Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2023/1

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi
EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 104
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 82

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

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

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (Editör)

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

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

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU ALTINIŞIK (Raportör)

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. İrfan AKIN

Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY

Prof. Dr. Serap AMASYA

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Ebru CEYLAN

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Prof. Dr. Aslı MAKARACI

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Turgut ÖZ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Prof. Dr. Samim ÜNAN

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU
Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN
Doç. Dr. Koray DOĞAN
Doç. Dr. Selman DURSUN
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER
Doç. Dr. Doruk GÖNEN
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK
Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI
Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN
Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM
Doç. Dr. Burcu SAVAŞ
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Kübra YETİŞ ŞAMLI
Doç. Dr. Mete TEVETOĞLU
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Balca ÇELENER
Dr. Öğr. Üyesi Özgün ÇELEBİ
Dr. Öğr. Üyesi Rahime ERBAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK
Dr. Öğr. Üyesi Pınar GÜZEL
Dr. Öğr. Üyesi Pelin IŞINTAN
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞAHİN
Dr. Ali Cenk KESKİN
Arş. Gör. Emin ÇAMURCU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2023 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

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

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

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

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

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

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

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

5. Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.

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

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

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

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

10. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

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

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

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

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayınevi, yayın yeri, yayın yılı. (normal)

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

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

Çeviri kitaplar için:

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

İki yazarlı kitaplar için:

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

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

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

b) Yüksek lisans ve doktora tezleri için:

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

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

Örnek: ALTAY Sıtkı Anlam, "Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 2, 2019, ss. 897-92.

Kitap içerisinde yer alan makaleler için:

EVİK Vesile Sonay, "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu", **Özel Ceza Hukuku**, C. I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 92-113.

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

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

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

Örnek: KOÇ, s. 17.

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

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

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

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

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

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

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

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mesut AYDIN **3**

1982 ANAYASASINDA KANUN ÖNÜNDE KADIN VE ERKEK EŞİTLİĞİ

EQUALITY OF MAN AND WOMEN IN THE 1982 CONSTITUTION

Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL **43**
Arş. Gör. Celil AKDOĞMUŞ

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU VE İNSAN HAKLARI HUKUKU BAĞLAMINDA GERİ İTME UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF PUSHBACK PRACTICES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL LAW OF SEA AND HUMAN RIGHTS LAW

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK **89**

İŞLEM BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

THE CRIME OF TRADE BASED MARKETING FRAUD

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM **169**

ULUSLARARASI HUKUKÇU BAKIŞ AÇISINDAN KANAL İSTANBUL PROJESİ

ISTANBUL CANAL PROJECT FROM THE STAND POINT OF INTERNATIONAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Emek BAYRAK **193**

ATAERKİ VE HUKUK İLİŞKİSİNİN GÖRÜNÜMLERİ

APPEARANCES OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PATRIARY AND THE LAW

Dr. Öğr. Üyesi Hüsnü Sefa ERYILDIZ **215**

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA KOLLUK FAALİYETLERİNİN GÖRÜNTÜ VE/VEYA SES KAYDINA ALINMASININ HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

LEGAL ASSESSMENT OF RECORDING FOOTAGE AND/OR AUDIO OF LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES IN TURKISH AND GERMAN LAW

Dr. Öğr. Üyesi Abdulbaki GİYİK **319**

BİR ETKİN PİŞMANLIK HÂLİ OLARAK AZMETTİRENİN ORTAYA ÇIK[ARIL]MASININ SAĞLANMASI (TCK M. 38/3)

THE PROVIDING OF REVEALING OF INSTIGATOR AS AN EFFECTIVE REPENTANCE REGULATION (ARTICLE 38/3 OF THE TPC)

Dr. Özge BİLGE **371**

ULUSLARARASI KURULUŞLARIN VE ÇALIŞANLARININ DOKUNULMAZLIKLARI

THE IMMUNITIES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THEIR EMPLOYEES

Arş. Gör. Çağatay ŞAHİN 409

GÜNAH VERGİSİ KAVRAMI ÜZERİNDEN ALKOLLÜ İÇECEKLERDE ÖTV ARTIŞLARI VE BU ARTIŞLARIN SAHTE İÇKİ ÜRETİMİNE YANSIMALARI

SPECIAL CONSUMPTION TAX INCREASES ON THE ALCOHOLIC BEVERAGES IN THE CONTEXT OF SIN TAX AND THE EFFECTS OF THESE INCREASES ON COUNTERFEIT ALCOHOL PRODUCTION

Arş. Gör. Selin TÜRKOĞLU 447

TÜRK HUKUKUNDA İADE KAVRAMI VE HÜKÜMLERİ

THE CONCEPT AND CONDITIONS OF EXTRADITION IN TURKISH LAW

Av. Ayşe Cânan DOKSAT, L.L.M. 475
Stj. Av. Tunahan Sefa AYDIN

BİR OLAĞAN DIŞI VERGİLENDİRME ÖRNEĞİ: EK VERGİ DÜZENLEMESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EXAMPLE OF EXTRAORDINARY TAXATION: AN EVALUATION ON THE ADDITIONAL TAX REGULATION

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI.....495

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN VARSAYIMSAL VE RASTLANTISAL BİR KAZANÇ KAYBININ TAZMİN EDİLEBİLİR BİR ZARAR OLARAK DİKKATE ALINAMAYACAĞINA İLİŞKİN 01.09.2021 TARİHLİ VE 4A_606/2020 SAYILI KARARINA (BGE 147 III 463 vd.) ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

A CRITICAL OVERVIEW OF THE SWISS FEDERAL COURT'S AWARD DATED 01.09.2021 AND NUMBERED 4A_606/2020 (BGE 147 III 463 et seq.) ASSERTING THAT A HYPOTHETICAL AND ALEATORY LOSS OF PROFIT CANNOT BE CONSIDERED AS A DAMAGE TO BE COMPENSATED

Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI.....523

TEMİNAT AMAÇLI TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

THOUGHTS ON THE VALIDITY OF PRELIMINARY REAL ESTATE SALES CONTRACTS FOR SECURITY PURPOSES

Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN 549

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU AÇISINDAN "AYDINLATILMIŞ RIZA" VE UNSURLARI

LAWFULNESS OF "INFORMED CONSENT" IN MEDICAL INTERVENTION AND ITS ELEMENTS

Doç. Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL **587**
Arş. Gör. Dr. Hazal TOLU YILMAZ

İYİ NİYETLE PAZARLIK İLKESİ BAĞLAMINDA SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU MADDE 47/2 VE 49 HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ (KARAR İNCELEMESİ)

EVALUATION OF THE ARTICLES 47/2 AND 49 OF THE ACT ON TRADE UNIONS AND COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT IN THE CONTEXT OF GOOD FAITH BARGAINING PRINCIPLE (ANALYSIS OF A JUDICIAL DECISION)

Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL **613**

BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNE VE ELEKTRONİK SATIŞA İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF RELEVANT PROVISIONS OF TURKISH EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW, REGARDING THE AUTHORISATION OF SALE AND ELECTRONIC SALES, FROM THE PERSPECTIVE OF LAW OF OBLIGATIONS

Dr. Öğr. Üyesi Özge ARPACI **629**

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN EVLİLİK SONRASI NAFAKAYA İLİŞKİN KARARLARINDA GÜNCEL GELİŞMELER

RECENT DEVELOPMENTS IN SWISS FEDERAL COURT LEGAL RULES ON POST-MARITAL ALIMONY

Dr. Öğr. Üyesi Münevver Kübra BAKIRCI **681**

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÜNCEL KARARLARI İLE 7421 SAYILI KANUN İLE KAMULAŞTIRMA KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMAYA DAİR YENİ BİR YAKLAŞIM

A NEW APPROACH TO CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION IN LIGHT OF AMENDMENTS MADE TO THE LAW OF EXPROPRIATION WITH LAW NO 7421 AND THE CURRENT JUDGEMENTS OF CONSTITUTIONAL COURT

Dr. Öğr. Üyesi Pelin IŞINTAN **713**

İSVİÇRE MİRAS HUKUKU REVİZYONU NETİCESİNDE SAĞ KALAN EŞİN MİRASÇILIĞI VE REVİZYONUN TÜRK HUKUKUNA OLASI ETKİLERİ

INHERITANCE OF THE SURVIVING SPOUSE AS A RESULT OF THE REVISION OF SWISS INHERITANCE LAW AND THE POSSIBLE IMPACT OF THE REVISION ON TURKISH LAW

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK **743**

İSVİÇRE'DE YENİ BİR EĞİLİM: TAPU SİCİLİNDE ALENİYET İLKESİNE FARKLI BİR BAKIŞ

A NEW TENDENCY IN SWITZERLAND: A DIFFERENT PERSPECTIVE TO THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül BUĞRA ŞAR **769**

ZAMAN ÇARTERİ SÖZLEŞMESİNİN NİTELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL NATURE OF TIME CHARTER CONTRACTS

Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN 833

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN HAKLI SEBEBE DAYANMAYAN DEVAMSIZLIĞI NEDENİYLE FESHİ

TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO UNJUSTIFIED ABSENCE OF THE EMPLOYEE

Dr. Banu Fatma GÜNARSLAN 855

INTELLECTUAL PROPERTY - RELATED INVESTMENT DISPUTES BASED ON INDIRECT EXPROPRIATION: AN OVERVIEW OF PHILIP MORRIS V URUGUAY

DOLAYLI KAMULAŞTIRMAYA DAYALI FİKRİ MÜLKİYET BAĞLANTILI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI: PHILIP MORRIS V URUGUAY DAVASINA GENEL BIR BAKIŞ

Arş. Gör. Emre Ali DELİKTAŞ 899

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS DÜZENLEMELERİ PERSPEKTİFİNDEN SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN YAYIMLANAN "YEŞİL BORÇLANMA ARACI, SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARACI, YEŞİL KİRA SERTİFİKASI, SÜRDÜRÜLEBİLİR KİRA SERTİFİKASI REHBERİ"NE BAKIŞ

AN OVERVIEW OF "THE GUIDE ON GREEN BOND, SUSTAINABILITY BOND, GREEN LEASING CERTIFICATE, SUSTAINABILITY LEASING CERTIFICATE" PUBLISHED BY CAPITAL MARKETS BOARD IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION'S SUSTAINABLE FINANCE REGULATIONS

Arş. Gör. Onur GÖRMEZ 975
Arş. Gör. Ahmet ABUT

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN ANONİM ORTAKLIKLARDA SERMAYE, PAY, ANASÖZLEŞME İLE SERMAYE DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN 1 OCAK 2023 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN BAZI DÜZENLEMELERİ ÜZERİNE NOTLAR

NOTES ON CERTAIN PROVISIONS OF THE SWISS CODE OF OBLIGATIONS ON SHARE CAPITAL, SHARES, ARTICLES OF ASSOCIATION AND ALTERATION OF SHARE CAPITAL IN JOINT STOCK COMPANIES, ENTERED INTO FORCE ON 1 JANUARY 2023

KAMU HUKUKU

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 3-41

1982 ANAYASASINDA KANUN ÖNÜNDE KADIN VE ERKEK EŞİTLİĞİ(*)

Prof. Dr. **Mesut AYDIN**(**)

Öz: Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve anayasalarda haklardan yararlanmada kadın ve erkek eşitliği temel bir ilke olarak vurgulanmaktadır. Kadınlar ve erkeklerin eşit haklardan yararlanmasının kabul edilmesinde ataerkil toplum yapısının değişmeye başlamasının önemli bir rolü bulunmaktadır. Ataerkil toplumda kişiler arasında biyolojik farklılığa dayalı bir cinsiyet ayrımı bulunmakta ve bu durumdan genelde kadınlar olumsuz yönde etkilenmektedir. Ülkemizde haklardan yararlanmada kadın ve erkek eşitliği anayasal güvenceye bağlanmıştır. Anayasada *"Herkes, ..., cinsiyet, ... ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"* (m.10/1) ve *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir"* (m.10/2) şeklindeki düzenlemelere yer verilmektedir. Ayrıca Anayasada, kadınların toplum içinde erkeklerle eşit haklardan yararlanmalarını sağlamak ve güçlendirmek için *"Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür"* (m.10/2) düzenlemesi öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, haklardan yararlanmada kadın ve erkek eşitliği güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır. Bu çalışmada, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde kadın erkek eşitliği incelenmektedir. Burada, eşitlik kavramı açıklandıktan sonra haklardan yararlanmada kadın ve erkek eşitliğine yönelik uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve Anayasada yer verilen düzenlemeler ele alınmaktadır. Ayrıca, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesinin kararlarına yer ver verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Kanun Önünde Kadın ve Erkek Eşitliği, Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Kadın ve Erkek Eşitliğinde Devletin Ödevleri, Anayasa Mahkemesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 09.06.2023.

(**) Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Kırıkkale - Türkiye (ORCID: 0000-0002-7224-3090; *mesutaydin@kku.edu.tr*).

EQUALITY OF MAN AND WOMEN IN THE 1982 CONSTITUTION

Abstract: It is stressed in international human rights conventions and in constitutions that enjoying rights equally is a fundamental principle for men and women. Changing nature of patriarchal society has played an important role on enjoying rights equally for men and women. In this society, due to biological differences of man and women, there had been a differentiation of enjoining right based on sex which has been affecting women negatively. The constitution guarantees that both man and women shall enjoy rights equally. Article 10 of the Constitution provides that *"Everyone is equal before the law without distinction as to... sex, ..., or any such grounds"*; *"Men and women have equal rights"*. In addition, in order to enjoy the rights equally, the Constitution provides in art. 10/2 that *"The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice"*. It is stress in the decisions of the Constitutional Court that man and women shall enjoy equality before the law. This study analysis equality before the law which is provided by art. 10 of the Constitution. After explaining equality before the law, international human rights conventions and Constitutional rules are discussed. In addition, decisions of the Constitutional Court are examined.

Keywords: Equality Principle, Equality Before the Law, Ban on Sex Discrimination, Duties of the State to Protect the Principle of Equality Before the Law, Constitutional Court.

GİRİŞ

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde bütün insanların eşit olduğu vurgulanır. Anayasada da dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilmektedir. Böylece, kişiler arasında haklardan yararlanma bakımından herhangi bir ayrımcılığın yapılamayacağı temel bir ilke olarak güvence altına alınmaktadır.

Toplumda kadınların ve erkeklerin eşit bir şekilde haklardan yararlanabilmeleri gerekir. Çünkü, cinslerin insan olma bakımından eşit değerde olması onların haklardan da eşit bir şekilde yararlanmasını gerektirmektedir. Kişilerin farklı fiziksel ve biyolojik niteliklerinin toplumsal yaşama yansıtılarak, onlara cinsiyeti nedeniyle farklı davranışta bulunulması, cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa yol açar ve bu durumdan genelde kadınlar olumsuz şekilde etkilenir[1]. Burada, ayrımcılığın temelinde fiziksel ve biyolojik farklı-

[1] Bkz. ÖDEN Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi,** Yetkin, Ankara, 2003, s. 324; Geçmişte medyanın sporu erkek egemen şekilde sunduğu ve bunun kadın sporcuları olumsuz

lık rol oynamaktadır. Bu önemli bir sorundur ve ataerkil toplum yapısında daha belirgindir. Ataerkil toplumda kadınlar bağımsız bir birey değil, ataerkil ailenin bağımlı bir üyesi şeklinde görülmektedir[2]. Başka bir deyişle, kadının toplumsal yaşamda erkeğin arkasında konumlandırılması, kadın ve erkek arasında farklı statülere zemin hazırlayarak, kadınların erkeklere göre haklardan daha az yararlanmalarına yol açmaktadır. Burada, farklı davranışın haklı sayılabilecek bir gerekçesinin olmaması da ayrımın sadece cinsiyete dayandığını göstermektedir.

Kadınlar toplumsal yaşamda erkeklerle aynı haklardan yararlanamamaktadır. Örneğin, ailede kadınlar erkeklerin arkasında konumlandırılmakta[3], iş yaşamında kadınlar iş bulma, daha az ücretlendirme, yükselme imkanlarından yoksun bırakılma ve iş ilişkisinin sona ermesinde farklı uygulamalara tabi tutulma gibi eşitsizliklerle karşılaşabilmekte[4], siyasette ise kadın temsilciler sayı bakımından erkeklerin oldukça gerisinde kalmaktadır. Ayrıca, aileden başlayarak toplumsal yaşama yansıyan kadının ikincil konumunu pekiştirmeye yönelik uygulamalar da cinsiyet ayrımına dayalı farklı muameleleri körüklemektedir. Öte yandan, mevzuatta kadın erkek eşitliğine aykırı hükümlere yer verilmesi kadının toplumsal yaşamdaki ikincil konumunu güçlendirmektedir.

Demokratik bir sistemde kadın ve erkek eşitliği kabul edilmektedir. Demokraside eşitlik ilkesi öncelikli bir yere sahip olup, herkesin eşit haklar-

---

şekilde etkilediği konusuyla ilgili bkz. KOSOFSKY Syda, "Toward Gender Equality in Professional Sports." **Hastings Women's Law Journal,** Vol. 4, No. 2, 1993, s. 223-226.

2 Bkz. BERKTAY Fatmagül, "Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım", **İnsan Hakları,** YKY Yayınları, İstanbul, 2000, s. 362.

3 Yeni Medeni Kanunda da (m.187) evli kadının kocasının soyadını alması gibi eşler arasındaki eşitlik ilkesine aykırı bazı düzenlemeler söz konusudur. Öte yandan, mülga 743 sayılı Medeni Kanunda yer verilen kadın erkek eşitliğini zedeleyen bazı hükümler Yeni Medeni Kanun tasarısında yer almamıştır. Buna göre, mülga 743 sayılı Medeni Kanunun kadınların erkeklerden daha küçük yaşta evlenmelerini düzenleyen 88. maddesi, yoksulluk nafakasında erkek aleyhine refah şartını düzenleyen 144. maddesi, evlilik birliğinin ihtiyaçları için üstlenilen borçlardan kural olarak kocanın sorumlu olmasını düzenleyen 154. maddesi, mal birliğinde karının kişisel mallarıyla ilgili olarak üçüncü kişilerle olan davalarda karıyı kocanın temsil etmesini düzenleyen 160. maddesi, vesayet bölgesinde oturanlardan sadece erkeklere vasiliği kabul yükümlülüğü getiren 366. maddesi hükümlerine Yeni Medeni Kanun tasarısında yer verilmeyerek kadın erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesine katkı sağlanmıştır. Bkz. AKINTÜRK Turgut, "Anayasa ve Yeni Türk Medenî Kanuna Göre Ailede Kadın-Erkek Eşitliği", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar (22-24 Nisan 2003),** Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Yayınları No: 1, Ankara, 2003, s. 97.

4 YÜKSEL Melek Onaran, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği,** Beta, İstanbul, 2000, s. 137-238.

dan yararlanması gözetilmektedir. Nitekim, Anayasanın 10. maddesinin gerekçesinde de eşitlik ilkesi demokrasinin vazgeçilmez ilkelerinden biri olarak görülmektedir[5]. Bu kapsamda, demokratik bir sistemi benimseyen ülkemizde haklar bakımından kadın ve erkek arasında herhangi bir ayrımın yapılması kabul edilemez. Anayasada *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"* (m.10/1) ve *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir"* (m.10/2) denilerek herkesin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmaktadır. Kanun önünde kadın ve erkek eşitliğinin hayata geçirilebilmesinde devlete önemli görevler düşmektedir. Anayasanın 5. maddesinde öngörülen devletin kişileri özgürleştirme yükümlülüğü aynı zamanda kişilerin cinsiyetinden dolayı farklı muamele görmemesini de kapsamaktadır. Ayrıca, Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasında kadın erkek eşitliğini sağlamak devlet için bir yükümlülük olarak öngörülmektedir. Bu durumda, kadın ve erkek eşitliğine aykırı olabilecek yasal düzenlemeler yapılamaz. Özellikle de cinsiyet ayrımcılığından olumsuz etkilenen kadınlara yönelik olarak, kadınların toplum içinde ikincil, edilgen ve bağımlılığını esas alan hukuki düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir[6].

