talebi sonrasında 2 yıl içinde düzenleme yapma sorumluluğunu yerine getirmemiş olsa da başvuruları değerlendirmek zorunda olduğuna vurgu yaparak aynı bölgede var olan araştırma ruhsatına ek olarak maden çıkarma ve işletme ruhsatı almak için Otorite nezdinde başvuru yapma olasılığını değerlendirmekte olduğunu belirtmektedir.

[47] DEEPSEA CONSERVATION COALITION: "Momentum for A Moratorium", https://deep-sea-conservation.org/solutions/no-deep-sea-mining/momentum-for-a-moratorium/, e.t. 04.08.2025.

[48] BRYANT, Miranda: "Norway votes for deep-sea mining despite environmental concerns", *the Guardian,* 9 January 2024, https://www.theguardian.com/environment/2024/jan/09/norway-set-to-approve-deep-sea-mining-despite-environmental-concerns, e.t. 04.08.2025; McVEIGH, Karen: "Norway forced to pause plans to mine deep sea in Arctic, *the Guardian*, 2 December 2024, https://www.theguardian.com/environment/2024/dec/02/norway-deep-sea-mining-mine-arctic, e.t. 04.08.2025.

[49] THE ECONOMIST, "A Trump executive order will unleash a global deep-sea mining boom", 25 April 2025, https://www.economist.com/international/2025/04/25/a-trump-executive-order-will-unleash-a-global-deep-sea-mining-boom, e.t. 04.08.2025.

[50] Kanada merkezli *The Metals Company* (TMC)'nin başka bir iştiraki olan ABD şirketi *The Metals Company USA LLC* (TMC USA) BMDHS'nin tarafı olmayan ABD'nin ulusal hukukuna ve 1980 Derin Deniz Yatağı Sert Metal Kaynakları Yasası'na dayanarak Clarion Clipperton Bölgesi'nde deniz madenciliği yapmak için ABD Ulusal Okyanus ve Atmosfer İdaresi'ne başvuruda bulunmuştur. ABD'nin derin deniz yatağının insanlığın ortak mirası olması ilkesine itirazının "ısrarlı" olmadığı, aksi kabul edilse bile, bu ilkenin uluslararası hukukun emredici kuralı (*jus cogens*) haline geldiği, dolayısıyla ABD'nin bu kurala ısrarlı itirazcı olamayacağı da savunulmaktadır. CAVALCANTI de MELLO FILHO, Eduardo: "May the United States Unilaterally Conduct or Regulate Activities in the Area According to International Law?", *NUS Centre of International Law Blog,* 4 April 2025, https://cil.nus.edu.sg/blogs/may-the-united-states-unilaterally-conduct-or-regulate-activities-in-the-area-according-to-international-law/, e.t. 04.08.2025; THE METALS COMPANY: "World First: TMC USA Submits Application for Commercial Recovery of Deep-Sea Minerals in the High Seas Under U.S. Seabed Mining Code", 29 April 2025, https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/world-first-tmc-usa-submits-application-

António Guterres derin denizin vahşi batı haline gelmemesi gerektiğini belirtmiş,[51] Otorite'nin Genel Sekreteri Leticia Carvalho da deniz madenciliğine yönelik tek taraflı girişimlerin yalnızca insanlığın ortak mirası olan kaynaklara erişim konusunda adaletsizlik yaratmayacağını aynı zamanda okyanustaki deniz altı kabloları gibi altyapıları ve uluslararası antlaşmalarla korunan ticaret ve ulaşım düzenini de bozacağını bunun da piyasalarda kaos anlamına gelebileceğini belirterek bu tür girişimlere karşı uyarılarda bulunmuştur.[52] Uluslararası hukukun ve siyasi ve ekonomik yaptırım seçeneklerinin zayıf kaldığı bu durumda özellikle deniz madenciliği şirketlerine ev sahipliği yapan BMDHS tarafı devletlerin ulusal hukuklarının bu şirketleri uluslararası hukuka uygun davranmaya zorlayacak bir araç olarak kullanılabileceği tartışılmaktadır.[53]

B. Maden Sahası Bankacılığının Sonuçları ve Fayda Paylaşımına İlişkin Hukuksal Boşluk

Maden sahası bankacılığı sistemiyle getirilen saklı maden sahaları, gelişmekte olan devletleri deniz madenciliği şirketleri gözünde çekici kılmakta, şirketler bu devletlerin desteklemesi yoluyla saklı maden sahalarına ulaşmayı hedeflemektedir. Örneğin, Jeobilimler ve Doğal Kaynaklar Alman Federal Enstitüsü, Yuzhmorgeologyia ve Okyanuslararası Metal Ortak Örgütü'nın yaptıkları maden arama ruhsat başvurusunda ikinci maden sahası olarak gösterilen yer için, Kanada merkezli *The Metals Company* adlı şirketin iştiraki *Nauru Ocean Resources Incorporated* (NORI) Nauru'nun desteğiyle maden arama başvurusunda bulunmuş ve ruhsat almıştır. Ancak, Nauru gibi gelişmekte olan devletler ne ulusal hukuklarındaki vergi ve madencilik düzenlemeleriyle ne de Otorite'nin Taslak Düzenlemesi kapsamında ödenecek üretim payı (rödovans ücreti) çerçevesinde deniz madenciliğinden önemli miktarda gelir elde edecek gibi görünmektedir.[54] Gelişmekte olan devletlerin destekledikleri şirketlerin yol açacağı çevresel, sosyal ve hukuksal risklere ve zararlara bağlı sorumlulukları da devam edeceğinden bu durum bütçelerine gider olarak yansıyacaktır. Örneğin, Papua Yeni Gine'nin desteklediği Kanada merkezli *Nautilus Minerals* adlı şirket 2019 yılında iflas ettiğinde Papua Yeni Gine yatırım yaptığı ve dünyanın ilk deniz madenciliği projesi olan *Solwara-1* kapsamında 175 milyon dolar

commercial-recovery-deep, e.t. 04.08.2025; SEEBERG-ELVERFELDT, Niels-Juergen & KAEDE, Andreas: "The Long Road to Exploit Deep Sea Minerals: Call to Adopt the Rules on Deep Seabed Mining in July 2025", *Völkerrechtsblog,* 14 July 2025, https://voelkerrechtsblog.org/the-long-road-to-exploit-deep-sea-minerals/, e.t. 04.08.2025.

[51] GUTERRES, António: "Secretary General's press conference at Ocean Conference", 10 June 2025, https://www.un.org/sg/en/content/sg/press-encounter/2025-06-10/secretary-generals-press-conference-ocean-conference-scroll-down-for-french, e.t. 04.08.2025.

[52] CARVALHO, Leticia: "The deep sea needs rules, says the head of the body that governs it", *The Economist*, 10 June 2025, https://www.economist.com/by-invitation/2025/06/10/the-deep-sea-needs-rules-says-the-head-of-the-body-that-governs-it, e.t. 04.08.2025.

[53] Aynı şirketlerin iştiraklerinin gelişmekte olan devletlerin desteğiyle yine aynı maden sahasında faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, destekleyen devletlerin de özen gösterme yükümlülüğü çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi olasılığını değerlendiren Yakut ve Rémont, bunun fail yerine mağdurun cezalandırılması anlamına gelebilecek olması nedeniyle tercih edilmeyeceğini belirtmişlerdir. YAKUT, Yavuz Arda & RÉMONT, Anaïs: "Bridging the Regulatory Gap in the Area Regime: Unilateral Deep Seabed Mining Claims and the Complementary Role of National Laws", *NUS Centre of International Law Blog,* 23 June 2025, https://cil.nus.edu.sg/blogs/bridging-the-regulatory-gap-in-the-area-regime-unilateral-deep-seabed-mining-claims-and-the-complementary-role-of-national-laws/, e.t. 04.08.2025.

[54] AMADI, Emma & MOSNIER, François: "Race To Bottom: Deep sea mining provides minimal financial benefits for countries", *Planet Tracker*, November 2024, https://planet-tracker.org/wp-content/uploads/2024/11/Race-to-the-Bottom.pdf, e.t. 04.08.2025; WILDE et al, s. 631-632.

borca düşmüştür.[55] Ayrıca, derin deniz madenciliğinden çok az gelir elde edecek olmalarına rağmen küçük ada devletlerinin ana merkezi gelişmiş devletlerde bulunan şirketleri desteklemesi uygulaması gelişmekte olan devletler arasındaki dayanışma duygusunu zedelediği için de eleştirilmektedir.[56]

Planet Tracker'ın raporuna göre, hakkaniyetli ve dağıtıcı adalete uygun paylaşım kurallarının benimsenmemesi durumunda, Otorite üyesi devletlerin deniz madenciliği faaliyetlerinden yıllık 42 bin ile 1,1 milyon dolar arası bir gelir elde etmesi öngörülmektedir. Bu da özellikle sanayileşmiş devletlerin ekonomilerinin büyüklüğü düşünüldüğünde anlamlı bir gelir kapısı olarak değerlendirilemez.[57] Aynı raporda Otorite'nin 2028 yılından itibaren otuz yıl içinde deniz madenciliğinden 270 milyon dolara kadar gelir sağlayabileceği belirtilse de idari giderler, ekonomik yardım fonları gibi diğer giderler düşüldüğünde Otorite'nin elinde gelişmekte olan devletlere dağıtılmak üzere fazla bir pay kalmamış olacağı vurgulanmaktadır.[58] Böylece şirketler deniz madenciliğinden kâr ederlerken deniz çevresi zarar görecek ve gelişmekte olan devletlerin halkları da madencilikten elde edilen ham maddelerden üretilen mallar için pazar oluşturmayı sürdürecektir. Diğer yandan, bir grup araştırmacının yaptığı maliyet analizinin erken sonuçlarına göre şirketlerin de kısa dönemde kâr edecek olmalarına karşılık uzun dönemde karşılacakları hukuksal, sosyal ve çevresel riskler ile rekabet koşulları nedeniyle kâr oranlarının önemli ölçüde düşeceği belirtilmiştir.[59]

f. BİYOLOJİK ÇEŞİTLİLİĞİN VE ÇEVRENİN KORUNMASI YÖNÜYLE DENİZ MADENCİLİĞİ

A. Derin Denizde Biyolojik Çeşitlilik ve Fayda Paylaşımı

19 Haziran 2023'te kabul edilen BMDHS'ye Göre Ulusal Deniz Yetki Alanlarının Ötesinde Biyolojik Deniz Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımı Hakkında Anlaşma'da (kısaca Açık Denizlerde Biyoçeşitlilik Anlaşması)[60] hakkaniyet ilkesi ile faydaların adil ve hakça paylaşımı ilkesine ayrı ayrı yer verilmiştir (m. 7). Anlaşma'nın Başlangıç bölümünde adil ve eşitlikçi bir uluslararası ekonomik düzenin gerçekleştirilebilmesi için tüm insanlığın ve özellikle gelişmekte olan devletlerin çıkar ve gereksinimlerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmış, okyanus ekosistemlerinin bütünlüğünün sürdürülmesi ve biyoçeşitliliğin korunması yoluyla, mevcut ve gelecek kuşaklar adına okyanusun koruyucuları olarak hareket etmek arzuları belirtilmiş, bu Anlaşma'nın tarafı devletlerin, BMDHS de dahil olmak üzere başkaca bir uluslararası antlaşmaya taraf olmasalar da Bölge'nin deniz biyoçeşitliliğinin korunması ve sürdürülebilir

[55] ALBERTS, Elizabeth Claire: "Not merely 'exploration': PNG deep-sea mining riles critics & surprise officials", *Mongabay*, 2 September 2024, https://news.mongabay.com/2024/09/not-merely-exploration-png-deep-sea-mining-riles-critics-surprises-officials/, e.t. 04.08.2025; AMADI & MOSNIER, s. 5.

[56] FEICHTNER, Sharing the Riches of the Sea, s. 605, 632-633.

[57] AMADI & MOSNIER, s. 4.

[58] AMADI & MOSNIER, s. 4.

[59] SUMAILA, U. Rashid et al.: "To engage in deep-sea mining or not to engage: what do full net cost analyses tell us?", *npj Ocean Sustainability,* Vol. 2(1) 1, 2023, Article 19.

[60] Anlaşma'yı 28 Temmuz 2025 itibariyle 139 devlet imzalamış, 51 devlet taraf olmuştur. Anlaşma'nın yürürlüğe girmesi için aranan 60 devletçe onaylanma koşulu gerçekleşmemiştir. Türkiye, Anlaşma'yı 27 Eylül 2024'te imzalamış, henüz onaylamamıştır. Türkiye, Anlaşma'ya taraf olurken BMDHS'ne taraf olmadığını ve bu kapsamda hukuksal durumunda bir değişiklik bulunmadığını vurgulayan bir beyanda bulunmuştur.

kullanımı konusunda Anlaşma'ya taraf devletlerle[61] ve ilgili uluslararası örgütlerle[62] işbirliği yapma yükümlülüğünden muaf tutulmayacaklarının altı çizilmiştir (m. 25(6)). Böylece kuşaklararası adalet ve sürdürülebilirlik ilkeleri Anlaşma'da içselleştirilmiştir.

Deniz genetik kaynaklarının insanlığın ortak mirası olduğu ve bu kaynaklara ilişkin egemenlik iddialarının kabul edilmeyeceği belirtilen Anlaşma'da (m. 7(b), (d) ve 11(4)) bu kaynaklardan elde edilen mali (m. 14(7)) ve mali olmayan (m. 14(3)) faydaların ve dijital dizim bilgilerinin adil ve hakkaniyetli paylaşımının vurgulanmış olması da dağıtıcı adalet ilkelerinin uygulamaya yansımasını sağlamak bakımından önemlidir. Anlaşma, gelişmekte olan devletleri için kapasite geliştirme ve teknoloji aktarımı konusunda da düzenlemeler içermektedir (m. 40-46).

Anlaşma'da mali faydaların m. 52'de öngörülen fonlarda toplanması ve ardından Erişim ve Fayda Paylaşımı Komitesi'nin (m. 15) önerileri doğrultusunda Taraflar Konferansı'nın oydaşmayla[63] belirleyeceği yöntemlerle, devletler arasında hakkaniyete uygun paylaşım ölçütlerine göre ve özellikle en az gelişmiş, denize kıyısı olmayan, coğrafi bakımdan dezavantajlı durumdaki, küçük ada devletleri ile kıyı Afrika devletleri, takım ada devletleri ve gelişmekte olan orta-gelir devletlerinin özel gereksinimleri göz önünde bulundurularak paylaşılması öngörülmüştür. Özel Fon'da, gelişmiş devletlerin zorunlu katkıları,[64] diğer mali faydalar ile Bölge'de deniz biyoçeşitliliğinin korunması ve sürdürülebilir kullanımı için taraf devletlerden ve şirketlerden gelen gönüllü ek katkılar bulunmaktadır. Bu Özel Fon'a ek olarak Taraflar Konferansınca gelişmekte olan devletlerin katılımını kolaylaştırmak amacıyla kurulacak Gönüllü Fon, Mali Rehabilitasyon ve Restorasyon Fonu ile Küresel Çevre Vakıf Fonu da yasal zemine oturtulmuştur. Böylece hem kuşaklariçi hem de kuşaklararası adalet anlayışı Anlaşma'da yer bulmuştur.

Sekretarya yönetiminde, Taraflar Konferansınca belirlenen diğer ilgili hukuksal araçlar ve uluslararası örgütlerle işbirliği içinde çalışan bir açık erişim platformu olarak tasarlanan Takas Merkezi Düzeneği (*the Clearing House Mechanism*) de deniz genetik kaynakları ve dijital dizim bilgileri başta olmak üzere mali olmayan faydaların küresel Güney'in çıkar ve gereksinimlerinin dikkate alınarak kamuya açık veri tabanları yoluyla paylaşılması (m. 14(3)), bilimsel bilginin arttırılması, deniz kaynaklarının korunması ve sürdürülebilir kullanımı yoluyla dağıtıcı adaleti gerçekleştirmeye yönelik olarak atılan adımlardan biridir. Ancak, Anlaşma, taraf devletlerin içhukukuna göre gizli kabul edilip korunan veya patent, marka vb tescilli ticari haklara konu bilgilerin açıklanması konusunda açık bir ayrıksılık öngörmüştür (m. 51).[65] Morgera'nın belirttiği üzere böylece teknoloji aktarımı, kapasite geliştirme ile bilimsel ve teknik işbirliği yükümlülükleri, kısaca mali olmayan faydaların paylaşımı, uygulamada ulusal düzenlemelere göre yapılacak iki taraflı anlaşmalara bırakılmış görünmektedir.[66] Bu konuda dile getirilen bir diğer sorun, derin deniz araştırmalarını çoğunlukla teknolojik yönden gelişmiş devletlerin uyrukluğundaki şirketlerin kendi mali kaynaklarını kullanarak yapıyor

[61] Örneğin, Fransa önderliğinde bir grup devletçe önerilen okyanuslara ilişkin kapsamlı bir uluslararası düzenek geliştirilmesi projesi AB tarafından fonlanmakta, Şili ve Çin gibi bazı devletlerce de desteklenmektedir. DERRIG, Ríán: "Reforming Ocean Governance", *EJILTalk!*, 26 December 2024, https://www.ejiltalk.org/reforming-ocean-governance/, e.t. 04.08.2025.

[62] BM Gıda ve Tarım Örgütü, Uluslararası Denizcilik Örgütü, Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü gibi örgütlerle BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Taraflar Konferansı da kendi kuruluş amaçları ve yetkileri kapsamında derin deniz yatağındaki faaliyetlere ilişkin düzenlemeler yapabilmektedir.

[63] Bu konudaki kararların oydaşma ile alınamaması durumunda toplantıda bulunup oylamaya katılanların ¾ çoğunluğuyla karar alınması öngörülmüştür.

[64] Taraflar Konferansınca belirlenen bütçeye yapacakları katkının yarısı kadar katkıda bulunmak zorundadır.

[65] Ayrıca bkz. m. 32(7).

[66] MORGERA, Elisa: *Fair and Equitable Benefit-sharing in International Law*, Oxford University Press, 2024, s. 76-77.

olması ve serbest piyasa ekonomisi ve özel mülkiyeti koruyan ulusal yasalar uyarınca bu şirketlerin elde ettikleri bilgileri kamuyla paylaşmaya zorlanamamasıdır.[67] Buna çözüm olarak çok paydaşlı ortaklıklar yoluyla şirketlerin düşünsel (fikrî) mülkiyet sistemlerine dahil edilmesi, şirket çalışanlarının karşılıklı olarak eğitilmesi, uzmanların değiş-tokuşu yoluyla kapasitenin geliştirilmesi ve teknolojilerin paylaşılması önerilmiştir.[68]

B. Deniz Madenciliğinden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi ve Zararın Giderilmesi

a. BMDHS ve Otorite'nin Düzenlemeleri

Maden şirketleri, deniz madenciliğinin karada yürütülen madencilik faaliyetlerinden daha kolay olduğunu ve çevreye daha az vereceğini ileri sürmektedirler. Ancak, deniz madenciliği faaliyetleri sonucunda oluşacak gürültü, ışık ve toz fırtınaları denizlerdeki canlıların yaşamını olumsuz yönde etkileyecektir. Bugüne kadar derin denizde yaşayan canlıların yalnızca %1'lik kısmının keşfedilmiş olduğu dikkate alındığında, bu durum yalnızca kirlilik yönünden değil yukarıdaki bölümde incelenen biyoçeşitliliğin korunması bakımından da tehlike oluşturmaktadır. BMDHS tarafı devletler kaynağı ne olursa olsun deniz çevresinin korunması konusunda genel bir yükümlülük altındadır (m. 192). Ayrıca devletler, kendi yetkileri ya da denetimleri altındaki faaliyetlerin deniz kirliliğine yol açmasını önlemek zorundadır (m. 194(2)). Derin deniz yatağındaki madencilik faaliyetlerinden doğacak kirliliğin önlenmesi ve kirlilik nedeniyle zararın doğması durumunda alınacak acil önlemlere ilişkin kurallar Otoritece belirlenmiştir (m. 145). Bölge'deki Polimetalik Yumruların Keşfi ve Aranmasına ilişkin Düzenleme'ye göre Yüklenicilerin faaliyetlerine başlamadan önce Otorite'ye acil durum planlarını sunmaları, ihtiyatlılık ilkesine ve mevcut en iyi çevre uygulamalarına uygun olarak gerekli tüm önlemleri almaları[69] ve acil durumlarda Otorite'nin kararlarına uymayı taahhüt etmeleri gerekmektedir.[70] BMDHS m. 165 uyarınca Otorite'nin organı Hukuk ve Teknik İşler Komisyonu tarafından Yüklenicilerin derin deniz yatağında maden tetkik ve arama faaliyetleri için hazırlaması gereken çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporlarına ilişkin ayrıntılı bir Yönerge yayımlanmıştır.[71] Bu konuda kıyı devletinin yetkileri de saklı tutulmuştur.[72]

[67] MORGERA, s. 111.

[68] MORGERA, s. 111.

[69] Düzenleme 5, 31(5)).

[70] Düzenleme 33.

[71] Recommendations for the guidance of contractors for the assessment of the possible environmental impacts arising from exploration for marine minerals in the Area, ISBA/25/TLC/6/Rev.1, replaced by ISBA/25/6/Rev.3, 4 August 2023.

[72] Düzenleme 34. BOYLE, Alan & REDGWELL, Catherine: *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*, 4th ed., Oxford University Press, 2021, s. 548, 556-557.

Bölge'deki deniz madenciliği faaliyetlerinin kıyı devletlerinin hak ve meşru yararlarına aykırılık oluşturmayacak şekilde yürütülmesi gerekir (BMDHS m. 142, 208, 214). Açık denizlerde kirliliğin önlenmesi konusunda her ne kadar bayrak devleti yetkili olsa da (BMDHS m. 209), ulusal yetki alanının ötesinde kirliliğe yol açan geminin gönüllü olarak limana girdiği durumlarda (m. 218) liman devletinin yetkili olması söz konusu olabilmektedir. MOLENAAR, Erik: "Port and Coastal States', Editör: Donald ROTHWELL et al., *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford Academic, 2015, Online ed., s. 280-303; WARNER, Robin: *Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction Strengthening the International Law Framework*, Martinus Nijhoff, 2009, s. 55-56; ÖZMAN, Aydoğan: *Deniz Hukuku I – Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 130-131.

Otorite, benzer bir yaklaşımı 16 Şubat 2024 tarihli Bölge'deki Maden Kaynaklarını İşletme Konusunda Taslak Düzenleme'de de benimsemiş, deniz madenciliğinden doğan zararın kıyı devletine yansıması durumunda kıyı devletinin BMDHS m. 235 ve kirleten öder ilkesi kapsamında tazminat isteminde bulunabileceği belirtilmiştir.[73] Maden çıkarma faaliyetleri için hazırlanması gereken ÇED raporlarına ilişkin olaraksa Taslak Düzenleme üzerindeki tartışmalar sürmektedir.[74] Bu kapsamdaki ÇED raporları Yüklenici şirketlerce hazırlanmakta olup, bu durumda BMDHS tarafı devletlerin özen gösterme yükümlülüğü sürmektedir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nin danışma görüşünde, deniz madenciliği şirketlerini destekleyen devletlerin, BMDHS'den kaynaklanan doğrudan yükümlülüklerinin yanı sıra bu şirketlerin faaliyetlerinin yol açabileceği çevresel zararların önlenmesine ilişkin olarak özen yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır.[75]

Buna ek olarak Taslak Düzenleme, Çevre Tazmin Fonu'nun kurulmasını öngörülmüş, Destekleyen Devlet'in sorumlu olmadığı (BMDHS m. 139(2)) ve Yüklenici Şirket'in de yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmediği durumlarda, diğer tüm olasılıklar tüketildikten sonra son çare olarak, Yüklenici'nin faaliyetlerden kaynaklanan ve deniz çevresine, kıyı devletlerine (veya üçüncü kişilere) verilen zararı hafifletmek veya telafi etmek için gerekli önlemlerin uygulanmasını finanse etmek amacıyla bu Fon'un kullanılabileceği belirtilmiştir. Buna göre Fon en az 2 durumu kapsayacaktır:

(a) Onaylanmamış yüklenici faaliyetleri nedeniyle oluşan zarar; veya

(b) Onaylanmış yüklenici faaliyetleri nedeniyle ancak öngörülemeyen bir zararın oluşması veya yüklenicinin ihmalkâr davranması nedeniyle oluşan zarar.

Çevre Tazmin Fonu, bir Çalışma Planı'nın onaylanmasından sonra ve faaliyetlerin başlamasından önce ödenen güvence (teminat) niteliğindeki ücretlerden, Yükleniciler veya İşletme tarafından Otorite'ye ödenen cezaların

[73] Taslak Düzenleme 4(5), 44(1)(e), 53.

[74] Taslak Düzenleme 46-48.

[75] Danışma Görüşü'nde, destekleyen devletin doğrudan yükümlülükleri arasında BMDHS m. 153(4) kapsamında Otorite'ye yardım etme, ihtiyatlılık ilkesine uygun davranma, en iyi çevresel uygulamaları benimseme, acil durumlarda gerekli önlemleri almak üzere hazır bulunma, gerektiğinde ödence (tazminat) verme, Yüklenicilerin gereği gibi ÇED hazırlamasına özen gösterme ve gelişmekte olan devletlerin özel çıkarlarının ve gereksinimlerinin gözetilerek onların da deniz madenciliği faaliyetlerine eşit biçimde katılmasını sağlama sayılmıştır. Devletlerin, destekledikleri şirketlerin BMDHS ve ilgili düzenlemelere uygun davranmasını sağlamak için "olası en iyi çabayı gösterme" ve "makul uygunlukta" yasal önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Destekleyen devletin sorumluluğunun doğması içinse yukarıda belirtilen özen gösterme yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması, zararın doğmuş olması ve bu zararın özen gösterme yükümlülüğünün ihmalinden kaynaklanmış olması (nedensellik bağı) gerekmektedir. Bu açıklamalar kapsamında, destekleyen devletin sorumluluğunun sonuç değil davranış sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır. Bu sorumluluk, Yüklenici'nin sorumluluğundan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Birden çok destekleyen devlet olması durumunda bu devletler ortaklaşa ve zincirleme sorumlu olacaklardır. Destekleyen devlet(ler) özen sorumluluğunu gereği gibi yerine getirirse, Yüklenici(ler)in eylemlerinden doğan zararların giderilmesi yalnızca ilgili şirketlerden (Yüklenicilerden) istenebilecektir. Bu durumlarda zararın kurulacak bir güven fonundan karşılanmasının da değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Destekleyen devlet(ler) özen sorumluluğunu yerine getirmemiş olsa da zarar doğmadıysa ödence talep edilmesi söz konusu olmayacaktır. Mahkeme, bu tür ihlallerin uluslararası hukuktaki sonuçlarının yapılageliş hukukuna göre belirleneceğini belirtmiştir.

Destekleyen devletler, idari ve yasal düzenlemeler yaparken iyi niyetle davranmalı ve makul, ilgili ve tüm insanlığın yararına olacak şekilde çeşitli olasılıkları değerlendirerek önlemler almalıdır. Her durumda, ulusal düzenlemeler, uluslararası düzenlemelerden daha katı, etkili ve uygulanabilir olmalıdır. Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 10, para. 242.

belirlenecek bir miktarından, Finans Komitesi'nin önerilerine dayalı olarak Konsey kararları doğrultusunda Fon'a ödenen bedellerden, Fon'daki paralarla yapılan yatırımlardan elde edilen gelirden; Yükleniciler veya İşletme tarafından Fon'a ödenen yıllık vergilerden; ve destekleyen devletlerce Fon'a ödenen bağış niteliğindeki katkılardan oluşmaktadır. [76]

b. Açık Denizlerde Biyoçeşitlilik Anlaşması'ndaki Düzenlemeler

Açık Denizlerde Biyoçeşitlilik Anlaşması'nda taraf devletlerin yetkisi ya da denetimi altında gerçekleştirilmesi planlanan derin deniz madenciliği faaliyetleri için ruhsat başvurusundan önce yapılan ön değerlendirmede bu faaliyetlerin önemsiz ya da geçici etkilerin ötesinde sonuçlarının olacağı veya planlanan faaliyetin olası etkilerinin tam ya da iyi anlaşılamamış olduğu durumlarda, bu faaliyetlerden doğabilecek etkilerin ÇED ve stratejik ÇED raporlarıyla belirlenmesi, olumsuz etkilerin gerçekleşmesini önlemek, ve risk gerçekleştiğinde bunun etkilerini azaltmak için önlem alınması, ve tüm süreçlerin Takas Merkezi Düzeneği aracığıyla kamuyla paylaşılması öngörülmüştür (m. 27-39). Anlaşma'ya göre, planlanan faaliyetin yalnızca çevresel etkileri değil, ekonomik, sosyal, kültürel ve insan sağlığına yönelik tüm etkileri değerlendirilmeli, olası toplam (kümülatif) etkilerle ulusal yetki alanlarına sirayet edebilecek etkilere de raporda yer verilerek planlanan faaliyetlere alternatifler geliştirilmelidir.

ÇED kapsamı, mevcut en iyi bilimsel bilgilere ve varsa Yerli Halkların ve yerel toplulukların ilgili geleneksel bilgi ve deneyimlerine göre belirlenmelidir (m. 31(1)(b)). Planlanan faaliyetlerle ilgili bilgiler, özellikle kıyı devletlerinin ve faaliyetlerden en çok etkilenebilecek devletlerle, uluslararası örgütler, bilimsel kuruluşlar ve sivil toplum dahil olmak üzere tüm paydaşların ÇED sürecine katılımını sağlamak amacıyla Takas Merkezi Düzeneği aracılığıyla kamuyla paylaşılmalı ve bu düzenli aralıklarla tekrarlanmalıdır. Gizlilik ya da patent, marka vb tescilli ticari haklar nedeniyle kamuyla paylaşılmayan bilgiler olması durumunda, bu, açıkça belirtilmelidir (m. 32-33). Planlanan faaliyet için ruhsat alınması ve faaliyete başlanması durumunda ÇED çerçevesinde izleme, raporlama ve gözden geçirme yükümlülükleri faaliyet sırasında da sürecek, bunlar da Otorite'nin Bilimsel ve Teknik Komitesi tarafından değerlendirilerek, tüm süreçler Takas Merkezi Mekanizması aracılığıyla yayımlanacaktır (m. 35-37).[77]

Son olarak belirtmek gerekir ki, Açık Denizlerde Biyoçeşitlilik Anlaşması uyarınca öngörülen ÇED yükümlülüğü bu Anlaşma'nın tarafı devletler için getirilmiş olup, başka bir uluslararası hukuksal çerçevede de en az bu yükümlülüğün standart ve kurallarına uyan bir ÇED yükümlülüğü öngörülmüşse, taraf devletlerin ayrıca ÇED sunmasına gerek kalmayacaktır (m. 29). Bu nedenle yukarıda değinilen Bölge'deki Maden Kaynaklarını İşletme Konusunda Taslak Düzenleme'de getirilecek ÇED yükümlülüklerinin kapsamı ve niteliği Açık Denizlerde Biyoçeşitlilik Anlaşması'nın uygulanmasını da etkileyecektir.

SONUÇ

Küreselleşmenin fayda ve maliyetlerinin devletler arasındaki dengesiz dağılımı yalnızca varsılla yoksul arasındaki uçurumu derinleştirmekle kalmamakta küresel ölçekte güvenliğin sağlanmasına ve insan haklarının

[76] Taslak Düzenleme 54-56.

[77] Temmuz 2025 tarihine kadar Yükleniciler tarafından hazırlanmış altı ÇED raporuna şu adresten ulaşılabilir: https://www.isa.org.jm/protection-of-the-marine-environment/environmental-impact-assessments/

korunmasına yönelik de bir tehdit oluşturmaktadır.[78] Uluslararası hukukta, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilen Bölge'de gerçekleştirilen derin deniz madenciliğinden elde edilecek mali ve mali olmayan faydaların paylaşımına ilişkin düzeneklerdeki eksiklikler, kapasite geliştirme, teknoloji aktarımı ve deniz canlılarının genetik kaynaklarına ilişkin bilginin paylaşılması konusundaki usullerin yetersizliği de küresel eşitsizliklerin sürmesi ve hatta artması anlamına gelecektir. Derin deniz madenciliği alanındaki eksiklikler tamamlanmadan şirketlere ruhsat verilmesi, özellikle sağlık hakkı, çevre hakkı, sürdürülebilir gelişme hakkı gibi hakların yerkürenin geniş bir bölümünde ihlal edilmesi, deniz ekosisteminin ve biyoçeşitliliğinin geri döndürülemez ve telafi edilemez biçimde zarar görmesi sonucunu doğuracaktır. Bu, özellikle "Sudaki Yaşam" başlıklı 14. Sürdürülebilir Kalkınma (Gelişme) Amacının gerçekleştirilmesi önünde önemli bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle Bölge'de yürütülecek deniz madenciliği arama, işletme ve yönetim faaliyetleri bakımından yetkili kabul edilen Otorite'nin demokratik, şeffaf ve hesap verilebilir süreçlerle faaliyet göstermesi, özellikle gelişmekte olan devletlerin ve uluslararası topluluğun kırılgan gruplarının karar alma süreçlerine dahil edilmesi için gerekli hukuksal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu çerçevede Fransa'nın önderliğinde bir grup devlet, Sürdürülebilir Okyanuslar için Uluslararası Platform (*International Platform for Ocean Sustainability* - IPOS) olarak adlandırılan yeni bir yapı kurulmasına öncülük etmiş, böylece bilim insanlarının görüşlerinin ve önerilerinin yetkililerle ve tüm dünyayla şeffaf biçimde paylaşılması amaçlanmıştır.[79]

Dünya Doğayı Koruma Vakfı (*World Wide Fund for Nature*) derin deniz madenciliği yoluyla yeni madenlerin çıkarılması yerine döngüsel ekonomi modelinin benimsenerek sorumlu üretim ve tüketim ilkeleri çerçevesinde ürünlerin kullanım süresinin uzatılması, geri dönüşüm uygulamalarının yaygınlaştırılması ve yeni madenlerin çıkarılmasını gerektirmeyen teknolojilerin geliştirilmesi, yeni madenlere duyulan gereksinimin de mevcut maden sahalarındaki sorumlu madencilik uygulamaları yoluyla karşılanmasını önermektedir.[80] Bu öneri BMW, Volvo, Google ve Samsung gibi şirketlerce de desteklenmiştir.[81] Bankacılık, sigorta ve yatırım sektörlerinden çeşitli şirketler ise Avrupa Komisyonu ve Avrupa Yatırım Bankası'nın da destekleriyle geliştirilen Sürdürülebilir Mavi Ekonomi Finansmanı İlkeleri'ne (*The Sustainable Blue Economy Finance Principles*) bağlılıklarını açıklamışlardır.[82]

[78] UN Commission on Human Rights: E/CN.4/RES/2004/24, 16 April 2004, Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights.

[79] Bu platformun kuruluşunda İklim Değişikliği Hükümetlerarası Paneli (Intergovernmental Panel on Climate Change) ve Biyoçeşitlilik ve Ekosistem Hizmetleri Hükümetlerarası Bilim Politikası Platformu (Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services) esin kaynağı olmuştur. CAVALERI GERHARDINGER, Leopoldo et al.: "A Call for a Cultural Shift in Oceanography", *Coastal Management,* Vol. 52:4-5, 2024, s. 175-187; GAILL, Françoise et al.: "An evolution towards scientific consensus for a sustainable ocean future", *npj Ocean Sustain,* Vol. 1, 2022, Article 7, s. 2.

[80] WORLD WIDE FUND: *The Future is Circular: The Circular Economy and Critical Minerals for the Green Transition*, 2022, https://wwfint.awsassets.panda.org/downloads/circular_economy_and_critical_minerals_report_summary_and_recommendations_1.pdf, e.t. 04.08.2025.

[81] WATTS, Jonathan: "Race to the bottom: the disastrous, blindfolded rush to mine the deep sea", *The Guardian*, 27 September 2021, https://www.theguardian.com/environment/2021/sep/27/race-to-the-bottom-the-disastrous-blindfolded-rush-to-mine-the-deep-sea, e.t. 04.08.2025.

[82] https://www.unepfi.org/blue-finance/the-principles/, e.t. 04.08.2025.

Deniz madenciliğinden manganez, nikel, bakır ve kobalt başta olmak üzere çeşitli ham maddeler elde edilmesi beklenmektedir. Türkiye'de bu sayılanlar arasından en çok bakırın çıkarıldığı ve ihraç edildiği,[83] nikel, manganez ve kobalt yataklarının sınırlılığı nedeniyle bu madenler bakımından ithalat zorunluluğu bulunduğu belirtilmekte ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda bu maddelere gereksinimin artacağı öngörülmektedir.[84] Gelişmekte olan bir devlet olarak Türkiye'nin BMDHS'ye taraf olmamasının bir sonucu, Otorite'nin aldığı kararlarda söz sahibi olamaması, uyrukluğunda ya da etkili denetiminde bulunan şirketleri destekleyerek onların deniz madenciliği faaliyetinde bulunmasını sağlayamaması[85] ve derin deniz madenciliğinden elde edilecek mali ve mali olmayan faydalarda hak iddia edememesidir. Kısaca, BMDHS'de benimsenen dağıtıcı adalet ilkeleri yalnızca Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından geçerli olmakta ve "insanlığın ortak mirası" kavramı da yalnızca Sözleşme'ye taraf olanları kapsamaktadır. Her ne kadar derin deniz madenciliği bakımından Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olmasının ulusal çıkarlarına uygun olacağı düşünülebilirse de, Türkiye'nin ısrarlı itirazcı olduğu ve çekince koyulması yasaklanmış hükümler nedeniyle bunun gerçekleşmesi olanaklı görünmemektedir.[86] Ayrıca Türkiye, deniz madenciliği konusundaki taslak düzenlemelerin hazırlandığı Hukuk ve Teknik İşler Komisyonu'ndaki toplantılara da katılamamaktadır, ancak bu düzenlemelerin gözden geçirilip kabul edilme aşamasında Konsey'in daveti üzerine ve yalnızca kendisini etkileyebilecek konularda Konsey toplantılarında gözlemci olarak bulunabilecektir.[87]

KAYNAKÇA

ALBERTS, Elizabeth Claire: "Not merely 'exploration': PNG deep-sea mining riles critics & surprise officials", *Mongabay*, 2 September 2024, https://news.mongabay.com/2024/09/not-merely-exploration-png-deep-sea-mining-riles-critics-surprises-officials/, e.t. 04.08.2025.

AKÇAPAR, Burak: "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Vol. 51(1), 1996, s. 19-42.

AKKUŞ, Berkant: "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Derin Deniz Yatağı Madenciliği: Sorunlu Konular ve Değerlendirmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Vol. 74(1), 2025, s. 1-76.

[83] T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı: Bakır, https://enerji.gov.tr/bilgimerkezi-tabiikaynaklar-bakir, e.t. 04.08.2025; İstanbul Maden İhracatçıları Birliği: Aylık Bazda Ürün Gruplarına veya Ülkelere Göre Maden İhracatı, İhracat istatistikleri 2025, https://imib.org.tr/veri-merkezi/ihracat-istatistikleri/, e.t. 04.08.2025.

[84] T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı: Nikel, https://enerji.gov.tr/tabii-kaynaklar-nikel, e.t. 04.08.2025; Nikel ve manganez yatakları için bkz. Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü: Türkiye Maden Yatakları Haritaları, https://www.mta.gov.tr/v3.0/sayfalar/hizmetler/images/b_h/nikl_man_anti.jpg, e.t. 04.08.2025; KURAN, Selami: *Uluslararası Deniz Hukuku*, 7. Baskı, Beta, 2021, s. 341-342.

[85] BMDHS m. 153 ve EK III m. 4, Keşif ve Arama Düzenlemesi m. 9, Taslak Düzenleme 5

[86] KURAN, s. 343; AKÇAPAR, Burak: "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde Deniz Hukuku Uluslararası Mahkemesi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Vol. 51(1), 1996, s. 42.

[87] BMDHS m. 156, ISA/99/3 Rules of Procedure of the Assembly, 17 March 1995, Rule 82; ISBA/C/12, Rules of Procedure of the Council of the ISA, 3 December 1996, Rule 75. Bu konudaki bilgiler için bkz. KOCABIYIK, Berilşah: "General Assessment of the Legal Rights of Observer States Including Türkiye in the International Seabed Authority", *DEHUKAMDER,* Vol. 4(2), 2021, s. 498-502.

AKKUTAY, Ali İbrahim: "Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Vol. 2, 2016, s. 155-193.

AMADI, Emma & MOSNIER, François: "Race To Bottom: Deep sea mining provides minimal financial benefits for countries", *Planet Tracker*, November 2024, https://planet-tracker.org/wp-content/uploads/2024/11/Race-to-the-Bottom.pdf, e.t. 04.08.2025.

ANLAR-GÜNEŞ, Şule: "Maden Kaynaklarının Yönetimi Bağlamında Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin Rolü", *Uluslararası İlişkiler*, Vol. 17(65), 2020, s. 101-124.

BARRAL, Virginie: "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *European Journal of International Law*, Vol. 23(2), 2012, s. 377-400.

BEKTAŞ, Sezercan: *Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi*, Legem Yayınevi, Ankara, 2017.

BOURREL, Marie et al.: "The common of heritage of mankind as a means to assess and advance equity in deep sea mining", *Marine Policy*, Vol. 95, 2018, s. 311-316.

BOYAR, Oya: "Anayasa ve Sürdürülebilir Kalkınma", *İstanbul Hukuk Mecmuası,* Vol. 78(4), Şubat 2021, s. 1921-1957.

BOYLE, Alan & REDGWELL, Catherine: *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*, 4th ed., Oxford University Press, 2021.

BRYANT, Miranda: "Norway votes for deep-sea mining despite environmental concerns", *the Guardian,* 9 January 2024, https://www.theguardian.com/environment/2024/jan/09/norway-set-to-approve-deep-sea-mining-despite-environmental-concerns, e.t. 04.08.2025.

CARVALHO, Leticia: "The deep sea needs rules, says the head of the body that governs it", *The Economist*, 10 June 2025, https://www.economist.com/by-invitation/2025/06/10/the-deep-sea-needs-rules-says-the-head-of-the-body-that-governs-it, e.t. 04.08.2025.

CASSON, Louisa: "What's wrong with deep sea mining? 5 reasons deep sea mining is bad for the planet", 08.02.2023, *Greenpeace*, https://www.greenpeace.org/aotearoa/story/5-reasons-why-deep-sea-mining-will-only-get-our-planet-into-deep-trouble/, e.t. 04.08.2025.

CAVALCANTI de MELLO FILHO, Eduardo: "May the United States Unilaterally Conduct or Regulate Activities in the Area According to International Law?", *NUS Centre of International Law Blog*, 4 April 2025, https://cil.nus.edu.sg/blogs/may-the-united-states-unilaterally-conduct-or-regulate-activities-in-the-area-according-to-international-law/, e.t. 04.08.2025.

CAVALERI GERHARDINGER, Leopoldo et al.: "A Call for a Cultural Shift in Oceanography", *Coastal Management,* Vol. 52:4-5, 2024, s. 175-187.

CUYVERS, Luc et al.: *Deep seabed mining A rising environmental challenge*, International Union for Conservation of Nature, Gland/Switzerland 2018.

DAVIES, Ross: "A modern Eldorado: deep sea mining at the Clarion Clipperton Zone", *Mining Technology*, 21 August 2019, https://www.mining-technology.com/features/a-modern-eldorado-deep-sea-mining-at-the-clarion-clipperton-zone/, e.t. 04.08.2025

DEEPSEA CONSERVATION COALITION: "Momentum for A Moratorium", https://deep-sea-conservation.org/solutions/no-deep-sea-mining/momentum-for-a-moratorium/, e.t. 04.08.2025.

DERRIG, Ríán: "Reforming Ocean Governance", *EJILTalk!*, 26 December 2024, https://www.ejiltalk.org/reforming-ocean-governance/, e.t. 04.08.2025.

DINGWALL, Joanna: "The common heritage quandary: devising a global payment regime for exploitation activities in the deep seabed Area", *Routledge handbook of seabed mining and the law of the sea*, Editör: V. Tassin Campanella, Routledge, 2024, s. 178-193.

FEICHTNER, Isabel: "Mining for Humanity in the Deep Sea and Outer Space: The Role of Small States and International Law in the Extraterritorial Expansion of Extraction", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 32(2), 2019, s. 255–274.

FEICHTNER, Isabel: "Sharing the Riches of the Sea: The Redistributive and Fiscal Dimension of Deep Seabed Exploitation", *European Journal of International Law*, Vol. 30(2), 2019, s. 601-633.

GAILL, Françoise et al.: "An evolution towards scientific consensus for a sustainable ocean future", *npj Ocean Sustain,* Vol. 1, 2022, Article 7.

GUTERRES, António: "Secretary General's press conference at Ocean Conference", 10 June 2025, https://www.un.org/sg/en/content/sg/press-encounter/2025-06-10/secretary-generals-press-conference-ocean-conference-scroll-down-for-french, e.t. 04.08.2025.

HEIN, James R. et al.: "Deep-ocean polymetallic nodules as a resource for critical materials", *Nature Reviews Earth & Environment, Vol.* 1, 2020, s. 158–169.

JAECKEL, Aline et al.: "Sharing benefits of the common heritage of mankind – is the deep seabed mining regime ready?", *Marine Policy,* Vol. 70, 2016, s. 198-204.

JONES, Nicola: "UN forges historic deal to protect ocean life: what researchers think", *Nature News*, 07 March 2023.

KIVILCIM, Zeynep: *Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

KOCABIYIK, Berilşah: "General Assessment of the Legal Rights of Observer States Including Türkiye in the International Seabed Authority", *DEHUKAMDER,* Vol. 4(2), 2021, s. 467-522.

KURAN, Selami: *Uluslararası Deniz Hukuku*, 7. Baskı, Beta, 2021.

McVEIGH, Karen: "Norway forced to pause plans to mine deep sea in Arctic, *the Guardian*, 2 December 2024, https://www.theguardian.com/environment/2024/dec/02/norway-deep-sea-mining-mine-arctic, e.t. 04.08.2025.

MOLENAAR, Erik: "Port and Coastal States', Editör: Donald ROTHWELL et al., *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford Academic, 2015, Online ed., s. 280-303.

MORGERA, Elisa: *Fair and Equitable Benefit-sharing in International Law*, Oxford University Press, 2024.

NOLLKAEMPER, André: "Sovereignty and environmental justice in international law", *Environmental Law and Justice in Context*, Editors: Jonas EBBESSON and Phoebe OKOWA, Cambridge University Press, 2009, s. 253-269.

ÖZMAN, Aydoğan: *Deniz Hukuku I – Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

ÖZSU, Umut: *Completing Humanity: The International Law of Decolonization, 1960-82*, Cambridge University Press, 2024.

PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, 12. Bası, Turhan, 2021.

PICKENS, Chris et al.: "From what-if to what-now: Status of the deep-sea mining regulations and underlying drivers for outstanding issues", *Marine Policy*, Vol. 169, 2024, s. 105967.

PÖRTNER, Hans-Otto et al.: "Overcoming the coupled climate and biodiversity crises and their societal impacts", *Science*, Vol. 380, Issue 6642, 2023, eabl4881.

PRADEEP, Singh A.: "The Invocation of the 'Two-Year Rule' at the International Seabed Authority: Legal Consequences and Implications", *The International Journal of Marine and Coastal Law,* Vol. 37(3), 2022, s. 375-412.

RICHARDSON, Katherine et al.: "Earth beyond six of nine Planetary Boundaries", *Science Advances*, Vol. 9, Issue 37, 2023, eadh2458.

RAWORTH, Kate: "Doughnut for the Anthropocene: humanity's compass in the 21st century", *The Lancet Planetary Health*, Vol. 1, Issue 2, 2017, e48-e49.

ROSENBERG, Daniel: "The Legal Fight Over Deep-Sea Resources Enters a New and Uncertain Phase", *EJILTalk!*, 22 August 2023, https://www.ejiltalk.org/the-legal-fight-over-deep-sea-resources-enters-a-new-and-uncertain-phase/, e.t. 04.08.2025.

SEEBERG-ELVERFELDT, Niels-Juergen & KAEDE, Andreas: "The Long Road to Exploit Deep Sea Minerals: Call to Adopt the Rules on Deep Seabed Mining in July 2025", *Völkerrechtsblog,* 14 July 2025, https://voelkerrechtsblog.org/the-long-road-to-exploit-deep-sea-minerals/, e.t. 04.08.2025.

SUMAILA, U. Rashid et al.: "To engage in deep-sea mining or not to engage: what do full net cost analyses tell us?", *npj Ocean Sustainability,* Vol. 2(1) 1, 2023, Article 19.

THE ECONOMIST, "A Trump executive order will unleash a global deep-sea mining boom", 25 April 2025, https://www.economist.com/international/2025/04/25/a-trump-executive-order-will-unleash-a-global-deep-sea-mining-boom, e.t. 04.08.2025.

THE METALS COMPANY: "World First: TMC USA Submits Application for Commercial Recovery of Deep-Sea Minerals in the High Seas Under U.S. Seabed Mining Code", 29 April 2025,

https://investors.metals.co/news-releases/news-release-details/world-first-tmc-usa-submits-application-commercial-recovery-deep, e.t. 04.08.2025.

WARNER, Robin: *Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction Strengthening the International Law Framework*, Martinus Nijhoff, 2009.

WATTS, Jonathan: "Race to the bottom: the disastrous, blindfolded rush to mine the deep sea", *The Guardian*, 27 September 2021, https://www.theguardian.com/environment/2021/sep/27/race-to-the-bottom-the-disastrous-blindfolded-rush-to-mine-the-deep-sea, e.t. 04.08.2025.

WATTS, Jonathan: "Race to the bottom: the disastrous, blindfolded rush to mine the deep sea", *The Guardian*, 27 September 2021, https://www.theguardian.com/environment/2021/sep/27/race-to-the-bottom-the-disastrous-blindfolded-rush-to-mine-the-deep-sea, e.t. 04.08.2025.

WILDE, Daniel et al: "Equitable sharing of deep-sea mining benefits: More questions than answers", *Marine Policy*, Vol. 151, 2023, 105572.

WORLD WIDE FUND: *The Future is Circular: The Circular Economy and Critical Minerals for the Green Transition*, 2022, https://wwfint.awsassets.panda.org/downloads/circular_economy_and_critical_minerals_report_summary_and_recommendations_1.pdf, e.t. 04.08.2025.

YAKUT, Yavuz Arda & RÉMONT, Anaïs: "Bridging the Regulatory Gap in the Area Regime: Unilateral Deep Seabed Mining Claims and the Complementary Role of National Laws", *NUS Centre of International Law Blog,* 23 June 2025, https://cil.nus.edu.sg/blogs/bridging-the-regulatory-gap-in-the-area-regime-unilateral-deep-seabed-mining-claims-and-the-complementary-role-of-national-laws/, e.t. 04.08.2025.

ZHIVKOPLIAS, Erik et al.: "Growing prominence of deep-sea life in marine bioprospecting", *Nature Sustainability,* Vol. 7, 2024, s. 1027–1037.

BELGELER

ISA: "A Collective vision of a shared future", https://www.isa.org.jm/equitable-sharing-of-benefits/, e.t. 04.08.2025.

ISA: "Equitable sharing of financial and other benefits from deep seabed mining", https://equitablesharing.isa.org.jm/, e.t. 04.08.2025.

ISA: "Exploration contracts", https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/, e.t. 04.08.2025.

ISA: "ISA releases study on the potential impact of mineral production from the ISA on the economics of developing land-based producers of these minerals", https://www.isa.org.jm/news/isa-releases-study-potential-impact-mineral-production-international-seabed-area-economies/, e.t. 04.08.2025.

ISA: "Study of the potential impact of polymetallic nodules production in the Area on the economies of developing land-based producers of those metals which are likely to be most seriously affected", Technical Study No. 32, 2022, https://www.isa.org.jm/wp-content/uploads/2022/12/ISA-Technical-Study-32.pdf, e.t. 04.08.2025.

ISA: "The Legal and Technical Commission", https://www.isa.org.jm/organs/the-legal-and-technical-commission/, e.t. 04.08.2025.

İstanbul Maden İhracatçıları Birliği: Aylık Bazda Ürün Gruplarına veya Ülkelere Göre Maden İhracatı, İhracat istatistikleri 2025, https://imib.org.tr/veri-merkezi/ihracat-istatistikleri/, e.t. 04.08.2025.

Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü: Türkiye Maden Yatakları Haritaları, https://www.mta.gov.tr/v3.0/sayfalar/hizmetler/images/b_h/nikl_man_anti.jpg, e.t. 04.08.2025.

T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı: Bakır, https://enerji.gov.tr/bilgimerkezi-tabiikaynaklar-bakir, e.t. 04.08.2025.

T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı: Nikel, https://enerji.gov.tr/tabii-kaynaklar-nikel, e.t. 04.08.2025.

UN Commission on Human Rights: E/CN.4/RES/2004/24, 16 April 2004, Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights.

UNGA: A/42/427 Annex, Report of the World Commission on the Environment and Development: Our Common Future, 4 August 1987.

UNGA: Resolution 2749, Declaration of Principles Governing the Sea-bed and the Ocean Floor, and the Subsoil thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction, 17 December 1970.

UNGA: Resolution 2750 Reservation exclusively for peaceful purposes of the Sea-bed and the ocean floor, and the Subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction and use of their resources in the interests of mankind, and convening of a conference on the law of the sea, 17 December 1970.

EUTHYPHRON İKİLEMİ BAĞLAMINDA JEREMY BENTHAM'IN HUKUK FELSEFESİ

Dr. Öğr. Üy. Furkan Kararmaz*

ÖZET

Euthyphron ikilemi, normativitenin kaynağına ilişkin temel bir ayrımı ortaya koyar: Bir şey iyi olduğu için mi buyrulur, yoksa buyrulduğu için mi iyidir? Diğer bir ifadeyle normativitenin kaynağı irade midir yoksa iradenin dışında normatif kaynaklar bulunabilir mi? Hukuki pozitivizm, hukukun geçerliliğini iradenin buyruğuna dayandırırken, doğal hukuk anlayışı normatif ölçütlerin iradeden bağımsız olarak var olduğunu ve bu ölçütlere şu ya da bu düzeyde aykırılığın yasanın geçerliliğini etkileyebileceğini savunur. İlk bakışta Jeremy Bentham, hukukun geçerliliği açısından katı bir pozitivist gibi görünür. Ona göre, yasa koyucunun iradesi hukuku yaratır ve hukuki geçerlilik, içeriğin ahlaki olup olmamasına bağlı değildir. Ancak, Bentham'ın "iyi yasa" anlayışı yalnızca iradenin buyruklarına değil, haz ve acı gibi doğal ölçütlere dayanır.

Hukuki pozitivistler arasında Thomas Hobbes'un konumu burada özellikle önemlidir. Hobbes'a göre, iyi ve kötü doğada kendiliğinden var olan ölçütler değildir; bunları belirleme yetkisi yalnızca egemene aittir. Bireylerin iyiye ve kötüye kendilerinin karar vermeye başlamaları, toplumun dağılmasının ilk işareti olacaktır. Bu anlayış, hukuki geçerliliği tamamen egemenin iradesine dayandırdığı gibi hukuki doğruluğa ilişkin de irade dışı herhangi bir ölçütü kabul etmez. Ancak Bentham, iyi yasayı tanımlarken yalnızca buyruğa değil, doğaya da başvurduğu için Hobbes'un belirlediği iradeci çerçeveden ayrılır.

Burada ortaya çıkan tablo, modern hukuk teorilerinden alışık olduğumuz katı pozitivizm-doğal hukuk ayrımını bulanıklaştırır. Bentham, hukukun geçerliliği açısından iradeci bir pozitivisttir, ancak hukukun iyi olup olmadığına karar verirken doğaya başvurduğu için bir tür "doğal hukukçu" gibi de hareket eder. Ancak, bu onun antik veya skolastik geleneklerdeki doğal hukuk anlayışına bağlı olduğu anlamına gelmez. O, doğada *nous*, *dike*, *arete*, gibi soyutlamalar görmez. Onun doğa anlayışı, kendi döneminin bilimsel pozitivizmiyle şekillenmiştir. Doğa *kozmos* değildir, gözlemlenebilir olguların toplamıdır ve insan doğasının temel niteliği haz arayışı ve acıdan kaçınmadır. Dolayısıyla, iyi yasa da bu doğal gerçekliğe uygun olan yasadır. İyi yasalar, bireylerin ve toplumun genel hazzını artıran ve acıyı azaltan yasalar olarak belirlenmelidir.

Bu yaklaşım, Bentham'ı Hobbes gibi iradeci pozitivistlerinden farklı bir noktaya taşır. İrade, yasanın ne olduğuna karar verebilir ama iyiye ve kötüye karar veremez. İyinin ve kötünün ölçütü doğadadır. Yasa koyucu, doğal ölçütler olan haz ve acıyı dikkate alarak yasaları oluşturmalı ve değiştirmelidir. Böylece, hukukun geçerliliği pozitivist bir temele otururken, hukukun içeriğine ilişkin ahlaki değerlendirme doğaya dayanan normatif bir çerçevede yapılır. Bentham bilimsel pozitivizme dayanarak iradeci hukuki pozitivizmden ayrılmış görünmektedir.

Sonuç olarak, Bentham'ın hukuk ve ahlak felsefesi, hukuki pozitivizm ile doğalcı etik arasında melez bir yapı ortaya koyar. Onun normatif teorisi, irade merkezli klasik hukuki pozitivizmden ayrılarak, doğaya bilimsel bir gözle bakan ve normatif sonuçlar çıkarmaya çalışan "pozitivist bir doğal hukuk" anlayışı geliştirdiğini gösterir. Bentham'ın yaklaşımı, hukuki pozitivizm ile doğal hukukçuluk arasında keskin bir ayrım yapmanın her zaman mümkün olmadığını ve bu ayrımın pratikte işlevsiz olabileceğini gözler önüne serer.

Anahtar Kelimeler: Euthyphron, Jeremy Bentham, Doğal Hukuk, İradecilik, Pozitivizm.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, furkankararmaz@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8395-0869.

JEREMY BENTHAM'S PHILOSOPHY OF LAW IN THE CONTEXT OF THE EUTHYPHRON DILEMMA

ABSTRACT

The Euthyphron dilemma reveals a fundamental distinction regarding the source of normativity: Is something ordained because it is good, or is it good because it is ordained? In other words, is the will the source of normativity, or can there be normative sources other than the will? While legal positivism bases the validity of the law on the command of the will, the natural law approach argues that normative criteria exist independently of the will and that violations of these criteria at one level or another can affect the validity of the law. At first glance, Jeremy Bentham appears to be a strict positivist regarding the validity of law. According to him, the legislator's will creates the law, and legal validity does not depend on whether the content is moral or not. However, Bentham's conception of "good law" is based not only on the dictates of the will but also on natural criteria such as pleasure and pain.

Among legal positivists, the position of Thomas Hobbes is particularly important here. According to Hobbes, good and evil are not criteria that exist spontaneously in nature; the sovereign alone has the authority to determine them. This understanding bases legal validity entirely on the will of the sovereign and does not accept any non-will criterion of legal correctness. Bentham is a voluntarist positivist in terms of the validity of the law, but he also acts as a kind of "natural jurist" in that he appeals to nature in deciding whether a law is good or not. However, this does not mean that he adheres to the understanding of natural law in the ancient or scholastic traditions. His understanding of nature is shaped by the scientific positivism of his time. Nature is the sum of observable phenomena, and the fundamental characteristic of human nature is the pursuit of pleasure and the avoidance of pain. Therefore, the good law is the law that follows this natural reality. Good laws should be those that increase the overall pleasure and reduce the pain of individuals and society.

This approach differentiates Bentham from voluntarist positivists like Hobbes. The will can decide what the law is, but it cannot decide good and evil. The criteria of good and evil are in nature. Thus, while the validity of law rests on a positivist foundation, the moral evaluation of the content of law is made within a normative framework based on nature. Bentham seems to have departed from voluntarist legal positivism on the basis of scientific positivism. As a result, Bentham's legal and moral philosophy reveals a hybrid structure between legal positivism and naturalistic ethics. His normative theory shows that he developed a "positivist conception of natural law" that looks at nature with a scientific eye and tries to draw normative conclusions, departing from classical legal positivism centered on the will. Bentham's approach reveals that it is not always possible to make a sharp distinction between legal positivism and natural legalism and that this distinction may be dysfunctional in practice.

Keywords: Euthyphron, Jeremy Betham, Natural Law, Voluntarism, Positivism.

GİRİŞ

Bu bildiri, hukuk felsefesinin en temel sorunlarından biri olan normatifliğin kaynağı meselesini, Euthyphron ikilemi üzerinden ele almakta ve Jeremy Bentham'ın hukuk ve ahlak anlayışını bu bağlamda değerlendirmektedir. Euthyphron ikilemi, bir şeyin iyi olduğu için mi buyrulduğu yoksa buyrulduğu için mi iyi olduğu sorusunu ortaya koyarak, ahlaki doğruluğun kaynağının irade mi yoksa irade dışı nesnel ölçütler mi olduğunu sorgular. Bu temel ayrım, hem ahlak felsefesinde hem de hukuk kuramında, doğalcılık ve iradecilik arasındaki karşıtlığın belirleyici zeminini oluşturur.

Bentham'ın yaklaşımı, bu klasik ikiliği sorgulayan özgün bir çözüm önerisi sunar. Yasanın geçerliliğini yasa koyucunun iradesine dayandıran Bentham, aynı zamanda bu yasaların iyi olup olmadığını belirlemek için doğaya, özellikle haz ve acı gibi gözlemlenebilir olgulara başvurur. Bu çifte yaklaşım, onu hukuki pozitivizmin içinde yerleştirirken, doğalcı etikle bağını da koruyan bir konuma taşır. Bildiride bu bağlamda Bentham'ın

Hobbes ve Austin gibi pozitivistlerle farkı ortaya konmakta; fayda ilkesine dayalı reformist bir hukuk anlayışı geliştirdiği savunulmaktadır.

Ayrıca çalışmada, Bentham'ın kavramsal pozitivizminin gerisinde normatif bir ajanda bulunduğu vurgulanmaktadır. Bentham, yasayı aşkın otoritelerin ürünü değil, insan eliyle yapılmış ve bu nedenle dönüştürülebilir bir araç olarak görür. Bu araçsal yaklaşım, pozitivizmin katı ve statükoyu meşrulaştıran biçimlerinden farklı olarak, hukuku toplumun genel mutluluğu doğrultusunda yeniden şekillendirme çağrısı içermektedir. Bu çerçevede bu bildiride normatif bir pozitivist kuram tartışmaya açılarak, hukuki pozitivizmin eleştirel ve reformcu biçimde nasıl savunulabileceği örneklendirilmektedir.

Bildirinin amacı, Bentham'ın hukuk felsefesinin, yalnızca kuramsal değil aynı zamanda pratik ve politik sonuçlar doğuran bir normatif tercih olduğunu göstermektir. Bentham, pozitivizmi bir teslimiyet değil, bir müdahale aracı olarak görür; hukuku tarif etmekle kalmaz, onu daha adil hale getirmeyi hedefler.

I. EUTHYPHRON İKİLEMİ VE HUKUK KURAMIYLA BAĞLANTISI

Platon'un Euthyphron adlı kısa diyalogu, onun erken dönem eserleri arasında yer alır ve "Sokratik diyalog" türünün tipik bir örneğidir. Bu türde Platon, henüz kendi özgün metafizik ve epistemolojik sistemini kurmamıştır; onun yerine Sokrates'in soru-cevap yöntemiyle kavramsal sorgulamalar yaptığı metinlerle karşılaşırız. Euthyphron, Sokrates'in Savunması ve Kriton ile birlikte, Sokrates'in idamıyla sonuçlanan mahkeme sürecini ele alan üçlemenin ilk parçasını oluşturur. Diyalog, Sokrates'in yeni tanrılar icat ederek gençleri ifsat etme suçlamasıyla yargılanmasından hemen önceki bir anda geçer. Sokrates, mahkemeye gitmeden önce Atina'daki Basileus Archon (dinsel işlerden sorumlu arkhon) makamının önünde Euthyphron ile karşılaşır.

Bu karşılaşmada, Sokrates tanrılara inanmamakla suçlanan, Euthyphron ise babasını tanrısal hukuka dayanarak dava eden kişi konumundadır. Yani biri dinsizlikle suçlanırken, diğeri aşırı bir dindarlıkla hareket etmektedir.[1] Platon'un burada kurduğu ironi çarpıcıdır ve kavramsal bir tartışmayı doğurur: Dindarlık nedir? Tanrısal olan nasıl tanınır? Euthyphron bu kavramların açık tanımına sahip olduğunu düşünürken, Sokrates onun tanımlarını sabırla sorgular. Bu sorgulama dahilinde diyalog, felsefe tarihine damga vuran o ikileme ulaşır:

"Acaba kutsal olan, kutsal olduğu için mi tanrılar tarafından sevilir, yoksa tanrılar tarafından sevildiği için mi kutsaldır?"[2]

Literatürde *Euthyphron İkilemi* olarak anılan bu soru, yalnızca antik Yunan dini anlayışını değil, ahlakın temellerine dair modern felsefeyi de doğrudan ilgilendirir. Zira burada ahlaki normativitenin kaynağı sorgulanmaktadır. İkilemin bir tarafı şunu savunur: "Bir şey tanrılar tarafından sevildiği için doğrudur." Bu, ahlaki doğruluğun ilahi iradeye dayandığı, yani normatifliğin kaynağının bir irade olduğu görüşüdür (voluntarizm). Diğer taraf ise "Bir şey doğru olduğu için tanrılar tarafından sevilir" diyerek, ahlaki değerlerin ilahi iradeden bağımsız olarak var olduğunu ileri sürer. Bu ise normatifliğin doğaya, akla ya da başka nesnel gerçekliklere dayanabileceğini savunur (naturalizm ya da realizm).

Bu ikilem, yalnızca teistik çerçevede değil, seküler bağlamda da geçerlidir;

- Doğruların kaynağı bir irade midir (Tanrı, yasa koyucu, egemen)?

---

[1] DURAN, Muhammet Sait: "Euthyphron-İkilemi: Ahlak ve İlahi İrade İlişkisi", *Temaşa Felsefe Dergisi*, Sayı 14, 2020 sa. 83-98, s. 84.

[2] (*ἆρα τὸ ὅσιον ὅτι ὅσιόν ἐστιν φιλεῖται ὑπὸ τῶν θεῶν, ἢ ὅτι φιλεῖται ὅσιόν ἐστιν;γ*) PLATO, Euthyphro, https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0169%3Atext%3DEuthyph.%3Asection%3D10a (Erişim Tarihi: 17.06.25)

- Yoksa doğrular, iradeden bağımsız, doğal veya akli midir?

Bu tartışmanın felsefi çerçevesi, özellikle ahlaki realizm ile ahlaki anti-realizm arasındaki karşıtlıkta şekillenir. Ahlaki realizm, ahlaki önermelerin (örneğin "adalet iyidir", "işkence yanlıştır") nesnel doğruluk değerine sahip olduğunu savunur. Bu önermeler doğru ya da yanlış olabilir ve bu doğruluk, bireysel yargılardan veya toplumsal uzlaşıdan bağımsızdır.[3] Ahlaki realizmin nesnelci versiyonları, ahlaki gerçekliklerin insan zihninden bağımsız olduğunu kabul eder. Ahlaki anti-realizm ise, ahlaki ifadelerin doğru ya da yanlış olabilecek önermeler olmadığını, ya duyguları ifade ettiğini (emotivizm), ya da yalnızca toplumsal normlara bağlı olduğunu (relativizm) ileri sürer.

Ahlaki realizm - anti-realizm karşıtlığı, doğalcılık - iradecilik karşıtlığıyla da kesişmektedir. İradecilik (voluntarizm), normativitenin varlığının bir iradeye bağlı olduğunu savunur. Bu ilahi bir irade (Tanrı), ya da insani bir irade (egemen/yasa koyucu) olabilir. Doğalcılıkta ise normativite gözlemlenebilir, rasyonel ya da doğal özelliklere dayanır. İnsan doğası, evrenin düzeni, akıl bu temellere örnektir.

Bu ayrım, yalnızca ahlak felsefesi değil, hukuk felsefesi bakımından da önemlidir. Normativitenin kaynağı meselesi, hukuk felsefinde hukuki pozitivizm ve doğal hukuk görüşleri arasındaki karşıtlığın ana başlıklarından birini teşkil eder. Doğal hukuk görüşleri ahlaki realizm ve doğalcılıkla yan yana dururken, hukuki pozitivizm anti-realizm ve iradecilikle şekillenmiştir.

II. JEREMY BENTHAM'IN HUKUK FELSEFESİ

A. Yasa nedir?

Jeremy Bentham (1748–1832), hem İngiliz faydacılığı hem de analitik hukuk geleneği açısından kurucu bir figürdür. Genellikle hukuki pozitivizmin öncüsü olarak kabul edilir.[4] Onun düşüncesi, John Austin ve daha sonra H.L.A. Hart gibi hukuk kuramcıları üzerinde derin etkiler yaratmıştır. Bu etki öyle güçlüdür ki, çağdaş analitik hukuk felsefesinin başlangıç noktası olarak genellikle Hart alınsa da, onun temellendiği kavramsal zeminin büyük ölçüde Bentham tarafından döşendiği kabul edilir.[5]

Bentham'ın hukuk felsefesi, hukukun ne olduğu sorusuna yanıt ararken açıkça pozitivist bir hatta ilerler: Ona göre hukuki düzenlemeler, insan iradesiyle oluşturulan ve siyasi otoritenin buyruğu olarak ortaya çıkan yapılardır. Bentham'ın "yasa nedir" sorusuna verdiği yanıt, onun pozitivist yönünün açık bir göstergesidir. Bentham'a göre yasa, özünde bir irade açıklamasıdır. Yasa, bir otoritenin (örneğin egemenin ya da yasa koyucunun) iradesini ifade eden sözcükler bütünüdür. Yasa, herhangi bir sözler bütünü değil; bir iradeyi ifade eden sözcükler bütünüdür. Bu irade bir zihinsel edimdir ve varlığı, bireyin bilinçli olarak yaptığı bir yönelime, bir istemeye dayanır. Bentham'a göre yasa, işte bu istemenin (volition) dilsel ifadesidir.[6]

Burada Bentham'ın bir başka önemli katkısı dikkat çeker: Yasa, yalnızca bir anlam içeriği değil, aynı zamanda söylemsel bir yapıdır. Yasa yazılı ya da sözlü olarak ifade edilen, hukuki sonuçlar doğuran bir "söz edimi"dir. Bu da onun hukukla dil arasında kurduğu ilişkiyi açıklar: Hukuk sistemi, dile dökülmüş iradeler sistemidir.

---

[3] YÖNEY, Ferhat: "Ahlak Felsefesinde Olgu-Değer Ayrımı ve Nesnelci Ahlaki Realizm Açısından Değerlendirilmesi", *Felsefe Dünyası*, Sayı 61, 2015, sa. 241-268, s. 242.

[4] URAL, Tuba Dilşat: "Hukuki Pozitivizmin Ayrılabilirlik Tezine Genel Bir Bakış", *EÜHFD*, Cilt 20, Sayı 3-4, 2016, sa. 45-61, 52.

[5] SCHAUER, Frederick: "Hart Öncesi Pozitivizm", Çev. M. Koçakgöl, *EBYÜ HFD*, Cilt 25, Sayı 1, 2021, sa. 101-128, 103.

[6] BENTHAM, Jeremy: A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, Cralendon, Oxford 2008, s. 7.

Bentham için "geçerli yasa" ile "iyi yasa" ayrımı çok temeldir. Bir normun hukuki olarak geçerli olması, onun meşru, ahlaki ya da arzu edilir olması anlamına gelmez.[7] Bu ayrım, hukuki pozitivizmin karakteristik özelliğidir ve Bentham bu ayrımı çok erken bir dönemde formüle etmiştir.

Bu çerçevede yasa nedir? sorusuna Bentham'ın cevabı şudur:

- Yasa, yetkili bir otoritenin (örneğin egemenin)
- toplumun üyelerine yönelik olarak
- belli yaptırımlar eşliğinde
- açık bir irade beyanıyla
- yürürlüğe koyduğu
- yazılı ya da sözlü ifadedir.

Dolayısıyla yasa, kaynağına bakılarak tanımlanır; içeriğine bakılarak değil. Hukukun kaynağı iradedir; bu irade hukuku oluşturur ve hukuk, iradenin dışındaki herhangi bir ölçütle tanımlanmaz. Bentham, bu yönüyle Hobbes ve Austin çizgisine yakındır.

B. İyi yasa nedir?

Jeremy Bentham'ın hukuk felsefesinde "iyi yasa" kavramı, onun hukuki pozitivist yönüyle çelişiyor gibi görünen ama aslında özgün bir bütünlük içinde duran ahlaki doğalcılığıyla açıklanır. Bentham, hukukun geçerliliğini yasa koyucunun iradesine bağlarken, bir yasanın "iyi" olup olmadığını iradeden bağımsız, doğal ve nesnel bir ilkeyle değerlendirir: fayda ilkesi.

Bentham'a göre doğa, insanı haz ve acının egemenliği altına koymuştur. İnsan davranışlarının tümü —ne yapacağımız, ne yapmamız gerektiği— bu iki temel belirleyiciye bağlıdır.[8] Ahlaki ve pratik yönelimlerimiz, bu doğrudan gözlemlenebilir psikolojik gerçeklikten türer. Doğruluk ve yanlışlık, yalnızca eylemlerin haz ve acı bakımından etkileri açısından anlam kazanır. Bu doğa temelli ahlak anlayışı, ahlaki realizmin doğalcı türüne denk düşer.

Yasa, bu açıdan, toplumsal düzeyde haz ve acıyı yöneten araçtır. Toplumun genel mutluluğunu (toplam faydayı) artıran, bireylerin acısını azaltan yasa, iyi yasadır. Bentham bunu şu sözlerle formüle eder: "Bütün yasaların ortak genel amacı, toplumdaki toplam mutluluğu arttırmaktır veya arttırmak olmalıdır."[9] Yani yasa yalnızca bir irade açıklaması değildir; aynı zamanda bir araçtır ve bu aracın değeri, yarattığı etkilerle ölçülür.

Bentham'ın sisteminde kendinde iyi ve kötü olan iki şey vardır, bunlar haz ve acıdır.[10] Diğer her şey - adalet, özgürlük, hak gibi- ancak haz ve acı ile olan ilişkisi çerçevesinde değer kazanır. Bu nedenle fayda ilkesi yalnızca pratik bir araç değil, aynı zamanda ahlaki ve hukuki doğruluğun temel ölçütüdür. Bentham'a göre bir eylem ya da yasa, bu ilke ile tutarlıysa doğrudur; ona aykırıysa yanlıştır. Bu ilkeyle tutarlılık sabit olabilir (sürekli karşıtlık ya da sürekli uygunluk) ya da değişken olabilir (bazı durumlarda uygun, bazılarında aykırı).[11]

Bu doğalcı çerçevede Bentham, yasa yapıcının görevini de nesnel biçimde tanımlar: Yasalar, toplumsal faydayı artırma amacıyla düzenlenmelidir. Bu hedef, yasa koyucunun keyfi iradesine değil, insan doğasının

[7] SCHAUER, s. 118.

[8] BENTHAM, Jeremy: "Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş", Çev. A. Doğan, *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 4, 2008, sa. 381-390, s. 381.

[9] BENTHAM, "Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş", s. 382.

[10] BENTHAM, Jeremy: Ahlak ve Yasama İlkeleri, Çev. Ö. Saruhanlıoğlu ve U. K. Boyacı, Litera, İstanbul 2017, s. 18.

[11] BENTHAM, Ahlak ve Yasama İlkeleri, s. 23.

nesnel yapısına dayanır. Bu durum, Bentham'ın iyi yasa anlayışını iradeci bir zemin yerine doğadan türetilen normatiflik üzerine inşa ettiğini gösterir.

Tanrı buyruğu meselesi ise Bentham'ın sisteminde merkezi bir sorun oluşturmaz. O, Tanrı'nın buyruklarını belirleyici bir ilke olarak görmez. Hatta bu buyrukların fayda ilkesine dahil edilebileceğini, ya sempati-antipati ilkesinin bir versiyonu ya da başka bir ikincil ilke olarak değerlendirilebileceğini belirtir. Bentham'a göre Tanrı, eğer gerçekten iyi ise, zaten fayda ilkesinin gerektirdiği şeyi emretmek durumundadır.[12] Eğer Tanrı'nın buyruğu ile fayda ilkesi çatışıyorsa, bu buyruk, doğası itibarıyla, gerçekten Tanrı'nın buyruğu olamaz. Bu durumda ahlaki fail ya da yasa koyucu tereddütsüz biçimde fayda ilkesine uymalıdır. Bu tavır, Bentham'ın iradeci ahlak anlayışını reddettiğini ve ahlaki otoriteyi ilahi iradeye değil, doğaya dayandırdığını açıkça gösterir.

Bu noktada Bentham'ın sistemi yeniden Euthyphron ikilemiyle bağlantılanmaktadır. Bir yasa "Tanrı buyurduğu için mi iyidir, yoksa iyi olduğu için mi Tanrı onu buyurur?" sorusu, Bentham için kesin bir yanıtla sonuçlanır: İyi yasa, doğası gereği (yani faydaya uygunluğu nedeniyle) iyidir. Tanrı da ancak bu yüzden onu buyurur. Böylece Bentham, Euthyphron ikileminin doğalcı tarafında konumlanır; normatifliğin kaynağını irade yerine nesnel doğaya dayandırarak, pozitivist bir hukuk anlayışını ahlaki realizmle harmanlayan özgün bir kuram ortaya koyar.

C. Hukuk - Ahlak İlişkisi

Hukuki pozitivizmin temel iddialarından biri, hukuk ile ahlak arasında analitik bir ayrım yapılabileceğidir. Bu ayrım, pozitivizmin klasik formülasyonunda ayrılabilirlik tezi (separability thesis) olarak bilinir.[13] Bu teze göre, hukuki bir normun geçerli olup olmadığı, onun ahlaki içeriğinden bağımsız olarak belirlenebilir. Geçerli yasa, yasa koyucunun iradesine uygun olarak oluşturulmuş yasadır; ahlaki olup olmaması, onun hukuki geçerliliğini etkilemez.

Ancak pozitivizmin bu ayrımı sadece geçerlilik düzeyinde sınırlı değildir. Hobbes, Austin ve Kelsen gibi düşünürler, hukukun yalnızca geçerliliğinin değil, tüm bilimsel incelemesinin ahlaktan bağımsız olması gerektiğini savunmuşlardır. Bu düşünürlerde ahlak, ya bireysel duygularla sınırlıdır (Austin), ya irrasyonel toplumsal sezgilerden ibarettir (Hobbes), ya da hukuki bilimin dışında kalan normatif bir söylemdir (Kelsen). Dolayısıyla bu görüşlerde hukuk, tanımı gereği ahlak dışıdır.

Jeremy Bentham ise bu çizgiden önemli ölçüde ayrılır. Elbette, o da hukukun geçerliliğini ahlaki ölçütlere bağlamaz. Keza hukuk ile ahlak arasında ayrım da yapar. Ancak bu ayrımı sadece geçerlilik bağlamında yapmıştır. Hukukun ve ahlakın kuramsal boyutları ve toplumsal hedefleri bakımından böyle bir açık bir ayrım öngörmez. Bentham'a göre hukuk ile ahlak arasında çizilen sınır, onları bütünüyle koparan bir sınır değildir. Aksine, bu iki alan arasında amaç birliği ancak kapsam farklılığı söz konusudur.

Bentham'ın hukuk anlayışında yasama faaliyeti, ahlaki eylemden farklı değildir; yalnızca ölçeği farklıdır. Birey, özel yaşamında kendi mutluluğunu maksimize etmeye çalışırken ahlaki ilkelere göre davranır. Devlet ise yasama yoluyla tüm toplumun mutluluğunu gözetmek zorundadır.[14] Bentham bunu açık biçimde ifade eder: "Özel ahlakın hedefi mutluluktur: ve yasamanınki de bundan farklı olamaz."[15] Bu cümle, Bentham'ın hukuk ve ahlak ayrımına yaklaşımının özüdür. Ahlak ve hukuk, aynı hedefe -mutluluğa, faydaya- yönelir. Aralarındaki ayrım, hedefte değil; bu hedefe ulaşmak için kullanılan araçlarda ve kapsamda ortaya

[12] BENTHAM, Ahlak ve Yasama İlkeleri, s. 30.

[13] HIMMA, Kenneth Einar: Hukukun Ahlaki Kriterleri, Çev. S. Üye, Bilgesu, Ankara 2010, s. 8.

[14] BENTHAM, Jeremy: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Batoche Books, Ontario 2020, s. 224.

[15] BENTHAM, An Introduction, s. 227.

çıkar. Ahlak, bireyin kendisiyle ve çevresiyle ilişkisini düzenler; niyetleri de değerlendirir. Hukuk ise toplumu düzenler ve sadece eyleme dökülmüş davranışları konu alır.

Bentham, bu durumu şöyle temellendirir: Ahlak bilimi, bireyin kendi içinden gelen güdüleri yönlendirerek ona nasıl davranması gerektiğini öğretir. Yasama sanatı ise dışsal güdülemelerle —yani ceza, ödül, yaptırım gibi araçlarla— toplumun tüm bireylerini kamusal faydaya uygun davranmaya yönlendirmeyi hedefler.[16] Her iki alan da aynı eylemleri ve aynı kişileri ilgilendirir; ancak kullandıkları araçlar ve kurumsal bağlamları farklıdır.

Bu anlayış, Bentham'ı hukuki pozitivizmin klasik çizgisinden ayırır. O, geçerli hukukun ahlaki ölçütlere göre tanımlanamayacağını kabul eder, ancak hukukun yöneldiği amacı —yani "iyi yasa"nın ne olduğu sorusunu— ahlaki bir zeminde ele almaktan geri durmaz. Bu anlamda Bentham, hem hukukun tanımı hem de hukukun amacı bağlamında iki düzeyli bir ayrım yapar:

- Tanımsal düzeyde: Hukuk, egemenin irade beyanıdır. Ahlak burada belirleyici değildir.
- Amaçsal düzeyde: Hukuk, toplumsal mutluluğu artırmayı hedefler. Bu hedefin ahlaki bir içerik taşıdığı açıktır.

Bentham'ın görüşlerinin özgünlüğü burada belirginleşir. O, hukuk ile ahlak arasında hem bir ayrım hem bir süreklilik olduğunu savunur. Bu, ne doğal hukukçular gibi hukuk ile ahlakı özdeşleştiren bir görüş, ne de Hobbes veya Kelsen gibi onları tamamen ayıran bir görüştür. Bentham, her iki alanın aynı fayda ilkesine bağlı olduğunu, ancak farklı ölçek ve araçlarla işlediğini savunur. Hukuku değerlendirirken ahlakın tamamen dışlanamayacağını düşünür; çünkü iyi yasa, ancak belirli bir ahlaki -ve nesnel- ölçütle tanımlanabilir: toplumun genel mutluluğuna hizmet etme ölçütüyle.

III. JEREMY BENTHAM'IN HUKUKİ POZİTİVİZM İÇİNDEKİ KONUMU

A. Egemenin Ahlaki Otoritesi: Thomas Hobbes ile Karşılaştırma

Thomas Hobbes'un hukuk ve ahlak felsefesi, modern hukuki pozitivizmin ilk örneklerinden biri olarak kabul edilir. Onun düşüncesinde hem bireyin doğası hem de toplumsal düzenin yapısı, radikal bir iradecilik üzerine kuruludur. Hobbes'a göre doğa durumu, insanların birbiriyle sürekli rekabet hâlinde olduğu, güvenin ve barışın mümkün olmadığı bir "herkesin herkese karşı savaşı" durumudur. Bu ortamda insan davranışlarını belirleyen temel güdü, haz elde etme ve acıdan kaçınmadır. Ancak Hobbes, haz ve acıyı yalnızca açıklayıcı terimler olarak kullanır; bu fenomenlerden genel geçer bir normatif sistem çıkarmaz.

İnsan, haz aldığı şeylere "iyi", acı veren şeylere ise "kötü" der. Fakat bu adlandırmalar öznel ve kişiye göre değişkendir. Her birey kendi ilgisine, duygusuna ve deneyimine göre bir şeyi iyi ya da kötü olarak adlandırır. Bu nedenle Hobbes'a göre insanlar arasında ahlaki kavramlar üzerinde bir uzlaşı kurulamaz. Herkesin "iyi" ve "kötü" dediği şey farklıdır; bu yüzden doğal durumda ahlaktan söz edilemez.[17] Adalet, erdem, hakkaniyet gibi kavramların içeriği de ancak egemen güç tarafından belirlenebilir.

Hobbes'un nominalist (adcı) yaklaşımı bu noktada devreye girer. Ona göre adlar, insanlar tarafından yaratılmıştır ve nesnel gerçeklikleri yoktur. Kavramlar, yalnızca iletişim ve düzenleme aracı olarak işlerlik kazanır.[18] Dolayısıyla "adalet", "iyilik" ya da "haksızlık" gibi kavramlar, ancak bir otorite onları tanımladığında anlamlı olabilir.

---

[16] BENTHAM, An Introduction, s. 233.

[17] KARAGÖZOĞLU, Hümeyra: "'Homo Homini Lupus': Thomas Hobbes'un Ahlak Felsefesi Üzerine", *M. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 2006, sa. 215-242, s. 222.

[18] KARAGÖZOĞLU, s. 218.

İşte bu nedenle Hobbes, ahlakın ancak hukukun olduğu yerde olabileceğini söyler; bu ahlak, sözleşme yoluyla kurulan egemenin iradesine bağlıdır. Doğal durumda ahlaki bir düzen yoktur; ahlak, ancak devlet kurulduktan sonra, egemenin buyruklarıyla oluşur.[19] Egemen, yalnızca yasal olanı değil, iyi olanı da tanımlar. Onun yaptığı adil olanı keşif ve ilan etmek değildir, o adil olanı icat eder. Ahlaki ölçüt, egemenin buyruğudur. Egemenin emirleri yalnızca hukuk değil, aynı zamanda ahlaktır.

Nitekim Hobbes ahlakı tamamen pozitif hukukun içine yerleştirmiştir. Ahlaki olanla hukuki olan arasında bir ayrım yoktur; egemen neyi buyurur ve yürürlüğe koyarsa hem hukuki hem ahlaki olarak doğrudur. Bu bakımdan Hobbes her ne kadar pozitivizmin kurucularından sayılsa da hukuk ile ahlakı ayırabildiği söylenemez. Bilakis hukukla ahlakı iç içe geçirmiş, hukuku ahlakın tek kaynağına, hukuka uymayı da ahlaki bir eyleme dönüştürmüştür.

Jeremy Bentham da Hobbes gibi hukukun geçerliliğini irade temelli açıklar. Ona göre de yasa, egemenin irade beyanıdır. Yasa, kelimelerle ifade edilen ve yaptırımla desteklenen bir düzenleme biçimidir. Ancak onun felsefi yaklaşımı Hobbes'tan önemli bir noktada ayrılır: Bentham'a göre egemen ya da egemenin yasaları neyin iyi olduğunu belirleyemez. Hatta ilerde ortaya koyacağımız üzere Bentham'ın hukuk alanındaki tüm gayreti yasaya ahlaki otorite atfedilmesine karşı çıkmak içindir.[20]

Bentham'a göre ahlaki otoritenin sahibi bizatihi doğadır. Doğası gereği insanlar daima haz arar, acıdan kaçar. Ancak bu yönelim yalnızca psikolojik bir gerçeklik değil, aynı zamanda ahlaki bir ölçüttür. Haz veren eylemler ahlaken doğrudur; acı verenler yanlıştır. Bu, insan doğasına yerleşik bir ilke olduğu için evrenseldir ve nesneldir. Yasaların değeri bu ilkeye göre belirlenmelidir. Bir yasa, toplumun toplam mutluluğunu artırıyorsa iyi, azaltıyorsa kötüdür.

Burada önemli olan nokta şudur: Bentham, egemenin yasa yapma yetkisini kabul eder, fakat bu yasaların iyi olup olmadığını belirleme yetkisini egemene vermez. İyilik, fayda ilkesine uygunlukla ölçülür. Egemen, bu ölçüte uygun yasa yaparsa başarılı bir yasa koyucudur; değilse başarısızdır.

Ayrıca Bentham, egemen gücün bölünmezliği ve mutlaklığı fikrine de mesafelidir.[21] Bentham egemenliği iki değerli bir mesele olarak ele almaz. Egemenlik, 'Büyük Patlama' gibi bir sözleşme anında, yoktan var olmaz. Egemenliğin ve siyasal toplumun oluşumu tedrici ve aşamalı bir olgudur. Egemenlik azalabilir, artabilir, bölünebilir, sınırlanabilir, düzenlenebilir. Egemenin otoritesi mutlak olmadığı gibi kesinlikle ahlaki de değildir, egemenliğe ahlaki meşruluğunu verecek olan halkın insan doğasına uygun mutluluğudur.

B. Hukuk biliminin (Jurisprudence) Konusu: Austin ile Karşılaştırma

Jeremy Bentham ile John Austin'in hukuk biliminin kapsamına dair görüşleri, modern hukuk felsefesinde iki temel yaklaşımı temsil eder. Bu iki düşünür, tarihsel olarak aynı pozitivist geleneğe mensup görünmekle birlikte, özellikle "jurisprudence" yani hukuk bilimi kavramına yükledikleri anlam bakımından birbirinden önemli ölçüde ayrılır. Bentham, hukuku yalnızca betimlemekle kalmayan, aynı zamanda dönüştürülmesi gereken bir insan yapısı olarak ele alan bir hukuk biliminden yanadır. Austin ise hukuku açıklamak ve sınıflandırmakla yetinen daha katı ve sistematik bir bilim anlayışını savunur.

Bentham, "jurisprudence" teriminin tek başına anlamlı olmadığını, ancak başka kavramlarla birlikte kullanıldığında açıklık kazandığını ifade eder. Ona göre bu kelimenin ne anlama geldiğini kavrayabilmek için

---

[19] KARAGÖZOĞLU, s. 225.

[20] Bkz. Aşağıda "Bentham Doğal Hukukçu muydu?" başlığı.

[21] AKTAŞ, Sururi: "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon", *EBYÜ HFD*, Cilt 4 Sayı 1-2, 2000, sa. 257-274, s. 263.

örneğin "a book of jurisprudence" gibi bir ifadenin içeriğine bakmak gerekir. Böyle bir kitap ya yürürlükteki hukuku açıklar ya da hukuk sisteminin nasıl olması gerektiğine dair bir öneride bulunur. Bu ayrım doğrultusunda Bentham, hukuk bilimini ikiye ayırır: biri "betimleyici (expository) hukuk bilimi" adını verdiği, mevcut hukuk normlarını betimleyen araştırma alanıdır; diğeri ise "eleştirel (censorial) hukuk bilimi" olarak adlandırdığı, hukuku değerlendiren ve dönüştürmeye yönelik olan araştırma türüdür.[22]

Eleştirel hukuk bilimi, insanın evrensel doğasından türetilen fayda ilkesine dayandığı için "evrensel hukuk bilimi" olarak da adlandırılabilir.[23] Bu inceleme alanı aynı zamanda yasama sanatı olarak da anılır. Bu yapı bize Bentham'ın hukukla yalnızca ne olduğu bakımından değil, daha ziyade ne olması gerektiği bakımından ilgilendiğini açıkça göstermektedir. Hukuk, Bentham için toplumsal faydayı, yani en yüksek mutluluğu en çok sayıda insan için sağlayacak şekilde yeniden tasarlanması gereken bir araçtır. Bu nedenle hukuk bilimi, yalnızca tanımlayıcı değil, aynı zamanda normatif bir uğraştır ve normatif temeli evrensel niteliktedir.

Austin ise Bentham'dan farklı olarak hukuk biliminin yalnızca pozitif, yani fiilen yürürlükte olan hukukla ilgilenmesi gerektiğini ileri sürer. Ona göre "jurisprudence", hukukla ilgili herhangi bir değer yargısında bulunmamalı, yalnızca mevcut hukuk kurallarını açıklamalıdır. Austin, hukuk biliminin sınırlarını sıkı bir biçimde çizer. "The Province of Jurisprudence Determined"[24] adlı eserinde, hukuk bilimini tanımlarken "hukuk nedir?" sorusunun alanına dâhil olduğunu, buna karşılık "hukuk ne olmalıdır?" sorusunun ahlak ya da politika alanına ait olduğunu vurgular.[25] Böylelikle hukukla ilgili normatif soruları sistematik biçimde dışarıda bırakır.

Austin'in bu yaklaşımı, Bentham'ın daha reformist ve faydacı hukuk tasarımıyla açık bir bir tezat oluşturur. Bentham, mevcut hukuku değerlendirmek ve dönüştürmek amacıyla yola çıkarken, Austin mevcut hukukun dışına taşmayı bilimsel bir hata olarak görür. Bentham, hukuk düzeninin kamusal mutluluğu artıracak şekilde yeniden düzenlenebileceğine inanır ve bu nedenle hukuk biliminin yasama faaliyetini yönlendirmesi gerektiğini savunur. Austin ise bilimsel anlamda hukukçunun görevinin yalnızca var olan kuralları doğru biçimde anlamak ve açıklamak olduğunu belirtir. Hukukun nasıl olması gerektiği, onun gözünde bilimsel incelemenin alanı dışındadır ve başka bilgi disiplinlerinin konusudur.

C. Bentham Doğal Hukukçu muydu?

Bentham, doğal hukuk teorisine karşı yönelttiği sert eleştirilerle tanınan bir düşünürdür. Onun gözünde doğal hukuk, yalnızca eski bir metafizik kalıntı değil, aynı zamanda ideolojik bir sis perdesi, statükonun meşrulaştırılması için kullanılan tarih dışı ve politik açıdan sorunlu bir araçtı. Bentham, dönemin yaygın hukuk anlayışına hâkim olan William Blackstone gibi düşünürlerin temsil ettiği doğal hukuk öğretisini, hayali kavramlara dayandığı ve reform karşıtı bir işlev gördüğü gerekçesiyle şiddetle reddetmiştir.

Bentham'a göre "doğal hukuk" ya da onun çeşitli adları -*The Law of Nature, Laws of Human Nature, Laws of Good and Evil, Eternal Justice*- aslında hiçbir somut içeriğe sahip olmayan, gelişigüzel kullanılan ve tutarsızlıklarla dolu terimlerden ibarettir.[26] O, bu tür kavramsal ciddiyetsizliklerden öylesine yılmıştır ki,

[22] BENTHAM, An Introduction, s. 234.

[23] BENTHAM, An Introduction, s. 235.

[24] Bu yapıt Türkçeye "Hukukun Belirlenmiş Alanı" başlığı altında çevrildi. Çeviri genel olarak başarılı olmakla birlikte, kitabın başlığının çevirisi yanıltıcıdır. Zira eser hukukun değil, hukuk biliminin alanını tespit etmek için yazılmıştır.

[25] AUSTIN, John: Hukukun Belirlenmiş Alanı, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye ve U. Koloş, Tekin, İstanbul 2015, s. 27-29.

[26] BENTHAM, A Comment, s. 8.

bunları ifşa edebilmek için yeni bir tanım kuramı geliştirmiştir.[27] Onun hukuk düşüncesi, hukukî kurumların insan iradesiyle şekillendiğini ve dolayısıyla mevcut düzenin değiştirilebilir olduğunu göstermek üzere inşa edilmiştir. Hukuk, kutsal ya da dokunulmaz değil; dönüştürülebilir, eleştirilebilir ve revize edilebilir bir yapıdır.

Bu bakımdan Bentham'ın doğal hukuk eleştirisinin arkasında yalnızca felsefi bir argüman değil, aynı zamanda radikal bir politik motivasyon da bulunur. O, doğal hukuk jargonuyla konuşan ahlaki muhafazakârlığın, İngiliz toplumundaki adaletsizlikleri perdelediğini düşünüyordu. Erken 19. yüzyıl İngiltere'sinde hâkim olan ahlak düşüncesi ona göre, soyluların, bankerlerin ve imtiyazlıların çıkarlarını (*sinister interests*)[28] koruyor; toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan yoksulların acılarını görmezden geliyordu. Bu nedenle Bentham, geleneksel ahlakı bir kenara bırakıp, onun yerine faydacılığı yerleştirmek istiyordu. Bentham için doğru olan, herkesin mutluluğunu eşit biçimde gözetendi. Nitekim bu, metafizik bir yasa değil, hesaplanabilir fayda ilkesine dayalı yeni bir etik anlayıştı. Bentham soyluyu, avamı, zengini, yoksulu hazza yönelip acıdan kaçan rasyonel memeliler olmakta eşitlemiş ve hepsinin hazzını ve acısını birbirine denk tutan bir muhasebe önermiştir.[29]

Bentham'ın ölçütü, insan doğasının ampirik biçimde gözlemlenebilir özelliklerinden -haz ve acıdan- türetilmiştir. Dolayısıyla bu yönüyle Bentham bir doğalcı olabilir; fakat bu onu doğal hukukçu yapmaz. Bentham'ın bütün özgünlüğü işte bu noktada kristalleşir. O, iyi yasa sorununu aşkın otoritelere havale etmediği gibi mevcut yasalara da aşkın bir ahlaki otorite atfetmez. Hobbes gibi yasaya itaatin ahlaki zorunluluk olduğunu savunmaz. Austin gibi, ahlakı tamamen hukuki incelemenin dışına itmez. Onun yerine, hukuku geçerlilik açısından iradeci, değer açısından doğalcı bir düzlemde kavrar. Bu yaklaşım, Bentham'ı klasik doğal hukuk anlayışının karşısına koyar ama aynı zamanda hukuki incelemenin ahlaki olandan tümüyle yalıtılması gerektiğini savunan pozitivistlerden de ayırır.

SONUÇ

Jeremy Bentham'ın hukuk ve ahlak anlayışı, Euthyphron ikilemi ekseninde değerlendirildiğinde, hukuki pozitivizm ile doğalcı etik arasında karma bir yapı sergiler. Bentham, hukukun geçerliliğini yasa koyucunun iradesine dayandırmakla birlikte, iyi yasayı belirleyen ölçütün bu iradenin kendisi değil, doğadaki haz ve acı gibi nesnel kıstaslar olduğunu savunur. Bu yönüyle o, Hobbes gibi yasa ile ahlakı özdeşleştiren bir iradeciliği reddederken, klasik doğal hukukçuların hukukla ahlak arasında metafizik bir bağ kuran tutumlarını da eleştirir. Bentham için hukuk geçerli olabilir, ama bu onu iyi yapmaz. İyi yasa, bireylerin ve toplumun genel mutluluğunu artıran yasadır.

Bu yaklaşım, pozitivizmin yalnızca betimleyici bir teori olmak zorunda olmadığını; aksine, normatif güdülerle, reform hedefiyle ve toplumsal fayda amacıyla geliştirilebileceğini gösterir. Frederick Schauer'ın ifadesiyle Bentham, "normatif pozitivist"tir: Pozitivizmi, yasaların değiştirilebilirliğini ve kurgu niteliğini vurgulamak için benimser.[30] Ona göre yasa, doğal bir zorunluluk değil, insan yapımı bir araçtır ve bu nedenle bir amaç doğrultusunda yeniden şekillendirilebilir. Yani Bentham'ın pozitivizmi, sadece olanı değil, olması gerekeni de dikkate alan, hukuk sistemini dönüştürmeye yönelik normatif bir çabanın ürünüdür.

Bu çerçevede Bentham'ın pozitivizmi statükocu değil, reformisttir. Hukukun geçerliliğini iradeye bağlarken bile, iradenin içeriğini mutlaklaştırmaz; onu eleştirilebilir ve dönüştürülebilir bir yapıda konumlandırır. Bu tavır, özellikle hukukun meşruiyetini sadece yasa olmasına bağlayan yozlaşmış pozitivist

---

[27] GÜNEŞ, Fatih: "Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması", *AndHD*, Cilt 10, Sayı 1, 2024, sa. 247-272, 249.

[28] BENTHAM, A Comment, s. 513.

[29] LEITER, Brian: "Hukuki Pozitivizmin Radikalliği", Çev. E. Arıkan, *TAÜHFD*, Cilt 2 Sayı 2, 2020, sa. 309-320, s. 313.

[30] SCHAUER, s. 112.

yaklaşımların yarattığı tarihsel felaketlere (örneğin Nazi düzeni) karşı güçlü bir karşı duruş sağlar.[31] Bentham'ın yaklaşımı, yasaya körü körüne itaati ahlaki bir görev olarak gören anlayışlardan farklıdır; aksine, yasanın fayda ilkesine uygunluğu test edilmeli, gerektiğinde sorgulanmalı ve değiştirilebilmelidir.

Sonuç olarak, Bentham'ın hukuk ve ahlak kuramı, hukuki pozitivizmin sadece teknik bir çözümleme değil, aynı zamanda politik ve etik bir tercih olabileceğini gösterir. Bu tercih, yasa ile ahlakı körü körüne özdeşleştirmeden, ama aynı zamanda hukuku ahlaki amaçlardan tamamen koparmadan hareket eder. Böylece, Bentham'ın "normatif pozitivizmi", hem hukuku eleştiriye açık tutan hem de onu toplumsal fayda için araçsallaştıran radikal bir pozisyona dönüşür. Bu yaklaşım, hukuk teorisinde yalnızca tanımsal netlik değil, aynı zamanda ahlaki sorumluluk taşıyan bir düşünsel duruş önerir.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi: "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon", *EBYÜ HFD*, Cilt 4 Sayı 1-2, 2000, sa 257-274.

AUSTIN, John: Hukukun Belirlenmiş Alanı, Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye ve U. Koloş, Tekin, İstanbul 2015.

BARATTA, Alessandro: "Hukuki Pozitivizm ve Kanuni Pozitivizm: Hukuki pozitivizmin doğal hukuksal savunması üzerine düşünceler", Çev. M. B. Aydın, *TAÜHFD*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, sa. 321-342.

BENTHAM, Jeremy: "Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş", Çev. A. Doğan, *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 4, 2008, sa. 381-390.

BENTHAM, Jeremy: A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, Cralendon, Oxford 2008.

BENTHAM, Jeremy: Ahlak ve Yasama İlkeleri, Çev. Ö. Saruhanlıoğlu ve U. K. Boyacı, Litera, İstanbul 2017.

BENTHAM, Jeremy: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Batoche Books, Ontario 2020.

DURAN, Muhammet Sait: "Euthyphron-İkilemi: Ahlak ve İlahi İrade İlişkisi", *Temaşa Felsefe Dergisi*, Sayı 14, 2020 sa. 83-98.

GÜNEŞ, Fatih: "Jeremy Bentham'ın Gerçek ve Kurgusal Varlıklar Teorisi ve Hukuki Terimlerin Açıklanması", *AndHD*, Cilt 10, Sayı 1, 2024, sa. 247-272.

HIMMA, Kenneth Einar: Hukukun Ahlaki Kriterleri, Çev. S. Üye, Bilgesu, Ankara 2010.

KARAGÖZOĞLU, Hümeyra: "'Homo Homini Lupus': Thomas Hobbes'un Ahlak Felsefesi Üzerine", *M. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 2006, sa. 215-242.

LEITER, Brian: "Hukuki Pozitivizmin Radikalliği", Çev. E. Arıkan, *TAÜHFD*, Cilt 2 Sayı 2, 2020, sa. 309-320.

PLATO, Euthyphro, https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0169%3Atext%3DEuthyph.%3Asection%3D10a (Erişim Tarihi: 17.06.25)

SCHAUER, Frederick: "Hart Öncesi Pozitivizm", Çev. M. Koçakgöl, *EBYÜ HFD*, Cilt 25, Sayı 1, 2021, sa. 101-128.

[31] BARATTA, Alessandro: "Hukuki Pozitivizm ve Kanuni Pozitivizm: Hukuki pozitivizmin doğal hukuksal savunması üzerine düşünceler", Çev. M. B. Aydın, *TAÜHFD*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, sa. 321-342, s. 324.

URAL, Tuba Dilşat: "Hukuki Pozitivizmin Ayrılabilirlik Tezine Genel Bir Bakış", *EÜHFD*, Cilt 20, Sayı 3-4, 2016, sa. 45-61.

YÖNEY, Ferhat: "Ahlak Felsefesinde Olgu-Değer Ayrımı ve Nesnelci Ahlaki Realizm Açısından Değerlendirilmesi", *Felsefe Dünyası*, Sayı 61, 2015, sa. 241-268.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN HİLELİ HAREKETLERLE İŞLENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL*

ÖZET

Hukuk düzenince bir irade açıklamasının kural olarak hukuki sonuç doğurabilmesi için, iradenin sakatlanmamış, hür ve gerçek bir irade olması gerekmektedir. Bu iradenin ortaya konulmasını sakatlayan sebeplerden biri, "hile"dir. Yani hileli hareketlerle gerçek bilinemediğinden iradenin oluşum süreci olumsuz etkilenmekte ve bozulmuş olarak doğması sağlanmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bazı suç tanımlarında seçimlik hareket olarak hileli hareketlere yer verilmiştir (m.103, 104, 109, 157, 161, 227, 230, 237, 247, 257, 290, 322, 326, 332). Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen "cinsel saldırı" suçunun kanuni tanımında, seçimlik hareket olarak hileli hareketlere açıkça yer verilmese de, bu suçun hileli hareketlerle işlenebilmesi mümkündür. Cinsel saldırı suçunun diğer cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan önemli bir farkı, mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış olmasıdır. Bu yaş, hukuk düzenince yalnız başına bir irade açıklamasına ve hukuki ilişkilere taraf olmasına imkân vermekte olduğundan, hileli hareketlerle bu iradesinin etkilenmesi pekala mümkündür. Burada fail, mağdurun iradesi üzerinde bir etki meydana getirmekte, objektif olarak hataya düşürerek cinsel saldırı niteliğinde fiilini işlemektedir. Mesela fail, mağdura yönelik davranışını iyileşebilmesi için zorunlu bir tedavi şekli olarak ifade etmiş ya da iyi bir evlilik hayatı için hormon kontrolünden bahsederek sözde dokunma seanslarına ikna etmiş olabilir. Burada mağdur, somut bir vakıaya ilişkin olarak manipülasyona uğramış olmaktadır. Yani hileli hareketler, mağdurun cinsel saldırı suçuna karşı koymasını ve direnmesini bertaraf etmek amacına matuf icra edilmektedir. Burada önem arz eden bir husus, hileli hareketlerle mağdurun objektif olarak bir hataya düşürülmesi ve hileli hareket gerçekleştirilmeseydi mağdurun iradesi farklı şekilde ortaya konacaktı diyebileceğimiz bir durum söz konusu olmalıdır.

Yargı kararlarında, hileli hareketlerin objektif olarak bir değerlendirmeye tabi tutulmaması, uygulamada problem arz eden önemli bir husustur. Çoğunlukla mağdura yönelik hileli hareketler, dar ve katı yorumlanmakta, hür iradesiyle hareket ettiği kabul edilerek cinsel saldırı suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir. Bu problemin çözümü için hileli hareketlerle de cinsel saldırı suçunun işlenebileceğinin açıkça suçun kanuni tanımında seçimlik hareket olarak yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bir kanuni düzenleme yapılmasa da, cinsel saldırı suçu bakımından hileli hareketlerin varlığına yönelik önemli ölçüt, hileli davranışta bulunulmasaydı, mağdurun failin davranışına rıza göstermeyeceğinin açıkça anlaşılıyor olmasıdır.

Anahtar Kelimler : Hile, cinsel saldırı, suç, ceza, irade açıklaması.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, huseyinertugrul@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1372-2451.

COMMITTING THE OFFENSE OF SEXUAL ASSAULT THROUGH FRAUDULENT ACTS IN THE TURKISH CRIMINAL LAW NO. 5237

ABSTRACT

By the legal order, in order for a declaration of will to have legal consequences as a rule, the will must be unharmed, free, and real. One of the reasons that harm the manifestation of this will is "fraud". In other words, since the truth cannot be known due to fraudulent acts, the formation process of the will is adversely affected, and consequently, it is born corrupted.

In the Turkish Criminal Law No. 5237, fraudulent acts are included as optional acts in some offense definitions (Art.103, 104, 109, 157, 161, 227, 230, 237, 247, 257, 290, 322, 326, 332). Although fraudulent acts are not explicitly included in the legal definition of the offense of sexual assault regulated in Article 102 of the Turkish Criminal Law as an optional act, it is possible that this offense can be committed through fraudulent acts. An important difference between the offense of sexual assault and other offenses against sexual inviolability is that the victim must have completed the age of eighteen. As this age allows declaring a will individually as per the legal order and being a party in legal relations, it is quite possible for this will to be influenced by fraudulent acts. Here, the perpetrator creates an effect on the will of the victim and commits the act of sexual assault by objectively getting the victim to make a mistake. For example, the perpetrator may have expressed his behavior towards the victim as a form of treatment that was necessary for her to recover, or he may have persuaded her to participate in so-called touching sessions by talking about hormone control for a good married life. Namely, fraudulent acts are carried out with the aim of preventing the victim from objecting and resisting the offense of sexual assault. An important issue here should be a situation in which we can argue that the will of the victim would have been materialized differently if the victim had not been objectively made to make a mistake by fraudulent acts and the fraudulent act had not been carried out.

In judicial decisions is an important issue the fact that fraudulent acts are not objectively evaluated that poses a problem in practice. Often, fraudulent acts against the victim are interpreted narrowly and strictly, and it is accepted that there is no offense of sexual assault by accepting that they act with their free will. In order to solve this problem, we believe that the offense of sexual assault can be committed with fraudulent acts and that it should be explicitly included as an optional act in the legal definition of the offense. Even if there is no legal regulation, the most important criterion for the existence of fraudulent acts in terms of the offens of sexual assault is that if it is clear that the victim would not have consented to the perpetrator's behavior if the fraudulent act had not been committed, the existence of fraudulent acts should be accepted.

Keywords : Fraud, sexual assault, offense, punishment, declaration of will.

GİRİŞ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsellikle ilgili suçlar, Kanunun "özel hükümler" başlıklı ikinci kitabının, "kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmının "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı altıncı bölümünde (m.102-105) ve "topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "genel ahlaka karşı suçlar" başlıklı yedinci bölümünde (m.225-227) düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin belirlenmesinde korunan hukuki değer etkili olmuştur. Gerçekten de, doğrudan belirli kimsenin cinsel dokunulmazlığına yönelik hareketler, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde (m.102: cinsel saldırı, m.103: çocukların cinsel istismarı, m.104: reşit olmayanla cinsel ilişki); toplumun genel ahlak ve adabına

aykırılık taşıyan hareketler ise, topluma karşı suçlar kapsamında (m.225: hayasızca hareketler, m.226: müstehcenlik, m.227: fuhuş) düzenlenmiştir[1].

Cinsel suçlar bakımından mağdurun rızasının bulunuyor olması, kural olarak suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Başka bir ifadeyle mağdurun rızasının bulunmaması, failin fiilini hukuka aykırı hale getirmektedir[2]. Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, bu rıza açıklamasına ehil olması gerekmektedir. Cinsel saldırı suçu bakımından mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış olması, rıza açıklaması konusunda ehil olduğu kabul edilir, meğerki iradesi fesada uğratılmamış olsun. Şu halde cinsel saldırı suçu bakımından mağdurun rızası, failin fiilini hukuka uygun hale getirecektir.

I. HİLE KAVRAMI

Arapça kökenli hile; çare, tedbir anlamlarına gelmektedir[3]. Türkçe'de farklı bir kullanıma sahip olan "hile" kavramı, sözlük anlamıyla birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, dalavere, desise, entrika anlamlarına gelmektedir[4]. Hukuki terim olarak hile ise, bir kimsede yanlış bir fikrin doğumuna bilerek sebep olmak suretiyle bir irade beyanında bulunmaya yöneltmek, iradesini fesada uğratmak demektir[5].

Ceza hukuku anlamında hile ise, gerçek dışı bir algının oluşturulmasıyla mağdurun iradesini olumsuz etkileyen, suçun kanuni tanımına uygun mağdurun iradesini fesada uğratan aldatıcı hareketleri ifade etmektedir[6].

II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA HİLELİ HAREKETLER

A. Mülga 765 Sayılı TCK Dönemi

Mülga 765 sayılı TCK'da yer alan "tasaddi", "ırza geçme", "söz atma", "sarkıntılık" kavramları, 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde yer almamaktadır. Bilahare "sarkıntılık" kavramı, 5237 sayılı TCK'nın cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunun basit şekline dâhil edilmiştir (6545 sayılı Kanun, m.58, 59). Mülga 765 sayılı TCK'da yer alan, "tasaddi" ve "elle sarkıntılık" suçları, 5237 sayılı TCK'nın 102/1'de yer alan basit cinsel saldırı suçunu; ırz geçme suçu ise, 102/2'de yer alan nitelikli cinsel saldırı suçunu karşılamaktadır[7].

Mülga 765 sayılı TCK'da hile bir unsur olarak cinsel suçların kanuni tarifinde yer almıştır. Kanunun 423. maddesinde *"Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki*

---

[1] KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 366.

[2] YELDAN, Didem: 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 44.

[3] İslam hukukunda hile-i şeriyye, çareler anlamına gelmektedir. Yani hukuk kurallarını dolanmak adına yapılan dalavere değil, kadı, müçtehit, müftü gibi yetkili kimselerin şeri hükümler karşısında zor durumda kalan kişiye meşru hareket tarzlarının gösterilmesidir. Yani hileyi şeriyye, İslam hukukunda somut bir olayda, hukuki bir çözüm yolu bulmak için başvurulan çare demektir (KORKMAZ, Salih: "İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 14, Sayı 2024/1, s. 521, 524).

[4] Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2010, s. 1101; "hile" kelimesinin anlamı, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 26.04.2025.

[5] YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 550; POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.138; EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 203.

[6] TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 144; AYDOĞAN, Deniz: "Ceza Hukukunda Hile" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 147.

[7] TANER, s. 73.

seneye kadar hapsolunur." ifade edilen suçun kanuni tanımında yer alan "kandırıp" ifadesiyle, evlenme vaadinin hile ile kullanılmasını suçun maddi unsuru olarak düzenlemiştir.

Keza Kanunun 422. maddesinde ise, *"Kadın kıyafetiyle kadınların bulunduğu mahallere girenler mücerret bu fiilden dolayı üç aydan bir seneye kadar hapsolunurlar ve böyle tebdili kıyafet ile girmiş oldukları yerde kanunen bu cezadan şedit bir cezayı mucip olan bir cürüm işlemişlerse o fiilin cezasiyle dahi cezalandırılırlar."* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde de, bir hileli hareket söz konusu olup erkek failin aldatmak suretiyle kadınların bulunduğu mesela kadın kuaförüne kadın kılığında girmesi suç olarak düzenlenmiştir. Kanunun 423. maddesinde hile ile mağdurun aldatılması suçun tamamlanması bakımından aranmaktayken, 422. maddesinde ise, suçun tamamlanması için aldatılma şartı aranmamaktadır.

B. 5237 Sayılı TCK Dönemi

5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, on sekiz yaşını tamamlamışlara karşı gerçekleştirilen ve vücut dokunulmazlığının ihlali şeklinde ortaya çıkan cinsel davranışları ifade etmektedir[8]. Kanun metninde, vücut dokunulmazlığını ihlali ile cinsel saldırı suçunun oluşacağı ifade edilmiş, fakat bu ihlalin hangi davranışlarla gerçekleştirileceği ifade edilmediğinden, hukuka aykırı her türlü hareketle bu suçun işlenmesi mümkün olacaktır[9]. Dolayısıyla suçun kanuni tanımında cinsel saldırı suçunun maddi unsuru olarak fiil, mağdurun rızasının hilafına olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları ifade etmektedir[10]. Dolayısıyla bu davranışların, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçüde cebir, tehditle işlenebileceği gibi, hile ile de gerçekleştirilmesi mümkündür[11].

Cinsel saldırı suçunda hile, mağdurun iradesini bertaraf eden, bu yolla onun vücudu üzerinde cinsel saldırının gerçekleştirilmesini mümkün hale getiren aldatıcı hareketleri ifade etmektedir[12]. Bu hareketlerle faile rıza göstermeyecek mağdurun, rızası elde edilmiş olmaktadır[13]. Aslında hile ile mağdurun, cinsel davranışlara mukavemet edemeyecek hale getirilmesi söz konusudur. Mesela failin kendisini doktor olarak tanıtıp, mağduru muayene ediyormuş gibi dokunması, röntgen mütehassısının gerekmediği halde, mağdurun kıyafetlerini çıkartıp göğüslerini tutması, mağdurun büyülendiğine ve bu büyünün bozulması için cinsel ilişkiye girilmesi gerektiğine inandırılarak mağdurla cinsel beraberlik sağlanması cinsel saldırı suçunun hile ile gerçekleştirilmesinin birer örnekleridir[14]. Cinsel saldırı suçunda hileli hareketlerin oluşabilmesi için, mağdurun

[8] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366.

[9] HAFIZOĞULLARI, Zeki/ Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 160; Toroslu/Ersoy'a göre, vücut dokunulmazlığının ihlali ifadesi belirsiz bir nitelik taşımaktadır (TOROSLU, Nevzat/ ERSOY, Yüksel: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar,* Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s. 17.)

[10] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 375; YELDAN, s. 64.

[11] Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin madde gerekçesi; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 376; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2024, s. 332; ARSLANTÜRK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 172; YOKUŞ SEVÜK, Handan: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBB Dergisi,* Sayı 2005/57, s. 249; Aydın'a göre, cinsel davranışların, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar arasındaki farkın ne olacağının belirli olmaması bir eksikliktir (AYDIN, Öykü Didem: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm (Erişim Tarihi: 13.05.2025).

[12] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377.

[13] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 333; ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 266.

[14] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377; TANER, s. 146.

gerçekleştirilen davranışın, cinsel arzuların tatmini amacıyla sergilenmediğine ikna edilmiş olması, yani aldatılması gerekmektedir[15]. Basit yalanlar, kolayca anlaşılabilecek aldatıcı ifadeler hile kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir. Mağdurun yaşı, eğitimi ve yaşadığı çevre dikkate alınarak, mağdurun denetim imkânının ortadan kaldırıldığı ağır, yoğun ve ustaca sergilenen davranışlar hile kavramı içerisinde mütalaa edilmelidir[16]. Mağduru içeceğine ilaç katmak, bilgisi haricinde uyuşturucu madde vererek savunmasız hale getirmek, hipnoz etmek suretiyle bilincini zayıflatmak suretiyle icra edilen hile ile cinsel davranışlar, cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır[17].

Öğretide bir görüşe göre, cinsel saldırı suçu bakımından hile, ancak failin mağdurun kendisine cinsel özgürlüğüne yönelik davranışta bulunmasına rıza gösterdiği bir kişinin yerine geçmesi (hekim veya mağdurun eşi gibi) veya mağduru buna inandırması halinde kabul edilmelidir[18]. Öğretide diğer bir görüşe göre, evlenme

---

[15] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377.

[16] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 333.

"Sanığın kandıracak nitelikte söz ve davranışlarla mağduru hataya düşürerek, rızasını elde ettikten sonra eylemi gerçekleştirmesi halinde de cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabulünün gerektiği, ***bu halde hilenin, yöneldiği mağduru kandırabilecek şekilde ve oranda ağır, yoğun ve ustaca, ayrıca sergilenişi itibarıyla mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olması, mağdurun subjektif durumunun da dikkate alınarak değerlendirme yapılması gereği gözetilerek*** *somut olayımız incelendiğinde;*

Mağdurenin aşamalardaki istikrarlı anlatımlarına, sanık savunmalarına, tanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin ... ilinde öğretmen olduğu, gerçek ismini gizleyerek, başka bir kişinin kimliği olan ... adını kullanan sanık ile internetten tanıştığı, sanığın Kütahya iline geldiği, yüzyüze görüştükleri, sanığın kendini mağdureye mimar olarak tanıttığı, iki aylık bir arkadaşlıktan sonra mağdurenin sanık ile evlenmeye karar verdiği, sanığın Ankara'daki evinde aile arasında nişan merasimi yaptıkları, peşinden de 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde sanığın resmî nikah işlemlerini yapacağını söyleyerek mağdureyi ... çağırdığı, sanığın ... Belediyesinde tanıdıkları olduğunu, bu nedenle nikahı evde yapacaklarını söylemesi ile, 20.08.2008 tarihinde elinde bir defterle eve gelen ve kimliği tespit edilemeyen, sanığın nikah memuru olduğunu belirttiği bir şahıs tarafından deftere imzaları alınarak mağdureye evlenme cüzdanının verildiği, ancak sanığın resmî işlemleri takip etmek bahanesiyle evlenme cüzdanını geri aldığı, 27.08.2008 tarihinde de ... ilinde düğün merasimi yaptıkları, bu tören ve düğün merasimlerinden sonra mağdurenin gerçekte evli olduğunu zannettiği sanıkla hile ile elde edilen rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği, yaklaşık bir yıl boyunca mağdurenin görev yaptığı ... ilinden ... iline hafta sonraları gelerek gerçek sandığı evliliği sürdürdüğü, keza bu arada sanığın telkin ve hileleri ile mağdurenin arabasını sattırıp parasını aldığı, bankadan kredi çektirdiği, kredi kartını alıp kullandığı, mağdurenin nüfus cüzdanın yenilenmesi ve Ankara'ya tayin talebini ise, Alman vatandaşı olduğundan evraklar ikmal edilmedi diye usuli işlemleri bahane ederek oyaladığı, zamanın uzaması nedeniyle tayin işinin başlatılmamasını nüfus cüzdanının yenilenmemesine bağlayan mağdurenin önce Kütahya Belediyesi evlendirme memurluğuna sonra da nüfus müdürlüğüne giderek sorması ile evli olmadığını öğrenmesi üzerine 30.09.2009 günü sanık hakkında ... Cumhuriyet Başsavcılığını şikâyette bulunduğu, soruşturmaya başlanıp kamu davası açıldıktan sonra sanığın gerçek isminin ... olduğunun ortaya çıktığı olayda, ***mağdurenin cinsel ilişkiye girme rızasının, kandırıcı nitelikte, yoğun, ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, gerçekte evlendiği zannı ile zincirleme şekilde cinsel ilişkiye girdiği, ancak bu rızanın gerçek iradesini yansıtmadığı anlaşıldığından,*** *Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.04.2011 gün ve 2011/56 Esas, 2011/76 sayılı Kararında açıklandığı üzere, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kurumu Kanununun 7, 23/B ve 31. maddeleri gereğince Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulu ölçütlerine göre oluşacak bir heyetten rapor alınarak bunun da takdiri ile, sanığın sübut bulan üzerine atılı nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde dosya içeriğine uymayan gerekçelerle eylemin rızaya dayandığından bahisle beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı (dır)."* Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.07.2013, E: 2013/4640, K: 2013/8615 sayılı kararı.

[17] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.334; YOKUŞ SEVÜK, s. 251.

[18] TANER, s. 145.

vaadiyle mağdurla cinsel beraberliğin yaşanması, hile ile cinsel saldırı suçunu oluşturmaz, burada ancak bir motivasyon veya saik hatasından bahsedilebilirken;[19] başka bir görüşe göre ise, evlenme vaadiyle mağduru kendisine inandırıp cinsel ilişkiye girilmesi durumunda hilenin varlığı kabul edilmelidir[20]. Yargıtay ise, bazı kararlarına cinsel saldırı suçu bakımından hilenin varlığını yeterli görmezken[21], bazı kararlarında cinsel saldırı suçunun bir unsuru olarak kabul etmiştir[22]. Kanaatimizce de, tek başına evlenme vaadi yeterli olmamakla birlikte, ayrıca aldatmaya yönelik ustaca örülmüş bir planın ve sürecin varlığı, hileli hareketlerle cinsel saldırı suçunun oluşmuş kabul edilmelidir. Benzer şekilde failin para karşılığı rızayla cinsel ilişkiye girdiği kimseye, başından itibaren para ödemeye niyetli olmaması ve ilişki sonunda da ödeme yapılmaması halinde cinsel saldırı suçu söz konusu olmayacaktır. Bunun sebebi, mağdurun cinsel davranışlara yönelik rızasının, bir sonucun gerçekleşmesi şartına bağlanması değil, hukuk düzenin meşru bir kabul ettiği bir amaca yönelik olmaması kanaatindeyiz[23]. Evlenme vaadinde evlilik hukuk düzeninin kabul ettiği bir meşru amaç iken, cinsel ilişkinin maddi menfaate bağlanması hukuk düzenince meşru bir amaç kabul edilemez.

III. Yargı Kararları Kapsamında Cinsel Saldırı Suçunun Hileli Hareketlerle İşlenmesi

Hileli hareketlerle cinsel saldırı suçunun işlenmesi ile ilgili Yargı kararları incelendiğinde, 2014'ten itibaren Yargıtay'ın görüş değişikliğine gittiğini görmekteyiz. 2014'ten sonra mağdura yönelik aldatıcı hareketlerin objektif olarak bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı görülmektedir. Yargıtay'ın birkaç kararı üzerinde değerlendirme yapmaya çalışacağız.

A. Olay I

Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 03.10.2012 tarihli kararına konu olan olayda, kendini sözde tarikat lideri olarak tanıtan fail, dergâh adında bir yer açar. Kendisine gelen kadınların, dini duygularını istismar ederek sohbetlerde bulunur. Kadınlara daha yüksek mertebelere yükselmek için sır odası adını verdiği kapalı mekânda cinsel beraberliğin yaşanması gerektiğine inandırır. Bu şekilde kadınlarla cinsel beraberlikler yaşar. Yerel mahkeme fail hakkında mağdurların rızalarının bulunmasından bahisle, nitelikli cinsel saldırı suçundan beraatine karar

[19] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 377; TANER, s. 146.

[20] TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 333; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 333; ÖZEN, s. 266.

[21] *"Suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir."* Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 30.04.2015, E: 2014/1552, K:2015/5994 sayılı kararı.

[22] *"Mağdurenin sanıkla cinsel ilişkiye girme rızasının sanığın kandırıcı nitelikte yoğun ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, mağdurenin gerçekte evlendiği inancı ile ve zincirleme şekilde sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, ancak buradaki rızasının gerçek iradesini yansıtmadığı, dolayısıyla sanığın eyleminin zincirleme nitelikte cinsel saldırı suçunu oluşturduğu anlaşılmakla sanığın cezalandırılması yoluna gidilmiş, temel ceza tayininde suçun işleniş şekli ve özelliği, sanığın kişiliği, kastı nazara alınarak alt sınırdan uzaklaşılıp eylem sonucu mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu da anlaşılmakla cezası artırılıp yine sanığın mağdureye yönelik değişik tarihlerde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği görülmekle zincirleme suç hükümleri uyarınca cezası artırılıp hüküm kurulmuştur. Delillerle iddia ve savunma, duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan sanık müdafiin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, karar verildi."* Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 05.05.2014, E: 2014/1933, K: 2014/5982 sayılı kararı.

[23] TANER, s. 146.

verirken, müstehcenlik ve 677 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından hüküm kurar. Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinin yaptığı temyiz incelemesinde ise, mağdurlarının iradelerinin hile ile fesada uğratılmasından bahisle, nitelikli cinsel saldırı suçunun oluştuğuna karar vererek yerel mahkeme kararını bozar (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin, 03.10.2012, E: 2012/11328, K:2012/9412 sayılı kararı).

B. Olayın I'in Değerlendirilmesi

Kişilerin dini duyguları istismar edilerek, dine uygun yaşanması ve yüksek mertebelere ulaşma vaadi bir hile niteliğindedir. Bunun sözde bir tarikat lideri tarafından yapılması ve onun dini bir lider olduğuna inanmış insanlar için, hileyi basit, kolayca anlaşılabilen bir hile olmaktan çıkarmaktadır. Dolayısıyla mağdurların cinsel ilişkiye girme rızasının, dini duyguları istismar edilerek hileli davranışlarla elde edilmesinden bahisle, hileli hareketlerle nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiğine yönelik Yargıtay'ın kararına katılmaktayız.

C. Olay II

Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 04.07.2013 tarihli kararına konu olan olayda, Kütahya'da öğretmenlik yapan mağdur ile kendini mimar olarak tanıtan fail, internetten tanışmış ve fail yüz yüze görüşmek için Kütahya'ya gelmiştir. İki aylık bir arkadaşlıktan sonra evlenmeye karar verilmiş, fail belediyede tanıdıklarının olduğunu söyleyerek resmi nikâhı evde yapacağını ifade etmiştir. 20.08.2008 tarihinde sözde nikâh memuru elinde bir defterle eve gelmiş, tarafların imzalarını alarak sözde bir evlendirme cüzdanını mağdura vermiştir. Gerçekte evlendiğini zanneden mağdur, faille cinsel beraberlik yaşamış bu şekilde bir yıl boyunca birliktelikleri devam etmiştir. Bu süreçte mağdur, failin evlilik masraflarını ödemek için arabasını da satmıştır. Ankara'ya tayin talebinde bulunmak isteyen mağdurun Nüfus Müdürlüğü'ne gittiğinde evli olmadığını öğrenmiş ve fail hakkında 30.09.2009 tarihinde suç duyurusunda bulunmuştur. Bilahare mağdur, failin gerçek isminin bile farklı olduğunu öğrenmiştir. Yerel mahkeme, fail hakkında suç işlemek için örgüt kurma, özel hayatın gizliliğini ihlâl, dolandırıcılık suçlarından hüküm kurmuş; fakat mağdurun rızasının bulunmasından bahisle nitelikli cinsel saldırı suçundan beraatine karar vermiştir. Yapılan temyiz değerlendirilmesinde ise, failin hileli hareketler ile nitelikli cinsel saldırı suçunun işlediğinden bahisle, yerel mahkeme hükmünün kısmen onanmasına karar verilmiştir (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.07.2013, E: 2013/4640, K:2013/8615 sayılı kararı).

D. Olay II'nin Değerlendirilmesi

Failin kendisiyle resmi nikâhla evleneceği vaadine inanan mağdura yönelik hileli hareketler, bir sürece bir plan dâhilinde yayılmış ve sözde resmi nikâhı kıyan kişinin, yetkili bir resmi memur olduğuna inandırılmıştır. Bu hileli hareketler icra edilmeseydi, mağdurun cinsel beraberliğe yönelik rızasının failce elde edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mağdurun cinsel ilişkiye girme rızasının, yoğun, ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, gerçekte evlendiğini zannederek faille birlikteliğini sürdüğü somut olaydan anlaşıldığından hileli hareketlerle nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiğine yönelik Yargıtay'ın kararına katılmaktayız. Ayrıca olayda, "Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören" başlıklı TCK m.230/3 kapsamında bir değerlendirilme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

E. Olay III

Kendini hoca olarak tanıtan ve sohbetlerde bulunan sözde hoca fail, sohbetlerine katılan kadınların dini duygularını kötüye kullanarak, manevi anlamda yükselmek için kendisine teslim olunması, istediği her şeyin yapılması gerektiği telkinlerinde bulunur. Bu şekilde mağdurlarla cinsel beraberlikler yaşar. Yerel mahkeme, mağdurların iradelerinin hile ile fesada uğratılmasından bahisle, fail hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan hüküm kurar. Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi ise, yaptığı temyiz incelemesinde mağdurların rıza vermeye ehil olduğuna ve elde edilen rızanın geçerli olduğuna karar vererek, yerel mahkemenin kararını bozar (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 19.12.2016, E: 2016/4887, K:2016/8588 sayılı kararı).

F. Olay III'ün Değerlendirilmesi

Söz konusu olayda failin, ilk olayda olduğu gibi, hileli gerçek dışı dini söylem ve telkinler ile mağdur kadınları aldattığı, iradelerini fesada uğrattığı, dini duygularını kötüye kullanarak rızalarını temin ettiği açık olduğundan, yerel mahkeme kararına katılmakla birlikte, Yargıtay'ın kararına iştirak etmemekteyiz.

G. Olay IV

Fail, kendisini Konya ilindeki Faruki tarikatının lideri olarak tanıtıp sözde bir dergâh açar. Kendisine gelen insanlara sözde zikir meclisleri ve sohbetler düzenler. Güvenlerini kazandığı mağdurlara, dini duygularını kötüye kullanarak sahabelerden sözde menkıbeler anlatır. Hileli davranış ve sözlerinden etkilenen mağdurları, manevi rütbe almak için yapılması gerektiğine inandırarak, onlarla cinsel beraberlikler yaşar. Olayın yanlışlığını anlayıp vazgeçmek isteyen kadınlara ise, başlarına kötü şeyler geleceği hususunda inandırmıştır. Yerel mahkeme, fail hakkında nitelikli cinsel saldırı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından hüküm kurar. İstinaf mahkemesi ise, davayı esastan reddeder. Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinin yapmış olduğu temyiz incelemesinde ise, on sekiz yaşını tamamlamış mağdurların rızalarının bulunmasından bahisle fail hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bozma kararı verir (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin, 11.02.2021, E: 2020/326, K:2021/1125 sayılı kararı).

H. Olay IV'ün Değerlendirilmesi

Söz konusu olayda failin, hileli gerçek dışı dini söylem ve telkinler ile mağdur kadınları aldattığı, iradelerini fesada uğrattığı, dini duygularını kötüye kullanarak rızalarını temin ettiği açık olduğundan, yerel mahkeme kararına katılmakla birlikte, Yargıtay'ın kararına iştirak etmemekteyiz.

I. Olay V

Akademik personel A, görev yaptığı fakültede kendisine tahsis edilen odada "kariyer danışmanlığı" adı altında yaklaşık iki yıl boyunca üniversite öğrencilerine ücret karşılığında bir eğitim vermiştir. Bu eğitimden Rektörlük ve Dekanlık Makamının izni veya bilgisi bulunmadığı gibi, şahsın bu eğitimi verebilecek sertifikalı/onaylı bir eğitimi de bulunmamaktadır. Öğrencilerine bu eğitimin üç ayaklı olduğunu ve bunun akademik, sosyal ve cinsel ayaklardan oluştuğunu belirtmiştir. Öğrencilerin cinsel eğitimi almak istemediklerini belirtmesi üzerine, bu eğitimi almaları için psikolojik baskı yapılmıştır. Bir taraftan hayali örneklerle akademik personellerden üst kademeli kamu görevlilerinden mesela hâkimlerden akademik ve idari personellere kadar kendisinden bu eğitimi aldıklarını, çok mutlu olduklarını, güzel bir evlilik hayatlarının ve iş hayatlarının olduklarını belirtmiştir. Bir anlamda danışan öğrencilere, cinsel eğitim ayağı alınmazsa, mutsuz bir evliliklerinin olacağı veya meslek hayatında sıkıntılar çekeceği mesajı verilmiştir. Bu şekilde şüpheli şahıs, öğrencilerle cinsel hayat üzerinde rahatlıkla konuşabilmiş, öğrencilerin zayıf yanları ve cinsel hayata karşı yakınlıkları tespit edilmiş ve öğrencilerle bir yakınlık sağlanmıştır. Diğer taraftan, çalıştığı birimden gizli tutulan bu eğitimin ve içeriğinin duyulmaması için öğrenciler sıkı sıkı tembih edilmiş, alınan ücretlerin çoğunlukla eşinin hesabına yatırılması istenmiştir. Ayrıca şüpheli şahsın yurt dışında yaptığı akademik kariyer referans gösterilerek öğrencilere başarılı bir akademik kariyer vaat edilmiştir. Ayrıca şüpheli tarafından öğrencilerden zayıf yanlarını da içeren kişisel hayatıyla ilgili açıklamalar yapması ödev olarak istenmiş ve yaptırılan aramada, şahsın görev yaptığı odasındaki bilgisayarda bu öğrenci ödevleri tespit edilmiştir.

Öğrencilere sözde kariyer eğitimi esnasında "sevgilin var mı, hiç öpüştün mü, hiç ilişkiye girdin mi, cinsel istismara maruz kaldın mı, porno izler misin, mastürbasyon yaptın mı" soruları sorulmuş, 6 öğrenciyle dokunmak suretiyle 21 kız öğrenciyle de sözlü olarak cinsel eğitim devam ettirilmiştir. Cinsel eğitim, öncelikle odada yürüyüş yaptırılarak, sonrasında dokunma seansları adı altında sözde hormon kontrolü sağlanması adına vücudun belirli yerlerine dokunma sağlanmıştır. Her seanstaki görüşmenin sonunda, bir sonraki görüşmeden vücudun neresine dokunulacağı hakkında bilgi verilmiştir. Bu şekilde her görüşmede öğrencilerle cinsel temas artırılmıştır.

İki öğrencinin Savcılık Makamına şikâyetçi olması üzerine, şüpheli şahsın akademik personel olmasından bahisle, 2547 sayılı Kanun kapsamında bir ceza soruşturması yapılmış ve Rektörlük Makamınca lüzumu muhakeme kararı verilerek Danıştay'a gönderilmiş, Danıştay ilgili dairesi, bu kararı iddianameye çevirerek kamu davasının açılması için Savcılık Makamına iletmiştir (Danıştay 1. Daire, 23.11.2022, E:2022/1662, K:2022/1734). Bilahare yetkili ve görevli Ağır Ceza Mahkemesince iddianame kabul edilmiş, yapılan yargılama sonucunda kızların rızalarının olmasından bahisle bir suç unsuru bulunmamıştır. Sadece bir kız bakımından cinsel taciz suçunun oluştuğu kabul edilerek hüküm açıklanmıştır (Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 09.05.2024, E:2023/487, K:2024/211 sayılı kararı). İstinaf Mahkemesi de Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaylamıştır (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Ceza Dairesi'nin, 09.05.2024, E:2024/787, K:2024/885 sayılı kararı). Şu an için (01.08.2025 tarihi itibariyle) dosya temyiz merciindedir.

İ. Olay V'in Değerlendirilmesi

Akademik personel olan failin, çoğunlukla dersine girdiği kız öğrencileriyle cinsel beraberliğe ve yakınlaşmaya yönelik rızalarını elde etme amacına matuf, ustaca sergilenmiş bir plan kurguladığı görülmektedir. Bir taraftan kariyer danışmanlığının önemine dikkat çekerek kendisinin bu alanda otorite sahibi olduğuna öğrencileri inandırmış, diğer taraftan bu eğitimi alan öğrencilere yurt dışında lisansüstü eğitim vaadinde bulunmuştur. Ayrıca sözde kariyer eğitiminde yer alan cinsel ayağın alınması için öğrencilere psikolojik baskı da yapılmıştır. Mesela hayali örnekler verilerek bu eğitimin çoğu kariyerli kişiler tarafından kendisinden alındığı imajı oluşturulmuştur. Açıkça hileli hareket niteliğindeki bu fiiller icra edilmeseydi, öğrencilerin hocalarıyla bir cinsel yakınlaşma içerisinde olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu eğitimin üniversite yönetiminde gizli yapılması ve öğrencilerin bu eğitimi aldığını gizlemelerinin istemesi dolayısıyla failin yeterliliğinin olmadığı bu eğitimin hukuka aykırı olup olmadığının öğrencilerce denetleme imkânının olmadığı da anlaşılmaktadır. Bu sebeple, öğrencilere cinsel eğitim verilmesi ve cinsel yönden rahatsız edecek sorular sorulması, Türk Ceza Kanunu'nun m.105/2'de yer alan "cinsel taciz suçu"nu; cinsel eğitim adı altında öğrencilerin mahrem bölgelerine dokunulması ise Türk Ceza Kanunu'nun m.102/1'de yer alan "basit cinsel saldırı suçu"nu ve bir öğrenciyle de ilişkiye girilmesi de Türk Ceza Kanunu'nun 102/2'de yer alan "nitelikli cinsel saldırı" suçunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce tüm bu suç tanımları hileli hareketlerle işlenmiş bulunduğundan, suç unsuru bulunmadığına yönelik ilk derece mahkemesinin ve istinaf merciinin kararlarını katılmamaktayız.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bağımsız bir hile suçu düzenlenmemiştir. Bunun sebebi tanımlanmasının zor ve uygulanmasının problemli olabilmesi mümkündür. Yoksa aldatıcı her hareket basit bir yalandan, kurgulanmış gerçek dışı algılara kadar her türlü hareket hali kapsamına girebilecektir. Belirli yoğunlukta aldatıcı hareketin hile olarak tanımlanması da, somut olayda tespiti zor bir görünüm arz edecektir. Bu sebepler dolayısıyla hilenin bağımsız bir suç olmamasının daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte hilenin bir unsur olarak yer aldığı suç tanımlarında mesela dolandırıcılık suçunun, aldatıcı hareketlerin varlığı yeterli kabul edilmektedir, uygulamada ve teoride aldatıcı hareketin belirli bir yoğunlukta olması aranmamaktadır. Buna karşın hilenin bir unsur olarak yer almadığı, fakat hile ile işlenebilecek suç tanımlarında mesela cinsel saldırı suçunda, belirli bir yoğunlukta olması aranmaktadır. Bunun sebebinin açıkça hilenin suçun kanuni tarifinde yer almaması olduğu kanaatindeyiz.

Cinsel saldırı suçunun hilenin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle somut olayda hilenin varlığı tespit edilmelidir. Fail tarafından mağdura yönelik gerçek dışı algısı oluşturulmasaydı, mağdurun rızası elde edilmeyecekti denebiliyorsa, hilenin varlığı kabul edilmelidir. Hilenin varlığı tespit edildikten sonra, bunun basit bir hileyi aşmış olması aranmalıdır. Yani kolayca anlaşılabilecek basit yalan ve aldatma şeklindeki hileler, hile kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir. Şu halde cinsel saldırı suçu bakımından basit hileyi aşmış, ağır, yoğun ve ustaca sergilenen hareketler hile kapsamında değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, faille mağdurun konumu mesela öğretmen öğrenci ilişkisi varsa bir kamu nüfuzunun var olup olmadığı,

mağdurun yaşı, eğitimi, yaşadığı çevrenin etkisi gibi konular dikkate alınarak cinsel saldırı suçunda cinsel hareketlerin hile ile gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir.

Cinsel saldırı suçunun hileli hareketlerle işlenmesi ile ilgili olarak yargı kararlarında, özellikle Yargıtay'ın 2014 tarihli kararlarında sonra hileli hareketlerin objektif olarak bir değerlendirmeye tabi tutulmaması, uygulamada problem arz eden önemli bir husustur. Nitekim 2014 sonrası inceleme konusu yaptığımız yargı merciine konu olmuş olaylarla ilgili olarak, mağdurun hileli hareketlerle rızasının tahsil edildiği açık olmasına rağmen cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabul edilmemesi önemli bir eksiklik olmuştur. Umuyoruz ki, Yargıtay'da temyiz incelemesinde bulunan, inceleme konusu yaptığımız son olay yeni bir dönüm noktası olur, hileli hareketlerin objektif olarak bir değerlendirmeyle varlığı dikkate alınarak cinsel saldırı suçunun oluştuğu kabul edilir.

KAYNAKÇA

ARSLANTÜRK, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

AYDIN, Öykü Didem: "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_175.htm, E.T: 13.05.2025.

AYDOĞAN, Deniz: "Ceza Hukukunda Hile" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.

EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2023.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

KORKMAZ, Salih: "İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C:14, S:1, 2024, s.513-570.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2024.

ÖZEN, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

TOROSLU, Nevzat/ ERSOY, Yüksel: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler Raporlar,* Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.

Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2010.

YELDAN, Didem: 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBB Dergisi,* S:57, 2005.

Hile kelimesinin anlamı, https://sozluk.gov.tr/, E.T: 26.04.2025.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Ceza Dairesi'nin, 09.05.2024, E:2024/787, K:2024/885 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.07.2013, E: 2013/4640, K: 2013/8615 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 30.04.2015, E: 2014/1552, K:2015/5994 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 05.05.2014, E: 2014/1933, K: 2014/5982 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin, 03.10.2012, E: 2012/11328, K:2012/9412 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.07.2013, E: 2013/4640, K:2013/8615 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 19.12.2016, E: 2016/4887, K:2016/8588 sayılı kararı.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin, 11.02.2021, E: 2020/326, K:2021/1125 sayılı kararı.

NÖROTEKNOLOJİ ALANINDAKİ GELİŞMELER KARŞISINDA BEDEN DOKUNULMAZLIĞININ CEZA HUKUKUYLA KORUNMASININ SINIRI

Dr. Öğr. Üyesi Meral Balcı*

ÖZET

İnsanın temel yönetim mekanizması olan ve farklı şekilde çalışan milyonlarca nöronun bir araya gelmesinden oluşan beyni hedef alan müdahaleler günümüzde nöroteknoloji alanındaki gelişmelerle birlikte tıp alanı dışında da tartışılmaya başlanmıştır. *İnsan beynine çip takarak ya da uzaktan bilgisayarlar yoluyla müdahaleyi mümkün kılan beyin arayüzleri*, *nöro-link* gibi çalışmalar yoluyla zihinsel iyileştirmelerin beyne müdahaleyi gerektirmesi ve dolayısıyla kişinin hem fiziksel hem de zihinsel/bilişsel bütünlüğünün dikkate alınması konunun hukuk alanıyla, çalışma özelinde ceza hukukuyla ilişkisini ön plana çıkarmaktadır. Nöroteknoloji alanındaki gelişmelerle bilişsel ve duygusal iyileştirmelerin uygulanmasının toplum için olumlu etkileri olabileceği göz ardı edilmemekle birlikte, bu tür müdahalelere ceza hukuku perspektifinden temkinli yaklaşılması gereklidir. Zira kişilerin tedavi edilmesi veya beyin işlevlerinin iyileştirilmesi amacı söz konusu olsa dahi bu tür müdahalelerin beyne zarar verme riski ve öğretide de belirtildiği üzere insan beyninin hasar görmesinin sonucu olarak bazı durumlarda iradenin ortadan kalkmasından, düşüncelerin anlamsızlaşmasından, beyne yönelik işlemlerle gerçekliklerin manipüle edilmesinden ve böylece patolojik düşüncelerin gerçekliğin yerini alabilmesinden, dolayısıyla insanı insan yapan özelliklerin kaybından söz edilebilecektir. Nitekim beynin kişinin iradesinin merkezi olması nedeniyle, bu kapsamdaki gelişmeler kişinin iradi karar verebilme ve iradi hareket edebilme özgürlüğü üzerinde de etki doğuracaktır.

Dolayısıyla beyne yönelik müdahaleler bakımından kişinin rızasının varlığı asıl olmakla birlikte; bunun geçerliliği sorunu, tıbbi bir gerekliliğin bulunup bulunmadığına, müdahalenin şekline ve ortaya çıkaracağı sonuçlara bağlı olarak önem taşımaktadır. Aynı zamanda beynin ciddi ve kalıcı şekilde hasar görmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek müdahaleler açısından *zihinsel/bilişsel bütünlüğün korunması* bağlamında kişinin *beden dokunulmazlığı*nın ihlal edilmesi kapsamında kasten yaralama suçuyla cezai korumanın yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı meselesinin incelenmesi, insan onurunun korunmasını önceleyen suç tipinin gerekliliği tartışması üzerinden anlam kazanmaktadır. Bu noktada öncelikle beyne yönelik müdahalelerin, ceza hukuku bakımından korunması gereken hukuki değer olarak insan onuruyla ilişkisi değerlendirilecektir. Buradan hareketle, *biyolojik veya kimyasal prosedürler yoluyla kişinin beynini doğrudan etkilemek suretiyle mevcut veya gelecekteki zihinsel işlevlerini önemli ölçüde değiştirerek zihinsel özerkliğinin ciddi şekilde bozulması* durumu kasten yaralama/neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama (TCK md. 87) kapsamında tartışılacaktır. *Beden dokunulmazlığı* her durumda kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği hak olarak kabul edilmediğinden, böyle sonuçları ortaya çıkarabilecek müdahaleler açısından günümüzde rızaya geçerlilik tanınmadığı ifade edilmelidir. Zira Türk doktrininde ancak "*hayati tehlike doğurmayan, sürekli sakatlığa yol açmayan, sağlık açısından ağır sayılmayan sonuçlar doğuran yaralanmalara rıza verilebileceği*" kabul görmüştür. Bununla birlikte gelecekte beyne yönelik müdahaleler bağlamında rızanın geçerliliği üzerine tartışmaların çok daha farklı boyutlara ulaşacağı da belirtilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Nöroteknoloji, Ceza Hukuku, Kasten Yaralama, İnsan Onuru, Rıza.

THE LIMITS OF THE PROTECTION OF BODILY INTEGRITY BY CRIMINAL LAW IN THE FACE OF DEVELOPMENTS IN THE FIELD OF NEUROTECHNOLOGY

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: meralbalci@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6089-0952.

ABSTRACT

Today, with the developments in the field of neurotechnology, interventions targeting the brain, which is the basic management mechanism of humans and consists of millions of neurons working in different ways, have begun to be discussed outside the field of medicine. Transhumanism, brain interfaces that make it possible to intervene in the human brain by implanting chips or through remote computers, and mental improvements through studies such as neuro-link require intervention in the brain. Therefore, the consideration of both the physical and mental integrity of the person brings to the forefront the relationship of the issue with the field of law, and in the case of this study, with criminal law. While it should not be overlooked that the implementation of cognitive and emotional enhancements through advances in neurotechnology can have positive effects for society, such interventions should be approached with care from a criminal law perspective. Even if the aim is to treat people or improve brain functioning, such interventions may have the risk of damaging the brain and, as a result of damage to the human brain, in some cases, even the will may disappear or thoughts may become meaningless, and even reality may be manipulated by neurological activities and schizophrenic/pathological thoughts may replace reality. Indeed, since the brain is the center of a person's will, developments in this context will also have an impact on the freedom to make voluntary decisions and act voluntarily (freedom of will). Therefore, although the existence of the consent of the person is essential in terms of interventions on the brain, the question of its validity is important depending on whether there is a medical necessity, the form of the intervention and the consequences it will reveal. At the same time, the examination of the issue of whether criminal protection with the crime of intentional injury provides adequate protection within the scope of violation of the bodily integrity of the person in the context of the protection of mental integrity in terms of interventions that may result in serious and permanent damage to the brain gains meaning through the discussion of the necessity of a new type of crime. The serious impairment of a person's mental autonomy by directly affecting the person's brain through biological or chemical procedures by significantly altering the person's current or future mental functions should also be considered within the scope of intentional injury/aggravated state due to result of injury (Art. 87 of the TPC). Since bodily integrity is not considered to be a right over which the person can make absolute dispositions in all circumstances, it should be noted that consent is not recognized as valid today in terms of interventions that may have such consequences. Because it is accepted in Turkish doctrine that consent can only be given for injuries that do not pose a life-threatening danger, do not cause permanent disability, and do not have serious health consequences. However, it should be noted that the discussions on the validity of consent will reach much different dimensions in the future.

Keywords: Neurotechnology, Criminal Law, Intentional Injury, Human Dignity, Consent.

GİRİŞ

Çalışmanın konusu, insan geliştirme kapsamında incelenen ve nöroteknoloji alanında gerçekleşen gelişmelerin vücut dokunulmazlığı ve insan onuru üzerinden ceza hukuku ilişkisini esas almaktadır. Bilişsel geliştirmeyi amaçlayan nöroteknoloji, *elektrotlar, bilgisayarlar ve akıllı protezler gibi teknik bileşenlerin; beyinden gelen sinyalleri kaydedip teknik komutlara çevirmeleri, ya da elektriksel veya optik uyaranlarla beyin işlevselliğini etkilemeleri amacıyla sinir sistemi ile doğrudan bağlantısını sağlayan yöntem ve araçların bir araya getirilmesi* olarak tanımlanmaktadır[1]. Bilişsel geliştirmede beyni güçlendiren kimyasal maddelerin alınmasından, beyne çip takılmasına, bilişsel veya duygusal yetenekleri geliştirmek için beyne cerrahi

[1] Oliver Müller, Stefan Rotter, "Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues", Frontients in Systems Neuroscience, Volume 13, Article 93, December 2017, s. 1'den aktaran KARASULU, Zeynep: "Nöroteknoloji ve Bilişsel Özgürlük", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 4, 2022, s. 1851-1874, s. 1852.

müdahale olmaksızın ışık sinyalleri aracılığıyla nanorobotlar kullanılarak fiber optik implantasyonuna[2], beyin dopingine[3], beyne elektronik girdiler veya beyinden elektronik sistemlere doğrudan çıktılar iletebilen ve merkezi sinir sistemi ile elektronik sistemler arasında doğrudan bağlantılar sağlamayı amaçlayan nöroelektronik arayüzlere (kişinin beyninin insan vücudu dışında bir cihaza bağlanması)[4] kadar farklı yöntemler tartışılmaktadır. Çalışmada konunun anlaşılabilirliği açısından öncelikle insan geliştirme kavramıyla ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekli olduğundan, kavrama genel olarak yer verilecektir. İnsan geliştirme kapsamında yer alan ve çok farklı bilişsel geliştirme yöntemleri bulunmakla birlikte, beyne cerrahi müdahale yoluyla gerçekleştirilen yöntemlere odaklanılacaktır.

Teknolojinin devam eden gelişimiyle birlikte beyne yönelik müdahale yoluyla kişilerin bilincine etki edilmesi ve zarar verilmesi ya da kişileri manipüle ederek zihinsel değişikliklere sebep olunması henüz yeterince tartışılmış bir konu teşkil etmediğinden[5], özellikle rıza dışı veya zorlama yoluyla karşı karşıya kalınan bu tip müdahalelerden korunmayı sağlamak açısından *kavramsal bir çerçeve oluşturmanın* gerekli olduğu kabul edilmektedir[6]. Bu kapsamda gerçekleştirilen müdahalelerin ortaya çıkaracağı zararlı neticelerin ceza hukuku perspektifinden beden dokunulmazlığının korunması anlamında salt yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesinin suçun haksızlık içeriği açısından yeterli olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Bu incelemede beden dokunulmazlığına yönelik yaralama suçlarının tipikliğinin kapsamı önemlidir, zira aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere beyin geliştirme/iyileştirmeye yönelik uygulamalar salt fiziki olarak beynin etkilenmesi sonucunu ortaya çıkarmamakta, ayrıca beynin vücut üzerindeki işlevselliğine bağlı olarak kişinin zihinsel/bilişsel veya psikolojik değişimlere maruz kalması mümkün olabilmektedir. Çalışmanın amacı, beyne yönelik müdahalelerin ceza hukuku alanında hangi hukuksal değerlerle ilişkilendirilebileceği ve akabinde özellikle gelecekte öngörülen farklı uygulamalar karşısında ceza hukuku korumasına ilişkin ihtiyacın mevcut suç tipi düzenlemeleriyle sağlanıp sağlanamayacağına yönelik değerlendirmede bulunmak olmakla birlikte, konuyla yakın bağlantısının bulunması nedeniyle konu bütünlüğü açısından kısaca ilgilinin rızasına da değinilecektir. İlgilinin rızası meselesi özellikle kişinin üzerinde tasarruf edebileceği hak/haklar düzlemi üzerinden dikkate alınacaktır.

I. İNSAN GELİŞTİRME KAVRAMI VE KAVRAMA İLİŞKİN FARKLI YAKLAŞIMLAR

İnsan geliştirme[7] kavramı, insanın kendisini iyileştirme/geliştirme yönündeki çabasının ürünü olarak kabul edilmekte olup, sağlığa kavuşma şeklinde tıbbin gerekliliğin varlığına bağlı olmayan ve teknolojik

---

[2] ROSENAU, Henning: "Steuerung des zentralen Steuerungsorgans – Rechtsfragen bei Eingriffen in das Gehirn", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 69-82, s. 81.

[3] MIETH, Dietmar: "Der (gehirnlich) steuerbare Mensch - Ethische Aspekte", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 97-105, s. 97.

[4] GREELY, Henry T.: The social effects of advances in neuroscience: legal problems, legal perspectives, (ed. Judy Illes), Neuroethics Defining the issues in theory, practice, and policy, Oxford University Press, 2005, s. 245-263, s. 256.

[5] ERGÜN, Ragıp: "Nörobilim ve Nöroteknolojinin Yeni Sorunsalı: Beyin Hakkı ve Beyin Güvenliği", *Hafıza Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S. 6, 2024, s. 72-83, s. 80.

[6] KARASULU, s. 1863.

[7] Bu kavramla birlikte tıbbi müdahale için söz konusu olan iyileştirme/tedavi amaçlı uygulamaların da kapsamının genişlediğini ve genişleyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde tıbbi müdahale: "*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim*" olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleler açısından tıbbi endikasyon şartının varlığı aranmakla birlikte günümüzde özellikle isteğe

gelişmelerin ışığında, *insan karakterine, yeteneklerine, duygularına ve kapasitesine, bugün normal olarak kabul ettiğimizin ötesinde, fonksiyonel değişikliklerin yapılabilmesi* şeklinde ifade edilmiştir[8]. Her ne kadar "geliştirme" terimiyle ifade edilse dahi tedaviyle aynı anlama gelmeyen ve hatta genellikle onu dışlayan bir kavram olarak insan geliştirmeden söz edilebilmesi için bir organizmanın normal sağlıklı durumunun[9] ötesinde temel insan kapasitesinin iyileştirilmesinin amaçlanması gerekir[10]. Bununla birlikte insan beynini ve bedenini en iyi haline veya performansına ulaştırmayı amaçlayan bu yöntemlerin öncelikle tedavi amacıyla gerçekleştirilen araştırmaların sonucu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır[11]. İnsan geliştirme yöntemleri giderek daha çok çeşitlenmekle birlikte, çalışma kapsamında nöroteknoloji kavramı ve bilişsel geliştirme ön plana çıkmaktadır. Zamanla daha fazla konuşulmaya başlanan ve tartışılan bir konu olarak bilişsel geliştirme kişinin bilişsel kapasitesini ve performansını iyileştirmeyi amaçlayan yöntemlerin uygulanmasına dayanmaktadır[12] ve bunun da birçok şekilde gerçekleştirilebildiğini söylemek mümkündür[13] ve bu açıdan beyne yönelik müdahaleler odak noktasıdır.

İnsanı geliştirmeye yönelik teknolojilerin kullanımı konusunda tartışma transhümanizm yaklaşımı ile biyomuhafazakar görüş etrafında şekillenmektedir. Ayrıntısına girmeksizin genel hatlarıyla açıklamak gerekirse, eski bir geçmişe sahip olmayan ve teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan insan durumunu ve insan organizmasını iyileştirme olanaklarını değerlendirmek için disiplinlerarası bir bakış açısını önceleyen[14] transhümanizm "*insanoğlunun hâlihazırda mevcut bulunan bedensel ve zihinsel yeteneklerinin ötesine, bilim*

bağlı uygulamalar/müdahaleler açısından sosyal, psikolojik endikasyon kavramlarından söz edilmeye başlanmıştır. KORU, Onur: "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2021, s. 491-500, s. 493 vd. İnsan geliştirme yöntemleri kapsamında klonlanma açısından cezalandırılabilirlik değerlendirmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YERDELEN, Erdal: "Klonlamanın (kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, 2014, s. 23-66. s. 651 vd.

[8] BAĞÇECİ (TACİR), Hamide: "Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması", *YUHFD*, C. XV, S. 2, 2018, s. 1-52, s. 20.

[9] Hastalık ile sağlıklı durumun ayrımına (*Abgrenzung Krankheit-Normalität*) dair açıklama için bkz. ROSENAU, s. 73.

[10] BOSTROM, Nick / ROACHE, Rebecca: Ethical Issues in Human Enhancement, New Waves in Applied Ethics, J. Ryberg, T. Petersen, and C. Wolf (eds.), 2007, https://www.researchgate.net/publication/256812841_Ethical_issues_in_human_enhancement, s. 120. Yazarlar ayrıca bazı durumlar açısından insan geliştirme kapsamında iyileştirme teşkil eden durumları takiben bazı geliştirme yöntemlerinin uygulanması arasındaki ilişkiyi de ele almışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BOSTROM / ROACHE, s. 131.

[11] BAĞÇECİ (TACİR), s. 20. Beyin geliştirme kapsamında yer alan uygulamaların öncelikli amacının Parkinson gibi beyin hastalıklarını iyileştirmek veya unutmayı kontrol ederek travmaları tedavi etmek vs. olduğu yönünde ayrıca bkz. MIETH, s. 98-99. Yazar, bu tür yöntemlerin tedavi, performans geliştirme vs. şeklinde olumlu sonuçların amaçlanması ile beyne yönelik müdahalelerin istismar edilmesi arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gereğini, kişiliğin değişmesine sebep olabilecek beyin müdahaleleri üzerinden incelemiştir. MIETH, s. 99.

[12] HEUSER, Isabella: "Psychopharmaka zur Leistungsverbesserung", Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 49-56, s. 49.

[13] BOSTROM / ROACHE, s. 134; SCHLÄPFER, Thomas E.: Schnittstelle Mensch/Maschine: "Tiefe Hirnstimulation", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 57-67, s. 64.

[14] BOSTROM, Nick: "Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective", *Journal of Value Inquiry*, 2003, C. 37, S. 4, s. 493-506, s. 493.

ve teknoloji yardımıyla geçebileceğini öngören teori" şeklinde tanımlanır[15]. İnsan doğasını, istenildiği gibi yeniden şekillendirilebilecek devam eden bir süreç olarak ele alan bu yaklaşım, insanın geleceğini belirleyebilme hakkına vurgu yapıp, mevcut insanlığın bu süreçte son olmadığını, teknoloji vs. kullanımıyla halihazırda var olan insanlardan daha büyük kapasiteye sahip varlıklar olarak devam edebileceğimizi savunur[16]. Önemli genetik hastalıklardan kurtulmanın, daha hızlı ve kolay öğrenebilen bir beyne ya da daha güçlü bir bağışıklık sistemine sahip olmanın insanı daha iyiye ulaştıracağına dikkat çekilmiştir[17]. Transhümanist düşünürlere göre insanlar başkalarına zarar vermedikleri sürece kendilerinin üzerinde diledikleri geliştirme teknolojisine bağlı yöntemleri[18] kullanabilecekleri gibi radikal geliştirmeleri dahi uygulayabilmesi kendi tercih özgürlüğü kapsamında yer almaktadır[19]. Bu yaklaşım insan açısından kapasitesinin ötesindeki durumun her ihtimalde mevcut insan halinden daha iyi olacağı şeklinde bir çıkarımda bulunmanın doğru olmayacağını ve bazı insan idealleri açısından mevcut biyolojik yapımızla ulaşabileceğimizin ötesindeki durumlar için amaçlanan bir durum olduğunu da belirtmiştir[20]. İnsanın daha iyi haline dönüşmesini içeren ve hedef noktası olarak teknolojik insanı benimseyen bu yaklaşımda öngörülen dönüşümün sonucu aynı zamanda insan zihninin ve bedeninin birtakım kodlamalarla kontrol altına alınmasını da gündeme getirir[21].

Bedenine müdahale konusunda kişiye neredeyse sınırsız bir tercih özgürlüğünü teknolojinin gelişimi karşısında adeta gerekli gören transhümanizm, biyomuhafazakar yaklaşım tarafından eleştirilmiştir. Sözü edilen yaklaşım, bilim ve teknolojinin kötü amaçlarla kullanılabileceğine vurgu yaparak, bu şekilde insan doğasının değiştirilme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını[22] belirtmiş ve bu tür yöntemlere karşı çıkmıştır[23]. Kişinin beynine müdahale edilmesiyle kişi artık başka birine dönüşmektedir. Dolayısıyla kişi kendi hayatını değil, çip, beyin pili veya ilaçtan aldığı ödünç hayatı yaşamaktadır[24]. İnsan doğasını değiştirme ve günümüz insan anlayışını neredeyse ortadan kaldırma gibi derin ve öngörülemeyen sonuçları ortaya çıkarabilecek bu

[15] "*Trans-hümanizm fikri üç teknolojik ilerlemeyle bağlantılıdır. İlki, radikal nanoteknolojinin bir türüdür. İkincisi, yaşam süresinin uzatılması temelinde yaşlanma ve ölüme çare bulunmasıdır. Üçüncüsü ise bilgisayarın gücünün yapı değiştirmesiyle yapay zekâ ve ileri nanoteknoloji aracılığıyla üst insan seviyesine ulaşmaktır.*" DEMİR, Aysel: "Ölümsüzlük ve Yapay Zekâ Bağlamında Trans-hümanizm", *Online Academic Journal of Information Technology*, C.9, S. 30, 2018, s. 95-103, s. 96.

[16] BOSTROM, s. 494.

[17] BOSTROM, s. 503.

[18] Farklı geliştirme yöntemleri hakkında bilgi için bkz. BOSTROM, s. 494 vd.

[19] BOSTROM, s. 495.

[20] BOSTROM, s. 497.

[21] DEMİR, s. 97.

[22] İnsan doğasının bozulması şeklindeki karşı duruşun beyne yönelik iyileştirmelerin yasaklanması için yeterli gerekçeyi teşkil etmediği ancak kanun koyucunun gelecekteki gelişmeleri dikkatle izleyerek konuya ilişkin olası düzenlemeleri gerçekleştirmesi açısından nedene işaret ettiği yönünde bkz. MERKEL, Reinhard: "Neuartige Eingriffe ins Gehirn Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, C. 121, S. 4, 2009, s. 942.

[23] BAĞÇECİ (TACİR), s. 21.

[24] VAN DEN DAELE, Wolfgang: "Thesen zur ethischen Debatte um das Neuro-Enhancement", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser* Gehirn, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 107-114, s. 111.

teknolojilerin öncelikle insan onuruna karşı bir tehdit oluşturduğu savunulmaktadır[25]. Özetle insan geliştirme bağlamında ve nöro-geliştirme özelinde ileri sürülen argümanları 3 başlıkta ele almak mümkündür: *İnsan doğasına/yapısına karşı saygıyı ihlal eder, kişinin özgünlüğünü ortadan kaldırır ve nöro-geliştirme uygulanan kişinin toplumsal rekabette haksız avantajlar sağlamasına sebep olarak sosyal adaletsizliği sonuçlar*[26].

Bu tartışma özellikle beyne yönelik müdahaleler açısından daha fazla önem taşır. Gerçekleştirdiği işlevler nedeniyle kişinin en önemli organı olarak da ifade edilen insan beyni, organizmanın tüm zihinsel ve bilişsel faaliyetlerini üretmekte, merkezi kontrol, algılama işlevini yerine getirmekte ve dolayısıyla kişiye insan olma niteliğini kazandırmaktadır. Beyin ve beden etkileşimi ile "ben" bilgisi ve duyguların dayanağını teşkil eden çekirdek bir bilinçten söz edilmesi mümkün olabilmektedir[27]. Beyin aracılığıyla kişi düşünebilmekte, hissedebilmekte, kararlarını belirleyebilmektedir. Ancak düşünceler ve hisler sadece beyin fizyolojisine ilişkin süreçlerle birlikte gerçekleşmemekte, bunun dışında söz konusu süreçler tarafından da tetiklenebilmektedir. Aradaki bu nedensellik kişinin zihinsel durumunun bedeni manipüle eden fiziksel yöntemlerle de şekillendirilebileceğini gösterir[28]. Sahip olduğu bu işlevsel önem nedeniyle beynin zarar görmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar da ciddi boyutlara ulaşabilecek ki, bazı durumlarda iradenin ortadan kalkmasından, düşüncelerin anlamsızlaşmasından, beyne yönelik işlemlerle gerçekliklerin manipüle edilmesinden ve böylece patolojik düşüncelerin gerçekliğin yerini alabilmesinden, dolayısıyla insanı insan yapan özelliklerin kaybından söz edilebilecektir[29]. Beyne ve beyin işlevinin değiştirilmesine ilişkin müdahaleler, sadece bir organa yönelik işlem olarak görülememekte, insan olmanın anlamını değiştirmeye sebep olabilmesi nedeniyle kişide yarattığı farklılık çok daha önemli hale gelebilmektedir.

II. BEYİN GELİŞTİRME YÖNTEMLERİ KARŞISINDA GERÇEKLEŞEN ZARARLARIN CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Beyne yönelik çalışmaların, *önleyici, tanı ve tedavi edici araçlar geliştirilerek, çeşitli psikolojik ve nörolojik hastalıkların tedavisi* vs. şeklinde kişilerin hayatını daha iyi hale getirmeye ilişkin olması ihtimali üzerinden konu ele alındığında bunun karşı çıkılamayan faydalı sonuçları kabul edilmekle birlikte, teknolojinin gelişiminin ve varacağı öngörülen aşamanın (insanların bilişsel alanlarına rızaları dışında ya da cebri müdahalelerle veya insanı modern anlamda köleleştirme gibi amaçlarla*)* kötüye kullanılması ihtimalinde temel hak ve özgürlükler açısından ortaya çıkabilecek ciddi ihlallerin veya buna yönelik tehdidin göz ardı edilemeyecek olması da muhakkaktır[30]. Zira günümüzde nöro-teknolojinin sınırlı bir etkiye sahip olacağı amaçlanarak hareket edilse dahi, beynin gerçekleştirdiği/gerçekleştirebileceği işlevsellik göz önünde bulundurulduğunda, çok yönlü ve kapsamlı bir etkiye de ulaşabilir[31]. Dolayısıyla burada beyne müdahale

[25] Jonathan Pugh, Guy Kahane, Julian Savulescu, "Bioconservatism, Partiality and the Human-Nature Objection to Enhancement", The Monist, Vol:99, No:4, 2016, s.406-422'den aktaran KARASULU, s. 1865.

[26] VAN DEN DAELE, s. 110.

[27] ROSENAU, s. 78.

[28] VAN DEN DAELE, s. 107.

[29] ERGÜN, s. 73.

[30] KARASULU, s. 1853; ERGÜN, s. 80.

[31] MIETH, s. 103.

yoluyla kişinin insan olma amaçsallığını/öz amacını ihlal edip etmediğini ve bu amacın korunamayacağı psiko-fiziksel koşulların etkilenip etkilenmediğini dikkate alarak sınırı belirlemek gerekecektir[32].

Öncelikle belirtilmelidir ki, ceza hukuku kapsamında ele alınan ve bilişsel geliştirme kapsamında yer alan her tür müdahale veya uygulamanın otomatik olarak cezai yaptırımı gerektireceği şeklinde bir sonuca varılamaz. Nitekim ceza hukuku öğretisinde önemsiz hareketler[33], fiilin toplumsal uygunluğu, özel ağırlık özelliğini içermeyen ve suçta yeterlilik sınırına ulaşmamış davranış şeklinde ifade edilen ve derin teorik tartışmayı bünyesinde barındıran, hükmün konuluş amacı (*ratio legis*) gözetildiğinde ilgili suç tipiyle korunan hukuksal değeri ihlal etmekle birlikte suç tipinin koruma alanı dışında görülen cüzi ağırlıktaki ihlaller[34] kapsamında konuya ilişkin değerlendirme yapılmalıdır[35]. Sağlığa dönük etkinin hukuken önemli olması ve ceza hukuku müdahalesini haklı kılan asgari bir ağırlığa ulaşması gerekir[36]. Bu kapsamda değerlendirilemeyecek, diğer bir ifadeyle hükmün konuluş amacına uygun şekilde tipik bir fiilin varlığından söz edilemeyecek durumlar tipik korumanın dışındadır. Kolayca geçen kısa süreli baş ağrısı, kısa uykusuzluk, kalp atışlarının hızlanması gibi durumlar ceza hukuku açısından önemlilik sınırının altında kalır[37]. Beyin geliştirmeye yönelik müdahale kapsamında konu ele alındığında, örneğin, nanoteknoloji kullanılarak beyne müdahale edildiğinde ve bu tarz etkiler ortaya çıktığında *önemlilik eşiğine ulaşılmadığı için*[38] suç teşkil etmeyecektir.