Bu çalışmada, kanun önünde kadın erkek eşitliği incelenmektedir. Konu, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olması esası üzerinden açıklanmaktadır. Eşitlik kavramı açıklandıktan sonra konuyla ilgili insan hakları sözleşmelerinde ve Anayasada yer verilen düzenlemeler ele alınmaktadır. Çalışmada ayrıca, konu ile ilgili Anayasa Mahkemesinin kararlarına yer verilmektedir. Böylece, Mahkemenin Anayasanın 10. maddesini yorumlayış biçimi ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

I. EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik sözcüğü eşit sıfatından türetilmiş bir isimdir[7]. Sözlükte "*eşit"* sözcüğü *"1. (sıfat) Yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmayan (iki veya daha çok şey), müsavi, 2. (sıfat)*

---

5 Bkz. UZELTÜRK T., Sultan, "İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Yasağı", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum (Ankara, 24-25 Ekim 2003),** Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2006, s. 221.

6 Bkz. ODER Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", **Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar,** 3. bası, (Der) Hülya Şimga, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yükseker, Koç Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2018, s. 194.

7 Bkz. ÖDEN, s. 17.

Aynı haklardan yararlanan, aynı düzeyde olan (kimse)"; "eşitlik" ise, *"1. (İsim) İki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet, 2. (isim) Kanunlar yönünden insanlar arasında ayrım bulunmaması durumu, 3. (isim, toplum bilimi) Bedensel, ruhsal başkalıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayrım bulunmaması durumu"*[8] şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda, eşitlik iki ya da daha çok şeyin eşit olması durumu olarak tanımlanabilir. Bu nedenle, eşitlikten söz edebilmek için iki ve daha fazla şeyin bulunması gerekir.

Eşitlik kavramı yerine *"özdeşlik", "aynılık", "benzerlik"* kavramlarının kullanılabileceği düşünülebilirse de, bu kavramlar eşitlikle tam olarak aynı şeyi ifade etmemekte ve bir ilişkide eşitlik veya eşitsizlikten söz edebilmek için birden çok şey arasında karşılaştırma ya da kıyaslama yapılması gerekmektedir[9]. Eşitlik kavramının zıddı eşitsizliktir.

Eşitlik insanlık tarihi boyunca toplumlarda yerleşmiş önemli bir ilkedir. Eşitlik ilkesinin kabulünde doğal hukuk anlayışının etkisi söz konusu olup, doğal hukuk anlayışından etkilenilerek hazırlanan insan hakları sözleşmelerinde ve anayasalarda eşitlik ilkesi güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır[10].

Eşitlik toplum içinde kişilerin vazgeçemeyecekleri temel bir ilkedir. *"Hukuki eşitliğin temelinde ahlaki bir ilke olan "insan onuru bakımından eşitlik" düşüncesi"*[11] bulunmaktadır[12]. Öte yandan, eşit davranma ilkesinin kökleri adalet düşüncesinde aranabileceği gibi, eşitlik ilkesinin adaletin temel ögesi olduğu da söylenilebilir[13]. Toplumda kişiler arasında ayrım yapılması ise, adaletin gerçekleşmesini engeller. Eşitlik ilkesinin özgürlükle de yakın bir ilişkisi vardır. Bu bağlamda, *"eşitliğe doğru bir yöneliş, insanlar arasında ayrıcalıkların, adaletsiz farklılıkların ve sun'î bölünmelerin ortadan kaldırılması ölçüsünde ayni zamanda hürriyete doğru bir yöneliş"*[14] olarak da görülebilir.

---

8 TDK SÖZLÜK, < https://sozluk.gov.tr/>, 17.3.2023.

9 ÖDEN, s. 18-20.

10 ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Eşitlik İlkesi", **Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan,** İÜHF Yayını, İstanbul 1999, s. 83.

11 ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi,** 5. bası, Siyasal, Ankara, 2003, s. 130.

12 Ahlaki alanda eşitlik ilkesi ile ilgili olarak bkz. ŞENEL Alâeddin, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", **Prof. Dr. Yavuz Abadan 'a Armağan,** AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s. 252 vd.

13 TUNCAY, A. Can, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 107.

14 KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri,** 5. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1976, s. 8.

Eşitlik kişiler arasında eşit davranışlarda bulunulmasını ve kişilere aynı fayda ve yükümlülüklerin öngörülmesini gerektirir. Bir hukuki ilişkide kişilerden bazılarına faydalar sağlanırken, diğerlerine bu faydaların sağlanmaması ya da kişilerin bazılarına yükümlülükler öngörülürken diğerlerine bu yükümlülüklerin öngörülmemesi veya yararların ve yükümlülüklerin miktarının farklı dağıtılması eşitlik ilkesinin ihlali sayılır[15].

Eşitlik hak sahibinin devlet ile ilişkisini temel aldığından, eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi yükümlülüğü de devlete aittir[16]. Devlet bunu organları aracılığıyla gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda, devletin herkese eşit ilgi ve saygıyla muamele etmesi ve güçsüz durumdakilerin ezilmesini önleyici tedbirleri alması gerekir[17].

Eşitlik ilkesinin toplumsal yaşamda uygulanabilmesinde anayasal güvence önemlidir. Nitekim, eşitlik ilkesinin anayasalarda öngörülmesi, anayasaya uygun yasal düzenlemelerin yapılmasını sağlar. Anayasalarda haklar bakımından eşitliğin kabul edilmesi, cinsiyet ayrımı başta olmak üzere diğer ayrımcılık türlerini kabul etmez[18]. Burada, haklarda eşitlik demek eşit hakka sahip olma yanında bir şeye eşit sahip olma hakkını da içermektedir[19].

Eşitlik ilkesi mutlak ve nispi eşitlik şeklinde söz konusu olabilir. Mutlak eşitlik anlayışı (şekli eşitlik ya da şekli hukuki eşitlik), genel ve soyut nitelik taşıyan kanunların kişisel ve özel durumlar dikkate alınmaksızın herkese eşit biçimde uygulanması; nispi eşitlik anlayışı (maddi eşitlik ya da maddi hukuki eşitlik) ise, aynı durumda bulunanlar için hak ve ödevlerde eşit davranma zorunluluğu ve aynı durumda bulunanların aynı, farklı durumda bulunanların ise farklı bir muameleye tabi tutulması şeklinde ifade edilebilir[20]. Örneğin hukuk düzeninde vatandaşla yabancıya, reşit olan ile olmayana farklı hukuki statülerde bulunmaları nedeniyle farklı muamele yapılması eşitlik ilkesine aykırı sayılmazken, benzer durumlarda benzer uygulamalar yapıl-

---

15 ÖDEN, s. 24.

16 Bkz. GÖREN Zafer, "Genel Eşitlik İlkesi (Common Principle of Equality)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 22, S. 3, 2016, s. 3281.

17 DONNELY Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları,** (çev. M. Erdoğan/ L. Korkut), Yetkin, Ankara, 1995, s. 77.

18 KABOĞLU Ö. İbrahim, **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş,** 7. bası, İmge, Ankara, 2013, s. 49.

19 ÖDEN, s. 24.

20 ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku,** 20. bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 155; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku,** 3. bası, Ekin, Bursa, 2019, s. 244.

ması isteği dikkati çekmekte, benzer durumlarda farklı uygulamalarda bulunulması ise, adaletin gerçekleşmediği veya amacına ulaşmadığı kanaatini insanlarda uyandırabilmektedir[21]. Anayasa Mahkemesi de kararlarında nispi eşitlik ilkesini esas aldığını şöyle ifade etmektedir:

> *"Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez"*[22].

Eşitlik kavramı açıklanırken ayrımcılık kavramı üzerinde de durulması gereklidir. Gerek eşitlik ilkesi gerekse ayrımcılık yasağı ile amaçlanan kişilerin haklı bir nedene dayanmayan farklı bir davranışa tabi tutulmasının önlenmesidir. Bazı yazarlar eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramlarının bir tür siyam ikizi olduğunu, bazı belgelerde birlikte ya da birbirine açık ve doğrudan yollamada bulunarak, bazılarında ise tek başına düzenlendiğini ancak özellikle uygulama boyutuyla çoğu zaman iç içe geçtiğini ve açıkça belirtilmediği durumlarda örtük olarak birbirini içeren, bazen olumlu ve ilkesel, bazen de olumsuz ve özgül yönüyle düzenlenen bölünemez ilkeler olduğunu belirtmektedir[23]. Eşitlik ve ayrımcılık kavramları arasında yakın bir ilişki vardır. Eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi aynı zamanda ayrımcılığın da ortadan kaldırılmasını sağlayabilir. Geçerli bir neden yokken kişilere farklı davranışta bulunulması ayrımcılık oluşturur. Irk, cinsiyet, belli bir sosyal statüye sahip olma vb. nedenlerle kişilere karşı ayrımcılık yapılabilir. Anayasa Mahkemesi ise, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlar olduğunu ve

---

21 GÜRİZ Adnan, "Adalet Kavramı", **Anayasa Yargısı,** C. 7, 1990, s. 15.

22 AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, 17/03/2011, RG. 12.07.2011/27992.

23 GÜLMEZ Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye,** Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2009, s. 9-10.

eşitlik ilkesinin somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerdiğini belirtmektedir. Mahkemenin bir kararında bu husus şöyle ifade edilmektedir:

> *"Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir. Anayasa'nın 10. maddesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir (Bkz. AYM, E.1996/15, K.1996/34, K.T. 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir"*[24].

Mahkemenin başka bir kararında ise, Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin AİHS'nin 14. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağını da kapsayan daha geniş bir anlam ifade ettiği, bu sebeple bireysel başvuru bakımından bütün eşitlik ilkesine aykırılık iddialarının incelenmesinin mümkün olmadığı yalnızca ortak koruma alanında yer alan ayrımcılık yasağı ile sınırlı olarak değerlendirme yapılabileceği, ayrımcılık temellerinin hem Anayasanın 10. maddesinde hem de AİHS'nin 14. maddesinde birbirine benzer şekilde düzenlendiği belirtilmektedir[25]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ayrımcılığın genellikle, AİHS'nin daha iyi muameleyi gerekli kılmadığı durumlar da dahil, geçerli bir neden olmadan bir kişi ya da gruba diğerlerinden daha kötü bir muamelede bulunmayı kapsadığını, 14. maddenin temelde farklı olgusal durumların nesnel bir şekilde değerlendirilmesine dayanan, topluluğun çıkarlarının korunması ile AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kuran farklı muameleleri yasaklamadığını belirtmektedir[26]. Mahkemeye göre, taraf devletler, benzer durumlar arasındaki küçük farklılıkların hangi durumlarda yasalarda farklı

---

[24] AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, RG. 5.7.2014/29051, parag. 107-108.

[25] Bkz. AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş., B. No: 2015/6728, 1/2/2018, RG. 7.3.2018/30353, parag. 78.

[26] AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 17.3.2023, parag. 51.

muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahiptir ve bu hakkın kapsamı, koşullara konuya ve konunun geçmişine göre değişebilir[27]. Ayrıca Mahkeme, yalnızca cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin AİHS'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenlerin sunulmasının gerekli olduğunu kabul etmektedir[28]. Sonuç olarak, eşitlik ve ayrımcılık kavramları arasında yakın bir ilişkinin bulunduğu görülmektedir. Burada, eşitliğe ulaşmak için ayrımcılık önemli bir araç olarak görülebileceği gibi, hangi ölçüt kapsamında neyin eşit olması gerektiğinin somutlaştırılmasında da ayrımcılık yasağının bir işlevinden söz edilebilir[29].

II. HUKUKİ DURUM

1. Genel Olarak

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde herkesin kadın erkek ayrımı olmaksızın kanun önünde eşit olduğu ve herhangi bir ayrım yapılamayacağı kabul edilmektedir. İlk olarak, Kuzey Amerika'daki koloni devletlerinin hak bildirgelerinde daha sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde insanların eşit olarak yaratıldıkları ifade edilmiştir[30]. Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilen İnsan Hakları Bildirisinde ve BM tarafından hazırlanan diğer insan haklarına ilişkin sözleşmelerde haklardan kadın ve erkeklerin eşit bir şekilde yararlanacaklarına yer verilmektedir. BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinin[31] başlangıç kısmında, erkek ve kadınların eşitliğine olan inanç teyit edilmekte, 1. maddesinde bütün insanların haklar bakımından eşit doğdukları, 2. maddesinde Beyannamedeki haklara cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkesin sahip olduğu, 7. maddesinde, kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, 23. maddesinde herkesin çalışma hakkına ve ayrımcılık olmaksızın eşit iş için eşit ücret hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin[32] 3. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşmede yer alan medeni ve siyasal haklardan erkeklerin ve kadınla-

---

[27] AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 17.3.2023, parag. 52.

[28] AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 17.3.2023, parag. 53.

[29] KARAN Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı,** Oniki Levha, İstanbul, 2017, s. 70.

[30] Bkz. GÖREN, 2016, s. 3280; KAPANİ, s. 44.

[31] RG. 27.5.1949/7217.

[32] RG. 21.7.2003/25175.

rın eşit yararlanmalarını güvence altına almayı üstlenecekleri belirtilmektedir. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin[33] 3. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşmede yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan erkeklerin ve kadınların eşit biçimde yararlanması hakkını temin etmeyi üstlenecekleri vurgulanmaktadır. Bölgesel düzeyde kabul edilmiş insan haklarına ilişkin sözleşmelerde de kadın ve erkek eşitliğine yönelik düzenlemeler söz konusudur. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesinde taraf devletlerin sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve söz konusu hakları cinsiyete dayalı bir ayrım yapmaksızın tam olarak kişilerin yararlanabilmelerini sağlamayı üstlendikleri belirtilmektedir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 2. maddesinde her bireyin bu şartta tanınan ve güvence altına alınan haklardan cinsiyete dayalı bir ayrımın yapılmadan yararlanma hakkının bulunduğu ve 18/3. maddesinde devletin kadınlara yönelik ayrımcılığın her şekliyle ortadan kaldırılmasını sağlayacağı vurgulanmaktadır. Avrupa Sosyal Şartının[34] II. Bölümün 4/3. maddesinde, Sözleşmeci tarafların erkek ve kadın çalışanlara eşit değerdeki çalışmaları karşılığında eşit ücret ödenmesi hakkını tanımayı üstlendikleri ifade edilmektedir[35]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin[36] (AİHS) 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmekte ve maddede düzenlenen ayrım yasakları arasında cinsiyete yer verilmektedir. AİHS'ne ek 12 No.lu Protokolün 1. maddesinde ise, hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılamayacak nedenler arasında *"cinsiyet"* sayılmaktadır. AİHS'ne ek 7 No.lu Protokolün 5. maddesinde ise, eşlerin evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacakları düzenlenmektedir. Konuyla ilgili ulusalüstü alanda kabul edilen ve özel bir sözleşme niteliğinde bulunan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde[37] ise, cinsler arasında her tür ayrımcılık yasaklanmaktadır[38]. Bu sözleşmenin kabulünün arkasında, uluslararası sözleşmelerde

---

33 RG. 11.8.2003/25196.

34 RG. 9.4.2007/26488.

35 Avrupa Birliği hukukunda kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın yapılamayacağı konusunda bkz. YAVAŞİ Mahmut, "Avrupa Birliğinde Cinsiyete Dayalı Ayırımcılığın Engellenmesi", **TUHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi,** C. 17-18, 2002/2003, s. 62 vd.

36 RG. 19.3.1954/8662.

37 RG. 14.10.1985/18898.

38 Bkz. STARK Barbara, "Marriage Equality, Gender Equality, and the Women's Convention", **Michigan State Law Review,** Vol. 2013, No. 4, 2013, s. 953 vd.

yer verilen genel ilkelerin yeterli koruma getirmediği düşüncesinin etkisinin bulunduğu[39] ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı özel bir şekilde düzenlemenin bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı söylenilebilir. Sözleşmenin 1. maddesinde, kadınlara karşı ayrım tanımı[40] yapılmakta, Sözleşmenin 4. maddesinde ise, kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici ve özel önlemlerin, Sözleşmede belirtilen cinsten bir ayırım olarak değerlendirilmeyeceği ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların muhafazası sonucunu doğurmayacağı, fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu tedbirlere son verileceği düzenlenmektedir. Sözleşmenin 16. maddesinde ise, taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara maddede (a-h bentleri) yer verilen hakları sağlayacakları düzenlenmektedir.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerine benzer şekilde batılı demokratik ülkelerin anayasalarının birçoğunda da herkesin kanun önünde eşit olduğu ve cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın yapılamayacağı esaslarına yer verilmektedir. Federal Alman Anayasasının 3. maddesinde, herkesin yasa önünde eşit olduğu, erkek ve kadınların eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin gerçekten sağlanmasını özendireceği ve var olan dezavantajların giderilmesine çalışacağı, hiç kimsenin cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla mağdur edilemeyeceği düzenlenmektedir. Bazı yazarlar tarafından haklı olarak burada kullanılan *"var olan dezavantajlar"* ifadesi, gerçekte eşit haklara sahip olma eksikliğinin anayasal olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanabilir[41]. Fransa Anayasasının 1. maddesinde, yasa önünde eşitlik düzenlenmekte, 2. maddesinde Cumhuriyetin özlü ifadesinin özgürlük, eşitlik ve kardeşlik olduğu vurgulanmaktadır. İtalyan Anayasasının 3. maddesinde, tüm vatandaşların cinsiyet, ırk, dil, din, siyasi görüş, kişisel ve sosyal durum farkı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir. İspanyol Anayasasının 14. maddesinde ise, İspanyolların kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir şekilde doğum, ırk,

---

39 Bkz. BERKTAY, s. 358.

40 **Madde 1:** "*İşbu sözleşmeye göre, «kadınlara karşı ayırım» deyimi kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir*.".

41 Bkz. GÖREN, 2016, s. 3289.

cinsiyet, din, görüş veya herhangi bir kişisel, sosyal koşul veya durumdan dolayı ayrım yapılamayacağı belirtilmiştir.

Ülkemizde kabul edilen anayasalarda da "*eşitlik*" ilkesi önemli bir yere sahiptir. 1876 Anayasasının 17. maddesinde *"Osmanlıların kâffesi huzuru kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde mütesavidir"* denilerek, Osmanlıların kanun önünde hak ve ödevler bakımından eşit olduğuna yer verilmiştir. 1921 Anayasasında ise, eşitlik ile ilgili bir hükme rastlanılmamaktadır. Bu dönemde, 1876 Anayasasının 1921 Anayasasına aykırı olmayan hükümlerinin yürürlükte olduğu düşüncesinden yola çıkılarak, 1876 Anayasasında öngörülen eşitlik ile ilgili hükümlerin yürürlüğünün kabulü söz konusu olabileceği gibi, milli egemenlik ilkesinin geçerli olduğu 1921 Anayasası döneminde, eşitlik ilkesinin demokratik bir eşitlik anlayışına dayandığı da ifade edilebilir[42]. 1924 Anayasasının 69. maddesinde, "*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilâistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur"* denilerek, Türklerin kanun önünde eşitliği ve fert imtiyazlarının yasak olduğu belirtilmektedir. Maddede herkes yerine Türkler kullanılmaktadır. Burada, Anayasanın vatandaşlıkla ilgili 88. maddesi[43] düşünüldüğünde, Türkler ifadesinin ile kastedilenin vatandaşlar olduğu görülmektedir[44]. 1961 Anayasasında ise, Anayasanın ikinci kısım temel hak ve ödevler birinci bölüm genel hükümlerde "*eşitlik"* başlığı altında eşitlik ilkesine yer verilmiştir. 12. maddede *"I-Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. II-Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz"* denilmiştir. Böylece, kadın ve erkeklerin kanun önünde eşit olduğu ve herhangi bir ayrım yapılamayacağı güvence altında alınmıştır. 1961 Anayasasında eşitlik ilkesinin temel hak ve ödevler kısmı içinde düzenlenmesi, anayasa yargısına yer verilmesi ile idari eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olmasının öngörülmesi, eşitlik ilkesinin uyulması zorunlu anayasal kurallardan biri olmasını sağlamıştır denilebilir[45].

---

42 ÖDEN, s. 109-111.

43 **Madde 88:** *"Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) ıtlak olunur".*

44 YAZICI Serap, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine,** 2. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 186.

45 YAZICI, s. 186.

1982 Anayasasının birinci kısım genel esaslarda *"kanun önünde eşitlik"* başlığı altında eşitlik ilkesine yer verilmiştir[46]. 1961 Anayasasında eşitlik ilkesi temel hak ve özgürlükler içinde düzenlenmişken, 1982 Anayasasında genel esaslar kısmında yer almıştır. Bu değişikliğin esaslı bir farklılık olmadığı ve eşit işlem görme hakkı üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunmadığı söylenilebilir[47]. Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi AİHS'nin 14. maddesinde yer verilen ayrımcılık yasağından farklı bir şekilde düzenlenmiştir[48]. Anayasanın 10. maddesinde *"kanun önünde eşitlik"* başlığı kullanılmıştır[49]. 10. maddenin başlığı ayrımcılık yasağı olmamasına karşılık, bazı yazarlar tarafından, kanun önünde eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağını da içerdiği ifade edilmektedir[50]. Diğer bazı yazar tarafından ise, 10. maddede özgül ayrım yasaklarıyla genişletilmiş kanun önünde eşitlik ilkesinin düzenlendiği[51] ya da ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğünün[52] yer aldığı ifade

---

46 Anayasanın 10. maddesinin ilk şekli şöyledir: **Madde 10-** *"I-Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. II-Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. III-Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar".*

47 ÖDEN, s. 133.

48 AİHS'nin 14. maddesinin başlığı *"ayrımcılık yasağı"* şeklinde olmasına karşılık, Anayasanın 10. maddesi *"kanun önünde eşitlik"* başlığını taşımaktadır. AİHS'nde güvencenin Sözleşmenin tanıdığı haklar bakımından öngörüldüğü, Anayasada ise, bu tür bir sınırlamanın bulunmadığı ve hükümde öngörülen korumanın sadece temel haklar alanında değil, ilgili oldukları her konuda kanunların eşitliğe uygun olması gerektiği emredilmektedir. Buna karşılık, AİHS'nin 12 no.lu protokolüyle (m.1) Sözleşmede sayılan haklar ifadesinin telafisi için bir hükme yer verilerek, iç hukuk düzenlerinde tanınan tüm haklardan yararlanmada eşitlik esası getirilmektedir. Anayasada, Sözleşmede yer alan "*ulusal veya toplumsal köken*" ve "*ulusal bir azınlığa aidiyet"* nedenleri yer almamaktadır. Anayasada (m.10) *"... ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin.."* şeklindeki ifadeden bu tür bir sonucun çıkarılıp çıkarılamayacağı konusu açık değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,** 4. bası, Orion, Ankara, 2015, s.258-260.

49 Bazı yazarlar, Anayasanın 10. maddesinde, muhtemelen BM Evrensel Beyannamesinin 7. maddesinden ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 26. maddesinden esinlenilerek ayrımcılık yasağı yerine kanun önünde eşitlik ifadesinin kullanılmış olabileceğinden söz etmektedir. Bkz. DOĞRU Osman, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü,** XII Levha, İstanbul, 2010, s. 81.

50 Tanör/Yüzbaşıoğlu *"Maddenin ilk fıkrası ayrımcılık yasağı getiriyor"* demektedir. Bkz. TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,** 20. bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 131; Oder*, "Düzenleme özgül bir ayrımcılık yasağı gibi kaleme alınmamış olmakla birlikte, kanun önünde eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağını da içerecek biçimde anlaşılmaktadır"* demektedir. Bkz. ODER, s. 192.

51 ÖDEN, s. 129.

52 GÜLMEZ Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi,** Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2010/2, S. 25, s. 221.

edilmektedir. Burada, kanun önünde eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağını da içerecek şekilde ifade edildiği görülmektedir. Maddenin başlığının kanun önünde eşitlik başlığını taşıması nedeniyle yasama organının hukuk kurallarını objektif şekilde düzenlemesi, idare makamlarının ise, hukuk kurallarını uygularken kişiler arasında herhangi bir ayrım yapmaması zorunludur[53]. Nitekim, maddenin gerekçesinde de, *"... Komisyonumuz bu hakka saygı göstermenin Devlet organları ve idarî makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idarî makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar*"[54] denilmektedir.

Anayasanın 10. maddesinde yer verilen *"kanun önünde eşitlik"* ilkesinin hukuki mahiyeti ile ilgili olarak bazı yazarlar haklı olarak şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: "*Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi, bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür"*[55]. Bu görüşe göre, eşitlik ilkesinden yararlanan kişiler için bu ilke temel bir hak, devlet ve idare makamları için ise, devlet yönetimine egemen temel bir ilke şeklinde anlaşılabilir ve bu ilkenin Anayasada genel esaslar kısmı içinde düzenlenmiş olması da devlet yönetimine egemen bir ilke olarak düşülebileceği görüşünü desteklemektedir[56].

2. Anayasal Düzenleme

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir[57]. Maddede şöyle denilmektedir:

> *"I. Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit-*

---

53 ERDOĞAN, 2015, s. 260.

54 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397, D. Meclisi S. Sayısı: 166 ve 166'ya 1, 2, 3 ve 4'üncü ek), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

55 ÖZBUDUN, s. 154.

56 ÖZBUDUN, s. 154-155.

57 Anayasanın başlangıç kısmında ise, *"...Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu..."* belirtilerek genel olarak eşitlik ilkesinin altı çizilmektedir.

tir. II. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. III. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. IV. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. V. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar[58]*."*

Genel olarak 10. madde incelendiğinde, maddenin birinci ve ikinci fıkralarının kadın ve erkek eşitliği ile ilgili olduğu görülmektedir[59]. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında, toplumda korunması öngörülen kişilere yer verilerek, hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamayacağı düzenlenmektedir. Maddenin beşinci fıkrasında ise, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu hükmün muhatabı esas itibariyle sadece yasama organı değil, devletin tüm organları ve kamu makamlarıdır[60].

10. maddenin birinci fıkrası genel eşitlik güvencesi mahiyetinde olmak üzere, eşitlik ilkesinin doğal öğesi şeklindeki genel bir ayrım yapma yasağıyla düzenlenmiş ve aynı maddenin dördüncü fıkrasındaki, "*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz"* hükmü ile kuvvetlendirilmiştir[61]. Maddede ayrım yasakları sayıldıktan sonra *"ve benzeri sebeplerle"* ifadesinin kullanılması ise, ayrım yapılamayacak konuların sadece maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını göstermekte ve genişletilebilmesine imkan sağlamaktadır[62]. Bazı yazarlar tarafından, Anayasa Mahkemesinin eşitlik ölçü normu açısından ne ölçüde denetim yapabileceği konusunda, Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ayrım yasakları ile genel anlamda kanun önünde eşitlik ilkesi arasında ayrım yapması gerektiği belirtil-

---

[58] 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunla 10. maddenin beşinci fıkrasına *"bütün işlemlerinde"* ibaresinden sonra gelmek üzere *"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"* ibaresi eklenmişti. Söz konusu ibare, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 5/06/2008, RG. 22.10.2008/27032.

[59] Bazı yazarlarca maddede kadınlar için pozitif ayrımcılığın kabul edilmesi nedeniyle cinsiyetin mutlak bir eşitlik nedeni olmadığı ve Anayasanın 10/1. maddesindeki hükmün cinsiyet açısından özgül ayrım yasağı getirmediği ifade edilmektedir. Bkz. GÖZLER, s. 244.

[60] ÖZBUDUN, s. 155; GÖZLER, s. 241; TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 132; YAZICI, s. 187.

[61] SABUNCU Yavuz, **Anayasaya Giriş,** 15. bası, İmaj, Ankara, 2012, s. 91.

[62] GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Anayasa Hukuku,** 19. bası, Turhan, Ankara, 2013, s. 182; SABUNCU, s. 93.

mekte ve ayrım yasakları sayılırken *"ve benzeri sebeplerle"* ibaresinin kullanılmasının Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisini genişlettiği haklı olarak ifade edilmektedir[63]. Anayasada (m.10/1-2) kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesi ile cinsiyete dayalı olarak bir ayrımın yapılamayacağı, *"Herkes ... cinsiyet ... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" ve "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir"* düzenlemelerine yer verilmek suretiyle açıkça vurgulanmaktadır. Burada, bir meslek ve toplumsal statü için özel kurallar konulması yani herkes için geçerli olmayan kuralların konulması eşitlik ilkesinin ihlali olarak yorumlanamaz[64]. Örneğin, bir kadının kadın olduğu için oy verme hakkından yoksun bırakılması haklı bir neden olarak kabul edilmezken, oy verme hakkının belli bir yaş şartına bağlanması haklı bir neden olarak değerlendirilmelidir. Burada, 10. maddenin birinci fıkrası hükmü vatandaşların hepsinin her bakımından aynı hükümlere tabi olması şeklinde anlaşılmamalıdır. Haklı nedenlere dayanılmak ve imtiyaz oluşturmamak şartıyla vatandaşlar arasında ayrım yapılması kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez[65]. Anayasa Mahkemesi de kanun önünde eşitlik ilkesini kararlarında uygularken, haklı neden kavramına başvurmaktadır[66]. Bazı yazarlar, Mahkemenin haklı neden kavramını *"gereklilik"*, *"zorunluluk", "işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk"*, "*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler"*, *"adaletli ve eşit ölçüler"* gibi ifadeler kullanarak somutlaştırmaya çalıştığını ve haklı neden kavramı ile ilgili genel bir tanım verilmesinin güçlüğü karşısında, kanundaki sınıflandırmanın haklı nedene dayanıp dayanmadığının ancak kanunun somut içeriğine bakılarak belirlenebileceğini belirtmektedir[67]. Mahkemeye göre, *"Kanun karşısında eşitlik demek bütün yurttaşların hepsinin her yönden aynı hükümlere tabi tutulmaları demek değildir. Kimi yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemez"*[68]. Mah-

---

63 ÖZBUDUN, s. 155.

64 ERDOĞAN, 2015, s. 261.

65 Bkz. SABUNCU, s. 93.

66 İnceoğluna göre, *"haklı neden testi bir anlamda, sınıflandırma ile kanunun amacı arasındaki bağı, ilişkiyi ortaya koymakta, sınıflandırmanın amaca hizmet edip etmediğini, oranlı olup olmadığını da belirlemektedir"*. Bkz. İNCEOĞLU Sibel, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi,** Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, S. 11, s. 54.

67 ÖZBUDUN, s. 156.

68 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 4/11/1986, RG. 22.2.1987/19380; Mahkemeye göre, *"Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında "... Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere*

keme haklı bir nedene ve kamu yararına dayalı olarak farklı muamele yapılmasını eşitlik ilkesinin ihlali şeklinde değerlendirmemektedir[69]. Öte yandan Mahkeme, haklı bir nedene dayanmayan ve sadece kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesini eşitlik ilkesine açık bir aykırılık saymaktadır. Kararlarda bu husus şöyle ifade edilmektedir:

> *"... Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden olamaz. Ancak cinsiyete dayalı ayırımlarda, bunun, kadınları korumak mı yoksa erkeklere ayrıcalık tanımak amacıyla mı yapıldığı önemlidir. Çünkü, ilk durumda objektif olarak yaratılış ve işlevsel özelliklerin gerektirdiği bir ayırım, ikincisinde ise öbür koşullar aynı olmasına karşın sadece cinsiyetin neden olduğu bir ayrıcalık söz konusudur..."*[70].

AİHM de, genel olarak AİHS'nin 14. Maddesini uygularken kişiler arasında yapılan ayrımın objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını incelemektedir[71]. Mahkeme, bir farklı muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmamasının gerekli olduğunu, bu tür bir nedenin varlığının demokratik toplumlarda normalde geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceğini, AİHS'nin belirlediği bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olmasının da yeterli olamayacağını, kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmadığının kanıtlanması halinde de 14. maddenin ihlal edildiğinin kabul edileceğini ifade etmektedir[72].

---

dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. O halde, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez." biçiminde değerlendirilmiştir". Bkz. AYM, E. 1990/5, K. 1990/28, 14/11/1990, RG. 14.3.1991/20814.

69 Kaboğlu, Anayasa Mahkemesinin "*Eşitlik ilkesi uygulaması konusunda genellikle, "haklı neden" ve "kamu yararı" ölçütlerini geliştirdiği gözlenmekte ise, bunların ve diğer ölçütlerin bir hukukun genel ilkesi nitelemesini hak edecek yoğunlukta olup olmadığı sorulabilir"* demektedir. Bkz. KABOĞLU Ö. İbrahim, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", **Anayasa Yargısı,** C. 8, 1991, s. 314.

70 Bkz. AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996, RG. 27.12.1996/22860; Ayrıca bkz. AYM, E. 1998/3, K. 1998/28, 23/06/1998, RG. 13.03.1999/23638.

71 ERDOĞAN, 2015, s. 259.

72 AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 17.3.2023, parag. 50.

7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla[73] Anayasanın 10. maddesine eklenen ikinci fıkrada, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Burada, devlete "*bu eşitliği yaşama geçirme yükümlülüğünün getirilmesi"* kadınların sosyal ve ekonomik alanlardaki durumlarının iyileştirilerek, erkeklerle eşit haklara sahip olmasını sağlama bakımından önem taşımaktadır[74]. Böylece, "*kadın erkek eşitliğinin her alanda sağlanması amaçlanmış, yaşama geçmesi, uygulanması yükümlülüğü Devlete verilmiştir"*[75]. Devlet ayrımcılık yasağı açısından saygı gösterme, sağlama ve önleme yükümlüğüne uygun olarak gerekli önlemleri almalıdır[76]. Bazı yazarlar haklı olarak bu yükümlüğün gerçekleştirilmesi için alınacak önlemlerin ve kapsamının ne olacağının siyasetin bu konudaki yaklaşımına bağlı olduğunu belirtmektedir[77]. Elbette devletin temel organlarının (yasama, yürütme ve yargı) kadınların sosyal ve ekonomik durumlarını iyileştirilmesi doğrultusunda tedbirler alması gerekmektedir. Burada, *"devlet bu özgül eşitliğe aykırı davranmamakla yetinemeyecek, bunun "yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü" bulunacaktır"*[78]. Bazı yazarlara göre, maddenin birinci fıkrasında yer verilen kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu esası, genel eşit-

---

[73] Maddenin gerekçesinde, *"Madde 1. -2003 Katılım Ortaklığı Belgesinde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslar arası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayrım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 20 nci maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağına ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartının "III. Eşitlik" başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir"* denilmektedir. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, 17.3.2023; Maddenin Anayasa Komisyonu Raporunda ise, "*Teklifin, çerçeve 1 inci maddesindeki görüşmelerde maddenin bu şekliyle yetersiz olduğu, fırsat eşitliği, olumlu ayrımcılıkla ilgili düzenlemenin eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu madde üzerinde verilen bir önergenin kabulü ile fıkra "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." şeklinde değiştirilmiştir. Bu haliyle fıkra gerekçesiyle uyumlu hale getirilmiştir. Madde bu değişiklik doğrultusunda kabul edilmiştir"* denilmektedir. Bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, 30.4.2004, Esas No: 2/278, Karar No. 20, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

[74] Bkz. ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku,** 13. bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 126.

[75] GÖZÜBÜYÜK, s. 182.

[76] KARAN, s. 82.

[77] SABUNCU, s. 95.

[78] EROĞUL Cem, **Anatüzeye Giriş,** 14. bası, İmaj, Ankara, 2014, s. 310.

lik ilkesinin tekrar vurgulanması mahiyetinde olup, yasal eşitlik yanında burada kadınlara fırsat eşitliğinin tanınmasının amaçladığı da söylenilebilir[79]. Gerçekten burada kadınlara fırsat eşitliğini sağlamak için gereken tedbirlerin devlet tarafından alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, devlet kadınların fiilen eşit haklara sahip olması için gereken tedbirleri almak zorundadır[80]. Öte yandan, 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasına, "*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz"* ibaresi eklenerek, kadınlar lehine pozitif ayrımcılık kuralı güçlendirilmektedir[81]. Kadınlara yönelik pozitif ayrımcılıkta esas itibariyle kadınlar ile erkekler arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılması ve kadınların korunması önem taşımaktadır. Burada, kadınların lehine tedbirler alınmasına yönelik düzenlemeler yapılmasının toplumda kadınlarla erkekler arasında fiili bir eşitsizliğin bulunduğu varsayımından kaynaklandığı ve bu tür düzenlemelerle fiili eşitsizliğin giderilmesinin amaçlandığı söylenilebileceği gibi, hükümde, "*... Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz*" (AY m.10/2) denilerek, kadınlara erkeklerden daha fazla hak tanınmasının değil, kadınların durumlarını iyileştiren sosyal tedbirlerin alınabilmesini sağlayıcı bir program hükmün getirildiği de söylenilebilir[82]. Ayrıca, kadın ve erkek arasında eşitliğin tam anlamıyla sağlanması halinde, kadınları teşvik eden tedbirlerin uygulanmasını gerektiren nedenler de ortadan kalkacaktır[83]. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 4. maddesinde de, kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici ve özel önlemlerin fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman sona ereceği düzenlenmektedir. Kısaca belirtmek gerekirse, fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşılmasına kadar kadınlar lehine pozitif ayrımcılık söz konusu olabilecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KANUN ÖNÜNDE KADIN VE ERKEK EŞİTLİĞİ

Kanun önünde kadın ve erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesinde yargının özel bir yeri bulunmaktadır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesinin kadın ve erkeklerin eşit haklardan yararlanmasına yönelik çeşitli kararları bulunmak-

---

79 SABUNCU, s. 94.

80 GÖREN Zafer, **Anayasa Hukuku,** 5. bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 544.

81 ÖZBUDUN, s. 156-157; TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, s. 131.

82 ERDOĞAN, 2015, s. 263.

83 Bkz. GÖREN, 2020, s. 544.

tadır. Mahkeme norm denetimi yoluyla Anayasanın 10. maddesine aykırı gördüğü yasal düzenlemeleri iptal etmektedir. Ayrıca Mahkeme, bireysel başvuru incelemesinde kişiler arasındaki ayrımın sadece cinsiyete dayandığını tespit etmesi halinde hak ihlali kararı vermektedir.

Kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olması demokratik ülkelerde temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Kadın ve erkek arasında haklardan yararlanmada eşitliğin sağlanması için öncelikle anayasal güvence önemlidir. Öte yandan, kadın ve erkek eşitliğini sağlama yönünde yasal düzenleme yapılması da önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi başvurularda öncelikle iddiayı kanıtlayıcı delillerin sunulması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, cinsiyet ayrımcılığı sonucu işten çıkarılma iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda, işten çıkarma nedenini kanıtlayacak delillerin başvurucu tarafından sunulması ve dosyada işten çıkarmadaki amacının gerçekten cinsiyetçi bir anlayış olduğunu gösteren hususların ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir. Kararda, başvuruya konu olayda, anılan derece mahkemeleri kararlarında başvurucunun cinsiyet ayrımcılığı temeline dayalı olarak işten çıkarıldığı yönünde bir tespitin mevcut olmadığı, fesihte ayrımcılık yapıldığı, başvurucunun sırf kadın olduğu için işten çıkarıldığı, diğer çalışanın ise erkek olduğu için işten çıkarılmadığı iddialarını kanıtlayacak herhangi bir delilin sunulmadığı, başvurucu ile başvurucunun üstü (müdürü) konumunda olduğu ifade edilen diğer çalışanın durumlarının ne derece aynı olduğu ve işverenin işten çıkarmadaki amacının gerçekten cinsiyetçi bir anlayış olduğunu gösteren hususların ortaya konulmadığı, bu nedenle ayrımcılık iddiasının ve bu iddianın temelindeki olguların ispatına ilişkin yeterli açıklamalarda bulunmayan başvurucunun iddiasını kanıtlayamadığı belirtilmiştir[84]. Benzer şekilde, AİHM'nin içtihatlarında da ayrımcı muamelenin kanıtlanması gerektiği belirtilmektedir. Kararlarda, AİHS'nin 14. maddesinin diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığı hatırlatılmakta, ancak her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayabileceği, eşdeğer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanmasının gerekli olduğu vurgulanmaktadır[85].

---

[84] AYM, Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 5/11/2015, RG. 2.2.2016/29612, parag. 50.

[85] AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>, 17.3.2023, parag. 49.

Anayasa Mahkemesi kanun önünde eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmediğini, bazı yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak farklı kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedir[86]. Burada, kişilerin aynı konumda bulunup bulunmadıklarının incelenmesinin yapılması ve buna göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Nitekim, erkeklerin sadece cinsiyeti nedeniyle yararlandıkları haklardan kadınların yararlanamaması cinsiyete dayalı bir ayrımdır. Bu bağlamda, mülga 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 165/1.[87] maddesinde kadınların aleni duruşmadan men edilebileceklerine ilişkin hüküm Anayasaya aykırı bulunmuştur. Mahkemeye göre, *"... Erkeklerle eşit haklara sahip olan kadınların böyle bir kayda tabi tutulabilmelerinin haklı bir sebebe dayanmadığını izaha hacet yoktur ... dâva konusu bentte yer alan bu hükümlerin, gerçek bir ihtiyacı karşılamaktan uzak olması ve bu sınırlamada kamu güvenini veya genel ahlâkı ilgilendiren bir halde söz konusu olamıyacağı cihetle herkese açık olan duruşmada bulunmanın bu kişiler hakkında kayıtlanabilmesinin Anayasa'nın 135 inci maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır"*[88]. Burada, erkeklerin yararlandıkları haktan kadınları yoksun bırakan yasal sınıflandırma ve ayrımların eşitsizlik oluşturacağını belirtmek gerekir[89].

Ülkemizde, kişilerin çalışma hayatında özgür bir şekilde bulunması anayasal olarak güvence altına alınmıştır. Anayasada (m.48/1) *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir"* denilmektedir. Hükümde herkes denilerek kişiler arasında bir ayrım yapılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Öte yandan, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun *"eşit davranma ilkesi"* başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, *"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz"* denilerek kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı bir ayrımının yapılamayacağı vurgulanmaktadır. Ancak, kadın işçinin fiziksel ve biyolojik nedenlerden dolayı ağır işlerde çalıştırılamaması, kadın işçiye analık ve gebelik halinde ücretli izin verilmesi zorunluluğu gibi uygulamaların, kadın işçinin zayıf bünyesinin, sağlığının ve analık halinin korunmasına yönelik

---

86 AYM, E. 1990/5, K. 1990/28, 14/11/1990, RG. 14.3.1991/20814.

87 **Madde 165/1:** "*Kadınların, onbeş yaşını bitirmemiş olan çocukların ve hukuku âmmeden memnuiyete mahkûm olanların ve askerî mahkemenin haysiyetiyle mütenasip olmayan şahısların alenî duruşmada bulunmaları men edilebilir".*

88 AYM, E. 1963/143, K. 1963/167, 26/06/1963, RG. 12.11.1963/11553.

89 ÖDEN, s. 324.

olduğunu ve eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını ifade etmek mümkündür[90]. İş yaşamında kadınlar iş bulma, daha az ücretlendirme ve yükselme imkanlarından yoksun bırakılma gibi eşitsizliklerle karşılaşmaktadırlar[91]. Bu durum, kadınların erkeklerle aynı haklardan yararlanamamasına yol açmaktadır. İş yaşamındaki fiili eşitsizliklerin giderilmesi ve cinsler arasında denge sağlanması için kadınlar lehine kota uygulanabilir. Başka bir deyişle, asgari bir başlangıç eşitliği sağlamak üzere, kadınların gözle görünür şekilde geri kaldığı alanlarda (siyaset, kamu/özel iş yaşamı vb.) kadınlar lehine bir kota getirilmesi söz konusu olabilir[92]. Ayrıca, iş yaşamında kadınların ve erkeklerin eşit haklardan yararlanmalarına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması ve kısıtlayıcı yasal düzenlemelerin kaldırılması ya da Anayasaya aykırı yasal düzenlemelerin iptal edilmesinin de cinsler arasındaki eşitsizliğin giderilmesinde önem taşıdığını belirtmek gerekir. Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunun 159. maddesindeki[93] evli kadının çalışabilmesinin kocasının iznine bağlı tutan yasal düzenleme kadınların iş yaşamında yer almasını kısıtlayıcı bir nitelik taşımaktaydı. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasanın 10. maddesinde yer alan kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda, kadın-erkek eşitliğinin amacının, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesi olduğu, kuşkusuz benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemelerin -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemeyeceği, Medeni Yasanın 159. maddesinin bugün modern aile hukukunun dayanağı sayılan eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi ve Anayasanın 10. maddesindeki kadın erkek eşitliği kuralıyla bağdaşmadığı, kocanın, eşinin mesleğini veya işini yürütmesi için izin vermesi veya uygun görmezse izin vermemesinin kadının kişilik haklarının ihlali gibi, Anayasanın 10. maddesindeki yerini bulan kadın erkek eşitliği ilkesine de aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir[94]. Söz konusu karar, Mahkemenin eşitlik konu-

---

90 Bkz. TUNCAY, s. 125.

91 YÜKSEL, s. 137 vd.

92 Bkz. SABUNCU, s. 95.

93 **Madde 159:** *"Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanatla iştigal edebilir.*

Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir.

Koca, karısının bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği takdirde keyfiyet kâtibiâdil marifetiyle ilân edilmedikçe, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez".

94 AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, 29/11/1990, RG. 02.07.1992/21272.

sundaki içtihatlarını geliştirmesi şeklinde yorumlanabilir[95]. Mahkemenin mülga 743 sayılı Medeni Kanunun 159. maddesini iptal etmesiyle evli kadınların çalışma hayatına serbest bir şekilde katılabilmeleri sağlanmıştır. Halen yürürlükte bulunan 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda (m.192) ise, *"Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur"* hükmüne yer verilerek, evlilikte eşler arasında eşitlik dikkate alınmıştır.

Dünyada ailede eşlerin mutlak eşitliğinin benimsendiği ve bunun sonucu olarak da aile hukuku düzenlemelerinde eşlerin eşitliği ilkesinin esas alındığı görülmektedir[96]. Böylece, aile hukuku alanında kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olması yönünde değişiklikler yapılmaktadır. Ülkemizde yeni Türk Medeni Kanununda aile hukuku alanında erkeğin üstünlüğü ilkesinin terkedildiği ve eşlerin eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verildiği görülmektedir[97]. Ancak, yeni Medeni Kanunda eşler arasındaki eşitlik ilkesine aykırı bazı düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda, Yeni Medeni Kanunda (m.187)[98] kadına evlendiğinde kocasının soyadını alma yükümlülüğü getirilmiştir. Başka bir deyişle, Kanunda kadına sadece kocasının soyadının önünde önceki soyadını kullanabilmesine yönelik bir

---

[95] GÖZTEPE Ece, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 54, S. 2, 1999, s. 110.

[96] KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 40, S. 1-4, 1988, s. 251.

[97] 4721 sayılı Kanunda eşler arasında eşitliği sağlayıcı yönde yer verilen hükümler konusunda bkz. DOĞAN Murat, "Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 52, S. 4, 2003, s. 99 vd.

[98] **Madde 187:** *"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir";* Benzer bir düzenleme mülga Türk Medeni Kanununun 153/1. maddesinde şöyle düzenlenmişti. **Madde 153/1:** *"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir".* Anayasa Mahkemesi Kanunun 153/1. maddesindeki "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır"* hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermişti. Kararda, *"Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır"* denilmektedir. Bkz. AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, 29/09/1998, RG. 15.11.2002/24937.

seçim hakkı tanınmaktadır[99]. Bu durum, kadın ve erkeklerin aynı haklardan yararlanması ilkesini ihlal etmektedir. Çünkü, kişileri ailelerine bağlayan soyadları olduğu gibi, erkek ya da kadının doğuştan sahip olduğu soyadını kullanması temel bir insan hakkıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi Medeni Kanununun 187. maddesinde yer verilen "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır*" düzenlemesini Anayasaya aykırı görmemiştir. Kararda, soyadının, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen ad olduğu, bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadının, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olduğu, itiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamının sağlanmış olacağı, soyadının kişilik haklarından olmasının, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmeyeceği, yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasaya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönünün bulunmadığı, itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulmasının sağlandığı, kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savının da yerinde olmadığı, durum ve konumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabileceği ve yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesinin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı vurgulanmıştır[100]. Karara muhalif üyelerin karşı oy yazılarında ise, erkeğin soyadına üstünlük tanımanın eşler arasında eşitlik ilkesini ihlal edeceği belirtilmiştir[101]. Burada, erkeğin soyadına üstünlük tanınmasının haklı bir gerek-

---

[99] HELVACI Serap, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, **Milletlerarası Hukuk Bülteni,** Y. 35, S. 1, 2015, s. 160.

[100] AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011, RG. 21.10.2011/28091.

[101] Üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011, RG. 21.10.2011/28091; Üye Fulya Kantarcıoğlu, Üye Fettah Oto, Üye Serdar Özgüldür, Üye Serruh Kaleli, Üye Zehra Ayla Perktaş, Üye Recep Kömürcü'nün karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011, RG. 21.10.2011/28091; Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011, RG. 21.10.2011/28091.

çesinin ortaya konulması gerekirdi. Kararda kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklardan bahsedilmektedir[102]. Ancak, bunun gerçekçi bir yaklaşım olduğu da söylenemez. Aslında, devletin nüfus işleri ile ilgili altyapıyı uygun bir hale getirmesiyle kamu düzeninin bozulmasının önüne geçilebilir[103]. Bu karardan sonra evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olunması Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulara da konu olmuştur. Bu başvurularda, Mahkeme yeni Türk Medeni Kanununun 187. maddesinin Türkiye'nin onaylayarak yürürlüğe koyduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümleriyle çatıştığını vurgulayarak, uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varmış ve hak ihlali kararları vermiştir. Kararlarda, başvurucunun Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının, müdahalenin kanuniliği şartının yerine getirilmemesi nedeniyle ihlal edildiği sonucuna varılmıştır[104]. Sonuç olarak, evlilik birliği içinde kocayı kadın karşısında üstün duruma getiren Medeni Kanununun 187. maddesinin kadın ve erkek eşitliği ilkesine uygun olarak yeninden düzenlenmesi gerekmektedir[105].

Evlilikte olduğu gibi boşanma halinde de kanun önünde kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması gerekir. Anayasada (m.41/1), *"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır"* denilmektedir. Buna göre, eşlerin ve çocukların hakları açısından evlenmede, evlilik hayatının devamında ve boşanmada cinsler arasında eşitlik esas alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi

---

[102] Öden/Selin'e göre, *"Mahkeme, "kamu yararı ve kamu düzeni bakımından gereklilik", "durumlarının gerektirdiği zorunluluklar"dan söz ediyor ama, itiraz konusu sınıflandırma veya sınırlamanın ailenin birliğinin ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi amaçlarını gerçekleştirmek için gerçekten gerekli olup olmadığını, dolayısıyla kabul edilebilirliğini hiç sorgulamıyor".* Bkz. ÖDEN Merih/ESEN Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. 2, Ankara, 2013, s. 830; Oder, AYM'nin kadının soyadı kararında kadının ikincil konumunun bu kez kamu yararına dayandırıldığını, soyadında erkeğe öncelik tanınmasının aile birliği ve bütünlüğünün zorunlu koşulu olarak kabul edildiğini, soyadı normunun koruduğu değer olan ataerkilliğin içselleştirildiğini, yer-konu-zaman bakımından somutlaşmamış ve ölçülülük ilkesi karşısında sınanmayan soyut bir kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunlulukların vurgulandığını, Mahkemenin kamu yararı, düzeni ve açıklanamayan kimi zorunluluklar ile soyadındaki cinsiyet temelli yaklaşımı hiç sorgulamadığını, tersine evlilik ilişkisinde erkeğin soyadını almanın cinsiyet anlamında bir farklılaşma oluşturmadığını söylediğini belirtmektedir. Bkz. ODER, s. 199-200.

[103] Bkz. GÖZTEPE, s. 129-130.

[104] AYM, Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014, RG. 25.4.2014/28982, parag. 40-45; AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015, RG. 11.7.2015/29413, parag. 45-50; AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, RG. 7.1.2014/28875, parag. 45-49.

[105] Aynı yönde bkz. HELVACI, s. 167.

21.6.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4/2. maddedeki "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır"* hükmünü Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Kararda, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulundukları belirtilerek, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre bir ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir[106]. Ancak, bu karardan sonra da velayet hakkı sahibi olan annenin çocuğunun soyadını belirleme talebi mahkemeler tarafından reddedilmiş ve bu durum Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurulara konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi boşanma sonucunda kadın eş için çocuğun soyadını belirleme imkanı tanımayan uygulamayı Anayasanın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasanın 10. maddesinde güvence alınan ayrımcılık yasağının ihlali saymıştır. Kararda şöyle denilmektedir:

> *"Bu kapsamda, özellikle cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığı haklı kılacak önemli nedenlerin ortaya konulması gereğine rağmen belirtilen muamele farklılığını haklı gösterecek nitelik ve kapsamda bir gerekçeye yer verilmemiş olması dikkate değerdir. Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmediği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir"*[107].

---

[106] AYM, E. 2010/119, K. 2011/165, 08/12/2011, RG. 14.02.2012/28204.

[107] AYM, Gülbu Özgüler [GK], B. No: 2013/7979, 11/11/2015, RG. 24.12.2015/29572, parag. 57-59; Benzer karar için bkz. AYM, Nurcan Yolcu [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015, RG. 31.12.2015/29579, parag. 50-52; AYM, Ayten Yıldırmaz, B. No: 2014/1826, 20/7/2017, www.anayasa.gov.tr, 17.3.2023, parag. 49-51, AYM, Deniz Altınbaş ve diğerleri, B. No: 2014/2033, 26/10/2017, www.anayasa.gov.tr, 17.3.2023, parag. 31-33; AYM, S.E., B. No: 2017/40178, 26/2/2020, www.anayasa.gov.tr, 17.3.2023, parag. 46-47; AYM, Şule Bayburt, B. No: 2017/38724, 21/7/2020, www.anayasa.gov.tr, 17.3.2023, parag. 28-32; AYM, E.Ç., B. No: 2018/6565, 10/6/2020, www.anayasa.gov.tr, 17.3.2023, parag. 19-22.

Ceza kanununun uygulanmasında kadın ve erkek arasında cinsiyete dayalı bir ayrımın yapılmaması gerekir. Çünkü, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 3/2. maddesinde Ceza Kanununun uygulanmasında kişiler arasında cinsiyete dayalı bir ayrımın yapılamayacağı belirtilmektedir. Ancak, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 441. maddesinde[108] zina suçunun oluşumu bakımından kadın ile erkek arasında bir ayrım yapılmış ve kocanın zinası eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan bazı koşullar aranmıştı. Anayasa Mahkemesi mülga TCK'nın 441. maddesini kadın ve erkek eşitliğine aykırı görerek iptal etmiştir. Kararda, yasakoyucunun bu düzenlemesiyle kadın yönünden basit zinayı, koca yönünden ise belli bir biçimde ortaya çıkan eylemin zina suçu sayıldığı, kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranmasının, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına geleceği, evlilik birliği içinde kocaya bu tür üstünlük tanımak için haklı bir neden olmadığı, karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmadığı, bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmamasının, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayırımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozacağı vurgulanmıştır[109]. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesinden sonra kadının zinasını düzenleyen aynı kanunun 440. maddesi[110] de Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlali sayılarak iptal edilmiştir. Kararda, mülga Türk Ceza Kanununun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağının öngörüldüğü, buna karşılık, kocanın zinasını

---

[108] **Madde 441:** *"Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur.*

Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir."

[109] AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996, RG. 27.12.1996/22860; 1961 Anayasası döneminde mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 440 ve 441. maddelerinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi dava mahkemesinin davada uygulayacağı hükmün Türk Ceza Kanununun 440. maddesi olduğunu, esas dava ile ilgisi olmayan aynı Kanunun 441. maddesinin inceleme konusu dışında bırakılmış bulunmasına göre, aynı maddelerin Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasının gerekmediğini belirtmiştir. Bkz. AYM, E. 1966/30, K. 1967/9, 2/3/1967, RG. 19.9.1967/12703; Bazı yazarlar bu kararı haklı olarak eleştirmekte ve Anayasa Mahkemesinin suç ve cezalara ilişkin kanun hükümlerinin kadınlar aleyhine doğurduğu eşitsizlikleri tartışmak ve iptal etmekten kaçındığını ve Mahkemenin bir çeşit usuli kendini sınırlama tekniği kullandığını belirtmektedir. Bkz. ÖDEN, s. 330.

[110] **Madde 440:** *"Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur.*

Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur."

suç sayan 441. maddenin Anayasa Mahkemesince iptal edilerek kocanın zinasının suç olmaktan çıktığı, evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesinin Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmiştir[111]. Benzer şekilde suç fiilinin oluşumu bakımından cinsler arasında ayrım yapan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 421. maddesinde[112], kadınlara ve genç erkeklere söz atma cezalandırılmış ve erkeklere karşı işlenildiğinde suçun oluşması için mağdurun *"genç"* olması koşulu aranmıştı. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi eşitlik ilkesinin ihlali olarak görmüştür. Kararda, genç olmayan erkek mağdurlara sarkıntılığın suç oluşturmamasının bu eylemlerin onların namus, iffet ve edep duygularının zedelemeyeceğinin kabulü anlamına geleceği, 421. maddede belirtilen eylemlerin suç sayılmasıyla korunan hukuki değerler bakımından genç olmayan erkeklerle kadınlar ve erkeklerin de gençleriyle yaşlıları arasında bir fark bulunmadığı, bunlar arasında bir ayırım yapılmaksızın aynı kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesinin gereği olduğu belirtilerek kanunda yer alan *"genç"* sözcüğü Anayasanın 2. ve 10. maddelerinin ihlali sayılmıştır[113]. Burada Mahkeme, eşitlik ilkesi ile hukuk devleti arasında bir bağlantı kurmuş ve aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında bir ayrım yapılamayacağını belirtmiştir[114]. Nitekim kararda "*eşitlik ilkesi temelinde adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan bir hukuk devletinde de aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında genç yaşlı, kadın erkek ayırımına yer verilemez"*[115] vurgusu yapılmaktadır. Buna karşılık, Türk Ceza Kanununda yer alan bazı suçlarda kadın lehine yapılmış bazı düzenlemeler cinsiyet bakımından eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanununun 103/3. maddesinde[116], cinsel istismar suçunun üvey baba tarafından işlenmesi durumu suçun nitelikli şekli olarak kabul edilerek failin cezası artırılmakta iken, aynı

---

[111] AYM, E. 1998/3, K. 1998/28, 23/06/1998, RG. 13.03.1999/23638.