A. Yaralama Suçları (TCK md. 86 vd.) Kapsamında Beyne Yönelik Müdahaleler

TCK 86 vd. da düzenlenen vücut dokunulmazlığına karşı suçlar içerisinde kasten ve taksirle yaralama[39] suçuyla insan üzerinde deney (TCK md. 90) ve organ ve doku ticareti (md. 91) suçları bulunmaktadır. Vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiiller sadece bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, konu özelinde önem arz eden husus, yaralama suçlarıyla ilişkilidir. Yaralama suçlarıyla korunan hukuksal değer, beden dokunulmazlığı (AY md. 17) olup, bu hem beden bütünlüğü hem de sağlık ve esenliğini kapsamaktadır[40]. *Bu nedenle vücut bütünlüğü kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla birlikte düşünülmelidir*[41]. Kişinin

[32] HONNEFELDER, Ludger: "Die ethische Dimension moderner Hirnforschung", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 83-95, s. 89.

[33] HAKERİ, Hakan: "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 55-96, s. 92.

[34] ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 850, (Hukuksal Değer).

[35] Benzer yönde HAKERİ, s. 63.

[36] Bu yönde CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 145.

[37] TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 207.

[38] ROSENAU, s. 80.

[39] TCK'da yer alan yaralama terimi tercihinin yerinde olmadığı, bunun yerine *müessir fiil* veya *etkin eylem* terimlerinin kullanılması gerektiği yönünde bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 203.

[40] TEZCAN / ERDEM/ ÖNOK, s. 202; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2024, s. 171; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 240.

[41] ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 206.

yaşamı boyunca vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik saldırılar ceza hukuku yaptırımı altına alınarak, bireylerin beden dokunulmazlığı korunmak istenen hukuksal değer olarak ön plana çıkmıştır. Bu bütünlük fiziksel veya ruhsal yönden bozulmuş olabilir[42] ki, TCK'da kasten yaralamanın tipikliğinde de bu husus göz önünde bulundurulmuş ve suç tipi vücuda acı vermeye, sağlığı veya algılama yeteneğini bozmaya yönelik tüm fiilleri içerir şekilde düzenlenmiştir[43].

Suçun seçimlik hareketlerinden biri olan vücuda acı verme[44], genellikle fiziki temasla gerçekleştirilen maddi acı olarak ortaya çıksa da vücut esenliğini ihlal eden manevi etkilenmeleri de bu kapsamda kabul etmek mümkündür[45]. Kanun koyucu sağlığın bozulmasının yanı sıra insanın çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneği anlamına gelen algılama yeteneğinin bozulması kavramına da yer vererek, söz konusu hususa ayrıca vurgu yapmış ve *ruh sağlığına yönelik ihlallerin de bu kapsamda cezalandırılmasına olanak sağlandığını*[46] açıkça ifade etmiştir. Geniş yorumlanması gereken bir kavram olarak[47] sağlığın bozulmasına sebep olma, *süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmak* suretiyle *organizmanın normal çalışmasının bozulmasına yol açmadır*[48]. Bunun sonucunda ne bir hastalığın ortaya çıkması ne de mağdurda acı meydana getirilmiş olması şart değildir[49]. Böyle bir bozulmanın kalıcı

[42] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 202; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 240. Alman Ceza Kanunu kapsamında yaralama suçuna ilişkin sağlığa zarar verme (*Gesundheitsschädigung*) çerçevesinde bedensel ve zihinsel sağlığın bozulması hakkında ayrıma yönelik değerlendirme için bkz. MERKEL, s. 943, 946. Yazar, her zihinsel bozukluğun nöronal değişikliğin sonucu olduğuna dikkat çekerek, ilgili düzenlemenin bu kapsamda ele alınması gerektiğini belirtmiştir. MERKEL, s. 948. Konuyu ele aldığı örnekte (*yönetici M şirketin devralınması konusunda rakibi K ile yaptıkları toplantıya ara verdiklerinde sekreterinden toplantı odasına gizlice yüksek yoğunlukta nöropeptid oksitosin (Neuropeptid Oxytocin) püskürtmesini ister. Araştırma sonuçlarına göre, bu madde en iyi solunum yolu ile emilmektedir ve bu maddeyi soluyan kişinin başkalarına karşı güvenini kesin bir şekilde destekleme/teşvik etme özelliği vardır. Tekrar toplantı salonuna dönüldüğünde havaya dağılan oksitosin, K'yı etkiler ve M'ye karşı güven duyar. Sonuç olarak sözleşme M'nin önerdiği şekliyle imzalanır.*) ortaya çıkan zihinsel sonuçların "tamamen psikolojik" olduğunun altını çizerek, suç kapsamına girmeyeceğini ifade etmiştir. MERKEL, s. 950. Ceza hukuku açısından beyin vücut ikilemi ve vücut-ruh ikilemi hakkında değerlendirme için bkz. SEITERLE, Stefan: Hirnbild und Lügendetektion Zur Zulässigkeit der Glaubwürdigkeitsbegutachtung im Strafverfahren mittels hirnbildgebender Verfahrens, Duncker&Humblot, Berlin 2010, 113 vd. Alman ceza hukukunda (çoğunluk) yargı kararlarına ve hâkim görüşe göre salt psikolojik etki doğuran durumların her ihtimalde bedensel zarar olarak kabul edilemeyeceğine (ve yaralama suçu teşkil etmeyeceğine) dair kabule ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. ROSENAU, s. 80.

[43] KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 240. "*TCK'nın 86. maddesinin 1. fıkrasında yer almakta olup öngörülen ceza itibarı ile orta derece yaralanma grubunu tanımlamaktadır. 'Kişinin sağlığını ya da algılama yeteneğini bozacak derecedeki yaralanma' tanımı, travmanın ruhsal etkilerini de kapsamaktadır. Kişilerin uğradığı travma sonrası oluşan ruh sağlığı ile ilgili zarar da TCK kapsamında tanımlanmıştır. Bu nedenle kişilerdeki yaralanmanın fiziksel etkileri yanı sıra ruhsal etkileri de araştırılmalıdır.*" Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Haziran 2019, s. 9.

[44] Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 173.

[45] KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 242.

[46] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 202.

[47] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 175.

[48] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 206; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 174.

[49] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 206.

nitelikte olması aranmamakta, geçici nitelikteki sağlığın bozulması durumları da bu kapsamda dikkate alınmaktadır[50].

Beyne yönelik müdahaleler açısından önem arz eden önemli hususlardan biri de müdahalenin kişinin sinir sistemini etkilemesi olup, *sinir sistemindeki herhangi bir travmatik değişim* de bu açıdan sağlığın bozulması kapsamında kabul edilmektedir[51]. *Kişinin düşünme yeteneğini bozan, kişinin kendi varlığının bilincinde olmasını engelleyen, iradesine göre davranma yeteneğini etkileyen* her davranışın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir[52]. Her durumda akıl hastalığı boyutuna varması gerekmeyen[53] algılama yeteneğinin bozulması sonucunu ortaya çıkaran hastalık/bozulma *akıl, bilinç ya da hafıza yeteneklerinin kısmen de olsa bozulmasını* ifade etmekte ve örneğin, *kulakların çınlaması, uykusuzluk, ellerin titremesi, reflekslerin bulanıklaşması da sinir sistemindeki değişikliğe bağlı olarak sağlığın bozulması* kapsamında bulunmaktadır[54]. Dolayısıyla geniş yorumlanması gereken bir diğer kavram olarak algılama yeteneğinin bozulması*, kişinin hipnotize edilmesi, kişinin iradesine aykırı olarak sarhoş edilmesi veya herhangi bir şekilde ne yaptığını bilmez hale getirilmesi*[55] gibi *kişinin dış dünyada olup bitenleri gözlemleyebilme yetisinde ortaya çıkan her türlü olumsuz değişiklik* şeklinde anlaşılmalıdır[56].

Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri[57] kapsamında, fiilin mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına (md. 87/1-a) veya işlevinin yitirilmesine[58] (md. 87/2-b) neden olunması yer almaktadır[59]. Beyne yönelik müdahale, kişinin hem fiziksel işlevselliğine hem de psikolojik durumuna etki edebilme özelliğine sahiptir. Böyle bir müdahaleyle kişinin salt beyninin değil, farklı

---

[50] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 175.

[51] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 207.

[52] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 175.

[53] CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 146.

[54] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 208.

[55] ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 175; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 146.

[56] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 212. "*Mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe yol açan her türlü davranış, aynı zamanda sağlığın bozulması olarak da nitelendirilebileceği için seçimlik hareketlerden birisi olarak algılama yeteneğinin bozulmasına ayrıca yer verilmesine gerek yoktu*." Bu yönde bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 146. Farklı yönde görüş için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 210.

[57] TCK'da yer alan kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekline ilişkin düzenlemeye dair öneri için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 219.

[58] "*Kişideki görme, işitme, koklama, tatma ve dokunma duyuları ile organlar ve ekstremitelerde (el, ön kol, kol, omuz, ayak, bacak, kalça) oluşan anatomik kayıp ve/veya fonksiyonel bozukluk, her bir duyu, organ veya ekstremitenin kendi anatomik yapı veya fonksiyonuna göre değerlendirilmelidir. Protez takılması durumunda ise kişinin işlevinden daha ziyade anatomik kayıp değerlendirilmelidir. Vücutta çift olarak bulunan organlardan birinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Bu durumda, organın işlevinin zayıflaması değil, işlevin yitirilmesi söz konusudur. Çünkü kanun metninde duyu veya organlardan birinin işlevinden söz edilmektedir*." Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, s. 10.

[59] Mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması ile işlevin yitirilmesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 220 vd. YCGK organ işlevini kaybetmesini şu şekilde ifade etmiştir: "*uzuv (organ), vücutta belli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan kısımdır. Uzuv tatili, yapılan travma sonucu bir uzvun görevini yapamaz hale gelmesidir. Uzvun bütünü veya fonksiyonu tüm olarak ortadan kalkmakta veya ileri derecede azalmaktadır. O uzvun kullanılmasından yoksun kalınmakta ve genel beden gücünde eksilme olmaktadır*." YCGK, 2.11.1999, 4-183/250'den aktaran ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 220.

organlarının veya uzuvlarının işlev kaybından da (örneğin konuşmada zorluğa neden olunması veya el-kol-bacakta işlev kaybı vs.) söz etmek mümkün olabilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkan zarar kapsamında değerlendirme yapmak gerekir. Bununla birlikte beyin söz konusu olduğunda özellikle sinir sistemine yönelik etkiler ön plana çıkar ki, *merkezi sinir sisteminin işlevlerinde kalıcı olarak zayıflamaya yol açan travma sonrası ruhsal bozukluklar da bu kapsamdadır*[60]. Bunun dışında yine yaşamını tehlikeye sokan duruma neden olunması[61] (TCK md. 87/1-d) veya iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa ya da bitkisel hayata girmesi durumları[62] (TCK md. 87/2-a) da yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri içinde yer almaktadırlar. *Temel organik işlevlerden (nefes alma, dolaşım, sinirsel) en az birinin derin şekilde bozulmasına bağlı olarak, organizmanın son derece ağır bir hastalık durumuna girmesine yol açan ve böylece mağdurun ölümünün çok olası ve an meselesi sayılmasını gerektirecek kadar hayati dengesini istikrarsız hale getiren durumu* yani yaralamanın yakın bir ölüm neticesini meydana getirebilecek olması[63] ilk ihtimali[64] teşkil ederken, ikinci durum için söz konusu olan, *mağdurda geri dönülmez bir statü yaratan ve bu nedenle yaşam boyu sürecek olan hastalıktır*[65]. Burada belirleyici olan, organın normal işlevine göre kullanılmasının tümüyle veya önemli oranda imkânsız duruma gelmesi olup, nörolojik ve bilişsel işlev kaybı ile seyreden ağır bozukluklar da bu kapsamdadır[66]. İnsan organizmasının varlığını sona erdiren ve bu nedenle tıp açısından yaşamın sonunu işaret etmesi nedeniyle beynin merkezi öneme sahip olmasını da gösteren ve gerçekleşmesi halinde algılama, bilinç ve eylem oluşumu olasılığı geri döndürülemez bir şekilde kaybolan beyin ölümünden[67] farklı bir durumu işaret eden bitkisel hayatta[68] ise insanın beynin korteks denilen kısmının ölmesi söz konusudur ki *bu kısım, hafıza, zekâ, kişilik vb. özelliklerin kontrol edildiği kısımdır*[69]. Somut olayda hangi durumun gerçekleştiği tıp biliminin verilerine göre saptanır[70].

Tüm bunlar ışığında çalışma kapsamında önem arz eden husus olan beyne müdahalenin biyolojik veya kimyasal prosedürler yoluyla gerçekleştirilmesiyle kişinin beynini doğrudan etkilemek suretiyle mevcut veya gelecekteki zihinsel işlevlerini önemli ölçüde değiştirerek zihinsel özerkliğinin ciddi şekilde bozulması durumunu kasten yaralama/neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama (TCK md. 87) kapsamında ele almak gerekir.

[60] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 224.

[61] "*TCK'nın 87. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu tanım, bir yaralanma sonrası, kişinin yaşamının mutlak suretle tehlikeye maruz kalması, ancak gerek kendi vücut direnci gerekse tıbbi yardımla kurtulması durumunda kullanılır. Yani olay sırasında yaşamsal tehlikenin oluşmuş olması önemlidir. Ölüm olması gerekmez. Kişinin sonradan tedaviyle veya tedavisiz iyileşmesi de bu durumu değiştirmez*." Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, s. 10.

[62] "*Travma sonrası gelişen ve iyileşmesi olanağı bulunmayan akli arızaları da içermektedir. Kafa travması sonrası hemipleji, parapleji ve ilaçla kontrol altına alınamayan epilepsi, bitkisel yaşam, iyileşme beklenmeyen yatalak kalma gibi durumlar 'iyileşme olanağı bulunmayan' hastalık grubunda değerlendirilebilir*." Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi, s. 12.

[63] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 226.

[64] Konu hakkında ayrıca bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 224-225.

[65] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 228.

[66] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 228.

[67] ROSENAU, s. 78.

[68] Bitkisel hayat ile beyin ölümü arasındaki ayrım için ayrıca bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 227.

[69] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 228.

[70] ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 227.

Zira TCK'da düzenlendiği şekliyle kasten yaralama suçu salt fiziksel bütünlüğün/özerkliğin korunmasını değil, ayrıca kişinin zihinsel özerkliğinin de korunmasını[71] kapsamaktadır. Örneğin, beyne yüzlerce elektrot yerleştirilmesi suretiyle beyne yönelik açık şekilde orantısız müdahalenin ciddi ve kalıcı fiziksel yan etki riskinden söz edilebilecektir[72]. Benzer şekilde, "trans" veya "post" insan yaratma (makine-insan kombinasyonu) girişimlerinde beyne yönelik müdahalelerle beyinde depolanan otobiyografik verilere etki edilmesi/değiştirilmesi veya bilişsel veya duygusal eğilimlerin geri döndürülemez şekilde değiştirilmesi[73] bu kapsamda ele alınmalıdır. Şayet, kasten yaralama mağdurda beyin işlevlerinin geri dönülmez biçimde ortadan kalkması sonucuna yol açmışsa, kasten yaralama sonucu ölüm meydana gelmiş sayılacağından, TCK md. 87/4 uygulanmalıdır[74].

B. Beyne Yönelik Müdahaleler ve İnsan Onuru İlişkisi

Beyin geliştirme yöntemlerinin kullanımına ilişkin ileri sürülen yaklaşımlar arasındaki tartışmada merkezi konuyu insan onurunun ihlal edilip edilmediği ve özgür iradenin sınırlarının bulunup bulunmadığı oluşturur. Teknolojinin gelişimiyle birlikte özellikle biyotıp alanındaki ilerlemeler karşısında[75] insan onurunun korunması gereği yine varlığını sürdürmekle birlikte, bazı bireysel seçim ve tercihlerin ikinci planda kalacağı ifade edilmiştir[76]. İnsanın iyileştirilmesine/geliştirilmesine yönelik müdahalelerin varabileceği nokta dikkate alındığında, insanlığın türünün devamına yönelik tehdit varsayımları kişilerin seçim ve tercih özgürlüğüne yönelik sınırlamaların da göz önünde bulundurulması gerçeğini ön plana çıkarmaktadır[77]. Bunun yanı sıra, biyoetik boyutu esas alınarak yapılan tartışmalarda insan onuru kavramına yönelik yoğun vurgunun diğer hak

---

[71] *Merkel*, Alman Ceza Kanunu kapsamında yaralama suçuna ilişkin düzenlemelerin beyne yönelik müdahaleleri kapsamadığını ileri sürerek, ileride söz konusu olabilecek (rıza bulunsa dahi) beyin iyileştirme/güçlendirme teşkil eden fiiller bağlamında zihinsel özerkliğin (*mentale Selbstbestimmung*) hukuksal değer olarak korunduğu yeni bir suç tipi önerisinde bulunmuştur. MERKEL, s. 950. Sözü edilen suç önerisinde biyolojik veya kimyasal yöntemlerin uygulanması suretiyle başka bir kişinin beyninin doğrudan etkilenmesine bağlı olarak bu kişinin mevcut veya gelecekteki zihinsel işlevlerinin ciddi şekilde değiştirilmesi ve dolayısıyla zihinsel özerkliğinin önemli ölçüde bozulması tipik hareketi ve neticeyi oluşturmaktadır. MERKEL, s. 951.

[72] MERKEL, s. 946-947.

[73] HONNEFELDER, s. 89-90.

[74] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 228, 234. Yazarlar, mağdurun rızası nedeniyle kasten yaralamanın hukuka aykırı olmaması durumuna ayrıca değinerek, böyle bir ihtimalde meydana gelen ölüm neticesine ilişkin olarak TCK md. 87/4'ün uygulanmayacağına dikkat edilmesi gerektiğini, eğer netice öngörülebiliyorsa, taksirle öldürme suçundan failin cezalandırılmasının mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 234.

[75] Konuyla bağlantılı olarak Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi)'nin başlangıç kısmında "biyoloji ve tıptaki ilerlemenin, şimdiki ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınması" gerektiği yer almaktadır. "*Bu Sözleşme'nin temel amacı, insan onuru ile insan kimliğinin korunması ve ayrım gözetmeksizin herkesin vücut bütünlüğü ile diğer temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Biyotıp uygulamaları ve araştırmaları bu temel ilkelere uygun yürütülmek zorundadır.*" KATOĞLU, Tuğrul: "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 157-193, s. 168.

[76] BAĞÇECİ (TACİR), s. 14.

[77] Aynı yönde BAĞÇECİ (TACİR), s. 14. Yazar bu anlamda sınırın ne şekilde belirlenmesi gerektiğine yönelik olarak "*insanlığın ortak mirası ve insan türünün geleceği"nin korunmasının objektif ve evrensel değer olarak anlaşılabileceğini ve söz konusu evrensel değerler ile toplumsal farklılıklar arasında optimal bir dengenin bulunabileceğini ve bu dengenin de söz konusu özerkliğin sınırı olarak kabul edilebileceği* yaklaşımını benimsemiştir. BAĞÇECİ (TACİR), s. 15.

ve değerleri sınırlandıran daraltıcı bir etki gösterip göstermediği hususuyla birlikte bu kavramın irdelenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Buradan hareketle *insan onurunun biyolojikleştirilmesi tehlikesinin de mevcut olduğu* ileri sürülmüştür[78]. Beyne yönelik müdahalelerin zamanla insan-makine kombinasyonundan söz etmeyi gerektirebileceği ve bunun ise insani sınırların üzerinde özelliklere sahip bir varlık yaratılması anlamına gelebileceği, dolayısıyla insan onuru[79] kavramında insanın sorgulanabilirliği söz konusudur[80]. Bu tartışmanın ve beyne yönelik müdahalelerin ceza hukukuna yansımalarını ele alırken ceza hukuku anlamında insan onurunun kapsamının belirlenmesi önemlidir.

1. İnsan Onuru Kavramı

Gerek uluslararası gerekse ulusal düzeyde insan onuru kavramı, muhafaza edilmesi gereken bir değer olarak pozitif hukuku şekillendirir. Burada zorluk, geniş bir açıklığa sahip anayasal bir ilke olan ve tanımlanmamış insan onuru kavramına bir çerçeve çizmekte ve insan onurunun maddi içeriğini belirlemekte yatmaktadır[81]. Sınırları belirlenmiş bir tanımı bulunmayan bu kavrama ilişkin farklı tanımlama denemelerine rastlamak mümkündür[82]. Türk Anayasa Mahkemesi de 1966 yılında verdiği bir kararda[83] insan onurunu şu şekilde tanımlamıştır; "*... insan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve insana kendi çevresini şekillendirme yeteneğini veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh ve manevi güçtür. İnsanı eşya haline getiren ve kişiliği dolayısıyla sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlem, insan onuruna aykırıdır*". Bu bağlamda *insan onuru, geniş anlamıyla, insanın insan olması nedeniyle taşıdığı dokunulmaz öze ve insan kişiliğinin temel çekirdeğine; insanlığın saygıyı hak eden içkin değerine işaret eder*[84].

Sözü edilen tanım da dikkate alındığında, kural olarak kişinin özne niteliği diğer bir ifadeyle salt insan olması nedeniyle var olan değeri sorgulanır hale getirilirse ya da ilgili kişiye yapılan muamele, kişiliği nedeniyle kişiye atfedilen değere yönelik bir küçümsemeyi ifade ederse, insan onurunun ihlalinden söz etmek gerekir[85]. *Bu doğrultuda insanı bir obje, nesne haline getiren ve sahip olduğu değeri inkâr eden bütün*

[78] ÜNVER, Yener: "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2008, S. 7, s. 41-82, s. 59, (İnsan Onuru).

[79] Kavramın açıklanmasında *Immanuel Kant*'ın çalışmaları önem taşımaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme açısından bkz. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 47 vd.

[80] MERKEL, s. 941.

[81] ROSENAU, s. 77. Benzer yönde BAĞÇECİ (TACİR), s. 4.

[82] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 49 vd. Yazar, kavramı açıklamaya yönelik ileri sürülen formüllerin belirsizliğini ve Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarında kavramın somut olayda var olup olmadığı ve ihlalin varlığı veya yokluğunu tespit eğiliminin tercih edilmesi nedeniyle, soyut tanımlama yerine somut olaylara dayalı yargılarla veya örnek davranışlarla belirtmenin daha çok tercih edildiği tespitinde bulunmuştur. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 49. Ayrıca bkz. ROSENAU, s. 77. *Ünver*, ayrıca şu hususa vurgu yapmıştır: "*İnsan onuru kavramının içi boşaltılmamalı, kavrama fazla gereksiz anlamlar yüklenerek kavram işlevsiz ve inandırıcı olmayan bir hale getirilmemeli; aynı şekilde kavram soyut bir slogan tarzında da kullanılmamalıdır. Bu kavrama, çağdaş hukuk ve hukuk felsefesinin gerektirdiği anlam yüklenerek, somut ve işlevsel bir kavram olarak anlaşılıp uygulanmalıdır.*" ÜNVER, İnsan Onuru, s. 68.

[83] AYM, 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html.

[84] BAĞÇECİ (TACİR), s. 5.

[85] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 583

yaklaşımlar insan onuruna aykırılık oluşturur[86]. İnsan, başkalarının değil kendi iradesiyle hareket eden bir varlık olarak görülmesi gerektiğinden, insan onurunun bu yönü, kişinin kendi tercihleri doğrultusunda hareket edebilme yetisini vurgular[87]. Böylelikle kişi bir başkasının aracı olmaksızın serbestçe karar verebilmekte ve bu doğrultuda hareketlerine ve geleceğine yön verebilmektedir.

2. TCK Perspektifinden İnsan Onuruna Genel Bakış

Ceza hukuku açısından insan onuruna genel bir çerçeve oluşturmaya yönelik çabaların varlığına da değinmek gerekir. Öğretide, insan onurunun, hukuksal değerler hiyerarşisinin en üstünde yer aldığı ve bir yönüyle de en üst anayasal ilke olduğu görüşü savunulmaktadır. Ayrıca ceza hukukunda insan onurunun, hakaret, sövme gibi hareketlerle ihlal edilebilmesi söz konusu olmakla birlikte, ilgili değer bunların dışında işkence veya insanlık dışı muamelelerle de ihlal edilebilmektedir. Dolayısıyla insan onurunun salt ulusal normlar aracılığıyla değil, ayrıca ulusal üstü alanda da normlar aracılığıyla korunduğu görülmektedir[88].

Her birine ayrı ayrı yer vermek mümkün olmamakla birlikte özellikle şu tanım, insan onuruna ilişkin en genel kapsamı barındırması nedeniyle önemi hak etmektedir: *İnsan onuru, bireye bilinçli olma, kendi geleceğini belirleme (kaderini tayin etme) ve kendisini geliştirip çevresini biçimlendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran manevi güçtür*[89].

Kavramın netleştirilmesine yönelik gereklilik sürekli gündeme getirilmekle birlikte, hala tatmin edici şekilde sonuca varılamamış bir mesele olarak insan onurunun *çok yüksek oranda soyut bir içeriğe sahip olması*[90], ceza hukuku açısından korunan hukuksal değer olarak suç tipinde eksiksiz şekilde karşılık bulmasını da güçleştirmekte ve hatta imkânsız kılmaktadır[91]. Nitekim bu husus öğretide şu şekilde ifade edilmiştir: "…*bu hukuksal değerin korunma objelerine ve onlara yönelik ihlal modellerine ilişkin ceza hukuku düzenlemelerine gidilmekle birlikte, onu tek bir hükümle düzenlemenin olanaksızlığı nedeniyle, birçok hükümle olsa dahi eksiksiz düzenlemek, tümüyle ceza hukuku müdahalesine konu yapmak çok zordur. Çünkü bu çok önemli kavram kaygan bir zemine sahip olup, özünde sübjektif değerlendirmelere fazla elverişlidir*"[92]. İnsan onurunun korunan hukuksal değer olarak salt tek bir suç tipiyle karşılık bulmaması şeklindeki yansımayı Türk Ceza Hukuku'nda da görmek mümkündür. Öncelikle insan onurunu korumayı amaçlayan suçlar bulunduğu gibi, bir suçun korumayı amaçladığı birden fazla hukuksal değer içinde insan onurunu da içeren suçlara rastlanmaktadır[93] ki, bu husus söz konusu değerin, farklı suç tiplerinde farklı yoğunlukta korunan hukuksal

[86] BAĞÇECİ (TACİR), s. 6.

[87] YERDELEN, s. 661. Yazar ayrıca insanlık onuru kavramına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. YERDELEN, s. 665. Doktrinde bir görüş, kişinin kendine karşı araç haline gelme durumunu kişiye uygulanan beyin stimülasyonu veya beyni etkileyen ilaç kullanımı (*der Einnahme von Psychopharmaka*) sonrasında kişinin artık kendisi olmadığı ve bir başka kişi olduğu iddiasına ilişkin örnek üzerinden ele almış, hukuk sisteminin kişilik anlayışında, kendini değiştirmenin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olarak anlaşıldığına dikkat edilmesi gerektiğini belirterek söz konusu değişim kişinin kendi iradesinin bir sonucu ise, özgünlüğün (*die Authentizität*) korunacağını ifade etmiştir. ROSENAU, s. 78.

[88] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 936.

[89] Öztürk/Erdem/Özbek, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 12'den aktaran ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 936.

[90] ÜNVER, Yener / HEPER, Altan: "İnsan Onuru Araştırması", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12, 2010, s. 7-10, s. 10. Bu yönde KATOĞLU, s. 159.

[91] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 941.

[92] Lenckner/Schittenhelm, "Gründe und Grundlagen…", s. 25'ten aktaran ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 941.

[93] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 60.

değer olarak yer almasını sonuçlamaktadır[94]. Diğer bir ifadeyle, TCK'da insan onurunu önceleyen veya dolaylı olarak insan onurunu da koruyan suç tipleri bulunmakla birlikte, sadece insan onurunu korunan hukuksal değer[95] olarak dikkate alan veya suçun unsuru olarak düzenleyen bir suç tipi yoktur. Bu bağlamda Türk öğretisi açısından (bunlarla sınırlı olmamakla birlikte[96]) TCK'ndaki irade hürriyeti ve kişi özgürlüğünün yanı sıra insan onurunu koruyan insan ticareti suçunu[97] (md. 80), birden fazla hukuksal değer korunmasının (kişi dokunulmazlığı ve adliye, kamu yönetiminde disiplin sağlama)[98] amaçlandığı ve fakat bunlar içinde (madde metninde açıkça atıf bulunmasa da) insan onurunun en ön planda olduğu işkence suçunu (md. 94), benzer şekilde insanın maddi ve manevi bütünlüğü yanında (öncelikle) onurunu da koruyan eziyet suçunu, insan onuruna dayanan bir insan hakkı olan şerefi koruyan[99] hakaret suçunu (md. 125) ve adliye hukuksal değeri yanında kişinin şeref ve onurunu birlikte korumayı amaçlayan[100] iftira suçunu (md. 267) örnek vermek mümkündür[101]. Benzer şekilde vücut dokunulmazlığına yönelik gerçekleştirilen bazı fiillerin, gerçekleştiriliş şekline bağlı olarak insan onurunu ihlal edici nitelikte olacağı da belirtilmelidir. İlgili fiil kapsamında tipik koruma alanının birden fazla hukuksal değerle ilişkilendirilmesi özünde yaralama teşkil eden hareketlerin gerçekleştirilmesi suretiyle ortaya çıkabilecektir.

3. Beyne Yönelik Müdahale ile İnsan Onurunun İhlali ve TCK Bağlamında Eziyet Suçu

Zihinsel geliştirme kapsamında beyne müdahale teşkil eden hareketler açısından ceza hukuku korumasının, zihinsel özerkliğe yönelik rıza dışı müdahaleler ile sınırlı kalması gerektiği ve rızaya dayalı olan nöro-geliştirmelerin suç sayılmasını destekleyecek argüman bulunmadığı belirtilmiştir[102]. Ancak bu, insan onurunun ön plana çıktığı her durum açısından kabul edilebilir bir sonuç olarak benimsenmemelidir. Kişinin daha iyi haline ulaşması amaçlanarak ve kişinin rızasına dayanan beyne yönelik müdahalelerin insan onurunu ihlal etmeyeceği kabulüne karşılık, özellikle insan bedeni ve zihni üzerinde manipülasyon yapılabilmesine diğer bir ifadeyle insanı "araç" haline indirgemeye olanak sağlayan müdahalelerde aynı husus geçerli değildir. Kişinin düşüncelerinin veya hissettiklerinin fizyolojik beyin süreçleri düzeyinde kontrol edilmesi[103] de bu bağlamda

[94] Bu durumun daha yerinde olduğu yönünde değerlendirme için bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 942.

[95] "*Manevi, soyut, ideal varlık olarak hukuksal değer ile normun koruma amacının birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Normun koruma amacı hukuksal değerle ilişkili de olsa, o hukuksal değeri neden ve hangi kapsamda korunmasına ilişkin düzenleme yapmaktaki amaç olup, normun koruma alanı bu amaca binaen yapılan düzenlemenin kapsamındaki alanı çizer. Bir hukuksal değerin tek bir normla korunması gerektiği, tüm kapsamıyla korunması gerektiği veya tüm kapsamının da ceza hukuku normlarıyla korunması gerektiği biçiminde bir zorunluluk yoktur. Yorumda önemli olan, diğer yorum araç ve türlerinin yardımıyla, ilgili hukuksal değerin de göz önünde tutularak ilgili pozitif normun kapsamındaki koruma alanı ile ilgili eylemi karşılaştırıp, tipik bir eylemin var olup olmadığını saptamaktır*." ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 857

[96] Nitekim insan onuruyla (korunan hukuksal değerin önceliği açısından) dolaylı olarak ilişkilendirilen soykırım (md. 76), insanlığa karşı suçlar (md. 77), insan üzerinde deney (md. 90), organ ve doku nakli suçu (md. 91) da bu kapsamda örnek teşkil eder.

[97] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 68-69.

[98] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 266.

[99] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 542-543.

[100] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 1207.

[101] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 60; ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 941-942. İnsan onurunu koruyan farklı suçlara yönelik tespit için bkz. ÜNVER, İnsan Onuru, s. 75 vd.

[102] MERKEL, s. 952.

[103] VAN DEN DAELE, s. 109.

ele alınmalıdır. Dolayısıyla insan onurunun ihlal edilip edilmediğine yönelik tespitte belirleyici unsur, zihinsel geliştirme aracılığıyla üçüncü bir kişinin insanı kontrol etmesi ve hatta onu belirleyebilmesidir[104]. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ortadan kaldıracak ve böylece onurunu ihlal edecek şekilde manipüle eden tüm beyne yönelik müdahaleler bu tür ihlaller kapsamında değerlendirilmelidir[105].

Gerçekleşen olayda *hukuksal değerlerin karşılaştırılmasında ağır basan değere göre hareket edilmesi*[106] gerektiğinden, kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yol açmasının ötesinde kişiyi araç olarak kullanmaya indirgeme şeklinde gerçekleştirilen hareketlerin haksızlık içeriği salt yaralama suçu veya neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçuyla tüketilemez. Yakın gelecekte mümkün görülmemekle birlikte, kişinin nöronal uyarımla başka bir kişi tarafından uzaktan kontrol edilmesine (rıza bulunsa dahi[107]) sebep olunması ve bu şekilde insan düşüncesinin bir başkasının amaç ve isteklerinin sonucu haline gelmesi durumunda[108], artık insan onurunu ihlal edilmesinden ve bunu karşılayan suç tipinden söz edilmesi gerekir[109].

İlk kez 5237 sayılı TCK'da yer alan ve bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışlar gerçekleştiren kişinin eziyet suçundan cezalandırılacağını içeren ilgili düzenleme (md. 96/1) kapsamında, insan varlığının temeli olan insan onuru korunan hukuksal değer olarak ön plana çıkmaktadır. Tipik fiili teşkil eden mağdurun eziyet çekmesine yol açacak davranışlardan, daha doğrusu eziyet tabirinden ne anlaşılması gerektiği madde metninde yer almamakla birlikte, madde gerekçesinde *bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve sistematik bir uygulama*[110] *halini alan bedensel ve ruhsal yönden acı çektiren veya aşağılayan davranışlar* ifadesine yer verilmiştir. "*Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilir. Ancak bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir.*"

Dolayısıyla söz konusu suç, eziyet teşkil eden hareketlerin tek tek sayılmasının mümkün olmadığı, serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir[111]. Kişilere aşırı sıkıntı, güçlük, cefa ve zahmet vermeye yönelik

[104] ROSENAU, s. 79. Bir başkasının bilincine girmenin (*Einstieg in fremdes Bewusstsein*) izin verilebilirliği sorununa etik açıdan yaklaşım için bkz. MIETH, s. 97. Yazar, bu incelemede yoğunluk, süre ve geri döndürülebilirlik ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

[105] HONNEFELDER, s. 89.

[106] ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 940. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolü'nün gerekçesinde "*insandan klonlama yoluyla ikinci bir insanın üretilmesi, insanın araçlaştırılması, dolayısıyla insan onurunun çiğnenmesi, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılması*" olarak kabul edilmiştir.

[107] Aynı yönde HONNEFELDER, s. 89.

[108] Bu bağlamda insan onurunun ihlaline ilişkin kesin sınırın kişinin rızası bulunmaksızın tamamen araçsallaştırılmasına yönelik müdahaleler ile belirlenmesi yönünde görüş için bkz. MIETH, s. 104.

[109] ROSENAU, s. 79.

[110] İşkence suçunda olduğu gibi eziyet suçunda da suçun tipikliği açısından sistematik olma unsurunun varlığı tartışmalı bir husustur. Bu konu hakkında görüşler için bkz. KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 342; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 140; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 297; TOPÇU, Kemal: Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 192. İşkence suçu açısından bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 172.

[111] KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 342.

fiiller[112] insan onurunu ve buna bağlı olarak kişinin karar verme ve hareket özerkliğini de ihlal ettiğinden, eziyet teşkil eden bir fiilin haksızlık içeriği, maddi unsuru oluşturan hareketlerin tekabül edebileceği diğer suç tiplerine göre daha fazladır. Buradan hareketle, insan onuru öncelikli olmakla birlikte *bir kimseye maddi veya manevi yönden ağır şekilde acı ya da eza veren davranışlar olarak kabul edilen* eziyet suçuyla korunan hukuksal değerlerin kapsamına aynı zamanda *vücut dokunulmazlığı, kişilerin maddi ve manevi baskılara karşı masuniyetleri, haysiyet ve şerefleri* de dahil olmakta[113] ve bu açıdan yaralama, hakaret, tehdit vs. suçlara nazaran daha kapsamlı bir suç[114] ortaya çıkmaktadır.

4. Beyne Yönelik Müdahaleler ve Kişinin Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunabileceği Hak/Haklar Değerlendirmesi

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bedeni üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, özellikle tıbbi gereklilik içermemekle birlikte hayati risk oluşturabilecek beyni geliştirmeye yönelik müdahaleler bakımından ilgilinin rızası sorununu gündeme getirmektedir. Zira bu hak, kişiye kendi iradesi dışında bir nörogeliştirme tekniğinin uygulanamayacağını güvence altına almakla birlikte, kişinin bu tekniğin uygulanmasına yönelik isteği olması durumunda, geçerli bir neden olmaksızın reddedilemeyeceğini de içerir[115]. Tıbbi bir gerekliliğin sonucu olmayan beyin geliştirme yöntemlerinin uygulanmasında rızanın varlığına ihtiyaç olup olmadığı sorusu da olumlu cevaplanması gereken bir sorudur. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, bedeni üzerindeki müdahaleler açısından da tasarruf yetkisi verir ancak bunun sınırsız olmadığına dikkat edilmelidir[116]. Bu nedenle tedavi bakımından bir gereklilik ve aciliyet olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler açısından da ilgilinin rızası[117] kapsamında hukuka uygunluk araştırılmalıdır ki zaten cerrahi yöntem uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen beyne yönelik müdahaleler tıbbi müdahaleler kapsamında incelenmesi gereken bir durumdur.

İlgilinin rızasının objektif olarak yaralama teşkil eden hareketleri belli şartlar altında hukuka uygun hale getireceği kabul edilmektedir[118]. Sağlık alanında bir müdahale, ilgili kişinin buna özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza vermesinden sonra gerçekleştirilebilir (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md. 5). Belirtilmelidir ki, cerrahi müdahale gerektirebilecek beyin geliştirme yöntemlerinden söz edildiğinde, kişinin kararının önemi ve sonuçlarının farkında olmasına karşılık gelen bilgilendirilmiş onamının alınmasının yanı sıra bu onamın kapsamı önem taşır. Rızanın geçerliliğinin sınırlarının tedavi için verilen rızaya göre daha dar bir çerçevede ele alınması gerekir[119]. Müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin müdahalenin içeriği, gerekliliği, alternatifler, etki ve sonuçları konusunda yani özellikle bunun (ortaya çıkması düşük ihtimal olsa dahi) riskleri hakkında bilgilendirmesi aranır. Klasik/geleneksel tedavi/müdahale yöntemlerinden farklılık arz eden bu tür

[112] KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 341.

[113] KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 341.

[114] TCK'da eziyet suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine yer verilmemiştir. Konuya yönelik görüşler hakkında bkz. TOPÇU, s. 192 vd.

[115] VAN DEN DAALE, s. 111-112.

[116] ROSENAU, s. 73; ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 987. Çalışmadaki açıklamalar kişinin özgür iradesine dayanan rızasının bulunduğu ön koşuluna dayanmaktadır. Olasıdır ki, kişinin rızası her zaman özgür iradesine dayanmayabilir. Özellikle baskı/zorlama durumuna bağlı olarak verilen rızanın geçersiz olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Konu özelinde ortaya çıkabilecek farklı durumlar hakkında değerlendirme için bkz. ROSENAU, s. 75; GREELY, s. 258.

[117] Hukuka uygunluk nedeni olarak ilgilinin rızasına farklı hukuk sistemleri kapsamında bir değerlendirme için bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 972 vd.

[118] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 247.

[119] ROSENAU, s. 74; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 148.

yöntemlerde alternatifler ve ortaya çıkması muhtemel riskler açısından daha ihtiyatlı yaklaşılması gerekecek ve daha detaylı şekilde bilgilendirmenin yapılması önem arz edecektir[120].

Yaralama teşkil eden fiiller açısından ilgilinin rızasının kapsamının belirlenmesi öğretide tartışmalı bir konudur. Farklı kriterler[121] geliştirilmiş olmakla birlikte, uzlaşma sağlanan husus, kasten yaralama suçunda, ilgilinin rızasının sınırlı bir çerçeve dışında, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olmadığıdır. Zira *vücut dokunulmazlığı hakkının varlığı ve kabulü, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içinde, beden bütünlüğüne yönelik olarak, bir başkasının,* ***hatta kendisinin bile****, gerçekleştireceği saldırılardan korunması esasını* ifade eder[122]. *Örneğin, beden bütünlüğüne sürekli bir zarar verecekse, rıza artık geçerli değildir*[123]. Diğer bir ifadeyle vücut bütünlüğüne ilişkin zarar çok fazlaysa ve söz konusu müdahaleden etkilenen kişi özellikle hayatı açısından önemli bir tehlikeye maruz kalıyorsa, ilgili fiil açısından hukuka aykırılığın kalktığından söz edilemez[124]. Türk öğretisinde de *hayati tehlike doğurmayan, sürekli sakatlığa yol açmayan, sağlık açısından ağır sayılmayan sonuçlar doğuran yaralanmalara* rıza verilebileceği genel kabul görmektedir[125]. Bu durumların varlığı, korunan hukuksal değerle birlikte değerlendirilmeli ve kişinin geleceğini belirleme ve maddi/manevi varlığını geliştirme hakkı çerçevesinde sonuca varılmalıdır. Zira bu, rızaya geçerlilik tanınmasının nedenini teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle bu yönde bir rızaya geçerlilik tanınması, *fiilin kişiliğin serbestçe dışa vurulmasına ve gelişmesine hizmet edebilecek niteliği* haiz olup olmadığı üzerinden belirlenmelidir. Bu nitelikten söz edilemediğinde, rızaya geçerlilik tanınması da mümkün olmayacaktır[126].

Beyne yönelik müdahaleler açısından rızanın geçerliliği noktasında salt vücut dokunulmazlığı kapsamında yapılan inceleme yeterli değildir, zira yukarıda ifade edildiği üzere bu tür müdahaleler ayrıca insan onuru bağlamında yoğun tartışmaların odağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla söz konusu tartışma beraberinde kişinin insan onuru üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı sorununu getirmektedir. İlgili sorunun incelenmesinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus, *insan onurunun, bireye rağmen korunması gereken en önemli insan değerlerinden*[127] ve vazgeçilmez nitelikte olmasıdır. Bu husus, aynı zamanda ulaşılacak sonuca da işaret etmekte ve *ilgili hukuksal değerin rıza hukuka uygunluk nedeninin konusu olmaktan çıkardığını kabul etmek* gerekliliğini göstermektedir ve bu da kişinin onuru hakkında gösterdiği rızanın hukuken önemsiz olduğu anlamını taşımaktadır[128].

SONUÇ

İnsan geliştirme kapsamında tartışılan ve zamanla daha yoğun tartışmalara konu olacak olan uygulamalar, salt biyo-tıp, etik, sosyolojik açıdan incelenmesinin yeterli olmadığı ayrıca insan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin söz konusu olduğu durumlarda hukuk bağlamında incelenmeyi gerektiren alanı ortaya çıkarmıştır. İnsanın mevcut fiziksel ve zihinsel sınırlarının ötesine ulaşması yönünde kişiyi daha iyi haline

---

[120] ROSENAU, s. 71.

[121] ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 206.

[122] CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 131.

[123] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 248.

[124] ROSENAU, s. 75.

[125] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 248.

[126] TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 248.

[127] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 81.

[128] ÜNVER, İnsan Onuru, s. 81; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 248. İnsan onuru kavramı ve teknolojinin gelişimine bağlı olarak sağlık hukuku alanında ortaya çıkabilecek belirsizliklere ilişkin değerlendirme için bkz. ÜNVER / HEPER, s. 10.

dönüştürme şeklinde insan ve insanlık yararına hedeflerle şekillenen insan geliştirme kapsamındaki uygulama ve müdahalelerin insan hak ve özgürlükleri aleyhine sonuçlar doğurması da mümkün ve muhtemel görülmekte, dolayısıyla mevcut hukuksal düzenlemelerin yeterli olup olmadığı ve bu açıdan ortaya çıkabilecek sorunlara cevap verip veremeyeceği soruları gündeme gelmektedir. Çalışma, konunun ceza hukuku yönüyle ilgili olarak ele alınmış ve özellikle beyne yönelik müdahalelerle sınırlı tutulmuştur.

Beynin, insan yaşamı ve insan olma niteliği açısından taşıdığı önem sebebiyle, beyne yönelik iyileştirme/geliştirme yöntemlerinin ortaya çıkaracağı sonuçlar çok yönlü etki gösterebilmekte ve dolayısıyla daha detaylı ve dikkatli şekilde incelemeyi gerektirmektedir. Nitekim mevcut cezai düzenlemeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeleri yakın geçmişte nöroteknolojinin geliştirdiği beyne yönelik uygulamalar açısından salt yaralama/yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan şekli üzerinden kapsamlı olarak ele almanın mümkün olduğu söylenebilse de yakın (veya uzak) gelecekte öngörülen gelişmeler bağlamında ortaya çıkması öngörülen etkiler dikkate alındığında aynı hususun geçerli olmayacağı açıktır. Bununla birlikte beyne yönelik her türlü müdahalenin benzer sonuçları ortaya çıkarmadığına ve farklı yoğunluktaki müdahalenin buna paralel şekilde farklı zarar derecelerini meydana getirdiğine dikkat ederek değerlendirmede bulunmak gerekir.

Bazı durumlarda fiilin ceza hukuku yaptırımını gerektiren nitelikte haksızlık içeriğine sahip olmaması sebebiyle ceza hukuku müdahalesinden ve bazı durumlarda ise kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hakkına yönelik olması sebebiyle fiilin hukuka aykırılığından söz edilememekle birlikte, belirtilen durumların gerçekleşme olasılığının azlığından ve kapsamının dar olmasından dolayı ceza hukuku koruması beyin geliştirme uygulamaları açısından önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca ceza hukuku yönüyle ihlal edilen hukuksal değerlerden soyutlanarak konunun ele alınmasının mümkün olmaması ve ihlal edilen hukuksal değere bağlı olarak ilgili suç tipinin farklılaşması sebebiyle kişi açısından ortaya çıkan netice bağlamında hangi aşamadan itibaren vücut dokunulmazlığından farklı hukuksal değerden söz edilmesi gerektiğinin tespiti önem taşımaktadır. TCK'da düzenleniş şekli itibariyle kasten yaralamadan söz edilebilmesi için fiilin vücuda acı verme veya sağlığı ya da algılama yeteneğini bozmaya yönelik olması gerekir. Beyne yönelik müdahaleler açısından (suçun temel şekli olarak) bu nitelikte bir yaralama söz konusu olabileceği gibi, özellikle beyne cerrahi yöntemle müdahaleler açısından neticeye bağlı olarak gerçekleşen daha ağır durumlardan da söz edilebilecektir.

Her iki ihtimalde fiilin haksızlık içeriğini yaralama suçu bağlamında yer alan düzenlemeler çerçevesinde ele almak mümkün olmakla birlikte, beynin vücut açısından işlevselliği göz önünde bulundurulduğunda fiilin haksızlık içeriğinin yaralama/vücut dokunulmazlığının ihlali kapsamında tüketilemeyeceği ihtimaller gündeme gelecektir ki, çalışmanın ana sorununu bu husus teşkil etmiştir. Dolayısıyla beyin güçlendirme/iyileştirmeye yönelik müdahaleyle kişinin düşüncelerini, kararlarını, davranışlarını kontrol edebilirliğinin azalması ve beyin süreçlerinin kontrolünün bir başkası tarafından gerçekleştirilmesi ve böylelikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesi sonuçlarının ortaya çıkması durumunda salt vücut bütünlüğünü değil, öncelikle insan onurunu hedef alan bir fiilden söz edilmesi gerekecektir ki bu husus müdahaleden sonraki süreçte kişinin araçsallaştırılması şeklinde gerçekleşecektir. Beyni, kişinin kendi düşünce ve karar verme özgürlüğünü ihlal edecek şekilde manipüle eden tüm müdahaleler öncelikle korunan hukuksal değer olarak insan onuru kapsamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2024.

BAĞÇECİ (TACİR), Hamide: "Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması", *YUHFD*, C. XV, S. 2, 2018, s. 1-52.

BOSTROM, Nick: "Human Genetic Enhancements: A Transhumanist Perspective", *Journal of Value Inquiry*, C. 37, S. 4, 2003, s. 493-506.

BOSTROM, Nick / ROACHE, Rebecca: "Ethical Issues in Human Enhancement", *New Waves in Applied Ethics*, J. Ryberg, T. Petersen, C. Wolf (eds.), 2007, s. 120-152, https://www.researchgate.net/publication/256812841_Ethical_issues_in_human_enhancement.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

DEMİR, Aysel: "Ölümsüzlük ve Yapay Zekâ Bağlamında Trans-hümanizm", *Online Academic Journal of Information Technology*, C.9, S. 30, 2018, s. 95-103.

ERGÜN, Ragıp: "Nörobilim ve Nöroteknolojinin Yeni Sorunsalı: Beyin Hakkı ve Beyin Güvenliği", *Hafıza Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S. 6, 2024, s. 72-83.

GREELY, Henry T.: "The social effects of advances in neuroscience: legal problems, legal perspectives", (ed. Judy Illes), *Neuroethics Defining the issues in theory, practice, and policy*, Oxford University Press, 2005, s. 245-263.

HAKERİ, Hakan: "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 55-96.

HEUSER, Isabella: "Psychopharmaka zur Leistungsverbesserung", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 49-56.

HONNEFELDER, Ludger: "Die ethische Dimension moderner Hirnforschung", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 83-95.

KARASULU, Zeynep: "Nöroteknoloji ve Bilişsel Özgürlük", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 4, 2022, s. 1851-1874.

KATOĞLU, Tuğrul: "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s. 157-193.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

KORU, Onur: "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2021, s. 491-500.

MERKEL, Reinhard: "Neuartige Eingriffe ins Gehirn Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), C. 121, S. 4, 2009.

MIETH, Dietmar: "Der (gehirnlich) steuerbare Mensch - Ethische Aspekte", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 97-105.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

ROSENAU, Henning: "Steuerung des zentralen Steuerungsorgans – Rechtsfragen bei Eingriffen in das Gehirn", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 69-82.

SCHLÄPFER, Thomas E.: "Schnittstelle Mensch/Maschine: Tiefe Hirnstimulation", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser Gehirn*, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 57-67.

SEITERLE, Stefan: Hirnbild und Lügendetektion Zur Zulässigkeit der Glaubwürdigkeitsbegutachtung im Strafverfahren mittels hirnbildgebender Verfahrens, Duncker&Humblot, Berlin 2010.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

TOPÇU, Kemal: Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu (Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003. (Hukuksal Değer)

ÜNVER, Yener: "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 7, Ağustos 2008, s. 41-82. (İnsan Onuru)

ÜNVER, Yener / HEPER, Altan: "İnsan Onuru Araştırması", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 12, 2010, s. 7-10.

VAN DEN DAELE, Wolfgang: "Thesen zur ethischen Debatte um das Neuro-Enhancement", *Tagungsdokumentation Der steuerbare Mensch? Über Einblicke und Eingriffe in unser* Gehirn, Jahrestagung des Deutschen Ethikrates, Berlin 2009, s. 107-114.

YERDELEN, Erdal: "Klonlamanın (kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, 2014, s. 23-66.

MÜKERRIRLERIN ÖZEL INFAZ USULLERINDEN YARARLANMASI SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL*

ÖZET

Önceden işlemiş olduğu suç dolayısıyla verilen hükmün kesinleşmesinin akabinde fail yeni bir suç işlemişse suçta tekerrürden bahsedilir. Kesinleşmiş mahkumiyet kararına rağmen, yeniden suç işlenmesi toplum bakımından bir tehlikelilik hali olarak görülür. Bu tehlikelilik halinin temelini oluşturan husus, kişinin suç işlemede göstermiş olduğu kararlılıktır. Aynı zamanda bu tehlikelilik hali güvenlik tedbirlerinin ana esasını oluşturmaktadır ki suçta tekerrür Türk Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir.

Suçta tekerrür halinde kişi, mükerrir sıfatını alır. Hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimine (TCK m. 58, f. 6; CGTİHK m. 108) göre yürütülür. Bununla birlikte cezanın infazından sonra mükerrir hakkında denetimli serbestlik hükümleri uygulanır. Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması yalnızca mükerrirlerle sınırlı değildir. Özel tehlikeli suçlular başlığı altında yer alan; itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler veya örgüt mensubu suçlular hakkında da bu hükümler uygulanır (TCK m. 58, f. 9).

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 110. maddesinde düzenlenen özel infaz usulleri, hafta sonu infaz, geceleri infaz ve konutta infaz olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Özel infaz usullerinin amacı, belli bir miktarı aşmayan cezaların infazını daha kolay hale getirmektir. Yargıtay kararlarına bakıldığında mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanabildikleri görülmektedir. Bir başka ifadeyle ceza miktarlarına ilişkin koşulun sağlanması halinde mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanmalarına bir engel bulunmamaktadır. Hatta koşullu salıverilme yasağına tabi olan ikinci defa mükerrir olan hükümlüler dahi özel infaz usullerinden yararlanabilmektedir. Çalışmamızın esas amacı, mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanmalarının olası sonuçlarını hukuki yönden tahlil etmektir. Bu yüzden çalışmamızda suçta tekerrüre ilişkin koşullara ve özel infaz usullerinin ayrıntısına yer verilmeyecektir.

Özel infaz usulleri, talep üzerine veya bu usulün gereklerine geçerli bir neden olmaksızın uyulmaması halinde, infaz hakimi tarafından kaldırılır. Bu durumda hükümlü, açık ceza infaz kurumuna geri alınacaktır. Çalışmamızda Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma Yönetmeliği hükümleri uyarınca mükerrirlerin açık ceza infaz kurumuna ayrılıp ayrılmayacağı konusu da değerlendirilecektir. İkinci defa mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanması bir yana, bu usulün gereklerine uymaması sonucu açık ceza infaz kurumuna geri dönüp dönmeyeceği noktası da önemlidir.

Çalışmamızda konuya ilişkin literatür taraması yapılmış ve ilgili Yargıtay kararları incelenmiştir. Değerlendirme sonucunda ikinci defa mükerrir olanların özel infaz usulünden yararlanmaması gerektiği kanaatine varılmıştır. Özel tehlikeli suçlular kapsamındaki örgüte üye olmak suçundan mahkum olan kişilerin özel infaz usullerinden yararlanmaması kanunen öngörülmüştür (CGTİHK m. 110, f. 9). Bu yönde kanuni bir düzenleme varken, ikinci defa mükerrir olanlar için düzenleme yapılmaması bir eksiklik teşkil eder. Bu yüzden kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Anahtar Kelimeler: Suçta Tekerrür, Mükerrir, Özel İnfaz Usulleri, Açık Ceza İnfaz Kurumu.

* (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, osman.unal@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3101-0645)

THE PROBLEM OF RECIDIVISTS BENEFITING FROM SPECIAL EXECUTION PROCEDURES

ABSTRACT

Recidivism means when an offender commits a new offense after the finalization of the judgment rendered for a previously committed crime. Despite a finalized conviction, re-offending is considered as a state of danger. The fundamental basis of this state of dangerousness is the determination the person demonstrates in committing crimes. At the same time, this state of dangerousness constitutes the main basis of security measures, as recidivism is regulated under the title "Security Measures" section of the Turkish Penal Code.

In case of a repeat offense, the person shall be acquired the status of recidivist. The sentence shall be carried out according to the execution regime for recidivists. Additionally, after the execution of the sentence, the provisions on probation measures are applied to the recidivist (TPC art. 58/6; Law on the Execution of Sentences and Security Measures, art. 108). The execution regime specific for recidivists and the application of probation measures after the execution of the sentence are not limited to recidivists only. These provisions also shall be applied to habitual offenders, career offenders or members of criminal organizations, under the heading of especially dangerous offenders (TPC art. 58/9).

The special execution procedures regulated in Article 110 of the Law on the Execution of Penal and Security Measures are divided into three categories: weekend execution, nighttime execution, and house arrest. The purpose of special execution procedures is to facilitate the execution of sentences that do not exceed a certain amount. When examining the decisions of the Court of Cassation, it is determined that recidivists benefit from special execution procedures. In other words, there is no obstacle for recidivists to benefit from special execution procedures by fulfilling the condition regarding the amount of their sentences. Even second-time recidivists who are subject to the prohibition of conditional release can benefit from special execution procedures. The primary aim of this study is to conduct a legal analysis of the potential implications arising from the application of special execution procedures to recidivists. For this reason, our study will not include the conditions for recidivism and the details of special execution procedures.

Special execution procedures shall be terminated by the execution judge upon request or in the event of non-compliance with the requirements of this procedure without a valid excuse. In this case, the convicted person will be taken back to the open penal institution. In our study, the issue of whether recidivists can be separated to open penal institutions in accordance with the provisions of the Regulation on Separation to Open Penal Institution will be also evaluated. Apart from the fact that second-time recidivists may benefit from special execution procedures, it is also important to consider whether they will be returned to an open penal institution as a result of their failure to comply with the requirements of this procedure.

In our study, the literature on the subject is reviewed and the relevant Court of Cassation decisions are examined. As a result of the evaluation, it is concluded that second-time recidivists should not benefit from the special execution procedure. It is stipulated by law that persons convicted of the crime of being a member of an organization within the scope of especially dangerous offenders shall not benefit from special execution procedures. While there is a regulation in this direction, it constitutes a deficiency that there is no regulation for second-time recidivists. Therefore, there is a need for a regulation on the issue.

Keywords: Recidivism, Recidivist, Special Execution Procedures, Open Penal Institution.

MÜKERRİRLERİN ÖZEL İNFAZ USULLERİNDEN YARARLANMASI SORUNU

GİRİŞ

İşlenen suç bakımından mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi sonrasında kişinin yeni bir suç işlemesi halinde suçta tekerrür söz konusu olur. Kişinin almış olduğu ceza mahkumiyetine karşın suç işlemede ortaya koymuş olduğu kararlılık, toplum nezdinde bir tehlikelilik hali olarak anlaşılır. Güvenlik tedbirlerinin ana esasını ise suçun işlenmesinden sonra vuku bulan tehlikelilik hali oluşturur. Bu yüzden suçta tekerrür Türk Ceza Kanunu'nun "Güvenlik Tedbirleri" başlığı altında 58. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte ilgili madde hükmünde yalnızca tekerrür hali değil, bilakis özel tehlikeli suçlulara dair düzenlemeler (TCK m. 58, f. 9) de yer almaktadır. Suçta tekerrür durumunda kişiye mükerrir denilmektedir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun (CGTİHK) 110. maddesinde özel infaz usulleri düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarında mükerrirlerin ve hatta ikinci defa mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanabildikleri gözlemlenmektedir. Aynı zamanda özel infaz usullerinde öngörülen yükümlülüklere uyulmadığı takdirde hükümlünün cezasının kalan kısmının hangi infaz kurumunda gerçekleşeceği sorunu tespit edilmiştir. Bu sorun mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlandırılıp yararlandırılmaması sorununu da akla getirmektedir.

Çalışmamızda CGTİHK'daki hükümler ve Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma Yönetmeliği'ndeki (ACİKAY) düzenlemeler dikkatle incelenmiş ve bahse konu Yargıtay kararları değerlendirilmiştir. Esas sorun Yargıtay kararlarına yansıdığı için suçta tekerrüre ilişkin koşullar ve özel infaz usullerinin şartları ayrıntılı bir şekilde incelenmemiştir. Bu yüzden her iki kurum bakımından genel düzeyde bilgi verilmeye çalışılmıştır. Öte yandan 10. Yargı paketi olarak bilinen 7550 sayılı Kanun'la[1] hem özel infaz usullerinde hem de mükerrirlere özgü infaz usulünde önemli değişikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ışığında bahsi geçen sorunlara değinilerek bir çözüm önerisi sunmaya gayret edilecektir.

I- SUÇTA TEKERRÜR VE MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

5237 sayılı TCK sisteminde suçta tekerrür halinde mükerririn cezasında artırıma gidilmeyecektir. Nitekim ilk defa işlenen suç ile sonradan işlenen suç arasında haksızlık yönünden bir farklılık söz konusu değildir. Aynı sonuca kusurluluk açısından da ulaşılabilir. Yeni TCK'da tekerrür; hapis cezası veya adli para cezasının seçimlik olarak Kanun'da yer aldığı hallerde, mahkum olunan hapis cezasının infazı sürecinde koşullu salıverilme açısından ve mahkum olduğu hapis cezasının infazının tamamlanmasından sonra hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından nazara alınmaktadır[2]. Diğer bir anlatımla suçta tekerrür, hükmün kurulması aşamasında, infazı sırasında ve infazdan sonra hukuki sonuçlar yaratan bir kurum olarak kurgulanmıştır[3].

Önceden işlenen suçtaki mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra bu cezanın infaz edilmiş olması gerekmeksizin yeni bir suç işlenmişse suçta tekerrür gündeme gelir. Ancak tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için TCK m. 58, f. 2'de sayılan sürelerin geçmemiş olması gerekir[4]. Suçta tekerrür halinde hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmekle birlikte cezanın infazından sonra da denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır (TCK m. 58, f. 6). Hükümlünün mükerrir olduğu mahkumiyet

[1] 04.06.2025 kabul tarihli 7550 sayılı Kanun, RG: 32920.

[2] ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1023.

[3] CİN Onursal: "Türk Ceza Hukukunda Tekerrürün Sonuçları", *Adalet Dergisi*, 2/73, 2024, s. 276.

[4] TCK m. 58, f. 2'de yer alan süreler mahkumiyet hükmünün infazından sonra başlayacaktır.

kararında belirtilir (TCK m. 58, f. 7). Aynı şekilde ikinci kez mükerrir olduğu da mahkumiyet kararıyla tespit edilir (CGTİHK m. 108, f. 3)[5].

Mükerrirlerin ve özel tehlikeli suçluların (itiyadi suçlular, suçu meslek koşullu salıverilmesi ve haklarında denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması, CGTİHK m. 108 hükmünde yer almaktadır. İlgili hükme bakıldığında hükümlünün koşullu salıverilme süreleri uzadığı görülmektedir. Ancak oran 2/3'ten fazla ise bu durumda olan suçlar açısından tabi olunan koşullu salıverilme oranı tatbik edilir. Bununla birlikte CGTİHK m. 108, f. 2 hükmü gereği, tekerrür dolayısıyla koşullu salıverilme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olmayacaktır.

7550 sayılı Kanun öncesinde ikinci defa mükerrirlik söz konusu olduğunda koşullu salıverilme yasağı öngörülmüştü. Kanun değişikliği sonrasında ikinci defa mükerrir olanların koşullu salıverilmelerine olanak tanınmıştır. Süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilmeye ilişkin oran 3/4 olarak belirlenmiştir (CGTİHK m. 108, f. 3).

Mükerrirlere özgü infaz rejimine ilişkin hükümler yalnızca CGTİHK m. 108'de sınırlı değildir. Örneğin, mükerrirler farklı bir gruplandırmaya tabidirler (CGTİHK m. 24, f. 1, bent a). Keza mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına karar verilenler, hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi kurumundan yararlanamazlar (CGTİHK m. 17, f. 6, bent b). İkinci defa mükerrir ise olanlar doğrudan açık ceza infaz kurumuna ayrılamazlar. (CGTİHK m. 14, f. 2, bent a). Benzer hüküm Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 5. maddesinde de yer almıştır.

7550 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişikliklerle birlikte Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma Yönetmeliği'nde de değişiklikler yapılmıştır[6]. Değişiklik öncesinde Yönetmelik'in 8. maddesi ikinci defa mükerrir olanların açık ceza infaz kurumuna ayrılamayacaklarını hüküm altına almıştı (ACİKAY m. 8, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle ikinci defa mükerrir olanların cezaların infazı kapalı ceza infaz kurumunda gerçekleştirilecekti. Değişiklik sonrasında ikinci defa mükerrir olanlar, açık ceza infaz kurumlarına ayrılmayacak hükümler arasından çıkarılmıştır. Fakat burada Yönetmelik'in 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm unutulmamalıdır. Buna göre, ikinci kez mükerrir olanlar, mahkum oldukları ceza miktarı ne olursa olsun doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınamazlar. Bu bahisle ikinci defa mükerrir olan hükümlüler, doğrudan açık ceza infaz kurumuna ayrılmasa da Yönetmelik'teki ilgili şartları yerine getirdiği takdirde kapalıdan açık ceza infaz kurumuna geçebilmektedirler.

II- ÖZEL İNFAZ USULLERİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Hafta sonu infaz, geceleri infaz ve konutta infaz özel infaz usullerini oluşturur. Böyle bir özel infaz usullerinden güdülen amaç, belli bir miktarı aşmayan cezaların infazını daha kolay hale getirmektir[7]. Bir diğer amaç ise, kişinin sosyal hayattan izole edilmeden, mesleki ve ticari faaliyetlerine ara vermeden cezasının infaz edilmesidir[8]. Geceleri infaz ve hafta sonu infaz usulünde hükümlünün ceza infaz kurumunun kötü etkilerine olabildiğince az maruz kalması beklenmektedir. Konutta infaz usulünde ise böyle bir etkiden bahsedilemez.

---

[5] Tekerrüre ilişkin koşullar oluşmuşsa mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanacağının mahkumiyet kararında gösterilmesi mecburiyet arz eder. CİN, s. 276.

[6] Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 04.06.2025, RG: 32920 (Mükerrer).

[7] DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 95.

[8] YILDIRIM, Zeki: "Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2018/38, s. 154.

Zira konutta infaz usulü, hükümlünün aile efradıyla ilişkinin koparılmaması ve hükümlünün ceza infaz kurumu idaresine yük olmaktan kurtarılması bakımından büyük fayda sağlamaktadır[9].

Hükümlünün cezası, "*her hafta cuma günleri saat 19:00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle*" çektiriliyorsa hafta sonu infazdan bahsedilir. Şayet hükümlünün cezası "*hafta sonları hariç, her gün saat 19:00'da girmek ve ertesi gün saat 07:00'de çıkmak suretiyle*" infaz ediliyorsa geceleri infaz söz konusu olur[10]. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik[11] m. 40, f. 1 hükmü uyarınca bu hükümlülerin kurumlarda diğer hükümlülerden ayrı bir bölümde barındırılacaktır[12]. Konutta infaz ise hükümlünün konutunda gerçekleştirilir[13].

7550 sayılı Kanun sonrasında ise özel infaz usullerinde hapis cezası bakımından sürelerin artırıldığı görülmektedir. 7550 sayılı Kanun öncesi kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç[14], taksirle işlenen suçlarda toplam üç yıl veya daha az hapis cezası öngörülmüştü. Değişiklik sonrası bu süreler kasten işlenen suçlarda üç yıl, yine taksirle öldürme suçu haricinde taksirle işlenen suçlarda ise beş yıl olarak belirlenmiştir. Böylelikle özel infaz usullerine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır[15].

Hafta sonu infaz ve geceleri infaz usullerinde hükümlünün talebiyle infaz hakimi tarafından karar verilirken konutta infaz usulünde re 'sen karar verilmektedir[16]. Mahkumiyete konu olan suç bakımından ortaya çıkan zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukuki sorumluluklar saklı kalmak kaydıyla konutta infazda CCGTİHK m. 110, f. 2 hükmünde yer alan yaş, cinsiyet ve mahkum olunan ceza miktarı dikkate alınacaktır[17]. Hafta sonu infaz ve geceleri infaz usulünde yaş ve

---

[9] SOYASLAN, Doğan: "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri", *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu* 24-25-11.2020, Ankara, s. 175.

[10] Hafta sonu infazda hafta sonuna denk gelmeyen dini ve resmi tatil günleri bakımından düzenleme yapılması gerektiği yönünde öneri için bkz. DEMİREL, Muhammed: "Özel İnfaz Usulleri", *15. Türk Ceza Hukuku Günleri-Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı*, 31 Mayıs-01 Haziran 2020, s. 184. 7550 sayılı Kanun sonrası hafta sonuna infaz usulüne bir alternatif getirilmiştir. İlk fıkraya, "*hükümlünün iş yaşamı ve ailevi durumu ile ceza infaz kurumlarının düzen ve işleyişine göre ceza infaz kurumu tarafından, süresi aynı olmak koşuluyla hafta içi günlerde de*" şeklinde hüküm eklenmiştir. Böylelikle süresi aynı olmak suretiyle hafta içi infazın yolu da mümkün hale getirilmiştir. Bu değişiklik sonrası yukarıda yer verilen önerinin karşılandığı düşüncesindeyiz.

[11] Bahse konu Yönetmeliğin 40. maddesi özel infaz usullerini düzenlemektedir. Ancak 7550 sayılı Kanun'la özel infaz usulleriyle ilgili CGTİHK m. 110 hükmüne birtakım düzenlemeler eklenmiş olsa da bunların Yönetmeliğe henüz yansımadığı anlaşılmaktadır.

[12] Sürekli bir şekilde ceza infaz kurumuna giriş-çıkış yapacak hükümlülerin, kurum disiplinini bozmamaları ve kurumdaki diğer hükümlülerin bundan olumsuz bir şekilde etkilenmemeleri sebebiyle böyle bir düzenlemeye yer verildiği ifade edilmektedir. Bkz. YILDIRIM, s. 165.

[13] Konuta ilişkin tanım için bkz. Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 74, f. 2.

[14] Böyle bir istisnanın öngörülmesinin nedeni taksirle öldürme suçunun (TCK m. 85, f. 1) alt sınırının iki yıl olmasıdır. Şayet bu istisnaya yer verilmemiş olsaydı, taksirle öldürme suçundan iki yıl hapis cezasına mahkum olan kişinin özel infaz usullerinden yararlanması mümkün hale gelecekti. Bkz. DEMİREL, s. 187.

[15] Özel infaz usullerinin soyut ceza miktarlarının yüksekliği karşısında işlevsiz olduğu yönünde eleştiriler için KARABULAT, Efe Can: Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 426, 1925 no.lu dipnot.

[16] ÖZBEK Veli Özer: İnfaz Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 110.

[17] GENÇ, Fatma Umay, ÜNAL, Osman Gazi: "7242 Sayılı Kanun Değişiklikleri Işığında Özel İnfaz Usullerinden Biri Olarak Konutta İnfaz", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2022/193, s. 68 vd.

cinsiyet açısından bir ayrım yapılmamıştır[18]. İlaveten maruz kalınan ağır hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız geçiremeyeceği tespit edilen ve toplum güvenliği açısından ağır ve somut tehlike yaratmayacağı öngörülen hükümlülerin cezası konutunda çektirilebilir (CGTİHK m. 110, f. 3). Keza doğurduğu tarihten itibaren 6 ay geçen ve toplamda beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının infazı da infaz hakimin kararıyla konutta yerine getirilebilir (CGTİHK m. 110, f. 4).

Hükümlü hakkında özel infaz usulünün uygulanmasına karar verilmişse, tabi olduğu infaz rejimi kapsamında koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbiri hükümlerinin uygulanması mümkündür (CGTİHK m. 110, f. 5)[19]. 7550 sayılı Kanun öncesinde yalnızca koşullu salıverilmeye ilişkin hüküm söz konusu iken, değişiklik sonrası denetimli serbestlik tedbiri de bu kapsama dahil edilmiştir. Özel infaz usullerine ilişkin karar infaz öncesinde verilebileceği gibi infaza başlandıktan sonra da verilebilecektir (CGTİHK m. 110, f. 6).

Talep doğrultusunda infaz hakimi cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesini kaldırabilir. Geçerli bir mazeret olmaksızın bu usullerin gereklerine riayet edilmemesi halinde bu usulün uygulanmasına son verilir. Özel infaz usulüne göre geçirilen süre infaz aşamasında mahsup edilerek cezanın infazı genel hükümlere göre ceza infaz kurumlarında çektirilecektir[20]. Bu halde denetimli serbestlik tedbirlerine dair CGTİHK m. 105/A hükmü tatbik edilmeyecektir (CGTİHK m. 110 f. 7). Bu usulle ilgili verilen kararlara karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür (CGTİHK m. 110, f. 8)

Özel infaz usulleri, CGTİHK m. 110, f. 9 hükmünde yer aldığı üzere; *"terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkum olanlar"* (bent a)*; "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkum olanlar"* (bent b)*; "adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler"* (bent c)*; "koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler"* (bent d)*; "105/A maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca açık ceza infaz kurumuna gönderilenler*" (bent e)[21], bakımından uygulanmayacaktır. Ancak CGTİHK m. 110, f. 3'teki ağır hastalık veya engellilik halleri ve yine m. 110, f. 4'teki doğum yapmış kadın hükümlüler açısından ortaya çıkan durum bu yasaklılık hallerinin dışındadır. Dolayısıyla hükümlü CGTİHK m. 110, f. 9'da sayılan yasaklı haller kapsamında olsa bile maddenin 3. ve 4. fıkrasında dahilinde cezasının infazı konutta çektirilebilir.

III- MÜKERRİR OLAN HÜKÜMLÜLERİN ÖZEL İNFAZ USULLERİNDEN YARARLANMASI

A- Yargıtay Kararlarına Yansıyan Durum

Eski sayılabilecek bir içtihatta kavramsal olarak mükerrirlere özgü infaz rejimi ile özel infaz usullerinin birbirine karıştırıldığı görülmektedir:

> "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 58. maddesinde ise tekerrür durumunda özel infaz usulünün uygulanacağının belirtildiği ve söz konusu özel infaz usulünün 5275 sayılı Kanunun 108. Maddesinde gösterildiği, anılan maddede ayrıca ikinci defa tekerrür olma durumunun düzenlendiği ve huna göre*

[18] YILDIRIM, s. 165.

[19] Kanaatimizce denetimli serbestlik tedbirinin hükümlerinin, özel infaz usullerini kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde düzenlenmesi doğru olmamıştır. Bu konu hakkında eleştiriler için bkz. GENÇ, ÜNAL, s. 78 vd.

[20] 7550 sayılı Kanun öncesinde açık ceza infaz kurumuna gönderilme yönünde bir hüküm bulunmaktaydı. Değişiklik sonrası genel hükümlere göre cezanın infazı gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

[21] İlgili bent 7550 sayılı Kanun'la getirilmiştir.

ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlünün koşullu salıverilemeyeceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır."[22]

Az sayıda olan daha sonraki içtihatlarda ise bu kavramsal karışıklığa rastlanılmamıştır. Fakat ikinci defa mükerrir olan hükümlülerin özel infaz usullerinden yararlanıp bunların gereklerine riayet etmemesi sonucu cezalarının infazının nasıl gerçekleştirileceği hususu Yargıtay kararlarına yansımıştır. İlk defa mükerrir olanların özel infaz usullerinden yararlanmamasıyla ilgili olarak tespit edebildiğimiz kadarıyla herhangi bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın bir kararında hükümlü trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan 1 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edilmiş ve ikinci kez mükerrir olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiştir. Hükümlü hafta sonu infazdan yararlanmayı talep etmiş ve bu talebi İnfaz Hakimliği'nce kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay:

"Her ne kadar "Özel infaz usulleri"ni düzenleyen 5275 sayılı Kanun'un 110 maddesinin 9. fıkrasına göre, özel infaz rejiminin; terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar, adlî para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hakkında uygulanmayacağı belirtilmiş, ikinci kez mükkerrir olan hükümlüler ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, 5275 sayılı Kanun'un 110/7. maddesi gereğince, özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde bu usulün uygulanmasına son verilip, infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak aynı Kanun'un "Açık ceza infaz kurumları" başlıklı 14/2-a maddesine göre ikinci defa mükerrir olan hükümlüler hakkında verilen cezaların infazının açık ceza infaz kurumunda yerine getirilemeyeceğinin düzenlendiği, bu durumda ikinci kez mükerrir olması nedeniyle cezasının açık ceza infaz kurumunda çekmesi kanuni düzenlemeye göre izin verilmeyen hükümlünün hakkında özel infaz rejimi uygulanmasına karar verilmesi üzerine infaz usulüne uymaması halinde kalan cezasını infazına açık ceza infaz kurumunda devam etmesi gerekeceği, bu haliyle 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre hakkında koşullu salıverilemeyeceği belirtilen ve cezasını infaz kurumunda çektirilmesi gereken hükümlü hakkında cezasını hafta sonu ceza infaz kurumunda çekmek suretiyle özel infaz rejimi uygulanmasına karar verilemeyeceği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle…"[23]

şeklindeki gerekçeyle ikinci kez mükerrir olan hükümlülerin cezalarının açık ceza infaz kurumunda değil, bilakis kapalı ceza infaz kurumunda gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte kararda özel infaz usullerine uyulmaması halinde hükümlünün cezasının açık ceza infaz kurumunda çektirilmesine ve bu yüzden hakkında koşullu salıverilme yasağı bulunan hükümlünün cezasının hafta sonu infaz usulüyle çektirilmesinin karar verilmemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Benzer durum bir başka Yargıtay kararında da belirtilmiştir[24].

---

[22] Yargıtay 9. CD'nin 13.03.2014 tarih ve E: 2012/7540 K: 2014/2918 sayılı kararı.

[23] Yargıtay 1. CD'nin 21.03.2022 tarih ve E: 2021/12389 K: 2022/2180 sayılı kararı.

[24] "*Posof Asliye Ceza Mahkemesinin 28/10/2020 tarihli ve 2020/26 Esas, 2020/66 sayılı kararı ile hakkında ikinci kez mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasına karar verilen adı geçen hükümlünün 10 ay hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumuna 25/03/2022 tarihinde alındığı ve cezanın infazına aynı tarihte başlanıldığı, Ardahan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen 25/03/2022 tarihli ve 2022/909 CBS ilam dosyası sayılı müddetnameye göre hakederek tahliye tarihinin 19/01/2023 tarihi olarak belirlendiği, Hükümlünün cezasının hafta sonu infazı yönünde talebi üzerine, Ardahan İnfaz Hâkimliğinin 29/03/2022 tarihli ve 2022/334 Esas, 2022/344 sayılı kararı ile hükümlü hakkında cezasını hafta sonu ceza infaz kurumunda çekmek suretiyle özel infaz rejimi uygulanmasına karar verildiği,*

Kanuni bir düzenleme olmamasına rağmen Yargıtay, ikinci kez mükerrir olan hükümlülerin konutta infaz usulünden yararlanmaması yönünde karar vermiştir:

> "*5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108/3 ve 7242 sayılı Kanun'un 18 inci maddesi ile değişik 14/2-a maddeleri uyarınca ikinci defa mükerrir olanların koşullu salıvermeden yararlanamayacak olmaları ve açık ceza infaz kurumuna ayrılma haklarının bulunmaması nedeniyle, bu hükümlüler hakkında özel infaz usullerinin uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşılmakla, somut olayda ikinci kez mükerrir olan hükümlü hakkında özel infaz usulünün uygulanmasına dair verilen karar kanuna aykırı olduğundan, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür.*"[25]

B- Değerlendirme

Bu kararlarda ortaya çıkan sorunlar bakımından itiraz kanun yoluna başvurulmuştur. Ancak yapılan itirazlar ağır ceza mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. İtiraz üzerine verilen kararların kesin olması (CMK m. 271, f. 4) yüzünden sorun, olağanüstü kanun yolu olan "kanun yararına bozma" yoluyla çözüme kavuşturulmuştur.

Yargıtay'ın kanun yararına bozma sonrası vermiş olduğu kararlarda vurgulamak istediği husus ikinci defa mükerrir olanların özel infaz usullerinden yararlanmamasıdır. CGTİHK m. 110 hükmünde ise ilk kez ve ikinci kez mükerrir olanların özel infaz usullerinden yararlanabileceğine dair açık hüküm yoktur. Yalnızca maddenin 5. fıkrasında cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanacağına dair bir kural bulunmaktadır. Yargıtay ikinci kez mükerrir olanların 7550 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklik öncesi koşullu salıverilmeden yararlanamayacaklarını belirten CGTİHK m. 108, f. 3 hükmünü, açık ceza infaz kurumlarına doğrudan ayrılmanın mümkün olmadığını belirten CGTİHK m. 14, f. 2, bent a hükmünü[26] birlikte yorumlayarak bu sonuca ulaşmıştır. Ancak bu sonuç bir yorumdan ibaret kalmaktadır.

Bu noktada açık ceza infaz kurumunun niteliğine de bakmak gerekir. Açık ceza infaz kurumları çalışma esaslı ve güvenlik önlemleri en alt seviyede olan kurumlardır. Daha serbest bir infaz rejimi tatbik edildiğinden bu

---

Her ne kadar "Özel infaz usulleri"ni düzenleyen 5275 sayılı Kanun'un 110 maddesinin 9. fıkrasına göre, özel infaz rejiminin; terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar, adlî para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hakkında uygulanmayacağı belirtilmiş, ikinci kez mükkerrir olan hükümlüler ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de,

5275 sayılı Kanun'un 110/7. maddesi gereğince, özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde bu usulün uygulanmasına son verilip, infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak aynı Kanun'un "Açık ceza infaz kurumları" başlıklı 14/2-a maddesine göre ikinci defa mükerrir olan hükümlüler hakkında verilen cezaların infazının açık ceza infaz kurumunda yerine getirilemeyeceğinin düzenlendiği, bu durumda ikinci kez mükerrir olması nedeniyle cezasının açık ceza infaz kurumunda çekmesi kanuni düzenlemeye göre izin verilmeyen hükümlünün hakkında özel infaz rejimi uygulanmasına karar verilmesi üzerine infaz usulüne uymaması halinde kalan cezasını infazına açık ceza infaz kurumunda devam etmesi gerekeceği, bu haliyle 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre hakkında koşullu salıverilemeyeceği belirtilen ve cezasını infaz kurumunda çektirilmesi gereken hükümlü hakkında cezasını hafta sonu ceza infaz kurumunda çekmek suretiyle özel infaz rejimi uygulanmasına karar verilemeyeceği gözetilmeden," Bkz. Yargıtay 1. CD'nin 27.10.2022 tarih ve E: 2022/10709 K: 2022/8387 sayılı kararı.

[25] Yargıtay 1. CD'nin 03.02.2023 tarih ve E: 2023/816 K: 2023/269 sayılı kararı; Benzer bir başka karar için bkz. Yargıtay 1. CD'nin 10.02.2023 tarih E: 2023/817 K: 2023/400 tarihli kararı.

[26] Benzer hüküm yukarıda yer verildiği üzere ACİKAY m. 5, f. 1 hükmünde de yer almaktadır.

kuruma geçecek hükümlünün iyi halli ve çalışma yeteneğine sahip olması aranır[27]. Kurumunun nitelikleri ile ikinci kez mükerrir olan hükümlülerin hali dikkate alındığında bir uyumluluğun olmadığı aşikardır. Nitekim CGTİHK m. 14, f. 2, bent a hükmü de bu hususu vurgulamaktadır.

Kanaatimizce Yargıtay, hakkında özel infaz usulleri uygulanan hükümlülere adeta salıverilmiş gözüyle bakmaktadır. Halbuki hükümlüye özel infaz usulleri uygulanıyorsa bu durum onun salıverilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim hem 7550 sayılı Kanun öncesi hem de sonrası düzenlenen CGTİHK m. 110, f. 5 hükmüne göre özel infaz usullerinde de koşullu salıverilme hükümleri uygulanabilecektir. Şayet hükümlü ikinci kez mükerrir olmuşsa örneğin, koşullu salıverilmeksizin hakkında konutta infaz usulü uygulanabilirdi. Aynı durum hafta sonu infaz ve geceleri infaz bakımından da gündeme gelecekti.

7550 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu öncesinde özel infaz usullerinin gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın riayet edilmemesi halinde hükümlünün açık ceza infaz kurumuna alınacağı CGTİHK m. 110, f. 7'de yer almaktaydı. İkinci kez mükerrir olanların özel infaz usullerinden yararlanamamasına ilişkin açık bir hüküm bulunmayınca özel infaz usullerinden yararlanmaları halinde, bunların gereklerine riayet etmedikleri takdirde, açık ceza infaz kurumlarına geri alınmaları hali ortaya çıkmaktaydı. Başka bir ifadeyle açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları yasak olan ikinci kez mükerrir hükümlülerin özel infaz usulü vasıtasıyla açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları gündeme gelmekteydi. Ezcümle ikinci kez mükerrir olan hükümlüler açısından CGTİHK m. 110, f. 7 hükmü ile CGTİHK m. 14, f. 2, bent a hükmü arasında çelişik bir durumla karşı karşıya kalınmıştı. Buna karşılık Yargıtay içtihatlarıyla ikinci kez mükerrir olan hükümlülerin özel infaz usullerinden yararlanmasının önüne geçilerek bunların açık ceza infaz kurumlarına ayrılma olasılığı ortadan kaldırılmıştı. Yargıtay'ın bu yaklaşımı CGTİHK m. 14, f. 2, bent a hükmüyle uyumlu gözükmekteydi.

Kanaatimizce 7550 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu değişiklikle hükümlünün hangi ceza infaz kurumuna ayrılacağı sorunu çözülmüştür. Yukarıda yer verildiği üzere geçerli bir mazeret olmadan özel infaz usullerinin gereklerine riayet edilmemesi halinde hükümlünün cezası açık ceza infaz kurumuna değil, genel hükümlere göre çektirilecektir. Böylelikle ikinci kez mükerrir olan hükümlüler, özel infaz usulünden yararlanmaları halinde, CGTİHK m. 110, f. 7 hükmündeki koşullar gerçekleştiği takdirde, kapalı ceza infaz kurumuna gönderilebilecektir. Kapalı ceza infaz kurumundan tekrar açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları ise ACİKAY m. 8'de yapılan değişiklik sonrası artık mümkün hale gelmiştir[28].

Suçta tekerrür halinde, yukarıda ifade edildiği üzere bir tehlikelilik hali gündem gelir. Bu tehlikelilik hali nazara alındığında, infaz hakimi, cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak üzere ve bir yıldan az olmamak kaydıyla denetim süresi belirleyecektir (CGTİHK m. 108, f. 4). Hatta infaz hakimi tehlikelilik halinin devam ettiğini belirten olgulara vurgu yaparak[29] takdiri bir şekilde denetim süresini en fazla beş yıla kadar uzatabilecektir (CGTİHK m. 108, f. 6). Amaç, ceza infaz kurumundan tahliye edilen hükümlünün yaşamının belli bir müddet boyunca kontrol altında olmasıdır[30]. Tüm bunlara rağmen ikinci defa tekerrürün gerçekleşmesi daha yoğun bir tehlikeliliği ifade eder. Her ne kadar sorun kapalı ceza infaz kurumuna alınma bağlamında çözülse de 7550 sayılı Kanun, ikinci kez mükerrir olanların özel infaz usulünden yararlanmamalarına dair açık

[27] DEMİRBAŞ, s. 433.

[28] İlgili değişiklik öncesi ikinci kez mükerrir olan hükümlülere yönelik böyle bir imkan tanınmamıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALAN Esra: Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 196, 203, 253.

[29] KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 707; Aynı yönde ALAN, s. 227.

[30] DEMİRBAŞ, s. 614. Özellikle cezanın infazının tamamlanmasından sonra da denetimli serbestlik tedbirlerine müracaat edilmesi hükümlüler bakımından başlı başına bir yaptırıma işaret eder. Hatta bu tedbirlere riayet etmeme bir disiplin hapsini de gündeme getirmektedir (CGTİHK m. 108, f. 7). Dolayısıyla cezaları infaz edilmiş olsa bile mükerrirler, başıboş ve kontrol dışı bir şekilde toplum içerisinde bulunmayacaklardır. ÖZGENÇ, s. 1031.

bir düzenleme getirmemiştir. Bilhassa özel tehlikeli suçlular arasında gösterilen örgüt mensubu suçlu ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar[31,32] yönünden özel infaz usullerinin uygulanmaması (CGTİHK m. 110, f. 9) [33] söz konusu iken fıkrada ikinci kez mükerrir olan hükümlülerin yer almaması oldukça sorunludur. Başka bir ifadeyle bu kadar yoğun bir tehlikeliliğin özel infaz usulleri yönünden nazara alınmaması kanaatimizce eksiklik teşkil eder. CGTİHK m. 110, f. 5'teki düzenleme de oldukça belirsizdir. Böyle bir düzenleme getirilmiş olsaydı uygulamada yaşanan tereddütlerin önüne geçilmiş olacaktı. Halihazırda kesinleşen kararlar yönünden ortaya çıkacak sorunlar, yine kanun yararına bozma yoluyla çözümlenecektir.

Yargıtay'ın yorum yoluyla ikinci kez mükerrer olanların özel infaz usullerinden yararlanmaması yönündeki yaklaşımın 7550 sayılı Kanun sonrası artık bir anlamı kalmamıştır. Çünkü 7550 sayılı Kanun'un CGTİHK m. 108, f. 3 hükmüne getirmiş olduğu değişiklikle ikinci kez mükerrir olan hükümlüler yönünden koşullu salıverilme yasağı ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, hükümlü almış olduğu mahkumiyetin infazının dörtte üçünü ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra iyi halli olmak koşuluyla koşullu salıverilebilecektir. Örneğin hükümlünün ikinci kez mükerrir olmasına neden olan suç, kasten işlenebilen suçsa ve toplam üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiriyorsa özel infaz usullerinden yararlanabilir. Daha açık bir ifadeyle ikinci kez mükerrir olan hükümlüye; konutta infaz, hafta sonu infaz ve geceleri infaz usulü, CGTİHK m.110, f. 5 hükmü uyarınca denetimli serbestlik tedbiri veya koşullu salıverilinceye kadar uygulanabilecektir. Aynı husus taksirle öldürme suçu hariç taksirli suçlardan toplam 5 yıl veya daha az hapis cezaları bakımından da gündeme gelebilir. Fakat burada TCK m. 58, f. 4 hükmü unutulmamalıdır. Buna göre, kasten işlenebilen suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır[34].

Konuyla ilgili olarak ilk kez mükerrir olan hükümlüler de özel infaz usullerinden yararlanabilecektir. Nitekim ikinci kez mükerrir olan hükümlülere dair kısımlarda ifade edildiği gibi bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunen önceden belirlenen özel oranlar haricinde, ilk kez mükerrir olanlar bakımından koşullu salıverilme oranı, CGTİHK m. 108, f. 2 hükmü uyarınca 1/2'den 2/3'e uzayacaktır[35]. Bununla birlikte

[31] 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'la CGTİHK m. 108 hükmüne 8. ve 9. fıkralar getirilmiştir. Buna göre, çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet durumunda CGTİHK m. 108, f. 1'deki süreler dikkate alınacaktır. Aynı zamanda TCK m. 102, f. 2'deki sayılan cinsel saldırı suçu, çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli unsurları (TCK m. 104, f. 2, f. 3) ve TCK m. 188 hükmündeki uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı mahkum olanlar bakımından koşullu salıverilme oranı dörtte üç olarak belirlenmiştir. Hatta TCK m. 188 hükmünde yer alan suçlar hariç bu suçlardan mahkum olan hükümlüler bakımından çeşitli tedavi ve yükümlülükler öngörülmüştür. Böylelikle TCK m. 58, f. 9'da sayılmasa da doktrinde yeni özel tehlikeli suçlu kategorisinin eklendiğinden bahsedilmiştir. Bkz. ÖZBEK, s. 452, 453, 454.

[32] Özel tehlikeli suçlular kategorisine kanaatimizce 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan hükümler uyarına terör suçları (m. 3) ile terör amacıyla işlenen suçlardan (m. 4) mahkum olan kişiler de girmektedir. Zira bu kapsamdaki hükümlülerin koşullu salıverilme oranı dörtte üç olarak belirlenmekle (m. 17, f. 1) birlikte farklı bir şekilde gruplandırıldıkları görülmektedir (CGTİHK m. 24, f. 1, bent c). Yukarıda yer verildiği üzere bu hükümlüler özel infaz usullerinden de yararlanamazlar. İlaveten Kanun'daki bazı hükümler terör suçlularına istisnai şekilde uygulanmamakta ya da farklı ve daha sıkı ölçülerde uygulanmaktadır (Örnek, m. CGTİHK m. 17, f. 6, bent a; m. 59, f. 5; m. 53, f. 3; m. 58, f. 5; m. 83, f. 4; m. 89, f. 3; m. 92, f. 2; Geçici Madde 2; Geçici Madde 6, f. 1, f. 2; Geçici Madde 9, f. 6; Geçici Madde 10, f. 6). Benzer yönde açıklamalar için bkz. ALAN, s. 270 vd.

[33] Bununla birlikte CGTİHK m. 110, f. 3 ve f. 4'teki haller mevcutsa hükümlü CGTİHK m. 110, f. 9 sayılan suçlardan mahkum olsa bile konutta infaz usulünden yararlanabilecektir.

[34] Bu durumda tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, önce ve sonra işlenen her iki suçun da ya kasten işlenebilen suç ya da taksirle işlenebilen bir suç olması gerekir. ÖZGENÇ, s. 1027.

[35] Koşullu salıverilme süresinin uzatılmasından maksat, toplum açısından tehlikeliliğe neden olan hükümlünün daha fazla ceza infaz kurumunda kalmasıdır. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704.

haklarında denetimli serbestlik tedbiri de uygulanacaktır[36]. Kanaatimizce ilk defa mükerrir olan hükümlüler de özel infaz usullerinden yararlanmamalıdır. Hükümlünün suç işlemedeki göstermiş olduğu kararlılık, önceden işlemiş olduğu suçtan pişmanlık duymadığını gösterir. O kadar ki ilk defa mükerrir olan hükümlüler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulandıkları için istem üzerine infazın ertelenmesinden yararlanamayacaklardır (CGTİHK m. 17, f. 6, bent b). Kanun koyucu ilk defa mükerrir olanlara dahi daha sıkı bir infaz rejimi tanımışken ve infazın tamamlanmasından sonra da bir denetim süresi öngörmüşken, özel infaz usullerine başvurulmasının bir mantığı bulunmamaktadır. Fakat CGTİHK m. 110, f. 3 ve f. 4'teki koşullar oluşmuşsa ilk defa mükerrir olan hükümlüler konutta infazdan yararlanabilmelidir.

SONUÇ

Suçta tekerrür halinde mükerrirlere hakkında başta TCK m. 58 hükmünde olmak üzere CGTİHK'da ve ilgili mevzuatta birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Neden olunan tehlikelilik hali nazara alındığında daha sıkı bir infaz rejiminin öngörüldüğüne işaret edilmelidir. Aynı hususlar özel tehlikeli suçlular bakımından da ifade edilmelidir.

Özel infaz usulleri ise belirli bir ceza miktarı altındaki mahkumiyet hükümlerinin infazını kolaylaştırmaktadır. Ancak bazı özel tehlikeli suçluların özel infaz usullerinden yararlanamayacakları CGTİHK m. 110, f. 9'da hüküm altına alınmıştır. Buna rağmen mükerrirlere yönelik böyle bir düzenlemenin olmayışı oldukça dikkat çekicidir. İncelemiş olduğumuz Yargıtay içtihatlarına bakıldığında ikinci kez mükerrir olan hükümlüler açısından bir çözüm sunulmuştur. İkinci kez mükerrir olan hükümlüler açısından Yargıtay'ın kararlarına yansıyan çözüm yolunun kanaatimizce kanuni bir temeli yoktur. Yukarıda yer verilen hükümler açısından yorum yoluyla bu çözüme ulaşılmaktadır. Dayanak gösterilen, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanacağını belirten CGTİHK m. 110, f. 5 hükmünün belirsiz olduğu ve bu soruna tam bir çözüm sağlamadığı ortadadır. Örneğin, 7550 sayılı Kanun değişikliği öncesinde ikinci kez mükerrir olduğu suçtan 1 yıl hapis cezasına çarptırılan hükümlü, koşullu salıverilmeksizin konutta infaz usulünden yararlanabilecektir. Bu yüzden sorunun kanun yararına bozma yoluyla çözülmesi yerine kanuni bir düzenleme ile çözümlenmesinin daha doğru olduğu fikrindeyiz.

Kanaatimizce 7550 sayılı Kanun sonrası ikinci mükerrir olanların koşullu salıverilmelerine olanak tanınması doğru olmamıştır[37]. Daha fazla tehlikelilik halini ortaya çıkaran ikinci kez mükerrirlere böyle bir olanak tanınması, cezanın caydırıcılığı ve adalet ilkelerini oldukça zedelemektedir. Bu durum mükerrirlerin özel infaz usullerinden yararlanmaması gerektiği fikriyle de bağdaşmamaktadır. 7550 sayılı Kanun'un CGTİHK m. 110, f. 7 hükmüne getirmiş olduğu değişiklikle, yalnızca özel infaz usullerinin gereklerine uymayan hükümlünün hangi infaz kurumuna alınacağı noktasındaki problem çözülmüştür. Böylelikle ACİKAY hükümlerine yollama yapılarak hükümlü kapalı ya da açık ceza infaz kurumuna alınacaktır.

İlk kez mükerrirlerin bu özel infaz usullerinden yararlanmamalarına ilişkin bir Yargıtay kararına rastlanılmamıştır. Bununla birlikte ilk kez mükerrir olan hükümlüler de özel infaz usullerinden yararlanmamalıdır. Suç işlemede ortaya koymuş olduğu kararlılıkla bir tehlikelilik halini gündeme getiren hükümlünün özel infaz usullerine başvurabilme imkanı tanınması, cezanın etkinliği, caydırıcılığı ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Mükerrir, almış olduğu ceza miktarı düşük de olsa esasen göstermiş olduğu kararlılıkla esasen ıslah olmadığını ve işlemiş suç bakımından bir pişmanlık yaşamadığını beyan eder. Bu yüzden CGTİHK m. 110, f. 3 ve f. 4'teki istisnalar haricinde tekerrüre neden olan suçun infazı açısından özel

[36] CGTİHK m. 108, f. 5 hükmü uyarınca tekerrür nedeniyle belirlenen denetim süresinde koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler tatbik edebilecektir. Böylelikle infaz hakimi koşullu salıverilmeye ilişkin CGTİHK m. 107, f. 9'da sayılan tedbirleri uygulayabilecektir.

[37] Konuya ilişkin karşı görüş için bkz. ALAN, s. 254 vd.

infaz usullerine müracaat etmenin isabetli olmadığı ortadadır. Bu yüzden CGTİHK m. 110 hükmüne mükerrirlere yönelik yasaklayıcı bir norm getirilmelidir.

KAYNAKÇA

ALAN, Esra: Ceza Hukukunda Yeni Boyutuyla Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

CİN, Onursal: "Türk Ceza Hukukunda Tekerrürün Sonuçları", *Adalet Dergisi*, Sayı 2/73, 2024, s. 271-289.

DEMİRBAŞ Timur: İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

DEMİREL, Muhammed: "Özel İnfaz Usulleri", *15. Türk Ceza Hukuku Günleri-Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı*, 31 Mayıs-01 Haziran 2020, s. 183-210.

GENÇ, Fatma Umay, ÜNAL, Osman Gazi: "7242 Sayılı Kanun Değişiklikleri Işığında Özel İnfaz Usullerinden Biri Olarak Konutta İnfaz", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 2022/193, s. 58-83.

KARABULAT, Efe Can: Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

SOYASLAN, Doğan: "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri", *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, 24-25-11.2020, Ankara, s. 162-191.

YILDIRIM, Zeki: "Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 2018/38, s. 147-192.

Yargıtay 9. CD'nin 13.03.2014 tarih ve E: 2012/7540 K: 2014/2918 sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD'nin 21.03.2022 tarih ve E: 2021/12389 K: 2022/2180 sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD'nin 27.10.2022 tarih ve E: 2022/10709 K: 2022/8387 sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD'nin 03.02.2023 tarih ve E: 2023/816, K: 2023/269 sayılı kararı.

Yargıtay 1. CD'nin 10.02.2023 tarih E: 2023/817 K: 2023/400 tarihli kararı.

RESMİ VASİYETNAMENİN ŞEKİL ŞARTLARINA AYKIRILIĞA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDAN BAZI UYGULAMA ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar GÜZEL KILIÇ [*]

ÖZET

Türk Medeni Kanunu m. 532 ila 537 ile mehaz İsviçre Medeni Kanunu m. 499 ila 504 hükümlerinde düzenlenen ve mirasbırakanın ölümünden sonraki zaman diliminde hüküm ifade etmesini istediği son arzularını dış dünyaya bildirmek amacıyla başvurabileceği bir hukuki işlem olan resmi vasiyetname, tıpkı diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar gibi kanun koyucu tarafından sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Ölüme bağlı tasarruflarda şekil şartlarına aykırılık ise iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanmıştır.

Miras hukukunda *favor testamenti* ilkesi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda tereddütsüz olarak kabul gören bir ilke ilken, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği değerlendirilirken de mümkün olan farklı yorumlardan tasarrufun hukuken sonuç doğurmasına imkan veren yoruma öncelik tanınıp tanınmayacağı hususu tartışmalı bulunmaktadır. Zira bu değerlendirmede bir yanda ölümünden sonra tasarrufu tekrarlaması veya aydınlatması mümkün olmayan mirasbırakanın son arzularına mümkün olduğunca öncelik tanınması düşüncesi, diğer yanda ise ölüme bağlı tasarruflar için getirilen sıkı şekil şartları ile kanunkoyucunun hukuki güvenliği sağlama gayesi birlikte dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, resmi vasiyetnamenin düzenlenme biçimine ilişkin şekil şartlarının denetlendiği yargı kararlarında mahkemelerin tutumunu ve ne ölçüde kanunun lafzına bağlı bir yorum tarzını benimsediğini inceleyerek miras hukukuna hakim ilkeler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak önem arz etmektedir. Türk hukukundan uygulama örneklerinin yanı sıra mehaz düzenlemenin yorumlanma biçimini ortaya koyan ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından bazıları da bu çerçevede değerlendirilmiştir.

Türk yargı uygulamasında resmi vasiyetnameyi düzenlemeye yetkili resmi memur olarak çoğunlukla başvurulan noterin adı geçmesine rağmen, vasiyetnamenin son sayfasının noter yerine vekili tarafından imzalanması, tanıkların şerhinin kapsamının kanunun öngördüğü hususların tamamını içermemesi gibi olguların resmi vasiyetnameyi şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilir kıldığına hükmedilmektedir. Buna karşılık, örneğin okuma yazma bilen mirasbırakanın TMK m. 535 uyarınca düzenlenen resmi vasiyetnameyi bizzat okuyarak içeriğinin son arzularına uygunluğunu beyan etmesinin kanuni şekil şartının amacını yerine getirdiği gerekçesiyle vasiyetnamenin noter tarafından tanıklar huzurunda mirasbırakana okunmamış olması şekle aykırılık olarak değerlendirilmemektedir, başka bir deyişle öğretide karma vasiyetname olarak adlandırılan resmi vasiyetnamelerin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Keza tanık şerhi içeriğinin kanun hükmünün lafzını aynen takip etmemesi ihtimalinde dahi resmi vasiyetname metninden anlaşılabilen olgularla desteklenmesi halinde, *favor testamenti* ilkesinden yola çıkılarak ölüme bağlı tasarrufun geçerli kabul edildiği görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında da genel olarak resmi vasiyetnamenin şekline ilişkin kanuni düzenlemenin amaçsal yorumlandığı ve bu çerçevede somut olayın şartlarına göre bir tutumun benimsendiği söylenebilir. Özellikle mirasbırakanın metni bizzat okumadığı durumlarda, metni imzalamış olsa dahi, içeriğin son arzularına uygunluğunun garanti altına alınabilmesi için tanıkların metnin resmi memur tarafından mirasbırakana tam ve doğru şekilde okunmasını sağlamaları gerektiği vurgulanmaktadır. Yine tanıkların şerhinin mirasbırakanın kendi önlerinde yaptığı beyan esnasında resmi memurun da hazır bulunduğunu içermesinin kanunkoyucunun öngördüğü şeklin kapsamının dışında bir husus olduğu ve hukuk

[*] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, pguzel@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3596-6302

güvenliği ilkesi gereği böyle bir ifadenin eksikliğinin resmi vasiyetnameyi iptal edilebilir kılmayacağı kararlarda ifade edilmektedir. Tanığın vasiyetname yapılırken mirasbırakanın ayırt etme gücü hakkında şüpheye düşmüş olması, ancak daha sonra işleme tanık olarak katılmış bulunması olgusu da vasiyetnamenin geçerliliğine halel getirmeyen bir durum olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Miras, ölüme bağlı tasarruf, resmi vasiyetname, şekil şartı, karma vasiyetname.

EVALUATION OF SOME EXAMPLES FROM TURKISH AND SWISS LAW PRACTICE REGARDING VIOLATION OF FORMAL REQUIREMENTS OF OFFICIAL WILL

ABSTRACT

Official will, a legal transaction through which testator can inform outside world about last wishes to be effective after death, regulated by articles 532-537 of Turkish Civil Code and articles 499-504 of Swiss Civil Code, is subjected to strict formal requirements by legislator, like other formal dispositions mortis causa. In dispositions mortis causa, violation of formal requirements is subject to invalidation.

In inheritance law, favor testamenti principle is an unwaveringly accepted principle in material dispositions mortis causa. When evaluating validity of formal dispositions mortis causa, it is debatable whether the interpretation validating the disposition will be prioritized among possible interpretations. Because here, both the idea of prioritizing testator's last wishes, who cannot repeat or clarify the disposition after death, and the strict formal requirements for dispositions mortis causa aiming to ensure legal security should be taken into consideration. Therefore, an assessment according to principles governing inheritance law by examining the attitude of courts in judicial decisions where formal requirements regarding the official will are examined and their interpretation of the letter of law is important. In addition to examples from Turkish law practice, some of the relevant Swiss Federal Court decisions revealing interpretation preferences have also been evaluated accordingly.

For instance, it is ruled that signing of the will by deputy notary, although the notary, mostly preferred official authorized to prepare official will in Turkish judicial practice, is mentioned on the document, as well as failure to include all issues stipulated by law in witnesses' annotation render the official will voidable due to non-conformity to formal requirements. Nevertheless, the fact that the literate testator approves content of official will prepared in accordance with Article 535 of Turkish Civil Code, although it was not read to testator by notary in presence of witnesses is not considered as violation of form, because this already fulfills the purpose of formal requirement; in other words, official wills, called combined wills in legal doctrine, are valid. Likewise, even if witness annotation's content does not exactly follow the legal provision, the disposition is valid based on favor testamenti principle, if facts within the text of will provide supporting evidence. In Swiss Federal Court's practice, regulation regarding form of official will is generally interpreted based on spirit of the law and the court rules according to the concrete circumstances. For example, if testator did not personally read but signed the text, witnesses must ensure that it is read to testator completely and accurately by official officer in order to guarantee the content's accuracy. Again, it is stated that witnesses' annotation should not necessarily include presence of official officer during the declaration made by testator in their presence, which is an issue outside the scope of the formal requirement and that absence of such statement will not render official will voidable according to legal certainty principle. The fact that a witness had doubts about testator's ability to discern, but later participated in the transaction as witness, has also been evaluated as not prejudicing validity of the will.

Keywords: inheritance, disposition mortis causa, will by public deed, formal requirement, combined will.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu m. 532 ila m. 537 arasında düzenlenen resmi vasiyetname, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ifade etmesini istediği son arzularını dış dünyaya bildirmek amacıyla başvurabileceği bir hukuki işlem olarak, tıpkı diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar gibi kanun koyucu tarafından sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Miras hukukunda ön planda olan bu sıkı şekil şartlarının temel işlevleri, mirasbırakanı etraflıca düşünmeye sevk etmek, mirasbırakanın gerçek iradesinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklanmasını sağlamak ve ölüme bağlı tasarrufun tahrifinin önüne geçmek olarak ifade edilmektedir[1]. Şekil şartları aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufun kişiye sıkı sıkıya bağlılığının güvencesi olarak da değerlendirilmektedir[2].

Her bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun tabi olduğu şekil şartları kanunkoyucu tarafından detaylı olarak düzenlenmiştir ve ölüme bağlı tasarruflarda şekil şartlarına aykırılık TMK m. 557/b. 4 uyarınca iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanmıştır.

Resmi vasiyetname yapmak için öngörülen iki farklı usul, TMK m. 533-534 ve m. 535'te düzenlenmiştir. Mirasbırakan tarafından okunarak ve imzalanarak yapılacak resmi vasiyetname TMK m. 533-534 hükümlerine, okunmadan ve imzalanmadan yapılacak resmi vasiyetname ise TMK m. 535'e tabidir. Yargı uygulamasında bu hükümlerde öngörülen şekil şartlarına aykırılık olarak değerlendirilen olgular ise çeşitlilik arz etmektedir.

I. RESMİ VASİYETNAMENİN ŞEKİL ŞARTLARI BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ ve *FAVOR TESTAMENTI* İLKESİ

A. Resmi Vasiyetnamenin Tabi Olduğu Şekil Şartları

TMK m. 532 uyarınca resmî vasiyetname, iki tanığın katılmasıyla resmî memur tarafından düzenlenir. Resmî memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevlidir. Resmi memur ve tanıkların kimliğine ilişkin sınırlamalar ise TMK m. 536'da düzenlenmiştir.

Resmi vasiyetname yapmak için kanunun imkan verdiği ilk yöntem TMK m. 533 ila 534'te düzenlenmektedir. Buna göre öncelikle mirasbırakan, arzularını resmî memura bildirir. Daha sonra resmi memur, vasiyetnameyi yazar veya yazdırır ve okuması için mirasbırakana verir. Vasiyetname, mirasbırakan tarafından okunup imzalandıktan sonra memur, vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar. Sonraki aşamada mirasbırakan, vasiyetnameyi okuduğunu, bunun son arzularını içerdiğini memurun huzurunda iki tanığa beyan eder. Tanıklar, bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar. Bu yöntemde vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir.

Mirasbırakan tarafından okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyetname düzenleme imkanı sunan ikinci resmi vasiyetname türü ise TMK m. 535'te düzenlenmektedir. Bu yöntemde memur vasiyetnameyi iki tanığın önünde ona okur ve bunun üzerine mirasbırakan vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan eder. Bu durumda tanıklar, kanunun ifadesiyle "*hem mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini; hem vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tarafından mirasbırakana okunduğunu ve onun vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar*". Bu yöntem mirasbırakan vasiyetnameyi bizzat okuyamıyor veya imzalayamıyorsa tercih edilmesi gereken yöntemdir, ancak okuma yazma iktidarına sahip bireyler de herhangi

[1] DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, No. 304-307; ANTALYA, Osman Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu – Miras Hukuku Cilt: III*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, No. 402; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, *Türk Miras Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, No. 318.

[2] SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, No. 75.

bir açıklama yapmak zorunda olmaksızın bu yöntemi tercih edebilirler[3]. Bununla birlikte bu yöntemde vasiyetname içeriğini tanıklardan gizlemenin mümkün olmadığı vurgulanmalıdır.

B. Şekil Şartlarına Aykırılığın *Favor Testamenti* İlkesi ile Aşılıp Aşılamayacağı

Ölüme bağlı tasarrufların tabi tutulduğu şekil şartlarının güvenlik işlevi göz ardı edilemezse de, işlemi gerçekleştiren mirasbırakanın vefatından sonra işlemi tekrarlama imkanı söz konusu olmadığından, yorumun mümkün olduğu durumlarda yapılmış olan bir vasiyetnamenin mümkün olduğu kadar geçerliliğini temin edecek yorum tarzının tercih edilmesi mirasbırakanın son arzularına saygının bir gereğidir[4]. Ancak "vasiyetname lehine yorum" (*favor testamenti)* ilkesinin şekle aykırılık karşısında ne ölçüde üstün tutulabileceği üzerinde titizlikle düşünülmesi gereken bir meseledir. Zira vasiyetname lehine yorum ilkesi ışığında yürürlükte bulunan şekil şartlarının tamamen göz ardı edilmesi kanunkoyucunun iradesini hiçe sayan, hukuk güvenliğini sarsacak bir yaklaşım olur.

Gerçekten de miras hukukunda *favor testamenti* ilkesi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda genel olarak kabul gören bir ilke iken[5], şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği değerlendirilirken de mümkün olan farklı yorumlardan tasarrufun hukuken sonuç doğurmasına imkan veren yoruma öncelik tanınıp tanınmayacağı hususu tartışmalıdır[6]. Zira bu değerlendirmede bir yanda ölümünden sonra tasarrufu tekrarlaması veya aydınlatması mümkün olmayan mirasbırakanın son arzularına mümkün olduğunca öncelik tanınması düşüncesi, diğer yanda ise ölüme bağlı tasarruflar için getirilen sıkı şekil şartları ile kanunkoyucunun hukuki güvenliği sağlama gayesi birlikte dikkate alınmalıdır.

II. RESMİ VASİYETNAMENİN ŞEKİL BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN YARGI UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

Yargı uygulamasında hangi olguların resmi vasiyetnamenin şekil şartları bakımından geçerliliğinin tartışılmasına yol açtığına bakıldığında, esasen iki temel yaklaşım öne çıkmaktadır. İncelenen kararların bir bölümünde işlemin güvenliğinin sağlanması için şekil şartlarına harfiyen uyulması zorunlu görülmekte iken, diğer bazı kararlarda şekil şartlarına birebir uyum gösterilmemiş olması, somut olayda kanunkoyucunun hedeflediği güvenlik amacı evleviyetle yerine getirilmiş sayıldığından, iptal edilebilirlik sebebi olarak değerlendirilmemektedir. Özellikle vasiyetname metninde yer alması gereken beyanların kapsamının kanunkoyucunun öngördüğü kalıptan sapması ihtimalinde ise uygulamada farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir.

Resmi vasiyetnamenin şekil şartlarına uygunluğunun mahkemelerce denetlenmesinde özellikle vasiyetnameyi düzenleyen resmi memurun kimliğini belli eden şekli unsurlar, karma vasiyetnamenin geçerliliği ve tanık beyanlarının kapsamı gibi belirli hususların öne çıktığı tespit edilebilmektedir.

A. Vasiyetnameyi Düzenleyen Resmi Memurun Kimliğinin Tespit Edilebilirliği Açısından Kanuni Şekil Şartlarına Uyum

---

[3] DURAL, No. 349; ANTALYA, No. 440.

[4] DURAL, No. 979; SEROZAN/ENGİN, No. 219; EREN/YÜCER AKTÜRK, No. 619.

[5] DURAL, No. 983; ANTALYA, No. 1057.

[6] Tartışmalar için bkz. WEIMAR, Peter: Berner Kommentar- Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, 2009, Vorbemerkungen vor Art. 498, No. 8; ERGÜNE, Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 285 vd. Ölüme bağlı tasarrufun şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği halinde kural olarak *favor testamenti* ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı, ancak bu ilke uyarınca şekle aykırılık sebebiyle kısmi geçersizliğe ilişkin TBK m. 27/2 kuralının ölüme bağlı tasarruflarda uygulanacağı görüşünde bkz. ANTALYA, No. 1056-1057.

Daha önce ifade edildiği üzere, TMK m. 532 uyarınca resmi vasiyetname resmi memur nezdinde düzenlenmektedir. TMK m. 536 uyarınca fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okur yazar olmayanlar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri, resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar. Resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz.

Yargıtay uygulaması göstermektedir ki, resmi vasiyetname işlemini gerçekleştiren kişinin vasiyetnameyi gerçekleştirmekle görevli resmi memur olup olmadığının, TMK m. 536 uyarınca engelinin bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için, kimliğinin resmi vasiyetnameden tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılabiliyor olması gerekmektedir. Resmi memurun kimliğinin tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilmesinin ölçütü olarak resmi memurun gerçekleştirdiği tevsik işleminin işlemde birlik *(unitas actus)* ilkesi uyarınca baştan sona dek bizzat aynı resmi memur tarafından yapılması gerekli görülmektedir. Buna göre son imza işleminin de tahriri alan, okuyan ve vasiyetçi ile tanık beyanlarını dinleyen ve yazdıran resmi memur tarafından yapılması zorunludur. Resmi vasiyetname metninin sayfalarında noterin ismi yazılı iken, metnin sonunda imza yerinde noter vekilinin adının yazılı olduğu kaşesinin basılması ve vasiyetnamenin noter vekili tarafından imzalandığı bir olayda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, resmi vasiyetnameyi düzenleyen kişinin kimliği hakkında tereddüt oluştuğu gerekçesiyle işlemi geçersiz addetmiştir[7]. Resmi vasiyetnameyi gerçekleştiren resmi memurun aynı kişi olması ve işlemin farklı aşamalarında kanunkoyucunun öngördüğü şekilde işleme nezaret etmesi, resmii memurun belgenin mirasbırakan tarafından tam olarak okunduğundan veya dinlenildiğinden ve anlaşıldığından emin olması ve dolayısıyla resmî şekille ulaşılmak istenen amaca ulaşılması işlemde birlik ilkesinin işlevleri[8] bakımından yerindedir.

B. Karma Vasiyetnamenin Geçerliliği

Gerek Türk gerekse İsviçre hukuk öğretisinde "karma vasiyetname" veya "karma resmi vasiyetname" olarak adlandırılan, TMK m. 533-534 ve m. 535'te öngörülen resmi vasiyetname yapma usulleri mezcedilerek yapılan resmi vasiyetnamenin kanunkoyucunun öngördüğü şekil şartlarını taşıdığı ve güvenlik amacını evleviyetle yerine getirdiği durumlarda geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir[9]. Yargı uygulamasında da karma vasiyetnamelerin geçerli kabul edildiği görülmektedir. 26.03.1962 tarihli ve 23/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıkça ifade edildiği üzere, TMK m. 535 uyarınca resmi vasiyetname düzenlenmesi için mirasbırakanın okuma yazma iktidarından yoksun bulunması şart olmadığı gibi, bu usulde düzenlenen bir vasiyetnameye mirasbırakanın imza atması, belgeyi kanunkoyucunun ilgili hükümde öngördüğünden daha

[7] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.7.2005 tarihli ve E. 2005/8654 K. 2005/11578 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

[8] BAYRAM, Aziz Erman, "İşlemde Birlik İlkesi Ve Ölüme Bağlı Tasarruflarda Uygulanışı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (12(2), 2022, s. 1413.

[9] DURAL, No. 351 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 183; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 116; SEROZAN/ENGİN, No. 81; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Türk Hukukunda Resmi Vasiyetnamelerde Tanıkların Beyan Edecekleri Hususlar ve Karma Vasiyetnamelerin Geçerliliği", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 551. Öğretide *Antalya* ise, şekil koşulundan beklenen fayda itibariyle karma vasiyetname yapılamayacağını; uyulacak resmi vasiyetname usulüne ek olarak diğer usule ilişkin ek bir beyanın, tarihin veya imzanın eklenmiş olmasının, özellikle uyulacak usuldeki şekil şartlarını ağırlaştırmanın resmi vasiyetnameyi karma vasiyetname haline getirmeyeceğini, ancak geçerliliğini de etkilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. ANTALYA, No. 447. *Antalya* ile benzer görüşte bkz. MOOSER, Michel: SHK - Stämpflis Handkommentar- Commentaire du droit des successions, Herausgeber: Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller, 2. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2023, Art. 502, No. 5; DORJEE-GOOD, Andrea/ DARDEL, Daniela: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, Herausgeber: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2023, Art. 499, No. 5.

güvenli hale getirmektedir ve bu sebeple işlemin şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilirliğine sebep olmamaktadır.

7. Hukuk Dairesi'nin 2023 tarihli bir kararına[10] konu davada da okuma yazma bilen mirasbırakan, ellerini etkileyen ve imza atmasına engel olan bir rahatsızlıktan ötürü TMK m. 535 uyarınca düzenlenen resmi vasiyetnameyi tanıklar huzurunda resmi memurdan dinleyerek değil, bizzat okuyarak içeriğinin son arzularına uygunluğunu beyan etmiştir. Burada kanuni şekil şartının amacının yerine getirildiği kabul edilmiş ve bu sebeple vasiyetnamenin noter tarafından tanıklar huzurunda mirasbırakana okunmamış olması şekle aykırılık olarak değerlendirilmemiştir. Kanunkoyucunun şekil şartıyla amaçladığı işlem güvenliğinin somut olayda mirasbırakanın bizzat okumasıyla sağlanması sebebiyle amaca uygun yorum yöntemiyle işlemin geçerli sayıldığı tespit edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen karma vasiyetnamenin şekil şartlarına uyum bakımından geçerli sayılması, TMK m. 535'in yarattığı vasiyetname içeriğini tanıklardan gizleme imkanından yoksunluk dezavantajını da bertaraf etmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi öğretisinde ve uygulamasında da karma vasiyetname şeklinde düzenlenen resmi vasiyetnamenin geçerli olduğu kabul edilmektedir[11]. Bununla birlikte, Federal Mahkeme önüne gelen bir davada, mirasbırakanın son arzularının noterce kaleme alındıktan sonra metnin bizzat mirasbırakan tarafından değil, noter tarafından mirasbırakana okunduğu, tanıkların daha sonra davet edilerek mirasbırakanın beyanına tanıklık ettiği olgularını kanunkoyucunun TMK m. 535 ile amaçladığı güvenliği sağlamaması sebebiyle bir şekle aykırılık olarak nitelendirmiştir[12]. Zira burada tanıklar metnin mirasbırakana okunması esnasında hazır bulunmadıklarından, tanıkların noter tarafından mirasbırakana okunan metnin yazılı metinle aynı metin olup olmadığını denetleme imkanı kalmamıştır. Gerçekten de tanıkların işleme katılmalarının önemli işlevlerinden biri de özellikle TMK m. 535 bakımından mirasbırakanın son arzularına uygun olup olmadığını beyan edeceği, kendisine okunmuş olan metnin yazılı metinle aynı metin olduğunun tevsikidir[13]. Dolayısıyla tanıkların sanki TMK m. 533-534 kapsamında bir vasiyetname yapılıyormuşçasına okuma sırasında hazır bulunmamaları ve metin içeriğinden haberdar olmamaları durumunda bu eksikliğe rağmen geçerli bir karma vasiyetname yapıldığı şeklinde bir yorum şekil şartının hedeflediği koruma amacını yerine getirmekten uzak bir yaklaşım olacaktır. Bu somut olayda kanunkoyucunun murad ettiği işlem güvenliğinin sağlanamamıştır ve mahkeme de bu sebeple isabetle işlemin şekil şartlarına aykırılık sebebiyle geçersizliğine hükmetmiştir.

C. Tanık Beyanlarının Zorunlu Kapsamı

a. TMK m. 535 Uyarınca Tanık Beyanlarının Kapsamıyla İlgili İçtihatlar

Daha önce belirtildiği üzere, TMK m. 535 uyarınca kendisine vasiyetname içeriği resmi memur tarafından yüksek sesle okunan mirasbırakanın metni dinlediği esnada tanıkların hazır bulunması, kaleme alınan vasiyetname metninin mirasbırakanın son arzularına uygun olduğunun garanti altına alınması amacına hizmet etmektedir. Daha sonra mirasbırakan yine tanıklar huzurunda vasiyetnamenin son arzularına uygun olduğunu beyan eder. Bu işlem çerçevesinde tanıklar mirasbırakanın vasiyetname yapmaya ehil göründüğünü

---

[10] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 15.5.2023 tarihli ve E. 2022/1129 K. 2023/2559 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

[11] BGE 45 II 135; BGE 40 II 11. Karma vasiyetname olarak adlandırılan bu "zenginleştirilmiş" vasiyetnamenin iki farklı resmi vasiyetname usulünden birinin tüm şekil koşullarını taşımasının şart olduğuna ve diğer usulün unsurlarından birini ek olarak içerebileceğine ilişkin bkz. MOOSER, Art. 499, No. 5; DORJEE-GOOD/DARDEL, Art. 499, No. 3.

[12] BGE 118 II 273.

[13] MOOSER, Art. 502, No. 3.

tevsik etmenin yanısıra, hem mirasbırakanın kaleme alınan içeriği öğrenmesine hem de söz konusu metnin mirasbırakanın son arzularına uygun olduğunu beyanına tanıklık ederler.

Türk hukuk uygulamasında resmi vasiyetnamede tanıkların beyanının kapsamının işlemin geçerliliğine etkisi özellikle mirasbırakan tarafından okunmadan ve imzalanmadan TMK m. 535'e göre hazırlanan vasiyetnamelerde öne çıkmaktadır. Öğretide bazı yazarlar, yargı içtihatlarının TMK m. 535/f.2'nin kaleme alınışından kaynaklanan ve hükmün amacını aşan şekilci bir yaklaşımı yansıttığını belirtmektedirler[14]. *Oktay Özdemir*'e göre TMK m. 535/f.2'nin lafzı uyarınca tanıklar mirasbırakanın vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini kendi önlerinde beyan ettiğini, mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini, vasiyetnamenin kendi önlerinde resmi memur tarafından mirasbırakana okunduğunu, mirasbırakanın vasiyetnamenin son arzularına uygun olduğunu beyan ettiğini şerh etmek durumundadırlar ve bunun sonucunda yargı makamlarınca hükmün lafzından -hatalı olarak- tanık şerhinde mirasbırakanın vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğine iki kez yer verilmesi gerektiği anlamı çıkarılmaktadır[15].

[14] OKTAY ÖZDEMİR, s. 539-540; ALTAY, Sabah: ""Vasiyetnamenin Şekle Aykırılık Sebebiyle Geçersizliğine İlişkin Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi." Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri 2018, *O*n İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 63.

[15] OKTAY ÖZDEMİR, s. 539-540. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 12.06.2014 tarihli ve E. 2014/1585 K. 2014/9545 sayılı kararındaki ifadeleri örnek göstermektedir: "Ancak, mirasbırakanın okur-yazar olmadığı, vasiyetname düzenlenirken de okur-yazar olmayanlara ilişkin vasiyetname düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; vasiyetçinin, düzenlenen vasiyetnamenin son arzularına uygun olduğunu beyan etmesi yeterli değildir. Tanıkların da, vasiyetçinin kendi önlerinde beyanda bulunduğunu ve onu tasarrufa ehil gördüklerini ifade edip, bu sözlerin yazılması ile de yetinilmeyip vasiyetnamenin kendi yanlarında resmi memur tarafından vasiyetçiye okunduğunu ve onun vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini de belirtmeleri ve bu beyanlarının altını imzalamaları gerekmektedir. MK. 482.md (TMK 535.md.) Ön görülen ilkeler geçerlik şartıdır. Bunlardan birinin eksikliği vasiyetnameyi geçersiz kılar.
Somut olayda; davaya konu vasiyetnamede, tanıkların "mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını" tevsik eden beyanları yoktur. Bu beyanın yokluğu vasiyetnameyi geçersiz kılar.
Hal böyle olunca, mahkemece; MK. 482 (TMK 535/2) maddesindeki şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmeyen vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ve yazılı gerekçe ile vasiyetnamenin şekil şartlarına uygun olduğundan iptal talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (https://karararama.yargitay.gov.tr)

Kaynak düzenleme İsviçre Medeni Kanunu'nun 502. maddesinde[16] ve eski Medeni Kanunun ilgili 482. maddesinde[17] de böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. Üstelik TMK m. 535'in gerekçesine göre hüküm önceki medeni kanunun ilgili hükmünü değiştirmemekte, sadece arılaştırmayı hedeflemektedir. Türk Yargı uygulamasında ise çeşitlilik arz eden kararlara rastlanmakta, hükmün farklı şekilde yorumlanabildiği görülmektedir. Ayrıca özellikle tanık beyanlarındaki eksikliklerin vasiyetnameden anlaşılabilen diğer olgularla telafi edilip edilemeyeceği hususunda değişken bir tutum göze çarpmaktadır. Oysa öğretide vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi için, şekil şartı getiren kanun hükümlerinin koruma amacıyla bağdaştığı ölçüde şekil şartlarına aykırılığa yol açan eksikliklerin vasiyetname içi olgularla giderilebilmesi gerektiği görüşü git gide ön plana çıkmaktadır[18].

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2017 tarihli bir kararında, tanık şerhinde yer alan beyanda vasiyetçinin vasiyetnamenin son isteklerine uygun olduğunu söylediğinin yer alması sebebiyle işlemde "...miras bırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını" beyanının eksikliğinden kaynaklanan bir şekle aykırılık görmediği anlaşılmaktadır. Bu yorumun hükmün amacına uygun bir uygulamaya imkan verdiğini tespit etmek gerekir.

Bununla birlikte, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2021 tarihli bir kararına[19] konu olayda ise resmi vasiyetname noter tarafından, mirasbırakanın okur yazar olmadığı belirtilerek, TMK m. 535 uyarınca okuyamayan veya yazamayanlara özgü vasiyetname şeklinde düzenlenmiştir. Ne var ki, vasiyetnamede

---

[16] İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün Almanca metninde mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığının iki kez şerh edilmesi gerektiğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır:

d. Errichtung ohne Lesen und Unterschrift des Erblassers

Art. 502

1 Wenn der Erblasser die Urkunde nicht selbst liest und unterschreibt, so hat sie ihm der Beamte in Gegenwart der beiden Zeugen vorzulesen, und der Erblasser hat daraufhin zu erklären, die Urkunde enthalte seine Verfügung.

2 Die Zeugen haben in diesem Falle nicht nur die Erklärung des Erblassers und ihre Wahrnehmung über seine Verfügungsfähigkeit zu bezeugen, sondern auch mit ihrer Unterschrift zu bestätigen, dass die Urkunde in ihrer Gegenwart dem Erblasser vom Beamten vorgelesen worden sei.

[17] 743 Sayılı Medeni Kanun'un anılan hükmü şöyle idi:

d) Okuyup yazamıyan vasiyetçi:

Madde 482 – Vasiyet eden kimse vasiyetnameyi okuyamaz ve imza edemez ise resmi memur şahitler huzurunda vasiyetnameyi kendisine okur.

Vasiyetçi vasiyetnamenin son arzularını muhtevi olduğunu beyan eyler. Bu takdirde şahitler vasiyetçinin beyanatı, huzurlarında vakı olduğuna ve onu tasarrufa ehil gördüklerine dair şerh vermekle iktifa etmeyip vasiyetnamenin kendi huzurlarında resmi memur tarafından vasiyetçiye okunduğunu dahi tahrir ve imza ederler.

[18] ERGÜNE, s.285 ; OKTAY ÖZDEMİR, s. 561.

[19] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 1.7.2021 tarihli ve E. 2021/2785 K. 2021/7769 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

tanıkların "mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını" tevsik eden beyanları yoktur. 3. Hukuk Dairesi şekil şartına sıkı sıkıya bağlı bir yorumla salt bu beyanın yokluğunun vasiyetnameyi geçersiz kılacağına hükmetmiştir.

Yine Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2023 tarihli bir kararına[20] konu olayda okuma yazma bilmeyen mirasbırakanın TMK m. 535'e göre yaptığı resmi vasiyetnamede tanıkların beyanlarında vasiyetnamenin noter tarafından yazıldıktan sonra "vasiyet eden ... isimli kişiye önümüzde okunduğunu, adı geçenin vasiyetnamenin son ve gerçek isteklerine uygun olduğunu beyan ettiğini ve kendisini bu işlemi yapmaya yeterli (tasarrufa ehil) gördüğümüzü bildiririz." şeklinde bir açıklamalarının bulunduğu, ancak "miras bırakanın beyanının kendi önlerinde" yapıldığına yönelik bir ibare bulunmadığı tespit edilmiştir. Ancak bu defa vasiyetnamenin diğer kısımlarında yer alan ifadelerden tanıkların belgenin düzenlenmesinde başından beri hazır bulundukları ve tüm işlemlerin tek seferde aynı oturumda yapıldığı anlaşıldığından, vasiyetname lehine yorum ilkesi gereği, vasiyetnamenin şekil şartlarına aykırılık sebebiyle iptal edilemeyeceğine isabetle hükmedilmiştir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2023 tarihli bir başka kararında[21] ise, görme engelli vasiyetçinin TMK m. 535 uyarınca yaptığı resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan tanıkların şerhindeki bir ifade eksikliğinin, yine resmi vasiyetname metninde mevcut bulunan diğer ifadelerden yola çıkılarak giderilmesinin *favor testamenti* ilkesine uygun bir çözüm tarzı olduğunu ifade edilmiştir. Davaya konu resmi vasiyetnamede, vasiyetname metninden TMK m. 535/f. 1'de betimlenen usulün yerine getirildiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda vasiyetname tanıklar önünde vasiyet edene okunduktan sonra vasiyetçi yazılanların son isteklerini kapsadığını belirtmiştir. Ancak tanıkların beyanlarında "vasiyetnamenin noter tarafından yazıldıktan sonra gözleri görmeyen vasiyetçiye tanıklar huzurunda okunduğu, vasiyetçinin yazılanların son isteklerine uygun olduğunu beyan ettiği ve kendisini bu işlemi yapmaya yeterli gördükleri" şeklinde bir açıklama bulunmaktadır, "miras bırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığına" yönelik açık bir ifade bulunmamaktadır. Buna karşılık vasiyetname metninden tanıkların belgenin düzenlenmesinde başından beri bulundukları ve tüm işlemlerin bir seferde aynı oturumda yapıldığı anlaşıldığından, 7. Hukuk Dairesi vasiyetçinin irade beyanı lehine bir yorum yapılması ve resmi vasiyetnamenin şekil eksikliği nedeniyle iptaline karar verilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Tanıkların beyanındaki eksikliğin resmi vasiyetname metninin geri kalan kısımlarındaki bilgilerle giderilebilmesi halinde dahi bu şekil eksikliğinin vasiyetnameyi iptal edilebilir kılacağı yönündeki bir karşıoya rağmen, bu kararda 7. Hukuk Dairesi şekil koşullarındaki eksiklik bakımından vasiyetname içi olguların *favor testamenti* ilkesi ışığında dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Bu kararda, Türk hukuk öğretisinde bazı yazarlarca eleştirilen resmi vasiyetnamede şekil kurallarının vasiyetnamenin geçersizliği pahasına sıkı sıkıya uygulanması yaklaşımının zayıfladığı tespit edilmektedir.

Buna karşılık, 2024 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına[22] konu davada resmi vasiyetnamenin tanık beyanındaki eksikliğin vasiyetname metninde yer alan diğer unsurlarla tamamlanabileceği yönündeki azınlık görüşü genel kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir. Genel Kurul çoğunluğu TMK m. 535/f. 2'de yer alan hususların tanık beyanında harfiyen yer almaması sebebiyle vasiyetnamenin iptal edilebilir olduğuna hükmetmiştir. Somut olayda resmi vasiyetnamenin tanıkların beyanı bölümünde tanıkların "Vasiyetçinin vasiyetnameyi tanzime ehil bulunduğuna ve son arzularını muhtevi vasiyetnamenin kendisine huzurumuzda okunmak üzere Noter tarafından verildiğine ve vasiyetnameyi huzurumuzda okuduğunu ve son arzularını tamamen muhtevi olduğunu Noter huzurunda bizlere beyan ettiğine,...şehadet ederiz" ifadeleri yer almakta, ayrıca vasiyetçinin beyanının alındığı ilk sayfada "...yazılan bu tutanak şahitler huzurunda ilgiliye okundu,..." açıklaması bulunmaktadır. Oysa Hukuk Genel Kurulu, tanık beyanı "mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve düzenlenen vasiyetnamenin noter tarafından vasiyetçiye okunduğunu" içermediğinden, beyanın

[20] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 16.3.2023 tarihli ve E. 2021/8052 K. 2023/1551 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

[21] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 27.11.2023 tarihli ve E. 2022/5638 K. 2023/5717 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

[22] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.2024 tarihli ve E. 2023/7-726 K. 2024/511 sayılı kararı (https://kazanci.com.tr).

vasiyetnamenin vasiyetçinin beyanının alındığı ilk sayfasında "...yazılan bu tutanak şahitler huzurunda ilgiliye okundu,..." şeklindeki ifadeyle tamamlanamayacağını belirtmiştir. Kararda vasiyetnamenin irade prensibi çerçevesinde ayakta tutulabilmesi için öncelikle yasal şekil şartlarına uygun bir vasiyetname yapılmış olması gerektiğinin altı çizilmiş, dolayısıyla salt *favor testamenti* ilkesinden yola çıkılarak şekil şartlarına aykırılığın aşılamayacağına hükmedilmiştir.

Kaynak düzenlemede TMK m. 535/f.2 karşılığı olan İMK m. 502/f.2 uyarınca tanıkların vasiyetnameye ekledikleri beyanlarındaki eksikliklere ilişkin bir kararında[23] İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi bu eksikliğin vasiyetname metninin geri kalanında yer alan ifadelerle tamamlanabileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda vasiyetname mirasbırakana noter tarafından tanıklar huzurunda okunmuş, ancak tanıklar beyanlarında bu okumanın kendi huzurlarında gerçekleştiğine yer vermemişlerdir. Buna karşılık tanıkların vasiyetnamenin okunması esnasında hazır bulundukları vasiyetname metnindeki diğer ifadelerden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla şekil koşulundaki bu eksiklik vasiyetname içi olgularla giderilmiş bulunmaktadır.

b. TBK m. 534 Uyarınca Tanık Beyanlarının Kapsamına İlişkin İçtihatlar

Mirasbırakan tarafından okunarak ve imzalanarak yapılan resmi vasiyetnamede tanık beyanlarının zorunlu kapsamına ilişkin olarak ise İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında[24] tanıkların katılmasına ilişkin TMK m. 534/f.2 (kaynak düzenleme İMK m. 501/2) uyarınca tanık beyanının mirasbırakanın tanıklar önlerinde beyanda bulunduğunu ve tanıkların mirasbırakanı tasarruf yapmaya ehil gördüklerini içermesinin yanısıra, resmi memurun hazır bulunduğu ifadesini içermesi gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Mahkeme, maddenin ilk fıkrası uyarınca resmi vasiyetnamenin ikinci aşamasını teşkil eden bu kısımda tanıklar önünde gerçekleştirilen işlemlerin aynı zamanda resmi memur önünde yapılıyor olmasının kanuni zorunluluk olduğunu, ancak ikinci fıkra uyarınca yapılacak tanık beyanının zorunlu içeriğine kanunkoyucu tarafından dahil edilmemiş olan "resmi memurun hazır bulunduğu" ifadesinin eksikliğinin vasiyetnameyi şekil bakımından iptal edilebilir kılmayacağını belirtmiştir. Burada gerekçe olarak kanun hükmünün lafzına ve yasal şekil kurallarının hükmün amacını aşacak şekilde genişletilmesinin hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmayacağına işaret edilmiştir.

Tanık beyanlarıyla ilgili son bir husus olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında[25] ifade edildiği üzere, tanık beyanlarının şekil şartlarına uygun şekilde resmi vasiyetnamede yer aldığı ihtimalde, tanıklardan birinin tanıklık etmeden önceki zaman diliminde mirasbırakanın vasiyetname yapma ehliyetine ilişkin şüpheye düştüğünü ortaya koyan dışsal olgular, bu kişi daha sonra fikrini değiştirmiş ve tanık beyanında bulunmuşsa, resmi vasiyetnamenin geçerliliğine etki etmemektedir. Gerçekten de şekil şartlarının yerine getirilmesi bakımından önemli olan an işlem anıdır ve işlemin tanıkların katıldığı kısmı esnasında tanıklığın sıhhatine gölge düşüren bir sebep olmadıkça önceki zamanlarda tanığın farklı bir kanaatte olması vasiyetnamenin geçerliliğini etkilememelidir.

SONUÇ

Çalışma kapsamında incelenen içtihatlar değerlendirildiğinde, özellikle Türk hukuk uygulamasında genel olarak resmi vasiyetnamenin tabi olduğu şekil koşullarının hala ilgili kanun hükümlerinin lafzına sıkı surette bağlı kalınarak denetlendiği tespit edilmektedir. Belirtmek gerekir ki bilhassa işlemi gerçekleştiren resmi memurun kimliğinin tereddütten uzak şekilde tespit edilebilmesi amacıyla şekil şartına bağlı kalınması ve ancak şekil şartlarının sağladığı güvenlik amacını evleviyetle yerine getirdiği ölçüde karma vasiyetname uygulamasının geçerli kabul edilmesi vasiyetnamenin şekil şartlarına tabi tutulmasındaki temel işlevlere

[23] BGE 89 II 363

[24] İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 4.5.1977, BGE 103 II 84.

[25] İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 25.3.2009, 5A_12/2009.

hizmet etmektedir. Buna karşılık, şekil şartlarına aykırılık teşkil eden eksikliklerin ancak sınırlı durumlarda mirasbırakanın son arzularını hayata geçirmeyi hedefleyen işlemi ayakta tutmak adına vasiyetnamenin geri kalan içeriği dikkate alınarak göz ardı edildiği görülmektedir ve bu konuda henüz istikrar kazanmış bir yargı uygulamasından bahsedilememektedir.

Özellikle 7. Hukuk Dairesi'nin dikkat çeken güncel uygulaması uyarınca, şekil koşullarındaki eksikliğin vasiyetname içi olgularla telafi edilebilir olduğu durumlarda dahi somut vasiyetname metninin kanunda öngörülen kalıba tam olarak uymaması sebebiyle işlem iptal edilebilmektedir. İncelenen kaynak İsviçre hukuku uygulama örneklerinde ise kanunda öngörülen şekil kurallarının amacının dışına çıkılarak genişletici bir yorum yapılmaması gerektiği ve vasiyetname içi olgularla şekil eksikliğinin giderilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte kanunkoyucunun şekil şartıyla hedeflediği işlem güvenliğinin tehlikeye düştüğü durumlarda salt *favor testamenti* ilkesine dayanılarak işlemdeki şekil şartına aykırılık göz ardı edilmemektedir.

Her ne kadar şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olması her şeyden önce bu işlemlerin güvenliğini sağlamakta ise de, vasiyetnamenin yorumunda geçerli *favor testamenti* ilkesinin şekil koşulu getiren kanun hükmünün hizmet ettiği amaçla bağdaştırılabildiği durumda ve ölçüde şekil koşullarının eksikliğinin telafi edilebildiği durumlarda ön planda tutulması gerekir. Bu bakımdan, özellikle vasiyetname içi olgularla ortaya konulabilen hususların vasiyetnamenin belirli bir kısmında, örneğin tanık beyanı kapsamında yer almıyor olması sebebiyle işlemin iptal edilmesi resmi vasiyetname için söz konusu şekil koşuluyla öngörülen işlem güvenliği amacının sınırlarını aşan, mirasbırakanın son arzularının ölümünden sonra hayata geçirilmesine engel olan bir yaklaşımdır.

KAYNAKÇA

ALTAY, Sabah: ""Vasiyetnamenin Şekle Aykırılık Sebebiyle Geçersizliğine İlişkin Bazı Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi." *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildiri Özetleri 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 61-67.

ANTALYA, Osman Gökhan: *Marmara Hukuk Yorumu – Miras Hukuku Cilt: III*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

BAYRAM, Aziz Erman: "İşlemde Birlik İlkesi Ve Ölüme Bağlı Tasarruflarda Uygulanışı", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (12(2), 2022, s. 1400-1468.

DORJEE-GOOD, Andrea/ DARDEL, Daniela: *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, Herausgeber: Ruth Arnet, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2023.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: *Türk Miras Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

ERGÜNE, Serkan: *Vasiyetnamenin Yorumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1987.

MOOSER, Michel: *SHK - Stämpflis Handkommentar- Commentaire du droit des successions*, Herausgeber: Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller, 2. Bası, Stämpfli Verlag, Bern, 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Türk Hukukunda Resmi Vasiyetnamelerde Tanıkların Beyan Edecekleri Hususlar ve Karma Vasiyetnamelerin Geçerliliği", *Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt III*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 536 – 554.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: *Miras Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

WEIMAR, Peter: *Berner Kommentar- Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen*, Art. 457-516 ZGB, 2009.

CEBRİ İCRADA BORÇLUNUN AKTİF VE PASİF MALVARLIĞINA DAİR BİLGİLERE ERİŞİM İMKANININ KISITLANMASINA İLİŞKİN KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TOPAK[*]

ÖZET

Cebrî icra sürecinde alacaklının alacağını tahsil edebilmesi, büyük ölçüde borçlunun malvarlığının kapsamlı ve etkili bir biçimde tespitine bağlıdır. Özellikle haczedilebilir nitelikte herhangi bir malvarlığı unsuruna ulaşılamadığı durumlarda, borçlunun henüz resmi olarak aktif malvarlığına intikal etmemiş miras payı ya da devrettiği pasif malvarlığı unsurlarının araştırılarak tespit edilmesi, takibin başarıya ulaşmasında belirleyici bir rol oynayabilmektedir. Ne var ki, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 2016 yılında yürürlüğe girmesinin ardından, icra dairelerinin borçlunun, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP) sisteminde görünmeyen malvarlığına ilişkin alacaklı taleplerini kişisel verilerin korunması gerekçesiyle reddettiği gözlemlenmektedir. Her ne kadar KVKK, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel güvenceleri tesis etse de kamu düzeni ile yargısal süreçlerin etkin işleyişi gözetilerek birtakım istisnai düzenlemelere de aynı Kanun'da yer verilmiştir. Cebri icra sürecindeki takip işlemleri de kamu düzenini ilgilendiren yönleri itibarıyla söz konusu istisnalar kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Kanun'un 28. maddesinde yer alan ve Kanun'un uygulanmasında istisna olarak öngörülen "yargı makamları veya infaz mercileri" ibaresi, icra dairelerini de kapsamakta olup bu daireler nezdinde gerçekleştirilen işlemlerde kişisel verilerin işlenmesi, istisna hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek kişisel verilerin varlığı, alacaklı taleplerinin kategorik olarak reddine dayanak yapılmamalıdır. Alacaklının alacağını tahsil etmesine hizmet eden ve UYAP sistemi üzerinden doğrudan erişilemeyen aktif ve pasif malvarlığı unsurlarına ilişkin sorgulama taleplerinin yalnızca KVKK gerekçesiyle reddedilmemesi; aksine gerekli araştırmaların yapılarak tespit edilen malvarlıklarının haczine imkân tanınması hem icra takibinin etkinliği hem de kamu yararının temini açısından bir zorunluluktur.

Anahtar Kelimeler: İcra Takibi, Haciz, Kişisel Veriler, Aktif ve Pasif Malvarlığı Bilgisi, Malvarlığı Sorgu Talebinin Reddi.

THE DECISIONS REGARDING THE RESTRICTION OF ACCESS TO INFORMATION ON THE DEBTOR'S ACTIVE AND PASSIVE ASSETS IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

ABSTRACT

In the enforcement process, the creditor's ability to collect the debt depends largely on the comprehensive and effective identification of the debtor's assets. Especially in cases where no assets subject to seizure can be identified, investigating and identifying the debtor's inheritance share that has not yet been officially transferred to their active assets or the passive assets they have transferred can play a decisive role in the success of the enforcement proceedings. However, following the entry into force of the Personal Data Protection Law No. 6698 (KVKK) in 2016, it has been observed that

[*] İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul- İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, suleymantopak@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6956-8265.

enforcement offices have been rejecting creditors' claims regarding the debtor's assets that are not visible in the National Judicial Network Information System (UYAP) on the grounds of personal data protection. Although the KVKK establishes basic safeguards for the protection of personal data, the same law also provides for certain exceptions in order to ensure public order and the effective functioning of judicial processes. Enforcement proceedings in the compulsory enforcement process should also be evaluated within the scope of these exceptions in terms of their relevance to public order. Indeed, the phrase 'judicial authorities or enforcement authorities' in Article 28 of the Law, which is envisaged as an exception in the application of the Law, also covers enforcement offices, and the processing of personal data in the transactions carried out by these offices should be evaluated within the framework of the exception provisions. In this context, the existence of personal data should not be used as a basis for categorically rejecting the creditor's claims, taking into account the balance of interests between the parties. Requests for inquiries regarding active and passive assets that serve the creditor's collection of the debt and cannot be directly accessed through the UYAP system should not be rejected solely on the grounds of the KVKK; rather the necessary investigations should be conducted to enable the seizure of the identified assets, which is a necessity both for the effectiveness of enforcement proceedings and for the protection of the public interest.

Keywords: Enforcement Proceedings, Foreclosure, Personal Data, Active and Passive Asset Information, Refusal of Asset Enquiry Request.

GİRİŞ

Mahkeme kararları ile diğer icra kabiliyeti bulunan belgeler, ancak öngördükleri sonuçların fiilen gerçekleşmesi, yani icra edilmeleri hâlinde hukuken etkili hale gelirler.[1] Bu belgelerin hüküm doğurduğu kişilerce yükümlülüklerin kendiliğinden yerine getirilmesi hukuk düzenince tercih edilen bir olasılık olmakla birlikte yükümlülüğün ifa edilmemesi durumunda alacaklının, kendi imkânlarıyla hakkını gerçekleştirmesi –geçmiş hukuk sistemlerinde[2] yer bulmuş olan ihkak-ı hak anlayışının aksine– günümüzde kabul edilmemektedir.[3] Bu noktada devreye cebrî icra hukuku girmekte; yargı kararlarının

[1] ÖZBEK, M. Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.147; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.2; KUŞ, Bahadır: Cebri İcrada Borçluya ve Malvarlığına Dair Bilgilere Erişim İmkânı, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s.13.

[2] Roma hukukunun temel kaynaklarından biri olan On İki Levha Kanunları, borcunu ifa etmeyen borçlunun alacaklı tarafından yanına götürülmesini ve zincire vurulmasını öngörmekteydi. Ancak Roma hukukunun sonraki dönemlerinde ve diğer hukuk sistemlerinin tarihsel gelişim sürecinde, cebrî icra hukukunda önemli yapısal dönüşümler yaşanmıştır. Bu dönüşüm, bireyin fiziksel bütünlüğünün korunmasını esas alan daha insanî bir anlayışın benimsenmesiyle birlikte şekillenmiş; böylece borçlunun şahsî özgürlüğü değil, yalnızca malvarlığı değerleri cebrî icraya konu edilebilecek unsurlar olarak kabul edilmiştir. Bu ilke, günümüzde çağdaş hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olup, cebrî icranın temel esaslarından biri hâline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. RADO, Türkan: "Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, Yıl 1944, s.229; ÇİFTÇİ, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s.20.

[3] ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s.31-32; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.41; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.2; KUŞ, s.13; Hukukumuzda kural olarak, bireylerin haklarını kendi başlarına zor kullanarak elde etmeleri yasaklanmış; hak arama ve alacak tahsili yetkisi, yalnızca kamu gücü aracılığıyla yürütülecek cebrî icra mekanizmalarına bırakılmıştır. Bununla birlikte, istisnai nitelikte bazı durumlarda, devlet müdahalesinin zamanında gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hâllerde, kişilerin haklarını kendiliklerinden koruyabilmelerine olanak tanındığı görülmektedir. Nitekim Türk Medeni

veya icra edilebilir nitelikteki belgelerin içeriği, alacaklının etkin hukuki koruma talebi[4] üzerine, icra organları tarafından kamu gücüne dayalı olarak ve zor kullanılarak yerine getirilmektedir. Dolayısıyla cebrî icra hukuku, yalnızca bireysel hakların tesisi açısından değil aynı zamanda hukukî güvenliğin sağlanması bakımından da temel bir işleve sahiptir.[5] Bu yönüyle, cebri icra sisteminin işleyişinde kamu gücünün meşru sınırlar içinde kullanılmasına olanak tanınmıştır.[6]

Çağdaş hukuk sistemlerinde genel kabul gören ilkeye göre borçlu, kural olarak yalnızca malvarlığı ile sorumlu tutulmakta; cebrî icra bu malvarlığı unsurları üzerinde gerçekleştirilmekte ve borçlunun şahsına yönelik doğrudan bir cebir uygulanmamaktadır.[7] Bu bağlamda, alacaklının para alacağına kavuşabilmesi, doğrudan doğruya borçlunun malvarlığının tespitiyle mümkün olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, borçluya ve onun ekonomik değer taşıyan varlıklarına ilişkin bilgilere erişim, cebrî icra işlemlerinin etkinliği açısından hayati önem taşımaktadır.[8] Bu amacın sağlanabilmesi için hem borçlunun hem de malvarlığıyla bağlantısı bulunan üçüncü kişilerin, icra takibine ilişkin gerekli bilgileri icra mercileriyle paylaşma yükümlülüğü bulunmaktadır.[9] Bu yükümlülük, yalnızca alacaklının hakkına ulaşmasını kolaylaştırmakla kalmayıp, aynı zamanda hukuki korumanın etkinliğini güvence altına alan temel bir mekanizma işlevi görmektedir.

Cebrî icra sürecinde alacaklının, borçlunun kişisel bilgilerine veya malvarlığı unsurlarına dair ayrıntılı bilgiye sahip olmaması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Nitekim borçlunun güncel adresi, çalıştığı kurum, mevcut olan veya devrettiği taşınır veya taşınmaz malvarlığı ya da banka hesaplarının bulunduğu finansal kuruluşlar alacaklı tarafından her zaman bilinemeyebilir. Oysa bu tür bilgilere erişim, icra takibinin sağlıklı şekilde ilerleyebilmesi açısından belirleyici öneme sahiptir.[10] Kaldı ki, borçlunun haczi mümkün mal ve haklarına ilişkin bilgileri icra dairesine bildirme yükümlülüğü, kural

---

Kanunu'nun 753. ve 981. maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 64. maddesi bu duruma örnek teşkil etmektedir. Ancak bu istisnalar dışında, alacaklının borcun ifasını temin etmesi yalnızca devletin yetkili organları vasıtasıyla mümkündür. Tarihsel olarak bakıldığında ise, ilk dönem hukuk sistemlerinde alacaklıların, borçlarını tahsil edebilmek amacıyla borçlulara yönelik fiziksel zor kullanmalarına ve hatta onları hürriyetlerinden yoksun bırakmalarına müsaade edildiği görülmektedir. Ancak insan hakları anlayışının gelişimiyle birlikte bu tür uygulamalardan vazgeçilmiş; modern hukuk sistemlerinde borçlunun, yalnızca malvarlığıyla sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. AKİL, Cenk/TOPAK, Süleyman: Şematik İcra ve İflas Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.19.

[4] Etkin hukuki koruma, yalnızca yargı mercilerine erişim hakkını değil, aynı zamanda bu sürecin adil, makul sürede ve etkili biçimde sonuçlanmasını da kapsayan bütüncül bir yükümlülüğü ifade eder. Bu yükümlülük, yargı yoluna başvurulmasıyla başlamakta; yargılamanın tüm aşamalarında ve özellikle verilen hükmün icrası sürecinde de kesintisiz biçimde devam etmektedir. Etkin hukuki korumanın sağlanabilmesi, yalnızca geçici hukuki himaye tedbirlerinin zamanında ve etkili şekilde uygulanmasını değil, aynı zamanda kesinleşmiş mahkeme kararlarının fiilen hayata geçirilmesini, yani icra kabiliyetinin güvence altına alınmasını da gerekli kılmaktadır. PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.12-13; AKKAN, Mine: "Medeni Usul Hukukunda Etkin Koruma", *MİHDER*, Sayı 1, Yıl 2007, s.60-62; ÖZBEK, s.148-149.

[5] PEKCANITEZ, s.15; AKKAN, s.37-38; ÖZBEK, s.149; KUŞ, s.13.

[6] ERVO, Lauro: "Debtor Protection And Enforcement Efficiency According To Finnish Law", *Access to Justice in Eastern Europe*, Cilt 4, Sayı 8, Yıl 2020, s.267.

[7] ÖZEKES, s.32; ÇİFTÇİ, s.19; KUŞ, s.14; ERVO, s.267.

[8] ERVO, s.270-271; KUŞ, s.14.

[9] ERVO, s.271; KUŞ, s.14.

[10] ERVO, s.272.

olarak borçlunun kendisine aittir. Bu yükümlülük, yalnızca icra takibinin sağlıklı biçimde ilerlemesini değil, aynı zamanda alacaklının hakkına etkin biçimde ulaşabilmesini temin etmeye yönelik bir zorunluluktur. Alacaklının borçluya ait aktif veya pasif malvarlığı bilgilerine ulaşamaması hâlinde, hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış olan talep hakkı fiilen kullanılamaz hâle gelir. Bu durum yalnızca bireysel adalet duygusunu zedelemekle kalmaz, aynı zamanda icranın etkinliğini azaltarak hukuki güvenlik ilkesine zarar verir ve devlete duyulan güveni sarsar. Ayrıca, güven ilişkisine dayalı olarak işleyen ekonomik ve ticari yapının istikrarını da olumsuz etkileyerek genel anlamda hukuk devleti ilkesine zarar verebilir.

Cebrî icra, borçlunun kendi rızasıyla yerine getirmediği edimin, alacaklı tarafından hukuk düzeni içinde ve kamu gücü aracılığıyla tahsil edilebilmesini sağlayan zorunlu bir hukuki mekanizmadır. Ancak bu sürecin işleyişi, KVKK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte özellikle son yıllarda alacaklının hak arama ve bilgiye erişim imkânı bakımından ciddi engeller doğurmuştur. KVKK'nın yürürlüğe girmesinden sonra icra daireleri, borçluya ait aktif ya da pasif malvarlığına yönelik alacaklının araştırma ve sorgulama taleplerini çoğu zaman kişisel verilerin korunması gerekçesiyle reddetmektedir. Bu uygulama ise alacaklının, kanunen tanınmış haklarına ulaşmasını güçleştirmekte ve cebrî icra hukukunun etkinliğini zayıflatmaktadır. Sonuç olarak bu tür uygulamalar, hukuk devleti ilkesinin etkinliğini zayıflatmakta ve hukuk güvenliği bakımından ciddi sakıncalar doğurmaktadır.

Bu çalışmada, KVKK ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) arasında uygulamada ortaya çıkan normatif çatışmalar ele alınacak; kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin, cebrî icra sürecinde alacaklının haklarını ne şekilde sınırlandırdığı somut örnekler ve Kişisel Verilerin Korunması Kurumu kararları üzerinden değerlendirilecektir. Ayrıca, kişisel veri güvenliği ile kamu düzeninin bir parçası olan cebrî icra faaliyetleri arasındaki dengenin nasıl sağlanabileceği ve bu alanda ortaya çıkan uygulama kaynaklı hak ihlallerinin önlenmesine yönelik çözüm önerilerine de yer verilecektir.

I. CEBRİ İCRANIN ETKİNLİĞİ BAKIMINDAN BORÇLUNUN BİLGİLERİNE ERİŞİM

A. Kavram Tanımları

Bu çalışmada kullanılan bazı temel kavramların açıklığa kavuşturulması, konunun daha sağlıklı anlaşılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Çalışmada yer alan "Cebrî icra" terimiyle kastedilen, yalnızca cüz'î icra süreçleridir. "Borçlu" kavramı ise icra hukuku bağlamında, genel anlamıyla ele alınmış olup, maddi hukuk çerçevesinde borçlu sıfatını haiz olmasından ziyade, yürütülen icra takibinde borçlu sıfatını taşıyan kişiyi ifade etmektedir. Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edim ise; para ödeme borcu, taşınır teslimi, kiralanan taşınmazın tahliyesi yahut bir fiilin yapılması ya da yapılmaması şeklinde tezahür edebilir. Çalışmada geçen "malvarlığı" kavramı ise alacaklının alacağını tahsil edebilmesini teminen haczedilip paraya çevrilebilecek ya da doğrudan takibe konu olabilecek, borçluya ait taşınır ve taşınmaz malları (veya hukuken bu nitelikte sayılanları) ve borçlunun malvarlığını oluşturan diğer unsurları kapsamaktadır.

Çalışmanın merkezinde yer alan "bilgi" ve "bilgiye erişim" kavramları, diğer kavramlara kıyasla daha kapsamlı bir şekilde incelenmeyi gerektirmektedir. Literatürde bilgi, kimi yaklaşımlara göre iletişimi mümkün kılan, algılanabilir ve başkalarına aktarılabilir nitelikte bir olgu olarak tanımlanmaktadır.[11] Bununla birlikte, bilginin hukukî anlam ve sonuç doğuracak bir nitelik kazanabilmesi, belirli bir kayıt sistemine dâhil edilerek somutlaştırılması ve bu şekilde belge niteliği taşımasıyla mümkün hâle gelmektedir.[12]

[11] DÖNER, Ayhan: Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.79; KUŞ, s.19.

[12] DÖNER, s.80; KUŞ, s. 19.

Bilgiye erişim, günümüzde küresel ölçekte bir hak olarak tanınma yönünde gelişim göstermekte olup, birçok hukuk sisteminde bireylere çeşitli biçim ve kapsamlarla "bilgi edinme" hakkı tanınmaya başlanmıştır.[13] Her ne kadar bu hak, her devlette aynı içerik ve sınırlarla düzenlenmemiş olsa da genel eğilim, kamu makamlarının şeffaflığını artırma ve demokratik katılımı güçlendirme amacıyla bilgiye erişimi güvence altına alma yönündedir. Türkiye'de de bu hak, anayasal düzeyde ve özel kanunla teminat altına alınmıştır. Bu hak, Anayasa'nın 74. maddesi ile 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, "herkes bilgi edinme … hakkına sahiptir." şeklindeki düzenleme ile açıkça güvence altına alınmıştır.

B. Cebri İcrada Bilgiye Erişimin Önemi

İcra takibinin sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi ve amaçlanan hukuki sonuçlarına ulaşabilmesi, taraflara ilişkin bilgilere erişimin etkin biçimde sağlanmasına bağlıdır. Bu bağlamda bilgiye erişim, sadece bir hak değil, aynı zamanda cebri icranın işlerliğini temin eden bir araç niteliği taşımaktadır.[14] Öte yandan, İİK'nın 85. maddesinin son fıkrası uyarınca icra memuru, takip sürecinde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini mümkün olduğunca gözetmek ve her iki tarafın haklarını adil bir biçimde korumakla yükümlüdür. Bu nedenle icra memurunun, alacaklının hukuki durumunu gereksiz yere zorlaştıracak veya borçlu lehine menfaat dengesini bozacak nitelikteki bilgilere ulaşmaktan imtina etmemesi gerekmektedir.[15] Buna karşılık, icra takibinin nihai amacına ulaşabilmesi için gerekli olan her türlü bilgi ve belgeye erişim imkânının alacaklıya sağlanması zorunludur. Takip hukukunun etkinliği açısından, bu erişim hakkı alacaklının menfaatlerinin korunması bakımından çok önemli bir işlev görmektedir.

II. BORÇLUYA DAİR BİLGİLERE ERİŞİMİN KAPSAMI ve İÇERİĞİ

A. Kural Olarak Borçlunun Malvarlığını Beyan Yükümlülüğü

İİK'nın 74. maddesi uyarınca takip borçlusu gerek kendi nezdinde gerekse üçüncü kişiler nezdinde bulunan ve borcuna yetecek miktardaki mal, alacak ve haklarını icra dairesine bildirmekle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülük, yalnızca borca yetecek ölçüde mal bildiriminde bulunmakla sınırlı değildir; borçlu ayrıca her türlü gelir, kazanç ve geçim kaynağını da kapsayacak şekilde mal beyanında bulunmalıdır.[16] Ayrıca borçlu, sonradan kazandığı malları ve gelirinde meydan gelen artışları da icra

[13] Bilgiye erişme ve bilgi edinme başka ülke Anayasalarında da bir hak olarak düzenlenmiştir. Örneğin, Alman Anayasası m. 5/1: "Herkes (…) genel olarak erişilebilir kaynaklardan herhangi bir engel olmaksızın bilgi edinme hakkına sahiptir", Fransız Anayasası m. 7: "Herkes, kanunun belirlediği şartlar ve sınırlar altında kamu otoritelerinin çevreye ilişkin ellerinde bulundurdukları bilgilere erişim hakkına (…) sahiptir", İsviçre Federal Anayasası m. 16: "Herkes özgürce bilgi alma, bilgiyi genel olarak erişilebilir kaynaklardan edinme ve onu yayma hakkına sahiptir".

[14] KUŞ, s.21.

[15] ÇİFTÇİ, s.85.

[16] ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.126; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.156; Mal beyanına ilişkin düzenlemeler, hemen her hukuk sisteminde farklı biçimlerde yer almakta olup, beyanın kapsamı ve şekli bakımından çeşitli farklılıklar göstermektedir. Özellikle mal beyanının yalnızca haczi karşılayacak miktarda malvarlığıyla mı sınırlı olacağı, yoksa borçlunun tüm malvarlığını kapsayıp kapsamayacağı gibi hususlar ile beyanın hangi usullerle alınacağı -örneğin yazılı beyan, yeminli açıklama veya duruşmada sözlü ifade- ülkeden ülkeye değişebilmektedir (ÖZBEK, s. 391 vd.). Nitekim, Almanya'da borçlu yemin etmek suretiyle tüm malvarlığını beyan etmekle yükümlüdür. Hollanda hukukunda ise borçlu yalnızca gelir kaynaklarını bildirmekle sorumlu tutulmuştur. İrlanda ve İngiltere

dairesine bildirmek zorundadır (İİK m.77). Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde, borçlu hakkında disiplin hapsi yoluyla tazyik yaptırımı uygulanması öngörülmüştür (İİK m.76; m.339).

İİK'nın 74. maddesi uyarınca, borçlunun borcunu karşılayacak miktarda malvarlığını beyan etme zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak, borçlunun bildirdiği bu malvarlığı unsurlarının öncelikli olarak haczedilmesi yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır.[17] Başka bir ifadeyle icra memuru, haciz işlemlerini yerine getirirken alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini gözetmek suretiyle takdir yetkisini kullanmalıdır.[18] Aynı şekilde, alacaklının haciz talebinde bulunabilmesi için borçlunun mal beyanında bulunmasını beklemesi şart değildir.[19] Alacaklı, dilerse UYAP sistemi aracılığıyla borçlunun mal, hak ve alacaklarına ilişkin sorgulama yaparak bunlar üzerinde doğrudan haciz uygulanmasını talep edebilir (İİK m. 8/a-6, Yönetmelik m. 5). UYAP sistemi üzerinden yapılan sorgulamalarda tespit edilemeyen hak ve alacaklar bakımından ise alacaklının veya vekilinin somut ve makul dayanaklara dayanan talebi doğrultusunda, icra memurunun işlem yükümlülüğünü yerine getirerek ilgili haciz talebini yerine getirmesi gerekmektedir.

B. Borçlunun Aktif Malvarlığının Tespiti

Kesinleşmiş bir icra takibi sürecinde, borçlunun Kanun'da öngörülen süre içerisinde borcunu ifa etmemesi hâlinde, alacaklının talebi üzerine haciz aşamasına geçilir.[20] İİK m.85 uyarınca, borçlunun gerek kendi uhdesinde gerekse üçüncü kişiler nezdinde bulunan taşınır malları ile taşınmaz malvarlığına haciz tatbik edilebilir.[21] Bu çerçevede alacaklı veya vekili[22], borçlunun haczedilebilir malvarlığının tespiti ve haciz işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla icra dairesine başvurarak gerekli işlemlerin başlatılmasını talep edebilir.

Borçlunun haczi mümkün malvarlığı unsurlarına ilişkin yürütülen araştırmalar, alacağın tahsili sürecinde temel bir rol oynamaktadır. Ancak bu araştırma ve tespit faaliyetleri, yalnızca borçlunun mevcut ve resmî kayıtlarda yer alan malvarlığıyla sınırlı olup kayıt dışı veya tespiti mümkün olmayan unsurlar bu kapsamın dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının talep ettiği malvarlığı tespitinin kapsamı, büyük ölçüde kayıt sistemlerinin doğruluğu ve güncelliğiyle bağlantılıdır.

Borçlunun aktif mal, hak veya alacağının UYAP üzerinden sorgulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen "Mal, Hak veya Alacağın Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi Üzerinden Sorgulanması Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)"[23] ile hüküm altına alınmıştır. İlgili yönetmelikte, ödeme emrindeki müddet geçtikten ve borçlu itiraz etmiş ise itirazı hükümden düşürüldükten sonra alacaklı tarafından mal beyanını beklemeksizin UYAP üzerinden, bu

---

uygulamalarında ise borçlu, malvarlığına ilişkin bilgileri yazılı belgelerle desteklemekle birlikte, çapraz sorguya da tabi tutulabilmektedir. KUŞ, s.59.

[17] GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.151; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.294.

[18] KUŞ, s.62.

[19] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.156; KUŞ, s.62.

[20] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.161.

[21] GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.155; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.181-182; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.292.

[22] Alacaklı vekilinin haciz talep edebilmesi için vekaletnamesinde bu hususta özel yetki bulunmasına gerek yoktur (HMK m.74). GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.155.

[23] R.G. 22.01.2022, 31727.

sisteme entegre edilmiş olan kamu kurum veya kuruluşları, 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar ile benzer mahiyette kayıtları tutan kurum ve kuruluşların veri tabanında yer alan borçluya ait mal, hak veya alacakların sorgulanabileceği belirtilmiştir (Yönetmelik, m.5). Sorgulama işleminin, UYAP ortamında alacaklı taraf vekili olarak ilgili icra dosyasına kaydedilmiş avukatlar ile sistem altyapısı oluşturulduğu takdirde gerçek veya tüzel kişi alacaklılar tarafından ilgili portal üzerinden yapılabileceği belirtilmiştir (Yönetmelik, m.6).

Borçluya ait aktif malvarlığı, hak veya alacaklara ilişkin sorgulama usulleri Yönetmeliğin üçüncü bölümünde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, alacaklı tarafından UYAP üzerinden yapılabilecek sorgular aracılığıyla, borçlunun tespit edilebilen bazı malvarlığı unsurlarına ulaşılması mümkündür. Bu sorgu türleri Yönetmelikte şu şekilde düzenlenmiştir;

- Borçlu adına kayıtlı araç olup olmadığının tespiti amacıyla araç sicillerini tutan kurumların veri tabanlarında yapılacak araç sorgusu,

- Borçluya ait mükellef merkez bilgileri, borçlunun adına kayıtlı araç bilgileri ile borçlunun mal, hak veya alacağına ilişkin gerekli diğer bilgilerin tespiti amacıyla Gelir İdaresi Başkanlığı veri tabanında yapılacak sorgulama,

- Borçlunun, alacaklı taraf olarak kayıtlı olduğu icra dosyası olup olmadığının tespiti amacıyla UYAP veri tabanında yapılacak sorgulama işlemi,

- Borçlunun mal, hak veya alacağının tespiti amacıyla kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların veri tabanlarında yapılacak sorgulama işlemi,

- Borçlunun posta çeki hesabının tespiti amacıyla PTT veri tabanında yapılacak sorgulama işlemi,

- Borçlunun hak, alacak veya sosyal güvenlik kayıtlarının tespiti amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu veri tabanında yapılacak sorgulama işlemi,

- Borçlu adına kayıtlı taşınmaz olup olmadığının tespiti amacıyla taşınmaz sicil kayıtlarını tutan kurumların veri tabanlarında yapılacak sorgulama işlemi,

- Yönetmelikte düzenlenen sorgulama türleri dışında mal, hak veya alacak kaydı tutan başka kurum ve kuruluşlar ile UYAP entegrasyonu sağlanması halinde bu kurum ve kuruluşların veri tabanlarında yapılacak sorgulama işlemleri olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, borçlunun aktif malvarlığına ilişkin kayıtların tespiti, UYAP sistemi aracılığıyla yalnızca sisteme entegre kurum ve kuruluşların bilgi altyapıları üzerinden ve erişim yetkisi tanınan sorgulama alanlarıyla sınırlı olarak mümkündür.

Öte yandan, borçlunun Kanun uyarınca malvarlığına dahil sayılmakla birlikte henüz resmî devir veya intikali gerçekleşmemiş bazı malvarlığı unsurlarına -örneğin, miras yoluyla kazanılan mallar ya da ihale tarihi itibarıyla malik olduğu taşınır/taşınmaz gibi- yönelik olarak UYAP üzerinden sorgulama yapılması mümkün değildir. Bu tür malvarlığı unsurlarının alacaklı tarafından kendi çabasıyla tespit edilmesi de çoğu durumda fiilen imkânsızdır. Ne var ki, alacaklının alacağına ulaşabilmesi açısından söz konusu bilgilerin de erişilebilir olması gerekmektedir. Ancak uygulamada, alacaklıların borçlunun taşınır veya taşınmaz malvarlığına ilişkin daha geniş kapsamlı sorgu ve haciz talepleri, KVKK kapsamında öngörülen sınırlamalar gerekçe gösterilerek icra daireleri tarafından sıklıkla reddedilmektedir. Bu doğrultuda verilen ret kararları, yargı mercilerince de genellikle hukuka uygun ve yerinde değerlendirilmekte; kişisel verilerin korunması ilkesi çerçevesinde, icra müdürlüklerinin görev

sınırları dışına çıkan taleplerin kabul edilmemesi gerektiği yönündeki uygulama, yargısal denetimden geçerek istikrar kazanmış görünmektedir.[24]

KVKK, yalnızca gerçek kişilere ait kişisel verilerin işlenmesini düzenlemekte olup (KVKK m.2), tüm insanlar hukuk düzeni içinde gerçek kişi sıfatına sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 28. maddesi uyarınca, gerçek kişilik doğumla başlar ve ölümle sona erer. Bu nedenle, ölen kişilere ait veriler —başkaca bir özel düzenleme bulunmadıkça— KVKK'nın doğrudan koruma kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak bu durum, murise ait verilerin hiçbir şekilde koruma görmeyeceği anlamına gelmemektedir. Özellikle bu veriler hâlen yaşayan mirasçılarla ilişkilendirilebilir nitelikteyse veya üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerini etkiliyorsa, bu tür verilerin işlenmesi hukuki ve etik açıdan değerlendirilmelidir.[25] Ancak uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, borçlunun murisine ait verilerin yalnızca "kişisel veri kapsamına girdiği" gerekçesiyle icra dairelerince işlem dışı bırakılması, Kanun'un kapsamı bakımından da isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemez.

C. Borçlunun Pasif Malvarlığının Tespiti

Uygulamada sıklıkla rastlanan durumlardan biri, borçluların icra takibinin başlamasından veya kesinleşmesinden önce malvarlığı unsurlarını mülkiyetlerinden çıkarmalarıdır. Bu tür işlemler çoğu zaman hileli ya da muvazaalı nitelikte olup, alacaklıların alacaklarını tahsil etmelerini engelleme amacı taşımaktadır.

Bu tür malvarlıklarının tespitine yönelik olarak icra dairelerine yapılan başvurular, uygulamada sıklıkla reddedilmekte ve kararlar genellikle şu çerçevede oluşturulmaktadır: *"Alacaklının, üçüncü kişilere ait kişisel verilerin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde bir talepte bulunamayacağı; alacaklı veya vekilinin, alacağın tahsiline yönelik araştırma ve sorgulama taleplerini icra müdürlüklerine iletmesinin mümkün olduğu, icra dairelerinin ileride açılacak davalara dair delil toplama görevinin bulunmadığı, ancak borçlunun mülkiyet hakkını hedef alan tasarrufların iptali gibi*

[24] İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD'nin 13.10.2016 tarih ve E:2016/59, K:2016/68 sayılı kararı, *"…yapılacak bir fayda-zarar kıyaslamasında kişisel verilere kolaylıkla ulaşılmasının yaratması muhtemel olan zararlarının sağlaması muhtemel olan yararlarına göre daha fazla ve daha mühim olduğu anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde davacı tarafın icra müdürlüğüne yaptığı borçlunun anne babasını gösterir aile nüfus kaydının sorgulanarak muris tespit edilmesi halinde adına kayıtlı taşınmaz bulunup bulunmadığının sorgulanmasına ilişkin talebi yerinde olmayıp bu talebin reddine ilişkin' müdürlük kararı doğrudur. Nitekim bu hususta yerleşmeye başlayan uygulama kapsamında da mahkemelerce verilen benzer mahiyetteki kararlar Yargıtay tarafından da onanmaktadır."* www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.05.2025).

[25] İsviçre veri koruma hukukunda da (İsviçre Federal Veri Koruma Kanunu- Bundesgesetz über den Datenschutz – DSG) yalnızca gerçek kişilere ait verilerin işlenmesine uygulanmakta olup, bu yönüyle KVKK ile benzer bir çerçeve öngörülmüştür. İsviçre Medeni Kanunu'nun (Zivilgesetzbuch – ZGB) 11. maddesi uyarınca tüm insanlar gerçek kişi olarak kabul edilmekte; aynı maddenin ikinci paragrafına göre ise gerçek kişiler hukuk düzeni içinde eşit hak ve yükümlülüklere sahip olma kapasitesine sahiptir. ZGB'nin 31. maddesinin birinci fıkrası ise gerçek kişiliğin doğumla başladığını ve ölümle sona erdiğini hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda, vefat eden kişilere ait veriler, kural olarak DSG kapsamının dışında kalmaktadır. Ancak, bu durum, ölen kişilere ilişkin verilerin tamamen korumasız olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim İsviçre hukuku çerçevesinde, murisin kişisel varlıklarının korunması, belirli koşullarda hayatta kalan yakın akraba veya arkadaşlarının kişilik haklarına dayanarak dolaylı şekilde gündeme gelebilir. Özellikle ölümden sonra geride kalan verilerin, yaşayanların itibarı veya özel hayatı üzerinde etkili olması hâlinde, bu verilerin işlenmesi sınırlamalara tabi tutulabilir. Dolayısıyla, DSG'nin koruma alanı teknik olarak sadece yaşayan kişileri kapsamakla birlikte, ölen kişilere ait verilerin işlenmesinde dolaylı bir kişilik hakkı korumasının söz konusu olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. BİERİ, Adrian/POWELL, Julian: DSG - Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023, s.89.

özel hukuk davaları için ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin icra dairesinden talep edilemeyeceği; bu çerçevede borçlunun pasif malvarlığına ilişkin kayıtların, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2/3. maddesi uyarınca sicil müdürlükleri nezdinde avukat sıfatıyla incelenebileceği" ifade edilmekte ve bu gerekçelerle başvurular reddedilmektedir.

Bu hususta Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'ın benimsediği yaklaşım, borçlunun pasif malvarlığına yönelik kayıtların sorgulanması sırasında hâlihazırdaki malikler hakkında kişisel verilere de ulaşılabileceği ve bunun da Anayasa ile güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkına aykırılık teşkil edeceği yönündedir. Yargı kararlarında, icra müdürlüklerinin yalnızca alacağın tahsiline yönelik, mevzuatla açıkça yetkilendirildiği ölçüde araştırma ve sorgulama işlemleri yapabileceği; bu sınırların dışında kalan, özellikle ileride açılması muhtemel özel hukuk davalarına konu olabilecek bilgi ve belgelerin toplanmasının icra müdürlüğünün görev alanı dışında olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, alacaklının talebiyle yapılan ancak takibin doğrudan ilerlemesine hizmet etmeyen pasif malvarlığı bilgilerinin tespiti taleplerinin reddinin hukuka uygun olduğu vurgulanmaktadır.[26]

Kanımızca bu yaklaşım isabetli değildir. Zira pasif malvarlığına ilişkin sorgular neticesinde, taşınır ya da taşınmazın yeni malikine ait yalnızca ad-soyad veya ünvan bilgisi gibi sınırlı veriler elde edilmekte olup, bu veriler dışında kişisel veri niteliği taşıyan detaylı bilgilere ulaşılması söz konusu değildir. Bu itibarla gerek icra takibinin taraflarına gerekse üçüncü kişi konumundaki yeni malike ilişkin kişisel verilerin ihlâl edildiğinden söz edilmesi mümkün görünmemektedir.[27]

[26] Yargıtay 12. HD'nin 12.01.2023 tarih ve E:2022/7789, K:2023/181 sayılı kararı, *"Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile borçlunun pasif taşınmaz kaydının sorgulanmasında ulaşılacak bilgilerde hali hazırdaki malike ait bilgilerin de yer alacağını, talebin kabulünün anayasal güvenceye bağlanan kişisel verilerin korunması düzenlemesine aykırı olduğunu, icra müdürlüğü alacağın tahsiline yönelik sınırlı işlemler için bilgi toplayabileceğinden alacaklı tarafın istinaf başvurusunun HMK'nun 353/1-b-1 maddesi uyarınca esastan reddine karar verilmiştir."* www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.05.2025); Yargıtay 12. HD'nin 13.02.2023 tarih ve E:2022/13128, K:2023/785 sayılı kararı, *"Kişinin mal varlığı bilgilerinin kişisel veri niteliğinde olduğu, borçlunun pasif taşınmaz kayıtlarının sorgulanması ile borçlu dışındaki kişilerin de kimlik bilgilerine ulaşılacağından anayasal güvenceye bağlanan kişisel verilerin korunması düzenlemesine aykırı olacağını, kaldı ki icra müdürlüğünün gerekli araştırma ve sorgulama işlemlerinin alacağın tahsiline yönelik sınırlı işlemler için gerçekleştirebileceğini, takip alacaklılarının ileride açabilecekleri muhtemel davaların malzemelerinin toplanması ödevinin icra müdürlüğüne ait olmadığını, vekilin avukatlık yasasından kaynaklanan yetkisi ile bu işlemleri gerçekleştirerek borçlu veya 3. kişilere yasadan doğan dava hakkını kullanabileceğini, yasa ve mevzuata aykırı olarak icra müdürlüğüne böyle bir yükümlülüğün getirilmesinin de mümkün olmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir. …Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı Kanun'un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA…"* www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.05.2025); Öte yandan, bazı yargı mercileri, pasif malvarlığına ilişkin sorgu taleplerinin icra takibinin etkinliğini sağlama ve alacaklının hakkına ulaşma imkanını artırma bakımından önemli olduğunu kabul etmekte; dolayısıyla bu tür taleplerin reddedilmemesi gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bkz. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD'nin 13.10.2016 tarih ve E:2016/59, K:2016/68 sayılı kararı, www.e-uyar.com (Erişim Tarihi: 05.05.2025).

[27] TÜLEK, Nuray: "Tasarrufun İptali Davasında Üçüncü Kişi" *İzmir Demokrasi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2018, s. 72; YÜCE, Fazilet: İcra Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2024, s.103-104.

D. Borçlunun Malvarlığı Dışındaki Bilgilerine Erişim

a. Borçlunun Adresinin Tespiti

İİK'nın 58. maddesinde takip talebinde yer alması gereken zorunlu unsurlar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, borçlunun adı ve soyadı (tüzel kişilerde ticaret unvanı) mutlaka alacaklı tarafından belirtilmelidir. Ayrıca borçlunun biliniyorsa T.C. kimlik numarası veya vergi kimlik numarası ile adres bilgisi de takip talebinde yer almalıdır (İİK m. 58/2). Ancak alacaklı, borçlunun kimlik numarasını ya da adresini bilmiyorsa, bu hususu takip talebinde açıkça belirtmeli ve icra dairesinden gerekli araştırmanın yapılmasını talep etmelidir.[28]

İcra dairesi, borçlunun adresinin belirlenmesinde kolluk birimlerinden veya diğer resmi kurumlardan talepte bulunabilir. Şayet borçlunun adresine ulaşılamazsa, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun (Teb. K) 28. maddesi uyarınca ilanen tebligat yoluna gidilmesi zorunlu hale gelir.[29] Bu bağlamda, borçlunun adresinin alacaklı tarafından bilinmemesi, takibin sürdürülmesini engelleyici bir durum olarak değerlendirilemez ve bu eksiklik nedeniyle alacaklıya ilave bir yükümlülük yüklenemez.

b. Borçlunun T.C Kimlik Numarasının Tespiti

Takipte yalnızca borçlunun ad ve soyadının bilinmesi, takibin doğru kişiye yöneltilmesi ve icra işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından yeterli değildir. Her ne kadar İİK m.58'de, takip talebinde borçlunun T.C. kimlik numarasının belirtilmesini bir geçerlilik şartı olarak öngörmemiş olsa da özellikle takibin kesinleşmesinden sonra UYAP sistemi üzerinden borçluya ilişkin malvarlığı ve diğer kayıtlara ulaşılabilmesi bakımından bu bilginin bulunması önem taşımaktadır.[30]

Uygulamada, borçlunun T.C. kimlik numarasına ulaşmak amacıyla başvurulan ilk yöntem, yukarıda da belirtildiği üzere icra dairesine bu yönde talepte bulunulmasıdır. İcra dairesi, kolluk kuvvetleri vasıtasıyla yapacağı araştırma neticesinde borçlunun T.C Kimlik bilgilerine ulaşabilir. Ya da borçlunun nüfusa kayıtlı olduğu yerin ya da aile fertlerinden bir veya birkaçının adının ya da T.C Kimlik numaralarının biliniyor olması hâlinde, icra dairesi ilgili nüfus müdürlüğüne yazı yazarak borçlunun kimlik bilgilerine erişebilmektedir. Ancak borçlunun aile bireylerine ilişkin herhangi bir bilginin bulunması durumunda bu tür talepler, yalnızca borçlunun değil, üçüncü kişilerin kişisel verilerini de içerebilme ihtimali KVKK ve özel hayatın gizliliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Benzer şekilde yargı kararlarında, kişisel verilerin işlenmesinde takibin taraflarının meşru amaç ve veri minimizasyonu ilkelerine uyulması gerektiği vurgulanmıştır.[31] Bu doğrultuda, icra dairelerinin söz

[28] ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.176; KUŞ, s.106.

[29] ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.176; KUŞ, s.106.

[30] KUŞ, s.109.

[31] Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 18.04.2019 tarih, E:2019/22, K:2019/1290 sayılı kararı, *"İcra dosyasının tarafı olmayan üçüncü kişiye ait 6698 Sayılı Kanun'un 3/1-d maddesi kapsamında kişisel veri niteliğinde bulunan taşınmaz devir bilgilerinin icra müdürlüğünce istenmesi mümkün değildir. Aynı kanunun 28/1-d maddesindeki yargısal organlara tanınan istisna ancak uyuşmazlığın tarafları açısından geçerli olabilecektir. T.C Anayasasının 20/3. maddesine göre, aynı zamanda temel haklardan olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, 6698 Sayılı Kanun'un 28/1-d maddesinin geniş yorumlanması ile daraltılması da mümkün değildir. Alacaklının bu talebi ile yapılacak sorgulama ile takip dosyası tarafı olmayan 3. kişilerin bilgilerine ulaşılması mümkün olduğundan, bu istem Anayasal güvenceye bağlanan kişisel verilerin korunması düzenlenmesine aykırıdır. Alacaklının hukuki yararının, üçüncü kişilerin Anayasa ile korunan özel hayatın gizliliğine ilişkin temel hakkından daha üstün tutulmasına olanak bulunmamaktadır."* www.e-uyar.com, (Erişim Tarihi: 05.05.2025).

konusu talepleri hem kişisel verilerin korunması hem de takibin tarafı olmayan kişilerin haklarının ihlal edilmemesi açısından temkinli şekilde değerlendirdiği ve çoğu zaman reddettiği görülmektedir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA CEBRİ İCRA SÜRECİNDE KARŞILAŞILAN ENGELLER

A. Genel Olarak

KVKK, kişisel verilerin korunmasını sağlamak amacıyla ciddi düzenlemeler getirmiştir. Ne var ki, Kanun'un yanlış veya dar yorumlanması ve özellikle KVKK m.28'de yer alan "Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı" istisnalar[32] arasında sayılan "yargı makamları ve infaz mercileri" tanımı içerisine icra dairelerinin dâhil edilmemesi, uygulamada alacaklının haklarını etkin şekilde kullanmasının önünde ciddi engeller oluşturmakta ve icra süreçlerinde hak arama özgürlüğünü zedeleyen önemli sorunlara yol açmaktadır. Oysa öğretide de kabul edildiği üzere icra faaliyetlerinin, adli teşkilat yapılanması içinde yargı faaliyeti olduğunun kabulü gerekmektedir.[33] Zira alacaklının alacağının miktar ve türü bakımından bir ayrım yapılmaksızın özel hukuktan doğan tüm alacaklar hakkında bütün icra takipleri için kural olarak icra dairelerine başvurulmaktadır.[34] İcra dairelerinin alacak tahsil ve takibi ile ilamların icrasına ilişkin işlemlerin yapılması 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Av. K) m.35/1 kapsamında dahi adli işlem

---

[32] Alman Federal Veri Koruma Kanunu'nun (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) 1. maddesi (§ 1-Anwendungsbereich des Gesetzes), gerçek kişilere ilişkin her türlü bilginin kişisel veri kapsamında değerlendirileceğini öngörmektedir. Aynı maddede, veri korumasına ilişkin diğer federal yasal düzenlemelerin BDSG'ye nazaran öncelikli olduğu, ancak bu düzenlemelerin uygulanabilir bir hüküm içermemesi veya konuyu yeterli ayrıntıda düzenlememesi hâlinde BDSG hükümlerinin devreye gireceği hükme bağlanmıştır. BDSG'nin 33. maddesi, Kanun'un uygulanmasına ilişkin istisnaları düzenlemekte olup, belirli meşru amaçlar doğrultusunda veri koruma hükümlerinin sınırlandırılabileceğini öngörmektedir. Bu kapsamda, kamu düzeninin korunması, yargı bağımsızlığı ile mahkeme faaliyetlerinin güvence altına alınması ve özel hukuk kaynaklı taleplerin icrası gibi durumlar, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkelere istisna teşkil edebilecek hâller arasında sayılmıştır. GOLA, Peter/HECKMANN, Dirk: Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 Bundesdatenschutzgesetz-Kommentar, 3.Auflage, C.H BECK, München 2022, BDSG § 33, Rn.16; İsviçre Federal Veri Koruma Kanunu'nun (Bundesgesetz über den Datenschutz – DSG) 1. maddesinde (Art. 1), Kanun'un temel amacı olarak, kişisel verileri işlenen gerçek kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ve diğer temel hak ve özgürlüklerini korumak vurgulanmıştır. Bu düzenleme, veri işlemenin yalnızca bireyin kişilik haklarına saygı çerçevesinde ve hukuka uygun biçimde gerçekleştirilebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak İsviçre Federal Veri Koruma Kanunu (DSG), bazı hâllerde uygulanma kapsamını sınırlandırmakta olup, bu yönüyle Türk Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 28. maddesindeki istisna hükümlerine benzer bir yaklaşım benimsemektedir. Nitekim DSG uyarınca, yargı organlarının -bu kapsamda icra ve iflas daireleri de dâhil olmak üzere- doğrudan görev alanlarına giren işlem ve faaliyetler çerçevesinde tuttukları kayıtlar, Kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu düzenleme, yargı bağımsızlığı ve adli işlemlerin gizliliği gibi anayasal güvenceler doğrultusunda, veri koruma hükümlerinin belli durumlarda sınırlanabileceğine işaret etmektedir. BİERİ/POWELL, s.75, 95.

[33] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.42; BALABAN, Bedriye Tuğçe: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İcra Teşkilatı, Adalet Yayınları, Ankara 2022, s.50; İsviçre hukuk öğretisinde borçların icrası, klasik anlamda yargısal bir faaliyet olarak değerlendirilmemekte, bunun yerine idare hukukuna özgü özel bir işlem alanı olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, icra işlemleri mahkemelere değil, doğrudan federal düzeyde örgütlenen ve kantonlarca yürütülen özel idari makamlar olan İcra Daireleri'ne (Betreibungsämter) emanet edilmiştir. Dolayısıyla, borçların icrası gerçek hukuk sürecinin bir parçası değil; İsviçre hukuk sisteminin idare hukukuna ait özel bir dalı olarak nitelendirilmektedir. KREN KOSTKİEWİCZ, Jolanta: SchKG Kommentar-Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2020, s.145.

[34] KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s.63; ÖZBEK, s.254; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.46; BALABAN, s.51.

olarak değerlendirildiğinden icra müdürü de bir adli memur statüsünde olacak ve yaptığı işlemler de adli işlem olarak kabul edilecektir.[35] Bu nedenle, adalet hizmetleri ve faaliyetleri kapsamında yer alan cebri icra yollarına yapılan başvurular neticesinde, bu süreçte kişisel verilerin kaydedilmesi ve işlenmesi durumunda, Kanun'un 28. maddesi uyarınca söz konusu veri işleme faaliyetleri mutlak bir istisna kapsamında değerlendirilmeli ve Kanun hükümlerine tabi olmamalıdır.[36] Kanaatimizce, bu konuda ortaya çıkan tereddütlerin ve uygulamada karşılaşılan sorunların giderilebilmesini teminen, KVKK'nın 28. maddesinde istisnalar arasında yer verilen "yargı makamları" ibaresinin hemen sonrasında "icra ve iflas daireleri" ibaresine de yer verilmesi, mevcut birçok olumsuzluğun ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacaktır. Ne var ki bu istisna, kişisel veriler bakımından mutlak bir kuralsızlık anlamına gelmemektedir. Cebri icra faaliyeti çerçevesine dâhil edilemeyecek nitelikteki kişisel veri ihlallerinin önlenmesi adına, alacaklı, alacaklı vekili, borçlu ve özellikle icra memuru tarafından veri güvenliği ve mahremiyet ilkeleri doğrultusunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi, hukuki sorumluluk açısından zorunludur.[37]

İcra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde UYAP sisteminin kullanılacağı, her türlü veri, bilgi, belge ve kararın UYAP vasıtasıyla işlenip, kaydedilerek saklanacağı belirtilmektedir (İİK m.8/a). Dolayısıyla icra daireleri tarafından yapılan her türlü işlemlerde alacaklı ve borçluya ait kişisel veriler de bulunmaktadır. Bu yönüyle UYAP, KVKK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının h bendine göre bir veri kayıt sistemidir.[38] UYAP sistemine işlenen veriler, bireysel başvuru neticesinde 24.05.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına[39] konu olmuştur. Anılan kararda *"Yargı birimleri tarafından gerçekleştirilen idari veya yargısal işlemlerde işlemle ilgili fiziki tüm evrakın işlem şeffaflığını sağlamak amacıyla UYAP sistemine kaydedildiği bilinmektedir. Bu evrak arasında belirli kişilere ait kişisel bilgilerin yer alması da işin doğası gereği mümkündür. Kişisel veri niteliğinde olan bu bilgilerin sisteme hangi kurallar çerçevesinde, hangi amaçla ve kimler tarafından kaydedileceği ve saklanacağı, bilgileri kaydeden yargı biriminin niteliğine göre ilgili kanunda düzenlenmektedir."* ifadeleri yer almıştır. KVKK'nın 28/1-d hükmünde belirtildiği üzere kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi istisna olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, icra takipleri sırasında yapılan aktif ve pasif malvarlığı sorguları neticesinde UYAP sistemine kaydedilen pek çok kişisel verinin, KVKK'nın 28. maddesinde öngörülen istisna hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.[40]

KVKK'nın 5. maddesinde kişisel verilerin işlenebilmesi için açık rıza şartı aransa da yasal düzenlemeler çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin istisnalar da öngörülmüştür. İcra dairelerinin, KVKK'daki bu istisnaları göz ardı etmek suretiyle alacaklının ya da vekilinin borçluya ait aktif ve pasif malvarlıklarını tespit etme talebini reddetmeleri, alacaklının cebri icra marifetiyle alacağına ulaşabilmesini zorlaştırmaktadır.

---

[35] BALABAN, s.50.

[36] DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2020, s.356.

[37] DÜLGER, s.356.

[38] TUNCER KAZANCI**,** İdil: **"**Covıd-19 Pandemisinde E-Duruşma ve Bu Kapsamda Kişisel Verilerin Korunması", *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covıd-19*, Editör: Murat BATI/ Sezai ÇAĞLAYAN, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.565.

[39] *Kemal Karanfil Başvurusu*, Başvuru No: 2017/24776, K.24.05.2018.

[40] Öğretide, icra takiplerine ilişkin UYAP üzerinden yapılan sorgulamaların istisna kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. YÜCE, s.97.

Kanımızca, icra daireleri ve yargı mercilerince KVKK'nın hükümlerinin yanlış yorumlanması ve uygulanması, alacaklıların borçlulara ait elde edilmesi zorunlu olan aktif ve pasif malvarlığı bilgilerine erişimini ciddi şekilde sınırlamakta, bu durum da alacaklıların icra takibini etkin bir şekilde sürdürebilmesini güçleştirmektedir. Öte yandan, Av. K. m.2/3[41], avukatlara müvekkilleri adına yapabilecekleri işlemlerde oldukça geniş bir bilgi edinme yetkisi tanımaktadır. Ancak uygulamada, takip işlemleri bir avukat aracılığıyla yürütülse dahi alacaklıya karşı kişisel veriler bakımından gösterilen mesafeli yaklaşımın aynı şekilde gerek icra daireleri gerekse kurum ve kuruluşlarca vekil sıfatıyla hareket eden avukatlara da yöneltildiği gözlemlenmektedir. Bu uygulama, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu ve Avukatlık Kanunu arasında fiilen bir çatışmaya işaret etmektedir.

Ortaya çıkan bu çelişki, özel hayatın gizliliği ilkesiyle, alacaklının alacağını elde edebilmek için gerekli bilgilere erişim hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini göstermektedir. Aksi halde, alacaklının alacağını elde etme hakkı zayıflatılmakta, kamu düzeni içerisinde öngörülen cebri icra mekanizması amacına ulaşamaz hâle gelmektedir. Bu çerçevede gerek yasa koyucunun gerekse uygulayıcı makamların, kişisel verilerin korunmasına yönelik hassasiyeti; alacaklının hakkını kullanabilmesini engellemeyecek, aksine bu hakla dengeli şekilde bağdaştırılabilecek bir biçimde yorumlamalarını gerekli kılmaktadır. Nitekim cebri icra sürecinde borçlunun aktif ve pasif malvarlığına erişime dair taleplerin, alacaklının alacağına ulaşmasını temin edecek şekilde ve yasal sınırlar içinde karşılanması, icra hukukunun amacı ve hakkaniyet ilkeleri açısından zorunludur.

B. Kişisel Veri Kavramının İcra Hukukunun Amacı Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel veri kavramı, genel olarak bir ya da birden fazla gerçek kişiyle ilişkilendirilebilecek her türlü bilgiyi kapsamaktadır.[42] Bu tür bir bilginin "kişisel veri" sayılabilmesi için bazı unsurların bir arada bulunması gerekir. KVKK'nın 3. maddesinde kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklinde tanımlanmıştır. Benzer şekilde, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin 2. maddesi de kişisel veriyi "kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye dair herhangi bir bilgi"[43] olarak tanımlar. Bu tanımlar doğrultusunda kişisel verinin kapsamı

[41] Av. K m.2/3 *"…Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır…"*

[42] BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 33; DÜLGER, s.61; YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz: Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2020, s. 36; ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 51; YILMAZ, Berrak: Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 25; YÜCE, s.24; HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: BeckOK BGB, CH.BECK, München 2024, BGB § 12, Rn.244; GERSDORF, Hubertus/ PAAL, Boris P.: BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Auflage, CH.BECK, München 2025, IFG § 5, Rn.3; GOLA/HECKMANN, BDSG § 1, Rn 3; BİERİ/POWELL, s.89.

[43] Alman hukukunda kişisel verinin tanımı oldukça geniş bir kapsamda ele alınmakta olup, yalnızca bireyin özel ya da mahrem alanına ilişkin hassas nitelikteki veriler değil, aynı zamanda ilgili kişi hakkında dolaylı biçimde çıkarım yapılmasına imkân tanıyan, düşük bilgi içeriğine sahip veriler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre kişisel veri, "ilgili kişi hakkında bir şeyler ortaya çıkarabilecek her türlü bilgiyi" ifade etmektedir. Bu tanım, yalnızca isim ve adres gibi temel kimlik bilgileriyle sınırlı kalmamakta; aynı

değerlendirilirken özellikle iki temel unsurun incelenmesi gereklidir: Bunlardan ilki, verinin "bilgi" niteliği taşıması; ikincisi ise bu bilginin "belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ilişkin" olmasıdır. Söz konusu tanım, pek çok ülke tarafından benimsenmiş ve ulusal mevzuatlara uyarlanmıştır.[44] Ancak her ne kadar kabul görmüş ve uygulamada yerleşiklik kazanmış olsa da tanımın kapsamının oldukça geniş olması ve belirgin sınırlar içermemesi nedeniyle eleştirilere konu olduğu da görülmektedir.[45]

Kişisel verinin, kişiye ilişkin olma koşulu, hem verinin bir gerçek kişiye ait olmasını hem de bu kişiyle doğrudan ya da dolaylı şekilde ilişkilendirilebilmesini ifade eder. (KVKK m. 3, f. 1, b. ç).[46] Bu bağlamda gerek Türk hukukunda gerekse Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GDPR) tüzel kişilerin kişisel veri korumasından yararlanmaları mümkün değildir.[47] Bir bilginin kişisel veri niteliği taşıyabilmesi için bu bilginin tek başına ya da başka verilerle birlikte değerlendirildiğinde belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilmesi gerekir.[48]

b. Kişisel Verinin İcra Hukukunda Görünümü

KVKK'nın 1. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere kanunun temel amacı; kişisel verilerin işlenmesi sürecinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve bu verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasları belirlemektir.

KVKK m.5'de kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiş olup maddenin ikinci fıkrasında, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkün görülmüştür. Buna göre;

"*a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.*

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması." hallerinde kişinin rızası aranmaksızın kişisel verilerin kayıt altına alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Cebri icra süreci açısından anılan maddenin taşıdığı önem, özellikle (e) ve (f) bentlerinde somut biçimde ortaya çıkmaktadır.

---

zamanda açık kaynaklardan elde edilebilen veya kamuya açık olan verileri de içerecek şekilde genişlemektedir. (BVerfG NVwZ 2011), GERSDORF/PAAL, IFG § 5, Rn.3.

[44] DÜLGER, s.62.

[45] LLOYD, Ian J.: Information Technology Law, 7th ed., Oxford University Press, Oxford 2014, s.42; DÜLGER, s.62.

[46] HAU/POSECK, BGB § 12, N.244; YÜCE, s.26.

[47] GERSDORF/PAAL, IFG § 5, N.4; DÜLGER, s.171; YÜCE, s.25.

[48] ÜÇÜNCÜ, Sümeyye Hilal: Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 13; DÜLGER, s.168; YÜCE, s.25; HAU/POSECK, BGB § 12, N.244; GERSDORF/PAAL, IFG § 5, N.4.

KVKK m.6'da bireylerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak tanımlanmış ve bu verilerin işlenmesine ilişkin özel şartlar öngörülmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise bu kuralın istisnası düzenlenmiş; *"bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olan hâllerde*", ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'daki düzenlemelerden görüldüğü üzere kişisel verilerin korunması hakkı, mutlak nitelikte olmayıp[49], bu hakkın kullanımında orantılılık ilkesi gereği diğer bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin de gözetilmesi zorunludur.[50] Nitekim kişisel veri koruma hakkı, bazı durumlarda diğer temel haklarla çatışma hâlinde olabilirken, kimi zaman da bu hakların tamamlayıcı bir unsuru olarak işlev görebilmektedir.[51] İcra hukuku bakımından değerlendirildiğinde, gerçek kişi borçlular, alacaklılar ve hatta takip süreciyle dolaylı olarak bağlantılı üçüncü kişiler açısından kişisel verilerin işlenmesi çoğunlukla söz konusudur. Bu noktada, icra işlemlerinin yürütülmesinde hem tarafların hem de üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine zarar verilmemesi büyük önem taşır.[52] Ancak kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, yalnızca verinin niteliği değil, aynı zamanda bu işlemenin takip sürecinin devamlılığına etkisi de dikkate alınmalıdır.[53] Zira her ne kadar takip süreci esas olarak borçlu ve alacaklı arasında yürütülse de üçüncü kişiler de uygulama açısından sürece dâhil olabilmekte[54] ve bu kişilerin haklarının korunması da ayrı bir değerlendirme alanı oluşturmaktadır.

Cebri icra hukukunun temel amacı, takibe konu edilen hak ya da alacağın, devletin kamu gücünü haiz icra teşkilatı aracılığıyla gerektiğinde zor kullanmak suretiyle elde edilmesini sağlamaktır.[55] Bu bakımdan icra hukukunun amacına ulaşmasına hizmet eden, takibe yön ve şekil veren, takibin ilerlemesini sağlayan işlemler öğretide icra takip işlemleri olarak nitelendirilmektedir.[56] İcra takip

[49] YILMAZ, s.49,52; YÜCE, s.53.

[50] ÇİMEN BULUT, İpek: Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verileri ve Dijital Ekonomi, Detay Yayınları, İstanbul 2022, s.102; YÜCE, s.53.

[51] YILMAZ, s.55; YÜCE, s.53.

[52] YÜCE, s.53.

[53] Alman hukukunda bilgi edinme hakkı çerçevesinde, bilgi vermekle yükümlü kamu kurumlarının, yapılan başvuruları değerlendirirken başvuranın bilgiye erişim konusundaki menfaati ile üçüncü kişilerin bilginin açıklanmasını engelleme yönündeki menfaatlerini karşılaştırmalı olarak tartmaları gerekmektedir. Nitekim bu tür menfaat çatışmalarında denge gözetilmesi esastır ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda, bilgiye erişim talebinin kabulü, ancak başvuranın meşru menfaatinin üçüncü tarafın korunmaya değer çıkarından üstün olduğunun tespiti hâlinde mümkün olabilecektir. GERSDORF/PAAL, IFG § 5, Rn.9; Ayrıca BDSG'nin 22. maddesi, kişisel verilerin işlenmesine yönelik sınırlamaların yalnızca bireysel menfaatlerin değil, aynı zamanda kamu yararına ilişkin önemli çıkarların korunması amacıyla da meşru kabul edilebileceğini düzenlemektedir. Bu çerçevede, kamu güvenliği, kamu sağlığı ya da hukukun etkin şekilde uygulanması gibi alanlarda kişisel verilerin işlenmesine izin verilebileceği öngörülmektedir. GOLA/HECKMANN, BDSG § 22, Rn.45.

[54] AKİL, Cenk: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.46; ARSLAN, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.28.

[55] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.42; BALABAN, s.37.

[56] JAEGER, Carl/WALDER, Hans Ulrich/KULL, M. Thomas/KOTTMANN, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art.1-158, Zürich 1997, SchKG Art. 56, N.4; STAEHELIN, Adrian/ BAUER,

işlemleri niteliği gereği, icra organları tarafından alacaklının talebi doğrultusunda borçluya karşı yapılan, borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan ve cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelmiş bulunan işlemlerdir.[57] Bu doğrultuda, takibin amacına ulaşmasını sağlayacak nitelikteki ve icra takibi kapsamında değerlendirilen alacaklı taleplerinin, icra dairesi tarafından yerine getirilmesi, kanuni bir yükümlülük teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, üzerinde özellikle durulması gereken husus, cebri icra sürecinde gerek alacaklı ile borçlu arasında gerekse alacağın tahsili sürecinde üçüncü kişilerle ilgili olarak ortaya çıkabilen mülkiyet hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasındaki çatışmada, icra dairesinin nasıl bir denge gözeterek hareket etmesi gerektiğidir.

İcra hukukunda kişisel verilere çeşitli takip işlemleri sırasında ulaşılması mümkündür. Örneğin haciz işlemleri sırasında borçluya ait mektuplar, fotoğraflar veya benzeri özel nitelikli belgeler ele geçirilebilir. Bu belgelerde borçlu haricinde üçüncü kişilere ait veriler de mevcut olabilir. Bu doğrultuda, takibin nihai hedefine ulaşmasına hizmet eden ve icra takibi kapsamında değerlendirilebilecek özel hayata ilişkin kişisel verilerin, salt bu nitelikleri dolayısıyla takip dışı bırakılmaması gerekir. Özellikle borçlunun, üçüncü kişilerle anlaşarak malvarlığını gizlemeye veya devretmeye yönelik hileli işlemler gerçekleştirdiğini ortaya koyan bilgi ve belgeler, kişisel veri niteliğinde olsa dahi takibin amacına doğrudan katkı sağladığı ölçüde cebri icra sürecine dâhil edilmelidir. Bu kapsamda, borçlu ile üçüncü kişiler arasında ileri sürülebilecek istihkak iddialarını geçersiz kılabilecek her türlü bilgi ve belgenin, hukuka uygun olarak elde edilmesi şartıyla, icra işlemleri bakımından dikkate alınması gereklidir. Kaldı ki, icra hukukunda devletin kamu gücünü kullanarak cebri icra yetkisini hayata geçirmesi nedeniyle, kişilerin özel hayatına doğrudan müdahale söz konusudur. HMK'nın 28. maddesinde düzenlenen ve yargılamalarda geçerli olan aleniyet ilkesi ise icra takiplerinde doğrudan uygulanabilir değildir. Nitekim icra işlemleri, aleniyetten ziyade gizlilik ve kişisel verilerin korunması ilkeleri çerçevesinde yürütülmek durumundadır.[58] Bu nedenle, cebri icra safhasında elde edilen kişisel verilerin kullanım amacı, yalnızca icra takibinin yürütülmesiyle sınırlı olup, bu verilerin cebri icra sürecine dahil olmayan kişilerce elde edilebilmesi, üçüncü kişilerle paylaşılması veya farklı amaçlarla kullanılması kural olarak mümkün değildir.

c. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi için Üçüncü Kişilerin Bilgilerine Erişim Talebi

İİK m.89 uyarınca, borçlunun üçüncü kişiler nezdindeki malvarlığı unsurları ile alacaklarına haciz tatbik edilmesi mümkündür. Zira borçlunun üçüncü kişiler nezdinde bulunan mal ve alacakları, onun aktif malvarlığı unsurlarını teşkil eder.[59] Ne var ki, bu malvarlığına yönelik haciz işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi, öncelikle borçlunun yakın çevresi ile ticari ilişkide bulunduğu düşünülen üçüncü kişilere dair bilgilere erişilmesini gerekli kılar.

Thomas/STAEHELIN, Daniel: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG I Art 1-82, Ettenheim 1998, SchKG Art.56, N.25; KURU, s.147; KREN KOSTKİEWİCZ, s.177-178; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.131; ARSLAN, s.23.

[57] JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG Art.56, N.4; JAEGER, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 3.Auflage, Zürich 1911, SchKG Art.56, N.1; BLUMENSTEIN, Ernst: Handbuch Des SchWeizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s.203; KREN KOSTKİEWİCZ, s.177; KURU, s.148; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.131; ARSLAN, s.24.

[58] ÜÇÜNCÜ, s.362; YÜCE, s.90.

[59] AKİL, s.46.

Borçlunun üçüncü kişiler nezdindeki mal ve alacaklarının tespiti, UYAP üzerinden yapılacak sorgulamalarla, sisteme entegre edilmiş kamu kurum ve kuruluşları bakımından mümkündür. Ancak UYAP sistemine dâhil olmayan, özellikle borçlunun akrabaları ile ticari ilişki içinde bulunduğu kişilere ait kimlik ve adres bilgilerine, alacaklının veya vekilinin doğrudan erişimi, KVKK kapsamında mümkün değildir. Bu itibarla, alacaklının borçlunun üçüncü kişiler nezdindeki mal ve alacaklarına haciz tatbik edebilmesi amacıyla, borçlunun aile nüfus kaydının temini ya da borçlunun tacir olması hâlinde ticari ilişkide bulunduğu kişilerin kimlik ve adres bilgilerinin tespitine yönelik olarak vergi dairelerine müzekkere yazılması yönündeki taleplerinin icra daireleri tarafından reddedilmesi, isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Zira, söz konusu üçüncü kişilere ait kişisel veriler icra dairesine iletilmiş olsa dahi bu verilerin yalnızca icra dosyası kapsamında gerçekleştirilecek olası bir haciz işlemi veya haciz ihbarnamesi tebliği amacıyla kullanılacağı dikkate alındığında, bu durum KVKK'nın 5. maddesinde düzenlenen istisna haller —özellikle "kanunlarda açıkça öngörülmesi" ve "bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması" hâlleri— kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, alacaklı veya vekili tarafından UYAP sistemi aracılığıyla tespit edilemeyen üçüncü kişilere ait bilgilerin tespitine yönelik taleplerin, yukarıda belirtilen yasal çerçeve doğrultusunda değerlendirilerek, icra müdürü tarafından yerine getirilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.[60] Sonuç olarak, borçlunun üçüncü kişiler nezdindeki mal ve alacaklarına haciz uygulanması, doğrudan ve açık biçimde kanuni bir düzenlemeye dayandığından, bu kapsamda üçüncü kişilere ait kişisel verilerin —açık rıza aranmaksızın— tespit edilmesi ve işlenmesi de kanaatimizce hukuka uygundur. Nitekim, bu durum hem KVKK m.5/2 hükmü uyarınca "kanunlarda açıkça öngörülmüş olma" istisnasına, hem de "bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olma" koşuluna karşılık gelmektedir.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilen bir kararda[61] *"Borçlular hakkında yürütülen icra takibi esnasında söz konusu icra takibi ile ilgisi bulunmayan, borçlu durumunda olmayan akrabalarının kişisel bilgilerinin araştırılması, adres ve kimlik bilgilerinin İcra Müdürlüğünün görevi kapsamında bulunmadığı halde tespit edilmesi ve bu çerçevede kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde akrabaları ile paylaşılmasının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa (Kanun) aykırılık teşkil ettiği ifade edilerek İcra Müdürlükleri hakkında gereğinin yapılmasının talep edildiği*" şikayet hakkında şu şekilde bir karar vermiştir; *"Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacakları için İcra Müdürlüğünce el koyma imkânı bulunduğundan, üçüncü kişilerin bünyesinde bulunan mal ve alacakların haczinde, haczin etkisiz bırakılmasının önlenmesi amacıyla İİK'nın 89 uncu maddesinde yer alan kuralların düzenlendiği, bu hususta ilgili maddenin İcra Müdürlüğü tarafından uygulanabilecek usulü ve alacaklı ile üçüncü kişinin başvurabileceği imkânları düzenlediği, İİK'nın 89 uncu maddesinin borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının nasıl haczedileceğinden ziyade, yapılan haczin*

[60] Yargıtay da bir kararında haciz ihbarnamesi gönderilmesi istenen kişilerin borçluya nazaran üçüncü kişi sayılamayacakları gerekçesi ile haciz ihbarnamesi gönderilmesi isteminin yerine getirilmesi konusunda İcra müdürünün herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı hususu vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay 12. HD'nin 15.04.2013 tarih ve E:2013/5621, K:2013/14186 sayılı kararı, *"... Buna göre kural olarak icra müdürünün haciz talebini yerine getirme konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığının kabulü gerekir. ... Görüldüğü gibi burada tanınan takdir yetkisi, İİK'nın 82. maddesi kapsamında malın haczi kabil olup olmadığı ile sınırlı olup, icra müdürünün bunun dışında, örneğin malın 3. kişiye ait olduğu ya da somut olayda olduğu gibi haciz ihbarnamesi gönderilmesi istenen kişilerin borçluya nazaran 3. kişi sayılamayacakları gerekçesi ile haciz talebinin veya haciz ihbarı gönderilmesi isteminin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı tartışmasızdır. Haczi talep edilen malın üçüncü kişiye ait olduğunun iddia edilmesi halinde istihkak prosedürünün uygulanacağı ya da kendisine haciz ihbarı gönderilen kişinin 3. kişi olmadığı yönündeki iddiasını İİK'nın 16. maddesi uyarınca şikâyet yoluyla icra mahkemesinde ileri sürebileceği tabidir. ..."* Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

[61] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 17/09/2020 tarih ve 2020/710 sayılı Kararı, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6879/2020-710, (Erişim Tarihi, 05.05.2025).

korunmasına yönelik muhafaza tedbirlerini düzenlediği, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı kavramına; maaş veya ücreti, borçlunun bir bankadaki mevduatı, üçüncü kişiye ödünç vermiş olduğu para, satmış olduğu malın satış bedeli, kiraladığı taşınmazın kira bedeli, borçlunun bir şirketteki kâr veya tasfiye payı, taraf bulunduğu cari hesap sözleşmesinde diğer taraftan alacaklı olduğu hesap bakiyesinin örnek olarak gösterilebildiği, ... İlgili kişilerin kişisel verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması hususuna ilişkin olarak; İcra ve İflas Kanununun 89 uncu maddesi kapsamında borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının tahsili amacıyla alacaklı tarafından bildirilen gerçek veya tüzel kişilere İcra Müdürlüklerince birinci haciz ihbarnamesi gönderilmesinde hukuken engel bulunmadığına, İcra Müdürlükleri nezdinde gerçekleştirilen ilgili kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi faaliyetinin Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında 'Kanunlarda açıkça öngörülme' şartına dayanılarak gerçekleştirildiğine, bu çerçevede söz konusu başvuruya ilişkin olarak Kanun kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar verilmiştir.

Kuruma intikal eden başka bir şikayet başvurusunda; *"İlgili kişiye karşı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine aykırı ve haksız bir şekilde icra takibine geçildiği, Tebligat Kanununa aykırı tebligat hileleri yapılarak ilgili kişi adına ödeme emrinin kesinleştirildiği, bunun üzerine şikayete konu bankaya birinci haciz ihbarnamesi gönderildiği ve Bankanın şubelerinden birinde yer alan kiralık kasasına fiili haciz uygulandığı, ayrıca icra takibinde borçlu konumunda olan ilgili kişinin iş yaptığı kişi ve şirketler, çalışma arkadaşları, ortak olduğu şirketler, şirket bilgilerinin resmi olmayan yollarla ele geçirildiği, kimse tarafından bilinmeyen kişisel verisi olan banka hesap ve kiralık kasa bilgisinin paylaşıldığı hususları belirtilerek 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 11 inci maddesi kapsamında ilgili kişinin hesap ve kiralık kasa bilgilerinin işlenip işlenmediği, işlenme amacı ve bu amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı, yurt içi ve yurt dışındaki üçüncü kişilere aktarma yapılıp yapılmadığı hususlarının tespiti ile hukuka aykırılıklar nedeniyle veri sorumlusu hakkında gereğinin yapılması talep edilmiştir."* İlgili şikâyet hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından[62] şu şekilde karar verilmiştir; "*2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun "Borçlunun mevcudu hakkında malümat vermek mecburiyeti" başlıklı 367 nci maddesinin "İcra veya İflas dairelerinin borçlunun mevcuduna dair isteyeceği bütün malümatı hakiki ve hükmi her şahıs derhal vermeğe ve talep halinde mevcudu bu dairelere teslime mecburdur." hükmü nedeniyle veri sorumlusunun borçlunun kişisel verilerini İcra Dairesine vermekle yükümlü olduğu, diğer bir ifade ile bankanın, bankacılık işlemleri anlamında ilgili kişinin kişisel verilerini işlediği, bu kapsamda veri sorumlusu sıfatını haiz olduğu ve kişisel veri olan hesap ve kiralık kasa bilgilerini İcra ve İflas Kanununun ilgili hükmü dolayısıyla İcra Dairesine aktardığı, Veri sorumlusunun cevap yazısında da belirttiği üzere, uygulamada haciz işleminin aşamalarından haciz ihbarnamesi gönderilmesinde icra daireleri tarafından mevzuata uygun olarak borçlunun alacaklı tarafından bilinen bir hesabının olmaması halinde, sistemde kayıtlı tüm bankalara haciz ihbarnameleri gönderildiği ve veri sorumlusunun ihbarname gönderilen ilgili bankalardan biri olduğu, Yine, İcra İflas Kanununun "Taşınır ve taşınmaz malların haczi" başlıklı 85 inci maddesinde "Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur." hükmünün yer aldığı, Aynı Kanunun 89 uncu maddesi uyarınca da malı elinde bulunduran üçüncü şahsın bundan böyle taşınır malı ancak icra dairesine teslim edebileceği, bu çerçevede ve ilgili Kanunun 367 nci maddesi hükmü nedeniyle, somut olayda veri sorumlusunun kiralık kasa bilgilerini icra dairesine aktarmasının ve haciz işlemi yapılmasının Kanunda açıkça öngörülen bir yükümlülük olduğunun anlaşıldığı, Veri sorumlusunun cevap yazısından, ilgili kişi tarafından öne sürüldüğü şekliyle kiralık kasa bilgisinin veri sorumlusu nezdinde bankacılık ve kişisel verilerin korunması mevzuatına aykırı bir biçimde elde edildiği iddiasına karşılık; alacaklı vekili, icra memuru ve veri sorumlusunun*

[62] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 13/02/2020 tarih ve 2020/118 sayılı Kararı, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6924/2020-118, (Erişim Tarihi: 05.05.2025).

Şube yöneticisi, Operasyon yetkilisi ve diğer personelin ilk kez haciz işlemi sırasında karşılaştığının, alacaklı vekili ve memur tarafından ilgili kişinin Şube nezdinde kiralık kasası olup olmadığının sorulması üzerine sistem üzerinden tespit yapıldığının ve polis nezaretinde kiralık kasanın çilingir marifetiyle açıldığının anlaşıldığı, bu noktada İcra ve İflas Kanununa ve yasal usule uygun hareket edildiği, kiralık kasaya haciz konulması işlemleri nedeniyle kişisel verilerin korunması mevzuatından kaynaklanan bir sorumluluğunun bulunmadığı ve icra ve iflas hukuku bakımından üçüncü kişi konumunda olduğu, kişisel veri olan hesap ve kiralık kasa bilgisinin veri sorumlusu nezdinde bankacılık ve kişisel verilerin korunması mevzuatına aykırı bir biçimde elde edildiğini gösteren bir bulguya rastlanılmadığı, veri sorumlusu tarafından, ilgili kişinin kişisel verisi olan hesap ve kiralık kasa bilgilerinin, 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 89 uncu ve 367 nci madde hükümleri çerçevesinde Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan "hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi" şartına dayalı olarak Kanunun 8 inci maddesine uygun olarak icra iflas mevzuatı çerçevesinde aktarıldığı hususları dikkate alındığında mezkûr iddialarla ilgili olarak Kanun kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar verilmiştir.

d. Haciz Aşamasında Kişisel Verilerin Korunması

Haciz, alacaklının talebi üzerine, icra organlarınca kesinleşmiş bir icra takibine konu alacağı karşılayacak ölçüde borçlunun malvarlığına ait hak ve alacaklarına hukuken el konulmasıdır.[63] Haciz, borçlunun özel alanına doğrudan müdahale içeren bir icra aşamasıdır.[64] Haczin uygulanması sırasında, alacağın veya haczedilen malın niteliğine bağlı olarak farklı usul ve kurallar öngörülmüş olsa da bu süreçte hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesi riski söz konusu olabilir.[65]

Bu bağlamda öncelikle ele alınması gereken husus, kişisel veri içeriğine sahip taşınır malların haczine ilişkin meseledir. Kişisel veri içeren taşınır mallar, esasen yalnızca veri taşıyıcısı niteliğindedir.[66] Her ne kadar KVKK'da "veri taşıyıcısı" kavramı açıkça tanımlanmamış olsa da bu terimle kişisel verilerin kaydedilmesine elverişli her türlü materyalin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda veri taşıyıcıları; kâğıt, fotoğraf gibi geleneksel araçlar olabileceği gibi, akıllı telefon, bilgisayar, tablet, CD, MP3 çalar, IP tabanlı cihazlar ve diğer dijital kayıt ortamlarını da kapsayabilir.[67]

Elektronik olmayan veri taşıyıcılarının tespiti daha kolay olmakla birlikte, bu tür taşınır malların ekonomik değeri genellikle düşüktür. Örneğin borçluya ait bir günlük, basılı bir fotoğraf ya da mektup gibi fiziksel veri taşıyıcılarının alacaklının alacağını karşılaması olasılığı oldukça zayıftır. Bununla

---

[63] KURU, s.410; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 292; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.161; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 181; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.155; AKİL s. 43.

[64] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.164.

[65] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.164; YÜCE, s.67.

[66] YÜCE, s.72.

[67] Elektronik cihazlar, teknolojik gelişmeler doğrultusunda günlük yaşamın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Akıllı telefon, bilgisayar ve tablet gibi kişisel elektronik cihazların, günümüzde yalnızca borçlunun değil, ailesinin de temel ihtiyaçlarını karşılamada önemli bir rol oynadığı açıktır. Bu nedenle söz konusu cihazların, İİK'nın 82. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi uyarınca borçlu ve aynı konutta yaşayan aile bireyleri için gerekli eşya kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaati taşımaktadır. Aynı maddenin devamında, bu tür cihazlardan birden fazlasının bulunması hâlinde, aynı amaca hizmet edenlerden en az birinin haczedilemeyeceği de açıkça hükme bağlanmıştır.

birlikte, söz konusu materyaller takip konusu alacakla doğrudan ilgili olmasa dahi, icra takibine bağlı olarak açılabilecek istihkak, tasarrufun iptali gibi davalarda delil niteliği taşıma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, elektronik olmayan veri taşıyıcılarının ekonomik değer açısından haczi kural olarak alacaklının tatmini bakımından sınırlı bir yarar sağlasa da bu tür materyallerin kişisel veri içermesi ve icra takibine bağlı olarak açılabilecek istihkak yahut tasarrufun iptali gibi davalarda delil niteliği taşıyabilecek olması, bu verilerin işlenmesinde KVKK m.5/2 kapsamındaki "bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması" amacına dayalı hukuka uygunluk nedeninin varlığını gündeme getirmektedir. Bu durum elektronik veri taşıyıcıları bakımından da geçerlidir.

SONUÇ

KVKK, bireylerin kişisel verilerinin korunmasına yönelik önemli güvenceler getirmiştir. Ancak kamu düzeninin sağlanması ve alacaklıların alacaklarını tahsil etme hakkının korunması da en az bu güvenceler kadar önem taşımaktadır. Nitekim, alacaklının alacağına kavuşabilmesi, icra takip sürecinde borçlunun aktif ve pasif malvarlığının doğru ve eksiksiz biçimde tespit edilmesine bağlıdır. UYAP sisteminden tespit edilebilen aktif malvarlıkları bakımından sorun bulunmamaktadır. Ancak herhangi bir sicile kayıtlı olmayan aktif malvarlıklarının tespiti süreci ise İİK'nın 359. maddesi uyarınca, icra dairelerinin kamu gücünü kullanarak resmî ve özel kurumlar nezdinde yapacakları yazışmalar yoluyla yürütülmektedir. Yine bu durum borçluya ait pasif malvarlığı tespiti bakımından da önem arz etmektedir. Ancak uygulamada, icra dairelerinin söz konusu bilgi taleplerini KVKK hükümlerini gerekçe göstererek reddetmeleri, İcra ve İflâs Kanunu ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu arasında ciddi bir çatışma doğurmakta ve icra hukukunun etkinliğini zayıflatmaktadır.

KVKK m.28'de yer alan "Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı" istisnalar arasında sayılan "yargı makamları ve infaz mercileri" tanımının içerisine icra dairelerinin dâhil edilmemesi, uygulamada alacaklının haklarını etkin şekilde kullanmasının önünde ciddi engeller oluşturmakta ve icra süreçlerinde hak arama özgürlüğünü zedeleyen önemli sorunlara yol açmaktadır. Kanaatimizce, bu konuda ortaya çıkan tereddütlerin ve uygulamada karşılaşılan sorunların giderilebilmesini teminen, KVKK'nın 28. maddesinde istisnalar arasında yer verilen "yargı makamları" ibaresinin hemen sonrasında "icra ve iflas daireleri" ibaresine de yer verilmesi, mevcut birçok olumsuzluğun ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacaktır. Yine KVKK m.5 ve m.6'daki istisnalar gözetilmeden alacaklı veya vekilinin borçluya ait aktif ve pasif malvarlıklarının tespiti amacıyla ilettikleri taleplerin icra müdürlüklerince reddine dair kararlar alacaklının cebri icranın etkinliğinden faydalanmasını kısıtlayıcı etki meydana getirmektedir. Dolayısıyla, KVKK m.5 ve m.6'da düzenlenen istisnai veri işleme halleri ile m.28'de yer alan kamu gücüne dayalı yargı ve infaz faaliyetlerine ilişkin istisnalar birlikte göz önünde bulundurulduğunda, icra dairelerinin alacaklının veya vekilinin talep ettiği borçluya ait malvarlığına ilişkin bilgi ve belgeleri sağlaması, hem İİK'nın 8/a ve 78. maddeleri hem de Av.K'nın 2. maddesi uyarınca yasal bir yükümlülüktür. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler, cebri icra sürecinin amacı ve hukuki dayanaklarıyla birlikte yorumlanmalı; alacaklının hak arama özgürlüğü ve kamu düzeninin korunması hedeflerinden ödün verilmeden, temel haklar arasında adil bir denge mutlaka tesis edilmelidir. Aksinin kabulü, cebri icra işlemlerinin etkinliğini ciddi şekilde zedeleyecek, alacaklının Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile mahkemeye erişim ve etkili başvuru haklarını fiilen kullanılamaz hale getirecek, dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesini ve adil yargılanma hakkını da ağır şekilde ihlal edecektir. Bu sebeple, icra dairelerinin kişisel verilere erişim ve bu verileri kullanma yetkisi hem icra hukukunun etkinliği hem de bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında gözetilmesi gereken hassas denge çerçevesinde korunmalı ve sürdürülmelidir.

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

AKİL, Cenk/TOPAK, Süleyman: Şematik İcra ve İflas Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

AKKAN, Mine: "Medeni Usul Hukukunda Etkin Koruma", *MİHDER*, Sayı 1, Yıl 2007, s.29-68.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

BALABAN, Bedriye Tuğçe: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İcra Teşkilatı, Adalet Yayınları, Ankara 2022.

BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

BİERİ, Adrian/POWELL, Julian: DSG - Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Verlag, Zürich 2023.

BLUMENSTEIN, Ernst: Handbuch Des SchWeizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

ÇELİKEL, Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

ÇİFTÇİ, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

ÇİMEN BULUT, İpek: Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verileri ve Dijital Ekonomi, Detay Yayınları, İstanbul 2022.

DÖNER, Ayhan: Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.

DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2020.

ERVO, Lauro: "Debtor Protection And Enforcement Efficiency According To Finnish Law", *Access to Justice in Eastern Europe*, Cilt 4, Sayı 8, Yıl 2020, s.265-282.

GERSDORF, Hubertus/PAAL, Boris P: BeckOK Informations- und Medienrecht, 47. Auflage, CH.BECK, München 2025.

GOLA, Peter/HECKMANN, Dirk: Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 Bundesdatenschutzgesetz- Kommentar, 3.Auflage, C.H BECK, München 2022.

GÖRGÜN, L. Şanal /BÖRÜ, Levent /KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: BeckOK BGB, CH.BECK, München 2024.

JAEGER, Carl: Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 3.Auflage, Zürich 1911.

JAEGER, Carl/WALDER, Hans Ulrich/KULL, M.Thomas/KOTTMANN, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art.1-158, Zürich 1997.

KREN KOSTKİEWİCZ, Jolanta: SchKG Kommentar-Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20.Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2020.

KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2013.

KUŞ, Bahadır: Cebri İcrada Borçluya ve Malvarlığına Dair Bilgilere Erişim İmkânı, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

LLOYD, Ian J.: Information Technology Law, 7th ed., Oxford University Press, Oxford 2014.

ÖZBEK, M. Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 4.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ÖZEKES, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

STAEHELIN, Adrian/BAUER, Thomas/STAEHELIN, Daniel: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG I Art 1-82, Ettenheim 1998.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

RADO, Türkan: "Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 10, Sayı 1-2, Yıl 1944, s.229-240.

TUNCER KAZANCI**,** İdil: **"**Covıd-19 Pandemisinde E-Duruşma ve Bu Kapsamda Kişisel Verilerin Korunması", *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covıd-19*, Editör: Murat BATI/ Sezai ÇAĞLAYAN, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

TÜLEK, Nuray: "Tasarrufun İptali Davasında Üçüncü Kişi" *İzmir Demokrasi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Yıl 2018, s.63-91.

ÜÇÜNCÜ, Sümeyye Hilal: Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

YILMAZ, Berrak: Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

YILMAZ, Süleyman/ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz: Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2020.

YÜCE, Fazilet: İcra Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2024.

Yargıtay 12. HD'nin 12.01.2023 tarih ve E:2022/7789, K:2023/181 sayılı kararı.

Yargıtay 12. HD'nin 13.02.2023 tarih ve E:2022/13128, K:2023/785 sayılı kararı.

Yargıtay 12. HD'nin 15.04.2013 tarih ve E:2013/5621, K:2013/14186 sayılı kararı.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD'nin 13.10.2016 tarih ve E:2016/59, K:2016/68 sayılı kararı.

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 18.04.2019 tarih, E:2019/22, K:2019/1290 sayılı kararı.

Kemal Karanfil Başvurusu, Başvuru No: 2017/24776, K.24.05.2018.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 17/09/2020 tarih ve 2020/710 sayılı Kararı.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 13/02/2020 tarih ve 2020/118 sayılı Kararı.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 25.12.2024 TARİHLİ ESAS: 2024/101 KARAR: 2024/232 SAYILI KARARI SONRASINDA KAMULAŞTIRMA İŞLEMİ AÇISINDAN İDARİ YARGI DENETİMİNİN ETKİLİLİĞİ

Arş. Gör. Dr. Ceren ŞAKAR*

ÖZET

Kamulaştırma işlemi, Anayasa'da düzenlendiği üzere, özel mülkiyette bulunan taşınmazların, bedeli mal sahibine ödenmek suretiyle, kamu yararı amacına yönelik olarak idarenin mülkiyetine geçirilmesini düzenleyen bir süreci ifade etmektedir. Netice itibarıyla özel kişilerin taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakkını sonlandırması bakımından kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu büyük önem arz etmektedir. Bilindiği üzere idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi, idari yargı mercileri tarafından işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından yapılmaktadır. İdari işlem olması dolayısıyla kamulaştırma işlemi de idari işlemin bu unsurları bakımından idari yargı denetimine tabidir. Diğer taraftan kamulaştırma sürecinde, bir de adli yargı aşaması bulunmaktadır. Şayet idare, taşınmazın satın alma usulü ile kamulaştırması sürecini tamamlayamazsa, taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde taşınmazın bedel tespiti ve tescili davası açmaktadır. Dolayısıyla bir yandan idari yargıda kamulaştırma işleminin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, adli yargıda da taşınmazın bedelinin tespiti ve idare adına tesciline ilişkin dava yürümektedir. Kamulaştırma Kanunu'na göre asliye hukuk mahkemesinin tescil kararı kesin olup, bu karar mülkiyetin idareye geçişini sağlamaktadır.

Asliye hukuk mahkemesinde süren yargılama ile idari yargıda süren iptal davası arasındaki bağlantı, Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 14. fıkrasında idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilen hâllerde, asliye hukuk mahkemesinin bu kararı bekletici mesele yaparak idari yargıdaki davanın sonucuna göre işlem yapması hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yüksek mahkemenin bu iptal kararı ile birlikte, Kamulaştırma Kanunu'nun mülga m. 10/14 hükmü yürürlükteyken, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş olan kamulaştırma işlemi bakımından, bir yandan adli yargıda süren bedel tespiti ve tescili davasıyla bağlantılı olarak, idari yargı denetiminin etkililiği ile alakalı riskler, bugün hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen kamulaştırma işlemi açısından da gündemdedir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde ortaya çıkan tablo, idari yargı denetiminin etkililiği açısından değerlendirilmekte ve iptal kararı neticesinde ortaya çıkan yasal boşluğun doldurulmasına yönelik önerilerde bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, idari yargı, adli yargı, yürütmenin durdurulması, bekletici sorun.

EFFECTIVENESS OF ADMINISTRATIVE JUDICIAL REVIEW IN TERMS OF EXPROPRIATION ACT AFTER THE ANNULMENT DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DATED 25.12.2024 CASE NUMBER: 2024/101 DECISION NUMBER: 2024/232

ABSTRACT

Expropriation, as regulated by the Constitution, refers to the process of transferring privately owned real estate to the administration for public interest purposes, by paying the price to the owner. Consequently,

* Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ceren.sakar@adu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0205-9511.

the legality of expropriation is crucial, as it terminates the ownership rights of private individuals over their real estate. As is well known, administrative judicial authorities review the legality of administrative acts, considering the authority, form, reason, subject, and purpose of the administrative act. Being an administrative act, expropriation is also subject to administrative judicial review regarding these elements. Furthermore, the expropriation process also involves a judicial process. If the administration fails to complete the expropriation process through the purchase procedure, it files a lawsuit for the valuation and registration of the property in the civil court of first instance where the property is located. Therefore, while the legality of the expropriation process is being reviewed in the administrative courts, a lawsuit is also being filed in the judicial courts regarding the valuation and registration of the property in the name of the administration. According to the Expropriation Law, the registration decision of the civil court of first instance is final, ensuring the transfer of ownership to the administration.

The connection between the ongoing proceedings in the civil court of first instance and the annulment case pending in the administrative courts, as stipulated in Article 10, paragraph 14 of the Expropriation Law, which stipulates that in cases where a stay of execution is issued in the administrative courts, the civil court of first instance shall make this decision a matter of precedent and proceed according to the outcome of the case in the administrative courts, has been annulled by the Constitutional Court. With this annulment decision of the Supreme Court, risks related to the effectiveness of administrative judicial review remain relevant for expropriation acts for which a stay of execution was not issued while the repealed Article 10/14 of the Expropriation Law was in effect. Furthermore, the ongoing valuation and registration case in the judicial courts also raises concerns about the effectiveness of administrative judicial review. This study evaluates the situation resulting from the Constitutional Court's annulment decision in terms of the effectiveness of administrative judicial review, and proposes recommendations to fill the legal gap created by the annulment decision.

Keywords: expropriation, administrative jurisdiction, judicial jurisdiction, stay of execution, pending issue.

GİRİŞ

Kamulaştırma işlemi, Anayasa'nın 46. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde açıklanmıştır: *"Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir."* Anayasa'da şartları açıkça belirlendiği üzere kamulaştırma işlemi; devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından, kamu yararı gerekçesiyle, gerçek karşılığı ödenmek koşuluyla, özel mülkiyet altındaki taşınmazların kısmen veya tamamen, kanun ile belirtilen şartlar dahilinde yapılabilen bir işlemdir. Anayasa hükmünde kamulaştırma işleminin tabi olduğu esas ve usullerin gösterileceğinin belirtildiği kanun, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'dur. Kamulaştırma Kanunu'nda kamulaştırma usulü ayrıntılı kurallar ile düzenlenmiştir.

Bir idari işlem olması dolayısıyla kamulaştırma işlemi[1], her idari işlem gibi idari yargı denetimine tabidir. Kamulaştırma işleminin hukuka uygunluk denetimi idari yargıda yapılırken; idarenin satın alma usulünü başarıyla tamamlayamaması üzerine açacağı taşınmazın bedel tespiti ve tescili davası ise adli yargıda görülmektedir. Bu iki dava arasında, birbirleriyle olan bağlantıları dolayısıyla Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 14. fıkrasında bir ilişki kurulmuş bulunmaktaydı. Bu hükme göre, şayet idari yargıda kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı verilirse, asliye hukuk mahkemesi, bu durumu bekletici sorun yapıp idari yargı mercinin kararına göre

[1] YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 206.

hareket etmekle yükümlüydü. Doktrinde bu hüküm, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen hâller bakımından; idari yargıda verilecek iptal kararının uygulanması sorunu[2], kamulaştırma işlemi üzerinde idari yargı denetiminin etkililiği[3] gibi konularda haklı endişelere konu olmuştur.

Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2024 tarihinde verdiği Esas Numarası: 2024/101, Karar Numarası: 2024/232 sayılı kararı ile iptal edilmiştir[4]. Önceden yalnızca idari yargıda hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen kamulaştırma işlemleri idari yargı denetimi ile ilgili olarak ortaya çıkan tablo, söz konusu iptal kararı sonrasında hem yürütmenin durdurulması kararı verilen hem de hakkında bu karar verilmeyen kamulaştırma işlemleri bakımından gün yüzüne çıkmıştır. Bu kapsamda çalışmada; kamulaştırma işlemi bakımından idari yargı denetiminin etkililiği hususu öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde Kamulaştırma Kanunu'nun mülga m. 10/12 hükmü kapsamında doktrindeki görüşlere değinilerek değerlendirilmektedir. Bir sonraki adımda, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı neticesinde oluşan durum, iptal kararı öncesindeki durum ile karşılaştırılarak incelenmekte ve ortaya çıkan tabloda olası sorunlara yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır.

I. KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNİN YARGISAL DENETİMİ

Özel mülkiyetteki taşınmazın kısmen veya tamamen idarenin mülkiyetine geçmesi sonucunu doğuran kamulaştırma işlemi[5], kişilerin mülkiyet hakkı ile yakın ilişki içerisindedir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı amacıyla kanun ile sınırlanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Anayasa'nın 46. maddesi ve 2942 sayılı Kanun'da usul ve esasları gösterilen kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkını kamu yararı amacına yönelik olarak sınırlamaktadır[6]. Mülkiyet hakkına önemli ölçüde müdahale eden ve onu sınırlayan bir işlem olarak kamulaştırma işleminin[7], tam da bu sebeple, hukuka uygun olması çok daha önem kazanmaktadır.

Kamulaştırma idarenin tek yanlı bir işlemidir[8]. Kamulaştırma işlemi, özel mülkiyete tabi bir taşınmaza, malikinin rızası ve onayı olmaksızın, idarenin cebren el koyması şeklinde karşımıza çıkan bir idari işlem olduğundan idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklara yol açabilmektedir[9]. Diğer taraftan kamulaştırma sürecinde özel mülkiyet ile ilgili etki ve sonuçları dolayısıyla adli uyuşmazlıklar da

[2] ÇOBAN ATİK, Ayşegül: Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2013, s. 342.

[3] KUTLU GÜRSEL, Meltem: *Kamulaştırma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 413.

[4] Bu karar, 27.03.2025 tarihli ve 32854 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

[5] AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 668 [Türk İdare Hukuku].

[6] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdare Hukuku,* s. 659; GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt II*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 958-959.

[7] ULUSOY, Ali: *Yeni Türk İdare Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 628; GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 1030.

[8] GÖZLER, s. 964.

[9] GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 250.

gündeme gelebilmektedir[10]. Dolayısıyla kamulaştırma sürecinde idari yargı ve adli yargı denetimi bir arada bulunmaktadır.

A. Adli Yargı Denetimi

Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinde, kamulaştırmanın satın alma usulü ile tamamlanmaması hâlinde, idarenin taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde taşınmazın bedelinin tespiti ve idare adına tescili için dava açması ve yargılamanın aşamaları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir. Mahkeme bilirkişi marifetiyle taşınmazın bedelini tespit ettirmekte ve idare adına tesciline karar vermektedir. Kanun'un 10. maddesinin 8. fıkrasına göre, mahkemenin tescil hükmü kesindir. Yine Kanun'un 25. maddesinin 1. fıkrasına göre de mahkemece verilen tescil kararı ile mülkiyet idareye geçmektedir.

Kanun'un 14. maddesinde *"Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir"* denilmektedir. Buna göre Asliye hukuk mahkemesindeki dava açıldığını haber alan taşınmaz maliki dilerse kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açabilmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma sürecinde, kamulaştırma işlemiyle ilgili olarak idari yargı ve adli yargıda eş zamanlı olarak davaların görülmesi söz konusu olmaktadır.

B. İdari Yargı Denetimi

Kamulaştırma, tek taraflı bir idari işlem olarak[11], kamu gücü uygulanmak suretiyle yapılır ve taşınmazın sahibinin rızasının bir önemi bulunmamaktadır[12]. Bununla birlikte taşınmazın sahibinin, bir idari işlem olması dolayısıyla kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açması mümkündür. Nitekim Kamulaştırma Kanunu m. 14/1 hükmünde; asliye hukuk mahkemesinin taşınmazın bedel tespiti ve tescili davasının açıldığını ve duruşma gününü bildirir meşruhatlı davetiyenin tebliğinden itibaren 30 gün içinde idari yargıda iptal davası açılabileceği düzenlenmektedir. İdari yargıda açılan iptal davalarında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden hukuka uygunlukları denetlenmektedir. Dolayısıyla bir idari işlem olarak kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden idari yargıda denetlenmektedir.

Kamulaştırma işleminin yetki unsuru doğrudan Anayasa'da belirlenmiştir. Anayasa'nın 46. maddesine göre kamulaştırma işlemi yalnızca devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilir. Kamulaştırma işlemi, özel mülkiyeti ortadan kaldırdığından diğer idari işlemlerden ayrı ve detaylı şekil ve usul kurallarına bağlı kılınmaktadır[13]. Kamulaştırma pek çok işlem ve aşamayı bir arada taşıyan karmaşık bir süreci ifade etmektedir[14]. Kamulaştırmanın detaylı usul kurallarına uyularak yapılması, idareyi memurlarına karşı koruduğu gibi kişiler ve onların mülkiyet hakkı açısından da bir teminat oluşturur[15]. Kamulaştırma Kanunu'nda belirtilen şekil kurallardan herhangi birine aykırı hareket edilmesi,

---

[10] GÜNDAY, s. 250.

[11] GÖZLER, s. 964.

[12] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 660.

[13] GÜNDAY, s. 257.

[14] ŞAHİN, Cenk: "Kamulaştırma", *Gün Işığında Yönetim*, İl Han ÖZAY, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 608.

[15] GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1031.

kamulaştırma işlemini şekil unsuru yönünden hukuka aykırı hâle getirir[16]. Kamulaştırma işleminin sebep unsurunu, idareyi kamulaştırma yapmaya iten faktör ve sebepler yani kamu yararı oluşturur[17]. Kamulaştırma işleminin amaç unsurunu, kamu yararı oluşturmaktadır ve dolayısıyla idare yalnızca kamu yararını tesis etme amacına dönük bir sebep ile hareket edebilir[18]. Son olarak kamulaştırma işleminin konu unsuru, taşınmaz üzerindeki özel mülkiyetin kaldırılarak idarenin mülkiyetinin tesisidir[19]. Kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında, işlem bu unsurlardan herhangi biri veya birkaçı yönünden hukuka aykırı bulunursa iptal edilir.

C. Kamulaştırma İşlemi ve Yürütmenin Durdurulması Müessesesi

Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 14. fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmeden önce şu şekilde bir düzenleme içeriyordu: *"14'üncü maddede belirtilen süre içinde, kamulaştırma işlemine karşı hak sahipleri tarafından idari yargıda iptal davası açılması ve idari yargı mahkemelerince de yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde mahkemece, idari yargıda açılan dava bekletici mesele kabul edilerek bunun sonucuna göre işlem yapılır."* Bu hüküm çerçevesinde şayet idari yargıda yürütmenin durdurulması karar verilirse asliye hukuk mahkemesi önündeki taşınmazın bedelinin tespiti ve idare adına tescili davasını görmeyi durdurmakta ve idari yargı mercinin kararını beklemekteydi. Diğer taraftan idari yargıda, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen kamulaştırma işlemlerine ilişkin adli yargıda açılan bedel tespiti ve tescil davaları asliye hukuk mahkemesi tarafından görülmeye devam ettirilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi, 25.12.2024 tarihinde verdiği E. 2024/101, K. 2024/232 sayılı, 27.03.2025 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren kararıyla, Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmünü iptal etmiştir[20]. Mahkeme iptal gerekçesinde şu hususların altını çizmiştir:

- Hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen kamulaştırma işlemiyle ilgili olarak asliye hukuk mahkemesinde davanın görülmesine devam edilerek taşınmazın bedelinin tespit edildiği ve idare adına tescil edildiği,
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) bekletici meseleye ilişkin hükmün mecburiyet içermediği gerekçesiyle kamulaştırmada mülkiyet hakkı açısından bir teminat sağlamadığı,
- Kamulaştırma Kanunu'nun m. 14/2 hükmünde yer alan *"İdari yargıda açılan davalar öncelikle görülür"* hükmümün iptal davasının asliye hukuk mahkemesinin önündeki bedel tespiti ve tescili davasından önce neticelenmesini teminat altına almadığı,
- Kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmediği ve idari yargıdaki davanın bekletici mesele yapılmadığı durumda asliye hukuk mahkemesinin yargılamayı, idari yargıdan önce tamamlayabileceği ve sonradan verilen iptal kararının etkisiz olacağı,
- Asliye hukuk mahkemesince verilen tescil hükmünün kesin olması karşısında, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra kamulaştırma işleminin hukuka aykırı

[16] GÖZLER, s. 983.

[17] ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 821.

[18] GÖZLER, s. 970-971.

[19] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 668.

[20] AYM'nin 25.12.2024 tarih ve E. 2024/101, K. 2024/232 sayılı kararı (Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2025 – Sayısı: 32854).

bulunması neticesinde verilen iptal kararına göre dayanaktan yoksun kalan tescil işlemine rağmen mülkiyetin idareye geçmiş olacağı,

- Tescil kararı ile mülkiyetin idareye geçmesi sonrasında idari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında verilecek iptal kararının neticelerini gösterebilmesi için malikin bazı zorluklara katlanmak zorunda kalacağı,
- Kamulaştırmanın bedeli ve kamulaştırma işleminin hukuka uygunluk denetimine ilişkin davaların farklı yargı kollarında görülmesi neticesinde idari yargı denetiminin etkisinin zarar gördüğü,
- Adli yargıda görülen davada, idari yargıda görülen davanın bekletici mesele kabul edilebilmesinin idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi hâline hasredildiği ve bu nedenle mülkiyet hakkını korumaya yönelik etkili bir güvence bulunmadığı ve bu anlamda yapısal bir problem bulunduğu,
- Mülkiyet hakkının korunması için idari yargıda kamulaştırma işleminin hukuka uygunluk denetiminin, kamulaştırma prosedürünün nihayete ermesinden önce tamamlanması gerektiği,
- İptale konu kuralın, yürütmenin durdurulması kararı verilen hâller dışında, kamulaştırma prosedürü kesinleşmeden önce kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu denetimine yönelik bir teminat getirmediği ve devletin mülkiyet hakkına yönelik yükümlülükleriyle uyumlu olmadığı,
- Tüm bu gerekçelerle, Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmünün Anayasa'nın 35. ve 40. maddelerine bulunularak iptaline karar verilmiştir[21].

Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırmada yürütmenin durdurulmasına ilişkin Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmünün iptaline ilişkin gerekçelerinin tümüne katılmaktayız. Bununla birlikte söz konusu iptal kararı neticesinde; acilen doldurulması zorunluluğu bulunan bir yasal boşluk oluşmuş olup, kamulaştırma işlemi bakımından hem yürütmeyi durdurma müessesesinin anlamını yitirmesi hem de idari yargı denetiminin daha da etkisiz kalma riski doğmuştur. Bu bağlamda bir sonraki bölümde kamulaştırma işlemi açısından idari yargı denetiminin etkililiği meselesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi ve sonrasındaki durum incelenerek değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI ÖNCESİNDE KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNDE İDARİ YARGI DENETİMİ

İdari yargı mercileri kamulaştırma işlemini, her idari işlem açısından olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden denetlemektedir. İdari yargı denetiminin etkililiği, aynı zamanda asliye hukuk mahkemesinde görülen taşınmazın bedel tespiti ve tescili davası ile etkileşimi ile ilişkilidir. Satın alma usulünün başarılı olmaması neticesinde, Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrasına göre idare tarafından asliye hukuk mahkemesinde taşınmazın bedelinin tespiti ve kendi adına tescili için dava açılmasını müteakip taşınmazın maliki, idari yargıda kamulaştırma işlemi aleyhine dava açabilir. Eş zamanlı olarak farklı yargı kollarında görülen bu davaların birbirine etkisi, burada çeşitli olasılıklar düşünülerek incelenmektedir. Bu başlık altında yapılan tüm değerlendirmeler, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasındaki durum ile karşılaştırabilmek adına, yüksek mahkeme tarafından iptal edilen Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmünün yürürlükte olduğu zamana ilişkindir.

İlk olasılık, idarenin taşınmazın bedelinin tespiti ve tescili için asliye hukuk mahkemesinde dava açmasına rağmen, taşınmazın malikinin süresi içinde iptal davası açmamasıdır. Bu durumda asliye

[21] AYM'nin 25.12.2024 tarih ve E. 2024/101, K. 2024/232 sayılı kararı (Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2025 – Sayısı: 32854).

hukuk mahkemesi önündeki davayı görerek, taşınmazın bedelini bilirkişi marifetiyle tespit ettirir ve nihayetinde taşınmazı idare adına tescil eder. Bu olasılıkta idari yargı denetimi yer almadığından etkililik değerlendirmesinde dikkat alınmasına gerek bulunmamaktadır. İdari yargı denetimin etkililiğinin değerlendirilmesi açısından taşınmazın malikinin idari yargıda iptal davası açtığı hâllerdeki olasılıklar üzerinde durulacaktır.

A. Asliye Hukuk Mahkemesinde Açılan Bedel Tespiti ve Tescili Davasını Müteakip Taşınmaz Malikinin Yürütmeyi Durdurma Talepli İptal Davası Açması ve İdari Yargıda Kamulaştırma İşleminin Yürütülmesinin Durdurulması Kararı Alınması

Taşınmaz malikinin asliye hukuk mahkemesinde taşınmazı için bedel tespiti ve tescili davası açıldığına dair tebligatı almasını müteakip 30 gün içinde idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli iptal davası açması mümkündür. İdari yargı merci yürütmenin durdurulmasına karar verdiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki düzenlemeye göre asliye hukuk mahkemesinin, bunu bekletici sorun kabul ederek yargılamayı durdurması gerekmektedir. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi, idari yargı mercinin kararını beklemektedir[22]. İdari yargı mercinin bu noktada vereceği kararlar işlemin iptali ya da davanın reddi yönünde olmaktadır.

B. İdari Yargı Mercinin Kamulaştırma İşlemi Hakkında İptal Kararı Vermesi

İdari yargı mercinin kamulaştırma işlemini hukuka aykırı bulup iptal kararı vermesi hâlinde, daha önce verilen yürütmenin durdurulması kararının asliye hukuk mahkemesince bekletici sorun kabul edilerek durdurulan yargılamaya devam edilmesi mümkün değildir[23]. Zira iptal kararı ile idari işlemin geçmişe etkili olarak varlığına son verilmekte ve hukuka aykırı olan idari işlemin yapılmasından önceki duruma dönülmektedir veya dönülmesi gerekmektedir[24]. Kamulaştırma işleminin iptal edilerek geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması, asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılarak durdurulan taşınmazın bedel tespiti ve tescili yargılamasını konusuz bırakmaktadır. HMK'nin 331. maddesine göre; *"Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder".* Kamulaştırma işleminin iptali dolayısıyla önündeki taşınmazın bedel tespiti ve tescili davasının konusuz kalması gerekçesiyle asliye hukuk mahkemesi esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir[25].

İdari yargıda iptal kararı verildikten sonra kanun yollarına başvurulması, iptal kararının yürütülmesini kendiliğinden durdurmaz. Ancak iptal kararı aleyhine kanun yollarına başvurulmuş olması, asliye hukuk

---

[22] GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR'ın ifadesiyle, *"İdare mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verdiği davalarda, bekletici mesele sebebiyle idari davanın sonucunu bekleyen Asliye Hukuk Mahkemesi, İdare mahkemesinin esasa dair kararının dosyasına sunulmasına kadar duruşma yapmaksızın yargılamayı bekletir. (HMK. 165) Ancak İdare mahkemesi açılan iptal davasında yürütmenin durdurulmasına karar vermemiş ise, asliye hukuk mahkemesi bedel tespiti ve tescili davaları ile maddi hata davalarına devam eder"*(GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali/ŞAKIR, Burak: *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 542).

[23] *KUTLU GÜRSEL'e* göre, idari yargı merci tarafından yürütmenin durdurulması kararı alınmamış olsa da kamulaştırma işleminin iptaline hükmedilmişse asliye hukuk mahkemesi, bu hâli bekletici sorun olarak değerlendirmeli ve iptal hükmünün kesinleşmesini beklemelidir (KUTLU GÜRSEL, s. 412).

[24] ULER, Yıldırım: *İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 25.

[25] *GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR'a* göre; *"Adli yargıda görülen dava henüz karar bağlanmadan, İdari yargı işlemin iptaline karar verirse bu takdirde ortada kamulaştırma işlemi kalmayacağından kıymet takdiri ve tescil davasının reddi gerekir"*(GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR, s. 542.)

mahkemesinin önündeki dava açısından davanın henüz konusuz kalmasına engel oluşturacaktır. Hâlihazırda idari işlemin yürütmesinin durdurulması kararı gerekçesiyle önündeki davayı bekletmekte olan asliye hukuk mahkemesinin kanun yolundaki incelemesini de beklemesi gerekmektedir. Nitekim Kutlu Gürsel de idari yargı merci tarafından kamulaştırma işlemi hakkında, yürütmenin durdurulması kararı alınmamış olsa dahi, işlemin iptaline hükmedildiğinde, asliye hukuk mahkemesinin bu hâli bekletici sorun yaparak, iptal hükmünün kesinleşmesini beklemesi lüzumunu ifade etmektedir[26]. İYUK'un 52. maddesine göre, *"Temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak, bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebilir."* Kamulaştırma işleminin iptali kararı aleyhine, idare tarafından mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talepli olarak kanun yolu başvurusu yapılması hâlinde, mahkeme talebi reddederse, iptal kararına dayalı olan sonuçlar geçerliliği korur.

İstinaf ya da temyiz merci mahkeme kararının yürütülmesini durdurulması talebini kabul eder ve o sırada henüz asliye hukuk mahkemesi tarafından dava hakkında esas hakkında karar verilmeye yer olmadığına karar verilmemiş olduğu durumda ne gibi sonuçlar doğabilir? Mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması, henüz esas hakkında karar verilmeye yer olmadığı kararı vermemiş asliye hukuk mahkemesi açısından bekletici sorun kabul edilebilir mi? İstinaf veya temyiz aşamasında ilk derecede verilen iptal kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi, iptal edilen idari işlemi yeniden canlandırmamakta; sadece idareyi söz konusu iptal kararı doğrultusunda işlemde bulunma yükümlülüğünden geçici bir süre için kurtarmaktadır[27]. Ayrıca iptal kararının yürütülmesinin durdurulması kararı verilmesi, idarenin işlemi uygulamaya geçebileceği sonucunu doğurmamaktadır[28]. Bu yorum, kamulaştırma işlemi bakımından mülkiyet hakkının korunması ve bu hakka müdahalenin hukuka uygun olması amacına da hizmet eder. Bununla birlikte mahkeme kararının (iptal kararının) yürütülmesi durdurulmuşken, henüz asliye hukuk mahkemesinde esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmemişse, asliye hukuk mahkemesinin kanun yolu incelemesinin tamamlanmasını beklemesi usul ekonomisi açısından uygun olacaktır.

C. İdari Yargı Mercinin Davanın Reddine Karar Vermesi

İdari yargı merci tarafından, kamulaştırma işlemi aleyhine açılan iptal davasının reddine karar verilirse, kamulaştırma işlemi hukuka uygun bulunmuş olmaktadır. Bu arada davanın reddine karar verilmesi önceden verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararını da kendiliğinden ortadan kaldırmaktadır[29]. Davanın reddi kararı üzerine hukuka uygunluğu tespit edilmiş kamulaştırma işlemi ile ilgili olarak asliye hukuk mahkemesi, önceki yürütme durdurma kararına dayalı olarak görmeyi durdurduğu davayı görmeye devam ederek taşınmazın bedelini tespit ettirir ve nihayetinde taşınmazı idare adına tescil eder.

---

[26] KUTLU GÜRSEL, s. 412.

[27] TORUN, Fatih: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 341; *Farklı yönde görüş için bakınız*: ASLAN, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993, s. 94: *"Mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verildiği takdirde, temyiz aşamasında uyuşmazlık çözümleninceye kadar, eski durumun muhafazası sağlanır. Alt derece mahkemesi işlemi iptal etmiş olsa bile yürütmenin durdurulması kararı üzerine işlem tekrar canlılık kazanır ve uygulanabilir niteliğini kazanır. Davanın reddedildiği durumlarda ise böyle bir karar üzerine idare, işlemi icra edemeyecek duruma gelir."*

[28] TORUN, s. 341.

[29] ASLAN, s. 95.

Davanın reddi kararına karşı kanun yollarına başvurulmuş olabilir. Bir önceki başlıkta da ifade ettiğimiz üzere, İYUK'un 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, mahkeme kararı aleyhine kanun yolu başvurusu yapılmış olması mahkeme kararının yürütülmesini durdurmaz. Ancak bu noktada taşınmazın maliki davacı tarafından kanun yolu aşamasında İYUK m. 52/1 hükmünün 3. cümlesi uyarınca idari işlemin yürütülmesinin durdurulması talep edilebilir. Şayet istinaf/temyiz merci idari işlemin yürütülmesinin durdurulması talebinin reddine karar verirse, asliye hukuk mahkemesi önündeki davayı görmeye devam ederek taşınmazı idare adına tescil edebilir. İstinaf/temyiz merci idari işlemin yürütülmesinin durdurulması talebini kabul ederse, henüz tescil kararını vermemiş asliye hukuk mahkemesi, önündeki davayı görmeye devam edebilir mi? Alt derece mahkemesinin davanın reddi kararının aleyhine yapılan kanun yolu incelemesinde, istinaf/temyiz mercinin idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermesi hâlinde, idare işlemi uygulayamaz[30]. Onar'a göre idari işlemin yürütülmesinin durdurulması kararı, idari işlem iptal edilmediği için, bu karar alınıncaya kadar idari işleme dayalı olarak yapılmış diğer işlemlerin hukuki geçerliliğini etkilememektedir; ancak yürütmenin durdurulması kararı alındıktan sonra yapılacak eylem ve icrai işlemleri durdurur[31]. Yürütmenin durdurulmasını kamulaştırma işlemi açısından ele alan Kutlu Gürsel'e göre, kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin durdurulması kararının etkisi, bu noktaya değin yapılan işlemlerin, idari yargı merci tarafından nihai karar alınıncaya dek durdurulmasıdır[32]. İdari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında alınan yürütmeyi durdurma kararı, bu işlem bakımından sürmekte olan adli yargı sürecini de durdurmaktadır[33]. Buna göre kamulaştırma işlemi hakkında açılan iptal davasının reddi aleyhine yapılan kanun yolu incelemesinde davacının talebi üzerine kamulaştırma işleminin yürütülmesi durdurulmuş ise bundan böyle kamulaştırma işleminin dayanak oluşturacağı herhangi bir işlem veya eylem yapılamaması gerekir. Bu gerekçeyle henüz tescil kararını vermemiş asliye hukuk mahkemesinin, idari yargıdaki kanun yolu aşamasında idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasını bekletici sorun yapıp, idari yargıdaki kanun yolu incelemesinin tamamlanmasını beklemesi uygun olacaktır.

Diğer bir görüşe göre; yürütmenin durdurulması kararları, iptal kararlarında olduğu gibi geçmişe etkilidir ve işlemi yapıldığı andan itibaren askıya almakta, onu etkisiz duruma getirmektedir[34]. *Sarıca*'ya göre ise yürütmenin durdurulması kararı, geçmişe etkili olduğu için idarenin idari işlemin tesis edildiği andan itibaren o sahada ve konuda bütünüyle yetkisiz olması sonucunu doğurur[35]. Yürütmenin durdurulması kararının idareye ne zaman tebliğ edildiği önemli değildir ve hatta bu tebliğ idarenin birinci işlem yapıldığı anda bu işleme dayalı olarak herhangi bir işlem veya eylem tesis etme yetkisini

[30] ASLAN, s. 94.

[31] ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumî Esasları III. Cilt*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1971-1972. *Aksi yönde*: *ULER'e* göre, iptal kararları uyuşmazlığı sonuca bağlayan, kesin hüküm teşkil edebilen, işlem ortadan kaldıran kararlarken; yürütmenin durdurulması kararları işlemin icra edilmesini erteleyen muhafaza edici bir önlem niteliğinde ara kararlardır. Bu bakımdan iptal ve yürütmenin durdurulması kararları nitelik itibariyle farklı olsalar da etkileri yönünden bütünüyle benzerdirler (ULER, s. 4). *ULER* bu bakımdan, yürütmenin durdurulması kararlarının sadece verildiği zamandan sonrasına etki edeceği yönündeki görüşe katılmamakta olduğunu ifade etmektedir (ULER, s. 6-7).

[32] KUTLU GÜRSEL, s. 410.

[33] KUTLU GÜRSEL, s. 410.

[34] ÖZDEŞ, Orhan: "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği", *Danıştay Dergisi*, Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 6.

[35] SARICA, Ragıp: "Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Ragıp SARICA/Turan GÜNEŞ/Yaşar KARAYALÇIN/İsmet GİRİTLİ/Turhan FEYZİOĞLU/Mukbil ÖZYÖRÜK, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No: 24-113, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 37 [Tehir-İcra Kararının Yerine Gelmesi].

dava sonuçlanıncaya dek bütünüyle kaybetmiş olduğunu gösterir[36]. Yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin hukuka uygunluğu karinesini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır[37]. Kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasının reddi üzerine yapılan kanun yolu incelemesinde idari işlemin yürütülmesinin durdurulması kararı alındığında, şayet asliye hukuk mahkemesinde henüz tescil kararı alınmamış ise bu durum bekletici sorun yapılarak kanun yolu incelemesinin neticelenmesi beklenmelidir. Zira yürütülmesinin durdurulması kararı, kamulaştırma işleminin hukuka uygunluk karinesine geçmişe etkili olarak son vermektedir. *Sarıca'ya* göre, yürütmenin durdurulması idari işlem açısından var olan hukuka uygunluk karinesini tersine çevirir ve hatta bu karar, mahkeme tarafından ilk bakışta edinilen fikre göre verilen yargısal bir hukuk aykırılık karinesi oluşturmaktadır[38]. Bu durumda şayet asliye hukuk mahkemesi tescil kararını vermişse, bu tescilin dayanağı olan kamulaştırma işlemine ilişkin oluşan hukuka aykırılık karinesi sebebiyle tescilin kaldırılması için aşağıda III numaralı bölümde inceleyeceğimiz hukuki yollara (örneğin: yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak[39] veya tapu iptali ve tescili davası açmak gibi[40]) başvurmak mümkün müdür? Bu soruya yine *Sarıca*'nın yürütmenin durdurulması kararı ile ilgili olarak yaptığı tespit üzerinden cevap verilebilir. Şöyle ki *Sarıca'ya* göre yürütmenin durdurulması kararı veren mahkemenin idari işlemin hukuka aykırılığı hakkında edindiği görüş nihai ve kesin bir görüş değil; önceden ve olası bir görüştür. Bir başka deyişle yürütmenin durdurulması, idari işlem hakkında mahkemenin ilk bakışta, şimdilik ve geçici surette ulaştığı bir kanaat dolayısıyla bir hukuka aykırılık karinesi oluşturmaktadır[41]. Kanun yolu incelemesinde yürütülmesi durdurulan ve şayet vermişse asliye hukuk mahkemesinin tescil kararının da hukuki dayanağını oluşturan kamulaştırma işlemi, henüz kesin olarak hukuka aykırı kabul edilmiş olmadığından, bu tescilin kaldırılmasına ilişkin hukuki yollara başvurulamaması gerekmektedir.

D. İdari Yargı Mercinin Yürütmeyi Durdurma Talebini Reddetmesi

İdari yargıda kamulaştırma işlemine karşı yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan iptal davasında, mahkemenin yürütmeyi durdurmayı talebini reddederek davaya devam etmesi ihtimali de söz konusudur. Burada iptal davası, asliye hukuk mahkemesindeki bedel tespiti ve tescili davasından önce tamamlanırsa bir önceki başlıkta açıklanan durumlar gündeme gelecektir. Örneğin iptal davası, asliye hukuk mahkemesindeki davadan önce iptal kararı verilmesi suretiyle sonuçlanırsa, II. bölümde (A) başlığının a alt bölümünde konuşulanlar, bu durumda da geçerli olacaktır. Şayet iptal davasında kamulaştırma işleminin hukuk uygun olduğu sonucuna varılıp davanın reddine karar verilir ve henüz asliye hukuk mahkemesindeki yargılama tamamlanmamış olursa, II. bölümde (A) başlığının b alt bölümünde açıklananlar, bu durumda da geçerli olacaktır.

E. İptal Davasında Davanın Reddine Karar Verilmesi

Şayet iptal davası, asliye hukuk mahkemesinden yargılama bittikten ve taşınmaz idare adına tescil edildikten sonra tamamlanır ve davanın reddine karar verilirse herhangi bir sorun yoktur. Fakat bu

---

[36] SARICA, *Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi*, s. 37.

[37] SARICA, *Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi*, s. 37.

[38] SARICA, Ragıp: "Tehir-İcra", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Ragıp SARICA/Turan GÜNEŞ/Yaşar KARAYALÇIN/İsmet GİRİTLİ/Turhan FEYZİOĞLU/Mukbil ÖZYÖRÜK, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No: 24-113, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 28-29 [Tehir-i İcra].

[39] ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Âkibeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 463; ÇOBAN ATİK, s. 387.

[40] ÇOBAN ATİK, s. 341-342.

[41] SARICA, *Tehir-i İcra*, s. 28.

durumda da idari yargıda davanın reddi kararına karşı yapılan kanun yolu incelemesinde idari işlemin yürütülmesi durdurulursa ne olacaktır? Kanun yolu aşamasında idari işlemin yürütülmesi durdurulmuş olsa dahi asliye hukuk mahkemesi yargılamayı bitirmiş ve taşınmazı idare adına tescil etmiştir. Dolayısıyla kamulaştırılan taşınmaza ait mülkiyet idareye devredilmiş bulunmaktadır. Onar'a göre yürütmeyi durdurma kararı, iptal kararı gibi, idari işlemi yapıldığı andan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldıran ve idareyi eski düzeni iade borcu altına sokan bir karar değildir[42]. Yine Onar'a göre yürütmenin durdurulması kararları neticesinde, ortada bir iptal kararı olmadığı için hukuken geçerli bir idari işleme dayanarak yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce yapılan işlem ve eylemler geçerliliğini korumakta; ancak yürütmenin durdurulması kararı verildikten sonra yürütülmesi durdurulan işlemle ilgili işlem ve eylemler yapılamaz hâle gelmektedir[43]. Bu görüş çerçevesinde, asliye hukuk mahkemesi tarafından tescil kararı verildikten sonra kamulaştırma işleminin iptali için açılan davanın reddi kararı aleyhine kanun yolu incelemesinde idari işlemin yürütülmesi dursa dahi, henüz ortada bir iptal kararı olmadığı için yürütmenin durdurulması kararına kadar hukuken geçerli bir idari işleme dayalı olarak yapılmış bulunan işlem ve eylemler geçerli olacaktır. Dolayısıyla tapuda yapılan tescil işlemi söz konusu yürütmenin durdurulması kararından etkilenmeyecektir. Kaldı ki zaten bu tescil, asliye hukuk mahkemesi kararının gereğinin yerine getirilmesi kapsamında bir tescil işlemidir. Bu görüş doğrultusunda, idarenin her ne kadar taşınmaz kendisi adına tescil edilmiş olsa da kamulaştırma işleminin yürütülmesi durdurulmuş olduğundan kamulaştırma işlemine dayanarak yeni işlem ve eylemler yapamayacağı belirtilmelidir. İdarenin tescil kararına rağmen yürütmesi durdurulan kamulaştırma işlemine dayanarak yeni işlem ve eylemler tesis etmemesi, bir hukuk devletinde bir temel hak olan mülkiyet hakkına saygılı idareden de beklenen bir davranıştır.

Diğer taraftan yürütmenin durdurulması kararının da idari işlemin yapıldığı ana kadar geçmişe yürüdüğü ve işlemi yapıldığı andan itibaren etkisiz kıldığı yönünde de görüşler mevcuttur[44]. Buna göre idari yargıda davanın reddi aleyhine yapılan kanun yolu incelemesinde, kamulaştırma işleminin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiğinde, kamulaştırma işlemi yapıldığı andan itibaren etkisiz kalmaktadır. Ancak burada asliye hukuk mahkemesinin kararına dayanan bir tescil işlemi bulunmaktadır. Esasen buradaki problem tescil kararından verilen iptal kararının uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan ve biraz sonra açıklanacak olarak çıkan sorunlara[45] benzer durum arz etmektedir.

F. İptal Davasında Davanın Kabulüyle İdari İşlemin İptaline Karar Verilmesi

İptal davasında yürütmenin durdurulması talebinin reddedilerek davaya devam edilmesi hâlinde, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesindeki düzenleme çerçevesinde asliye hukuk mahkemesi yargılamaya devam ederek, taşınmazın bedelini tespit ettirmekte ve taşınmazın idare adın tesciline karar vermektedir. Tescil kararı ile mülkiyet taşınmazın malikinden çıkarak idareye geçmektedir. Mülkiyet geçişi gerçekleştikten sonra, idari yargıdaki dava sonuçlanır ve idari işlemin iptaline karar verilirse ciddi bir hukuki problemle karşı karşıya kalınmaktadır[46]. İdari yargı merci tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmeyip dava sonucunda kamulaştırma işleminin iptal edilmesi hâlinde problemlerin yaşandığı; zira Türkiye'de idare mahkemelerindeki yargılamaların çok uzun sürdüğü ve iptal kararının en az 2 yılda çıktığı ve bu arada taşınmazın idare adına tescil edilmiş olacağı

[42] ONAR, s. 1971.

[43] ONAR, s. 1971-1972.

[44] ÖZDEŞ, s. 37. *Aynı yönde*: SARICA, *Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi*, s. 37.

[45] ÇOBAN ATİK, s. 342.

[46] ÇAĞLAYAN, s. 461.

belirtilmektedir[47]. Ortada iki farklı yargı düzeninde usulüne riayet edilerek yapılan bir yargılama neticesinde ortaya çıkan birbiri ile çelişen iki adet karar bulunmaktadır[48]. Asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra; idari yargıda kamulaştırma işleminin iptaline karar verilir veya ilk derecede davanın reddine karar verilip kanun yollarında bu ret kararının bozulması üzerine ilk derece mahkemesinin iptal kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesi üzerine nasıl hareket edileceği konusunda Kamulaştırma Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır[49].

İdari işlemin iptal edilmesi, idari işlemin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Bilindiği üzere iptal kararları geçmişe yürüyerek, idari işlemi yapıldığı andan itibaren geçersiz kılmaktadır[50]. Bu durumda taşınmazın idare adına tescili, hukuken geçersiz bir kamulaştırma işlemine dayanmaktadır. Diğer taraftan bedel tespiti ve tescili davası, farklı bir yargı kolu olan adli yargıda görülmekte olduğundan, tapuda yapılan tescil işlemi, asliye hukuk mahkemesi kararına dayanmaktadır. Böylelikle birbirine ters düşen, aynı zamanda birinin diğerinin dayanağını teşkil ettiği, iki farklı yargı kolundaki mahkemeler tarafından verilmiş iki karar bulunmaktadır[51].

Kamulaştırma işleminin hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi üzerine, önceden asliye hukuk mahkemesinin tescil kararıyla mülkiyetin idareye geçmiş olması dolayısıyla taşınmaz malikinin mülkiyet hakkına hukuka aykırı bir işleme dayanarak müdahale edilmiş olmaktadır. Bu durum mülkiyet hakkı açısından bir ihlâl teşkil etmektedir. Burada idari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında verilen iptal kararının uygulanması açısından ciddi problemlerle karşı karşıya kalınabilir; çünkü mülkiyeti geçiren tescil, idarenin işleminin değil, asliye hukuk mahkemesinin kararının bir gereğidir[52]. Kamulaştırma işleminin idari yargı merci tarafından iptali kararı, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra çıkarsa, bir çözüm olarak tapu iptali ve tescil davası açılması mümkün olabilmektedir[53]. Tapu iptali ve tescili davası neticesinde malikin taşınmazına kavuşması, idareden almış olduğu kamulaştırma bedelini faiziyle iade etmesi hâlinde mümkün olmaktadır[54].

Kamulaştırma işleminin iptali kararının, tescil kararından sonra verilmesinin idare açısından da olumsuz bir yönü olabilir. Tescil kararıyla mülkiyeti devralan idarenin, kamulaştırma amacına yönelik olarak taşınmaz üzerinde bazı çalışmalar başlatmış olması durumunda, yapımı tamamlanan kısımların yıkılması, ortadan kaldırılması gerekeceğinden idarenin zararı ortaya çıkmaktadır[55].

Kutlu Gürsel'in konuyla ilgili işaret ettiği bir başka husus da idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı alınmadığı ve asliye hukuk mahkemesindeki yargılamanın, idari yargıdan önce neticelenmesi

---

[47] BOULANGER, Özlem Didem/DURSUN, Hasan: "Türk Hukukunda Kamulaştırma", *VIII. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Sempozyumu*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 157.

[48] ÇOBAN ATİK, s. 382.

[49] HAYTA, Mehmet Ali: Kamulaştırma Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 151.

[50] AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 640 [Türk İdari Yargılama Hukuku].

[51] ÇAĞLAYAN, s. 461.

[52] ÇOBAN ATİK, s. 342.

[53] ÇOBAN ATİK, s. 342.

[54] ÇOBAN ATİK, s. 344-345.

[55] ÇOBAN ATİK, s. 345.

noktasında tescil hükmünden sonra, idari yargıda açılmış olan iptal davasına ehliyet bakımından devam edilip edilemeyeceğidir[56]. Yazara göre, tescil hükmü üzerine mülkiyet hakkını kaybeden taşınmaz maliki açısından, idari yargıdaki dava açma ehliyeti kaybolacağından tescil hükmünden sonra idari yargıda davaya devam edilmesi mümkün değildir[57]. Zira yazara göre, idari yargıda dava açma ehliyetinin davacı açısından davanın her kademesinde bulunması gerekmektedir[58]. İptal davaları bakımından sübjektif ehliyet koşulu menfaat ihlâlidir[59]. Bir kişinin idari yargıda iptal davası açabilmesi için ihlâl edilen menfaatinin güncel olması gereklidir ve bu güncellik davanın açıldığı tarihte menfaatin varlığını gerektirmektedir[60]. *Gözübüyük ve Tan'a* göre *ise "kural olarak menfaatın davanın açıldığı zaman, ya da dava karara bağlanırken bulunması gerekir"*[61]. Danıştay'ın son yıllarda verdiği kararlarda, yüksek mahkemenin, ihlâl edilen menfaatin davanın açıldığı anda mevcut olmasını dava açma ehliyeti bakımından yeterli gördüğü anlaşılmaktadır[62]. *Kutlu Gürsel*, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra, idari yargıda davaya devam edilmesinde ehliyet bakımından yaşanan soruna ek olarak davaya devamda hukuki yarar kalmadığı ve davanın konusuz kaldığını belirtmektedir. Ancak yazar,

---

[56] KUTLU GÜRSEL, s. 412-413.

[57] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[58] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[59] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 285.

[60] ERDİNÇ, Burcu: "İptal Davasında 'Menfaat İhlali' Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1097; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 319.

[61] GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt: II İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 370.

[62] Danıştay İDDK'nin, 26.02.2025 ve E. 2024/1844, K. 2025/421 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025): *"Uyuşmazlık, yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde; dava açma tarihinde (12/07/2017) dava konusu işlemle kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ilişkisinin bulunduğu açık olan davacı ile araç plakasına bağlı olarak kullanılabilen okul servis aracı özel izin belgesi arasındaki güncel menfaat ilişkisinin, aracın Ş.D. isimli kişiye noter aracılığıyla satışının uygun bulunduğu 20/07/2017 tarihinde sona erdiği, bu durumda, menfaat ihlali koşulunun yargılama boyunca sürmediğinden, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmekte ise de; davanın açıldığı 12/07/2017 tarihi ile ... plakalı aracın Ş.D. isimli kişiye devrinin uygun bulunduğu 20/07/2017 tarihi arasındaki dönemde davacı ile okul servis aracı özel izin belgesi arasındaki menfaat ilişkisinin devam ettiği, yargılama sonucunda dava konusu işlemin hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilmesi halinde ise, davalı idarenin anılan dönem için koşullarının oluşması halinde hukuki sorumluluğunun doğma ihtimalinin bulunabileceği dikkate alındığında, uyuşmazlığın esası incelenerek karar verilmesini teminen, temyize konu ısrar kararının bozulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır". Aynı yönde:* Danıştay 10.D'nin 11.12.2024 tarih ve E. 2024/2789, K. 2024/6184 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025): *"İdare Mahkemesince, temyize konu kararın verildiği tarihte Kırıkkale Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesinin bahse konu adresten taşındığı, tüzel kişiliği ayakta olan davacı şirketin ise uyuşmazlık çıkardığı tarihte faaliyet gösterdiği iş yerindeki faaliyetini sonlandırdığı belirtilerek davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiş ise de; davanın açıldığı tarih itibarıyla davacı şirketin ve Kırıkkale Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesinin yukarıda aktarılan adreslerde faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, davanın açıldığı tarihte davacının kişisel, meşru ve güncel bir menfaatinin bulunduğu dolayısıyla ehliyetli olduğu görülmektedir";* Danıştay VDDK'nin tarih 13.11.2024 ve E. 2024/255, K. 2024/1013 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025): *"Menfaatin kişisel olması, ihlal edilen menfaatin davacıya ait olmasını; meşru olması, menfaatin hukuk tarafından korunmaya layık olmasını; güncel olması ise iptal davasına konu edilmek istenen idari işlemin ihlal etmiş olduğu menfaatin, davanın açıldığı anda mevcut olmasını ifade etmektedir"*.

ortaya çıkan bu durumun kamulaştırma işleminin idari yargıda hukuka uygunluk yönünden denetlenmesi açısından bir engel oluşturduğunu ve bunun Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmekte ve idari yargıda yürütmenin durdurulmasına karar verilmeyen hâllerde, asliye hukuk mahkemesinin görülmekte olan davada bekletici sorun kararı almamasını; ancak tescil kararından önce, idari yargıdaki iptal davasının neticesinin beklemesine dair Kamulaştırma Kanunu'nda yapılacak bir düzenleme ile sorunun çözümünü önermektedir[63]. Doktrindeki görüşler[64] ve Danıştay'ın son yıllarda verdiği kararlar[65] çerçevesinde, iptal davası açılması için ihlâl edilen menfaatin davanın açıldığı anda var olması gerekliliği düşünüldüğünde, *Kutlu Gürsel'in* tescil kararı verilmesinin, idari yargıdaki dava açma ehliyetinin kaybına yol açması yönündeki görüşüne[66] katılmamaktayız. Bununla birlikte, tescil kararı verildikten sonra idari yargıda kamulaştırma işleminin iptaline hükmedilmesi durumunda, iptal kararının uygulanması açısından yaşanabilecek sorunların, kamulaştırma işlemi açısından idari yargı denetiminin etkililiğini olumsuz etkileyeceğinden; *Kutlu Gürsel'in*, yürütmenin durdurulması kararı verilmediği için bekletici mesele yapılmayan asliye hukuk mahkemesindeki yargılamada, tescil kararı verilmeden önce idari yargıdaki iptal davasının neticesinin beklenmesine yönelik düzenleme yapılması yönündeki görüşüne katılmaktayız.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI SONRASINDA KAMULAŞTIRMA İŞLEMİNDE İDARİ YARGI DENETİMİ

Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2024 tarihli iptal kararı ile kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi hâlinde asliye hukuk mahkemesinin bunu bekletici mesele yapmasına ilişkin Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmü yürürlükten kaldırılmış ve henüz yasama organı tarafından yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde yürütmenin durdurulmasına karar verilmeyen iptal davalarında, kamulaştırma işleminin akıbeti ile ilgili II. Bölümde B Başlığı altında ifade edilen sorunlar, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararı sonrasında idari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen hâller bakımından da geçerli hâle gelmiştir. Kanaatimizce iptal kararı öncesinde de sorunlara konu olabilen, mülga düzenlemenin yerine yenisinin yapılabilmesi açısından yasama organına fırsat sunan bu duruma yönelik olarak düzenleme önerileri üzerinde çalışılması gerekmektedir. Bu başlık altında, iptal kararı öncesinde, mülga düzenlemeye yürütmenin durdurulmasına karar verilmediği hâller bakımından doktrinde getirilen çözümler değerlendirilerek, yasama organı tarafından yapılmasını umduğumuz yeni düzenlemeye yönelik öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

A. Bekletici Sorun Yapılması

Bekletici sorun, 6100 sayılı HMK'nin 165. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir: *"Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir".* Görüldüğü üzere bu hükümde aralarında ilişki bulunan davalar söz konusu olduğunda bekletici sorun kararı alınması, mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Kamulaştırma Kanunu'nun mülga m. 10/14 hükmü de idari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmesini, asliye hukuk mahkemesinde devam eden dava için bekletici sorun olarak öngörmekteydi. Yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen kamulaştırma

[63] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[64] ERDİNÇ, s. 1097; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 319.

[65] Bakınız 62 numaralı dipnottaki Danıştay kararları.

[66] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

işlemleri hakkında asliye hukuk mahkemesinde açılan bedel tespiti ve tescili davalarının görülmesine devam edilmekteydi[67].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde, doktrinde kamulaştırma işlemi hakkında yalnızca iptal davasının açılmış olmasının asliye hukuk mahkemesindeki yargılamada bekletici sorun oluşturması için yeterli kabul edilmesi[68] yönünde kanuni düzenleme yapılması önerisinde bulunulmaktadır[69]. *Çoban Atik'e* göre yalnızca iptal davasının açılmasının asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılmasının, kamulaştırma prosedürünün uzaması ve kamu hizmetlerinin yerine getirilememesine sebep olabilmesi yönünden kaygılar yaratabileceğini ifade etmektedir[70]. *Atik*, bu kaygılara engel olabilmek adına kamulaştırma işlemine karşı açılan davalarda; basit yargılama usulünün uygulanarak yargılamanın hızlandırılmasını ve buna ek olarak asliye hukuk mahkemesinde görülen davada, idari yargıda açılan davanın bekletici sorun yapılmasının belirli bir zaman dilimi ile sınırlı tutulmasını, bu zaman dilimi içerisinde idari yargıdaki dava neticelenmemiş olursa, asliye hukuk mahkemesinin davaya devam etmesini önermektedir[71]. *Çağlayan* ise idari yargıda süren yargılamanın neticelenmesinin beklenmesi hâlinde ciddi problemler doğma olasılığı var ise nesnel temelleri kanun ile belirlenmek kaydıyla acele kamulaştırma usulüne başvurulmasını bir çözüm olarak ileri sürmektedir[72].

Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"İdari yargıda açılan davalar öncelikle görülür"*[73]. Bu hükmün varlığının, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş olsa dahi yalnızca iptal davasının açılmış olmasının asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun olarak kabulü için yeterli olduğu ifade edilmektedir[74]. Ancak Yargıtay'ın bu noktadaki görüşü, yürütmenin durdurulması kararı verilmediği müddetçe asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılamayacağı yönündedir[75]. *Kutlu Gürsel'e* göre de idari yargıda kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin

[67] HAYTA, s. 150.

[68] ÇAĞLAYAN, s. 466; *AKINCI*'ya göre, *"İdari yargıda açılan davaların öncelikle görülme zorunluluğu (m. 14III) ile kamulaştırma işlemine karşı hak sahipleri tarafından idari yargıda iptal davası açılması ve idari yargı mahkemelerince de yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde AsHM'ce (kanımca YD verilmese bile), idari yargıda açılan dava bekletici mesele kabul edilerek bunun sonucuna göre işlem yapılması (m.10) bir bakıma ileride verilebilecek bir iptal kararının uygulanmasını imkansız kılmayı önler"*(AKINCI, Müslüm: "Kamulaştırma-Kamulaştırmasız El Atma", *Gayrimenkul Rehberi,* 4. Baskı, Editör: Müslüm AKINCI, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 488).

[69] ÇOBAN ATİK, s. 390.

[70] ÇOBAN ATİK, s. 390-391.

[71] ÇOBAN ATİK, s. 391.

[72] ÇAĞLAYAN, s. 466.

[73] *GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR*, Kamulaştırma Kanunu'nun m. 14/2 hükmü ile ilgili olarak şu hususa değinmişlerdir: *"İdare mahkemelerinin, ileride telafisi güç zararlar doğmaması için bu hüküm gereğince kamulaştırma işleminin iptali davalarını diğer davalara göre öncelikle inceleyip karara bağlaması gerekir"* (GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR, s. 542).

[74] ÇOBAN ATİK, s. 341. *İdari yargıda kamulaştırmanın iptali için dava açılmış olmasının, asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılması için yalnız başına yeterli olmadığı görüşü için bakınız:* ŞAHİN, Ragıp: *Güncel AYM, Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Asliye Hukuk Davaları Uygulama Rehberi Hâkim, Hâkim Yardımcısı ve Avukatlar için A'dan Z'ye Dava Süreci*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s. 796; GÖLCÜKLÜ/ŞAKIR, s. 542.

[75] Yargıtay 5. HD'nin 22.03.2004 tarih ve E. 2004/210, K. 2004/3406 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.07.2025): *"Davacı Hazine vekilinin karar düzeltme istemi sonucunda yapılan incelemede; 4650 sayılı*

durdurulması kararı alınmadığı müddetçe asliye hukuk mahkemesinin idari yargıda dava açılmış olmasını bekletici sorun kabul etmemesi gerekmektedir[76]. Ancak yazara göre, kamulaştırma işleminin idari yargıda hukuka uygunluk denetiminin etkili bir biçimde yapılabilmesi için asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından önce idari yargıdaki iptal davasının neticelenmesinin beklenmesi ve buna ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinde bir düzenleme yapılması doğru olacaktır[77]. Benzer şekilde *Çağlayan* da taşınmazın mülkiyetinin idareye intikalinin, kamulaştırma işlemine ilişkin idari yargı süreci kesinleştikten sonra gerçekleşmesine ilişkin bir yasal düzenleme yapılması önerisinde bulunmaktadır[78].

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında, kamulaştırma işlemi açısından idari yargı denetiminin etkililiğinin sağlanabilmesi için, asliye hukuk mahkemesinin her durumda tescil kararı vermeden önce iptal davasının neticesinin beklenmesi yönündeki görüş[79] doğrultusunda bir kanuni düzenleme yapılması uygun olacaktır. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde kamulaştırma işlemi açısından yürütmenin durdurulması kararı verilen ve verilmeyen hâller arasında bir fark kalmamış bulunmamaktadır. Oluşan bu durum ise yürütmenin durdurulması müessesinin kamulaştırma işlemi bakımından anlamını yitirmesi tehlikesini doğurmaktadır. Yürütmenin durdurulması müessesinin kamulaştırma işlemi açısından bir anlam ifade edebilmesi için, kamulaştırma işlemi hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen hâller için ayrıca bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararı verilen hâllerin doğrudan o anda bekletici sorun teşkil etmesi, yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen hâllerin ise *Kutlu Gürsel'in* ifade ettiği gibi tescil kararından önce idari yargı kararının beklenmesi yönünde düzenleme yapılması[80] uygun olacak ve Anayasa Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen hâller bakımından mülkiyet hakkı açısından taşıdığı endişeler de karşılanmış olacaktır.

B. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Tescil Kararından Sonra Yapılabilecekler

Tescil kararından sonra idari yargıda iptal kararı verilmesi üzerine, ortaya çıkan sorunun nasıl çözüleceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. *Çağlayan,* iki farklı mahkeme tarafından verilmiş bulunan ve birbiri ile çelişen bu hükümler aleyhine Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuru yapılmasını önermektedir[81]. 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasına göre adli ve idari yargı mercileri tarafından, *"görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflarından en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan hallerde hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilir"*. *Dursun'a* göre idari yargıdaki kamulaştırma işleminin iptali kararı ve asliye hukuk mahkemesinin bedel tespiti ve tescili kararının varlığı hâlinde hüküm uyuşmazlığı müessesinin şartları oluşmuş durumdadır; ancak Uyuşmazlık Mahkemesi "aynı

Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesi gereğince idari yargı tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe adli yargıda iptal davası bekletici mesele kabul edilemez".

[76] KUTLU GÜRSEL, s. 411.

[77] KUTLU GÜRSEL, s. 413. *KUTLU GÜRSEL*'E göre, *"Hatta, İYUK'da, kamulaştırmanın iptali davasına da uygulanabilecek nitelikte ivedi yargılama usulü kurallarının düzenlenmesi gerektiği de bir öneri olarak belirtilebilir"* (KUTLU GÜRSEL, s. 413).

[78] ÇAĞLAYAN, s. 466.

[79] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[80] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[81] ÇAĞLAYAN, s. 462.

konu" kriterini dar olarak yorumlamakta olduğundan, yüksek bir ihtimalle asliye hukuk mahkemesinin önündeki davanın taşınmazın idare adına tescili davası, idare mahkemesinin önündeki davanın ise kamulaştırma işlemine yönelik iptal davası şeklinde farklı konularda açılan davalar olarak niteleyerek hüküm uyuşmazlığı başvurusunu reddedecektir[82]. Bu sebeple *Çağlayan*, (Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki durumda) var olan düzenlemelerde herhangi bir değişikliğe gidilmemesi durumuna binaen Kamulaştırma Kanunu'nda hüküm uyuşmazlığı yoluna başvuru ile ilgili olarak bir düzenleme yapılmasını önermektedir[83]. Kanaatimizce de şayet idari yargıdaki iptal davası neticelenmeden, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararı vermesinin önü açık bırakılacaksa, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne hüküm uyuşmazlığı başvurusu yapılmasına ilişkin düzenleme getirilmesi uygun olabilir. Ancak bu çözüm mülkiyet hakkı bir kez ihlâl edildikten sonra, bu ihlâli ortadan kaldırmaya yöneliktir. Oysa temennimiz, yapılacak yasal çalışmalarda bu çözüme hiç gerek bırakmayan iptal davasının neticelenmesinden önce tescile izin verilmeyecek şekilde[84] bir düzenlemeye gidilmesidir.

İdari yargıda iptal kararı verildikten sonra asliye hukuk mahkemesinin kesinleşmiş kararı aleyhine yargılamanın yenilenmesi başvurusu yapmak bir diğer çözüm önerisidir[85]. 6100 sayılı HMK'nin 375. maddesinde yargılamanın iadesi sebepleri sayılmaktadır[86]. *Çoban Atik'e* göre de HMK m. 375/1 hükmünde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden ç, ğ ve ı bentlerindeki sebepler, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararı sonrasında verilen iptal kararı karşısında ortaya çıkan durum ile ilişkilidir; ancak bu sebepler için gerekli koşulların oluşmadığı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna

[82] DURSUN, Hasan: "Kamulaştırmada İdare Adına Tescil Çıkmazı", *Yargıtay Dergisi*, C. 34, S. 1-2, 2008, s. 137. *Aynı yönde:* ÇAĞLAYAN, s. 462-463. *Aksi yönde*; *HAYTA'ya* göre, kamulaştırma işlemiyle ilişkili olarak asliye hukuk mahkemesi ve idare mahkemesinin kararları, aynı konu ve sebebe ilişkin değildir ve bu sebeple hüküm uyuşmazlığı yoluna başvurulamaz. Şayet başvurulursa da Uyuşmazlık Mahkemesi başvurunun reddine karar verecektir (HAYTA, s. 154-155).

[83] ÇAĞLAYAN, s. 466.

[84] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[85] ÇAĞLAYAN, s. 463; ÇOBAN ATİK, s. 387; BOULANGER/DURSUN, s. 157.

[86] 6100 sayılı HMK m. 375: *"Aşağıdaki sebeplere dayanılarak yargılamanın iadesi talep edilebilir: a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması. b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması. c) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması. ç) Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması. d) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması. e) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması. f) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun sabit olması. g) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması. ğ) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması. h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması. ı) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması. i) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi".*

başvurulabilmesi olanaklı değildir[87]. *Boulanger/Dursun* da HMK'nin 375. maddesinin 1. fıkrasının ğ bendine dayanarak, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmanın bir çözüm olabileceğini; ancak yine de taşınmazın halihazırda idare adına tescil edilmesinden dolayı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmanın uygun olmadığını belirtmektedirler[88]. HMK'de sayılan yargılamanın iadesi sebeplerinden, *"Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması" (HMK m. 375/1/ı)* somut olayda bakımından, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra idari yargıda verilen iptal kararı neticesinde asliye hukuk mahkemesi kararı aleyhine, yargılamanın iadesini talep etmeye elverişli görünmektedir. Her ikisi de kamulaştırma işlemi ile ilgili olan bu davalarda birbirine aykırı, biri diğerinden sonra verilmiş iki karar bulunmaktadır. *Çoban Atik* de burada davaların niteliği aynı olmamakla birlikte kamulaştırma işlemiyle ilgili iki davadan bahsetmekte ve yargılamanın iadesi sebepleri arasında somut olay açısından en uyumlu sebebin bu olduğuna değinmektedir[89]. Buna rağmen bu sebep dolayısıyla yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyeceğini ifade eden Çoban Atik, bu görüşünü şu gerekçeye dayandırmaktadır: *"Hukuk yargılamasında ve doktrinde kanun hükmünün yorumlanışına göre, bu sebep, aynı nitelikteki davalar için uygulanacak bir hüküm olup, sonraki kararın önceki karar lehine bozulmasını gerektirir. Kamulaştırmanın iptaline ilişkin karar ikinci karar niteliğinde olup, tescil davası ile 'aynı nitelikte' dava da değildir"*[90]. Tarafları ve sebebi aynı olmakla birlikte konu aynılığı kriteri açısından bakıldığında da şayet bu aynılık dar yorumlanacak olursa, asliye hukuktaki davanın konusu taşınmazın bedelinin tespiti ve idare adına tescili iken; idare mahkemesindeki davanın konusu kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğunun denetlenmesidir. Dolayısıyla idari yargıdaki iptal davası neticelenmeden tescil kararının verilmesine engel olacak bir düzenleme[91] yapılmayacaksa, asliye hukuk mahkemesindeki tescil kararı aleyhine yargılamanın iadesi başvurusu yapılmasına ilişkin Kamulaştırma Kanunu'nda ayrıca bir düzenleme yapılması gereği bulunmaktadır.

Taşınmazın idare adına tescili, bir mahkeme kararında dayalı olup, idari yargıda verilen kamulaştırma işleminin iptali kararı tescil işlemini ortadan kaldırmayacağından, dayanaktan yoksun kalan tescilin düzeltilmesi için tapuda terkin davası açılması bir diğer çözüm önerisi olarak ileri sürülmektedir[92]. Kamulaştırma işlemine iptaline bağlı olarak dayanaktan yoksun kalan tescil işleminin düzeltilmesi için tapu iptali ve tescil davası açılması önerilse de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde, yürütmenin durdurulması kararına bağlı bekletici sorun güvencesi nedeniyle sıklıkla rastlanan bir durum

[87] ÇOBAN ATİK, s. 387-390. Benzer şekilde *HAYTA da* tescil hükmünden sonra idari yargıda verilen iptal kararının yargılamanın iadesi nedenleri içerisinde sayılamayacağını ve bu sebeple yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyeceğini belirtmektedir (HAYTA, s. 152).

[88] BOULANGER/DURSUN, s. 157. Yazarlar bu sebeple, kamulaştırmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünün idare mahkemeleri tarafından çözümü önerisini getirmektedirler (BOULANGER/DURSUN, s. 157). Yazarlar, aynı eserlerinin özet kısmında da *"kamulaştırmada tescilin iptali kararının yerine getirilmesi açısından zorlukları önleyebilmek açısından kamulaştırma ile ilgili tüm uyuşmazlıkları çözüm yetkisinin idare mahkemesine verilmesi uygun olacaktır"* şeklinde belirtmektedirler (BOULANGER/DURSUN, s. 136).

[89] ÇOBAN ATİK, s. 389.

[90] ÇOBAN ATİK, s. 389-390.

[91] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[92] ÇAĞLAYAN, s. 464. *HAYTA* da kamulaştırma işleminin idari yargıda iptali üzerine idare adına yapılan tescilin *"yolsuz tescil"*e dönüştüğünü ve bu durumun düzeltilmesi için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1025. maddesinde düzenlendiği üzere tapu sicilinin düzeltilmesi için dava açabileceğini ifade etmektedir (HAYTA, s. 155).

olmadığı belirtilmektedir[93]. Mevcut durumda idari yargıda yürütmenin durdurulması kararına binaen bekletici sorun güvencesi hükmü ilga edilmiş olduğundan tapu iptali ve tescili davası önem kazanmış görünmektedir. Bu noktada yine belirtmek gerekir ki bu çözüm yöntemi de mülkiyet hakkı ihlâli bir kez gerçekleştikten sonra, hakkın yeniden tesisini sağlamaya dönük olduğundan temennimiz yapılacak yasal düzenlemelerde mülkiyet hakkı ihlâline en baştan engel olunmasıdır.

Uygulamada kimi idarelerin, asliye hukuk mahkemesinin tescil kararı kesinleşmesine rağmen, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kamulaştırma işlemine ilişkin davada Danıştay'ın hükmünü bekleyerek taşınmaz üzerinde faaliyetlere başlamayabildikleri ifade edilmektedir[94]. Kimi idareler tarafından uygulandığı ifade edilen bu usulün, idarenin takdirine bırakılmak yerine bir yasal düzenlemeye kavuşturulması da bu noktada bir çözüm oluşturabilir. Örneğin tescil kararı kesinleştikten sonra idarenin taşınmaz üzerinde faaliyete geçebilmek için idari yargıdaki yargılamanın neticelenmesini belli bir süre ile sınırlı olarak beklemesine yönelik bir hüküm getirilebilir.

SONUÇ

Taşınmaz üzerindeki özel mülkiyeti sona erdirerek, idarenin mülkiyetine geçiren kamulaştırma işlemi[95], temel hak ve hürriyetlerden mülkiyet hakkı ile yakından ilişki içerisindedir. Öyle ki, bir idari işlem olarak kamulaştırma usulü tamamlandığında, özel hukuk kişilerinin taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakkı son bulmaktadır. Bu bakımdan bir idari işlem olarak hukuka uygun olarak yapılması büyük önem arz etmektedir. Kamulaştırma işlemi, bir idari işlem olarak idari yargıda idari işlemin unsurları bakımından denetlenmekte iken, kamulaştırma işlemine bağlı bazı davalar ise adli yargıda görülmektedir. Bu davalardan belki de en önemlisi de satın alma usulünün başarısız olması hâlinde idare tarafından başvurulan taşınmazın bedelinin tespiti ve tescili davasıdır.

Kamulaştırılacak taşınmazın bedelinin tespiti ve tescili için adli yargıda açılan dava ile kamulaştırma işleminin idare hukuku açısından hukuka uygunluğunun denetlendiği idari yargıdaki iptal davaları eş zamanlı olarak yürümektedir. Bu iki yargı kolundaki davalar arasında bağlantı kuran bir hüküm olan Kamulaştırma Kanunu'nun m. 10/14 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2024 tarihli kararıyla iptal edilmiştir[96]. Mülga hüküm, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi hâlinde, asliye hukuk mahkemesinin bu durumu bekletici sorun yaparak idari yargıdaki davanın sonucuna göre hareket edilmesini düzenlemekteydi. Mülga hükmün yürürlükte olduğu dönemlerde, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen hâllerde, kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu denetimi ile ilgili endişeler doktrinde dile getirilmiştir. Bu endişeler özetle, tescil kararından sonra verilen iptal kararının uygulanabilirliği[97], hatta tescil kararından sonra idari yargıdaki daya devam edilip edilemeyeceği ve bu anlamda kamulaştırma işlemi üzerinde idari yargıda denetimine ket vurulması[98] üzerinde toplanmaktadır. Şu anki durumda ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine, eskiden yürütmenin durdurulması kararı verilmeyen durumlar için geçerli olan olası sorunlar, artık yürütmenin durdurulması kararı verilen hâller açısından da gündemdedir. Bu sebeple oluşan yasal boşluğun geçmişteki oluşan endişelere de çözüm oluşturacak şekilde doldurulması gerekmektedir.

---

[93] ÇOBAN ATİK, s. 341-342.

[94] ÇOBAN ATİK, s. 330.

[95] AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 668.

[96] AYM'nin 25.12.2024 tarih ve E. 2024/101, K. 2024/232 sayılı kararı (Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2025 – Sayısı: 32854).

[97] ÇOBAN ATİK, s. 342.

[98] KUTLU GÜRSEL, s. 412-413.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilen hâllerde, bu kararın asliye hukuk mahkemesi tarafından kanunen bekletici sorun yapılmakta olduğundan genellikle bu durumda idari yargı denetiminin etkililiği açısından sorun yaşanmamaktadır. Asıl problem, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmediği ve asliye hukuk mahkemesinin yargılamayı idari yargının iptal kararından önce sonuçlandırdığı durumda ortaya çıkmaktadır. Gerek idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilen gerekse yürütmenin durdurulmasına karar verilmeyen hâllerde idare mahkemesinin vereceği karar neticesinde kanun yollarına başvurulması hâlinde kanun yolları aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verildiğinde nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin Kamulaştırma Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamakta, bu durumda takınılacak tutum hem adli yargı hem de idari yargı mercinin inisiyatifine kalmış görünmektedir. Elbette bu inisiyatif kullanılırken İYUK'taki mevcut düzenlemeler ve idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde hareket edilecekse de bu uygulamanın kanun ile yönlendirilmesi uygulama birliği açısından daha sağlıklı olacaktır. İdari yargıda ilk derecede yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olsun ya da olmasın dava sonucunda davanın reddine karar verilip de kanun yolu incelemesinde İYUK m. 52/1 hükmü çerçevesinde idari işlemin yürütülmesi durdurulursa, bu durumun asliye hukuk mahkemesince bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda yasal düzenleme yapılması gereği bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, Kamulaştırma Kanunu'nun uygulamada sorunlar yaratan mülga m. 10/14 hükmü yerine, bu sorunları da karşılayacak bir yasal düzenleme yapma lüzumu önem kazanmıştır. Doktrinde Kamulaştırma Kanunu'nun mülga m. 10/14 hükmünün henüz yürürlükte olduğu sırada getirilen çözümler esasen asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından önce yapılabilecekler ve bu karardan sonra yapılabilecekler şeklinde iki kategori altında toplanabilir. Doktrinde tescil kararından sonra iptal kararı verilmesi hâlinde başvurulabilecek çözüm yolları olarak; Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuruya ilişkin bir düzenleme getirilmesi[99], yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması[100], tapu iptali ve tescili davası açılması[101] önerilerine katılmaktayız. Yargılamanın yenilenmesi yoluna mevcut düzenlemeler karşısında başvurulmasının olanaklı olmadığı yönündeki görüşler[102], tarafımızca da haklı görüldüğünden idari yargıdaki iptal kararından sonra asliye hukuk mahkemesinin tescil kararı aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi için Kamulaştırma Kanunu'nda bir düzenleme yapılması uygun olur. Doktrinde, kimi idareler tarafından, asliye hukuk mahkemesinden verilen tescil kararına rağmen, kanun yolu incelemesinde Danıştay'ın kararı gelmeden taşınmaz üzerinde faaliyete başlamadığı şeklinde uygulamalara değinilmektedir[103]. Esasen son derece kıymetli olduğunu düşündüğümüz bu usulün, idarenin inisiyatifine bırakılmak yerine, kanuni düzenlemeye kavuşturulması faydalı olacaktır.

Asliye hukuk mahkemesinin tescil kararından sonra idari yargıda verilen iptal kararı karşısında yapılabileceklere ilişkin bu çözüm önerilerine katılmaktayız. Diğer taraftan bu çözümler, mülkiyet hakkı ihlâle uğradıktan sonra bozulan düzenin yeniden tesisini sağlamaya yöneliktir. Bu konudaki temennimiz, mülkiyet hakkı henüz ihlâle uğramadan sorunun çözümlenmesidir. Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce, yürütmenin durdurulması karar verilmeyen hâllerde asliye hukuk mahkemesinin bekletici sorun kararı almaksızın yargılamaya devam ederek tescil kararı vermesi üzerine idari yargı denetiminin akıbeti ile ilgili oluşan kaygılara çözüm olarak gösterilen, asliye hukuk mahkemesinin tescil

[99] ÇAĞLAYAN, s. 466.

[100] ÇAĞLAYAN, s. 463; ÇOBAN ATİK, s. 387.

[101] ÇAĞLAYAN, s. 464; HAYTA, s. 155.

[102] ÇOBAN ATİK, s. 387-390; HAYTA, s. 152.

[103] ÇOBAN ATİK, s. 330.

kararı vermeden önce her durumda iptal davasının neticelenmesinin beklenmesine yönelik olarak Kamulaştırma Kanunu'na bir düzenleme ilave edilmesi önerilmiştir[104]. Biz de bu öneriye aynen katılmaktayız; ancak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, yapılacak yasal düzenlemenin sadece bununla sınırlı kalması yeterli olmayacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra sadece tescilden önce iptal davasının neticelenmesinin beklenmesi, idari yargı açısından söz konusu olan yürütmenin durdurulması müessesesinin, kamulaştırma işlemi açısından anlamını yitirmesi tehlikesini doğurabilir. Zira yüksek mahkemenin iptal kararı neticesinde, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi hâlinde bu durumun asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılmasına ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Kamulaştırma işlemi açısından iptal davasında verilen yürütmenin durdurulması kararının yeniden etkili hâle getirilmesi adına idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilen hâller ile bu kararın verilmediği hâller arasında asliye hukuk mahkemesinde görülen dava açısından bir fark oluşturulması gerekmektedir. Yürütmenin durdurulması kararının verilmesi hâlinde bu kararın asliye hukuk mahkemesinde bekletici sorun kabul edilmesi ve kamulaştırma işlemine yönelik idari yargı denetimin etkili bir biçimde yapılabilmesi adına doktrinde önerildiği üzere her durumda tescil kararı verilmeden önce idari yargıdaki iptal davasının neticelenmesinin beklenmesine yönelik bir yasal düzenleme[105] yapılması uygun olacak ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında mülkiyet hakkı açısından taşıdığı endişeleri de karşılanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI, Müslüm: "Kamulaştırma - Kamulaştırmasız El Atma", *Gayrimenkul Rehberi*, 4. Baskı, Editör: Müslüm AKINCI, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 [Türk İdare Hukuku].

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 [Türk İdari Yargılama Hukuku].

ASLAN, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1993.

ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

BOULANGER, Özlem Didem/DURSUN, Hasan: "Türk Hukukunda Kamulaştırma", *VIII. Türkiye-Slovenya Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu Kamu ve Özel Hukuk Açısından Mülkiyet Sempozyumu*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Âkibeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 453-466.

ÇOBAN ATİK, Ayşegül: Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2013.

DURSUN, Hasan: "Kamulaştırmada İdare Adına Tescil Çıkmazı", *Yargıtay Dergisi*, C. 34, S. 1-2, 2008, s. 133-142.

ERDİNÇ, Burcu: "İptal Davasında 'Menfaat İhlali' Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1079-1125.

[104] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

[105] KUTLU GÜRSEL, s. 413.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013.

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali/ŞAKIR, Burak: *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

GÖZLER, Kemal*: İdare Hukuku Cilt II*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt: II İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

HAYTA, Mehmet Ali: Kamulaştırma Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.

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

ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumî Esasları III. Cilt*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖZDEŞ, Orhan: "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği", *Danıştay Dergisi*, Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 3-21.

SARICA, Ragıp: "Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması,* Türk Hukuk Kurumu Yayınları No: 24-113, Sevinç Matbaası, Ankara 1966 [Tehir-i İcra Kararının Yerine Gelmesi].

SARICA, Ragıp: "Tehir-İcra", *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları No: 24-113, Sevinç Matbaası, Ankara 1966 [Tehir-i İcra].

ŞAHİN, Cenk: "Kamulaştırma", *Gün Işığında Yönetim*, İl Han ÖZAY, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

ŞAHİN, Ragıp: *Güncel AYM, Yargıtay ve BAM Kararları Işığında Asliye Hukuk Davaları Uygulama Rehberi Hâkim, Hâkim Yardımcısı ve Avukatlar için A'dan Z'ye Dava Süreci*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

TORUN, Fatih: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

ULER, Yıldırım*: İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

ULUSOY, Ali: *Yeni Türk İdare Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

Yargıtay 5. HD'nin 22.03.2004 tarih ve E. 2004/210, K. 2004/3406 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.07.2025).

Danıştay VDDK'nin 13.11.2024 tarih ve E. 2024/255, K. 2024/1013 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

Danıştay 10.D'nin 11.12.2024 tarih ve E. 2024/2789, K. 2024/6184 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

AYM'nin 25.12.2024 tarih ve E. 2024/101, K. 2024/232 sayılı kararı (Resmî Gazete Tarihi: 27.03.2025 – Sayısı: 32854).

Danıştay İDDK'nin 26.02.2025 tarih ve E. 2024/1844, K. 2025/421 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

KAT MÜLKİYETİNE TABİ TAŞINMAZLARDA ORTAK YERLERE ELATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI

Dr. Eylül Can Köse*

ÖZET

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK) göre, kat mülkiyetine tabi taşınmazda (anagayrimenkulde), ana yapı, bağımsız bölümler, eklentiler ve ortak yerler bulunmaktadır. Ortak yerler; bağımsız bölümler ve eklentilerin dışında kalan, kat maliklerinin ortaklaşa kullanımı, korunması veya faydalanması için zorunlu olan alanlardır (KMK m. 4). Kanunda avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, koridorlar, ortak garajlar, sığınaklar, çatılar gibi bazı yerlerin her hâlükârda ortak yer sayılacağı kabul edilmiştir. Taşınmazdaki hangi alanların ortak yer olacağı, kat mülkiyetinin kurulması için hazırlanması zorunlu olan mimarî projede belirlenir. Ortak yerlerin bu projede belirlenen amaca uygun olarak kullanılması esastır. Kat maliklerinin ortak yerler üzerinde paylı mülkiyet hakkı bulunmakta olup burada eşyaya bağlı mülkiyet söz konusudur. Ortak yerlerden kimin ne şekilde yararlanacağı ise, ortak yerin niteliğine göre değişmektedir. Genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki kullanma ölçüsü her kat malikine ait arsa payı ile orantılı iken (KMK m. 16/II); asansör, merdivenler, giriş kapısı gibi ortak yerlerin kullanımı, nitelikleri gereği arsa payı oranı ile sınırlandırılamaz. Kanunda, kat maliklerinin gerek bağımsız bölüm ve eklentileri gerekse ortak yerleri kullanırken dürüstlük kuralına uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir (KMK m. 18). Bu kapsamda, ortak yerler kullanılırken diğer kat maliklerinin kullanımına engel olunmaması, ortak yerlerin amacı dışında (projede belirlenen niteliğine uygun olmayan şekilde) kullanılmaması gerekir. Ayrıca, ortak yerlerde bazı işlerin yapılabilmesi için kanunda aranan yeter oy sayısıyla karar alınması gerekir (KMK m. 19/II, m. 42/I). Bir veya birkaç kat malikinin, ortak yerlere bu kurallara aykırı bir müdahalesi olması hâlinde, KMK m. 33 uyarınca sulh hukuk hâkiminin müdahalesi talebiyle dava açılabilmektedir. Bu çalışmanın konusu, ortak yerlerin projeye ve kanuna aykırı olarak kullanılması karşısında KMK m. 33'e dayanılarak açılan elatmanın önlenmesi davasının özelliklerinin incelenmesidir. Bu kapsamda öncelikle, ortak yer kavramı ve ortak yerlerin kullanılmasına ilişkin genel esaslar ortaya konulduktan sonra, ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasının unsurları ve bu davada verilen hâkim kararına uyulmamasının yaptırımları açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ortak yer, kat mülkiyeti, elatmanın önlenmesi, hâkimin müdahalesi.

LAWSUIT FOR PREVENTION OF SEIZURE ON COMMON AREAS IN IMMOVABLE PROPERTIES SUBJECT TO CONDOMINIUM OWNERSHIP

ABSTRACT

According to the Condominium Law No. 634 (KMK), in a property subject to condominium ownership (main real estate), there are the main structure, independent sections, appurtenances, and common areas. Common areas are spaces other than independent sections and appurtenances that are necessary for the joint use, preservation, or benefit of the co-owners (KMK Art. 4). The law explicitly states that certain places such as courtyards, main entrance doors, entrance halls, staircases, elevators, corridors, shared garages, shelters, and roofs shall in any case be deemed common areas. The designation of which areas are considered common areas is determined in the architectural project, which is a mandatory document for the establishment of condominium ownership. It is essential that common areas are used in accordance with the purpose indicated in this project. Owners of independent sections have co-

* eylulkose@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4823-4952.

ownership rights over the common areas, and in this context, ownership is attached to the property. The manner in which the common areas are used varies depending on the nature of the area. For example, in places such as communal coal cellars, garages, terraces, laundry and drying rooms, usage is proportionate to the owner's land share (KMK Art. 16/II); whereas for areas such as elevators, staircases, and entrance doors, use cannot be limited based on the land share, due to their inherent nature. The law stipulates that co-owners are obliged to comply with the principle of good faith in their use of both independent sections and common areas (KMK Art. 18). In this regard, the use of common areas must not prevent other co-owners from using them, and such areas must not be used contrary to their intended purpose as determined in the project. Furthermore, for certain alterations or uses of common areas, a qualified majority decision is required by law (KMK Art. 19/II, Art. 42/I). In cases where one or more co-owners intervene in the common areas in violation of these rules, a legal action may be filed under KMK Article 33, requesting the intervention of the civil (peace) court judge. The subject of this study is the examination of the characteristics of actions for prevention of unlawful interferencesul filed under Article 33 of the KMK in response to the use of common areas contrary to the project and the law. In this context, the study first outlines the concept of common areas and the general principles regarding their use, followed by an analysis of the elements of the action for prevention of unlawful interference and the legal consequences of non-compliance with the court's ruling in such cases.

Keywords: Common area, condominium ownership, prevention of seizure, intervention of the judge.

GİRİŞ

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda[1] (KMK) düzenlenen kat mülkiyeti, nüfusun devamlı arttığı dünyada konut sıkıntısına getirilmiş bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır[2]. Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının, ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan bölümleri üzerinde bağımsız mülkiyet hakları kurulmasına izin veren bir sistemdir. Bunun getirisi olarak, kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda insanların birbirine daha yakın temaslı olarak bir arada yaşaması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, kat maliklerinin ve bağımsız bölümlerden devamlı olarak faydalanan diğer kişilerin (kiracılar veya oturma hakkı sahipleri gibi) kanunda getirilen kurallara riayet etmeleri, bir arada yaşamın sorunsuz sürdürülmesi için oldukça önem arz etmektedir.

Kat mülkiyeti sisteminin sorunsuz işlemesi için KMK'da birtakım kurallar ve yaptırımlar öngörülmüştür. Kat malikleri gerek bağımsız bölümleri gerekse ortak yerleri kanunda öngörülen esaslara uygun olarak kullanmak zorundadır. Bu kuralın uygulanmasını sağlayacak yasal tedbirler arasında KMK m. 33'te hâkimin müdahalesinin istenebilmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hüküm kapsamında hâkimin müdahalesinin istenebildiği hâller sınırlı sayıda sayılmamıştır. Biz bu çalışmada, anılan hükmü, ortak yerlere ilişkin uyuşmazlıklar bakımından inceleyeceğiz.

Kat mülkiyetine tabi bir ana taşınmazda, bağımsız bölümler dışında kalan ortak yerlerde bütün kat maliklerinin paylı mülkiyeti bulunmaktadır. Bu ortak yerler, birden çok bağımsız bölümün bulunduğu yapıda, tüm kat maliklerince ortaklaşa kullanılan ve kat maliklerinin bir araya gelerek sosyal etkileşimde bulundukları mekânlar niteliğindedir. Dolayısıyla bir arada yaşamın huzur ve düzen içinde sürdürülebilmesi için kat maliklerinin ortak yerleri kullanırken kanunda öngörülen kurallara riayet etmesi büyük önem arz etmektedir. Bu kurallara riayet edilmesi, ortak yerlerin korunmasını ve bakım

[1] R.G. 23.6.1965, 12038.

[2] EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 144; TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 91.

giderlerinin azalmasını da sağlar. Aksi takdirde gerek kat maliklerince üstlenilecek masraflar gerekse kat malikleri arasındaki hukuki uyuşmazlıklar kaçınılmaz olarak artış gösterecektir. Belirtmek gerekir ki, bu kurallar yalnızca kat malikleri için değil, bağımsız bölümlerden devamlı olarak faydalanan kişiler (kiracılar gibi) için de geçerlidir. Bu kapsamda hem kat malikleri hem de bağımsız bölümden devamlı surette yararlanan kişiler, koridorlar, ortak bahçe, ortak garaj, asansör gibi ortak yerleri kullanırken diğer kat maliklerinin haklarını ihlal edecek davranışlardan kaçınmak zorundadır.

Çalışmamızda, ortak yerlerin kanuna aykırı kullanılması (haksız elatmada bulunulması) durumunda KMK m. 33'e dayanılarak açılacak davanın özellikleri incelenecektir. Bu kapsamda ortak yer kavramı ve ortak yerlerin kullanılmasına ilişkin esaslar ortaya konulduktan sonra, ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasının unsurları incelenecektir. Ardından, anılan davada verilen hâkim kararına uyulmamasının yaptırımları açıklanacaktır.

I. KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK YERLERİN KULLANILMASINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

KMK m. 4'te, "ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeylerin" ortak yerin konusuna gireceği belirtilmiş; buna ek olarak üç bent hâlinde sayılan yerlerin[3] ortak yer sayılacağı kabul edilmiştir. Anılan hükümden anlaşıldığı üzere, kat mülkiyetine tabi taşınmazlarda hangi alanların ortak yer olduğu kanunda sınırlı olarak sayılmamıştır. Bu doğrultuda, ortak yerlerin konusu ve kullanım şekli sözleşme ile belirlenebilecektir.

Kat maliklerinin bütün ortak yerler üzerinde arsa payları oranında paylı mülkiyet hakkı mevcuttur (KMK m. 16/I). Kat maliklerinin ortak yerlerden nasıl yararlanacağı, ortak yerin niteliğine göre değişmektedir. Kanunda, kural olarak, aksine sözleşme olmadıkça genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi ortak yerlerin arsa payına oranlı olarak kullanılacağı belirtilmiştir (KMK m. 16/II). Ortak yerlerin kullanılmasına ilişkin kanunun aksine sözleşme yapılması, yönetim plânıyla getirilen kurallarla yapılabilir. Örnek olarak kat maliklerinin, bazı kat maliklerinin bazı ortak yerlerden yararlanmamasını kararlaştırmış olmaları geçerlidir[4]. Bununla birlikte, asansör, genel giriş kapıları, koridorlar gibi ortak yerlerin, nitelikleri gereği kullanımları arsa payı ile oranlı olarak sınırlandırılamaz veya bazı malikler için kullanımları yasaklanamaz; bu yerlerden her kat maliki eşit oranda yararlanacaktır[5].

[3] KMK m. 4'te sayılan ortak yerler şunlardır: "a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan kiriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırlık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar,

b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri,

c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri."

[4] EREN, s. 156; TOPUZ, s. 98, dn. 195.

[5] OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, N. 2205; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 646; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II - Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 480; KURAK, Necat: Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 547.

KMK m. 18/I uyarınca kat malikleri, bağımsız bölümlerini, varsa eklentileri ve ortak yerleri kullanırken dürüstlük kuralına uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlü kılınmıştır. Anılan hüküm, kat maliklerinin uyması gereken çerçeve bir kural niteliği taşır. Ortak yerlerin kullanılması bakımından dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü, ortak yerlerin amacına uygun olarak kullanılmasını ve diğer kat maliklerinin ortak yerden yararlanmasını engelleyecek davranışlardan kaçınmayı gerektirir. Örneğin, ortak bahçe olmasına rağmen, bahçe katında oturan kat malikinin diğer kat maliklerinin bu bahçeyi kullanmasını engellemesi[6] kanuna aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, ortak yerlerin kullanılmasına ilişkin olarak yönetim plânına, kanunda yer almayan başka kurallar konulmuşsa, kat malikleri bunlara da uymakla yükümlüdür. Örnek olarak, ortak çamaşırhanenin haftanın belirli günlerinde yalnızca tek numaralı daireler tarafından, diğer günlerinde ise çift numaralı daireler tarafından kullanılmasına ilişkin bir kural öngörülmüşse, bütün kat malikleri bu kurala uymak zorundadır.

Kanun koyucu dürüstlük kuralına uygun kullanma yükümlülüğünü yalnızca kat maliklerine yüklememiştir. KMK m. 18/II'de, sözü geçen kuralların bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanacağı düzenlenmiştir. Öyle ki, bu kurallara uymamaları durumunda kat malikleriyle birlikte müteselsil olarak sorumlu olacakları öngörülmüştür.

II. ORTAK YERLERE ELATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI

A. Davanın Hukuki Dayanağı

KMK m. 18'de öngörülen, kat mülkiyetinden doğan hakları dürüstlük kuralına uygun olarak kullanma yükümlülüğüne ek olarak kanunun çeşitli hükümlerinde, kat maliklerine ve bağımsız bölümden devamlı olarak faydalanan kişilerin uyması gereken birtakım başka kurallar da yer almaktadır. Bunların başlıcaları, bağımsız bölümü ve eklentileri amacına uygun kullanma yükümlülüğü, ana taşınmazın bakımı, mimarı durumu ile güzelliğini ve sağlamlığının korunması yükümlülüğü, bağımsız bölümde ana yapıya zarar verecek nitelikte onarım ve tesis yapmama yükümlülüğü, kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça anagayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptırmama yükümlülüğü[7] (KMK m. 19), onarım için bağımsız bölüme girilmesine izin verme ve bağımsız bölümde gerekli işlerin yapılmasına katlanma (KMK m. 23) ve ortak giderlere katılma (KMK m. 20) yükümlülüğüdür.

Bütün bu borç ve yükümlülüklerin ihlâl edilmesi hâlinde, KMK m. 33/I'e dayanılarak hâkimin müdahalesi istenebilmektedir. Burada ifade etmek gerekir ki, kanunun lafzında geçen "hâkimin müdahalesi" ifadesi pek de isabetli değildir. Şöyle ki, hâkimin müdahalesi, hâkimin doğrudan bir işe el atması anlamına gelir ve bir izin veya geçici etkisi olan bir karar verilmesi söz konusu olduğunda kullanılan bir kavramdır[8]. Kanunda bu kavram ile kastedilen, kat maliklerinin hükümde belirtilen hâllerde dava açma hakkı bulunmasından ibarettir[9].

KMK m. 33 hükmü, iki farklı dava türünü bir arada düzenlemektedir. Bunlardan ilki, kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine açılacak olan iptal davalarıdır. Bu düzenleme çalışmamızın dışında

---

[6] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 286.

[7] Ortak yerlerde yapılan inşaat ve tesise örnek olarak, terasta camekânlı oda veya çatı yapılması, çatıya güneş enerjisi ile ısıtma cihazı konulması gibi hâller gösterilebilir: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2229.

[8] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 94.

[9] SÖNMEZ, Muhammet: Kat Mülkiyetinde Hâkimin Müdahalesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 29.

kaldığından, bu konuya değinmeyeceğiz[10]. Hükmün ikinci cümlesinde ise, KMK'dan doğan borçlara aykırı davranılması durumunda hâkimin müdahalesinin istenmesi düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: "Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir." Böyle bir davanın açılması üzerine hâkim, kendisinin müdahalesi istenen husus ile ilgili olarak öncelikle KMK'ya ve yönetim plânına, bunlarda bir hüküm yoksa genel hükümlere ve hakkaniyete göre karar verecektir.

Görüldüğü üzere "hâkimin müdahalesine başvurulabilecek hâller" kanunda sınırlı olarak sayılmamıştır. Zira bu kavram, uyuşmazlığın niteliğine göre birbirinden farklı talepleri içerebilecektir. Bu kapsamda, elatmanın önlenmesi ve eski hâle iade taleplerinin yanı sıra, bağımsız bölüme giriş izni verilmesi, ihtar, tahliye, hayvan beslenmesinin yasaklanması, güçlendirme yapılması, tazminat gibi çok çeşitli talepler söz konusu olabilir. Bu hükme dayanılarak dava açılabilmesi için önemli olan, KMK'dan doğan borçların yerine getirilmemesidir. Fakat belirtmek gerekir ki, ortak giderlere katılma borcu ve bu borcun ifa edilmemesinin sonuçları (dava açma ve icra takibi) KMK m. 20 ve 22'de özel olarak düzenlenmiştir. KMK m. 33'te ise bunların dışında kalan, yapma ve yapmama borçlarına ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesi düzenlenmiştir. İşte, ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasının dayanağını da KMK m. 33 oluşturmaktadır[11]. Zira "elatmanın önlenmesi" ifadesi hükmün lafzında yer almasa bile, ortak yerlerin kanuna aykırı olarak kullanılması KMK'dan doğan borcun ihlali niteliği taşıdığından, elatmanın önlenmesine ilişkin talepler de KMK m. 33 kapsamında hâkimin müdahalesine başvurulabilecek hâllerden biridir.

Bağımsız bölümün girişine (yani ortak koridor alanına) sürekli olarak ayakkabı bırakılması veya sürekli kötü koku yaratacak şekilde çöp kovası konulması[12], ortak sosyal tesis olarak kullanılan alanın kapıcı

[10] Kat malikleri kurulu kararlarının iptali davası ile borç ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle dava açılmasının aynı fıkra hükmünde düzenlenmesi isabetsizdir. KMK m. 33'ün tam metni şu şekildedir: "**(1) (Değişik birinci fıkra: 14/11/2007-5711/17 md.)** Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32 nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde anagayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir. **(2)** Hâkim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim planına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ve bunun, tesbit edeceği kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunu ilgiliye tefhim veya tebliğ eder. **(3) (Değişik üçüncü fıkra: 14/11/2007-5711/17 md.)** Tespit edilen süre içinde hâkimin kararını yerine getirmeyenlere, aynı mahkemece, ikiyüz elli Türk Lirasından ikibin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. 25 inci madde hükmü saklıdır." Hükmün düzenleniş biçimi, ikinci ve üçüncü fıkraların, ilk fıkrada düzenlenen her iki dava bakımından da uygulanabileceği yanılgısını yaratabilmektedir. Oysa anılan fıkralar kat malikleri kurulu kararlarının iptali davaları ile ilgili hükümler değildir. Bu nedenle bu iki farklı dava türünün farklı yerlerde düzenlenmesi uygun olurdu.

[11] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2399; SİRMEN, s. 646; TOPUZ, s. 99, dn. 196; AYAN, s. 489 vd.

[12] Yargıtay'ın 20. HD'nin 4.7.2017 tarih ve E. 2017/828 K. 2017/6172 sayılı kararı.

dairesi yapılması[13], mimari projeye aykırı olarak balkonun camekânla kapatılması[14], ortak bahçeye kendine özel masa sandalye konulması[15], bağımsız bölümde yer alan pergolanın mimari projeye aykırı bir şekilde değiştirilmesi[16], ortak yerin mimari projede olmadığı hâlde çocuk oyun ve spor alanına dönüştürülmesi[17], ortak yer niteliğindeki teras kata oda, banyo, mutfak gibi bölümler yapılarak kapalı alan oluşturulması[18], sığınağın bağımsız bölüme dahil edilmesi[19], nişan, düğün gibi istisnai hâller dışında ortak bahçede gece geç vakitlere kadar diğer kat maliklerini rahatsız edecek düzeyde yüksek sesle müzik çalınan toplantılar yapılması[20], ortak garaja birden fazla araç park ederek diğer kat maliklerinin araçlarını park etmelerine engel olunması[21], ortak koridora dolap konulması, ortak alana klima dış ünitesi takılması, ortak bahçeye sokak hayvanları için kulübe konulması, ortak çamaşırhaneye kendine özel çamaşırlık monte edilmesi gibi örneklerde KMK m. 33'e dayanılarak hâkimin müdahalesi istenebilecektir.

Kat maliklerinin ortak yerler üzerinde arsa paylarına bağlı olarak paylı mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Kural olarak, elatmanın önlenmesi davaları Türk Medeni Kanunu'nun[22] (TMK) mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerine dayanılarak (TMK m. 683, 688/III), asliye hukuk mahkemesinde açılmaktadır (HMK m. 2[23]). Oysa KMK'da görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle KMK m. 33'e dayanılarak açılan elatmanın önlenmesi davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, sulh hukuk mahkemesidir.

B. Davanın Tarafları

a. Davacı Taraf

i. Kat Malikleri

KMK m. 33'e dayanan ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasında davacı olabilecek kişilerin başında kat malikleri gelmektedir. Kat malikleri tek başına dava açma hakkına sahip olup, diğer kat malikleriyle birlikte hareket etmesi gerekmez[24]. Dava açmakta menfaati olan her bir kat maliki bu davayı açabilecektir. Bazı hâllerde her kat malikinin değil, yalnızca bazı kat maliklerinin dava açmakta menfaati bulunabilir. Örnek olarak, ortak garajda her bir bağımsız bölüm için birer park alanı belirlenmiş olmasına rağmen, 11 numaralı bağımsız bölümün maliki, sürekli olarak 12 numaralı bağımsız bölüme ayrılan park

[13] Yargıtay'ın 5. HD'nin 16.2.2022 tarih ve E. 2021/15038 K. 2022/2298 sayılır kararı (KURAK, s. 88 vd.)

[14] Yargıtay'ın 5. HD'nin 3.2.2025 tarih ve E. 2024/8896 K. 2025/1090 sayılır kararı.

[15] Yargıtay'ın 5. HD'nin 3.2.2025 tarih ve E. 2024/7174 K. 2025/1088 sayılır kararı.

[16] Yargıtay'ın 5. HD'nin 3.2.2025 tarih ve E. 2024/5999 K. 2025/1089 sayılır kararı.

[17] Yargıtay'ın 5. HD'nin 25.6.2024 tarih ve E. 2024/3602 K. 2024/7608 sayılır kararı.

[18] Yargıtay'ın 5. HD'nin 11.6.2024 tarih ve E. 2024/3448 K. 2024/7222 sayılır kararı.

[19] Yargıtay'ın 5. HD'nin 4.6.2024 tarih ve E. 2024/3099 K. 2024/6980 sayılır kararı.

[20] EREN, s. 158.

[21] KILIÇOĞLU, s. 287.

[22] R.G. 8.12.2001, 24607.

[23] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, R.G. 4.2.2011, 27836.

[24] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2405; GERMEÇ, Mahir Ersin: Kat Mülkiyeti Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 842.

yerini kullansın. Bu hâlin sona erdirilmesi talebiyle açılacak davada davacı taraf 12 numaralı bağımsız bölümün malikidir; örnek olarak 13 numaralı bağımsız bölüm maliki bu davayı açamayacaktır.

Burada, bağımsız bölümün paylı mülkiyete tabi olması durumunda her bir paydaşın tek başına bu davayı açıp açamayacağı hususuna değinmek gerekmektedir. KMK'da bu hususa ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. TMK m. 690 uyarınca, paydaşlar arasında aksine bir sözleşme olmadığı sürece olağan yönetim işlerini her bir paydaş yapabilmektedir. TMK m. 691'e göre ise önemli yönetim işlerinde pay ve paydaş çoğunluğu ile karar alınmalıdır. Olağanüstü yönetim işleri bakımından ise kanun oybirliği ile karar alınmasını öngörmüştür (TMK m. 692). KMK m. 33'e göre açılacak elatmanın önlenmesi davasının kim ya da kimler tarafından açılabileceğinin TMK m. 690-692 hükümleri çerçevesinde tespit edilmesi düşünülebilir. Fakat doktrinde de işaret edildiği üzere bu çözüm her zaman doğru sonuç vermeyebilir[25]. Örneğin, aynı kattaki diğer bağımsız bölüm malikinin ortak koridora büyük bir ayakkabı dolabı yaptırarak duvara monte ettirmesine karşı açılacak olan elatmanın önlenmesi davasını bağımsız bölümü tek başına kullanan paydaşın açmakta hukuki yararının olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla sorunun cevabının, davanın konusuna göre her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenmesi uygun olur.

ii. Kat Maliki Olmayanlar

KMK m. 33'te "zarar gören kat maliki veya kat maliklerinin" dava açabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kat maliki olmayan fakat dava açmakta hukuki menfaati olan kişilerin dava açma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir[26].

Bu kapsamda öncelikle kat maliki olmayan yöneticilerin durumu incelenecektir. KMK m. 34/I ve II uyarınca, "Kat malikleri, anagayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışardan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler; bu kimseye (Yönetici), kurula da (Yönetim kurulu) denir. Anagayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa, yönetici atanması mecburidir." Hükümde sözü geçen yönetici, kat maliklerinden biri olabileceği gibi, kat maliki olmayan bir üçüncü kişi de olabilir[27].

KMK m. 35'te, yöneticinin "genel yönetim işlerinin görülmesi" yetkisinin bulunduğu düzenlenmiş, bu madde içinde 12 bent hâlinde sayılan işlerin genel yönetim işleri kapsamında olduğu belirtilmiştir. KMK m. 35/I/i uyarınca yöneticinin, "Kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapma" yetkisi bulunmaktadır. Bu bent hükmü kapsamında kalan ve genel yönetim işi olarak nitelendirilebilen hâllerde, yöneticinin dava açma hakkı bulunduğu kabul edilecektir. Genel yönetim işlerinin sınırını aşan konularda, yöneticinin doğrudan dava açma yetkisi bulunmamaktadır[28].

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yönetici ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasını açabilmesi için kat malikleri kurulu kararı ile yahut yönetim plânında yetkilendirilmişse, söz konusu davayı temsilci sıfatı ile açabileceğine şüphe yoktur. Çalışmamız bakımından tespit edilmesi gereken, böyle bir yetkilendirme olmadığı hâllerde, ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasının genel yönetim işleri kapsamında kalıp kalmadığı hususudur. Zira genel yönetim işlerini aşan bir konuda açılan davalarda, Yargıtay'a göre, öncelikle davayı açan yöneticiye bu davayı açma yetkisi verilmediği araştırılmalı, yetki

[25] SÖNMEZ, s. 158 vd.

[26] GERMEÇ, s. 841.

[27] Yöneticinin kat maliklerinden biri olması hâlinde, kat maliki olmanın getirdiği yetkiler sebebiyle her hâlükârda KMK m. 33'e dayanarak dava açma yetkisi bulunmaktadır.

[28] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2350.

verilmediği tespit edilirse dava usulden reddedilmelidir[29]. Kanaatimizce ortak yerlere elatmanın önlenmesi talebiyle dava açılması genel yönetim işleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Şöyle ki, KMK m. 35/I/b'de, yöneticinin ana taşınmazın amacına uygun olarak kullanılması için gereken tedbirleri alabileceği düzenlenmiştir. Ortak yerlerin amacına uygun kullanılmasının sağlanması da yöneticinin genel yönetim işleri arasında kabul edilmelidir. Buna göre örnek olarak, kat malikleri kurulu olmaksızın ortak bahçeye sokak hayvanları için bir kulübe koyan kat malikine karşı hem diğer kat malikleri hem de yönetici KMK m. 33'e dayanan hâkimin müdahalesi talebiyle dava açabilir.

KMK m. 33'e dayanarak dava açması gündeme gelebilecek bir başka süje, bağımsız bölümü kiralayan kiracılardır. Kanunda kiracının hâkimin müdahalesi talebiyle dava açabileceği düzenlenmemiştir. Bununla birlikte kiracının, ortak yerleri kullanma hakkının kısıtlandığı hâllerde hâkimin müdahalesini taleple dava açmasında hukuki yararının bulunduğunu kabul edilmektedir[30]. Benzer şekilde, bağımsız bölüm üzerinde intifa hakkı ve oturma hakkı bulunanlar da bu davayı açabilecektir[31].

b. Davalı Taraf

Davanın konusunu oluşturan, kanuna ve yönetim plânına aykırı olarak ortak yere elatma fiilini gerçekleştiren kişi kat maliklerinden biriyse, dava bu kat malikine karşı açılır. Davanın açılmasından sonra davalı kat maliki bağımsız bölümünü devrederse, yeni malikin davaya dahil edilmesi gerekmektedir[32].

Haksız elatmada bulunan kişinin kiracı olması durumunda, dava kiracıya karşı açılır. Bununla birlikte, KMK m.18/2'de yer alan "Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmiyenler kat malikleriyle birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur." hükmü uyarınca, kiracıyla birlikte kat maliki de müteselsil sorumlu olduğundan, davanın kiracıya veya kat malikine karşı yöneltilmesi mümkündür. Fakat burada dikkat etmek gerekir ki, davanın yalnızca kat malikine karşı açıldığı durumlarda, kararın icrası her zaman mümkün olmayabilir. Örnek olarak, ortak garajı yönetim planına aykırı olarak kullanan, başka bir bağımsız bölüme ayrılmış yere sürekli park eden kişi kiracı ise, bu ihlale son verecek olan kişi de kiracıdır. Yargıtay da böyle durumlarda, kiracının işin niteliği gereği kat maliki yanında davaya katılarak taraf teşkilinin sağlanmasına karar vermektedir[33].

[29] "Dosya içindeki bilgi ve belgeler ile tapu kayıtlarının incelenmesinde davacının kat maliki olduğu vekilince ve dinlenilen tanıklarca beyan edilmiş ise de dosya arasına alınan tapu bilgilerinden davacının kat maliki olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece öncelikle davacının bu davayı açmak için aktif dava ehliyetine sahip olup olmadığı hususu aydınlatılmalı, kat maliki olduğuna ilişkin tapu belgesi istenilmeli değil ise dava tarihinde yönetici olduğuna ve bu davayı açmak için kat malikleri kurulundan yetki aldığına ilişkin belge olup olmadığı araştırılmalıdır." Yargıtay 20. HD'nin 5.11.2018 tarih ve E. 2017/3229 K. 2018/7025 sayılı kararı.