[112] **Madde 421: "**Kadınlara ve genç erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur".

[113] AYM, E. 2000/39, K. 2002/35, 20/03/2002, RG. 01.06.2002/24772.

[114] UZELTÜRK, s. 240.

[115] AYM, E. 2000/39, K. 2002/35, 20/03/2002, RG. 01.06.2002/24772.

[116] **Madde 103/3:** *"Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır".*

suçun üvey anne tarafından işlenmesinin suçun nitelikli halleri arasında sayılmaması, cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği ve erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alınarak, böylece bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması amacıyla yapıldığı belirtilmekte, yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin hukuk devletine aykırı olmadığı belirtilerek, hükmün ayrıca eşitlik ilkesi yönünden de incelenmesine gerek duyulmamıştır[117]. Karara muhalif üyelerin karşı oy yazılarında ise, suçu işleyen kişiler arasında ayrım yapılamayacağı haklı olarak belirtilmiştir[118]. Aslında, kadınlar lehine yapılan düzenlemelerin kadınlar için bir imtiyaza dönüştürülmemesi gerekir. Başka bir deyişle, Türk Ceza Kanununda kadınlar lehine yapılacak düzenlemelerde haklı bir nedene dayanılmalıdır. Karardan sonra Türk Ceza Kanununun 103/3. Maddesinde değişiklik yapılarak maddeye *"üvey ana"* ibaresi de eklenmiş ve eşitlik ilkesine uygun bir değişiklik gerçekleştirilmiştir[119].

Hükmolunan cezaların infazında da kişiler arasında cinsiyet bakımından bir ayrımın olmaması gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununda yer verilen kadınlar lehine yapılmış bazı düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Örneğin, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 110/2[120]. maddesinde yer alan *"Kadın veya"* ibaresi Anayasaya uygun bulunmuştur. Kararda, *"yasakoyucunun, toplumsal yarar gözetilerek cezaların infaz biçimine ilişkin, hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları*

---

[117] AYM, E. 2008/93, K. 2009/41, 05/03/2009, RG. 10.06.2009/27254.

[118] Üye Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2008/93, K. 2009/41, 05/03/2009, RG. 10.06.2009/27254; Üye Şevket Apalak ve Serruh Kaleli'nin azlık oyu için bkz. AYM, E. 2008/93, K. 2009/41, 05/03/2009, RG. 10.06.2009/27254; Üye Zehra Ayla Perktaş'ın karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2008/93, K. 2009/41, 05/03/2009, RG. 10.06.2009/27254.

[119] **Madde 103:** (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.) *"(1) ...*

(2) ...

(3) Suçun; ...

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

...

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır".

[120] **Madde 110/2:** *"Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilebilir".*

yıla göre mahkeme tarafından farklı uygulamalar yapılmasına imkân tanıması, takdir yetkisi içinde bulunduğundan Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel ilkelere aykırılık yoktur" denilerek, itiraz konusu kuralın Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olmadığı ve konunun Anayasanın 10. ve 11. maddeleri ile ilgisinin görülmediği sonucuna varılmıştır[121]. Ancak, karara muhalif üyelerin karşı oy yazısında belirtildiği gibi, kadın hükümlülere tanınan bir hakkın aralarında suç tipi ve hukuki durumları bakımından fark bulunmayan erkek hükümlülere de tanınmaması Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturabilecektir[122].

Toplumda bazı mesleklerin kadın ya da erkek tarafından yapılacağının öngörülmesi, kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesini ihlal eder. Anayasa Mahkemesi bazı mesleklerin sadece kadınlar tarafından yapılmasına ilişkin kanuni düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmüştür. Bu bağlamda, 25.2.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 1. maddesinin birinci fıkrasında[123] yer alan *"kadınlardan"* sözcüğü ile 3. maddesinin birinci fıkrası[124] Anayasaya aykırı bulunmuştur. Kararda, hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkeklerin aynı hukuki konumda bulundukları, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesinin ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören kuralların, cinsiyet ayrımına yol açtığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir[125]. Buna karşılık, Mahkeme 6.4.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 7/1-a ve b maddesinde[126], kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği

---

[121] AYM, E. 2005/86, K. 2010/111, 08/12/2010, RG. 05.02.2011/27837.

[122] Üye Fulya Kantarcıoğlu, Üye Celal Mümtaz Akıncı'nın karşı oy yazısı, E. 2005/86, K. 2010/111, 08/12/2010, RG. 05.02.2011/27837.

[123] **Madde 1/1:** *"Ortaokulu bitirmiş olup 25 yaşından yukarı bulunmıyan kadınlardan Hükümetçe açılmış veya tanınmış bir (Ebe - Laborant Hemşire) okulunda üç sene tahsil görüp Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince teşkil olunan jüri huzurunda meslek imtihanı vererek aldığı diplomayı usulüne göre Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletine tescil ettirenlerle 3 üncü maddenin 2 nci fıkrasında yazılı olanlara (Hemşire) unvanı verilir".*

[124] **Madde 3/1:** *"Türkiye'de hemşirelik sanatını bu kanun hükümleri dâhilinde hemşire unvanını kazanmış Türk kadınlarından başka hiçbir kimse yapamaz".*

[125] AYM, E. 2006/166, K. 2009/113, 23/07/2009, RG. 19.03.2010/27526.

[126] **Madde 7/1:** *"(1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:*

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

..."

haller ve istisnalar içinde sayılan *"istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele"* ile *"sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar"* ibarelerini Anayasaya uygun bulmuştur. Kararda, işin niteliği ve biyolojik nedenler göz önünde bulundurularak zorunlu durumlarda farklı muamele yapılması, işin doğasından veya icrasından kaynaklanıyorsa, o mesleki faaliyetle ilgili çalışma şartları bu durumu gerekli kılıyorsa ve aynı zamanda çalışması engellenen kişileri de koruyorsa söz konusu istisnaların kamu yararı amacı taşımadığının söylenemeyeceği, bu nitelikte farklı muamelelerin Anayasanın 50. maddesi kapsamında çalışma koşulları bakımından kişilerin yaşının, cinsiyetinin ve gücünün gözetilmesi ve küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunması konusunda devlete verilen yükümlülüğün de bir gereği olduğu, diğer yandan istisna kapsamındaki kişiler ile istisna kapsamı dışındakilerin aynı konumda bulunmadığı, bu sebeple durumlarındaki özelliklere bağlı olarak ayrı hukuksal durumları nedeniyle, ayrımcılık iddiasının ileri sürülememesi şeklinde farklı kuralların uygulanmasının Anayasada öngörülen eşitlik ilkesini zedelemeyeceği, kuralların Anayasa'nın 2., 10. ve 50. maddelerine aykırı olmadığı belirtilmiştir[127]. Ancak, karara muhalif bir üyenin karşı oy yazısında belirtildiği gibi, *"zorunlu mesleki gereklilikler ifadesi"*nin belirsiz olması nedeniyle işveren tarafından herhangi bir neden zorunlu mesleki gereklilik olarak nitelenebilecek; *"sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar ifadesi"* de iş yaşamında ayrımcılığa yol açabilecektir. Bu durumda, iş yaşamında zorunlu mesleki gereklilikler gerekçe gösterilerek yapılan farklı muameleler ile çalışma hayatında bazı mesleklerin sadece belli bir cinsiyet tarafından yapılmasına yönelik uygulamalar, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından incelenmeyecek ve ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller ve istisnalar içinde değerlendirilebilecektir[128]. 1961 Anayasası döneminde de mülga 788 sayılı Memurin Kanununun 6. maddesindeki *"kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur"* hükmü Anayasaya uygun bulunmuştur. Kararda, ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmamalarının bu prensibi zedeleyecek nitelikte olmadığı, kamu hizmetinin

---

[127] AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, 15/11/2017, RG. 26.12.2017/30282, parag. 17-19.

[128] Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, 15/11/2017, RG. 26.12.2017/30282.

aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her bakanlığın memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasaya aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir[129]. Bazı yazarlar burada, Mahkemenin kadınlara karşı ayrım kavramını kadınlara karşı ayrımcı bir anlayışı kapsayacak şekilde geniş anlamda değil, kadınları bir takım haklardan yoksun bırakma bağlamında dar bir şekilde yorumlayarak, kadınların hangi görevlerde istihdam edileceklerinin kanunla belirlenerek kamu hizmetine alınmasına yönelik düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun bulunduğunu belirtmektedir[130]. Karara muhalif bir üyenin karşı oy yazısında ise, Bakanlıklarca yapılacak tespit işinin cinsiyet bakımından mı, yoksa nitelik bakımından mı olacağının açıkça belirtilmediği, kanunun tedvinine hakim olan zihniyetin bu tespitin daha ziyade cinsiyet bakımından yapılacağının kastedildiğini gösterdiği, kanunda nitelik bakımından bir tespit yapılacağının genel şekilde ifade edilmeyerek tespit işinin kadınlara hasredilmek suretiyle hükme bağlanmış olmasının bu tespitin cinsiyet bakımından bir ayrım olduğunu kabul etmeyi zorunlu kıldığı belirtilmektedir[131].

Kadınları korumak için çıkarılan yasal düzenlemelerle ilgili olarak ise, Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekir. Burada, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılığın Anayasaya girmesinden sonra kadınları korucuyu yasal düzenlemelerin Anayasaya uygunluğuna karar verilmesinin daha kolay olacağı söylenilebilir. Mahkeme kadınları koruyucu nitelikteki bazı düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Bu bağlamda, koca menfaatine olarak kadın tarafından üçüncü şahıslara karşı iltizam olunan borçları sulh hakiminin onayına bağlı tutan mülga 743 sayılı Medeni Kanunun 169/2.[132] maddesi hükmü Anayasaya uygun bulunmuştur[133]. Söz konusu hükmün kadınları koruma amacıyla konul-

---

[129] AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, 25/10/1963, RG. 10.3.1964/11652.

[130] ÖDEN, s. 326.

[131] Üye İ. Hakkı Ülkmen'in karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, 25/10/1963, RG. 10.3.1964/11652.

[132] **Madde 169:** *"Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.*

Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir."

[133] AYM, E. 1997/27, K. 1998/43, 30/06/1998, RG. 15.01.2000/23934; Karara muhalif üyelerin karşı oy yazısında, itiraz konusu kuralla kadının eşi yararına üçüncü kişilere borçlanmasının hakim onayı koşuluna bağlanmasının, aynı durum koca yönünden söz konusu olduğunda bu koşulun aranmamasının cinsiyete dayalı ayrımın tipik bir örneği olduğu, kuralın amacının, eşi

duğu söylenilebilir[134]. Benzer yönde 25.8.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki[135] kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağına ilişkin düzenleme de Anayasaya uygun bulunmuştur. Kararda, kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kuralın Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı vurgulanmıştır[136]. Karara muhalif üyelerin karşı oy yazısında ise, Anayasanın 41. maddesinde *"aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır"* düzenlemesinin yer aldığı, bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucunun evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamayacağı, salt cinsiyet farkının, böyle bir ayırımın gerekçesi olamayacağı, bu durumun özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açma olasılığının bulunduğu belirtilmektedir[137]. Bazı yazarlar, burada bir açmazın da olabileceğini, kadını koruyucu düzenlemelerin toplum içinde kadınların ikincilliğini, edilgenliğini ve bağımlılığını besleyen bir sürece dönüşme olasılığının bulunduğunu, davadakine benzer ayrıcalıkların başka uygulamalarla (meslek edindirme, kadın istihdamını destekleme, kadınların eğitim haklarından yararlanmalarının önündeki engelleri kaldırma, sosyal güvenlik sistemini geliştirme, bütçede kadın politikasına pay ayırma vb.) bütüncül bir şekilde ele alınmazsa ve zaman içinde kadınların ekonomik bağımsızlığını sağlayacak istihdama ya da girişimciliğe

---

yararına borç altına girmenin getirebileceği risklere karşı evli kadını korumak olduğunun anlaşıldığı, kadının ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunu kabul eden çağdaş hukuk anlayışında biyolojik ve fonksiyonel farklılıkların getirdiği ayrımlar dışında bir ayrıma izin verilmediği belirtilmektedir. Bkz. Üye Yalçın Acargün, Üye Mustafa Bumin, Üye Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy yazısı, AYM, E. 1997/27, K. 1998/43, 30/06/1998, RG. 15.01.2000/23934.

134 AKINTÜRK, s. 96.

135 **Madde 14:** (Değişik birinci fıkra: 29/7/1983 - 2869/3 md.) *Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:*

...

5. "*... kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ... hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.*"

136 AYM, E. 2006/156, K. 2008/125, 19/6/2008, RG. 26.11.2008/27066.

137 Üye Fulya Kantarcıoğlu, Üye Zehra Ayla Perktaş'ın karşı oy yazısı, bkz. AYM, E. 2006/156, K. 2008/125, 19/6/2008, RG. 26.11.2008/27066.

yönelik başka önlemlerle yer değiştirmezse, benimsenen korumacılığın toplumsal gerçeğin telafisine değil, pekişmesine yol açabileceğini ifade etmektedir[138]. Gerçekten iş yaşamında kadınları koruyucu yöndeki düzenlemelerde kadınların toplum içindeki ikincil konumunun pekiştirilmemesi ve kadınların ekonomik bağımsızlığını sağlayacak önlemlerin alınması gerekmektedir.

SONUÇ

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde kadınlar ve erkeklerin haklardan eşit bir şekilde yararlanacakları ve cinsiyete dayalı bir ayrımın yapılamayacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, gerek BM çatısı altında hazırlanan insan hakları sözleşmelerinde gerekse bölgesel düzeyde hazırlanan insan hakları sözleşmelerinde haklardan yararlanmada kadın ve erkek eşitliği vurgulanmıştır. Ülkemizin onaylayarak yürürlüğe koyduğu AİHS'nde de, *"ayrımcılık yasağı"* başlığı altında Sözleşmede tanınan haklardan yararlanmada cinsiyete dayalı hiçbir ayrımcılığın yapılamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın *"kanun önünde eşitlik"* başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kanun önünde eşit olduğu öngörülmüştür. 10. maddenin birinci fıkrasında yer verilen ayrım yasakları arasında *"cinsiyet"* sayılmış ve cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımın yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 10. maddesine eklenen ikinci fıkrada kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliği yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle kadınların erkeklerle eşit haklardan yararlanmasının sağlanmasının amaçlandığı ve bu eşitliği hayata geçirmek için kadınlar lehine düzenlemelerin yapılmasına imkan tanındığı görülmektedir. 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle de, kadın ve erkek eşitliğini sağlamak için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece, cinsiyete dayalı ayrımdan olumsuz bir şekilde etkilenen kadınların korunmasının sağlanması amaçlanmış ve pozitif ayrımcılık güçlendirilmiştir. Burada, pozitif ayrımcılığın yapılabilmesi için bunun haklı bir gerekçesinin olması gerekir. Başka bir deyişle, pozitif ayrımcılık yapılmasının amacı kadınların erkeklerden üstün görülmesi değil, kadınların toplum içindeki konumlarının iyileştirilerek erkeklerle eşit haklardan yararlanmalarıdır. Bu bağlamda, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Söz-

[138] ODER, s. 202.

leşmesinin 4. maddesinde de belirtildiği gibi, fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman, kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici ve özel önlemlere son verilmesi gerekmektedir.

Anayasada kadın ve erkeklerin eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirleri alma ödevi devlete yüklenmiştir. Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasında, *"Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür"* denilmektedir. Devletin kadın erkek eşitliğine yönelik hukuki tedbirler alarak olumlu yönde, ayrımcılığı bizzat kendisinin yapmaması şeklinde olumsuz yönde bir yükümlülüğü bulunmaktadır[139]. Ayrıca burada, kadınlara fırsat eşitliği sağlamayı amaçlayan yasal sınıflandırma ve ayrımların eşitlik ilkesine aykırı görülmeyebileceğini belirtmek gerekir[140]

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda kadın ve erkeklerin eşit bir şekilde haklardan yararlanabileceklerini belirtmektedir. Mahkemeye göre, Anayasanın 10. maddesi bağlamında kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer[141]. Mahkeme kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesini değerlendirirken başvurucunun iddiasını ispatlayacak delilleri sunması gerektiğini vurgulamaktadır[142]. Bu nedenle, iddiayı ispatlayacak deliller sunulmadan bir başvurunun yapılmaması gerekmektedir. Öte yandan Mahkeme, ayrımcı muamelenin haklı bir nedene dayalı olup olmadığını incelemektedir. Bu bağlamda, haklı bir nedene dayanılması veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulması koşuluyla bazı yurttaşlar farklı uygulamalara bağlı tutulabilir ve bu durum eşitlik ilkesinin ihlali sayılmaz[143]. Anayasa Mahkemesi tarafından kanun önünde kadın erkek eşitliğine aykırı bulunarak bazı yasalar iptal edilmiştir. Bu bağlamda, evli kadının çalışmasını kocasının iznine bağlayan mülga 743 sayılı Medeni Kanunun 159. maddesi[144], erkek ve kadının zinasının birbirinden farklı düzenlendiği mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 440.[145] ve 441. maddeleri[146], hemşirelik mesleğinin sadece kadınlar tarafından yapılabileceğine yönelik 6283

---

139 KARAN, s. 82.

140 Bkz.ÖDEN, s. 334.

141 Bkz. AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996, RG. 27.12.1996/22860; AYM, E. 1998/3, K. 1998/28, 23/06/1998, RG. 13.03.1999/23638.

142 AYM, Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 5/11/2015, RG. 2.2.2016/29612, parag. 50.

143 AYM, E. 1990/5, K. 1990/28, 14/11/1990, RG. 14.3.1991/20814.

144 AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, 29/11/1990, RG. 02.07.1992/21272.

145 AYM, E. 1998/3, K. 1998/28, 23/06/1998, RG. 13.03.1999/23638.

146 AYM, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996, RG. 27.12.1996/22860.

sayılı Hemşirelik Kanununun 1/1. ve 3. maddesi[147] sayılabilir. Buna karşılık, kadın erkek eşitliğine aykırı bazı yasal düzenlemeler Anayasaya uygun bulunmuştur. Bu bağlamda, kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını öngören 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 187. maddesi Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasaya uygun bulunurken[148], daha sonra Mahkemeye yapılan bireysel başvurularda 187. maddenin uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile çatıştığı belirtilerek, uluslararası insan hakları sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır[149]. Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 187. maddesinin kadın ve erkek eşitliğine uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesinin doğru olacağı düşünülmektedir.

Günümüzde demokratik toplumlarda cinsiyete dayalı ayrım yasaklanarak, kadın ve erkek eşitliğine yönelik düzenlemeler hayata geçirilmektedir. Ayrıca, kadınların koşullarının düzeltilmesi için kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak pozitif ayrımcılıkla amaçlananın aynı fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşılması olduğunu belirtmek gerekir. Sonuç olarak, kadın ve erkek arasında haklardan yararlanma bakımından eşitliğin sağlanabilmesinde mevzuatta yapılacak düzenlemeler kadar toplumun konu ile ilgili duyarlılığının da önemli olduğunu belirtmek gerekir.