[30] GERMEÇ, S. 844; KURAK, s. 88.

[31] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2407.

[32] SÖNMEZ, s. 175.

[33] Yargıtay 5. HD'nin 26.3.2024 tarih ve E. 2024/244 K. 2024/3737 sayılı kararı: "Dosyanın incelenmesinde, davalının kat maliki olduğu, işyerinin sürekli faydalananı olan ve ortak alana klima ünitelerini koymak suretiyle müdahalede bulunduğu iddia edilen kiracı şirketin davaya dahil edilmediği anlaşılmıştır. Bu tür davalarda yargılama sonucu verilecek karar sürekli faydalanan olan kiracının hukukunu yakından ilgilendirdiğinden Mahkemece usul ekonomisi de gözetilerek kiralanan bağımsız bölümün kiracısının da davaya dahil edilip, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilerek, gerekirse yeniden keşif yapılması sureti ile davalıların ortak alanlardaki kullanım payını aşıp aşmadığı araştırılmalı, eski hale getirmenin binanın statiğini etkileyip

Bu başlık altında son olarak dikkat çekmek isteriz ki, ortak yere haksız elatmada bulunan kişi kat maliki, kiracı, bağımsız bölümü başka bir aynî veya şahsi hakka dayanarak kullanan kişi yahut kat mülkiyetinin yönetimi ile ilişkili biri değilse, bir diğer ifadeyle kat mülkiyeti ilişkisine tamamen yabancı bir üçüncü kişiyse, burada KMK m. 33'e dayanılarak açılan bir davadan söz edilmez. Zira böyle bir durumda elatmanın önlenmesi talebi, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan borç ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanmamaktadır. Örnek olarak, yan yana olan iki apartmandan birinde yaşayan bir kişi, sürekli olarak diğer apartmanın açık garajını aracını park etmek için kullanıyorsa yahut çöplerini bu apartmanın bahçesine bırakıyorsa, artık burada TMK'nın mülkiyet hakkına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu tür durumlarda elatmanın önlenmesi davası TMK m. 683'e dayanılarak asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır.

C. Davanın Açılması Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

a. Kat Malikleri Kuruluna Başvurulması

KMK m. 32/III'te yer alan hükme göre, "Anagayrimenkulün kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında veya denetçilerle yöneticiler arasında çıkan anlaşmazlıklar, kat malikleri kurulunca çözülür ve karara bağlanır." Bu hükümden hareketle, borç ve yükümlülüklerine aykırı davranan, çalışmamız özelinde ortak yere haksız elatmada bulunan kat maliklerine karşı KMK m. 33'e göre dava açmadan önce, kat malikleri kuruluna başvurmak gerekip gerekmediği sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Yargıtay, kat malikleri kuruluna başvurulmadan KMK m. 33'e dayanan davanın açılamayacağını kabul etmekteydi[34]. Fakat daha sonra kat maliklerinin, kat malikleri kuruluna başvurmadan doğrudan dava açabileceğini kabul etmiştir[35]. Kanaatimizce de KMK m. 33'te kat maliklerine doğrudan dava açma yetkisi verilmiştir. KMK m. 32/III'te sözü geçen anlaşmazlıklar, KMK m. 33'te düzenlenen hâllerin dışında kalan anlaşmazlıklardır. Kanun koyucu bu iki hüküm arasında bağlantı kuran bir atıf hükmüne yer vermemiştir. Kaldı ki, her bir kat malikine tek başına dava açma hakkı verilen hâllerde, kat malikleri kurulunda karar alma şartının varlığının kabul edilmesi mantıklı değildir.

b. Süre

KMK m. 33'te davanın açılması bakımından herhangi bir süre şartı öngörülmemiştir. Ortak yere haksız elatma teşkil eden fiil sürdüğü sürece elatmanın önlenmesi talebiyle dava açılması mümkündür. Fakat 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun[36] 18/B/I/c bendi uyarınca, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı hâline getirilmiştir. Bu nedenle, sulh hukuk mahkemesinde dava açmadan önce arabuluculuğa başvurmak gerekmektedir.

---

etkilemeyeceği hususunun hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulması ve eski hale getirilemeyeceği takdirde ortak alan olan yerleri var ise müdahalenin men'i açısından bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle taraflara ait tüm deliller toplanarak oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan, eksik araştırma ve inceleme sonucu işin esası hakkında davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."

[34] Yargıtay 5. HD'nin 29.06.1970 tarih ve E. 1970/3231 K. 1770/3613 sayılı kararı (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2411, dn. 375).

[35] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.11.1973 tarih ve 5/1247 sayılı kararı (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 2411, dn. 376). Kat malikleri kuruluna başvurulmasına gerek olmadığı yönünde bkz. AYAN, s. 481; KAL, Halil: Kat Mülkiyeti Hukukunda Hakimin Müdahalesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 63.

[36] R.G. 22.6.2012, 28331.

Her ne kadar davanın açılması için süreye ilişkin bir kural yoksa da, davaya konu durum ya da fiilin başlangıcından itibaren uzun bir zaman geçtikten sonra dava açılmışsa, bu durumun hakkın kötüye kullanılmasının teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlara göre, bir duruma uzun süre sessiz kalındıktan sonra dava açılması durumunda, bu dava dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle reddedilmelidir[37].

Kanaatimizce, davaya konu borç ve yükümlülüklere aykırılığın başlangıcından itibaren uzun süre geçmesi, tek başına davanın reddi sonucunu doğurmamalıdır. Aykırılık hâli devam ettiği sürece, bu duruma karşı KMK m. 33 çerçevesinde dava açılabileceği kabul edilmelidir. Örnek olarak, ortak depolama alanının 12 numaralı bağımsız bölümün maliki tarafından kişisel depo alanına dönüştürülmesine karşı, diğer kat maliklerince iki yıl boyunca herhangi bir dava açılmamış; ancak bu sürenin ardından, 14 numaralı bağımsız bölüm maliki tarafından açılan dava, dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle reddedilmiştir. Buna karşın, aynı fiile karşı, söz konusu sürenin geçmesinden sonra 18 numaralı bağımsız bölümü devralan yeni bir kat maliki tarafından açılacak bir davanın kabul edileceği açıktır. Bu durumda, 14 numaralı bağımsız bölüm malikinin açtığı davanın sırf zaman geçmesi gerekçesiyle reddedilmesinin isabetli olduğundan söz edilemez. Zira aykırılık hâli devam etmekte olup, bu durumun kat maliklerinin dava hakkını ortadan kaldırdığı şeklindeki bir yorum hem hakkaniyetle hem de mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin ilkelerle bağdaşmayacaktır.

c. Zarar Koşulu

KMK m. 33'te, "zarar gören kat maliki veya kat malikleri… hâkimin müdahalesini isteyebilir" ifadesi yer almaktadır. Burada geçen "zarar" kavramı ile ne kastedildiğinin açıklanması gerekmektedir. Hukukta zarar kavramı, kişinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen kayıpları, eksilmeleri ifade eder. Oysa KMK m. 33'ün uygulama alanına yalnızca bir zararın meydana geldiği durumlar girmemektedir. Kanaatimizce hükümde geçen "zarar görme" ifadesi, kişinin malvarlığında iradesi dışında ortaya çıkan azalma olarak değil de, kat mülkiyetinden doğan hakların ihlal edilmesi sebebiyle menfaatinin zedelenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü, KMK m. 33'ün uygulanmasında tazminat isteminin şartı olan zararın, hâkimin müdahalesinin istendiği bütün talepler bakımından aranması, düzenlemenin niteliğine uygun düşmez.

D. Hâkimin Vereceği Kararlar

KMK m. 33/II uyarınca, "Hâkim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim planına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ve bunun, tesbit edeceği kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunu ilgiliye tefhim veya tebliğ eder."

Bu düzenleme, hâkimin müdahalesinin talep edildiği durumlarda oldukça geniş bir uygulama alanı tanımaktadır. Anılan hükme dayalı olarak açılan davalarda, müdahalenin önlenmesi ve eski hâle getirme, bağımsız bölüme giriş izni verilmesi, ihtar ya da uyarıda bulunulması, tahliye kararı verilmesi, hayvan beslenmesinin yasaklanması, güçlendirme yapılmasına hükmedilmesi yahut tazminat ödenmesi gibi çok çeşitli talepler ileri sürülebilmektedir.

Ne var ki, bu kadar farklı hukuki talepleri kapsayan bir alanda, fıkranın "kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunun tefhim veya tebliğ edilmesi" yönündeki ifadesi, her somut olaya uygun düşmeyebilir. Zira hâkimin müdahalesinin talep edildiği her durumda, aykırılığın giderilmesi için karşı tarafa bir süre verilmesi gerekli veya yerinde olmayabilir. Örneğin, ortak bahçedeki yürüyüş yoluna sürekli olarak araç park edilmesi hâlinde, aykırılığın derhal giderilmesi gerekebilir ve bu durumda süre

[37] SÖNMEZ, s. 187 vd. Yazarın verdiği örneğe göre, üst kattaki komşusunun köpek beslemesine karşı herhangi bir hukuki yola başvurmayan kat malikinin, aradan uzun bir süre geçtikten sonra dava açması durumunda dava reddedilmelidir.

verilmesi, hakkın korunmasını geciktirebilir. Bu nedenle söz konusu hüküm, "davanın niteliğine ve konusuna uygun düştüğü ölçüde, hâkim tarafından aykırılığın giderilmesi için uygun bir süre verilir" şeklinde yorumlanmalıdır.

Özellikle ortak yerlere elatmanın önlenmesi talepli davalarda da hâkimin vereceği karar çok çeşitli olabilmektedir. Örneğin, ortak alana konulan bir eşyanın kaldırılması, bir yapının yıkılması, kapıcı dairesine çevrilmiş ortak depolama alanının eski hâline getirilmesi, kat maliklerinden biri tarafından kiraya verilen ortak yerdeki kiracının tahliye edilmesi[38], ortak koridora çöp bırakılmaması hususunda ihtarda bulunulması gibi kararların verilmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, ortak yere yapılan müdahalenin niteliği göz önünde bulundurularak, hâkimin vereceği kararın kapsamının belirleneceğini söylemek mümkündür.

Dikkat çekmek gerekir ki, KMK m. 33/II'de, hâkimin "ilgilileri dinledikten sonra" karar vereceği düzenlenmiştir. O hâlde, hâkimin bir karar verebilmesi için öncelikle ilgilileri dinlemesi gerekmektedir; KMK m. 33'e dayanan davalarda hâkim dosya üzerinden karar veremez.

HMK m. 362/I/b bendi uyarınca, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlara karşı temyize başvurulamamaktadır. Bu bağlamda, KMK m. 33'e dayanılarak açılan ortak yerlere elatmanın önlenmesi davalarında verilen kararlar bakımından istinaf kanun yoluna başvurulabilmekle birlikte, temyize başvurulamamaktadır.

III. HÂKİMİN VERDİĞİ KARARIN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A. İdari Para Cezası

Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan borç ve yükümlere aykırı davranılması sebebiyle KMK m. 33'e dayanılarak açılan davada sulh hâkiminin verdiği kararı verilen süre içinde yerine getirmeyenlere idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. KMK m. 33/III uyarınca, "Tespit edilen süre içinde hâkimin kararını yerine getirmeyenlere, aynı mahkemece, iki yüz elli Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."

İdari para cezasının gündeme gelebilmesi için öncelikle hâkimin verdiği karar kesinleşmiş olmalıdır[39]. Ayrıca hâkimin verdiği kararın yerine getirilmesi için belirli bir süre tayin etmiş olması gerekmektedir. Eğer davaya konu aykırılığın giderilmesi, niteliği gereği belirli bir sürenin verilmesine uygun değilse, bu durumda hâkim kararının tebliği veya tefhiminden itibaren derhal yerine getirilmesi gerekir ve idari para cezası uygulanması söz konusu olmaz. Örneğin, ortak bahçeye yönetim plânına aykırı olarak bir çardak konulmuşsa, bunun sökülerek bahçenin eski hâle getirilmesi için 20 gün süre verilmiş olabilir. Fakat ortak koridora sürekli olarak çöp bırakılmasına karşı açılmış olan bir davada, bu davranışın sona erdirilmesine karar verileceğinden, kararın derhal uygulanması icap eder.

Hâkim kararının süresi içinde yerine getirilmemesi üzerine davacının, ilk kararı veren mahkemeye başvurarak, davalıya idari para cezası uygulanmasını talep etmesi gerekir. Bunun üzerine hâkim, kararın yerine getirilmediğini tespit ettikten sonra, KMK m. 33/III'te belirtilen sınırlar içerisinde cezanın miktarını tayin eder.

B. Kat Mülkiyetinin Devri Yaptırımı

İdari para cezasına ek olarak, hâkim kararının yerine getirilmemesinin bir diğer sonucu, KMK m. 25'te düzenlenen, kat mülkiyetinin devri yaptırımıdır. Anılan hükmün ilk fıkrasına göre, "Kat maliklerinden

[38] GERMEÇ, s. 855.

[39] SÖNMEZ, s. 263 vd.

biri bu kanuna göre kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal ederse, onlar, o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hâkimden isteyebilirler."

Hükümde sözü geçen "çekilmezlik hâlinin" varlığının kabul edildiği hallerden birisi de, aynı madde içinde "Anagayrimenkulün bulunduğu yerin sulh hakimi tarafından 33 üncü madde gereğince verilen emre rağmen, bu kanunda yazılı borç ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle öteki kat maliklerinin haklarını ihlal etmekte devamlı olarak bir yıl ısrar edilmesi;" şeklinde ifade edilmiştir (KMK m. 25/III/b).

KMK m. 33'e göre açılan ortak yerlere elatmanın önlenmesi davasında verilen karar, davalı tarafından yerine getirilmez ve KMK m. 25'te öngörülen bir yıllık süre dolarsa, davalı aleyhine kat mülkiyetinin devri yaptırımının uygulanması gündeme gelebilecektir. Bir yıllık süre, hâkim kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar[40].

Burada dikkat çekmek gerekir ki, kat mülkiyetinin devri yaptırımı ancak çekilmezlik hâline bizzat yol açan kat malikine karşı uygulanabilir. Yani bu yaptırım, KMK m. 33'e dayanılarak açılan davada davalı olan ve hâkimin verdiği karara en az bir yıl boyunca uymamakta direnen kat malikine karşı gündeme gelir. Çekilmezlik hâlini yaratan kişinin kat maliki değil de, bağımsız bölümden devamlı olarak faydalanan kişisel veya sınırlı aynî hak sahibi olması durumunda KMK m. 25'in uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır[41].

Kat mülkiyetinin devri yaptırımının uygulanabilmesi için, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesi gerekmektedir (KMK m. 25/II). Ancak böyle bir kat malikleri kurulu kararı alındıktan sonra dava açılabilecektir. Ayrıca davanın açılması için kanunda hak düşürücü süreler öngörüldüğünden, bu sürelere de riayet edilmelidir. KMK m. 24/IV uyarınca, kat mülkiyetinin devri yaptırımı talebiyle açılacak davanın, "dava hakkı, devir konusunda kat maliklerince alınan dava açma kararının öğrenilmesi tarihinden başlayarak altı ay ve her halde dava hakkının doğumundan başlayarak beş yıl içinde" açılması gerekmektedir. Altı aylık hak düşürücü sürenin başlangıcı bakımından öngörülen, "dava açma kararının öğrenilmesi" anı, bu kararın alındığı kat malikleri kurulu toplantısına katılan kat malikleri için toplantı tarihidir. Toplantıya katılmayanlar için ise, somut olaya göre belirlenmelidir. Beş yıllık sürenin başlangıcı bakımından öngörülen "dava hakkının doğumu" anı ise, kat malikleri kurulu kararının alındığı tarihtir[42].

KMK m. 25/IV'te, hak düşürücü sürelerin geçmesinin yanı sıra, dava açma hakkının dava sebebinin ortadan kalkmasıyla da düşeceği düzenlenmiştir. Çalışmamız bakımından bu hükmün uygulanması, ortak yerlere elatmanın önlenmesi talebiyle açılan davada verilen ve kesinleşen hâkim kararını en az bir yıl boyunca yerine getirmeyen, bir diğer ifadeyle dava konusu ortak yere haksız elatmada bulunmaya devam eden davalının, bu aşamadan sonra söz konusu davranışa son vermesi hâlinde gündeme gelebilir. Eğer kat malikleri kurulu kararı alınıp, KMK m. 25'in uygulanması için dava açıldıktan sonra ortak yere elatmaya son verilmişse, artık burada dava hakkının düşmesinden söz edilemez; hâkim davanın açıldığı tarihteki fiili ve hukuki duruma göre karar vermelidir[43].

---

[40] ARPACI, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayınevi, İstanbul 1984, s. 293; GERMEÇ, s. 681; ARCAK, Ali: Kat Mülkiyeti, Seçkin, Ankara 1988, s. 745.

[41] KÖSE, Eylül Can: "Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25 Uyarınca Kat Mülkiyetinin Devri Yaptırımı", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 17, Haziran 2023, s. 71 vd.

[42] SÖNMEZ, s. 258.

[43] KÖSE, s. 76. Aksi yöndeki görüşler ve Yargıtay kararları için bkz. SÖNMEZ, s. 259 vd.

Söz konusu düzenlemeler bağlamında tartışmaya açık bazı yönlerin bulunduğu düşünülebilir. Örnek olarak basit bir ortak koridora ayakkabılık konulması fiiline dayanan elatmanın önlenmesi davasının, kat mülkiyetinin devri gibi ağır bir yaptırıma kadar varabilmesi, mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale olarak değerlendirilmeye açıktır. Bununla birlikte, kanaatimizce kat mülkiyeti sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesinin, kat maliklerinin uymakla yükümlü oldukları kurallara riayet etmelerine bağlı olduğu gözetilmelidir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kat malikleri için öngörülen her bir borç ve yükümlülük, karşılıklı olarak aynı bina içinde yaşayan kişilerin huzurunu temin eder. İhlal edilen kuralları büyük veya küçük olarak değerlendirmek, küçük görülen ihlallere taviz verme yolunu açar ve bu ihlallerin giderek artmasına sebep olur. Bu doğrultuda, kat mülkiyetinin devri yaptırımının caydırıcılık işlevine sahip olması bakımından yararlı olduğu düşüncesindeyiz.

SONUÇ

Kat mülkiyeti, bir arada yaşamı düzenleyen kurallar bütününe dayanarak bağımsız mülkiyet haklarının kullanımına imkân tanıyan özel bir mülkiyet rejimidir. Bu sistemin sağlıklı bir biçimde işlemesi, kat maliklerinin ve bağımsız bölüm kullanıcılarının hem kendi bağımsız bölümlerini hem de ortak alanları Kanun ve yönetim planı hükümlerine uygun olarak kullanmalarına bağlıdır. Ortak yerlerin amacı dışında ve diğer kat maliklerinin kullanım hakkını ihlal edecek şekilde kullanılması, KMK m. 33 çerçevesinde hâkimin müdahalesinin talep edilmesini mümkün kılar.

Ortak yerlere ilişkin elatmanın önlenmesi davası, ortak yerlerdeki haksız kullanımların sona erdirilmesini amaçlamakta olup; yalnızca kat maliklerinin değil, belirli koşullarda yöneticilerin, kiracıların ve kişisel veya aynî hakka dayanarak bağımsız bölümden devamlı surette faydalanan kişilerin de başvurabileceği bir hukuki yoldur. Hâkimin bu davada vereceği karar, müdahalenin niteliğine göre eşyanın kaldırılması, yapının yıkılması, kullanımın sona erdirilmesi gibi farklı sonuçlara ulaşabilir. Kararın gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde ise idari para cezası ve devam eden ihlallerde kat mülkiyetinin devri gibi ağır yaptırımlar gündeme gelebilir.

Bu bağlamda, KMK m. 33'ün uygulanmasında yargı mercilerinin, her somut olayda müdahalenin niteliğini ve toplu yaşamın gereklerini gözeterek hakkaniyete uygun kararlar vermesi büyük önem taşımaktadır. Ayrıca kat mülkiyetine ilişkin ihlallerin büyüklüğüne bakılmaksızın hukuki yaptırımlarla karşılanması gerektiği, sistemin caydırıcılık işlevi ve toplu yaşamı gerektiren kat mülkiyeti sisteminde huzurun tesisi bakımından önemlidir. Bu doğrultuda, elatmanın önlenmesi davaları, yalnızca mülkiyet hakkının değil, aynı zamanda sosyal düzenin korunmasında da etkili bir araç olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

ARCAK, Ali: Kat Mülkiyeti, Seçkin, Ankara 1988.

ARPACI, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayınevi, İstanbul 1984.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II - Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

GERMEÇ, Mahir Ersin: Kat Mülkiyeti Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

KAL, Halil: Kat Mülkiyeti Hukukunda Hakimin Müdahalesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

KÖSE, Eylül Can: "Kat Mülkiyeti Kanunu m. 25 Uyarınca Kat Mülkiyetinin Devri Yaptırımı", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 17, Haziran 2023, s. 61-78.

KURAK, Necat: Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, Legem Yayınevi, Ankara 2023.

SÖNMEZ, Muhammet: Kat Mülkiyetinde Hâkimin Müdahalesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2), Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA USULE AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN KARA AVRUPASI YAKLAŞIMI

Dr. Mahmut Gökpınar*

ÖZET

Anglo-sakson hukuk sistemi, usule aykırı soruşturma yöntemlerini caydırmak için bu şekilde elde edilen delilleri dışlayıp muhakeme dışı bırakma eğilimindeyken; Kara Avrupası hukuk sistemi, hüküm için tam bir olgusal temel inşaa etmeyi tercih etmektedir. Yalnızca çok bariz-ağır hukuksuzluk-usulsüzlük hallerinde delillerin güvenilmez hale geldiği sonucuna ulaşılması halinde bunlar sürecin dışına çıkarılmaktadır. Böylelikle gerçeğin tespit edilmesine yönelik genel menfaate karşı bu tür dış (sanık, tanık) menfaatlerin dengelenmesi gerçekleştirilmektedir. Bugün için Kara Avrupası hukukunda geçerli olan sistemde, davasız yargılama olmaz ilkesi önemli olup yargıç tarafların ileri sürdükleri deliller ile bağlı değildir ve re'sen delil araştırması yapabilir. Gerçeğe ulaşmada tüm muhakeme süjeleri arasında bir görev dağılımı bulunmaktadır. Bu çalışmada, kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türkiye, Almanya, Fransa, İsviçre, Avusturya, İtalya, Portekiz, Belçika, Hollanda, İspanya gibi ülkelerin düzenleme ve uygulamaları dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılacaktır. Bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmeyecektir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda yasak delilleri konu alan hükümler olmakla birlikte hukuka aykırı delillerle ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Fransa Ceza Muhakemesi Kanunu md. 171'de ise usule aykırılığın yanında bunun tarafların menfaatini önemli derecede ihlal etmesi halinde bu delilin geçersiz olacağı belirtilerek dengelemeye işaret edilmiş ve hukuka aykırı delil durumu düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu md.140'da yasak deliller düzenlenmiştir. İsv.CMK md.141'de ise dengeleme kuralına yer verilmiştir. Avusturya Federal Anayasası'nda delillerin elde edilme ve kullanılması da dahil olmak üzere delillere ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. İtalya sisteminde yasak deliller, İtl.CMK md. 191/1'de, hukuka aykırı deliller ise İtl.CMK md. 526/1'da hüküm altına alınmıştır. Belçika Hukuku'nda ne Anayasa'da ne de Kanunlarda genel bir delil teorisi yoktur. Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu md. 339'da yasal deliller sayılmakla birlikte usule aykırı olarak elde edilen delillere ilişkin bir hüküm yoktur. Portekiz Anayasası'nda yer alan "Cezai kovuşturmalarda teminatlar" başlıklı md. 32/8'de "İşkence, zorlama, kişinin bedensel veya manevi bütünlüğünün ihlali, özel hayata, konuta, haberleşmeye ve telekomünikasyona uygunsuz girme yoluyla elde edilen her türlü delil geçersiz sayılır." ile Yargısal

* MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı, e posta: mahmutgokpinar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7433-0323.

Yetkiye İlişkin İspanya Kanunu md.11/1' de Direkt veya dolaylı olarak temel haklara ve özgürlüklere aykırı şekilde elde edilen delillerin etkisi yoktur" hükümleri dikkate alındığında, somut olay bakımından çatışan menfaatler arasında bir denge gözetilerek sonuca ulaşma yolunun İspanya bakımından kapatılmış, Portekiz için ise daraltılmış olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Aykırı-Yasak Delil, Maddi Gerçek, Usuli Gerçek, Dengeleme, Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi.

THE CONTINENTAL EUROPEAN APPROACH TO THE EVALUATION OF IRREGULAR EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Whereas the Anglo-Saxon legal system tends to exclude and exclude evidence so obtained in order to discourage improper investigative methods, the Continental European legal system prefers to build a full factual basis for a conviction. Only in cases of blatant and gross unlawfulness and irregularities, where it is concluded that the evidence has become unreliable, is it excluded from the process. In this way, such external (accused, witness) interests are balanced against the general interest in establishing the truth.. In the system currently prevailing in continental European law, the principle of no trial without a trial is important and the judge is not bound by the evidence adduced by the parties and may conduct ex officio evidentiary inquiries. There is a division of tasks among all the subjects of reasoning in reaching the truth. In this study, a comparison will be made by taking into account the regulations and practices of countries such as Turkey, Germany, France, Switzerland, Austria, Italy, Portugal, Belgium, the Netherlands, Spain and Germany, which are included in the continental European legal system. Therefore, the decisions of the European Court of Human Rights will not be give place. While the German Criminal Procedure Code contains provisions on prohibited evidence, there is no legal provision on unlawful evidence. In Article 171 of the French Code of Criminal Procedure, balancing is pointed out by stating that in addition to procedural irregularity, this evidence is invalid if it significantly violates the interests of the parties and unlawful evidence are regulated. Article 140 of the Swiss Code of Criminal Procedure regulates prohibited evidence. Article 141 of the Swiss Criminal Procedure Code provides for a balancing rule. The Austrian Federal Constitution does not directly regulate evidence, including the acquisition and use of evidence. In the Italian system, prohibited evidence is regulated under Article 191/1 of the Italian Criminal Code, and unlawful evidence is regulated under Article 526/1 of the Italian Criminal Code. There is no general theory of evidence in Belgian Law, neither in the Constitution nor in the Laws. Although legal evidence is listed in Article 339 of the Dutch Code of Criminal Procedure, there is no provision on evidence obtained illegally. Considering the provisions of

Article 32/8 of the Portuguese Constitution, entitled “Guarantees in criminal proceedings”, which states that “Any evidence obtained by torture, coercion, violation of the physical or moral integrity of the person, improper intrusion into private life, residence, communications and telecommunications shall be deemed invalid.” and Article 11/1 of the Spanish Law on Judicial Jurisdiction, which states that “Evidence obtained directly or indirectly in violation of fundamental rights and freedoms shall have no effect” it is possible to conclude that the possibility of reaching a conclusion by balancing conflicting interests in the concrete case is closed for Spain and narrowed for Portugal.

Keywords: Unlawful Prohibited Evidence, Material Fact, Procedural Fact, Balancing, Remote Effect of Unlawful Evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde geçmişte yaşanan bir olayın delillere dayanılarak ispatı gerçekleştirilmekte ve bu amaçla da her şeyin delil olması kabul edilmektedir. Gerçekte tam olarak ne olduğu ve bunun failini bilmek toplumsal barışın hukuk aracılığıyla yeniden tesisi bakımından vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hususu teşkil etmektedir. Toplumsal kınamanın en şiddetli karşılığı olan cezai yaptırımların sadece suçlu kişilere uygulanması gereği de söz konusu hususu daha da önemli hale getirmektedir. Ancak, gerçeğin neye mal olursa olsun ortaya çıkarılması çok sayıda toplumsal ve bireysel değerin ihlal edilmesi tehlikesini de beraberinde getirdiğinden kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, gerçeğe ulaşmak vazgeçilmesi mümkün olmayan bir amaç değildir[1].İnsan haklarına dayalı demokratik ülkeler tarafından benimsenmiş birçok modern anayasa ve kanunlarda başta adli kolluk

[1] GÖKPINAR, Mahmut: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Usule Aykırı Delillerin Hükme Esas Alınmasına İlişkin Türkiye Yaklaşımı-Türk Hukukunda delil serbestîsi ilkesinden bir kopuş mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 223, 2025, s. 64.

olmak üzere kamu görevlilerince usule aykırı olarak elde edilen delillerin[2], hüküm ve diğer kararlara esas alınmasını önleyen çeşitli hükümler[3]dışlama[4](istisna) kuralları bulunmaktadır[5].

Bu çalışmada, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türkiye, Almanya Fransa, İsviçre, Avusturya, İtalya, Portekiz, Belçika,Hollanda, İspanya gibi ülkelerin düzenleme ve uygulamaları dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılacaktır. Bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verilmeyecektir.

---

[2] Çalışmada değerlendirilmesinin mümkün olmadığı bir kanun hükmü ile belirlenmiş olan deliller yasak; bu şekilde olmayıp çatışan menfaatler arasında karşılaştırma yaparak bu hususta bir sonuca ulaşılması gereken deliller ise hukuka aykırı deliller olarak nitelendirilmiştir. Yasak ve hukuka aykırı delilleri karşılamak üzere bir üst kavram olarak usule aykırı delil kullanılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKPINAR, s. 64 vd.

[3] Gerçeğin ne pahasına olursa olsun aranamayacağı ilkesi, ceza muhakemesi hukukunun tamamı için şart olduğu gibi, münferit kovuşturma işlemleri için de söz konusudur. KRETSCHMER, Joachim: "Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı – Anlamı, İşlevi ve Şartları Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı – Anlamı, İşlevi ve Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 441.

[4] Çeşitli nedenlerle hukuka aykırı olan bir delil parçasını değerlendirme yasağı, ilk derece mahkemesi yargıç ve üyelerinin bu delilden haberdar olmadığı anlamına gelmemektedir. Savcının soruşturma aşamasında oluşturduğu dava dosyasında ilgili delil yer alıyorsa hâkimler bunu duruşmadan önce görmüş olacaktır. Bu nedenle dışlama, mahkemenin herhangi bir kararını söz konusu delile dayandırmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, hâkimlerin karar üzerinde müzakere ederken, buna ilişkin sözlü ve yazılı gerekçelerini belirtirken hukuken kabul edilemez delilleri unutmuş oldukları varsayılır. Diğer taraftan hâkimlerin ve özellikle de jüri gibi meslekten olmayanların bu psikolojik akrobasiyi ne ölçüde gerçekleştirebilecekleri açık bir sorun oluşturmaktadır: WEIGEND, Thomas: "The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective", *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Editör: Sabine GLESS/Thomas RİCHTER, SpringerOpen, 2018, s. 75; Dışlama kuralları, usule aykırı delillerin üretilmesi yasağını da kapsamaktadır: WEİGEND, Thomas/FRASE, Richard S.: "German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?", *Boston College International & Comparative Law Review*, Cilt XVIII, Sayı 2, 1995, s. 334; Kanaatimizce iddianame düzenlemek için gerekli olan yeterli şüpheye ulaşılırken dışlama kurallarından dikkate alınması gerekenler, başta işkence ve diğer zorlama yöntemlerini düzenleyenler(CMK md. 148/3, StPO md. 136a/3) olmak üzere açık bir şekilde kaleme alınmış olan yasak hükümleridir. (CMK md. 45, 46; StPO md. 160a) Bunların dışındakiler gerçeğe ulaşılmasındaki toplumsal menfaat ile bu sırada ihlal edilen sanığınkiler arasındaki tartıma dayalı bir değerlendirmeyi gerekli kılması ve bunun da yargılama konusu olmasından dolayı soruşturma aşamasında dikkate alınmaması gerekir. Başka bir ifadeyle savcı, sadece yasak delilleri dışlamakla yükümlüdür. Doktrinde StPO'dan hareketle belirtilen aksi yöndeki bir görüşe göre, Alman sisteminde duruşma öncesi delillerin ayıklanmasına ilişkin özel bir kural bulunmamaktadır. WEIGEND, s. 80; Dışlama yerine bilgi havuzunun sınırlanması deyimi için bkz. GLESS, Sabine:"Germany: "Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests", *Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 118.

[5] THAMAN, Stephen: "Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 365.

I. CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMLERİ ARASINDAKİ FARKIN USULE AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNE ETKİSİ

Her ceza muhakemesi sisteminin amacı, suç işleyenlerin bulunarak kanunlarda belirtilen cezaları alması, masum kişilerin ise beraat etmesini sağlamaktır.Bu amaca ulaşmada, farklı sistemler farklı güvenceler sağlayarak birbirinden ayrışmaktadır[6]. Ceza muhakemesi sistemleri, söz konusu güvenceleri muhakeme makamları arasındaki ilişki bakımından ortaya koymakta ve itham, tahkik ve karma (işbirliği) sistemleri olmak üzere üçe[7] ayrılmaktadır[8].İtham sisteminin özünü taraflar arasında kıyasıya yaşanan bir ispat mücadelesi oluşturmaktadır[9] ve taraflar birbirinden bağımsız olarak hareket etmektedir[10]. Hâkiminrolü, tarafların delilleri sunmasına başkanlık etmek[11], yargılamayı pasif olarak idare etmekten ibarettir. Gerçeği arama görevi, savunma ve iddia makamına aittir.[12]

Tahkik sistemi ise kamuya ait menfaatlerin, bireylerinkinden üstün tutulmasıesasına dayanmaktadır. Tarafların muhakemede süje olma hakları bulunmadığından çelişme yöntemi uygulanmamaktadır[13]. İsnadın yargılama makamı tarafından yapıldığı ayrıca bir iddianame düzenlenip dava açılmasına gerek olmayan bu sistemde, kanuni delil kuralı geçerli olup yazılı delil araçları tanık beyanından üstün tutulmaktadır[14]. Hâkim, vermiş olduğu kararın gerçeğe dayanabilmesi için ilgili olguların eksiksiz olarak mahkemeye sunulduğunu araştırmakla yükümlüyken itham sisteminde ise bu durum söz konusu olmayıp taraflarca sunulan olgular temelinde karar vermektedir[15]. Tahkik sisteminde hâkim belirleyici olduğundan savunmanın rolü son derece sınırlıdır[16]. İşbirliği sistemi de adı verilen karma sistem ise bireysel özgürlüklerin gelişip yerleşmesine bağlı olarak ortaya çıkmış ve tahkik sisteminin yerini almıştır. Bu sistemde, bir taraftan özgürlükler ve özellikle de sanık hakları bakımından itham sisteminin garantileri diğer taraftan da hâkimi aktif kılmak suretiyle gerçeğe daha iyi ulaşılabileceğine ilişkin tahkik sistemi yaklaşımı söz konusudur. Bugün için Kara Avrupası hukukunda geçerli olan bu sistemde, davasız yargılama olmaz ilkesi önemli olup hâkim tarafların ileri sürdükleri

[6] GİLLİÉRON, Gwladys: "Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem Summary Proceedings", *University of Cincinnati Law Review*, Cilt 80, Sayı 4, 2013, s. 1149.

[7] Sistemler arasındaki fark esas itibarıyla, yargılama aşamasında ve sözlü delillerin kullanılma şeklindeki farklılıklar olarak ortaya çıkmaktadır. ZAPPALÀ, Angelo/POMPEDDA, Francesco/ROSSİNİ, Vittorio Maria/ SCARABELLO, Massimo: "Criminal İnterrogation in Italy: Legal Procedures and Practices", International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation, Editör: David WALSH/Gavin E, OXBURGH/Allison D. REDLİCH/Trond MYKLEBUST, Cilt: 2, Routledge, 2016, s. 150.

[8] Sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 57-61.

[9] WEİGEND, Who Should Do it, s. 390, 391; Aynı yönde: ZAPPALÀ/POMPEDDA/ROSSİNİ/SCARABELLO, s. 151.

[10] GİLLİÉRON, s. 1149.

[11] ZAPPALÀ/POMPEDDA/ROSSİNİ/SCARABELLO, s. 150.

[12] GİLLİÉRON, s. 1149.

[13] Yargılamaya sanıkları, tanıkları ve bilirkişileri sorgulayan mahkeme başkanı ya da yargıç tipik bir şekilde hâkimdir. ZAPPALÀ/POMPEDDA/ROSSİNİ/SCARABELLO, s. 150; Aynı yönde: GİLLİÉRON, s. 1150.

[14] FEYZİOĞLU, s. 59.

[15] ZAPPALÀ/POMPEDDA/ROSSİNİ/SCARABELLO, s. 151; GİLLİÉRON, s. 1149.

[16] GİLLİÉRON, s. 1150.

deliller ile bağlı değildir ve re'sen delil araştırması yapma yetkisine sahiptir. Gerçeğe ulaşmada tüm muhakeme süjeleri arasında bir görev dağılımı bulunmaktadır[17].

Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerden Almanya ve Türkiye'den yola çıkarak belirtmek gerekirse delillerin toplanma süreci soruşturma aşamasında[18] başlamakta ve bu savcının gözetim-denetimi altında gerçekleşmektedir. Kolluk görevlileri el koydukları olayları ve buna ilişkin delilleri savcıya bildirmekte ve onun emirlerine göre hareket etmektedirler.(CMK md. 160, 161, 164, 165; Al.CMK md. 163/2)Savcı, sanığın lehinde ya da aleyhinde tüm argümanları tespit edip delillerini sunmak, delil durumuna göre sanığın beraatını talep etmek zorundadır.(CMK md.160/2[19]; Al.CMK md. 160/2)Böylelikle de gerçek en mükemmel şekliyle ortaya çıkmış olacak, taraf muhakemesi[20] sisteminden[21] uzaklaşılacaktır[22].

İtham sisteminin kimi özelliklerini devam ettirdiği[23] Anglo-sakson hukuk sistemindeve özellikle de Amerika'da ise savcılar,bazı akademisyenler tarafından '*ne pahasına olursa olsun kazanma*' yaklaşımlarından dolayı eleştirilirken yukarıda yasal dayanaklarıyla da belirtildiği üzere Alman ve Türk savcılar tarafsızlıklarıyla öne çıkmaktadırlar[24]. Bu fark bile, Amerikan mahkemelerinin polisin

---

[17] FEYZİOĞLU, s. 60, 61.

[18] Soruşturma aşamasında da amaç, gerçeğe ulaşmaktır. BOYNE, Shawn Marie:"Truth or Justice: A Comparative Look at the Exclusionary Rule in Germany and the United States", *Legal Studies Research,* Paper No. 2019, s. 11.

[19]Yargıtay 14. CD'nin 20.06.2012 tarihli ve E. 2012/8915, K. 2012/7056 sayılı kararında şu görüşlere yer verilmiştir: "*…CM.K.nın 160/2. maddesinin amir hükmüne göre anılan soruşturma evrakına bakan Cumhuriyet Savcısının söz konusu olayla ilgili olarak İl Emniyet Müdürlüğünce düzenlenen fezlekenin içeriğiyle yetinmeksizin maddi gerçeği bulmak için gerekli işlemleri yapması, bu kapsamda öncelikli olarak hakkında suç isnadında bulunulmasına rağmen kendisiyle ilgili hiç bir işlem yapılmayan hatta açık kimliğiyle adresi dahi tespit edilmeyen şüpheliyi temin edip ifadesini aldıktan sonra dosya içinde bulunup mağdureye ait olduğu bildirilen görüntülü ifade kaydı cd"nın çizik olması sebebiyle bilgisayarda açılamaması karşısında emniyet müdürlüğünden kopyasını temin edip ayrıca mağdurenin ifadesinde isimleri geçen tanıkları da dinledikten sonra bunları değerlendirerek bir karara varması gerekirken eksik soruşturmayla karar verilmesi…".* (https://legalbank.net.)

[20] İtham sisteminde mahkeme ya da hâkimin ne olgusal arka planı araştırma ne de bu çerçevede delil sunma hakkı bulunmaktadır. Bu durum, tanık ve şüpheliyi sorgulamak için kullanılan teknikleri de etkilemektedir. ZAPPALÀ/POMPEDDA/ROSSİNİ/SCARABELLO, s. 151

[21] Tahkik sisteminin geleneksel amacı gerçeği ortaya çıkarmaktır ve bu ilke Kara Avrupası ceza usulünün temelinde yer almaktadır. Fr.CMK md. 81/1'de bu amacın açık bir ifadesidir. THAMAN, Stephen C: "MirandaIn Comparative Law", *Saint Louis University Law Journal*, Cilt 45, Sayı 2, 2004, s. 606.

[22] GÖSSEL, Karl Heinz: "*Alman Ceza Muhakemesinde Genel Reform Yapılması Hakkında Görüşler*", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 159-160, 2017, s. 38: Aynı yönde: JAHN, Matthias/LEONARDY, Charlotte Schmitt*:"*The German "Verständigung" and Consensual Elements in German Criminal Trials*"*, *German Law Journal*, Cilt 21, Sayı 2, 2020, s. 1141; GİLLİÉRON, s. 1152.

[23] Anglo-sakson hukuk sisteminde itham sistemi, saf haliyle uygulanmamakta kimi zaman tahkik sistemini andıran işleyiş ve özelliklere rastlanılmaktadır. FEYZİOĞLU, s. 60, 61.

[24] Almanya'da savcıların delil toplama işlemleri bakımından bağımsız olmalarının mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. KREY,Volker F.:"Characteristic Features of German Criminal Proceedings-An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?"*, Loyolo of Los Angeles İnternational and Comparative Law Review,* Cilt 21, Sayı 4, s. 604.

suiistimalini caydırmak için neden geniş kapsamlı ve katı dışlama kuralları oluşturmayı gerekli gördüğünü açıklamayayardımcı bir temel sunmaktadır. Bu sistemde iddia makamı ve savunma, kurallar uyarınca mümkün olan her türlü avantajı elde etmek için birbirleriyle mücadele içinde olduklarından usule aykırı delilleridışlayıcı kuralların temel amacı, kolluk kuvvetlerinin yanlış davranışlarını caydırmak, her ne pahasına olursa olsun kazanma arayışının aşırılıklarını önlemeye yönelik bir sistemoluşturmaktır[25].

Bu konuda son bir fark olarak Kara Avrupası hukuk sisteminde geçerli olan '*kamu davasının mecburiliği*' ilkesinin de dışlama kuralları ve uygulamasını etkilediği belirtilmelidir.Bu sistemde yer alan ülkelerden Almanya'da söz konusu kurallara Anglo-sakson hukukuna göre daha mesafeli yaklaşılmasının nedeni,yalnızca polisin özgürlüklere ilişkin garanti normlarına direnişinden değil aynı zamanda Alman ceza hukuku ve usulünün temel felsefesinden kaynaklanmaktadır[26]. Alman teorisi, kanunların sıkı bir şekilde uygulanmasını desteklemektedir. Mecburi kovuşturma kuralı (Legalitdtsprinzip) (Al.CMK md. 152, CMK md. 170), savcının her önemli suçu takip etmesini gerektirmektedir. Bu kural, ilk olarak ondokuzuncu yüzyılda yeni kurulan savcılığın siyasi baskıdan kurtarılması için önerilmiş ve Nasyonal Sosyalizmin yükselişine kadar yakından gözlemlenmiştir. Zorunlu kovuşturma kuralı[27], Kant'ın bir toplum dağılmadan önce onun görevi olarak cezaevindeki son katilin infaz edilmesini gerektiren ünlü sözünde somutlaşan '*mutlak ceza teorisinin'* bir yansımasını[28] teşkil etmektedir.

II. KARA AVRUPASI SİSTEMİNDE USULE AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan Almanya, Fransa, İsviçre, Avusturya, İtalya, Portekiz, Belçika, Hollanda, İspanya ve Türkiye gibi ülkelerin düzenleme ve uygulamalarımüstakil bir şekilde incelenecek olmakla birlikte genel olarak şu tespit yapılabilir: Anglo-sakson hukuk sisteminde mahkemeler, delillerin nasıl elde edildiğinden daha çok bunların kabul edilebilirlik ve ispat değerleri gibi konulara yoğunlaşmışlardır. Ancak, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerin çoğunda gerek muhakeme kanunları gerekse uygulamaları tam tersi yönde şekillenmiş, delillerin nasıl toplandığı ayrıntılı kurallar ile belirlenmiş, ispat değerleri uygulamaya bırakılmıştır[29].

[25] BOYNE, s. 11.

[26] PAKTER, Walter: "Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy", *Hastings Int"l and Comparative Law Review,* Cilt 9, Sayı 1, 1985, s. 38, 39.

[27] Çeşitli nedenlerle tanıklıktan çekinme ve daha da önemlisi anayasal değerler gibi devlet menfaatleri, zorunlu kovuşturma kuralını zayıflatmıştır. İnsan onuruna saygı ve Alman Anayasası tarafından güvence altına alınan kişiliği geliştirme hakkının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından korunan özel ve aile hayat değerleri, mahkemelerin zorunlu kovuşturmayı gizlilik hakkına karşı tartmasına yol açmıştır. Alman mahkemeleri, bu hakları korumak için, "*yasal olarak elde edilemez deliller"* olarak anılan bir kategori oluşturmuştur. PAKTER, s. 39, 40.

[28] PAKTER, s. 39.

[29] THAMAN, Yasak Meyve, s. 313.

A. Türkiye

Doktrinde inceleme konumuz hakkında yapılan çalışmalarda meseleye karşılık gelmek üzere ağırlıklı olarak '*hukuka aykırı deliller'* kavramının kullanıldığı görülmektedir. Doktrinde herhangi bir usule aykırılığın gerçekleşmesini dışlama için yeterli görüp, yasak-hukuka aykırı delil ayrımına gitmeksizin ve çatışan menfaatler dengesini dikkate almadan bir sonuca ulaşan mutlak yasak görüşünün ağırlıklı olarak savunulduğu görülmektedir. Bu yaklaşım temel olarak hukuka aykırılığın, yazılı olup olmadığı önemli olmaksızın bir norma aykırılık olduğu, onun nicelik ve nitelik olarak farklılık gösteremeyeceği başka bir ifadeyle hukuka aykırılığın az ya da çok, şekli ya da maddi olamayacağı esasına dayanmaktadır. Doktrinde bu yaklaşımlar dışında hak ihlali görüşü de savunulmaktadır. Buna göre bir norma aykırılık, sanığın temel haklarına zarar vermediği sürece bu şekilde elde edilen delilin dışlanmasına yol açmaz. Delile ulaşılırken sanığa verilen zarar ile devletin iddia konusu fiili ispatlayarak cezalandırmasındaki menfaatinin karşılaştırılarak bir dengeye ulaşılması arayışına dayanan Dengeleme Teorisi Türk doktrini bakımından azınlıkta kalmıştır. Usule aykırı olarak elde edilen bir delilin varlığı sabit olduğunda, hükme esas alma yasağının sadece doğrudan doğruya bu şekilde elde edilen delillerle sınırlı mı olacağı yoksa buna dayanarak ulaşılan diğer delillere de teşmili hususu(uzak etki) ile ilgili olarak ise bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğini savunan görüşler ağırlıktadır.Özel kişilerce ulaşılan usule aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı konusunda ise görüş birliği bulunmaktadır[30].

İnceleme konumuz bakımından Yargıtay'ın hukuka aykırı delilkavramını benimsediği kararlarının yanı sıra yasak delil kavramına yer verdiği kararları da bulunmaktadır. Deliller genellikle koruma tedbirlerinin uygulanması sonucunda elde edildiğinden Yargıtay usule aykırı delillerle ilgili yaklaşımını da bu çerçevede ortaya koymuştur. Başta yetkili merciin iznine ilişkin olmak üzere söz konusu tedbirlere ilişkin kanuni şartların yerine getirilmesini hukuka uygunluk için temel şart olarak ele almış, aksine bir durumda mutlak yasak yaklaşımını benimsemiştir[31].

B. Almanya

Alman Anayasası ve Alman Ceza Muhakemesi Kanununda(StPO)'da usule aykırı deliller ile ilgili genel bir hüküm bulunmamaktadır. Herhangi bir hak ihlaline yol açıp açmadığından bağımsız bir şekilde başka bir ifadeyle değerlendirilmesi mutlak bir şekilde yasak olan delillere ilişkin olarak en açık dışlama kuralı, StPO md. 136a'da yer almaktadır. Bunun kadar açık olmasa da yasak delillere ilişkin dolaylı dışlama kuralı içeren hükümlerin StPO md. 136, 52, 53, 53a, 54, 55, 61, 69/3, 81a/3, 81c/3, 96, 97, 98b/1, 252'de yer aldığını söylemek mümkündür[32].Alman ceza muhakemesi sisteminde gerçeği araştırmak, geleneksel ve asıl olan kuralı temsil etmektedir. Bir mahkeme gerçeği ararken olayı temsil eden tüm delillere başvurmalıdır. StPO md. 160/2 ve md. 244/2 hükümleri de aynı yönde kaleme alınmıştır. Bu sistemde delillerin dışlanması, istisnai bir durumdur. Bu nedenle, delillerin hariç tutulması

[30] Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKPINAR, 64-68.

[31] Kararlar için bkz. GÖKPINAR, s. 69-73.

[32] YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015

için bir gerekçenin olması gerekmektedir[33]. StPO'da açıkça hükme bağlanmış dışlayıcı kurallar olmadığından, doktrin ve mahkemeler bu tür bir dışlamaya yol göstermek için çeşitli yaklaşımlar geliştirmiştir. Bunlardan ilki olan *'Değerler Tartımı Teorisi*', doktrinin büyük bir çoğunluğu tarafından savunulmakta ve mahkemeler tarafından da uygulanmaktadır. Buna göre usul kuralları ihlal edildiğinde, mahkeme gerçeğe ulaşılmasındaki kamusal menfaat ile ihlal nedeniyle mağdur olan sanığın menfaatini karşılıklı olarak değerlendirip ağır basana göre karar verecektir[34].Almanya'da dışlayıcı kurallarla ilgili öne çıkan teorilerden bir diğeri,'*Normun koruma amacı teorisi'*dir. Bu teori de esas olarak '*Değerler Tartımı Teorisi*'ne dayanmaktadır. Teori uyarıca, bir usul kuralının ihlali dolayısıyla ortaya çıkan menfaatler çatışmasına yönelik yapılan tartım işlemi, kanun koyucunun usul kuralını ihdas ederken takip ettiği amaç çerçevesinde yapılmalıdır[35]. Haklar Alanı Teorisine göre isebir kişi usul kuralları ihlal edilerek elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine, ancak bu kuralın hukukun tanımış olduğu menfaatlerini koruduğu dolayısıyla da anayasal olarak korunan haklarının bir parçasını oluşturduğu takdirde itiraz edebilir[36].

Alman doktrininin usule aykırı olarak elde edilen delillerin re-sen araştırma, kamu davasının mecburiliği ilkelerinden hareketle otomatik olarak dışlanmayıp çeşitli açılardan bir değerlendirmeye tabi tutulmasına ilişkin yaklaşımı, uzak etki bakımından da geçerlidir[37]. Bu konudaki Alman yaklaşımının temelini kamuoyunda Gäfgen davası olarak bilinen kararda görmek mümkündür[38]. Bu konuda son olarak StPO'da bireylerin kendi imkânlarıyla elde ettikleri delillerin değerlendirilmesiyle ilgiliherhangi bir hüküm bulunmadığı belirtilmelidir.

[33] BOHLANDER, Michael*:* Prıncıples of German Crımınal Procedure, Hart Publishing, 2012, s. 96; SCHROEDER, Friedrich Christian/VERREL, Torsten*:* Ceza Muhakamesi Hukuku,Yetkin Yayımları, Ankara 2019, s. 118; GLESS, Sabıne:"Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial-Germany", *Journal of University of Basel*, Cilt 2-3, 2010, s. 682.

[34] ROXIN, Claus: "İspat Hukukunun Esasları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 8, 2005/2, s. 285; GLESS, Balancing Truth, s. 128; BGH NJW 2017, 1332; BGH, 03.052018 - 3 StR390/17,BGH 20.10.2021-6Str 319/21; BGH.03.11.2022-6Str 296/21. (https://datenbank.nwb.de/Dokument)

[35] GLESS, Illegally Evidence, s. 684.

[36] GLESS, Illegally Evidence, s. 685.

[37] ROXIN, s. 287; BOHLANDER, s. 99; GLESS, Illegally Evidence, s. 686; PAKTER, s. 39; BOYNE, s. 14; BVerfGE 65, 1 (https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html)

[37] GUR-ARYE, Miriam/JESSBERGER, Florian: "The Protection of Human Dignity Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences", *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 1-2, 2011 s. 254.

[38] Dava hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. DÜLGER, Murat Volkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 111, 2014, s. 325 vd.

C. Fransa

a. Anayasal ve Yasal Düzenleme

Fransa Anayasasında delillerin hukuka aykırılığı ve bunun sonuçları hakkında herhangi bir hüküm yer almamaktadır[39].Vicdani kanaat sistemine dayalı Fransa Ceza Muhakemesi sisteminde kanunda belirtilmiş olanlar dışında, bir suçun ispatı herhangi bir şekilde yapılabilmektedir[40].Fransa Ceza Muhakemesi Kanunun'da (Frs.CMK), işkence, şiddet, tehdit, haksız menfaat vaadi gibi ilgilinin iradesini etkileyen yöntemlerle elde edilen delillerin geçersiz olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte içtihat hukuku[41] aracılığıyla bu şekilde elde edilen delillerin herhangi bir değerlendirme (karşılaştırma) yapılmaksızın geçersiz olduğuna hükmedilmektedir[42]. Çünkü ispatın kanuniliği ilkesi ispatın niteliğiyle ilgili olmayıp onu elde etmek için kullanılan araçları ifade etmektedir[43] . Diğer taraftan, Frs.CMK md. 56, 56/1, 57, 59, 76, 95, 96, 100/7'dearama ve el koyma, dinleme işlemleri bakımından ortaya çıkacak usulsüzlükler aracılığıyla elde edilen delillerin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle Fransa sistemi bakımından bu usul aykırılıkları, yasak delillerin tek kaynağıdır[44]. Söz konusu maddelerde bu işlemlere ilişkin çeşitli usul güvenceleri getirilmekte ve bunlara uymamanın sonucu gösterilmektedir[45]. Frs.CMKmd. 171'de ceza muhakemesi kanununda ya da muhakemeye ilişkin başka kanunlarda yer alan önemli bir ilkenin ihlalinin,tarafların menfaatlerine zarar vermesi halinde bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirmeye alınamayacağı hüküm altına alınmıştır[46]. Bu düzenlemede[47] usule aykırılığın yanında bunun tarafların menfaatini önemli derecede ihlal etmesi halinde bu delilin değerlendirilemez olacağı belirtilerek menfaatler karşılaştırmasına işaret edilmiş ve hukuka aykırı delil durumu düzenlenmiştir. Bu nedenlerle, Frs.CMK md. 56, 56/1, 57, 59,

[39] Fransa Anayasası'nın İngilizce versiyonu için bkz. legislationline.org.

[40] VOUIN, Robert: "The Exclusionary Rule Under Foreign Law ", *Journal of Criminal Law and Criminology, and Policie Science*, Cilt 52, Sayı 3, s. 275.

[41] İtirafların özgür iradeye dayanması gerektiği yönündeki Cass. Crim., ReCilt Dalloz 1953.533 kararı bu konudaki en tipik örnektir. (Karar, VOUIN, s. 276'dan alınmıştır.) Şüpheliye hakları konusunda bilgi verilmesinde yaşanan haksız bir gecikmenin, sanığın menfaatlerine peşinen zarar vereceği yönündeki Decisions of the *Cour de casssation* 15 June 1999 kararı için bkz. HODGSON, Jacqueline: French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France, Oxford And Portland, Oregon 2005, s. 150.

[42] Cass. crim., May 4, 2008, RSC 2008, 930;PRADEL, Jean: "France: Procedural Nullities and Exclusion", (*Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 158.

[43] VOUIN, s. 275.

[44]THAMAN, Stephen: "Karşılaştırmalı Hukukta Zehirli Ağacın Meyveleri", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 419; Aynı yönde: HODGSON, s. 150.

[45] 5271 sayılı CMK"da da söz konusu işlemler bakımından kimi güvenceler yer almaktadır. Ancak hiçbirinde bunlara aykırılıklar neticesinde elde edilen delillerin kullanılamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

[46] Fransa Ceza Muhakemesi Kanunun Fransızca versiyonu için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6e/France_CPC_am022020_fr.pdf.

[47] Benzer bir düzenleme Frs.CMK md. 802'de yer almaktadır.

76, 95, 96, 100/7'de yasak[48]; Frs.CMK md. 171'de ise hukuka aykırı delillerin düzenlendiği sonucuna ulaşılmak mümkündür.

DoktrindeFrs.CMK md. 171 bakımından menfaatlere zarar verme etkisinin, yaşamsal olduğu belirtilmektedir. Buna göre bu ifadenin amacı, Frs.CMK md. 56, 56/1, 57, 59, 76, 95, 96, 100/7 dışında yer alan usule aykırılıklar sonucunda elde edilen delillerin otomatik olarak değerlendirme dışı bırakılmasını engellemektir[49]. Frs.CMK md. 171 ile usul aykırılıklarına dayalı geçersizlik doktrinine, günümüzde anayasal ihlaller olarak adlandırılan düzenlemelere benzer bir sınırlama getirilmiş[50], anayasal korumanın önü açılmıştır[51]. Bu çerçevede anayasal menfaatler ve bunlar içinde de savunma[52],adil yargılanma hakkı[53]belirleyici olacaktır[54]. Örneğin, sanığın avukatına bilirkişi raporlarının verilmemesi durumunda olduğu gibi savunmaya gerçekten zarar verilmiş midir? Önemli olan, soruşturma ve yargılama makamlarıtarafından işlenen usul hatası-aykırılığı değil, ilgili tarafın maruz kaldığı ihlalin ağırlığıdır[55]. Bu çerçevede, zarar gören menfaatin kamusal ya da özel olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır[56].

b. Usule Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Uzak Etkisi

Frs.CMK md. 174/3'e göre, usule aykırı şekilde elde edilip kullanılması mümkün olmayan deliller dosyadan çıkarılacaktır. Bunlardan hareketle tarafların aleyhine bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Aksi yönde davranan hâkim ve avukatlar hakkında disiplin işlemi yapılacaktır. Fransa'da bu tip delillerin dosyadan çıkarılması, tahkik sisteminin geçerli olduğu diğer ülkelerde olduğu gibi hiçbir şekilde değerlendirmeye alınamayacağını göstermektedir. Çünkü kural olarak yargılama sırasında ileri sürülebilecek deliller dosyada yer alanlarla sınırlıdır[57]. Bununla birlikte Frs.CMK md. 174/2 uyarınca soruşturma hakimi delil hakkında var olangeçersizliğin, iptal edilen yargılama işlemi ya da delil parçalarının tümü veya bir kısmı ile mi sınırlı olacağına veya sonraki işlemlerin tamamını veya bir kısmını kapsayıp kapsamayacağına kararverecektir. Her ne kadar düzenleme sadece soruşturma hâkimine yönelik olarak kaleme alınmışsa da yargılama aşamasında da kural aynıdır[58]. Fransa sisteminde delillerin uzak etkisi bakımından nedensellik kriteri önem taşımaktadır. Hâkim, usule aykırı davranış nedeniyle geçersiz sayılan delil ile sonrakiler arasında nedensel bir bağ olup olmadığı kriterini

[48] Söz konusu hükümlerin şekli geçersizlik düzenlemeleri olduğu yönündeki görüş için bkz. PRADEL, s. 148.

[49] PRADEL, s. 149; Aynı yönde: HODGSON, s. 145.

[50] THAMAN, Yasak Meyve, s. 372; Aynı yönde: HODGSON, s. 145.

[51] VOUIN, s. 277.

[52] PRADEL, s. 149.

[53] VOUIN, s. 275.

[54] Aynı yönde: CC decision no. 92316 DC, Jan. 20, 1993, RFDA 902; CC decision no. 94-352 DC, Jan. 18, 1995, ReCilt 170; CC decision no. 96-377 DC, July 16, 1996, ReCilt 87; CC decision no. 97-389 DC, Apr. 22, 1997, ReCilt 45.(Kararlar, PRADEL, s. 151-153'den alınmıştır.)

[55] PRADEL, s. 149; HODGSON, s. 149. Alman Hukuku bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. BOHLANDER, s. 94.

[56] HODGSON, s. 149.

[57] TAHAMAN, Zehirli Ağaç, s. 420.

[58] PRADEL, s. 150.

kullanarak bir sonuca ulaşacaktır. Örneğin, yasadışı bir aramayı takiben yapılan bir itiraf değerlendirilemeyecektir[59].

D.İsviçre

a. Genel Olarak

İsviçre ceza muhakemesi sisteminde de gerçeği aramak mutlak bir amaç olmayıppolisin, savcıların ya da mahkemelerin konuya ilişkin yetkileri, bireysel özgürlüklerle sınırlıdır. İsviçre sistemi işlendiği iddia edilen bir suçun ispatlanmaya çalışılması sırasında devletin ve ilgili bireylerin menfaatlerinin çatıştığını kabul etmekte,her uyuşmazlık temelinde bunları karşılaştırarakbir sonuca ulaşmaktadır. İsviçre ceza yargılamaları, adil bir yargılamayı hayata geçirmenin yanı sıra bireysel hakları güvence altına alan ve kamusal yetkinin kötüye kullanılmasını önleyen düzenlemeler ile karakterize edilmektedir. Çatışan menfaatlerin karşılaştırılması esasına dayanan ve normlarda benimsenen teorinin ortaya koyduğu esaslar, usule aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklayarak ya da bunlarasınırlamalar getirerek menfaatler dengesinin kurulmasında önemli rol oynamaktadır[60].

İsviçre Anayasası'nda[61] delillere ilişkin doğrudan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununun (İsv.CMK) yürürlüğe girmesinden önce de İsviçre Yüksek Mahkemesi, somut olaylar temelinde çatışma halindeki menfaatleri karşılaştırarak delillerin kabul edilebilirliğine yönelik kararlar almıştır. Gerçek arayışında usule aykırı olarak elde edilmiş delilleri sıklıkla da kabul etmiştir. 2007 tarihli bir davada (İsv.CMK'nınyürürlülüğünden önce) Mahkeme, açıkça suçlu olan bir sanığın beraatinin"*rahatsız edici"* (stossend) olacağı gerekçesiyle bu türlü delillerin hiç bir karşılaştırmaya tabi tutulmaksızın doğrudan doğruya dışlanmasını ilkesel olarak reddetmiştir[62]. İsv.CMK yürürlülüğe girdikten sonra da Yüksek Mahkeme usule aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilmesi lehinde kararlar vermeye devam etmektedir[63]. 2007 tarihli İsv.CMK bir sanığı, yetkililerin kamusal gücü kötüye kullanması ve keyfi hareket etmesine karşı korumak için çeşitli sınırlamalar içermektedir. Doktrinde de bugün ceza yargılamalarının, yalnızca adli gerçeğe götürmek için gerekli olduğunu savunulmaktadır. Buna göre adli gerçek, yargılama ve soruşturma makamlarının,

[59] Cass. crim., Jan. 22, 1953, JCP 1955 II no. 7456; Judgment of DeCilt 27, 1935, Cass. crim., Fr., 1936 D.P. I 20 note P. Mimin (annotation provides extensive citations); Judgment of Feb. 18, 1910, Cass. crim., Fr., 1911 **S.** Jur. 1233,235; Judgment of June 4, 1969, Cass. crim., Fr., 1970 J.CİLTP. II No. 16187; Judgment of Jan. 22, 1953, Cass. crim., Fr., 1953 D. Jur. 533; Judgment of June 4, 1969, Cass. crim., Fr., 1970 J.CİLTP. II No. 16187; Judgment of Feb. 15, 1975, Chambred"Accusation, Paris, 1975 J.CİLTP. II No. 18020 *(2" espece);* Judgment of Feb. 18, 1982, Tribunal; Judgment of Oct. 24, 1978, Cass. crim., Fr., 1978 Bull. crim. 742, *cited in* 99 Gaz. Pal. Table analytique 117, § 38 (1979); Judgment of Oct. 15, 1984 *(Chajmowicz)* (unpublished), abstract in 1985 D.S.I.R. 146; Judgment of Feb. 27, 1978, Cass. crim., Fr., 1979 J.CİLTP. II No. 19113. Maurice-Hersant, *Suite d "Reflexions sur l"article 802 du codede procedure pdnale,* 1979 D.S. I 259. (Kararlar, PRADEL, s. 157-158'den alınmıştır.)

[60] MACULA, Laura: "The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective", *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Editör: Sabine GLESS/Thomas RİCHTER, SpringerOpen, 2018, s. 16.

[61] İsviçre Anayasası"nın Almanca versiyonu için bkz. www.gesetze.com.

[62] (BGE) 133 IV 329. Kararın tam metni için bkz.http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm.

[63] Schweizerisches Bundesgericht (Swiss Supreme Court, BGer) 6B_684/2012 of 15/05/2013; BGE 138 IV 169. (Karar, MACULA, s. 17'den alınmıştır.)

kolluğun, ceza muhakemesinin resmi kurallarına uydukları koşullara bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. O, maddi gerçeğin sınırlı bir versiyonudur. Bu nedenlerle adil bir ceza yargılaması, ne pahasına olursa olsun gerçeğe dayanmak zorunda değildir. Gerçek, adil-dürüst ve yasal işlemlerin bir sonucudur. Ancak, usul kurallarının kendi başlarına bir amaç olmadığı da unutulmamalıdır. Usule uymanın gerçeğe ulaşmak ve adil bir karara ulaşmak için bir engel teşkil etmediği önemli bir hususu oluşturmaktadır[64].

b. Yasal Düzenleme

Konuya ilişkin ilk hüküm, "*Yasaklanmış delil toplama metodları"* başlıklı İsv.CMK md.140'da yer almakta ve yasak deliller düzenlenmektedir. CMK md. 140/1'e göre ilgili kişinin özgürce düşünme ya da karar verme yeteneğini tehlikeye atabilecek şekilde zorlama, şiddet, tehdit, hukuka aykırı vaat, aldatma şeklindeki yöntemlerin kullanılması yasaktır. Doktrinde İsviçre Anayasası md.10/3[65], AİHS md. 3[66] ve İsv.CMK md. 3[67]'ün, İsv.CMK md. 140'ın tamamlayıcısı olduğu ve birlikte ele alınmaları gerektiği belirtilmektedir[68]. Bu nedenle her ne kadar madde metninde işkenceden bahsedilmiş olmasa da işkence de yasak bir delil yöntemidir[69]. İsv.CMK md.140/2 uyarınca kişi bu şekilde elde edilen delillerin kullanılmasına rıza gösterse bile bunlar hukuka aykırı kalmaya devam edecektir[70].

Dışlayıcı kurallar, "*Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği"*başlıklı İsv.CMK md. 141'de açık ve geniş kapsamlı bir şekilde düzenlenmeye devam edilmiştir. İsv.CMK md. 141/1, md. 140/1'i tekrarla bu tip delillerin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. İsv.CMK md.141/2'de ağır suçların[71] ispatı dışında hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceği belirtilerek bir karşılaştırma hükmüne yer verilmiştir[72]. Bu nedenle suç işlenerek elde edilmiş olsa dahi her somut olay

[64] MACULA, s. 21.

[65] "**Yaşama ve Kişisel Özgürlük Hakkı**"

Md.10/3: "*İşkence ve her türlü zulüm, insancıl olmayan veya insanı aşağılayıcı tutum ve davranışlar veya cezalandırmalar yasaktır*."

[66] "**İşkence Yasağı**"

Md.3: "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*."

[67] İsv.CMK md. 3/1'de, ceza muhakemesi makamlarının muhakemenin her aşamasında, muhakeme işlemlerinden etkilenen kişilerin onuruna saygı göstermesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

[68] GLESS, Sabine: "Delil Yasakları ve Uzak Etki", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 347.

[69] MACULA, s. 35.

[70] İsv.CMK'nın İngilizce versiyonu için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/9f/SWITZ_CPC.pdf.

[71] İsviçre Yüksek Mahkemesi 01.01.2017 tarihli bir kararında üç yıla kadar hapis ya da para cezası (*Vergehen*) ile cezalandırılabilecek suçların nispeten ağır olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html. Mahkeme'nin çok ağır olmayan bir suçun ispatlanmasında, usul kurallarının ihlali yoluyla elde edilen delillerin dışlanması yönünde vermiş olduğu bir karar için bkz. 247 BGE 137 I 218. (Kararlar MACULA, s. 41'den alınmıştır.)

[72] Schweizerisches Bundesgericht (Swiss Supreme Court, BGer) 6B_684/2012 of 15 May 2013; BGE 138 IV 169. (Karar MACULA, s. 17'den alınmıştır.)

bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır[73]. Ceza muhakemesinin temel amacı[74] gerçeği ortaya çıkarmak olduğu için, dışlamak için özel bir gerekçelendirmenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır[75]. Her ne kadar md.141/2'de usul kurallarının ihlali yoluyla elde edilen delillerden bahsedilerek yasak yöntemlerle elde edilen deliller bakımından da karşılaştırma yolunun açık olduğu şeklinde bir anlamın ortaya çıkmasına neden olunsa da İsv.CMK md.140/2 ve İsv.CMK md.141/1 bunun mümkün olmadığını kesin bir dille yasaklamıştır[76]. İsv.CMK md.141/3 uyarınca muhakeme düzenine ilişkin kurallara aykırı olarak elde edilen deliller, görevlilerin disiplin hukuku sorumluluğu saklı kalmak üzere[77] kabul edilebilirdir. Bu düzenlemeyle, esaslı geçerlilik hükümleri ile basit usulü hükümler arasında ayrım gözeterek bir sonuca ulaşan İsviçre Yüksek Mahkemesi içtihatlarının tamamlanıldığı belirtilmektedir[78].

c.Usule Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Uzak Etkisi

Usule aykırı olarak elde edilmiş delillerin[79] uzak etkisini düzenleyen İsv.CMK md. 141/4, İsviçre hukuk düzeni bakımından yeni bir hükümdür. Sadece hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil aracılığıyla değil, değerlendirilmesi çeşitli nedenlerle mümkün olmayanlar yardımıyla elde edilmiş olanları da dışlamaktadır. Doktrinde, yalnızca hukuka aykırı bir konut aramasında elde edilmiş üzerinde kan lekesi olan suç aletinin değil aynı zamanda bulgunun gösterilmesi üzerine failin suçunu itiraf ettiği ifadesinin de delil olarak kullanılamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, İsv.CMK md. 141/4 ile teorik olarak hukuka uygun bir şekilde elde edilebilseydi bundan hareketle elde edilen delilin hukuka uygun olacağına dair hukuka uygun bir soruşturma varsayımından[80] vazgeçilmiştir. Böylelikle Amerikan hukukundaki zehirli ağacın meyveleri da zehirlidir yaklaşımına yer verilmiştir[81]. Belirleyici olan, neden sonuç ilişkisidir.

Uzak etki bakımından da hareket noktasını, ihlal edilen usul kuralı ile ispatlanmaya çalışılan suç nedeniyle zarar gören ya da tehlikeye atılan menfaatler ile sanığınkiler arasında yapılacak karşılaştırma oluşturmaktadır[82]. Yukarıda verilmiş olan örnek bakımından sanığın ihlal edilen menfaati, konut dokunulmazlığıdır. Ancak, ispatlanmak istenen ise bir yaralama ya da öldürme gibi ilgilinin daha üstün menfaatini korumaya çalışan suç tipleridir. Hukuka uygun bir arama kararı olsaydı, üzerinde kan olan suç aleti elde edilecek ve kriminal inceleme sonucu kandan hareketle kendisine ulaşılacağının farkında

[73] GLESS, Uzak Etki, s. 347; Aynı yönde: MACULA, s. 35.

[74] İsv.CMK md. 6/1'de, ceza muhakemesi makamlarına suça ve failine ilişkin tüm koşulları re'sen soruşturma görevi verilerek gerçeğe ulaşma amacı hüküm altına alınmıştır.

[75] 192 BGE 120 Ia 314. (Karar, MACULA, s. 35'den alınmıştır.)

[76] İsv.CMK md. 140 ve md. 141 düzenlemeleriyle mutlak ve nispi delil yasaklarının getirilmiş olduğu yönündeki görüş için bkz. GLESS, Uzak Etki, s. 347.

[77] MACULA, s. 38.

[78] GLESS, Uzak Etki, s. 351; Aynı yönde: BGE 96 I 437, 441. (Karar, MACULA, s. 41'den alınmıştır.)

[79] İsv.CMK md. 141/5 uyarınca usule aykırı olarak elde edilen deliller dava dosyasından çıkarılacak, kesin hükümden sonra da yok edilecektir.

[80] BGE 96 I 337, 441, BGE 103 Ia 217; BGE 130 I 132.(Kararlar GLESS, Uzak Etki, s. 354'den alınmıştır.)

[81] GLESS, Uzak Etki, s. 353.

[82] İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin İsv.CMK yürürlüğe girdikten sonra vermiş olduğu BGE 133 IV 329; BGE 138 IV 169 kararları için bkz. MACULA, s. 51.

olan fail de suçunu itiraf edecektir. Bu nedenle elde edilen itirafın, failin mahkûmiyetinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir.

D. Avusturya

Avusturya Anayasası'nda delillerin elde edilme ve kullanılması da dahil olmak üzere delillere ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır[83]. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (Av.CMK) ise delillere ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi, delil serbestîsine ve şüpheden sanığın yararlanacağına ilişkin kuralın yer aldığı 14. maddedir[84]. İnceleme konumuzla ilgili olarak ise ilk düzenleme, sanıkların delilleri mahkemeye sunmalarına imkân veren Av.CMK md. 55'dir. Md. 55/2'de kabul edilemez delilden bahsedilmekteyse de bunun bağlamını sanıkların davanın çözümüne etkisi olmayan ya da elde edilmesi mümkün olmayan delillerin kabulünü isteyemeyecekleri hususu oluşturmaktadır. Av.CMK md. 107/2 ile sanığa delillerin toplanmasıyla ilgili usul kurallarının ihlal edildiğine dair bir iddiada bulunma hakkı tanınmıştır. Başvurunun karara bağlanması için yapılacak oturuma sadece sanık ve savcı katılacak, delili toplayan kolluğa da oturumda iddialara cevap verme imkânı tanınacaktır. Av.CMK md. 107/3 uyarınca da verilecek kararlar aleyhine temyiz başvurusu yapılabilecektir.

Vücut muayenesini düzenleyen Av.CMK md.123'de bu işlemin yapılmasının şartları belirlendikten sonra Av.CMK md.123/7'de bir suçun ispatlanması için bu şekilde elde edilen delillerin başka bir suçun soruşturulmasında kullanılması engellenerek bir delil yasağı getirilmiştir. "*Delil yasağı*" başlıklı Av.CMK md. 166 ise delillerin elde edilmesi ve kullanılmasına ilişkin olarak en doğrudan düzenlemeyi oluşturmaktadır. Av.CMK md.166/1 uyarınca, işkence altında alınan ifadeler, irade özgürlüğünü ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde etkileyen yöntemler aracılığıyla elde edilen beyanlar ile usul ilkeleri ihlal edilerek elde edilen bilgi ve beyanlar delil olarak değerlendirilemeyecektir. Av.CMK md.166/2'de ise, md.166/1-(1)'de belirtilen yöntemlerle elde edilen ifadelerin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında Av.CMK'da sadece mutlak delil yasaklarının düzenlendiği, hukuka aykırı delillere ilişkin bir hükmün yer almadığı söylenebilecektir.

F.İtalya

a. Anayasal ve Yasal Düzenleme

İtalya Anayasası'nda usule aykırı delillere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanuna aykırı olarak elde edilen delilleri dışlayan genel kural, 1988 reformuyla İtalyan ceza adalet sistemindeki yerini almıştır. İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(İtl.CMK) md. 191 hükmü şu şekildedir: "*1. Kanunla konulan yasaklara aykırı olarak elde edilen deliller kullanılamaz. 2.*

---

[83] Avusturya Anayasası'nın Türkçe versiyonu için bkz. https://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/AVUSTURYA_ANAYASASI.pdf.

[84] Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunun Almanca versiyonu için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf .

Kullanılamazlık(inutilizzabilità[85]) yargılamanın herhangi bir aşamasında veya seviyesinde resen de tespit edilebilir."[86]. İtl.CMK md. 526/1'e göre ise, hâkim meşru-hukuka uygun olarak elde edilen deliller dışındakileri duruşmada müzakere amacıyla kullanamayacak[87], herhangi bir işleme esas alamayacaktır[88].Bu yönüyle, İtl.CMK md. 191/1'in kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin reddedileceğini düzenleyen CMK md. 206/1-a ile; İtl.CMK md. 526/1'in ise hakimin kararını duruşmada huzurunda tartışılmış ve hukuka uygun olarak elde edilmiş delillere dayandırabileceğini hükme bağlayan CMK md. 217 ile benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

Doktrinde usule aykırı olarak elde edilen deliller ile ilgili olarak "*genel*" ve "*özel*" kullanılamazlık ayrımı yapılmıştır[89]. Buna göre genel kullanılamazlık kanunun, gerçekleşen ihlalin sonuçları hakkında hiçbir şey söylemeden delil elde edilmesine ilişkin yasaklar (güvenceler) getirdiği durumları düzenlemektedir[90].Bu durumlar, İtl.CMK md. 526/1 kapsamına girmektedir. Özel kullanılamazlık ise usul kurallarını ihlal etmenin bir yaptırımı olarak, belirli deliller bakımından bir normda açıkça düzenlenmektedir. Bu durumlar, İtl.CMK md. 191 kapsamına girmektedir[91]. Bunların en tipik örneğini, CMK md. 148'e büyük bir benzerlik gösteren İtl.CMK md. 191 oluşturmaktadır. Buna göre, kendi kaderini kendi tayin etme özgürlüğünü etkileyebilecek ya da gerçekleri hatırlama ve değerlendirme yeteneğini değiştirebilecek yöntem ya da teknikler, ilgili kişinin rızası olsa dahi kullanılamayacaktır[92]. Diğer bir örnek olarak İtl.CMK md. 200 verilebilir[93]. Hükme göre, avukat ile

---

[85] Doktrinde, *inutilizzabilità* terimine yer verilerek katı bir dışlama kuralının geçerli olduğu yönünde bir izlenime neden olsuna da İtalyan sisteminin çatışan menfaatlerin karşılaştırılmasına dayalı olduğu belirtilmektedir. TAHAMAN, Miranda, s. 604.

[86] ILLUMİNATİ, Giulio:*"*Italy: Statutory Nullities and Non-usability*", Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 235.

[87] İtl.CMK'nın İtalyanca metni için bkz. www.legislationline.org. E.T: 12.04.2022.

[88] Doktrinde, herhangi bir işleme esas alınması mümkün olmayan bir delilin sonuçta hükmün bir parçasını oluşturması halinde verilen hükmün gerekçeden yoksun ve İtl.CMK md. 206 uyarınca da temyize konu olacağı belirtilmektedir. TROVATO, Hk. Guglielmo: "Ceza Muhakemesinde Delillerin Kabul Edilemezliği, Kullanılamazlığı ve Geçersizliği",*Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku,* Editör: Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 313.

[89] ILLUMİNATİ, s. 237.

[90] Doktrinde usule aykırı olarak elde edilen deliller bakımından geçersizlik ve yararlanılamazlık ayrımı da yapılmaktadır. Buna göre delilin geçersizliği, bir formaliteye-kurala uymamaktan kaynaklanmaktadır ve bunun düzeltilmesi mümkündür. Yararlanılamazlık halinde ise tam bir hukuka aykırılık durumu mevcut olup yenileme söz konusu dahi olamaz. TROVATO, s. 313.

[91] İtl.CMK md. 191 bakımından ihlal edilen normun hangi kanunda yer aldığının bir önemi yoktur. Usul kuralları sadece İtl.CMK"da bulunanlardan ibaret değildir. Özellikle de anayasal normlar, belirli delillerin elde edilmesi sırasında ihlal edilmesi muhtemel olan dokunulmaz hakları (kişisel özgürlük, özel hayatın gizliliği gibi) korumak için düzenlenmişlerdir. Bu nedenle de ceza yargılamalarına ilişkin belirli garantiler veren bu hükümleri de usule ilişkin olarak kabul etmek gerekmektedir. ILLUMİNATİ, s. 238.

[92] CMK md. 148/1"de yer alan, kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel ya da ruhsal müdahaleler, kendi kaderini kendi tayin etme özgürlüğünü ortadan kaldıran yöntemlerdir. Şiddet uygulamanın söz konusu özgürlüğü engellediği yönündeki görüş için bkz. ILLUMİNATİ, s. 238; Aynı yönde: ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınevi, Ankara 1994, s. 71-73.

[93] Bu tip hükümlere örnek olarak İtl.CMK md. 62, 189, 195, 197, 220, 228, 234, 270 ve 271'i vermek mümkündür.

müvekkili sanık arasındaki mesleki sır kapsamına giren bir bilgi açıklanmaya zorlanamaz. Bu şekilde açığa çıkan bir bilgi, İtl.CMK md. 191 kapsamında olup kullanılması mümkün değildir. Ancak, sanık bilgileri kendiliğinden ifşa ederse, ifadesi kabul edilebilir ve değerlendirilebilir[94]. Diğer taraftan, delilin bu şekilde yasaklanmadığı durumlarda usule aykırı olarak elde edilmiş olması yeterli olmayıp İtl.CMK md. 526/1 uyarınca her somut olay bakımından menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılarak kullanılmasıyla ilgili bir sonuca ulaşılması gerekmektedir[95].

b.Usule Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Uzak Etkisi

Usule aykırı olarak elde edilmiş delillerin uzak etkisi bakımından İtl.CMK md. 185/1 önem taşımaktadır. Hükme göre, bir fiilin geçersizliği ardından gelen fiilleri de geçersiz hale getirecektir. Ceza muhakemesinin bir aşamasındaki geçersizlik, sonraki aşamaları da geçersiz kılacaktır[96]. İtl.CMK md. 185/1'in bu katı ifadesine uygun olarak mahkemeler önceleri usule aykırı olarak elde edilen deliller ile bunların bir sonucu olarak ortaya çıkan sonrakiler arasında '*mantıksal bir bağlantı*'nın olması halinde sonraki delilin değerlendirilemeyeceğine hükmetmişlerdir[97]. Ancak, bu yaklaşımzaman içinde terk edilmiştir. Anayasal güvencelere aykırı olmayan, özel kullanılmazlık (yasak delil) teşkil etmeyen durumlar bakımından da menfaatler karşılaştırmasına gidilerek bir sonuca ulaşılması gereği hâkim olmuştur.[98]

G. Portekiz

Portekiz Anayasası'nda inceleme konumuza ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almakta ve bu yönüyle de Kara Avrupası ülkeleri arasında öne çıkmaktadır. "*Cezai kovuşturmalarda teminatlar"* başlıklı md. 32/8'de *"İşkence, zorlama, kişinin bedensel veya manevi bütünlüğünün ihlali, özel hayata, konuta, haberleşmeye ve telekomünikasyona uygunsuz müdahale yoluyla elde edilen her türlü delil geçersiz sayılır*." denilerek usule aykırı deliller anayasal güvenceye bağlanmıştır[99]. Düzenleme her ne kadar sınırlı sayıda belirtme yöntemiyle kaleme alınmışsa da aslında delil toplama sırasında meydana gelmesi muhtemel usul aykırılıklarının yoğun olarak yaşandığı alanların tamamı madde kapsamına alınmıştır. Böylelikle de hukuka aykırı delil uygulaması başka bir ifadeyle somut olay bakımından çatışan menfaatler arasında bir denge gözetilerek sonuca ulaşma yolu da büyük ölçüde daraltılmıştır.

[94] ILLUMİNATİ, s. 238.

[95] TROVATO, s. 313; ILLUMİNATİ, s. 238. Aynı yönde: Cass. ss. un. 13 July 1998, Gallieri, in *Cass. pen* ., 465 (1999); Cass. ss. un. 23 February 2000, D"Amuri, in 27 *Guida al dir* .58 (2000); Cass. ss. un. May 28, 2003, Torcasio, in *Cass. pen.* , 21 (2004) (Kararlar, ILLUMİNATİ, s. 238'den alınmıştır.)

[96] Aynı yönde: Judgment of July 7, 1970, Corte app., Florence, 123 Giur. Ital. II 359 (1971); Judgment of April 2, 1971, Trib., Bologna, 123 Giur. Ital. II 364 (1971) (Kararlar, PAKTER, s. 54'den alınmıştır.)

[97] Judgment of Oct. *7,* 1975, Corte cass. (unpublished), *cited in* Casalinuovo, *Nullitd e loro difussione agli atti derivati,* 132 Giur. Ital. 11 173, 175 n.6 (1980). (Karar, PAKTER, s. 54'den alınmıştır.)

[98] Aynı yöndeki 27 Mart 1996 tarihli İtalyan Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. THAMAN, Yasak Meyve, s. 396.

[99] Portekiz Anayasası'nın Türkçe metni için bkz. https://silo.tips/download/portekz-cumhuryet-anayasasi.

H. Belçika

a. Anayasal ve Yasal Düzenleme

Belçika Anayasası'nda delillere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[100]. Benzer şekilde Belçika Ceza Muhakemesi Kanununda da(Bl.CMK) usule aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Sadece Bl.CMK md. 86, 90 gibi tanıkların gizli dinlenmesi, iletişimin tespitinde belirtilen kurallara uyulmaması halinde bu yolla elde edilen delillerin kullanılamayacağı belirtilmiştir. Tüm bu nedenlerle Belçika Hukuku'nda ne Anayasa'da ne de Kanunlarda genel bir delil düzenlemesi yoktur. Bunun tek istisnası, Bl.CMKmd. 90'da yer almakta ve yurtdışında elde edilen delillerle ilgili bir düzenleme getirilmektedir[101].

b. Belçika Yüksek Mahkemesi'nin (Cour de Cassation) Yaklaşımı

Usule aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin esaslar, Belçika Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Bu tip delillerin istisna tanımaksızın dışlanmasından çatışan menfaatlerin karşılaştırılmasına evrilen bir süreç yaşanmıştır. Usule aykırı delillere ilişkin klasik teori, Yüksek Mahkeme'nin 10.12.1923 tarihli bir kararında ortaya konmuştur[102]. Bu karar, dönüm noktası niteliğinde olup Mahkeme, bir suç işleyerek elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Kararda, bunu gerçekleştirenin bir devlet görevlisi ya da özel kişi olması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Yüksek Mahkeme, 1923'den başlayarak ve herhangi bir istisna kabul etmeksizin bu yaklaşımını devam ettirmiştir 1986'dan itibaren ise bu konuda bir sınırlamaya gitmeye başlamıştır[103].Yüksek Mahkeme,13.05.1986 tarihli bir kararında delillerin ceza muhakemesinin temel kuralları, hukukun genel ilkeleri ve daha özel olarak da savunma hakkına saygıyla bağdaşmayan bir davranışla toplanmış olması durumunda, bunların değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir[104]. Yüksek Mahkeme, 1990'dan itibaren de bu yaklaşımını esnetmeye başlamıştır. 19.01.1990 ve 17.04.1991'de[105] verdiği iki karara göre, usule aykırılığı özel kişi gerçekleştirmiş ve bu sırada da kamu görevlileri ile herhangi bir işbirliği de yoksa ulaşılan deliller sanığın mahkûmiyetine katkıda bulunabilir[106].

Usule aykırı olarak elde edilen delilleri ilişkin ikinci bir gelişme, Yüksek Mahkeme'nin 30.05.1995 tarihli kararıyla başlamıştır. Buna göre, bir suçun ispatı ile yetkili makamların bilgisine ulaştırılması birbirinden farklı hususlardır. İhbarcı bu bilgiyi yasadışı bir şekilde elde etse bu daha sonra usule aykırı bir davranış olmaksızın elde edilen delillerin geçerliliğini etkileyemez. Soruşturma makamları suç ihbarı yapılmamış gibi hareketsiz kalamaz. Yasadışı bir şekilde bir ipucu ya da bir ihbar

---

[100] Belçika Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. https://www.legislationline.org/tr.

[101] BEERNAERT, Marie-Aude/TRAEST, Philip, "Belgium: From Categorical Nullities to a Judicially Created Balancing Test", *Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 162.

[102] Pasicrisie 66 (1924, I); Cass., 12 Mar. 1923, Pasicrisie 233 (1923, I).(Kararlar, BEERNAERT/TRAEST, s. 163'den alınmıştır.)

[103] BEERNAERT/TRAEST, s. 163.

[104] Cass., 13 May 1986, I Pasicrisie 1107 (1986). (Karar, BEERNAERT / TRAEST, s. 164'den alınmıştır.)

[105] Kararlar, BEERNAERT/ TRAEST, s. 164'den alınmıştır.

[106] BEERNAERT / TRAEST, s. 164.

alınmışsa, bu suçu hukuka uygun olarak delillendirmek adli makamların sorumluluğundadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, suç ihbarının usul kurallarına aykırı oluşu bu suçun hukuka uygun bir şekilde ispatını tamamen imkânsız kılmamaktadır[107]. Yüksek Mahkeme kamuoyunda Antigone kararı olarak bilinen 14.10.2003 tarihli içtihadıyla usule aykırı olarak elde edilen delillere ilişkin yaklaşımını temelden değiştirmiş, yeni bir teori ortaya koymuştur. Bu davaya konu olayda polis,1992 tarihli kendi yetki ve görevlerini düzenleyen Kanunun 29. maddesine aykırı olarak bir arama izni olmaksızın şüpheli şahsın üstünü aramıştır. Bu sırada ele geçirilen anahtarla araçta yapılan arama sonucu suç aleti tabanca bulunmuştur. Buna ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, usule aykırı delillerin aşağıda belirtilen durumlarda dikkate alınmayacağına karar vermiştir. Buna göre; 1- Belirli kurallara uyulması işlemin geçerlilik şartı olarak düzenlemiş ve buna aykırılık söz konusu ise 2- Usule aykırılık delilin güvenilirliğine zarar vermişse ya da 3- Delillerin kullanımı adil yargılanma hakkına zarar veriyorsa[108] bu tip deliller kullanılamayacaktır. 16.11.2004'de vermiş olduğu iki kararda, rıza olmaksızın evde yapılan arama sonucu ele geçen suç aletlerinin değerlendirmeye alınabileceğine, rıza yokluğunun tek başına adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. 23.03.2004 tarihli bir kararında ise yukarıdaki kriterlere ek olarak yapılan usule aykırılığın, ispatlanmaya çalışılan suçun ciddiyetini önemli ölçüde gölgede bırakıp bırakmadığına göre bir sonuca ulaşılması gerektiğine başka bir ifadeyle menfaatler karşılaştırmasına işaret etmiştir[109].

I.Hollanda

a.Anayasal ve Yasal Düzenleme

Hollanda Anayasası'nda delillere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[110]. Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu[111](Hl.CMK) md. 339'da yasal deliller sayılmakla birlikte usule aykırı olarak elde edilen delillere ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak, Hl.CMK md. 359a'da usule aykırılıkların sonuçlarıyla ilgili genel bir düzenleme vardır. Doktrin[112] ve yargı tarafından bu hükmün usule aykırı olarak elde edilen deliller bakımından uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.

Hl.CMK md. 359a, inceleme konusu ülke düzenlemelerinden oldukça farklı bir nitelik taşımaktadır. Hl.CMK md.359a metni şu şekildedir: "*1. Soruşturma sırasında usul kurallarının ihlal edildiği ortaya çıkarsa, bu ihlal artık düzeltilemezse ve ihlalin hukuki sonuçları yasal metinden anlaşılmazsa, mahkeme şu kararı verebilir:*

a-İhlalin neden olduğu zarar bir şekilde telafi edilebiliyorsa, cezanın ağırlığı ihlalin ciddiyeti ile orantılı olarak azaltılacaktır;

---

[107] Cass., 30 May 1995, (Karar, BEERNAERT/TRAEST, s. 165'den alınmıştır.)

[108] Cass., 14 Oct. 2003. (Karar, BEERNAERT/TRAEST, s. 165'den alınmıştır.)

[109] Aynı yönde: Cass., 31 Oct. 2006, Pasicrisie 2239 (2006); Cass., 21 Nov. 2006, Pasicrisie 2437 (2006); Cass., 4 De Cilt 2007, *Rechtskundig Weekblad* 110 (2008–2009) (Kararlar, BEERNAERT/TRAEST, s. 169'dan alınmıştır.)

[110]Hollanda Anayasası'nın Türkçe metni için bkz. https://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/HOLLANDA_ANAYASASI.pdf.

[111] Hl.CMK"nın İngilizce versiyonu için bkz. https://legislationline.org/sites/default/files/documents/d2/Netherlands_CPC_am2012_en.pdf.

[112]STEVENS, Lonneke/ BORGERS, Matthias J: "The Netherlands: Statutory Balancing and a Choice of Remedies", *Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 184; THAMAN, Yasak Ağaç, s. 374.

b-İhlal yoluyla elde edilen soruşturmanın sonuçları, iddia edilen suçun ispatlanmasına katkıda bulunmayabilir;

c-Yargılama usulü ilkelerine uygun olarak ihlalin davanın görülmesini imkansız hale getirmesi halinde Savcılık soruşturma yapmaktan men edilecektir.

2-İlk fıkra uygularken mahkeme, ihlal edilen kuralın sağladığı menfaati, ihlalin ağırlığını ve neden olduğu zararı dikkate almalıdır..."

Hl.CMK md.359a/1'de soruşturma sırasında usul kurallarının ihlalinden bahsedilmektedir. Bu, delil toplamak için geçerli olan yazılı ya da yazılı olmayan kurallara uyulmaması anlamına gelmektedir. Bu çerçevede farklı türdeki kurallar arasında ayrım yapılması mümkün değildir. Hl.CMK md.359a'nın tüm bu kurallar için geçerli olan bir hüküm olması amaçlanmıştır. Anayasal ve anayasal olmayan hak ihlalleri arasında da ayrım yapılması söz konusu olamaz. Delil toplama işlemleri sırasında meydana gelen AİHS ihlalleri de md. 359a uyarınca usul kurallarının ihlali olarak kabul edilecektir[113]. Diğer taraftan, Hl.CMK md.359a'nın açık ifadesi ve delil serbestisine dayanan muhakeme sistemi[114] dikkate alındığında, delil toplama işlemi sırasında meydana gelen her usulsüzlüğün otomatik bir dışlamaya yol açmayacağı sonucuna varmak mümkündür. Bu tip deliller bakımından diğer müeyyideler de söz konusudur. Sanığın işlediği suçun ağırlığı ile ihlal edilen kuralın fonksiyonu, ihlalin ağırlığı ve bu nedenle ortaya çıkan zararın boyutu dikkate alınarak ulaşılan sonuca göre cezada indirim öngören Hl.CMK md.359a/1-a ile savcılığı söz konusu suçun soruşturulması görevinden alan Hl.CMK md.359a/1-c hükümleri için doktrinde usule aykırı delillerin ıslah edilmesi tabiri kullanılmaktadır. Bu hükümlerin modern dışlama kurallarından farklı bir nitelik taşıdığı, hâkimin madde belirtilenler arasından bir seçim yapma imkânı olduğu ifade edilmektedir[115].

b.Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Hl.CMK md.359a hükmü 1996 yılında Kanuna dahil edilmiştir. Bu zamana kadar usule aykırı olan delillerin durumunu büyük ölçüde içtihatlar belirlemiştir. 1996'dan sonra Hl.CMK md.359a, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarıyla daha da geliştirilmiştir. Yüksek Mahkemenin 30.03 2004 tarihli kararında usule aykırı deliller bakımından geçerliliği halen devam eden çeşitli ilkeler belirlenmiştir. Karara göre[116]Hl.CMK md.359a sanığın suçlandığı ve dolayısıyla da hâkimin karar vermesi gereken suçla ilgili olduğu sürece, yalnızca soruşturma sırasında gerçekleşen usul kuralları ihlalleri ile ilgilidir. Bu, sanık dışındaki bir kişiyi konu edinen soruşturma bağlamında işlenen ihlallere hiçbir hukuki sonuç yüklenmediği anlamı taşımaktadır. Örneğin sanık A'nın soruşturmasında kurallara aykırı olarak yapılan telefon dinlemesi sonucu yapılan tespitler, B şahsı üzerindeki şüpheyi yoğunlaştırmıştır. Bu materyal, B aleyhindeki ceza davasında kullanılabilecektir. Çünkü usul kurallarının ihlali B hakkında yürütülen bir soruşturmada gerçekleşmemiştir.[117]

İkinci olarak, md.359a sadece telafisi mümkün olmayan usul ihlalleri için geçerlidir. İhlal düzeltildiyse ya da bu imkân hala varsa, bu yolla elde edilen delil bakımından sanık lehine bir sonuç çıkarmak başka bir ifadeyle ıslah, dışlama ya da savcılığın soruşturmadan men edilmesi için hiçbir neden

[113] STEVENS/BORGERS, s. 186.

[114] STEVENS/BORGERS, s. 184.

[115] THAMAN, Yasak Ağaç, s. 374-375.

[116] Karar, STEVENS/BORGERS, s. 186'dan alınmıştır.

[117] HR (Supreme Court) October 18, 1988. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 186'dan alınmıştır.)

yoktur[118]. Örneğin, sanığı DNA testinin sonuçları hakkında bilgilendirmemek ve dolayısıyla da onun ikinci bir bilirkişi görüşü talep etme fırsatından mahrum bırakılması halinde hâkimin ikinci bir görüş almanın hâlâ mümkün olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. İmkân varsa, sanığa ona ulaşma hakkı verilmelidir. Ancak, gerekli izin olmadan bir ev araması gerçekleştirildiyse hiçbir çözüm mümkün değildir. Böyle bir yetki, arama işleminden önce verilmelidir[119].Yüksek Mahkeme ayrıca hâkimin usul kurallarının ihlaline hukuki bir sonucun eklenip eklenmeyeceğine ve bunun hangi özel sonucu olacağına karar verirken, Hl.CMK md.359a/2'de yer alan hususları dikkate alması gerektiğini belirtmiştir: 1- İhlal edilen kuralın sağladığı menfaat; 2- İhlalin ağırlığı ve neden olduğu zarar[120].

İhlal edilen kuralın sağladığı menfaatin değerlendirilmesinde, bunun hangi menfaati korumayı amaçladığını ve bu menfaatin sanıkla ne ölçüde ilgili olduğunu belirlemek gerekmektedir. Ev aramalarıyla ilgili kurallar, konut sakinlerinin mahremiyet hakkını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, bu kuralların ihlal edilmesi durumunda yalnızca bu kişilerin menfaatleri zarar görmektedir. Örneğin, evdeki bir odanın o evin sakini olmadan yalnızca bir depolama yeri (uyuşturucu için) olarak kullanıldığı olayda ev aramalarıyla ilgili kuralların ihlaline herhangi bir sonuç bağlanmasına gerek yoktur[121].İhlalin ağırlığı ise yaptırımın seçimi bakımından önem taşımaktadır. Usul kurallarının ciddi ihlali durumunda en ağır yaptırım, savcılığı kovuşturma yapmaktan alıkoymaktır. Küçük ihlaller ise cezanın bir miktar azaltılmasıyla ya da sadece hukuka aykırılığın tespiti ile giderilmektedir. Belirli koşullar altında, usul kurallarının ihlaline neden olan soruşturma görevlilerinin iyi niyetleri kısmi bir önem taşıyabilir. Örneğin, soruşturmada görevli bir memurun boş olduğunu düşündüğü binaya girdiği bir olayda, hâkim bu görevlinin binanın boş olduğunu haklı olarak varsayabileceği[122]kanaatindeyse yazılı iznin yokluğu nedeniyle delilleri dışlamak zorunda değildir[123].

Sanığın yararına getirilmiş bir norm ihlal edilirse, bu kural olarak şüpheliye zarar verir. Ancak belirli koşullar altında zarar söz konusu olmayabilir. Örneğin, bir şüpheliye sessiz kalma hakkının bildirilmemesi tek başına onun için bir zarardır. Ancak, kendisi eğitimi ya da başka bir nedenle bu hakkını biliyorsa zarar gördüğü varsayılamaz. Hl.CMK md. 359a'nın mantığı, usul kuralları ihlalinin ne olursa olsun sanığa bir miktar dezavantaj yarattığı değildir. Buradaki mesele, daha çok yukarıda belirtilenler ışığında meydana gelen ihlale bir yaptırım eklenmesinin gerekli olup olmadığını tespit etmektir. Bu nedenlerle de hâkimin ihlale hukuki bir sonuç yüklemeden sadece usul kurallarının ihlal edildiğini tespitle yetinmesi mümkündür. Hâkim, usul kurallarının ihlaline hukuki bir sonucun eklenmesi gerektiği görüşündeyse, Hl.CMK md. 359a/1'debelirtilen yaptırımları seçme hakkına sahip olacaktır[124].

Savcılığı soruşturma yapmaktan yasaklamakta seçenek yaptırımlardan biri olmakla birlikte Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde bunun istisnai durumlarda mümkün olduğuna karar vermektedir. Bu yaptırıma, ancak soruşturma görevlileri ya da savcılığın sanığın menfaatlerini kasıtlı olarak ya da önemli ölçüde göz ardı ederek hareket etmeleri ya da adil yargılanma hakkını ihlal etmeleri durumumda

[118] STEVENS/BORGERS, s. 186.

[119] STEVENS/BORGERS, s. 187.

[120]STEVENS/ BORGERS, s. 187

[121] Cf. HR March 26, 2002. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 187'den alınmıştır.)

[122] STEVENS/BORGERS, s. 187.

[123]Cf. HR June19, 2001, *Dutch Law Reports* 2001, 574. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 188'den alınmıştır.)

[124] STEVENS/BORGERS, s. 188.

başvurulmaktadır[125]. Bugüne kadar bu yaptırım, esas olarak delillerin toplanmasına ilişkin adli izleme imkânlarının kasıtlı olarak engellendiği durumlarda uygulanmıştır[126]. Diğer bir örnek ise, iddia makamının sanığa hukuka aykırı menfaat vaat ederek onun iradesini etkilemesi halinde söz konusu olmuştur[127].

Yüksek Mahkemeye göre, delillerin hariç tutulması için ihlal ile delil arasında nedensellik bağının olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ihlalin gerçekleşmemesi halinde bu delile ulaşılması mümkün olmamalıdır. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Önemli bir kural ya da ilke önemli ölçüde ihlal edilmiş olmalıdır. Yüksek Mahkeme bir kuralın ne zaman önemli olduğunu ve bu tür bir kuralın hangi koşullar altında önemli ölçüde ihlal edildiğini, Hl.CMK md.359a/2 uyarınca belirlemektedir[128]. Sanığın temel çıkarlarını korumayı amaçlamayan bir kural, genellikle önemsiz ya da daha az önemli olarak kabul edilebilir. *"Önemli ölçüde"* ihlal unsuru, görece ciddi bir ihlalin olması gerektiğini ve zararın da açıkça bundan kaynaklandığının ortaya çıktığını ifade etmektedir. Örneğin şüphelinin sessiz kalma hakkına ilişkin kuralların ihlali yoluyla delil elde edilmesi bu türdendir. Şüphelinin vücudunun boşluğunda bulunan uyuşturucunun usule aykırı bir şekilde yapılan vücut araması ile bulunmasında da benzer bir geçersizlik hali söz konusudur[129].

Ceza indirimi de belirtilen seçenek yaptırımlardan biri olmakla birlikte Yüksek Mahkeme bunun için dört şart belirlemiştir: 1- Sanık fiilen zarar görmüştür; 2- Zarar, ihlalden kaynaklanmıştır; 3- Zarar, ceza indirimi yolu ile telafi için uygundur; 4- Ceza indirimi, ihlal edilen kuralın önemi ve ihlalin ciddiyeti ışığında gerekçelendirilmelidir. (1) ve (4)'de belirtilenler Hl.CMK md. 359a/2'de yer alan esası yansıtırken, (2)'deki nedensel bağlantıyla ilgilidir[130].

Yüksek Mahkeme, usule aykırı olarak elde edilen deliller vasıtasıyla elde edilen delillere ayrıca bir başlık açmamaktadır. Bunun nedeni, uzak etki meselesinin yukarıda belirtilen yaptırımların uygulanma koşulları içinde yer alan nedensellik testiyle zaten inceleniyor olmasıdır. Bir şüphelinin durdurularak üzerinde hırsızlık aletleri olup olmadığının sorulduğu bir örnekte, şüpheli çantasını ve ceketini yere atarak kendiniz görün diye bağırmıştır. Çanta ve cekette yapılan aramada bu aletler bulunmuştur. Yargılamada durdurmanın usule aykırı olması nedeniyle ele geçen delilin durdurma işleminin zehirli meyvesi olarak görülmesi gerektiği iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme, durdurmanın hukuka aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte bu delillerin durdurmanın doğrudan sonucu olduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir. Hırsızlık aletlerinin bulunması, öncelikle ceketi ve çantayı yere fırlatıp, kendiniz görün diye bağırmanın sonucudur. Durdurulduktan sonra yapmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır[131].

[125] HR December 19, 1995. (Karar, STEVENS / BORGERS, s. 188'den alınmıştır.)

[126] HR February 4, 1997and HR September 8, 1998.(Kararlar, STEVENS/BORGERS, s. 188'den alınmıştır.)

[127] HR June 1, 1999 and HR June 8, 1999. (Kararlar, STEVENS/BORGERS, s. 188'den alınmıştır.)

[128] STEVENS/BORGERS, s. 189.

[129] HR May 29, 2007. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 189'den alınmıştır.)

[130] HR March 21, 2000, LJN AA5254. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 190'dan alınmıştır.)

[131] HR February 24, 2004. (Karar, STEVENS/BORGERS, s. 191'den alınmıştır.)

J.İspanya

Usule aykırı delillere ilişkin olarak İspanya Anayasası'nda bir düzenleme bulunmamaktadır[132]. Bununla birlikte İspanya'da Anayasa'nın 1978'de yürürlüğe girmesinden önce bir ceza yargılamasında iddia konusu fiillerin ispatına yardımcı olabilecek her türlü delilin kabul edilebilirliği lehine genel bir tutum vardı. Gerçeği bulmak temel meseleydi ve mahkemeler ispata yaradığı sürece delillerin nasıl toplandığına ilişkin bir tutum benimsemiyorlardı[133].

Usul kurallarına aykırı olarak elde edilen delillere ilişkin dışlayıcı kuralların kapsamı, devletin vatandaşların güvenliğini korumadaki etkinliği ile temel haklara ve özellikle de sanık haklarına saygı gösterilmesi gereği arasındaki zor dengeyi doğrudan etkilemektedir. Bu konu İspanya doktrini ve içtihat hukukunda dışlayıcı kuralların sınırı olarak güncelliğini korumaktadır. Serbest ispat yönteminin geçerli olduğu İspanya ceza muhakemesi sisteminde her durumda geçerli olabilecek istisnalar açıkça tanımlanmıştır[134]. İspanya Ceza Muhakemesi Kanununda (İsp.CMK) iradenin zorlanmasına dayalı yöntemlerle alınan ifadeler, sessiz kalma hakkının ihlali yoluyla elde edilen delillere ilişkin yasaklayıcı hükümler bulunmaktadır. (İsp.CMK md. 416/1) Ancak, hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yargısal Yetkiye İlişkin İspanya Kanunu md.11/1' de "*Doğrudan veya dolaylı olarak temel haklara ve özgürlüklere aykırı şekilde elde edilen delillerin etkisi yoktur"*[135] hükmü yer almaktadır[136]. Yasal dışlama kuralının uygulanması için, delil toplamaya ilişkin kural ve formalitelerin ihlal edilmesi tek başına yeterli değildir. Bir temel hak veya özgürlük ihlalinin söz konusu olması gerekmektedir[137]. Delillerin toplanması sırasında yaşanan usul aykırılıklarının temel hak ve özgürlüklere yönelik olduğu dikkate alındığında, İspanya Sisteminin de Portekiz'de olduğundan daha katı bir şekilde somut olay bakımından çatışan menfaatler arasında bir karşılaştırmaya gidilerek sonuca ulaşma yolunu kapattığını söylemek mümkündür.

SONUÇ

Çalışmada yer verilen ülkeler arasında Türkiye Anayasa md. 38/6'da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği, md. 138'de hâkimlerin hukuka uygun olarak hüküm verecekleri hükümlerini düzenleyerek aslında delillere anayasal temel kazandıran iki ülkeden biridir. Hüküm verme, delillerin değerlendirilmesini ifade etmektedir. Anayasa md. 138'de hâkimlerin bunu hukuka uygun olarak yapacakları belirtilerek aslında hâkimlere delilleri hukuka uygunluk perspektifinde değerlendirmeleri başka bir ifadeyle çatışan menfaatler karşılaştırması yaparak bir sonuca ulaşmaları gerektiği görev olarak verilmiş bu da CMK md. 217'de ifadesini bulmuştur. Bu çerçevede İtl.CMK md. 526/1 ve md. 191 ile CMK'ya benzerlik göstermektedir. Frs.CMK md. 171'de menfaatlere zarar verme

---

[132] Doktrinde, bireylerin işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağını öngören "*Yaşama hakkı*" başlıklı md.15'in yasak deliller için bir kaynak görevini yerine getirdiği belirtilmektedir. WİNTER, Lorena Bachmaier: "Spain: The Constitutional Court"s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing", *Comparative Perspectives On Law And Justice, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 211.

[133] WİNTER, s. 210.

[134] WİNTER, s. 209.

[135] Kanunlar için bkz. https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/com.

[136] THAMAN, Yasak Meyve, s. 370.

[137] THAMAN, Miranda, s. 605; Aynı yönde İspanya Yüksek Mahkemesi"nin Feb. 7, 1992 (R.J., No. I 108, 1409-lO) kararı. Karar için bkz. THAMAN, Miranda, s. 605.

etkisi, İsv.CMK md.141/2'de işlendiği iddia edilen suçun ağırlığı; Hl.CMK md. 359a/2'de ise sırasıyla her iki husus düzenlenerek bir karşılaştırma hükmüne yer verilmiştir. Delillere ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı Alman sisteminin ise çatışan menfaatlerin karşılaştırılmasına dayandığı dikkate alındığında bu yaklaşımın Kara Avrupasında öne çıktığı sonucuna varmak mümkündür. Uzak etki bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Ancak Türkiye'de anayasal ve yasal düzenlemelere rağmen uygulama ve doktrin aksi yönde gelişerek mutlak ret yaklaşımı hâkim olmuştur.

Diğer taraftan Portekiz Anayasası'nda inceleme konumuza ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almakta ve bu yönüyle de Kara Avrupa'sı ülkeleri arasında öne çıkmaktadır. Anayasa md. 32/8'de delil elde etme işlemi sırasında meydana gelmesi muhtemel usul aykırılıklarının yoğun olarak yaşandığı alanların tamamı madde kapsamına alınarak çatışan menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılarak sonuca ulaşma yolu da büyük ölçüde daraltılmıştır. Yargısal Yetkiye İlişkin İspanya Kanunu md.11/1'de doğrudan veya dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklerin ihlaliyle elde edilen delillerin bir etkisinin olamayacağı hükme bağlanarak İspanya sisteminin Portekiz'de olduğundan daha katı bir şekilde somut olay bakımından çatışan menfaatler arasında bir karşılaştırmaya gidilerek sonuca ulaşma yolunu kapattığını söylemek mümkündür. Çünkü delillerin toplanması sırasında yaşanan usul aykırılıkları, temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak ortaya çıkmaktadır. İradeyi zorlayan yöntemlere dayalı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak ise gerek düzenleme gerekse uygulama itibarıyla Kara Avrupasında mutlak bir hâkimiyet söz konusudur.

KAYNAKÇA

BEERNAERT, Marie-Aude/TRAEST, Philip, "Belgium: From Categorical Nullities to a Judicially Created Balancing Test", *Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 161-182.

BOHLANDER, Michael*:* Prıncıples of German Crımınal Procedure, Hart Publishing, 2012.

BOYNE, Shawn Marie:"Truth or Justice: A Comparative Look at the Exclusionary Rule in Germany and the United States", *Legal Studies Research,* Paper No. 2019, s. 1-23.

DÜLGER, Murat Volkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 111, 2014, s. 325-410.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002.

GİLLİÉRON, Gwladys: "Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem Summary Proceedings", *University of Cincinnati Law Review*, Cilt 80, Sayı 4, 2013, s. 1145-1165.

GLESS, Sabıne: "Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial-Germany", *Journal of University of Basel*, Cilt 2-3, 2010, s. 675-688. (Illegally Evidence)

GLESS, Sabine: "Germany: "Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests", *Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 113-144. (Balancing Truth)

GLESS, Sabine: "Delil Yasakları ve Uzak Etki", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 345-359. (Uzak Etki)

GÖKPINAR, Mahmut: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Usule Aykırı Delillerin Hükme Esas Alınmasına İlişkin Türkiye Yaklaşımı-Türk Hukukunda delil serbestîsi ilkesinden bir kopuş mu?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 223, 2025, s. 63-75.

GÖSSEL, Karl Heinz:"*Alman Ceza Muhakemesinde Genel Reform Yapılması Hakkında Görüşler*", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 159-160, 2017, s. 33-39.

GUR-ARYE, Miriam/JESSBERGER, Florian: "The Protection of Human Dignity Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences", *Israel Law Review*, Cilt 44, Sayı 1-2, 2011 s. 229-262.

HODGSON, Jacqueline: French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France, Oxford And Portland, Oregon 2005.

ILLUMİNATİ, Giulio:*"*Italy: Statutory Nullities and Non-usability*", Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 235-259.

JAHN, Matthias/LEONARDY, Charlotte Schmitt*:"*The German "Verständigung" and Consensual Elements in German Criminal Trials*"*, *German Law Journal*, Cilt 21, Sayı 2, 2020, s. 1134–1148.

KRETSCHMER, Joachim: "Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı – Anlamı, İşlevi ve Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 440-445.

KREY, Volker F.:"Characteristic Features of German Criminal Proceedings-An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?"*, Loyolo of Los Angeles İnternational and Comparative Law Review,* Cilt 21, Sayı 4, s. 591-605.

MACULA, Laura: "The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective", *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Editör: Sabine GLESS/Thomas RİCHTER, SpringerOpen, 2018, s. 15-60.

PAKTER, Walter: "Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy", *Hastings Int"l and Comparative Law Review,* Cilt 9, Sayı 1, 1985, s.1-57.

PRADEL, Jean: "France: Procedural Nullities and Exclusion", (*Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 145-160.

ROXIN, Claus: "İspat Hukukunun Esasları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 8, 2005/2, s. 265-289.

SCHROEDER, Friedrich Christian/VERREL, Torsten*:* Ceza Muhakamesi Hukuku*,*Yetkin Yayımları, Ankara 2019.

STEVENS, Lonneke/ BORGERS, Matthias J: "The Netherlands: Statutory Balancing and a Choice of Remedies", *Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 183-209.

ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınevi, Ankara 1994.

THAMAN*,* Stephen C: "Miranda In Comparatıve Law", *Saint Louis University Law Journal*, Cilt 45, Sayı 2, 2004, s. 605-616. (Miranda)

THAMAN, Stephen: "Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014 s. 361-408. (Yasak Meyve)

THAMAN, Stephen: "Karşılaştırmalı Hukukta Zehirli Ağacın Meyveleri", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 409-456 (Zehirli Ağaç)

TROVATO, Hk. Guglielmo: "Ceza Muhakemesinde Delillerin Kabul Edilemezliği, Kullanılamazlığı ve Geçersizliği", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku,* Editör: Kayıhan İÇEL/Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 309-318.

VOUIN, Robert: "The Exclusionary Rule Under Foreign Law ", *Journal of Criminal Law and Criminology, and Policie Science*, Cilt 52, Sayı 3, s. 275-277.

WEIGEND, Thomas: "The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective", *Do Exclusionary RulesEnsure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Editör: Sabine GLESS/Thomas RİCHTER, SpringerOpen, 2018, s. 61-92.

WEİGEND, Thomas/FRASE, Richard S.: "German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?", *Boston College Internatıonal & Comparatıve Law Revıew*, Cilt XVIII, Sayı 2, 1995, s. 317-360.

WİNTER, Lorena Bachmaier: "Spain: The Constitutional Court"s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing", *Comparatıve Perspectıves On Law And Justıce, Exclusionary Rules in Comparative Law*, Editör: Stephen THAMAN, Cilt: 20, Springer, 2013, s. 209-234.

YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO),

2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

ZAPPALÀ, Angelo/POMPEDDA, Francesco/ROSSİNİ, Vittorio Maria/ SCARABELLO,

Massimo: "Criminal İnterrogation in Italy: Legal Procedures and Practices",

International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation,

Editör: David WALSH/Gavin E, OXBURGH /Allison D. REDLİCH /Trond MYKLEBUST,

Cilt: 2, Routledge, 2016, s. 149-154.

ANAYASA MAHKEMESİNİN SENDİKA HAKKI LEHİNE ÇAĞRISI: TÜRKİYE DEVRİMCİ KARA, HAVA VE DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI İŞÇİLERİ SENDİKASI BAŞVURUSU

Dr. Seda Özkan*

ÖZET

Bu bildirinin amacı, Anayasa'nın 51'inci maddesinde "Sendika kurma hakkı" kenar başlığıyla düzenlenen sendika hakkının, yargı sürecinin ilgili merciler önünde makul sürede sonuçlandırılamamasının sistematikleşmesinden doğan yapısal sorun nedeniyle ihlal edilmesinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilişini ve buna koşut, yasama organına yapılan çağrıyı ele almaktır.

Bildiride, Mahkemenin, önüne gelen anayasa şikâyetinde, yargı mercilerinin tutumu dolayısıyla uzayan yargılama süresince işçilerin sendikal faaliyette bulunamayarak sendikal haklarını kullanamadığına hükmetmesi değerlendirilecektir. Bu değerlendirme kapsamında, Mahkemenin, yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede sonuçlandırılamaması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları incelediği önceki iki anayasa şikâyetinde, devletin, sendika hakkına dönük pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatine ulaşmasını sağlayan argümanlar da aktarılacaktır.

Mahkeme, önceki iki anayasa şikâyeti hakkındaki incelemelerinde, yetki tespitine itiraz talebiyle açılan davaların makul sürede sonuçlandırılmaması nedenliyle sendika hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre, sendikalar, örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçası olup üyelerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan örgütlerdir. Örgütlenme özgürlüğünün güvencelediği iki temel haktan biri, örgütün varlığının ve işleyişinin korunması iken diğeri ise, bireyin örgüt içinde faaliyette bulunma ve örgütle ilişki kurmasıdır. Mahkemenin bu çıkarımı doğrultusunda anlaşılacağı üzere, sendika hakkı, bağımsız bir hak olmayıp örgütlenme özgürlüğünün kapsamındadır ve sendikalar, örgütlenme özgürlüğünün öznesidir.

Mahkeme, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmesinin, sendikalar yönünden üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma ve geliştirme mücadelesindeki önemini vurgulamakta ve bu bağlamda, toplu iş sözleşmesini, sendikaların, taleplerini güçlü bir şekilde dile getirmesini sağlayan araç olarak nitelemektedir. Bu nedenle Mahkeme, işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmesi için yetkili sendika olduğunu belgelemesi gerektiğini de dikkate alarak yetki tespiti sürecine ilişkin davaların makul sürede sonuçlandırılmamasının sendika hakkına telafi edilemez biçimde zarar verebileceğini ve yargılamanın süratle yürütülmesinin devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, tespitlerini, anılan başvuruda da yinelemiştir. Anayasa şikâyetlerine konu olan somut olaylara bakıldığında başvurucu sendikaların 4 yıl; 9 yıl ve 8 yıl boyunca toplu iş sözleşmesinde yetkili sendika olarak yer alamadıklarından şikâyetçi oldukları görülmektedir.

Nihayet Mahkeme, anılan başvuruda, ivedilikle tamamlanamayan yetki tespiti sürecinin yapısal sorun oluşturduğunu ve bunun ilgili kanundan kaynaklandığını tespit ederek sorunun çözümü için Türkiye Büyük Millet Meclisine çağrıda bulunmuştur. Mahkeme ayrıca, sorunun çözümü için yargıdan gelecek

* Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

katkıyı da ortaya koyup kararın bilgi amaçlı olarak Hâkimler ve Savcılar Kuruluna da bildirilmesine hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararı, sendika hakkının ihlalini engelleyecek yaklaşımı somutlaştırdığından içtihatta önemli bir yere sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Sendikal haklar, örgütlenme özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi, devletin pozitif yükümlülükleri, yasama organına çağrı.

THE APPEAL DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN FAVOUR OF THE RIGHT TO ORGANIZE UNIONS: THE APPLICATION OF THE REVOLUTIONARY LAND, AIR AND RAILWAY TRANSPORT WORKERS' TRADE UNION OF TURKEY

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the Constitutional Court's determination in the Application of the Revolutionary Land, Air and Railway Transport Workers' Trade Union of Turkey that the right to form a trade union, regulated under the subtitle "Right to organize unions", of Article 51 of the Constitution, as a result of a systemic issue arising from the failure to conclude the judicial process before the relevant authorities within a reasonable time, and its request to the legislative to take the necessary measures.

In this paper, an evaluation will be conducted of the Court's finding in the constitutional complaint before it that the legal uncertainty surrounding unionisation in the workplace, arising from the delay in proceedings in cases of objection to the authorisation determination, could not be resolved.

The Court concluded that the right to freedom of association encompasses the protection of the existence and functioning of the organisation, as well as the right of the individual to engage in activities within the organisation and to establish relations with it. This conclusion indicates that trade union rights are not an independent right, but rather fall within the scope of the freedom of association.

The Court emphasises the significance of the collective bargaining agreement concluded between the trade union and the employers' union or the employer who is not a member of the trade union in the struggle for the protection and promotion of the rights and interests of its members. The Court further elaborates that, given the necessity for trade unions to certify their status as authorised entities for the purpose of participating in collective bargaining agreements, the failure to conclude such proceedings within a reasonable time may result in irreparable harm to the right to freedom of association.

An examination of the specific events giving rise to the constitutional complaints reveals that the applicant trade unions alleged a failure to participate in collective bargaining as an authorised trade union for a period of four years, nine years, and eight years in the three relevant applications in turn.

The Court determined that the process of authorisation determination, which was not completed in a timely manner, constituted a systemic issue. This was attributed to the provisions of the relevant legislation, and the Court issued request to the Grand National Assembly of Turkey to address this issue. Additionally, the Court acknowledged the role of the judiciary in resolving this matter and its decision communicated to the Council of Judges and Prosecutors for informational purposes. This decision by the Court is of significant importance within the field of jurisprudence, as it provides a clear definition of the approach to prevent violations of the right to freedom of association.

Keywords: Trade union rights, right to freedom of association, collective bargaining agreement, positive obligations of the State, appeal decisions of the Constitutional Court.

GİRİŞ

Anayasa'nın 51'inci maddesinde[1] güvencelenen sendika kurma hakkı, demokratik toplum düzeninin koruyucusu olan özgürlüklerden[2] örgütlenme özgürlüğünün[3] sendikal haklara ilişkin özel görünümüdür. Anayasa'nın 51'inci maddesine göre *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir."* denilmekte olup bu hüküm uyarınca sendika kurma hakkının özellikle işçiler bakımından azami önemde olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin tarihsel ilerleyişte zayıf konumda bulunan tarafı işçi olmuştur ve işçi sendikaları, işçilerin kolektif olarak güçlü olmalarını sağladığından bu dengesizliği bertaraf edebilme işlevini üstlenmektedir.

Örgütlenme özgürlüğünün güvencelediği iki temel haktan biri, örgütün varlığının ve işleyişinin korunması iken diğeri ise, bireyin örgüt içinde faaliyette bulunma ve örgütle ilişki kurması olduğundan örgütlenme özgürlüğü, sendikal özgürlükleri de içermektedir. Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı üzere sendika hakkı, bağımsız bir hak olmayıp örgütlenme özgürlüğünün kapsamındadır[4] ve sendikalar, örgütlenme özgürlüğünün öznesidir. Buna koşutlukla sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarını da güvenceleyen örgütlenme özgürlüğünün öznesi sıfatıyla işçi sendikalarının amacı, işveren karşısında işçilerin menfaatlerini korumaktır.

İşçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmesi, sendikal özgürlüklerin varlığına dâhil olup işçi sendikalarının, üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma ve geliştirme mücadelesinde azami öneme sahiptir. Çünkü toplu iş sözleşmesi, Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı üzere sendikaların, taleplerini güçlü bir şekilde dile getirmesini sağlayan araçtır.

Anayasa Mahkemesince belirtildiği üzere, uzamış yetki tespiti süreci, işçi sendikalarının toplu iş sözleşmesinde yetkili sendika olarak yer alabilmesinin önünde engeldir. Bu bildirinin amacı, uzamış yetki tespiti sürecinin ilgili kanundan kaynaklanan yapısal sorun oluşturduğunun tespit edildiği *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'nu[5] değerlendirmektir.

I. YETKİ TESPİTİNE İTİRAZ DAVALARININ ANAYASA ŞİKÂYETİNE KONU OLMASI

Yargı sürecinin ilgili merciler önünde makul sürede sonuçlandırılamamasının sistematikleşmesinden doğan yapısal sorun nedeniyle Anayasa Mahkemesinin, sendika hakkının ihlali yönünde karar verdiği ilk anayasa şikâyeti *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu* değildir. Bu başvurunun önemi, Anayasa Mahkemesinin, yetki tespitine itiraz davalarının

---

[1] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021, s. 286.

[2] ÖZKAN, Seda: "Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi", *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (Çevrimiçi) Scpo Marmara*, Editörler: Pınar Dikmen / Göksu Işık / N. Betül Yağcı Başer, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 197.

[3] Örgütlenme özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, Ulaş: *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

[4] Anayasa Mahkemesinin görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN Mesut: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1-2, 2006, s. 1-34.

[5] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, B. No: 2020/34550, 15/2/2024.

gecikmesiyle ortaya çıkan sendika hakkı ihlalinin yapısal sorun oluşturduğuna ve bunun esasta ilgili yasadan kaynaklandığına hükmetmesinden ileri gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu başvurudan önce aynı nitelikteki iki önemli başvuru olan *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu*[6] ile *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda[7] da yetki tespitine itiraz davalarına ilişkin yargılama sürecinin gecikmesi nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda öncelikle bu iki başvuruya bakmak gerekmektedir.

A. Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu

Başvuruya konu olan somut olayda başvurucu Sendika, davacı işyerinde yetkili sendika olma talebiyle başvuruda bulunduğunu ancak işyerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yetki tespitine karşı açtığı davanın makul sürede tamamlanamaması nedeniyle dava sürecinde işyerinde yetkili sendika olarak faaliyet gösteremediğini, bu nedenle sendika hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür[8].

Başvurucu Sendika, 2014 yılında yetki tespiti talebinde bulunmuş ve yetki tespitine itiraz davası 2018 yılında sonuçlanmıştır. Başvurucu, dava sonuçlanıncaya kadar işyerinde yetkili sendika olarak yer alamamıştır. Buna istinaden dört yıl boyunca başvuruya konu işyerinde çalışan işçiler toplu iş sözleşmesi hakkını kullanamamıştır[9].

Anayasa Mahkemesine göre ilgili başvuru koşulları yönünden önemli olan husus, sendika hakkının kullanımının sağlanmasına yönelik hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan davanın süründemede bırakılmadan hızlı bir şekilde sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığıdır. Bu yargılamanın süründemede bırakılması telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinden devletin sendika hakkına dönük pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilecektir[10].

Başvuruya konu olan somut olayda, yetki tespitinde bulunulan tarih itibarıyla davacı işyerinde yeterli sayıda işçinin başvurucu Sendikanın üyesi olduğu; davanın sonuçlandığı tarih itibarıyla da başvurucu Sendikanın yetkili sendika olmak için ilgili mevzuat hükümlerinde yer alan koşulları taşıdığı tespit edilmiştir. Ancak başvurucu Sendika, yetki tespiti talebinde bulunulan 2014 yılı ile yetki tespitine itiraz davasının sonuçlandığı 2018 yılları arasında geçen dört senelik uzun süre boyunca, davacı işyerindeki işçileri temsil etme kabiliyetinden ve bu temsilden ileri gelen sendikal haklarından yoksun kalmıştır[11].

Anayasa Mahkemesinin vurguladığı üzere, ilgili dava başvurucu Sendika lehine sonuçlanmış olsa da davanın dört yıl boyunca sonuca ulaşamamış olması nedeniyle başvurucu Sendikanın, dört yıllık yargılama süreci boyunca sendikal haklarını kullanamadığı ve bu bağlamda ilgili davanın makul sürede sonuçlandırılamadığı görülmüştür. Ayrıca bu dört yıl boyunca işyerindeki işçiler de toplu iş sözleşmesinin getireceği sendikal haklarını kullanamamıştır[12].

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, başvurucu Sendikanın davacı işyerinde sendikalaşabilmesine ilişkin hukuki belirsizlik hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmediğinden hem başvurucu

---

[6] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, B. No: 2016/13328, 19/11/2020.

[7] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, B. No: 2016/13531, 15/12/2020.

[8] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 30.

[9] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 41.

[10] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 42-43.

[11] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 45.

[12] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 46-48.

Sendikanın hem de davacı işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamında sendikal faaliyette bulunamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 51'inci maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[13].

B. Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu

Başvuruya konu olan somut olayda -*Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu*'na benzer şekilde- başvurucu Sendika, davacı işyerinde yetkili sendika olma talebiyle başvuruda bulunduğunu ancak işyerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yetki tespitine karşı açtığı davanın makul sürede tamamlanamaması nedeniyle dava sürecinde işyerinde yetkili sendika olarak faaliyet gösteremediğini, bu nedenle sendika hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür[14].

Başvurucu Sendika, 2007 yılında yetki tespiti talebinde bulunmuş ve yetki tespitine itiraz davası 2016 yılında sonuçlanmıştır. Başvurucu Sendika, dava sonuçlanıncaya kadar işyerinde yetkili sendika olarak yer alamamıştır. Buna istinaden dokuz yıl boyunca başvuruya konu işyerinde çalışan işçiler toplu iş sözleşmesi hakkını kullanamamıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu*'na atıfla yetki tespitine itiraz davalarının hızlı bir şekilde incelenmesinin gerekliliğini vurgulamıştır[15].

Başvuruya konu olan somut olayda, yetki tespitinde bulunulan tarih itibarıyla davacı işyerinde yeterli sayıda işçinin başvurucu Sendikaya üye olduğu; davanın sonuçlandığı tarih itibarıyla da başvurucu Sendikanın yetkili sendika olmak için ilgili mevzuat hükümlerinde yer alan koşulları taşıdığı tespit edilmiştir. Ancak başvurucu Sendika, yetki tespiti talebinde bulunulan 2007 yılı ile yetki tespitine itiraz davasının sonuçlandığı 2016 yılları arasında geçen dokuz senelik uzun süre boyunca, davacı işyerindeki işçileri temsil etme kabiliyetinden ve bu temsilden ileri gelen sendikal haklarından yoksun kalmıştır[16].

Anayasa Mahkemesinin vurguladığı üzere, ilgili dava başvurucu Sendika lehine sonuçlanmış olsa da davanın dokuz yıl boyunca sonuca ulaşamamış olması nedeniyle başvurucu Sendikanın, dokuz yıllık yargılama süreci boyunca sendikal haklarını kullanamadığı ve bu bağlamda ilgili davanın makul sürede sonuçlandırılamadığı görülmüştür. Ayrıca bu dokuz yıl boyunca işyerindeki işçiler de toplu iş sözleşmesinin getireceği sendikal haklarını kullanamamıştır[17].

Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu*'ndaki yaklaşımını yineleyerek *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda da aynı yönde karar vermiştir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, başvurucu Sendikanın davacı işyerinde sendikalaşabilmesine ilişkin hukuki belirsizlik hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmediğinden hem başvurucu Sendikanın hem de davacı işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamında sendikal faaliyette bulunamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 51'inci maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[18].

---

[13] *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.]*, § 49-50.

[14] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, § 30.

[15] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, § 41.

[16] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, § 45.

[17] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, § 46-48.

[18] *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.]*, § 49-50.

II. YAPISAL SORUN TANISININ KONULMASI

Anayasa Mahkemesi her ne kadar -sırasıyla- *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu* ile *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda sendika hakkının ihlal edildiğini tespit etmişse de bu ihlalin yapısal sorun oluşturduğunu ve bu sorunun ilgili kanun hükümlerinden kaynaklandığını *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda ortaya koymuştur. Bu doğrultuda anılan başvurunun incelenmesi, Anayasa Mahkemesinin yapısal sorun tanısını koymaktaki gerekçelerini anlayabilmek için önemlidir.

A. Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu

a. Olay Örgüsü

Başvurucu Sendika, toplu iş sözleşmesi akdedebilmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yetki başvurusunda bulunması gerektiğinden, toplu iş sözleşmesi akdetmek amacıyla yeterli sayıya ulaştığını belirterek yetki tespiti talebiyle 20/6/2016 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurmuştur. Yetki talebi, talepte bulunan sendikanın işverenle aynı iş kolunda faaliyet gösterdiğinin ve işçilerin belli bir çoğunluğunun sendikaya üye olduğunun tespit edilmesine ilişkindir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 24/6/2016 tarihli yazısında, sendikanın kurulu olduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az %1'inin; işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin ise yarıdan fazlasının sendikanın üyesi olması şartına istinaden başvurucu Sendikanın kurulu olduğu iş kolunda gerekli çoğunluğu sağlayamadığını tespit ederek olumsuz yetki tespitinde bulunmuş ve bunu Sendikaya bildirmiştir[19].

Başvurucu Sendika, 11/7/2016 tarihinde İstanbul 9'uncu İş Mahkemesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının olumsuz yetki tespitine itiraz davası açmıştır. Davanın açılması ile birlikte 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun[20] 43'üncü maddesinin *"İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur."* şeklindeki 5'inci fıkrası gereğince toplu iş sözleşmesi süreci dava sonuçlanana kadar durmuş ve İstanbul 9'uncu İş Mahkemesinin yetki itirazı sonucunu değerlendirmesi beklenmeye başlanmıştır[21].

İstanbul 9'uncu İş Mahkemesi, başvurucu Sendikanın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 30/1/2016 tarihli ve 29609 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2016 yılı Ocak ayı istatistiklerine göre iş kolu barajının %0,66 ve başvuru tarihi itibarıyla işyerindeki üye yüzdesinin %60 olduğunu, toplu iş sözleşmesi akdedilebilmesi için 6356 sayılı Kanun'un aradığı %1 iş kolu barajını aşamadığını belirterek 23/1/2018 tarihinde davanın reddine karar vermiştir[22].

İlk derece mahkemesi kararının istinaf yargı yoluna götürülmesi üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28'inci Hukuk Dairesi, anılan kararının usul ve kanuna uygun olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunu 6/12/2018 tarihinde esastan reddetmiştir[23].

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 28'inci Hukuk Dairesi kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, iş kolu barajının tespitinde yayımlanmış son istatistik olan 2016 yılı Ocak ayı

---

[19] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 10.

[20] 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kabul Tarihi: 18/10/2012, Yayımlandığı Resmî Gazete: 7/11/2012-28460.

[21] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 11.

[22] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 12.

[23] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 13.

istatistiğinin ilgili davada esas alınmasının yerinde olduğunu ancak %1 iş kolu barajını aşamayan başvurucu Sendikanın 2016 yılı Ocak ayı istatistiklerine karşı süresinde itiraz edip 11/2/2016 tarihinde dava açtığını[24]; buna ilişkin yargılamanın Ankara 40'ıncı İş Mahkemesinde görüldüğünü ve bunun bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek 29/5/2019 tarihinde bozma kararı vermiştir[25].

Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesinin bozma kararı üzerine dava İstanbul 9'uncu İş Mahkemesinde derdest durumdayken başvurucu Sendika 4/11/2020 tarihinde Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinde bulunmuş ve bu sırada ilk derece mahkemesi 16/7/2021 tarihinde davanın kabulüne karar vermiştir. İstanbul 9'uncu İş Mahkemesi, davayı kabul etmesinin gerekçesinde, iş kolu barajının tespitinde yayımlanmış son istatistiğe karşı süresinde itiraz edilmesine ilişkin yargılamanın bekletici mesele yapılması yönündeki Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesinin kararını kısır döngüye yol açtığı nedeniyle çözüm yolu olarak görmemiş; bu kısır döngünün kırılması amacıyla Ankara 40'ıncı İş Mahkemesinde görülen davanın sonuçlanmasının beklenilmesi yoluna gidilmeyerek esas yönünden uyuşmazlığın çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda İstanbul 9'uncu İş Mahkemesi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 24/6/2016 tarihli olumsuz yetki tespiti işleminin ihtiyati tedbirle durdurulmasıyla itiraza uğramayarak kesinleşen önceki istatistik hükümlerinin uygulanıp işlem yapılması gerektiğini belirtmiş ve buna koşutlukla 2009 istatistiklerini esas alarak başvurucu Sendikanın yetkili olduğunu tespit etmiştir[26].

İstanbul 9'uncu İş Mahkemesinin bu kararı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi, yetki tespiti talebinin değerlendirilmesinde başvuru tarihi itibarıyla yayımlanan son istatistiğin esas alınacağını ve yayımlanan istatistiğe itiraz edilmesi durumunda itiraza ilişkin davanın bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek önceki kararını yinelemiş; 27/1/2022 tarihli kararında ilk derece mahkemesinin anılan kararının bozulmasına hükmetmiştir[27].

b. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa'nın 51'inci maddesi, çalışanlar ve işverenlerin üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı olduğunu düzenlemektedir. Sendika hakkı, esasta örgütlenme özgürlüğünün parçasıdır. Bu hak, üyelerinin menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de kapsamaktadır. Her ne kadar ayrı bir hak grubu oluşturmasa de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği yollardan biridir. Anayasa'nın 53'üncü maddesi[28], işçi ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek için toplu iş sözleşmesi akdetme hakkı olduğunu düzenlemektedir. Başvurucu Sendika, yetki tespitine itiraz davasının makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle toplu iş sözleşmesi akdedemediğinden şikâyetçi olmaktadır. Bu durumda başvurucunun anılan şikâyeti Anayasa'nın *"Toplu iş sözleşmesi ve toplu*

[24] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 17.

[25] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 14.

[26] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 15.

[27] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 16.

[28] *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, s. 302.

sözleşme hakkı" kenar başlıklı 53'üncü maddesi ışığında ve Anayasa'nın *"Sendika kurma hakkı"* kenar başlıklı 51'inci maddesi kapsamında incelenmelidir[29].

Demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğü, esasta bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar oluşturarak bir araya gelebilmesini güvencelemektedir. Bu özgürlük bireylere siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını kolektif olarak gerçekleştirme olanağı sunmaktadır. Örgütlenme özgürlüğü, iki temel hakkı kapsamaktadır. Bu iki temel haktan biri, örgütün varlığının ve işleyişinin korunması; diğeri ise, bireyin örgüt içinde faaliyette bulunmasının ve örgütle ilişki kurmasının sağlanmasıdır. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve kolektif çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilmesini güvencelemekte olduğundan bu niteliğiyle bağımsız bir hak olmayıp örgütlenme özgürlüğünün özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Buna koşutlukla, istihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan sendikalar da bir örgüt olup demokrasilerde devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir[30].

Sendika hakkı, hakkın etkin bir şekilde kullanılması bakımından devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, bu hakka ilişkin davalarda verilecek kararların etkinliğinin ve yeterliliğinin sağlanması açısından ilgili kararların dava süreci uzatılmaksızın verilmesini gerektirmektedir. Bu hususta yargısal mercilerinden beklenen, ivedilikle hareket edilerek uyuşmazlık hakkında hızlı bir yargılama yapılması ve böylece davayı sürüncemede bırakmadan ilgili ve yeterli gerekçelerle dayanarak karar verilmesidir. Bu beklentinin gerçekleştirilmesi, sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerindendir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda toplu iş sözleşmesinden yararlanamayanlar açısından telafisi imkânsız zararlar doğabilecek ve sendika hakkı yönünden önemli sorunlar söz konusu olabilecektir[31].

Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında akdedilen bir iş sözleşmesi olup bireysel iş sözleşmesinin gereklerini belirlediğinden tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini ve nihayet uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenlemek amacıyla yapılmaktadır. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesi, normatif özelliğe sahip olduğundan yasal sınırlar içinde ve toplu iş sözleşmesinin uygulama alanıyla sınırlı kalmak koşuluyla genel ve objektif nitelikte hukuk kuralı oluşturabilmektedir. Toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisiyle sendikalar, örgütlü olarak hareket etme ve taleplerini güçlü bir biçimde ifade etme olanağı bulmaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi, üyelerinin hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirme mücadelesinde sendikaların dinlenilme hakkının başat araçlarından biri olduğundan sendikal faaliyet özgürlüğüyle sıkı sıkıya ilişkilidir[32].

İşçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi akdedebilmesi yetki şartının sağlanmasını gerektirdiğinden bu husus, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde toplu pazarlık sürecinin temsil gücüne sahip sendikalarca yürütülmesi amacıyla doğrudan bağlantılıdır. Çünkü işverenler üzerinde ciddi baskı oluşturarak işçiler açısından en uygun koşulların belirlenmesi güçlü işçi sendikalarınca gerçekleştirilmektedir. Hem sendikalar hem de işçiler açısından karşılıklı güvence sağlayan toplu iş sözleşmesi akdedebilme yetkisi bağlamında bir sendikanın üye sayısı, ilgili sendikanın toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde pazarlık ve buna koşutlukla işçiyi işverene karşı koruma gücünün artmasıyla örtüşmektedir. Ayrıca sendikanın finansal açıdan güçlenmesi örgütlü işçi sayısına bağlı olup işçilerden alınan dayanışma aidatlarıyla finansal açıdan güçlenen sendikanın organizasyonel performansı da arttığından daha fazla işçiye

[29] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 34.

[30] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 36-37.

[31] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 38-39.

[32] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 40.

ulaşması mümkün olmaktadır. Toplu iş sözleşmesi akdedebilme yetkisi, toplu pazarlığı sağlayarak hem subjektif haklar hem de örgütlenme hakları bakımından işçileri ve sendikayı iki taraflı etkilemektedir. Bu nedenle yetki tespiti hakkındaki uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlandırılmamasının sendika hakkına telafi edilemeyecek zararlar verebileceği de dikkate alındığında toplu iş sözleşmesinin hem yetkili sendikalar hem de işçiler açısından toplu pazarlık anlaşması işlevini güçlendirmek amacıyla toplu iş sözleşmesi görüşmelerine ilişkin engellere karşı korunması gerekmektedir. Yetki tespiti hakkındaki uyuşmazlıkların makul sürede sonuçlandırılmaması, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali sayılabilecek olup ilgili uyuşmazlığın ivedilikle çözümlenmesini gerektiren bu yükümlülük, yetkili sendikanın belirlenmesi hususunda ilgililerin lehine veya aleyhine olması fark etmeksizin ivedilikle karar verilmesinden ibaret bir usul yükümlülüğüdür[33].

Somut olayda başvurucu Sendika, 2016 yılında yetki tespiti talebinde bulunmuş ve 6356 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin 5'inci fıkrasındaki *"İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur."* hükmü uyarınca davanın sonuçlanmaması nedeniyle yetkili sendika sıfatıyla toplu iş sözleşmesine taraf olamamıştır. Dolayısıyla ilgili işyerinde çalışan işçiler toplu iş sözleşmesi yapma hakkını yaklaşık sekiz yıldır kullanamamıştır[34].

Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'ndan önce *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu* ile *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu* hakkındaki kararlarında yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiği iddiasını ve bu bağlamda mevzuatta öngörülen süreler bakımından sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir. Anılan başvurulara ilişkin incelemesinde, başvurucu Sendikaların davacı işyerlerinde sendikalaşabilmesi hususundaki hukuki belirsizliğin yargı mercilerince sürüncemede bırakılan yargılama nedeniyle ortadan kaldırılamadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, yargı mercilerinin bu tutumu hem sendikaların hem de işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamında sendikal faaliyette bulunmasını ve toplu iş sözleşmesinin sağladığı sendikal haklardan yararlanmasını dava süresince olanaksızlaştırmakta olduğundan başvurucuların sendika hakkı ihlal edilmiştir[35].

Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu'na konu olan somut olayda da başvurucu Sendika, sendika hakkının korunmasına dönük makul ivedilik ve özen yükümlülüğü yerine getirilmediği ve dava konusu işyerinde sendikalaşabilmeye ilişkin hukuki belirsizlik yargılama sürüncemede bırakılmaksızın çözülemediğinden yetki tespiti talebinde bulunulan 2016 yılından beri yaklaşık sekiz yıl boyunca sendikal haklarını kullanamamıştır. Bununla birlikte yaklaşık sekiz yıl boyunca davaya konu işyerindeki işçiler de toplu iş sözleşmesinin sağlayacağı sendikal haklarından yararlanamamıştır[36].

Bu nedenle, ilgili mevzuata koşutlukla süratle sonuçlandırılması gereken davanın sürüncemede bırakılması hem başvurucu Sendikanın ve hem de davaya konu işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesi kapsamında sendikal faaliyette bulunmasını ve topu iş sözleşmesinin sağladığı sendikal

[33] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 41-43.

[34] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 45.

[35] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 46.

[36] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 48-50.

haklardan yararlanmasını yargılama sürerken olanaklı duruma getirmediğinden Anayasa'nın 51'inci maddesiyle güvencelenen sendika hakkı ihlal edilmiştir[37].

B. Sendika Hakkının İhlalini Doğuran Yapısal Sorunun Belirlenmesi

Anayasa Mahkemesine göre, *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'ndan önce *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri (Şeker İş) Sendikası Başvurusu* ile *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu* hakkındaki kararlarda da incelenen yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede sonuçlandırılmamasıyla ilgili ihlal iddiaları yaygınlaşmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesindeki düzenlemeye istinaden itirazın karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurmasından dolayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının olumlu veya olumsuz yetki tespitine sendikalarca itiraz edilmesi durumunda yetki süreci durarak bu süreç sonuçlanana kadar davaya konu işyerinde toplu iş sözleşmesi akdedilememektedir. Bununla birlikte hâlihazırdaki başvuruda görüldüğü üzere yetkili sendikanın tespitinde esas alınan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş kolu istatistiklerine de itiraz edilmesi durumunda bu itirazlara ilişkin davalara münhasıran Ankara iş mahkemelerinin baktığı ve mevzuata koşutlukla diğer mahkemelerin bu davaların sonucunu bekletici mesele yapması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu yargılamalar, yetkili sendikanın tespitini yıllar süren bir çözümsüzlüğe sürüklemekte ve bu çözümsüzlük hem davanın tarafı olan sendikaların hem de yetki işlemlerinin durması nedeniyle diğer sendikaların toplu iş sözleşmesi akdedebilmesini engellemektedir. Nitekim yargılamalar, yetkili olduğunu iddia eden sendikaların lehine sonuçlansa dahi bu sırada sendikaların üye kaybetmesi söz konusu olabildiğinden ilgili sendika gerekli üye sayısını sağlayamayıp toplu iş sözleşmesi akdedememektedir. Kanun koyucunun sendikalaşmanın süratle sağlanması amacıyla yetki tespitine itiraz davalarına ilişkin öngördüğü kısa sürelere uyulmamasından dolayı itiraz davaları sendikasızlaştırma aracına dönüşmüştür[38].

6356 sayılı Kanun'un 35'inci maddesine göre toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Bu hüküm gereğince hâlihazırdaki toplu iş sözleşmesinin süresi bitmeden önce sonraki toplu iş sözleşmesi için gerekli işlemler azami yüz yirmi gün içerisinde başlatılabileceğinden en geç yüz yirmi günlük sürenin sonunda veya daha önce yetki başvurusunda bulunabilmesi mümkündür. Anayasa'nın 53'üncü maddesine göre toplu iş sözleşmesi akdedebilmek işçiler ve işverenler yönünden bir temel hak olup bunun etkili olarak kullanılabilmesi amacıyla önceki toplu iş sözleşmesinin bitiminden sonra yeni toplu iş sözleşmesinin hemen yürürlüğe girmesi sağlanmalıdır. Bunu, Anayasa 53'üncü maddesinin *"Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir."* şeklindeki hükmü gereğince ancak kanun koyucu sağlayabilecektir[39].

Yetki tespitine ilişkin davalarda yargı mercilerince anılan sürelere uyulmamasının hukuki sonucu bulunmamakla birlikte bu sürelere tam olarak uyulması durumunda dahi sorunsuzca ilerleyen bir yargı sürecinin, bir sonraki toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için kanunda öngörülen yüz yirmi günlük sürenin neredeyse birkaç katını aşacak süreye yayılacağı anlaşılmaktadır. Olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkması durumunda yargı sürecine toplu görüşme süreci de eklendiğinde toplu iş sözleşmesinin bir yılı aşacak süre içinde akdedilebilme olasılığı kalmamaktadır. Dolayısıyla istatistiklere itiraz edilmediğinde dahi yetki tespitine itiraz durumunda bir sonraki toplu iş sözleşmesinin mevcut toplu iş sözleşmesinin bitiminden önceki yüz yirmi günlük süre içinde akdedilmesi mümkün

[37] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 51-52.

[38] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 56-60.

[39] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 65.

olmayıp istatistiklere itiraz edildiğinde ise yeni toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi yılları alacaktır. Bu nedenle Kanun'da öngörülen yetki tespitine itiraz sürecinin istatistiğe itiraz edilmesi veya edilmemesi fark etmeksizin mevcut toplu iş sözleşmesinin bitiminden önceki yüz yirmi gün içinde tamamlanması olası değildir[40]. Anlaşılmaktadır ki Anayasa'nın 53'üncü maddesinde güvencelenen toplu iş sözleşmesi akdedebilme hakkının etkili olarak kullanılabilmesi amacıyla önceki toplu iş sözleşmesinin bitiminden sonra yeni toplu iş sözleşmesinin hemen yürürlüğe girmesini sağlayacak yasal sistem bulunmadığından toplu iş sözleşmesi akdedebilme hakkı önemli ölçüde zedelenmektedir. Bu nedenle yetki sürecinin ivedilikle tamamlanıp Anayasa'da düzenlenen sendikal hak ve güvencelerin etkili olarak kullanılabilmesi amacıyla mevcut sistemde değişiklik yapılması gerektiğinden ortaya konulan yapısal sorun Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmelidir. Ayrıca anılan yapısal sorunun çözümünde bir veya birden fazla iş mahkemesinin yetki tespitine itiraz davalarına bakmakla münhasıran görevli kılınmasının; hâkimlerin bu davalarda uzmanlaşmasının ve karmaşık hesaplama gerektiren davalar dışında dava dosyalarının bilirkişilere gönderilmemesinin sağlanması davaların ivedilikle görülmesine olanak tanıyacağından kararın bir örneğinin bilgi için Hâkimler ve Savcılar Kuruluna da bildirilmesi gerekmektedir[41].

Bu gerekçeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 51'inci maddesinde güvencelenen sendika hakkının ihlal edildiğine; ihlalin kanundan kaynaklanması nedeniyle kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine ve yine kararın bir örneğinin bilgi için Hâkimler ve Savcılar Kuruluna bildirilmesine hükmetmiş bulunmaktadır.

SONUÇ

Yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede tamamlanmaması nedeniyle Anayasa'nın 51'inci maddesinde güvencelenen sendika hakkının ihlal edildiği iddiası -sırasıyla- *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu*; *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu* ve *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu* yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, anılan anayasa şikâyetlerinde sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiş olup *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda ayrıca bu ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tespitine göre; her ne kadar yetki tespitine itiraz davalarının makul sürede tamamlanmaması sendika hakkının ihlaline yol açıyor olsa da ilgili davaların süresinde tamamlanması durumunda dahi bu ihlal ortadan kalkmamaktadır. Çünkü ihlalin kaynağı esasta ilgili kanun hükümleridir. Hâlihazırdaki toplu iş sözleşmesinin bitiminden önceki yüz yirmi gün içinde yeni toplu iş sözleşmesi yapılıp önceki toplu iş sözleşmesinin bitimiyle yeni toplu iş sözleşmesinin hemen yürürlüğe girmesini sağlayacak bir sistem olmadıkça sendika hakkı ihlal edilmeye devam edecektir.

Anayasa Mahkemesi yapısal sorun oluşturan ihlalin sonlandırılmasının ancak yasa koyucunun ilgili kanun hükümlerinde yapacağı değişiklikle mümkün olacağını tespit ettiğinden *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu*'nda verilen kararın Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine hükmetmiştir. Sendika hakkı ihlaline neden olan yapısal sorunun kaynağı her ne kadar ilgili kanun hükümlerinden ileri gelse de yetki tespitine ilişkin davaların sürüncemede bırakıldığını ortaya koyan Anayasa Mahkemesi, anılan başvuruda kararın yalnız Türkiye Büyük Millet

[40] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 69-80.

[41] *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK]*, § 81-85.

Meclisine değil Hâkimler ve Savcılar Kuruluna bildirilmesine de hükmederek yargılama sürecinin ivedilikle gerçekleştirilmesini sağlayamaya dönük önerilerde bulunmuştur.

Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu, önceki *Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu* ile *Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası Başvurusu*'ndan Anayasa Mahkemesinin sendika hakkı lehine yasa koyucuya yaptığı çağrıyla ayrışarak sendika hakkına ilişkin içtihatta önemli bir yere sahip olmuştur.

KAYNAKÇA

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kabul Tarihi: 18/10/2012, Yayımlandığı Resmî Gazete: 7/11/2012-28460.

AYDIN Mesut: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1-2, 2006, s. 1-34.

KARAN, Ulaş: *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara 2018.

ÖZKAN, Seda: "Toplanma Özgürlüğünün Anatomisi", *İnsan Hakları Seminerleri Dizisi: 28 Aralık 2020 - 26 Mayıs 2021 (Çevrimiçi) Scpo Marmara*, Editörler: Pınar Dikmen / Göksu Işık / N. Betül Yağcı Başer, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021.

Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası [GK], B. No: 2020/34550, 15/2/2024.

Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) [2. B.], B. No: 2016/13328, 19/11/2020.

Türkiye Petrol, Kimya ve Lastik Sanayii İşçileri Sendikası [1. B.], B. No: 2016/13531, 15/12/2020.

ORTAK SIFATININ SONA ERMESİNDEN SONRA ORTAYA ÇIKAN RESEN TARH NEDENİNE DAYANARAK TARH EDİLEN VERGİ VE KESİLEN CEZALARDAN LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SORUMLULUĞU

Dr. Yunus Emre Yılmazoğlu*

ÖZET

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesi ve bu maddeye dayalı yargı uygulamasında limited şirket ortağının asıl borçlu şirketin ödenmeyen vergi borçlarından kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmekte, bu noktada asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen verginin resen tarh nedeninin mahiyetine ve bunun ortaya çıkma tarihine önem verilmemektedir. Bu yaklaşım, örneğin, ortağın ortaklık sıfatının sona ermesinden sonraki bir tarihte ortaklık dönemine ait defter ve belgelerin ibrazının istenmesine rağmen kanuni temsilci tarafından ibraz edilmemesi nedeniyle tarh edilen vergi ve cezaların şirket tahsil edilememesi durumunda limited şirket ortağının anılan borçtan sorumlu tutulmasına yol açmaktadır.

Anayasa'nın 13, 35 ve 73. maddelerinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, vergilendirme yoluyla bireylerin mülkiyet hakkına müdahale edilebilmesi birtakım şartların varlığını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle müdahale şekli anlamda bir kanun hükmüne dayanmalı ve müdahaleye dayanak oluşturan bu kanun ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. İkinci olarak müdahale kamu yararına dayalı meşru bir amaç gözetmelidir. Nihayet müdahale ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı, müdahale amacı gerçekleştirmek açısından gerekli olmalı yani amacı gerçekleştirmek açısından hakka en az müdahaleye yol açmalı ve müdahale için seçilen yöntem ile müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında adil bir denge olmalıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca iptal davasında, idari işlemin "kanuna" değil "hukuka" uygunluğu denetlenmektedir. Bu nedenle idari yargı merciinin hukuka uygunluk denetiminde kanunu sadece lafzıyla sınırlı bir şekilde yorumlamaması, uyuşmazlığın çözümünde kanun hükmünde olan (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ya da normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde yer alan (Anayasa) diğer hukuk kaynaklarını denetimde referans alarak yorum faaliyetinde bulunması gerekir. Bu bakış açısıyla yukarıda bahsedilen anayasal kriterlerin iptal davasında idari işlemin sırasıyla sebep, amaç ve konu bağlamında incelenebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Anılan anayasal kriterlerden şekli anlamda kanun ve kanunun kalitesine ilişkin ölçütler idari işlemin sebep unsuru yönünden; anayasal meşru amaç (kamu yararı) ölçütü amaç unsuru yönünden ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktan oluşan ölçülülük ilkesi ise konu unsuru yönünden yapılan denetimde referans alınabilir.

Tebliğde bu temelde limited şirket ortağının asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağından sorumlu olup olmadığı değerlendirilirken resen tarh nedeninin ve bunun ortaya çıkma tarihinin de dikkate alınıp alınamayacağı ve bu bağlamda ortağın kusursuz sorumluluğuna hak temelli bir yaklaşımla bir istisna tanınıp tanınamayacağı tartışılacaktır. Böyle bir istisna tanınmadığı takdirde ortaklığın sona erme tarihinden sonra başka bir kişinin (sonraki dönemdeki kanuni temsilci) vergilendirmeye dair ödevini yerine getirmemesinden kaynaklanan, ortaklık payına dayalı olmayan ve ortağın ortaya

* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kıdemli Tetkik Hâkimi, e-posta: yemrey82@gmail.com, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-4485-7439.

çıkmasını engellemeye muktedir olmadığı bir resen tarh nedeninden dolayı ortaya çıkan borçtan kusursuz sorumlu tutulmasının, kamu alacağının tahsili ile gözetilen kamu yararına dayalı meşru amaç karşısında ortağa olağan dışı ve adil dengeyi bozan bir külfet yükleyip yüklemediği, ortağın mülkiyet hakkına ölçülü bir müdahale içerip içermediği ve nihayet bu müdahalenin somutlaştığı ödeme emrinin ise konu unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket ortağı, kusursuz sorumluluk, mülkiyet hakkı, hukuka uygunluk denetimi, ölçülülük ilkesi.

LIABILITY OF A LIMITED COMPANY SHAREHOLDER FOR TAXES ASSESSED AND PENALTIES IMPOSED BASED ON AN EX-OFFICIO ASSESSMENT REASON ARISING AFTER THE TERMINATION OF SHAREHOLDER STATUS

ABSTRACT

Under Article 35 of Law No. 6183 on the Collection Procedure of Public Receivables and the judicial practice based on this provision, a limited company shareholder is deemed strictly liable for the unpaid tax debts of the primary debtor company. In this regard, neither the nature of the reason for ex-officio assessment nor the date it arises is considered relevant. This approach leads to situations where, for example, if the legal representative fails to present the company's books and records pertaining to the shareholder's period of partnership upon request after the shareholder status has ended, and tax and penalties assessed as a result are not collected by the company, the limited company shareholder may still be held liable if the company is unable to pay the assessed amounts.

Considering the provisions of Articles 13, 35, and 73 of the Constitution, the imposition of taxes, which interferes with individuals' right to property, must meet certain conditions. First, the interference must be based on a legal provision that is accessible, precise, and foreseeable. Second, it must serve a legitimate public interest. Finally, the interference must be suitable for achieving the intended objective, the interference must be necessary to achieve the objective, i.e. it must result in the least interference with the right in order to achieve the objective, and it must be a fair balance between the method chosen for the interference and the objective sought to be achieved by the interference.

Pursuant to Article 2 of Law No. 2577 on Administrative Procedure, the legality review in annulment cases examines not the compliance of an administrative act with the law but its overall conformity with legal principles. Therefore, in conducting judicial review, administrative courts must not interpret legal provisions solely based on their literal wording; instead, they must consider other legal sources such as the European Convention on Human Rights, which has the force of law, or the Constitution, which holds a superior position in the hierarchy of norms. From this perspective, the aforementioned constitutional criteria can be examined in annulment cases in terms of the elements of administrative acts, namely, cause, purpose, and subject. Specifically, the formal legality of the law and its qualitative standards may be assessed under the element of cause; the constitutional criterion of legitimate public interest under the element of purpose; and the principle of proportionality, encompassing suitability, necessity, and proportionality stricto sensu, under the element of subject.

On this basis, the discussion in the communiqué will focus on whether, in determining the liability of a limited company shareholder for public receivables that cannot be collected from the primary debtor company, consideration should be given to the reason for reassessment and the date it arises. Furthermore, it will examine whether an exception to the strict liability of shareholders can be introduced from a rights-based perspective. In the absence of such an exception, the analysis will assess whether holding a shareholder strictly liable for a reassessment-based tax debt that arose after their shareholder status ended—due to the failure of another individual (the subsequent legal representative) to fulfill tax obligations—constitutes an excessive and unfair burden that disrupts the balance between

the legitimate public interest in tax collection and the shareholder's rights, whether such liability entails a disproportionate interference with the shareholder's right to property, and whether the payment order issued as a concrete manifestation of this interference is lawful in terms of its subject element.

Keywords: Limited company shareholder, strict liability, right to property, legality review, principle of proportionality.

GİRİŞ

6183 sayılı Kanun'da kamu alacaklarının korunmasına ve tahsiline yönelik çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Limited şirket ortağının sorumluluğuna ilişkin 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi bu düzenlemelerden biridir. Kanun'un amme alacağının korunmasına ilişkin hükümleri arasında yer almakla birlikte bu kuralın, kamu alacağının korunmasından çok tahsil edilmesine yönelik olduğu söylenmelidir.

Kural, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bu yana 4369 ve 5766 sayılı Kanunlarla önemli değişikliklere uğramış ve bu değişikliklerle bir yandan limited şirket ortağının mülkiyet hakkına gerçekleşebilecek müdahalenin kapsamı genişletilmiş, diğer yandan idarenin anılan hakka müdahale etmesi kolaylaştırılmıştır. Dolayısıyla bugün yürürlükte olan düzenlemenin, maddenin ilk haline göre ortak açısından daha dezavantajlı ve idarenin elini güçlendirici nitelikte olduğu ifade edilebilir.

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi ve bu konudaki yargı uygulaması dikkate alındığında limited şirket ortaklarına yüklenen sorumluluğun ikinci derecede, ortakların sermaye hisseleri oranında, müteselsil, kusursuz ve doğrudan doğruya bir sorumluluk olduğu anlaşılmaktadır. Limited şirket ortağının kamu alacağından kusursuz sorumlu tutulmasının sermaye payına bağlı olma kadar aynı zamanda şirkette sahip olduğu bazı hak ve yetkilerden de kaynaklandığı da değerlendirilmektedir. Nitekim 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine 5766 sayılı Kanun ile eklenen ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin Anayasa'ya aykırı bulunmadığına yönelik Anayasa Mahkemesinin norm denetimi sonucunda verdiği kararda; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 616. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 635. maddesinde yer alan kuralların limited şirket ortaklarına tanıdığı şirket faaliyetlerine katılma, faaliyetlerin yürütülmesi hakkında bilgi edinme, inceleme ve faaliyetleri denetleme yönündeki hak ve yetkilerin, ortakların kamu alacaklarından kusursuz sorumlu tutulmasına bir dayanak oluşturduğu belirtilmektedir.

Ancak limited şirket ortağının asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından kusursuz sorumlu olduğunun kabul edilmesi ve kusursuz sorumluluğun, kamu alacağının ortaya çıkma nedeni ile bu nedeninin gerçekleşme tarihi dikkate alınmadan istisnasız uygulanması, bazı olaylarda adalet duygusunu zedeleyen sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.

Şirket ortağının şirketteki payını devrettiği ve hâliyle yukarıda anılan hak ve yetkilerini kullanma imkânını kaybettiği tarihten sonra, limited şirkete ortak olduğu döneme ilişkin defter ve belgelerin ibraz edilmesinin usulüne uygun bir biçimde istenmesine rağmen ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmediği bazı olaylarda, ilgili kişinin sırf o dönemde ortak olması nedeniyle ve kamu alacağından kusursuz sorumlu olduğu gerekçesiyle asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen borçtan sorumlu tutulmasının güncel yargı uygulamasında farklı kararlara konu olduğu ve bu konuda bir içtihat birliğinin sağlanamadığı görülmektedir. Bazı içtihatlarda limited şirket ortağının kusursuz sorumlu olduğu gerekçesiyle bu tür olaylarda kamu alacağının ödenmesinden sorumlu tutulmasında yasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılırken bazı içtihatlarda ise resen tarh nedenine ve bunun gerçekleşme tarihine önem atfedilerek ortağın kamu alacağından sorumluluğunun bulunmadığı tespit edilmektedir. Ortağın kamu alacağının ödenmesinden sorumluluğunun bulunmadığını tespit eden bu son kararlardan bazılarında ayrıca konu mülkiyet hakkına müdahalenin anayasal koşulları bağlamında ele

alınmakta ve bu yöndeki bir müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığı da görülmektedir.

Çalışmada limited şirket ortağının payını devrettiği tarihten sonra gerçekleşen resen tarh nedenine bağlı kamu alacaklarından sorumlu tutulmasının hukuka uygunluğu, mülkiyet hakkına müdahalenin anayasal koşullarının idari davalarda dikkate alınmasına yönelik bir yöntem önerisi temelinde ve anılan içtihatlar ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

I. LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ SORUMLULUĞU

A. Yasal Düzenlemeler Bağlamında

Vergilerin kanuniliği ilkesi, verginin tarh ve tahakkuk aşaması kadar "verginin yükümlünün malvarlığından hazineye fiilen geçmesi" olarak tanımlanabilecek tahsil aşamasını da kapsamakta ve tahsil usulünü yasal teminatlara bağlayarak ve işlemlerin bu teminatlar dairesinde gerçekleştirilmesini öngörerek hukuka aykırı tahsil işlemlerine karşı bireyler açısından bir güvence oluşturmaktadır.[1] Limited şirket ortaklarının şirketten tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi, limited şirket ortaklarının hangi şartlar dahilinde şirkete ait alacaklardan sorumlu tutulacağını belirleyerek vergilerin tahsil usulünün de kanuni güvenceye bağlanmasını öngören vergilerin kanuniliği ilkesinin vergi icra hukukundaki bir yansımasını oluşturmaktadır.[2]

6102 sayılı Kanun'un 573. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, limited şirketin, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret ünvanı altında kurulacağı, esas sermayesinin belirli olduğu ve bu sermayenin esas sermaye paylarının toplamından oluşacağı belirtilmiş; maddenin (2) numaralı fıkrasında ise ortakların, şirket borçlarından sorumlu olmadığı, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü oldukları kurala bağlanmıştır. Bu kuraldan limited şirket ortaklarının şirketin üçüncü kişilere olan borçlarından sorumluluğunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.[3]

Limited şirketin kamu borçlarından ortakların sorumluluğu yönünden ise 6183 sayılı Kanun'un "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci kısmının "*Amme Alacaklarının Korunması*" başlıklı ikinci bölümünde yer alan "*Limited şirketlerin amme borçları*" başlıklı 35. maddesinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve yukarıda anılan kuraldaki sınırlı sorumluluktan farklı olarak limited şirket ortaklarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki kamu alacaklarından sorumlulukları, taahhüt ettikleri sermaye paylarının ötesine taşınarak genişletilmiş[4] ve asıl borçlu şirketin vadesinde ödenmeyen kamu borçlarından sermaye hisseleri oranında sorumlu oldukları kurala bağlanmıştır.[5]

---

1 ÖNCEL, Muallâ, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 191.

2 ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, GÖKER, s. 192-193.

3 CANDAN, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 377.

4 YARALI, Levent: Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 238.

5 "*…kural, 6102 sayılı Kanun hükümlerine amme alacakları yönünden getirilen istisnai bir hüküm niteliğindedir.*" AYM'nin 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, § 39, R.G. 24.01.2018-30311. KARAKOÇ, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 134-135.

Kanun'un 35. maddesi yalnızca limited şirket ortaklarının sorumluluğuna özgülenmiştir. Diğer şirket ortaklarının şirketten tahsil olanağı bulunmayan kamu alacaklarından dolayı bu madde uyarınca takibine olanak bulunmamaktadır.[6] Kanun'un 35. maddesi, kanuni temsilci olsun ya da olmasın, limited şirket ortaklarının sorumluluğu yönünden kural içermektedir. Limited şirket ortaklarına getirilen sorumluluk, ikinci dereceden bir sorumluluk olup şirket borçlarının asli sorumluluğu ise şirket tüzel kişiliğine aittir.

Her ne kadar "limited şirket ortağının şirketten tahsil olanağı bulunmayan kamu alacağından sorumluluğunu" öngören düzenleme 6183 sayılı Kanun'un "*Genel Esaslar*" başlıklı birinci kısmının "*Amme Alacaklarının Korunması*" başlıklı ikinci bölümünde yer alsa da maddenin mahiyeti itibarıyla kamu alacaklarının korunmasından çok tahsiline yönelik olduğu düşünülmektedir. Kamu alacağının korunmasına yönelik kurallar daha ziyade alacağın "*ileride herhangi bir şekilde tahsilinin olanaksızlaşması tehlikesine karşı hazinenin gelecekteki durumunu sağlamlaştırma*"[7] amacını gütmekte ve geçici nitelikteki bu tedbirler "*belirli bir mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kamu alacaklısı lehine kısıtlanmasını*"[8] temin etmektedir. Asıl borçlu şirket tarafından ödenmeyen alacağın şirket tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından sonra ikincil sorumlu niteliğindeki şirket ortağının mal varlığından tahsil edilmesi, alacaklı kamu idaresi açısından bir güvence/koruma önlemi olarak gözükse de[9] maddede yer alan kurallar, alacağın belli bir süre korunmasından çok tahsiline yönelmektedir.[10]

6183 sayılı Kanun'un ilk halinde, madde, "*Limitet ortaklıkların âmme borçları*" başlığı altında "*Limitet ortaklıkların ödenmiyen ve tahsil imkânı bulunmıyan âmme borçlarından dolayı ortaklar vazettikleri veya vaz'ını taahhüt eyledikleri sermaye miktarında doğrudan doğruya mesul ve bu kanun hükümleri gereğince takibata tabi tutulurlar.*" düzenlemesini içermekteydi.

22.07.1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle Kanun'un 35. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiş ve "*Limited şirketlerin amme borçları*" başlığı altında maddede "*Limited şirket ortakları, şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan*

---

6 YARALI, s. 241. BATI, Murat: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 169. BALCI, Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 sayılı Kanun Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 746.

7 ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, GÖKER, s. 206.