---

147 AYM, E. 2006/166, K. 2009/113, 23/07/2009, RG. 19.03.2010/27526.

148 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/03/2011, RG. 21.10.2011/28091.

149 AYM, Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014, RG. 25.4.2014/28982, parag. 39-45; AYM, AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, RG. 7.1.2014/28875, parag. 45-49; AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015, RG. 11.7.2015/29413, parag. 46-50.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut, "Anayasa ve Yeni Türk Medenî Kanuna Göre Ailede Kadın-Erkek Eşitliği", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, Avrupa Birliğine Uyum Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Gerçekleştirilen ve Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar (22-24 Nisan 2003),** Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Yayınları No: 1, Ankara, 2003, ss. 95-103.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Eşitlik İlkesi", **Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan,** İÜHF Yayını, İstanbul, 1999, ss. 79-95.

ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku,** 13. bası, Seçkin, Ankara, 2019.

BERKTAY Fatmagül, "Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım", **İnsan Hakları,** YKY Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 349-372.

DOĞAN Murat, "Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 52, S. 4, 2003, ss. 93-129.

DOĞRU Osman, **Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü,** XII Levha, İstanbul, 2010.

DONNELY Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları,** (çev. M. Erdoğan/L. Korkut), Yetkin, Ankara, 1995.

ERDOĞAN Mustafa, **Anayasal Demokrasi,** 5. bası, Siyasal, Ankara, 2003.

ERDOĞAN Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,** 4. bası, Orion, Ankara, 2015.

EROĞUL Cem, **Anatüzeye Giriş,** 14. bası, İmaj, Ankara, 2014.

GÖREN Zafer, "Genel Eşitlik İlkesi (Common Principle of Equality)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** C. 22, S. 3, 2016, ss. 3279-3301.

GÖREN Zafer, **Anayasa Hukuku,** 5. bası, Yetkin, Ankara, 2020.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku,** 3. bası, Ekin, Bursa, 2019.

GÖZTEPE Ece, "Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** C. 54, S. 2, 1999, ss. 101-131.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Anayasa Hukuku,** 19. bası, Turhan, Ankara, 2013.

GÜLMEZ Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi,** Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2010/2, ss. 217-266.

GÜLMEZ Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye,** Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2009.

GÜRİZ Adnan, "Adalet Kavramı", **Anayasa Yargısı,** C. 7, 1990, ss. 13-20.

HELVACI Serap, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, **Milletlerarası Hukuk Bülteni,** Y. 35, S. 1, 2015, ss. 157-169.

İNCEOĞLU Sibel, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi,** Birleşik-Metal İş Sendikası Yayını, 2006/4, ss. 45-61.

KABOĞLU Ö. İbrahim, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)", **Anayasa Yargısı,** C. 8, 1991, ss. 291-322.

KABOĞLU Ö. İbrahim, **Özgürlükler Hukuku 1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş,** 7. bası, İmge, Ankara, 2013.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri,** 5. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1976.

KARAN Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı,** Oniki Levha, İstanbul, 2017.

KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 40, S. 1-4, 1988, ss. 251-279.

KOSOFSKY Syda, "Toward Gender Equality in Professional Sports" **Hastings Women's Law Journal,** Vol. 4, No. 2, 1993, ss. 209-248.

ODER Bertil Emrah, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", **Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar,** 3. bası, (Der) Hülya Şimga, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yükseker, Koç Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2018, ss. 191-219.

ÖDEN Merih/ESEN Selin, "Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı", **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. 2, Ankara, 2013, ss. 817-836.

ÖDEN Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi,** Yetkin, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku,** 20. bası, Yetkin, Ankara, 2020.

SABUNCU Yavuz, **Anayasaya Giriş,** 15. bası, İmaj, Ankara, 2012.

STARK Barbara, "Marriage Equality, Gender Equality, and the Women's Convention", **Michigan State Law Review,** Vol. 2013, No. 4, 2013, ss. 941-966.

ŞENEL Alâeddin, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", **Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan,** AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, ss. 241-268.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,** 20. bası, Beta, İstanbul, 2020.

TUNCAY A. Can, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

UZELTÜRK T., Sultan, "İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılığın Yasağı", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum (Ankara, 24-25 Ekim 2003),** Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2006, ss. 220-262.

YAVAŞİ Mahmut, "Avrupa Birliğinde Cinsiyete Dayalı Ayırımcılığın Engellenmesi", **TUHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi,** C. 17-18, 2002/2003, ss. 59-108.

YAZICI Serap, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine,** 2. bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

YÜKSEL Melek Onaran, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği,** Beta, İstanbul, 2000.

Diğer Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, https://www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/TR/Integration/das-grundgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=11, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Fransa Anayasası, https://www.elysee.fr/en/french-presidency/constitution-of-4-october-1958, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

GEMALMAZ S. Mehmet, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler),** 2. bası, Beta, İstanbul, 2000.

İtalya Cumhuriyeti Anayasası, https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, 17.3.2023.

İspanya Anayasası, https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Mevzuat Bilgi Sistemi, mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Resmi Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

TDK SÖZLÜK, https://sozluk.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www.tbmm.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, **Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya,** 2011, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2778, (Erişim Tarihi: 17.3.2023).

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri,** 7. bası, Beta, İstanbul 2011.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 43-88

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU VE İNSAN HAKLARI HUKUKU BAĞLAMINDA GERİ İTME UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Prof. Dr. **Cüneyt YÜKSEL**(**)
Arş. Gör. **Celil AKDOĞMUŞ**(***)

Öz: Menşe ülkelerini terk eden yabancılar, genellikle Avrupa kıtasına ulaşmaya çalışmaktadır. Bu sebeple, geri itme uygulamalarının başrolünde ekseriyetle denizlere kıyısı bulunan Avrupa Birliği (AB) üye devletleri yer almaktadır. Önceleri geri itme uygulamalarını tek başlarına yapan bu devletlerin yükünü hafifletmek isteyen AB, 2004 yılında Frontex'i kurmuştur. Bu tarihten sonra geri itme uygulamalarının çoğunluğu Frontex aracılığı ile yapılmıştır. Bununla birlikte ilgili uygulamalara ilişkin Frontex'e ev sahipliği yapan üye devletin uluslararası sorumluluğu da devam etmiştir. Sorumlu devletler, geri itme uygulamalarında uluslararası hukuka uygun hareket edildiğini iddia etseler de gerçeğin böyle olmadığı gözlemlenmektedir.

Bu makalenin amacı, özellikle AB üye devletleri tarafından yapılan geri itme uygulamalarını uluslararası deniz hukuku ve insan hakları hukuku bağlamında değerlendirmektir. Makalenin ilk bölümünde, geri itme kavramı ve bu kavramla ilişkili olan geri gönderme ve toplu sınır dışı etme yasakları ele alınmaktadır. İkinci bölümde, geri itme uygulamaları uluslararası deniz hukuku bağlamında incelenmektedir. Makalenin son bölümünde ise geri itme uygulamalarının uluslararası insan hakları hukuku açısından değerlendirilmesine yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Geri İtme, Göç, Uluslararası Deniz Hukuku, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Frontex, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.04.2023.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0001-8580-6967; *cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr*).

(***) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0003-3619-5041; *celilakdogmus@gmail.com*).

EVALUATION OF PUSHBACK PRACTICES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL LAW OF SEA AND HUMAN RIGHTS LAW

Abstract: Foreigners leaving their country of origin generally try to reach the European continent. Therefore, the European Union (EU) member states with coasts on the sea take the lead in the pushback practices. The EU, which wanted to ease the burden of the relevant states that previously carried out pushback practices on their own, established Frontex in 2004. After this date, most of the pushback practices have been made through Frontex. At the same time, the international responsibility of the member states hosting Frontex regarding the relevant practices continues. Although the responsible states claim that they act by international law in their pushback practices, it is understood that this does not reflect reality.

This article aims to evaluate the pushback practices, especially by the EU member states, in the context of international law of the sea and international human rights law. The first section discusses the concept of pushback and the principle of non-refoulment and prohibition of mass deportation. The second section examines pushback practices in the context of international law of the sea. The last section includes an evaluation of the pushback practices in terms of international human rights law.

Keywords: Pushback, Immigration, International law of the Sea, International Human Rights Law, Frontex, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Geri itme uygulamaları birçok bağlamda yabancıların insan haklarını etkilemek sureti ile sınır yönetimlerinin rutin bir unsuru haline gelmiştir. Bu uygulamalar kimi zaman devletlerin yabancılara karşı insan hakları yükümlülüklerini reddetmesinden kaynaklanmakta iken, kimi zaman da ayrımcı yasa ve politikalardan veya yabancıların insan haklarına saygı göstermeyen devletler arasındaki ikili veya bölgesel iş birliğinden kaynaklanmaktadır.

Geri itmeler, yabancılara karşı yerleşik bir önyargıyı ortaya koyarak bir yabancının sınır dışı edilmesini engelleyebilecek bireysel değerlendirmeye erişimin reddedilmesine neden olmaktadır. Bu uygulamalar, özellikle büyük hareketlerle karşı karşıya kalan ilgili devletlerin insan haklarına dayalı giriş ve kabul desteği sağlamaya yönelik gerçek bir hazırlık eksikliğini yansıtabilmektedir. Devletlerin insan hakları yükümlülükleri ve bunların sınır personeli tarafından işlevselleştirilmesi konusunda farkındalık eksikliği de geri itme uygulamalarına yol açmaktadır. Halbuki her ne sebeple olursa olsun devletlerin, sınırlarına kadar gelen yabancıların ülkelerine girişlerini doğrudan reddetmemeleri gerekir.

Devletlerin yabancıları kendi ülkelerinde geçici bir süreliğine de olsa ağırlamasının yabancı açısından bir hak, ilgili devlet açısından ise bir sorumluluk olduğunu söyleyen 18'inci yüzyıl düşünürlerinden Immanuel Kant, misafirperverlik hakkı olarak nitelendirdiği bu hususu ebedi barışın şartlarından biri olarak ileri sürmüş ve bunu vicdani bir sorumluluktan öte hukuki bir boyutta ele almıştır.[1] Kant'a göre bu hak yabancıya bu ülkede istediği kadar ikamet etme şansı vermediği gibi ilgili devlete de yabancıyı istediği gibi ülke dışına çıkarma hakkı vermemektedir.[2] Devlet, yabancı barışçıl olduğu sürece, herhangi bir şart koşmaksızın yabancıya bir müddet ülkesinde kalma hakkı tanımalıdır.[3] Çünkü yeryüzü yuvarlaktır, yaşanılabilecek toprak parçaları sınırlıdır ve bu sebeple insanlar birbirlerine tahammül etmek zorundadır.[4]

Günümüzde yabancıların sığınma hakkını konu alan uluslararası düzenlemelerde Kant'ın bu anlayışının izlerini görmek mümkündür.[5] İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14'üncü maddesinde *"Herkes zulüm karşısında başka memleketlerden mülteci olarak kabulü talep etmek ve memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir."* hükmü caridir.[6] 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi'nin 33'üncü maddesinde *"Hiç kimsenin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir."* hükmüne yer verilmiştir.[7] Yine İşkenceye ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde hiçbir taraf devletin bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri gönderemeyeceği ifade edilmiştir.[8]

---

1 KANT Immanuel, **Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme,** (çev. Y. Abadan/S. Meray) Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 26.

2 **A.e.**

3 **A.e.**

4 **A.e.**, s. 27.

5 LORTOĞULU Ceylan, "Suriyeli Mültecilerin 'Misafir' Olma Haline Misafirperverlik Hukuku ve Etiği Açısından Bakış", **İnsan ve İnsan,** C. 4, No: 11, 2017, s. 63.

6 "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi", **Resmi Gazete**, No.: 7217, 1949.

7 "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme", **Resmi Gazete,** No.: 10898, 1961.

8 "İşkenceye ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", **Resmi Gazete,** No.: 19895, 1989.

Benzer şekilde AB Temel Haklar Şartı'nın 18'inci maddesinde de sığınma hakkına yer verilmiştir. Şart'ın 18'inci maddesine göre *"Sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır.*"[9] Bu, sığınma ve göç prosedürlerinden sorumlu tüm AB kurumları ve üye devletler için yasal olarak bağlayıcıdır.[10] Bununla birlikte bazı üye devletler, kendilerine sığınmaya çalışan yabancıları şiddete, gözdağı vermeye ve sığınma prosedürlerine erişimin keyfi olarak reddedilmesine maruz bırakan geri itme uygulamalarına girişmektedirler.[11] Bu uygulamalar, yabancıların kimi zaman AB sınırları dışına itilmesi şeklinde gerçekleşirken kimi zaman da bir AB üyesi devletten diğer AB üyesi devlete itilmesi şeklinde meydana gelmektedir.[12]

Geri itme vakalarında gündeme en çok gelen devletler denize kıyısı olan İspanya, İtalya, Malta, Yunanistan gibi AB üyesi devletlerdir.[13] Bu durumun en büyük sebeplerinden biri, yaşanan insani krizlerde AB üyesi devletlerin bir çeşit kapalı kutu gibi herhangi bir sorumluluk almamaları, bu insani krizlerden etkilenen yabancıları ülkelerine kabul etmemeleridir.[14] Her sene binlerce yabancı daha iyi hayat şartlarına ulaşmak gayesiyle deniz yolunu kullanmak sureti ile Avrupa'ya ulaşmaya çalışmaktadır. Fakat Avrupa'nın bu konudaki sert tavrı birçok yabancının geri itilmesi ve nihayetinde denizde boğulmak sureti ile vefat etmesi ile sonuçlanmaktadır.[15]

---

9 "Charter of Fundamental Rights of the European Union", **Official Journal of the European Communities**, No.: 2000/C 364/01, 2000.

10 European Union Agency for Fundamental Rights, **Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in Law and Policymaking at National Level,** Publications Office of the European Union, 2020, p. 38.

11 Belgrade Centre for Human Rights, Macedonian Young Lawyers Association, **A Dangerous Game: The Pushback of Migrants Including Refugees at Europe's Borders**, 2017, p. 4.

12 "The Game - legal inspection in Patras (Greece) on readmissions of migrants and asylum seekers from Italy to Greece based on summary procedures", **Association for Juridical Studies on Immigration**, https://sciabacaoruka.asgi.it/en/the-game-legal-inspection-in-patras-greece-readmissions-of-migrants-from-italy-to-greece/, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

13 MORARU Madalina, "Generalised Push-back Practices in Europe: The Right to Seek Asylum is a Fundamental Right", **European University Institute**, 2021, p. 157.

14 BOBADİLLA Isabella, "Refugees: Why Do Some Countries Reject While Others Accept?", **University of Florida**, 2017, p. 12.

15 United Nations Human Rights Council, **The Sea Route to Europe: The Mediterranean Passage in the Age of Refugees**, 2015, p. 2.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), geri itmeler esnasında geri gönderme yasağı ve toplu sınır dışı etme yasağının gereği gibi uygulanmadığı gerekçesi ile İtalya, İspanya, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Makedonya, Yunanistan gibi devletler aleyhine çokça ihlal kararı vermiştir.[16] Buna rağmen Avrupa devletleri söz konusu sert tavrından ödün vermemekte, dahası her geçen gün daha sert önlemler almaya devam etmektedir. Öyle ki yaşanan insani krizlerde sorumluluk almaktan kaçınan AB, denize kıyısı olan üye devletlerin sorumluluğunu paylaşmaktan geri durmamış, Avrupa Sınır ve Sahil Koruma Ajansı'nı, bir diğer ismi ile Frontex'i kurarak deniz yolu ile birlik topraklarına girmeye çalışan yabancıları geri itme noktasında bir nevi sorumluluk üstlenmiştir.[17]

Kuruluş amacı Avrupa sınır yönetimini koordine etmek ve geliştirmek olduğu ifade edilen Frontex, daha çok Avrupa'ya deniz yolu ile girmeye çalışan yabancıları geri iten bir kuruluş olarak ön plana çıkmış, Avrupa'nın sorumluluk almayan kapalı kutu siyasetine daha farklı bir ivme kazandırmıştır.[18] Kıyı devletlerinin sert önlemlerine maruz kalan yabancılar için Frontex, Avrupa'ya ulaşmanın karşısındaki ikinci bir engel olmuştur. Zira öncesinde sadece kıyı devletinin geri itme uygulamaları ile karşı karşıya kalan yabancılara, Frontex aracılığı ile tüm AB üyesi devletler bir çeşit engel koymuşlardır.

Bu makalenin amacı, yüksek önemine binaen geri itme uygulamalarını uluslararası deniz hukuku ve insan hakları hukuku açısından değerlendirmektir. Üç bölümden oluşan bu makalenin ilk bölümünde geri itme kavramı ve bu kavramla ilişkili olan geri gönderme ve toplu sınır dışı etme yasakları üzerinde durulacaktır. Zira geri itme uygulamaları esnasında en çok ihlal edilen yasakların başında geri gönderme ve toplu sınır dışı etme yasakları gelmektedir. Bu sebeple bu yasakların ele alınması, geri itme uygulamalarında yaşanan hak ihlallerinin anlaşılması açısında önem arz etmektedir.

Makalenin ikinci bölümünde geri itme uygulamalarının etkin bir aktörü olan Frontex'e yer verilecektir. Kıyı devletleri her ne kadar yabancıları kendi personelleri aracılığı ile geri itiyor olsalar da birçok vakada Frontex'in ön

---

16 MORARU, p. 157.

17 "Regulation (EU) No 1168/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 Amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 Establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 304/1, 2011, Art.: 1.

18 TURGAY Salih, "Avrupa Birliği'nin Göçü Güvenlikleştirme Politikasında Frontex'in Rolü", **Journel of International Relations and Political Science Studies**, 2021, s. 19.

planda olduğu görülmektedir. Bu sebeple bu kısımda AB'nin tüm üye devletleri BMDHS taraf olduğundan Frontex'in tüzüğünde belirtilen yetkilerinin BMDHS'ye uygunluğu üzerinde durulacaktır.

Makalenin üçüncü bölümünde Frontex aracılığı ile yapılan geri itmeler, insan hakları hukuku açısından değerlendirilecektir. Bu bölümde öncelikle Frontex yardımı ile AB üyesi bazı devletler tarafından gerçekleştirilen geri itme uygulamaları üzerinde durulacaktır. Bilhassa uluslararası insan hakları kurumlarının kaleme aldığı raporlardan yararlanılan bu kısımda Frontex'in müdahaleleri sebebi ile meydana gelen hak ihlalleri ele alınacaktır. Devamında ise AİHM'nin geri itme uygulamalarındaki tutumu değerlendirilecektir. Burada özellikle geri itme uygulamaları sebebiyle yaşanan hak ihlalleri iddialarına istinaden mahkemeye yapılan başvurular neticesinde mahkemenin geliştirdiği içtihatlar üzerinden hareket edilecek, böylece ilgili devletler tarafından uygulanan geri itmelerde AİHM'nin içtihatlarına uygun hareket edilip edilmediği ortaya konulacaktır. Sonuç olarak, uygulanan geri itmelerin uluslararası düzenlemelere aykırılık teşkil ettiği, bu uygulamaların bilhassa insan hakları hukukunu ihlal ettiği sonucuna varılacak ve bu hukuka aykırılıkların ortadan kalkması adına çeşitli çözüm önerilerine yer verilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA GERİ İTME

1. Geri İtme Kavramı

Uluslararası hukukta kabul görmüş bir tanımı olmamakla beraber geri itme, çeşitli sebepler ile hukuka aykırı yollardan bir ülkeye girmeye çalışanların bireysel bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın geldikleri yerden denize veya ilgili bölgeye gönderilmeleri anlamına gelmektedir.[19] Avrupa Anayasa ve İnsan Hakları Merkezi göre geri itme, mültecilerin ve göçmenlerin bireysel durumları dikkate alınmadan ve sığınma başvurusunda bulunma veya alınan önlemlere karşı herhangi bir argüman ileri sürme olanağı olmaksızın geri gönderilmeye zorlandığı devlet önlemleridir.[20] Geri itme, *"yetkililerin, insanları zorla başka bir ülkeye geri göndererek kendi topraklarında koruma talep etmelerini engelleme uygulaması"* olarak da tanımlanmaktadır.[21]

---

[19] Belgrade Centre for Human Rights, Macedonian Young Lawyers Association, p. 4.