8 BAHÇECİ, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 157. Limited şirket ortağının sorumluluğunun "geçici bir koruma önlemi değil, sürekli bir sorumluluk rejimi yaratmaya" yönelik olduğu hakkında: BAHÇECİ, s. 157.

9 Bu kuralda değişiklik öngören 4369 sayılı Kanun'un 21. maddesinin gerekçesinde de bu maddenin bir koruma önlemi olduğu belirtilmiştir. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055103ss0626.pdf (Son erişim tarihi: 03.06.2025). Aynı yönde: ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, GÖKER, s. 210.

10 Limited şirket ortağının sorumluluğunun tahsilat muhataplığı sorumluluğu olduğu, başka bir deyişle tahsille ilgili olduğu hakkında: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 11.12.2018 tarih ve E: 2013/1 K: 2018/1 sayılı kararı, R.G. 20.06.2019-30807. YARALI, s. 239. Limited şirket ortaklarının sorumluluklarının tahsil aşamasında ve kamu alacağının asıl borçlu şirketten tahsil edilememesi şartına bağlı olarak ortaya çıkması nedeniyle teknik anlamda vergi sorumlusu olarak kabul edilemeyecekleri, ortakların tahsilat muhatabı/sorumlusu oldukları, bu nedenle şirket ortaklarını vergi sorumlusu olarak niteleyen ve pay devri ile sorumluluğun 213 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında devredilemeyeceğini öngören yargı kararlarında yasal isabet bulunmadığı, pay devri halinde eski ortağın yeni ortakla birlikte ve müteselsilen sorumlu tutulmasının dayanağının da tahsilat muhataplığının/sorumluluğunun kanunla açıkça öngörülmesi olduğu hakkında: YARALI, s. 242.

doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar." düzenlemesine yer verilmiştir.[11] Böylece limited şirket ortakları 4369 sayılı Kanun değişikliği öncesinde limited şirketten tahsil edilemeyen kamu alacaklarından "*şirkete koydukları veya koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı*" ile sorumlu bulunmakta iken[12] 4369 sayılı Kanun değişikliği ile "*hisseleri oranında sorumlu*" hale gelerek sorumluluklarının kapsamı genişletilmiştir[13].

Ardından, 04.06.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle, Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*şirketten tahsil imkanı bulunmayan*" ibaresi "*şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan*" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki ikinci ve üçüncü fıkra eklenmiştir:

> "*Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.*
>
> *Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.*"[14, 15]

Kuralın birinci fıkrasında 5766 sayılı Kanun'la yapılan değişikliği aynı Kanun'la 6183 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte değerlendirmek gerekir. Kanun'un 3. maddesine 5766 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle "*tahsil edilemeyen amme alacağı*" ve "*tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı*" terimlerinden ne anlaşılması gerektiğini açıklayan kurallar eklenmiştir[16]. Bu

---

[11] 4369 sayılı Kanun'un 86. maddesinin birinci fıkrasının "n" bendi uyarınca anılan değişiklik, Kanun'un yayım tarihi olan 29.07.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[12] 6183 sayılı Kanun'da anılan değişikliğin yapıldığı dönemde 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu (01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1533. maddesiyle ilga edilmiştir.) yürürlükte olup anılan Kanun'un 532. maddesinde "*Ortaklar, sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nispette, mesuliyetten kurtulurlar*." kuralı yer almaktaydı.

[13] Kanun gerekçesinde şirkete konulan ve konulması taahhüt edilen miktarla sorumlu bulunmanın kamu alacaklarını korumada işlevsiz ve takiplerin sonuçsuz kaldığı belirtilmiş; değişiklikle öngörülen hisse oranında sorumluluğun kamu alacağının tamamını güvence altına alacağı ifade edilmiş ve ayrıca düzenlemenin mali sistemin tahribatını önleme ve bu konuda caydırıcılık taşıma amacına hizmet ettiği vurgulanmıştır. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055103ss0626.pdf (Son erişim tarihi: 03.06.2025). YARALI, s. 244. BALCI, s. 747.

[14] Madde gerekçesinde yapılan değişikliklerin açıklayıcı, içtihat birliği sağlanamayan konularda belirleyici, payını devreden şahısların kamu alacağını ödemesini sağlayıcı ve payın devralanın da hisse değerini borçluluk durumuna göre belirlemesini temin edici nitelikte olduğu belirtilmektedir.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c022/tbmm23022113ss0220.pdf.

[15] 5766 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının "h" bendi uyarınca anılan değişiklik, Kanun'un yayım tarihi olan 06.06.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[16] "*Bu kanundaki…*

(Ek: 4/6/2008-5766/1 md.) Tahsil edilemeyen amme alacağı terimi:

Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını,

düzenlemeye paralel olarak Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*şirketten tahsil imkanı bulunmayan*" ibaresi "*şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle idare, asıl borçlu limited şirketin mal varlığı hakkında yürütülen takibatı sonuçlandırma ve bu kapsamda haczedilen malları satarak paraya çevirme zorunluluğundan kurtarılmış[17], kamu alacağının şirket mal varlığından tahsil edilemeyeceği Kanun'da gösterilen ölçütlere göre anlaşıldığı takdirde alacağın tahsili amacıyla limited şirket ortağına başvurulabileceği düzenlenmiştir.

5766 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yargı uygulamasında tam bir içtihat birliği olmamakla birlikte, limited şirket ortağının sorumluluğunun paya bağlı olduğu ve pay devri hâlinde devreden ortağın sorumluluğunun sona ereceği, sorumluluğun yeni ortağa geçeceği kabul edilmekteydi.[18] 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesine ilişkin gerekçede kanun koyucu, önerilen düzenlemelerin içtihat birliğine varılamayan hususlarda açıklık sağlama amacını taşıdığını belirtmektedir. Bu kapsamda maddeye eklenen iki fıkra ile şirket ortağının şirkette pay sahibi olmasından kaynaklanan kamu alacağından sorumluluğunun, eklenen fıkralarda öngörülen müteselsil sorumluluk yoluyla payını devretse ya da başka bir suretle ortaklıktan ayrılsa dahi süreceği kurala bağlanmıştır.[19]

(Ek: 4/6/2008-5766/1 md.) Tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı terimi:

Amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağının veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranılan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını, …ifade eder."

[17] YARALI, s. 246-247.

[18] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23.03.2001 tarih ve E: 2000/391 K: 2001/105 sayılı kararı. Danıştay Yedinci Dairenin 19.06.2000 tarih ve E: 2000/910 K: 2000/2026 sayılı kararı. Danıştay Yedinci Dairenin 16.03.2005 tarih ve E: 2001/3306 K: 2005/396 sayılı kararı. "*…vergilendirmenin ait olduğu dönemde şirketin paylarına sahip ortakların, bu dönemden sonra paylarını devretmiş olsalar da ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin şirketin kamu borçlarından sorumluluklarının kalkması söz konusu edilemez.*" Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 30.04.2013 tarih ve E: 2011/491 K: 2013/190 sayılı kararı. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine 5766 sayılı Kanun'la eklenen düzenlemelerin geriye yürütülerek 06.06.2008 tarihinden önce gerçekleşen olay ve fiiller neticesinde tahakkuk eden vergi ve cezaların tahsiline uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle uyuşmazlığın davacının sorumlu tutulduğu vergi borcunu doğuran olayın ve cezayı gerektiren fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi hükmüne göre çözümlenmesinin gerektiği, kuralın anılan dönemde yürürlükte bulunan hâline göre limited şirket ortakları şirket borçlarından hisseleri oranında ve doğrudan doğruya sorumlu olduğundan ve 213 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasına göre mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamayacağından ortaklık payının devredilmesinin şirket ortağının Kanun'dan kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı hakkında: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun, 02.10.2024 tarih ve E: 2024/190 K: 2024/858 sayılı kararı (Kararlardan bir kısmının künyesi CANDAN, s. 384-386'dan, karar içerikleri ise UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

[19] Böyle bir değişikliğe gidilmesinin nedeninin "*kamu alacağının saman adamlarla kayba uğratılmasını engelleme çabası*" olduğu hakkında: BAHÇECİ, s. 154. "*…alacaklı kamu idaresinin limited şirketin eski ve yeni tüm ortaklarını bir arada ve müteselsilen takip etmesi durumunda, aynı pay oranı ile ilgili olarak aynı kamu alacağı açısından bir ortağın yapacağı ödemenin diğerinin sorumluluğunu sona erdireceği hususuna dikkat edilmelidir.*" YARALI, s. 247-248.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 595. maddesinde esas sermaye payının geçişi hallerinden biri olan ortaklık payının devrine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan kuralın (1) numaralı fıkrasına göre ortaklık payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılacak ve tarafların imzaları noterce onanacaktır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onayının şart olduğu ve devrin bu onayla geçerlilik kazanacağı belirtilmiştir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında, şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulunun sebep göstermeksizin onayı reddedebileceği, (7) numaralı fıkrasında ise başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde pay devrine onay vermiş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Tahsilat Genel Tebliği (Seri: A Sıra No:1)'nde, ortaklık payının devrinin, tescil ve ilan edilmese de noter tasdikli devir sözleşmesi, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse ortaklar genel kurulunun onayı, bu onayın bulunmadığı hâlde üç aylık sürenin geçmesi ile hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Ayrıca Genel Tebliğ'de, ortaklık payının devredildiği tarih olarak, devrin ortaklar genel kurulu tarafından onaylanmış veya onaylanmış sayılması hâlinde onay tarihinin, şirket sözleşmesinde ortaklık payının devri için ortaklar genel kurulu onayının aranmadığı durumlarda noter tasdikli devir sözleşmesi tarihinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir.

5766 sayılı Kanun'la maddeye eklenen ikinci fıkrada pay devri hâlinde payı devreden ve payı devralanın devir öncesine ait kamu alacaklarından müteselsil sorumluluğu benimsenmiştir. 5766 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, payını devreden ortak, devralanla birlikte şirketin devir tarihinden önceki/devir tarihindeki kamu borçlarının ödenmesinden müteselsilen sorumlu hâle gelmiştir. Buna göre, şirket ortağının payını devretmesi hâlinde, devreden ve devralan şahıslar, şirketin devir tarihi itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş borçlarından, Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sermaye hisseleri oranında sorumlu olacaklardır.[20]

Maddeye eklenen üçüncü fıkrada ise amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda farklı şahısların pay sahibi olmaları hâlinde bu şahısların müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Bu fıkra uyarınca, kamu alacağının doğduğu tarihte ortak olanların, alacağın ödenmesi gerekli aşamaya gelmeden önce payını devretmesi veya başka suretle ortaklıktan ayrılması durumunda dahi, alacağın ödenmesi gereken zamanlarda ortak olanlarla birlikte kamu borcundan müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmiştir.

Böylece limited şirkette pay sahibi olmak isteyenlere şirketin borçluluk durumunun ve bununla bağlı olarak hisse değerinin belirlenmesi konusunda gerekli inceleme ve kontrolleri yapmaları ve gerekli tedbirlere başvurmaları, aksi hâlde devir öncesine ait borçlardan ya da kendi döneminde doğmayıp daha önce doğan kamu alacaklarından sorumlu olacakları, sorumsuzluk beyanlarının kanun hükmü karşısında geçersiz kalacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu belirlemelerden hareketle üçüncü fıkradaki kuralın "*devralan için öngörülen sorumluluğun hakkaniyete aykırı bir yönü[nün] olmadığı ve devralana orantısız bir külfet yüklemediği*" sonucuna ulaşmıştır.[21]

---

[20] Hisse devri yoluyla sorumluluğun başlaması ve sona ermesinde hangi tarihin (hisse devri sözleşmesi, ortaklar kurulu defterine kayıt, tescil ve ilan tarihleri) esas alınacağı hususunda Danıştay daireleri ile Vergi Dava Daireleri Kurulunun farklı tarihlerde verilmiş farklı yönde kararları bulunmakla birlikte yakın tarihli içtihatlarda genel olarak hisse devir sözleşmesi/ortaklar kurulu kararı tarihinin esas alındığı görülmektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 11.10.2023 tarih ve E: 2022/204 K: 2023/1162 sayılı kararı (UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

[21] AYM'nin, 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, § 49, R.G. 24.01.2018-30311. Pay devrinden önce yeni ortağın tedbirli bir biçimde hareket ederek şirket hesaplarını kontrol edebileceği veya şirketin mali denetimini yaptırabileceği hakkında: BAHÇECİ, s. 155. "*…hisseyi devralan ortağın, hissenin borçlu veya alacaklı*

Devreden yönünden ise, payını devredenin şirkete ortak olduğu dönemde doğan ya da bu dönemde doğmakla birlikte beyan ve ödeme yükümlülükleri devir sonrasına sarkan kamu borçlarını bilme, bunları tespit edebilme imkânı ile pay devri hâlinde devredeceği kişiyi seçme serbestisi dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi, yine üçüncü fıkradaki kuralın devreden ortağa sınırsız bir külfet yüklemediği sonucuna ulaşmıştır.[22]

Benzer değerlendirmelerin maddeye 5766 sayılı Kanun'la eklenen ikinci fıkrada yer alan kural açısından da geçerli olduğu, dolayısıyla kural bağlamında bir Anayasa'ya aykırılığın bulunmadığı düşünülmektedir. Ancak anılan kuralların, şirket hakkındaki vergilendirmenin dayanağı olan resen tarh nedenini ve bunun ortaya çıkış tarihini gözetmeksizin, müteselsil sorumluluğa kusura dayanan ya da illiyet bağını ortadan kaldıran bir istisna tanınmadan her durumda mutlak olarak uygulanmasının bir Anayasa'ya aykırılık hâli oluşturup oluşturmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir ve izleyen başlıklarda bu hususta bir inceleme yapılacaktır.

Buraya kadar anlatılanlardan 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde 4369 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikle limited şirket ortağının paya bağlı sorumluluğunun sermaye miktarına bağlı olmaktan çıkarılarak hisse oranına bağlandığı ve böylece kapsamının genişletildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca 5766 sayılı Kanun değişikliğiyle de bir yandan alacağın şirket mal varlığından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması yeterli görülerek kamu alacağının tahsili amacıyla ikinci dereceden sorumlu olan ortağa başvurulabilmesinin kolaylaştırıldığı, diğer yandan pay devrine bağlı iki durumda ortaklar yönünden müteselsil sorumluluk öngörülerek yine ortağın sorumluluğunun kapsamını genişletici/açıklayıcı düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Nihayetinde her iki Kanun değişikliğiyle ortağın mülkiyet hakkına müdahalenin kolaylaştırıldığı ve kapsamının genişletildiği ifade edilebilir.

B. Sorumluluğun Niteliği

Kanun'un 35. maddesinin ortaklara yüklediği sorumluluk ikinci derecede, ortakların sermaye hisseleri oranında, müteselsil, kusursuz[23] ve doğrudan doğruya bir sorumluluktur.

Sorumluluğun ikinci derecede olması, kamu alacağından öncelikle asıl borçlu şirketin sorumlu olmasını, ortağın sorumluluğunun ise ancak asıl borçlu limited şirketten alacağın tahsil edilememesi halinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.

Limited şirket ortağının sorumluluğuna başvurulabilmesi, öncelikle (eğer alacak vergi alacağı gibi tahakkuk usulüne tabi ise) usulüne uygun şekilde tahakkuk etmiş ancak vadesinde ödenmemiş bir limited şirket borcunun var olmasını gerekli kılmaktadır. Ortağın takibi açısından borcun asıl borçlu

---

olup olmadığını, diğer bir ifadeyle şirketin mali durumunu bildiğinin kabulü gerektiğinden…" Danıştay Onbirinci Dairenin 18.03.1998 tarih ve E: 1997/2498 K: 1998/1101 sayılı kararı.

[22] AYM'nin, 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, § 50, R.G. 24.01.2018-30311. Aksi yönde: Bahçeci, kurumlar vergisinden örnek vererek, limited şirketin Ocak ayında elde ettiği bir kazanç nedeniyle kurumlar vergisinin yine bu ayda doğduğunu ancak verginin ertesi yıl Nisan ayında tahsil edildiğini ve ödeme zamanının da ertesi yıla sarktığını belirtmektedir. Ocak ayında ortak olan kişinin verginin ödeneceği zaman ortak sıfatı bulunmadığı durumlarda, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme nedeniyle, sorumluluğunun devam edeceği, oysa payını devreden ortağın verginin ödenmesini sağlama yetkisinin bulunmadığı gibi, şirket ortağı olmadığı için verginin ödenmemesinden elde edebileceği bir faydanın da bulunmadığı, bu durumun üçüncü fıkrayı eski ortağın mülkiyet hakkına müdahale yönünden belirsiz ve ölçüsüz bir müdahaleye dayanak kıldığını ifade etmektedir. BAHÇECİ, s. 155.

[23] AYM'nin, 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, § 40, R.G. 24.01.2018-30311.

şirket hakkında yürütülen takibat sonucunda tahakkuk edip vadesinde ödenmemiş olması yeterli olup kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.[24]

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasının yürürlükteki düzenlemesine göre limited şirket ortakları şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında, doğrudan doğruya sorumlu tutulacaklardır. Ancak bu sorumluluğa başvurulabilmesi için amme alacağının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememiş veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması gerekmektedir.[25]

Kamu alacağının öncelikle asıl borçludan istenmesi, kanuni temsilci ya da limited şirket ortağının takibi için zorunludur.[26] Dolayısıyla şirketin borçlarının tahsili için öncelikle tüzel kişiliğin mal varlığına müracaat edilmesinin zorunlu olması nedeniyle kanuni temsilci ve limited şirket ortağı söz konusu kamu alacağından ikinci derece (fer'i nitelikte[27]) sorumludur. Kamu alacağının asıl borçludan tahsil edilemediği ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşıldığı ortaya konulmadan kanuni temsilci ya da limited şirket ortağının takibi olanaklı değildir. Dolayısıyla idare tarafından usulüne uygun mal varlığı araştırmasıyla tahsil imkânsızlığının ortaya konulması gereklidir. Ayrıca mal varlığı araştırmasının şirkete ödeme emri tebliğ edilmesinden sonra, ancak ortak ya da temsilciye başvurulmadan önce yapılması[28], güncel olması[29] ve yurt çapında yapılması da gerekmektedir.

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde doğrudan doğruya bir sorumluluk öngörülmüştür. Sorumluluğun doğrudan doğruya olmasının ne anlama geldiği hakkında bir açıklık bulunmamaktadır.

6183 sayılı Kanun'un 01.01.1954'te yürürlüğe giren ilk hâlinde, limited şirket ortaklarının kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin bir madde (Kanun'un 35. maddesi) bulunmakta iken 6183 sayılı Kanun'da kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin bir madde bulunmamaktadır. 6183 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kanuni temsilcilerinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 415. maddesi ile ilga edilen 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde yer almaktadır. Daha sonra benzer bir düzenlemeye 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer verilmiştir. Kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin mükerrer 35. madde 25.05.1995 tarihli ve 4108 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 6183 sayılı Kanun'a eklenmiş olup 02.06.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu kuralın ihdas edilme nedeni, Kanun'un gerekçesinde, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan hükümden hareketle tüzel kişiliğin varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacakların tüzel kişiliğin kanuni temsilcilerinden 6183 sayılı Kanun'un cebri takibata ilişkin hükümlerine göre takip ve tahsili cihetine gidildiği, ancak Danıştay kararlarında 213 sayılı Kanun kapsamına girmeyen alacakların takibinde mezkûr maddenin tatbik imkânının bulunmadığı yönünde

---

24 BALCI, s. 793-794.

25 BATI, s. 171.

26 CANDAN, s. 386.

27 YARALI, s. 250, 258-260.

28 *"…asıl borçlu şirket hakkında bankalar nezdinde yapılan mal varlığı araştırması dava konusu … [şirket ortağı sıfatıyla düzenlenen] ödeme [emirlerinin] tebliğ edildiği tarihten sonra yapıldığından, davacı adına düzenlenen ödeme emirlerinin tebliğinden önce içeriği kamu alacaklarının şirketten tahsilinin olanaksız olduğu ortaya konulmaksızın düzenlenen dava konusu ödeme emirlerinde hukuka uygunluk bulunmadığı…"* Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 21.05.2025 tarih ve E: 2023/1333 K: 2025/398 sayılı kararı (UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

29 Danıştay Dokuzuncu Dairenin 03.05.2017 tarih ve E: 2015/1255 K: 2017/4417 sayılı kararı (UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

görüş birliğine varıldığından bu tür alacakların tahsilini temin etmek amacıyla 6183 sayılı Kanun'a anılan maddenin eklendiği şeklinde açıklanmıştır.[30] Bu kapsamda 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde yer alan "doğrudan doğruya" ifadesinin, 6183 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 5432 sayılı Kanun'da yer alan kanuni temsilcinin sorumluluğuna ilişkin madde kapsamında kanuni temsilcinin sorumluluğuna başvurulmadan doğrudan limited şirket ortağına başvurulabilmesini ya da kanuni temsilci ile limited şirket ortağının sorumluluğuna eş zamanlı olarak başvurulabilmesini temin etmek ve böylece kamu alacağını hem güvence altına almak hem de tahsil etmek amacına matuf olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu anlayış, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 11.12.2018 tarihli kararında da yansıma bulmuş ve limited şirket tüzel kişiliğinden tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun şirket ortaklarından tahsili için öncelikle kanuni temsilcilerin takibinin gerekmediği sonucuna ulaşılmıştır.[31] Dolayısıyla doğrudan doğruya sorumluluk, alacağın şirketten tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumu ortaya çıktığında, öncelikle kanuni temsilcinin takibi gerekmeden doğrudan ortağa başvurulabilmesini mümkün kılmakta, ancak bu durum ortağın sorumluluğunun ikinci derece olduğunu değiştirmemektedir.[32]

Limited şirket ortağı, asıl borçlu şirketten tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından hissesi oranında (ancak tüm mal varlıklarıyla[33]) sorumludur.[34] Ortağın hisse oranına tekabül eden miktarı aşan bir tutarda düzenlenen ödeme emri, aşkın tutar yönünden hukuka aykırıdır.

Limited şirket ortaklarının kamu alacaklısına karşı sorumlulukları müşterek sorumluluk(her biri hissesi oranında kısmi); 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasındaki pay devri halinde ya da üçüncü fıkrasındaki kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı olması durumunda, anılan kurallarda sayılan ortaklar arasında müteselsil sorumluluktur.[35]

Öte yandan, limited şirket ortağının sorumluluğu, ortağın sermaye payına bağlı olduğundan, borcun doğumunda, tahakkukunda ya da vadesinde ödenmemesinde herhangi bir kusuru bulunmasa dahi ortağın sorumluluğuna gidilebileceği kabul edilmektedir.[36]

Mülkiyet hakkına müdahalenin şekli anlamda bir kanun hükmünün varlığını gerekli kıldığı[37] dikkate alındığında ortağın kusursuz sorumluluğunun 6183 sayılı Kanun'da lafzen/açıkça yer almamasının anayasal güvencelere aykırılık taşıyıp taşımadığı öncelikle irdelenmelidir.

---

[30] https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c083/tbmm19083092ss0813.pdf (Son erişim tarihi: 03.06.2025).

[31] Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 11.12.2018 tarih ve E: 2013/1 K: 2018/1 sayılı kararı, R.G. 20.06.2019-30807. KANETİ, Selim, EKMEKCİ, Esra, GÜNEŞ, Gülsen, KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 587. YARALI, s. 252.

[32] YARALI, s. 251.

[33] YARALI, s. 256-257.

[34] KARAKOÇ, s. 135.

[35] YARALI, s. 256.

[36] BATI, s. 170. YARALI, s. 249-250. KARAKOÇ, s. 135. BALCI, s. 753-754.

[37] *Ford Motor Company Başvurusu*, Başvuru No: 2014/13518, K. 26.10.2017, §§ 49, 52, R.G. 13.12.2017-30269. *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/941, K. 25.10.2018, §§ 59-67, R.G. 25.12.2018-30636.

"*(Ş)eklî anlamda kanun, TBMM tarafından Anayasa'da belirlenen usule uygun biçimde ve kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemi*"[38] olarak tanımlanabilir. Gözler, bu ölçütte "*kanunun yapan organ ve kanunu yapılış şekli*"nin önemli olduğunu belirtmektedir.[39] Temel hak ve özgürlüğe müdahale edilirken "*TBMM tarafından çıkarılan şeklî anlamda bir kanun*"a dayanılmaması temel hak ve özgürlüğe müdahaleyi anayasal temelden yoksun kılar."[40]

6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde lafzen kusursuz sorumluluk şartı öngörülmemekle birlikte maddeye ilişkin uygulamada, maddenin kusursuz sorumluluk içerdiği kabul edilmektedir.[41] Şirket ortağının sorumluluğunun sermaye payına dayalı olması nedeniyle şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağından kusursuz olarak sorumlu bulunduğunun kabul edilmesi, kusur sorumluluğuna göre mülkiyet hakkına daha ağır bir müdahaledir. Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen idari ve yargısal uygulamalarla[42]/teamül ve kabullerle temel hak ve özgürlüklere müdahale şartlarının belirlenmesi Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Anayasal güvence, şirket ortağının mülkiyet hakkına kamu alacakları nedeniyle kusuru bulunmasa dahi müdahale edilebileceğini belirli bir açıklıkta öngörebilmesini gerekli kılar. Kusursuz sorumluluk şartının Kanun'da açık ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmemesi ve bunun sermaye payından kaynaklandığı yolundaki kabul, limited şirket ortağının mülkiyet hakkına müdahale edilmesini Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik şartı yönünden anayasal temelden yoksun bırakmaktadır. Keza bu durum kanunla düzenlenmesi gereken esaslı unsurlar arasında yer aldığından Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilerin kanuniliği ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

6183 sayılı Kanun kapsamındaki kamu alacakları yönünden ise kamu alacaklarının özelliği ve bunun teminat altına alınması[43] ihtiyacı gözetilerek 6102 sayılı Kanun'un 573. maddesinin (2) numaralı

[38] *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2015/17510, K. 18.10.2017, § 56, R.G. 24.11.2017-30250.

[39] GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Haziran 2011 (Cilt I), s. 830.

[40] *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2015/17510, K. 18.10.2017, § 56, R.G. 24.11.2017-30250. *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/941, K. 25.10.2018, § 54, R.G. 25.12.2018-30636. Anayasa Mahkemesi, *Elegance Hotel Turizm İşletmeleri A.Ş.* kararında otelcilik ve konaklama hizmetiyle iştigal eden şirket adına katkı payının şeklî anlamda bir kanuna dayalı olmadan Yönetmelik düzenlemesine dayalı olarak tahakkuk ettirildiği anlaşıldığından, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olarak kanuni bir dayanağının mevcut olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Elegance Hotel Turizm İşletmeleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/19953, K. 26.06.2019, §§ 57-65, R.G. 06.08.2019-30854).

[41] Limited şirket ortağının şirket borçlarından kusursuz sorumlu olduğu hakkında: Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 11.12.2018 tarih ve E: 2013/1 K: 2018/1 sayılı kararı, R.G. 20.06.2019-30807. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 05.12.2023 tarih ve E: 2021/2872 K: 2023/5095 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7678 K: 2021/6009 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 06.04.2021 tarih ve E: 2021/239 K: 2021/2572 sayılı kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 19.03.2019 tarih ve E: 2015/13150 K: 2019/1868 sayılı kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 25.04.2017 tarih ve E: 2014/3983 K: 2017/3190 sayılı kararı (Kararlar UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025). CANDAN, s. 388.

[42] Örneğin Anayasa Mahkemesi, temyiz kanun yoluna başvurulmasında parasal sınırın hangi tarihe göre belirleneceğinin -bu konudaki Danıştay içtihadına rağmen- Kanun'da açık ve öngörülebilir bir şekilde yer almamasını hükmün denetlenmesini talep hakkına aykırı bulmuştur. AYM'nin 26.07.2023 tarih ve E: 2023/36 K:2023/142 sayılı kararı, §§ 7, 16, R.G. 13.10.2023-32338.

[43] YARALI, s. 241.

fıkrasında yer alan sınırlı sorumluluk esasına Kanun'un 35. maddesinde bir istisna[44] tanınmış ve ortakların sermaye payını ödemiş olsalar dahi sorumluluklarının hisse oranında devam ettiği öngörülmüştür. Diğer yandan, bu maddeye ilişkin idari ve yargısal uygulamada şirkete ait kamu borçlarından sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmiştir. Açık bir kanuni temele dayanmayan bu idari ve yargısal kabul, hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği zedeleyici nitelik taşımaktadır. Bu sorun, 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde kamu borçlarından sorumluluğun ortağın hisse oranında devam ettiğinin öngörülmesinde olduğu gibi kusursuz sorumluluk esasının da açıkça kurala bağlanması ile giderilebilir.

Bu anayasal sorun bir kenara bırakıldığında, limited şirket ortağının kamu alacağından kusursuz sorumlu tutulmasının sermaye payına bağlı olma kadar aynı zamanda şirkette sahip olduğu bazı hak ve yetkilerden de kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

6102 sayılı Kanun'un 614. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ortakların, müdürlerden şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi isteme ve belirli konularda inceleme yapma hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'un 616. maddesinin (1) numaralı fıkrasında genel kurulun devredilemez yetkileri ile şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde devredilemez yetkileri sayılmıştır. Bu sayılanlar ortakların alacakları kararlarla şirket faaliyetlerine yön verme yetkilerini içermektedir. Kanun'un 635. maddesinde ise denetimle ilgili kurallara yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de kararında şirket ortağının sahip olduğu bu hak ve yetkilere dikkat çekmiş ve bu hak ve yetkilerin ortağın şirket borçlarından sorumlu tutulmasına dayanak oluşturduğunu açıklamıştır:

> "*46. Limitet şirket ortakları, taahhüt ettikleri sermaye ile şirketin mal varlığına doğrudan katkı sağlamaktadır. Bunların ayrıca şirketin bütün işlemleri ve hesapları hakkında bilgi alma ve inceleme, ana sözleşmede değişiklik yapma, kârdan pay alma ve yönetime katılma hakları vardır. Ortaklar ayrıca şirketi yönetim ve temsile yetkili kanuni temsilcilerin özellikle kanunlara, ana sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminden sorumludur ve kanuni temsilciyi değiştirebilecek ya da görevden alabilecek genel kurul kararında da oy hakkına sahiptir. Şirket yönetimine ilişkin bu hak ve yetkiler, ortaklara şirket faaliyetleri üzerinde denetim ve gözetim imkânı sağlamaktadır.*
>
> *47. Bu itibarla limitet şirket ortaklarının şirket mal varlığı ve yönetimi üzerinde sahip olduğu hak ve yetkileri göz önünde bulunduran kanun koyucunun amme alacakları yönünden ortakların kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini öngörmesinde anayasal bir engel bulunmamaktadır.*
>
> *54. … Ortağın sorumluluğu ise eylemlerinden değil şirketin mal varlığına sermayesi ile katkı sağlamasından ve şirket yönetimine ilişkin faaliyetler üzerinde gözetim ve denetim imkânına sahip olmasından kaynaklanmaktadır.*"[45]

---

[44] YARALI, s. 239.

[45] AYM'nin 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, §§ 46, 47, 54, R.G. 24.01.2018-30311. Aynı yönde: Danıştay Üçüncü Dairenin 24.04.2025 tarih ve E: 2025/1729 sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında verdiği kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 10.10.2024 tarih ve E: 2024/4608 K: 2024/5238 sayılı kararı (Kararlar UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

Bu hak ve yetkiler, ortaklara şirket faaliyetlerine katılma, faaliyetlerin yürütülmesi hakkında bilgi edinme, inceleme ve faaliyetleri denetleme imkânı tanıdığından, ortakların kamu alacaklarından kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

II. RESEN TARH NEDENİ VE BU NEDENİN GERÇEKLEŞME TARİHİ GÖZETİLEREK KUSURSUZ SORUMLULUĞA İSTİSNA TANINMASI

A. Ortağın Sorumlu Tutulduğu Alacağa İlişkin Resen Tarh Nedeninin Pay Devrinden Sonra Gerçekleşmesi

Limited şirket ortağının çeşitli hak ve yetkilere sahip olduğunun kabulüyle her olayda kusursuz sorumluluk şartına dayanılarak ortaklara orantısız bir külfet yüklenmemesi gerekir.[46] Limited şirket ortağının şirketten tahsil olanağı bulunmayan kamu alacaklarından kusursuz sorumlu tutulduğu bazı uyuşmazlıklarda maddi olayın gerçekleşme biçimi, ortağın kamu alacağından sorumlu tutulmasını sorgulanır hale getirmektedir. Kamu alacağının asıl borçlu şirket adına doğma nedenin gerçekleşme tarihinin ortağın hisse payını devrettiği tarihten sonraki bir tarihe rastladığı bu tür olaylarda şirket ortağı adına alacağın tahsili amacıyla ödeme emri düzenlemesinin bazı kanuni ve anayasal güvencelere aykırılık oluşturduğu değerlendirilmektedir.

Şu husus önemle ifade edilmelidir ki, kusursuz sorumlulukla ortaklara orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediğinin değerlendirilmesi her somut olayın gerçekleşme koşullarının dikkate alınmasını gerekli kılar. Özellikle usulüne uygun şekilde ibraz edilmesi istendiği hâlde defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi ya da beyanname vermeme[47] gibi asıl borçlu şirkete düşen şekli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin şirket adına cezalı tarhiyat yapılma nedenini oluşturduğu uyuşmazlıklarda anılan resen tarh nedeninin gerçekleşme biçiminin dikkate alınması önem kazanmaktadır. Ayrıca bu nedeninin gerçekleşme tarihinin ortağın kusursuz sorumlu tutulma nedenini oluşturan pay sahibi olma ve şirketin hesap ve işlemleriyle ilgili bilgi alma, bu hesap ve işlemleri inceleme imkânının sona erdiği hisse devir tarihinden sonrasına rastlayıp rastlamadığı da irdelemede gözetilmelidir.

Şekli yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin resen tarh nedenini oluşturduğu defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesini ele alalım. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "*Mükellefin ödevleri*" başlıklı ikinci kitabının, "*Defter tutma*" başlıklı ikinci kısmında mükelleflerin defter tutma ile ilgili ödevlerine yer verilmiştir. Aynı kitapta yer alan "*Muhafaza ve ibraz ödevleri*" başlıklı kısımda yer alan Kanun'un 253. maddesinde bu Kanun'a göre defter tutmak mecburiyetinde olanların, tuttukları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikaları, ilgili bulundukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecbur oldukları kuralına yer verilmiştir. Kanun'un 256. maddesinde ise geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257. madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanların, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hâle getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.[48]

---

[46] AYM'nin 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, § 48, R.G. 24.01.2018-30311.

[47] Bu konuda Dipnot 22'deki olay örnek gösterilebilir.

[48] Kanun'un "*Ceza hükümleri*" başlıklı dördüncü kitabının, "*Vergi cezaları*" başlıklı ikinci kısmının "*Usulsüzlük*" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mükerrer 355. maddede Kanun'un 256. maddesinde yer verilen zorunluluğa uymayanların özel usulsüzlük fiilini işleyecekleri ve maddede öngörülen yaptırımlardan durumuna uygun olanın hakkında uygulanacağı açıklanmıştır. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu hükmün uygulanması için, bilgi

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "*Vergi indirimi*" başlıklı 29. maddesinin (1) numaralı fıkrasında mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanun'da aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak madde sayılan vergileri indirebilecekleri açıklanmıştır. Kanun'un "*İndirimin belgelendirilmesi*" başlıklı 34. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği belirtilmiştir.

213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendinde "*bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olması veya vergi incelenmesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi*" resen vergi tarh edilmesini gerekli kılan, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edilen durumlardan biridir.

Kanun'un 10. maddesi uyarınca tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Limited şirketin defter ve belgelerini muhafaza etme zorunluluğu ile muhafaza edilen defter ve belgeleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etme zorunluluğu, şirketin kanuni temsilcisi tarafından yerine getirilmesi gereken ödevlerdir.

Limited şirkette müdürlük görevini yerine getiren kanuni temsilcinin usulüne uygun şekilde istenmesine rağmen defter ve belgeleri süresi içinde ibraz etmemesi, katma değer vergisi indiriminin belgelendirilememesine yol açacak, bu durum 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendi uyarınca resen tarh nedeni oluşturacaktır. Şirketin katma değer vergisi indirimlerinin belgelendirilememesi nedeniyle resen vergi tarh edilebilecek ve vergi ziyaı cezası ile özel usulsüzlük cezası kesilebilecektir. Anılan vergi ve cezaların tahakkuk ettiği hâlde vadesinde ödenmemesi ve anılan kamu alacağının şirketten tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması hâlinde bu alacağının tahsili amacıyla şirket ortağı adına ödeme emri düzenlenebilecektir. Bu ödeme emrine karşı açılan davada, hukuka uygunluk denetiminin sadece 6183 sayılı Kanun hükümleri referans alınarak gerçekleştirilmesi anayasal ya da kanuni düzeyde bazı teminatlara aykırılık oluşturabilir.

Sorunu bir örnek olay bağlamında somutlaştıralım.

16.04.2008 tarihinde hisse devri yoluyla (B) Limited Şirketinin ortağı (E), 15.02.2011 tarihinde şirketteki hisselerini (Z)'ye devretmiştir. (E)'nin ortaklık döneminin sona erdiği tarihten sonra, 15.09.2014 tarihinde, şirketin 2010 yılına ait hesap ve işlemlerinin incelenmesi amacıyla şirkete ait defter ve belgelerin ibraz edilmesi usulüne uygun şekilde istenmiş; ancak 2014 yılındaki kanuni temsilci (T) tarafından 2010 yılına ait defter ve belgeler incelemeye ibraz edilmemiştir. İbrazın gerçekleşmemesi

---

ve ibraz ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde bilginin verilmesi için tayin olunan sürede cevap verilmemesi, eksik veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya defter ve belge ibrazı için tayin olunan süre ile defter ve belgelerin süresinde ibraz edilmemesi durumunda haklarında Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesinin şart olduğu vurgulanmıştır. Aynı kısmın üçüncü bölümünde "*Suçlar ve cezaları*" başlığı altında vergi suçları ile bunlara uygulanacak cezalar düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan "*Kaçakçılık suçları ve cezaları*" başlıklı 359. maddede "a" işaretli fıkrasının (2) numaralı bendinde vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananların, hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı; varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesinin, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.

nedeniyle katma değer vergisinde indirimin gerçekliğini ispat koşulu yerine getirilmediğinden, vergi inceleme raporuyla şirketin (2010 yılının ait farklı vergilendirme dönemlerine ait) katma değer vergisi indirimleri reddedilerek şirket adına 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendi uyarınca cezalı tarhiyat yapılması önerilmiştir. Cezalı olarak tarh edilen vergilere karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle tahakkuk eden vergiler 2 No.lu ihbarnamenin tebliğiyle belirlenen vadesinde ödenmemiş ve şirket adına anılan kamu alacağının tahsili amacıyla ödeme emri düzenlenmiştir. Şirket tarafından ödeme yapılmaması ve yapılan mal varlığı araştırması sonucunda anılan kamu alacağının şirketten tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması üzerine kamu alacağının tahsili amacıyla 2010 yılında şirket ortağı olan (E) adına sermaye hissesi oranında ödeme emri düzenlenmiştir.

B. Yargı Uygulaması

Son zamanlarda yargı mercilerine intikal eden bu tür uyuşmazlıklarda Danıştay Dokuzuncu Dairesince bu tür uyuşmazlıklarda alacağın tahsili amacıyla ortağın takip edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Dairenin içtihadına göre ortağın devirden önceki dönemlere ait kamu alacağından sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. Bu ilke uyarınca ibraz yükümlülüğü gibi birtakım vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkacak vergi ve cezalardan sorumluluk, borcun ait olduğu dönemde ortak olanları da kapsamaktadır. Vergilendirmeye dayalı kamu alacağından limited şirket ortağının sorumluluğu, sermaye hissesi oranında ve doğrudan doğruya sorumlu olma, kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulma ve rücu imkânı bulunmama gibi nitelikleriyle kanuni temsilcinin sorumluluğundan ayrılmaktadır. Bu nedenle limited şirket ortağının borcun doğmasında herhangi bir kusuru olmasa da ilgili dönemde hissedar olması hissesi oranında sorumlu tutulması için yeterlidir. Bu nedenle defter ve belge ibraz edilmemesinden kaynaklanan kamu alacakları nedeniyle ilgili dönemde şirket ortağı olan kişinin kamu alacağından sorumlu tutulmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.[49]

Dairenin sergilediği bu yaklaşım, uyuşmazlığın sadece 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde yer alan şartlar ve buna ilişkin yargı uygulaması ile sınırlı biçimde yorumlanmasının bir örneğini oluşturmaktadır. Daire bu içtihadıyla kusursuz sorumluluk ilkesini resen tarh nedeni ve bunun gerçekleşme tarihini dikkate almadan uygulamıştır.

Aynı uyuşmazlıklarda Danıştay Üçüncü Dairesi ve Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun benimsediği yaklaşım ise aksi yöndedir.

Danıştay Üçüncü Dairesi içtihadında kamu geliri elde edilmesine yönelik amaç ile bireylerin hakları arasında bir denge kurulması gerekliliğine işaret etmekte ve bunun Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin unsurlarından biri olan orantılılık ölçütü uyarınca mülkiyet hakkına müdahalenin şartlarından biri olduğunu vurgulamaktadır. Daire, limited şirket ortaklarının kamu alacağının kaynağı vergilendirmenin ait olduğu dönemde şirketin paylarına sahip ortakların, ortaklık sıfatının sürdüğü dönemlere ilişkin ortaklık sıfatından doğan ve bu dönemlere dair yapılacak inceleme sonrası salınacak vergi ve kesilecek cezalardan sorumlu tutulabileceklerinin açık olduğunu, ancak, ortakların takibi aşamasında, kusursuz sorumlu olduklarından bahisle kendilerine orantısız bir külfet yüklenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Daire ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 614. maddesi uyarınca ortakların şirket faaliyetlerini ve temsile yetkili kişilerin yükümlüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme, inceleme ve bu konularda bilgi alma haklarının bulunduğuna dikkat çekmektedir. Bu belirlemelerin ardından Daire, ortakların paylarını devrettikten sonra ortaklık

[49] Danıştay Dokuzuncu Dairenin 05.12.2023 tarih ve E: 2021/2872 K: 2023/5095 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7678 K: 2021/6009 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7693 K: 2021/6008 sayılı kararı. Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7801 K: 2021/6007 sayılı kararı (Kararlar UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

döneminde gerçekleşmeyen fiiller sonucunda ortaya çıkan kamu alacağından, salt vergilendirme döneminde payları bulunduğundan bahisle sorumlu tutulmalarının düşünülemeyeceğini değerlendirmiştir. Daire, ortaklıktan ayrılan ve şirketle hukuki ve fiili bağlantısı kalmayan, düzeltme beyannamesi verme ile defter ve belge ibraz etmeme fiillerine yönelik ortaklık sıfatının kazandırdığı bilgi alma ve inceleme hakkı olmayan dolayısıyla herhangi bir müdahale imkânı bulunmayan ortağın, ortak olduğu dönemlere ilişkin olmakla birlikte pay devrinden sonra gerçekleşen fiiller nedeniyle salınan vergi ve cezalardan sorumlu tutulmasının ortaklık sıfatından kaynaklanan kusursuz sorumluluğu aşan mahiyette ölçüsüz bir müdahale olduğu ve ortağa orantısız bir külfet yüklediği sonucuna ulaşmıştır.[50]

Üçüncü Dairenin anılan uyuşmazlıklarda hukuka uygunluk denetiminde sadece 6183 sayılı Kanun hükümlerini referans alarak şirket ortaklarının sorumluluğunu incelemediği, özellikle anayasal bir teminat olan ölçülülük ilkesi temelinde değerlendirme yaparak somut olayda resen tarh nedenini ve bunun gerçekleşme tarihinin ortaklık sıfatının kaybından sonrasına tekabül ettiğini dikkate aldığı ve kamu geliri elde edilmesine yönelik kamu yararına dayalı amaç karşısında somut olayda ortağa yüklenen külfetin kusursuz sorumluluğu aşan mahiyette ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna ulaştığı görülmektedir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu ise bu tür uyuşmazlıklarda sonucu itibarıyla Üçüncü Daire ile uyum gösteren bir yaklaşım sergilemekle birlikte anayasal teminatlara değinmeden kanuni temelde bir değerlendirme yapmaktadır. Kurul, bu tür uyuşmazlıklarda asıl borçlu şirketin katma değer vergisi indiriminin kabul edilmemesi sebebinin yukarıda anılan ispat koşulunu yerine getirememesi olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca Kurul uyuşmazlıkta resen tarh nedeninin gerçekleşme tarihini de göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre, uyuşmazlıkta kamu alacakları, şirket ortağının, ortak olduğu dönemde indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin gerçek bir emtia teslimi veya hizmet ifasına dayanmaması nedeniyle yine bu dönemde ortaya çıkan bir resen tarh nedeninden değil, ortak olduğu dönemde indirim konusu yapılmakla birlikte indirim için aranan şartların gerçekleştiği hususunun ortaklık sıfatının kaybından sonraya rastlayan bir tarihte ispat edilememesine dayanan resen tarh nedeninden kaynaklanmaktadır. Kurula göre sadece ortaklık sıfatının sürdüğü dönemde şirket işlemleri hakkında her türlü bilgiye erişme imkânı olan ortakların, paylarını devrettikten, yani şirketle mevcut bağlarının ortadan kalkmasından sonra, ortaklıkları döneminde gerçekleşmeyen defter ve belge ibraz etmeme fiili sonucunda ortaya çıkan kamu alacağından salt vergilendirme döneminde pay sahibi olmaları nedeniyle sorumlu tutulmalarında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.[51]

[50] Danıştay Üçüncü Dairenin 10.10.2024 tarih ve E: 2024/4608 K: 2024/5238 sayılı kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 24.04.2025 tarih ve E: 2025/1729 sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında verdiği kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 19.02.2025 tarih ve E: 2022/1900 K: 2025/761 sayılı kararı. Danıştay Üçüncü Dairenin 18.12.2023 tarih ve E: 2021/2898 K: 2023/5725 sayılı kararı. Davacının 2013 yılında ortaklıktan ayrıldığı olayda düzeltme ve şikayet başvurularına konu olan ödeme emirleri içeriği vergi borcunun 2012 ve 2013 yıllarına ait defter ve belgelerin 2016 yılında istenilmesine rağmen ibraz edilmemesinden kaynaklandığı, davacının şirket ortağın sıfatıyla anılan borçtan sorumlu tutulmasının ortaklık sıfatından kaynaklanan kusursuz sorumluluğu aşan mahiyette ölçüsüz bir müdahale ve düzeltme hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek bir vergilendirme hatası oluşturduğu hakkında: Danıştay Üçüncü Dairenin 27.05.2024 tarih ve E: 2024/1165 K: 2024/3448 sayılı kararı (Kararlar UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

[51] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1547 K: 2025/104 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/291 K:2025/105 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1538 K: 2025/103 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1707 K: 2025/110 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1705 K: 2025/109 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1660 K: 2025/108 sayılı kararı. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun

Kurulun bu kararında mevcut tetkik hâkimi düşüncesinde ise defter ve belgelerin ibraz edilmemesine dayanan resen tarh nedeninin ortaklığın sona ermesinden sonra gerçekleşmesine, ortağın bu durumu öngörme ve engelleme olanağının bulunmamasına, bu tarh nedeni ile şirkette sermaye sahibi olmaya dayalı kâr beklentisi arasında bağlantı bulunmamasına[52] ve son olarak defter ve belge ibraz etmeyen kanuni temsilcinin ağır kusurunun ortağın sorumluluğu bağlamında illiyet bağını kesen bir neden[53] oluşturduğuna dikkat çekilerek müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ

Şekli bazı yükümlülükler açısından resen tarh nedeninin gerçekleşme tarihi ile vergilendirme dönemi arasında farklılık bulunabilmektedir.

Vergi dışı alacaklar yönünden kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi bir kenara bırakıldığında, 213 sayılı Kanun kapsamındaki vergi

---

22.11.2023 tarih ve E: 2022/234 K: 2023/1404 sayılı kararı (Kurul bu kararında ısrar kararının dayandığı ölçülülük ilkesine dayalı gerekçeyi değiştirmiş ve hukuka uygunluk denetiminde referansını yukarıdaki gibi kanunla sınırlamıştır). Aynı yönde: Danıştay Dördüncü Dairenin 30.06.2020 tarih ve E: 2016/7905 K: 2020/2456 sayılı kararı. Danıştay Dördüncü Dairenin 17.02.2020 tarih ve E: 2016/6642 K: 2020/768 sayılı kararı (Kararda vergiyi doğuran olayın defter ve belgenin ibraz edilmemesi ile ortaya çıktığı belirtilmekteyse de katma değer vergisinde vergiyi doğuran olayın mal teslimi ya da hizmet ifasıyla uyuşmazlığın ait olduğu dönemde gerçekleştiği, ibraz etmeme fiiliyle sadece indirim koşulunun yerine getirilmemiş olduğunun belirtilmesi gerekir). Kurulun aksi yöndeki daha önceki içtihadı için bakınız: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 18.11.2020 tarih ve E: 2019/1559 K:2020/1250 sayılı kararı (Kararlar UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025).

[52] Örneğin ortak olunan dönemde şirketin sahte fatura kullanımına dayalı resen tarh nedeninde bu bağ mevcuttur. Bu hâlde ortak sahte faturanın kayıtlara intikal ettirilmesinden kaynaklanan şirket kârından sahip olduğu hisse nedeniyle pay elde etmektedir. Oysa ortaklık sıfatının kaybından sonra gerçekleşen defter ve belge ibraz etmeme fiiline dayalı resen tarh nedeninde bu tür bir bağın mevcut olmadığı düşünülmektedir.

[53] Borçlar hukuku anlamında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğunda, üçüncü kişinin ağır kurusu, illiyet bağını kesen nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir (KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2001 (Cilt I), s. 248). Aynı nedenin, idare hukukunda, uygun illiyet bağını ve bu nedenle idarenin tazminat sorumluluğunu da ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir (Danıştay Onuncu Dairenin 11.02.2021 tarih ve E: 2015/2686 K: 2021/444 sayılı kararı. UYAP'tan edinilmiştir. Son erişim tarihi: 14.05.2025). Vergi hukukunda özel hukuk ilkelerinin kural olarak geçerli olduğu, bununla birlikte vergi hukukunda bu dalın özel düzenlemelerinin asıl olarak uygulanması gerektiği (ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, GÖKER, s. 7) yolundaki kabul dikkate alındığında öncellikle vergi icra hukukunda, kamu alacaklarından sorumlulukta üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağını ortadan kaldıran bir neden olarak açıkça belirlenmediği ifade edilmelidir. Dolayısıyla üçüncü kişinin ağır kusurunun bu sorumluluğu ortadan kaldırıp kaldırmadığı özel hukuktaki anlamından bağımsız olarak ve özerk bir biçimde ele alınmalıdır. Bu özerk yorumda ölçülülük kriteri temel alınmalı, kamu alacağının tahsilinde gözetilen kamu yararı amacı karşısında şirket ortağının pay devrinden sonraki bir tarihte kanuni temsilcinin vergilendirme süreci açısından oldukça önemli bir yükümlülüğü yerine getirmemesindeki (ağır) kusurunun, payını devretmiş ortağın sorumlu tutulmasında illiyet bağını kesebileceği, aksi takdirde ortağa adil dengeyi bozan bir külfet yüklenmiş olacağı değerlendirilmelidir. "*…tarhiyatın sebebi defter ve belgelerin ibraz edilmemesi eyleminin hisse devir tarihi sonrası gerçekleştiği ve ortağın sorumluluğu hisse devir öncesine ait kamu alacağı ile sınırlı olduğundan, dönem olarak şirket hissesi ile kamu borcu arasındaki illiyet bağının koptuğu…*" BALCI, s. 759.

alacaklarından kaynaklanan kamu alacakları yönünden kanuni temsilcilerin takibi için öngörülen aynı Kanun'un 10. maddesi ile 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesi kıyaslandığında, kanuni temsilcilerin tüzel kişiliğin ödevlerinin ifası bağlamında görev sorumluluğunun bulunduğu ve ancak bu görevlerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan alacaklar yönünden yerine getirmemede kusuru bulunduğu takdirde takibe tabi tutulabileceği, ortağın sorumluluğunun ise sermaye payına tabi olduğu, payın getirisi kadar götürüsüne de ortak olunması gerektiği yönündeki kabulden hareketle sırf pay sahibi olması nedeniyle sorumlu tutulduğu, dolayısıyla kanuni temsilcinin kusurlu, ortağın kusursuz sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kamu alacağının tahsil edilmesine yönelen kamu yararına dayalı amaç karşısında limited şirket ortağına adil dengeyi bozan orantısız bir külfet yüklenmemesi, başka bir ifadeyle Kanun'un 35. maddesinin bu şekilde idari tasarruf ya da yargı kararlarında ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir.

Bu bağlamda idari yargı mercileri tarafından yürütülen hukuka uygunluk denetiminde 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin yorumunun, bu kuralın lafzında öngörülen şartlar ve bu kurala uygulamada yüklenen anlam ile sınırlanmaması ve denetimde anayasal teminatların da esas alınması, ortağın mülkiyet hakkının korunabilmesi açısından gereklilik arz etmektedir.

Limited şirket ortağı adına düzenlenen ödeme emrine karşı açılan davada, somut olayın özellikleri görmezden gelindiğinde ve *kusursuz sorumluluk* anayasal teminatları gözetmeksizin yorumlandığında, anılan kamu alacağından ortağın sorumlu olduğu sonucuna ulaşılması gerekir. Oysa bu tür bir uyuşmazlıkta defter ve belgelerin ibraz edilmemesine dayanan resen tarh nedeni, ortaklığın sona ermesinden sonra gerçekleşmektedir. Bu hâlde borcun doğumuna ortak neden olmadığı gibi defter-belge ibrazını gerçekleştirerek borcun doğumunu engelleme şansı da bulunmamaktadır.

Öte yandan, limited şirket ortağının sorumluluğu sermaye payına bağlıdır. Ancak defter ve belge ibraz etmeme nedeniyle doğan kamu alacağında, resen tarh nedenine yol açan fiilin gerçekleştiği tarihte ortak pay sahibi değildir. Bu durum bile kanuni düzlemde başlı başına ortağın, kamu alacağından sorumlu tutulmasına engeldir.

Somut olay, bu özellikleriyle, şirketin, ortağın ortaklık dönemindeki alımlarını gerçek bir emtia teslimi veya hizmet ifasına dayanmayan faturalarla belgelendirdiği, giderlerini gerçek olmayan işlemlerle fazla gösterip daha fazla kâr elde ettiği ve haliyle ortağın da bu fazla kârı paylaştığı diğer bir somut olaydan farklılık arz etmektedir.[54] Ortaklık döneminde gerçekleşen sahte fatura kullanımına dayalı resen tarh nedeninde, bu fiil nedeniyle artırılan maliyetlerden doğan kârdan ortağın pay aldığı, dolayısıyla bu hâlde resen tarhiyata konu tutar ile ortağın kâr beklentisi arasında bir irtibat bulunduğu, ayrıca ortağın yukarıda anılan hak ve yetkilerini kullanarak bu durumu engelleme imkânının bulunduğu ifade edilebilir. Ancak ortaklık sıfatının kaybından sonra gerçekleşen defter ve belge ibraz etmeme fiili nedeniyle resen tarhiyata konu edilen miktar ile ortağın şirkette sermaye sahibi olmaya dayalı kâr beklentisi arasında bağlantı bulunmadığı ve bu halde resen tarh nedeninin ortağın inceleme ve bilgi alma yetkisinin ve haliyle denetimde bulunma yetkisinin sona erme tarihinden sonra gerçekleşmesi nedeniyle ortağın bu durumu öngörme ve engelleme olanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Başka bir açıdan defter ve belge ibraz etmeyen kanuni temsilcinin ağır kusurunun ortağın sorumluluğu bağlamında, illiyet bağını kesen bir neden oluşturduğu da söylenebilir. Kamu alacağının tahsiline dayalı kamu yararı amacı karşısında üçüncü bir kişinin (kanuni temsilcinin) ağır kusurundan (kanuni bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden) kaynaklanan şirket borcunun doğumunda ortağın bir katkısı bulunmamaktadır. Ortağın defter ve belge ibraz etmeme fiilinin gerçekleştiği tarihte şirkette pay

[54] Diğer örnekler için bkz. BALCI, s. 758.

sahibi olmaması nedeniyle ne defter-belge ibrazına ilişkin yazıdan haberdar olma imkânı vardır ne de ibraz etmeme fiilini engellemeye de muktedirdir.

Son olarak kamu alacağını ödeyen ortağın rücu imkânının bulunmadığı da gözetilmelidir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkta payını devreden ancak sırf ilgili vergilendirme döneminde sermaye payına sahip olduğu gerekçesiyle limited şirketin eski ortağın sorumluluğuna gidilmesinin *ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu ve ödeme emrini konu unsuru yönünden hukuka aykırı kıldığı düşünülmektedir.*

Temel hak ve özgürlükleri koruma hususunda "öncelikle görevli olan" idari yargının bu gerekçeyle ödeme emrini iptal etmesinin hukuka uygunluk denetimi açısından daha etkili bir koruma sağlayacağında şüphe bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Basılı Eserler

BAHÇECİ, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

BALCI, Mustafa: Kamu İcra Hukuku ve 6183 sayılı Kanun Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

BATI, Murat: Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

CANDAN, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa Haziran 2011 (Cilt I).

KANETİ, Selim, EKMEKCİ, Esra, GÜNEŞ, Gülsen, KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

KARAKOÇ, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2001 (Cilt I).

ÖNCEL, Muallâ, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.

E-kaynaklar

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c055/tbmm20055103ss0626.pdf.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c022/tbmm23022113ss0220.pdf.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c083/tbmm19083092ss0813.pdf

Anayasa Mahkemesi Kararları

Norm Denetimi Kararları

AYM'nin 13.12.2017 tarih ve E: 2016/14 K: 2017/170 sayılı kararı, R.G. 24.01.2018-30311.

AYM'nin 26.07.2023 tarih ve E: 2023/36 K:2023/142 sayılı kararı, R.G. 13.10.2023-32338.

Bireysel Başvuru Kararları

Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2015/17510, K. 18.10.2017, R.G. 24.11.2017-30250.

Ford Motor Company Başvurusu, Başvuru No: 2014/13518, K. 26.10.2017, R.G. 13.12.2017-30269.
İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2015/941, K. 25.10.2018, R.G. 25.12.2018-30636.

Elegance Hotel Turizm İşletmeleri A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2015/19953, K. 26.06.2019, R.G. 06.08.2019-30854.

Danıştay Kararları

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 11.12.2018 tarih ve E: 2013/1 K: 2018/1 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 23.03.2001 tarih ve E: 2000/391 K: 2001/105 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 30.04.2013 tarih ve E: 2011/491 K: 2013/190 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 18.11.2020 tarih ve E: 2019/1559 K: 2020/1250 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 11.10.2023 tarih ve E: 2022/204 K: 2023/1162 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 22.11.2023 tarih ve E: 2022/234 K: 2023/1404 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 02.10.2024 tarih ve E: 2024/190 K: 2024/858 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1538 K: 2025/103 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1547 K: 2025/104 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/291 K: 2025/105 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1660 K: 2025/108 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1705 K: 2025/109 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 26.02.2025 tarih ve E: 2023/1707 K: 2025/110 sayılı kararı.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 21.05.2025 tarih ve E: 2023/1333 K: 2025/398 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 25.04.2017 tarih ve E: 2014/3983 K: 2017/3190 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 19.03.2019 tarih ve E: 2015/13150 K: 2019/1868 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 18.12.2023 tarih ve E: 2021/2898 K: 2023/5725 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 27.05.2024 tarih ve E: 2024/1165 K: 2024/3448 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 10.10.2024 tarih ve E: 2024/4608 K: 2024/5238 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 19.02.2025 tarih ve E: 2022/1900 K: 2025/761 sayılı kararı.

Danıştay Üçüncü Dairenin 24.04.2025 tarih ve E: 2025/1729 sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında verdiği kararı.

Danıştay Dördüncü Dairenin 17.02.2020 tarih ve E: 2016/6642 K: 2020/768 sayılı kararı.

Danıştay Dördüncü Dairenin 30.06.2020 tarih ve E: 2016/7905 K: 2020/2456 sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairenin 19.06.2000 tarih ve E: 2000/910 K: 2000/2026 sayılı kararı.

Danıştay Yedinci Dairenin 16.03.2005 tarih ve E: 2001/3306 K: 2005/396 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairenin 03.05.2017 tarih ve E: 2015/1255 K: 2017/4417 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairenin 06.04.2021 tarih ve E: 2021/239 K: 2021/2572 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7801 K: 2021/6007 sayılı kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7678 K: 2021/6009 sayılı kararı.
Danıştay Dokuzuncu Dairenin 02.12.2021 tarih ve E: 2018/7693 K: 2021/6008 sayılı kararı.
Danıştay Dokuzuncu Dairenin 05.12.2023 tarih ve E: 2021/2872 K: 2023/5095 sayılı kararı.
Danıştay Onuncu Dairenin 11.02.2021 tarih ve E: 2015/2686 K: 2021/444 sayılı kararı.
Danıştay Onbirinci Dairenin 18.03.1998 tarih ve E: 1997/2498 K: 1998/1101 sayılı kararı.

2022 YILINDA SEÇİM KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SONRASI 2023 YILI MİLLETVEKİLİ SEÇİMLERİNDE SEÇİM İTTİFAKLARI: KAYSERİ İLİ ÖRNEĞİ

Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU*

ÖZET

2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'na 13 Mart 2018 tarih ve 7102 sayılı Kanun ile eklenen 12/A maddesi, siyasi partilerin ittifak yaparak seçime katılmasına imkan tanımıştır. 2018 yılına kadar ise seçim kanunları ittifaka izin vermediği için, ittifak büyük partilerin listesinden seçime girme ve sonrasında partisine geri dönme şeklinde gerçekleşmekteydi. 1982 Anayasası 67. maddenin son fıkrası seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağını düzenlemekte ve bu durum bir sonraki genel seçimlerin tarihinin belirleyicisi olmaktadır. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 21'in H bendi uyarınca 13 Mart 2018 değişiklikleri 24 Haziran 2018 genel seçimlerinde uygulanabilmiş ve siyasi partiler ittifak yaparak seçime katılabilmişlerdir. Milletvekili Seçimi Kanunu 34. maddeye 2018 yılında eklenen ek fıkra, ittifakın elde edeceği milletvekili sayısının hesabında öncelikle ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyununun esas alınması sonra ise ittifak yapan siyasi partiler arasında her birinin aldığı geçerli oy sayısı esas alınarak milletvekili sayısının paylaştırılmasını düzenlemişti. Milletvekili Seçim Kanunu'nda 31 Mart 2022 tarih ve 7393 sayılı Kanun ile yapılan değişlikler sonrası milletvekilliklerinin paylaştırılmasında ittifakın toplam oyunun değil, her bir partinin aldığı oyun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu durum da bazı illerde Cumhur ittifakı lehine bazı illerde ise Millet ittifakı lehine sonuçlanmıştır. Ayrıca 2022 değişiklikleri ile 1983-2022 yılları arasında uygulanan %10 seçim barajı %7'ye düşürülmüştür. Bildiri kapsamında öncelikle ülkemizde uygulanan seçim sistemleri ve seçim kanunlarında yapılan değişiklikler esas alınacaktır. Anayasa tarihi açısından iktidar partilerinin seçimlerde tekrar iktidar olabilmek ve daha fazla milletvekili çıkarabilmek adına seçim kanunlarında yapmış olduğu değişiklikler seçim mühendisliği açısından incelenecektir. Ardından 14 Mayıs 2023 milletvekili seçimlerinde seçim ittifaklarında milletvekili dağılımının 24 Haziran 2018 seçimlerine göre nasıl değiştiği, 10 milletvekili çıkaran Kayseri ili esas alınarak analiz edilecektir. İttifaktaki küçük partilerin ittifak sayesinde seçim barajını aşabilmeleri ancak büyük partiler karşısında milletvekili çıkarma durumunun 2022 değişikliği ile nasıl değiştiği tartışma konusu yapılacaktır. Kayseri ilinde kendi listesinden seçime katılan partiler ile büyük parti listesinden seçime katılan partilerin sağlamış oldukları avantajlar ve dezavantajlar karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Seçim İttifakları, Kayseri, Milletvekili Seçim Kanunu, Milletvekili Seçimleri, Seçim Sistemleri.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, edemirsoy@erciyes.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-9241-0506.

ELECTORAL ALLIANCES IN THE 2023 GRAND NATIONAL ASSEMBLY ELECTIONS SUBSEQUENT TO THE AMENDMENTS ENACTED IN THE ELECTION LAW OF 2022: A CASE STUDY OF KAYSERI PROVINCE

ABSTRACT

The addition of Article 12/A to the Parliamentary Elections Law No. 2839 by Law No. 7102 dated March 13, 2018, enabled political parties to form alliances in elections. Until 2018, since the election laws did not allow alliances, alliances were realized by entering the elections from the lists of major parties and then returning to their party. The last paragraph of Article 67 of the 1982 Constitution regulates that the amendments made to the election laws cannot be applied in elections to be held within one year from the date of entry into force, and this situation determines the date of the next general elections. In accordance with Article 21 H of the Temporary Article added to the Constitution with the Constitutional Amendment Law No. 6771, the amendments of March 13, 2018 could be applied in the general elections of June 24, 2018, and political parties were able to participate in elections by forming alliances. The additional paragraph added to Article 34 of the Parliamentary Election Law in 2018 regulated that the number of seats to be won by the alliance would first be taken as a basis for the total votes of the political parties that formed the alliance, and then the number of seats among the political parties that formed the alliance would be shared based on the number of valid votes each received. After the amendments made to the Parliamentary Election Law with Law No. 7393 dated March 31, 2022, it was regulated that the votes received by each party, not the total votes of the alliance, would be taken into account in the distribution of seats. This situation resulted in favor of the People's Alliance in some provinces and in favor of the Nation Alliance in some provinces. In addition, with the 2022 amendments, the 10% election threshold applied between 1983-2022 was reduced to 7%. Within the scope of the declaration, the election systems applied in our country and the changes made to the election laws will be taken as basis. In terms of constitutional history, the changes made by the ruling parties in the election laws in order to come to power again in the elections and to have more seats will be examined in terms of election engineering. Then, how the distribution of deputies in the electoral alliances in the 14 May 2023 parliamentary elections has changed compared to the 24 June 2018 elections will be analyzed based on the province of Kayseri, which had 10 deputies. The fact that the small parties in the alliance were able to pass the election threshold thanks to the alliance, but how the situation of deputies being elected against the big parties has changed with the 2022 amendment will be discussed. The advantages and disadvantages of the parties participating in the elections from their own lists and the parties participating in the elections from the big party lists in Kayseri province will be compared.

Keywords: Electoral Alliances, Kayseri, Law on the Election of Members of Parliament, Parliamentary Elections, Electoral Systems.

GİRİŞ

Seçimlerde oy kullanabilmek için önceden bir seçim düzeninin hazırlanmış olması gerekmektedir. Seçmen ve aday olabilme koşullarının belirlenmesi, seçim çevrelerinin belirlenmesi ve seçilen seçim sistemi, kullanılan oyların TBMM'de milletvekili olarak dönüşümünde önem arz etmektedir. Ülkemizde seçim sistemleri Anayasa ile düzenlenmemiş hangi seçim sisteminin uygulanacağı kanun koyucuya bırakılmıştır. İktidar partileri de seçimlerde tekrar iktidar olabilmek ve daha fazla milletvekili çıkarabilmek adına seçim kanunlarında değişiklikler yapmışlardır. Bu değişikliklerden en önemlilerinden biri ittifak yasağının kaldırılmasıdır. 2018 yılında yapılan bu değişiklikle siyasi partiler

ittifak yaparak seçime katılabilmişlerdir. 2002 yılında yapılan değişiklikle de ittifak oylarının milletvekili dağılım usulü değişmiştir. Çalışma, bu durumun Kayseri ili açısından incelenmesini içermektedir.

I. TÜRKİYE'DE UYGULANAN SEÇİM SİSTEMLERİ

Demokratik rejimlerde yönetenler yetkilerini seçimlerde halkın oyundan aldıklarından, seçimler ve seçim sistemleri demokrasilerde rejimin ve yönetenlerin meşruiyet temelini oluşturur ve seçimler toplum-devlet ilişkisin sağlayan en önemli araçlardan birisidir.

[1] Seçim sistemi, seçmenlerin vermiş oldukları oyların parlamento sandalyelerine dönüştürülmesinde uygulanan kurallar bütünüdür.[2] Seçim sistemlerinin iki temel işlevi vardır; birincisi parlamentoda bir çoğunluğun oluşturularak ülkeyi yönetecek olan hükümetin belirlenmesi, ikincisi ise toplumdaki değişik görüşlerin parlamentoya yansımasını sağlamaktır.[3] 1982 Anayasası, önceki anayasalarımızda olduğu gibi seçim sisteminin ne olacağı hususunu düzenlememiş, bu hususta tercihi kanun koyucuya bırakmıştır.[4] 1982 Anayasası 67. madde seçimlerle ilgili genel ilkeleri düzenlemektedir. Seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. 1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu ile 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, milletvekili seçimleri ile ilgili ana kanunlardır. Yüksek Seçim Kurulunun ilke kararları da önem arz etmektedir.

Seçim sistemleri oyların değerlendiriliş şekli açısından iki ana tipe ayrılmakta olup, bunlar çoğunluk sistemleri ve nispi temsil sistemleridir.[5] Demokrasiye ve demokrasiye geçiş sürecindeki ülkeleri incelendiğinde, en yaygın olarak benimsenen seçim sisteminin nispi temsil olduğu görülmektedir.[6] Türkiye'de 1876 ve 1960 yılları arasında tek turlu çoğunluk sistemi uygulanmış, 1961'den günümüze kadar ise nispi temsil seçim sistemi uygulanmaktadır.[7] Ülkemizde 1908 seçimleri, bir seçim kanunu çerçevesinde yapılan ilk seçim olup, seçim İttihat ve Terakki ile Ahrar Fırkası arasında gerçekleşmiştir.[8] 1946, 1950, 1954 ve 1957 seçimleri listeli basit çoğunluk sistemine göre yapılmıştır.[9] 1961 seçimlerinde seçim çevresi barajlı d'Hont; 1965'te milli bakiye (ulusal artık); 1969, 1973, 1977'de barajsız d'Hont; 1983, 1987, 1991'de çift barajlı (ülke barajı+seçim çevresi barajı) d'Hont; 1995, 1999, 2002, 2007, 2011, 2015, 2018 ve 2023 seçimlerinde sadece ülke barajlı d'Hont sistemi uygulanmıştır.[10] Seçim

[1] TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 243.

[2] ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 264.

[3] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 243.

[4] ÖZBUDUN, s. 267; DÖNER, Ayhan: *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara 2025, s. 344.

[5] ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku,* Seçkin Yayınevi, Ankara: 2019, s. 222.

[6] ATAR, s. 222-223.

[7] GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 506.

[8] İba, Şeref*: Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 173.

[9] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 244.

[10] GÖZLER, s. 506.

kanunlarında sık sık ve seçimlerden hemen önce yapılan değişikliklerin önlenmesi ve seçim hukukuna istikrar kazandırmak amacıyla 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle, Anayasanın 67. maddesine "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamaz hükmü eklenmiştir.[11]

D'Hont sisteminde her partinin aldığı geçerli oy sırası ile 1, 2, 3, 4, 5, 6… o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünmekte ve bölme sonucu elde edilen sayılar büyükten küçüğe doğru sıralanarak seçilen milletvekili sayısı bulunmaktadır.[12] Ülke barajı, bir partinin ulusal düzeyde elde etmiş olduğu geçerli oy toplamının ancak belli bir yüzdeye ulaşmış olması durumunda milletvekili dağılımına girebileceği baraj türüdür.[13] 1983-2022 yılları arasında uygulanan %10 seçim barajı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda 31 Mart 2022 tarih ve 7393 sayılı Kanun ile yapılan değişlik ile %7'ye düşürülmüş ve 2023 seçimlerinde uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi 1995 yılında vermiş olduğu kararında %10'luk seçim barajının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Dünya genelinde de yaklaşık her üç devletten birinin ülke barajı uygulamasına yer verdiği görülmektedir.[14] Anayasa Mahkemesine göre: "*Seçim sistemlerinin anayasal ilkelere ödünsüz uygunluğu yanında kimi zorunlu koşulları içermesi kaçınılmazdır. Sistemin doğasından kaynaklanan ve yüzdelerle konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabul edilebilir ve aykırılığından söz edilemez belirlemelerdir. Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak el atmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki % 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır."*[15] Görüldüğü üzere Mahkeme, %10'luk seçim barajını istikrar ilkesine ve temsilde adalet ilkesine uygun bulmuştur. 2022 yılı Milletvekili Seçim Kanunu'nda yapılan değişiklik ile bu barajın %7'ye indirilmesi ile de Dünya geneli uygulamalara daha yakın bir oran kabul edilmiştir.

Seçim sistemleri, siyasi partiler ya da bağımsız adaylar için kullanılan oyları, parlamentoya aynı oranda yansıtmamakta; partilerin bir kısmı seçimde aldıkları oy oranlarının üzerinde, bir kısmı ise oy oranlarından daha düşük düzeyde temsil oranına sahip olmakta, bazı partiler ise parlamento dışı kalmaktadırlar.[16]

II. SEÇİM İTTİFAKLARI

1982 Anayasasında yapılan 2017 değişikliği ile Türk tipi başkanlık sistemi ya da resim adıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle beraber genel barajı düşürmek veya kaldırmak

[11] TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 252.

[12] TEZİÇ, Erdoğan*: Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 352-353.

[13] ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım/Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar,* Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 574.

[14] ANAYURT, s. 575.

[15] AYM'nin 18.11.1995 tarih ve E: 1995/54 K: 1995/59 sayılı kararı.

[16] İBA, s. 174-175.

yerine Türk tipi bir çözüm yolu olarak seçim ittifakları gündeme gelmiştir.[17] 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'na 13 Mart 2018 tarih ve 7102 sayılı Kanun ile eklenen 12/A maddesi, siyasi partilerin ittifak yaparak seçime katılmasına imkan tanımıştır. Ayrıca Siyasi Partiler Kanunu 90. maddenin ikinci fıkrası aynı madde ile değiştirilmiş ve Siyasi partilerin seçimlerde başka bir partiyi destekleme kararı alamayacağına dair yasak kaldırılmıştır. 2018 yılına kadar ise seçim kanunları ittifaka izin vermediği için, ittifak büyük partilerin listesinden seçime girme ve sonrasında partisine geri dönme şeklinde gerçekleşmekteydi. 1950-1954 arası dönemde seçim ittifaklarına dair herhangi bir yasak bulunmamaktadır. 1950 tarihli 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu'nun 35. maddesi bir siyasi partiden aday gösterilmiş bir kişinin, yazılı muvafakat vermek şartıyla başka bir partiden ya da bağımsız aday olabileceğini belirtmiştir. Böylece İşçi Partisi genel başkanı Orhan Arsal 1954 seçimlerinde Cumhuriyetçi Millet Partisi listesinden bağımsız aday olarak gösterilmişti[18]. 1957 yılında seçimlerden yaklaşık bir buçuk ay önce yapılan kanun değişikliği ile bu durum yasaklanmış ve küçük partilerin ortak listede seçime girme ihtimalleri ortadan kaldırılmıştır[19]. 1977 seçimlerinde bazı MHP'li üyeler, Adalet Partisi listesinden aday gösterilmiştir. 1980 askeri darbesi sonrasında yürürlüğe giren 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, seçim ittifakı yasakları devam etmiştir. 1991, 1995, 2002, 2007, 2011, 2015 seçimlerinde büyük partinin listesinden aday gösterilme şeklinde ittifaklar gerçekleşmiştir. 2018 yılı ittifak yasağı kaldırılana kadar durum bu şekilde devam etmiştir. 2015 yılında %10'luk ulusal barajı aşabilmek için BBP ve SP ittifak yapmış, bazı BBP'li adaylar partisinden istifa ederek SP üyesi olmuş ve bu partinin aday listelerinde yer almış; ancak buna rağmen SP-BBP ittifakı %10'luk ulusal barajın altında kalmış ve hiç milletvekili çıkaramamıştır.[20] Anayasa tarihi açısından iktidar partileri seçimlerde tekrar iktidar olabilmek ve daha fazla milletvekili çıkarabilmek adına seçim kanunlarında seçim mühendisliği çerçevesinde değişiklikler yapmışlardır. 2017 Anayasa değişikliği sonrası yeni hükümet sistemine geçişle beraber görülen ihtiyaç neticesinde kanun değişikliğine gidilmesi ve ittifak yasağının kaldırılması durumu, kanunu arkadan dolanma şeklinde görülen zorlama ittifakların yerini bilinen klasik ittifakların alması ile sonuçlanmıştır.[21]

1982 Anayasası 67. maddenin son fıkrası seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağını düzenlemekte ve bu durum bir sonraki genel seçimlerin tarihinin belirleyicisi olmaktadır. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 21'in H bendi uyarınca 13 Mart 2018 değişiklikleri 24 Haziran 2018 genel seçimlerinde uygulanabilmiş ve siyasi partiler ittifak yaparak seçime katılabilmişlerdir. H bendi: Anayasanın 67'nci maddesinin son fıkrası hükmü, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra birlikte yapılacak ilk milletvekili genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi bakımından uygulanmaz. İttifak yasağının kalkması ve 2018 seçimlerinde uygulanması ile beraber, ülke seçim barajını tek başına aşamayan siyasi partiler, ittifak sayesinde milletvekili kazanabilmişlerdir.

---

[17] İBA, s. 77.

[18] ÇELİK, Aziz: "1950'lerin Unutulan (Demokrat) İşçi Partisi ve Onun Üç Sisypus'u", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 2014/2, s. 40; DEMİRKOL Özhan/ÇOBAN BALCI, Aslıhan: "Türkiye'de Seçim İttifakları: 1950-2018", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Sayı 2021/22-2, s. 356.

[19] SAVUT, Emre: "Geçmişten Bugüne Türkiye Siyasetinde Seçim İttifakları: Tercih mi? Zorunluluk mu?", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 2020/39, s. 38.

[20] İBA, s. 176-177.

[21] İBA, s. 177.

Milletvekili Seçimi Kanun 12/A maddesine göre: *(1) Seçimlere katılma yeterliliği taşıyan siyasi partiler, ittifak yaparak seçime katılabilir. İttifak yapan siyasi partiler, kendi aday listelerini verir. (2) İttifak yaparak seçime katılma kararı alan siyasi partiler, seçimin başlangıç tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde, genel başkanların imzalarını ihtiva eden ittifak protokolünü Yüksek Seçim Kuruluna teslim eder. Aday listelerinin teslim edilmesi için belirlenen tarihten iki gün öncesine kadar, aynı usulle ittifak protokolünde değişiklik yapılabilir. (3) İttifak protokolünde; siyasi partilerce belirlenmesi halinde, ittifak unvanı ve kanunlara aykırı olmayan diğer hususlar yer alır. (4) Siyasi partiler, aday listelerinin teslim edilmesi için belirlenen tarihten üç gün öncesine kadar, Yüksek Seçim Kuruluna bildirimde bulunmak suretiyle ittifaktan vazgeçebilir. Bu durum, Yüksek Seçim Kurulunca aynı ittifak içerisindeki diğer siyasi partilere derhal bildirilir. Vazgeçme halinde, ittifak diğer partiler arasında devam eder. İttifaktan vazgeçmenin bildirilmesini takip eden gün saat 17.00'ye kadar, ittifak içerisindeki diğer siyasi partiler ittifak protokolünü değiştirebilir veya ittifaktan vazgeçebilir. (5) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile seçim ittifakına ilişkin diğer hususlar Yüksek Seçim Kurulunca belirlenir."* 14 Mayıs 2023 seçimleri için siyasi partilerin ittifak protokollerini YSK'ya teslimi son tarih 24 Mart 2023 olarak belirlenmiştir. Aday listelerinin teslimi son tarih 7 Nisan 2023 olarak belirlenmiş 6 Nisan 2023 tarihine kadar da siyasi partilerin ittifaktan vazgeçebileceklerine karar verilmiştir. Seçimden 40 gün öncesine kadar ittifak tabloları kesin olarak şekillenmektedir. Milletvekili Seçimi Kanunu 33. maddeye göre: Seçim ittifakı yapılması halinde, %7'lik barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması yapılmaz.

III. 2022 YILI DEĞİŞİKLİKLERİNİN 2023 YILI MİLLETVEKİLİ GENEL SEÇİMLERİNE YANSIMASI

Milletvekili Seçimi Kanunu 34. maddeye 2018 yılında eklenen ek fıkra, ittifakın elde edeceği milletvekili sayısının hesabında, öncelikle ittifak yapan siyasi partilerin toplam oyununun esas alınması, sonra ise ittifak yapan siyasi partiler arasında her birinin aldığı geçerli oy sayısı esas alınarak, milletvekili sayısının paylaştırılmasını düzenlemişti. Bu durum temsilde adaletsizlikler yol açtığı gerekçesiyle maddede değişiklik yapılmıştır. Milletvekili Seçim Kanunu'nda 31 Mart 2022 tarih ve 7393 sayılı kanun ile yapılan değişlikler sonrası milletvekilliklerinin paylaştırılmasında ittifakın toplam oyunun değil, her bir partinin aldığı oyun dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Milletvekili Seçimi Kanunu 34. maddedeki "ittifakların" ibareleri metinden çıkarılarak değişiklik sağlanmıştır. Milletvekili Seçimi Kanunu 34. maddeye göre*: "(1) Bağımsız adaylar ve 33. maddede yazılı oranı aşan siyasi partiler ile bu oranı aşan ittifakı oluşturan partilerin, bir seçim çevresinde elde edecekleri milletvekili sayısı aşağıdaki şekilde hesaplanır: (3) "Seçime katılmış siyasi partilerin ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları geçerli oy sayıları da hizalarına yazılır. Siyasi partilerin oy sayıları, önce bire, sonra ikiye, sonra üçe.... ila o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar ile bağımsız adayların aldıkları oylar ayrım yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısı kadar bu payların sahibi olan siyasi partilere ve bağımsız adaylara rakamların büyüklük sırasına göre milletvekili tahsis olunur. (4) Son kalan milletvekilliği için birbirine eşit rakamlar bulunduğu takdirde, bunlar arasında ad çekilmek suretiyle tahsis yapılır. (5) Seçime katılan siyasi partilerden veya ittifaklardan hiçbirisi yukarıdaki maddede yazılı oranı aşamamış ise milletvekilleri üçüncü ve dördüncü fıkra hükümlerine göre paylaştırılır. (7) İttifakın aldığı oy toplamı genel barajı geçtiği takdirde, seçim çevrelerinde milletvekili hesabı ve dağılımı, ittifak içerisinde yer alan her bir partinin o seçim çevresinde almış olduğu oy sayısı dikkate alınarak üçüncü fıkra hükümlerine göre yapılır."*

Bu durumun yansıması bazı illerde Cumhur İttifakı lehine bazı illerde ise Millet İttifakı lehine olmuştur. Türkiye genelinde Ak Partinin 8, MHP'nin 1, İyi Partinin 1, TİP'in 1 milletvekili kaybetmesini; CHP'nin 7, Yeşiller Sol Partisinin 4 milletvekili daha kazanmasını sağlamıştır[22]. Bunun nedeni de bazı siyasi partilerin ittifakın en güçlü partisinin aday listesinden seçime katılmalarıdır. Küçük partiler ittifak sayesinde seçim barajını aşabilmiş ve büyük partilerin listesinden milletvekili çıkarabilmişlerdir. 14 Mayıs 2023 seçimlerinde, Türkiye genelinde %2.81 oy alan Yeniden Refah Partisinin Cumhur İttifakına katılması sayesinde 5 milletvekilli çıkarması, CHP listesinden seçime giren DEVA Partisinin 15, Gelecek Partisinin 10, Saadet Partisinin 10, Demokrat Partinin 3 milletvekili kazanması buna örnek teşkil etmektedir. Toplam 38 milletvekili, daha sonra CHP'den ayrılıp kendi partilerine geri dönmüşlerdir.

IV. KAYSERİ İLİ ÖRNEĞİ

14 Mayıs 2023 milletvekili genel seçiminde seçim ittifaklarında milletvekili dağılımının 24 Haziran 2018 milletvekili genel seçimine göre nasıl değiştiği, 10 milletvekili çıkaran Kayseri ili açısından inceleyeceğiz. YSK kesin seçim sonuçlarına göre; 24 Haziran 2018 milletvekili genel seçiminde, Kayseri'de kayıtlı seçmen sayısı 954.408'dir. Oy kullanan seçmen sayısı 864.726'dır. Seçime katılma oranı %90'dır. Geçerli oy sayısı 848.702'dir. Yurt dışı geçerli oylardaki payı 26.279 olup toplam geçerli oy sayısı bunun yansımış hali ile 874.981'dir. Kayseri ilinin çıkardığı milletvekili sayısı 10'dur. Bu sayının belirlenmesi de Milletvekili Seçimi Kanunu 4. maddeye göre yapılmaktadır. İlgili maddeye göre: *"(1) İllerin çıkaracağı milletvekili sayısının tespitinde toplam milletvekili sayısından her il'e önce bir milletvekili verilir. (2) Son genel nüfus sayımı ile belli olan Türkiye nüfusu, birinci fıkradaki illere verilen milletvekili sayısı çıkarıldıktan sonra kalan milletvekili sayısına bölünmek suretiyle bir sayı elde edilir. İl nüfusunun bu sayıya bölünmesi ile her ilin ayrıca çıkaracağı milletvekili sayısı tespit olunur."* 1 Kasım 2015 seçimlerinde Kayseri ilinin çıkardığı milletvekili sayısı 9 iken, TBMM üye tam sayısının 550'den 600'e çıkarılması ile birlikte, 2018 seçimlerinde bu sayı 10'a çıkmıştır. 2023 seçimlerinde de Kayseri ilinin çıkardığı milletvekili sayısı 10'dur.

2022 değişikliği öncesi Milletvekili Seçimi Kanunu 34. maddenin 3. fıkrası*: "Seçime katılmış siyasi partilerin, ittifakların ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları geçerli oy sayıları da hizalarına yazılır. Siyasi partilerin ve ittifakların oy sayıları, önce bire, sonra ikiye, sonra üçe.... ila o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar ile bağımsız adayların aldıkları oylar ayrım yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısı kadar bu payların sahibi olan siyasi partilere, ittifaklara ve bağımsız adaylara rakamların büyüklük sırasına göre milletvekili tahsis olunur"* şeklindeydi. Bu maddeye göre Kayseri ili için milletvekili dağılımı Tablo 1'de gösterilmiştir.

Tablo 1: 2018 Yılı Kayseri ili Milletvekili Dağılımının İttifakın Toplam Oyuna Göre Dağılımı

[22] ÖZDEMİR, Abdülkadir: "Seçim Kanunu'nda 2022 Yılında Yapılan Değişikliklerin 2023 Yılı Milletvekili Seçimlerine Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2023/168, s. 120.

	Ak Parti	MHP	Cumhur İttifakının Toplam Oyu	CHP	İyi Parti	SP	Millet İttifakının Toplam Oyu
Alınan Oy/1	**443.015**	**187.936**	**630.951**	**108.268**	**96.334**	15.035	**219.637**
Alınan Oy/2	**221.507**	**93.968**	**315.475**	54.134	48.167	7.517	**109.818**
Alınan Oy/3	**147.671**	62.645	**210.317**	36.089	32.111	5.011	73.212
Alınan Oy/4	**110.753**	46.984	**157.737**	27.067	24.083	3.758	54.909
Alınan Oy/5	**88.603**	37.587	**126.190**	21.653	19.266	3.007	43.927
Alınan Oy/6	**73.835**	31.322	**105.158**	18.044	16.055	2.505	36.606
Alınan Oy/7	63.287	26.848	**90.135**	15.466	13.762	2.147	31.376
Alınan Oy/8	55.376	23.492	**78.868**	13.533	12.041	1.879	27.454
Kazanılan Milletvekili Sayısı	6	2	**8**	1	1	0	**2**

Kayseri'de 2018 seçimlerinde Tablo 1'de görüldüğü üzere; Cumhur İttifakı 8 milletvekili, Millet İttifakı 2 milletvekili kazanmıştır. İttifak içerisinde de Ak Parti 6 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 1 milletvekili ve İyi Parti 1 milletvekili kazanmıştır. Cumhur İttifakı 8. milletvekilini 78.868 oy ile kazanırken Millet İttifakı 2. milletvekilini 109.818 oy ile kazanmıştır. Bu durum Kayseri ilinde Cumhur İttifakının toplam oyunun Millet İttifakının toplam oyunun yaklaşık 3 katı olmasından kaynaklanmaktadır. Tablo 1'e göre Ak Partinin 6. milletvekilini 73.835 oy ile kazandığı, CHP'nin kazanmış olduğu tek milletvekilini ise 108.268 oy ile kazandığı görülmektedir.

2022 yılında Milletvekili Seçim Kanunu'nda yapılan değişiklik ile yapılan milletvekilli dağıtım şekli, 2018 yılı milletvekili genel seçimlerinde Kayseri'de uygulanmış olsaydı Kayseri ilinde milletvekili dağıtım şeklinin nasıl olacağı Tablo 2'de gösterilmiştir.

Tablo 2: 2018 yılı Kayseri ili Milletvekili Dağılımının İttifakın Toplam Oyu Değil, Siyasi Partilerin Aldıkları Oylara göre Dağılımı

	Ak Parti	MHP	CHP	İyi Parti	SP
Alınan Oy/1	**443.015**	**187.936**	**108.268**	**96.334**	15.035
Alınan Oy/2	**221.507**	**93.968**	54.134	48.167	7.517
Alınan Oy/3	**147.671**	62.645	36.089	32.111	5.011

Alınan Oy/4	**110.753**	46.984	27.067	24.083	3.758
Alınan Oy/5	**88.603**	37.587	21.653	19.266	3.007
Alınan Oy/6	**73.835**	31.322	18.044	16.055	2.505
Alınan Oy/7	63.287	26.848	15.466	13.762	2.147
Alınan Oy/8	55.376	23.492	13.533	12.041	1.879
Kazanılan Milletvekili Sayısı	**6**	**2**	**1**	**1**	0

Tablo 2'de görüldüğü üzere, partilerin kazandıkları milletvekili sayısında bir değişiklik olmamış; Ak Parti 6 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 1 milletvekili ve İyi Parti 1 milletvekili kazanmıştır. İttifak içinde bulunan Ak Partinin 6. milletvekilin 73.835 oyla, MHP'nin ise 2. milletvekilini 93.968 oy ile kazandığı görülmektedir. Bu durum da Kayseri ilinde Ak Partinin oy oranının MHP'nin oy oranının yaklaşık 2,5 katı olmasından kaynaklanmaktadır.

YSK kesin seçim sonuçlarına göre; 14 Mayıs 2023 milletvekili genel seçiminde Kayseri'de kayıtlı seçmen sayısı 1.026.972'dir. Oy kullanan seçmen sayısı 934.543'tür. Seçime katılma oranı %91'dir. Geçerli oy sayısı 915.750'dir. Yurt dışı geçerli oylardaki payı 31.571 olup toplam geçerli oy sayısı bunun yansımış hali ile 947.321'dir. Kayseri'de 2023 seçimlerinde Cumhur İttifakı 7 milletvekili, Millet İttifakı 3 milletvekili kazanmıştır. İttifak içerisinde de Ak Parti 5 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 2 milletvekili, İyi Parti 1 milletvekili kazanmıştır.

Tablo 3: 2023 yılı Kayseri İli Milletvekili Dağılımının Siyasi Partilerin Aldıkları Oylara Göre Dağılımı

	Ak Parti	MHP	CHP	İyi Parti
Alınan Oy/1	**385.798**	**180.094**	**163.337**	**94.482**
Alınan Oy/2	**192.899**	**90.047**	**81.668**	47.241
Alınan Oy/3	**128.599**	60.031	54.445	31.494
Alınan Oy/4	**96.449**	45.023	40.834	23.620
Alınan Oy/5	**77.159**	36.018	32.667	18.896
Alınan Oy/6	64.299	30.015	27.222	15.747
Alınan Oy/7	55.114	25.727	23.333	13.497

Alınan Oy/8	48.224	22.511	20.417	11.810
Kazanılan Milletvekili Sayısı	**5**	**2**	**2**	**1**

2018 yılı milletvekili seçimlerinde Kayseri'de CHP'nin oyu 108.268 iken, 2023 yılı milletvekili seçimlerinde bu sayı 163.337'dir. Bu durumun nedeni de DEVA, Gelecek, SP ve DP'nin CHP'nin aday listesinden seçime katılmış olmalarıdır. CHP'nin seçilen 2 milletvekilinden 1'i Saadet Partisi adayı olup, seçim sonrası partisine geri dönmüştür Ak Parti 5. milletvekilini 77.159 oy ile kazanmış iken, İyi Parti tek milletvekilini 94.482 oy ile kazanmıştır. 2023 seçim sonuçlarının 2018 seçim sonuçlarına göre Kayseri açısından gerçekleşen tek değişiklik, Millet İttifakının 1 milletvekili daha fazla kazanmasıdır. Millet ittifakı 2018 seçimlerinde 2 olan milletvekili sayısını 2023 seçimlerinde 3'e çıkarmıştır. Bu durum da ittifak içerisinde büyük parti listesinden aday gösterilmenin sonucudur. İyi Partinin seçilen tek milletvekili de 2024 yılında partisinden istifa ederek Ak Partiye katılmıştır. Böylelikle Kayseri ilinde milletvekili dağılımı 2018 seçim sonuçlarındaki sayı ile aynı olmuştur. Ak Parti 6 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 1 (2-1) milletvekili ve SP 1 milletvekili (CHP listesinden seçime girip partisine geri dönen) şeklindedir.

Milletvekili dağılım şekli Kayseri ilinde 2023 seçimlerinde 2018 seçimlerindeki gibi yapılsaydı, Kayseri ilindeki milletvekili dağılımının değişip değişmeyeceği hususu Tablo 4'te incelenmiştir.

Tablo 4: 2023 Yılı Kayseri ili Milletvekili Dağılımının İttifakın Toplam Oyuna Göre Dağılımı

	Ak Parti	MHP	Cumhur İttifakının Toplam Oyu	CHP	İyi Parti	Millet İttifakının Toplam Oyu
Alınan Oy/1	**385.798**	**180.094**	**616.805**	**163.337**	**94.482**	**257.819**
Alınan Oy/2	**192.899**	**90.047**	**308.402**	**81.668**	47.241	**128.909**
Alınan Oy/3	**128.599**	60.031	**205.601**	54.445	31.494	**85.939**
Alınan Oy/4	**96.449**	45.023	**154.201**	40.834	23.620	64.454
Alınan Oy/5	**77.159**	36.018	**123.361**	32.667	18.896	51.563
Alınan Oy/6	64.299	30.015	**102.800**	27.222	15.747	42.969
Alınan Oy/7	55.114	25.727	**88.115**	23.333	13.497	36.831
Alınan Oy/8	48.224	22.511	77.100	20.417	11.810	32.227
Kazanılan Milletvekili Sayısı	5	2	**7**	2	1	**3**

Ak parti ve MHP'nin 2023 yılı milletvekili seçimlerinde Kayseri için toplam oyu 565.892 iken, Cumhur ittifakının toplam oyununun hesabında Cumhur İttifakı içerisinde yer alan YRP'nin 33.062 oyu ve BBP'nin 17.851 oyu dahil edilmiştir. Ayrıca 2023 yılı milletvekili seçimlerinde Cumhur İttifakı ve Millet İttifakının yanında Emek ve Özgürlük İttifakı, Ata İttifakı ve Sosyalist Güç Birliği yer almaktaydı. Emek ve Özgürlük İttifakı YSP ve TİP'ten oluşmakta; Ata İttifakı ZP ve AP'den oluşmakta; Sosyalist Güç Birliği İttifakı ise SOL, TKP, TKH'den oluşmaktaydı. 2023 milletvekili genel seçimlerinde Türkiye genelinde Ak Parti 268, CHP 169, YSP 61, MHP 50, İyi Parti 43, YRP 5 ve TİP 4 milletvekili kazanmıştır. Kayseri ilinde sadece Cumhur İttifakı ve Millet İttifakı milletvekili çıkardığı ve diğer ittifaklar milletvekili çıkaramadıkları için milletvekili dağılım tablosuna dahil edilmemişlerdir. 2022 yılında Milletvekili Seçim Kanunu'nda değişiklik yapılmasaydı ve milletvekili dağılımı ittifakın toplam oyuna göre yapılsaydı, Kayseri ilinde, Cumhur İttifakı yine 7 milletvekili, Millet İttifakı da yine 3 milletvekili kazanacaktı. Oyların siyasi partilere dağılımında da Ak Parti 5, MHP 2, CHP 2 ve İyi Parti 1 milletvekili kazanacak ve kesin seçim sonuçlarının aynısı olan bir tablo meydana gelecekti.

SONUÇ

Kayseri'de 2018 seçimlerinde Cumhur İttifakı 8 milletvekili, Millet İttifakı 2 milletvekili kazanmıştır. İttifak içerisinde de Ak Parti 6 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 1 milletvekili ve İyi Parti 1 milletvekili kazanmıştır. 2022 yılında Milletvekili Seçim Kanunu'nda yapılan değişiklik ile yapılan milletvekilli dağıtım şekli, 2018 yılı milletvekili genel seçimlerinde Kayseri'de uygulanmış olsaydı partilerin kazandıkları milletvekili sayısında bir değişiklik olmayacaktı. Kayseri'de 2023 seçimlerinde Cumhur İttifakı 7 milletvekili, Millet İttifakı 3 milletvekili kazanmıştır. İttifak içerisinde de Ak Parti 5 milletvekili, MHP 2 milletvekili, CHP 2 milletvekili, İyi Parti 1 milletvekili kazanmıştır. Milletvekili dağılım şekli Kayseri ilinde 2023 seçimlerinde 2018 seçimlerindeki gibi yapılsaydı, Kayseri ilindeki milletvekili dağılımı yine aynı şekilde olacaktı. Bu durumun nedeni Kayseri'de Cumhur İttifakının toplam oyunun Millet İttifakının toplam oyundan yaklaşık 3 kat fazla olmasından kaynaklanmaktadır. İttifak oylarının yakın olduğu illerde ise milletvekili dağılımında 2022 yılı değişikliğinin yaratmış olduğu fark daha fazla olmaktadır.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım/Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

ÇELİK, Aziz: "1950'lerin Unutulan (Demokrat) İşçi Partisi ve Onun Üç Sisypus'u", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 2014/2, s. 31-64.

DEMİRKOL, Özhan/ÇOBAN BALCI, Aslıhan: "Türkiye'de Seçim İttifakları: 1950-2018", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Sayı 2021/22-2, s. 350-377.

DÖNER, Ayhan: *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara 2025.

GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

İBA, Şeref: *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

ÖZDEMİR, Abdülkadir: "Seçim Kanunu'nda 2022 Yılında Yapılan Değişikliklerin 2023 Yılı Milletvekili Seçimlerine Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2023/168, s. 103-128.

SAVUT, Emre: "Geçmişten Bugüne Türkiye Siyasetinde Seçim İttifakları: Tercih mi? Zorunluluk mu?", *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 2020/39, s. 33-48.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

BUZADJİ KARARI VE TÜRK HUKUKUNDA KATALOG SUÇLAR: İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Mahmud Esad Ay*

ÖZET

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Buzadji v. The Republic of Moldova adını taşıyan kararıyla "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı" bağlamında önemli bir içtihat gelişimine gitmiştir. Bu kararıyla birlikte İHAM; tutuklama kararının verildiği ilk anda (makul) şüphe unsurunu yeterli gören, "ilgili ve yeterli gerekçeler"i ise ancak "belirli bir zaman dilimi" ardından arayan önceki içtihadını değiştirmiş bulunmaktadır. Buna göre artık tutuklama muhakemesinin yapılacağı ilk andan itibaren, olmazsa olmaz bir koşul olan şüphe unsuru yanında "ilgili ve yeterli gerekçeler"in sunulması da gerekecektir. Ayrıyeten Mahkeme'ye göre; yerel kanunlarda kimi suçların ağırlık derecesi, türü veya toplumda yaratacağı düzensizlik gibi mülahazalardan bahisle söz konusu suçlar için kategoratif olarak tutuklama nedeninin varsayılabileceği yönünde getirilmiş düzenlemeler de yerel mahkemeleri "ilgili ve yeterli gerekçeler" sunmaktan bağışık kılmamaktadır. Bu itibarla yerel mahkeme hâkimleri her hâlükârda olayın özel koşullarına yönelik; somut, ilgili, yeterli gerekçeler sunmak konusunda özel bir özen yükümlülüğü altındadır. "İlgili ve yeterli gerekçe" sunma yükümlülüğünün yerel kanunlarda tutuklama karineleri ihdas edilen hâllerde dahi geçerli olması karşısında, kimi suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe bulunduğu takdirde tutuklama nedeninin kategorik olarak varsayılabileceğini hüküm altına alan CMK m.100/3 (Katalog Suçlar) kurumu İHAM'ın güncel içtihadıyla uyum arz etmemektedir. Mahkeme'nin söz konusu içtihat değişikliğinin ardından Anayasa m.90/5 gereği Katalog Suç düzenlemesi hâlihazırda yerel makamlarca ihmâl edilmesi gereken bir kurum durumundadır. Nitekim Türkiye Anayasa Mahkemesi de Buzadji içtihadından sonra tutuklamayla ilgili önüne gelen bir davada İHAM'ın yaklaşımıyla aynı yönde bir tutum sergilemiştir. Anılan gelişmeler ışığında; tutuklamada katalog suç kurumu, Anayasa uyarınca uygulanma kabiliyetini çoktan yitirmiş bulunmaktaysa da Türkiye'nin bu konudaki gelişime paralel somut bir iç hukuk düzenlemesine gitmesi; yerel mahkemelerde kronikleşen uygulama sorunlarını halletmek yanında, hukuk güvenliği ve hukuk sistemi içindeki tutarlılığı sağlamak açısından da elzem görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Buzadji, Katalog Suçlar, Tutuklamada Gerekçe, Zımni İlga, Anayasa Madde 90/5.

THE BUZADJI JUDGMENT AND CATALOGUE CRIMES IN TURKİSH LAW: AN ASSESSMENT IN LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS RULING

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR), in its judgment in the case of Buzadji v. The Republic of Moldova, has made a significant development in case law in the context of the "Right to Liberty and Security of the Person." With this decision, the ECtHR has shifted its previous case law, which required only the element of "reasonable suspicion" at the time of the arrest decision and did not demand "relevant and sufficient reasons" until after a certain period of time. Now, the Court requires that, from the very first moment of the detention proceedings, not only the essential element of suspicion but also the

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, mahmudesad.ay@tau.edu.tr, ORCID: 0009-0009-6768-5597

presentation of "relevant and sufficient reasons" must be provided. Furthermore, according to the Court, regulations in local laws that categorically assume detention as a reason based on factors such as the severity, nature, or potential social disturbance of certain crimes do not exempt local courts from providing "relevant and sufficient reasons." In this regard, judges in local courts are under a special obligation to exercise care and provide concrete, relevant, and sufficient reasons regarding the specific circumstances of the case. In light of the ECtHR's recent case law, the Katalog Suçlar (Catalogue of Crimes) provision under Article 100/3 of the Turkish Criminal Procedure Code, which assumes detention for certain crimes if there is strong suspicion, is not in line with the Court's current approach. After this shift in case law, the Catalogue of Crimes provision, under Article 90/5 of the Constitution, has become a provision that should no longer be applied by local authorities. In fact, the Constitutional Court of Turkey has also aligned itself with the ECtHR's approach after the Buzadji decision, demonstrating a similar stance in a case concerning detention. In light of these developments, while the Catalogue of Crimes provision in detention law may have already lost its applicability under the Constitution, it is essential for Turkey to adopt a concrete legal reform reflecting these developments in domestic law. Such a reform would not only address chronic problems in local court practices but also ensure legal certainty and consistency within the legal system.

Keywords: Buzadji, Catalogue Offences, Justification of Detention, Implied Repeal, Article 90/5 of the Constitution.

GİRİŞ

Buzadji v. The Republic of Moldova adını taşıyan kararıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 5. Maddesi altında düzenlenen "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı" üzerine kayda değer bir içtihat gelişimine gitmiştir.[1] Tutuklama şartlarının odak noktasına alındığı yargılama; Katalog Suçlar kurumunu hukuk sisteminde barındıran Türkiye açısından oldukça önem arz etmektedir. Zira İHAS'ın 46. Maddesi gereği Sözleşme'ye taraf olan devletler; İHAM'ın belirlediği standartlar ile bağlı oldukları gibi, bu bağlılık İHAM'ın Sözleşme hükümlerine getirdiği yorumları ve içtihadını da kapsamaktadır.[2] Diğer deyişle, Mahkeme'nin İHAS hükümlerini ele alış biçimi âdeta her an Sözleşme'ye derc olmakta ve taraf olan devletler de Sözleşme hükümlerinin içtihat ışığında sürekli evrimleşip güncelleşen bu en son hâliyle bağlı bulunmaktadırlar.[3] Uluslararası Hukuka açık dokulu bir anayasa olan Türkiye Anayasası'nın 90/5 maddesi de; *"...temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* demek suretiyle yerel kanunun Sözleşme ile çatıştığı durumlarda İHAS'a doğrudan uygulanabilme (direct effect) imkânı

[1] Buzadji v. Moldova Başvurusu, Başvuru No: 23755/07, K. 05/07/2016. [Buzadji v. Moldova]

[2] Doğru, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000/Sayı 17, s. 194; Turhan, Mehmet: '' İnsan Haklarının Korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları'', *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, Istanbul University Press, İstanbul 1999, s.295.

[3] Kaboğlu, İbrahim: *Özgürlükler Hukuku 1*, İmge Kitabevi, Ankara 2013, s.207.

sağlamaktadır.[4] Bu incelemede, tutuklamanın şartlarına dair güncel İHAM içtihadı neticesinde CMK 100/3 (Katalog Suçlar) kurumunun akıbeti ele alınacaktır.

[4] Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, K. 19.12.2013, *§44*. [Sevim Akat Eşki] ; Direct Effect için bknz. Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz: ''Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executıng) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine'', *Çalışma ve Toplum*, 2024/Sayı 81, s.423-458.

I. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN İÇTİHAT GELİŞİMİ

İçtihat gelişiminin gerçekleştiği İHAM önündeki dava, Petru Buzadji isimli bir Moldova vatandaşına ilişkindir. Buzadji, kendisi aleyhine açılan bir yolsuzluk soruşturmasıyla başlayan yargılama sürecinde tutukluluğuna ve tutukluluğunun devamına hükmeden kararların ''ilgili ve yeterli gerekçelere'' dayanmadığını öne sürmektedir. Ayrıca Moldova devletinde herhangi bir gerekçe olmaksızın yalnızca basmakalıp (stereotypical) ve kanundaki soyut hâliyle aynen yinelenen nedenlere dayanılarak tutukluluk altına alma uygulamasının olağan hâle gelmiş bulunduğunu, anılan sebeplerle de İHAS 5/3 bağlamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiştir.[5] Konuyu değerlendiren, İHAM tutuklamaya hükmetme[6] ve akabinde tutukluğunun devamına hükmetme[7] süreçlerinde yerel mahkemelerin; diğer şüphelilerle iştirak etme, suçun ağırlığı, tanıkları etkileme şüphesi gibi kanundaki soyut ve kalıpsal tutuklama gerekçelerini mevcut olgular aracılığıyla somutlaştırmaksızın olduğu gibi kullanmasının Sözleşme ile uyum içinde olmadığını vurgulamıştır. Anılan yetersiz gerekçelendirme yöntemi Buzadji'nin yalnızca tutuklanmasına karar verilen ilk anla sınırlı kalmayıp tutukluluğunun uzatılmasına karar verilirken de sürdürülmüştür.[8]

Davaya konu olay vesilesiyle Mahkeme, tutuklama kurumuna yönelik içtihadını da gözden geçirmiştir. Bu itibarla Buzadji davası öncesindeki içtihadı bağlamında İHAM, "Makul Şüpheyi"[9] tutuklama için olmazsa olmaz bir koşul olarak saptamakta ve bu unsuru tutuklama için tek başına yeterli görmekteydi.[10] İlk tutuklama kararı için durum böyle olmakla birlikte İHAM tutukluluğun

---

[5] Buzadji v. Moldova, § 75-78.

[6] Buzadji kararındaki içtihat değişikliği öncesinde; tutuklamaya hükmedilecek olan ilk an için konuyla ilgili norm Sözleşme'nin 5/1(c) hükmüdür. Karardan önce, Tutuklamaya hükmedilen ilk anda ''makul şüphe'' tek başına yeterli gelmekteydi.

İHAS 5/1(c): ''Bir kişinin, bir suç işlediğine dair makul şüphenin bulunması üzerine veya suç işlemesini … ya da … sonra kaçmasını önlemek için makul olarak gerekli görülmesi hâlinde … yakalanması veya tutulması.''

[7] Tutukluğun devamına hükmetme konusunda ise ilgili norm İHAS Madde 5(3)'tür. Tutukluluğa hükmedilen ilk andan farklı olarak, içtihat değişikliği öncesinde de; ''makul şüphe'' unsuruna ek olarak ''ilgili ve yeterli gerekçe'' sunulması, tutukluluğun devamına hükmedilebilmesi için şarttır.

[8] Buzadji v. Moldova, § 13-34.

[9] Tutulmanın (Detention) düzenlendiği İHAS Madde 5/1(c) bağlamında, tutulma için aranan gerekli şüphe unsuru ''Makul Şüphe'' (Reasonable Suspicion) olarak belirtilmiştir.

Ayrıntılı bilgi için bknz. Karan, Ulaş: "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Editör:Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s. 179-208.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca tutuklamaya başvurabilmek için gerekli olan şüphe unsuru ''Kuvvetli Şüphe'' olarak düzenlenmiş olup bu şüphe seviyesi, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı için İHAS'tan daha ileri bir koruma düzeyi sağlamaktadır. İHAS Madde 53 gereği böylesi durumlarda İnsan Haklarını koruma açısından daha üstün olan düzenleme esas alınacaktır.

Ayrıntılı bilgi için bknz. Yıldırım, Akif: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014/Sayı 100, s. 126-134.

[10] Letellier v. Fransa Başvurusu, Başvuru No: 12369/86, K.26/06/2001. [Letellier v. Fransa]

devamına hükmedilebilmesi için ‘’Makul Şüphe’’yi tek başına yeterli görmemekteydi.[11] ‘’Makul Şüphe’’nin tek başına yalnızca ilk tutuklama kararı için yeterli olacağını, "belirli bir zaman dilimi" ardından ise makul şüphe koşulu yanında tutuklama kurumuna başvurma gerekliliğini somutlaştıran "ilgili ve yeterli gerekçeler"in de mahkemelerce sunulmasını aramaktaydı.[12] Buna karşın Mahkeme Buzadji davasına kadar "belirli zaman dilimi" kavramı üzerine kapsamlı herhangi bir incelemeye girişmemiş bulunmaktaydı.[13] Buzadji davası vesilesiyle kararlarında kullandığı kavramları berraklaştırması yanında İHAM, özgürlük lehine bir de içtihat değişikliğine gitmiştir. Mahkeme'ye göre "Belirli zaman dilimi"; tutuklanmanın hemen ardından derhâl başlamakta, "ilgili ve yeterli gerekçeler" ise bunun ardından tutukluluğun değerlendirilmesi üzerine yerel mahkeme karşısına çıkılacak olan ilk anda aranmaktadır. Bazı durumlarda iki gün ve benzeri kadar kısa süreler zarfında tutuklamanın denetlenmesi amacıyla yerel mahkeme karşısına çıkıldığı vâkidir. Bu gibi hâller göz önüne alındığında İHAM, "belirli zaman dilimi" kavramının muğlâk ve sunî olduğuna kanaat getirmiştir.[14]

Mahkeme aynı zamanda tutuklama koşullarına ilişkin Avrupa Standardını/Konsensüsü[15] oluşup oluşmadığını tespit etmek amacıyla Avrupa Konseyi üyesi olan 31 ülkeyi kapsayan bir karşılaştırmalı hukuk araştırması gerçekleştirmiştir. Bu araştırma neticesinde Avrupa Konseyi üyesi olan olan 31 devlet arasında yalnızca 6 ülkede şüphe unsurunun ilk tutuklama anı için tek başına yeterli bir gerekçe olarak kabul edildiğini saptamıştır.[16] Ezici çoğunluğu temsil eden diğer taraf ülkelerde ise şüphe unsuru yanında "ilgili ve yeterli gerekçelerin" de tutuklama kararı verilen ilk andan itibaren ek bir koşul olarak arandığını gözlemlemiştir. Bu itibarla tutuklama kararının verildiği ilk anda "makul şüphe"yi yeterli gören, "ilgili ve yeterli gerekçeler"i ise ancak "belirli bir zaman dilimi" ardından aramakta olan Mahkeme, mevcut içtihadının Avrupa Standartlarıyla uyum içinde olmadığına karar vermiştir. Anılan sebeplerle Mahkeme; ‘’belirli zaman dilimi’’ ardından (tutuklama sonrası) sunulmasını aradığı ‘’ilgili ve yeterli gerekçelerin’’, tutuklama anına karar verilen ilk andan itibaren (gözaltı kararının izleyen süreçte) aranmasının yerinde olacağına kanaat getirmiştir. Diğer deyişle İHAS m.5/3 bağlamında aradığı koşulları, m.5/1(c) ile eşlenik kılmış ve tutukluluğun devamına hükmetmekte aranan şartları, tutukluluğa karar verilecek ilk anda da aramaya başlamıştır. Böylelikle sûni olan ‘’belirli zaman dilimi’’ kavramı ortadan kalkmıştır.

---

[11] Bknz. Dipnot 8,9; Ayrıca bknz. Şirin, Tolga*: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1,* Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2018, s. 194. [Özgürlük ve Güvenlik Hakkı]

[12] Letellier v. Fransa, § 35.

[13] Buzadji v. Moldova, § 94.

[14] Buzadji v. Moldova*,* § 95-100.

[15]Avrupa Konsensüsü; kapsamı Sözleşmece net olarak belirlenmemiş ve devletlerin takdir marjının daha geniş kabul edildiği kimi haklar konusunda Avrupa devletleri arasında bir uygulama ve görüş birliğinin oluşması olarak tanımlanabilir.

Bknz. İnceoğlu, Sibel: “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 36.

[16] Buzadji v. Moldova*,* § *52.*

Bu altı ülke; Almanya, Avusturya, Belçika, İsviçre, Sırbistan ve Katalog Suç düzenlemesi nedeniyle Türkiye’dir.

Mahkeme bu itibarla somutlaştırılmış ‘’ilgili ve yeterli gerekçeler’’ olmaksızın "makul şüphe" olsa dahi bu durumda tutuklamaya hükmedilemeyeceğini belirterek içtihadını geliştirmiştir.[17] Ayrıca yerel kanunlarda; suçun ağırlığı, suçun kamu düzenini müessir biçimde etkilemesi ve sair gibi soyut nedenlerin kategoratif olarak tutuklamayı gerekli kılması yönündeki düzenlemeler de mahkemeleri "ilgili ve yeterli gerekçeler" sunmaktan bağışık kılmamaktadır. İHAM'a göre yerel mahkeme hakimleri her hâlükârda olayın özel koşullarına matuf somut, ilgili, yeterli gerekçeler sunmak konusunda özel bir özen yükümlülüğü altındadır ve yerel kanunlarda birtakım suç karineleri öngörülmesi bu durumu değiştirmemektedir.[18]

II. TÜRKİYE’DE KATALOG SUÇLAR DÜZENLEMESİ VE ANAYASA M.90/5

A. Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Katalog Suç Düzenlemesi

Mahkeme’nin Buzadji kararı uyarınca "ilgili ve yeterli somut gerekçe" sunma yükümlülüğünün yerel kanunlarda tutuklama karineleri ihdas edilen hâllerde dahi geçerli olması karşısında, Türk Hukukunda kanunun tutuklama nedeninin kategorik olarak varsayılmasına imkân veren Katalog Suçlar[19] kurumunun İHAM içtihadıyla uyum içinde olmadığı görülmektedir. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu m.100/3, suçların vasfı ve yaptırımlarının ağırlığı gibi saiklerden yola çıkarak birtakım suçları Katalog Suçlar olarak belirlemiştir. Bu hükme göre söz konusu suçlar açısından tutuklamaya hükmedebilmek için ‘’kuvvetli suç şüphesi’’ unsuru tek başına yeterli gelmektedir.[20] Diğer deyişle, hükümde öngörülen suçların işlendiği hususunda ‘’kuvvetli suç şüphesi’’ bulunduğu takdirde hâkim bir tutuklama nedeni bulunduğunu varsayabilecektir.[21]

Her ne kadar CMK 100/3 hükmü[22] ‘’… *tutuklama nedeni varsayılabilir*.’’ demek suretiyle hâkime bu tutuklama karinesinden faydanıp faydalanmama konusunda bir takdir hakkı tanımış olsa da uygulamada bu hüküm bir otomatik tutuklama aracı hâline dönüşmüş bulunmaktadır.[23] Düzenlemenin doğurduğu sakıncaları gidermek üzere 2021 yılında 7331 sayılı kanunla CMK’de düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemelerle, 100/3’te yer alan ‘’… *suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir*.’’ hükmü; ‘’… suçların işlendiği hususunda *somut delillere dayanan* kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir.’’ olarak değiştirilmiştir. Bunu destekler biçimde CMK m.101/2’ye eklenen (d) dendi ile de tutuklamayla ilgili muhakeme işlemlerinde ‘’Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını’’ gösteren somut delillerle

[17] Buzadji v. Moldova, § 92-102.

[18] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s. 196

[19] Ayrıntılı bilgi için bknz. Sevdiren, Öznur: “ Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022/Sayı 206, s. 127-166.

[20] Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 394- 395.

[21] Centel, Nur/ Zafer, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2018, s.377.

[22] ‘’Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir.’’

[23] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s.194.

gerekçelendirilmiş olguların sunulması zorunluluğu getirilmiştir. Tüm bu değişikliklere rağmen uygulamadaki gerekçesiz otomatik tutuklama pratiğinin değiştiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.[24] İHAM'ın Buzadji kararında vurguladığı üzere, tutuklama karineleri öngören düzenlemelerin hâkimleri ilgili ve yeterli somut gerekçelerle desteklenmiş tutuklama nedenleri sunmaktan bağışık kılmayacağı saptaması ise kurumun mevcudiyetini enikonu anlamsız kılmaktadır.

B. Anayasa m.90/5 ve İnsan Hakları Avrupa Sisteminin Bağlayıcı Etkisi

Türkiye Anayasa'sı 90/5 hükmünde **''***Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*.'' demektedir. Bu hüküm uyarınca ulusal kanunların temel haklara ilişkin milletlerarası sözleşmelerle çatışması durumunda, milletlerarası sözleşme hükümleri iç hukukta doğrudan uygulanabilirlik kazanmaktadır.[25] Sözleşme hükümleri ile yerel kanunun çatıştığının tespit edilmesinde ise yerel mahkemeler İHAM'ın Sözleşme hükümlerini ele alış biçiminden yola çıkmakla yükümlüdür. Diğer deyişle Sözleşme hükümleri lafzî olarak değil, İHAM'ın Sözleşme'ye getirdiği yorumlarla birlikte göz önünde tutulmalıdır.[26]

Bu itibarla Sözleşme'ye taraf olan devletler İHAM'ın içtihat ve yorumları ile de bağlı bulunmaktadır. Nitekim bu durum AYM tarafından da vurgulanmıştır. Kadının soyadına ilişkin olan Sevim Akat Eşki başvurusunda AYM, mevzuya ilişkin Sözleşme'de lafzî olarak herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen konuyu İHAM'ın içtihadı ve Sözleşme'ye verdiği yorum ışığında ele almıştır. Bunun sonucunda Sözleşme'ye İHAM içtihadının da içkin olduğunu kabul etmiş ve bu itibarla kendisini içtihatla bağlı saymıştır.[27] Yine aynı kararda AYM oldukça önemli bir tespitte bulunmuştur. AYM'ye göre Anayasa m.90/5; " … bir zımnî ilga[28] kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır."[29] AYM'nin yaptığı bu tespit tüm ulusal merciiler için bağlayıcıdır zira Anayasa m.153/son düzenlemesi '' Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.'' hükmünü âmirdir. Buna göre yerel merciiler İHAS ile çatışan kanunî düzenlemeleri ihmâl etmekle yükümlüdür.[30] Bu yükümlülük karşısında İHAM'ın Buzadji kararında saptadığı, ''ilgili ve yeterli gerekçe" sunma zorunluluğunun yerel kanunlarda tutuklama karineleri ihdas edilen hâllerde dahi geçerli olması durumu Türkiye hukukuna doğrudan etki edecek niteliktedir. Zira bu kararın ardından Sözleşme

[24] Sevdiren, s.159

[25] AYM'nin 17.6.2010 tarih E: 2008/22, K:2010/82 sayılı kararı.

[26] İnceoğlu, Sibel: "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s.9.

[27] Şirin, Tolga/ Orcan, Necdet Umut: "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2021/Sayı 20, s. 310.

[28] AYM'nin zımnî ilga tespiti üzerine ayrıntılı bilgi için bknz. Acar, Ali: ''Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim'' *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020/Sayı 11, s. 137-190.

[29] Sevim Akat Eşki, *§ 44.*

[30] Acar, s. 150-151.

ile CMK m.100/3 hükmü açık bir uyumsuzluk içine girmiştir. Bu uyumsuzluk sonucunda Katalog Suçlar kurumu ihmâl edilmesi gereken bir düzenleme derekesine inmiş bulunmaktadır. Nitekim Buzadji kararının ardından Katalog Suçlar konusunda önüne gelen Halas Aslan başvurusunda AYM; davaya konu olan suçun Katalog Suçlar arasında yer almasına rağmen, tutuklamaya hükmedebilmek için şüphe unsuru yanında tutuklama nedenlerinin de somut delillerle desteklenen ayrıntılı gerekçelerle temellendirilmesi gerektiğine temas etmiştir. Buna göre ele alınan suçun sadece Katalog Suçlar arasında olmasına atıf yapılarak yalnızca Kuvvetli Şüphe unsuruyla yetinilmesi imkânı bulunmamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte AYM, Sevim Akat Eşki kararındaki gibi sarih bir zımnî ilga tespitinde de bulunmamıştır.[31] Gelgelelim AYM'nin m.90/5 hususundaki mevcut ve istikrar kazanmış bulunan yaklaşımı karşısında farklı bir sonuca varılamayacaktır. Zira benzer hukukî durumlara farklı sonuçların bağlanması Hukuk Güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz. Nitekim bu ilkenin bir gereği olan Hukukî İstikrar prensibi de bunu gerektirmektedir. Bir hukuk sisteminde bulunan kuralların ve bunlara bağlı olarak verilen kararların tutarlılığı şeklinde tanımlanabilecek olan Hukukî İstikrar ilkesi, bireylerin devlete güven duyabilmesini sağlar.[32] Yargı mercilerinin kendi kararlarıyla çelişen tutum ve kararlarda bulunması şüphesiz ki hukuk sistemine duyulan güveni azaltacağı gibi, böylesi bir tutum Anayasa m.2'de kaynağını bulan Hukuk Devleti ilkesiyle de çelişecektir.

Bu itibarla, her ne kadar AYM'ce sarahaten belirtilmemiş olsa da CMK m.100/3 Katalog Suçlar kurumu, Sözleşme ile çelişki arz ettiği için zımnen ilga olmuş durumdadır. Bu sebeple anılan düzenlemenin yerel merciler tarafından ihmâl edilmesi gerekmektedir. Ancak mahkeme uygulamasında Katalog Suçlar dayanak gösterilerek sürdürülen ''otomatik tutuklama'' pratiği kemikleşmiş gözükmektedir.[33] Mevcut durumun önüne geçmek için kurumun pozitif bir yasama düzenlemesi ile kaldırılmasının Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olması yanında, Türkiye'nin CMK'yi İHAM içtihadı ile uyumlu hâle getirmek konusunda pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır. Zira Sözleşme'nin birinci maddesi ''… Sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşme'…de … açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar.''[34] diyerek taraf devletleri uluslararası bir yükümlülükle bağlar. Bu hüküm, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olan mekanizmaları oluşturmak ve düzenlemeleri yapmak konusunda taraf devletlere sorumluluk yüklemektedir.[35] Zikredilen sebeplerle hâlihazırda uygulanamaz bir hüküm konumunda olan Katalog Suçlar kurumunun somut bir yasama işlemi ile ilga edilmesi ulusal ve uluslararası bir gerekliliktir.

SONUÇ

Buzadji v. Moldova kararının, tutuklama hukukuna ilişkin içtihat çizgisinde dönüm noktası teşkil ettiği açıktır. Zira İHAM bu kararıyla, "makul şüphe" unsurunun tek başına yeterli görülmesini terk ederek, tutuklamanın ilk anından itibaren "ilgili ve yeterli gerekçeler"in de zorunlu unsur olarak aranması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu yaklaşım yalnızca bireyin özgürlük güvencelerini

---

[31] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s.196-197.

[32] Çakmaz, Eylem: "Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025/Sayı 1, s. 29-30 .

[33] Sevdiren, s.159

[34] İHAS m.1: '' Yüksek Sözleşmeci taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlar.'':

Boyar, Oya: "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Editör Sibel İnceoğlu) Beta Basım, İstanbul 2013, 53-80.

[35] Boyar, s.54

güçlendirmekle kalmayıp aynı zamanda keyfî tutuklamaların önüne geçilmesini de hedeflemektedir. Kararda vurgulandığı üzere, yerel kanunlarda tutuklama karinesi öngörülen hallerde dahi ilgili makamlar tutuklama nedenlerine dair somut gerekçeler sunma yükümü altındadır. Bu çerçevede Türk hukukundaki Katalog Suçlar uygulamasının, güncel içtihatla bağdaşmaz hâle geldiği açıktır. CMK m.100/3'te öngörülen düzenleme, Katalog Suçlar arasında sayılan suç tiplerinin işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesi bulunması hâlinde hâkime tutuklama nedenini varsayma imkânı tanımaktadır.

Ne var ki uygulamada bu varsayım neredeyse otomatik bir tutuklama sebebine dönüşmektedir. Her ne kadar 2021 yılında yapılan değişikliklerle tutuklama kurumuna başvuru için daha sıkı şartlar öngörülmeye çabalanmışsa da mevcut hâliyle yasa, İHAM içtihadına uygunluk bakımından büyük bir çelişki arz etmektedir. Sözleşme ile Kanun çelişkisini düzenleyen, Anayasa'nın 90/5. maddesi AYM tarafından bir zımnî ilga hükmü olarak nitelendirilmiştir. Buna göre İHAM içtihadına aykırı yerel düzenlemelerin yerel makamlarca ihmâl edilmesi gerekmekte ve onların yerine doğrudan uygulanabilme kabiliyetini haiz olan Sözleşme hükümlerinin uygulanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda CMK'de yer alan katalog suçlara dayalı tutuklama rejimi, Anayasa gereği uygulanabilirliğini pratik ölçüde yitirmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu yaklaşımı benimsemiş ve İHAM içtihadına paralel bir tutum sergileyerek, Katalog Suçlar için de ilgili ve yeterli gerekçelerle desteklenmiş tutuklama nedeni sunulup sunulmadığını denetlemiştir.

Gelinen noktada Türkiye'nin; zımnen ilga olmuş bulunan CMK 100/3 düzenlemesini somut bir yasama işlemi ile sarahaten ilga etmesi, hem Hukuk Devleti ilkesinin hem de uluslararası yükümlülüklerinin bir gereğidir. Dahası, mevzuat değişikliğiyle yetinilmeden, yargı uygulamasında yerleşmiş olan "katalog suç varsa tutuklama meşrudur" anlayışının da kırılması zorunludur. Bu ise yalnızca kanun değişikliği ile değil aynı zamanda zihniyet düzeyinde bir dönüşümü de zorunlu kılmaktadır. Söz konusu dönüşüm; hâkim ve savcıların gerekçelendirme yükümlülüğü konusunda İnsan Hakları Avrupa Sistemi'nin yargı kararlarına yön verici nitelikte yorumlanması ve özgürlük lehine yorumun yargısal pratikte önceliklendirilmesi yoluyla sağlanabilir. Nitekim böylesi bir yaklaşım; ‘’***dünya milletleri ailesinin", ‘’çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma hedefi olan", ‘’insan haklarına saygılı bir üyesi*** ‘’ olarak Türkiye'nin anayasasıyla da uyumlu olacaktır.[36]

KAYNAKÇA

Acar, Ali: "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020/Sayı 11, s.137-190.

AYM'nin 17.6.2010 Tarih E: 2008/22, K:2010/82 Sayılı Kararı.

Boyar, Oya: "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s.53-80.

Buzadji v. Moldova Başvurusu, Başvuru No: 23755/07, K.05/07/2016. [Buzadji v. Moldova]

Centel, Nur/ Zafer, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2018.

[36] Vurgular Türkiye Anayasası'nın Başlangıç bölümünden alınmıştır.

Çakmaz, Eylem: "Hukuk Devleti Çerçevesinde Hukuki Güvenlik İlkesi: Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerine Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2025/Sayı 1, s. 1-57.

Doğru, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000/Sayı 17, s.194-225.

Gökcen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz: "Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan (Self Executing) Etkisi ve Örnek Bir Yargıtay Kararı Üzerine", *Çalışma ve Toplum*, 2024/Sayı 81, s.423-458.

İnceoğlu, Sibel: "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s.7-21.

İnceoğlu, Sibel: "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s. 23-52.

Kaboğlu, İbrahim: *Özgürlükler Hukuku 1*, İmge Kitabevi, Ankara 2013.

Karan, Ulaş: "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Basım, İstanbul 2013, s.179-208.

Letellier v. Fransa Başvurusu, Başvuru No: 12369/86, K.26/06/2001. [Letellier v. Fransa]

Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, K.19/12/2013. [Sevim Akat Eşki]

Sevdiren, Öznur: "Tutuklama Nedenlerine İlişkin Kanuni Karine Sistemi (Katalog Suçlar) Sorunu: Alman Hukuku ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022/Sayı 206, s.127-166.

Şirin, Tolga: *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2018. [Özgürlük ve Güvenlik Hakkı]

Şirin, Tolga, Orcan/ Necdet Umut: "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2021/Sayı 20, s. 301-358.

Turhan, Mehmet: "İnsan Haklarının Korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları*", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, Istanbul University Press, İstanbul 1999, s.289-306.

Yıldırım, Akif: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014/Sayı 100, s.126-134.

ALT BÖLGESEL BALIKÇILIK KOMİSYONU TARAFINDAN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU MAHKEMESİNE İLETİLEN DANIŞMA GÖRÜŞÜ TALEBİ

Arş. Gör. Ozan Emin HALHALLI*

ÖZET

"Uluslararası Balıkçılık Hukuku", denizlerdeki balık stoklarının sürdürülebilir yönetimi ve korunumu amacıyla giderek daha fazla önem kazanan bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu alanın sınırlarının belirlenmesi noktasında, özellikle uluslararası bölgesel balıkçılık yönetim örgütleri (Regional Fisheries Management Organisations, "RFMO") ve uluslararası bölgesel balıkçılık danışma organları (Regional Fishery Advisory Bodies,"RFAB") önemli bir rol üstlenmektedir. Bu oluşumlar, balık stoklarının korunması, yasa dışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş (Illegal, unreported and unregulated, "IUU") balıkçılıkla mücadele edilmesi ile ilgili olarak önemli düzenlemeler gerçekleştirmektedir. Günümüzde açık deniz alanları, balık avlama serbestisi ile ilgili olarak, genellikle coğrafi açıdan kıyıdaş olan ve ilgili açık deniz alanına erişimi olan devletlerin katılımıyla özellikle uluslararası bölgesel balıkçılık yönetim örgütleri ve organları aracılığıyla paylaşılmıştır. Öyle ki bu örgütler, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesini de uluslararası balıkçılık hukuku alanıyla ilgili konularda daha işlevsel bir hale getirmektedir. Bu konuda, Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu (Subregional Fisheries Commission, "SRFC") önemli bir örnektir. SRFC, 1985 tarihinde kurulmuş olan "Bölgesel Balıkçılık Danışma Organı" niteliğinde bir kuruluştur. "2012 tarihli Alt-Bölgesel Balıkçılık Komisyonu Üye Devletlerinin Yetkisi Altındaki Deniz Alanlarında Deniz Kaynaklarına Erişim ve Kullanım için Asgari Koşulların Belirlenmesi Sözleşmesi" içerisinde yer alan 33. madde uyarınca, Komisyon Daimî Sekreterine, belirli konularda görüş almak üzere Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesine başvurma yetkisi veren bir karar kabul edilmiştir. Bu yetki ile birlikte, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine temel bazı sorular yöneltilerek balık avlama serbestisi kapsamında bayrak devletinin sorumluluklarına ilişkin muğlak sınırların belirginleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi, kendisine yöneltilen soruları, 2 Nisan 2015 tarihinde verdiği bir kararla cevaplamıştır. Mahkeme genel olarak; bayrak devletinin balık avlama serbestisi ile ilgili sorumluluklarının belirli açılardan sınırlı olduğunu, uluslararası örgütlerin dahil olduğu süreçlerde de bayrak devletinin sorumluluklarının farklı ele alınması gerektiğini, bayrak devletlerinin "alt bölgesel, bölgesel ya da küresel anlamda yetkili kılınan uluslararası örgüt ve organlarla" iş birliği içerisinde olma yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamıştır. İlgili karar, balık avlama serbestisi çerçevesinde bayrak devletlerinin sorumlulukları açısından günümüz şartlarının yeniden düşünülmesi gerektiğini ortaya koymuştur ve bu nedenle önemlidir. Bu tebliğde, Uluslararası Balıkçılık Hukukunun tarihsel gelişimi ve günümüzdeki durumu, ilgili danışma görüşü talebi örneği üzerinden değerlendirilecektir. Böylece, Uluslararası Balıkçılık Hukuku alanının günümüzdeki artan önemi vurgulanarak Türkiye Cumhuriyeti açısından da daha çok ele alınması gereken bir alan olduğu ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Açık Denizlerin Serbestisi İlkesi, Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütleri, Bölgesel Balıkçılık Danışma Örgütleri, Uluslararası Balıkçılık Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku.

* Türk-Alman Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ozanemin.halhalli@tau.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0203-7662.

REQUEST FOR ADVİSORY OPINION SUBMITTED TO THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA BY THE SUB-REGIONAL FISHERIES COMMISSION

ABSTRACT

"International Fisheries Law" is an increasingly important area for the sustainable management and conservation of marine fish stocks. At the point of determining the boundaries of this area, especially international regional fisheries management organizations (Regional Fisheries Management Organizations, "RFMO") and international regional fishery advisory bodies (Regional Fishery Advisory Bodies, "RFAB") play an important role. These bodies make important arrangements to protect fish stocks and combat illegal, unreported and unregulated ("IUU") fishing. Today, high seas areas are shared in relation to freedom to fish, often through international regional fisheries management organizations and bodies, in particular through the participation of states that are geographically riparian and have access to the relevant high seas area. In fact, these organizations also make the International Tribunal for the Law of the Sea more functional in matters of international fisheries law. The Subregional Fisheries Commission (SRFC) is an important example in this regard. The SRFC is the "Regional Fisheries Consultative Body" established in 1985. Pursuant to Article 33 of the "Convention on Minimum Conditions for the Access to and Utilization of Marine Resources in the Maritime Areas Under the Jurisdiction of the Member States of the Subregional Fisheries Commission 2012", a resolution was adopted authorizing the Permanent Secretary of the Commission to apply to the United Nations Tribunal on the Law of the Sea for an opinion on certain issues. With this authorization, some fundamental questions were posed to the International Tribunal for the Law of the Sea to clarify the vague boundaries of the flag State's responsibilities under the freedom to fish. The United Nations Tribunal on the Law of the Sea answered the questions posed to it with a decision dated April 2, 2015. In general, the Court emphasized that the responsibilities of the flag state in relation to freedom of fishing are limited in certain respects, that the responsibilities of the flag state should be handled differently in processes involving international organizations, and that flag states have an obligation to cooperate with "sub-regional, regional or globally competent international organizations and bodies". The relevant decision has revealed that today's conditions should be rethought in terms of the responsibilities of flag States within the framework of freedom of fishing and is therefore important. In this communiqué, the historical development and current status of International Fisheries Law will be evaluated through the example of the relevant request for advisory opinion. Thus, the increasing importance of the field of International Fisheries Law will be emphasized and it will be stated that it is an area that needs to be addressed more from the perspective of the Republic of Turkey.

Keywords: Principle of Freedom of the High Seas, Regional Fisheries Management Organizations, Regional Fisheries Advisory Organizations, International Fisheries Law, International Law of the Sea.

I. GİRİŞ: ULUSLARARASI BALIKÇILIK HUKUKU HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRMELER

Teknolojik alt yapının da elverişli olmaması nedeniyle, Orta Çağ döneminin öncesinde, uluslararası deniz alanlarının paylaşılması meselesi genellikle uluslararası andlaşmalara ciddi şekilde konu edilmemiştir. Uluslararası deniz alanlarının paylaşılması, daha geç bir dönemde uluslararası hukukun ciddi bir meselesi haline dönüşmüştür. 7 Haziran 1494 tarihinde imzalanan Tordesillas

Antlaşması, Portekiz ve İspanya arasında imzalanmıştır[1]. Cape Verde Adaları'nın 370 fersah batısından çizilen çizginin doğu kısmı Portekiz'e, batı kısmı ise İspanya'ya verilmiştir[2]. 17. yüzyıl içerisinde ise Hugo Grotius'un "Mare Liberum" (Serbest Denizler) doktrini, denizlerin uluslararası alana ait olduğunu ve tüm ulusların kullanımına açık olması gerektiğini savundu[3]. Sonraki yüzyıllar, kıyı devletleri yavaş yavaş kıyılarına yakın sularda, özellikle balıkçılık amacıyla, belirli haklar iddia etmeye başladılar[4]. Ancak genel olarak açık denizlerde balık avlama serbestisi genel kabul gören bir ilke oldu ve geçerliliğini korudu[5].

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, teknolojik gelişmelerle birlikte balıkçılık kapasitesi önemli ölçüde arttı. Bu durum, balık stoklarının azalması endişelerini doğurdu ve kıyı devletlerinin daha fazla deniz yetki alanı talep etmesine de yol açtı. 1945 Truman Bildirisi aracılığıyla, ABD Başkanı Truman, kıta sahanlığı üzerindeki doğal kaynaklar üzerinde kıyı devletinin münhasır haklarını ilan etti. Bu bildiri, diğer devletler için de emsal teşkil etti ve deniz yetki alanlarının genişlemesi yönünde bir eğilim başlattı[6].

1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri, deniz hukukunun kodifiye edilmesi amacıyla düzenlenen konferansların sonucunda ortaya çıkan dört ayrı sözleşmeyi ifade etmektedir. Bunlar; "Kara Suları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi", "Açık Deniz Sözleşmesi", "Kıta Sahanlığı Sözleşmesi" ve "Balıkçılık ve Açık Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme"[7]. İlgili sözleşmeler içerisinden en son ifade edilen "Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme" metni, balık stoklarının korunması ve yönetimi konusunda düzenlenen ilk uluslararası hukuk metinlerindendir. Ancak etkinliği sınırlı kalmıştır. Birçok ülke ilerleyen süreçte münhasır ekonomik bölgeler (MEB) ilan etmeye başladı. MEB, kıyı devletine kıyısından itibaren genellikle 200 deniz mili genişliğinde bir alanda doğal kaynakların (balıkçılık dahil) araştırılması, işletilmesi, korunması ve yönetimi konusunda özel haklar tanıyordu. Bu hususta talepler öncelikle; Arjantin, Şili, Ekvator, Peru

[1] DAHM Georg, Völkerrecht Band I, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958, (§126) s. 664; MERAY Seha L., "Açık Denizlerin Serbestliği Prensibinin Gelişmesi", Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 1955, s. 83.

[2] DAHM, s. 664; MERAY, s. 83.

[3] PINTO Moragodage Christopher Walter, "Hugo Grotius and the Law of the Sea", içerisinde: CASTILLO Lilian del, Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea – Liber Amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2015, s. 27; Hugo Grotius'un, açık denizlerin özel mülkiyete tabii olamayacağı, *res extra commercium* yapıda olduğu hakkındaki görüşler için bkz. GROTIUS Hugo, von der Freiheit des Meeres (Çev. Dr. Richard Boschan), Verlag von Felic Meiner, Leipzig, 1919, s. 50; DAHM, s. 667.

[4] MARIBUS, OZEAN DER ZUKUNFT, MARE, INTERNATİONAL OCEAN INSTITUTE, Lebensgarant Ozean – Nachhaltig Nutzen, Wirksam Schützen, World Ocean Review mit den Meeren Leben, 2021, s. 255.

[5] MERAY, s. 92-93.

[6] ÖZMAN Aydoğan, Deniz Hukuku I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 199.

[7] VON MÜNCH Ingo, Völkerrecht (Ohne Internationale Organisationen und Kriegsvölkerrecht), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1971, s. 401, s. 393, s. 389.

ve Panama gibi Latin Amerika ülkeleri ile diğer gelişmekte olan devletler tarafından ileri sürülmüştür[8]. Münhasır Ekonomik Bölge (MEB) kavramının, literatürde, 23.07.1947 tarihinde Şili Başkanlık Bildirisinde yer bulmuş, kıta sahanlığı ve ona bitişik 200 deniz mili olan bir deniz alanı hakkında egemenlik iddiasında olunması üzerine dahil edildiği bilinmektedir[9]. 1973 senesinde ise Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı ile başlayan süreçte, karasularının ötesinde bulunan çeşitli doğal kaynaklar hakkındaki çeşitli hak iddialarının karşılanacağı bir deniz alanı (MEB Alanı) üzerine değerlendirmeler yapılmıştır[10]. Bu alanın hukuki statüsünün ne olacağı ve bu alanın nasıl bir genişliğe sahip olacağı değerlendirilmiştir[11]. Konferansın akabinde 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), sürecin sonuç metni olarak ortaya çıkmıştır.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), uluslararası deniz hukukunun en kapsamlı ve temel belgesi haline gelmiştir. Bu metin, balıkçılıkla ilgili önemli düzenlemeler içerir. MEB kavramını uluslararası hukuka normatif açıdan dahil etmiştir ve kıyı devletlerinin balıkçılık üzerindeki hak ve sorumluluklarını detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Açık denizlerdeki balık stoklarının korunması ve yönetimi için devletlerarası işbirliği ve bölgesel örgütlerin rolünü vurgulamıştır. Bazı özel balık stoklarının yönetimi için kıyı devletleri ve balıkçı devletler arasında işbirliği gerekliliğini düzenlemiştir. Deniz hukukuyla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için mekanizmalar öngörmüştür.

Uluslararası Balıkçılık Hukuku, yukarıda ifade edilen tarihsel gelişim ve değişim süreçleri içerisinde, normatif açıdan bu süreci destekleyen uluslararası metinlerle daha da şekillenmiştir. Normatif gelişim süreçlerinin yanı sıra organizasyonel gelişim ve planlama süreçleri de Uluslararası Balıkçılık Hukuku alanını geliştirmiştir. Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütleri (BBYO'lar) olarak isimlendirilen uluslararası örgütler, BMDHS'nin öngördüğü iş birliği çerçevesinde, belirli bölgelerdeki balık stoklarının yönetimi için kurulmuştur[12]. Bölgesel Balıkçılık Danışma Organları (BBDO'lar), üye devletler arasında iş birliğini ve koordinasyonu teşvik eden, canlı su kaynaklarının sürdürülebilir kullanımını ilerletmeyi amaçlayan temel oluşumlar olarak ortaya çıkmışlardır. Her iki oluşum arasında temel bir farklılık vardır ve Uluslararası Balıkçılık Hukuku açısından bu temel ayrım önem arz

[8] ARIDEMİR Hakan, "Münhasır Ekonomik Bölge Tartışmaları Çerçevesinde Devletlerin Açık Denizlerdeki Hakları", İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2018, s. 790 (789-804).

[9] VICUNA ORREGO Francisco, The Exclusive Economic Zone, Regime and Legal Nature under International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, s. 3.

[10] JAENİCKE Günther, "Die Fischereifreiheit auf der Hohen See: Entwicklung bis zur 3. Seerechtskonferenz in Caracas", içerisinde: BERNHARDT Rudolf / RUDOLF Walter, Die Schiffahrtsfreiheit im gegenwärtigen Völkerrecht, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1975, s. 177.

[11] JAENİCKE, s. 177.

[12] 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi madde 118 düzenlemesi aracılığıyla, devletler arasındaki iş birliği anlayışı, normatif olarak desteklenmiştir. İlgili madde uyarınca devletlerin, gerekli tedbirleri almak amacıyla ve iş birliği çerçevesince, "alt-bölgesel veya bölgesel balıkçılık teşkilatları" kurabilecekleri düzenlenmiştir.

etmektedir. Bölgesel balıkçılık yönetim örgütlerinin yasal nitelikte bağlayıcılığı olan koruma ve yönetim tedbirlerini kabul etme yetkisine karşılık, "Bölgesel Balıkçılık Danışma Organları" *(Regional fisheries advisory bodies, "RFAB"),* balıkçılık operasyonları ve benzeri faaliyetlerle ilgili olarak yasal anlamda bağlayıcı koruma ve yönetim tedbirleri kabul etme yetkisine sahip değildir[13]. Ancak bölgesel balıkçılık danışma organları da süreç içerisinde, Uluslararası Balıkçılık Hukuku alanına önemli katkılar sağlamıştır[14].

Günümüzde, Uluslararası Balıkçılık Hukuku farklı dinamikler ve farklı konu başlıkları ile şekillenmekte, gelişim göstermektedir. Örneğin, sürdürülebilirlik ilkesi ve ekosistem temelli yönetim yaklaşımları giderek daha fazla önem kazanmıştır[15]. Bir diğer önemli mesele, "Yasadışı, Bildirilmemiş ve Düzenlenmemiş (YBD) Balıkçılık" faaliyetleri ile mücadele süreçleridir. Bu faaliyetler, balık stokları ve deniz ekosistemleri için ciddi bir tehdit oluşturmaktadır ve uluslararası düzeyde mücadele gerektirmektedir. Diğer taraftan, iklim değişikliğinin deniz ekosistemleri ve balık stokları üzerindeki etkileri de yine günümüzde ve yakın gelecekte Uluslararası Balıkçılık Hukuku alanında önemli bir konu başlığı olarak daha fazla tartışılacaktır.

Açık denizlerin Uluslararası Balıkçılık Hukuku ile ilgili olarak yönetimi ve buna bağlı olarak iş birliği yükümlülüğünün gelişimi, tüm bu süreçleri içerisine alan küresel bir süreçtir. Açık denizlerdeki etkisi günden güne daha önemli bir hal alan uluslararası balıkçılık hukuku, kolektif bir çaba gerektirmektedir. Uluslararası Balıkçılık Hukuku kuralları, uluslararası balık stoklarının korunumu ve yönetimine ilişkin devletlerin iş birliğine ihtiyaç duymaktadır. Balıkçılık faaliyetleri ile ilgili iş birliği sağlama yükümlülüğü, evrensel perspektiften ve yazılı bir hukuk kuralı olarak öncelikle, 1958 tarihli Cenevre Balıkçılık ve Açık Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme metni ile gerçekleşmiştir. 1. maddesinin 2. fıkrası ile bu iş birliği sağlama yükümlülüğü düzenlenmiştir. İlerleyen dönemlerde, 1982 tarihli Sözleşme'nin 118. maddesi aracılığıyla da bu yükümlülük daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu madde ile devletlerin, gerekli önlemleri almak ve çeşitli iş birliği gerçekleştirebilmeleri çerçevesince, "alt-bölgesel veya bölgesel balıkçılık teşkilatları" oluşturabilecekleri düzenleme altına alınmıştır. Bu çerçevede, devletlerin balık tutma serbestisine ilişkin yetkilerini düzenlemek ve denetlemek üzere çeşitli "alt-bölgesel veya bölgesel balıkçılık teşkilatları" kurabilmeleri, normatif açıdan teşvik edilmiştir. 2001 yılında yürürlüğe giren, *"1995 tarihli, 10 Aralık 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin Dolaşan (Straddling) ve Uzun Mesafeli Göç Eden (Higly Migratory) Balık Stoklarının Korunması ve Yönetimine İlişkin Maddelerinin Uygulanmasına Dair Anlaşma (BM Balık Stokları*

[13] Örneğin bir Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütü olan Akdeniz Genel Balıkçılık Komisyonu, 2016 senesinden bugüne 40'tan fazla bağlayıcı nitelikte karar almış; balıkçılık ve balık stoklarının korunumu için hareket etmiştir. Bu konuda bkz. OECD - Public Governance and Territorial Development Directorate Regulatory Policy Committee, "GOV/RPC(2016)15", 2 November 2016, Paris, s. 29 (paragraph 95).

[14] BARKIN Samuel J., DESOMBRE Elizabeth R., Saving Global Fisheries: Reducing Fishing Capacity to Promote Sustainability, The MIT Press, Cambridge – Massachusetts, 2013, s. 99; FAO, "FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651: Regional fisheries management organizations and advisory bodies", Rome, 2020, s. 65.

[15] 1995 tarihli uluslararası metnin ilgili düzenlemeleri; 3. maddenin 1. fıkrası, 5. maddenin (b), (d) ve (f) bendidir. Bu düzenlemeler için lütfen bkz. UN, "Treaty Collection, Depositary, Status of Treaties, Chapter XXI/7: Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks", https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=_en (Son Erişim Tarihi: 18.07.2025).

Anlaşması)", RFMO'larla ilgili en önemli küresel anlaşma olarak kabul edilir[16]. Bölgesel iş birliği için yasal rejimi geliştirmiş ve RFMO'ları, devletlerin balık stoklarını koruma ve yönetme yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri bir mekanizma olarak tanımlamıştır. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti, her ne kadar 1982 tarihli BMDHS tarafı olmasa da bir Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütüne taraftır. Akdeniz Genel Balıkçılık Komisyonu isimli bu örgüt, FAO kuruluş metninin 14. maddesine göre, çalışma alanı ile ilgili olarak bağlayıcı kararlar alabilen bir oluşumdur.

1995 tarihli Anlaşma, yalnızca RFMO örgütüne üye olan veya örgüt tarafından kabul edilen önlemleri uygulamayı onaylayan devletlerin ilgili balıkçılık kaynaklarına erişimlerinin olacağını öngörmektedir[17]. RFMO'lar bu nedenle daha önemli bir kullanım alanına sahip olmuştur. Örneğin; FAO Anayasasının 14. maddesi uyarınca kabul edilen tüm anlaşmalar, taraflarca bilgi paylaşımında bulunulmasını ve ilgili anlaşmanın etkili uygulanabilmesi adına taraflar arasında sürekli iş birliği gerçekleştirilmesini temel bir gereklilik olarak içermektedir. RFMO'lar bu şekilde anlam kazanmadan önce dahi devletler, balık stoklarını muhafaza edebilmek adına iş birliği içerisinde bulunmuştur. Örneğin, orkinos türüyle ilgili bilgi edinebilmek amacıyla bilimsel çalışmalar yapmak, orkinosların korunumunu sağlamak amacıyla ortak eylem planlarında bulunmak için 1950 senesinde Amerikalılar Arası Tropikal Orkinos Komisyonu (Inter-American Tropical Tuna Commission, "IATTC") olarak adlandırılan bir Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütü faaliyetlerine başlamıştı[18].

Günümüzde, gelinen noktada açık denizler, Bölgesel Balıkçılık Yönetim Örgütleri ve Bölgesel Balıkçılık Danışma Organları tarafından sevk ve idare edilmektedir. Bunun yansıması olarak bu oluşumların, uluslararası yargı mekanizmaları önünde de Uluslararası Balıkçılık Hukuku ile ilgili süreçleri üstlendikleri gözlemlenmektedir. Bu duruma somut bir örnek, Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu tarafından Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesine iletilen danışma görüşü talebidir.

II. DANIŞMA GÖRÜŞÜ TALEBİ

Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu (Subregional Fisheries Commission, "SRFC"), 1985 tarihinde kurulmuş bir "Bölgesel Balıkçılık Danışma Organıdır"[19]. İlgili kuruluşun temel metni olan "2012 tarihli Alt-Bölgesel Balıkçılık Komisyonu Üye Devletlerinin Yetkisi Altındaki Deniz Alanlarında Deniz Kaynaklarına Erişim ve Kullanım için Asgari Koşulların Belirlenmesi Sözleşmesinin" 33. maddesi önemli bir düzenlemedir. Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu Daimî Sekreterine, belirli konularda görüş almak üzere Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesine başvurma yetkisi veren

[16] FAO, "FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651: Regional fisheries management organizations and advisory bodies", Rome, 2020, s. 7-8.

[17] FAO, "FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651: Regional fisheries management organizations and advisory bodies", Rome, 2020, s. 7-8.

[18] TSAMENYI M. Ben, MANARANGI-TROTT Lara, RAJKUMAR Shilpa, "The international legal regime for fisheries management", Faculty of Law, Humanities and the Arts Papers, 2004, s. 18.

[19] FAO, "Fisheries and Aquaculture, Regional Fisheries Bodies: Sub-Regional Fisheries Commission SRFC", https://www.fao.org/fishery/en/organization/rfb/srfc (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

bir karar da bu madde metni uyarınca kabul edilmiştir[20]. Bu yetki ile birlikte, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine temel bazı sorular yöneltilerek balık avlama serbestisi kapsamında bayrak devletinin sorumluluklarına ilişkin muğlak sınırların belirginleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi, kendisine yöneltilen soruları, 2 Nisan 2015 tarihinde verdiği bir kararla cevaplamıştır[21].

A. Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu

Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu, yedi üyeye sahiptir; Cabo Verde, Gambiya, Gine, Gine-Bissau, Moritanya, Senegal ve Sierra Leone[22]. Komisyon, üye devletlerin karasuları ve münhasır ekonomik bölgeleri üzerinde yetki alanına sahiptir. Komisyon, üye devletlerin kendi arasındaki iş birliğini ve temel bazı konularda politika geliştirilmesini sağlamak üzere çalışır. Bu konular; ilgili yetki alanındaki balıkçılık kaynaklarının korunumunu gerçekleştirmek, bu kaynakların korunumu için en verimli uygulamaların belirlenmesini sağlamak, balıkçılık bilimine ilişkin araştırmaları desteklemek, balıkçılık sektöründeki faaliyetlerin izlenmesi, kontrolü ve denetimi için iş birliği gerçekleştirmek şeklinde özetlenebilir.

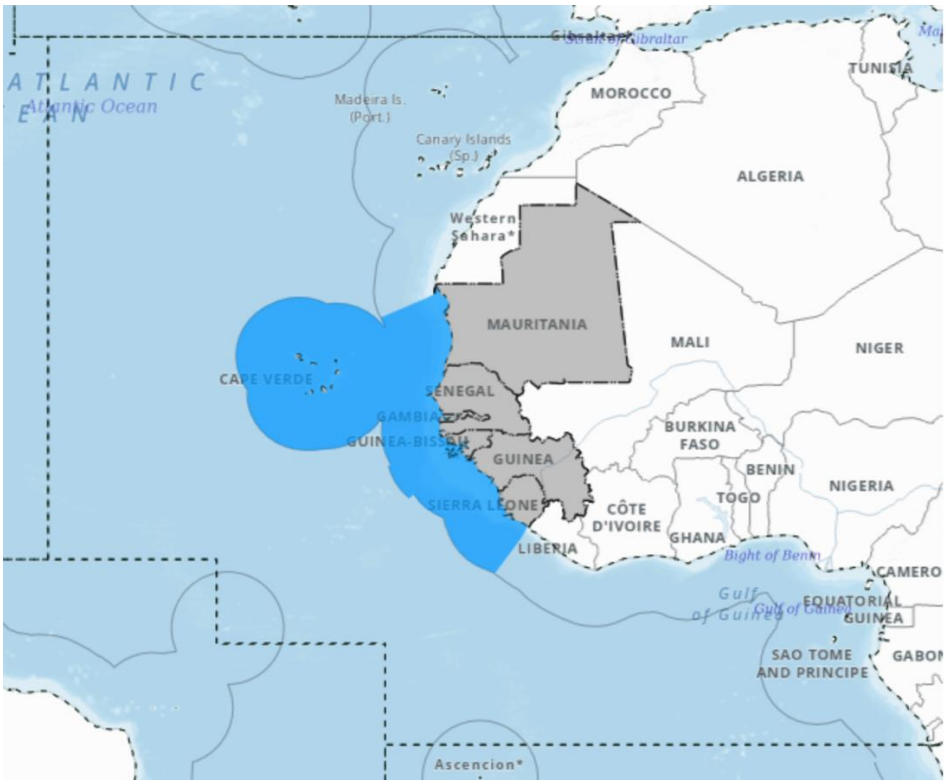
Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu, sadece belirli balık stoklarına özgülenmiş bir çalışma gerçekleştirmemektedir. Tüm balıkçılık kaynaklarını, yetki alanında korumayı amaçlamaktadır.

Görsel 1: Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu yetki alanı haritası:

[20] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)", https://www.itlos.org/index.php?id=252 (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

[21] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)".

[22] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)", https://www.itlos.org/index.php?id=252 (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).



Görsel kaynağı: Food and Agriculture Organisation of the United Nations, https://www.fao.org/fishery/en/organization/srfc (Son Erişim Tarihi: 30.07.2025).

B. Danışma Görüşüne Konu Edilen Meseleler

Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesine dört temel soru yöneltmiştir. Bu sorular, balıkçılık sektöründe özellikle bayrak devletinin sorumluluğunun sınırlarını daha belirgin hale getirmek amacıyla belirlenmiştir[23]:

- Üçüncü devletlerin Münhasır Ekonomik Bölgesi içerisinde gerçekleştirilen yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyetleri söz konusu olduğunda bayrak devletinin sorumlulukları nelerdir?
- Bayrak devleti, kendi bayrağı altında seyreden gemiler tarafından yürütülen yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyetlerinden ne ölçüde sorumlu tutulacaktır?
- Uluslararası bir kurum ile yapılan uluslararası bir anlaşma çerçevesinde bir gemiye balıkçılık ruhsatı verildiği durumlarda, söz konusu gemi tarafından kıyı devletinin balıkçılık mevzuatı ihlal edilirse bu durumdan bayrak devleti veya ilgili uluslararası kurum ne ölçüde sorumlu tutulabilir?
- Özellikle küçük pelajik türler ve orkinoslar olmak üzere, ortak çıkarlara hizmet eden stokların sürdürülebilir yönetiminin sağlanması hususunda, kıyı devletinin hak ve yükümlülükleri

[23] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)".

nelerdir? (Küçük pelajik balıklar, okyanus yüzeyinin yakınlarında bulunan mikroskobik hayvan veya bitki türlerini yiyerek beslenen sürü halinde hareket etme alışkanlığı bulunan küçük balık türleridir.)

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi, yukarıda yer verilen soruları, 2 Nisan 2015 tarihli karar metni aracılığıyla yanıtlamıştır[24].

III. MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ

A. Mahkemenin Yetkisi Hakkında

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin ana metni ve ekinde yer alan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemenin Statüsü incelendiğinde, danışma görüşü ile ilgili olarak, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesinin yetkisine dair çok sınırlı sayıda düzenlemeye yer verildiği gözlemlenmektedir. Bu düzenlemeler; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin 159. maddesinin 10. fıkrası ve 191. maddesi olarak karşımıza çıkar. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemenin Statüsünün 40. maddesi de yine danışma görüşüne ilişkin bir diğer düzenlemedir. Fakat üç düzenleme de incelendiğinde esasında danışma görüşüne ilişkin vurguların "Deniz Dibi Uyuşmazlıkları Dairesi" (Seabed Disputes Chamber) ile ilgili olduğu gözlemlenir[25]. Diğer taraftan, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesinin, kendi iç yapısının işleyişini sağlıklı gerçekleştirmek adına belirlediği "Mahkeme Kuralları" incelendiğinde ise 138. maddenin 1. fıkrasının konumuz itibariyle önemli bir düzenleme olduğu gözlemlenir[26]:

[24] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)".

[25] KURAN Selami, GÜLÇÜR Abdulkadir, "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Danışma Görüşü Vermeye İlişkin Yargı Yetkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı I, Haziran 2018, s. 2 vd. (1-16).

[26] Bu düzenlemenin hukuki dayanağının gerek Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi gerekse Mahkemenin Statüsü ile belirlenmemiş olması nedeniyle bulunmadığı meselesi, öğretide eleştirilere konu edilmiştir. İlgili görüşler için ve konuya dair daha detaylı bilgi için bkz. KURAN, GÜLÇÜR, s. 2-3; Ayrıca Yargıç Jean-Pierre Cot, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından verilen danışma görüşüne ilişkin süreçte yer almış ve bu süreçte ek beyan sunmuştur. Ek beyanın dördüncü paragrafında, Mahkeme'nin kendi yetkisine dair değerlendirmelerinin oldukça karışık açıklamalarla dahil edildiği eleştirilmiştir. Yargıç Cot'a göre en makul ve kısa değerlendirme, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi düzenlemelerinin ve Statü'nün Mahkeme'nin danışma görüşü verme yetkisini yasaklayan bir düzenleme içermediği" şeklindeki argümanı olduğu ifade edilmiştir. Yargıç Cot'un ek beyanı için bkz. International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory

> "Sözleşme'nin amaçlarıyla ilgili bir uluslararası anlaşmanın Mahkeme'ye böyle bir görüş talebinin sunulmasını özellikle öngörmesi halinde Mahkeme, hukuki bir sorun hakkında danışma görüşü verebilir."

Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu, yukarıda vurgulanan düzenlemeyi dayanak alarak kendi kurucu metni olan "2012 tarihli Alt-Bölgesel Balıkçılık Komisyonu Üye Devletlerinin Yetkisi Altındaki Deniz Alanlarında Deniz Kaynaklarına Erişim ve Kullanım için Asgari Koşulların Belirlenmesi Sözleşmesinin" içerisinde yer alan 33. maddesi uyarınca, Alt Bölgesel Balıkçılık Komisyonu Daimî Sekreterine, belirli konularda görüş almak üzere Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesine başvurma yetkisi veren bir kararı, 14. oturumunda, 27-28 Mart 2013 tarihinde, kabul etmiştir[27].

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi, kendisine yöneltilen soruları, 2 Nisan 2015 tarihli karar metni aracılığıyla ve kendisini yetkili görmek suretiyle yanıtlamıştır[28].

B. Mahkemenin Kendisine Yöneltilen Sorulara İlişkin Değerlendirmeleri

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi, sorulara ilişkin görüşünü açıklarken çok sayıda devlet ve uluslararası örgütten görüş almıştır[29]. Nihayetinde sorulara ilişkin değerlendirmelerini özetle aşağıdaki çerçevede gerçekleştirmiştir:

1) Bayrak devletinin sorumluluğu değerlendirilirken bu sorumluluğun bir davranış yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir[30]. SRFC üye devletlerinin münhasır ekonomik bölgesine dahil olan alanlarda bir bayrak devletinin balıkçılık faaliyeti gerçekleştiren gemisi/teknesi üzerinde o bayrak devletinin, her durumda yasa dışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyeti gerçekleştirilmemesini sağlama sorumluluğu olduğu kabul edilemez[31]. Yine de bayrak devletinin, kendi bayrağını taşıyan gemilerin yasa dışı,

Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)", https://www.itlos.org/index.php?id=252 (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

[27] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)", https://www.itlos.org/index.php?id=252 (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

[28] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)".

[29] International Tribunal for the Law of the Sea, "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)".

[30] International Tribunal for the Law of the Sea, Report of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 129 (p. 40).

[31] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 129 (p. 40).

bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyeti gerçekleştirilmesini önleme hususunda gereken tedbirleri alması temel bir gerekliliktir; bu çabası "gereken özeni sağlama yükümlülüğü" şeklinde ortaya çıkmalıdır[32].

2) 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi içerisinde düzenlenmiş olan 58. maddenin 3. fıkrası ve 62. maddenin 4. fıkrası düzenlemeleri çerçevesince bayrak devletinin, bayrağını taşımakta olan gemilerin, ilgili "kıyı devletinin düzenlediği koruma tedbirlerini belirleyen mevzuatlarına uymasını sağlamak yönünde sorumluluğu" olduğu kabul edilmelidir[33]. Bu sorumluluğun sağlanması noktasında bayrak devleti; gerek danışma görüşünün 134-140. paragrafları içerisinde açıklanan önlemleri sağlama gerekse Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin 94. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "idari, sosyal ve teknik meselelerde" yargı yetkisini ve denetimini en verimli şekilde gerçekleştirerek ortaya koymalıdır[34].
3) Mahkeme, bayrak devletinin, bayrağını taşımakta olan balıkçı gemileri üzerindeki idari yargı yetkisi ile ilgili olarak, kendi mevzuatını ve tedbirlerini belirlemek, ilgili mekanizmaları denetlemek noktasında münhasır yargı yetkisi olduğunu[35] ve yine bu yönde sorumluluğu olduğunu vurgulamaktadır[36]. Bayrak devletinin tüm çabaları; yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyeti içerisinde olanların aleyhine olacak şekilde ortaya konmalıdır[37].
4) Mahkeme, uluslararası hukuk açısından temel bir ilke olan "iş birliği sağlama yükümlülüğünün" ilgili danışma görüşüne konu meselede de önemli bir rol oynadığını vurgulamış; deniz çevresinin ve biyolojik habitatının korunumu için bayrak devletinin bu yükümlülüğe uygun davranması gerektiği, yasa dışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık ile mücadele etme noktasında ilgili ilke çerçevesince hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir[38].
5) Mahkemeye göre; bayrak devletinin kendi bayrağını taşımakta olan balıkçı gemilerinin, SRFC üyelerine ait MEB alanlarında gerçekleştirdikleri faaliyetleri açısından ilgili durum değerlendirildiğinde; yasa dışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyeti gerçekleştirilmesinin sıklığı, bayrak devletinin kendi bayrağını taşıyan gemi üzerinde "gerekli özeni gösterme sorumluluğu" çerçevesince değerlendirilmelidir[39].
6) Mahkeme, "uluslararası örgütler" ile ilgili soruya verdiği yanıtında önemli bir durumun altını çizmektedir. Uluslararası örgüt deyiminden anlaşılması gereken, tüm uluslararası

[32] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 129 (p. 40).

[33] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 127 (p. 39).

[34] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 127 (p. 39).

[35] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 137 (p. 42).

[36] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 137 (p. 42).

[37] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 137 (p. 42).

[38] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 140 (p. 43).

[39] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 150 (p. 45).

örgütler değildir; 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin Ek IX metninde yer aldığı üzere "uluslararası örgüt" deyiminden, "Sözleşmeye taraf olan üye devletlerin Sözleşme tarafından düzenlenen konularda yetkilerini devrettikleri uluslararası örgütlerin" anlaşılması gerekmektedir[40]. Danışma görüşüne konu edilen konu ise "balıkçılık" faaliyetleridir[41]. Mahkeme, ilgili uluslararası örgüte üye olan devletin vatandaşının sahip olduğu ya da işlettiği bir gemi hakkındaki sorumluluğu değerlendirirken veya ilgili uluslararası örgüte üye olan bayrak devletinin bahse konu uluslararası örgüte devretmediği haklar açısından sahip olduğu sorumluluğunu değerlendirirken, yukarıda yer verildiği üzere Sözleşme'nin kapsama alanı dışında değerlendirecektir[42].

7) Mahkeme, üye devlet tarafından balıkçılık ile ilgili olarak yetkilendirilen bir uluslararası örgütün, bu yetkisine dayanarak ilgili üye devletin MEB alanı ile ilgili gerçekleştireceği bir anlaşma neticesinde ortaya çıkabilecek sorumluluk hususunda, bayrak devletinin yükümlülüğünün yetki devrine bağlı olarak artık uluslararası örgütün yükümlülüğü haline geleceğini kaydetmiştir[43]. Paylaşılan bu görüşün sonucu olarak; SRFC'ye üye olan bir devlet ve uluslararası örgüt arasında akdedilen, yetki devri içeren bir balıkçılık anlaşması imzalanırsa; bu anlaşma şayet "gerekli özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" nedeniyle ihlal olunursa, SRFC'ye üye olan diğer devletler, anlaşmanın tarafı olan SRFC üye devletini değil, ilgili uluslararası örgütü sorumlu olarak addedebilirler[44].
8) 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin EK IX belgesinin 6/2 maddesi uyarınca, SRFC'ye üye olan bir devlet ve uluslararası örgüt arasında akdedilen, yetki devri içeren bir balıkçılık anlaşması imzalanırsa; SRFC üyesi devletler bu anlaşma ile düzenlenen konulara ilişkin olarak bu anlaşma taraflarından bilgi talep edebilirler. Anlaşmanın tarafları ilgili bilgiyi sağlamak hususunda müşterek ve müteselsil sorumluluğa sahiptir[45].
9) Somut olayda Mahkeme, kıyı devletine ilişkin gündeme gelebilecek haklar ve yükümlülükleri incelerken bu incelemesini, SRFC üye devletlerinin MEB alanı ile sınırlı tutmuştur. Bu alanda yer alan balıkçılık kaynaklarını Mahkeme, ortak balıkçılık kaynakları olarak ele almış; bu kaynakların korunumu ile yönetilmesi hususunda SRFC üye devletlerinin işbirliği sağlaması gerekliliğini ve bu kaynaklardan en iyi şekilde yararlanılmasının sağlanması gerektiğini vurgulamıştır[46]. SRFC üye devletlerinin MEB alanı içerisinde olan, üçüncü devletlerle paylaşılan küçük pelajik türler ve orkinos stoklarının bulunduğunu belirten Mahkeme, bu stokların korunumu için üçüncü devletler ve SRFC üye devletlerinin işbirliği sağlaması gerektiğini, bunun genel bir yükümlülük

[40] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 157 (p. 46).

[41] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 157 (p. 46).

[42] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 166 (p. 49).

[43] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 172 (p. 51).

[44] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 173 (p. 51).

[45] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 174 (p. 51).

[46] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 213 (p. 60).

olduğunu kabul etmiştir[47]. 1982 tarihli Sözleşme içerisinde bu genel yükümlülük; 56. maddenin 2. paragrafı, 58. maddenin 3. paragrafı, 192 ve 193. madde düzenlemeleri ile beraber ele alınmayı gerektirmektedir[48]. Yine giriş bölümünde dördüncü paragraf ile birlikte, "deniz alanları ve çevresinin korunması ile muhafazası yükümlülüğü" de bu kapsamda değerlendirilir[49].

10) Mahkemenin görüşüne göre SRFC'ye üye devletler, kendi MEB alanları içerisinde, 1982 tarihli Sözleşme kapsamında, üçüncü devletlerle paylaşılan küçük pelajik türler ve orkinos stoklarının sürdürülebilir kullanımı ve yönetimi için temel bir yükümlülük altındadır[50]. Bu yükümlülüklerin temel görünümleri; küresel, alt-bölgesel ya da bölgesel uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapma yükümlülüğü, birden fazla SRFC üye devletinin MEB alanında yer alan stokların muhafazası ve yönetimi için gerekli koordinasyonun sağlanması yükümlülüğü, orkinos türlerinin korunumu ve en verimli şekilde kullanımı için iş birliğinin teşvik edilmesini sağlama ve bu iş birliği neticesinde geliştirilen tedbirlerin birbiriyle uyumunu gerçekleştirme yükümlülüğü olarak özetlenebilir[51].

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Mahkemesi'nin vermiş olduğu 2 Nisan 2015 tarihli bu kararı, uluslararası balıkçılık hukuku literatürü için oldukça önemli değerlendirmeler içermiştir. Mahkeme, vermiş olduğu bu kararla birlikte, bayrak devletlerinin sorumluluklarının sınırlarını daha somut bir yaklaşımla ortaya koymuştur. Uluslararası örgütlerin balıkçılık sektörüne katılımlarının rolünün daha özel bir yaklaşımla ele alınması gerektiği anlaşılmıştır. Karar aracılığıyla, benzer şekilde, deniz canlı kaynaklarının korunması için devletlerin, uluslararası ve bölgesel yetkilere sahip kuruluşlarla iş birliği yapma yükümlülüğü altında olduğu da ortaya konmuştur. Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, deniz canlı kaynaklarının korunmasının, deniz çevresinin muhafazasının alt bir unsuru olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Uluslararası balıkçılık hukukuna ilişkin yaklaşımlar, 'denizlerin serbest kullanımı' yaklaşımından, kıyı devletlerinin artan yetkilerine ve uluslararası işbirliğinin önemine doğru tarihsel süreç içerisinde önemli bir yönelim göstermiştir. 1982 tarihli Sözleşme, bu alandaki en temel çerçeveyi oluşturmaya devam etmektedir; ancak sürdürülebilirlik ve yeni çevresel zorluklar karşısında hukuk sürekli olarak gelişim göstermektedir. Danışma görüşü talebi ve Mahkemenin paylaştığı görüş, bu durumun örnek bir yansıması olmuştur.

[47] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 215 (p. 61).

[48] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 216 (p. 61).

[49] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 216 (p. 61).

[50] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 208 (p. 59).

[51] International Tribunal for the Law of the Sea, Advisory Opinion of 2 April 2015, parag. 208 (p. 59).

Mahkeme, kendisini yetkili görmeseydi, balıkçılık hukuku ile ilgili birçok soru cevapsız, tartışmalı hususlar olarak kalmaya devam edecekti. Hali hazırda yasadışı, bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılıkla mücadele süreçleri zor süreçlerden meydana gelirken; olası bir yetkisizlik kararı bu süreci daha da zor bir durumda bırakabilirdi.

Bölgesel balıkçılık danışma organları, bölgesel balıkçılık yönetim örgütleri gibi bağlayıcı nitelikte kararlar veya sınırlandırmalar öngöremese dahi uluslararası balıkçılık hukukunun gelişim sürecinde önemli bir rol üstlenmektedir. İncelenen danışma görüşü talebi, bu duruma ilişkin önemli bir örnek olmuştur.

Son bir hususu paylaşmak yerinde ve önemli olacaktır. Sürdürülebilirlik, deniz canlı kaynaklarının korunumu, deniz çevresinin korunumu ve yönetimi gibi konular, günümüzde oldukça önem kazanmıştır. Bu yönelimin, Türkiye Cumhuriyeti gibi denizlere kıyısı bulunan ve kıyı şeridi oldukça geniş olan bir ülke tarafından da takip edilmesi zaruri olmaktadır. Uluslararası balıkçılık hukuku alanının; daha yoğun bir şekilde takip edilmesi, literatürde kendisine daha çok yer bulması ve gelişiminin desteklenmesi, gerekliliktir.

KAYNAKÇA

ARIDEMİR Hakan: "Münhasır Ekonomik Bölge Tartışmaları Çerçevesinde Devletlerin Açık Denizlerdeki Hakları", İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2018, 789-804.

BARKIN Samuel J., DESOMBRE Elizabeth R.: *Saving Global Fisheries: Reducing Fishing Capacity to Promote Sustainability*, The MIT Press, Cambridge – Massachusetts, 2013.

DAHM Georg: *Völkerrecht Band I*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958.

FAO: "FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 651: Regional fisheries management organizations and advisory bodies", Rome, 2020.

FAO: "Fisheries and Aquaculture, Regional Fisheries Bodies: Sub-Regional Fisheries Commission SRFC", https://www.fao.org/fishery/en/organization/rfb/srfc (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

GROTIUS Hugo: *von der Freiheit des Meeres (Çev. Dr. Richard Boschan)*, Verlag von Felic Meiner, Leipzig, 1919.

International Tribunal for the Law of the Sea: "Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)", https://www.itlos.org/index.php?id=252 (Son Erişim Tarihi: 16.07.2025).

JAENICKE Günther: "Die Fischereifreiheit auf der Hohen See: Entwicklung bis zur 3. Seerechtskonferenz in Caracas", içerisinde: BERNHARDT Rudolf, RUDOLF Walter: *Die Schiffahrtsfreiheit im gegenwärtigen Völkerrecht*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1975.

KURAN Selami, GÜLÇÜR Abdulkadir: "Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Danışma Görüşü Vermeye İlişkin Yargı Yetkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı I, Haziran 2018, 1-16.

MARIBUS, OZEAN DER ZUKUNFT, MARE, INTERNATİONAL OCEAN INSTITUTE: *Lebensgarant Ozean – Nachhaltig Nutzen, Wirksam Schützen*, World Ocean Review mit den Meeren Leben, 2021.

MERAY Seha L.: "Açık Denizlerin Serbestliği Prensibinin Gelişmesi", Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 1955, 76-100.

OECD - Public Governance and Territorial Development Directorate Regulatory Policy Committee: "GOV/RPC(2016)15", 2 November 2016, Paris, 2016.

ÖZMAN Aydoğan: *Deniz Hukuku I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

PINTO Moragodage Christopher Walter: "Hugo Grotius and the Law of the Sea", içerisinde: CASTILLO Lilian del: *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea – Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2015.

TSAMENYI M. Ben, MANARANGI-TROTT Lara, RAJKUMAR Shilpa: "The international legal regime for fisheries management", Faculty of Law, Humanities and the Arts Papers, 2004.

UN: "Treaty Collection, Depositary, Status of Treaties, Chapter XXI/7: Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks", https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=_en (Son Erişim Tarihi: 18.07.2025).

VICUNA ORREGO Francisco: *The Exclusive Economic Zone, Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

VON MÜNCH Ingo: *Völkerrecht (Ohne Internationale Organisationen und Kriegsvölkerrecht)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1971.

HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ TEMELİNDE GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ SÜREÇLERİNDE DOĞAN HUKUKİ PROBLEMLERE DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Arş. Gör. Rıdvan Akın[*], Av. Lemi Keleş[**]

ÖZET

Hukuki güvenlik ilkesi, hukukun üstünlüğünün ayırt edici özelliklerinden biridir. Hukuki güvenlik gerekliliğinin yerine getirilebilmesi için, objektif hukukun istikrarlı, yeknesak, nispeten basit ve uzun vadede öngörülebilir olması ve herkesin sübjektif haklarına saygı gösterilmesi için gerekli koşulların yaratılması gerekir. Gönüllü geri dönüş ise, en genel manada bir bireyin menşe ülkesine veya kalmasına izin verilen üçüncü bir ülkenin topraklarına kendi hür iradeleri dahilinde geri dönebilmelerini ifade eder. Düzensiz göçmenlerin Türkiye'den gönüllü geri dönüşlerine ilişkin yasal düzenlemeler, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 60/A ve 87. maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler, YUKK Uygulama Yönetmeliği ile somutlaştırılmaya çalışılmış olsa da gönüllü geri dönüşten yararlanabilecek kişi kategorisi kanunun kapsamını aşacak şekilde genişletilmiştir. Gönüllü geri dönüş uygulamaları esasen hizmete özel genelgeler ile yürütülmekte olup, 2017/10 sayılı "Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslar" bunlardan biridir. Genelgenin Beşinci Bölümünde, geçici koruma kapsamındaki yabancıların gönüllü geri dönüş işlemleri 1 ila 15. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda, gönüllü geri dönüş talebinde bulunan kişiler için valiliklerce "Gönüllü Geri Dönüş Talep Formu" düzenlenmektedir. Bu formlar mümkünse Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) temsilcisi, o mümkün değilse Kızılay temsilcisi, onların da katılamadığı hallerde ise uygun görülen Sivil Toplum Temsilcisi ya da Valilik İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu görevlisi tarafından imzalanmaktadır. Ancak birtakım mahkeme kararlarına da yansıyan ihtilaflardan anlaşılacağı üzere bu uluslararası örgüt ve akredite sivil toplum kuruluşlarının gönüllü geri dönüş formlarında katılımlarının sağlanmaması, katılımlarının sağlandığı hallerde ise ne derece somut ve fiili bir katılımlarının olduğu, bu katılımın sağlanması yada sağlanmaması hallerinin gönüllü geri dönüş formlarının hukuki geçerliliklerini etkileyip etkilemediği hususu kesişimsel olarak bakılması gereken bir hukuki tartışma alanı olarak güncelliğini korumaktadır. Gönüllü geri dönüşte hukuki güvenlik ilkesinin temel amacı, yabancıların geri dönüş kararlarını düzenleyen normlara güven duymalarını sağlamak ve böylece toplumsal istikrarı temin etmektir. Bu nedenle, gönüllü geri dönüş uygulamalarının şeffaf, öngörülebilir ve orantılı olması gerekmektedir. Aksi halde, bu rejimin meşruiyeti zedelenir ve kararların anlamı sorgulanır hale gelir. Çalışmamızda yukarıda bahsedilen bağlamlarda gönüllü geri dönüş süreçlerine dair göç idareleri ve yabancılar arasında doğmuş birtakım idare hukuku ihtilaflarına güncel idare mahkemesi kararlarındaki esaslar, inceleme noktaları ve karar algılarına değinilmek suretiyle yer verilmiştir. Böylelikle gönüllü geri dönüş süreçlerinde hukuki güvenlik ilkesinin yabancı ve devlet arasında doğurduğu hak-yükümlülük eksenine dair insan hakları hukuku temelinde doğan hukuk tartışmalarının anlaşılmasına ve problemlere dair uluslararası hukukla da muvafık çözüm önerilerinin geliştirilmesine dair katkı sunulmak istenilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü Geri Dönüş, Hukuki Güvenlik, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, İdari Yargı Kararları.

[*] Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi-Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, rakin@fsm.edu.tr, ORCID:0000-0001-8061-4085 .

[**] Samsun Barosu, Avukat, Katholieke Universiteit Leuven, Yüksek Lisans öğrencisi, lemikeles@marun.edu.tr, Orcid:0009-0008-7317-2002 .

EVALUATION OF THE CONCEPT OF VOLUNTARY RETURN ON THE BASIS OF LEGAL SECURITY PRINCIPLE AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS TO LEGAL PROBLEMS ARISING IN VOLUNTARY RETURN PROCESSES

ABSTRACT

The principle of legal security is one of the distinguishing features of the rule of law. In order to fulfil the requirement of legal security, objective law must be stable, uniform, relatively simple and predictable in the long term, and the necessary conditions must be created to respect the subjective rights of all. Voluntary return, in the broadest sense, refers to the ability of an individual to return of their own free will to their country of origin or to the territory of a third country where they are authorised to stay. Legal regulations on the voluntary return of irregular migrants from Turkey are set out in Articles 60/A and 87 of the Law on Foreigners and International Protection No. 6458. Although these regulations have been tried to be concretised by the Implementing Regulation on the LFIP, the category of persons who can benefit from voluntary return has been expanded beyond the scope of the law. Voluntary return practices are mainly carried out through service-specific circulars, and the 'Procedures and Principles Regarding the Procedures of Foreigners under Temporary Protection' No. 2017/10 is one of them. In Chapter Five of the Circular, the voluntary return procedures of foreigners under temporary protection are regulated between Articles 1 and 15. In this context, 'Voluntary Return Request Form' is issued by the governorates for persons requesting voluntary return. These forms are signed by a representative of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) if possible, by a representative of the Red Crescent if that is not possible, and in cases where they are unable to attend, by an appropriate civil society representative or an official of the Governorship Human Rights and Equality Board. However, as can be understood from the disputes reflected in a number of court decisions, the fact that these international organisations and accredited non-governmental organisations do not participate in the voluntary return forms, and in cases where they do participate, to what extent they have a concrete and actual participation, and whether the provision or non-provision of this participation affects the legal validity of the voluntary return forms, remains an area of legal debate that needs to be examined intersectionally. The main purpose of the principle of legal security in voluntary return is to ensure that foreigners have confidence in the norms regulating return decisions and thus to ensure social stability. Therefore, voluntary return practices should be transparent, predictable and proportionate. Otherwise, the legitimacy of this regime is undermined, and the meaning of decisions becomes questionable. In our study, some administrative law disputes arising between immigration administrations and foreigners regarding voluntary return processes in the above-mentioned contexts were addressed by referring to the principles, points of review, and perceptions of judgements in recent administrative court decisions. In this way, it is aimed at contributing to the understanding of the legal debates arising on the basis of human rights law on the rights-obligations axis between the foreigner and the state arising from the principle of legal security in voluntary repatriation processes and to contribute to the development of solutions to the problems in line with international law.

Keywords: Voluntary Return, Legal Security, Law On Foreigners and International Protection, Administrative Judgements.

GİRİŞ

Hukuki güvenlik ilkesi, modern idare hukukunun temel taşlarından biridir ve bireylerin hukuki öngörülebilirlik içinde hareket edebilmesini sağlar. Bu ilke aynı zamanda, idari işlemlerin keyfiliğe karşı denetlenebilir olmasını güvence altına alır. Özellikle idarenin bireylerin temel haklarına müdahale ettiği durumlarda, hukuki güvenlik ilkesi çok daha belirleyici bir rol üstlenmektedir. Bu çerçevede, gönüllü geri dönüş süreci, gerek uluslararası koruma gerekse geçici koruma statüsü altındaki yabancıların menşe

ülkeye kendi özgür iradeleriyle dönüşlerini hedefleyen ve doğrudan hukuki güvenliğe dayanan bir uygulamadır. Özellikle Türkiye gibi yoğun göç alan ülkelerde, gönüllü geri dönüş süreçlerinin usulüne uygun şekilde yürütülmesi, hem bireysel temel hakların korunması hem de idarenin yükümlülüklerini hukuka uygun şekilde yerine getirmesi açısından hayati önem taşımaktadır.

Uluslararası koruma başvuru sahiplerinin ve statü sahiplerinin gönüllü geri dönüş talepleri, bu yönüyle idarenin yalnızca şeklen değil, içerik açısından da hukuk devleti ilkesine uygun davranmasını gerektiren oldukça hassas bir uygulama alanıdır. Gönüllülük esasına dayalı bu sürecin sağlıklı işlemesi için, kişinin iradesinin açık biçimde ortaya konulması, geri dönüşün sonuçları hakkında açık ve anlayabileceği bir dilde bilgilendirme yapılması ve sürecin şeffaf biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, işlemler yalnızca görünüşte gönüllülük taşır ve kişilerin özgür iradesi dışında sonuçlar doğurabilecek bir yapıya bürünür. Geçici koruma statüsündeki kişilere yönelik gönüllü geri dönüş süreci, Geçici Koruma Yönetmeliği ve İçişleri Bakanlığı'nın 29/11/2017 tarihli ve 2017/10 sayılı Genelgesi ile belirli usul kurallarına bağlanmış ve nispeten sistematik bir yapı kazanmıştır. Bu düzenlemeler kapsamında, gönüllü geri dönüş formlarının hangi şartlarda imzalanacağı, tercüman eşliğinde bilgilendirme yapılması ve sürece kimlerin nezaret edeceği gibi hususlar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık, uluslararası koruma başvuru sahipleri ve statü sahiplerine ilişkin gönüllü geri dönüş süreci bakımından benzer bir normatif çerçeve bulunmamaktadır. Kanuni veya ikincil düzeyde açık ve bağlayıcı düzenlemelerin olmayışı, bu kişilere uygulanacak prosedürlerin büyük ölçüde idarenin takdirine bırakılmasına neden olmuş; bu durum uygulamada belirsizlikler yaratmakla kalmamış, aynı zamanda farklı statüdeki kişilere karşı usul eşitsizliğini de beraberinde getirmiştir.

Uygulamada, gönüllü geri dönüş işlemlerine ilişkin ciddi usul eksikliklerinin yaşandığı görülmektedir. Bazı durumlarda formların tercüman eşliğinde imzalanmadığı, kişilere geri dönüşün sonuçları hakkında yeterli bilgilendirme yapılmadığı, hatta sürece avukatların dahi dâhil edilmediği tespit edilmiştir. Daha da önemlisi, geçici koruma rejimi için öngörülmüş belgelerin, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın uluslararası koruma başvurucularına kıyasen uygulanması, idarenin işlemlerinde belirlilikten uzaklaştığını ve hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edildiğini açıkça göstermektedir. Bu gibi eksiklikler yalnızca ilgili yabancının statüsünün hukuka aykırı biçimde sona erdirilmesi sonucunu doğurmakla kalmamakta; aynı zamanda bu işlemlere karşı etkili başvuru yollarının işlevsizleşmesine neden olmakta, adil yargılanma hakkı ile bağlantılı sorunları da beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde gönüllü geri dönüş sürecinin nasıl yürütülmesi gerektiği ve işlemlerin geçerliliği için aranan asgari güvencelerin neler olduğu ele alınacaktır. Ayrıca, mevcut uygulamaların bu güvencelere ne ölçüde uyduğu analiz edilerek, uluslararası ve geçici koruma statüsü altındaki kişilere yönelik ayrışmaların doğurduğu usul eşitsizlikleri irdelenecek; bu doğrultuda hukuki güvenliğin sağlanmasına yönelik normatif ve idari çözüm önerileri sunulacaktır.

I. GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ KAVRAMI

Ne 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK), ne bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde, ne "Uluslararası Korumaya İlişkin Uygulama Usul ve Esasları" başlıklı Genelge'de, ne de Geçici Koruma Yönetmeliği'nde "gönüllü geri dönüş" kavramına ilişkin açık ve net bir tanıma yer verilmektedir. Aynı şekilde, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 2017/10 sayılı "Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslar" konulu Genelge'de de gönüllü geri dönüş kavramının tanımı veya kapsamına dair herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Oysa ki, gönüllü geri dönüş, uluslararası hukukta ve uygulamada, en genel anlamıyla bir bireyin kendi ülkesine (menşe ülke) ya da ikamet etmesine izin verilen üçüncü bir ülkeye, dış baskı

veya zorlama olmaksızın, tamamen kendi özgür iradesiyle geri dönmesini ifade eder[1]. Bu süreçte bireyin karar verme süreci, bilgilendirilmiş rızaya ve özgürlük ortamına dayanmalı; geri dönüş işlemi kişinin iradesine aykırı biçimde yönlendirme, tehdit, psikolojik baskı veya zorlayıcı koşullarla gerçekleştirilmemelidir. Dolayısıyla, gönüllü geri dönüş kavramının içeriği ve uygulama şartları, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilişkili olup; açık bir hukuki çerçeveyle tanımlanması, keyfi uygulamaların önüne geçilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanması açısından zorunludur.

II. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

Hukuki güvenlik ilkesi, her ne kadar pozitif hukuk metinlerinde açıkça tanımlanmış bir kavram olarak yer almasa da, Türk hukuk sisteminde hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru ve önkoşulu olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi[2] ile Danıştay[3], yerleşik içtihatlarında hukuki güvenlik ilkesinin dayanağını, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesinden türetmektedir. Söz konusu maddede, Türkiye Cumhuriyeti'nin; insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda, hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa'da açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte, yüksek yargı mercileri tarafından hukuk devleti ilkesinin kurucu bir bileşeni olarak yorumlanmakta ve içtihat yoluyla normatif düzene entegre edilmektedir.

Hukuki güvenlik ilkesi, kişilerin hukuk düzenine duyduğu güveni esas alır ve bu kapsamda hukuk kurallarının açık, anlaşılır ve öngörülebilir olmasını zorunlu kılar. Bu ilke, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlet'e güven duyabilmesini; Devletin ise norm koyma ve uygulama süreçlerinde bu güveni sarsacak belirsizliklerden ve keyfi uygulamalardan kaçınmasını gerektirir[4]. Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin geleceğe yönelik kararlarını mevcut hukuk kurallarına dayanarak şekillendirmelerini ve bu doğrultuda oluşturdukları beklentilerin hukuken korunmasını sağlar. Bu bağlamda, hukuk düzeninin istikrarı ve Devletin ve idarenin öngörülebilir bir şekilde hareket etmesi, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasının temel güvencelerinden biridir.

Hukuki güvenlik ilkesinin tam anlamıyla hayata geçebilmesi için üç temel unsurun varlığı gereklidir: hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik. Hukuki belirlilik ilkesi, hem bireyler hem de idare açısından uygulanacak normların açık, net ve tereddüde yer bırakmayacak biçimde düzenlenmesini öngörür. Bu ilke, kamu gücünü kullanan otoritelerin keyfiliğini sınırlayan bir koruma işlevi de üstlenir. Belirlilik yalnızca yazılı yasal düzenlemelerle sınırlı kalmamakta, aynı zamanda hukuki anlamda da bir açıklığı ifade etmektedir. Bu kapsamda, bireylerin ilgili düzenlemelere ulaşabilmesi, kuralların anlaşılabilir olması ve öngörülebilir sonuçlar doğurması gerekir. Bu niteliklerin sağlanması durumunda, içtihatlar ve idarenin düzenleyici işlemleri de hukuki belirlilik ilkesine katkı sunabilir. Hukuki istikrar ilkesi ise, hukuk düzeninin sürekliliğini ve var olan normların zaman içerisinde tutarlı biçimde uygulanmasını ifade eder. Bu ilke, kişilerin hukuka güvenerek yaşamlarını sürdürebilmeleri ve planlarını istikrarlı bir sistem içinde yapabilmeleri açısından büyük önem taşır. Hukuki öngörülebilirlik ilkesi, bireylerin yürürlükteki kuralları dikkate alarak hangi eylemin ne tür bir

[1] International Organization for Migration, Migration Law Glossary, Geneva 2019, s. 229.

[2] AYM GK'nın 13.2.2019 tarih ve E.2018/103, K.2019/4 sayılı kararı,(Lexpera).

[3] Danıştay 8.D'nin 22.8.2024 tarih ve E.2024/4873, K.2024/4279 sayılı kararı(Lexpera).

[4] AYM'nin 04.05.2017 tarih ve E.2015/41, K.2017/98, §§ 153, 154 sayılı kararı(Lexpera)

hukuki sonuç doğuracağını önceden kestirebilmesini mümkün kılar. Kişiler, hukuk kurallarını, bunların nasıl uygulanacağını ve mahkemelerin olası kararlarını dikkate alarak hareket edebilmelidir[5].

III.GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ MÜESSESESİ- HUKUKİ GÜVENLİK İLİŞKİSİ

Gönüllü geri dönüş müessesesi, yabancılar hukuku bağlamında hukuki güvenlik ilkesine özel bir işlev yüklemektedir. Bu müessese, yabancıların hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen bir alanda, özellikle gönüllü geri dönüş kararı ve bu kararı izleyen idari usulde, idarenin tutum ve uygulamalarını önceden öngörebilmelerini mümkün kılar. Böylelikle, geri dönmeyi planlayan ya da bu yönde karar almış bireyler, davranışlarını hukuki öngörülebilirlik temelinde şekillendirebilir ve geri dönüş süreçlerini güven ortamında planlayabilirler. Bu çerçevede, gönüllü geri dönüş sürecine dair tüm idari işlemlerin belirli ve öngörülebilir kurallara dayanması, idari keyfiliğin önlenmesi açısından hayati önemdedir. Hukuki güvenlik ilkesi, yabancının kendi hür iradesiyle aldığı geri dönme kararının, açık ve tanımlı hukuki düzenlemeler ışığında uygulanmasını ve bu düzenlemelerin hem birey hem de idare bakımından bir güven ortamı oluşturmasını gerekli kılar.

Gönüllü geri dönüş bağlamında hukuki güvenlik ilkesi, aynı zamanda hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle birlikte işler. Belirlilik ilkesi, sürecin yalnızca genel esaslarının değil, tüm aşamalarının kanuna uygun biçimde düzenlenmesini ve normların açık, ulaşılabilir ve anlaşılır olmasını gerektirir. Bu, gönüllü geri dönüş kararının verilmesinden uygulanmasına kadar tüm adımların önceden bilinebilir olması ve keyfîliğe açık kapı bırakmaması anlamına gelir. Bu ilkelerin işlerlik kazanabilmesi, yalnızca YUKK hükümleriyle değil, aynı zamanda bu alanda çıkarılan ikincil düzenlemeler, idari uygulamalar ve yargı içtihatlarıyla da sağlanır. Hukuki güvenlik ilkesinin gönüllü geri dönüş özelindeki rolü, hem yabancı bireyler hem de Göç İdaresi Başkanlığı açısından güvenilir, tutarlı ve denetlenebilir bir uygulama zemini oluşturmaktır. Bu bağlamda, "güvenlik" kavramı; gönüllü geri dönüşe ilişkin hukuki düzenlemelerin Anayasa'ya uygun biçimde yapılandırılmasını, uygulama esaslarının erişilebilir ve net olmasını ve Göç İdaresi tarafından tesis edilen işlemlerin yargısal denetime açık bulunmasını ifade eder. Aynı zamanda, yargı kararlarının iç tutarlılığa sahip olması ve çelişkiden uzak bir çizgide ilerlemesi, gönüllü geri dönüş sürecine dair hukuki güvenliğin tesisinde tamamlayıcı bir rol oynar.

IV. GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELERİN HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUĞU

A. YUKK ile YUKK Uygulama Yönetmeliğinde Gönüllü Geri Dönüşe İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi

YUKK sistematiğine baktığımızda, kanun koyucunun gönüllü geri dönüşe ilişkin hükümleri iki farklı statü bakımından ele aldığını görmekteyiz. Madde 60/A'da, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış, koruma veya ikamet statüsü sona ermiş ve bu nedenle genel anlamda düzensiz göçmen statüsüne evrilmiş kişilerin, menşe ülkesine gönüllü olarak dönmek istemeleri halinde kendilerine ayni ve maddi destek sağlanabileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, 87. Maddede ise uluslararası koruma başvuru sahipleri ile statü sahibi kişiler—mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma kapsamındaki yabancılar—gönüllü olarak dönmek istediklerinde, onlara da ayni ve maddi destek sağlanabileceği öngörülmüştür. Her iki düzenlemede de yani 60/A maddesinin ikinci fıkrası ile 87. Maddenin ikinci fıkrasında, gönüllü geri dönüş sürecine ilişkin faaliyetlerin uluslararası kuruluşlar, kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum örgütleriyle iş birliği içinde yürütülebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu noktada dikkat çeken

[5] Danıştay 12.D'nin 23.02.2021 tarih ve E.2020/5430, K.2021/892 sayılı kararı.

önemli bir fark, 60/A maddesinde yer alan düzenlemenin yalnızca "menşe ülkeye" dönüşle sınırlı tutulmuş olmasıdır. Buna karşılık, 87. Madde kapsamında yer alan uluslararası koruma başvuru sahipleri ve statü sahibi yabancılar bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu durum, kanun koyucunun statü sahiplerinin gönüllü geri dönüşlerini daha geniş bir coğrafi bağlamda değerlendirdiğini, örneğin üçüncü ülkelere yönelim olasılığını da içerecek şekilde esnek bıraktığını göstermektedir. Öte yandan, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 63. Maddesi, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış yabancıların gönüllü geri dönüş taleplerini ikiye ayırarak, bu taleplerin idari gözetim kararı alınmadan önce ya da geri gönderme merkezine sevk edildikten sonra yapılabileceğini belirtmektedir. Bu maddenin dikkat çekici yönü, Kanun'un 60/A maddesinden farklı olarak, menşe ülkesine dönüş ibaresinin yanına "veya" bağlacıyla "üçüncü bir ülkeye" dönüş seçeneğini de açıkça eklemiş olmasıdır. Bu düzenleme ile YUKK Uygulama Yönetmeliği, düzensiz göçmenlerin gönüllü geri dönüş kapsamını yalnızca menşe ülkeyle sınırlı tutmamakta, üçüncü ülkelere yönelimi de hukuken mümkün kılmaktadır. Bu noktada, menşe ülke ile sınırlı dönüş öngören 60/A maddesi ile Uygulama Yönetmeliği'nin daha geniş bir seçenek sunan 63. Maddesi arasında ortaya çıkan bu farklılık, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bakımından sorunlu bir durum yaratmaktadır. 60/A maddesinin dar yorumlanmasına karşın, alt düzenleyici bir işlem olan yönetmelikte daha geniş bir uygulama alanı tanınması, normlar hiyerarşisine uygunluk ve düzenlemelerin bütünlüğü açısından eleştiriye açıktır. Bu çelişkili yapı, uygulamada farklı idari yaklaşımlara yol açabileceği gibi, geri dönüş kararı vermek durumunda olan yabancılar açısından da hukuki belirsizlik yaratabilecektir. Bu da gönüllü geri dönüş sürecinin şeffaflığı ve güvenilirliği üzerinde olumsuz etkilere neden olabilecektir.

Gönüllü geri dönüş desteğine ilişkin YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 121. maddesi kapsamında, kanun kapsamındaki yabancılardan[6] menşe ülkelerine ya da üçüncü bir ülkeye gönüllü olarak dönmek isteyenlere, geri dönüşlerini kolaylaştırmak ve geri döndükleri yerlerde uyum sağlamalarına katkıda bulunmak amacıyla çeşitli destekler sağlanabilmektedir (madde 121/1). Bu destekler; valiliğin teklifi üzerine Göç İdaresi Başkanlığı tarafından alınan karar doğrultusunda belirlenmekte olup, ayni veya nakdi yardım şeklinde olabileceği gibi, mesleki eğitim yoluyla da sunulabilir ve hem Türkiye'de hem de yabancının menşe ülkesinde verilebilir (madde 121/1-a ve b). Ayrıca, bu destekten yararlanarak menşe ülkesine dönen kişiler hakkında Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınmaması da mümkün kılınmıştır (madde 121/1-c). İdari gözetim altında bulunan yabancılar gönüllü geri dönüş desteğine başvurmaları halinde, dönüş işlemlerinin kolaylaştırılması ve takibi amacıyla ayrı bir merkeze alınabilmekte ya da haklarında tesis edilen idari gözetim kararının sonlandırılması söz konusu olabilmektedir (madde 121/2). Bu sürecin yürütülmesinde ise Göç İdaresi Başkanlığı, kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, ilgili ülke makamları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabilmekte ve aynı zamanda uluslararası fonlardan yararlanma imkânına da sahiptir (madde 121/3). Gönüllü geri dönüş talebinde bulunmasına rağmen bu talebini sonradan geri çeken uluslararası koruma statüsü sahiplerinin mevcut statüleri korunmakta, başvuru sahiplerinin işlemleri ise kaldığı yerden devam ettirilmektedir (madde 121/4). Buna karşılık, gönüllü olarak geri dönüşünü gerçekleştiren uluslararası koruma statüsü sahiplerinin bu statüleri sona ermektedir (madde 121/5).

[6] Dikkat edileceği üzere, YUKK Uygulama Yönetmeliği, YUKK'un aksine, kanun kapsamındaki tüm yabancılara gönüllü geri dönüş sürecinde destek sağlanabileceğini öngörmektedir. Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddesiyle birlikte, geçici koruma altındaki kişiler ve insani ikamet izni sahipleri gibi statü sahipleri de gönüllü geri dönüş desteğinden yararlanabilecek yabancılar kapsamına dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda, gönüllü geri dönüş müessesesi çerçevesinde sağlanabilecek destekler bakımından "yabancı" kavramı altında yer alan kişi kategorisinin genişletildiği görülmektedir.

Göç İdaresi Başkanlığı tarafından yayımlanan, 06.06.2022 tarihli ve "6458 sayılı Kanunun Uluslararası Korumaya İlişkin Uygulama Usul ve Esasları" başlıklı 2022/1 sayılı Genelge'nin "Üçüncü Ülkeye Yerleştirme ve Uluslararası Korumayla İlgili Diğer Hükümler" başlıklı 6. bölümünün 19. maddesinde, gönüllü geri dönüş talebinde bulunan kişiler hakkında 6458 sayılı Kanun'un 60/A ve 87. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci paragrafında ise, gönüllü geri dönüş talebinde bulunmuş ancak daha sonra bu talebinden vazgeçmiş olan uluslararası koruma statü sahiplerinin mevcut statülerinin bu nedenle etkilenmeyeceği hükme bağlanmıştır. Üçüncü paragrafta ise, gönüllü olarak geri dönüş gerçekleştiren uluslararası koruma statü sahipleri hakkında, statülerinin sona ermesine ilişkin olarak 6458 sayılı Kanun'un 85. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Düzenlemelerin geneline bakıldığında, gerek kanun koyucu gerekse yönetmelik ve genelge çıkarma yetkisine sahip idari otorite, gönüllü geri dönüş müessesesini büyük ölçüde "destek" boyutuyla ele almış; ayni, nakdi ya da mesleki eğitim biçiminde sağlanabilecek yardımlara ilişkin çeşitli hükümler getirmiştir. Ancak bu yaklaşımın, gönüllü geri dönüş sürecinin idari usule ve esasa ilişkin mekanizmalarına dair açıklık getirmekten uzak olduğu dikkat çekmektedir. Özellikle, geçici koruma rejimi kapsamındaki yabancıların geri dönüş süreçlerine dair ayrıntılı düzenlemelerin, hukuki normlar hiyerarşisinin en alt basamağında yer alan ve kural olarak yasa ya da yönetmelik hükümlerini ne genişletme ne de daraltma yetkisi bulunmayan bir genelge aracılığıyla yapılması, aşağıda hukuki güvenlik ilkesi bakımından eleştirdiğimiz ve aykırı bulduğumuz bir durumdur. Buna karşılık, geçici koruma kapsamı dışındaki diğer yabancı gruplar – örneğin ikamet izni sona ermiş ya da uluslararası koruma başvuru ve statü sahipleri– açısından ise, gönüllü geri dönüş prosedürünün hangi esaslara göre yürütüleceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamakta; hatta bu konuda genelge düzeyinde dahi bir çerçeve oluşturulmamıştır. Bu durum, aynı yasal çatı altında bulunan yabancılar arasında uygulama birliği sağlanamaması sonucunu doğurmakta ve idarenin takdir yetkisini sınırlandıracak açık, nesnel, öngörülebilir kuralların bulunmaması nedeniyle hukuki güvenlik ilkesi ve onun alt ilkeleri olan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelemektedir. Sonuç olarak, gönüllü geri dönüş gibi doğrudan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen bir sürecin, yalnızca destek mekanizmaları üzerinden şekillendirilmesi; buna karşılık karar alma, yetki kullanımı ve prosedürel güvencelere dair açık düzenlemelerin yokluğu, bütüncül ve hukuk devleti ilkeleriyle uyumlu bir uygulamanın önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

B. Geçici Koruma Yönetmeliği ile 2017/10 Sayılı Genelge Kapsamında Gönüllü Geri Dönüş Müessesesine İlişkin Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin "Gönüllü Geri Dönüş ve Üçüncü Ülkeye Çıkış" başlıklı 9. Bölümünün 42. maddesi, gönüllü geri dönüş işlemlerine ilişkin esasları dört fıkra halinde düzenlemektedir. Maddenin son fıkrasında ise, bu işlemlerin usul ve esaslarının Göç İdaresi Başkanlığı tarafından belirleneceği açıkça hükme bağlanmıştır. Göç İdaresi Başkanlığı, bu yetkiye dayanarak 2017/10 sayılı "Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslar" konulu Genelge'nin 5. bölümünde, gönüllü geri dönüş süreçlerine ilişkin detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Böylece, Yönetmeliğin 42. maddesi doğrultusunda, gönüllü geri dönüş işlemleri için normatif bir çerçeve oluşturulmuştur. Ancak bu düzenlemelerin yer aldığı Genelge, ne Göç İdaresi Başkanlığı'nın resmi internet sitesinde ne de başka herhangi bir kamusal platformda yayımlanmıştır. Buna rağmen, hem Göç İdaresi Başkanlığı hem de İl Göç İdaresi Müdürlükleri, gönüllü geri dönüş kararları ile bu kararların uygulanmasına ilişkin tüm süreci, söz konusu kamuya açıklanmamış genelge hükümleri doğrultusunda yürütmektedir. Geçici koruma kapsamındaki yabancılar açısından gönüllü geri dönüş kararı ve buna bağlı olarak tesis edilen işlemler, doğrudan kişilerin hukuki statüsünü ve temel haklarını etkilemektedir. Bu denli önemli sonuçlar doğuran bir sürecin, yalnızca iç düzenlemelere dayalı ve kamuya kapalı bir genelge temelinde yürütülmesi, idare hukukunun temel ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesine

açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yer alan yabancıların hangi idari kurallara tabi olduklarını önceden bilmesini ve buna göre hukuki konumlarını değerlendirebilmelerini gerekli kılar. Ancak gönüllü geri dönüş sürecine dair usul ve esasların kamuya açık olmaması, geçici koruma altındaki yabancıların bu sürecin nasıl işleyeceğini anlayamamasına ve buna bağlı hak kayıplarına karşı korunamamasına neden olmaktadır. Bu durum, hukuki güvenlik ilkesinin temel unsurlarından olan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gönüllü geri dönüş süreci bakımından da açık bir biçimde ihlal edildiğini göstermektedir. Hukuki belirlilik ilkesi, geçici koruma altındaki yabancıların, gönüllü geri dönüş sürecine hangi kuralların uygulanacağını açık, anlaşılır ve kesin bir biçimde öğrenebilmesini ifade eder. Bu ilke, bireylerin keyfi uygulamalardan korunmasını ve haklarında hangi idari işlemlerin hangi hukuki temele dayalı olarak yürütüleceğini önceden bilmesini sağlar. Öngörülebilirlik ilkesi ise, gönüllü geri dönüş sürecine dair kuralların uygulanmasından doğacak sonuçların, ilgili kişiler tarafından makul ölçüde önceden tahmin edilebilir olmasını gerekli kılar. Yani, geçici koruma kapsamındaki yabancıların, kendileri hakkında tesis edilecek işlemler karşısında nasıl bir hukuki durumla karşılaşacaklarını önceden kestirebilmeleri gerekir. Ne var ki, gönüllü geri dönüş işlemleri açısından uygulanacak usul ve esasların kamuya ilan edilmemiş olması, yani yalnızca idarenin dahili kullanımında kalan bir genelgeye dayanılarak yürütülmesi, bu iki temel ilkenin gereklerini karşılamaktan uzaktır. Söz konusu düzenlemelere ilgililerin erişimi bulunmadığından, hangi hukuki normlara tabi olduklarını bilememekte, dolayısıyla bu normların sonuçlarını öngörememektedirler. Bu bağlamda, gönüllü geri dönüş sürecine ilişkin idari işlemlerin şeffaf olmayan, kamuya açıklanmamış ve erişime kapalı bir genelgeye dayanılarak yürütülmesi; bireylerin hukuki statülerini belirsiz hâle getirmekte ve Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu genelge, hukuk devletinin temel gereklerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesini ve onun alt bileşenleri olan hukuki belirlilik ile öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca, idarenin işlem tesis ederken uymakla yükümlü olduğu açıklık ve şeffaflık ilkelerine de aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenlerle, gönüllü geri dönüş işlemlerinin, kamuya ilan edilmemiş normatif düzenlemelere dayandırılarak yürütülmesi, hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır.

a. Geçici Koruma Rejimi İçerisindeki Yabancıların Gönüllü Geri Dönüş Usulü

Çalışmamızın temelini oluşturan ve geçici koruma rejimi altındaki yabancıların gönüllü geri dönüşüne ilişkin kuralları belirleyen 2017/10 sayılı Genelge, teknik ve özel nitelikte bir idari usul düzenlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu Genelge, gönüllü geri dönüş sürecine dair başvuru, inceleme, karar alma ve uygulama aşamalarını geçici koruma kapsamındaki yabancılar bakımından ayrıntılı şekilde düzenlemekte; böylece idareye, bu süreci yürütürken uyması gereken usul ve esaslara dair somut ve öngörülebilir kurallar getirmektedir. Dolayısıyla, bu düzenlemeler yalnızca uygulamayı yönlendirmekle kalmamakta, aynı zamanda hukuki güvenlik ve idari denetim açısından da belirleyici bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, yargı kararlarının değerlendirilmesinden önce, geçici koruma altındaki yabancıların gönüllü geri dönüşüne ilişkin mevcut idari düzenlemelerin kapsamlı biçimde ortaya konulması büyük önem taşımaktadır.

Geçici koruma kapsamındaki Suriyelilerin gönüllü geri dönüş işlemleri, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 17. maddesi uyarınca, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen sınır kapıları ve sınır geçiş noktalarından gerçekleştirilebilmektedir. (Genelge B-1. madde) Başvuru yapan yabancıların kimlikleri, GöçNet sistemi üzerinden parmak izi ile doğrulanmakta; ayrıca tahdit sorgulaması ile arama/yakalama/UYAP kontrolleri yapılmaktadır. Hakkında arama, yakalama ya da UYAP kaydı bulunan yabancılarla ilgili gönüllü geri dönüş işlemleri gerçekleştirilmemekte olup, bu durumda olan kişilerin tespiti halinde durum ivedilikle ilgili kolluk birimlerine bildirilecektir. (Genelge B-2. madde) Yapılan sorgulama neticesinde, haklarında herhangi bir olumsuz kayıt bulunmayan geçici koruma kapsamındaki yabancılar gönüllü geri dönüş talebinde bulunmaları halinde, ikamet ettikleri il valiliği

tarafından, GöçNet sistemi üzerinden "Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu" ile EK-6'da yer alan, "*tekrar ülkemize gelmeleri hâlinde, haklarında yapılacak değerlendirme sonucunda geçici koruma taleplerinin olumsuz değerlendirilebileceği*" hususunu içeren belge, tercüman eşliğinde kendilerine tebliğ edilerek imzaları alınacak ve ilgili belgeler dosyalarında muhafaza edilecektir. Söz konusu belgeler iki nüsha olarak düzenlenecek olup, 15 (on beş) gün süreyle geçerli bir Yol İzin Belgesi ile birlikte, bu belgelerin bir nüshası ilgili yabancıya verilecektir. (Genelge B-3. madde) Geçici koruma kapsamındaki yabancılardan gönüllü geri dönüş talebinde bulunanların, ikamet ettikleri il valiliği tarafından gönüllü geri dönüş işlemleri (Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu'nun doldurulması, tebliğ işlemleri, yol izin belgesi düzenlenmesi ve gerekli tahkikatların tamamlanması) tamamlanmadan, sınır kapılarına veya sınır geçiş yerlerine yönlendirilmemesi hususunda gerekli hassasiyet gösterilecektir. (Genelge B-4. madde) Türkçe ve Arapça dillerinde hazırlanan "Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu", öncelikle Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) temsilcisi tarafından imzalanacaktır. BMMYK temsilcisinin bulunamaması durumunda, form Kızılay yetkilisi tarafından imzalanacaktır. BMMYK ve Kızılay yetkililerinin de bulunmaması hâlinde, form valiliklerce uygun görülen bir sivil toplum kuruluşu temsilcisi veya Valilik İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu görevlileri tarafından imzalanacaktır. Sayılan bu kurum ve kuruluş yetkililerinin hiçbirinin bulunmaması durumunda ise, Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu'na yetkililerin bulunmadığına dair şerh düşülecektir. (Genelge B-5. madde) İkamet ettikleri illerde gerekli belgeleri düzenlenerek sınır kapılarına veya sınır geçiş yerlerine yönlendirilen yabancılar hakkında gerekli tahkikatlar yapıldıktan sonra, bu yabancıların ülkemizden çıkışları sağlanacak, Geçici Koruma Kimlik Belgeleri teslim alınarak imha edilecektir. Gönüllü geri dönüş kapsamında ülkemizden çıkış yapan yabancılar hakkında, çıkış yaptıkları kara hudut kapısı tarafından GöçNet sistemine V-87 (Gönüllü Geri Dönüş Yapan Yabancı) tahdit kodu girilecek ve bu kişilerin geçici koruma statüleri "gönüllü geri dönüş" gerekçesiyle sistem üzerinden sonlandırılacaktır. (Genelge B-6. madde) Bununla birlikte, ikamet ettiği il valiliğine başvurarak gönüllü geri dönüş işlemlerini yaptırmaksızın, çıkış yapmak amacıyla Hudut Kapıları Mülki İdare Amirliğine başvuran yabancıların gönüllü geri dönüş kapsamındaki iş ve işlemleri, herhangi bir belge aranmaksızın, ilgili hudut kapısında tamamlanacaktır. Bu durumda olan yabancılar yeniden ikamet ettikleri ile yönlendirilmeyecek olup; kayıt, tahkikat, geçici koruma sonlandırma, gönüllü geri dönüş formunun düzenlenmesi, tahdit veri girişi gibi tüm işlemler, ilgili hudut kapısında GöçNet sistemi üzerinden gerçekleştirilecektir. (Genelge B-7. madde) Gönüllü geri dönüş işlemlerinin herhangi bir aksaklığa sebebiyet verilmeksizin etkin bir şekilde yürütülebilmesi ve kayıt sisteminde gerekli güncellemelerin sağlıklı biçimde yapılabilmesi amacıyla, valilikler tarafından gerekli tüm tedbirler alınacaktır. (Genelge B-8. madde)

Ülkemizden gönüllü geri dönüş yapmak isteyen yabancıların, çıkış yapacakları sınır illerine sevk işlemlerinde, kendi imkânlarıyla seyahat edebilecek durumda olanlara, gerekli tebligatların yapılmasını takiben yol izin belgesi ile gönüllü geri dönüş istek formu düzenlenecek ve bu kişiler ilgili sınır kapılarına yönlendirilecektir. Ancak, kendi imkânları bulunmayanların sevk işlemleri ise, ilgili belgelerin düzenlenmesini müteakip valilikler tarafından sağlanacak; yapılan transfer ve iaşe masraflarına ilişkin faturalandırılmış ödenek talepleri, ödenek aktarımı amacıyla Göç İdaresi Başkanlığına bildirilecektir. (Genelge B-9. madde) Geçici koruma kapsamındaki yabancılardan gönüllü geri dönüş talebinde bulunan ve kolluk refakatinde seyahat etmesi uygun görülenlerin geri dönüş masrafları öncelikle yabancının kendi imkânlarıyla karşılanacaktır. Ancak bu imkâna sahip olmayanlar için, transfer ücretleri, sevk sırasındaki iaşe giderleri ve görevlendirilen kolluk personelinin harcamalarına ilişkin faturalandırılmış ödenek talepleri, il göç idaresi müdürlükleri tarafından Göç İdaresi Başkanlığına iletilecektir. (Genelge B-10. madde) Diğer yandan, gönüllü geri dönüş talebinde bulunan geçici koruma kapsamı dışında kalan veya hakkında V-87 (Gönüllü Geri Dönüş Yapan Yabancı) tahdit kodu girilerek geçici koruma statüsü sonlandırılmış olan yabancıların çıkış işlemleri, genel hükümler çerçevesinde yürütülecektir. Buna karşın, hakkında V-87 tahdit kodu girilmiş olmasına rağmen geçici korumasının henüz sonlandırılmadığı tespit edilen yabancıların, GöçNet sistemi

üzerinden tahdit kodunun giriş tarihi ve kara hudut kapısı dikkate alınarak geçici korumaları sonlandırılacak ve gönüllü geri dönüş işlemleri tamamlanacaktır. Bu yabancılar arasında yeniden geçici koruma talebinde bulunanlar hakkında ise C başlığı hükümleri doğrultusunda işlem yapılacaktır. (Genelge B-11. madde)

Gönüllü geri dönüş talebinde bulunan on sekiz yaşından küçük hiçbir yabancı, tek başına geri dönüş yapamayacak olup, bu kapsamdaki çocuklardan yalnızca ailesinden ayrı düşmüş ve anne-babası Türkiye'de bulunmayanların, bu duruma ilişkin beyanlarının GöçNet sistemi üzerinden teyit edilmesini takiben, yanlarında bulunan reşit bir akrabanın refakatiyle gönüllü geri dönüşlerine izin verilecektir. (Genelge B-12. madde) Ayrıca, refakatsiz çocuklardan ebeveynlerinin sınır kapısında kendilerini karşılayacağını beyan edenler bakımından, yalnızca ebeveynlerinin hudut kapısına yazılı olarak başvuruda bulunmaları hâlinde, Hudut Kapıları Mülki İdare Amirliklerinin denetiminde gönüllü geri dönüşlerine izin verilecektir. Bu durumdaki çocukların, hudut kapılarında ebeveynlerine teslim edildiğine dair bilgiler ise, Hudut Kapıları Mülki İdare Amirlikleri tarafından ilgili İl Göç İdaresi Müdürlüğüne resmi yazı ile bildirilecektir. (Genelge B-13. madde) Öte yandan, 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 9. maddesi uyarınca, kişilerin hak ve fiil ehliyetlerini kazanmaları kendi millî hukuklarına tabi olduğundan, bu kapsamda kendi millî hukuklarına göre erginlik kazanmış on sekiz yaşından küçük yabancıların, bu durumlarını belgeleyen resmî belgeleri ibraz etmeleri hâlinde, gönüllü geri dönüş işlemleri gerçekleştirilecektir. (Genelge B-14. madde).Son olarak, geçici koruması sonlandırılmaksızın Suriye'ye giriş-çıkış yapacak olan ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları/uluslararası kuruluş mensupları ile Suriye'de kamu hizmeti yürüten kurum ve kuruluşlarda (*eğitim, sağlık, belediye ve diğer hizmet alanlarında çalışan Suriyeli yabancılar*) görevli yabancıların bilgileri, gerekli tahkikatların yapılabilmesi amacıyla Göç İdaresi Başkanlığı ile paylaşılacaktır. Bu kapsamda, hakkında olumlu geri dönüş yapılan yabancıların, geçici koruma statüleri sonlandırılmaksızın ülkemize giriş-çıkış işlemleri, Hudut Kapıları Mülki İdare Amirlikleri tarafından yürütülecek olup, valiliklerce oluşturulmuş mevcut listeler de gerekli güncellemelerin yapılabilmesi amacıyla Başkanlığa bildirilecektir. Ayrıca valilikler tarafından bildirilen yabancılar dışında, İçişleri Bakanlığı tarafından valiliklere bildirilen yabancıların statüleri sonlandırılmaksızın ülkemize giriş-çıkış işlemleri Hudut Kapıları Mülki İdare Amirliği tarafından yürütülecektir. (Genelge B-15. madde)

V.GÖNÜLLÜ GERİ DÖNÜŞ MÜESSESESİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARINA BAKIŞ

A. Uluslararası Korumaya İlişkin Kararlar

a. Uluslararası Koruma Başvuru Sahiplerinin Gönüllü Geri Dönüş Talebinden Vazgeçmesine İlişkin Başvurunun İdareye Yapılması Gerektiği

Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen kararda; 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 77. maddesi ile Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 121. maddesi uyarınca, uluslararası koruma başvurusunda bulunduktan sonra başvurularını yazılı olarak geri çeken kişilerin başvurularının geri çekilmiş sayılarak haklarında yapılan değerlendirmenin durdurulacağı, buna karşılık gönüllü geri dönüş talebinde bulunup da bu talebinden vazgeçen kişilerin ise uluslararası koruma statülerinin devam edeceği açıkça belirtilmiştir. Mahkeme, gönüllü geri dönüş talebinden vazgeçildiğine dair iradenin açık şekilde ortaya konulması ve bu iradenin, ilgili işlemleri yürütmekle yetkili Göç İdaresi teşkilatlarına yapılacak bir başvuru ile beyan edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda, davacının uluslararası koruma talebinden vazgeçtiği kabul edilmiştir. Her ne kadar davacı, uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesine ilişkin işleme karşı dava açmak suretiyle yurtta kalma iradesini ortaya koymuşsa da, gönüllü geri dönüş talebinden vazgeçtiğine dair davalı idareye herhangi bir başvuruda bulunmadığı görülmüştür. Bu nedenle, yalnızca dava açılmış olması, gönüllü geri dönüş talebinden vazgeçildiğine dair yeterli ve geçerli bir irade beyanı olarak kabul edilmemiştir. Açıklanan

gerekçelerle, davacının uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmış ve davalı idarenin istinaf istemi kabul edilerek Kastamonu İdare Mahkemesinin[7] kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.[8]

b. Gönüllü Geri Dönüş İstek Formunun Tercüman Eşliğinde İmzalanması, Geri Dönüş İşleminin Sonuçları Hakkında Bilgilendirilmesi Gerektiği

Uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılmasına ilişkin Samsun Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün 19.02.2020 tarihli işleminin iptali istemiyle açılan davada, mahkeme aşağıdaki hususlara dayanarak davanın reddine karar vermiştir: Davacının, Samsun ilinde eşi ve çocuklarıyla birlikte uluslararası koruma başvurusu sahibi olarak ikamet ettiği, ancak 19.02.2020 tarihinde davalı idareye yaptığı yazılı başvuru ile uluslararası koruma dosyalarının kapatılmasını ve Irak'a geri dönmek istediklerini bildirdiği anlaşılmıştır. Bu başvuruya ek olarak, aynı tarihli "Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu"nun davacı tarafından tercüman eşliğinde imzalandığı ve formda geri dönüş işleminin sonuçları hakkında detaylı bilgilendirme yapıldığı tespit edilmiştir. Mahkeme, davacının yalnızca eşi ve çocukları adına değil, aynı zamanda kendi adına da uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesini talep ettiğini, beyanlarında bu yönde açık bir irade ortaya koyduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca, davalı idare tarafından 19.02.2020 tarihli tebliğ-tebellüğ belgesiyle, başvurunun geri çekilmiş sayıldığına ilişkin bilgilendirmenin yine tercüman aracılığıyla davacıya yapıldığı görülmüştür. Sonuç olarak mahkeme, gönüllü geri dönüş sürecinin usulüne uygun yürütüldüğü, davacının tercüman eşliğinde bilgilendirildiği, iradesinin açık ve yazılı şekilde beyan edildiği, bu nedenle uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine vararak davanın reddine karar vermiştir[9]. Bu karar doğrultusunda, uluslararası koruma başvuru sahibinin gönüllü geri dönüş talebinin hukuken geçerli sayılabilmesi için, başvuru sahibinin bu talebin tüm hukuki ve fiili sonuçları hakkında açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmiş olması ve işlemin tercüman eşliğinde gerçekleştirilmiş

[7] "Dosyanın incelenmesinden; Irak uyruklu davacının Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra 05.01.2017 tarihinde uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu, ancak 05.05.2017 tarihinde Karabük İl Göç İdaresi Müdürlüğü'ne sunduğu dilekçeyle gönüllü olarak ülkesine dönmek istediğini beyan ettiği anlaşılmaktadır. Bu beyan üzerine, davacının uluslararası koruma başvurusundan gönüllü olarak vazgeçtiği değerlendirilerek, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca "başvurunun geri çekilmiş sayılması" yönünde işlem tesis edilmiş ve başvuru işlemleri durdurulmuştur. Bu karara istinaden aynı tarihte, davacı hakkında ülkeyi terke davet kararı alınarak, karar davacıya tebliğ edilmiştir. Ancak, söz konusu sürecin devamında, davacı 08.05.2017 tarihinde, yani gönüllü geri dönüş beyanından üç gün sonra, Karabük İl Göç İdaresi tarafından tesis edilen "başvurunun geri çekilmiş sayılmasına" ilişkin işlemin iptali istemiyle Mahkemeye başvurmuş ve E:2017/1534 sayılı dosya ile dava açmıştır. Bu dava ile birlikte davacı, gönüllü geri dönüş iradesinden vazgeçtiğini ve Türkiye'de kalmak istediğini açıkça ortaya koymuştur. Bu bağlamda, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin "Gönüllü Geri Dönüş Desteği" başlıklı 121. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, gönüllü geri dönüş talebinden vazgeçilmesi hâlinde uluslararası koruma başvuru işlemlerinin kaldığı yerden devam ettirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle Mahkeme, 14.11.2017 tarihinde başvurunun geri çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Yürütmenin durdurulması kararının yanı sıra, dosyanın esas incelemesi sonucunda da söz konusu işlemin iptali yönünde hüküm kurulmuştur. Dolayısıyla, ülkeyi terke davet kararının dayanağı olan başvurunun geri çekilmiş sayılması işlemi hukuken ortadan kalktığından, bu kararın da dayanaksız kaldığı ve hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. İlk derece mahkemesi, bu gerekçelerle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir." Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 07.02.2018 tarih ve E:2017/1533 K:2018/98 sayılı kararı.

[8] Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.İdari Dava Dairesi'nin 06.06.2018 tarih ve E:2018/340 K:2018/558 sayılı kararı.

[9] Samsun 1.İdare Mahkemesi'nin 30.10.2020 tarih ve E:2021/281 K.2021/232 sayılı kararı.

bulunması zorunludur. Başvuru sahibinin gerçek iradesinin tespiti açısından, gönüllü geri dönüş formunun tercüman aracılığıyla imzalanması ve sürecin sonuçları hakkında kapsamlı bilgilendirme yapılması, yalnızca şekli değil, aynı zamanda maddi anlamda da işlemin geçerliliğini temin eden temel güvenceler arasında yer almaktadır. Ancak bu noktada dikkat çeken önemli bir husus, geçici koruma rejimi kapsamında gönüllü geri dönüş prosedürüne ilişkin ayrıntılı usul kurallarının düzenlenmiş olmasına rağmen, uluslararası koruma başvuru sahipleri ve statü sahiplerine yönelik benzer bir yasal çerçevenin mevcut olmamasıdır. Mevzuatta açık bir düzenleme bulunmaması, bu kapsamdaki yabancılara uygulanacak formların ve izlenecek usullerin tamamen idarenin inisiyatifine bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Geçici koruma altındakilere yönelik olarak geliştirilen form ve usul uygulamalarının, mevzuatta açık hüküm bulunmaksızın uluslararası koruma başvuru sahipleri veya statü sahipleri hakkında kıyasen uygulanması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamakta; dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesini zedeleyerek işlemin hukuka aykırılığına neden olmaktadır.

B. Geçici Koruma Rejimine İlişkin Kararlar

a. Gönüllü Geri Dönüş Formunun Usulüne Uygun Düzenlenmemesi Nedeniyle Geçici Koruma Statüsünün Sona Erdirilmesine İlişkin İşlemin Hukuka Aykırılığı

Uyuşmazlıkta, Mahkemenin 19.06.2023 tarihli ara kararı ile davalı idareye; davacının Türkiye'den çıkışı sırasında gönüllü geri dönüş formunun ve formun sonuçları hakkında bilgilendirme içeren Ek-6 nolu belgenin düzenlenip düzenlenmediği hususunun sorulmasına ve bu kapsamda yapılan tüm iş ve işlemlerin onaylı ve okunaklı örneklerinin dosyaya sunulmasına karar verilmiştir. Ancak davalı idarece, söz konusu belgelerin mevcut olmadığı bildirilmiş ve davacının gönüllü geri dönüş yaptığına dair herhangi bir imzalı form ya da belge dosyaya ibraz edilememiştir. Bu durumda, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca gönüllü geri dönüş işleminin usulüne uygun şekilde kayıt altına alınması gerekirken; davacının ülkesine dönüşüne ilişkin işlemler kapsamında gönüllü geri dönüş formunun düzenlenmediği ve imzalanmadığı, ayrıca bu işlemin sonuçlarına ilişkin bilgilendirmenin yapılmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle, usule aykırı şekilde gerçekleştirilen geri dönüş işlemi esas alınarak verilen geçici koruma statüsünün sona erdirilmesine ilişkin idari işlem hukuka aykırı bulunmuş ve mahkemece iptal edilmiştir[10].

b. Ülkeden Çıkış İzni Verilmesi Kişinin Gönüllü Olarak Ülkesine Döndüğü Anlamına Gelmemesi

Davacı, geçici koruma statüsünün, gönüllü geri dönüş yaptığı gerekçesiyle sona erdirilmesine itiraz etmiştir. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü, davacının 11.11.2015 tarihinde Hatay Cilvegözü Sınır Kapısı'ndan Suriye'ye çıkış yaptığını belirterek işlemi savunmuştur. Ancak davacı, bu çıkışın kardeşinin vefatı nedeniyle geçici olduğunu, gönüllü bir geri dönüş iradesi bulunmadığını beyan etmiştir. Mahkeme, davalı idareden gönüllü geri dönüş formu ve Ek-6 bilgilendirme formunun ibrazını istemiş; ancak idare, bu belgelerin arşiv kayıtlarında bulunmadığını bildirmiştir. Mahkeme, davacının gönüllü olarak geri döndüğüne dair yazılı, açık ve usule uygun belgelerin sunulmadığını; sadece ülke dışına çıkış yapmış olmasının, gönüllü geri dönüş olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu gerekçeyle, gönüllü geri dönüş prosedürüne ilişkin gerekli belgeler sunulmadan tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılarak, geçici koruma statüsünün sona erdirilmesine ilişkin işlem iptal edilmiştir[11].

[10] Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 27.09.2024 tarih ve E:2023/287 K:2024/3959 sayılı kararı.

[11] İstanbul 15.İdare Mahkemesi'nin 25.06.2024 tarih ve E:2023/2739 K:2024/3725 sayılı kararı.

c. Gönüllü Geri Dönüş Formu İmzalanırken Genelgede Belirtilen Kurum veya Kuruluş Yetkilisinin İmzasının Bulunmaması, Formun Usule Uygun Düzenlenmemesi Sonucunu Doğurması

Gönüllü geri dönüş işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığı'nın 29/11/2017 tarihli ve 2017/10 sayılı Genelgesi ile açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge uyarınca, Türkçe ve Arapça olarak hazırlanan gönüllü geri dönüş istek formlarında, geri dönüş yapmak isteyen yabancının imzasının yanı sıra sürecin denetimini sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) temsilcisinin de imzasının bulunması zorunludur. Eğer BMMYK temsilcisi bulunamazsa, bu durumda Kızılay yetkilisinin; onun da bulunmaması hâlinde ise valilikçe uygun görülen bir sivil toplum kuruluşu temsilcisinin veya valilik insan hakları ve eşitlik kurulu görevlisinin formu imzalaması gerekmektedir. Somut olayda ise, davacının imzaladığı 20.03.2019 tarihli gönüllü geri dönüş istek formunda, belirtilen kurum veya kuruluşlardan herhangi bir yetkilinin imzası bulunmamakta, yalnızca "yetkili yok" ibaresine yer verilmektedir. Bu eksiklik, işlemin usule uygun şekilde yürütülmediğini göstermektedir. Genelgenin amacına aykırı biçimde, Genelgede belirtilen hiçbir kurum ve kuruluş yetkilisi olmadan düzenlenen bu form, geri dönüş işleminin gönüllülük esasına dayandığını ortaya koymak bakımından hukuki bir güvence oluşturamamaktadır. Bu nedenle, yalnızca davacının imzasına dayanılarak "V-87" (Gönüllü Geri Dönüş Yapan Geçici Koruma Sahibi) tahdit kodunun konulması ve geçici koruma statüsünün sonlandırılması hukuka aykırı olup, usule uygun şekilde düzenlenmemiş bir form esas alınarak tesis edilen dava konusu işlemin iptali gerektiği sonucuna varılmıştır[12]. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Abdülkerim Hammud başvurusunda benzer bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, başvurucunun imzasını içeren gönüllü geri dönüş formunda da ne BMMYK temsilcisinin ne de ulusal bir sivil toplum kuruluşu temsilcisinin imzasının yer aldığını, ayrıca form imzalanırken başvurucunun avukatının da hazır edilmediğini tespit etmiştir. Formda vekil adına herhangi bir imza bulunmadığı gibi, başvurucunun ülkeden çıkışı gerçekleştikten sonra açılan sınır dışı etme kararının iptali talepli davada, 18/9/2019 tarihinde yürütmenin durdurulmasına, 20/11/2019 tarihinde ise kesin olarak iptaline karar verilmiştir. Ancak başvurucunun 18/7/2019 tarihinde imzaladığı gönüllü geri dönüş istek formuna dayanarak ülkeden çıkışı sağlandığı için bu mahkeme kararları fiilen uygulanamamış ve etkili sonuç doğuramamıştır[13]. Tüm bu değerlendirmeler, gönüllü geri dönüş işlemlerinde yalnızca imzanın yeterli görülmesinin, kişilerin gerçek iradesini yansıtmayan işlemlere dayanak yapılmasının, hukuki güvenlik ve etkili başvuru hakkı gibi temel anayasal güvenceleri ihlal edebileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, gönüllü geri dönüş işlemlerinin usule uygun, şeffaf ve denetlenebilir şekilde gerçekleştirilmesi zorunluluktur.

6183. Yabancının Gönüllü Geri Dönüş İradesini Açıkça Ortaya Koymadan ve Sürecin Hukuki Sonuçlarını Kavramadan İşlem Tesis Edilmesinin Hukuki Güvenlik Hakkını İhlal Etmesi

Davacının geçici koruma statüsünden çıkarılmasına ilişkin dava konusu işlemin gerekçesi olarak, Türkiye'den gönüllü olarak çıkış yaptığı belirtilmiş; bu kapsamda, davacının kendi dilinde düzenlenmiş gönüllü geri dönüş formunu imzaladığı ileri sürülmüştür. Ancak, söz konusu form incelendiğinde, yalnızca kurum yetkilisinin imzasının bulunduğu; buna karşılık, tercüman ve görevli personelin imzalarının yer almadığı görülmüştür. Ayrıca, geri dönüş işleminin sonuçları hakkında yabancıya kendi dilinde bilgi verilmesi gereken Ek-6 sayılı formun da düzenlenmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle, davacının gönüllü geri dönüşün sonuçları konusunda yeterince bilgilendirilmediği anlaşılmıştır. Bu

[12] İstanbul 15.İdare Mahkemesi'nin 25.05.2024 tarih ve E:2023/4732 K:2024/2806 sayılı kararı.

[13] AYM'nin 2.5.2023 tarih ve 2019/23488 Başvuru Numaralı Kararı, 70-71. No'lu paragraf.

durumda, dava konusu işlemin sebep unsurunu oluşturan gönüllü geri dönüş iradesinin, 2017/10 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi'nin açık hükümlerine aykırı olarak, usule uygun şekilde ortaya konulmadığı değerlendirilmiştir. Davacının gönüllü geri dönme iradesini ihtilafsız olarak ortaya koyma yeterliliğine sahip olmadığı ve gönüllü geri dönüş işleminin hukuki sonuçlarını idrak etmesini sağlayacak asgari bilgilendirme şartlarının sağlanmadığı açıktır. Dolayısıyla, bu şekilde düzenlenen gönüllü geri dönüş istek formuna dayanılarak tesis edilen işlem, gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler çerçevesinde güvence altına alınan yabancıların hukuki güvenlik ilkesini ihlal edici nitelik taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle, davacının gönüllü geri dönüş iradesine dair usule uygun ve bilgilendirilmiş bir beyanı bulunmaksızın tesis edilen geçici koruma statüsünden çıkarılma işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılarak, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir[14]. Bunun üzerine Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, davacının "Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu "nu imzalamak suretiyle gönüllü olarak Cilvegözü Sınır Kapısı'ndan menşe ülkesi Suriye'ye çıkış yaptığı, imza aşamasında ya da sonrasında formun içeriğine ilişkin olarak veya iradesi dışında imzalatıldığı yönünde herhangi bir itirazda bulunmadığı, geri dönüşün bu şekilde itirazsız biçimde ve sonuç olarak davacının kabulüyle gerçekleşmiş olmaları gerekçeleriyle geçici koruma statüsünün sona erdirilmesine ilişkin işlemi hukuka aykırı bulmamış; bu nedenle Hatay 1. İdare Mahkemesi kararını kaldırarak davanın reddine karar vermiştir[15].

[14] Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 04.03.2021 tarih ve E:2020/1098 K:2021/305 sayılı kararı. Aynı yönde kararlar için bkz: Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 13.07.2021 tarih ve E:2021/178 K:2021/891 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 20.09.2021 tarih ve E:2021/176 K:2021/1034 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 03.09.2021 tarih ve E:2021/325 K:2021/968 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 09.11.2021 tarih ve E:2021/612 K:2021/1254 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 29.12.2021 tarih ve E:2021/845 K:2021/1464 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 27.05.2022 tarih ve E:2021/1658 K:2022/785 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 07.09.2022 tarih ve E:2022/601 K:2022/1284 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 16.09.2022 tarih ve E:2022/405 K:2022/1440 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.09.2022 tarih ve E:2022/862 K:2022/1531 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.12.2022 tarih ve E:2022/1561 K:2022/2366 sayılı kararı; Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.12.2022 tarih ve E:2022/1548 K:2022/2292 sayılı kararı.

[15] Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.10.2022 tarih ve E:2021/746 K:2022/2380 sayılı kararı. Aynı yönde kararlar için bkz: Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 26.01.2023 tarih ve E:2021/1638 K:2023/121 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 26.01.2023 tarih ve E:2021/2120 K:2023/124 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 21.10.2022 tarih ve E:2021/2206 K:2023/2395 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.01.2023 tarih ve E:2021/2425 K:2023/60 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 09.12.2022 tarih ve E:2022/841 K:2022/2577 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 30.03.2023 tarih E:2022/1632 K:2023/529 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 28.03.2023 tarih ve E:2022/2175 K:2023/460 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 30.03.2023 tarih ve E:2022/2270 K:2023/500 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 08.09..2023 tarih ve E:2022/2282 K:2023/1933 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.10.2023 tarih ve E:2023/604 K:2023/2263 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 10.10.2023 tarih E:2023/606 K:2023/2113 sayılı kararı; Bursa 1.İdare Mahkemesi'nin 19.01.2023 tarih ve E:2022/1547 K:2023/50 sayılı kararı; Kayseri 1.İdare Mahkemesi'nin 28.02.2023 tarih ve E:2022/1308 K:2023/346 sayılı kararı.

VI.ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bir göç yönetimi politikasının muhkem hale gelebilmesi için o politikadan etkilenebilecek olan mülteci ve sığınmacılar kadar onlara ev sahipliği yapan ülke ve gönüllü geri dönüşten etkilenebilecek menşe ülke ve kaynak ülkelerin de menfaatlerini gözeten genişlikte bir hukuki çerçeveyle hareket edilmesini zaruri kılmaktadır. Etkili ve kendisini koşullara uygun biçimde güncelleyen bir göç politikasına sahip olma idealini muhafaza etmeye çalışan ülkemizde yaşayan mülteci ve sığınmacı sayısı da gönüllü geri dönüşe odaklanmış temel bir mevzuat eksikliğini somut olarak hissettirmektedir. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde de atıf yapılan temel hak ve hürriyetlere dair bağlayıcı uluslararası sözleşmeler ile ülkemizin göçe dair sui generis özelliklerini de harmanlayan, uluslararası koruma ve geçici koruma gibi farklı statülerdeki yabancılar arasında yeknesaklığı sağlayabilecek bir hukuki düzenleme ile gönüllü geri dönüş kavramının hüküm ve sonuçlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Düzensiz göçün yarattığı ekonomik, sosyal ve hukuki sonuçları kapsamlı bir biçimde ele alacak bir ulusal desteğe dayalı gönüllü geri dönüşün hukuki altyapısının güçlendirilmesi, düzensiz göç konusunda ortaya çıkan kayıt dışılığı ve kamu düzeni ihlallerini de bertaraf etmenin bir enstrümanına dönüşebilecektir. Gerek 1982 Anayasası md.90/son gereği bağlayıcı özellikte olan uluslararası mevzuat gerekse de ulusal mevzuat hükümleri gereği yabancıların gönüllü geri dönüş süreçleri de dahil olmak üzere birtakım sebeplerle ülkelerine geri gönderilebilmelerine dair tüm idari ve yargısal süreçlerde geri gönderme yasağı ilkesi de dinamik bir kıstas olarak hatırda tutulmalı, göz önünde bulundurulması zaruretinden sarf-ı nazar edilmemelidir. Bu çözüm önerimiz aynı zamanda gönüllü geri dönüşe dair ortaya çıkabilecek birtakım hukuki ihtilafların döngüsel bir zeminde yenilenerek yeni hukuki ihtilaflara gebe olmaması gibi bir önleyici hukuk argümanını kendisine dayanak addetmektedir. Bu bağlamda kapsamlı bir göç yönetimi politikası oluşturma sürecinde yabancılar için yegane çözüm yöntemi olarak gönüllü geri dönüşün icbar edilmesi hatasına düşülmemesi gerekecektir. Bu bağlamda menşe ülkesinden ülkemize sığınması gerekliliğini doğuran olumsuz öznel ve nesnel durumları sona ermemiş olan bir yabancı için gönüllü geri dönüş yerine başkaca çözüm yollarına teşvik hususu da hukuki altyapıya eklemlenmelidir.

Geçici koruma rejimi altındaki yabancıların gönüllü geri dönüşüne ilişkin kuralları belirlediğini belirttiğimiz 2017/10 sayılı Genelgenin gönüllü geri dönüş kavramına dair çeşitlenen idari pratiklerin doğurduğu hukuki ihtilaflar karşısında belirginleşen normatif eksikliği çözüm önerilerimizin a priori temelini oluşturmaktadır. Gönüllü geri dönüş sürecine dair dönüş yapmak isteyen bir yabancıya yapılması gereken bilgilendirme ve hür iradeye dayalı onay inşaası sürecinden başlayarak gönüllü geri dönüş sonrasına uzanan hukuki süreçteki enformasyon yoğunluğu konunun bir Genelge ile yetinilmeksizin temel esaslarının 6458 sayılı YUKK'ta düzenlenmesi, uygulamaya dair detaylarının saptanmasının ise bir Yönetmelikle detaylı olarak düzenlenmesinin hukuk güvenliği ilkesi temelinde ihtilaf giderici bir pozitif katkısının olacağı kuşkusuzdur. Yine çalışmamızın ilgili bölümlerinde de atıf yapılan temel insan hak ve hürriyetlerine dair ülkemizi de bağlayıcı olan uluslararası sözleşmelerin yansıması niteliğinde olması beklenen ulusal mevzuat hükümlerinin de gönüllü geri dönüş yapmak isteyen bir yabancı için onurlu,güvenli ve düzenli bir gönüllü geri dönüş planlamasını idealize etmesi gerekecektir.Bu bağlamda 330ormative bir düzenleme tasarımı için düzenlemenin yukarıdaki gönüllü

geri dönüşün yaratacağı hukuki problemlere dair önleyiciliği ve göçün yeniden bir sarmal gibi tekrarı riskini azaltacak genişlikte, gerçek bir hukuki hüviyete büründürecek bir kapsama sahip olması gerekmektedir.

SONUÇ

Gönüllü geri dönüş, bireyin temel hak ve özgürlükleri ile hukuki statüsü üzerinde doğrudan etkiler doğuran bir karardır. Bu sebeple, yalnızca kişinin imzasını taşıyan şekli bir irade beyanı yeterli görülmemeli; bu beyanın hangi koşullarda ortaya çıktığı, kişinin ne ölçüde bilgilendirildiği ve iradesini serbestçe açıklayıp açıklamadığı hususları da dikkatle değerlendirilmelidir. Zira geri dönüş kararı, kişinin fiziksel güvenliği, aile bütünlüğü ve temel yaşam hakkı gibi en temel haklarını doğrudan etkileyebilecek sonuçlar doğurmaktadır. Ne var ki, mevcut mevzuatta tanım ve usul eksikliğinin bulunması, gönüllü geri dönüş süreçlerinin uygulamada keyfî ve öngörülemez bir biçimde yürütülmesine yol açmaktadır. Bu durum, idari işlemlerin öngörülebilirliğini ve denetlenebilirliğini güvence altına alan hukuki güvenlik ilkesini açıkça ihlal etmektedir. Özellikle uluslararası koruma statüsündeki kişilere yönelik geri dönüş işlemlerinde usuli güvencelerin belirsizliği, bireylerin haklarının yeterince korunamamasına ve idarenin takdir yetkisini sınırlandıran denetim mekanizmalarının işlevsizleşmesine neden olmaktadır.

Sonuç olarak, hukuki güvenlik ilkesine uygun, insan onurunu esas alan, öngörülebilir ve standartlaştırılmış bir gönüllü geri dönüş mekanizması kurulmadığı sürece, bireylerin temel hakları ciddi bir risk altında kalmaya devam edecektir. Mevzuattaki bu eksiklikler yalnızca bireysel mağduriyetleri artırmakla kalmamakta; aynı zamanda idareye duyulan güveni sarsmakta ve Türkiye'nin uluslararası koruma yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirmesini de engellemektedir. Bu sebeple, gönüllü geri dönüş süreçlerinin açık, net ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde kanuni düzenlemelerle temel ilkeleri ve çerçevesi çizilmeli; uygulamada ise belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin somut biçimde güvence altına alınması gerekmektedir. Ancak bu şekilde hem bireylerin hakları etkin şekilde korunabilir hem de hukuk devleti ilkeleriyle uyumlu, adil ve güvenilir bir idari yapı oluşturulabilir.

KAYNAKÇA

Abdülkerim Hammud Başvurusu, Başvuru No: 2019/23488, K.2.5.2023, R.G. 13/9/2023-32308.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.10.2022 tarih ve E:2021/746 K:2022/2380 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 26.01.2023 tarih ve E:2021/1638 K:2023/121 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 26.01.2023 tarih ve E:2021/2120 K:2023/124 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 21.10.2022 tarih ve E:2021/2206 K:2023/2395 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.01.2023 tarih ve E:2021/2425 K:2023/60 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 09.12.2022 tarih ve E:2022/841 K:2022/2577 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 30.03.2023 tarih ve E:2022/1632 K:2023/529 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 28.03.2023 tarih ve E:2022/2175 K:2023/460 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 30.03.2023 tarih ve E:2022/2270 K:2023/500 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 08.09..2023 tarih ve E:2022/2282 K:2023/1933 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 19.10.2023 tarih ve E:2023/604 K:2023/2263 sayılı kararı.

Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi'nin 10.10.2023 tarih ve E:2023/606 K:2023/2113 sayılı kararı.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.İdari Dava Dairesi'nin 06.06.2018 tarih ve E:2018/340 K:2018/558 sayılı kararı.

AYM GK'nın 13.2.2019 tarih ve E.2018/103, K.2019/4 sayılı kararı(Lexpera).

AYM'nin 04.05.2017 tarih ve E.2015/41, K.2017/98 sayılı kararı(Lexpera).

Bursa 1.İdare Mahkemesi'nin 19.01.2023 tarih ve E:2022/1547 K:2023/50 sayılı kararı.

Danıştay 8.D'nin 22.8.2024 tarih ve E.2024/4873, K.2024/4279 sayılı kararı(Lexpera).

Danıştay 12.D'nin 23.02.2021 tarih ve E.2020/5430, K.2021/892 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 27.09.2024 tarih ve E:2023/287 K:2024/3959 sayılı kararı

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 04.03.2021 tarih ve E:2020/1098 K:2021/305 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 13.07.2021 tarih ve E:2021/178 K:2021/891 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 20.09.2021 tarih ve E:2021/176 K:2021/1034 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 03.09.2021 tarih ve E:2021/325 K:2021/968 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 09.11.2021 tarih ve E:2021/612 K:2021/1254 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 29.12.2021 tarih ve E:2021/845 K:2021/1464 sayılı kararı

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 27.05.2022 tarih ve E:2021/1658 K:2022/785 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 07.09.2022 tarih ve E:2022/601 K:2022/1284 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 16.09.2022 tarih ve E:2022/405 K:2022/1440 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.09.2022 tarih ve E:2022/862 K:2022/1531 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.12.2022 tarih ve E:2022/1561 K:2022/2366 sayılı kararı.

Hatay 1.İdare Mahkemesi'nin 30.12.2022 tarih ve E:2022/1548 K:2022/2292 sayılı kararı.

International Organization for Migration, Migration Law Glossary, Geneva 2019.

İstanbul 15.İdare Mahkemesi'nin 25.06.2024 tarih ve E:2023/2739 K:2024/3725 sayılı kararı.

İstanbul 15.İdare Mahkemesi'nin 25.05.2024 tarih ve E:2023/4732 K:2024/2806 sayılı kararı.

Kastamonu İdare Mahkemesi'nin 07.02.2018 tarih ve E:2017/1533 K:2018/98 sayılı kararı.

Kayseri 1.İdare Mahkemesi'nin 28.02.2023 tarih ve E:2022/1308 K:2023/346 sayılı kararı.

Samsun 1.İdare Mahkemesi'nin 30.10.2020 tarih ve E:2021/281 K.2021/232 sayılı kararı.

6183 SAYILI KANUN UYARINCA ÖDEME EMRİ

Hikmet Furkan Bilü

ÖZET

Kamunun alacak kalemleri, kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılmasında önemli bir gelir kaynağıdır. Kamu alacaklarının, kamu hizmetlerinin düzenli ve gerektiği gibi yerine getirilmesi açısından en uygun zamanlarda tahsil edilmesi önem arz etmektedir. Kamu borçlarını kendi hür iradesiyle ödemeyen borçlular için kamu idarelerine bu alacakları tahsil edebilmek adına bir takım yollar yasayla tanınmıştır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu alacaklarının cebren tahsil yöntemlerini özel olarak düzenleyen, kamu idarelerinin, kamusal nitelik arz eden alacakları için borçluyu takip yetkisi ve alacakları tahsil yetkisi veren kanundur. İlgili kanunun 55.maddesinde düzenlenen ödeme emri, kamu idarelerine, kamu alacakları için cebren bir tahsil yolu öngören idari bir işlemdir.

Nitelik olarak bireysel bir idari işlem olan ödeme emri, kesinleşen veya tahakkuk etmiş bir kamu alacağının zamanında ödenmemesi halinde, kamu alacaklısı olan idareler tarafından başlatılan tahsil işleminin bir parçasıdır. Bu işlemin vergiler açısından ayrı bir anlamı var denebilir. Vergiyi doğuran olay ile başlayan vergilendirme sürecince (tarh-tebliğ-tahakkuk-tahsil) ödenmeyen verginin kamu gücü aracılığıyla tahsil edilmesi ile vergilendirme süreci ile ödeme emri aşamaları kesişmektedir. Bu kapsamda tahsil sürecinin önemli bir aşaması olan ödeme emri işleminde hukuka aykırılıklar olabilmektedir. Ödeme emrinin hukukilik denetimi, "idarenin her türlü eylemlerine karşı yargı yolu açıktır" Anayasa normu gereği (AY, m.125) idari yargı içerisinde gerçekleşmektedir. Genel kurallara ek olarak ödeme emri işlemine karşı açılan davalar için farklı kanuni düzenlemeler de yapılmıştır. 6183 sayılı kanun madde 58'de ödeme emrinin tebliğinden itibaren 15 gün içinde; böyle bir borcun bulunmadığı, borcun kısmen ödendiği veya borcun zamanaşımına uğradığı sebepleri ile ödeme emrine karşı dava yoluna gidilebileceği yer almaktadır. Bu düzenleme gereği ödeme emrine karşı sadece bu iddialarla dava yoluna gidilebilmektedir.

Biz de çalışmamızda hangi kamu alacakları için ödeme emri gönderileceğini, ödeme emrinin niteliğini, içeriğinde neler bulunması gerektiğini -şeklini- , ne hususlarda itiraz yani dava yoluna gidilebileceğini, bu itiraz için sürenin ne olduğu, görevli ve yetkili mahkemelerin hangisi olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Ödeme emri, tebliğ, dava, haksız çıkma zammı.

PAYMENT ORDER PURSUANT TO LAW NO. 6183

ABSTRACT

Public receivables constitute an important source of revenue for the proper provision of public services. In order to ensure the regular and effective delivery of these services, it is crucial that public receivables are collected in a timely manner. For debtors who do not fulfill their obligations voluntarily, certain legal means are granted to public administrations to enforce collection. The Law No. 6183 on the Procedure for the Collection of Public Receivables specifically regulates the methods of compulsory collection of public debts, granting public administrations the authority to pursue and collect public receivables that carry a public character. Within this framework, the payment order regulated under Article 55 of Law No. 6183 is an administrative act that enables public authorities to initiate a compulsory collection process for public receivables.

As an individual administrative act by its nature, the payment order constitutes a part of the collection process initiated by public authorities when a finalized or accrued public receivable is not paid on time. This action carries a particular significance in the context of taxes. In the taxation process—which begins with the taxable event and proceeds through assessment, notification, accrual, and collection—the compulsory collection of unpaid taxes through public authority intersects with the stages of taxation and the payment order. Within this framework, the payment order, which is a crucial stage of the collection process, may be subject to legal irregularities. The legality of a payment order is reviewed within the administrative judiciary system in accordance with the constitutional provision stating that "judicial remedy shall be available against all acts and actions of the administration" (Constitution,125). In addition to general rules, specific legal regulations have been introduced for lawsuits filed against payment orders. According to Article 58 of Law No. 6183, it is possible to file a lawsuit against a payment order within 15 days from its notification, on the grounds that the debt does not exist, that it has been partially paid, or that it is barred by the statute of limitations. Based on this provision, legal action can only be taken against a payment order with these specific claims.

In our study, we will attempt to determine which public receivables a payment order should be issued for, the nature of the payment order, what should be included in its content (form), the grounds on which objections, i.e., legal actions, can be filed, the timeframe for such objections, and the competent and authorized courts for these matters.

Keywords: Payment order, notification, lawsuit, raise of unjust termination.

GİRİŞ

Kamunun alacak kalemleri, kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılmasında önemli bir gelir kaynağıdır. Kamu alacaklarının, kamu hizmetlerinin düzenli ve gerektiği gibi yerine getirilmesi açısından en uygun zamanlarda tahsil edilmesi önem arz etmektedir. Kamu borçlarını kendi hür iradesiyle ödemeyen borçlular için kamu idarelerine bu alacakları tahsil edebilmek adına bir takım yollar yasayla tanınmıştır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, kamu alacaklarının cebren tahsil yöntemlerini özel olarak düzenleyen, kamu idarelerinin, kamusal nitelik arz eden alacakları için borçluyu takip yetkisi ve alacakları tahsil yetkisi veren kanundur. 6183 sayılı kanunun 55.maddesinde düzenlenen ödeme emri, kamu idarelerine, kamu alacakları için cebren bir tahsil yolu öngören idari bir işlemdir.[16]

Nitelik olarak bireysel bir idari işlem olan ödeme emri, kesinleşen veya tahakkuk eden etmiş bir kamu alacağının zamanında ödenmemesi halinde, kamu alacaklısı olan idareler tarafından başlatılan tahsil işleminin bir parçasıdır. Bu işlemin vergiler açısından ayrı bir anlamı var denebilir. Vergiyi doğuran olay ile başlayan vergilendirme sürecince (tarh-tebliğ-tahakkuk-tahsil) ödenmeyen verginin kamu gücü aracılığıyla tahsil edilmesi ile vergilendirme süreci ile ödeme emri aşamaları kesişmektedir. Bu kapsamda tahsil sürecinin önemli bir aşaması olan ödeme emri işleminde hukuka aykırılıklar olabilmektedir. Ödeme emrinin hukukilik denetimi, "idarenin her türlü eylemlerine karşı yargı yolu açıktır" Anayasa normu gereği (AY, m.125) idari yargı içerisinde gerçekleşmektedir. Genel kurallara ek

* OMÜ Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans 2.sınıf, 23280568@stu.omu.edu.tr, ORCİD:0009-0000-3975-6217

[16] Mutlu, Kükrer, Ceyda, Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emrine Karşı itirazların İncelenmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2022, sayı 408, sy.50

olarak ödeme emri işlemine karşı açılan davalar için farklı kanuni düzenlemelerde yapılmıştır. 6183 sayılı kanun madde 58'de ödeme emrinin tebliğinden itibaren 15 gün içinde; böyle bir borcun bulunmadığı, borcun kısmen ödendiği veya borcun zamanaşımına uğradığı sebepleri ile ödeme emrine karşı dava yoluna gidilebileceği yer almaktadır. Bu düzenleme gereği ödeme emrine karşı sadece bu iddialarla dava yoluna gidilebilmektedir.[17]

Bizde çalışmamızda hangi kamu alacakları için ödeme emri gönderileceğini, ödeme emrinin niteliğini, içeriğinde neler bulunması gerektiğini (şeklini), ne hususlarda itiraz edilebileceğini, bu itiraz için sürenin ne olduğu, görevli ve yetkili mahkemelerin neresi olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

ÖDEME EMRİ

-MADDE 55-

Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 15 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir ödeme emri ile tebliğ olunur.

Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı kayıtlı bulunur. Ayrıca, borçlunun 114 üncü maddedeki vazifeleri ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde hakkında tatbik edilecek olan ceza bu ödeme emrinde kendisine bildirilir.

Belediye hududu dışındaki köylerde bulunan borçlulara ödeme emirleri muhtarlıkça tebliğ olunur. Ödeme emirlerinin muhtarlığa tevdii tarihinden itibaren 15 gün içinde tebligat yapılmadığı takdirde ödeme emirleri tebliğ edilmemiş olan borçluların isimleri ödeme emri hüküm ve mahiyetindeki bir ödeme cetvelin alınarak borçlular borçlarını ödemeye ve mal bildiriminde bulunmaya çağırılırlar. Ödeme cetveli köy ihtiyar kurulu kapısına bir örneği de köyde herkesin görebileceği umumi bir mahalle 10 gün müddetle asılmak suretiyle tebliğ olunur ve cetvelin asıldığı köy muhtarlığınca münadi vasıtasıyla ilân olunur. Cetvel asılırken ve indirilirken keyfiyet muhtarlıkça zabıt varakasıyla tespit edilir. Cebren tahsil ve takip ödeme emrinin tebliği veya ödeme cetvelinin indirilmesi tarihinde başlamış olur.

Borcunu vadesinde ödemeyenlere ait malları elinde bulunduran üçüncü şahıslardan bu malları 15 gün içinde bildirmeleri istenir.

Madde metni uyarınca amme borçlarını vadesinde ödemeyen borçlulara ödeme emri düzenlenip gönderilecektir. Buna göre ödeme emrinden bahsedebilmek için bir amme borcunun tarh, tebliğ, tahakkuk aşamalarını tamamlamış olması, mükellefin bunu ödememiş olması ve amme borcunun kesinleşmiş olması şarttır. Kesinleşmeyen kamu alacağı için ödeme emrinin gönderilememesi gerekir. Örneğin kendisine gönderilen bir ceza ihbarnamesini dava konusu yapan birine dava sonuçlanmamışsa kesinleşmeden söz edilemeyeceği için ödeme emri gönderilememesi gerekir.[18]

A. Ödeme Emrine Konu Edilebilecek Alacaklar

6183 sayılı kanun, kamu alacaklarının takibini ve tahsilini özel olarak düzenleyen bir kanun olup, kamu alacaklısı; Devlet (genel bütçeli daireler), il özel idareleri ve belediyelere ait kanun

[17] Sarıcaoğlu, Ercan, Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda "Böyle Bir Borcun Bulunmadığı" İddiasına Yönelik Kapsam Sorunu, Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2020, sayı 382, sy.75

[18] Batı, Murat, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 4.baskı,Seçkin Yayıncılık,2024, sy.676

maddesinde örneklerle sınırlı olmayacak şekilde sayılan asli ve feri kamu alacakları ile aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız hak kazanmadan doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan diğer alacakları ile bu alacakların takip masrafları vadesinde ödenmez ise ve bu alacaklar herhangi bir teminata bağlanmamış ise ödenmeyen borcun takibi ödeme emri ile başlar.[19]

6183 sayılı kanunun birinci maddesinde sayılan kamu alacakları dışında, kendi özel kanunlarında 6183 sayılı kanun hükümlerine göre tahsil ve takip olunacağına dair özel düzenlemeler bulunan TMSF'nin kanunda sayılan alacakları, ecrimisil[20], 5510 sayılı kanunun 88'inci maddesi ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11.maddesinin atıfta bulunduğu 4389 sayılı kanunun 15/3 maddesinde belirtilen prim alacakları[21] gibi alacakların takibi de ödeme emri ile yapılabilecektir. Kamu alacaklısı olan idarelerin 6183 sayılı kanunun 1.maddesine girmeyen alacakları ile ilgili kanunlarında 6183 sayılı kanuna göre tahsil ve takip edileceği veya 6183 sayılı kanun hükümleri uygulanır şeklinde atıf bulunmayan alacaklar kamu alacağı niteliği göstermediklerinden dolayı bu alacaklar ödeme emrine konu edilemeyecek ve özel hukuk hükümlerine göre tahsil ve takip işlemi yapılacaktır.[22]

B. Ödeme Emri Düzenlenmesi İçin Ön Şartlar

6183 sayılı kanunun 55.maddesinin ilk fıkrasına göre bir amme alacağı için ödeme emri düzenlenip tebliğ olabilmesinin ilk şartı, ödenmesi gereken bir amme alacağının bulunması ve bu alçağın vadesi geldiğinde ödenmemiş olması gerekmektedir. Bu şart, ayrıca ödeme emrinin sebep unsurunu da sağlamaktadır. Kamu alacağının vadesi, yapılan tebligat ile başlayan ve verilen ödeme süresinin son günüdür. Ödeme emrinin sebep unsuru açısından hukuka uygun olabilmesi için vade günü mesai bitimine kadar borcun ödenmemiş olması gerekir.[23] Ön koşul bu olmakla birlikte ödeme emri için gereken tek şart bu değildir.

Bir amme alacağıyla ilgili ödeme emri gönderebilmek için:

-vadesi gelmiş olmalı,

-vadesinde borç ödenmemiş olmalı,

-6183 sayılı kanun madde 56 uyarınca teminata bağlanmamış olmalı,

-söz konusu borç vergi ceza ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 30 gün içinde vergi mahkemesinde dava konusu edilmiş ve dava sonuçlanmış; dava sonucuna istinaden vergi dairesi mükellefe tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içinde ödenmemiş olmalı, borçlu bu kararı bir üst mahkemeye taşıyıp yürütmenin

[19] Balcı, Mustafa, Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanunun Uygulaması, Eylül 2023, Onikilevha Yayınları, sy.1009

[20] Danıştay 2. Daire Başkanlığı 2021/5009 E. , 2022/3082 K. Sayılı kararında da görüldüğü gibi ecrimisil ödeme emrine konu edilmiştir." Dava konusu ödeme emri; İstanbul ili, Bakırköy ilçesi, … Mahallesi, … ada … parsel sayılı ve mülkiyeti davalı Hazineye taşınmazın sosyal tesis , 2 adet tek katlı yapı, beton zemin üzeri demir profil yapı yapılmak suretiyle davacı Belediye tarafından işgal edildiğinden bahisle farklı dönemlere ilişkin iki adet ihbarname ile istenilen ecrimisilin tahsili amacıyla düzenlenmiştir." (karara karararama.danıştay.gov.tr adresinden 15.04.2024 tarihinde erişilmiştir.)

[21] Danıştay 4. Daire Başkanlığı 2016/11600 E. , 2021/266 K. Sayılı kararında da prim alacaklarının ödeme emrine konu olduğu görülmektedir. (karara karararama.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde erişilmiştir.)

[22] Balcı, sy.1009-1010

[23] Candan, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2018, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, sy.270-271

durdurulması kararı almamalı, (ihtirazi kayıtla beyanlarda dava açma ödemeyi durdurmadığından, ihtirazi kayıtla beyanlarda bu şart aranmaz)

-söz konusu borç, tecil edilmemiş olmalıdır.

-sonuç olarak kesinleşmiş olan amme alacağı için[24] ödeme emri düzenlenebilir. Aksi durumda ödeme emrinin gönderilmemesi gerekir.[25]

C. Ödeme Emrinin Şekli

55. madde, ödeme emrinin hukuka uygun kabul edilmesi için içermesi gereken bilgileri belirtmektedir. Bu bilgileri ihtiva etmeyen ödeme emri, 58.madde için yapılacak açıklamalarda da belirtileceği üzere, Danıştay kararları gereği bazen iptali gerekmekte bazen de yok sayılmaktadır. [26]

Ödeme emrinde;

-borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları,

-nereye ödeneceği,

-süresi içinde ödemediği veya mal bildiriminde bulunmadığı takdirde borcun cebren tahsil ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı,

-gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı,

[24] Danıştay 10. Daire Başkanlığı 2018/421 E. , 2022/2624 K. Sayılı kararında borç kesinleşmeden ödeme emri gönderilemeyeceği hususu vurgulanmıştır. “Kamu alacaklarının kanunlarında belirtilen vade tarihlerinde ödenmesi gerektiği, kanunlarında vade tarihi belirtilmediği takdirde, 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca kamu alacaklısının bağlı olduğu tahsil dairesince borcun 1 ay içinde ödenmesi talebini içerir ihbarnamenin davacıya usulüne uygun olarak tebliğ edileceği ve vadesinde ödenmemesi durumunda aynı Kanun'un 55. maddesi uyarınca ödenmeyen kamu alacağının tahsili amacıyla ödeme emri düzenleneceği hususunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak Bölge İdare Mahkemesi kararında, ödeme emri düzenlenmeden önce kamu alacağının kesinleşmiş olmasının zorunlu olduğu yolunda gerekçeye yer verildiğinden, kamu alacağının tahsil edilebilmesi için kesinleşmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu ortaya konulmalıdır. Buna göre, kanuni vadesi geldiği halde ödenmeyen ya da 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca düzenlenen ihbarnamenin tebliğinden itibaren 1 aylık süre içinde ödenmeyen kamu alacağı, usulüne uygun olarak tahakkuk etmiş, başka bir ifadeyle ödeme emri ile borçludan istenebilir hale gelmiştir. Bu itibarla, somut olayda, Altı eylül Kaymakamlığı İlçe Gıda, Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğünün ... tarih ve .... sayılı tahakkuk işlemi (ihbarnamesi) ile ithal edilen gebe düvelerin ithalat tarihindeki millileştirilmiş değerinin geri ödenmesinin davacıdan istenilmesine rağmen, bu işlemin tebliğinden itibaren kanuni süre içinde borcun ödenmemesi üzerine alacağın tahsili için ... tarih ve ... ana takip numaralı dava konusu ödeme emrinin düzenlendiği görüldüğünden; Bölge İdare Mahkemesinin, dava konusu ödeme emrinin dayanağı tahakkuk işleminin iptali istemiyle açılan davanın derdest olması karşısında henüz ortada kesinleşmiş bir kamu alacağından söz etmenin mümkün olmadığı, kesinleşmeyen alacak için ödeme emri düzenlenemeyeceği yolundaki gerekçesinde hukuki isabet görülmemiştir.” (karara kararara.danıştay.gov.tr adresinde 13.04.2024 tarihinde erişim sağlanmıştır.)

[25] Batı, sy.678

[26] Candan, sy.271

-borçlunun 114.maddedeki vazifeleri[27] ve bu vazifeleri yerine getirmediği takdirde, hakkında tatbik edilecek olan cezanın türü ve miktarı kendisine bildirilir.

Ödeme emrinde sayılan bu unsurların bulunması ilgilinin ödeme yapması ya da dava yoluna taşıması için zorunluluk arz etmektedir.

Ayrıca madde metninde yer almamakla birlikte, borçlunun hukukunu korumak açısından ödeme emrinde, ödeme emrine karşı hangi sürelerde, hangi yargı merciine başvurulabileceği hususlarının da yer alması gerekmektedir. Buna göre madde 55 de belirtilen zorunlu unsurlarla birlikte bu hususların da ödeme emrinde yer alması gerekmektedir.[28]

C. Ödeme Emrinin Tebliği

Ödeme emirlerinin tebliği için 6183 sayılı kanunun 8.maddesinde, aksine hüküm bulunmadıkça, bu kanunda yazılı olan tebliğlerin yapılması için VUK hükümlerinin uygulanacağı söylenmektedir. Kural olarak ödeme emirlerinin tebliğinde Vergi Usul Kanunu'nun 93.madde ve devamındaki maddelerde bulunan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle 6183 sayılı kanun kapsamında yapılacak tebligatlar Tebligat Kanunu'na değil Vergi Usul Kanunu'na tabi olacaktır.[29]

Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen tebliğ usullerine uyulmakla beraber, gerekli görüldüğü durumlarda, tebligatta olası gecikme ve imkansızlıkların önlenmesi ve cebri takip ve icra işlemlerinin daha hızlı bir şekilde yürütülmesi için yapılacak olan tebligatlarda, VUK m.107 uyarınca posta yoluna başvurmadan memur eliyle tebliğ de yapılabilir. Ayrıca VUK 107/A uyarınca "bu kanun hükümlerine göre tebliğ yapılacak kimselere, 93.maddedeki belirtilen usullerle sınırlı kalmaksızın, tebliğe elverişli bir adres ile elektronik ortamda tebliğ yapılabilir." fıkrası uyarınca ödeme emrinin elektronik olarak da tebliğ edilmesi mümkündür. Ayrıca VUK'a tabi olan vergilerin VUK uyarınca belirlenen vergisel işlemleri bu kanunda bulunan hükümlere göre tebliğ edilir. VUK'a tabi olmayan vergilerde ise (gümrük vergisi gibi) vergisel işlemleri ise Tebligat Kanunu'ndaki hükümlere göre tebliğ edilir. Ancak 6183 sayılı kanun kapsamında yapılacak olan işlemlerin tebliği ise 6183 sayılı kanun madde 8'e göre VUK uyarınca yapılır. Bundan dolayı bir gümrük vergisi için ödeme emri tebligatı VUK hükümlerine göre yapılmalıdır.[30]

Ödeme emirlerinin tebliği hususunda 55.maddenin 3.fıkrasında belediye sınırları dışındaki köylerde bulunan borçlulara tebliğ konusu özel olarak belirtilmiştir. Belediye sınırı dışında bulunan borçlulara ödeme emirlerinin muhtarlıkça tebliğ olunacağı, ödeme emirlerinin muhtarlığa tevdii tarihinden itibaren 15 gün içinde tebligat yapılmadığı takdirde, ödeme emirleri tebliğ edilmemiş olan

---

[27] 6183 sayılı kanunun 114.maddesinde "Kendisine ödeme emri tebliğ olunan ve malı olmadığı yolunda bildirimde bulunan amme borçluları bu bildirim ile birlikte veya bildirimin tarihinden itibaren 15 gün içinde: 1. En son kanuni ikametgah ve iş adreslerini, 2. Varsa devamlı mükellefiyetleri bulunan diğer tahsil dairelerini ve amme idarelerini ve bunlardaki hesap ve kayıt numaralarını bildirmek, nüfus kayıt suretini vermek mecburiyetindedirler. " ifadesi yer almaktadır.

[28] Batı, sy.676-679

[29] Candan, sy.274

[30] Batı, sy.679

borçluların isimlerinin ödeme emri hüküm ve mahiyetindeki bir "ödeme cetveline" alınarak borçluların borçlarını ödemeye veya mal bildiriminde bulunmaya çağırılacakları düzenlenmiştir.[31]

Ödeme cetvelinin bir örneğinin köy ihtiyar kurulu kapısına bir örneğinin de köyde herkesin görebileceği umumi bir mahallede 10 gün süreyle asılmak suretiyle tebliğ olunacak ve cetvelin asıldığı bilgisi köy muhtarlığınca uygun bir şekilde köy halkına duyurulacak ve cetvelin asıldığına ve indirildiğine dair muhtarlıkça tutanak tutulacaktır. Cebren tahsil ve takip, ödeme emrinin tebliği veya ödeme cetvelinin indirilmesi tarihinde başlayacak olup, ayrıca borcunu vadesinde ödemeyenlere ait malları elinde bulunduran üçüncü kişilerden bu malları muhtarlığa bildirmeleri istenecektir.[32]

6183 sayılı kanun madde 103/4 uyarınca ödeme emrinin tebliğ edilmesi ile tahsil zamanaşımı kesilecektir. Yani ödeme emrini takip eden yılın başından tahsil zamanaşımı yeniden başlayacaktır. Zamanaşımının kesilmesi ödeme emrinin tebliği ile olmaktadır. 15 günlük sürenin bitimi ile oluşmamaktadır.[33]

D. Ödeme Emri İşleminin Hukuki Niteliği

İdari işlem, idarenin kamu hukuku alanında yaptığı, tek taraflı, kesin ve doğrudan uygulama alanı bulan işlemleridir. İdarenin yaptığı her işlemi idari işlem olarak da nitelendiremeyiz. Şöyle ki idarenin kamu gücü kullanarak değil de tüzel kişiliğinden kaynaklanan hak ehliyetine dayanarak işlem yapması durumunda idari işlem olmayacaktır. Bununla beraber alacaklı amme idaresinin tek taraflı irade beyanı ile düzenlenen ödeme emri, kesin ve yürütülmesi zorunlu özelliği ile bir idari işlemdir.[34]

Kamu alacaklısı idarenin tahsil dairelerince, vadesinde ödenmeyen bir borç için; özel kanunlarda 6183 sayılı kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edileceği belirtilen idareler tarafından vadesinde ödenmeyen alacakların takibi için, 55.maddede yazılı unsurları taşıyan ödemeye çağrı mahiyetinde düzenlenen ödeme emri, muhatabı üzerinde hukuksal bir sonuç doğuran icrai bir idari işlem olarak davaya konu edilebilir bir niteliktedir. Bununla beraber kural olarak idari işlemler idari yargının görev alanına girse de istisnai olarak, 5510 sayılı kanunda SGK prim alacaklarının tahsiline ilişkin ödeme emrine karşı iş mahkemelerinin görevli olduğu belirlenmiştir. Ayrıca kural olarak idari işlemlere karşı dava açılması yürütmenin durdurulmasını gerektirmez. Ödeme emrinin iptali ile dava açılması durumunda yürütmenin durması yani tahsil işlemlerine devam edilmemesi için davacı tarafından yürütmenin durdurulmasının istenmesi ve mahkemece 2577 sayılı kanunun 27.maddesindeki koşulların gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.[35]

E. Ödeme Emrinde Hapis Cezası

Ödeme emrini alan biri ya borcu öder ya da dava yoluna gider. Borcu ödemezse 15 günlük süre içerisinde mal bildiriminde bulunması gerekir. Hiç mal varlığının olmamasının bildirilmesi de mal bildirimi sayılmaktadır. 6183 sayılı kanun madde 59 uyarınca mal bildirimi, borçlunun gerek kendinde gerekse üçüncü kişilerin elinde bulunan mal, alacak ve haklardan borcuna yetecek kadar olan miktarın, mahiyetini, vasfını, değerini ve her türlü gelirlerini veya haczi kabil mal veya geliri bulunmadığını ve

[31] Balcı, sy.1012

[32] Balcı, sy.1012-1013

[33] Batı, sy.682

[34] Batun, Mehmet, Ödeme Emrine Karşı Dava Açılması Adlı Makale ,sy.1-2

[35] Balcı, sy.1013

yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya sözle tahsil dairesine bildirmesidir. 6183 sayılı kanun madde 61'e göre mal bildiriminde, malı olmadığını ya da borca yetecek kadar mal varlığı olmadığını gösteren borçlu, sonradan edindiği malları ve gelirindeki artışları, edinme ve artış tarihinden itibaren 15 gün içinde tahsil dairesine bildirmek zorundadır.[36]

6183 sayılı kanun madde 60 uyarınca kendisine ödeme emri tebliği yapılan borçlu 15 gün içerisinde 6183 sayılı kanun madde 59'da belirtilen usule göre borcu ödemek veya mal bildiriminde bulunmak zorundadır. Borcun ödenmemesi ve bir mal beyanında bulunulmadığı durumlarda bir defa ile sınırlı kalmak üzere borcu hakkında derhal hapsen tazyik kararı uygulanacaktır. Hapis kararı 15 günlük sürenin dolmasından sonra tahsil dairelerinin talebi üzerine icra tetkik mercii hakimi tarafından verilir ve Cumhuriyet Savcılığınca derhal infaz olunur. Ayrıca mal bildiriminde bulunulmaması halinde hapsen tazyik kararı derhal uygulanacak ve borcun gerçekten var olup olmadığı önem arz etmeyecektir. Ayrıca kamu personeline ve yargı mercilerine bu hususta bir takdir yetkisi de tanınmamıştır. Borcu ödemeyen ve mal bildiriminde bulunmayan borçlu hakkında hapis cezasının yanı sıra kesin borca yetecek kadar malının haczedilebileceği de hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak hapisle tazyik kararı, ödeme emrinin tebliğini ve 15 günlük sürenin bitmesini takip tahsil dairesinin yazılı yapacağı talep üzerine icra hakimi tarafından verilecek ve Cumhuriyet Savcılığınca derhal infaz edilecektir.[37]

F. Teminata Bağlanmış Kamu Alacaklarının Takibi

Teminata bağlanan kamu alacaklarının takip usulü 6183 sayılı kanunun 56.maddesinde özel olarak düzenlenmiş olmasından dolayı bu alacakların takibi için ödeme emri düzenlenmesi söz konusu olmayacaktır.[38] Maddeye göre; kamu alacağının zamanında ödenmemesi halinde alacaklı tahsil dairesi, teminatlı alacağın mükellefine bir yazı yollayarak:

-kamu alacağının on beş gün içinde ödenmesi,

-aksi halde, teminatın paraya çevrileceği ya da kamu alacağının diğer şekillerle cebren tahsiline devam olunacağı, borçluya bildirilir.[39]

Teminata bağlanmış ve vaktinde ödenmemiş kamu alacaklarında ise 15 gün içinde borcun ödenmesi aksi takdirde teminatın paraya çevrileceğine dair bildirim sonrası borç ödenmez ise alacağa karşılık gösterilen teminat nakdi ise irat kaydedilmesi, banka teminat mektubu ise ödeme yapılması için bankaya başvurulması, menkul veya gayrimenkul ise haczedilen malların paraya çevrilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Borçluya yapılan bildirim ayrıca icrai bir işlem olduğundan dava konusu edilebilmektedir. Teminata bağlı kamu alacağı; vergi, resim, harç ile benzeri mali yükümlülükler ile

---

[36] Batı, sy.681

[37] Batı, sy.682

[38] Danıştay 7. Daire Başkanlığı 2019/3636 E. , 2022/1021 K. Sayılı kararında " anılan Kanun'un "teminatlı alacaklarda takip" başlıklı 56. maddesi hükümlerine göre işlem tesis edilmesi gerekirken, aynı Kanun'un 55. maddesi uyarınca işlem tesis edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, davaya konu ödeme emrinin iptaline karar verilmiştir. " Danıştay 7. Daire Başkanlığı 2020/1954 E. , 2021/4938 K. Sayılı kararında da" kamu alacağının bu kısmı yönünden öncelikle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Teminatlı alacaklarda takip" başlıklı 56. maddesi gereğince işlem yapılması gerekirken doğrudan ödeme emri düzenlenmesinde hukuka uyarlık görülmediği" yönünde kararlar verilmiştir. (kararlara kararara ma.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde erişim sağlanmıştır)

[39] Candan, sy.276

bunların zam ve cezalarına ilişkin ise 30 gün içinde vergi mahkemesinde; teminata bağlanan kamu alacağı bunların dışında ayrı bir alacak ise 60 gün içinde idare mahkemesinde dava açılması gerekir.[40]

Diğer yandan teminata bağlı bir kamu alacağı için takibine başlamadan evvel ortada vadesinde ödenmemiş bir kamu alacağı bulunması şart olduğundan vadesinin belirlenmemiş olduğu durumlarda borçluya 6183 sayılı kanun madde 37 uyarınca bir aylık ödeme süresi verilmesi gerekmekte olup, bir aylık ödeme süresi geçmeden yani vade geçmeden teminatın paraya çevrilmesi yoluna başvurulması hukuka aykırı bir durum oluşturacaktır. Teminata bağlı kamu alacaklarının takibi 6183 sayılı kanunun 56.maddesinde düzenlenmiş olup borcun 15 gün içerinde ödenmesi aksi halde teminatın paraya çevrileceği veya diğer şekillerde cebren tahsile devam edileceği şeklinde yazılı bir bildirimin yapılması ve bu süre içinde borcun ödenmemesi durumunda sonrasında kanunun 37.maddesi gereğince bir aylık süre verilmesi gerekmektedir.[41]

Teminata bağlanmış kamu alacakları kural olarak ödeme emri ile takip edilmemekle birlikte, teminat tutarı veya değerinin kamu alacağını tam karşılamaması durumunda kamu alacağını karşılamayan kısım için ödeme emri ile takip yapılabilmesi mümkündür.

6183 sayılı kanunun 56.maddesi uyarınca yapılan işlemler bir ödeme emri olmamasına karşın hukuki sonuç doğuran icrai bir işlem olması sebebiyle dava konusu edilebilir. Maddede, bu davalar için özel bir süre belirlenmemiştir. Bu nedenle açılan davalar genel sürelere tabidir. Genel dava açma süreleri, idare mahkemelerinde 60 gün, vergi mahkemelerinde ise 30 gündür. Davanın açılması tahsilatı kendiliğinden durdurmaz. Alacaklı kamu idaresi davaya rağmen teminatın paraya çevrilmesi yoluna gidebilir. Buna engel olunmak istenmesi halinde mahkemeden yürütmenin durdurulması kararı alınmalıdır. Ancak ödeme emri yönünden mahkemeler bakımından ayrım yapılmaksızın 15 günlük özel dava açma süresi öngörülmüştür.[42]

G. Kefil ve Yabancı Şahıs veya Kurumların Mümessillerini Takip

6183 sayılı kanunun 57.maddesi, kamu borçlusunun kefilleri ile yabancı şahıs veya kurumların mümessillerinin kamu alacakları için takiplerindeki uygulanacak usulü düzenlemektedir. Bu maddeye göre, bunlar da, 6183 sayılı kanuna göre ve asıl borçlunun tabi tutulduğu usullerle takip edilirler.[43]

Bundan dolayı kefil, asıl borçlunun tabi olduğu usullere göre takip edileceğine göre; kefil, borçlunun kamu borcuna karşılık olarak kanunun 10.maddesinde sayılanlar kapsamına giren bir teminat göstermişse 6183 sayılı kanunun 56.maddesi kapsamındaki teminatlı alacakların paraya çevrilmesi usulüne göre; şayet somut şekilde bu kapsamda bir teminat gösterilmediği durumda 6183 sayılı kanunun 55.maddesi kapsamında ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir. Yabancı şahıs veya kurum mümessilleri de aynı şekilde asıl borçlunun takip edildiği usullere göre takip edilecek olup, eğer bir teminat gösterilmişse madde 56 teminata bağlı kamu alacağının takip usulüne; aksi halde madde 55 ödeme emri ile takip yapılacaktır.[44]

---

[40] Balcı, sy.1014-1015

[41] Balcı, sy.1016

[42] Candan, sy.277

[43] Candan, sy.279

[44] Balcı, sy.1017-1018

ÖDEME EMRİNE KARŞI DAVA SEBEPLERİ

Ödeme Emrine İtiraz

Madde 58 – Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır, aksi halde itiraz edilmemiş sayılır.

(Mülga üçüncü fıkra: 28/1/2010-5951/1 md.)

İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir.

İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın ret olunduğu miktardaki amme alacağı %10 zamla tahsil edilir. (İptal fıkra: Anayasa Mahkemesinin 21/04/2022 tarihli ve E:2021/119, K:2022/48 sayılı kararı ile)

İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir

Borcun tamamına bu madde gereğince vakı itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir.

Borcun bir kısmına karşı bu madde gereğince vakı itirazlar mal bildiriminde bulunma müddetini uzatamaz.

Yetki, Şekil, Sebep, Konu; ve Amaç Yönlerinden Yargısal Denetim

Alacaklı kamu idaresinin tek taraflı bir idari işlemi olan ödeme emri, diğer idari işlemler gibi beş temel unsuru içerir. Yetki, şekil, sebep, konu ve amaçtan oluşan bu unsurlarda olabilecek hukuka aykırı halleri, idari işlemin yani ödeme emrinin yokluğunu veya iptalini gerektirebilir. Her ne kadar, 6183 sayılı kanunun 58.maddesinde, kendisine ödeme emri tebliğ edilen kişinin, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği ya da zamanaşımına uğradığı iddialarıyla itirazda bulunulabileceği hakkındaki hüküm, ödeme emirlerine karşı açılacak idari davalarda iddia edilebilecek hukuka aykırılık nedenlerinin bunlarla sınırlı olduğu izlenimini yansıtmaktaysa da bu sayılan haller ödeme emrinin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Bu sınırlamayı idari işlemin diğer unsurları için de geçerli sayma olanağı yoktur. Dolayısıyla iptal sebepleri 58.maddede sayılanlarla sınırlı olmayıp idari işlemin diğer unsurları için de hukuka aykırılık iddiasında bulunulabilecektir.[45]

Yetki Unsuru

Yetki, kamu gücü kullanılarak tek taraflı bir irade beyanı ile idari işlem tesis edebilme durumudur. İdari işlem yapabilme yetkisi, kanunlarla idari makamlara tanınmıştır. İdari işlemin yetki unsuru için genellikle üç hukuka aykırılık durumu olmaktadır:

-fonksiyon gaspı,

-yetki gaspı,

-yetki aşımı.

[45] Candan, sy.284

Fonksiyon gaspı, idari işlem tesis etme yetkisinin idari makamlarca değil de yasama ya da yargı organlarınca kullanılması durumunu ifade eder. Yetki gaspı, idari işlemin kanunlarda yetkili kılınan idarece değil de başka idari makamlarca tesis edilmesidir. Yetki aşımı ise, yetkili makamlarca idari işlem yetkisi aşılarak idari işlem yapılmasıdır. Ödeme emri açısından bakıldığında, ödeme emrini düzenleme yetkisi amme idaresine (devlete, il özel idarelerine veya belediyeye) aittir. Alacaklı amme idaresi ise bu yetkisini tahsil daireleri aracılığıyla kullanır. Ödeme emri düzenleme yetkisi, borçlunun ilgili vergi bakımından bağlı olduğu vergi dairesidir. Başka vergi dairesince düzenlenecek olan ödeme emri ise yetki unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır.[46]

Örneğin; ödeme emri düzenlemeye yetkili olmayan bir idare[47] tarafından ödeme emri düzenlenirse ödeme emri yetki yönünden hukuka aykırı olacaktır.[48]

Şekil Unsuru

Ödeme emri şekle bağlı bir idari işlem niteliğindedir. Hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için bu şekil kurallarına uyulması gerekmektedir. Ödeme emrinin şekli, 6183 sayılı kanunun 55.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları[49], nereye ödeneceği, müddetinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde borcun cebren tahsilinin yapılacağı ve borçlunun mal bildiriminde bulunmadığı takdirde hapsen tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı, borçlunun 114.maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde hakkında ödenecek ceza miktarı belirtilmelidir.[50]

[46] Batun, sy.5

[47] Danıştay 3. Daire Başkanlığı 2019/1726 E. , 2022/1692 K sayılı kararında "bir başka vergi dairesi mükellefi olduğu görülen davacı adına bağlı bulunduğu vergi dairesi tarafından tanzim edilmesi gereken ödeme emrinin, bu konuda yetkisi bulunmayan vergi dairesi tarafından düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle ödeme emrinin dava konusu edilen kısmı iptal edilmiştir." (karara kararara.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[48] Danıştay 7. Daire 2002/3831 E. , 2003/3961 K. Sayılı kararında; yetki kuralı, takip edilmesi gereken kişiye değil, takibin konusu olan verginin mükellefine göre belirlenmiştir. Olayda; yukarıda sözü edilen Vergi Usul Kanununun 11'inci maddesi uyarınca ve müteselsil borçlu sıfatıyla davacı Şirketin sorumlu tutulduğu kamu alacağının kaynaklandığı katma değer vergisinin mükellefi, ... Sanayi ve Ticaret Limited Şirketidir. Dolayısıyla, söz konusu alacakla ilgili olarak 6183 sayılı Kanunda öngörülen takip ve tahsil işlemlerinin yapılmasına, **bu şirketin katma değer vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesinin yetkili olması nedeniyle** davacı Şirket hakkında, davalı Vergi Dairesi Müdürlüğünce ihtiyati haciz kararı alınmasında, açıklanan yasa hükümlerine aykırılık mevcut değildir.Bu bakımdan; ihtiyati haciz sebeplerinin bulunup bulunmadığı araştırılmak suretiyle işin esasına girilerek karara bağlanması gereken davada, Mahkemece, ihtiyati haciz kararını alan vergi dairesinin yetkili olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde isabet görülmemiştir. (karara kararara.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[49] Danıştay 4. Daire Başkanlığı E.1995/6458, K.1996/2014 sayılı kararında bu hususu vurgulamıştır. "… düzenlenen ödeme emri amme alacağının asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarı göstermediği gerekçesiyle iptal edilmiştir." (karara kararara.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[50] Candan, sy.286-287

Kamu alacağının türünü, dönemini, asıl ve ferilerini, belirtmeksizin muhtelif kamu alacağı şeklinde düzenlenen ödeme emri şekil yönünden hukuka aykırı olacaktır.[51]

Sebep Unsuru

Ödeme emri düzenlenebilmesi için idarenin dayanmak zorunda olduğu sebep, 6183 sayılı kanunun 55.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen "amme alacağının vadesinde ödenmemesidir". Eğer alacak hukuken doğmamışsa ya da hukuken var olsa bile kamu alacağı niteliği taşımıyorsa; örneğin, özel hukuktan kaynaklanan bir alacaksa; alacak kamu alacağı olmasına rağmen tahsili mümkün değilse veya tahsili mümkün olmakla birlikte vadesi daha gelmemişse ya da vadesi içerinde ödenmişse, düzenlenen ödeme emri sebep unsuru bakımından hukuka aykırılık teşkil edecektir.[52]

6183 sayılı kanunun 58.maddesinde, kendisine ödeme emri gönderilen kişinin, böyle bir borcu olmadığı, kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddiaları ile idari dava açılabileceği söylenmektedir. Maddede yer alan zamanaşımı tahsil zamanaşımıdır. Ancak Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 03.04.1987 gün ve E.1986/3, K.1987/1 sayılı kararı ile tarh zamanaşımı olduğuna dair iddia da bu madde uyarınca ileri sürülmesi olanaklı hale gelmiştir.[53]

Konu Unsuru

İdari işlemin konusu, hukuk düzeninde yapılmak istenen sonuçtur. Bu sonucun, kanunda belirtilen olması, idari işlemin konu unsurunun hukuka uygun olması için şarttır. Ödeme emrinin konusu ödenmesi arzulanan kamu alacağıdır. Kamu alacağı olmayan; örneğin, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin özel hukuktan doğan alacaklarının[54] ödeme emri ile istenebilmesi mümkün değildir. Bu özellikteki alacaklar için ödeme emri düzenlenmesi konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır. Aynı şekilde istenilen borcun miktarında yapılacak hata da ödeme emrini konu unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirecektir. [55]

Amaç Unsuru

İdari işlemler, kamu yararı için tahsis edilirler. Özel bir amaç hedeflenerek; örneğin, herhangi birine zarar vermek, yetkili kamu görevlisinin yakınlarına veya kendisine yarar sağlamak amacıyla yapılan işlemler, amaç unsuru açısından hukuka aykırıdırlar. İdari işlemin tesisinde güdülen amacın kamu yararının sağlanması olmadığının iddiası sübjektif bir nitelik arz ettiğinden kanıtlanması zorluk arz etmektedir. Bunu kanıtlama ancak dış belirtiler incelenerek yapılabilir. Hukuken mevcut olan bir

---

[51] Balcı, sy.1022; Danıştay 4.D E. 1995/6458, K. 1996/2014 sayılı kararında amme alacağının asıl ve ferilerinin gösterilmediği gerekçesiyle ödeme emrini iptal etmiştir.

[52] Candan, sy.288

[53] Batun, sy.6

[54] Danıştay 13. Daire Başkanlığı 2012/3931 E. , 2018/3814 K. Sayılı kararı "6183 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği üzere uyuşmazlığa konu ödeme emrinin dayanağı alacağın bir amme hizmetinin tatbikinden mütevellit asli bir kamu alacağı olmadığı, söz konusu ödemeemrinin dayanağı irtifak hakkı tesis kullanım bedeli başlığı altında kira alacağının davalı idare ile davacı şirket arasında kurulan bir özel hukuk ilişkisinden doğduğu, kamu alacaklarının takibi ve tahsiline yönelik özel bir kanun olan 6183 sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi suretiyle düzenlenen ödeme emri ile söz konusu irtifak hakkı tesis kullanım bedeli başlığı altında kira alacağının tahsiline imkân bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu ödeme emrinin iptaline karar verilmiştir." (karara kararara ma.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[55] Candan, sy.325-326

kamu alacağı için düzenlenecek bir ödeme emrinde kuşkusuz kamu yararı bulunacaktır. Bu bakımdan hukuken mevcut bir kamu alacağının ödeme emrinde kamu yararı olmadığı iddiası geçerli olmayacaktır. Bu yönde bir iddia, ancak alacağın tahakkuk aşamasında veya tahsilini engelleyen hukuki durumlara neden olunması halinde; örneğin, koşullar sağlanmasına rağmen tecil isteğinin kabul edilmemesi durumunda söz konusu olabilir.[56]

"Böyle Bir Borcum Yoktur" İddiası

Borcun bulunmadığı iddiası ile açılan dava neticesinde idari yargı organının görevi muhataba gönderilen ödeme emrinde gerçek bir borcun olup olmadığının araştırılmasıdır. Borca dayanak olacak olayın gerçekleşmemesi durumunda borç doğurucu işlemin hukuki varlık kazanması düşünülemez. Olayın gerçekleşmemesi borcun hiç doğmadığını göstermekte ve maddi bir varlığın ortaya çıkmamasına sebep olmaktadır. Bu doğrultuda vergiyi doğuran olayın vuku bulmasıyla maddi olarak doğacak borç, hukuken varlık da kazanır.[57]

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen kişi bu tarihten itibaren 15 gün içerisinde "böyle bir borcum yoktur" iddiasıyla konuyu yargıya taşıyabilir. Danıştay kararları gereğince bu iddiaya konu olayları; kanunen alınmaması gereken bir verginin ödeme emrine konu edilmesi, mükellefiyet şartlarını taşımadığı halde tarhiyat işlemi yapılması[58], vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediğinin açık olması[59],

---

[56] Candan, sy.326

[57] Sarıcaoğlu, Ercan, Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda "Böyle Bir Borcun Bulunmadığı" İddiasına Yönelik Kapsam Sorunu, Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2020, sayı 382, sy.85-86

[58] Danıştay 4. Dairesi E.2016/19480, K. 2021/73 sayılı kararında "basit usulde vergilendirilmesi gereken bir mükellefin gerçek usulde vergilendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur." (karara karararama.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[59] Danıştay 9. Daire Başkanlığı 2022/1096 E. , 2022/3332 K. Sayılı kararında "davacının bandrolsüz sigara bulundurduğunun tespit edildiğinden bahisle 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 9/2 maddesi uyarınca davacı adına re'sen tarh edilen vergi ziyaı cezalı katma değer vergileri dava açılmayarak kesinleşmesine rağmen vadesi içinde ödenmediğinden bahisle dava konusu ödeme emrine konu edilmiş ise de, davacının, söz konusu sigaraların yurt içinde ticaretini yaptığı ve ticari amaçla satarak başkalarına teslim ettiği veya başkaca şekilde katma değer vergisine tabi olacak herhangi bir işleme tabi tuttuğu yolunda **davalı idarece herhangi bir tespit yapılmadığı**, ayrıca fiili ya da kaydi envanter sırasında belgesiz mal bulundurulduğunun veya belgesiz hizmet satın alındığının tespiti halinde, bu alışlar nedeniyle ziyaa uğratılan katma değer vergisinin belgesiz mal bulunduran veya hizmet satın alan mükelleften aranacağı kuralının uygulanmasının, Kanunda açıkça mükellef ifadesinin kullanılması karşısında, belgesiz mal bulunduran veya hizmet satın alan kişinin gelir ya da katma değer vergisi açısından resmi bir mükellefiyetinin olması durumunda mümkün olduğu, zira, fiili ya da kaydi envanterin ancak daha önceden resmi bir gelir ya da katma değer vergisi mükellefi nezdinde yapılabileceği, öte yandan, Kanunda mükellef olmamakla birlikte yalnızca belirli bir miktarı aşan belgesiz mal bulundurduğu tespit edilenler adına 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 13/5. maddesinde yer alan hükme benzer bir düzenlemeye katma değer vergisi açısından yer verilmemiş olduğu dikkate alındığında, **ortada katma değer vergisini doğuran bir durumun bulunmadığı** ve bu halin de 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinde belirtilen '' **"borcum yoktur" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği** sonucuna varıldığından, dava konusu ödeme emrinin bu kısmında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine, ödeme emrinin, vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile bunların gecikme faizine ilişkin kısmının iptaline karar verilmiştir." (karara kararama.danıştay.gov.tr adresinden 14.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

kanunsuz suç olmaz ilkesine aykırılık bulunması[60], kanunların geçmişe yürümezliği ilkesinin[61] ihlal edilmiş olması şeklinde sayabiliriz.

"Kısmen Ödedim" İddiası

Bazı durumlarda kamu borcu, kısmen veya tamamen ödenmiş olabilmektedir. Bu durumda borçluya gönderilen ödeme emri hukuken iptal edilebilecek durumdadır. Alacaklı amme idaresi daha önce ödenen miktarı düşmeden, borçluya tekrar bir ödeme emri tebliğ etmiş olabilir. Bu durumda borçlu "borcun kısmen ödendiği" savında bulunabilir. Bu iddianın dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmektedir. Burada borçlu kamu alacağı olduğunu kabul etmekte ancak bir kısmını ödediğini iddia etmektedir.[62]

Borç kısmen ödenmesine rağmen, tahsil dairelerince ödenen kısım dikkate alınmaksızın borcun bütününe ilişkin olacak şekilde ödeme emri düzenlenmişse, ödeme emrinin bu kısmı iptal edilecektir.[63]

"Zamanaşımına Uğradı" İddiası

Borçlu ödeme emri ile gelen borç için "zamanaşımına uğradı" iddiasında bulunabilir. Ancak burada zamanaşımına uğradığı iddiasında geçen zamanaşımı ifadesi, Danıştayın 1987 yılında verdiği içtihatları birleştirme kararı uyarınca tarh ve tebliğ zamanaşımını ifade etmektedir. Bu durumda borçlu, ileri sürdüğü iddiasında borcun ya tahakkuk ya da tahsil zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir.

Tahakkuk Öncesi İddiaların Ödeme Emri Aşamasında İleri Sürülmesi

Kamu alacağının doğması ve tahakkuk etmesi aşamalarını takip ve tahsil aşamaları birbirini takip eden ve birbirine etki eden işlemlerdir. Örneğin idari para cezasına dava açılması sonucunda mahkemece verilecek iptal kararı, idari para cezası ödenmediği gerekçesiyle düzenlenen ödeme emrini hukuka aykırı kılacaktır. Aynı şekilde ödeme emrine karşı açılan davada verilen iptal kararı da ödeme emri sonrası yapılan haciz işlemini hukuka aykırı hale getirecektir. Zincir işlem dediğimiz ve birbirini takip eden, önceki işlemin geçerliliği diğer işlemlerin varlığı ve geçerliliği üzerinde etkisi olan işlemler

[60] Danıştay 7. Daire Başkanlığı 2018/232 E. , 2021/3008 K 07/06/1988 tarih ve 19835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1988/12944 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu Hakkında Kararın 8. maddesi uyarınca müeyyide olarak cezai faiz hesaplanması, Anayasa'nın 38. maddesinde ifade edilen "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık oluşturduğundan dava konusu işlemin kaynak kullanımını destekleme fonu payı üzerinden müeyyide olarak hesaplanan cezai faize ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin anılan kısmının iptaline karar verilmiştir." (karara kararara ma.danıştay.gov.tr adresinden 16.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[61] Danıştay 4. Daire Başkanlığı 2021/6937 E. , 2022/976 K. Sayılı kararında "Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığı gibi kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini de zorunlu kılar. Bu nedenle "kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanamaz." (karara kararara ma.danıştay.gov.tr adresinden 16.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

[62] Buhur, Sami, Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtirazın İncelenmesi, Vergi Dünyası, sayı 381, Mayıs 2013, sy.112

[63] Balcı, sy.1037

açısından, zincir işlemlerden birinin hukuka aykırı bir şekilde yapılması diğer işlemi sebep unsuru bakımından hukuka aykırı kılacaktır.[64]

Ancak Danıştay kararlarına bakıldığında; vergi yargısınca tarhiyat işleminin iptal edilmiş olma hali dışında, tarhiyat aşamasına ilişkin olarak hukuka aykırılık bulunsa da şayet tarhiyat aşamasında bu durum dava konusu yapılmamış ise bir sonraki aşamaya geçilerek tesis edilen ödeme emrine karşı açılacak iptal davasında, tarhiyat işlemine karşı sürülebilecek hukuka aykırılıkların ödeme emri aşamasında dikkate alınmayacağı; başka bir söyleyişle amme alacağının tarh ve tahakkukuna ilişkin işlemde doğabilecek hukuka aykırılıkların ödeme emrindeki iptal davasında "borcum yoktur" iddiası kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşü hakimdir.[65]

Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi

İdari yargı yerlerinde açılan davanın esasına girilebilmesi, bu davanın, idari dava açma süresi dediğimiz süre içerisinde açılmış olmasına bağlıdır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7.maddesinin ilk fıkrasına göre, idari dava açma süresi, özel kanunlarda ayrıca bir düzenleme olmayan hallerde idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gündür. Özel kanunlarda ayrı süre gösterilmemesi durumunda uygulanabilir olan bu süreler, genel olan dava açma süreleridir. Ödeme emirlerine karşı idari dava açma süresi, bu genel dava açma sürelerinden farklı olarak, 6183 sayılı kanunun 58.maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre bu süre on beş gündür. Bu süre, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davanın vergi veya idare mahkemesinin görevine girmesi halinde değişmemektedir. Her iki mahkeme için bu süre on beş gündür.[66]

A. Dava Süresinin Uzaması

2577 sayılı kanunun 11.maddesi kapsamında üst makama yapılan başvuru ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu kapsamında yapılan idari başvuru yollarına gidildiğinde veya adli tatil dönemine veya 5604 sayılı kanun kapsamında mali tatil dönemine denk gelmiş olması durumunda, bahsi geçen kanunlardaki düzenlenen süreler boyunca dava açma süresi işlemeyecek veya dava süresi belli bir tarihe kadar uzayacaktır. Ayrıca yargı uygulamasında egemen görüş, mücbir sebebin dava açma süresine etkisinin bulunmadığı yönündedir.[67]

1. Üst Makamlara Başvuru

İdari Yargılama Usulü Kanununun 11.maddesinde, ilgililerin, idari dava açmadan önce, idari işlemlerin kaldırılmasını, geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içerisinde isteyebilecekleri; bu amaçla yapılan başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, otuz gün içinde başvuruya herhangi bir cevap verilmediği takdirde isteğin reddedilmiş sayılacağı; istemin reddedilmiş veya reddedilmiş sayılması halinde, dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar geçen sürenin de hesaba katılacağı öngörülmüştür. Bu açıklamalara uygun olarak yapılan başvuru hukuka aykırı olduğu düşünülen ödeme emrinin tebliğini izleyen günden itibaren işlemeye başlayan idari dava açma süresini durdurur. Duran dava açma süresi; idarece bir cevap verilir

[64] Balcı, sy.1024

[65] Balcı, sy.1024

[66] Candan, sy.350

[67] Balcı, sy.1048

ve bu cevap red şeklinde olursa, cevabın tebliğini; otuz gün içerisinde idarece herhangi bir cevap verilmezse, otuzuncu günü takip eden günden itibaren süre kaldığı yerden işlemeye devam eder.[68]

2. Kamu Denetçiliği Kurumuna Başvuru

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5.maddesinde kurumun, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerle bulunmakla görevli olduğu hükme bağlanmış olduğundan, bir idari işlem olan ödeme emri için de kuruma başvuru yapılabilir. İlgili kanunun 20.maddesinde, kurumun inceleme ve araştırmalarını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandıracağı öngörülmüştür. İlgili kanunun 21.maddesinde ise Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuru ile duran sürenin yeniden işlemeye başlayacağı üç durum belirtilmiştir;

1.Başvurunun kurum tarafından reddedilmesi halinde, gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren,

2.başvurunun kurum tarafından yerinde görülerek kabul edilmesi halinde; ilgili merci tarafından kurumun önerisi üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve eylemde bulunulmaması,

3.kurumun, inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içerisinde sonuçlandırmaması,

Hallerinde, kuruma başvuru ile duran dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.[69]

3. Adli Tatil ve Dava Süresine Etkisi

2577 sayılı kanunun 61.maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri, 2575 sayılı 86.maddesi uyarınca da Danıştay dava daireleri her yıl 1 Eylülde başlamak üzere, 20 Temmuz ila 31 Ağustos tarihleri arasında çalışmalarına ara vermektedirler. 2577 sayılı kanunun 8.maddesinde, sürelerin tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı; tatil günlerinin bu sürelere dahil olduğu, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması durumunda, sürenin tatil gününü izleyen çalışma gününü bitimine kadar uzayacağı, bu kanunda yazılı sürelerin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu sürelerin, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün daha uzamış sayılacağını hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre dava açma süresinin sona erdiği tarihin adli tatil tarihlerine denk gelmesi halinde, dava açma süresi, adli tatilin sona erdiği 31 Ağustos gününü izleyen günden itibaren yedi gün daha yani 7 Eylül tarihine kadar uzayacaktır. Çalışmaya ara verme süresinin son günü 31 Ağustos olarak belirtilmiş olup, 31 Ağustos gününün mesai günü veya tatil günü olması, bu sürenin hesabında dikkate alınmaz. Örneğin 31 Ağustos gününün cumartesi gününe denk gelmesi nedeniyle yeni adli dönemin 2 Eylül pazartesi başlayacak olması, yedi günlük uzama süresinin de 2 Eylül tarihinden başlayarak hesaplanması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak 7 Eylül günü tatil gününe rastlarsa dava açma süresi tatil gününü izleyen ilk mesai gününün mesai bitimine kadar uzayacaktır.[70]

4. Mali Tatil ve Dava Süresine Etkisi

5604 sayılı Mali Tatil İhdas Edilmesi Hakkında Kanun'un birinci maddesinde , her yıl 1-20 Temmuz arası mali tatil uygulanacağı, Haziran ayının son gününün tatil günü olması halinde, mali tatilin, Temmuz ayının ilk iş gününü takip eden günden başlayacağı; üçüncü fıkrasında, Vergi Usul

[68] Candan, sy.355-356

[69] Balcı, sy.1049-1050

[70] Balcı, sy.1051-1052

Kanunu'nun hükümlerine göre belirli sürelerle yapılması gereken muhasebe kayıt süreleri, bildirim süreleri ve vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin mali tatil süresince işlemeyeceği, belirlenen sürelerin mali tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan, mali tatil süresinin bitiminin adli tatile denk gelmesinden dolayı, dava süresi 7 Eylül'e kadar uzayacaktır. 5604 sayılı kanunun, 3.maddesinde vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma sürelerinin mali tatil süresince işlemeyeceği öngörülmüş olup, mahkeme istinaf ve temyiz başvuruları, dava olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu süreler mali tatilden etkilenmeyecektir.[71]

Öte yandan, 5604 sayılı kanunun birinci maddesinin yedinci bendinde, özel tüketim vergisi , banka ve sigorta muameleleri vergisi, özel iletişim vergisi, şans oyunları vergisi ile gümrük idareleri, il özel idareleri, ve belediyeler tarafından tarh veya tahsil edilen vergi, resim ve harçlarla ilgili olarak mali tatilin uygulanmayacağı hükme bağlanmış olduğundan sayılan alacak kalemleri için mali tatil hükümleri uygulanmayacak, dolayısıyla dava süreleri mali tatil hükümlerinden etkilenmeyecektir.[72]

5. Mücbir Sebep ve Dava Süresine Etkisi

Mücbir sebep,; geniş anlamıyla, bir hakkın kullanılmasını, bir ödevin ya da borcun yerine getirilmesini önleyen, önceden görülmesi ve önlenmesi olanaksız her türlü olaydır. Vergi Usul Kanunu'nun 13.maddesinde, vergi ödevlerinin yerine getirilmesinde belirlenen süreleri durduran mücbir sebep halleri belirtilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanununda bu doğrultuda bir düzenleme olmadığı gibi, dava açma hakkının kullanılması, vergi ödevi de sayılmayacaktır. Bundan dolayı mücbir sebep halinde idari dava açma süresi durmayacak, süre işlemeye devam edecektir.[73] Danıştay içtihatlarına da mücbir sebep halinin dava açma süresini durdurmayacağı görüşü hakimdir.[74]

Ödeme Emri Aşamasında Düzeltme-Şikayet Yolu

Vergi Usul Kanunu'nun 116.maddesinde vergi hatası, vergiye dair hesaplamalarda veya vergilendirme işlemlerinde yapılan hatalar sebebiyle haksız yere fazla veya eksik vergi talep edilmesi

[71] Balcı, sy. 1059

[72] Balcı, sy. 1056-1057

[73] Candan, sy.358

[74] Danıştay 3. Daire 2006/1488 E., 2006/2447 K. Sayılı kararında "Özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde vergi mahkemesinde dava açma süresinin otuz gün olduğunu düzenleyen 7'nci maddenin 1'inci fıkrasında bu sürenin uzunluğu yönünden başka yasalara yapılan gönderme dışında dava açma süresini başlatan, durduran, uzatan veya kesen bütün sebeplere sadece 2577 sayılı Yasanın yukarıda değinilen kurallarında yer verilmiştir. Hukukumuzda zorlayıcı nedenler olarak bilinen; doğal afet, savaş, gaiplik, ağır hastalık gibi haller, 2577 sayılı Yasanın sözü edilen kurallarında dava açma süresini durduran, uzatan veya kesen durumlar olarak kabul edilmemiştir. Her ne kadar aynı Yasanın 31'inci maddesinin ikinci fıkrasında, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmasını öngören bir gönderme bulunmaktaysa da gönderme yapan kuralda; 2577 sayılı Yasa hükümleri saklı tutulmakla, İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenen konularda gönderme yapılan Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanmasına olanak tanınmadığı gibi, Vergi Usul Kanununun 379-412'nci maddeleri de 2577 sayılı Yasanın 63'üncü maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, 31'inci maddenin 2'nci fıkrasında yapılan gönderme uyarınca vergi uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanması gereken Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri, 377, 378 ve mükerrer 378'inci maddelerdir. Vergi Usul Kanununun değinilen kuralları; dava açma süresi, bu sürenin başlangıcı, durması, uzaması veya kesilmesine ilişkin bir düzenleme içermediği gibi zorlayıcı nedenler Vergi Usul Kanununda sadece vergi ödevlerinin zamanında yerine getirilmesini önleyen ve bu ödevlerle ilgili süreleri durduran durumlardan kabul edilmiştir." (karara kararara.danıştay.gov.tr adresinden 15.04.2024 tarihinde ulaşılmıştır.)

veya alınması şeklinde tanımlanmış olup, vergi hatasının kapsamı tarhiyat işlemleri ile sınırlı olmayıp, vergi hatası kapsamında yersiz şekilde ödenen veya tahsili yapılan tutarlar için de düzeltme-şikayet yoluna gidilebilecektir.[75]

Düzeltme-şikayet yolunun Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş olması sebebiyle 6183 sayılı kanun uyarınca ödeme emri tebliği yapılmış bir amme alacağına ilişkin Vergi Usul Kanunu madde 116 ve devamı maddeler uyarınca vergi hatasının tespiti halinde VUK madde 124 uyarınca şikayet yolu ile düzeltme yapılabilir mi? [76]Sorusunun cevabı Danıştayın güncel kararları ile ödeme emirleri, haciz gibi 6183 sayılı kanundan kaynaklanan işlemlerde düzeltme-şikayet yoluna gidilemeyeceği[77] yönündedir.

Görevli ve Yetkili İdari Yargı Yeri

6183 sayılı kanunun 58.maddesinde, kendisine ödeme emri tebliğ olunan kişinin, maddede ifade edilen nedenler ile tebliğ olma tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itiraz edilebileceği belirtilmiştir. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunla kurulan vergi mahkemelerinin faaliyete geçtikleri 20.07.1982 tarihinden itibaren itiraz komisyonlarının görevleri sona erdiğinden, bu tarihten itibaren itiraz komisyonlarının yerine vergi mahkemeleri yer almıştır. İlgili kanunun 13.madddesine göre; maddede ifade edilen itiraz komisyonu terimi, vergi mahkemeleri; itiraz terimi ise vergi mahkemelerinde dava açılması anlamına gelmektedir. Aynı kanunun 6.maddesinin b bendinde, 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklar, vergi mahkemelerinin görevine verilmişti. Daha sonra, 3410 sayılı kanunla 2576 sayılı kanunun anılan bendinde yapılan değişiklik ile vergi mahkemelerinin görevi, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ve bunların zam ve cezalarına etki ettirildiğinden, diğer kamu alacakları için açılan idari davalar, genel görevli mahkeme olan idare mahkemesinin görev alanına girmektedir. Bu açıklamalara göre; ödeme emri için açılacak iptal davalarında şu ayrımın yapılması gerekir:

1-VUK kapsamına giren vergi, resim, harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ise bu ödeme emri için açılan iptal davasında görevli mahkeme vergi mahkemeleridir.

2-Gümrük vergi ve resimleri ile ithalde alınan KDV, ÖTV gibi, VUK kapsamı dışında kalan vergi ve resimler ile bunlara bağlı alacaklar da olabilmektedir. Bu durumda yine görevli mahkeme vergi mahkemeleri olacaktır.

---

[75] Balcı, sy.1072

[76] Batı, sy.685

[77] Danıştay 9. Dairesi 2019/6954 E. , 2022/1015 K. Sayılı kararında "Haciz işleminin, kamu alacağı niteliğini kazanmış vergi ve cezaların tahsili amacıyla vergi idarelerinin tahsilat aşamasında düzenlediği işlemlerden olduğundan, davacının şirketteki hissesi oranında ödeme yaptığı, sorumluluğu kalmayacağının belirtildiği iddiası bu aşamada incelenemeyeceğinden **kamu alacağının cebren tahsili için düzenlenen haciz işlemine karşı düzeltme ve şikayet yolu izlenmesine olanak bulunmaması nedeniyle** davacının taşınmazı üzerine uygulanan haczin iptali için yapılan düzeltme şikayet başvurusunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali talebinin reddine karar veren Vergi Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunu yukarıda yazılı gerekçeyle reddeden Bölge İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir. (karara kararara ma.danıştay.gov.tr adresinden 15.04.2024 tarihinde erişilmiştir.)

3-Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunların zam ve cezaları dışında kalan diğer kamu alacakları için görevli mahkeme idare mahkemeleri olacaktır.[78]

Ayrıca 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88.maddesi uyarınca[79], sosyal güvenlik kurumunun alacaklarının tahsili için düzenlenecek ödeme emrine karşı açılacak iptal davalarında görevli mahkeme iş mahkemeleridir.[80]

İdare ve vergi mahkemelerinin yetki çevreleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Davaya hangi yargı çevresinde bakılacağına ait yetki kuralları ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda belirlenmiştir. Buna göre; ödeme emirlerine karşı açılan davalar ister idare mahkemesinin görev alanına isterse vergi mahkemesinin görev alanına girsin, ödeme emrini düzenleyen idare veya dairenin bulunduğu yerdeki idare veya vergi mahkemeleri yetkilidir. Bu açıklamalara göre:

1-Ödeme emrinin konusu, genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarına ilişkinse; yetkili mahkeme, ödeme emrini düzenleyen alacaklı tahsil dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

2-Ödeme emrinin konusu, diğer kamu alacakları ise yetkili mahkeme, ödeme emrini düzenleyen alacaklı kamu idaresinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.[81]

Ödeme Emri ve Haksız Çıkma Zammı

6183 sayılı kanun madde 58 beşinci fıkrası "itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın ret olunduğu miktardaki kamu alacağı %10 zamla tahsil edilir." şeklindedir. Metinde geçen itiraz ifadesi dava açma olarak algılanmalıdır. Ödeme emrine karşı açılan davada borçlu haklı çıkmazsa haksız çıktığı bedel üzerinden %10 oranında haksız çıkma zammı ödeyecektir. Haksız çıkma zammı ödeme emrinin davaya konu edilmesi ve dava sonucunda kısmen veya tamamen haksız çıkılmasına bağlıdır. Sadece ödeme emri aşamasında gündeme gelen bu düzenleme Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 125. Maddelerine aykırı olduğu için iptali istenmiş ve Anayasa mahkemesince ilgili hüküm iptal edilmiştir.[82] Bu iptal kararıyla birlikte artık dava sonucunda kısmen veya tamamen haksız çıkılsa bile haksız çıkma zammı ödenmeyecektir.

Sonuç

Ödeme emri, tahsil süreci özelinde oldukça önemli ve kendine has özellikler gösteren bir idari işlemdir. Ödeme emrinin icra takip sürecini başlatması ve dava yoluna götürülebilecek bir işlem olmasından dolayı önemli bir aşamadır. Ödeme emri 6183 sayılı kanun madde 55'de cebri tahsil yöntemleri uygulanmadan önce borçluya tebliği zorunlu bir idari işlem olarak düzenlenmiştir. Usulüne uygun olmayan bir tebliğ durumunda alacaklı kamu idaresi cebri tahsil yöntemlerine başvuramayacaktır. Borçlu açısından ise ödeme emrinin tebliği borçluyu cebri tahsil süreci başlamadan önce borçtan

[78] Candan, sy.327-331

[79] İlgili kanunun 88.maddesi "kurumun gerek prim gerekse diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözülmesinde kurumun alacaklı biriminin bulunduğu iş mahkemeleri yetkilidir. Yetkili iş mahkemesine dava açılması takip ve tahsili durdurmaz." şeklindedir.

[80] Balcı, sy.1081

[81] Candan, sy.332

[82] Batı, sy.765

haberdar kılmaktadır. 6183 sayılı kanunun 58.maddesine göre kendisine ödeme emri gönderilen borçlu 15 gün içinde dava açabilecektir. Ödeme emrinin tebliği ile borçlu ödeme emrine karşı ya dava yoluna gidecek ya da mal bildiriminde bulunacaktır. Yine ilgili maddeye göre borçlu, ödeme emrine karşı, böyle bir borcunun olmadığı, borcun kısmen ödediği veya zamanaşımı iddiasında bulunabilecektir.[83] Aynı zamanda borçlu ödeme emrinin bir idari işlem olmasından dolayı idari işlemin unsurları olan yetki, sebep, şekil, konu ve amaç unsurları için de yargı yolunda hukuka aykırılık iddiasında bulunabilecektir. Bu çalışmamızda ödeme emrinin unsurları ve sair hususlar ile ödeme emrine karşı dava süreci detayları ile incelenmiştir.

KAYNAKÇA

Balcı, Mustafa, Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanunun Uygulaması, Onikilevha Yayınları, Ankara, Eylül 2023.
Batı, Murat, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
Candan, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
Mutlu, Kükrer, Ceyda, Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emrine Karşı itirazların İncelenmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2022, sayı 408.
Gündüz, Ebru, Mücbir Sebepin İdari Dava Açma Süresine Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 23, yıl 2019.
Sarıcaoğlu, Ercan, Ödeme Emrine Karşı Açılan Davalarda "Böyle Bir Borcun Bulunmadığı" İddiasına Yönelik Kapsam Sorunu, Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2020, sayı 382.
Öztürk, İlhami, Başvurma Harcının Ödeme Emriyle Takip Edilebilirliği ve Harcı Doğuran Olay Sorunu, Vergi Sorunları Dergisi, sayı 416, Mayıs 2023.
Ay, Hakan ve Alpaslan, Mustafa, Kamu Alacaklarının Takibinde Yeni Tip Ödeme Emrine Karşı Vergi Davası Açılması ve Yürütmenin Durdurulması Problemleri, Vergi Dünyası, Sayı 360, Ağustos 2011.
Batun, Mehmet, Ödeme Emrine Karşı Dava Açılması makale.
Buhur, Sami, Danıştay Kararları Işığında Ödeme Emri ve Ödeme Emrine İtirazın İncelenmesi, Vergi Dünyası, sayı 381, Mayıs 2013.

[83] Kükrer, sy.60

SESLİ, YAZILI VEYA GÖRÜNTÜLÜ BİR İLETİYLE İŞLENEN HAKARET SUÇUNUN ÖNÖDEME KAPSAMINA ALINMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

Av. Rıdvan TUNCER*

ÖZET

Hakaret suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 125-131. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hakaret suçunun koruduğu hukuki değer şereftir. Madde gerekçesinde de korunan hukuki değer olarak; kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı gösterilmiştir. Kişilerin şeref ve haysiyetini hedef alan hareketler, somut bir fiil ya da olgu isnadı veya soyut değer yargıları içeren sövme şeklinde olabilir. Hakaret suçu mağdurun huzurunda veya gıyabında işlenebilir. Kanun koyucu, suçun mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halini huzurda hakaret gibi kabul etmiştir. 07/11/2024 tarih ve 7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile; mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenen hakaret suçu uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınmış ve suçun beş yıl içinde yeniden işlenmesi halinde önödeme hükümleri uygulanmayarak kamu davası açılacağı düzenlenmiştir. Kamuoyunda tartışıldığı ve TBMM Komisyon Raporlarına yansıdığı üzere değişikliğin gerekçesi; özellikle sosyal medyada kişilerin kendilerine hakaret edilmesini sağlayıp, uzlaştırma görüşmelerinde kamu davası açılması tehdidi altındaki failden fahiş miktarda para talep ederek bu durumu gelir kaynağına dönüştürmüş olmalarıdır. Uzlaştırma ve önödeme kurumlarının her ikisi de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da felsefi dayanakları birbirinden oldukça farklıdır. Uzlaştırma kurumu, onarıcı adalet anlayışının bir ürünü olarak, mağdurun tatminini ve fail ile mağdur arasındaki husumetin tamamen ortadan kaldırılmasını esas alır; bunun yanında mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına da katkı sağlar. Önödeme ise, fail ile devlet arasında bir çeşit uzlaşma olmakla birlikte mağdurun zararını dikkate almaz. Çalışmaya konu kanun değişikliği ile, son yıllarda yaygınlaşan onarıcı adalet anlayışının fail, mağdur ve toplum üzerinde sağladığı fayda göz ardı edilmiştir. Son durumda mağdurların zararı tamamen göz ardı edilmekte; failin beş yıl içinde aynı suçu işlemesi halinde hakkında zorunlu olarak kamu davası açılmakta; fail ile mağdur arasında husumet son bulmamaktadır. Ayrıca tekerrür halinde açılacak kamu davası ile mahkemelerin iş yükünün daha da artmasına yol açılacaktır. Görüldüğü üzere yapılan düzenleme, fail de dahil olmak üzere yargılama süjelerinin tamamının aleyhinedir. Öte yandan fail bakımından bu durum, ulusal ve uluslararası düzeyde dile getirilen hakaretin suç olmaktan çıkarılması düşüncesine de terstir. Bu çalışmanın amacı, özellikle sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçunun son düzenleme ile uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınmasını değerlendirmek ve bir çözüm önerisi sunmaktır. Bu doğrultuda, belirttiğimiz hususların ve yapılan düzenlemenin gerekçesi de dikkate alınarak ödemenin mağdura yapılması ve tekerrürün mümkün kılınmasının daha uygun bir çözüm yöntemi olduğunu düşünmekteyiz. Başka bir deyişle, devlet ile fail arasında üçüncü kişi(mağdur) yararına bir uzlaşı sağlanmış olacaktır. Süresi içinde fail, mağdura önceden belirlenen tutarı ödediği takdirde kamu davası açılmayacak ancak ödenen miktarı aşan zararlar bakımından mağdurun tazminat davası açma hakkı saklı kalacaktır. Böylelikle hem mağdurun zararı göz önüne alınacak hem de mağdurun fahiş taleplerinin önüne geçilecek; ödemenin kısa sürede ve mağdura

* Avukat, Samsun Barosu, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, av.ridvantuncer@gmail.com, ORCID: 0009-0001-4624-7055

yapılması zorunluluğu caydırıcı etki yaratacak; hakaret fiilen suç olmaktan çıkarılacak; mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine katkı sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakaret Suçu, Önödeme, Uzlaştırma, Tekerrür.

EVALUATION OF THE INCLUSION OF DEFAMATION COMMITTED THROUGH AUDIBLE, WRITTEN, OR VISUAL COMMUNICATION IN THE SCOPE OF PREPAYMENT AND PROPOSAL FOR AMENDMENT

ABSTRACT

The crime of defamation is regulated under Articles 125–131 of the Turkish Penal Code No. 5237. The legal interest protected by the crime of defamation is honor. The explanatory notes of the article identify the protected legal interests as individuals' honor, dignity, and reputation, their social standing, and their respectability in the eyes of others. Acts targeting a person's honor and dignity can take the form of allegations of specific actions or abstract value judgments involving insults. The crime of defamation can be committed either in the presence or absence of the victim. The legislature has regarded the act of defamation committed through audible, written, or visual communication addressing the victim as equivalent to defamation committed in the victim's presence. With the enactment of the Law No. 7531 on Amendments to Certain Laws, dated 07/11/2024, defamation committed through audible, written, or visual communication addressing the victim was removed from the scope of victim-offender mediation and included within the scope of prepayment. It was also stipulated that if the offense is repeated within five years, prepayment provisions would not apply, and a public prosecution would be initiated. As debated in public opinion and reflected in the Parliamentary Commission Reports, the rationale for this amendment was to address cases where individuals, particularly on social media, exploited the victim-offender mediation process by provoking insults against themselves and then demanding exorbitant sums from offenders under the threat of public prosecution. Although both victim-offender mediation and prepayment are alternative dispute resolution mechanisms, their philosophical underpinnings differ significantly. The victim-offender mediation mechanism, as a product of restorative justice, prioritizes the satisfaction of the victim and the elimination of hostility between the victim and the offender, while also contributing to the reduction of judicial workload. Prepayment, on the other hand, represents a form of settlement between the offender and the state and does not take into account the victim's damages. With the legal amendment analyzed in this study, the benefits of restorative justice, which have gained prominence in recent years, for offenders, victims, and society have been disregarded. Consequently, victims' damages are entirely overlooked, a mandatory public prosecution is initiated if the offense is repeated within five years, and hostility between the offender and victim remains unresolved. Moreover, public prosecutions initiated in cases of recidivism will further increase the judicial workload. Evidently, this regulation disadvantages all parties involved in the legal process, including the offender. Additionally, this situation contradicts the ongoing discourse at both national and international levels advocating for the decriminalization of defamation. The purpose of this study is to evaluate the recent amendment, which removed defamation committed via social media from the scope of victim-offender mediation and included it in the scope of prepayment, and to propose a solution. In this regard, considering the issues we have highlighted and the rationale behind the regulation, we believe that directing the payment to the victim and allowing recidivism would constitute a more appropriate solution. In other words, a settlement between the state and the offender would be reached for the benefit of the third party (the victim). If the offender pays a pre-determined amount to the victim within the specified period, no public prosecution would be initiated, but the victim's right to file a compensation lawsuit for damages exceeding the paid amount would remain intact. Thus, both the victim's damages will be taken into account and excessive demands by the victim will be prevented; the obligation to

make prompt payment directly to the victim will create a deterrent effect; defamation will effectively be decriminalized; and the workload of the courts will be reduced.

Keywords : Defamation, Prepayment, Victim-Offender Mediation, Recidivism.

GİRİŞ

7 Kasım 2024 tarihinde kabul edilerek yayımlanan, kamuoyunda 9. Yargı paketi olarak da bilinen "7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[1]" ile; 5237 sayılı TCK 75. madde ve 5271 sayılı CMK 253. maddesinde değişiklik yapılarak TCK 125. maddenin ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (b) ve (c) bentleri ve dördüncü fıkrası uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınmıştır. Ayrıca suçun beş yıl içinde yeniden işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayarak doğrudan kamu davası açılacağı hüküm altına alınmıştır.

Çalışmada; hakaretin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinin uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınması değerlendirilmiş ve bir değişiklik önerisine yer verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki; işbu çalışma tamamlanmadan hemen önce Anayasa Mahkemesi, çalışmanın konusunu teşkil eden 5237 sayılı TCK'nın 75. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) bendine eklenen (2) numaralı alt bentte yer alan *"...ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (b) ve (c) bentleri ve dördüncü fıkrası..."* ibaresi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal etmiş, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.[2] Kararda *"...mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle hakaret suçunu işleyen fail ile doğrudan huzurda ya da gıyapta hakaret suçunu işleyen fail arasında önödeme hükümlerinin uygulanması bakımından nesnel ve makul bir temele dayanmaksızın farklılık oluşturan kuralın kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaştığı söylenemez."* hükmüne yer verilmiştir. Konu hakkında yeni bir yasal düzenleme yapılmazsa karar yürürlüğe girdiğinde ilgili hükümler yeniden uzlaştırma kapsamında olacaktır. Bu bakımdan çalışmada sunulan önerinin huzurda ve gıyapta hakaret hallerini de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. HAKARET SUÇU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Hakaret suçu ile korunan hukuki değer, kişinin şerefidir. Şeref, manevi bütünlüğe ait soyut bir kavramdır.[3] Doktrinde şeref, bireyin kendine duyduğu saygı (iç şeref) ile toplumdan gördüğü saygınlık, itibar (dış şeref) şeklinde düalist bir yaklaşımla değerlendirilmektedir.[4] Bireyin kendine duyduğu saygı, esasen toplum nazarında gördüğü kabule dayanacağından şeref kavramının bütüncül olarak toplumsal

---

1 Bkz. 14 Kasım 2024 tarih ve 32722 sayılı Resmî Gazete.

2 AYM'nin 27.3.2025 tarih ve E: 2024/197 K: 2025/86 sayılı kararı.

3 ÜZÜLMEZ, İlhan: "Hakaret Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2010, Sayı 12, s. 42.

4 YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2007, Sayı 68, s. 45.

bir yapıya sahip olduğu söylenebilir.[5] TCK m. 125'de onur, şeref (iç şeref) ile saygınlık (dış şeref) kavramlarına yer verilerek hem iç şeref hem de dış şeref koruma altına alınmıştır.[6]

Hakaret, herkes tarafından işlenebilen, faile yönelik özellik barındırmayan bir suçtur.[7] Tüzel kişilerin kusur yeteneği bulunmadığından, suçun faili yalnızca gerçek bir kişi olabilir.[8] Tüzel kişiyi temsile yetkili kişilerce hakaret suçu işlendiği takdirde sorumluluk yine bu fiili icra eden gerçek kişiye ait olacaktır.[9] Hakaretin gerçekleştirildiği esnada, gerçek kişinin ceza sorumluluğunu etkileyen veya kaldıran bir sebep varsa, failin ceza ehliyeti bulunmadığından suçtan sorumlu tutulamayacaktır.[10]

Suçun basın aracılığıyla işlenmesi halinde sorumluluk 5187 sayılı Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak cezai sorumluluk eser sahibinde olsa da eser sahibinin belli olmaması, ceza ehliyetinin bulunmaması, yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması gibi bazı durumlarda sorumlu müdür, yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, yayımcı, basımcı gibi yetkililer sorumlu tutulabilmektedir.[11] Ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine aykırı olan bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir.[12]

Hakaret suçunun mağduru herkes olabilir. Kanunda *"bir kimseye", "bir kimsenin"* ifadeleri kullanılmak suretiyle mağdurda herhangi bir özellik aranmamıştır.[13] Suçun koruma altına aldığı şeref, onur, saygınlık gibi kavramlara insan doğal olarak sahiptir.[14] Mağdurun tahkir edici fiilleri idrak edebilmesinin suçun oluşumunda bir önemi bulunmamaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi nedenlerle kusur yeteneği bulunmayan ve kendisine karşı gerçekleştirilen haksızlığın farkına varamayan kişilerde hakaret suçunun

5 ORAL, Tuğçe/BAŞ, Eylem: "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 53, s. 481.

6 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 537.

7 YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 45; ÜZÜLMEZ, s. 42.

8 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 472; BAYINDIR, Sinan/APİŞ, Özge: "Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2010, Sayı 91, s. 72.

9 AYDIN, Devrim: "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 882.

10 AYDIN, s. 882.

11 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 538.

12 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 538-539; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 46; TCK m. 5 ve m. 20 uyarınca 5187 sayılı Kanun'un ilgili hükmünün uygulanamayacağı görüşü için bkz. TÜRAY, Aras / ERDOĞAN, Irmak: "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2019, Cilt 21, Özel Sayı(Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), s. 1329.

13 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 473.

14 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 473.

mağduru olabilir.[15] Bununla birlikte suçun mağdurunun yaşıyor olması gerekir. Hakaret ölen bir kimseye yönelikse TCK m. 130 (kişinin hatırasına hakaret suçu) gündeme gelir.[16]

Kişilerin dış görünüşü ya da kusurları nedeniyle küçük düşürücü ifadeler kullanmak hakaret olarak değerlendirilebilir. Örneğin, kör, sağır, veremli gibi kelimeler kullanmak.[17] Kişinin kendi kendine hakaret etmesi ise hakaret suçunu oluşturmaz.[18] Suçun oluşabilmesi için mağdurun belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Mağdurun kim olduğu açık bir biçimde anlaşılıyorsa, isim telaffuz edilmese de haksızlık gerçekleşir.[19] Bu husus TCK m. 126'da açıkça düzenlenmiştir.[20]

Tahkir edici fiilin kişi topluluğuna yönelik olması hali ayrıca değerlendirilmelidir. Bir topluluğa karşı hakaret edildiğinde, topluluğu oluşturan ya da hedef alınanlar belirlenebilir olmalıdır.[21] Topluluk büyüdüğü ölçüde, mağdurun belirlenebilmesi ve teşhisi olanaksız olacağından suç oluşmaz.[22] Suçun oluşabilmesi için topluluğu oluşturan bireylerin sınırlı ve teşhis edilebilir bir yapıda olması gerekir.[23] Örneğin, bir köyde yaşayan insanları hedef alan tahkir edici sözler hakaret kapsamında değerlendirilebilecekken; *"bütün avukatlar sahtekardır"* sözünde muhatabın teşhisi olanaksız olduğundan suç oluşmayacaktır.[24]

Hakaret içeren sözler muhatap haricinde başka bir kimseye de yönelik ise hakarete maruz kalanların tamamı mağdur konumundadır. Ancak tek fiille birden fazla kişiye hakaret edilmişse teselsül hükümleri uygulanır.[25] TCK m. 125/3'de kamu görevlisine görevi nedeniyle hakaret edilmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevleri nedeniyle hakaret edildiğinde, kurulu oluşturan üyelerin her biri suçun mağduru sayılır. Bu durumda fiile, zincirleme suç hükümleri uygulanır.

15 SINAR, Hasan: "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2014, Sayı 24, s. 80.

16 YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 47.

17 YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 47.

18 ARISOY, Mine: "Hakaret", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2007, Sayı 72, s. 158.

19 ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 513; ÜZÜLMEZ, s. 44-45.

20 *Mağdurun belirlenmesi Madde 126- (1) Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçiştirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğunda duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.*

21 TÜRAY/ERDOĞAN, s. 1332.

22 YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 48.

23 ÜZÜLMEZ, s. 45.

24 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 474-475.

25 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 515.

Hakaret suçunun varlığından bahsedebilmek için tahkir edici hareketin, somut bir fiil ya da olgu isnadı veya sövme şeklinde olması gerekir.[26] Sövme, somut bir fiil ya da olguya dayanmaksızın kişiyi küçük düşüren, hor gören soyut isnatların ifadesidir.[27]

II. 7531 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE GEREKÇESİ

Hakaret suçu huzurda ve gıyapta olmak üzere iki şekilde işlenebilir. Hakaret suçunun huzurda işlenmesi, tahkir teşkil eden fiillerin hiçbir aracı olmaksızın doğrudan doğruya mağdura yöneltilmesi ile olur.[28] Hakaret teşkil eden fiillere mağdur, görme veya işitme kaybı nedeniyle vakıf olamasa da hakaret, huzurda yapılmış kabul edilir.[29]

Gıyapta hakaret ise, mağdurun hakarete doğrudan vakıf olamayacağı hallerdir. Hakaretin mağdurun gıyabında yapılması da suç teşkil edecektir. Ancak gıyapta yapılan hakaretin cezalandırılabilmesi için en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekir.[30]

Kanun koyucu, suçun doğrudan mağdur tarafından öğrenilmesinin yanı sıra, suçun bazı araçlarla işlendiği halleri de huzurda hakaretten saymıştır.[31] TCK 125. maddenin 2. fıkrasında '…Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde…' huzurda işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Çalışmanın konusunu da oluşturan bu fıkra 7531 sayılı Kanun'la uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınmıştır. Ayrıca suçun beş yıl içinde yeniden işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayarak doğrudan kamu davası açılacağı hüküm altına alınmıştır.

Kamuoyunda tartışıldığı[32] ve TBMM Komisyon Raporlarına[33] yansıdığı üzere değişikliğin gerekçesi; özellikle sosyal medyada kişilerin kendilerine hakaret edilmesini sağlayıp, uzlaştırma görüşmelerinde kamu davası açılması tehdidi altındaki failden fahiş miktarda para talep ederek bu durumu gelir kaynağına dönüştürmüş olmalarıdır. Uzlaştırma ve önödeme kurumlarının her ikisi de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olsa da felsefi dayanakları birbirinden oldukça farklıdır.[34] Çalışmaya konu kanun değişikliği ile, son yıllarda yaygınlaşan onarıcı adalet anlayışının fail, mağdur ve toplum üzerinde sağladığı fayda göz ardı edilmiştir.

---

26 SINAR, s. 83.

27 SINAR, s. 84.

28 SINAR, s. 86.

29 ÜZÜLMEZ, s. 51.

30 ÜZÜLMEZ, s. 52.

31 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 558.