[20] "Push-back", **European Center for Constitutional and Human Rights**, https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/, (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

[21] Council of Europe Parliamentary Assembly, **Pushback Policies and Practice i n Council of Europe Member States, Resolution 2299 (2019),** 2019, para. 7.

Geri itme kavramı, yalnızca devlet yetkililerinin devletin topraklarına giren yabancılara yönelik eylemleri için değil, aynı zamanda henüz sınırı geçmemiş yabancılara yönelik eylemleri için de kullanılmaktadır.[22] Bu sebeple kavram, *"bir devletin yabancıları o devletin dış sınırlarını geçmeden önce, bireysel durumları dikkate alınmadan ve sığınma başvurusunda bulunma veya alınan önlemlere karşı herhangi bir argüman ileri sürme olanağı olmaksızın geldikleri yere geri dönmeye zorladığı önlemler"* olarak da ifade edilmektedir.[23]

Kavram, ileride de değinileceği üzere, birçok kez toplu sınır dışı etme yasağıyla birlikte ele alınır.[24] Zira geri itme uygulamalarına maruz kalanlar genelde bireysel değil kitleler ya da gruplar halinde bir ülkeye geçmeye çalışmaktadırlar. Bu yabancıların geri itilmesi birçok uluslararası düzenlemede ele alınan toplu sınır dışı etme yasağının ihlalini gündeme getirmektedir. Bu sebeple geri itme kavramı, *"komşu ülkeler tarafından imzalanan protokol veya anlaşmalarda yasal olarak tanımlanmış kurallar dışında gerçekleşen işlemlerle ülkeye düzensiz bir şekilde giren kişilerin, giriş yaptıkları ülkeye gayri resmi bir şekilde, toplu geri göndermeleri"* olarak da tanımlanmaktadır.[25]

Tanımlardan anlaşıldığı üzere geri itmeler genellikle, uluslararası hukukun bir parçası olan "keyfi sınır dışı etme" veya "toplu sınır dışı etme" gibi kişilerin vatandaşı olmadıkları bir Devletin topraklarından çıkarılmasına ilişkin uygulamaları içerir. Bu tür uygulamaların keyfi olduğunun bir kanıtı, menşe ülkeleri olmayan vatansız kişilerin dahi önceki bir geçiş ülkesine gönderilmek sureti ile geri itmeye maruz bırakılmalarıdır.[26]

Geri itme uygulamaları, ilgili devletin kolluk kuvvetleri, uzmanlaşmış birimleri veya güvenlik güçleri gibi aktörler tarafından veya devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu uygulamalar kimi zaman yabancıların geri itildiği üçüncü ülkenin rızası veya iş birliği ile gerçekleşmekte-

---

22 BRACKX Mathilde, Pushbacks Under International Law Human Right Law, Master Thesis, Ghent University Faculty of Law and Criminology, 2021, p. 3.

23 KOGOVŠEK ŠALAMON Neža, "EU Conditionality in the Western Balkans: Does It Lead to Criminalisation of Migration?", **Springer International Publishing**, 2020, p. 4.

24 Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için "Toplu Sınır Dışı Etme Yasağı" başlığına bakınız.

25 T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu**, Ege Denizi'ndeki Geri İtmeler ve Boğulan İnsan Hakları**, 2022, s. 94.

26 United Nations General Assembly, **Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea**, No.: A/HRC/47/30, 2021, p. 4.

dir.[27] Bu rızanın olmadığı durumlarda ise geri itmeler gizlice yürütülmektedir. Devletlerin etkin kontrol veya yetki uyguladıkları başka yerlerdeki operasyonlardan sorumlu oldukları bilinmekle beraber geri itmelerin gizli yapılması, nihayetinde sorumlulukla ilgili anlaşmazlıkların yanı sıra siyasi çatışmaya yol açmaktadır.[28]

Geri itmeler, geçmiş yaşam tecrübelerini dikkate almaksızın ve sığınma başvurusunda bulunma fırsatı vermeksizin yabancıları ayrım gözetmeden hedef almaktadır.[29] Halbuki savaş ve iç karışıklık gibi sebeplerden dolayı yasal bir şekilde giriş çıkış yapma imkanını haiz olmayan yabancılar için deniz yolu ile hedef ülkeye varış, sığınma başvurusunda bulunmanın tek yoludur.[30] Fakat gerekli değerlendirmeler yapılmaksızın yapılan geri itmeler, zaten yaşamı tehdit eden bu geçişi yalnızca potansiyel olarak ölümcül bir girişime dönüştürmekle kalmamakta, aynı zamanda sistematik olarak sığınma sistemine erişimi de engellemektedir.[31]

Avrupa kıtasının güney kıyılarında çokça başvurulan geri itme uygulamaları, hem yabancılara karşı köklü bir önyargı ortaya koymakta ve hem de ilgili devletlerin bilhassa insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğine işaret etmektedir. Zira bu uygulamalarda yabancılar, insan haklarının korunması ihtiyaçları bireysel olarak değerlendirilmeksizin menşe ülkelerine, üçüncü bir ülkeye ya da açık denizlere doğru geri itilmektedirler.[32] Dolayısıyla geri itmeler, uluslararası hukukun bir parçası olan geri gönderme yasağı ve toplu sınır dışı etme yasağını ihlal eden uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Geri itmelerin yasa dışı olması ise sorunun yalnızca bir parçasıdır. Sebep olduğu hukuka aykırılığın ötesinde, geri itme aynı zamanda büyük bir fiziksel ve psikolojik şiddet eylemidir.[33] Zira geri itmeler son derece tehlikelidir

---

27 Bu tür bir iş birliği, diğer eylemlerin yanı sıra, yabancıları tutuklamak, alıkoymak, karaya çıkardıktan sonra geri göndermek için diğer ülkelerdeki kurumlara yardım etmeyi, fon sağlamayı veya eğitim vermeyi içerebilir. V. United Nations General Assembly, **Unlawful Death of Refugees and Migrants,** No.: A/72/335, 2021, p. 10-11.

28 United Nations General Assembly, **Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,** No.: A/70/303, 2015, p. 4-5.

29 Refugee Rights Europe**, Pushback and Right Violations at European's Borders**, 2020, p. 61.

30 Mare Liberum, **Push-back Report,** 2020, p. 7.

31 **Ibid.,** p. 8.

32 United Nations General Assembly, **Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea**, p. 4.

33 Mare Liberum, **Push-back Report,** 2020, p. 7.

ve yabancıların hayatlarını riske atmaktadır. Bu nedenle geri itmeler, yabancıları yalnızca koruma bulma fırsatından mahrum etmekle kalmamakta, aynı zamanda onları gerçek bir hayati tehlikeye de maruz bırakmaktadır.

Belirtildiği üzere geri itme uygulamaları esnasında ihlallerin önemli bir kısmı geri gönderme yasağı ve toplu sınır dışı etme yasağının ihlali başlıkları altında toplamak mümkündür. Zira söz konusu uygulamalarda toplu bir şekilde hedef ülkeye ulaşmaya çalışan yabancılar ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi görüşleri sebebi ile gidemedikleri ülkelere doğru geri itilmektedirler. Bu sebeple geri gönderme yasağı ve toplu sınır dışı etme yasağını ele almakta fayda vardır.

2. Geri Gönderme Yasağı

En açık tanımı 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi'nde yapılan geri gönderme yasağı, hiç kimsenin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyeceğini ifade etmektedir.[34] Yasak, devlete veya diğer uluslararası aktörlere atfedilebilen ve bireyi uluslararası hukuka aykırı olarak ciddi bir geri dönüşü olmayan zarar riskine maruz bırakacak öngörülebilir etkiye sahip eylemlerin yasaklanması olarak da tanımlanmaktadır.[35] Çok sayıda devletin taraf olduğu çeşitli uluslararası belgelerde geri gönderme yasağının öne çıkması, bu yasağın hem mülteci hukukunun hem de insan hakları hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul edilmesine zemin hazırlamıştır. Dahası, söz konusu yasağın bir teamül hukuku haline geldiği kabul edilmektedir.[36] Geri gönderme yasağının bir *jus cogens* normu olduğunu savunan görüşler de vardır.[37]

Her iki ihtimalde de geri gönderme yasağı, sadece mülteciler açısından değil vatandaşlığına, uyruğuna, vatansızlığına, cinsiyetine vb. bakılmaksızın şartlarını taşıyan her bireye uygulanmalıdır.[38] BM tarafından yayınlanan belgelerde de geri gönderme yasağının, resmi olarak tanınmalarına bakılmaksızın herkese uygulanacağı, dolayısıyla statüleri henüz belirlenmemiş

---

[34] UZUN Ekin Deniz, "The Refugee in Law and Practice: In the Face of Western States' Push-back Policies", **Public and Private International Law Bulletin**, 2022, p. 4.

[35] **Ibid**., p. 3.

[36] ALLAIN Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law,** V. 13, No: 4, 2022, p. 538.

[37] **Ibid.**

[38] United Nations General Assembly, **Note on Internaional Protection,** 2001, para. 16.

yabancıların da bu kapsamda oldukları ifade edilmiştir.[39] Geri gönderme yasağının "ev sahibi ülkede kalmaya ilişkin etkin bir hakka dönüştüğü" düşünüldüğünde, bu yasağın yabancıların korunmasında çok önemli bir role sahip olduğu görülmektedir.[40]

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'de de *"Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir."* denmek sureti ile doğrudan kaleme alınan geri gönderme yasağı ayrıca BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, AİHS gibi düzenlemelerde de dolaylı bir şekilde ele alınmıştır.[41] Bu anlaşmalarla ilgili genel yorumlarda veya içtihatlarda geri gönderme yasağına yer verilmiştir.[42]

Geri gönderme yasağı, devletin sadece kendi topraklarında gerçekleştirdikleri eylemler açısından uygulanmaz. Zira devletin yargı yetkisi, bölgesel erişimle sınırlı değildir, aynı zamanda bir devletin kendi toprakları dışında eylemler gerçekleştirdiği veya sonuçlar ürettiği durumları da içerir.[43] Bu açıdan geri gönderme yasağı, nerede olduğuna bakılmaksızın ilgili devlete atfedilebilen her eylem açısından uygulanabilir. Bu durum, geri gönderme yasağının özellikle açık denizlerde giriş yapmama ve geri itme durumlarını da kapsadığı anlamına gelmektedir.[44] Denizlerde uygulanan durdurma ve geri itme önlemlerinin, yabancıların doğrudan veya dolaylı olarak yaşamlarının veya özgürlüklerinin tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına geri gönderilmeleri ile sonuçlanmamalıdır.[45] Söz konusu eylemin devletin kendi toprakları dışında faaliyet gösteren kurumları aracılığıyla meydana gelmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.[46]

---

39 UZUN, p. 18.

40 T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 94.

41 International organization for Miration, **International Migration Law Information Note,** 2014, p. 2.

42 ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, 27765/09, Judgement of 23 February 2012, para. 72.

43 UZUN, p. 21.

44 GOODWİN-GİLL Guy S., "The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law**, V. 23, No: 3, 2011, p. 244; United Nations High Commissioner for Refugees, **Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures,** No. 97 (LIV), 2003.

45 ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 24.

46 International organization for Miration, p. 3.

Bölgesel insan hakları mahkemeleri ve BM anlaşma organları geri gönderme yasağına ilişkin iddiaları değerlendirirken, gerçek bir riskin olup olmadığına bakmaktadırlar.[47] Hem İşkenceye Karşı Komite hem de AİHM, yabancının geri gönderildikten sonra "gerçek bir insan hakları ihlali riski" ile karşı karşıya kalacağına inanmak için önemli gerekçeler talep etmektedir.[48] İşkenceye Karşı Komite ayrıca, gerekçelerin sadece teori veya şüphenin ötesine geçmesinin gerektiğini, riskin yüksek olduğunun kanıtlanmasının beklenilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.[49] İnsan Hakları Komitesi de benzer şekilde "gerçek risk" standardına dayanmaktadır.[50]

Geri gönderme yasağının kapsamında devletlerin, risk devam ettiği sürece ilgili kişinin kendi topraklarına girmesine ve orada kalmasına izin verme yükümlülüğü olduğu kabul edilir.[51] Ancak bazı durumlarda, kişinin güvenli bir üçüncü ülkeye nakli veya ev sahibi devletin toprakları dışında etkin koruma sağlanması gibi alternatif çözümler, bu yükümlülüğü ortadan kaldırabilir.[52] Bu tür bir alternatif çözüm yolunun olmadığı durumlarda yabancının herhangi bir ülkeye geri gönderilmesi bir risk içerdiğinde, devletin ilgili yabancıyı en azından geçici olarak kendi topraklarına kabul etmesi gerekir.[53] Zira, yabancının geri gönderme yasağı kapsamında olup olmadığını doğrulamanın tek yolu yabancının geçici bir şekilde de olsa ülkeye kabul edilip kişisel bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır. Ülkeye girmeye çalışan yabancıların bu değerlendirmeye tabi tutulmaksızın geri itilmeleri mezkur gerekliliği ihlali anlamına gelecektir. Uluslararası koruma bulmak adına sınırlara kadar gelen her yabancıya usulü güvencelerin sağlanması ve yabancıya uluslararası koruma talep edebilme imkânı verilmelidir. Aksi bir durum geri gönderme yasağına aykırılık teşkil edeceği gibi hukuk müşavirinin yokluğu veya bir müdahale olasılığı olmaksızın

---

47 ECtHR, Cruz Varas v. Sweden, App. No.: 15576/89, Judgment 20 March 1991, para. 25.

48 CAT, S.M.R. and M.M.R. v. Sweden, Com. No.: 103/1998, Doc. No.: CAT/C/22/D/103/1998, Decision of 11 May 1999, para. 9.4.

49 CCPR, A.R.J. v. Australia, Com. No.: 692/1996, Doc. No.: CCPR/C/60/D/692/1996, Decision of 11 August 1997, para. 6.9.

50 WOUTERS Cornelis Wolfram, **International Legal Standards for the Protection from Refoulement**, Oxford, Antwerp, 2009, p. 560.

51 International organization for Miration, p. 4.

52 CAT, Aemei v. Switzerland, Com. No.: 34/1995, Doc. No.: CAT/C/18/D/34/1995, Decision of 29 May 1997., para. 11.

53 United Nations Human Rights Council, **Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, 2018, p. 12.

gerçekleştirilen hızlandırılmış süreçler de geri gönderme yasağının gerekliliklerivle bağdaşmayacaktır.[54]

Geri gönderme yasağı, yabancının sadece menşe ülkesine değil, dolaylı geri gönderme olarak da adlandırılan, yabancının menşe ülkesine gönderilebileceği herhangi bir ülkeye gönderilmesini de yasaklamaktadır. Hem İnsan Hakları Komitesi hem de İşkenceye Karşı Komite, geri gönderme yasağını yabancının daha sonra menşe ülkesine geri gönderilebileceği herhangi bir devlete geri gönderilmesini engellemek şekilde yorumlamıştır.[55] Buradan hareketle yabancıların karasularına itildiği toprakların menşe ülke olmaması tek başına geri itme işlemini hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Bahsedildiği üzere, geri gönderme yasağının en açık tanımı 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi'nde yapılmıştır. İlgili düzenlemede mutlak bir geri gönderme yasağı öngörülmemiş, ikinci fıkrada geri gönderme yasağının istisnalarına yer verilmiştir.[56] Buna karşın AİHS'nin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 3'üncü maddesi tarafından uygulanan ve geri gönderme yasağı olarak da bilinen yasak, mutlaktır. Buna göre geri gönderilmek istenen yabancının faaliyetleri, ne kadar istenmeyen veya tehlikeli olursa olsun, maddi bir mülahaza olamaz. Bu nedenle 3'üncü maddenin sağladığı olanak, 1951 Birleşmiş Milletler Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme'nin sağladığı korumadan daha geniştir.[57]

3. Toplu Sınır Dışı Etme Yasağı

Yabancıların bireysel durumları birbirinden bağımsız bir şekilde değerlendirilmeksizin sınır dışı edilmesini yasaklayan toplu sınır dışı etme yasağı, "belirli vakaların makul ve objektif bir incelemesinden sonra ve buna dayanarak böyle bir önlemin alındığı durumlar hariç olmak üzere, yetkili maka-

---

[54] Office of the High Commissioner For Human Rights, **General Comment No. 31 (80): The Nature of General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant,** 2004, para. 12; Office of the High Commissioner For Human Rights, **CAT General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)**, 1997, para. 2.

[55] ECtHR, Chahal v. United Kingdom, App. No.: 22414/93, Judgment of 15 November 1996, para. 80.

[56] Düzenlemeye göre bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.

[57] ECtHR, Klein v. Russia, App. No.: 24268/08, Judgment 1 April 2010, para. 59-61.

mın yabancıları bir grup olarak ülkeyi terk etmeye zorlayan herhangi bir önlem" olarak tanımlanmıştır.[58]

Yabancıları toplu sınır dışı edilmeye karşı koruyan en önemli düzenleme AİHS Ek 4 No.lu Protokol'dür. Bunun yanında çeşitli bölgesel düzenlemelerde de toplu sınır dışı etme yasağına yer verilmiştir. Örneğin Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 22'nci maddesinde göçmen işçilerin ve aile fertlerinin toplu sınır dışı edilme tedbirlerine maruz bırakılamayacağı, her bir sınır dışı edilme durumunun bireysel olarak incelenip karara bağlanacağı belirtilmiştir. AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 19'uncu maddesinde ise "Toplu sınır dışı etmeler yasaktır." denilmiştir.[59]

AİHM'ye göre 4 No.lu Protokol'ün 4'üncü maddesi anlamında toplu sınır dışı etme, yabancıları bir grup olarak bir ülkeye girmekten alıkoyan veya ülkeyi terk etmeye zorlayan herhangi bir önlem olarak anlaşılmalıdır.[60] İlgili devletin ülkesine yapılan girişin veya girme teşebbüsünün deniz yoluyla veya karayoluyla olmasının toplu sınır dışı etme yasağının uygulanması açısından meydana getirdiği bir fark yoktur. Devletin topraklarına deniz yoluyla girme girişiminde bulunan başvuranlara ilişkin kararlarının temelini oluşturan mülahazalar, bir devletin topraklarından zorla çıkarılma açısından eşit derecede geçerlidir.[61]

Toplu sınır dışı etme yasağının konu olduğu başvuruların ekseriyeti halihazırda aleyhine başvuru yapılan devletin topraklarında bulunan yabancılar ile alakalı olmuştur. Bununla beraber mahkeme, *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya* başvurusunda ilk defa yabancıların açık deniz gibi devletin kendi yetkisinin bulunmadığı alanlarda maruz kaldıkları muamelelerin toplu sınır dışı etme yasağının kapsamında olup olmadığını incelemiştir. Söz konusu incelemeyi yaparken mahkeme, 4 No.lu Protokol'ün 3'üncü maddesinin ve 7 No.lu Protokol'ün 1'inci maddesinin aksine 4'üncü maddenin ülkesel değil bölgesel kapsama atıf yaptığını belirtmiştir.[62]

---

58 T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 100.

59 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22'nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasaklanmıştır. Yine Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci maddesinin beşinci fıkrasında *"Vatandaş olmayanların kitle halinde sınır dışı edilmesi yasaklanacaktır."* ibarelerine yer verilmiştir.