32 Halk TV Genel Ağ Sayfası, "Hakaret davaları kazanç kapısı olmaktan çıkarıldı", https://halktv.com.tr /gundem/hakaret-davalari-kazanc-kapisi-olmaktan-cikarildi-886409h, Erişim Tarihi: 18/03/2025; Habertürk TV Genel Ağ Sayfası, "Hakaret Suçu Kazanç Kapısı mı Oldu?", https://tv.haberturk.com /programlar/video/hakaret-sucu-kazanc-kapisi-mi-oldu/862140, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

33 TBMM 157 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, s. 50 vd. https://cdn.tbmm.gov.tr /KKBSPublicFile/ D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a7.pdf, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

34 AKBULUT, Berrin/AKSAN, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 37.

III. UZLAŞTIRMA VE ÖNÖDEME KURUMLARI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan uzlaştırma, uyuşmazlığın yargı dışı yollarla ancak adli makamlar kontrolünde sonlandırılmasını amaçlar.[35] İlk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerini benimseyen ülkelerin kanunlarında yer almaya başlayan[36] uzlaştırma kurumu, zamanla Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yasal düzenlemelere konu olmuş ve etkinliğini arttırmıştır.[37]

Onarıcı adalet anlayışının bir yansıması olarak uzlaştırma, Türk Hukuku'nda ilk olarak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir.[38] Ayrı ayrı kanunlarda düzenlenmiş olması uzlaştırmanın hukuki niteliği konusunda tartışmalara neden olmuş ve diğer kanunlardaki düzenlemeler kaldırılarak sadece CMK'da düzenlenen bir kurum haline getirilmiştir.[39] Yapılan değişiklikler sonucunda kanun koyucunun uzlaştırmayı bir usul hukuku müessesesi olarak gördüğü ifade edilebilir.[40]

Onarıcı adalet anlayışında suçtan zarar gören kişilerin ihtiyaçları ön plana alınarak suç ile ortaya çıkan olumsuzluklar giderilmeye çalışılır.[41] Suçtan zarar gören kişi ya da topluluklar ile failin sürece katılması hedeflenir. Böylelikle mağdura gereken destek sağlanırken failin de topluma yeniden adaptasyonu gerçekleştirilir ve nihayetinde toplumsal barışın desteklenmesinde önemli katkı sağlanmış olunur.[42]

Önödeme ise, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak hafif suçlar açısından, kamu davasının açılmasını engelleyen ya da açılmış olan kamu davasının düşmesini sağlayan bir kurumdur.[43] Önödeme kurumu, devletin suç teşkil eden fiile ilişkin faili bir anlaşmaya zorlayabilmesine imkân tanır.[44] Yani, fail ile iddia veya yargılama makamı arasında gerçekleşen bir çeşit uzlaşma biçimidir.[45]

---

[35] EKİCİ ŞAHİN, Meral/YEMENİCİ, Kürşat: "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2018, Cilt 13, Sayı 1, s. 447; Yargıtay Ceza Kurulu'nun 10.07.2018 tarih ve E: 2018/35 K: 2018/337 sayılı kararı.

[36] ŞAHİN, Cumhur: "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, Cilt 6, Sayı 1-2, s. 222-223.

[37] EKİCİ ŞAHİN/YEMENİCİ, s. 447.

[38] Ayrıntılı bilgi için bkz: DEĞİRMENCİ, Olgun: Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 123-141.

[39] TEMİZ GÜL, Yağmur: Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.72.

[40] AKBULUT/AKSAN, s. 23-25.

[41] TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Onarıcı Adalet Anlayışının Teorik Temelleri", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2018, Cilt 17, Sayı 2, s. 9.

[42] ÖZBEK, Mustafa: "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2007, Cilt 56, Sayı 4, s. 134-135.

[43] ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 809.

[44] GÜLTEKİN, Özkan: "Yeni Türk Ceza Hukukunda Önödeme ve Uygulaması", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2007, Cilt 2, Sayı 5, s. 205.

[45] ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 743.

Faili cezaevinin kötü koşullarından korumak ve toplum tarafından damgalanmasına sebebiyet vermemek ile mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına katkı sağlamak önödeme kurumunun amaçlarındandır.[46]

Önödeme ile uzlaştırma kurumlarının hedefleri esasen birbirine benzerdir. Gerçekten de her iki kurum yargının iş yükünü hafifletmeyi, failin toplumdaki itibarı ile özel ve aile hayatının olumsuz yönde etkilenmemesini hedefler.[47]

Benzerliklerinin yanında bu iki kurum arasındaki en önemli farklardan biri önödemede mağdurun iradesi[48] ve zararı dikkate alınmamaktadır. Önödemede, failin devlete yaptığı ödeme ceza niteliğindedir. Uzlaştırmada ise, oluşan zarara karşı mağdura yapılan ödeme tazminat niteliğindedir. Görüldüğü üzere önödemede, mağdurun zararının karşılanması söz konusu değildir.[49]

Bu nedenlerle, çalışmaya konu kanun değişikliğinin onarıcı adalet anlayışına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Son durumda; mağdurların zararı tamamen göz ardı edilmekte, failin beş yıl içinde aynı suçu işlemesi halinde hakkında zorunlu olarak kamu davası açılmakta, fail ile mağdur arasında husumet son bulmamaktadır. Dolayısıyla yapılan düzenleme, fail de dahil olmak üzere yargılama süjelerinin tamamının aleyhinedir. Öte yandan fail bakımından bu durum, ulusal ve uluslararası düzeyde dile getirilen hakaretin suç olmaktan çıkarılması düşüncesine de terstir.

IV. HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASINA YÖNELİK EĞİLİM

Hakaret teşkil eden fiillerin suç olmaktan çıkarılması yönünde tüm dünyada giderek artan bir eğilim bulunmaktadır.[50] Birleşmiş Milletler, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi gibi uluslararası kuruluşların hakaret suçunun ifade özgürlüğü üzerindeki baskıları nedeniyle ceza hukuku kapsamından çıkarılması yönünde yoğun çalışmaları mevcuttur.[51] Bu çalışmalar sonucunda bazı ülkelerde hakaret suç olmaktan çıkarılmış ya da en azından yaptırım olarak hapis cezası kaldırılmıştır.[52]

Hakaretin suç olmaktan çıkarılması yönünde artan taleplerin yanında, suç olarak düzenlenmesinin yerinde olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.[53] Bireylerin maddi varlığı yasalarla korunurken manevi varlığının da korunması gerektiği, aksi durumda tam olarak koruma sağlanamayacağı ifade

---

46 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 798; GÜLTEKİN, s. 205.

47 SOYGÜT, Mualla Buket: Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2006, s. 107.

48 USLUADAM, Asena Kamer: "Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2024, Cilt 28, Sayı 1, s. 158.

49 SOYGÜT, s. 109.

50 BAYINDIR/APİŞ, s. 70.

51 ORAL/BAŞ, s. 492 vd.

52 SINAR, s. 110-111.

53 ORAL/BAŞ, s. 495-496.

edilmektedir.[54] Bunun yanında, hakaretin suç olmaktan çıkarılması için ülkemizde henüz uygun şartların mevcut olmadığı belirtilmektedir.[55]

Aksi yönde fikirler olsa da hakaretin ifade özgürlüğüne getirdiği kısıtlamalar nedeniyle suç olmaktan çıkarılması ya da hiç olmazsa yaptırımının hafifletilmesi yönünde eğilim artarken, çalışmaya konu kanun değişikliği ile, beş yıl içinde hakaret suçunun tekerrürü halinde fail önödeme veya uzlaştırma kurumlarından faydalanamayacak, hakkında kamu davası açılacaktır. Bu nedenle, yapılan son düzenlemenin failin de aleyhine olduğu söylenebilir.

SONUÇ

7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TCK 125. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hakaretin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hali uzlaştırma kapsamından çıkarılarak önödeme kapsamına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenen hakaret ile huzurda ya da gıyapta işlenen hakaret arasında önödeme hükümlerinin uygulanması bakımından oluşturulan farklılığın kabul edilebilir bir temele dayanmadığı gerekçesiyle düzenlemeyi iptal etmiştir. Bu nedenle öneri, huzurda ve gıyapta hakaret hallerini de kapsamaktadır.

Üzerinde durulan hususlar ve iptal edilen düzenlemenin gerekçesi de dikkate alındığında ödemenin mağdura yapılması ve tekerrürün mümkün kılınması daha uygun bir çözüm yöntemi olacaktır. Başka bir deyişle, devlet ile fail arasında üçüncü kişi(mağdur) yararına bir uzlaşı sağlanmış olacaktır. Süresi içinde fail, mağdura önceden belirlenen tutarı ödediği takdirde kamu davası açılmayacak ancak ödenen miktarı aşan zararlar bakımından mağdurun tazminat davası açma hakkı saklı kalacaktır.

Ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar göz önüne alındığında ise, hakareti ceza hukuku kapsamından çıkarmak için henüz erkendir. Hakareti suç olmaktan çıkarmak yerine mağdura kısa sürede ve önceden belirlenen miktarın ödenmesi hem mağdurun zararının dikkate alınmasını sağlayacak hem de caydırıcı etki yaratacaktır.

Bu sayede; hem mağdurun zararı göz önüne alınacak hem de mağdurun fahiş taleplerinin önüne geçilecek, ödemenin kısa sürede mağdura yapılması zorunluluğu caydırıcı etki yaratacak, hakaret fiilen suç olmaktan çıkarılacak ve bu doğrultuda mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine katkı sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin/AKSAN, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ARISOY, Mine: "Hakaret", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2007, Sayı 72, s. 152-205.

AYDIN, Devrim: "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 879-918.

[54] ÜZÜLMEZ, s. 41; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı Suçlar Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 233.

[55] AYDIN, Öykü Didem: "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2004, Sayı 53, s. 113; AYDIN, s. 914.

AYDIN, Öykü Didem: "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2004, Sayı 53, s. 63-140.

BAYINDIR, Sinan/APİŞ, Özge: "Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2010, Sayı 91, s. 67-109.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı Suçlar Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

DEĞİRMENCİ, Olgun: Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

EKİCİ ŞAHİN, Meral/YEMENİCİ, Kürşat: "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2018, Cilt 13, Sayı 1, s. 69-77.

GÜLTEKİN, Özkan: "Yeni Türk Ceza Hukukunda Önödeme ve Uygulaması", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2007, Cilt 2, Sayı 5, s. 203-253.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

ORAL, Tuğçe/BAŞ, Eylem: "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, Sayı 53, s. 475-548.

ÖZBEK, Mustafa: "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2007, Cilt 56, Sayı 4, s. 123-205.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

SINAR, Hasan: "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2014, Sayı 24, s. 75-119.

SOYGÜT, Mualla Buket: Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2006.

ŞAHİN, Cumhur: "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, Cilt 6, Sayı 1-2, s. 221-297.

TEMİZ GÜL, Yağmur: Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Onarıcı Adalet Anlayışının Teorik Temelleri", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2018, Cilt 17, Sayı 2, s. 7-26.

TÜRAY, Aras/ERDOĞAN, Irmak: "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2019, Cilt 21, Özel Sayı(Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), s. 1325-1374.

USLUADAM, Asena Kamer: "Eşitlik İlkesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2024, Cilt 28, Sayı 1, s. 129-173.

ÜZÜLMEZ, İlhan: "Hakaret Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi,* 2010, Sayı 12, s. 41-71.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* 2007, Sayı 68, s. 43-93.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Çevrimiçi Kaynaklar

AYM Kararlar Bilgi Bankası, https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/, Erişim Tarihi: 11/07/2025.

Halk TV Genel Ağ Sayfası, "Hakaret davaları kazanç kapısı olmaktan çıkarıldı", https://halktv.com.tr /gundem/hakaret-davalari-kazanc-kapisi-olmaktan-cikarildi-886409h, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

Habertürk TV Genel Ağ Sayfası, "Hakaret Suçu Kazanç Kapısı mı Oldu?", https://tv.haberturk.com /programlar/video/hakaret-sucu-kazanc-kapisi-mi-oldu/862140, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

Resmî Gazete, https://www.resmigazete.gov.tr/, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

Yargıtay Karar Arama, https://karararama.yargitay.gov.tr/, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

TBMM 157 no'lu Komisyon Raporu, TBMM Tutanak Dergisi, https://cdn.tbmm.gov.tr /KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/355a4c58-ed8e-4761-b96b-c490a93c37a 7.pdf, Erişim Tarihi: 18/03/2025.

AZERBAYCAN CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞINA BAĞLI KAMU YÖNETİM AKADEMİSİ ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN REFERANDUM YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLMESİ: ZORUNLU VE İHTİYARİ YÖNTEMLER

Nazrin Naghiyeva

Özet

Bu makalede, anayasa değişikliklerinde referandumun işlevi, türleri ve uygulama biçimleri çeşitli ülkeler örneğinde karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. Referandum, anayasal değişikliklerde halkın doğrudan iradesine başvurma yöntemi olarak demokratik meşruiyeti güçlendirse de, uygulamaya ilişkin modellerin büyük çeşitlilik arz ettiği vurgulanmaktadır.

Fransa modeli, referandumun zorunlu ve ihtiyari biçimlerinin bir arada yer aldığı hibrit bir yapı sunmaktadır. Estonya ve İtalya'da ise anayasa değişikliklerinin hem referandum hem de yasama süreçleriyle gerçekleştirilebilmesi, değişikliklerin niteliğine göre farklı yollar izlenmesine imkân tanımaktadır. Suspensif (erteleyici) referandum gibi özel türlerin özellikle Danimarka ve İsviçre'de yaygın biçimde kullanıldığı, bu türlerin uzlaşmaya dayalı yapılarıyla dikkat çektiği belirtilmiştir. Abrogatif referandumlarla olan farklar da açıklığa kavuşturulmuştur.

Makale, bazı ülkelerde anayasa değişikliklerine ilişkin referandumun yürütme organı tarafından yasama sürecini aşmak için araçsallaştırılabildiğine dikkat çeker. Bu bağlamda Venedik Komisyonu'nun uyarıları aktarılmaktadır. Ayrıca referandumun hangi aktörlerce başlatılabileceği incelenmiş; bazı ülkelerde bu hakkın yalnızca parlamentoya veya yürütmeye ait olduğu, bazılarında ise doğrudan halka tanındığı ifade edilmiştir. Halk girişimine dayalı referandumlar daha nadir olmakla birlikte, İsviçre ve bazı ABD eyaletlerinde doğrudan demokrasinin örneği olarak uygulanmaktadır.

Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi için gereken oy çokluğu bakımından da ülkeler arasında farklılıklar mevcuttur. Örneğin Danimarka ve Litvanya gibi ülkelerde yüksek onay eşikleri öngörülerek anayasa istikrarı korunmaya çalışılmaktadır. Bazı ülkelerde ise halk oylamasına gitmeden, yeterli parlamento çoğunluğu sağlandığında referandum yapılmamaktadır.

Makale, anayasa değişikliklerinde farklı referandum türlerinin hem avantajlarını hem de sakıncalarını analiz ederek, hiçbir modelin kusursuz olmadığı sonucuna varmaktadır. Yazar, suistimale kapalı, halkın katılımını mümkün kılan, esnek ve dengeli bir değişiklik mekanizmasının ideal çözüm olacağını savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Referandum, Demokrasi, Halk Oylaması, Halk Egemenliği.

IMPLEMENTATION OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS THROUGH REFERENDUM: MANDATORY AND OPTIONAL METHODS

ABSTRACT

This article examines the role, types, and application methods of referendums in constitutional amendments through comparative examples from various countries. While referendums strengthen democratic legitimacy by directly invoking the will of the people in constitutional changes, the study emphasizes the significant diversity in practical models.

The French model presents a hybrid system incorporating both mandatory and optional referendums. In Estonia and Italy, constitutional amendments can be enacted either by referendum or legislative processes, allowing different paths depending on the nature of the amendments. Special types such as suspensory referendums, commonly used in Denmark and Switzerland, are highlighted for their consensus-based approach. Distinctions between suspensory and abrogative referendums are also clarified.

The article notes that in some countries, the executive may use referendums as a tool to bypass the legislative process, with the Venice Commission issuing warnings about this practice. It further explores

which actors are authorized to initiate referendums, pointing out that while the right often belongs to parliament or the executive, some countries grant direct citizens' initiative rights. Though rarer, referendums based on popular initiatives exemplify direct democracy, as seen in Switzerland and several U.S. states.
Differences in required majority thresholds for approving constitutional amendments are discussed, with countries like Denmark and Lithuania adopting high approval criteria to safeguard constitutional stability. In some cases, referendums are waived if sufficient parliamentary majorities are achieved.

The article concludes by analyzing both the advantages and drawbacks of various referendum models in constitutional amendment procedures, asserting that no single approach is flawless. It advocates for a balanced, flexible mechanism that limits abuses while enabling meaningful public participation as the optimal solution.

Keywords: Constitution, Referendum, Democracy, Public Vote, Popular Sovereignty.

Referandum kavramı Latince "referee" kelimesinden türetilmiş olup, anlamı "bilgi verilmesi gereken" şeklindedir[1]. Hukuk ansiklopedilerinde referandum, "en önemli devlet meselelerinin halk oylamasına sunulması" biçiminde tanımlanmaktadır[2]. Bazı kaynaklarda ise referandum, "egemenlik hakkını doğrudan kullanan halkın, oylamaya sunulan konular hakkında kabul veya ret yönünde iradesini beyan etmesini sağlayan doğrudan demokrasinin bir tezahürü" olarak ifade edilmektedir[3]. Referandumda halkın iradesi doğrudan ortaya konur; burada artık halkın seçtiği ve onun iradesini çarpıtma ihtimali olan temsilciler söz konusu değildir[4].

Temsili demokrasi halkın seçimle oluşturduğu organlar aracılığıyla devlet iktidarına katılımını sağlarken, doğrudan demokrasi doğrudan halk egemenliğini ifade eder ve halkın inisiyatifini, katılımını ve kamu kararlarının alınmasında iradesini doğrudan ortaya koymasını sağlar. Referandum kurumu da halkın iradesini doğrudan ortaya koyduğu bir doğrudan demokrasi aracıdır.

Hukuk literatüründe referandum kavramının yanı sıra zaman zaman "plebisit" terimi de kullanılmaktadır. Plebisit, Latince "plebiscitum" kelimesinden türemiş olup, halkın, yani plebin kararı anlamına gelir ve seçmenlerin oylamasını ifade eder[5]. Straşun'a göre hukuki açıdan referandum ile plebisit arasında bir fark bulunmamaktadır, yani bu terimler eş anlamlıdır. Ancak stilistik farklar mevcuttur; plebisit genellikle ülke veya bölge açısından hayati öneme sahip meselelerin halkoyuna sunulması durumunda kullanılan terimdir. Örneğin, yönetim biçimi, mevcut rejimin devamı, ya da devlet başkanına duyulan güven gibi konular halk oylamasına sunulduğunda, bu oylama çoğu zaman referandum yerine resmî ya da gayriresmî olarak plebisit olarak adlandırılmaktadır[6]. Bazı ülke mevzuatlarında plebisit, referandum ile eş anlamda kullanılmaktadır.

Tarih boyunca plebisit sıklıkla demokrasiyi otoriter rejimlere dönüştürmek amacıyla kullanıldığından, halk oylamasının anti-demokratik bir yöntemi olarak da nitelendirilmiştir. Fiilen iktidarı

---

[1] **Straşun** B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. 4 cilddə, I-II cildlər. Bakı:Qanun-2007, s. 493.

[2] **Quliyev** A.İ. Hüquq ensiklopediyası. Bakı: Qanun - 2007, s. 881.

[3] **Solak** M. TBMM Araştırması: Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum / "Demokrasi ve siyasal katılım" konulu Uluslararası Konferansın materyalleri. İstanbul, 2013, s. 58.

[4] **Əsgərov** Z.A. Konstitusiya hüququ. Dərslik. Bakı: Bakı Universiteti, 2011, s. 342.

[5] **Çirkin** V.Y. Xarici ölkələrin konstitusiya hüququ (ruscadan tərcümə). Bakı: Digesta, 2007, s. 289.

[6] **Straşun**, s. 493.

elinde bulunduran kişilerin hazırladığı anayasa taslaklarının herhangi bir tartışma veya değerlendirmeye olanak tanınmaksızın yalnızca "evet" ya da "hayır" şeklinde oylamaya sunulması plebisit olarak değerlendirilir. Referandumda oylama metin üzerine yapılırken, plebisitte oy verilen kişi ve onun politikasıdır[7]. Hazırlanan anayasa taslağının "sınırlı özgürlük koşulları" altında halkoyuna sunulması, projeye dair eleştirel tartışmalara izin verilmemesi ve halkın baskı altında tutulması plebisitin özelliklerindendir. Buna örnek olarak 1799 yılında Napolyon Bonapart tarafından halkoyuna sunulan anayasa gösterilebilir. Bonapart, kendisine son derece "itaatkar ve sadık" davranan bir komisyonun hazırladığı anayasa taslağını tartışmaya açmaksızın halkoyuna sunmuştur. Bu sebeple bu tür anayasal düzenlemelere "Bonapartçı Anayasacılık" denilmektedir[8]. Bu anlamda plebisit, otoriter ve totaliter rejimlerin elinde bir araç hâline gelmiş anti-demokratik bir halk oylamasıdır.

Ayrıca bazı kaynaklarda referandumla birlikte "halk oylaması" (ya da kamuoyu yoklaması) terimi de kullanılmaktadır. Sovyet anayasalarında bu kavramlar eşdeğer sayılmıştır. Örneğin, 1937 tarihli Azerbaycan SSC Anayasası'nın 33. maddesinin "r" bendine göre, Azerbaycan SSC Yüksek Sovyeti Prezidyumu "halk oylaması (referandum) düzenler"[9]. Anayasa metninden de görüldüğü üzere, burada referandum tamamen halk oylamasıyla eşdeğer tutulmuştur. Ancak bu eşitlemeye birçok saygın akademisyen karşı çıkmaktadır. Çirkin'e göre, halk oylaması tüm ülke halkının görüşünü ortaya çıkarmayı amaçlar; ancak bu her zaman oylama yoluyla gerçekleşmeyebilir. Anket niteliğindeki bir halk oylaması, kamu kuruluşları veya basın tarafından da düzenlenebilir. Eğer böyle bir oylama devlet kurumları tarafından düzenleniyorsa, bu anayasa hukuku kurumu sayılmakta ve hukuken düzenlenmektedir[10]. Halk oylaması seçmenlerin tercihlerini ortaya koyan bir danışma süreci niteliği taşıdığı için bağlayıcı halkoylaması olan referandumdan ayrılmaktadır.

Referandumlar farklı amaçlarla düzenlenebilir ve bunlardan biri de anayasal değişikliklerin yapılmasıdır. Toplum hayatında yaşanan değişimler, siyasal güç dengelerinin değişmesi nedeniyle her anayasa değiştirilebilir, hatta bazen mutlaka değiştirilmesi gerekir[11]. İnsan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, sivil toplumun gelişimi ve devlet yönetiminin etkinliğinin artırılması gibi nedenlerle yasaların çağın gereklerine uygun şekilde modernleştirilmesi gelişmiş ülkelerde zorunlu bir ihtiyaçtır. Özellikle uzun süredir yürürlükte olan anayasaların tarihî koşullarda meydana gelen köklü değişikliklere uyum sağlaması zorunludur. Bu tür değişikliklerin amacı mevcut hukuk düzenini radikal biçimde sarsmak değil, anayasa normlarını mevcut durumun ihtiyaçlarına uyarlamaktır. Anayasa ile düzenlenen ilişkiler göreli bir istikrar sergilese de, anayasanın değiştirilemez oluşu, sürekli değişen ve gelişen toplumun beklenti ve taleplerine cevap vermeyi engeller.

Anayasa değişiklikleri farklı ülkelerin mevzuatlarında farklı kavramlarla ifade edilir ve bu kavramların kapsamı akademik literatürde tartışma konusudur. Örneğin, Fransa Anayasası'nda bu değişiklik "révision", İspanya Anayasası'nda "reforma", Almanya Anayasası'nda ise "Änderung"

[7] Solak, s. 66.

[8] Gözler K. "Referandum mu, Plebisit mi?". 2017, 19 s. URL: http://www.anayasa.gen.tr/plebisit.pdf

[9] Azərbaycan Sovet Sosialist Respublikasının Konstitusiyası (əsas qanunu). Bakı: Azərbaycan Dövlət Nəşriyyatı, 1965, s. 10.

[10] Çirkin, s. 290.

[11] Straşun B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. Ümumi hissə: Konstitusiya (dövlət)hüququ və onun əsas institutları , I cild. Bakı:ABU-2001, s. 76. (devamında Straşun, 2001)

terimleriyle ifade edilmektedir. Bazı ülkelerde bu terimler yalnızca bazı maddelerin değiştirilmesini değil, anayasanın tamamen yeniden yazılmasını da kapsayabilir[12].

Anayasalar tam veya kısmen gözden geçirilebilir. Tam gözden geçirme, anayasanın tamamen yeni bir metin olarak kabulünü ifade eder ve bu tür bir değişiklik ancak siyasal güç dengelerinde önemli bir dönüşüm meydana geldiğinde makul görülmektedir. Bu nedenle, anayasanın tamamen yeniden yazılması durumunda, kısmi değişikliklere kıyasla daha katı usuller öngörülmektedir[13]. Avrupa ülkeleri arasında anayasanın tamamen yeniden yazılmasını düzenleyen hükümlere sahip anayasalar mevcuttur. Örneğin İsviçre ve İspanya anayasaları bu duruma örnek teşkil etmektedir. İsviçre Anayasası'nda bu durum ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, İsviçre Anayasası'na tam ya da kısmi şekilde yeniden bakılabilir. Federal Meclis'in bir kanadı tam bir anayasa değişikliği teklifinde bulunursa ve diğer kanat bu öneriye katılmazsa, ya da bu yöndeki teklif 100.000 seçmen tarafından sunulursa, konunun halkoyuna sunulması zorunlu hâle gelir. Seçmenlerin çoğunluğu tarafından kabul edilirse, anayasanın tamamen yeniden yazılması için Federal Meclis'in her iki kanadı da yeniden seçilmelidir. İsviçre Anayasası'na tam veya kısmi tüm değişiklikler yalnızca referandum yoluyla gerçekleştirilebilir[14].

Kısmi yeniden gözden geçirme ise anayasanın temel esaslarına dokunulmaksızın bazı maddelerin eklenmesi, çıkarılması veya değiştirilmesi anlamına gelir. Schaffner ve benzeri bazı yazarlar "düzeltme" (amendment) kavramının anayasa değişikliğini ifade ettiğini, ancak bunun yeni bir anayasa oluşturacak kadar radikal olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre "düzeltme" terimi doğası gereği sınırlayıcıdır; çünkü bir şeyi "yok etmekten" değil, "değiştirmekten" söz eder[15]. Bu görüşe göre, "düzeltme" terimi dar anlamda yorumlanmalı ve yalnızca kısmi değişiklikleri kapsamalıdır. Ancak kanaatimizce, "düzeltme" kavramının sözlük anlamından hukuki sonuçlar çıkarmak güçtür. Bu nedenle, bu kavram her ülkenin kendi mevzuatı ve uygulaması çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Anayasalar, değiştirilmelerindeki zorluk derecelerine göre esnek ve katı anayasalar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Esnek anayasalar, olağan yasama usulleriyle değiştirilebilirken; katı anayasalar için daha karmaşık usuller öngörülmektedir. Katılık, anayasanın istikrarını sağlamak amacı taşır ve bu durum anayasanın saygınlığını ve anayasal düzenin istikrarını güçlendirir. Straşun, katı anayasaları "katı" ve "özellikle katı" olmak üzere iki gruba ayırmakta, referandum yoluyla değiştirilen anayasaları "özellikle katı" kategorisine dahil etmektedir[16].

Hemen hemen tüm devletlerin anayasalarında, anayasanın bir şekilde değiştirilmesine imkân tanıyan hükümlere yer verilmiştir. Elbette ki, referandum anayasa değişikliklerinin tek yöntemi değildir; farklı ülkelerde anayasa değişiklikleri için farklı mekanizmalar uygulanmaktadır. Bu yöntemlerden yaygın olarak kullanılanlardan biri, anayasal değişikliklerin parlamento aracılığıyla gerçekleştirilmesidir. Anayasa değişikliği girişiminin başlatılması ile parlamentoda taslağın ilk oylamaya sunulması arasında geçen süreden, değişikliğin birkaç kez

---

[12] Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers: for the degree of Doctor of Philosophy. London, 2014, p. 129.

[13] Straşun, s. 79.

[14] Straşun B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. Dərslik, 4 cilddə, III cild, Xüsusi hissə. Bakı:Qanun-2007, s. 496. (devamında, Straşun, III)

[15] Schaffner, Joan. "The Federal Marriage Amendment: To Protect the Sanctity of Marriage or Destroy Constitutional Democracy?" American University Law Review 54, no.5. 2005, page: 1487-1536, p. 1494. URL: http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol54/iss6/1

[16] Straşun, s. 109.

görüşülmesine, parlamentoda anayasa değişikliği için gereken nitelikli çoğunluk oranına kadar çeşitli uygulamalara ülkeler arasında farklı şekillerde rastlanmaktadır[17]. Genel olarak, anayasa değişiklikleri için parlamentoda olağan yasaların kabulüne kıyasla daha yüksek oy çokluğu şartı aranmaktadır. Bu bağlamda, anayasa değişikliklerinin kabulü için gereken oy çokluğu %50+1'den başlayarak milletvekillerinin 3/5'ine kadar değişiklik göstermektedir. Oy çokluğunun yüksek düzeyde belirlenmesindeki temel ilke, anayasanın kolayca değiştirilebilmesini önlemenin yanı sıra, iktidardaki hükümeti muhalefet ve diğer siyasi aktörlerle uzlaşmaya zorlamaktır[18].

Çift meclisli parlamentoya sahip ülkelerde, bazı istisnalar dışında, genellikle her iki meclisin de onayı gerekmektedir. Bu sistemlerde anayasa değişikliklerine dair oylamalarda gerekli oy çokluğu oranları değişkenlik gösterebilir. Örneğin, İsviçre'de her iki meclisin mutlak çoğunluğu; İtalya'da her iki mecliste 2/3 çoğunluk; İspanya'da ise üst mecliste mutlak çoğunluk, alt mecliste 2/3 çoğunluk aranması buna örnek olarak gösterilebilir[19].

Federal ya da adem-i merkeziyetçi yapıya sahip birçok devlette, devletin siyasi-idari örgütlenme biçimi anayasa değişikliklerini etkileyerek, federal birimlerin veya kısmi özerkliğe sahip yerel idarelerin bu sürece katılımını gerektirir. Bu durumda eyalet ya da bölge meclislerinin onayı, ya da bu birimlerde ayrı ayrı referandum düzenlenmesi gibi yollarla rıza beyanı sağlanır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'na yapılacak değişikliklerin onaylanması, Kongre'nin kararıyla eyalet meclislerinin 3/4'ü tarafından ya da eyaletlerde toplanan anayasa kurultaylarının 3/4'ü tarafından gerçekleştirilir. Bugüne kadar ABD Anayasası'na Kongre tarafından önerilen 27 değişiklikten yalnızca biri —21. değişiklik— onay için eyalet kurultaylarına sunulmuş, diğerleri ise doğrudan eyalet yasama organları tarafından onaylanmıştır[20].

Anayasa değişiklikleri hem parlamento hem de referandum yoluyla yapılabiliyorsa, bu da anayasa değişikliğinin meşru yöntemlerinden biri olarak kabul edilir. Ancak bazı ülkelerde anayasa değişikliklerinin referandum yoluyla gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır. Örneğin, Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nın yürürlükteki 115. maddesinin 4/a fıkrasına göre, anayasa değişiklikleri referanduma sunulamayacak konular arasında yer almaktadır[21].

Bununla birlikte, anayasa değişiklikleri yalnızca "resmî" yollarla değil, bazı durumlarda "gayriresmî" yollarla da gerçekleştirilebilir. Anayasa yargısının bulunduğu sistemlerde anayasa hükümlerinin içeriği ve anlamı anayasanın yorumu aracılığıyla değiştirilmiş olabilir. Bu tür gayriresmî değişiklik yöntemi, anayasa değişikliği prosedürünün son derece karmaşık olduğu ülkelerde daha

---

[17] European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Code of Good Practice on Referendums. Contributions by Mr Pieter van DİJK,Mr François Luchaire , Mr Giorgio Malinverni. Strasbourg, 2018, p. 8.

[18] Böckenförde M. Constitutional Amendment Procedures (International IDEA Constitution-Building Primer 10), Sweden, 2017, p. 6. URL:https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf

[19] European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedures. Strasbourg, 2009, p. 10.

[20] Gehring M. United States Constitutional Amendment Process, Legal Principles for State Legislators. Research Department Minnesota House of Representatives, 2016, p. 9.

[21] Portugal's Constitution of 1976 with Amendments through 2005, m. 4

URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf

yaygındır. Örneğin, anayasa değişiklik sürecinin çok sert olması nedeniyle, ABD Anayasası'na son 232 yıl içinde yalnızca 27 değişiklik yapılabilmiştir. Bununla birlikte, anayasanın değişen sosyal, kültürel ve siyasi koşullara uyarlanması amacıyla, ABD Yüksek Mahkemesi anayasanın ve hükümlerinin yorumuyla anayasa metninde dolaylı değişiklikler gerçekleştirmiştir[22].

Görüldüğü üzere, anayasa değişikliklerine dair farklı karmaşıklık düzeylerine sahip çok çeşitli mekanizmalar mevcuttur. Diğer yöntemlerin ayrıntılarına girmeksizin, anayasa değişikliklerinin araçlarından biri olarak referanduma ilişkin meseleleri yeniden ele almak yerinde olacaktır.

Anayasa değişikliklerinin referandum yoluyla yapılması birçok ülkenin mevzuatında düzenlenmiştir. Anayasanın kabulü ve ona değişiklik ya da eklemeler yapılmasıyla ilgili meselelerin halk oylamasına sunulduğu referandumlara anayasal referandum denir[23].

Referandumun düzenlenmesi her devlette kesin usullere bağlanmıştır. Zira referandum halk iradesini ortaya koyan bir mekanizma olup, halkın iradesinin çarpıtılması veya bu iradeden kötüye yararlanılması, toplum ve devlet açısından ciddi sonuçlar doğurabilir[24].

Referandum halkın iradesini ortaya koymayı hedeflediğinden, anayasa değişiklikleriyle ilgili referandumlarda oy kullanma hakkına sahip bireylerin ne oranda katılım sağladığı da önemli bir husustur. Zira bazen referandum aracılığıyla çoğunluğun değil, azınlığın iradesi belirleyici olabilir. Örneğin, 2001 yılında Botsvana'da oy hakkına sahip yurttaşların %5'inden azının katıldığı bir referandumla birçok anayasa değişikliği onaylanmıştır[25]. Bu gibi durumların önüne geçmek için bazı ülkelerin referanduma ilişkin yasalarında seçmen aktifliği ile ilgili özel düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, Slovenya Anayasası'nın 170. maddesine göre, anayasa değişiklikleri yalnızca seçmenlerin mutlak çoğunluğunun (yani %50'den fazlasının) katıldığı referandumlarda, kullanılan oyların mutlak çoğunluğuyla kabul edilebilir[26]. Ayrıca, Güney Kore Anayasası'nın 130. maddesinin 2. fıkrasına göre referanduma sunulan anayasa değişikliği önerileri, yalnızca oy kullanma hakkına sahip seçmenlerin yarısından fazlası oy kullandığı ve kullanılan oyların yarısından fazlası lehinde çıktığı durumda kabul edilmiş sayılır[27].

Referandumla anayasa değişikliğinin yapılması özellikle anayasanın bizzat halk oylamasıyla kabul edildiği devletler açısından karakteristik bir yöntemdir. Halkın kabul ettiği anayasa, devletin hukuki ve siyasi temelini teşkil eder ve meşruiyetini doğrudan halktan alır. Halk sadece dönemsel seçimlerle egemenliğini kullanabiliyor ancak bizzat kabul ettiği anayasaya değişiklik yapamıyorsa, bu durumda demokrasi eksik kalmış olur.

Referandumun uygulanma biçimleri, uygulanma alanları ve şartlarına dair daha ayrıntılı bilgi gelecek kısımlarda sunulacaktır. Ancak, hukuk literatüründe dikkat çeken meselelerden biri, anayasa değişikliklerinin doğrudan demokrasinin bir tezahürü olarak referandum yoluyla gerçekleştirilip

---

[22] Constitutional Changes by other means.

URL:http://www.milforded.org/uploaded/faculty/aiacono/civics/chapter_3_l2/text_3.3.pdf

[23] Solak M. Ülke Anayasalarında Referandum.TBMM Araştırma Merkezi, 2011, s. 5. (devamında Solak, Ülke Anayasaları)

[24] Əsgərov, s. 342.

[25] Böckenförde, s. 9.

[26] Solak, Ülke Anayasaları, s. 42.

[27] European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Constitutional Provisions for Amending the Constitution. Strasbourg, 2008, p. 7.

gerçekleştirilmemesi gerektiğine dair görüş ayrılıklarıdır. Bu bağlamda, referandumu savunanlarla buna karşı çıkanlar arasında ciddi tartışmalar mevcuttur.

Bazı yazarlar referandumun önemini aşırı şekilde vurgulamaktadır. Örneğin E. Olivier'e göre, "Halk oylaması olmaksızın halk egemenliği, bir yanılsamadan ibarettir... Egemenlik yalnızca dört-beş yılda bir sandığa atılan oy pusulasıyla sağlanamaz... Bir seçim gününden diğerine kadar halkın egemenliği uykudadır; referandum ise onu sürekli uyanık tutar"[28]. Referandum da dâhil olmak üzere doğrudan demokrasinin başlıca üstün yönleri arasında şu argümanlar sıklıkla dile getirilmektedir: halkın devletin ve toplumun geleceğine doğrudan müdahil olma hissini yaşaması ve bu yöndeki sorumluluğunun artması; vatandaşların siyasi süreçlere daha etkin katılımının sağlanması[29]; kamu yararına olan meseleler hakkında düşünmeye teşvik edilmesi; ve vatandaşlık bilinci ile vatanseverlik duygularının gelişimine katkı sağlaması[30] vb.

Referandumun bir diğer önemli avantajı ise, anayasa değişikliklerinin hayata geçirilmesinde karmaşık bir mekanizma olarak işlev görerek anayasanın esneklikten – yani kolay değiştirilebilirlikten – uzak tutulmasını sağlamasıdır. Anayasa, devletin temel ve en üstün hukuki normatif metni olduğundan, iktidara gelen siyasi güçlerin bu metin üzerinde keyfi ve kötüye kullanıma dayalı müdahalelerde bulunmasının önüne geçmek amacıyla, değişiklik prosedürleri özel olarak zorlaştırılmıştır.

Buna karşın, referandumun karşıtları ise şu karşı argümanları ileri sürmektedir: Referandumlarda oy kullanan sıradan vatandaşlar, çoğu zaman karmaşık hukuki düzenlemeleri yeterince kavrayamazlar ve bu düzenlemeler hakkında yeterli bilgiye sahip değildirler. Bu nedenle referandum sonuçları çoğunlukla objektiflikten uzak, subjektif ve tek taraflı değerlendirmelere dayanabilir[31]. M.V. Balqay'a göre, referandum düzenlenmesinin sebeplerinden biri, bazı meselelerde siyasi iktidar organlarının sorumluluk almaktan çekinmeleri ve bu nedenle karar yetkisini halka devretmeleridir[32].

Göz önünde bulundurulmalıdır ki, referandum her ne kadar hukuki bir kurum olsa da, referandumla karara bağlanan meseleler ve alınan kararlar çoğu zaman siyasi nitelik taşımaktadır. Anayasa değişikliklerinde uygulanacak yöntemin, anayasal sertlik ile esneklik arasında bir denge sağlayacak şekilde belirlenmesi oldukça güçtür. Zira seçim sistemi ve ülkedeki siyasi partilerin sayısı gibi unsurlar doğrultusunda, belirli bir oy çokluğu veya nitelikli çoğunluk koşulunu sağlamak bazı ülkelerde oldukça güçken, aynı koşullar başka ülkelerde anayasa değişikliğine ciddi bir engel teşkil etmeyebilir. Bu nedenle bir anayasanın gerçek anlamda ne kadar sert ya da esnek olduğunu belirleyen temel unsur, o ülkenin siyasi kültürüdür[33].

Kanaatimizce, anayasa değişikliklerinin gerçekleştirilmesinde referandumun ya da ilgili ülke mevzuatıyla belirlenen diğer yöntemlerin birbirine üstünlük sıralaması yapılması ve bu yöntemlerin salt kuramsal açıdan demokratik veya anti-demokratik şeklinde sınıflandırılması isabetli değildir. Zira

---

[28] Gözler K. "Halkoylamasının Değeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XL, 1988, Sayı 1-4, s.97-113, s. 100. (devamında Gözler, Halkoylaması)

[29] Svensson P. Direct and Representative Democracy - Supplementing, not Excluding Each Other. Paper to be presented at the ECPR Joint Sessions. Helsinki, 7-12 May 2007, Workshop no. 18, p. 4.

[30] Gözler, Halkoylaması, s. 100.

[31] Bulmer E. Direct Democracy. International IDEA Constitution-Building Primer 3, Sweden, 2017, p. 47.

[32] Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учеб. Б14 для вузов /6-е изд., изм. и доп. — М. : Норма, 2007. с. 435.

[33] Böckenförde, p. 26.

anayasa değişikliklerinin nasıl yapılacağına ilişkin usuller her bir ülkenin siyasi sistemine, idari yapılanmasına, yönetim biçimine, siyasi kültürüne, tarihsel arka planına ve güncel siyasal konjonktürüne bağlı olarak şekillenmiştir. Örneğin, federal devlet yapısına sahip pek çok ülkede – Amerika Birleşik Devletleri, Almanya gibi – anayasa değişiklikleri sırasında referandum mekanizmasına başvurulması öngörülmemiştir[34]. Elbette bu durum, bu ülkelerdeki anayasa değişikliklerinin anti-demokratik yollarla gerçekleştirildiği anlamına gelmez.

Sonuç olarak, anayasa değişikliklerinin sadece referandum yoluyla değil, farklı yöntemlerle gerçekleştirilmesi ya da anayasanın kabulü ve değiştirilmesi sürecinde referanduma başvurulmaması, bir devletin anti-demokratik olduğu anlamına gelmez. Aynı şekilde, bir devlette anayasa değişikliklerinin referandum aracılığıyla yapılması da o devletin demokratik olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Çünkü bazı durumlarda referandum, yalnızca otoriter ya da totaliter eğilimleri olan devletlerin bu yönlerini perdelemek amacıyla kullanılan bir araç olabilir. Bu sebeple, her bir devlette anayasa değişikliklerine dair hangi yöntemin uygulanacağının uygunluğu, o ülkenin kendine özgü koşullarına bağlı olarak değerlendirilmelidir.

Önceden de belirttiğimiz üzere, bir referandumun "anayasal referandum" olarak nitelendirilebilmesi için, konusu yeni bir anayasanın kabulü veya mevcut anayasa üzerinde değişiklik yapılmasına ilişkin meselelerden ibaret olmalıdır. Çoğu ülkenin anayasalarında, anayasa değişiklikleri "anayasanın yeniden gözden geçirilmesi", "anayasanın değiştirilmesi" veya "anayasaya değişiklik yapılması" başlıklı bölümler veya maddeler aracılığıyla düzenlenmiş olup, bu düzenlemeler yalnızca değişiklik yapılmasını değil, aynı zamanda yeni hükümler eklenmesini de kapsamaktadır.

Genel olarak referandumlar, teorik bakımdan çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılmaktadır. Konusu itibarıyla referandum türlerinden biri olan anayasal referandumlar bakımından da, farklı ülkelerin mevzuatlarında yer alan uygulama şartlarına, değişiklik teklif etme yetkisine sahip olan aktörlere ve diğer özelliklere göre farklı modeller uygulanmaktadır.

Bazı ülkelerde anayasa değişiklikleri için referandum yapılması, yasal düzenlemelerle emredici bir kural olarak öngörülmüştür. Bu durumlarda referandum yapılması zorunludur ve bu tür referandumlara "zorunlu referandum" (obligatorischer Volksentscheid) denilmektedir. Zorunlu referandum, ilgili devlet organları açısından bağlayıcı bir görev niteliğindedir. Bu durumda belirli bir anayasa değişikliği yalnızca referanduma sunularak kabul edilebilir[35].

Zorunlu anayasa referandumlarının uygulandığı ülkelere örnek olarak İrlanda, Avusturya, Danimarka ve Botsvana gösterilebilir[36]. Örneğin, İrlanda Anayasası'nın "Anayasaya Değişiklikler" başlıklı 46. maddesine göre, Anayasa'nın herhangi bir hükmü ancak bu maddede öngörülen usule göre değiştirilebilir, kaldırılabilir ya da ek hükümle yeniden düzenlenebilir. Değişiklik önerisi öncelikle Temsilciler Meclisi'ne sunulmakta ve Parlamento'nun her iki kanadınca (Temsilciler Meclisi – Dáil Éireann ve Senato – Seanad Éireann) kabul edilmesinin ardından yürürlükteki mevzuata uygun olarak referanduma götürülmektedir[37]. Bu tür kanun teklifleri "Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" başlığı ile sunulmakta olup, referanduma katılanların basit çoğunluğu değişiklik lehine oy kullanırsa, ilgili

[34] Solak, Ülke Anayasaları, s. 7.

[35] **Əsgərov**, s. 342.

[36] **Bulmer**, s. 15.

[37] **Solak**, Ülke Anayasaları, s. 15.

yasa Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmak suretiyle yürürlüğe girer. Başka bir deyişle, İrlanda Anayasası anayasa değişikliği için zorunlu referandum öngörmektedir.

Bazı ülke mevzuatlarında ise anayasal referandum zorunluluğu yalnızca belirli koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Örneğin, bazı ülkelerde referandum ancak anayasanın temel hükümlerini değiştiren ya da anayasanın tamamen yeniden gözden geçirilmesini öngören değişiklikler için zorunludur. Bu uygulamaya Avusturya, Jamaika, Letonya ve İspanya gibi ülkelerde rastlanmaktadır[38].

Litvanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 14. bölümü "Anayasanın Değiştirilmesi" başlığını taşımakta olup, anayasa değişiklikleri ve eklemeleri bu bölüm kapsamında ele alınmaktadır. Anayasa'nın 147 ve 148. maddelerine göre, Litvanya Anayasası'nda değişiklik veya ekleme yapılmasına dair öneri; Parlamento üyelerinin dörtte biri veya en az 300.000 seçmen tarafından yapılabilmektedir. "Litvanya Devleti" başlıklı 1. bölüm ile "Anayasanın Değiştirilmesi" başlıklı 14. bölümün hükümleri yalnızca referandum yoluyla değiştirilebilir. Anayasanın diğer bölümleriyle ilgili değişiklik teklifleri ise Parlamento'da (Seimas) iki kez oylanmakta ve bu oylamalar arasında en az üç ay süre bırakılmalıdır. Her iki oylamada da Parlamento üyelerinin üçte ikisinin değişiklik lehine oy kullanması halinde, değişiklik yasalaşmış sayılır. Reddedilen bir değişiklik önerisi, bir yıldan önce olmamak kaydıyla yeniden gündeme getirilebilir[39]. Bu bağlamda, Litvanya Anayasası belirli hallerde zorunlu anayasal referandum öngörmüş olup, diğer durumlarda anayasa değişiklikleri Parlamento tarafından gerçekleştirilir.

Anayasanın çeşitli bölümlerine yapılacak değişiklikler için farklı usullerin benimsenmiş olmasının temel amacı, anayasanın "sertliği" ile "esnekliği" arasında bir denge kurmaktır. Bazı hükümlerin değiştirilmesini daha zor hale getiren düzenlemeler, bu hükümlerin istikrarını ve güvencesini sağlamayı amaçlamaktadır. Hangi anayasal hükümlere yönelik değişikliklerin sert prosedürlerle sınırlandırılacağı ve bu sertliği sağlayacak mekanizmaların neler olacağı, her ülkenin kendine özgü koşullarına bağlıdır.

Birçok akademik çalışmada, zorunlu referandumların olumlu yönleri arasında, egemenliğin kaynağı olan halkın iradesinin doğrudan dikkate alınması ve bu iradenin mutlak surette gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu tür referandumlarda, yasama organı tek başına hareket edemez; anayasa değişikliğinin kabulü halkın onayına bağlıdır. Böylece vatandaşlar yasama sürecinin doğrudan bir parçası haline gelir ve en kritik anayasal konularda nihai karar mercii olurlar[40].

Bununla birlikte, zorunlu referandumlar zaman zaman eleştiriye konu olmaktadır. Bu referandumların mevcut hukuki statükonun sürdürülmesine neden olduğu ve toplumun bazı kesimlerine yönelik ayrımcılığın devamına zemin hazırlayabildiği ileri sürülmektedir. Örneğin, Kobach'a göre, zorunlu referandumlar statükoyu koruma eğiliminde olup, zaman zaman toplumsal eşitsizlikleri meşrulaştırma işlevi görebilir. Nitekim İsviçre'de 1959 yılında kadınlara oy hakkı tanınmasını öngören anayasa değişikliğine dair yapılan zorunlu referandum başarısız olmuş ve bu hak ancak 1971 yılında tanınabilmiştir[41].

---

[38] **Böckenförde**, p. 8.

[39] Constitution of the Republic of Lithuania (Adopted by citizens of the Republic of Lithuania in the Referendum of 25 October 1992). URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lt/lt045en.pdf

[40] **Yıldız** A.; Durdular E.; Solak M. və b. Bir doğrudan demokrasi aracı olarak referandum. Türkiye-ABD-Avrupa uygulama örnekleri. Ankara: TBMM Basım Evi, 2010, s. 78.

[41] **Kobach** Kris W, The Referendum: Direct Democracy in Switzerland. Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA: Dartmouth,1993, p.95.

Referandum türlerinden biri de ihtiyari (fakültatif) referandumdur. Bu tür referandum, yürürlükteki mevzuatta yetkilendirilmiş belirli süjelerin inisiyatifi doğrultusunda gerçekleştirilen bir referandum türüdür. Örneğin; parlamento üyeleri, cumhurbaşkanı, hükümet veya belli sayıda seçmen grubu tarafından talep edilmesi hâlinde, belirli konular ya da kanun tasarıları referanduma sunulabilir[42]. Zorunlu referandumdan farklı olarak, ihtiyari referandumda herhangi bir meselenin halk oylamasına sunulması hukuken emredici bir kural olmayıp, yalnızca yetkili süjelerin talebiyle mümkündür. Anayasaya değişiklik yapılmasına ilişkin ihtiyari referandum öngören ülkelerden biri de Fransa'dır.

Fransa'da referanduma ilişkin hükümler doğrudan anayasada düzenlenmiştir; bu konuda ayrıca özel bir yasa bulunmamaktadır. Fransa Anayasası'nın 89. maddesi, anayasada değişiklik yapılmasına ilişkin usulü belirlemektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre, anayasa değişikliği teklifinde bulunma hakkı Cumhurbaşkanına, Başbakanın önerisiyle birlikte, ayrıca Parlamento üyelerine aittir. Değişiklik teklifi, Anayasa'nın 42. maddesinde öngörülen süre çerçevesinde görüşülerek, Parlamentonun her iki kanadı (Ulusal Meclis ve Senato) tarafından kabul edilmelidir. Değişiklik ancak referandum ile onaylandıktan sonra yürürlüğe girer[43].

Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı anayasa değişikliği tasarısını referanduma sunmak yerine, Parlamentonun her iki kanadının bir araya geldiği Kongre'ye sunmaya karar verirse, bu durumda referandum yapılmaksızın anayasa değişikliği Kongre'nin 3/5 çoğunluğuyla kabul edilerek gerçekleştirilebilir[44].

Fransa'daki bu mekanizma, anayasal referandumun hem zorunlu hem de ihtiyari biçimlerini içeren hibrit bir model olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki, anayasa değişikliği teklifi Parlamento tarafından yapılırsa, referandumun düzenlenmesi zorunlu hâle gelir. Ancak Cumhurbaşkanının, değişikliği referanduma sunmak veya Kongre'ye taşımak arasında seçim yapma yetkisi olması nedeniyle, ikinci hâl ihtiyari referandum örneğidir. Bu prosedür, iki aşamalı bir yapı arz eder: değişikliklerin Parlamento tarafından kabul edilmesi ve ardından onay süreci (ratifikasyon). Onay aşaması ise ya referandumla ya da Kongre tarafından gerçekleştirilir.

Yeterli siyasi uzlaşmanın sağlandığı hâllerde referandum yapılmaz. Nitekim 1958'den bu yana Fransa Anayasası'nda yapılan değişikliklerin büyük çoğunluğu Kongre tarafından onaylanmış ve 89. maddeye göre referanduma gidilmemiştir[45].

Estonya'da ise ihtiyari referandum farklı bir sistemle uygulanmaktadır. Estonya Anayasası'nın 163. maddesine göre anayasa üç farklı şekilde değiştirilebilir: 1) referandum yoluyla, 2) Riigikogu'nun (yasama organı) iki ardışık döneminin oylamasıyla veya 3) acil konularla ilgili olarak Riigikogu tarafından. Anayasa'nın I. (Genel Hükümler) ve XV. (Anayasa Değişikliği) bölümleri yalnızca referandumla değiştirilebilir[46]. Anayasa değişikliklerine ilişkin yasa tasarısı, Riigikogu'da üç ayrı

---

[42] **Yıldız**, s. 80.

[43] Solak, Ülke Anayasaları, s. 13.

[44] France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008.

URL:https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en

[45] Theories of referendum and the analysis of agenda-setting. Thesis submitted for The Phd-Degree Maija Talvikki Setala, the London School Of Economics And Political Science, 1997, p. 290. URL: http://etheses.lse.ac.uk/1485/

[46] Estonia's Constitution of 1992 with Amendments through 2015.

URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015.pdf?lang=en

oturumda görüşülür. İlk ile ikinci oturum arasında en az üç ay, ikinci ile üçüncü arasında en az bir ay süre bulunmalıdır. Üçüncü oturumda, değişiklik yöntemine yasama organı karar verir.

Bu yöntemin avantajı, kamuoyuna açık ve temel öneme sahip değişikliklerin referandumla; teknik ve tartışmasız değişikliklerin ise yasama organı tarafından yapılabilmesidir.

Venedik Komisyonu'nun anayasa değişikliği usullerine ilişkin nihai raporunda belirtildiği üzere, anayasada hem yasama organı hem de referandum yoluyla değişiklik yapılabilmesinin mümkün olduğu ülkelerde, yürütme organı kimi zaman referandumu, yasama sürecini aşmak amacıyla kullanmaktadır. Çünkü birçok ülkede anayasa değişikliği için parlamentoda nitelikli çoğunluk gerekirken, referandumda salt çoğunluk yeterlidir. Bu nedenle parlamentoda yeterli çoğunluğu sağlayamayan hükümetlerin doğrudan halka gitmesi daha cazip bir seçenek olabilir. Venedik Komisyonu, bunun anayasal değişikliklerin usulüne ilişkin kurallara zarar verebileceğini birçok defa vurgulamıştır[47].

Bazı ülke mevzuatlarında, anayasa değişikliği yöntemlerinden biri olarak uygulanan erteleyici (suspensif) referandum, teoride referandum türlerinden biri olarak sınıflandırılmaktadır. Suspensif referandum, parlamentoda kabul edilen ancak henüz yürürlüğe girmemiş bir yasanın yürürlüğe girmesinin ertelenmesi veya iptali amacıyla düzenlenen referandumdur. Erteleyici referandumlar, özellikle Danimarka ve İsviçre'de yoğun şekilde uygulanmaktadır; ayrıca Avusturya, İrlanda, İtalya, İspanya ve İsveç gibi ülkelerin mevzuatında da yer almaktadır[48].

İtalya Anayasası'nın 138. maddesine göre, anayasa değişiklikleri ile ilgili yasalar ile diğer anayasal yasalar, aralarında en az üç ay olmak üzere iki kez her iki mecliste (Temsilciler Meclisi ve Senato) görüşülerek ikinci oylamada mutlak çoğunlukla kabul edilir. Bu yasalar; beş bölgesel konsey, 500.000 seçmen veya her iki meclisin beşte biri tarafından talep edilmesi hâlinde, yayımlanmalarının ardından üç ay içinde referanduma sunulabilir. Referandumda halk tarafından onaylanmayan değişiklik yasaları yürürlüğe girmez. Ancak ikinci oylamada her iki meclisin üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen yasalar için referandum yapılmaz[49].

Yani, İtalya'da anayasa değişikliği, her iki meclisin ikinci oylamasında 2/3 çoğunluk sağlandığı takdirde referandumsuz gerçekleştirilir; aksi takdirde yukarıda belirtilen süjelerin talebiyle referanduma gidilir ve halk onaylamazsa yasa yürürlüğe girmez.

Anayasal değişikliklerin iki aşamalı oylamaya tabi tutulması ve bu oylamalar arasında süre konulması uygulaması, yalnızca İtalya'da değil birçok ülkede mevcuttur. Bunun amacı, anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmesini önlemek, ilk görüşmeden sonra daha derin bir değerlendirme yapılmasına, karşı argümanların ortaya konulmasına ve kamuoyunun görüşünün alınmasına olanak sağlamaktır.

Zorunlu referandum ile suspensif referandum arasındaki temel fark, suspensif referandumda inisiyatif alabilen süjelerin taleplerinin karşılanması hâlinde referandumdan vazgeçilebilmesidir. Bu nedenle, suspensif referandumlar çoğunlukçu (majoritar) olmaktan çok uzlaşmacı (konsensüs) nitelik

---

[47] European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedures. Strasbourg, 2009, p. 36.

[48] Theories of referendum and the analysis of agenda-setting. Thesis submitted for The Phd-Degree Maija Talvikki Setala, the London School Of Economics And Political Science, 1997, p. 128. URL: http://etheses.lse.ac.uk/1485/

[49] Constitution of the İtalian Republic.

URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it037en.pdf

taşır. Zira hükümeti, azınlık partileriyle veya referandum çağrısı yapma hakkına sahip diğer süjelerle müzakere etmeye zorlar[50].

Suspensif referandum, abrogatif (iptal edici) referandum ile karıştırılmamalıdır. Suspensif referandum, parlamento tarafından kabul edilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiş yasalar hakkında uygulanırken; abrogatif referandum, hâlihazırda yürürlükte olan yasaların yürürlükten kaldırılmasını amaçlar[51].

Bazı durumlarda anayasal değişikliklerin hukuki prosedürü ile fiili uygulama farklılık gösterebilir. Örneğin Slovakya Cumhuriyeti Anayasası'nın 84. maddesinin 4. fıkrasına göre anayasa değişiklikleri, parlamento üyelerinin 3/5 çoğunluğu ile anayasa yasası biçiminde kabul edilir. Slovakya'da anayasa ve anayasa yasaları aynı hukuki güce sahip olduğundan, anayasa yasalarının kabulü anayasanın yapay biçimde "genişletilmesine" ve dolayısıyla istikrarının zarar görmesine neden olmaktadır. Bu görüşe karşı çıkılmasına rağmen, 1997 yılında Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin referanduma sunulabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, anayasanın açıkça böyle bir imkânı öngörmemesine rağmen, halkın egemenliğin yegâne kaynağı olduğunu ve tüm devlet organlarının halk iradesine bağlı olduğunu vurgulamıştır. Referandum bağlayıcı olmasa ve danışma niteliği taşısa dahi, parlamentonun halkın görüşünü dikkate alması gerektiği belirtilmiştir[52].

Anayasa değişikliklerinin hayata geçirilmesine ve bu kapsamda referandum düzenlenmesine ilişkin girişim hakkı, çeşitli süjelere tanınmıştır. Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, pek çok ülkede bu hak genellikle parlamentoya aittir. Ancak bazı ülkelerde devlet başkanına (örneğin Fransa), ayrıca belirli sayıda seçmene – yani vatandaşlara – bu yetki mevzuatla tanınmıştır.

Seçmenlerin bir grubuna anayasa değişikliklerine ilişkin girişim hakkının verilmesi ve bu konuda mevzuatta düzenlemelerin yer alması, anayasanın egemen halktan kaynaklanan ve halkın iradesini esas alan "yaşayan" bir belge olduğu görüşünü güçlendirmektedir. Bu bağlamda, girişim hakkını kullanabilecek seçmen sayısı bakımından devletler arasında farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin Litvanya'da bu hak 300.000 seçmene, Letonya Anayasası'na göre seçmenlerin 1/10'una, Uruguay'da ise seçme hakkına sahip vatandaşların %10'una tanınmıştır[53].

Genel olarak, girişim için öngörülen seçmen sayısının aşırı yüksek belirlenmesi, bu sürecin fiilen işletilmesini zorlaştırmakta ya da imkânsız hâle getirmektedir. Buna karşılık, sayının çok düşük belirlenmesi ise belirli grupların bu süreci kötüye kullanmalarına zemin hazırlayabilir. Bu nedenle bazı ülkelerde girişim hakkına ilişkin ek şartlar öngörülmektedir.

Örneğin Romanya'da bölgesel/etnik grupların tek taraflı girişimini sınırlamak amacıyla böyle bir düzenleme getirilmiştir: ülkede 500.000 seçmenin girişimde bulunması yeterli olmakla birlikte, girişimde bulunan seçmenlerin ülke içindeki bölgelerin en az yarısını kapsaması ve bu bölgelerin her birinde en az 20.000 imzanın toplanmış olması gerekmektedir[54].

---

[50] Solak, Ülke Anayasaları, s. 85.

[51] Bulmer, p. 17.

[52] Lalík T. Tracing Constitutional Changes in Slovakia between 2008–2016. Hungarian Journal of Legal Studies 58, No 2, 2017, p. 117–138, p. 121-122.

[53] Bulmer, p. 26-27.

[54] Böckenförde, p. 13.

Straşun'a göre, seçmen girişimiyle yapılan referandumlar genellikle şu zorunlu gerçekle karakterize edilir: bu tür referandumlar halkın büyük kesimi tarafından teklif edilse de, girişimci grubun sayısı seçmen kitlesinin yarısından azdır. Başka bir ifadeyle, referandum girişimi çoğu zaman seçmenlerin küçük bir kısmı tarafından, tüm seçmen kitlesini belirli bir konunun çözümüne veya bir düzenlemenin kabulüne dâhil etmek amacıyla yapılmaktadır[55].

Halk girişimi ile referandumun birleştiği durumlara – yani seçmen grubunun anayasa değişikliklerine ilişkin hem girişim hakkına sahip olduğu, hem de bu değişikliklerin referandumla gerçekleştirildiği hâllere – daha az rastlanmaktadır. Magleby'ye göre halk girişimiyle birleşmiş referandum, doğrudan demokrasinin temel ölçütlerinden biri olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu model, vatandaşlara hem belirli konuları siyasal gündeme taşıma hem de bu konularda karar alma imkânı sunar. Halk girişimine dayanan referandum uygulamalarına ulusal düzeyde İsviçre'de ve Amerika Birleşik Devletleri'nin 20'den fazla eyaletinde rastlanmaktadır[56].

Yukarıda da belirtildiği üzere, anayasa değişikliklerine girişim hakkı çoğunlukla parlamento ve devlet başkanına tanınmakta; bu hak yargı organlarına genellikle verilmemektedir. Bunun başlıca sebebi, yargı erkinin diğer erklerden farklı olarak siyasetten uzak ve tarafsız olmasıdır. Yargı organlarına anayasa değişiklikleriyle ilgili girişim hakkının geniş şekilde tanınması, yargının siyasileşmesine ve tarafsızlığına olan güvenin zedelenmesine yol açabilir. Ancak bu durumun istisnaları da mevcuttur. Örneğin Panama Cumhuriyeti Anayasası'nın 313. maddesi uyarınca anayasa değişikliğine ilişkin girişim hakkı, Ulusal Meclis ve Bakanlar Kurulu'nun yanı sıra Yüksek Mahkeme'ye de tanınmıştır[57].

Gordon Smith, referandumları girişim sahibi süjeye göre ikiye ayırır: "kontrollü" ve "kontrolsüz" referandumlar. Girişim sahibi halk dışındaki süjeler (örneğin parlamento, devlet başkanı) olduğunda bu "kontrollü" referandum; doğrudan halk olduğunda ise "kontrolsüz" referandumdur. Kontrollü referandumlarda, siyasal güçler halkın iradesini yönlendirme suretiyle arzu edilen sonucu elde etmeye çalışmaktadır[58].

Anayasa değişikliklerine ilişkin referandumlarda, değişikliğin kabul edilebilmesi için gerekli oy çoğunluğu bakımından ülkeden ülkeye farklı kurallar uygulanmaktadır. Bu kurallar, her ülkenin kendi iç koşulları ve siyasal yapısı doğrultusunda şekillenmektedir. Örneğin Danimarka'da anayasa değişikliklerinin geçerli sayılması için, seçmenlerin en az %40'ının değişikliği desteklemesi gerekmektedir [56, s.19]. Bazı ülkelerde ise bu oran daha da yüksektir. Litvanya Anayasası'na göre anayasanın 1. maddesi (Litvanya bağımsız, demokratik bir cumhuriyettir) yalnızca referandum yoluyla ve seçmenlerin 3/4'ünün onayıyla değiştirilebilir[59].

Bazı durumlarda oldukça karmaşık ve yüksek eşiğe sahip kurallar öngörülmektedir. Bu kuralların amacı, anayasa değişikliğini zorlaştırmak ve istikrarı korumaktır. Örneğin Mauritius'ta, parlamenterlerin

---

[55] **Straşun, s. 505**.

[56] Theories of referendum and the analysis of agenda-setting. Thesis submitted for The Phd-Degree Maija Talvikki Setala, the London School Of Economics And Political Science, 1997, p. 163. URL: http://etheses.lse.ac.uk/1485/

[57] Panama's Constitution of 1972 with Amendments through 2004, m. 313.

URL: https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/PANAMA_Constitution.pdf

[58] Qvortup M. A. Comparative study of referendums. Goverment by the people.New York: Manchester University Press, 2002, p. 99-100.

[59] European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedures. Strasbourg, 2009, p. 12.

görev süresini 5 yıldan fazla uzatmayı öngören anayasa değişikliği ancak yasama organının oy birliğiyle kabulü ve referandumda oyların 3/4'ünün lehte olması şartıyla gerçekleştirilebilir[60].

Görüldüğü üzere, anayasa değişikliklerine ilişkin referandum türleri, uygulama pratikleri ve işlevsel farklılıklar oldukça geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Referandum, hukuki bir kurum olmakla birlikte; her ülkenin seçim sistemi, yönetim biçimi, siyasal kültürü ve benzeri unsurlara bağlı olarak farklı siyasal amaçlara da hizmet edebilir.

Yukarıda yapılan analizlerden de anlaşılacağı üzere, her bir uygulama mekanizmasının hem avantajlı hem de sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Örneğin anayasa değişiklikleri için alternatif (hem referandumla hem de diğer yollarla) yolların öngörüldüğü sistemlerde, değişikliğin mahiyeti ve önemi dikkate alınarak en uygun yöntemin seçilmesi; zaman, maliyet ve benzeri kaynakların daha verimli kullanılması açısından avantaj sağlayabilir. Ancak bu durum, bir yöntemin mümkün olmaması hâlinde diğerinin kullanılmasını sağlayarak suistimale açık bir alan da yaratabilir. Buna karşılık, anayasa değişikliklerinin yalnızca referandumla yapılması zorunluluğu, teknik nitelikli küçük değişiklikler için dahi aşırı kaynak ve zaman harcamasına neden olabilir. Öte yandan, referanduma başvurma imkânının tümüyle yasaklanması ise anayasanın herhangi bir hükmünün halkın iradesi dışında değiştirilmesine olanak tanır ve demokratik meşruiyet tartışmalarına yol açabilir.

Sonuç olarak, kanaatimizce referandumun ideal, kusursuz ve tüm sorunlardan azade bir uygulama biçimi mevcut değildir. Bu nedenle, farklı uygulama biçimlerinin en avantajlı yönlerini bünyesinde toplayabilecek dengeli ve esnek bir mekanizmanın öngörülmesi en uygun çözüm olacaktır.

KAYNAKÇA

Azərbaycan Sovet Sosialist Respublikasının Konstitusiyası (əsas qanunu). Bakı: Azərbaycan Dövlət Nəşriyyatı, 1965, 29 s.

Böckenförde M. Constitutional Amendment Procedures (International IDEA Constitution-Building Primer 10), Sweden, 2017, 32 p. URL:https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf

Bulmer E. Direct Democracy. International IDEA Constitution-Building Primer 3, Sweden, 2017, 33 p.

Constitution of the İtalian Republic. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it037en.pdf

Constitution of the Republic of Lithuania (Adopted by citizens of the Republic of Lithuania in the Referendum of 25 October 1992). URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lt/lt045en.pdf

Constitutional Changes by other means. URL:http://www.milforded.org/uploaded/faculty/aiacono/civics/chapter_3_l2/text_3.3.pdf

Çirkin V.Y. Xarici ölkələrin konstitusiya hüququ (ruscadan tərcümə). Bakı: Digesta, 2007, 720 s.

Estonia's Constitution of 1992 with Amendments through 2015. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015.pdf?lang=en

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Code of Good Practice on Referendums. Contributions by Mr Pieter van DİJK,Mr François Luchaire , Mr Giorgio Malinverni. Strasbourg, 2018, 24 p.

European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Final Draft Report on Constitutional Amendment Procedures. Strasbourg, 2009, 47 p.

Əsgərov Z.A. Konstitusiya hüququ. Dərslik. Bakı: Bakı Universiteti, 2011, 760 s.

France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en

[60] Böckenförde, p. 9.

Gehring M. United States Constitutional Amendment Process, Legal Principles for State Legislators. Research Department Minnesota House of Representatives, 2016, 57 p.
Gözler K. "Halkoylamasının Değeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XL, 1988, Sayı 1-4, s.97-113.
Gözler K. "Referandum mu, Plebisit mi?". 2017, 19 s. URL: http://www.anayasa.gen.tr/plebisit.pdf
Kobach Kris W, The Referendum: Direct Democracy in Switzerland. Aldershot, Hants, England ; Brookfield, Vt., USA : Dartmouth,1993, 273 p.
Quliyev A.İ. Hüquq ensiklopediyası. Bakı: Qanun - 2007, 1108 s.
Qvortup M. A. Comparative study of referendums. Goverment by the people.New York: Manchester University Press, 2002, 82 p.
Lalík T. Tracing Constitutional Changes in Slovakia between 2008–2016. Hungarian Journal of Legal Studies 58, No 2, 2017, p. 117–138.
Portugal's Constitution of 1976 with Amendments through 2005. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf
Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers: for the degree of Doctor of Philosophy. London, 2014, 363 p.
Schaffner, Joan. "The Federal Marriage Amendment: To Protect the Sanctity of Marriage or Destroy Constitutional Democracy?" American University Law Review 54, no.5. 2005, page: 1487-1536. URL: http://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol54/iss6/1
Solak M. TBMM Araştırması: Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum / "Demokrasi ve siyasal katılım" konulu Uluslararası Konferansın materyalleri. İstanbul, 2013, s 58-67.
Solak M. Ülke Anayasalarında Referandum.TBMM Araştırma Mərkəzi, 2011, 43 s.
Straşun B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. Ümumi hissə: Konstitusiya (dövlət)hüququ və onun əsas institutları , I cild. Bakı:ABU-2001, 383 s.
Straşun B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. 4 cilddə, I-II cildlər. Bakı:Qanun-2007, 728 s.
Straşun B.A. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ. Dərslik, 4 cilddə, III cild, Xüsusi hissə. Bakı:Qanun-2007, 883 s.
Svensson P. Direct and Representative Democracy - Supplementing, not Excluding Each Other. Paper to be presented at the ECPR Joint Sessions. Helsinki, 7-12 May 2007, Workshop no. 18, 31p.
Theories of referendum and the analysis of agenda-setting. Thesis submitted for The Phd-Degree Maija Talvikki Setala, the London School Of Economics And Political Science, 1997, 322 s. URL: http://etheses.lse.ac.uk/1485/
Yıldız A.; Durdular E.; Solak M. və b. Bir doğrudan demokrasi aracı olarak referandum. Türkiye-ABD-Avrupa uygulama örnekleri. Ankara: TBMM Basım Evi, 2010, 218 s.
Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учеб. Б14 для вузов /6-е изд., изм. и доп. — М. : Норма, 2007. с. 435.

SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARININ İHRACINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Begüm Yiğit*[1]

ÖZET

Sürdürülebilir finans hedefi doğrultusunda, sermaye piyasalarında birtakım niteliklere sahip, özellikli borçlanma araçları ortaya çıkmıştır. Sürdürülebilir borçlanma araçları, iki ana kategori altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki, net gelirin kısmen veya tamamen çevresel ve sosyal projeleri finanse etmek amacına özgülendiği gelir kullanımı odaklı borçlanma araçlarıdır. Gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları, gelirin tahsis edildiği proje türüne göre, yeşil tahviller, sosyal tahviller ve sürdürülebilirlik tahvilleri olmak üzere farklı şekillerde nitelendirilmektedir. İkinci kategoride, gelir kullanımını sürdürülebilirliğe özgü amaçlar ile sınırlandırmayan, ancak faiz oranları, itfa primleri gibi finansal şartları, ihraççının önceden belirlenmiş sürdürülebilirlik performans hedeflerine ulaşmasına bağlı olan hedef odaklı borçlanma araçları veya daha yaygın kullanılan ifadesi ile sürdürülebilirlikle bağlantılı tahviller yer almaktadır.

Sermaye piyasalarının sağlıklı bir şekilde işlemesi ve yatırımcıların korunması amacıyla, dünyada ve ülkemizde sürdürülebilir borçlanma araçlarının hukuken düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda, 30.11.2023 tarihinde yayımlanan Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları ve Çevresel Olarak Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ile Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Borçlanma Araçlarına İlişkin İsteğe Bağlı Açıklamalar Tüzüğü (“AB Tüzüğü”), 21.12.2024 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Ülkemizde halihazırda Sermaye Piyasası Kurulu (“Kurul”) tarafından Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği’nin (“ICMA”) Yeşil Tahvil İlkeleri esas alınarak hazırlanan ve 24.02.2022 tarihinde yayımlanan Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira

[1] İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi (begumyigit@yahoo.com; ORCID: 0000-0001-5899-8203).

Sertifikası Rehberi ("Rehber") bulunmaktadır. Rehber'de, ICMA ilkelerinden farklı olarak, sürdürülebilirlikle bağlantılı tahviller açıkça kapsam dışında bırakılmış ve sosyal tahvillere ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Ayrıca Kurul, 06.09.2024 tarihinde Yeşil, Sürdürülebilir ve Sosyal Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı'nı ("Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber") ve Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı'nı ("Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber") ("Taslak Rehberler") kamuoyunun görüşüne sunmuştur.

Çalışmanın amacı, Rehber ve Taslak Rehberler arasında farklılaşan hususların incelenmesi, özellikle Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber ile getirilen "sosyal proje" tanımı ile sürdürülebilirlikle bağlantılı borçlanma araçlarına ilişkin yeni düzenlemelerin ele alınması, karşılaştırmalı hukuk yöntemi kullanılarak Rehber ve Taslak Rehberler ile AB Tüzüğü ve ICMA düzenlemeleri arasındaki amaç, ihraççılar çevresi gibi benzerlikler ile ihraç süreci, raporlama yükümlülükleri, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlarda aranan nitelikler, ihraççılara ve dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara uygulanacak yaptırımlar bakımından farklılıkların tespit edilmesidir. Bu doğrultuda, sermaye piyasası mevzuatına tâbi olan sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin değerlendirme ve öneriler ortaya konulmaktadır.

Çalışma kapsamında, Rehber ve Taslak Rehberler'de yer alan yükümlülük niteliğindeki ve Kurul Kararı hükmündeki düzenlemelerin aksine, tavsiye niteliğindeki düzenlemelere aykırılık halinde Sermaye Piyasası Kanunu ("SPK") m. 103 f. 1 ve 2 uyarınca idari para cezası yaptırımının uygulanamayacağına dikkat çekilmektedir. Rehber ve Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber'de yalnızca tavsiye niteliğinde bir düzenleme ile öngörülen – ihraççı tarafından ihraçtan elde edilen fonun kullanımının çevresel ve sosyal etkilerine ilişkin hazırlanan – etki raporunun dış değerlendirme kuruluşları tarafından doğrulanmasının zorunlu hale getirilmesi önerilmektedir.

Buna ek olarak, hukuki belirliliğin sağlanması ve yatırımcıların sermaye piyasalarına duyduğu güvenin artırılması amacıyla, sermaye piyasası mevzuatına tâbi olan sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlarda aranan niteliklere yönelik teknik standartların geliştirilmesi, bu kuruluşlara özel bir sicil hazırlanması ve Rehber ve Taslak Rehberler'de yer alan Kurul Kararı hükmünde olan düzenlemelere aykırı hareket edenler için idari para cezasının (SPK m. 103 f. 1-2) yanı sıra Kurul tarafından denetim tedbirlerinin uygulanabilmesine yönelik düzenlemeler öngörülmesi tavsiye edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik, Borçlanma Araçları, Sermaye Piyasaları

EVALUATIONS ON THE ISSUANCE OF SUSTAINABLE DEBT INSTRUMENTS

ABSTRACT

In line with the goal of sustainable finance, special debt instruments have emerged in capital markets. Sustainable debt instruments are split into two main categories. The first one is income-oriented debt instruments, where net income is partially or wholly dedicated to financing environmental and social projects, respectively green bonds, social bonds and sustainability bonds. The second category is target-oriented debt instruments or sustainability-linked bonds, which do not limit the use of income to sustainability-specific purposes, but whose financial terms depend on the issuer's achievement of pre-determined sustainability performance targets.

There has been a need for the legal regulation of sustainable debt instruments around the world and in Türkiye. The Regulation on European Green Bonds and optional disclosures for bonds marketed as environmentally sustainable and for sustainability-linked bonds started to be implemented as of 21 December 2024. In Türkiye, there is currently the Guideline on Green Debt Instrument, Sustainable Debt Instrument, Green Lease Certificate, Sustainable Lease Certificate (“Guideline”) prepared by the Capital Markets Board (“Board”), based on the Green Bond Principles of the International Capital Market Association (“ICMA”) and published on 24 February 2022. In the Guideline, as distinct from the ICMA principles, sustainability-linked bonds are explicitly excluded from the scope and no regulation on social bonds is foreseen. In addition, on 6 September 2024, the Board submitted the Draft Guideline on Green, Sustainable and Social Capital Market Instruments and the Draft Guideline on Sustainability-Linked Capital Market Instruments (“relevant Draft Guideline” or “Draft Guidelines”) for public comment.

The purpose of this study is to examine the differences between the Guideline and the Draft Guidelines, especially to address the definition of “social project” introduced by the relevant Draft Guideline and the new regulations on sustainability-linked debt instruments, by using the comparative law method, to compare the above-mentioned regulations and to determine similarities and differences between them. In this respect, this study presents evaluations and recommendations regarding the issuance of sustainable debt instruments subject to the capital markets legislation.

Within the scope of the study, it is pointed out that administrative fines cannot be imposed pursuant to Article 103 par. 1 and 2 of the Capital Market Code ("CMC") in case of breach of advisory regulations in the Guideline and the Draft Guidelines. In terms of income-oriented debt instruments, it is suggested that the impact report should be made obligatory to be verified by external reviewers, which is envisaged in the Guideline and the relevant Draft Guideline only as an advisory regulation.

Furthermore, in order to ensure legal certainty and increase the confidence of investors in capital markets, it is recommended to develop technical standards for the qualifications required for external reviewers, to prepare a special registry for them and to stipulate regulations for the application of audit measures by the Board, along with the application of administrative fines (Article 103 par. 1-2 of the CMC), for those who violate the provisions having the force of a Board Decision in the Guideline and the Draft Guidelines.

Keywords: Sustainability, Debt Instruments, Capital Markets

GİRİŞ

Günümüzde sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan kaynakların, kamu kaynaklarının yanı sıra finansal piyasalardan kaynak sağlanması suretiyle karşılanması gerektiği kabul edilmektedir[2]. Bu kabulden hareketle ortaya çıkan sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemeler ile, bir taraftan şirketlerin sürdürülebilirlik konusunda bilinçli davranmalarının sağlanması ve onların sürdürülebilirlik politikaları ile bağdaşmayan eylemlerde bulunmalarının engellenmesi, diğer taraftan yatırımcıların, yatırım kararı verirken çevresel, sosyal ve yönetsel etkileri dikkate almaları ve fonlarını uzun vadeli ve sürdürülebilir yatırımlara aktarmaları amaçlanmaktadır[3].

Sürdürülebilir finans hedefi kapsamında, ulusal ve uluslararası sermaye piyasalarında birtakım niteliklere sahip, özellikli borçlanma araçları ortaya çıkmıştır. Sürdürülebilir borçlanma araçları, birçok ihraççının faaliyet alanını oluşturan stratejik sektörlerdeki – örneğin, ulaşım ve enerji sektörlerindeki –

[2] BUEREN, Eckart: "Sustainable Finance", *Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht*, 2019, s. 826. MÖLLERS, Thomas: "European Green Deal: Greenwashing and The Forgotten Good Corporate Citizen As An Investor", *The Columbia Journal of European Law*, 2022/2, s. 206; CURTIS, Quinn/WEIDEMAIER, W. Mark C./ GULATI, Mitu: "Green Bonds, Empty Promises", *North Carolina Law Review*, 2023/1, s. 132.

[3] KERR, Thomas M./AVENDANO, F.: "Green Loans and Multinational Corporations: Financial Innovation to Deliver Sustainability", *Natural Resources & Environment*, 2020/2, s. 47, 49.

projelerin finansmanında kullanılmaktadır. Böylece, çevresel, sosyal ve yönetsel ilkelerle uyumlu projelerin finansmanı desteklenmekte ve yatırımcılar açısından sürdürülebilir yatırımlara erişim kolaylaşmaktadır[4].

I. SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

A. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarının Türleri

Sürdürülebilir borçlanma araçları, iki ana kategori altında toplanmaktadır[5]. Bunlardan ilki, net gelirin kısmen veya tamamen çevresel ve sosyal projeleri finanse etmek amacına özgülendiği gelir kullanımı odaklı borçlanma araçlarıdır[6]. Gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları da gelirin tahsis edildiği proje türüne göre, yeşil tahviller, sosyal tahviller ve sürdürülebilirlik tahvilleri olmak üzere farklı şekillerde nitelendirilmektedir[7]. Tahvillerin nitelendirilmesi, gelir kullanımının özgülendiği uygun proje kategorilerine bağlıdır. Nitelendirmeden bağımsız olarak, gelir kullanımı odaklı borçlanma araçlarının proje değerlendirme ve seçim süreci, gelir yönetimi ve raporlamaya ilişkin birtakım ortak özellikleri bulunmaktadır.

Gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları arasında piyasa hakimiyeti açısından önde gelen yeşil tahviller, çevresel – doğal yaşama, çevreye ve iklime yarar sağlayan – projelerin finansman ihtiyacını karşılamak için ihraç edilmektedir[8]. Doğal kaynakların – örneğin, su kaynaklarının – ve biyoçeşitliliğin korunması, yenilenebilir enerji ve çevre dostu temiz ulaşım gibi uygulamalar, yeşil projelere örnek olarak gösterilebilir[9]. Sosyal tahviller, temel altyapı ve hizmetlere erişim, uygun fiyatlı konut, istihdam yaratma, sosyoekonomik ilerleme ve hedeflenen nüfuslar – örneğin, göçmenler veya cinsiyet ayrımcılığına uğrayan gruplar – gibi konularda belirgin sosyal faydaları olan projelerin finansmanı için

[4] CHAN, Ryan: "Ensuring Impactful Performance in Green Bonds and Sustainability-Linked Loans", *Adelaide Law Review*, 2021/1, s. 225; CURTIS/WEIDEMAIER/GULATI, s. 133.

[5] POVILONIS/Jonathan R., "Contracting for ESG: Sustainability-Linked Bonds and a New Investor Paradigm", *The Business Lawyer*, 2022/3, s. 645.

[6] GIRALDEZ, Juan/FONTANA, Stephanie: "Sustainability-Linked Bonds: The Next Frontier in Sovereign Financing", 2021, s. 3 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3829946 > Erişim Tarihi: 04.08.2025; POVILONIS, s. 645-646.

[7] POVILONIS, s. 645-646.

[8] KERR/AVENDANO, s. 46-47; CHAN, s. 225-226; CURTIS/WEIDEMAIER/GULATI, s. 138-139.

[9] ROSE, Paul: "Sustainability Verification", *American University Law Review*, 2023/3, s. 1024.

kullanılır[10]. Sürdürülebilirlik tahvilleri ise, hem çevresel hem de sosyal faydaları olan projeleri finanse etmek için kullanılan tahvil türüdür[11].

İkinci kategoride ise, gelirin genel amaçlar için kullanılmasına izin veren ve dolayısıyla gelir kullanımını sürdürülebilirliğe özgü amaçlar ile sınırlandırmayan, ancak faiz oranları, karbon kredisi satın alma veya itfa primleri gibi finansal şartları, ihraççının belirli bir zaman çizelgesi içerisinde belirli sürdürülebilirlik performans hedeflerini karşılayıp karşılamadığına bağlı olarak değişen hedef odaklı borçlanma araçları veya daha yaygın kullanılan ifade ile sürdürülebilirlikle bağlantılı tahviller yer alır[12].

Sürdürülebilirlik performans hedefleri, ihraççının ileriye dönük ve ölçülebilir şekilde sunduğu temel performans göstergelerine dayanır. Temel performans göstergeleri, ihraççının zaman içerisindeki ilerlemesini ölçmek ve izlemek açısından önemli bir işlev üstlenir ve hedef tarihte sürdürülebilirlik performans hedeflerine ulaşılıp ulaşılamadığını değerlendirmek için kullanılır[13]. Söz konusu sürdürülebilirlik performans hedeflerine ulaşılıp ulaşılamaması, sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvilin finansal koşullarını – teşvik edici veya cezalandırıcı şekilde – etkileyecektir[14].

B. Sürdürülebilir Borçlanma Araçlarının Klasik Borçlanma Araçlarından Farkları

Sürdürülebilir borçlanma araçlarının klasik borçlanma araçlarından farklılaşan birtakım özellikleri bulunmaktadır. Sürdürülebilir projeler ile ulaşılması amaçlanan hedeflerin ancak uzun vadede gerçekleştirilebilmesi sebebiyle, sürdürülebilir borçlanma araçları, klasik borçlanma araçlarına nazaran daha uzun vadeler içermektedir[15].

[10] PARK, Stephen Kim: "Social Bonds for Sustainable Development: A Human Rights Perspective on Impact Investing", *Business and Human Rights Journal*, 2018/2, s. 239-240; LENZI, Diletta: "Corporate Social Bonds: A Legal Analysis", *European Company and Financial Law Review*, 2021/2, s. 296.

[11] PARK, *Social Bonds*, s. 239-240; GIRALDEZ/FONTANA, s. 3.

[12] POVILONIS, s. 646-647.

[13] CHAN, s. 237; WORTHINGTON, Henrietta/JUDD, Victoria: "Can the Sustainability Linked Loan Deliver Lasting Change?", *Banking Law Journal*, 2021/2, s. 104-105.

[14] CHAN, s. 237; WORTHINGTON/JUDD, s. 104; ANSARI, Afra: "Analysing Sustainability-Linked Bonds", *Jus Corpus Law Journal*, 2023/1, s. 9; CURTIS/WEIDEMAIER/GULATI, s. 162.

[15] FLAMMER, Caroline: "Green Bonds: Effectiveness and Implications for Public Policy", *Environmental and Energy Policy and the Economy*, 2020/1, s. 109; TURAN, Nilüfer: "Yeni Bir Borç Enstrümanı Olarak Yeşil Tahviller: Global Piyasalar ve Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Tespitler", *Sayıştay Dergisi*, 2022/6, s. 316.

Fon aktaran yatırımcıların çoğunluğu, belirli sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmayı amaçladıkları için sürdürülebilir borçlanma araçlarını vade sonuna kadar ellerinde tutmaktadır. Bu sebeple, sürdürülebilir borçlanma araçlarının ikincil piyasalardaki likiditesi, klasik borçlanma araçlarına nazaran daha düşüktür[16].

Yine, sürdürülebilirliğe ilişkin etkilerin izlenmesi ve değerlendirilmesi için teknik kuralların belirlenmesine ve ihraççıların sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç ederken ve ihraç ettikten sonra birtakım ek belgeler yayımlamasına ihtiyaç duyulmaktadır[17].

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARAÇLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Sermaye piyasalarının sağlıklı bir şekilde işlemesi, ihraççıların ve yatırımcıların sürdürülebilir borçlanma araçlarına teşvik edilmesi, yatırımcıların korunması ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla, dünyada ve ülkemizde sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracının hukuken düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur[18].

Kasım 2023'te yayımlanan Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları ve Çevresel Olarak Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ile Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Borçlanma Araçlarına İlişkin İsteğe Bağlı Açıklamalar Tüzüğü[19] ("AB Tüzüğü"), 21 Aralık 2024'ten itibaren uygulanmaya başlamıştır[20]. Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği'nin ("ICMA") de sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç edenler tarafından benimsenmek üzere yayımladığı ilkeler bulunmaktadır[21].

[16] TURAN, s. 319; DELİKTAŞ, s. 939.

[17] PARK, Stephen Kim: "Investors as Regulators: Green Bonds and The Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution", *Stanford Journal of International Law*, 2018/1, s. 13.

[18] GEHRING, Markus: "Legal Transition to the Green Economy", *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2016/2, s. 145; LIN, Lin/HONG, Yanrong: "Developing a Green Bonds Market: Lessons from China", *European Business Organization Law Review*, 2022/1, s. 148; DELİKTAŞ, s. 911-912.

[19] AB Tüzüğü metni için bkz. < https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2631/oj/eng > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[20] AB Tüzüğü m. 72 f. 2.

[21] Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin ICMA ilke setleri için bkz. < https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/ > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

Ülkemizde halihazırda Sermaye Piyasası Kurumu tarafından, ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri[22] esas alınarak hazırlanan ve 24.02.2022 tarihinde yayımlanan Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi[23] ("Rehber") bulunmaktadır[24]. Ayrıca Kurul, Eylül 2024'te gelir kullanımı odaklı borçlanma araçlarına ilişkin Yeşil, Sürdürülebilir ve Sosyal Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı'nı[25] ("Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber") ve hedef odaklı borçlanma araçlarına ilişkin Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı'nı[26] ("Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber") ("Taslak Rehberler") kamuoyunun görüşüne sunmuştur. Yakın bir tarihte yürürlüğe girmesi beklenen[27] Taslak Rehberler'de, hem ICMA'nın sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin yayımladığı ilkelerinin hem de Avrupa Birliği Tüzüğü'nün, bu düzenlemeler hazırlanırken dikkate alındığı belirtilmektedir[28].

Hukukumuzda sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin düzenlemeler getiren Rehber ve Taslak Rehberler'in hukuki niteliğine bakılacak olursa, Rehberlerin tamamında "Dayanak" başlığı altında söz konusu Rehberler'in, Sermaye Piyasası Kanunu'nun Kurul'a verdiği görev ve yetkilere dayanılarak (SPK m. 1, SPK m. 128/1-e) düzenlendiği ifade edilmekte ve rehber içeriğinde düzenlenen

[22] ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri için bkz. < https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2025-updates/Green-Bond-Principles-GBP-June-2025.pdf > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[23] Mevcut Rehber için bkz. < blob:https://mevzuat.spk.gov.tr/a009d180-9dca-44d3-b905-adcf7d2f32f2 > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[24] Rehber'de ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri esas alınmış olmakla birlikte, ICMA tarafından yayımlanan diğer ilkelerin de tamamlayıcı olarak esas alınabileceği belirtilmektedir, bkz. Rehber, s. 1, dpn. 2.

[25] İlgili Taslak Rehber için bkz.

<https://spk.gov.tr/data/66db09fa8f95db2bd8f20032/Ye%C5%9Fil%20S%C3%BCrd%C3%BCr%C3%BClebilir%20ve%20Sosyal%20Rehber%20Tasla%C4%9F%C4%B1.pdf > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[26] İlgili Taslak Rehber için bkz.

<https://spk.gov.tr/data/66db09fa8f95db2bd8f20032/S%C3%BCrd%C3%BCr%C3%BClebilirlik%20Ba%C4%9Flant%C4%B1l%C4%B1%20Rehber%20Tasla%C4%9F%C4%B1.pdf > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[27] Sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvillere ilişkin çalışmanın çok yakında tamamlanacağına dair Kurul Başkanı'nın açıklamalarına ilişkin duyuru için bkz. < https://spk.gov.tr/duyurular/baskanin-konusmalari/2025/yesil-donusum-ve-surdurulebilir-raporlamasi-sirketler-icin-hukuki-duzenlemeler-ve-uyum-rehberi > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[28] Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 4; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 3.

hususların "Kurul Kararı" hükmünde olduğu belirtilmektedir[29]. Burada Kurul tarafından genel, soyut, objektif nitelikte norm getirilmesine yönelik bir düzenleme yapıldığından, sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin rehberlerden her biri, esasen birer düzenleyici idari işlem niteliğindedir[30].

III. TASLAK REHBERLER İLE GETİRİLEN ÖNEMLİ YENİLİKLER

Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber ile mevcut Rehber'den farklı olarak, "sosyal proje" kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, sosyal proje, "*doğrudan belirli bir sosyal sorunu ele alan veya azaltmayı amaçlayan ve/veya yalnızca bunlarla sınırlı olmamak üzere, belirli bir kitle için olumlu sosyal sonuçlara ulaşmayı hedefleyen projeler*"dir[31]. Bu doğrultuda, gelir kullanımını münhasıran – temel altyapı ve hizmetlere erişim, uygun fiyatlı konut, istihdam yaratma, sosyoekonomik ilerleme ve hedeflenen nüfuslar gibi konularda belirgin faydaları olan – sosyal projeleri finanse etmek amacına özgüleyen sosyal borçlanma araçlarına da yer verilmiştir. Yürürlükte olan Rehber'de ise gelir kullanımını salt sosyal faydaları olan projelere özgüleyen tahvillerin ihracına ilişkin hükümlere yer verilmediğinden, mevcut Rehber uygulaması bakımından ancak ICMA'nın sosyal borçlanma araçlarına ilişkin ilkelerinin[32] tamamlayıcı olarak esas alınabileceği[33] ifade edilmelidir.

Bunun yanı sıra, mevcut Rehber'de dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlarda aranan niteliklere ilişkin tavsiye niteliğinde öngörülen birtakım mesleki ve teknik standartlar, Taslak Rehberler'de söz konusu kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olarak düzenlenmiştir[34]. Yine, dış

[29] Rehber, s. 3; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 4; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 3.

[30] ALTINTAŞ, Abdullah: "Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ve Bunlara İlişkin Türkiye'deki Mevcut Hukuki Durum Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024/4, s. 206. Düzenleyici idari işlem tanımı ve unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 337; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, Bursa 2024, s. 248-249. Sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin rehberler gibi Anayasada ismen öngörülmemiş olan düzenleyici idari işlemler, "adsız düzenleyici idari işlem" veya "diğer düzenleyici işlem" olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, s. 400-402; YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, 9. Bası, Ed: Nur Kaman, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2024, s. 189.

[31] Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 5.

[32] ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri için bkz. < https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2025-updates/Social-Bond-Principles-SBP-June-2025.pdf > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[33] Rehber, s. 1, dpn. 2.

[34] Rehber, s. 12-13. Karş. Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 17; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 13.

değerlendirme kuruluşlarının organizasyonu kapsamında elverişli iş süreçlerinin oluşturulması, yeterli sayıda nitelikli çalışan istihdam edilmesi ve gerektiğinde mesleki sorumluluk sigortası yapılması gibi mevcut Rehber'de tavsiye edilen birtakım hususlar, Taslak Rehberler'de dış değerlendirme kuruluşlarınca yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olarak öngörülmüştür[35].

Bir diğer önemli yenilik ise, sürdürülebilirlikle bağlantılı borçlanma araçlarının ihracında uyulması gereken esasların ayrı bir Taslak Rehber ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda, ihraççıların, asgari olarak yılda bir kere, sürdürülebilirlik performans hedeflerine ulaşmadaki başarı durumu hakkında güncellemeleri içeren bir performans değerlendirme raporu hazırlamaları ve bu raporu internet sitelerinde ve Kamuyu Aydınlatma Platformu üyesi ise, KAP'ta kamuya açıklamaları zorunlu tutulmuştur[36]. Bunun yanı sıra, ihraççılar, performans değerlendirme raporlarının ve bu bağlamda, sürdürülebilirlik performans hedeflerinin başarısının değerlendirilmesi için bağımsız bir doğrulama görüşü almak ve bu görüşü de internet sitelerinde ve KAP'ta kamuya açıklamak zorundadır[37].

Mevcut Rehber'de, sürdürülebilirlikle bağlantılı tahviller, açıkça kapsam dışında bırakılmıştır[38]. Bu düzenleme sebebiyle, yurtdışında ihraç edilmiş olsaydı sürdürülebilir borçlanma aracı olarak nitelendirilebilecek hedef odaklı borçlanma araçları, Türkiye'de ihraç edildiğinde "sürdürülebilir" olarak nitelendirilmemekte ve dolayısıyla, mevcut düzende sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvillerin ihracında uyulması gereken esaslar bakımından doğrudan doğruya klasik borçlanma araçlarının ihracı bakımından uygulanan VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği[39] uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada örneğin Zorlu Enerji ve Ülker tarafından şu ana dek ihraç edilen

[35] Rehber, s. 13. Karş. Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 18; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 13.

[36] Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 10-11.

[37] Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 11.

[38] Rehber, s. 1 dpn. 2.

[39] VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği için bkz. < blob:https://mevzuat.spk.gov.tr/9aa2531d-ea0a-4e2a-abaa-bf82cab5201f > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

sürdürülebilirlikle bağlantılı tahviller[40] bakımından da ICMA'nın sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvillere ilişkin ilkelerine[41] riayet edildiği görülmektedir.

IV. REHBER VE TASLAK REHBERLER İLE AB TÜZÜĞÜ VE ICMA DÜZENLEMELERİ ARASINDAKİ BENZERLİKLER

Rehber ve Taslak Rehberler ile AB Tüzüğü ve ICMA ilkeleri arasında amaç, ihraççılar çevresi ve ihraç süreci bakımından benzerlikler vardır. İlk olarak, söz konusu düzenlemelerin tamamı, hem sürdürülebilir yatırımlara fon akışının sağlanması hem de yatırımcıların ve ihraççıların korunması amacı doğrultusunda hazırlanmıştır[42].

Düzenlemeler, sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç eden tüm ihraççılar bakımından uygulama alanı bulur[43]. Diğer bir ifade ile, gerek Rehber ve Taslak Rehberler'de gerekse AB Tüzüğü ve ICMA ilkelerinde, sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç edebilecek ihraççılar çevresine ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır.

Bununla birlikte, hukukumuzda sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç edebilecek kişileri sınırlandırılan kanun hükümleri vardır. Ticaret şirketleri arasında yalnızca anonim şirketler, menkul kıymet ve dolayısıyla sürdürülebilir borçlanma aracı ihraç edebilirler (TTK m. 504 vd.). Anonim şirketlerin yanı

[40] Zorlu Enerji, Sustainability-Linked Bond Framework, < https://www.zorluenerji.com.tr/fileuploads/240918%20-%20Zorlu%20Enerji%20-%20Sustainability-Linked%20Bond%20Framework%20(18th%20September%202024)%20-%20PDF%20-%20Clean.pdf >, s. 11, Erişim Tarihi: 04.08.2025. Ülker, Sustainability-Linked Financing Framework,

< https://ulkerbiskuviyatirimciiliskileri.com/wp-content/uploads/2024/08/Ulker-Sustainability-Linked-Financing-Framework.pdf >, s. 7, Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[41] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri için bkz.

< https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2024-updates/Sustainability-Linked-Bond-Principles-June-2024.pdf > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

[42] AB Tüzüğü, s. 1-2; ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 2; ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 2-3; ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri, s. 2; Rehber, s. 1-2; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 3; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 2. Rehber ve Taslak Rehberler ile AB Tüzüğü karşılaştırması bakımından aynı doğrultuda tespit için bkz. DELİKTAŞ, s. 952.

[43] AB Tüzüğü m. 2(1), s. 1; ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 1; ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri, s. 2; ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 2; Rehber, s. 2; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 3-4; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 2-3. Mevcut Rehber ve AB Tüzüğü karşılaştırması bakımından aynı doğrultuda tespit için bkz. DELİKTAŞ, s. 955; SÖNMEZ, Melih: Kurumsal Sürdürülebilirliğin Önemi, Güncel Gelişmeler Işığında Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Perspektifte Analizi, Legal Yayınevi, İstanbul 2025, s. 115.

sıra, ilgili mevzuat[44] uyarınca kamu iktisadi teşebbüsleri ile il özel idareleri, belediyeler gibi mahalli idarelere de, yatırım programlarında yer alan projelerin finansmanı için borçlanma aracı ihraç etme imkânı tanınmıştır.

Düzenlemelerde sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin öngörülen sürecin de benzer olduğu söylenebilir. Gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları açısından, ihraççı, başvuruda çerçeve belgesini ve bu belgenin içeriğinin düzenleme ile uyumlu olduğuna ilişkin ikinci taraf görüşünü yetkili kuruma iletmelidir[45]. İhraççı, ihraç tarihinden itibaren yılda bir defa ve ihraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra, fon kullanımına dair güncel bilgileri fon kullanım raporu kapsamında kamuya açıklamakla yükümlüdür[46]. İhraççılar, ihraçlardan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra, fon kullanımının tahmin edilen ve gerçekleşen çevresel ve sosyal etkilerini açıklayan bir etki raporu hazırlayarak kamuya açıklamakla yükümlüdür[47]. Gerek AB Tüzüğü'nde gerekse Rehber ve Taslak Rehberler'de fon kullanım raporunun doğrulanması zorunlu tutulmuş; etki raporunun ise dış değerlendirme kuruluşu tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi yalnızca tavsiye edilmiştir[48].

Sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvillerin ihracına ilişkin süreç de Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber ve ICMA İlkeleri'nde benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, ihraççı, önceden tanımlanmış temel performans göstergelerini ve sürdürülebilirlik performans hedeflerini çerçevede belgesinde açıklamalıdır[49]. Çerçeve belgesi ile birlikte ihraççı, belgenin düzenleme ile uyumlu olduğuna ilişkin ikinci taraf görüşünü başvuru sırasında yetkili kuruma sunmalıdır[50]. İhraççılar, ihraç tarihinden itibaren asgari yılda bir defa sürdürülebilirlik performans hedeflerine ulaşılmasında başarı durumu

[44] 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, m. 62; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, m. 51 f. 1(c); 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 68 f. 1(c); 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 28.

[45] AB Tüzüğü m. 10; ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 6; ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri, s. 5; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 7.

[46] AB Tüzüğü m. 11; ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 5; ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri, s. 4; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 13-14.

[47] AB Tüzüğü m. 12; ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 5; ICMA Sosyal Tahvil İlkeleri, s. 4; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 14.

[48] AB Tüzüğü m. 11/4, m. 12/3; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 14-15.

[49] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 5; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 16.

[50] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 4; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 5.

hakkında performans değerleme raporu hazırlamak ve raporu kamuya açıklamakla yükümlüdür[51]. Bu raporlamanın, sürdürülebilirlikle bağlantılı tahvilin finansal ve/veya yapısal özelliklerinde olası bir değişiklik yapılmasını gerektirecek, sürdürülebilirlik performans hedeflerinin başarısının yeniden değerlendirilmesine neden olacak bir durumun ortaya çıktığı tarih veya dönemlerde de yapılması öngörülmüştür[52]. İlgili Taslak Rehber'e göre, performans değerlendirme raporuna ilişkin doğrulama görüşü alınması ve bu görüşün kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur[53].

V. REHBER VE TASLAK REHBERLER İLE AB TÜZÜĞÜ VE ICMA İLKELERİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

Rehber ve Taslak Rehberler ile AB Tüzüğü ve ICMA ilkeleri arasındaki önemli farklılıklar, kapsam, sınıflandırma sistemi, raporların içeriği, dış değerlendirme hizmeti verebilecek kuruluşlar ve düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkindir.

Kapsam açısından, Taslak Rehberler ile ICMA ilkelerinde sürdürülebilir borçlanma araçlarının temel türlerinin tamamını kapsayacak şekilde düzenlemelere yer verilmiştir. AB Tüzüğü'nde ise, yalnızca çevresel açıdan sürdürülebilir nitelikte kabul edilen yeşil borçlanma araçlarına ilişkin bağlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir[54]. Diğer sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin düzenlemelerin uygulanması ise, isteğe bağlıdır[55]. Bu bakımdan, Taslak Rehberler ile sürdürülebilir borçlanma araçlarının temel türlerinin tamamının kapsama alınması, oldukça önemli bir gelişmedir.

İkinci farklılık, yeşil borçlanma araçlarının özgülendiği projenin elverişliliğinin belirlenmesi amacıyla sınıflandırma sistemi kullanılmasına ilişkindir. AB Tüzüğü'nde, Avrupa Birliği Sınıflandırma Tüzüğü[56]'ndeki sistem kullanılmaktadır. Buna göre, "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi kullanılarak ihraç edilen borçlanma araçlarından elde edilecek fonun, yalnızca Sınıflandırma Tüzüğü m. 3'te belirtilen koşulları sağlayarak çevresel açıdan sürdürülebilir nitelikte kabul edilen ekonomik

[51] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 5; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 10-11.

[52] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 5; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 11.

[53] ICMA Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Tahvil İlkeleri, s. 5; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 11.

[54] AB Tüzüğü m. 1(a), m. 1(b).

[55] AB Tüzüğü m. 1(c).

[56] 2020/852 sayılı Avrupa Birliği Sınıflandırma Tüzüğü için bkz. < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852 > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

faaliyetlerde kullanılması gerekmektedir[57]. ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri'nde de tahvilin özgülendiği yeşil projenin elverişliliğinin belirlenmesi amacıyla, ihraççılar tarafından benimsenen taksonominin açıklanması tavsiye edilmektedir[58].

Ülkemizde henüz yürürlükte olan bir sınıflandırma sistemi mevcut değildir. Rehber ve Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber'de, yeşil projelerin elverişliliğinin belirlenmesine ilişkin başta Avrupa Birliği taksonomisi olmak üzere, uluslararası kabul görmüş diğer taksonomilerin ihraççılar tarafından kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir[59]. Tek bir sınıflandırma sisteminin tercih edilmemesi, hukuki öngörülebilirliği azaltmakta, piyasa katılımcılarının yeşil proje türlerinin belirlenmesi konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşmasını engellemekte ve yeşil aklama uygulamalarına kapı aralamaktadır[60].

Nitekim, bu durumun önüne geçilmesi amacıyla, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından Türkiye Yeşil Taksonomi Yönetmeliği Taslağı, kamuoyunun görüşüne sunulmuştur. Söz konusu yönetmeliğin 1 Ocak 2027 itibariyle yürürlüğe girmesi planlanmaktadır[61]. Taslak yönetmelikte çevresel açıdan "uyumlu ekonomik faaliyet" tanımı getirilmekte ve faaliyetlerin teknik tarama kriterleri ile değerlendirilmesi zorunlu tutulmaktadır[62]. Böylece, Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte, yeşil borçlanma araçlarının özgüleneceği yeşil projeler bakımından teknik izleme kriterleri getirilmiş olacaktır.

Bir diğer farklılık, gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları açısından fon kullanım raporu ve etki raporunun içeriğine ilişkindir. AB Tüzüğü'nün ekinde, her iki rapora ilişkin örnek şablonlara yer verilmiş ve rapor içeriğinde yer alacak hususlar, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[63]. Rehber ve Taslak Rehberler'de ise, fon kullanım raporu ve etki raporunun içeriği genel hatlarıyla açıklanmış[64], ancak her iki rapor açısından da içerikte yer alacak hususları ayrıntılandıran bir şablon sunulmamıştır. Etki raporu

---

[57] AB Tüzüğü m. 2(3), m. 4, s. 3.

[58] ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri, s. 5-6.

[59] Rehber, s. 8; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 10.

[60] DELİKTAŞ, s. 957; SÖNMEZ, s. 118-119.

[61] Türkiye Yeşil Taksonomi Yönetmeliği Taslağı, Geçici m. 1.

[62] Türkiye Yeşil Taksonomi Yönetmeliği Taslağı, m. 4(v), m. 6.

[63] AB Tüzüğü, s. 58 vd., s. 64 vd.

[64] Rehber, s. 9-10; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 13-15.

bakımından isteğe bağlı olarak ICMA'nın uluslararası standartlarının önerdiği şablonlardan yararlanılabileceği belirtilmiştir[65]. Dolayısıyla, ülkemizde ihraç edilen gelir kullanımı odaklı sürdürülebilir borçlanma araçları bakımından raporların ihraççılar tarafından farklı şekillerde hazırlanması ve bu bağlamda yatırımcılara sunulacak bilgiler ile bu bilgilerin sunum şeklinin farklı olması mümkündür. Bu durum, yatırımcıların sürdürülebilir borçlanma araçlarına ilişkin kapsamlı bilgi almasını ve bu araçları kıyaslamasını zorlaştırmakta[66] ve nihayetinde düzenlemelerin yatırımcıların korunması amacı ile çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır.

AB Tüzüğü ile Rehber ve Taslak Rehberler arasında dış değerlendirme hizmeti verebilecek kuruluşlar açısından da dikkat çeken bir farklılık vardır. AB Tüzüğü'nde, bu kuruluşlara ilişkin Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi (ESMA) nezdinde özel bir sicil oluşturulması ve ancak sicile kayıtlı olan kuruluşların dış değerlendirme hizmeti vermesi öngörülmüştür[67].

Rehber ve Taslak Rehberler'de, danışmanlık, bağımsız denetim ve derecelendirme kuruluşlarının aynı zamanda dış değerlendirme hizmeti verebilecekleri belirtilmektedir. Düzenlemelere göre, söz konusu kuruluşların dış değerlendirme hizmeti veren kuruluş niteliğini kazanabilmesi için, (i) Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği ve İklim Tahvilleri İnisiyatifi gibi uluslararası kabul görmüş dış değerlendirme listesi açıklayan kuruluşların listesinde yer alması veya (ii) Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği ve İklim Tahvilleri İnisiyatifi gibi listelerde yer alan kuruluşların üyelik anlaşmasına sahip olduğu yabancı şirketlerle yapılan lisans, know-how ve benzeri sözleşmeler çerçevesinde faaliyette bulunması veya (iii) sürdürülebilirlik ile ilgili konularda uzmanlaşarak dış değerlendirme hizmeti verebiliyor olması gerekir[68]. Bu kuruluşların dış değerlendirme hizmeti verebilmesi için gerekli teknik yeterlilik, uzmanlık ve donanıma sahip olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri Kurul'a sunmaları ve Kurul tarafından dış değerlendirme hizmeti vermelerinin uygun görülmesi gerekir[69].

[65] Rehber, s. 11; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 15.

[66] Mevcut Rehber bakımından aynı doğrultuda bkz. DELİKTAŞ, s. 960; SÖNMEZ, s. 117.

[67] AB Tüzüğü m. 1(b), m. 22/1.

[68] Rehber, s. 3; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 16; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 12.

[69] Rehber, s. 3; Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 17; Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber, s. 12.

Rehber ve Taslak Rehberler kapsamında dış değerlendirme hizmeti verebilecek kuruluşlara ilişkin özel bir sicil kurulmadığı gibi, farklı uluslararası kuruluşlar tarafından tutulan listelere kayıtlı olmanın ya da oldukça genel bir alternatif kriter olarak, sürdürülebilirlik konusunda uzmanlaşarak bu hizmeti verebiliyor olmanın yeterli olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, farklı kriterlere göre farklı listelere kaydolan kuruluşların Türkiye'de dış değerlendirme hizmeti sunması mümkündür[70]. Taslak Rehberler'in yürürlüğe girmesi ile birlikte de bu durum değişmeyecektir.

AB Tüzüğü ile Rehber ve Taslak Rehberler arasında, düzenlemelere aykırılık halinde ihraççılara ve dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara uygulanacak yaptırımlara ilişkin farklılaşan hususlara da dikkat çekmek gerekir. AB Tüzüğü'nde yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğu "yükümlülük" niteliğindedir ve bu düzenlemelere aykırılık halinde, üye ülkede yer alan yetkili idari kuruluş tarafından ihraççılara çeşitli idari yaptırımlar uygulanacaktır[71]. Yetkili idari kuruluş, ihlalin ağırlığı, yatırımcılar üzerindeki etkisi ve ihlalden elde edilen kazanç miktarı gibi çeşitli faktörleri göz önünde bulundurarak, ihlalin kamuya açıklanması, ihlalin durdurulması talebinde bulunulması, bir seneye kadar ihraçtan men edilme ve idari para cezası gibi yaptırımlardan bir veya birkaçını uygulayabilir[72]. Yine, AB Tüzüğü'nde yer alan yükümlülüklere aykırılık halinde, Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi (ESMA) tarafından dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara denetim tedbirleri uygulanması mümkündür. Bu kapsamda, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşun geçici olarak faaliyetten men edilmesi, sicilden silinmesi, ihlalin kamuya açıklanması, ihlalin durdurulması talebinde bulunulması ve idari para cezası gibi yaptırımlardan bir veya birkaçı uygulanabilir[73].

Hukukumuzda ise Rehber ve Taslak Rehberler'de yer alan düzenlemelerin bir kısmı yükümlülük niteliğinde, diğer kısmı ise tavsiye niteliğindedir. Çerçeve belgesinin öngörülen içeriğe uygun şekilde hazırlanması, fon kullanım raporunun dış değerlendirme kuruluşu tarafından doğrulanması ve kamuya açıklanması, çerçeve belgesine ilişkin danışmanlık veren kuruluşun ikinci taraf görüşü verememesi gibi yükümlülük niteliğindeki düzenlemeler, Kurul Kararı hükmünde olduğundan, bu düzenlemelere aykırı hareket eden ihraççılar ve dış değerlendirme kuruluşları hakkında, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 103. maddesinin 1. ve 2. fıkraları gereğince idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır. Ayrıca, Rehber ve

[70] Mevcut Rehber bakımından aynı doğrultuda bkz. DELİKTAŞ, s. 961.

[71] AB Tüzüğü m. 49-50.

[72] Ibid.

[73] AB Tüzüğü m. 59-60.

Taslak Rehberler kapsamında kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden ötürü, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 32. maddesine göre, ihraççılar ve dış değerlendirme kuruluşlarının sorumluluğuna başvurulması mümkündür.

Rehber ve Taslak Rehberler'de yer alan yeşil projenin elverişliliğinin belirlenmesi amacıyla bir sınıflandırma sisteminin kullanılması ya da etki raporunun dış değerlendirme kuruluşu tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi gibi tavsiye niteliğindeki düzenlemelere aykırılıklar ise, Kurul Kararı'na aykırı hareket olarak değerlendirilemeyecek ve dolayısıyla, söz konusu hallerde herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır[74].

DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Sonuç olarak, sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin değerlendirme ve önerilerim şu şekildedir:

- Sürdürülebilir borçlanma araçlarının klasik borçlanma araçlarından farklılaşan özelliklerinin bulunması sebebiyle, ülkemizde söz konusu borçlanma araçlarının ihracına ilişkin ayrık bir düzenleme yapılması, Taslak Rehberler ile sürdürülebilir borçlanma araçlarının temel türlerinin tamamının kapsama alınması ve yakın zamanda yürürlüğe girmesi planlanan Türkiye Yeşil Taksonomi Yönetmeliği Taslağı oldukça önemli gelişmelerdir.

- Rehber ve Taslak Rehberler'de gelir kullanımı odaklı borçlanma araçları açısından fon kullanım ve etki raporlarına ilişkin örnek şablonlara yer verilmediğinden, ihraççıların raporları farklı içerikte hazırlama ihtimali vardır. Bu durum, piyasa araçlarının şeffaflığını azaltacağından ve yatırımcıların bilgiye dayalı karar verme süreçlerini olumsuz etkileyeceğinden, hukukumuza da standart rapor şablonlarının kazandırılması gerekir.

- AB Tüzüğü'nde öngörüldüğü şekilde, ülkemizde de sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlara özel bir sicil hazırlanması ve yeknesak şekilde uygulanacak teknik standartların belirlenmesi, böylece farklı kriterlere göre farklı listelere kaydolan kuruluşların Türkiye'de dış değerlendirme hizmeti sunmasının önüne geçilmesi isabetli olur.

- Rehber ve Taslak Rehberler'de yer alan yükümlülüklerin ve yaptırımların kapsamı genişletilmelidir. Bu bağlamda, Rehberler'de yer alan etki raporunun dış değerlendirme kuruluşları tarafından doğrulanması gibi tavsiye niteliğindeki düzenlemeler, yükümlülük haline getirilmeli ve böylece, yükümlülüğe aykırılık halinde idari para cezası yaptırımı ve sorumluluğun koşulları gerçekleştiği takdirde, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk yaptırımı uygulanabilmelidir. Dış değerlendirme kuruluşları açısından da Kurul

[74] Sürdürülebilir borçlanma araçlarının ihracına ilişkin rehberlerde yer alan tavsiye niteliğindeki düzenlemelere aykırılık halinde idari para cezası yaptırımı uygulanamayacağına ilişkin aynı doğrultuda bkz. DELİKTAŞ, s. 962-963.

Kararı hükmünde olan düzenlemelere aykırı davranış halinde, idari para cezası ve sorumluluk yaptırımlarının yanı sıra, bu kuruluşlara denetim tedbirlerinin uygulanmasına yönelik düzenlemeler öngörülmelidir.

KISALTMALAR

AB Tüzüğü	Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları ve Çevresel Olarak Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ile Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Borçlanma Araçlarına İlişkin İsteğe Bağlı Açıklamalar Tüzüğü
Board	Capital Markets Board
CMC	Capital Market Code numbered 6362
dpn.	Dipnot
Draft Guidelines or (relevant) Draft Guideline	Draft Guideline on Green, Sustainable and Social Capital Market Instruments and the Draft Guideline on Sustainability-Linked Capital Market Instruments
Gelir Kullanımı Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber	Yeşil, Sürdürülebilir ve Sosyal Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı
Guideline	Guideline on Green Debt Instrument, Sustainable Debt Instrument, Green Lease Certificate, Sustainable Lease Certificate
Hedef Odaklı Borçlanma Araçlarına İlişkin Taslak Rehber	Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı
ICMA	Uluslararası Sermaye Piyasaları Derneği
Karş.	Karşılaştırınız

Kurul	Sermaye Piyasası Kurulu
m.	Madde
Rehber	Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi
s.	Sayfa
SPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
Taslak Rehberler	Yeşil, Sürdürülebilir ve Sosyal Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı ve Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Sermaye Piyasası Araçları Rehber Taslağı
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı

KAYNAKÇA

ALTINTAŞ, Abdullah: "Sürdürülebilir Borçlanma Araçları ve Bunlara İlişkin Türkiye'deki Mevcut Hukuki Durum Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024/4, s. 195-238.

ANSARI, Afra: "Analysing Sustainability-Linked Bonds", *Jus Corpus Law Journal*, 2023/1, s. 8-15.

BUEREN, Eckart: "Sustainable Finance", Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht, 2019, s. 813 vd.

CHAN, Ryan: "Ensuring Impactful Performance in Green Bonds and Sustainability-Linked Loans", *Adelaide Law Review*, 2021/1, s. 221-258.

CURTIS, Quinn/WEIDEMAIER, W. Mark C./ GULATI, Mitu: "Green Bonds, Empty Promises", *North Carolina Law Review*, 2023/1, s. 131-178.

FLAMMER, Caroline: "Green Bonds: Effectiveness and Implications for Public Policy", *Environmental and Energy Policy and the Economy*, 2020/1, s. 95-128.

GEHRING, Markus: "Legal Transition to the Green Economy", *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2016/2, s. 139-173.

GIRALDEZ, Juan/FONTANA, Stephanie: "Sustainability-Linked Bonds: The Next Frontier in Sovereign Financing", 2021, < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3829946 > Erişim Tarihi: 04.08.2025.

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, Bursa 2024.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.

KERR, Thomas M./AVENDANO, F.: "Green Loans and Multinational Corporations: Financial Innovation to Deliver Sustainability", *Natural Resources & Environment*, 2020/2, s. 46-49.

LENZI, Diletta: "Corporate Social Bonds: A Legal Analysis", *European Company and Financial Law Review*, 2021/2, s. 291-320.

LIN, Lin/HONG, Yanrong: "Developing a Green Bonds Market: Lessons from China", *European Business Organization Law Review*, 2022/1, s. 143-185.

MÖLLERS, Thomas: "European Green Deal: Greenwashing and The Forgotten Good Corporate Citizen As An Investor", *The Columbia Journal of European Law*, 2022/2, s. 203-237.

PARK, Stephen Kim: "Investors as Regulators: Green Bonds and The Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution", *Stanford Journal of International Law*, 2018/1, s. 1-47.

PARK, Stephen Kim: "Social Bonds for Sustainable Development: A Human Rights Perspective on Impact Investing", *Business and Human Rights Journal*, 2018/2, s. 233-255. ("*Social Bonds*")

POVILONIS/Jonathan R., "Contracting for ESG: Sustainability-Linked Bonds and a New Investor Paradigm", *The Business Lawyer*, 2022/3, s. 625-650.

ROSE, Paul: "Sustainability Verification", *American University Law Review*, 2023/3, s. 1017-1086.

SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: "Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, s. 397-417.

SÖNMEZ, Melih: Kurumsal Sürdürülebilirliğin Önemi, Güncel Gelişmeler Işığında Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Perspektifte Analizi, Legal Yayınevi, İstanbul 2025.

TURAN, Nilüfer: "Yeni Bir Borç Enstrümanı Olarak Yeşil Tahviller: Global Piyasalar ve Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Tespitler", *Sayıştay Dergisi*, 2022/6, s. 311-341.

YILDIRIM, Turan: İdare Hukuku, 9. Bası, Ed: Nur Kaman, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2024.

WORTHINGTON, Henrietta/JUDD, Victoria: "Can the Sustainability Linked Loan Deliver Lasting Change?", *Banking Law Journal*, 2021/2, s. 103-107.

KOOPERATİFLERİN SONA ERME SEBEPLERİNE İLİŞKİN BAZI MESELELER ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY*

ÖZET

Bu çalışmada organ eksikliği nedeniyle feshe ilişkin Türk Ticaret Kanunu m.530 ile haklı sebeple feshe ilişkin Türk Ticaret Kanunu m.531'in kooperatifler bakımından geçerli olup olmadığı, eğer geçerli ise anılan hükümlerin kooperatifler hakkında ne şekilde uygulanabileceği, bu bağlamda Kooperatifler Kanunu m.81.1.6'da üç yıl boyunca genel kurulunu yapamayan kooperatiflerin dağılacağının öngörülmüş olması karşısında Türk Ticaret Kanunu m.530'un genel kurulun toplanamaması durumunda kooperatiflerde uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu incelenip *de lege ferenda* önerilerde bulunulacaktır. Bu hususta yargı kararları ve İsviçre hukukundaki durum da değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatifin sona ermesi, kooperatifin dağılması, organ eksikliği nedeniyle fesih, haklı sebeple fesih, fesih davası.

THOUGHTS ON SOME ISSUES REGARDING THE GROUNDS FOR THE TERMINATION OF COOPERATIVES

ABSTRACT

This study examines whether Article 530 of the Turkish Commercial Code on termination due to organ deficiency and Article 531 of the Turkish Commercial Code on termination due to just cause are applicable to cooperatives, and if so, how these provisions can be applied to cooperatives, and in this context, given that Article 81.1.6 of the Cooperatives Law provides that cooperatives that fail to hold a general assembly for three years shall be dissolved, whether Article 530 of the Turkish Commercial Code applies to cooperatives in cases where the general assembly cannot be convened, and will make *de lege ferenda* recommendations. Judicial decisions and the situation under Swiss law will also be evaluated in this regard.

Keywords: Termination of the cooperative, dissolution of the cooperative, termination due to organ deficiency, just cause termination, termination case.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ilbasmis@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0560-4498

GİRİŞ

Şirketlerin sona ermesine yol açan sebepler, çeşitli ayrımlara tâbi tutularak incelenmektedir. Bunlardan biri de *fesih* ve *infisah* ayrımıdır[1]. İnfisah sebepleri gerçekleştiğinde şirket, başka herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer[2]. İnfisah sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği, dolayısıyla şirketin kendiliğinden sona ermiş olup olmadığı hususunda uyuşmazlık ortaya çıkarsa açılacak dava bir tespit/infisahın tespiti davasıdır[3]. Fesih sebepleri ortaya çıktığında ise şirket, ortakların/pay sahiplerinin iradesiyle veya mahkeme hükmüyle sona erdirilir[4]. Öğretide fesih yerine *dağıtma*, infisah yerine *dağılma* teriminin de kullanıldığı da görülmektedir[5].

24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu[6] (KoopK) m.81.1'e göre kooperatif; anasözleşme uyarınca (bent 1), genel kurul kararıyla (bent 2), iflâsın açılmasıyla (bent 3), kanunlarda öngörülen diğer hâllerde ilgili bakanlıkça[7] mahkemeden alınacak kararla (bent 4), diğer bir kooperatifle birleşme veya devralınma[8] yoluyla (bent 5), üç yıl olağan genel kurul toplantısı yapılmaması hâlinde (bent 6) ve amaca ulaşma olanağı bulunmadığının ilgili bakanlıkça tespiti hâlinde mahkemeden alınacak kararla (bent 7) sona erer[9]. KoopK m.81'de sona erme hâlleri sayıldıktan sonra ikinci fıkrada yapı

---

[1] TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): Ortaklıklar Hukuku I, 15.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s.264, N.326a; TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): Ortaklıklar Hukuku II, 15.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023, s.344, 594, N.1544, 1741; TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.198, N.10-86; BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16.B., Beta, İstanbul 2020, s.40, 85, 314, 399; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9.B., Dora, Bursa 2013, s.173, 565; KAYAR, İsmail: Ticaret Hukuku, 5.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.381, 482, 517; BİLGE, Mehmet Emin: "Anonim Şirketin Feshi ve Tasfiyesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.3-4, Y.2012, s.261; KADEROĞLU, Murat: Anonim Şirketlerin İnfisahı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.5; ÜÇIŞIK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, II.C., Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.645.

[2] TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s.267, N.335; TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.344, 594, N.1544, 1741; TEKİNALP, s.198, N.10-86; BAHTİYAR, s.40, 86, 314; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.173, 565; KAYAR, s.345, 381, 482; BİLGE, s.261; KADEROĞLU, s.6; ÜÇIŞIK/ÇELİK, s.645.

[3] TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.344, N.1544; TEKİNALP, s.198, N.10-86; KAYAR, s.482; ERDEM, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.234. Bu hususta mahkemenin verdiği kararın bir tespit hükmü olduğu yönünde bkz. KADEROĞLU, s.7.

[4] TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s.264, N.327; TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.344, 594, N.1544, 1741; TEKİNALP, s.198, N.10-86; BAHTİYAR, s.85, 319; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.173, 565; KAYAR, s.345, 381, 482; BİLGE, s.261; ÜÇIŞIK/ÇELİK, s.645-646.

[5] Bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar I, s.264, N.326a; TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.594, N.1741; BAHTİYAR, s.40, 85; KADEROĞLU, s.5; ÜÇIŞIK/ÇELİK, s.645.

[6] RG. 10.05.1969/13195.

[7] İlgili bakanlık için bkz. KoopK ek m.1.2.

[8] Ayrıca bkz. KoopK m.84 ve 85.

[9] KoopK'da *sona erme* yerine *dağılma* kavramı kullanılmaktadır. Gerçekten de KoopK m. 36'nın kenar başlığı "*[b]ir ortağın ayrılmasından veya [k]ooperatifin dağılmasından sonra sorumluluk*", keza "*[k]ooperatiflerin dağılması*" isimli yedinci bölümde yer alan m. 81'in kenar başlığı "*[d]ağılma sebepleri*", m. 84'ün kenar başlığı ise "*birleşme suretiyle dağılma*" şeklindedir. Ayrıca KoopK'nın gerek anılan maddelerinin gerekse başka

kooperatifleri ile ilgili sona ermeye dair bazı özel hususlar hüküm altına alınmıştır. KoopK m.81.1'in ikinci, dördüncü ve yedinci bentlerinde fesih sebepleri düzenlenmiş iken üçüncü, beşinci ve altıncı bentlerinde infisah sebeplerine yer verilmiştir[10]. Anasözleşmede öngörülecek sebep (bkz. KoopK m.81.1.1) ise infisah veya fesih sebebi olabilir[11].

---

maddelerinin (bkz. m.19, 29, 36, 51, 82, 83, 85, 86 ile geçici m.1 ve 9) metinlerinde *dağılma* kavramına yer verilmektedir. Bununla birlikte kooperatifler dışındaki ticaret şirketleri ile adi şirketler bakımından tercih edilen kavram *sona erme*dir. Bkz. 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011/27846) (TTK) m.136.4, 159.1.a, 237.1, 238.1, 243.1, 244.1, 247.1, 250.1, 251.1, 253.1, 264.1, 271.1, 272.1, 273.1, 274, 275.1, 276, 287, 294.1, 322.1, 328.1, 376.2, 507.1, 529.1, 532.1, 533.1, 541.1, 545.1, 548.1 ve 2, 577.1.m, 636.1 ve 5, 637.1; 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011/27836) (TBK) m.639.1, 641, 642.1, 644.1, 645.1. KoopK'daki kavram tercihi eleştiriye açıktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere *dağılma*, *infisah* yerine kullanılan bir kavramdır. Oysa KoopK incelendiğinde *dağılma* kavramı altında sadece *infisah* değil, *fesih* hâllerinin de düzenlendiği görülmektedir. KoopK'daki *dağılma* ile hem *fesih* hem de *infisah* sebeplerinin düzenlendiği/*dağılma*nın gerek *fesih* gerekse *infisah*ı kapsadığı yönünde bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar Hukuku II, s.724, N.1982a; ŞİMŞEK, Edip: Kooperatif Ortaklıklar, Ankara 1981, s.237; DERYAL, Yahya: "Kooperatifler Şirketler", Şirketler Hukuku (ed. Sami Karahan), 2.B., Konya 2013, s.922, dn.1; DERYAL, Yahya: "Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1994, s.158-159; ÇEVİK, Orhan Nuri: Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat, 5.B., Ankara 1999, s.901; ÇEVİK, Orhan Nuri: Kooperatifler Kanunu, 6.B., Ankara 2003, s.728; COŞKUN, Mahmut: Kooperatifler Hukuku, 4.B., Ankara 2025, s.1152. Bu bakımdan infisah anlamında da kullanılan *dağılma* yerine *sona erme* teriminin tercih edilmesi isabetli olur. Nitekim *dağılma*nın kooperatifin *sona erme*si anlamına geldiği hususunda bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.724, N.1982a. Öte yandan KoopK, 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 09.07.1956/9353) (6762 s. TTK) döneminde yürürlüğe girmiştir. 6762 s. TTK'da *infisah etme*/*münfesih olma* terimi kullanılmış (bkz. m.185, 434, 549) olup infisah terimi altında fesih hâllerine de yer verilmişti. 6762 s. TTK'da sona erme, infisah ve fesih terimlerinin kullanımına yönelik eleştiriler için bkz. KADEROĞLU, s.8 vd. TTK'da *infisah etme/münfesih olma* yerine -isabetli olarak- *sona erme* kavramına yer verilmiş olmasına paralel şekilde KoopK'da da *sona erme* kavramının tercih edilmesi uygun olur. Belirtelim ki Ticaret Bakanlığı'nın internet sitesinde 01.11.2013 ve 28.02.2014 tarihli iki haberde bir Kooperatifler Kanunu Taslağı'ndan söz edilmektedir. Ancak anılan Taslağa ne Ticaret Bakanlığı'nın ne de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin internet sitesinden ulaşılabilmesi mümkündür. Söz konusu haberler için bkz. '"Yeni Kooperatifler Kanunu" Hazırlık Çalışmaları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Öncülüğünde Sürdürülüyor', (https://ticaret.gov.tr/kurumsal-haberler/yeni-kooperatifler-kanunu-hazirlik-calismalari-gumruk-ve-ticaret-bakanligi-onculugunde-surduruluyor, Erişim Tarihi: 30.07.2025) ve "Kooperatifler Yeni Kanunla Değişiyor" (https://ticaret.gov.tr/haberler/kooperatifler-yeni-kanunla-degisiyor, Erişim Tarihi: 30.07.2025). Diğer taraftan resmî olmayan bir internet sitesinde "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlık çalışmaları yürütülmekte olan yeni kooperatifler yasasının taslak çalışma metni*" açıklamasıyla, kim/kimler tarafından ve hangi tarihte hazırlandığı belirsiz olan "Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" isimli bir belgeye erişilebilmektedir. Bkz. https://atakoop.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/04/yeni_koop_kan_taslak.pdf, Erişim Tarihi: 30.07.2025. Bahsi geçen belgede *dağılma* yerine *sona erme* kavramının tercih edildiği görülmektedir. "Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" isimli belgeye ilişkin olarak ayrıca bkz. AKER, Halit: Kooperatiflerde Genel Kurul, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2019, s.5, dn.10 ve s.19-20.

[10] KoopK m.81.1'de hem fesih hem de infisah sebeplerine yer verildiği, anılan hükmün ikinci ve dördüncü bentlerinde fesih sebeplerinin düzenlendiği yönünde bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.724, N.1982a; DERYAL, s.922, dn.1.

[11] Anonim şirketlerin esas sözleşmede öngörülen herhangi bir sebeple sona ereceğinin düzenlendiği TTK m.529.1.c'ye ilişkin olarak bu yönde bkz. TEKİNALP, s.198, N.10-86; AL KILIÇ, Şengül: Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.365. Öğretide kooperatif anasözleşmesinde gösterilen sebep

Sona erme sebeplerinin KoopK'da sayılanlardan ibaret olup olmadığına gelince Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin KoopK m.81'de kooperatifin sona erme sebeplerinin sınırlayıcı bir şekilde sayıldığı, dolayısıyla bu sebeplerin genişletilmesinin mümkün olmadığı yönünde kararlarına[12] rastlanmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında[13] ise KoopK m.81.1.4'te kooperatifin kanunlarda öngörülen diğer hâllerde ilgili bakanlıkça mahkemeden alınacak kararla sona ereceği düzenlendiğinden sona erme sebeplerinin sınırlandırılmadığı belirtilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu görüşü, KoopK m.81.1'in mehazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m.911 bağlamında İsviçre öğretisinde de aynı gerekçeyle dile getirilmektedir[14]. Biz de bahsi geçen gerekçeyle KoopK'da sona erme sebeplerinin örnekleyici olarak sayıldığı görüşünü paylaşmaktayız.

Diğer taraftan KoopK m.98'de KoopK'da aksine bir açıklama bulunmadığı takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kooperatifler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu noktada iki temel mesele öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki anonim şirketler bakımından öngörülen fesih davalarının (çalışmamız kapsamında ele alacağımız organ eksikliği nedeniyle feshe ilişkin TTK m.530 ile haklı sebeple feshe ilişkin TTK m. 531'in) kooperatiflerde uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. İkinci mesele ise anılan hükümlerin KoopK m.81.1.4'ün mü yoksa m.98'in mi atfıyla uygulanacağıdır.

I. TTK M.530 BAKIMINDAN İNCELEME

A. Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Kararları

Öğretide ve uygulamada TTK m.530'un (6762 s. TTK m.435'in) kooperatifler bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir[15]. Yazarların birçoğunun, bu sonuca varırken, KoopK'nın gerek

gerçekleştiğinde genel kurulca sona erme kararı alınarak tasfiye işlemlerinin başlatılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.159; DERYAL, s.922; ÇEVİK, KoopH, s.902; ÇEVİK, KoopK, s.729; PARLAR, Ali/PARLAR, Aynur: Cezai ve Hukuki Sorumluluk Açısından Açıklamalı-İçtihatlı Kooperatifler Kanunu, 3.B., Bilge Yayınevi, Ankara 2011, s.687; YILDIRIM, Üner: 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Işığında Kooperatifçilik Bilgisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s.209. Bu düşünceye, anasözleşmede yazılı sebep gerçekleştiğinde kooperatifin genel kurul kararıyla sona erdirileceği öngörülmüşse, yani bir fesih hâli düzenlenmişse iştirak edilebilir. Diğer taraftan anasözleşmede düzenlenen sebep bir infisah sebebi ise genel kurulca karar alınmasına gerek olmaksızın sona erme gerçekleşir. Dolayısıyla genel kurulun alacağı karar, zaten gerçekleşmiş olan sona ermeyi tespit etmekten başka bir işlev görmeyecektir.

[12] Bkz. Y. 23. HD., 07.11.2016, E. 2015/8841, K. 2016/4879; Y. 23. HD., 23.01.2018, E. 2015/9122, K. 2018/165; Y. 23. H., 25.11.2019, E. 2018/1470, K. 2019/4876 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[13] Y. 11. HD., 04.06.1981, E. 2414, K. 2803 (ERİŞ, Gönen/ULUSOY, Yılmaz: Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, Olgaç Matbaası, Ankara 1987, s.737, dn.7).

[14] Bkz.I, D.

[15] ŞİMŞEK, s.240; TEKİL, Fahiman: Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 1994, s.155; ARPACI, Abdülkadir: Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, 2. B., Temel Yayınları, İstanbul 1995, s.248; DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.162; KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 5.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.624, 630-631; KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 6.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.835; ÇEVİK, KoopH, s.905, 906; ÇEVİK, KoopK, s.731-732;

m.81.1.4 gerekse m.98 hükmünü dayanak gösterdiği görülmektedir[16]. YILDIRIM ise KoopK m.81.1.4 çerçevesinde TTK m.530'un kooperatiflerde de uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşırken KoopK m.98'e değinmemektedir[17]. Uygulamaya gelince, bazı kararlar[18], KoopK'nın hem m.81.1.4 hem de m.98 hükmüne istinaden TTK m.530 (6762 s. TTK m.435) hükmünün kooperatiflerde de geçerli olduğu yönündedir. Bazı kararlarda[19] ise TTK m.530'a (6762 s. TTK m.435'e) KoopK m.98'in atfıyla başvurulmuştur. Diğer taraftan -tespit edilebildiği kadarıyla- bir kararda[20] TTK m.530 (6762 s. TTK m.435) hükmü, KoopK m.86 ve 98 hükümleri dayanak gösterilerek uygulanmıştır.

Bununla birlikte TTK m.530'un (6762 s. TTK m.435'in) kooperatif genel kurulunun toplanamaması hâlinde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda fikir birliği yoktur. Bir görüş olarak soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği ifade edilmektedir[21]. Diğer taraftan TTK m.530'a (6762 s. TTK m.435'e) genel kurulun toplanamaması hâlinde başvurulamayacağı yönünde bir görüş de vardır. Buna göre KoopK m.98 gereğince KoopK'da aksine açıklık bulunmadığı takdirde TTK'nın (6762 s. TTK'nın)

PARLAR/PARLAR, s.688; BOZKURT, Tamer: Şirketler Hukuku, 13.B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.669; ÜSTÜN, Yusuf/AYDIN, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2021, s.386-387; COŞKUN, s.1180-1181; YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.210; Y. 11. HD., 25.01.1982, E. 252, K. 221 (ERİŞ/ULUSOY, s.738, dn.8); Y. 11. HD., 25.4.1984, E. 1910, K. 2396 (ÇEVİK, KoopK, s.759-760); Y. 11. HD., 15.05.1984, E. 2673, K. 2852 (ERİŞ/ULUSOY, s.741, dn.13); Y. 11. HD., 14.03.1986, E. 418, K. 1457 (ERİŞ/ULUSOY, s.742, dn.14); Y. 11. HD., 24.03.1986, E. 1402, K. 1656 (ÇEVİK, KoopH, s.907; ÇEVİK, KoopK, s.760); Y. 11. HD., 12.12.1986, E. 6850, K. 6770 (ERİŞ/ULUSOY, s.744, dn.18); Y. 11. HD., 12.6.1989, E. 6465, K. 3588 (ÇEVİK, KoopK, s.761); Y. 11. HD., 22.1.1990, E. 229, K. 49 (ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2001, s.1136-1137); Y. 11. HD., 8.4.1996, E. 2046, K. 2523 (ÇEVİK, KoopH, s.907; ÇEVİK, KoopK, s.762); Y. 11. HD., 27.1.1997, E. 9158, K. 7239 (ERİŞ, KoopH, s.1157-1158); Y. 11. HD., 10.4.1997, E. 1997/2069, K. 1997/2671 (ÇEVİK, KoopH, s.907-908; ÇEVİK, KoopK, s.762); Y. 23. HD., 24.02.2015, E. 2014/9766, K. 2015/1137 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.07.2025). Ayrıca bkz. Gerekli organların oluşturulmaması hâlinde kooperatifin sona ereceğini dile getiren TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.724, N.1983.

[16] ŞİMŞEK, s.240; TEKİL, KoopH, s.155; ARPACI, s.248; DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.162; ÇEVİK, KoopH, s.905, 906; ÇEVİK, KoopK, s.731-732; KURTULAN, s.630; KURTULAN, 2015, s.835; ÜSTÜN/AYDIN, s.386; COŞKUN, s.1180-1181.

[17] YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.210.

[18] Dn.15'teki Y. 11. HD., 15.05.1984, E. 2673, K. 2852; Y. 11. HD., 12.12.1986, E. 6850, K. 6770; Y. 11. HD., 27.1.1997, E. 9158, K. 7239.

[19] Dn.15'teki Y. 11. HD., 12.6.1989, E. 6465, K. 3588; Y. 11. HD., 22.1.1990, E. 229, K. 49; Y. 23. HD., 24.02.2015, E. 2014/9766, K. 2015/1137.

[20] Dn.15'teki Y. 11. HD., 14.03.1986, E. 418, K. 1457.

[21] ÜSTÜN/AYDIN, s.386, 387; YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.210. Ayrıca bkz. "*Organların eksikliği hususu eski TTK'nın 435 inci maddesinden esinlenerek TTK'da 530 uncu maddede kaleme alınmıştır. […] Kooperatifler bakımından getirilen en önemli yenilik, uzun süreden beri kanunen gerekli organlarından birinin mevcut olmamasının veya genel kurulun toplanamamasının devamlılık göstermesi halidir. Ancak maddede yer alan uzun süreden beri ifadesinin uygulamada geniş yorumlanması ve organ yokluğu gerekçesiyle açılan davaların bu nedenle reddedilmesi ihtimali oldukça yüksektir.*" ["Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler", s.85 (https://ticaret.gov.tr/data/5d4c0f2813b876180c773fc3/6102kanunkitab1ı.pdf, Erişim Tarihi: 28.04.2025)].

anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olup KoopK m.81.1.6'da aksine bir açıklığa yer verilmiştir[22].

TTK m.530 (6762 s. TTK m.435) çerçevesinde kimin veya kimlerin davacı sıfatını haiz olduğu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre ilgili bakanlığın yanı sıra ortaklar ve alacaklılar da kooperatifin feshine karar verilmesini mahkemeden talep edebilir[23]. Aksi yöndeki görüş; feshi dava etme hakkının ilgili bakanlığa ait olduğu, anonim şirketlerde pay sahiplerine ve alacaklılara da tanınmış olan bu hakkın kooperatiflerde ortaklara ve alacaklılara tanınmadığı yönündedir[24]. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında[25] kooperatif ortaklarının sayısının yedinin altına düşmesi hâlinde kalan ortakların ilgili bakanlığa başvurması ve ilgili bakanlığın da kooperatifin durumundan bahisle fesih ve tasfiye istemesi gerektiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirmeler

TTK m.530'un kooperatifler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususunda karar vermeden önce üç yıl üst üste genel kurulunu yapamayan kooperatiflerin dağılacağını öngören KoopK m.81.1.6'nın, TTK m.530'un uygulama alanının tamamını kapsayıp kapsamadığı sorusuna yanıt verilmelidir. Bunun için de TTK m.530'un uygulama alanının tespiti gerekmektedir.

Anonim şirket genel kurul veya yönetim kurulunun işlevsizliğinin üç görünüm biçimi vardır: (1) Yönetim kurulunun oluşturulamaması, (2) genel kurulun veya (oluşturulmuş olmasına rağmen)

[22] KURTULAN, s.632-633. Diğer taraftan KURTULAN, aynı çalışmanın sonraki baskısında, hem kooperatif genel kurulunun toplanamaması hâlinde TTK m.530'un uygulanacağını hem de KoopK m.81.1.6'da genel kurulun toplanamamasının ayrı bir sona erme sebebi olduğunu belirtmektedir (KURTULAN, 2015, s.835). Benzer şekilde ÇOŞKUN da bir yandan kooperatif genel kurulunun toplanamaması durumunda TTK m. 530'a başvurulacağını, diğer yandan KoopK m.81.1.6'da genel kurulun toplanamaması durumunun ayrı bir sona erme sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmektedir (COŞKUN, s. 1180-1181). Ayrıca bkz. ve karş. Hem 6762 s. TTK m.435 çerçevesinde mahkemenin vereceği uygun süre içerisinde genel kurul toplanamazsa kooperatifin feshine karar verileceğini hem de evvelce KoopK m.98'in atfıyla 6762 s. TTK m.435 hükmü gereğince mevcut olan sona erme sebebinin kooperatifler bakımından üç sene sınırı getirilerek (bkz. KoopK m.81.1.6) açıklığa kavuşturulduğunu ifade eden ÇEVİK, KoopH, s.906, 908; TTK m.530'un kooperatif genel kurulunun toplanamaması durumunda da uygulanabileceği yönünde açıklamalarda bulunan, bununla birlikte kooperatifin üç yıl olağan genel kurulunu yapmaması hâlinde sona ereceğine (KoopK m.81.1.6) değinerek anonim şirketin genel kurulunu yapmamasının bir fesih sebebi olduğunu da dile getiren BOZKURT, s.669, 703. Belirtelim ki dn.15'te zikredilen bazı kararlarda genel kurulun toplanamaması sebebiyle 6762 s. TTK m.435'in uygulandığı görülmektedir. Bkz. Y. 11. HD., 25.4.1984, E. 1910, K. 2396; Y. 11. HD., 15.5.1984, E. 2673, K. 2852; Y. 11. HD., 14.3.1986, E. 418, K. 1457; Y. 11. HD., 22.1.1990, E. 229, K. 49. Ancak bahsi geçen kararların verildiği tarihte KoopK m.81.1.6 hükmü yürürlükte değildi/KoopK m.81.1.6 hükmü temyiz incelemesi sırasında yürürlükte olduğu hâlde davanın açıldığı tarihte yürürlükte değildi.

[23] KURTULAN, s.630, 631, KURTULAN, 2015, s.835; BOZKURT, s.669; COŞKUN, s.1180-1181; ÜSTÜN/AYDIN, s.387; YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.210.

[24] ŞİMŞEK, s.240; ÇEVİK, KoopH, s.905; ÇEVİK, KoopK, s.732.

[25] Dn.15'teki Y. 11. HD., 24.03.1986, E. 1402, K. 1656.

yönetim kurulunun toplanamaması, (3) genel kurulun veya yönetim kurulunun toplanabilmesine rağmen devamlı surette karar alamaması[26]. Bunlardan üçüncüsü, *kilitlenme (deadlock/pattsituation)* olarak adlandırılmaktadır[27].

TTK m.530 gereğince "*[u]zun süreden beri şirketin kanunen gerekli olan organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığının istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulunu da dinleyerek şirketin durumunu kanuna uygun hâle getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmezse, mahkeme şirketin feshine karar verir.*" Anılan hükmün gerekçesinde gerekli organın mevcut olmaması ile bu organın gerçekten bulunmamasının kastedildiği, yönetim kurulunun görev süresinin bitimine rağmen yeni bir yönetim kurulunun seçil(e)memiş olması veya üyelerin istifaları neticesinde kurulun boşalması ve bu boşluğun doldurul(a)maması durumunda yönetim kurulunun mevcut olmadığının kabul edilmesi gerektiği, yönetim kurulu mevcut olduğu hâlde hiç veya gereği gibi toplanamıyorsa bu durumun da somut olayın özelliklerine göre maddenin kapsamına dâhil edilebileceği belirtilmiştir[28]. Dolayısıyla -yukarıda sayılan- işlevsizlik hâllerinden birincisi ve ikincisinin TTK m.530'un kapsamına dâhil olduğu muhakkaktır; bununla birlikte üçüncüsünün, yani kilitlenmenin de bahsi geçen hükmün kapsamında bulunup bulunmadığı açık değildir.

Diğer taraftan TTK m.531'e göre "*[h]aklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" Anonim şirketin haklı sebeple feshi davasında feshe veya alternatif çözüme hükmedilebilmesi, haklı sebebin varlığı şartına bağlıdır[29]. TTK m.531'de tanımlanmayan veya örneklendirilmeyen haklı sebep kavramının içeriği, somut olayın özelliklerine göre hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenir[30]. Bu bağlamda anonim şirket genel kurulu ile yönetim kurulunun işlevsizliği hâllerinin haklı sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi ve TTK m. 530'un kilitlenme hâlinde de uygulanma kabiliyetini haiz

[26] İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2016, s.164. Aynı yönde bkz. ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.222.

[27] İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.164.

[28] Bkz. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu", s.244 (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c032/tbmm23032022ss0096.pdf, Erişim Tarihi: 11.06.2025).

[29] İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.61.

[30] İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.6, 61.

olduğunun kabul edilmesi, işlevsizlik hâllerinde TTK m.530'a mı yoksa TTK m.531'e mi başvurulabileceği sorusunu beraberinde getirmektedir.

Öğretide bir görüşe göre hem organların şeklen mevcut olmaması hem de şeklen mevcut olmakla birlikte çalışamaması (işlevsizlik veya kilitlenme) hâlleri TTK m.531'in değil, organ yokluğuna ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olan TTK m.530'un uygulanmasına yol açar[31]. İkinci bir görüşe göre ise yönetim kurulunun oluşturulamaması, genel kurulun ve yönetim kurulunun toplanamaması TTK m.530'un kapsamında iken genel kurul ile yönetim kurulunun toplanabilmelerine rağmen karar alamamaları hâli haklı sebeple fesih davasının (TTK m.531) konusunu oluşturur[32]. Bizim de katıldığımız üçüncü görüş, genel kurul ile yönetim kurulunun işlevsizliği hâllerinin tümünün hem organ eksikliği hem de haklı sebep olarak değerlendirilebileceği, anılan hâllerde organ eksikliğine dayalı fesih davası (TTK m.530) ile haklı sebeple fesih davasının (TTK m.531) birbiriyle yarışacağı yönündedir[33]. TTK m.530'un uygulama alanına anonim şirketlerin uzun süreden beri kanunen gerekli olan organlarından birinin (yönetim kurulunun) mevcut olmaması, oluşturulamaması; uzun süreden beri genel kurulunun toplanamaması, toplanabilmesine rağmen karar alamaması; uzun süreden beri yönetim kurulunun toplanamaması, toplanabilmesine rağmen karar alamaması dâhildir[34].

O hâlde genel kurulunu yapamayan kooperatifler KoopK m.81.1.6 gereğince infisah edecektir. Kooperatif genel kurulunun bu kadar net olmayan işlevsizlik hâllerinde (genel kurulun toplanmasına rağmen uzun süreden beri karar alamaması) veya diğer kanuni organlarının (yönetim kurulu veya -

[31] SOYKAN, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.320 vd.

[32] ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.219 vd., 270 vd.; ERDEM, s.148.

[33] İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.167-168; İLBASMIŞ, Hızlısoy: Halka Açık Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları ile Bu Esaslara Aykırılığın Hukuki Akıbeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s.234-235. Ayrıca bkz. Organların işlevsizliğinin öncelikle TTK m.530'un kapsamına girdiğini, ancak TTK m.531 açısından geniş anlamda haklı sebep olarak da nitelendirilebileceğini, işlevsizlik hâlinde TTK m. 531'e dayanılarak dava açıldığında TTK m.531 ile TTK m.530'un kümülatif olarak uygulanacağını, bu durumda fesih kararından önceki aşamalar için TTK m.530'a, fesih kararı (fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilme yetkisi) için ise TTK m.531'e başvurulacağını, TTK m.530'a dayanılarak dava açıldığında TTK m.531'in duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilme yetkisinden yararlanılabileceğini belirten AYOĞLU, Tolga: "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.2, Y.2013, s.228-231. Benzer yönde bkz. ve karş. AYDOĞAN, Fatih: "TK m. 530 Hükmüne Dayalı Olarak Açılan Fesih Davasında, Davacı Pay Sahibinin Çıkarılmasına Karar Verilip Verilemeyeceği-Davanın, TK m. 531 Hükmü Uyarınca Karara Bağlanmasının Mümkün Olup Olmadığı", *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.143-145. Buna ek olarak bkz. Haklı sebeple fesih davası ile diğer fesih davaları arasında yarışma olmadığını ifade etmekle birlikte azınlık pay sahibinin, organ eksikliği gibi diğer fesih davalarının konusunu teşkil eden bir haklı sebeple karşı karşıya kaldığında dilerse bu fesih davasını dilerse haklı sebeple fesih davasını açabileceğini dile getiren AYAN, Özge: "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası", *Legal Hukuk Dergisi*, S.102, Y.2011, s.2240.

[34] İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.168.

kooperatifler bakımından- denetim kurulunun) işlevsizliği durumlarında ise TTK m.530'a ihtiyaç duyulacaktır.

Hâl böyle olunca bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus TTK m.530 hükmünün KoopK m.81.1.4'ün mü yoksa m.98'in mi atfıyla uygulama alanı bulacağıdır. Zira bu hususta varacağımız sonuç davacı sıfatının, açık deyişle ilgili bakanlık dışındakilerin (ortaklar ve alacaklıların) davacı olup olamayacağının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. TTK m.530'un kooperatifler hakkında KoopK m.98'in atfıyla uygulanacağı sonucuna ulaşılırsa ilgili bakanlık gibi ortaklar ve alacaklılar da bu davayı açabilecektir.

KoopK m.98'de KoopK'da aksine bir açıklama bulunmadığı takdirde TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kooperatifler hakkında da uygulanacağı düzenlenmektedir. Acaba kooperatiflerin kanunlarda öngörülen diğer hâllerde ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine sona ereceğini düzenleyen KoopK m.81.1.4 hükmü KoopK'daki aksine açıklama teşkil eder mi? Bu sorunun olumlu yanıtlanması isabetli görünmektedir. Buna göre KoopK m.81.1.4'teki kanunlarda öngörülen diğer durumlardan birini TTK m.530'daki organ eksikliği sebebiyle fesih davası oluşturur. O hâlde kooperatiflerde TTK m.530'da düzenlenen fesih davası genel kurulun üst üste üç yıl toplantı yapmaması haricindeki organ eksikliği/işlevsizliği durumlarında uygulama alanı bulacak ve bu davayı sadece ilgili bakanlık açabilecektir.

C. KoopK M.81.1.6'nın, Genel Kurulun Toplanamaması Hâlinde TTK M.530'un Uygulanmasını Engellemesinden Kaynaklanan Sorunlar

Yönetim kurulunun veya denetim kurulunun oluşturulamamasının çoğu durumda genel kurulun karar alamaması, genel kurulun karar alamamasının da çoğunlukla genel kurulun toplanamaması neticesinde ortaya çıkacak olması nedeniyle TTK m.530'un uygulama alanı kooperatiflerde oldukça dardır. Çoğu durumda üç yıl üst üste genel kurulunu yapamayan kooperatiflerin dağılacağını öngören KoopK m.81.1.6 hükmü devreye girecektir. Üç yıl üst üste genel kurul yapılmadığında aslında kooperatifin infisahı söz konusu olacak olmasına rağmen tespit edebildiğimiz kadarıyla uygulamada en fazla uyuşmazlık bu hüküm nedeniyle gündeme gelmektedir. Bu uyuşmazlıklara yol açan sorunlar aşağıdaki biçimde tasnif edilebilir:

1. Üst Üste Üç Yıl Olağan Genel Kurul Toplantısı Yapmadığı için İnfisah Edip Tasfiye Sürecine Girmiş Bir Kooperatifin Sonradan Yapacağı Genel Kurul Toplantısıyla veya Faaliyetlerini Devam Ettirdiğinin Tespitine İlişkin Bir Mahkeme Kararıyla Tasfiyeden Dönüp Dönemeyeceği Sorunu

a. İlgili Yönetmelik Hükmü ve Yargıtay Kararları

Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcisinin Nitelik ve Görevleri Hakkında Yönetmelik[35] (BakYön) m.7.4 uyarınca "*[ü]ç yıl üst üste genel kurul yapmadığından, kanunen dağılmış sayılan kooperatiflerce temsilci başvurusunda bulunulursa, toplantı gündeminde münhasıran tasfiye kararı alınmasına dair madde veya kooperatif faaliyetlerinin sürdüğüne dair mahkeme kararının bulunması halinde temsilci görevlendirilir.*" Buna göre bir kooperatif üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmamış, dolayısıyla infisah edip tasfiye sürecine girmiş olmasına rağmen faaliyetlerini sürdürmüş ve bu durumu bir mahkeme kararı ile tespit ettirmiş ise infisah hâlini ortadan kaldırmış, adeta tasfiyeden dönmüş kabul edilecektir.

BakYön m.7.4 hükmünün, Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Daireleri tarafından çözülmeye çalışılmış bir sorundan kaynaklı olarak düzenlendiği düşünülmektedir. Gerçekten Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Daireleri'nin bazı kararları incelendiğinde, üst üste üç yıl olağan genel kurul toplantısı yapmadıkları için infisah etmiş olan kooperatiflerin sonradan genel kurul toplantısı yaptıkları, açık deyişle faaliyetlerini sürdürdükleri görülmektedir. Bu durumda Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Daireleri, üst üste üç yıl olağan genel kurul toplantısı yapılmamasının bir sona erme sebebi teşkil ettiğine dikkat çekmekte, bununla birlikte sonradan yapılmış olan genel kurul toplantısı ile ortakların kooperatifin devamı yönünde irade gösterdiklerini, sona erme şartlarının ortadan kalktığını, dolayısıyla bu sebebe istinaden kooperatifin feshine (?) karar verilemeyeceğini belirtmektedir[36].

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararlarından birinde[37], sonradan yapılan genel kurul toplantısıyla sona erme hâlinin ortadan kalktığı düşüncesini şöyle gerekçelendirmektedir: "*Davacı vekili, davalı koooperatifin 2001,2002,2003,2004 ve 2005 yıllarında genel kurullarını yapmadığını, bu durumun 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın 81/6 maddesi uyarınca fesih nedeni olduğunu ileri sürerek, davalı kooperatifin feshini talep ve dava etmiştir. [...] Dava, davalı kooperatifin yasal olarak yapmak zorunda olduğu genel kurul toplantılarını yapmaması nedeniyle feshi istemine ilişkindir. Somut olayda davadan önce 19.03.2006 tarihinde 2004 ve 2005 yıllarını da kapsayacak şekilde genel kurul toplantısının yapılmış olduğu ve kooperatifin faaliyetine son verilmesi yönünde bir karar da alınmayıp, gelecekte yapılacak işler konusunda kararlar alınmış bulunduğu görüldüğünden yapılan toplantıda ortaya çıkan genel kurul iradesinin kooperatifin devamı yönünde olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan,*

[35] RG. 14.01.2022/31719.

[36] Y. 11. HD., 9.3.1999, E. 10099, K. 1958 (ERİŞ, KoopH, s.1164-1165); Y. 11. HD., 5.4.2004, E. 2003/9300, K. 2004/3502; Y. 11. HD., 05.04.2004, E. 2003/9286, K. 2004/3503 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025); Y. 11. HD., 11.10.2004, E. 938/K. 9540 (ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir: Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006, s.1299-1300); Y. 11. HD., 13.3.2006, E. 2005/2696, K. 2006/2548 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.05.2025); Y. 11. HD., 15.11.2007, E. 2006/11263, K. 2007/14348 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025); Y. 11. HD., 15.3.2010, E. 2371, K. 2803 (PARLAR/PARLAR, s.733); Y. 23. HD., 03.04.2015, E. 2014/10633, K. 2015/2237; Y. 23. HD., 24.12.2015, E. 2015/4884, K. 2015/8441 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 04.05.2025).

[37] Dn.36'daki Y. 11. HD., 15.11.2007, E. 2006/11263, K. 2007/14348.

kooperatiflerin amacının ortaklarının belirli ekonomik gereksinmelerinin ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarının sağlanıp korunmasına yönelik bulunduğundan kooperatifin devamında ortakların yararının olduğu hususu da nazara alındığında ortaklar tarafından faaliyetinin devamı istenen kooperatifin genel kurul toplantısının yapılmasıyla ilgili yasal şartı da yerine getirmiş bulunmasına göre feshine ilişkin olarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir[…]."

Bununla birlikte aksi yönde bir karara[38] da rastlanmaktadır. Buna göre davacı ilgili bakanlık tarafından davalı kooperatif birliğine gönderilen yazıda (anlaşılabildiği kadarıyla üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmamış olması gerekçesiyle) birliğin münfesih hale gelmiş olduğunun saptandığı bildirilmiş, kooperatif birliği bu bildirimden sonra geçmiş yıllara ait genel kurul toplantılarını yapmıştır. İlk derece mahkemesi KoopK m.81.1.6'ya istinaden birliğin sona ermiş olduğunun tespitine karar vermiş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de geçmiş yıllara ait genel kurul toplantılarının ilgili bakanlığın bildiriminden sonra yapıldığına değinerek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

b. Öğretideki Görüşler

29.05.1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda[39] (865 s. TK) ve 6762 s. TTK döneminde, sona ermiş ve tasfiyeye girmiş bir anonim şirketin genel kurulunca bu sona erme ve tasfiye hâlinin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağına, yani tasfiyeden dönme kararı alınıp alınamayacağına yönelik bir hüküm mevcut değildi. Diğer taraftan öğretide anonim şirketler bakımından genel kurulca tasfiyeden dönülmesinin mümkün olup olmadığı ele alınmıştı. Bir görüş olarak soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği savunulmaktaydı[40]. Hâkim görüş ise tasfiyeden dönülebileceği yönündeydi[41].

[38] Y. 11. HD., 18.06.2001, E. 2001/3154, K. 2001/5728 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.05.2025).

[39] RG. 28.06.1926/406.

[40] MOROĞLU, Erdoğan: "Anonim ve Limited Ortaklıklarda Fesih Kararının Geri Alınması", *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.492 vd. 6762 s. TTK m.434.1.1'de anonim şirketlerin esas sözleşmeyle belirlenen sürenin bitimiyle infisah edeceği öngörülmekteydi. Bu dönemde süresi bitmiş olmasına rağmen faaliyetlerini sürdüren anonim şirketlerin belirsiz süreli hâle mi geleceği yoksa infisah etmiş mi sayılacağı hususu öğretide tartışmalıydı. Esas sözleşmede yazılı süresi dolan anonim şirketin infisah ettiği ve tasfiyeye girdiği görüşünde olup böyle bir anonim şirketin genel kurulunca devam/tasfiyeden dönme kararı alınamayacağını belirten TEKİL, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2.B., Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s.497 vd.; esas sözleşmede öngörülen süresi dolmasına rağmen faaliyetlerini sürdüren bir anonim şirketin belirsiz süreli hâle geleceği görüşünde olup sürenin bitimiyle anonim şirketin infisah ettiği ve tasfiyeye girdiği görüşü kabul edilse dahi genel kurulca devam/tasfiyeden dönme kararı alınamayacağını dile getiren TÜRK, Hikmet Sami: "Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s.154-156.

[41] HİRŞ, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3.B., Hak Kitabevi, İstanbul 1948, s.329; ARSLANLI, Halil: "Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,* C.1, S.3, Y.1962, s.313-315; ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, IV.Kısım: Anonim Şirketin Hesapları, V.Kısım: Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1961, s.158-160; ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6.B., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s.300; ANSAY, Tuğrul: "İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s.198 vd.; ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, 2.C., 4.B.,

Bununla birlikte tasfiyeden dönülmesinin mümkün olduğu görüşünü temsil eden yazarların hangi hâllerde tasfiyeden dönülebileceği hususunda ittifak etmediği görülmekteydi. Gerçekten de tasfiyeden dönme kararı alınıp alınamayacağını inceleyen yazarlar arasında, hangi hâllerde tasfiyeden dönülebileceğini/dönülemeyeceğini teker teker zikreden olduğu gibi bunun yerine, bu hâllerin tespitine yarayan bir esas ortaya koyan da vardı. Nitekim HİRŞ[42]; anonim şirketin sürenin bitimiyle, esas sözleşmede yazılı şartlardan birinin gerçekleşmesiyle, genel kurul kararıyla ve şirket sermayesinin kısmen veya tamamen ziyaıyla sona ermesi hâlinde tasfiyeden dönmesinin imkân dâhilinde olduğunu ileri sürmekteydi. Yazar; sona ermenin şirketin iflâsından dolayı gerçekleşmesi durumunda konkordatonun tasdikinden sonra tasfiyeden dönülebileceğini eklemekte, ayrıca birleşmenin herhangi bir sebeple icra edilememiş olması hâlinde de tasfiyeden dönmeyi imkân dâhilinde görmekteydi. Diğer taraftan yazar, bunların dışındaki sebeplerle; söz gelimi anonim şirket amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle veya mahkeme kararıyla sona ermişse tasfiyeden dönülmesinin mümkün olmadığını dile getirmekteydi. ARSLANLI[43] ise tasfiyeden dönülebilecek sona erme sebeplerinin mutlak emredici nitelik taşımayan sona erme sebepleri olduğunu belirterek anonim şirketin sürenin bitimiyle veya genel kurul kararıyla sona erdiği hâlleri zikretmekte, ayrıca kanunda veya esas sözleşme hükmünde gösterilen bir sona erme hâli pay sahiplerinin iradeleri ile kaldırılabiliyorsa bu hâlde de devam/tasfiyeden dönme kararı verilebileceğini, bunun yanı sıra amacın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması hâlinde işletme konusu değiştirilmek suretiyle tasfiye hâlinin ortadan kaldırılabileceğini, buna ek olarak iflâs sebebiyle sona ermede iflâs kaldırılırsa veya konkordato tasdik edilirse genel kurulun devam kararı alabileceğini ifade etmekteydi. Benzer şekilde ERİŞ[44], emredici nitelik taşımayan fesih veya infisah sebeplerinde genel kurulun tasfiyeden dönebileceğini söylemekteydi. Diğer taraftan ÇEVİK[45], anonim şirket her ne sebeple sona ermiş olursa olsun, genel kurulun tasfiyeden dönme kararı alabileceği görüşündeydi. Nihayet, tasfiyeden dönülemeyeceği görüşünde olmakla birlikte *de lege ferenda* tasfiyeden dönülmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılması gerektiğini belirten MOROĞLU[46], tasfiyeden dönülebilecek hâlleri şirketin feshi veya infisahının pay sahiplerinin iradesine dayandığı hâller olarak tarif etmekte ve bu cümleden olarak genel kurul kararıyla ve sürenin bitimiyle sona erme hâllerini zikretmekteydi. Tasfiyeden dönme kararının

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.2506; ÇEVİK, Orhan Nuri: Şirketler Hukuku, 3.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.578, 884-885. *De lege ferenda* bu yönde bkz. MOROĞLU, s.492, 496-497. Ayrıca bkz. Esas sözleşmede yazılı süresi dolan anonim şirketin infisah ettiği ve tasfiyeye girdiği görüşünde olup böyle bir anonim şirketin genel kurulunca devam/tasfiyeden dönme kararı alınabileceğini belirten ÜNAL, Şeref: "Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukuki Durumu", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s.101-102.

[42] HİRŞ, s.329.

[43] ARSLANLI, "İnfisah", s.313-315; ARSLANLI, s.158-160, 169, 181.

[44] ERİŞ, Şirketler, s.2506.

[45] ÇEVİK, Şirketler, s.578, 884.

[46] MOROĞLU, s.492, 496-497.

hangi nisaplara tâbi olduğu hususunda ise ARSLANLI; sürenin bitimiyle veya genel kurul kararıyla sona erme hâlinde genel kurulun devam kararının fesih kararında aranan nisaplara[47] göre alınması gerektiğini, amacın gerçekleşmesinin imkânsızlığı sebebiyle sona erme hâlinde genel kurulun, amacın değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği kararında aranan nisaplara[48] uygun bir şekilde alacağı kararla şirketin amacını değiştirerek faaliyetine devam edebileceğini belirtmekteydi[49].

TTK m.548 ile anonim şirketlerde tasfiyeden dönme pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. TTK m.548.1'in lafzı incelendiğinde, tasfiyeden dönme imkânının anonim şirketin sürenin bitimiyle veya genel kurul kararıyla sona erdiği hâllere özgülendiği görülmektedir. Anılan hükmün gerekçesi bu yöndedir[50]. Keza öğretide hükümde belirtilen sebepler dışındaki sona erme sebeplerinde genel kurulun tasfiyeden dönme kararı alamayacağı kabul edilmektedir[51].

---

[47] Bkz. Yazarın görüşünü ileri sürdüğü tarihte, genel kurulun fesih kararının düzenlendiği 6762 s. TTK m.434.1.9 hükmü, henüz 16.6.1989 tarihli ve 3585 sayılı 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 4.7.1989/20215) (3585 s. Kanun) m.5 ile değiştirilmemişti. Bu tarihte fesih kararının tâbi olduğu nisaplar için 3583 s. Kanun m.1 ile değiştirilmeden önceki 6762 s. TTK m.388'in 2. ve 6. fıkralarına göndermede bulunulmaktaydı. Bahsi geçen fıkralarda şirketin amacının ve türünün değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri düzenlenmekteydi.

[48] 3585 s. Kanun m.1 ile değiştirilmeden önceki 6762 s. TTK m.388.2, 3 ve 6.

[49] ARSLANLI, "İnfisah", s.315; ARSLANLI, s.160. *De lege ferenda* tasfiyeden dönme kararı alınmasına imkân tanınmasına yönelik düzenleme yapılması gerektiğini dile getiren MOROĞLU da bu kararın, fesih kararında aranan nisaplarla (bkz. 3585 s. Kanun m. 5 ile değişik 6762 s. TTK m.434.1.9) alınması gerektiğini savunmaktaydı (MOROĞLU, s.492, 496-497). Ayrıca bkz. Tasfiyeden dönme kararının 3585 s. Kanun m. 1 ile değişik 6762 s. TTK m.388'e göre alınması gerektiğini belirtmekle birlikte anılan maddenin hangi fıkrasının uygulanacağına değinmeyen ÇEVİK, Şirketler, s.578, 884. 865 s. TK dönemine ilişkin olarak bkz. Tasfiyeden dönme kararının esas sözleşme değişikliğinde aranan nisaplara (m.386) göre alınacağını dile getiren HİRŞ, s.329. Diğer taraftan ANSAY, ihya/tasfiyeden dönme kararının şirketin işletme konusunun veya türünün değiştirilmesi dışındaki esas sözleşme değişikliklerinde aranan nisaplara (3585 s. Kanun m. 1 ile değiştirilmeden önceki 6762 s. TTK m.388.4, 5 ve 6) tâbi olacağını ifade etmekteydi (ANSAY, "İnfisah", s.205-206). Bununla birlikte yazarın, hangi sona erme hâline ilişkin olarak bu nisabı zikrettiği hususu açık değildir.

[50] Bkz. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu", s.253.

[51] TEKİNALP, s.215, N.10-120; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.585; ÜÇIŞIK/ÇELİK, s.759; YILDIZ, Şükrü: "Makale 37: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme", *Makalelerim*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.840; İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.270; KARAMAN COŞGUN, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.292-294. Bahsi geçen görüşte olmakla birlikte *de lege ferenda* TTK m. 548'in bu yönüyle isabetli olmadığını, zira işletme konusunun gerçekleşmesiyle/gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle (TTK m.529.1.b) veya esas sözleşmede öngörülen bir sebebin ortaya çıkmasıyla (TTK m.529.1.c) sona erme hâllerinde de tasfiyeden dönmeye ihtiyaç duyulabileceğini dile getiren KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3.B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.450; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C.IV, 4.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.2778-2779, N.124-125; PINAR, Hamdi: "Anonim Şirketlerde Sona Erme ve Tasfiye", Şirketler Hukuku (ed. Sami Karahan), 2.B., Mimoza, Konya 2013, s.775, dn.2; BİLGE, s.291-293; KERVANKIRAN, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.311-312; KADEROĞLU, s.341-342; bunlara ek olarak, TTK m.376.2 çerçevesinde, sermayenin azalması karşısında gerekli önlemler alınmadığı için kendiliğinden sona ermiş olan anonim şirketlerde de belirli koşullar altında tasfiyeden dönülmesine imkân tanınmasının yerinde olduğunu belirten AL KILIÇ, s.336 vd., 350 vd.

KoopK'da kooperatiflerde tasfiyeden dönmenin mümkün olup olmadığı hususunda kanun boşluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte 6762 s.TTK döneminde öğretide, kooperatif genel kurulunun aldığı fesih kararını sonradan vereceği bir kararla kaldırılıp kaldırılamayacağı tartışılmıştı. Bir görüş, söz konusu kararın geri alınmasının mümkün olmadığı yönündeydi[52]. İkinci bir görüş olarak genel kurulun sona erme kararının usulüne uygun bir şekilde yapılacak diğer bir genel kurul toplantısında alınacak karar ile tescil ve ilan edilmeden önce veya tescil edilmiş olsa dahi henüz ilan edilip tasfiye işlerine başlanmış olmadıkça ikinci bir kararla kaldırılabileceği, bununla birlikte sona erme kararı üçüncü kişiler yönünden tescil ve ilan ile hüküm ifade edeceğinden ilan yapıldıktan sonra sona erme kararından geri dönülmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmekteydi[53]. Fakat -tespit edilebildiği kadarıyla- KoopK m.81.1.6'da düzenlenen sona erme hâli bakımından tasfiyeden dönülüp dönülemeyeceği hususunun incelenmediği görülmektedir.

TTK dönemine gelince, kooperatiflerde tasfiyeden dönmenin mümkün olduğu -tespit edilebildiği kadarıyla- ittifakla kabul edilmektedir. Bir kısım yazar, KoopK m.98'in atfıyla TTK m.548'in kooperatifler hakkında uygulanma olanağına değinmeksizin tasfiyeden dönülebileceğini belirtmektedir[54]. Bu çerçevede genel kurulun daha önce aldığı sona erme kararından dönmeye yönelik kararının, sona erme kararı ile aynı nisaba (bkz. KoopK m.51.2) tâbi olduğu ifade edilmektedir[55]. Ayrıca bu yazarlardan ÇALIŞKAN; kooperatifin genel kurul kararıyla tasfiyeye girmiş olması hâlinde yine genel kurul kararıyla tasfiyeden dönebileceğini, ancak tasfiyeden dönme imkânının bununla sınırlı olmadığını, üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmamış olan bir kooperatifin sonradan yapacağı genel kurul toplantısıyla geriye dönük kararlar alarak tasfiyeden dönmesinin mümkün olduğunu, amaca ulaşma veya amaca ulaşmanın imkânsız olması sebebiyle sona erme hâlinde de anasözleşme değiştirilerek farklı bir amacın belirlenebileceğini, daha önce oluşturulamamış olan zorunlu organların tasfiye sürecinde oluşturulması ve yedinin altında olan ortak sayısının tasfiye sürecinde (yediye ulaştırılması veya) yedinin üstüne çıkarılması hâlinde de tasfiyenin ortadan kaldırılabileceğini savunmaktadır[56]. Buna ek olarak yazar; genel kurul kararı ile sona erip tasfiyeye girmiş olan bir kooperatifin tasfiyeden dönme kararı alabildiğini, buna rağmen üç yıl üst üste genel kurul toplantısı

[52] KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, 2. B., Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.478, dn.146; TEKİL, KoopH, s.154.

[53] ÇEVİK, KoopH, s.903; ÇEVİK, KoopK, s.731; benzer görüşteki KURTULAN, s.666. Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu'nun bazı kararlarında da kooperatiflerde genel kurulun tasfiye kararından dönmesinin mümkün olduğu belirtilmekle birlikte tasfiye kararından dönülebilmesi için haklı sebeplerin bulunması da şart koşulmaktaydı. Bkz. Y. 11. HD., 28.06.1994, E. 470, K. 5602 (ERİŞ, KoopH, s.1145); Y. 11. HD., 30.10.2008, E. 2007/3760, K. 2008/12034; YHGK., 30.12.2009, E. 2009/551, K. 2009/615; Y. 23. HD., 29.06.2012, E. 2012/1410, K. 2012/4502 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.05.2025).

[54] ÇALIŞKAN, Merdan: Kooperatifler için Genel Kurul Rehberi, 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.324-326; AKER, s.175, dn.468.

[55] ÇALIŞKAN, s.325-326; AKER, s.175, dn.468.

[56] ÇALIŞKAN, s.324-325.

yapılmaması hâlinde sonradan yapılacak genel kurul toplantısında ilgili bakanlığın tasfiyenin görüşülmesine ilişkin bir gündem maddesi aramasının[57] uygun görülmeyebileceğini, bununla birlikte kooperatifin durumunun netleştirilmesi bakımından tasfiyenin görüşülmesi ve tasfiyeye girilip girilmeyeceğine karar verilmesinin de doğabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldırabileceğini ifade etmektedir[58].

Bir kısım yazar ise -isabetle- KoopK m.98'in atfıyla, TTK m.548'in kooperatifler hakkında uygulanacağı düşüncesindedir[59]. Kooperatiflerde her ortak yalnız bir oya sahip olduğundan (KoopK m.48.1), diğer deyişle oy hakkı sermaye payına göre belirlenmediğinden TTK m.548.1'in *"sermayenin en az yüzde altmışının oyu*" ibaresinin kooperatifler hakkında nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İkinci görüş çerçevesinde tasfiyeden dönme kararının tüm ortakların beşte üçünün/ortakların yüzde altmışının çoğunluğu ile alınması gerektiği belirtilmektedir[60]. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı vardır[61]. Kooperatiflerin feshi ve tasfiyesi hakkındaki düzenleme boşlukları anonim şirket hükümleri uygulanarak doldurulurken bu hükümlerin kooperatifin niteliğine intibak ettirilmesi gerekir[62]. Bu çerçevede TTK m.548'deki mezkûr ibarenin, kooperatiflerde *mutatis mutandis* ortak sayısının en az beşte üçü şeklinde anlaşılması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

Bununla birlikte kooperatiflerde KoopK m.98'in atfıyla TTK m.548'in uygulanacağı görüşündeki yazarlar, sona ermenin, sürenin bitimi veya genel kurul kararı dışındaki sebeple gerçekleşmesi hâlinde tasfiyeden dönülüp dönülemeyeceği hususunda farklı yaklaşımlara sahiptir. Bir yaklaşım olarak kooperatif sürenin bitimiyle veya genel kurul kararıyla sona ermiş ise (ortaklar arasında kooperatif malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça) genel kurulun tasfiyeden dönme kararı alabileceği belirtilmekte birlikte üst üste üç yıl olağan genel kurul toplantısının yapılmaması ve ortak sayısının yedinin altına düşmesi örneğinde olduğu gibi infisah etmiş kooperatiflerin ancak ilgili

[57] Yazarın çalışması BakYön yürürlüğe girmeden önceki döneme ait ise de bu çalışmasında yazar, Ticaret Bakanlığı'nın, üç yıllık kesintinin ardından yapılacak genel kurul toplantısının gündeminde tasfiyenin görüşülmesine ilişkin bir gündem maddesi bulunmasını şart koştuğunu belirtmekteydi. Bkz. ÇALIŞKAN, s.362.

[58] ÇALIŞKAN, s.362.

[59] COŞKUN, s.1222-1223. Ayrıca bkz. KoopK'daki düzenleme boşluğuna ve bu boşluğun KoopK m.98'in yollamasıyla doldurulabileceğine değinmeksizin, TTK m.548'i açıkça zikrederek kooperatiflerde tasfiyeden dönülmesinin mümkün olduğuna ilişkin açıklamalarda bulunan ÜSTÜN/AYDIN, s.406; "Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler", s.95-96. Yargıtay 6. ve 23. Hukuk Daireleri de kooperatiflerde TTK m.548'in uygulanacağı görüşündedir [Y. 23. HD., 30.11.2020, E. 2018/624, K. 2020/3916; Y. 6. HD., 13.11.2023, E. 2022/3646, K. 2023/3806 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.05.2025)]. Bkz. ve karş. TTK m.548'i açıkça zikretmeksizin anılan hükmü kooperatiflere uyarlayarak/TTK m.548'i açıkça zikrederek kooperatiflerde tasfiyeden dönülmesinin mümkün olduğuna ilişkin açıklamalarda bulunan, fakat kooperatifin genel kurul kararı ile tasfiyeye girmiş olması hâlinde haklı sebepler üzerine tasfiyeden dönülmesinin mümkün olduğunu belirten KURTULAN, 2015, s.861; YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.215, 216.

[60] KURTULAN, 2015, s.861; COŞKUN, s.1223; ÜSTÜN/AYDIN, s.406; YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.215.

[61] Dn.59'daki Y. 6. HD., 13.11.2023, E. 2022/3646, K. 2023/3806.

[62] TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.724, N.1982a.

mahkemeden faal olduklarına ilişkin alacakları kararla tasfiyeden dönebileceği de ileri sürülmektedir[63]. Bizim de katıldığımız ikinci yaklaşım -anonim şirketlerde olduğu gibi- tasfiyeden dönme imkânının, kooperatifin sürenin bitimiyle ve genel kurul kararıyla sona ermesi hâlleri ile sınırlandırıldığı yönündedir[64].

c. Değerlendirmeler

BakYön m.7.4'te üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmadığından infisah etmiş olan kooperatifin tasfiyeden dönebilmesi için mahkemece kooperatif faaliyetlerinin sürdüğüne ilişkin bir tespit kararı alınması gerektiği belirtilerek, KoopK m.81.1.6'daki sona erme hâli bakımından mahkeme kararıyla tasfiyeden dönme imkânı getirilmiştir. Oysa KoopK m.98'in atfıyla kıyasen uygulanacak olan TTK m.548'de, tasfiyeden dönme kararının genel kurulca verileceği düzenlenmiş olup mahkemece tasfiyeden dönme kararı verilebileceğine dair bir açıklık yoktur. Kaldı ki KoopK m.51.2 ile 81.1.2 hükümleri gereğince kooperatiflerde sona erme kararının genel kurulca verileceği dikkate alındığında, sona erme ve tasfiye hâlini ortadan kaldırmaya yetkili organın da genel kurul olduğu söylenebilir. Mahkeme kararıyla tasfiyeden dönmeyi mümkün kılan bir kanuni dayanak olmaması karşısında, BakYön m.7.4 hükmünün normlar hiyerarşisine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Dairelerinin, üst üste üç yıl olağan genel kurul toplantısı yapmamış bir kooperatifin sonradan yapacağı bir genel kurul toplantısı ile infisah hâlini bertaraf etmesinin mümkün olduğu içtihadını, tasfiyeden dönülebilmesi için genel kurulca bir tasfiyeden dönme kararı alınması gerekliliği karşısında isabetli bulmamaktayız. Bahsi geçen içtihatta bir tasfiyeden dönme kararı alınmadığı hâlde genel kurulun sadece toplantı yapıp kararlar almış olmasına tasfiyeden dönme işlevi yüklenmektedir. Bir an için Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Dairelerinin, üç yıl üst üste olağan genel kurul toplantısı yapmamış bir kooperatifin sonradan yaptığı genel kurul toplantısında alınan kararlarla örtülü bir şekilde tasfiyeden dönüldüğünü kabul ettiği düşünülse bile bu sefer de örtülü tasfiyeden dönme kararının gerekli nisaplarla alınıp alınmadığı sorunu gündeme gelecektir. Bu sorunu 6762. s. TTK ile TTK dönemini ayrı ayrı ele alarak incelemekte fayda vardır. Zira Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Dairelerinin bahsi geçen kararlarından biri[65] hariç tümü, 6762. s. TTK dönemine aittir. 6762. s. TTK döneminde (TTK'nın aksine) anonim şirketlerde tasfiyeden dönmeye ilişkin bir hükmün bulunmadığı, bununla birlikte öğretide tasfiyeden dönülmesine imkân tanınması gerektiğine ilişkin bir görüşün bulunduğu, bu görüş çerçevesinde tasfiyeden dönme kararının genel kurulun fesih kararının tâbi olduğu nisaplara

[63] YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.215, 216. Ayrıca bkz. "*Üst üste üç yıl olağan genel kurul toplantısının yapılmaması, ortak sayısının 7'nin altına düşmesi gibi kanunen münfesih duruma düşen kooperatifler ancak ilgili mahkemeden faal olduklarına ilişkin alacakları kararla tasfiyeden dönebilir*" ["100 Soruda Kooperatifçilik", s.59-60 (https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/5e425db013b876bd302f3675/100%20Soruda%20Kooperatifçilik.pdf, Erişim Tarihi: 02.05.2025)].

[64] ÜSTÜN/AYDIN, s.406. Ayrıca bkz. "Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler", s.96.

[65] Dn.36'daki Y. 23. HD., 24.12.2015, E. 2015/4884, K. 2015/8441.

uygun bir şekilde alınması gerektiğinin dile getirildiği belirtilmişti[66]. Kanaatimizce aynı esas, 6762 s. TTK döneminde kooperatifler bakımından da geçerliydi. Bu itibarla, anasözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmemişse kooperatifin sona ermesine karar verilebilmesi için kullanılan oyların üçte iki çoğunluğu gerektiğinden (KoopK m.51.2), tasfiyeden dönülebilmesi de fiilen kullanılan oyların üçte iki çoğunluğu ile karar alınmış olmasına bağlıydı. O hâlde Yargıtay 11. ve 23. Hukuk Dairelerinin örtülü bir şekilde tasfiyeden dönüldüğünü kabul ettiği düşünülse bile bu kararın gerekli nisaba uygun bir şekilde alınıp alınmadığı değerlendirilmediğinden, anılan içtihat yerinde değildir. TTK dönemine gelince, m.548'in kooperatifler hakkında da niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması neticesinde tasfiyeden dönme kararının beşte üç çoğunlukla alınması gerektiğinden, genel kurulun herhangi bir hususta bu nisaba uymaksızın aldığı karar ile tasfiyeden döndüğü sonucuna varılamayacaktır.

Buna ek olarak, örtülü bir şekilde tasfiye kararı alındığı düşüncesinin isabetli olduğu varsayılsa dahi bu defa KoopK m.81.1.6'da düzenlenen sebeple sona ermiş ve tasfiyeye girmiş bir anonim şirketin genel kurulunun tasfiyeden dönme kararı almasının mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. Yine 6762 s. TTK ve TTK dönemlerini ayrı ayrı ele almak gerekirse, yine 6762 s. TTK döneminde KoopK m.81.1.6'da düzenlenen sona erme sebebinden kaynaklanan tasfiyeden dönülebileceği yönünde bir görüş mevcut olmadığı gibi anonim şirketlerde benzer bir sona erme sebebi öngörülmemiş olduğundan anonim şirketler çerçevesinde ileri sürülen görüşlerden yararlanma imkânı da sınırlıydı. Diğer taraftan mutlak emredici nitelikte olmayan veya pay sahiplerinin iradesine dayanmayan sona erme sebeplerinde tasfiyeden dönülebileceği yönündeki, anonim şirketler bakımından ileri sürülen bazı görüşlerin kooperatifler bakımından -niteliğine uygun düştüğü ölçüde- uygulanacağı düşünülebilirdi. Ancak bu düşüncenin kabulü hâlinde dahi KoopK m.81.1.6'da düzenlenen sona erme sebebi bakımından tasfiyeden dönülebileceği sonucuna varılamayacaktı. Şöyle ki kooperatif genel kurulunun üst üste üç yıl toplanmaması sebebiyle sona erme, ortakların alacakları bir karar ile gerçekleşmediği gibi KoopK m.81.1.6'nın düzenlenme amacı[67] dikkate alındığında, anasözleşmeye hüküm konularak bu sona erme sebebinin kaldırılması (veya şartlarının hafifletilmesi, örneğin üst üste üç yıl değil de beş yıl genel kurulun toplanmamasının bir sona erme sebebi olduğunun öngörülmesi) mümkün değildir. TTK döneminde ise, m.548'in sürenin bitimiyle veya genel kurul kararıyla sona erme sebepleriyle sınırlı

[66] Bkz.I, C, 1, b.

[67] "*Üç yıl genel kurul yapılmama hali ile kooperatifin amacına ulaşma imkânının bulunmadığının ilgili bakanlıkça tespiti hali dağılma nedenleri arasına dahil edilerek, gayrifaal kooperatiflerin hukukî varlıklarının sona erdirilmesi amaçlanmıştır.*" Bkz. "1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Konya Milletvekili Haydar Koyuncu'nun 24.4.1969 Tarihli ve 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun 46 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret; Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/444, 2/3)", s.6 (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c014/tbmm18014006ss0067.pdf, Erişim Tarihi: 30.04.2025).

olarak uygulanabileceği görüşü doğrultusunda üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapılmamasının tasfiyeden dönülebilecek bir sona erme sebebi olmadığı açıktır.

2. Üst Üste Üç Yıl Olağan Genel Kurul Toplantısı Yapmamış Bir Kooperatifin Münfesih Olduğunun Tespiti Davasını Kimin veya Kimlerin Açabileceği Sorunu

a. Yargıtay Kararları

Yargıtay 6., 11. ve 23. Hukuk Daireleri'nin kararları, üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmamış olan kooperatifin infisahının tespiti davasının ortaklar tarafından açılabileceği yönündedir[68]. Diğer taraftan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin -tespit edilebildiği kadarıyla- bir kararında[69] kooperatif alacaklılarının davacı sıfatının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

İlgili bakanlığın dava açma hakkına gelince, bu hususta Yargıtay kararlarında yeknesaklık olmadığı görülmektedir. Kararların bir kısmı ilgili bakanlığın davacı sıfatına sahip olduğu yönünde iken[70] bir kısmında ilgili bakanlığın dava açamayacağı kabul edilmiştir[71]. Diğer bir kısım kararda ise ilgili bakanlığın dava açma hakkına sahip olup olmadığı hususunda net ifadeler kullanılmamaktadır. Bu kararların bazılarında[72] KoopK m.81.1.6 uyarınca kooperatifin üst üste üç yıl olağan genel kurulunu yapmaması hâlinde genel kurul toplantısı yapılabilmesi için uygun bir süre verilmesine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermiş sayılacağı, anılan maddenin düzenleniş şekline göre bu davanın ilgili bakanlıkça açılmasına gerek olmadığı belirtildikten sonra ilgili bakanlığın aynı zamanda kooperatifin amacına ulaşma imkânının bulunmadığı iddiasına da dayanmış olması sebebiyle KoopK m.81.1.7 uyarınca dava açma hakkının bulunduğu dile getirilmiştir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin bu kararlarından hareketle, birbirinden farklı şu iki sonuca varılabilmektedir: (1) KoopK m.81.1.6 uyarınca kooperatifin üç yıl üst üste olağan genel kurul toplantısı yapmaması hâlinde ilgili bakanlıkça dava

[68] Y. 11. HD., 26.12.2006, E. 2005/12927, K. 2006/13804 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 07.05.2026); Y. 11. HD., 10.07.2007, E. 2007/7120, K. 2007/10554; Y. 11. HD., 09.04.2007, E. 2006/2324, K. 2007/5564; Y. 11. HD., 29.01.2008, E. 2006/13540, K. 2008/779; Y. 23. HD., 21.11.2016, E. 2015/6883, K. 2016/5105; Y. 6. HD., 24.02.2022, E. 2021/2288, K. 2022/1011 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[69] Y. 11. HD., 25.10.2010, E. 2009/4692 K. 2010/10728 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[70] Y. 11. HD. 7.4.1997, E. 1997/2296, K. 1997/2490 (ÇEVİK, KoopH, s.909; ÇEVİK, KoopK, s.762); Y. 11. HD., 05.05.1997, E. 1997/2772, K. 1997/3152 (ÇEVİK, KoopH, s.909; ÇEVİK, KoopK, s.762). Y. 11. HD., 14.11.2005, E. 2004/13319, K. 2005/10995; Y. 11. HD., 14.11.2005, E. 2004/13316, K. 2005/10920 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 04.05.2025); Y. 11. HD., 30.11.2005, E. 2004/14195 K. 2005/11680; Y. 23. HD., 12.12.2014, E. 2014/5718, K. 2014/8102; Y. 23. HD., 23.05.2017, E. 2015/7383, K. 2017/1541; Y. 6. HD., 06.04.2022, E. 2021/2129, K. 2022/1932; Y. 6. HD., 11.01.2024, E. 2023/27, K. 2024/112 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[71] Y. 23. HD., 10.06.2013, E. 2013/2847, K. 2013/3941; Y. 23. HD., 18.06.2014, E. 2014/4665, K. 2014/4690; Y. 23. HD., 04.04.2016, E. 2015/5266, K. 2016/2070 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025)

[72] Y. 23. HD., 15.05.2013, E. 2013/2470, K. 2013/3229; Y. 23. HD., 15.05.2013, E. 2013/2491, K. 2013/3227; Y. 23. HD., 15.05.2013, E. 2013/2492, K. 2013/3228; Y. 23. HD., 05.06.2013, E. 2013/2122, K. 2013/3828; Y. 23. HD., 04.02.2015, E. 2014/8530, K. 2015/574 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

açılmasına gerek olmamakla birlikte bu davanın ilgili bakanlıkça açılmasının önünde bir engel bulunmadığı, (2) ilgili bakanlığın yalnızca KoopK m.81.1.6'ya dayalı olarak dava açması/kooperatifin amacına ulaşma imkânının bulunmadığı iddiasına da dayanmadan dava açması hâlinde bu davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddedilmesi gerektiği. Bazı kararlarda[73] ise KoopK m.81.1.6'da üst üste üç yıl genel kurul yapılmamış olması hâlinde kooperatifin feshedilmiş (?) sayılacağının düzenlendiğini, ancak bu durumun tasfiyenin sağlanması için tasfiye memurunun atanması talebiyle dava açılmasına engel teşkil etmediğini, KoopK m.86.2 çerçevesinde ilgili bakanlığın kooperatifleri denetim yetkisi de nazara alındığında en azından tasfiye memurunun atanması talebinde bulunabileceğini içtihat etmiştir. Bu kararlarda ilgili bakanlığın dava açma hakkına sahip olmadığını çağrıştıracak bir şekilde "*en azından tasfiye memurunun atanmasının kabulü gerekir*" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir[74].

b. Öğretideki Görüşler

Öğretide anonim şirketlerde 6762 s. TTK m.435/TTK m.530 çerçevesinde fesih davası açma hakkının Ticaret Bakanlığının yanı sıra pay sahipleri ve şirket alacaklılarına da tanındığı, ancak kooperatiflerde KoopK m.81.1.6 çerçevesinde fesih (?) davası açma hakkının sadece ilgili bakanlığa verildiği yönünde bir görüş vardır[75]. Bu görüşün temsilcilerinden KURTULAN, ilgili bakanlığın dava açma hakkını KoopK m.81.1.4'e dayandırmaktadır[76]. Diğer taraftan bu görüşteki DAĞLI, üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapılmaması hâlinde ilgili bakanlığın mahkemeye başvurarak kooperatifin feshini (?) talep edebileceğinin kanunda düzenlendiğini, bununla birlikte hukuki yararı olan herkesin davayı açabileceği yönünde bir uygulamanın mevcut olduğunu, bu uygulamaya KoopK m. 98'in atfıyla

[73] Y. 23. HD., 30.11.2020, E. 2018/326, K. 2020/3913; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1293, K. 2021/228; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1296, K. 2021/226; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1297, K. 2021/225; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1298, K. 2021/224; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1299, K. 2021/227; Y. 15. HD., 15.02.2021, E. 2021/1300, K. 2021/223; Y. 15. HD., 25.03.2021, E. 2021/882, K. 2021/1212; Y. 15. HD., 15.04.2021, E. 2021/881, K. 2021/1699; Y. 6. HD., 06.10.2021, E. 2021/808, K. 2021/670 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[74] Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin ilgili bakanlığın en azından tasfiye memurunun atanması talebinde bulunabileceği yönündeki kararlarından birine karşı ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine sorun, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne de gelmiştir. İlk derece mahkemesinin direnme kararı; fesih veya sona ermenin tespiti kararı olmadıkça mahkemelerin tasfiye memuru veya tasfiye heyeti atayamayacağı, ayrıca ilgili bakanlığın kooperatifin üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmaması iddiasıyla sona ermenin tespiti davası açamayacağı, bununla bağlantılı olarak tasfiye heyeti atanmasını da talep edemeyeceği gerekçelerine dayanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ilgili bakanlığın dava dilekçesindeki anlatıma göre KoopK m.81.1.7'ye de dayanıldığının anlaşıldığını, bununla bağlantılı olarak tasfiye heyeti atanmasına ilişkin talepte bulunulduğu da kabul edilerek hüküm kurulması gerektiğini belirtmiş, ilgili bakanlığın dava açma hakkının bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmesinin yerinde olmadığını dile getirmiştir. Bkz. YHGK., 01.03.2023, E. 2022/1056, K. 2023/156 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025).

[75] DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.163; DERYAL, s.925. Ayrıca bkz. TTK m. 530 (6762 s. TTK m. 435) ile KoopK m. 81.1.6'yı karşılaştırmaksızın, KoopK m. 81.1.6 bağlamında kooperatifin ilgili bakanlığın açacağı dava ile sona erdirileceğini ifade eden KURTULAN, s.633; KURTULAN, 2015, s.837; PARLAR/PARLAR, s.688; DAĞLI, Mehmet: "Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi", *Adalet Dergisi*, S.38, Y.2010, s.48-49.

[76] KURTULAN, s.633; KURTULAN, 2015, s.837.

uygulanan anonim şirket hükümlerinin dayanak gösterildiğini, böylece ilgili bakanlık dışındaki kişilerce de fesih (?) talebinde bulunulmasına imkân tanındığını belirtmektedir[77].

İkinci bir görüşe göre üç yıl üst üste olağan genel kurul toplantılarını yapmayan kooperatifin hukuki varlığının sona erdirilmesi ilgili bakanlık veya ortaklar tarafından mahkemeden talep edilebilir[78].

KoopK m.81.1.6 çerçevesinde dava açma hakkının kime ait olduğu hususunu diğer kişilere değinmeksizin ilgili bakanlık açısından inceleyen ÜSTÜN/AYDIN, üç yıl üst üste olağan genel kurul toplantısını yapmayan kooperatife genel kurul toplantısı yapabilmesi için uygun bir süre verilmesine gerek olmaksızın bu kooperatifin kendiliğinden sona ermiş sayılacağını belirttikten sonra KoopK m.81.1.6'nın kaleme alınış şekline göre bu hükme dayalı olarak ilgili bakanlıkça dava açılmasının gerekmediğini, fakat ilgili bakanlıkça kooperatifin sona ermesine karar verilmesinin mahkemeden talep edilebileceğini ileri sürmektedirler[79]. ÇALIŞKAN da bu davanın ilgili bakanlıkça açılmasına gerek olmadığını tekrarlamakta, bununla birlikte ilgili bakanlığın bu davayı açma hakkına sahip olup olmadığını açıkça belirtmemekte, ortakların ise TTK m.529 ve 530'a (6762 s. TTK m.434 ve 435'e) istinaden kooperatifin sona ermesini mahkemeden talep etme hakkının bulunduğunu savunmaktadır[80].

c. Değerlendirmeler

KoopK m.81.1.6 çerçevesinde kimlerin infisahın tespiti davası açabileceği sorununun, bahsi geçen davanın bir tespit davası olmasından hareketle çözüme kavuşturulması gerektiği görüşündeyiz. Tespit davası, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel yararı bulunanlar tarafından açılabilmektedir[81]. Dolayısıyla üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmamış bir kooperatifin infisahının tespiti davasının kimler tarafından açılabileceği hukuki yarar ölçütüne göre belirlenmelidir. Bu bağlamda ortakların, tek başına ortaklık sıfatından ötürü bu davayı açmakta hukuki yararının bulunduğu sonucuna varılabilir.

İlgili bakanlığın da KoopK m.81.1.6 çerçevesinde infisahın tespiti davası açmakta hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Zira söz konusu bakanlıkların kooperatifler ile ilgisi bizatihi KoopK'da kurulmuştur (bkz. ek m.1). Bunun yanı sıra ilgili bakanlığın davacı sıfatına sahip olup olmadığı hususunda KoopK'da m.86.1.3'te ilgili bakanlıklara verilmiş olan, "*[k]ooperatiflerin, [...] dağılmasını gerektiren sebepleri mahkemeye bildirmek*" görev ve yetkisinin de incelenmesi gerekir.

---

[77] DAĞLI, s.49.

[78] YILDIRIM, Kooperatifçilik, s.210. Ayrıca bkz. "*Üç yıl olağan genel kurul toplantılarını yapmayan kooperatifin gayri faal olduğu kabul edilerek hukuki varlığının sona erdirilmesi pay sahipleri veya ilgili Bakanlık tarafından mahkemeden talep edilebilir*" ["Kooperatifçilik Eğitim Kitabı", s.137 (https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/640edeac13b8761b449cca71/KOOPERAT%C4%B0F%C3%87%C4%B0L%C4%B0K%20E%C4%9E%C4%B0T%C4%B0M%20K%C4%B0TABI.pdf, Erişim Tarihi: 02.05.2025)].

[79] ÜSTÜN/AYDIN, s.388.

[80] ÇALIŞKAN, s.363.

[81] Bkz. 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) (RG. 04.02.2011/27836) m.106.2.

Öğretide bir görüş olarak bu görev ve yetkinin KoopK m.81.1'in dördüncü ve yedinci bentlerinde düzenlenen sona erme sebeplerini değil de diğer sona erme sebeplerini kapsadığı, yani KoopK m.86.1.3'te ilgili bakanlığa sona ermeyi gerektiren sebepleri mahkemeye bildirme görev ve yetkisi verilmişken KoopK m.81.1'in dördüncü ve yedinci bentlerine göre ilgili bakanlığın mahkemeden bizzat sona erme kararı alabildiği belirtilmektedir[82]. Diğer bir görüşe göre ise KoopK m.81.1.4 ile m.86.1.3 birlikte değerlendirildiğinde "*mahkemeye bildirmek*" ibaresinin fesih davası açmak şeklinde anlaşılması gerekir[83].

İlgili bakanlığın mahkemeye yapacağı bildirim üzerine mahkemenin dava açması (?) veya herhangi bir kişi ya da makamı bu davayı açmak üzere harekete geçirmesi söz konusu olamayacağına göre "*mahkemeye bildirmek*" ibaresinin, dava açmak şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündeyiz. Diğer taraftan kooperatifin fesih davası yoluyla sona erdirildiği durumlarda ilgili bakanlığın fesih davası açma hakkına sahip olduğu KoopK m.81.1'in dördüncü ve yedinci bentlerinde zaten hükme bağlanmıştır. Bu sebeple "*mahkemeye bildirmek*" ibaresiyle, ilgili bakanlığın fesih davası değil de infisahın tespiti davası açma hakkının kastedildiği kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere ilgili bakanlığa infisahın tespiti davası açma hakkı bizatihi KoopK'da verilmiştir.

Bununla birlikte bir kooperatif alacaklısının, kooperatifin üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmadığı iddiası ile münfesih olduğunun tespitini dava etmekte hukuki yararının bulunmadığı görüşündeyiz. Zira yalnızca ortakların kooperatifin borçlarından dolayı sınırsız sorumlu olduğu durumlarda bir alacaklı bakımından kooperatifin münfesih olduğunun tespiti önem arz eder. Şöyle ki KoopK m.28.1 gereğince anasözleşmede aksine hüküm olmadıkça kooperatif, alacaklılarına karşı yalnızca malvarlığıyla sorumludur. Bununla birlikte KoopK m.29.1 gereğince anasözleşmede, kooperatifin varlığının borçlarını karşılamaya yetmediği hâllerde ortakların da şahsen ve sınırsız olarak sorumlu tutulacakları düzenlenebilir (c.1). Anasözleşmede böyle bir düzenlemeye yer verilmişse alacaklılar, kooperatifin gerek iflâsı gerekse diğer sebeplerle sona ermesi hâlinde alacaklarını tamamen elde edemezlerse kooperatifin borçlarından dolayı ortaklar, müteselsilen ve tüm malvarlıklarıyla sorumlu olurlar (c.2). Ortakları sınırsız sorumlu olan bir kooperatifin alacaklısının, ortaklara karşı açtığı alacak davasında/ortaklara karşı başlattığı icra takibine vaki itiraz üzerine açtığı itirazın iptali davasında kooperatifin üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmadığı, dolayısıyla münfesih olduğu iddiası zaten incelenecektir/kooperatifin münfesih olup olmadığı zaten tespit edilecektir. Bir davada iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek hususların bir tespit davasına konu edilemeyeceği/eda davasının aynı zamanda bir tespiti de içermesi sebebiyle eda davası açılması olanaklı iken tespit davası açılmasında

[82] KURTULAN, s.682; ÜSTÜN/AYDIN, s.418; benzer yönde bkz. COŞKUN, s.1268.

[83] DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.162; aynı yönde bkz. ŞİMŞEK, s.246. Ayrıca bkz. KoopK m.86 ve 90 gereğince Ticaret Bakanlığının kooperatifleri denetlemek ve denetleme sonucuna göre şartları varsa KoopK m.81.1.4'e dayalı olarak kooperatifin feshini dava etme hakkı bulunduğu yönünde, dn. 13'te yer alan Y. 11. HD., 04.06.1981, E. 2414, K. 2803.

kural olarak hukuki yararın mevcut olmadığı kabul edilmektedir[84]. Bu durum karşısında kooperatif alacaklısının da ortaklara başvurabilmek amacıyla ayrı bir dava ile kooperatifin münfesih olduğunun tespitini talep etmekte hukuki yararının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

3. Üst Üste Üç Yıl Olağan Genel Kurul Toplantısı Yapmamış Bir Kooperatifin Münfesih Olduğunun Tespitine Karar Veren Mahkemenin Talep Edilmemiş Olsa Bile Tasfiye Memuru Tayinine de Karar Verip Veremeyeceği Sorunu

a. Yargıtay Kararları

Yargıtay 6., 11. ve 23. Hukuk Dairesi'nin kararları[85], KoopK m.81.1.6 uyarınca kooperatifin feshinin (?) talep edildiği davalarda davacı tarafın tasfiye kararı verilmesi ve tasfiye memuru atanması talebi bulunmasa dahi fesih (?) talebinin aynı zamanda tasfiye kararı verilmesi ve tasfiye memuru atanması talebini de içerdiği, dolayısıyla mahkemece tasfiye memuru atanmasına karar verilmesi gerektiği yönündedir.

Bununla birlikte Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin aksi yöndeki bir kararında[86] KoopK m.81 ve 6762 s. TTK m.434 gereğince feshine karar verilen [infisah eden (?)] şirketin kendiliğinden tasfiyeye geçeceğini, KoopK m.81.3, c.1'den[87] anlaşılacağı üzere mahkemece tasfiye memuru seçilmeyebileceğini, davada sadece kooperatifin feshinin talep edildiğini, mahkemenin tasfiye memuru atanmasına yönelik hükmünün talep aşımı niteliğinde bulunduğunu belirtilmiştir.

b. Öğretideki Görüşler

Şirketin feshine mahkemenin karar verdiği hâllerde tasfiye memurunun mahkemece atanacağına ilişkin TTK m.536.3'e benzer bir hükmün bulunmadığı 6762 s. TTK döneminde KURTULAN ve PARLAR/PARLAR, kooperatifin sona ermesine mahkemece karar verilmesi hâlinde tasfiye memurlarının da sona erme kararıyla birlikte atanacağını ifade etmekteydiler[88]. Yine KURTULAN, üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmayarak sona eren kooperatiflere tasfiye memuru atanması için

---

[84] HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.252 vd.

[85] Y. 11. HD., 03.05.2005, E. 2004/7981, K. 2005/4631 (ÇELİK/LALE, s.1318); Y. 11. HD., 30.11.2005, E. 2004/14195, K. 2005/11680; Y. 23. HD., 13.07.2011, E. 2011/237, K. 2011/71; Y. 23. HD., 30.01.2012, E. 2011/2666, K. 2012/485; Y. 23. HD., 26.11.2012, E. 2012/4677 K. 2012/6956; Y. 23. HD., 21.12.2012, E. 2012/5958, K. 2012/7572 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 27.04.2025); dn. 68'deki Y. 23. HD., 21.11.2016, E. 2015/6883, K. 2016/5105; Y. 6. HD., 24.02.2022, E. 2021/2288, K. 2022/1011.

[86] Y. 11. HD., 8.7.1986, E. 4149, K. 4306 (ÇEVİK, KoopK, s.760).

[87] 06.10.1988 tarihli ve 3476 sayılı 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna iki Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (3476 s. Kanun) (RG. 25.10.1988/19970) m.20 ile değiştirilmeden önceki KoopK m.81.2, c.1.

[88] KURTULAN, s.639; PARLAR/PARLAR, s.689.

genel kurulun toplantıya çağırılması gerektiğini, genel kurulun toplanma imkânı bulunmuyorsa mahkemeden sona ermenin tespiti ile tasfiye memuru atanmasının talep edilebileceğini belirtmekteydi[89].

ERİŞ/ULUSOY ve ARPACI; tasfiye memurlarının mahkeme tarafından da atanabileceğine ilişkin KoopK m.81.3, c.1 çerçevesinde mahkemenin tasfiye memuru atamasının ancak hâlihazırdaki tasfiye memurunu azletmek suretiyle mümkün olabileceğini (KoopK m.98'in atfıyla 6762 s. TTK m.442.2), yoksa mahkemenin -kural olarak- doğrudan tasfiye memuru atama yetkisinin bulunmadığını belirtmekteydiler[90]. Diğer taraftan ERİŞ/ULUSOY, kooperatif anasözleşmesi uyarınca tasfiye memurunun atanamaması ve yönetim kurulunun da mevcut olmaması durumunda ortaklardan birinin talebi üzerine mahkemenin doğrudan tasfiye memuru atayabileceğini[91]; ARPACI ise tasfiye memuru atayacak olan organın/genel kurulun bu görevini yerine getirememesi durumunda mahkemenin doğrudan tasfiye memuru atayabileceğini kabul etmek gerektiğini, mahkemenin bu yetkisini talep üzerine kullanacağını[92] ifade etmekteydiler.

TTK döneminde KURTULAN, m.536.3'e değinerek kooperatifin sona ermesine mahkemece karar verildiği takdirde tasfiye kurulunun da bu karar ile birlikte atanacağı görüşünü tekrarlamaktadır[93]. Yazar, üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmayarak sona eren kooperatiflere tasfiye memurunun nasıl atanacağına ilişkin görüşünü de yinelemektedir[94]. ÇELİK ise KoopK m.81.3, c.1 çerçevesinde kooperatiflerde tasfiye memurlarının mahkeme tarafından da belirlenmesinin mümkün olduğunu belirtmekte; bu bağlamda kooperatifin, genel kurulun toplanmaması sebebiyle sona ermesi hâlinde tasfiye memurunun mahkemece belirlenmesi gerektiğini dile getirmektedir[95].

c. Değerlendirmeler

KoopK m.81.3, c.1'e göre tasfiye memurları mahkemece veya genel kurulca atanabilir, böyle bir atama yapılmadığı takdirde tasfiye işleri yönetim kurulunca yürütülür. Bu hükümde mahkemeye tasfiye memuru atama yetkisi verilmiş ise de mahkemenin, açılmış bir infisahın tespiti davasında bu yetkiye re'sen başvurup başvuramayacağı hususunda bir açıklık yoktur. Bu hususta olumsuz sonuca varılması gerektiği görüşündeyiz. Zira hukuk muhakemelerinde taleple bağlılık ilkesinin düzenlendiği HMK m.26.2'de hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklı tutularak,

[89] KURTULAN, s.667.

[90] ERİŞ/ULUSOY, s.732; ARPACI, s.249.

[91] ERİŞ/ULUSOY, s.732.

[92] ARPACI, s.250.

[93] KURTULAN, 2015, s.846.

[94] KURTULAN, 2015, s.890.

[95] ÇELİK, Aytekin: Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s.116.

söz konusu ilkenin istisnalarının kanunda düzenlendiğine işaret edilmiştir. KoopK m.81.3, c.1'de ise böyle bir istisnaya yer verildiğine yönelik bir işarete rastlanmamaktadır.

Burada KoopK m.98'in atfıyla TTK m.536.3'ün kooperatifler hakkında da uygulanabilecek olması varılan sonucu değiştirmemektedir. Zira TTK m.536.3, kooperatifin mahkeme tarafından feshedildiği takdirde uygulama alanı bulabilmektedir. Nitekim TTK m.536.3'ün gerekçesinde mahkemenin fesih kararı verebildiği üç hâlde, açık deyişle kuruluş sırasında menfaatler ihlâl edilmişse (TTK m.353), organ yokluğu söz konusuysa (TTK m.530) ve haklı sebepler mevcutsa (TTK m.531) fesih kararıyla birlikte tasfiye memurunun da atanacağı, bu üç durumda artık pay sahiplerinin anlaşarak tasfiye memuru atamalarını beklemenin gereksiz olduğu, atama yetkisinin mahkemeye bırakılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir[96]. Kooperatifin üç yıl üst üste olağan genel kurul toplantısı yapmamış olması bir infisah sebebi olduğundan kooperatifin sona ermesi mahkeme kararıyla gerçekleşmemektedir. Bu sebeple KoopK m.81.1.6'ya dayalı olarak açılacak davalarda TTK m.536.3 uygulanma kabiliyetini haiz değildir.

4. Ara Sonuç

Üst üste üç yıl toplantı yapmayan kooperatifin infisah ettiği, ancak sonrasında toplantı yaparak devam yönünde irade gösterdiğinden yola çıkılarak kooperatifin devam ettiği [-tasfiyeden dönmenin şartları mevcut olmaksızın- adeta tasfiyeden döndüğü(!)] yolunda yargı kararlarına rastlanmaktadır.

Kooperatifin üç yıl üst üste genel kurul yapmaması hâlinde mevzu bahis olabilecek dava ancak infisahın tespiti davası olmasına rağmen -bu davanın ilgili bakanlık tarafından açılıp açılamayacağı hususundaki tereddütten kaynaklı olmakla birlikte- neticede husumet yokluğundan davanın reddi (!) yönünde, dolayısıyla kooperatifin tasfiyeye başlamasını sağlamaktan uzak kararlara rastlanmaktadır. İlgili bakanlığın infisahın tespiti davası açtığı bazı kararlarda "*en azından tasfiye memurunun atanmasının kabulü gerekir*" sonucuna varılması da aslında tasfiyeye başlanmasını sağlamaya yöneliktir. Aynı durum, talep olmasa dahi tasfiye memuru atanması gerektiğine ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir.

Buraya kadar anlatılanlar ışığında genel kurulun toplanamaması durumunda aslında sona ermenin mahkeme yoluyla netleştirilmesine, dolayısıyla bir fesih davasına ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Nitekim TTK m.530.1'in gerekçesinde[97] belirtildiği gibi, hükümde, -6762 sayılı TTK m.435'ten farklı olarak- "*uzun süreden beri*" ifadesi kullanılarak, organ eksikliğinin fesih sebebi olabilmesi için devamlılık göstermesi gereği vurgulanmıştır ve devamlılıktan ne kadar bir sürenin

[96] "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu", s.247. Gerekçede sayılmamakla birlikte TTK m.210.3 çerçevesinde açılacak fesih davası da TTK m.536.3'ün kapsamına dâhildir (MALATYALIOĞLU, Elif Sena: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s.112, dn.462).

[97] Bkz. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu", s.244.

anlaşılması gerektiği konusunda takdir yetkisi, kötüye kullanımların önüne geçmek ve somut olayın şartlarına göre serbest hareket edebilme olanağı tanımak için hâkime tanınmıştır.

D. MEHAZ İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DURUM

KoopK'nın kooperatifin sona ermesine ilişkin hükümlerinin mehazı İsvBK'dır[98]. Kooperatifin genel sona erme sebepleri, İsvBK m.911'de dört bent hâlinde sayılmıştır. Anılan hükme göre kooperatif anasözleşme hükümleri gereğince (bent 1), genel kurul kararıyla (bent 2), iflâsın açılmasıyla (bent 3) ve kanunun öngördüğü diğer hâllerde (bent 4) sona erer.

İsvBK m.911'in dördüncü bendi dikkate alındığında sona erme sebeplerinin sınırlı sayıda olmadığı sonucuna varılmaktadır[99]. Bu bağlamda gündeme gelebilecek sona erme hâllerinden birine İsvBK m.908'de işaret edilmektedir. Anılan hükme göre kooperatifin organizasyon eksikliklerinin bulunması hâlinde anonim şirketlere ilişkin hükümler, açık deyişle İsvBK m.731b kıyasen uygulanır[100].

İsvBK m.731b.1'de bir pay sahibi veya alacaklının[101], şirketin organizasyonunda eksiklik bulunduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Anılan hükümde beş bent olarak sayılan organizasyon eksikliği hâlleri arasında şirketin kanunen öngörülen organlarından birinin mevcut olmaması (bent 1) ve şirketin kanunen öngörülen bir organının usulüne uygun şekilde oluşturulmaması (bent 2) da bulunmaktadır.

İsvBK m.731b.1[bis] hükmünde, açılan dava üzerine mahkemenin şu önlemleri alabileceği öngörülmüştür: Şirkete, fesih ihtarı ile, hukuka uygun durumun yeniden sağlanması için bir süre verebilir (bent 1), eksik olan organı veya bir kayyım atayabilir (bent 2), şirketi feshedebilir ve iflas hükümlerine göre tasfiyesine hükmedebilir (bent 3).

Mahkeme, eksik olan organı veya bir kayyım atadığı takdirde bu atamanın geçerli olacağı süreyi belirler (İsvBK m.731b.2, c.1). Ayrıca şirketin, atanacak kişilere bir ön ödeme yapmasını ve tüm masrafları üstlenmesini zorunlu kılar (İsvBK m.731b.2, c.2). Haklı bir sebebin varlığı hâlinde şirket,

---

[98] "Kooperatifler kanunu tasarısı ile Konya Milletvekili Fakih Özfakih ile Adana Milletvekili Kemal Sarıibrahimoğlu ve 23 arkadaşının, Kooperatifler kanunu teklifi ve Bursa Milletvekili Kasım Önadım'ın, Kooperatifler kanunu teklifi ve Tarım, Adalet, Ticaret ve Plân komisyonlarından 3 er üyeden kurulu Geçici Komisyon raporu (1/151, 2/53, 2/232)", s.5 (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d02/c028/mm__02028086ss0351.pdf, Erişim Tarihi: 30.04.2025).

[99] STÄUBLI, Christoph: "Art.911-913", *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, Art 911, N.13; DRENHAUS, Mark/AMSTUTZ, Marc: "Art.911", *OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar*, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023, Art.911, N.16.

[100] İsvBK m.731b hükmü, m.831.2 gereğince kooperatifte ortak sayısının yedinin altına düşmesi hâlinde de uygulama alanı bulur.

[101] Öte yandan İsvBK m. 939'da ticaret sicili müdürüne de davacı sıfatı verilmiştir.

mahkemeden, mahkeme tarafından atanmış olan kişilerin görevden alınmasını talep edebilir (İsvBK m.731b.3).

İflas hükümlerine göre şirketin tasfiyesi için atanan tasfiye memurları, şirketin borca batık olduğunu tespit eder etmez mahkemeye bildirimde bulunmalıdır; mahkeme iflas sürecini başlatır (İsvBK m.731b.4).

Yukarıda da ifade edildiği üzere İsvBK m.731b.1'in birinci ve ikinci bentlerinde şirketin kanunen öngörülmüş organlarından birinin mevcut olmaması veya usulüne uygun oluşturulmaması organizasyon eksikliği hâlleri arasında sayılmıştır. Bu durum karşısında mevcut veya usulüne uygun şekilde oluşturulmuş bir organın işlevsizliğinin (*die Funktionsunfähigkeit*) de İsvBK m.731b.1 anlamında bir organizasyon eksikliği olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun, İsvBK m.731b.1'in birinci ve ikinci bentlerindeki "*organ"* ibaresinin kapsamına genel kurulun dâhil olup olmadığı sorununu da beraberinde getirmektedir. Zira genel kurul atanmayıp yalnızca toplantıya çağrıldığı için mevcut olmama veya usulüne uygun bir şekilde oluşturulmama hâlleri genel kurul açısından gündeme gelmemekte[102], genel kurulun toplanamamasından veya toplanabilmesine rağmen karar alamamasından, diğer deyişle işlevsizliğinden bahsedilebilmektedir. Dolayısıyla işlevsizlik organizasyon eksikliği olarak kabul edilmezse genel kurulun, İsvBK m.731b.1'in birinci ve ikinci bentlerindeki "*organ"* ibaresinin kapsamına dâhil olmadığı/işlevsizlik organizasyon eksikliği olarak kabul edilirse genel kurulun, İsvBK m.731b.1'in birinci ve ikinci bentlerindeki "*organ"* ibaresinin kapsamına dâhil olduğu sonucuna varılacaktır.

Öğretide bir görüş olarak, bir organın eksikliği veya usulüne uygun bir şekilde oluşturulmamış olması ile bu organın işlevsizliğinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği, yalnızca eksiklik veya usulüne uygun bir şekilde oluşturulmamış olma hâlinin İsvBK m.731b çerçevesinde dava açma hakkı tanıyacağı ileri sürülmektedir[103]. Buna paralel bir şekilde, genel kurulun atanmayıp yalnızca toplantıya çağrıldığı hususu gerekçe gösterilerek İsvBK m.731b.1 anlamında eksikliğinden bahsedilebilecek organların yönetim kurulu ile denetim organı olduğu görüşünün ileri sürüldüğü de görülmektedir[104]. Bu görüşe göre genel kurulun toplantıya çağrılmasında veya genel kurul toplantısının icrasında ortaya çıkan

---

[102] SCHÖNBÄCHLER, Marcel: Die Organisationsklage nach Art.731b OR, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013, s.135; VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2020, s.771, N.1781. Aynı yönde bkz. BÜRGE, Stefan/GUT, Nicolas: "Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art.731b OR", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 105/2009, s.159 ve (bahsi geçen sayfada yer alan) dn.17; LORANDI, Franco: "Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung-Gedanken zu Art.731b OR", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2008, s.1380.

[103] NATSCH, Regina: "Art.908", *OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar*, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023, Art.908, N.1.

[104] BÜRGE/GUT, s.159 ve (bahsi geçen sayfada yer alan) dn.17; LORANDI, s.1380.

eksikliklerin, (İsvBK m.731b çerçevesinde açılan dava yerine) ilgili diğer davalar yoluyla ileri sürülmesi ve giderilmesi gerekir[105].

Bununla birlikte bizim de katıldığımız diğer görüşe göre bir organın işlevsiz olması da organizasyon eksikliği olarak değerlendirilmeli ve bu durumda da İsvBK m.731b uygulama alanı bulmalıdır[106]. Bu durum karşısında genel kurul da anılan hükümdeki organ ibaresinin kapsamında kabul edilmelidir[107]. Ayrıca bu görüşün temsilcilerinden SCHÖNBÄCHLER; İsvBK m.731b'de dava yoluyla tüzel kişilerin kanunen zorunlu olan organizasyonlarındaki tüm eksikliklerin giderilmesi ve yaptırıma bağlanması hususunda yeknesak bir düzen[108] kurulmasının amaçlandığını, bu amaç dikkate alındığında "*organ*" ibaresinin genel kurulu dışlayacak biçimde dar yorumlanamayacağını ifade etmektedir[109].

Diğer taraftan bu görüşü savunan bazı yazarlar, işlevsizliğin organizasyon eksikliği olarak değerlendirilebilmesi için süreklilik arz etmesinin gerekli olup olmadığı hususunda farklı yaklaşımlara sahiptir. SCHÖNBÄCHLER; İsvBK m.731b'in, organın sürekli mi yoksa geçici olarak mı işlevsiz olduğuna bakılmaksızın uygulanması gerektiğini, zira her iki durumda da şirketin kural olarak menfaatlerini ve haklarını koruyamaz hâle geldiğini, organın kendisine kanun gereği tevdi edilmiş olan görevleri yerine getirip getiremediğinin belirleyici olduğunu, ayrıca bir organın hangi andan itibaren geçici değil de sürekli olarak işlevsiz sayılacağının mahkemece tespit edilmesinin mümkün olmadığını, bunun yanı sıra İsvBK m.731b çerçevesinde organizasyon eksikliğine hızlı, orantılı ve tüm menfaatleri gözeten bir çözüm bulunmasının amaçlandığını, dolayısıyla yeni ortaya çıkmış bir organizasyon eksikliğine dahi mahkemenin müdahale etmesinin anılan hükmün normatif karakteriyle örtüştüğünü, buna ek olarak anılan hükme göre açılacak davanın şirket içi eksiklikleri gidermeye yönelik diğer mekanizmalara karşı tali (ikincil) nitelikte olmadığını savunmaktadır[110]. Diğer taraftan bizim de

[105] LORANDI, s.1380, dn.28.

[106] SCHÖNBÄCHLER, s.65-68, 135 vd.; WATTER, Rolf/PAMER-WIESER, Charlotte: "Art.731b", *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, Art.731b, N.6; MÜLLER, Pascal: "Art.731b", *Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füssli Kommentar*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, Art.731b, N.6; VISCHER, Markus/ZYSSET, Pascal: "Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, B., C. GmbH gegen A., X. AG und U., Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären", *Aktuelle Juristische Praxis,* 26/2017, s.1149-1150; BOHRER, Andreas/KUMMER, Angela: "Art.731b", *Zürcher Kommentar*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018, Art.731b, N.29, 34; BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Genf 2022, s.2178-2179, 2183, 2188-2190, N.242, 254-255, 270 vd.; VON DER CRONE, s.771, 774, N.1781, 1792.

[107] SCHÖNBÄCHLER, s.136; VISCHER/ZYSSET, s.1149-1150; BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.34; BÖCKLI, s.2178-2179, 2183, N.242, 254-255; VON DER CRONE, s.771, N.1781.

[108] Aynı yöndeki diğer hükümler için bkz. Limited şirketlere ilişkin İsvBK 819, derneklere ilişkin İsviçre Medenî Kanunu (İsvMK) 69c ve vakıflara ilişkin İsvMK 83d.

[109] SCHÖNBÄCHLER, s.135-136.

[110] SCHÖNBÄCHLER, s.67, 100-101.

katıldığımız BUHRER/KUMMER ve MÜLLER, bir organın işlevsizliğinin organizasyon eksikliği olarak değerlendirilebilmesi için süreklilik arz etmesi gerektiğini ileri sürmektedir[111].

Yine bu görüşteki (işlevsizliğin organizasyon eksikliği olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeki) bazı yazarlar, işlevsizlik hâllerinden biri olarak ele alınan kilitlenme hâlinin (*die Pattsituation*) bir organizasyon eksikliği olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda da ayrılmaktadırlar. Bir grup yazarın, işlevsizliğin de organizasyon eksikliği olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtirken kilitlenme hâlini örnek gösterdikleri, dolayısıyla kilitlenme hâlinde de İsvBK m.731b'nin uygulanabileceği düşüncesinde oldukları görülmektedir[112]. Buna karşılık BOHRER/KUMMER; tek başına kilitlenme hâlinin süreklilik arz etse de organizasyon eksikliği olarak değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla İsvBK m.731b'nin uygulama alanına dâhil olmadığını, çoğunlukla yönetim kurulu veya denetim organının seçilememesi gibi objektif olarak tespit edilebilen başka organizasyon eksikliği şeklinde kendisini gösterdiğini, bu sebeple organizasyon eksikliği olarak değil de organizasyon eksikliğinin sebebi olarak değerlendirilmesinin uygun olduğunu belirtmektedir[113]. BUHRER/KUMMER'in, esas sözleşmede aksi öngörülmemişse yönetim kurulu başkanının eşitlik bozucu oy hakkının bulunması (İsvBK m.713.1, c.2) sebebiyle kilitlenme durumunun çoğunlukla genel kurulda ortaya çıkacağına[114] dikkat çektiği de belirtilmelidir. Bu çerçevede söz konusu yazarlar; genel kuruldaki işlevsizliğe örnek verirken yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmaktan kaçınması hâlinde -kural olarak- m.731b anlamında bir organizasyon eksikliğinin gündeme gelebileceğini, fakat İsvBK m.699'un üçüncü fıkrasındaki şartları sağlayan pay sahiplerinin aynı maddenin beşinci fıkrası gereğince mahkemeden genel kurulun toplantıya çağrılmasına karar verilmesini talep ederek organizasyon eksikliğini önleme imkânının bulunduğunu ifade etmektedirler[115].

İsvBK m.731b'de mahkemeye fesih yerine durumuna uygun düşen alternatif çözümlere başvurma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Bu bağlamda İsvBK m.731b, haklı sebeple feshe ilişkin m.736.1.4'ün özel bir görünümüdür, dolayısıyla m.736.1.4'e göre öncelikle uygulanır[116].

---

[111] MÜLLER, Art.731b, N.6; BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.29, 34.

[112] SCHÖNBÄCHLER, s.67, 99-101, 136, 138 vd.; WATTER/PAMER-WIESER, Art.731b, N.6; BÖCKLI, s.2178-2179, 2183, 2188-2189, N.242, 255, 270-272; VON DER CRONE, s.771, 774, N.1781, 1792.

[113] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.42.

[114] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.43.

[115] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.34.

[116] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.4.

İsvBK m.731b'de sayılan önlemler *numerus clausus* değildir[117]. Başvurulabilecek diğer önlemlerin neler olduğu hususunda İsvBK m.736.1.4 uyarınca açılan fesih davasındaki uygulamalardan yararlanılabilir[118].

Mahkeme tarafların talepleriyle bağlı olmadığından davacının gerekli önlemlerin alınmasını talep etmesi yeterlidir, belirli bir önlemi talep etmesine gerek yoktur[119]. Bununla birlikte orantılılık ilkesi gereğince İsvBK m.731b'deki önlemler aşamalı olarak uygulanmalı, açık deyişle en ağır önlem olan şirketin feshi ve tasfiyesine diğer önlemler yetersiz kalır veya başarısız olursa son çare olarak başvurulmalıdır[120].

İsvBK m.731b hükmü incelendiğinde (hükümde mahkemeye hukuka uygun durumun yeniden sağlanması için şirkete süre verme, hatta eksik olan organı veya kayyım atama yetkisi tanınmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda) İsviçre hukukunda organ eksikliği durumunda kooperatifi mümkün olduğunca yaşatma eğilimi olduğu dikkat çekmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda üst üste üç yıl genel kurul yapılmadığında kooperatifin infisah etmesi oldukça katı bir yaklaşımdır.

II. TTK M. 531 BAKIMINDAN İNCELEME

A. Öğretideki Görüşler

TTK m.531'e benzer bir düzenlemenin yer almadığı 6762 s. TTK döneminde kooperatiflerde haklı sebeple fesih davasına yer olmadığı görüşü mevcuttu[121]. Buna göre kooperatiflerde ortaklık payının devredilmesinin serbest olması (KoopK m.14.3, c.1), ortakların çıkma (KoopK m.10 vd.) ve genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma (KoopK m.53.1.1) olanaklarının bulunması karşısında ortakların menfaatini haklı sebeple şirketin sona ermesini talep etme hakkı vasıtasıyla koruma gereksinimi bulunmamaktaydı[122].

TTK döneminde ise m.531'in kooperatifler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda farklı fikirler vardır. Bir görüşe göre soruya olumsuz yanıt verilmelidir[123]. Bu çerçevede -6762 s. TTK

---

[117] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.47; VON DER CRONE, s.778, 782, N.1805, 1816; VISCHER/ZYSSET, s.1150; BÖCKLI, s.2180, N.247.

[118] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.54; VON DER CRONE, s.782, N.1817.

[119] BOHRER/KUMMER, Art.731b, N.11.

[120] BOHRER/KUMMER, Art.731b, 1320, N.46, 52; FABRIZIO, Nadja: "Art.831", *Berner Kommentar*, 2. Aufl. Stämpfli Verlag AG, Bern 2021, Art.831, N.48; NATSCH, Art.908, N.4; VON DER CRONE, s.779, 780, 781, N.1805, 1811, 1813; VISCHER/ZYSSET, s.1148; BÖCKLI, s.2181, 2182, 2186, N.248, 252, 262.

[121] KARAYALÇIN, s.477; SÜMER, Ayşe: Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İsmail Akgün Vakfı, İstanbul 1991, s.71; DAĞLI, s.43.

[122] KARAYALÇIN, s.477.

[123] ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.35; İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.11, dn.25; KAYHAN, Mustafa: Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.117-118, 142,

döneminde ileri sürülen görüşün gerekçelerine paralel olarak- kooperatiflerde haklı sebeple fesih davası yerine çıkarılma (KoopK m.16) ve çıkma müessesesine yer verildiği, bu itibarla kooperatiflerde haklı sebeple fesih davasına gereksinim olmadığı ileri sürülmektedir[124]. Bu görüşün bazı temsilcileri, KoopK m.81.1.1 çerçevesinde haklı sebeplerin varlığı hâlinde kooperatifin dava yoluyla feshedilmesine anasözleşmede imkân tanınabileceğini ileri sürmektedirler[125].

Başka bir görüş olarak, haklı sebeple fesih davasının kooperatiflerde de mümkün olduğu savunulmaktadır[126]. Gerekçe olarak; azınlığın hakkaniyete uygun ve objektif olarak şirketin devamından beklediği faydaları ortadan kaldıran ve şirketin devamını çekilmez hâle getiren olguların haklı sebep olarak tanımlandığı, kooperatiflerin amacının diğer şirketlerden farklı olduğu, moral değerlerin önem taşıdığı, bu bakımdan haklı sebeple feshi talep etme hakkının kooperatifler bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir[127]. Buna ek olarak mahkemeye fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verme yetkisinin tanınmasına ilişkin hükmün (TTK m.531.1, c.2) kooperatifler yönünden mahkemenin alternatif çözümlere karar verebilecek olması açısından faydalı olduğu dile getirilmektedir[128]. Haklı sebeple fesih davasını ortakların en az onda birinin açacağı da eklenmektedir[129].

B. Değerlendirmeler

De lege lata TTK m.531'in kooperatifler hakkında uygulanamayacağı, bununla birlikte anasözleşmeye konulacak bir hükümle kooperatifin haklı sebeple feshine imkân tanınabileceği görüşüne katılmaktayız. Zira -daha önce TTK m.530 bakımından varılan sonuca paralel şekilde- TTK m.531'e KoopK m. 98'in değil de KoopK m.81.1.4'ün atfıyla başvurulabilir. Bununla birlikte TTK m.531'de

144; UYGUN, Fatma: Kooperatiflerde Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.42-43; ÇELİK, Aytekin: Kooperatiflerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.70-71.

[124] KAYHAN, s.142. Aynı yönde bkz. UYGUN, s.43; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.70-71.

[125] ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.35; İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.11, dn.25; UYGUN, s.43.

[126] KURTULAN, 2015, s. 836; COŞKUN, s.1182, 1184-1185; GÜNAY, Erhan: Kooperatiflerde Uyuşmazlıklar Rehberi, 6.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025, s.142-143; DEMİR, Remziye: Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.70-71. Ayrıca bkz. '*TTK'nın "Haklı sebeplerle fesih" başlıklı 531 inci maddesi eski TTK'da öngörülmemiş bir kurumu hukukumuza kazandırmıştır. Gerek, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda ve gerekse Kooperatifler Kanununda fesih sebepleri sayılmış, buna mukabil haklı sebeplerle fesih konusu düzenlenmemişti.*' ("Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler", s.85).

[127] DEMİR, s.70.

[128] DEMİR, s.71.

[129] COŞKUN, s.1182. Bununla birlikte COŞKUN, haklı sebeple fesih davasının açılabilmesi için *kooperatif paylarının* onda birine sahip olunması gerektiğini de belirtmektedir (bkz. COŞKUN, s.1184). Ayrıca bkz. Kooperatiflerde azınlık kavramının ortakların en az onda birini ifade ettiğini belirten ve haklı sebeple fesih davası açma hakkını olumlu azınlık hakları arasında zikreden DEMİR, s.67, 68-71.

ilgili bakanlığa dava açma hakkı tanınmamış olmasından yola çıkılarak bu hükmün kooperatifler bakımından uygulanmayacağı sonucuna varılabilir.

TTK m.531'e KoopK m.81.1.4'ün atfıyla başvurulduğunda kooperatiflerde haklı sebeple fesih davasının açılabileceği, fakat davacı sıfatının -her ne kadar TTK m.531'de davacı olarak yalnızca azınlık ortaklar anılmış ise de- ilgili bakanlığa ait olduğu, ortakların ilgili bakanlığa başvurup haklı sebebi bildirerek fesih davası açılması sürecini başlatabilecekleri de düşünülebilir. Ancak bu durumda da mahkemenin fesih yerine alternatif çözümlere karar verip veremeyeceği meselesi ortaya çıkar. Zira KoopK m.81.1.4'te kooperatif, kanunlarda öngörülen diğer hâllerde ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine *"dağılır*", yani "*sona erer*"[130] denilmiştir. Söz konusu ibare, haklı sebeple fesih davasında mahkemece ya davanın kabulü ile şirketin feshine/sona ermesine ya da davanın reddine karar verilebileceği, diğer deyişle sona erme yerine duruma uygun düşen, kabul edilebilir diğer bir çözüme başvurulamayacağı izlenimi yaratmaktadır. Bununla birlikte bir ortağın, herhangi bir sebep belirtmeksizin veya haklı bir sebep göstererek çıkma hakkına[131] sahip olmasına rağmen ilgili bakanlığa

[130] Bkz.Dn.9

[131] Kooperatiflerde her ortağın çıkma hakkı vardır (KoopK m.10.1, c. 1). Bir ortağın çıkma hakkını hiçbir şekilde kullanamayacağına ilişkin sınırlamalar hükümsüzdür (KoopK m.11.3). Bu hak ihbar/bildirim yoluyla, yani tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır [TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.671, N.1818; ŞİMŞEK, s.67; ERİŞ, KoopH, s.306; DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.172-173; ÇEVİK, KoopH, s.341; ÇEVİK, KoopK, s.141; CAN, Mustafa Erdem: "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.1-2, Y.2007, s.76; BOZKURT, s.687; AYKAN, Filiz: Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Bilge Yayınevi, Ankara 2007, s.29, 30; ÜSTÜN/AYDIN, s.115; DEMİR, s.58; UYGUN, s.50; TOPALOĞLU, Mustafa: "Kooperatiflerin Kuruluşu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.16, S.174, Y.2021, s.373; TOPALOĞLU, Mustafa: "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, Y.2021, s.653; UÇAR, Sercan: 'İsviçre-Türk Kooperatifler Hukukunda Çıkma Hakkını Sınırlayan Hükümlerin "Haklı Sebeple Çıkma" Halinde Uygulanabilirliği', *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, Y.2023, s.1470; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.87]. Çıkma hakkının kullanılabilmesi için herhangi bir sebep gösterilmesine/çıkmanın haklı bir sebebe dayanmasına gerek yoktur (CAN, s.80; COŞKUN, s.209; UYGUN, s.66; TOPALOĞLU, "Kuruluş", s.373; TOPALOĞLU, "Genel İlkeler", s.653; UÇAR, s.1462, 1467; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.70, 85, 107, 114-115; ÇELİK, KoopH, s.84. Çıkma sebebinin belirtilmesinin zorunlu olmadığı, ancak dürüstlük kuralına aykırı bir sebep ileri sürülerek çıkılamayacağı yönünde bkz. ÇEVİK, KoopH, s.342). Diğer taraftan öğretide anasözleşmede çıkma sebeplerinin düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, bunun mümkün olduğu yönündedir [TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.675, N.1830; ÇEVİK, KoopH, s.342; CAN, s.85; UYGUN, s.72. Çıkma sebeplerinin gösterildiği kooperatif örnek anasözleşmeleri için bkz. ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.84, dn.285]. İkinci görüşe göre ise KoopK'da anasözleşmede çıkma sebeplerinin gösterilebileceği hususunda bir hüküm bulunmadığından bu durum ortağın çıkma hakkının KoopK'da öngörülen çerçeveyi aşan bir şekilde sınırlandırılması anlamına gelir (ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.85). Bizce de KoopK'da kooperatif anasözleşmesinde çıkma sebepleri öngörülmek suretiyle ortağın çıkma hakkının sınırlanmasına imkân tanınmamıştır. Bununla birlikte anasözleşmede, yalnızca öngörülen sebeplere dayalı olarak kooperatiften çıkılabileceği anlamına gelmeyecek şekilde, diğer deyişle örnekleyici nitelikte çıkma sebepleri sayılmasının önünde bir engel bulunmadığı görüşündeyiz.

Diğer taraftan KoopK m.11'in birinci fıkrasına göre anasözleşmede beş yıl veya daha kısa bir süre boyunca çıkma hakkının kullanılamayacağı öngörülebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise yine anasözleşmeye konulacak bir hükümle "*haklı ve önemli sebepler*"in varlığı hâlinde çıkma hakkının bu süreden önce kullanılmasına imkân tanınabileceği düzenlenmiştir. KoopK m.11.2'de "*haklı ve önemli sebepler*" kavramına yer verilmiş ise de haklı sebepler ile önemli sebepler aynı anlama geldiğinden, "*haklı sebepler*" kavramının tercih edilmesinde bir sakınca

haklı sebeple fesih davası açılması için başvurması, bu davada fesih yerine alternatif çözümlere başvurularak haklı sebep teşkil eden durumun ortadan kaldırılması mümkünse anlamlıdır. Ayrıca alternatif çözümlere karar verilme olanağının bulunmadığı bir haklı sebeple fesih davası, kooperatiflerin yapısına uygun değildir. Zira -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında[132] da belirtildiği üzere- kooperatifin devamında ortakların menfaatleri vardır. Bir kooperatifin ayakta tutulması mümkün olduğu hâlde feshine karar verilmesi, bu menfaatin ölçüsüz bir biçimde zedelenmesine yol açar[133].

III. *DE LEGE FERENDA* ÖNERİLER

A. Kooperatifin Organ İşlevsizliğine Dayalı Olarak Sona Er(diril)mesine İlişkin Öneriler

Öncelikle uygulamada yol açtığı sorunlar dikkate alındığında, genel kurulun üst üste üç yıl toplanamamasını infisah nedeni olarak öngören hükmün KoopK'dan çıkarılmasının isabetli olduğu düşüncesindeyiz[134]. Genel kurulun uzun süreden beri toplanamaması durumunda TTK m.530'daki fesih davasının devreye girmesinin, dolayısıyla mahkemenin bir süre vererek değerlendirme yapmasının yerinde olacağı düşünülebilir. Bu durumda ortaklara ve alacaklılara da bu davayı açabilme hakkının tanınması isabetli olur. Bunun için ise ya KoopK m.81.1.4'ün kaldırılması (TTK m.530 hükmü KoopK m. 98 atfıyla uygulanabilecek) veya KoopK m.81.1.4'ün "*kanunlarda öngörülen diğer hâllerde*" şekline getirilmesi ya da daha isabetlisi TTK m.530'a doğrudan atıf yapan bir hüküm öngörülmesi gerekir.

Öte yandan -aşağıda *de lege feranda* belirtildiği üzere- kooperatiflerde haklı sebeplerin varlığı hâlinde alternatif çözümlü bir fesih davası açılmasına imkân tanınması gerektiği görüşündeyiz. Buradan hareketle mahkemeye sorunu çözmeye yönelik kararlar verebilme imkânı tanınmasının daha yerinde olacağı dikkate alınarak genel kurulun uzun süreden beri toplanamaması durumunda haklı sebeple fesih davasının kooperatiflerde uygulanma alanı bulmasının mahkemenin alternatif çözümlere karar verebilme yetkisi bakımından isabetli olacağı da ileri sürülebilir. Ancak bu çözüm benimsendiği takdirde bu kez de yargı mercileri kooperatif genel kurulunun toplanamaması hâlinde TTK m.531'i

yoktur (bkz. DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.180; UÇAR, s.1467, dn.24; benzer yönde ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.109-110). KoopK m.11'in ikinci fıkrasının lafzı, çıkma hakkının kullanılmasının süreyle sınırlandırılmış olması hâlinde ancak haklı sebeple çıkma hakkının kullanılmasına cevaz veren bir anasözleşme hükmünün varlığı hâlinde çıkma hakkının kullanılabileceği izlenimi yaratmaktadır. Nitekim öğretide bu yönde bir görüş vardır [Bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.673, N.1823; ŞİMŞEK, s.63; ARPACI, s.67; ÇEVİK, KoopH, s.339; ÇEVİK, KoopK, s.138; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.108]. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise anasözleşmede herhangi bir düzenleme yer almasa dahi bir ortak, çıkma yasağı süresi içerisinde haklı sebeplerle kooperatiften çıkabilir (KARAYALÇIN, s.471; TEKİL, KoopH, s.145-146; DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.178-179; COŞKUN, s.211; UYGUN, s.66-67; UÇAR, s.1473-1476). Haklı sebeple çıkma hakkı da ihbar yoluyla kullanılır (UÇAR, s.1470; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.111).

[132] Dn.36'daki Y. 11. HD., 15.11.2007, E. 2006/11263, K. 2007/14348.

[133] Aynı gerekçelerle, KoopK m.81.1.4'ün atfıyla adi şirketlerin haklı sebeple feshine ilişkin TBK m.639.1'in kooperatiflerde uygulanabileceği (ayrıca bkz. TTK m.126) düşüncesi de yerinde olmayacaktır.

[134] "Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" isimli belgede söz konusu infisah nedenine yer verilmemiştir.

uygulamaktan kaçınabilir. Buna bağlı olarak genel kurulun toplanamaması hâlinde alternatif çözümlere başvurulamaması sorunu ortaya çıkabilir. Bir an için yargı mercilerince genel kurulun toplanamaması hâlinin TTK m.531'in de kapsamına dâhil olduğu görüşü doğrultusunda karar verileceği varsayılsa dahi alternatif çözümleri belirleme hususundaki takdir yetkisinin kullanımında çekingen davranılarak, TTK m.531'in getirdiği imkândan etkili bir şekilde yararlanılamaması sorunu doğabilir. Bu sorunların önüne geçilmesinde hem anonim şirketler hem de kooperatifler bakımından fayda olması nedeniyle TTK m.530'un İsvBK m.731b doğrultusunda değiştirilerek kooperatifler hakkında değişik TTK m.530'un uygulanmasının en isabetli çözüm teşkil edeceği kanaatindeyiz[135].

Bu çözüm sayesinde kooperatif genel kurulunun toplanamama süresinin uzun olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre mahkemece takdir edilebilecek, genel kurulun toplanamaması infisah yerine fesih sebebi olacak, ancak mahkemece kooperatifin feshi yerine bizatihi kanunda örnekleyici bir şekilde sayılan alternatif çözümlere taleple bağlı kalınmaksızın başvurulabilecek, ancak bu çözümlerin yetersiz olması hâlinde (son çare olarak) feshe karar verilebilecek, dolayısıyla ortakların kooperatifin devamındaki menfaatleri de gözetilmiş olacak, davacı sıfatına kimlerin sahip olduğu netlik kazanacak ve feshe karar verildiği takdirde tasfiye işlerini yürütecek kişinin/kişilerin mahkemece belirlenmesi kanuni bir dayanağa (KoopK m.98 atfıyla TTK m.536.3) kavuşmuş olacaktır.

B. Kooperatifin Haklı Sebeplere Dayalı Olarak Sona Er(diril)mesine İlişkin Öneriler

Alternatif çözümlü haklı sebeple fesih davasının kooperatiflerde de uygulanmasının önünü açan bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı görüşünü taşımaktayız. Zira haklı sebeple fesih davası gerek şahıs gerekse sermaye şirketlerinde mevcuttur[136]. Hem şahıs hem de sermaye şirketlerine ait özellikler taşıyan kooperatiflerde de haklı sebeple fesih müessesesine yer verilmelidir. Ancak yukarıda da

[135] Bkz. ve karş. "*Ortak sayısının kooperatiflerden sorumlu bakanlıklarca belirlenen asgari sayıdan veya böyle bir sayı öngörülmemişse üçten aşağı düşmesi durumunda yahut kooperatifin yönetim kurulunun mevcut olmaması veyahut oluşturulamaması ya da genel kurulun toplanamaması hallerinde; ortaklardan veya kooperatif alacaklılarından birinin talebi üzerine, mahkeme kooperatifin durumunu kanuna uygun hale getirmek için bir süre tayin eder. Bu sürenin sonunda durum düzeltilmezse mahkeme kooperatifin feshine karar verir. Davanın açılmasını müteakip mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen kayyım atayabilir ve gerekli diğer tedbirleri alabilir. Asgari ortak sayısının hesabında, varsa yatırımcı ortaklar dikkate alınmaz.*" ("Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" m.129.1)

[136] Bkz. Adi şirketler için TBK m.639.1.7; kollektif şirketler için TTK m.243.1, 245; adi komandit şirketler için bkz. TTK m.328; anonim şirketler için TTK m.531; limited şirketler için TTK m.636.3. Bir sermaye şirketi olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere (bkz. TTK m.124.2) ilişkin TTK m.565'in birinci fıkrası uyarınca "*[k]omanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabidir.*" Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise "*[b]irinci fıkrada gösterilen hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri uygulanır.*" Dolayısıyla anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davasına ilişkin TTK m.531 hükmü, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde de uygulama alanı bulacaktır (ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.35).

belirtildiği üzere kooperatifler için getirilecek haklı sebeple fesih davasında, alternatif çözümlere karar verilebilmesi gereklidir.

Haklı sebeple fesih davası açma hakkı ister ortağa ister ilgili bakanlığa tanınmış olsun, ortakların çıkma hakkının varlığı dayanak gösterilerek kooperatiflerde haklı sebeple fesih müessesesine ihtiyaç olmadığı sonucuna varılamayacağı düşüncesindeyiz. Burada limited şirket ortaklarına hem çıkma (ve çıkmaya katılma) hakkı [bkz. TTK m.577.1.k, 638, 639] hem de haklı sebeple fesih davası açma hakkı (bkz. TTK m.636.3) tanındığına işaret edilmelidir. Bu açıdan menfaat durumlarının benzer olduğu limited şirketler ile kooperatifler arasında farklılık yaratılmasının kabul edilebilir bir gerekçesi yoktur. Ayrıca haklı sebeplerin varlığı hâlinde bir ortak, kooperatiften çıkmaya mecbur bırakılmamalıdır. Bir ortak hem kooperatifte kalmayı hem de açtığı fesih davasında/ilgili bakanlıkça açılacak bir fesih davasında alternatif çözümlere başvurularak haklı sebep teşkil eden durumun bertaraf edilmesini isteyebilir[137].

[137] Varılan bu sonuç, kooperatiften çıkma hakkının gerek herhangi bir sebep gösterilmeksizin gerekse haklı sebeplere dayalı olarak kullanılabildiği durumlarda geçerlidir. Nitekim limited şirket ortaklarına tek taraflı bir irade beyanıyla şirketten çıkma hakkı, ancak şirket sözleşmesiyle tanınabilir (TTK m.577.1.k, 683.1). Şirket sözleşmesinde çıkma hakkının kullanılması, belirli şartlara tâbi kılınabilir (TTK m.577.1.k, 683.1). Şirket sözleşmesinde çıkma sebebi gösterilmişse bu sebebin gerçekleşmesiyle, gösterilmemişse herhangi bir sebebe bağlı olmaksızın tek taraflı bir irade beyanıyla çıkma hakkı kullanılabilir. Şirket sözleşmesiyle tek taraflı bir irade beyanıyla şirketten çıkma hakkı tanınmadığı takdirde ise ortaklar, ancak haklı sebeplerin varlığı hâlinde mahkeme kararıyla şirketten çıkabilir (TTK m.638.2, c.1). Öğretide; şirket sözleşmesiyle çıkma hakkının tanındığı bir limited şirkette ortağın -kural olarak- haklı sebeple fesih davası açmak yerine çıkma hakkını kullanması gerektiği, çıkma hakkı kullanılmadan haklı sebeple fesih davası açılması hâlinde bu davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilebileceği, bununla birlikte şirket sözleşmesine dayalı çıkma hakkının her durumda fesih davasına göre önceliğe sahip olduğu sonucuna da varılamayacağı, bazı durumlarda sözleşmesel çıkma hakkının varlığına rağmen haklı sebeple fesih davası açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmektedir (bkz. YILDIRIM, Ali Haydar: Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Dora, Bursa 2013, s.78). Bu bağlamda TTK m.636.3'e göre mahkemenin fesih yerine duruma uygun düşen, kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebileceğine işaret edilmekte; fesih davası açmış olan ortağın alternatif çözümlere başvurularak haklı sebep teşkil eden durumun bertaraf edilmesini, böylece şirket ilişkisinin devamını sağlamayı amaçlamış olabileceği, bu ihtimâlde şirket sözleşmesine dayalı çıkma hakkının varlığı gerekçe gösterilerek haklı sebeple fesih davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığının ileri sürülemeyeceği, burada davacı ortağın menfaatleri ile diğer ortakların menfaatlerinin karşılaştırılması ve buna göre sonuca ulaşılması gerektiği, örneğin haklı sebep teşkil eden durum tamamıyla çoğunluk ortaklardan kaynaklanıyorsa şirketten ayrılmak istemeyen bir ortağın sözleşmesel çıkma hakkını kullanmaya icbar edilemeyeceği belirtilmektedir (bkz. YILDIRIM, s.81). Keza limited şirket ortaklarının haklı sebeple fesih davası açma hakkının, haklı sebeple çıkma davası açma hakkı karşısında tali (ikincil) nitelikte olup olmadığı, açık deyişle haklı sebeplerin varlığı hâlinde fesih davası açılmadan önce çıkma davası açılmasının gerekli olup olmadığı incelenmekte ve soruya olumsuz yanıt verilmektedir (bkz. YILDIRIM, s.73-75; ADIGÜZEL, Burak/İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: "Limited Şirkette Haklı Sebeple Fesih ve Haklı Sebeple Çıkma Davaları Arasındaki İlişki", *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.195-196). Bir gerekçe olarak, haklı sebeple fesih davasında mahkemenin, davacının şirketten ayrılması dışında daha hafif bir çözümün mümkün olup olmadığını re'sen araştırmakla yükümlü olması gösterilmektedir (bkz. ADIGÜZEL/İLBASMIŞ HIZLISOY, s.196). Bu çerçevede haklı sebeple fesih davasıyla ulaşılmak istenen hedefin her zaman şirketten ayrılmak olmadığı; ortağın, haklı sebep oluşturan durumun, şirketten ayrılmaya göre daha hafif olan başka bir yolla giderilebileceğini düşünmesi hâlinde haklı sebeple fesih davası açma yoluna başvurabileceği ifade edilmektedir (bkz. ADIGÜZEL/İLBASMIŞ HIZLISOY, s.196). Limited şirketler için dile

Ortaklığı devir serbestîsinin (bkz. KoopK m.14.3) de TTK m.531'in kooperatiflerde uygulanmasına engel olmadığı düşüncesini taşımaktayız. Zira limited şirketlerde de esas sermaye payının devri serbest bırakılabildiği hâlde haklı sebeple fesih davası açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de limited şirketlerde esas sermaye payının devrinin genel kurulca onaylanması hâlinde geçerli olacağı kuralı getirilmiş, bununla birlikte şirket sözleşmesiyle bu onay şartının kaldırılmasına (TTK m.595.2) da imkân tanınmıştır[138]. Buna ek olarak bir ortağın hem kooperatifte kalmayı hem de açtığı fesih davasında/ilgili bakanlıkça açılacak bir fesih davasında haklı sebep teşkil eden durumun mahkemece ortadan kaldırılmasını isteyebileceği hatırlatılmalıdır[139].

Esasen KoopK m.81.1.4'teki "*kanunda öngörülen diğer hâllerde*" ibaresiyle dinamik bir atıf kuralı getirildiğinden kooperatiflerin, şirketler hukukundaki güncel gelişmelere kapalı bırakılmadığı da görülmektedir. Bununla birlikte aynı hükümde kanunlarda öngörülen diğer hâllerde dava açma hakkının ilgili bakanlığa tanınmış olması sebebiyle, sermaye şirketlerinde haklı sebeple fesih davasının pozitif bir düzenlemeye kavuşturulması gelişmesinden kooperatifler bakımından yararlanılamamaktadır. Bu çerçevede aşağıda önerilen düzenlemeler yapılabilir[140]:

1. Kanunlarda öngörülen diğer hâllerde dava açma hakkının ilgili bakanlığa tanınması tercihi sürdürülecekse KoopK m.81.1'e "*Haklı sebeplerin varlığı hâlinde ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine*" şeklinde sekizinci bir bent ve "*Bu maddenin 1 nci fıkrasının 8 inci bendine göre açılacak davada mahkeme, fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde ikinci bir fıkra eklenebilir. Bununla birlikte kooperatifin feshi davasının ilgili bakanlıkça açılacak olması sebebiyle bu davada TTK m.531.1, c.2'de düzenlenen "*şirketten çıkarılma*" şeklindeki alternatif çözüme başvurulup başvurulamayacağı sorunu ortaya çıkar.

getirilen bu esasların, menfaatler durumunun benzerliği dolayısıyla kooperatifler de -niteliğine uygun düştüğü ölçüde- geçerli olmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı düşüncesindeyiz.

[138] Buna karşılık devrin tamamen yasaklanması da mümkündür (TTK m.595.4).

[139] Limited şirketlerde pay devrinin -tamamen yasaklanmadığı (bkz. TTK m.595.4) sürece- mümkün olması karşısında, payını devredebilecek bir ortağın bunun yerine haklı sebeple fesih davası açmasının -kural olarak- dürüstlük kuralına [bkz. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (RG. 08.12.2001/24607) m.2] aykırılık teşkil edeceği, dolayısıyla hukuk düzenince korunmayacağı ileri sürülmektedir (bkz. YILDIRIM, s.90). Bununla birlikte haklı sebeple fesih davası açmış olan ortağın şirkette kalmak istemesi hâlinde bu davanın pay devir imkânı bulunduğu gerekçe gösterilerek reddedilmemesi gerektiği, zira ortağın hem şirkette kalmayı hem de haklı sebep teşkil eden durumun mahkemece ortadan kaldırılmasını isteyebileceği, burada pay devir olanağına sahip olduğu hâlde şirketin feshini dava eden ortağın çıkarı ile şirketin aynen devamında menfaati olan ortakların çıkarının tartılması ve buna göre bir sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. YILDIRIM, s.91-92). Menfaatler durumunun benzerliği gerekçesiyle, limited şirketlere ilişkin bu esasların kooperatiflerde de benimsenmesi gerektiği fikrini taşımaktayız.

[140] Aşağıdaki düzenleme önerileri ile ilgili olarak bkz. ve karş. "*Kooperatif: [...] Haklı sebeplerin varlığı halinde, kooperatiflerden sorumlu bakanlığın, azlığın, üyesi olduğu üst kuruluşun veya Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin mahkemeden alacağı karar üzerine sona erer.*" ("Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" m. 128.1.g)

Bu sorun çözüme kavuşturulurken, anonim şirketlerin haklı sebeple feshi bakımından öğretide tartışmalı olan benzer bir hususa değinilmesi faydalı olacaktır. Şöyle ki anonim şirketlerin haklı sebeple feshi davasında mahkemenin, davacı olmayan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına karar verip veremeyeceği hususunda fikir birliği yoktur. Bir görüş, soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği yönündedir[141]. Görüşün temsilcilerinden ÇELİK, TTK m.531'in "*veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" ibaresini bu görüşe dayanak göstermektedir[142]. Keza fesih davası açan pay sahiplerinin de şirketten çıkarılması yönünde bir talep veya iradelerinin bulunmadığını, dolayısıyla davayı açmamış olan (yani çıkarılma talebi olmayan) pay sahiplerinin de şirketten çıkarılmasına karar verilebilmesinin önünde bir engel bulunmadığını belirtmektedir[143].

İkinci bir görüş olarak, davada taraf olmayan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına karar verilemeyeceği/TTK m.531'e dayalı olarak pay sahiplerine karşı ayrı bir çıkarma davası açılamayacağı savunulmaktadır[144]. Bu çerçevede anonim şirketlerde ancak sermaye koyma borcunun ifasında temerrüt hâlinde pay sahibinin çıkarılabileceğinin düzenlenmiş olduğu, yorum yoluyla yeni bir çıkarma müessesesinin yaratılamayacağı, kaldı ki alternatif çözümlere karar verme yetkisi istisnai nitelikte olduğundan bu yetkinin geniş yorumlanamayacağı, keza çıkarılmanın vazgeçilemez nitelikteki hakların ihlâline yol açacağı, ayrıca sermaye koyma borcunun ifasında temerrüt dışındaki hâllerde pay sahibinin çıkarılmasının pay sahibine dolaylı olarak ek borçlar yüklenmesi anlamına geldiği ifade edilmektedir[145]. Buna ek olarak medenî usul hukukunun temel bir ilkesine, açık deyişle davanın tarafı olmayan kişiler hakkında karar verilemeyeceğine/dava iki taraf sistemi üzerine kurulu olduğundan dava sonunda verilen hükmün -kural olarak- yalnızca davanın tarafları bakımından kesin hüküm (HMK m.303) etkisi ve icrai

---

[141] Dava açmamış olan fakat çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasından zarar gören pay sahiplerinin çıkarılabileceği yönünde bkz. ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.326-327; davacı olmayan pay sahiplerinin -haklı sebebi çoğunluk pay sahipleri yaratmışsa bu pay sahiplerinin de- şirketten çıkarılabileceği, diğer taraftan bunun için husumetin anonim şirketin yanı sıra çıkarılması istenen pay sahibine de yöneltilmesi gerektiği, zira davada taraf olmayan bir kişi hakkında karar verilemeyeceği yönünde bkz. NOMER ERTAN, N. Füsun: "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.112-113.

[142] ÇELİK, Çıkarılma, s.326-327.

[143] ÇELİK, Çıkarılma, s.327.

[144] PASLI, Ali: Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.315, dn.91; BİLGE, s.275; ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.525-527; ERDEM, s.287-289; HANAĞASI, Emel: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.32, S.2, Y.2016, s.257; ŞAHİN, Cansu: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi İsteminde Mahkemenin Fesih Dışındaki Çözümlere Karar Verme Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.90. Ayrıca bkz. TTK'da bazı istisnai hâller (bkz. m.141.2, 208, 482.2) dışında pay sahibinin şirketten çıkarılmasına izin verilmediğini, ancak yapılacak bir düzenleme ile kapalı tip anonim şirketlerde bir pay sahibinin haklı sebeplerle şirketten çıkarılmasına imkân tanınması gerektiğini, bu imkân tanındığı takdirde şirketin haklı sebeple feshini dava eden pay sahibinin değil de haklı sebebi yaratan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasının mümkün olacağını belirten KARASU, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.190-192.

[145] ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.526-527.

etki göstereceğine değinilmekte[146] ve bu ilkeden sapmayı haklı kılan açık bir kanun hükmü veya halefiyet ilişkisinin bulunmadığı belirtilmektedir[147].

AYOĞLU, üçüncü bir görüş olarak dava açmayan pay sahipleri hakkında çıkarma kararı verilemeyeceğini belirtmekle birlikte pay dağılımının eşit (%50-%50) olduğu anonim şirketlerde uyuşmazlığa kusuru ile sebebiyet veren pay sahibinin şirketten çıkarılmasına imkân tanınması gerektiğini, bunun için söz konusu pay sahibinin hasım gösterilmesinin zorunlu olduğunu, bu fikre iştirak edilmese dahi uyuşmazlığa kusuru ile yol açmamış olan davacı pay sahibinin –talep etmediği sürece- şirketten çıkarılmasına karar verilmemesi gerektiğini ileri sürülmektedir[148]. Yazar -pay dağılımının eşit (%50-%50) olduğu anonim şirketler dışında- dava açmayan pay sahipleri hakkında çıkarma kararı verilemeyeceği görüşüne gerekçe olarak davada taraf olmayan/üçüncü kişiler hakkında hüküm tesis edilemeyeceğini, diğer pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına imkân tanınmasının anonim şirketlerde haklı sebeple şirketten çıkarma müessesesinin yaratılması anlamına geleceğini, böylece anonim şirketlerin limited şirketlere yaklaşacağını, TTK m.531 hükmünün istisnai niteliği olduğu ve dar yorumlanması gerektiğini, anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi geçerli olduğundan azınlığa çoğunluğun şirketten çıkarılmasını talep etme hakkı verilemeyeceğini dile getirmektedir[149].

Kooperatifin haklı sebeple feshi davası ilgili bakanlıkça açılacak olursa "*pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına*" yönelik alternatif çözümün kooperatiflerde uygulama alanı bulamayacağı görüşündeyiz. Burada -anonim şirketlerin haklı sebeple feshi davasında davacı olmayan pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına karar verilemeyeceği görüşü çerçevesinde ifade edildiği üzere- bir davada verilen hükmün yalnızca taraflar bakımından kesin hüküm etkisi ve icraî etki doğuracağı yönündeki ilkeden sapmayı haklı kılacak açık bir kanun hükmü ya da bir halefiyet ilişkisinin mevcut olmadığı gerekçesine dayanmak mümkündür.

Buna ek olarak kooperatiflerde haklı sebeple çıkarma müessesesi bulunmamaktadır. Gerçekten de KoopK m.16.1 hükmü 3476 s. Kanun m.4 ile değiştirilmeden önce "*[a]nasözleşme, kooperatif ortaklığından çıkarılmayı gerektiren sebepleri tayin edebilir. Bunun dışındaki haklı sebeplerle de ortaklıktan çıkarılmak mümkündür.*" şeklindeydi. Bahsi geçen değişiklikten sonra KoopK m.16.1 "*[k]ooperatif ortaklığından çıkarılmayı gerektiren sebepler anasözleşmede açıkça gösterilir. Ortaklar anasözleşmede açıkça gösterilmeyen sebeplerle ortaklıktan çıkarılamazlar.*" şeklini almıştır. Değişikliğin gerekçesine[150] göre "*[h]aklı sebep gösterilmek suretiyle ortaklıktan çıkarılma hükmü*

[146] ŞAHİN, Haklı Sebeple Fesih, s.527; HANAĞASI, "Haklı Sebeple Fesih", s.257 (ayrıca bkz. s.253).

[147] HANAĞASI, "Haklı Sebeple Fesih", s.257.

[148] AYOĞLU, s.241-243.

[149] AYOĞLU, s.241-242.

[150] "1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ile ... Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret; Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları", s.3.

kaldırılmış, ancak anasözleşmede belirtilen nedenlerle ortaklıktan çıkarılabileceği hükme bağlanmak suretiyle ortakların mağdur olmaları önlenmiştir." Ayrıca 3476 s. Kanun m.26 ile KoopK'ya eklenen ek m. 2'nin ikinci bendine göre KoopK m.16.1'e aykırı hareket eden yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu doğmaktadır. Dolayısıyla anasözleşmede yazılı olmayan bir sebep *haklı sebep* niteliği taşısa bile kooperatif ortağının bu sebebe dayalı olarak kooperatiften çıkarılması mümkün değildir[151]. Diğer taraftan ilgili bakanlığın açacağı bir haklı sebeple fesih davasında herhangi bir kooperatif ortağının kooperatiften çıkarılmasına karar verilebileceği kabul edilirse -kanuni bir dayanak olmadığı hâlde- kooperatiflerde haklı sebeple çıkarma müessesesi ihdas edilmiş olacak ve KoopK m.16.1, c.2'nin amacı akim kalacaktır.

Bununla birlikte somut bir uyuşmazlıkta haklı sebebin, ilgili bakanlığa başvurarak fesih davası açılmasını sağlayan ortakların kooperatiften çıkarılmalarına karar verilerek giderilmesi, böylece kooperatifin feshinin önlenmesi mümkün olabilir. Bu tür durumlarda ortağın kooperatiften çıkarılması yerine kooperatifin feshine karar verilmesi isabetli olmayacaktır. Dolayısıyla KoopK m.81'e "*Dörtten az olmamak kaydıyla ortak sayısının en az onda biri, ilgili bakanlığa başvurarak bu maddenin 1 nci fıkrasının 8 inci bendine göre dava açılması isteminde bulunabilirler. Dava, bu istem üzerine açılmış ise mahkeme, istem sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip istem sahiplerinin şirketten ayrılmalarına[152] da karar verebilir.*" şeklinde üçüncü bir fıkra eklenmesi uygun olur.

2. Dava açma hakkının ilgili bakanlığa tanınması tercihi terk edilecekse KoopK m.81.1.4'ün "*ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine*" ibaresi kaldırılabilir/KoopK m.81.1'e "*Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, dörtten az olmamak kaydıyla ortak sayısının en az onda birinin mahkemeden alacağı karar üzerine*" şeklinde sekizinci bir bent ve "*Bu maddenin 1 nci fıkrasının 8 inci bendine göre açılacak davada mahkeme, fesih yerine, davacı ortaklara, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı ortakların şirketten ayrılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde ikinci bir fıkra eklenebilir/KoopK m.81'e "*Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, dörtten az olmamak kaydıyla ortak sayısının onda birinin istemi üzerine, kooperatifin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi kooperatifin feshine karar verebilir. Mahkeme, fesih yerine, davacı ortaklara, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı ortakların şirketten ayrılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde ikinci bir fıkra eklenebilir.

---

151 TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s.675-676, N.1833; TEKİL, KoopH, s.148; ARPACI, s.44-45, 84-85; FRANKO, Nisim: "Yargıtay İçtihatları Açısından Şirket Ortağının İhracı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1994, s.277-278; DERYAL, "Ortak Sıfatı", s.215 vd.; ÇEVİK, KoopH, s.355; AYKAN, s.41-42; COŞKUN, s.272-273; UYGUN, s.78-79; ÇELİK, Ortaklık Sıfatı, s.186 vd.; ÇELİK, KoopH, s.91-92.

152 Önerilen hükümde "*çıkarılma*" yerine "*ayrılma*" ibaresinin kullanılmasının gerekçeleri için bkz. İLBASMIŞ HIZLISOY, Haklı Sebeple Fesih, s.284 vd.

3. Dava açma hakkının gerek azınlık ortaklara gerekse ilgili bakanlığa tanınması da tercih edilebilir. Bunun için hemen yukarıdaki[153] düzenleme önerilerine "*ilgili bakanlığın veya*" ibaresi eklenmelidir[154].

SONUÇ

Bu çalışmada vardığımız önemli sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür:

Genel kurulun üç yıl üst üste toplanmaması hâlinde kooperatif, KoopK m.81.1.6 uyarınca infisah eder. Genel kurulun toplanmasına rağmen uzun süreden beri karar alamaması veya diğer kanuni organların (yönetim veya denetim kurulunun) işlevsiz olması durumunda ise TTK m.530 uygulama alanı bulur ve fesih davası açılır. Kooperatiflerde bu davayı sadece ilgili bakanlık açabilir.

Diğer taraftan kooperatifin yönetim veya denetim kurulunun oluşturulamaması çoğunlukla genel kurulun karar alamamasından, genel kurulun karar alamaması da çoğunlukla genel kurulun toplanamamasından kaynaklanır. Bu nedenle KoopK m.81.1.6, kooperatifler hakkında TTK m.530'un uygulanmasını büyük ölçüde engellemektedir. Bu durum uygulamada oldukça fazla uyuşmazlığa sebebiyet vermektedir. Yargıtay'ın; üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmamış olan kooperatifin münfesih olduğu, fakat sonradan yapılan genel kurul toplantısı ile ortakların kooperatifin devamı yönünde irade gösterdikleri, dolayısıyla infisah hâlinin ortadan kalktığı yolunda kararlarına rastlanmaktadır. Münfesih bir kooperatifin, tasfiyeden dönme koşulları sağlanmadığı hâlde tasfiyeden dönebileceği anlamına gelen bu kararların isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Benzer şekilde, üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmayarak infisah etmiş bir kooperatifin tasfiyeden dönebilmesi için mahkemeden, kooperatifin faaliyetlerine devam ettiğine yönelik bir tespit kararı alınması gerektiğine ilişkin BakYön m.7.4 hükmü de mahkeme kararıyla tasfiyeden dönmeye imkân tanıyan bir kanuni dayanak bulunmaması sebebiyle normlar hiyerarşisine aykırıdır. KoopK m.81.1.6'nın yol açtığı diğer bir sorun, üç yıl üst üste genel kurul toplantısı yapmayan kooperatifin infisahının tespiti davasını kimin/kimlerin açabileceğidir. Yargıtay kararlarında ortağın bu davayı açma hakkına sahip olduğu, kooperatif alacaklısının bu davayı açamayacağı kabul edilmekle birlikte ilgili bakanlığın davacı sıfatına sahip olup olmadığı hususu net değildir. Bahsi geçen davanın bir tespit davası olması sebebiyle, davacı sıfatının hukuki yarar ölçütüne göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu çerçevede ortakların ve

[153] Bkz.III, B, 3.

[154] Bu durumda KoopK m. 81'e "*Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, ilgili bakanlığın veya dörtten az olmamak kaydıyla ortak sayısının en az onda birinin mahkemeden alacağı karar üzerine*" şeklinde sekizinci bir bent ve "*Bu maddenin 1 nci fıkrasının 8 inci bendine göre açılacak davada mahkeme, fesih yerine, davacı ortaklara, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı ortakların şirketten ayrılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde ikinci bir fıkra eklenmiş olur/KoopK m. 81'e "*Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, ilgili bakanlığın veya dörtten az olmamak kaydıyla ortak sayısının onda birinin istemi üzerine, kooperatifin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi kooperatifin feshine karar verebilir. Mahkeme, fesih yerine, davacı ortaklara, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı ortakların şirketten ayrılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde ikinci bir fıkra eklenmiş olur.

ilgili bakanlığın, infisahın tespiti davası açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edilmelidir. İlgili bakanlığın, kooperatiflerin sona ermesini gerektiren sebepleri mahkemeye bildirme görev ve yetkisinin düzenlendiği KoopK m.86.1.3 hükmünden hareketle de ilgili bakanlığa infisahın tespiti davası açma hakkının verildiği sonucuna varılabilir. Kooperatif alacaklısının ise kooperatifin münfesih olduğunun tespitini dava etmekte hukuki yararının bulunmadığı kanaatindeyiz. Nihayet Yargıtay, üst üste üç yıl genel kurul toplantısı yapmamış olan bir kooperatifin infisahının tespitine karar veren mahkemenin talep edilmemiş olsa dahi/re'sen tasfiye memuru da ataması gerektiğini içtihat etmektedir. Kooperatiflerde tasfiye memurunun mahkeme tarafından da atanabileceğinin öngörüldüğü KoopK m.81.3, c.1'de taleple bağlılık ilkesinin (bkz. HMK m.26) istisnasına yer verildiğine yönelik bir işarete rastlanmadığı ve KoopK m. 98'in atfıyla kooperatifler hakkında da uygulanabilecek olan TTK m.536.3 çerçevesinde mahkemenin re'sen tasfiye memuru atama yetkisinin kooperatifin feshine mahkemenin karar verdiği hâller ile sınırlı tutulduğu gerekçeleriyle Yargıtay'ın söz konusu kararlarının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. KoopK m.81.1.6'nın yol açtığı sorunlar ve bu sorunlara ilişkin yargı kararları göz önünde bulundurulduğunda; genel kurulun toplanmaması hâlinde kooperatifin kendiliğinden değil de mahkeme kararıyla sona ermesine, diğer deyişle genel kurulun toplanmaması hâlinin fesih davasına konu edilmesine yönelik bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce genel kurulun üst üste üç yıl toplanamamasının bir infisah sebebi olarak düzenlendiği KoopK m.81.1.6'nın ilga edilmesi, TTK m.530'un mehaz İsviçre hukukunda anonim şirketlerde organizasyon eksikliği ile bunun sonuçlarının düzenlendiği (ve İsvBK m.908'in atfıyla kooperatifler hakkında da uygulanan) İsvBK m. 731b doğrultusunda değiştirilmesi, KoopK'ya değişik TTK m.530'a doğrudan atıf yapan bir hüküm eklenmesi en isabetli çözümdür.

Kooperatiflerin haklı sebeple feshinin mümkün olup olmadığına gelince *de lege lata* TTK m.531'in kooperatifler hakkında uygulama alanı bulamayacağı, ancak anasözleşmeye konulacak bir hükümle kooperatifin haklı sebeple feshinin mümkün olduğu görüşünü paylaşmaktayız. Diğer taraftan mahkemenin, fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebildiği bir haklı sebeple fesih davasının kooperatiflerde de uygulanmasına imkân tanıyan bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL, Burak/İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: "Limited Şirkette Haklı Sebeple Fesih ve Haklı Sebeple Çıkma Davaları Arasındaki İlişki", *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.183-218.

AKER, Halit: Kooperatiflerde Genel Kurul, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2019.

AL KILIÇ, Şengül: Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6.B., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.

ANSAY, Tuğrul: "İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s.189-238. (Anılış: "İnfisah")

ARPACI, Abdülkadir: Kooperatifler Kanunu ve Açıklamaları, 2. B., Temel Yayınları, İstanbul 1995.

ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, IV.Kısım: Anonim Şirketin Hesapları, V.Kısım: Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1961.

ARSLANLI, Halil: "Anonim Şirketlerde İnfisahın Hukuki Neticeleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.1, S.3, Y.1962, s.301-319.

AYAN, Özge: "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası", *Legal Hukuk Dergisi*, S.102, Y.2011, s.2237-2266.

AYDOĞAN, Fatih: "TK m. 530 Hükmüne Dayalı Olarak Açılan Fesih Davasında, Davacı Pay Sahibinin Çıkarılmasına Karar Verilip Verilemeyeceği-Davanın, TK m. 531 Hükmü Uyarınca Karara Bağlanmasının Mümkün Olup Olmadığı", *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.135-146.

AYKAN, Filiz: Kooperatif Üyeliğinden Çıkarılma ve Çıkarılma Kararına İtiraz Davası, Bilge Yayınevi, Ankara 2007.

AYOĞLU, Tolga: "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.2, Y.2013, s.219-252.

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16.B., Beta, İstanbul 2020.

BİLGE, Mehmet Emin: "Anonim Şirketin Feshi ve Tasfiyesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S.3-4, Y.2012, s.261-294.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9.B., Dora, Bursa 2013.

BOHRER, Andreas/KUMMER, Angela: "Art.731b", *Zürcher Kommentar*, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2018, s.1293-1330.

BOZKURT, Tamer: Şirketler Hukuku, 13.B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Genf 2022.

BÜRGE, Stefan/GUT, Nicolas: "Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 105/2009, s.157-166.

CAN, Mustafa Erdem: "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.1-2, Y.2007, s.71-95.

COŞKUN, Mahmut: Kooperatifler Hukuku, 4.B., Ankara 2025.

ÇALIŞKAN, Merdan: Kooperatifler için Genel Kurul Rehberi, 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016. (Anılış: Çıkarılma)

ÇELİK, Aytekin: Kooperatifler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025. (Anılış: KoopH)

ÇELİK, Aytekin: Kooperatiflerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024. (Anılış: Ortaklık Sıfatı)

ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir: Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006.

ÇEVİK, Orhan Nuri: Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat, 5.B., Ankara 1999. (Anılış: KoopH)

ÇEVİK, Orhan Nuri: Kooperatifler Kanunu, 6.B., Ankara 2003. (Anılış: KoopK)

ÇEVİK, Orhan Nuri: Şirketler Hukuku, 3.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2002. (Anılış: Şirketler)

DAĞLI, Mehmet: "Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi", *Adalet Dergisi*, S.38, Y.2010, s.41-57.

DEMİR, Remziye: Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

DERYAL, Yahya: "Kooperatifler Şirketler", *Şirketler Hukuku,* ed. Sami Karahan, 2.B., Konya 2013, s.875-930.

DERYAL, Yahya: "Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1994. (Anılış: "Ortak Sıfatı")

DRENHAUS, Mark/AMSTUTZ, Marc: "Art.911", *OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar*, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023, s.2736-2741.

ERDEM, Nuri: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 2.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2001. (Anılış: KoopH)

ERİŞ, Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, 2.C., 4.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007. (Anılış: Şirketler)

ERİŞ, Gönen/ULUSOY, Yılmaz: Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, Olgaç Matbaası, Ankara 1987.

FABRIZIO, Nadja: "Art.831", *Berner Kommentar*, 2. Aufl. Stämpfli Verlag AG, Bern 2021, s.583-608.

FRANKO, Nisim: "Yargıtay İçtihatları Açısından Şirket Ortağının İhracı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1994, s.277-290.

GÜNAY, Erhan: Kooperatiflerde Uyuşmazlıklar Rehberi, 6.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.

HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HANAĞASI, Emel: "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.32, S.2, Y.2016, s.199-270. (Anılış: "Haklı Sebeple Fesih")

HİRŞ, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3.B., Hak Kitabevi, İstanbul 1948.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2016. (Anılış: Haklı Sebeple Fesih)

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: Halka Açık Anonim Şirket Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları ile Bu Esaslara Aykırılığın Hukuki Akıbeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

KARAMAN COŞGUN, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KARASU, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, 2. B., Sevinç Matbaası, Ankara 1973.

KAYAR, İsmail: Ticaret Hukuku, 5.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

KAYHAN, Mustafa: Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3.B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

KERVANKIRAN, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 5.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, 6.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015. (Anılış: 2015)

LORANDI, Franco: "Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung-Gedanken zu Art. 731b OR", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2008, s.1378-1395.

MALATYALIOĞLU, Elif Sena: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

MOROĞLU, Erdoğan: "Anonim ve Limited Ortaklıklarda Fesih Kararının Geri Alınması", *Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.485-497.

MÜLLER, Pascal: "Art.731b", *Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füssli Kommentar*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, s.468-471.

NATSCH, Regina: "Art.908", *OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar*, 4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2023, s.2734-2736.

NOMER ERTAN, N. Füsun: "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.97-114.

PARLAR, Ali/PARLAR, Aynur: Cezai ve Hukuki Sorumluluk Açısından Açıklamalı-İçtihatlı Kooperatifler Kanunu, 3.B., Bilge Yayınevi, Ankara 2011.

PASLI, Ali: Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

PINAR, Hamdi: "Anonim Şirketlerde Sona Erme ve Tasfiye", *Şirketler Hukuku,* ed. Sami Karahan, 2.B., Mimoza, Konya 2013, s.751-779.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C.IV, 4.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

SCHÖNBÄCHLER, Marcel: Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013.

SOYKAN, İsmail Cem: Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

STÄUBLI, Christoph: "Art.911-913", *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s. 2315-2322.

SÜMER, Ayşe: Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İsmail Akgün Vakfı, İstanbul 1991.

ŞAHİN, Ayşe: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Anılış: Haklı Sebeple Fesih)

ŞAHİN, Cansu: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi İsteminde Mahkemenin Fesih Dışındaki Çözümlere Karar Verme Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

ŞİMŞEK, Edip: Kooperatif Ortaklıklar, Yonca Matbaası, Ankara 1981.

TEKİL, Fahiman: Anonim Şirketler Hukuku, 2.B., Alkım Yayınları, İstanbul 1998.

TEKİL, Fahiman: Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 1994. (Anılış: KoopH)

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 15.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021. (Anılış: Ortaklıklar I)

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, 15.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2023. (Anılış: Ortaklıklar II)

TOPALOĞLU, Mustafa: "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, Y.2021, s.645-665. (Anılış: Genel İlkeler)

TOPALOĞLU, Mustafa: "Kooperatiflerin Kuruluşu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.16, S.174, Y.2021, s.369-379. (Anılış: Kuruluş)

TÜRK, Hikmet Sami: "Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s.117-183.

UÇAR, Sercan: 'İsviçre-Türk Kooperatifler Hukukunda Çıkma Hakkını Sınırlayan Hükümlerin "Haklı Sebeple Çıkma" Halinde Uygulanabilirliği', *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, Y.2023, s.1459-1484.

UYGUN, Fatma: Kooperatiflerde Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ÜÇIŞIK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, II.C., Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

ÜNAL, Şeref: "Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukuki Durumu", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1984, s.79-122.

ÜSTÜN, Yusuf/AYDIN, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, 3.B., Ankara 2021.

VISCHER, Markus/ZYSSET, Pascal: "Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, B., C. GmbH gegen A., X. AG und U., Organisationsmangel, private Versteigerung unter den Aktionären", *Aktuelle Juristische Praxis,* 26/2017, s.1147-1152.

VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2020.

WATTER, Rolf/PAMER-WIESER, Charlotte: "Art.731b", *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s.1523-1534.

YILDIRIM, Ali Haydar: Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Dora, Bursa 2013.

YILDIRIM, Üner: 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Işığında Kooperatifçilik Bilgisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2024. (Anılış: Kooperatifçilik)

YILDIZ, Şükrü: "Makale 37: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme", *Makalelerim*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.831-853.

İnternet Kaynakları

"100 Soruda Kooperatifçilik" (https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/5e425db013b876bd302f3675/100%20Soruda%20Kooperatifçilik.pdf, Erişim Tarihi: 02.05.2025).

"1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Konya Milletvekili Haydar Koyuncu'nun 24.4.1969 Tarihli ve 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun 46 ncı Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret; Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/444, 2/3)" (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c014/tbmm18014006ss0067.pdf, Erişim Tarihi: 30.04.2025). (Anılış: 1163 Sayılı Kooperatifler Kanununun Bazı Maddelerinin

Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ile ... Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret; Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları)

"Kooperatifçilik Eğitim Kitabı" (https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/640edeac13b8761b449cca71/KOOPERAT%C4%B0F%C3%87%C4%B0L%C4%B0K%20E%C4%9E%C4%B0T%C4%B0M%20K%C4%B0TABI.pdf, Erişim Tarihi: 02.05.2025)

"Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Getirdiği Yenilikler" (https://ticaret.gov.tr/data/5d4c0f2813b876180c773fc3/6102kanunkitab1ı.pdf, Erişim Tarihi: 28.04.2025).

"Kooperatifler kanunu tasarısı ile Konya Milletvekili Fakih Özfakih ile Adana Milletvekili Kemal Sarıibrahimoğlu ve 23 arkadaşının, Kooperatifler kanunu teklifi ve Bursa Milletvekili Kasım Önadım'ın, Kooperatifler kanunu teklifi ve Tarım, Adalet, Ticaret ve Plân komisyonlarından 3 er üyeden kurulu Geçici Komisyon raporu (1/151, 2/53, 2/232)" (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d02/c028/mm__02028086ss0351.pdf, Erişim Tarihi: 30.04.2025).

"Kooperatifler Yeni Kanunla Değişiyor" (https://ticaret.gov.tr/haberler/kooperatifler-yeni-kanunla-degisiyor, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

"Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu" (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c032/tbmm23032022ss0096.pdf, Erişim Tarihi: 11.06.2025).

"Yeni Kooperatifler Kanunu Taslağı Çalışma Metni" (https://atakoop.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/04/yeni_koop_kan_taslak.pdf, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

'"Yeni Kooperatifler Kanunu" Hazırlık Çalışmaları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Öncülüğünde Sürdürülüyor' (https://ticaret.gov.tr/kurumsal-haberler/yeni-kooperatifler-kanunu-hazirlik-calismalari-gumruk-ve-ticaret-bakanligi-onculugunde-surduruluyor, Erişim Tarihi: 30.07.2025).

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com.tr

AVRUPA KOMİSYONUNUN *FACEBOOK/MARKETPLACE* KARARINDA BAĞLAMA (*TYING*) UYGULAMASINA YAKLAŞIM VE BU UYGULAMANIN DİJİTAL PAZARLAR ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI

Dr. Öğretim Üyesi Erman EKİNGEN*

ÖZET

Avrupa Komisyonunun Meta (eski adıyla Facebook) hakkında AT.40684 sayılı kararında, şirketin Facebook sosyal ağına entegre biçimde sunduğu çevrimiçi ilan hizmeti olan Facebook Marketplace'i pazara rekabeti bozacak şekilde bağlaması ve diğer ilan sağlayıcılarına adil olmayan ticari koşullar dayatması, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmanın 102. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Bu karar kapsamında Meta'ya 797,72 milyon Euro para cezası kesilmiş ve uygulamaya son vermesi talep edilmiştir. Bu karar, çevrimiçi çok taraflı platformların ürün/hizmet entegrasyonu yoluyla rekabeti nasıl sınırlayabileceğine dair önemli içtihat niteliği taşımakta ve Komisyonun özellikle bağlama uygulamalarına ilişkin yaklaşımında dikkat çekici bir yönelimi temsil etmektedir. Bağlama uygulamasına ilişkin önemli ayrıntıların yanında bu karar; yalnızca platform davranışlarını değil, aynı zamanda dijital pazarların yapısal özelliklerine dair önemli sinyaller de içermektedir.

Komisyon, Facebook'un Avrupa Ekonomik Alanı genelinde sosyal ağ hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğunu tespit etmiş ve kullanıcıların Facebook hesabı açtıklarında otomatik biçimde Marketplace'e erişim sağlamasının, bu hizmetin rakip ilan platformlarına kıyasla ciddi bir dağıtım avantajı elde etmesine yol açtığını belirtmiştir. Bu bağlama uygulaması, kullanıcı tercihinden bağımsız olarak Marketplace'in görünürlüğünü artırmakta ve alternatif ilan hizmetlerinin kullanıcıya ulaşma olasılığını azaltmaktadır. Kararda özellikle vurgulanan husus, bu avantajın Meta tarafından yaratılan bir verimlilikten değil, hâkim durumun avantajlı konumunun başka bir pazara taşınmasından kaynaklandığıdır. Bu bağlamda, Komisyon'un "dağıtım avantajı" kavramını nasıl yorumladığı ve bu avantajın rekabeti ne ölçüde dışlayıcı nitelik taşıdığı, karardaki temel değerlendirme eksenini oluşturmaktadır.

Karar genelinde özellikle dikkat çeken nokta, bu bağlama uygulamasının tüketici refahı yaratabileceği yönündeki potansiyel savunmaların kararda kapsam dışı bırakılmasıdır. Meta'nın bağlama uygulamasının tüketiciye sağlayabileceği potansiyel faydalar, örneğin hizmet entegrasyonu, kullanım

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, eekingen@cu.edu.tr; erman.ekingen@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-9534-2860.

kolaylığı ya da düşük işlem maliyeti, Komisyon tarafından değerlendirme dışında tutulmuştur. Bu yaklaşım, Avrupa Birliği rekabet hukukunda tüketici refahı odaklı analizden ziyade "rekabetin yapısal korunması" ilkesinin ön planda tutulduğunu göstermektedir. Özellikle dijital pazarların çok taraflı yapısı ve ağ etkileri göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir bağlamanın piyasaya giriş engellerini artırarak uzun vadeli rekabeti zayıflatabileceği yönündeki tespitler oldukça önemlidir. Bu noktada Komisyon tarafından tercih edilmiş olan dar yorum, Komisyonun dijital pazarlara ve platform ekonomilerine yönelik daha müdahaleci bir yaklaşım benimsediğini kanıtlar niteliktedir.

Kararda ayrıca, hâkim bir ürünle (Facebook) birlikte sunulan ayrı bir ürünün (Marketplace) ne zaman rekabete zarar verdiği ve hangi koşullar altında bu tür bir bağlamanın "meşru ticari davranış" olmaktan çıkıp "kötüye kullanım" halini aldığı sorusu, rekabet hukuku uygulamalarında sınırların yeniden çizilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Bu çalışmada, söz konusu karar yalnızca bağlama uygulaması ekseninde ele alınacaktır. Kararın hukuki ve iktisadi gerekçeleri özetlenerek rekabeti dışlayıcı etkiler ile dağıtım avantajı kavramı arasındaki ilişki analiz edilecektir. Böylece bu kararın, Dijital Pazarlar Yasası (DMA) kapsamında eşik bekçisi (gatekeeper) çevrimiçi çok taraflı platformlara yönelik *ex-ante* yükümlülüklerle nasıl kesişebileceği üzerine bir değerlendirme sunulacaktır.

Anahtar Kelimler : Rekabet Hukuku; Avrupa Birliği Hukuku; Dijital Pazarlar; Çevrimiçi Çok Taraflı Platformlar

THE EUROPEAN COMMISSION'S APPROACH TO TYING PRACTICES IN THE *FACEBOOK/MARKETPLACE* DECISION AND ITS IMPLICATIONS FOR DIGITAL MARKETS

ABSTRACT

In its decision AT.40684 concerning Meta (formerly Facebook), the European Commission found that the company had engaged in anti-competitive tying by integrating its online classified ads service, Facebook Marketplace, with the Facebook social networking platform in a manner that distorted competition. The Commission also held that Meta imposed unfair trading conditions on rival classified ad providers. These practices were deemed an abuse of dominant position under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. As a result, Meta was fined €797.72 million and ordered to cease the infringing conduct. This decision constitutes a landmark precedent, particularly in illustrating how multi-sided online platforms may restrict competition through product/service integration, and it reflects a notable shift in the Commission's enforcement approach regarding tying practices.

The Commission established that Facebook holds a dominant position in market for personal social networks within the European Economic Area and noted that users are granted automatic access to

Facebook Marketplace upon creating a Facebook account. This automatic inclusion conferred a significant distribution advantage on Marketplace relative to competing classified ad services. The tying practice increased Marketplace's visibility regardless of user preference and decreased the likelihood of alternative services reaching users. The decision emphasises that this advantage did not result from any efficiency created by Meta but stemmed from the leveraging of its dominant position in one market to gain an advantage in another. In this context, the Commission's interpretation of the concept of "distribution advantage" and its exclusionary impact formed a central axis of its assessment.

A particularly noteworthy aspect of the decision is the exclusion of potential consumer welfare justifications from the analysis. Possible benefits of tying for consumers such as service integration, ease of use, or reduced transaction costs, were not considered by the Commission. This evidences a prioritisation of the principle of preserving the structure of competition over a consumer welfare-centred analysis in EU competition law. Especially considering the multi-sided nature of digital markets and the presence of network effects, the finding that such tying practices may increase entry barriers and undermine long-term competition is of significant importance. The Commission's narrow interpretation in this regard demonstrates a more interventionist stance towards digital markets and platform economies.

Furthermore, the decision raises fundamental questions regarding when the offering of a separate product (Marketplace) together with a dominant product (Facebook) crosses the threshold from legitimate commercial behaviour to abuse. This signals a potential redefinition of boundaries in the application of competition law.

This study will focus exclusively on the tying practice identified in the decision. It will summarize the legal and economic reasoning of the Commission and analyse the relationship between exclusionary effects and the concept of distribution advantage. Finally, the study will assess how this decision may intersect with the *ex-ante* obligations imposed on gatekeeper multi-sided online platforms under the Digital Markets Act.

Keywords : Competition Law; EU Law; Digital Markets; Online Mult-Sided Platforms

GİRİŞ

Dijital ekonominin hızla dönüşen yapısı, geleneksel rekabet hukuku normlarının yeni nesil piyasa aktörlerini tanımlamakta ve dijital piyasaları düzenlemekte yetersiz kaldığını ortaya koymuştur[1].

[1] GAWER, Anabelle / HENDERSON, Rebecca: "Platform Owner Entry and Innovation in Complementary Markets: Evidence from Intel", *Journal of Economics & Management Strategy*, Cilt 16, Sayı 1, 2007, s. 1; ONDRUS, Jan / GANNAMANENI, Avinash / LYYTINEN, Kalle: "The Impact of Openness on the Market Potential of Multi-Sided Platforms: A Case Study of Mobile Payment Platforms", *Journal of Information Technology*, Cilt 30, Sayı 3, 2015, s. 261.

Özellikle çevrimiçi çok taraflı platformlar, yalnızca ürün ve hizmet sunma biçimleriyle değil, aynı zamanda pazarda oluşturdukları veri hakimiyeti, dolaylı ağ etkileri ve kullanıcı bağımlılığı ile klasik rekabet hukuku denetim araçlarını zorlayan yapılar haline gelmiştir[2]. Temel olarak iki veya daha fazla ticaret aktörünü bir araya getirerek dijital pazarlarda kendileri aracılığıyla aralarında bir sözleşmesel ilişki kurulmasını sağlayan bu platformlar[3], çoğunlukla pazarın hem arz hem de talep tarafını aynı anda kontrol edebilmekte; böylece rakipleri dışlayıcı stratejiler geliştirme kabiliyetine sahip olmaktadır. Avrupa Birliği'nde (AB) son yıllarda çevrimiçi çok taraflı platformlara yönelik artan düzenleyici ve hukuki müdahaleler, bu dönüşümün bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Meta Platforms Inc. hakkında verilen AT.40684 sayılı *Facebook/Marketplace* kararı[4], işte bu bağlamda yalnızca somut bir rekabet ihlali tespiti değil, aynı zamanda dijital pazar düzenlemesinde yeni bir paradigmanın habercisi olarak değerlendirilmelidir.

Karar, Meta'nın Facebook sosyal ağ hizmetiyle entegre biçimde sunduğu Facebook Marketplace platformunu kullanıcıya varsayılan olarak sunmasının, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur. Komisyon, Meta'nın Facebook kullanıcılarını Marketplace'e yönlendirmesiyle, bu hizmetin rakip platformlara kıyasla dağıtım avantajı elde ettiğini ve alternatif hizmetlerin görünürlüğünü engellediğini tespit etmiştir. Bu durum, bir yandan kullanıcı tercihini kısıtlarken, diğer yandan pazarda yenilikçiliği ve çeşitliliği azaltıcı bir etki doğurma potansiyeline sahiptir. Karar bu uygulama üzerinde birçok farklı hususu pazardaki rekabet dengesini korumak amacıyla incelemeye dahil etmiştir. Ancak kararda özellikle dikkat çekici olan ise, Komisyon'un Meta'nın söz konusu bağlama uygulamasına yönelik tüketici refahı temelli savunmaların değerlendirme dışında bırakmış olmasıdır. Kullanım kolaylığı, işlem maliyeti düşüklüğü veya hizmet entegrasyonu gibi potansiyel faydaların göz ardı edilmesi, Avrupa Komisyonu'nun yapısal rekabetin korunmasına öncelik veren yaklaşımını gözler önüne sermektedir.

Meta'nın davranışı teknolojik bağlama örneği teşkil etmekte olup, kararda hem sözleşmesel hem de teknolojik bağlama analizine yer verilmiştir. Bu bağlamda, ürün ayrılığı, hâkim durum, zorlayıcılık, dışlayıcı etki ve nesnel gerekçesizlik gibi beş temel unsur çerçevesinde detaylı bir inceleme yürütülmüştür. Komisyon'un tespitine göre, Facebook ve Marketplace farklı işlevlere sahip hizmetler

---

[2] CAILLAUD, Bernard / JULLIEN, Bruno: "Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers", RAND Journal of Economics, Cilt 34, Sayı 2, 2003, s. 323; ROCHET, Jean-Charles / TIROLE, Jean: "Platform Competition in Two-Sided Markets", Journal of the European Economic Association, Sayı 1, 2003, s. 1017; EVANS, David S.: "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", Yale Journal on Regulation, Cilt 20, Sayı 2, 2003, s. 332.

[3] EVANS, David S.: "Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms", The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series, Cilt 753, Sayı 1, 2016, s. 6.

[4] AVRUPA KOMİSYONU'nun 14.11.2024 Tarih ve AT.40684 Numaralı *Facebook/Marketplace* Kararı, C(2024) 8053 final.

olup bu iki hizmet arasındaki entegrasyon kullanıcıya teknik olarak dayatılmakta ve tercihe dayalı bir kullanım imkânı tanımamaktadır. Bu analiz, çeverimiçi çok taraflı platformlardaki ürün entegrasyonlarının sadece teknik bir tercih değil, aynı zamanda rekabeti kısıtlayıcı bir araç olarak nasıl kullanılabileceğini ortaya koymaktadır.

Bu çalışma, Avrupa Komisyon'unun *Facebook/Marketplace* kararının özellikle bağlama uygulaması üzerinden incelenmesine odaklanmaktadır. Öncelikle kararın hukuki ve iktisadi gerekçeleri detaylandırılarak, rekabeti dışlayıcı etkiler ile dağıtım avantajı arasındaki ilişki ele alınacaktır. Ardından, bu kararın Avrupa Birliği'nin dijital piyasaları düzenleme konusundaki en güncel aracı olan Dijital Pazarlar Yasası (*Digital Markets Act 'DMA'*) ile nasıl örtüştüğü değerlendirilecektir. DMA, Meta gibi sistemik öneme sahip büyük ölçekli dijital piyasalarda rol alan teşebbüsleri "eşik bekçisi" (*gatekeeper*) olarak tanımlamakta ve bu aktörlerin pazar rekabeti bozucu etki gösteren davranışlarını önceden engellemeye yönelik bir dizi yükümlülük öngörmektedir[5]. Dolayısıyla, Meta'nın davranışı, yalnızca geçmişe yönelik bir ihlal olarak değil, DMA bağlamında önleyici düzenleme konusu olabilecek bir çevrimiçi çok taraflı platform uygulaması olarak da anlam kazanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında ortaya konacak analiz çerçevesinde, *Facebook/Marketplace* Kararı yalnızca Meta'ya özgü bir rekabet ihlalini değil, aynı zamanda çevrimiçi çok taraflı platformların genel işleyişine dair daha geniş bir düzenleyici perspektifi de yansıtmaktadır. Çalışma, bağlama uygulamasının hem teorik hem de pratik etkilerini değerlendirirken, Avrupa Komisyonu'nun giderek daha müdahaleci bir yaklaşım benimsediği yeni dijital rekabet hukuku düzenini anlamaya katkı sunmayı hedeflemektedir.

III. GENEL HATLARIYLA BAĞLAMA (*TYING*) UYGULAMASI

Dijital dönüşümün öneminin tartışmasız boyuta geldiği günümüz yaşam koşullarında, özellikle dijital piyasalarda faaliyet gösteren hâkim durumda bulunan teşebbüslerin ürün ve hizmet sunum stratejileri, yalnızca ekonomik sonuçlarıyla değil, aynı zamanda hukuki etkileriyle de dikkat çekmektedir[6]. Bu çerçevede, ilgilisine büyük stratejik ve rekabetçi avantajlar sağlama potansiyeline sahip olan bağlama uygulamaları, özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında AB Rekabet Hukuku literatüründe ve uygulamasında önemli bir yer tutmaktadır[7]. Bağlama, genel olarak bir teşebbüsün hâkim konumda olduğu bir ürünü veya hizmeti, yalnızca başka bir ürün ya da hizmetle birlikte sunması

[5] SAFADI, Hani / WATSON, Richard Thomas: "Knowledge Monopolies and The Innovation Divide: A Governance Perspective", Information and Organization, Sayı 33, 2023, s. 1-2.

[6] BARWISE, Patrick / WATKINS, Leo: "The Evolution of Digital Dominance How and Why We Got to GAFA", in MOORE, Martin / TAMBINI, Damian (Ed.), Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 21.

[7] EVANS, David: "Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights but Not Sleepy Monopolies", SSRN Scholarly Paper, 2017, <https://ssrn.com/abstract=3009438>, E.T. 06.01.2022, s. 21-27.

anlamına gelir[8]. Bu durumda kullanıcı, esas olarak talep ettiği birincil ürüne (bağlayan ürün - *tying product*) erişebilmek için, ikinci ürünü (bağlanan ürün - *tied product*) de kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Bağlama uygulaması, AB Rekabet Hukuku literatüründe kabul edildiği şekliyle sözleşmesel bağlama veya teknolojik bağlama şekillerinde ortaya çıkabilir[9]. Sözleşmesel bağlama, teşebbüsün fiziksel olarak erişilebilen iki ayrı ürünü sözleşmeye dayalı olarak birlikte sunmasıdır[10]. Bu tür bir uygulamada, kullanıcılar bağlayan ürünü yalnızca bağlanan ürünle birlikte edinebilir; aksi takdirde, ürün ya da hizmete erişim mümkün değildir. Teknolojik bağlama ise, ürünlerin teknik olarak birbirine entegre edilmesiyle ortaya çıkar[11]. Bu entegrasyon öylesine sıkıdır ki, ayrıştırılması ya teknik olarak mümkün değildir ya da bu ayrıştırma ürünün işlevselliğini ciddi biçimde zedeler. Özellikle çevrimiçi çok taraflı platformlarda ve yazılım tabanlı sistemlerde sıkça karşılaşılan bu ikinci tür bağlama, günümüzde rekabet hukukunun en karmaşık meselelerinden biri haline gelmiştir.

AB Rekabet Hukuku kapsamında bir bağlama uygulamasının rekabete aykırı sayılabilmesi için beş temel unsurun bir arada bulunması gerekir. Bu kriterlerin neler olduğu Avrupa Komisyonu Rehberi ve yerleşik içtihatlarda açıklanmıştır[12]. İlk olarak, bağlama uygulamasına konu olan ürünlerin birbirinden ayrı ürünler olması gerekir. Bu, her iki ürünün de bağımsız olarak tüketici talebine konu olabileceği anlamına gelir. Eğer ürünler teknik ya da işlevsel olarak bir bütün teşkil ediyor ve ayrı şekilde sunulmaları ekonomik ya da teknik olarak anlamlı değilse, bu durumda bağlama uygulamasından söz etmek mümkün değildir[13].

İkinci koşul, bağlamayı gerçekleştiren teşebbüsün pazarda hâkim konumda olmasıdır. Hâkim durum kriterinin aranıyor olması bağlama uygulamasını ortaya koyan teşebbüsün rekabetçi baskılardan büyük

[8] BOWMAN, Ward S., Jr.: "Tying Arrangements and the Leverage Problem", The Yale Law Journal, Cilt 67, Sayı 1, 1957, s. 20.

[9] EUROPEAN COMMISSION: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ C 45/02, 2009, para 48..

[10] HOLZWEBER, Stefan: "Tying and Bundling in the Digital Era", European Competition Journal, Cilt 14, Sayı 2-3, 2018, s. 344.

[11] HOLZWEBER, s. 344.

[12] EUROPEAN COMMISSION Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82, para. 51-63; AVRUPA KOMİSYONU'nun 06.03.2013 Tarih ve AT.39530 Numaralı *Microsoft (Tying)* Kararı, C(2013) 1216 final, para. 33; AVRUPA KOMİSYONU'nun 18.07.2018 Tarih ve AT.40099 Numaralı *Google Android* Kararı, C(2018) 4761 final, para. 741, 743, 746 ve 749; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 17.09.2007 Tarih ve T-201/04 Numaralı *Microsoft v Commission* Kararı, ECLI:EU:T:2007:289, para. 842-843.

[13] AVRUPA KOMİSYONU *Google Android* Kararı, para 743; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 12.12.1991 Tarih ve T-30/89 Numaralı *Hilti v Commission* Kararı, ECLI:EU:T:1991:70, paras 67-68; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ *Microsoft v Commission* Kararı, para 927.

ölçüde bağımsız hareket edebileceği bir pazar gücünü ifade etmesi açısından önem taşımaktadır[14]. Bu güç, bağlama uygulamasının pazar rekabet üzerindeki potansiyel etkisini artıracak niteliktedir.

Üçüncü unsur, kullanıcıya yönelik bir zorlayıcılığın varlığıdır. Yani kullanıcılar, bağlayan ürünü elde edebilmek için bağlanan ürünü kabul etmek zorunda bırakılmalıdır[15]. Bu zorunluluk açık bir sözleşme hükmüyle veya daha dolaylı yollarla örneğin ürünlerin teknik olarak ayrıştırılamayacak şekilde sunulmasıyla, ortaya çıkabilir.

Dördüncü unsur, bağlama uygulamasının rekabeti dışlayıcı bir etki yaratmasıdır. Uygulama, rakiplerin pazara girişini zorlaştırıyor, mevcut aktörlerin etkinliğini sınırlıyor veya tüketici seçimini anlamsız hale getiriyorsa, dışlayıcı etki oluşmuş kabul edilir[16].

Son olarak, uygulamanın nesnel bir ekonomik veya teknik gerekçeye dayanmaması gerekir. Örneğin ürünlerin teknik entegrasyonunun verimlilik gerekçeleriyle açıklanması veya tüketici faydasının açık biçimde ortaya konması, bağlama uygulamasının meşru kabul edilmesine yol açabilir. Aksi hâlde, bağlama uygulaması hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilir[17].

Bağlama uygulamasının ne zaman rekabet hukuku açısından sorun yarattığı, esasen bu beş unsurun bir araya gelmesiyle netleşir. Özellikle hâkim konumda olan teşebbüsün sağladığı ürün aracılığıyla ikincil ürünün avantajlı konuma getirilmesi ve bu durumun rakipler tarafından dengelenememesi, rekabetin bozulduğunu gösterir. Bunun sonucunda, tüketicinin seçme özgürlüğü kısıtlanır ve rekabet hukuku ihlali meydana gelir. AB Hukuku içtihadında bağlama uygulamalarına ilişkin önemli kararlar mevcuttur. En bilinen örneklerden biri *Microsoft v Commission* (2007) kararıdır. Bu kararda, Microsoft'un Windows işletim sistemi ile Media Player uygulamasını birlikte sunması, teknolojik bağlama olarak değerlendirilmiş ve rekabeti bozucu etkileri nedeniyle yasadışı bulunmuştur. Benzer şekilde *Google Android* (2018) kararında, Google'ın Android işletim sistemi üzerinde kendi uygulamalarını (arama, tarayıcı, mağaza vs.) önceden yüklemesi ve bu sayede kullanıcıları belirli hizmetlere yönlendirmesi, rekabeti dışlayıcı bağlama olarak yorumlanmıştır. Son olarak, çalışmanın inceleme konusu olan *Facebook/Marketplace* (2024) kararında da, Meta'nın Facebook kullanıcılarını doğrudan veya dolaylı

[14] EUROPEAN COMMISSION Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82, para 50; AVRUPA KOMİSYONU *Google Android* Kararı, para 741; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ *Microsoft v Commission* Kararı, para 842; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ *Hilti v Commission* Kararı, para. 47; AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 06.10.1994 Tarih ve T-83/91 Numaralı Tetra Pak v Commission Kararı, ECLI:EU:T:1994:246, para. 113-114.

[15] AVRUPA KOMİSYONU *Google Android* Kararı, para 746.

[16] PAPANDROPOULOS, Penelope: "Article 82: Tying and Bundling A Half Step Forward?", Competition Law Inside, 2006, s. 3.

[17] EUROPEAN COMMISSION Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82, para. 52-61.

biçimde Marketplace hizmetine yönlendirmesi ve bu yönlendirme üzerinden rekabet avantajı sağlaması, yasadışı bağlama kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu kararlar ışığında, rekabet hukuku kapsamında bağlama uygulamasının yalnızca teorik değil, aynı zamanda dijital piyasaların yapısal dinamikleri içinde pratik etkileri olan ciddi bir rekabet hukuku meselesi olduğu aşikardır. Özellikle çevrimiçi çok taraflı platformlarda bağlama uygulamaları, platformun merkezinde yer alan temel hizmet aracılığıyla kullanıcı davranışlarını şekillendirme ve bu davranışlar üzerinden diğer hizmetleri avantajlı konuma getirme riski doğurmaktadır. Ortaya çıkması muhtemel bu risk pazar rekabetini bozucu niteliği ile özellikle hakim durumda olan teşebbüslerin güçlerini kötüye kullanmaları adına önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, bağlama uygulamalarının rekabet hukuku denetim araçlarıyla sıkı biçimde denetlenmesi gerekliliği ortadadır. Tüketicilerin özgür tercihlerini korumak, yenilikçi rakiplerin pazarda tutunabilmesini sağlamak ve uzun vadede dijital piyasaların dinamik yapısını koruyabilmek için, bu tür uygulamaların yalnızca ekonomik değil, aynı zamanda hukuki araçlarla da sınırlandırılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, bağlama uygulaması, hâkim durumdaki teşebbüslerin pazar gücünü başka pazarlara taşımak, rakipleri dışlamak veya tüketici tercihlerini manipüle etmek amacıyla sıklıkla başvurdukları bir stratejidir. AB rekabet hukuku, bu uygulamaları beş temel kriter çerçevesinde tespit etmekte ve bu beş temel kriterin varlığı halinde hakim konumda olan bir teşebbüs tarafından uygulanan bağlama uygulamasının pazarda ortaya çıkaracağı etkinin muhakkak rekabeti bozucu nitelikte olacağına kanaat getirmiştir. Özellikle dolaylı ağ etkilerinin önemli ölçüde pazarı şekillendirdiği çevrimiçi çok taraflı platformlar bağlamında söz konusu uygulamaların daha sıkı denetime tabi tutulması, piyasaların rekabetçi yapısını koruma açısından büyük önem arz etmektedir.

IV. *FACEBOOK/MARKETPLACE* KARARI

2024 yılında Avrupa Komisyonu, Meta Platforms Inc. hakkında, çevrimiçi ilan hizmeti olan Facebook Marketplace'i Facebook sosyal ağına zorunlu biçimde entegre ederek rekabeti dışladığı ve hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle, ABİDA md. 102 kapsamında 797,72 milyon Euro tutarında idari para cezası vermiştir[18]. Karar, AT.40684 sayılı dosya numarasıyla kayda geçerken, Meta'ya bu uygulamalara derhal son verme yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu karar, çevrimiçi çok taraflı platformların ürün ve hizmet bütünleştirme stratejileri yoluyla rekabeti nasıl etkileyebileceğine dair önemli bir emsal oluşturmuştur ve Avrupa Komisyonu'nun bağlama uygulamalarına ilişkin yaklaşımının yönünü tüm ilgililere göstermiştir.

Komisyon'un değerlendirmesi, Facebook Marketplace'in Facebook sosyal ağına entegrasyonunun klasik bağlama (tying) analizine tabi tutulmasıyla şekillenmiştir. Karar, hem ürünlerin yapısal

[18] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 1479.

ayrışmasına hem de Meta'nın pazar konumuna ilişkin detaylı bir hukuki ve ekonomik incelemeye yer vermektedir. Facebook sosyal ağı, kişisel bağlantı kurma ve etkileşim amacına hizmet eden bir sosyal medya platformu olarak, Avrupa Ekonomik Alanı'nda (EEA) %90'ın üzerinde kullanıcı oranına sahip olmasıyla Meta'ya istisnai bir erişim gücü kazandırmaktadır. Bu durum, Komisyon tarafından hâkim durumun varlığına işaret eden belirleyici bir unsur olarak kabul edilmiştir.

Marketplace hizmeti ise çevrimiçi ilan platformu olarak konumlanmakta ve kullanıcıların ikinci el veya yeni ürünler için ilan verebilmesine olanak sağlamaktadır[19]. Komisyon, her iki ürünün farklı amaçlara, fonksiyonlara ve kullanıcı beklentilerine hitap ettiğini, bu nedenle Facebook ve Marketplace'in ayrı ürünler olduğunu tespit etmiştir. Bu tespit, bağlama uygulamasının rekabet hukuku bakımından incelenebilmesinin ön koşuludur. Aynı bütünsel işlevi yerine getiren iki unsur arasında bağlama ilişkisi kurulamayacağından, ürün ayrılığı bağlama analizinde merkezi rol oynamaktadır.

Kararda dikkat çeken bir diğer unsur ise kullanıcı seçiminin ortadan kaldırılmasıdır. Kullanıcılar, Facebook'u kullanırken istemeseler dahi Marketplace'e otomatik olarak yönlendirilmektedir. Uygulama içerisinde Marketplace sekmesinin sürekli olarak erişilebilir durumda bulunması ve kullanıcıların bu özelliği teknik olarak devre dışı bırakma imkânının bulunmaması, serbest tercih hakkını ortadan kaldıran bir bağlama niteliği doğurmaktadır[20]. Komisyon, bu durumu "teknolojik bağlama" (*technological tying*) kategorisinde değerlendirmiştir.

Facebook'un sahip olduğu erişim gücü, Marketplace'in görünürlüğünü artırmış, rakip ilan platformlarının ise kullanıcıya ulaşma ve rekabet etme kabiliyeti önemli ölçüde zayıflamıştır. Komisyon'a göre, bu durum dijital pazarlarda dışlayıcı etki yaratmakta ve kullanıcı davranışını Meta lehine yönlendirmektedir[21]. Marketplace'in bu avantajı yalnızca ürün kalitesinden ya da inovatif yönünden değil, Facebook'un mevcut pazar gücünden kaynaklanmakta ve bu güç, doğrudan başka bir pazara aktarılmaktadır.

Meta, savunmasında Marketplace entegrasyonunun kullanıcı deneyimini geliştirdiğini ve teknik bütünlük açısından gerekli olduğunu ileri sürmüştür[22]. Ancak Komisyon, bu açıklamaları yetersiz bularak, bağlamanın doğurduğu dışlayıcı etkileri telafi edecek düzeyde bir objektif gerekçe sunulmadığı sonucuna varmıştır. Özellikle bu tür teknolojik bağlama hallerinin işlevsellikten ziyade rekabet avantajı sağlama amacı taşıyıp taşımadığı, Komisyon'un değerlendirmesinde kilit rol oynamıştır[23].

---

[19] VOTEY, Maxwell: "Illicit Antiquities and the Internet: The Trafficking of Heritage on Digital Platforms", New York University Journal of International Law and Politics, Cilt 54, Sayı 2, 2022, s. 675-680.

[20] VOTEY, s. 677.

[21] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 829.

[22] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 994.

[23] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 1366-1376.

Komisyon, bu bağlama uygulamasının hukuki kriterleri karşılaması nedeniyle, Meta'nın Facebook hizmetindeki hâkim durumunu kötüye kullandığına ve TFEU md. 102'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bunun sonucunda yalnızca idari para cezası uygulanmakla kalınmamış, Meta'nın benzer nitelikteki diğer uygulamalardan da kaçınması istenmiştir[24].

A. Eleştirel Değerlendirme

Facebook/Marketplace kararı, rekabet hukukunda bağlama uygulamasına ilişkin geleneksel analiz kalıplarının dijital pazar koşullarında nasıl yeniden şekillendiğini göstermesi bakımından oldukça dikkate değer bir karar niteliği taşımaktadır. Ancak bu kararın gerek analitik çerçevesi gerekse metodolojik yaklaşımı bazı önemli eleştirilerin yöneltilmesini de gerekli kılmaktadır[25].

İlk olarak, kararda bağlama koşullarının oluştuğu varsayıldığında, ispat yükünün teşebbüse kaydırıldığı ve ihlal varsayımının devreye girdiği dikkat çekmektedir. Bu yaklaşım, teknolojik bağlama uygulamasının doğrudan hukuka aykırı addedilmesine neden olmakta ve çevrimiçi çok taraflı platformlar açısından hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Oysa rekabet hukuku, her bağlama uygulamasının eşit şekilde dışlayıcı nitelik taşıdığı varsayımına dayanamaz. Bağlama uygulamasının niteliği, işlevi ve etkileri bağlamında ayrıştırılmış bir analiz gereklidir.

İkinci olarak, Komisyon'un bağlama uygulamasına ilişkin değerlendirmesi, rekabet avantajı ile rekabet ihlali arasındaki sınırı bulanıklaştırmaktadır. Marketplace'in Facebook üzerinden elde ettiği maruz kalma avantajı, Komisyon tarafından dışlayıcı etki olarak kabul edilmiştir. Ancak burada temel soru, bu avantajın Meta'nın pazar gücünü kötüye kullanarak mı, yoksa kullanıcı faydasını artıran bir entegrasyonla mı elde edildiğidir. Meta, Marketplace'in piyasaya sürülmesinin fiyat rekabetini tetiklediğini, diğer platformların inovatif yatırımlarını teşvik ettiğini ve dolayısıyla pazarın büyümesine katkı sağladığını ileri sürmüştür[26]. Bu iddialar kararın gerekçesinde yeterince tartışılmamıştır.

Kararda en çok eleştirilen bir diğer husus, tüketici refahı perspektifinin ihmal edilmesidir. Tüketici refahı, esas olarak ekonomi alanında kullanılan bir kavramdır. Bir pazarda uygulanan kuralların, o pazarın işleyişi ve rekabet yapısı üzerindeki etkilerini ekonomik analizler olmadan değerlendirmek oldukça güçtür. Bu nedenle, ekonomik analizler; bir pazarın genel yapısını, işleyişini ve dinamiklerini anlamada vazgeçilmez bir araç olarak kabul edilir[27]. Rekabet hukuku kapsamında ise tüketici refahı kavramı sözlü kriterlerle değerlendirilmektedir. Genel bir değerlendirme yapıldığında fiyat, kalite,

---

[24] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 1366-1376.

[25] CHAIEHLOUDJ, Walid: "Is the Effectiveness of Competition Law Tools Being Called into Question with the Entry into Force of the Digital Markets Act?", Concurrences, Sayı 3-2025, 2024, Art. N° 124062, s. 6.

[26] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 1049.

[27] AYATA, Zeynep: "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2014, s. 41..

seçenek ve inovasyon kriterlerinin genel olarak rekabet hukuku analizi kapsamında tüketici refahı kavramını etkileyen ana faktörler olduğunu kabul edilmektedir. Komisyon'un değerlendirmesi, yapısal rekabetçi dengeye odaklanmakta ve kullanıcı deneyimi, işlem kolaylığı, erişim verimliliği gibi tüketici refahını etkileyen unsurlar geri planda kalmaktadır. Meta, Marketplace'in entegrasyonu sayesinde kullanıcıların ilanlara daha kolay erişim sağladığını, böylece işlem maliyetlerinin düştüğünü ve kullanıcı konforunun arttığını savunmuştur[28]. Ancak bu potansiyel faydalar, kararda bağlamanın hukuka aykırılığı değerlendirilirken dikkate alınmamıştır. Bu durum, AB rekabet hukukunun davranışsal etkilerden ziyade pazar yapısına odaklanan müdahaleci eğilimini yansıtmaktadır.

Kararın bir diğer tartışmalı boyutu ise inovasyon ile ihlal arasındaki ilişkinin net biçimde tanımlanamamış olmasıdır. Meta, Marketplace'i kullanıcı ihtiyaçlarına yanıt vermek ve platformda çeşitlilik yaratmak amacıyla geliştirdiğini ifade etmiştir[29]. Ancak Komisyon, bu yeni hizmetin pazarda oluşturduğu konumdan hareketle bağlamayı ihlal saymış ve Meta'nın yenilikçi yaklaşımını teşvik edici değil, sınırlayıcı bir perspektifle değerlendirmiştir[30]. Bu yaklaşım, hâkim konumdaki teşebbüslerin yeni hizmet sunma motivasyonlarını zayıflatabilme ve dijital ekonomide inovasyonu caydırıcı bir sonuç doğurabilme potansiyeli taşıması yönünden eleştiriye açıktır. Teşebbüsleri inovasyona yönlendiren temel motivasyonların canlı tutulması pazar rekabetinin artırılması adına da önemli bir kriter olarak her zaman dikkate değer konumdadır.

Sonuç olarak, *Facebook/Marketplace* kararı, bağlama uygulamasının çevrimiçi çok taraflı platformlar bağlamında nasıl değerlendirileceğine ilişkin önemli ilkeler ortaya koymakla birlikte, tüketici refahı, inovasyon ve pazar dinamikleri gibi konularda daha dengeli bir yaklaşım geliştirilmesi gerektiğini de göstermektedir. Her ne kadar karar DMA kapsamında değerlendirmeye tabii tutulmamış olsa da kararın eleştirel yönleri ve Komisyon'un tercihleriyle, DMA sonrası dönemde rekabet hukuku ile dijital ekonomi arasındaki ilişkinin yeniden tanımlanmasına ihtiyaç duyulduğunu ortaya koyduğu söylenebilir. Tüm bu nedenlerle kararın DMA kapsamında nasıl bir resim çizdiğinin tartışılması da karar üzerinden Komisyonun vermek istediği mesajlarının daha net anlaşılması adına önemlidir.

V. DİJİTAL PAZARLAR YASASI (DMA) BU KARARDA NEREDE DURUYOR

Avrupa Komisyonu'nun 2024 tarihli *Facebook/Marketplace* kararında doğrudan DMA[31] hükümleri uygulanmamış olsa da kararın genel yapısı ve özellikle ortaya koyduğu rekabetçi kaygılar göz önüne

[28] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 665.

[29] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 996.

[30] AVRUPA KOMİSYONU *Facebook/Marketplace* Kararı, para. 734, 739 ve 977-1050.

[31] REGULATION (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), 12.10.2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>, E.T. 10.06.2023.

alındığında, DMA'nin normatif hedeflerinin bu kararın arka planına nüfuz ettiği açıkça görülmektedir. Zira karar, geleneksel rekabet hukuku düzenleme araçlarından olan ABİDA md. 102 uyarınca verilmiş ve hâkim durumun kötüye kullanılması temelinde yapılandırılmıştır. Ancak Meta'nın Facebook sosyal ağı üzerinden elde ettiği pazar gücünü Marketplace platformuna yönlendirerek pazardaki rekabeti bozucu etkiler yaratması, tam da DMA'nin öngördüğü yapısal eşitsizlik ve dışlayıcı platform davranışlarına karşı düzenlenmiş hükümlere doğrudan denk düşmektedir.

DMA'nin varlık nedeni, dijital pazarlarda önemli konumda bulunan teknoloji devi olarak tabir edebileceğimiz teşebbüslerin pazar gücünü kötüye kullanmasını rekabete aykırı ihlal hali ortaya çıkmadan önce engellemektir[32]. Meta gibi aktörlerin, çok taraflı platform yapılarında DMA kapsamında eşik bekçisi olarak tanımlanması bu çerçevenin merkezinde yer almaktadır[33]. Marketplace'in Facebook altyapısına entegre edilmesiyle yaratılan yapay erişim avantajı, veri asimetrisinin derinleşmesine ve rakip ilan sağlayıcılarının pazara girişlerinin kısıtlanmasına neden olmuştur. Bu durum, DMA'de yasaklanan bağlayıcı ticari davranış kalıplarının tipik bir örneğidir.

Komisyon, bu kararında ilgili ürün pazarını "kişisel sosyal ağ hizmetleri" olarak belirlemiş ve Meta'nın bu pazarda tartışmasız bir biçimde hâkim konumda olduğunu ortaya koymuştur. Bu pazar tanımı, Marketplace'e yönlendirilen kullanıcı akışını teknolojik bağlama uygulamasıyla gerçekleştiren Meta'nın davranışının rekabeti dışlayıcı etki doğurduğu sonucunu destekler niteliktedir. Ancak bu noktada DMA'nin yaklaşımı, klasik ürün ve coğrafi pazar tanımlarını aşarak platform ekosisteminin tamamını dikkate alan daha esnek ve fonksiyonel bir analiz modelini öne çıkarmaktadır. Nitekim DMA, yalnızca ilgili ürün ya da hizmetin hangi piyasada yer aldığına değil, bu ürünün çok taraflı platform yapısı içindeki rolüne ve bu yapıdan kaynaklanan sistemsel etkilere de odaklanmaktadır[34].

DMA'nin 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen yükümlülükler, eşik bekçilerine yönelik olarak platform gücünün kötüye kullanımını doğrudan engelleme amacı taşımaktadır. Özellikle madde 5(2), eşik bekçilerinin kendi hizmetlerini diğer hizmetlerle teknik ya da sözleşmesel yollarla bağlamasını yasaklamakta; madde 6(2) ise rakiplerden toplanan ticari verilerin eşik bekçilerinin kendi hizmetleri lehine kullanılmasını açıkça men etmektedir. Marketplace'in yalnızca Facebook kullanıcılarına erişilebilir olması, bu bağlamda ilgili hükümlerin varsaydığı rekabet ihlalini teşkil etmektedir. Eğer söz konusu davranış, DMA'nin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmiş olsaydı, *ex-post* bir ceza

[32] CHIRICO, Filomena: "Digital Markets Act: A Regulatory Perspective", Journal of European Competition Law & Practice, Cilt 12, Sayı 7, 2021, s. 493.

[33] BOTTA, Marco: "Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila", Journal of European Competition Law & Practice, Cilt 12, Sayı 7, 2021, s. 500-501.

[34] ANDRIYCHUK, Oles: "Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposals on Inter-Platform Competition", World Competition, Cilt 44, Sayı 3, 2021, s. 280-281.

uygulamasına gerek kalmaksızın, *ex-ante* bir yükümlülük ihlali olarak önleyici düzenleme kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktı[35].

Kararın yapısal boyutu, yalnızca Meta'ya yöneltilen ceza açısından değil, aynı zamanda Avrupa Komisyonu'nun dijital piyasalara ilişkin ikili yaklaşımını da yansıtması açısından oldukça önemlidir. Bir yandan hâlâ geçerliliğini sürdüren geleneksel rekabet hukuku araçları aracılığıyla teşebbüslere yönelik yaptırımlar uygulanmakta, diğer yandan DMA ile birlikte geleceğe yönelik ve davranış temelli düzenlemelerle ihlallerin ortaya çıkması önlenmektedir. Bu ikili yaklaşım, dijital pazarlarda yalnızca geçmişe yönelik düzenleyici önlemler alınmasını değil, aynı zamanda platform davranışlarının belirli bir plan dahilinde rekabete uygun koşullara dönüştürülmesini de mümkün kılmaktadır.

Facebook/Marketplace kararının DMA açısından bir başka önemli yönü de veri temelli rekabet avantajının nasıl değerlendirileceğiyle ilgilidir. Meta, Facebook sosyal ağından elde ettiği kullanıcı davranış verilerini, Marketplace'in stratejik konumlandırılmasında kullanmakta; bu durum reklam hedefleme, kullanıcı yönlendirme ve hizmet görünürlüğü açısından ciddi bir avantaj sağlamaktadır. DMA md. 6(8) kapsamında bu tür veri temelli eşitsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla şeffaflık, ayrıştırma ve veri erişimi kurallarını düzenlemekte; ayrıca madde 5(9)(a)-(c) ile reklam hizmetlerine ilişkin açık raporlama yükümlülükleri getirmektedir. Bu hükümler yürürlükte olsaydı, Marketplace'e ilişkin rekabet avantajı, kullanıcı verilerinin ayrı tutulması ve şeffaf raporlama sayesinde engellenebilecekti. Böylelikle bağlama uygulamasına gerekçe teşkil eden veri gücü, ihlal doğmadan önce denetim altına alınabilecekti[36].

Bu bağlamda *Facebook/Marketplace* kararı yalnızca Meta'ya yönelik bir yaptırım kararı olarak değil, aynı zamanda çevrimiçi çok taraflı platformlara yönelik daha geniş kapsamlı bir düzenleyici yönelimin ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Kararın verdiği mesaj, hem geçmişte gerçekleştirilen rekabet ihlallerinin geleneksel rekabet hukuku düzenlemeleri çerçevesinde cezalandırılacağını, hem de benzer davranışların DMA kapsamında doğrudan yasaklanarak ihlal oluşmadan önce önleneceğini ortaya koymaktadır. Bu mesaj, yalnızca büyük teknoloji şirketlerine değil, aynı zamanda düzenleyici kurumlara da yöneliktir: çevrimiçi çok taraflı platformlara karşı sadece geriye dönük değil, aynı zamanda ileriye dönük müdahale mekanizmalarının da etkin biçimde çalıştırılması gerektiği vurgulanmaktadır[37].

Bu ikili müdahale modeli, AB rekabet hukukunun dijitalleşmeye uyum sağlama çabası kapsamında stratejik bir geçiş sürecini temsil etmektedir[38]. *Facebook/Marketplace* kararı örneğinde olduğu gibi, bir yandan pazarda geçmişte yaşanan dışlayıcı davranışlar klasik rekabet hukuku düzenlemeleriyle

---

[35] HUTCHINSON, Christophe Samuel / TREŠČÁKOVÁ, Diana: "Tackling Gatekeepers' Self-Preferencing Practices", European Competition Journal, 2022, s. 10.

[36] CHAIEHLOUDJ, s. 6.

[37] CHAIEHLOUDJ, s. 6.

[38] CHAIEHLOUDJ, s. 9-11.

cezalandırılırken, diğer yandan aynı türden davranışların DMA hükümleri çerçevesinde gelecekte ihlal hali ortaya çıkmadan önlenmesi amaçlanmaktadır. Böylece düzenleyici refleks yalnızca tepki veren değil, aynı zamanda yön veren bir karakter kazanmaktadır.

Sonuç olarak, *Facebook/Marketplace* kararı, DMA'nin doğrudan uygulanmadığı ancak etkisinin açıkça hissedildiği bir örnek teşkil etmektedir. Bu karar sayesinde, dijital pazarlarda bağlama, veri tekelleşmesi ve platform avantajlarının kötüye kullanımı gibi yapısal sorunlara karşı AB rekabet hukukunun nasıl evrildiği gözler önüne serilmiştir. Karar, sadece Meta örneğinde somutlaşan rekabet ihlalini değil, aynı zamanda Komisyon'un düzenleyici vizyonunu da şekillendiren temel ilkeleri yansıtmaktadır. Bu bağlamda, *Facebook/Marketplace* kararı dijital ekonomi çağında hem geçmişe dönük hem de geleceğe yönelik müdahale araçlarının birlikte işletileceği yeni bir düzenleme paradigmasının habercisidir.

SONUÇ

Facebook/Marketplace kararı, Avrupa Komisyonu'nun çevrimiçi çok taraflı platformlara yönelik rekabet hukuku uygulamalarında nasıl daha keskin ve müdahaleci bir çizgi benimsediğini açık biçimde ortaya koymaktadır. Kararda Meta'nın Facebook kullanıcılarını Marketplace'e yönlendirmesi, ilgili pazarda hakim konumda olan bir teşebbüsün bu pazardaki avantajını farklı bir pazara taşınması olarak değerlendirilmiş ve klasik bağlama analizinin dijital koşullara nasıl uyarlanabileceği gösterilmiştir. Komisyon'un değerlendirmesinde, kullanıcı tercihinin ortadan kaldırılması, teknik zorlayıcılık yoluyla alternatif hizmetlerin erişiminin engellenmesi ve rekabetin dışlanması gibi unsurlar, ihlalin temel dayanaklarını oluşturmuştur. Bu yaklaşım, dijital pazarlardaki özgün yapısal unsurların dikkate alınmasıyla birlikte, rekabet hukukunun evrilen bir anlayış içinde yeniden şekillendiğini göstermektedir.

Ancak kararın taşıdığı anlam yalnızca somut bir ihlal tespitinin ötesine geçmektedir. Komisyon'un bağlama uygulamasına yönelik yaklaşımı, tüketici refahı, inovasyon ve teknik bütünlük gibi unsurları göz ardı etmesi bakımından ciddi eleştirilere açıktır. Özellikle Meta'nın kullanıcı deneyimini iyileştirme, işlem maliyetlerini düşürme ve platform hizmetlerini daha bütüncül bir yapıya kavuşturma yönündeki savunmaları, karar metninde dikkate alınmamıştır. Bu durum, AB rekabet hukukunun tüketici çıkarlarından ziyade piyasa yapısının korunmasına odaklandığını, dolayısıyla davranışsal etkilerin geri plana atıldığını göstermektedir. Bu tercihin, özellikle çevrimiçi çok taraflı platformların rekabet stratejilerinde inovasyonu kısıtlayıcı bir etki doğurabilme ihtimali oldukça yüksektir. Ayrıca, Meta'nın sahip olduğu kullanıcı verilerinin Marketplace hizmetinde nasıl kullanıldığına ilişkin detaylı bir iktisadi analiz sunulmaması, kararın etki temelli yaklaşımını zayıflatmaktadır. Oysa dijital pazarlarda veri, rekabet avantajının en temel unsurlarından biri olarak kabul edilmekte ve ihlallerin çoğunlukla veri asimetrisi üzerinden şekillendiği görülmektedir.

Bu bağlamda, kararın yalnızca *ex-post* bir ceza mekanizması olarak değil, aynı zamanda AB rekabet hukukunun geleceğine yön veren normatif bir örnek olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. *Facebook/Marketplace* kararı, DMA çerçevesinde ortaya konan *ex-ante* düzenlemelerin önemini ve gerekliliğini açık biçimde teyit etmektedir. Eğer Meta'nın söz konusu davranışı DMA yürürlükteyken

gerçekleşmiş olsaydı, ihlale gerek kalmaksızın bu davranış doğrudan yasaklanabilecek ve önleyici müdahale ile rekabet ihlali engellenebilecekti. Bu durum, çevriçi çok taraflı platformlara yönelik ikili müdahale rejiminin hem geçmişe yönelik cezalandırma hem de geleceğe dönük önleme açısından nasıl etkin biçimde işlemesi gerektiğine dair güçlü bir mesaj içermektedir.

Sonuç olarak, *Facebook/Marketplace* kararı, dijital pazarlarda yer alan teşebbüslerin çevrimiçi çok taraflı platformlar üzerinden özeliikle teknolojik bağlama uygulamalarının değerlendirilmesinde önemli bir eşik teşkil etmektedir. Bu karar, çevrimiçi çok taraflı platformların davranışlarının yalnızca teknik entegrasyon ya da ürün geliştirme başlıkları altında değerlendirilmemesi gerektiğini, aynı zamanda rekabet üzerindeki etkileri dikkate alınarak çok boyutlu bir analizle ele alınması gerektiğini göstermektedir. Tüketici refahı, inovasyon teşviki, veri rekabeti ve pazar dinamikleri gibi unsurların daha bütüncül biçimde entegre edileceği yeni nesil rekabet hukuku uygulamaları, yalnızca geçmişi değil, dijital ekonominin geleceğini de şekillendirme potansiyeline sahiptir. *Facebook/Marketplace* kararı, bu dönüşüm sürecinin başlangıç noktalarından biri olarak, hem akademi hem de uygulayıcılar açısından derinlemesine incelenmeyi hak eden bir düzenleyici örnek oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

ANDRIYCHUK, Oles: "Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposals on Inter-Platform Competition", *World Competition*, Cilt 44, Sayı 3, 2021, s. 280-281.

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 12.12.1991 Tarih ve T-30/89 Numaralı *Hilti v Commission* Kararı, ECLI:EU:T:1991:70

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 06.10.1994 Tarih ve T-83/91 Numaralı Tetra Pak v Commission Kararı, ECLI:EU:T:1994:246.

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ'nin 17.09.2007 Tarih ve T-201/04 Numaralı *Microsoft v Commission* Kararı, ECLI:EU:T:2007:289.

AVRUPA KOMİSYONU'nun 06.03.2013 Tarih ve AT.39530 Numaralı *Microsoft (Tying)* Kararı, C(2013) 1216 final.

AVRUPA KOMİSYONU'nun 18.07.2018 Tarih ve AT.40099 Numaralı *Google Android* Kararı, C(2018) 4761 final.

AVRUPA KOMİSYONU'nun 14.11.2024 Tarih ve AT.40684 Numaralı *Facebook/Marketplace* Kararı, C(2024) 8053 final.

AYATA, Zeynep: "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2014, s. 41.

BARWISE, Patrick / WATKINS, Leo: "The Evolution of Digital Dominance How and Why We Got to GAFA", *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Ed.: Martin Moore / Damian Tambini, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 21.

BOTTA, Marco: "Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila", *Journal of European Competition Law & Practice*, Cilt 12, Sayı 7, 2021, s. 500-501. BOWMAN, Ward S., Jr.: "Tying Arrangements and the Leverage Problem", *The Yale Law Journal*, Cilt 67, Sayı 1, 1957, s. 20.

CAILLAUD, Bernard / JULLIEN, Bruno: "Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers", *RAND Journal of Economics*, Cilt 34, Sayı 2, 2003, s. 323.

CHAIEHLOUDJ, Walid: "Is the Effectiveness of Competition Law Tools Being Called into Question with the Entry into Force of the Digital Markets Act?", *Concurrences*, Sayı 3-2025, 2024, Art. N° 124062, s. 6.

CHIRICO, Filomena: "Digital Markets Act: A Regulatory Perspective", *Journal of European Competition Law & Practice*, Cilt 12, Sayı 7, 2021, s. 493.

EUROPEAN COMMISSION: *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, OJ C 45/02, 2009.

EVANS, David S.: "Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms", *The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series*, Cilt 753, Sayı 1, 2016, s. 6.

EVANS, David S.: "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", *Yale Journal on Regulation*, Cilt 20, Sayı 2, 2003, s. 332.

EVANS, David: "Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights but Not Sleepy Monopolies", *SSRN Scholarly Paper*, 2017, https://ssrn.com/abstract=3009438, E.T. 06.01.2022, s. 21-27.

GAWER, Anabelle / HENDERSON, Rebecca: "Platform Owner Entry and Innovation in Complementary Markets: Evidence from Intel", *Journal of Economics & Management Strategy*, Cilt 16, Sayı 1, 2007, s. 1.

HOLZWEBER, Stefan: "Tying and Bundling in the Digital Era", *European Competition Journal*, Cilt 14, Sayı 2-3, 2018, s. 344.

HUTCHINSON, Christophe Samuel / TREŠČÁKOVÁ, Diana: "Tackling Gatekeepers' Self-Preferencing Practices", *European Competition Journal*, 2022, s. 10.

ONDURS, Jan / GANNAMANENI, Avinash / LYYTINEN, Kalle: "The Impact of Openness on the Market Potential of Multi-Sided Platforms: A Case Study of Mobile Payment Platforms", *Journal of Information Technology*, Cilt 30, Sayı 3, 2015, s. 261.

PAPANDROPOULOS, Penelope: "Article 82: Tying and Bundling A Half Step Forward?", *Competition Law Inside*, 2006, s. 3.

REGULATION (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), 12.10.2022, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925, E.T. 10.06.2023.

ROCHET, Jean-Charles / TIROLE, Jean: "Platform Competition in Two-Sided Markets", *Journal of the European Economic Association*, Sayı 1, 2003, s. 1017.

SAFADI, Hani / WATSON, Richard Thomas: "Knowledge Monopolies and The Innovation Divide: A Governance Perspective", *Information and Organization*, Sayı 33, 2023, s. 1-2.

VOTEY, Maxwell: "Illicit Antiquities and the Internet: The Trafficking of Heritage on Digital Platforms", *New York University Journal of International Law and Politics*, Cilt 54, Sayı 2, 2022, s. 675-680.