60 ECtHR, Andric v. Sweden, App. No.: 45917/99, Judgement of 23 February 1999, para. 1.

61 ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 169.

62 **Ibid.**

Mahkemeye göre 4'üncü maddenin amacı yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini resmen yasaklamaktır ve bu yasak toplu sınır dışı tedbirlerini haklı çıkaracak şekilde yorumlanmamalıdır. Aksi bir kabulde denize açılan, çoğu zaman hayatlarını riske atan ve bir devletin sınırlarına ulaşamayan yabancılar sınır dışı edilmeden önce kişisel durumlarının incelenmesine hak kazanamayacaklardır. Bu sebeple, yabancıların açık deniz gibi alanlarda geri itilmek sureti ile ülkeye girişlerine izin verilmemesi, 4 No.lu Protokolün 4'üncü maddesi uyarınca bir yargı yetkisinin kullanımı anlamına gelecek ve toplu sınır dışı etme yasağının ihlaline sebep olacaktır.[63]

Toplu sınır dışı etme yasağında önemli olan, her bir yabancının bireysel durumunun bağımsız bir şekilde değerlendirilmiş olmasıdır. Bireysel değerlendirmeye tabi tutulup ilgili her bir yabancıya sınır dışı edilmesine karşı mahkemeye itirazda bulunma fırsatı verilmişse bu yabancıların benzer bir sınır dışı etme kararına tabi tutulmaları tek başına toplu sınır dışı etme yasağının ihlali anlamına gelmeyecektir.[64] Geri itme olaylarında yabancıların herhangi bir bireysel veya toplu değerlendirmeye tabi tutulmaksızın ülkeye girişlerinin engellendiği nazara alındığında bir çok vakada toplu sınır dışı etme yasağının ihlal edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Geri gönderilen yabancıların sayıca çok olması, bu sebeple her biri için ayrı bir bireysel değerlendirmenin yapılmasının zor olması gibi bir gerekçe toplu sınır dışı etme yasağından doğan yükümlülüğü ortadan kaldırmayacaktır. Bu ihtimalde dahi ilgili devletin her bir yabancı için ayrı bir değerlendirme yapması ve tesis edilen karara karşı etkili bir hukuk yoluna başvurma imkanı tanıması gerekmektedir.[65] Buna karşın geri itme eylemine maruz bırakılan yabancıların kendilerine tanınan yasal prosedürden faydalanmak yerine sayılarının çokluğundan yararlanarak veya güç kullanarak sınırı geçmeye çalışmaları halinde ilgili devlet tarafından yapılamayan bireysel değerlendirmenin yabancılardan kaynaklandığının kabulü gerekecektir. Bununla beraber ilgili devletin bu konuda inandırıcı sebeplerinin olması gerekmekte-

---

63 AİHM, *Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan* kararında da benzer yönde tutum sergilemiş ve başvuranların İtalya topraklarına girdikten sonra sınır dışı edilip edilmediklerinin toplu sınır dışı etme yasağının ihlalinin tespitinde önemli olmadığını ifade etmiştir.

64 ECtHR, Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No.: 18670/03, Judgement of 16 June 2005, para. 2; ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, App. Nos. 8675/15 and 8697/15, Judgement of 13 February 2020, para. 200; ECtHR, M.A. v. Cyprus, App. No.: 41872/10, Judgement of 23 July 2013, para. 247.

65 ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, para. 211.

dir.[66] Yabancıların kendilerine tanınan yasal prosedürleri kullanmadıklarına ilişkin iddialarda ilgili devletin yasal giriş yollarına ve tesis edilen kararlara karşı etkili bir hukuk yoluna etkili bir erişim imkanı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir.[67]

Sınır dışının "toplu" nitelikte olması için, etkilenen asgari insan sayısı veya belirli bir gruba mensubiyet gibi herhangi bir koşul bulunmamaktadır. Bu nedenle, belirli bir önlemden etkilenen kişi sayısı, 4 No.lu Protokol'ün 4'üncü maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesinde önemsizdir. Sınır dışı etmenin toplu olarak nitelendirilmesi için söz konusu yabancıların grup, köken, uyruk, inanç veya başka herhangi bir faktör gibi belirli bir ortak özelliğe sahip olmalarına da gerek yoktur.[68] Belirleyici kriter, *"gruba mensup her bir yabancının özel durumunun makul ve nesnel bir incelemesinin"* olmamasıdır.[69] Bu sebeple özel durumu makul ve nesnel bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın geri itilen yabancı sayısının birden fazla olduğu her durumda toplu sınır dışı etme yasağı işlevsellik kazanacaktır.

II. GERİ İTME UYGULAMALARININ ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AB üye devletleri tarafından yapılan geri itme uygulamalarında Frontex, ekseriyetle ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple bu başlık altında Frontex'in kullandığı yetkiler, uluslararası deniz yetki kuralları açısından değerlendirilecektir.

1. Frontex'in Görev ve Yetkileri

1997 senesinde AB'ye üye devletlerce imzalanan Amsterdam Andlaşması ile hedeflenen yüksek seviyede güvenlik oluşturulmasına yönelik hedefler doğrultusunda hayata geçirilmesi adına ilk adımlar atılan Frontex, 2004 yılında 2007/2004 sayılı tüzük ile kurulmuştur.[70] İşbu tüzükte Fron-

---

66 ECtHR, A.A. and Others v. North Macedonia, App. No.: 55798/16, Judgement of 5 April 2022, para. 114.

67 ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, para. 195.

68 ECtHR, Khalife and Others v. Italy, App. No. 16483/12, Judgement of 15 December 2016, para. 62.

69 ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, para. 187.

70 "Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004, Establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 349/1, 2004.

tex'in kuruluş amaçları arasında AB üye ülkelerinin deniz, kara ve hava dış sınırlarında personel ve teçhizatı kullanılarak Ajans tarafından yürütülen ortak operasyonları ve hızlı sınır müdahalelerini planlamak ve koordine etmek sayılmıştır. Fakat 2007, 2011 ve 2014 senelerinde ilgili tüzükte yapılan değişiklikleri 2016 senesinde kabul edilen Avrupa Sınır ve Kıyı Güvenliğine Dair Tüzük takip etmiş, bu süreçte Frontex'in görev ve yetkilerinde birtakım değişiklikler söz konusu olmuştur.[71]

Frontex'i kuran 2007/2004 sayılı tüzükte ajansın görev ve yetkileri ekseriyetle 6'ncı maddede ele alınmıştır. İlgili düzenlemede genel olarak ajansın tüzüğün amaçlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olan tüm görevleri yerine getirme ve sınır kontrolleri veya sınır gözetimi için tüm yetkileri kullanma kapasitesine sahip olduğu, personelinin operasyonlarda kendi formalarını giyecekleri fakat ev sahibi üye devletin kontrolünde hareket edecekleri, görevleri için gerekli olan bilgiler açısından ev sahibi üye devletin veri tabanlarına ve Avrupa veri tabanlarına başvurma yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.[72]

2016 senesinde yürürlüğe giren yeni tüzük ile Frontex'in görev ve yetkilerinde ciddi bir değişikliğe gidilmiştir. Bu düzenlemeyle beraber daha önceki tüzüklerde bulunan bazı yetkilerin kapsamı genişletilmiş ve ajansa, bazı yeni yetki ve görevler yüklenmiştir. Buna göre Frontex, dış sınırlarda daha fazla teknik ve operasyonel yardım gerektiren durumlarda üye devletlere yardım etmek, operasyonlar sırasında arama ve kurtarma çalışmalarını desteklemek, müdahalelerde kullanılmak üzere bir teknik ekipman havuzu oluşturmak, organize sınır ötesi suç ve terörle mücadelede dış sınırlarda artan teknik ve operasyonel yardım gerektiren durumlarda Europol ve Eurojust ile işbirliği yapmak gibi yetkilerle donatılmıştır.[73] Bununla beraber Frontex'in görev ve yetkileri genel olarak, dış sınırların yönetimi alanında üye devletler arasında operasyonel işbirliğini koordine etmek, risk analizi ve personellerin eğitimi dahil olmak üzere kişisel ve teknik destek sağlamak ve üye devletle-

---

[71] "Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC" **Official Journal of the European Union,** 2016.

[72] "Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004", Art. 6.

[73] "Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016", Art. 8.

re ortak operasyonlar düzenlemede yardımcı olmak olarak ifade edilir.[74] Frontex'in yetkilerinde bu yönde değişlikler yapılmasında bilhassa 25 ve 26 Haziran 2015 tarihli Avrupa Konseyi toplantıları etkili olmuştur.[75]

Belirtmek gerekir ki, sınırların korunması ve kontrolü hem uluslararası hukuk hem de AB hukukuna göre üye devletlerin münhasır yetkilerindedir.[76] Frontex, deniz alanlarında yapılan operasyonlarda asıl sorumlu olmayıp sadece ilgili üye devlete yardımcı olmaktadır. Benzer şekilde kendine ait personeli bulunmayan Frontex, görev ve yetkilerini, üye devletler tarafından sağlanan personel ve ekipman ile yapmaktadır. Yapılacak olan operasyonun şartlarına göre hangi üye devletin hem personel hem de ekipman anlamında ne kadar destekte bulunacağı belirlenmektedir. Operasyonda görev alan personel ve kullanılan ekipman hangi üye devletten gelirse gelsin operasyon boyunca ilgili devletin emir ve talimatlarına tabi olmaktadır.[77]

Elbette deniz yolu ile Avrupa kıtasına geçmeye çalışan yabancı sayısının gün geçtikçe artması Frontex'e bu yetkilerin verilmesinde etkili olmuştur. Frontex aracılığı ile yapılan dış sınırları korumak amaçlı operasyonlara ilişkin kuralların ele alındığı tüzükte de sınır gözetiminin, yabancıların sınır geçiş noktalarındaki kontrolleri atlatmasını önlemede ve cesaretini kırmada etkili olması gerektiği, bu amaçla AB sınırlarına giriş yapmaya çalıştığından şüphelenilen deniz araçlarının sınır kontrollerine başvurmadan yolunun kesilmesinin elzem olduğu ifade edilmiştir.[78] AB üye devletlerinin sınır güvenliğine ilişkin kabul ettikleri Shengen Sınır Kodu'nun kapsamı da AB üyelerinin asıl amacının sınırlarını yabancılara kapatmak olduğunu destekler niteliktedir.[79]

---

[74] PAPASTAVRİDİS Efthymios, "'Fortress Europe' and FRONTEX: Within or Without International Law?", **Nordic Journal of International Law**, V. 79, 2010, p. 77.

[75] European Council, **European Council Meeting (25 and 26 June 2015)**, No: EUCO 22/15, 2015.

[76] "Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016", V. Introduction Section.

[77] PAPASTAVRİDİS, p. 78.

[78] "Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)", **Official Journal of the European Union,** No: L 77/1, 2016.

[79] COPPENS Jasmine, "Migrants Migrants in the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdictionin the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdiction", **Ocean Development and International Law**, V. 43, 2012, p. 343.

2. BMDHS Bağlamında Frontex'in Deniz Alanlarında Müdahale Yetkisi

Frontex'in deniz operasyonlarında kullanacağı yetkiler, 2016/1624 sayılı tüzükte daha genel bir şekilde düzenlenmiştir.[80] Buna karşın ajansın deniz operasyonlarında kullanabileceği yetkiler 656/2014 sayılı tüzükte ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır.[81] Tüzüğün giriş kısmında ajansın deniz alanlarındaki yetkilerini kullanırken hangi esaslar ile bağlı olduğu ele alınmıştır. Buna göre deniz operasyonları sırasında BMDHS ve AİHS gibi uluslararası sözleşmelere ve uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklere saygı gösterilmesi gerekmektedir. Operasyonlar sırasında alınan önlem ya da icra edilen eylemler izlenen hedeflerle orantılı olmalı, bu önlem ve eylemler esnasında ayrımcılık yasağı ve geri gönderme yasağı gibi temel normlara dikkat edilmelidir.[82]

656/2014 sayılı tüzükte ajansın deniz alanlarındaki yetkileri 6'ncı, 7'nci ve 8'inci maddelerde kaleme alınmıştır. 6'ncı maddede üye devletlerin karasularındaki yetkiler, 7'nci maddede açık denizdeki yetkiler, 8'inci maddede ise üye devletlerin bitişik bölgelerdeki yetkileri ele alınmıştır.[83] Buna göre açık denizde, bir geminin göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenmek için makul sebeplerin bulunduğu durumlarda bayrak devletinin yetkilendirmesi şartı ile ajans, gemiyi durdurarak gemide arama yapabilir, gemide bulunan kişileri sorguya tabi tutabilir, gemiye ve gemide bulunan kişilere ilişkin bilgi ve belge talep edebilir.[84]

Şüpheyi teyit eden delillerin bulunması halinde ise yine bayrak devletinin iznine tabi olarak gemiye el koyma ve gemideki kişileri yakalama, gemiyi karasularına veya bitişik bölgeye girmemesi için uyarma ve emretme ve gerektiğinde geminin karasuları veya bitişik bölge dışındaki bir varış noktasına doğru rotasını değiştirmesini istemek sureti ile geri itme, gemiyi veya gemideki kişileri üçüncü bir ülkeye götürme veya gemiyi veya gemideki kişileri başka bir şekilde üçüncü bir ülkenin makamlarına teslim etme,

---

80 İlgili tüzükte deniz operasyonlarında 656/2014 sayılı tüzükteki kurallara uygun hareket edileceği belirtilmiştir.

81 "Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Establishing Rules for the Surveillance of the External Sea Borders in the Context of Operational Cooperation Coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 189/93, 2014.

82 **Ibid.,** para. 10.

83 Bunlar haricindeki deniz alanlarında Frontex'in hangi yetkileri kullanabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

84 **Ibid.,** Art. 7/1.

gemiyi veya gemideki kişileri ev sahibi üye devlete veya komşu üye devlete götürme tedbirlerinden birine veya birkaçına başvurabilir.[85]

Açık denizlerde bayrak devletinin açık izni olmaksızın, kişilerin yaşamlarına yönelik yakın tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekli olanlar veya ilgili ikili veya çok taraflı anlaşmalardan kaynaklanan önlemler dışında başka hiçbir önlem alınamayacağı ifade edilmiştir.[86] Buna karşın gemi uyruksuzsa ve geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenmek için makul nedenler varsa, Frontex personelleri doğrudan gemiye binebilir ve gemide arama yapabilir. Şüpheyi teyit eden kanıt bulunursa, diğer gemiler için alınabilen önlemler herhangi bir izne tabi olmaksızın alınabilecektir.[87]

Üye devletlerin karasularında bulunan bir geminin göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenmek için makul sebeplerin bulunduğu durumlarda ajans, açık denizlerde kullandığı yetkilerin aynısını karasularında da kullanabilir.[88] Şüpheyi doğrulayan kanıt bulunması halinde ise ajansın yetkileri, açık denizdeki yetkilerine kıyasen daha geniştir. Buna göre ajans, gemiye el koyma ve gemideki kişileri yakalama, gemiye karasuları veya bitişik bölge dışındaki bir varış yeri dışında veya bir varış noktasına doğru itme sureti ile rotasını değiştirmesini emretme, gemiyi veya gemideki kişileri operasyon planına uygun olarak kıyıdaki üye devlete sevk etme yetkilerine sahiptir.[89]

Açık denizlerdeki operasyonlara ilişkin hükümlerden farklı olarak karasularındaki operasyonlarda bayrak devletinin izni aranmamaktadır. Fakat geminin kaptanının bu durumu bayrak devletinin bir diplomatik ajanı veya konsolosluk memuruna bildirilmesini talep etme hakkı vardır.[90] Karasularındaki yetkiler açısından uyruksuz gemiler için de açık denizlerdeki hükümler geçerlidir.[91]

Bitişik bölgelerdeki müdahalelere ilişkin düzenlemelerde ise tüzüğün 6'ncı ve 7'nci maddelerine atıfta bulunulmuştur. Buna göre ev sahibi üye devletin veya komşu katılımcı üye devletin bitişik bölgesinde yapılan operasyonlarda, 6'ncı maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen önlemler

---

85 **Ibid.,** Art. 7/6.

86 **Ibid.,** Art. 7/10.

87 **Ibid.,** Art. 7/11.

88 **Ibid.,** Art. 6/1.

89 **Ibid.,** Art. 6/2.

90 **Ibid.,** Art. 6/4.

91 **Ibid.,** Art. 6/5.

alınabilecektir.[92] Söz konusu uyruksuz bir gemi ise uygulanacak hükümler açık deniz veya karasularında uygulanacak hükümler olacaktır.[93] Nihayetinde bitişik bölgede kullanılacak yetkiler karasularında kullanılacak yetkilerle tamamen aynıdır.

A. Karasularındaki Yetkilere İlişkin Değerlendirme

1982 tarihli BMDHS'nin 3'üncü maddesine göre devletler, 12 deniz milini geçmemek şartı ile karasularının genişliğini belirleme hakkına sahiptirler. Bu deniz alanın hukuki statüsü, kıyı devletinin egemenliğine tabi olduğu temeline dayanmaktadır.[94] Buna göre kıyı devleti burada kara ülkesinde yapabildiği her türlü düzenlemeyi yapma ve bunlara uymayı talep etme hakkını haizdir. Fakat bu kuralın iki istisnası vardır: Diğer devlet gemilerinin zararsız geçiş[95] hakkı ve vatandaş olmayanlara tanınan bazı ayrıcalıklar.

İlk istisna uyarınca kıyı devletinin gemiye hiçbir şekilde müdahalede bulunamaması için geçişin zararsız olması gerekmektedir. Aksi halde kıyı devletinin geçişi engelleme hakkı doğacaktır.[96] Geçişin kıyı devletin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar verdiği durumlarda geçişin zararsız olmaktan çıktığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin 19'uncu maddesinde hangi davranışların zararsız geçişe halel getireceği sayılmıştır. Bu düzenlemenin ikinci fıkrasının (g) bendine göre kıyı devletinin göç konusundaki düzenlemelerine aykırı bir davranış kıyı devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar veren bir davranış olarak değerlendirilecektir.

İkinci istisna uyarınca kıyı devleti ceza yasalarını, karasularından geçiş yapan yabancı bir geminin içinde meydana gelmiş olaylara uygulayamamaktadır. Fakat gemide meydana gelen olayların sonuçlarının kıyı devletine uzandığı ya da kıyı devletinin barışını ve düzenini bozduğu durumlarda kıyı devletinin ilgili gemiye müdahale hakkı doğmaktadır.[97] Bununla beraber söz

---

92 **Ibid.,** Art. 8/1.

93 **Ibid.,** Art. 8/3.

94 ACER Yücel / KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukuk,** C. 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 4.

95 BMDHS'nin 19'uncu maddesine göre zararsız geçiş, BMDHS'nin ve uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun bir şekilde gerçekleşen ve kıyı devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar vermeyen geçiştir.

96 BMDHS'nin 25'inci maddesinde *"Sahildar devlet, karasularında zararsız olmayan her türü geçişi engellemek için gerekli tedbirleri alabilir."* hükmüne yer verilmiştir.

97 MORENO-LAX Violeta, "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", **International Journal of Refugee Law**, V. 25, No: 2, 2011, p. 191.

konusu olay, gemi henüz kıyı devletinin karasularına girmeden meydana gelmişse kıyı devletinin gemiye müdahale hakkı doğmaz. Bir diğer deyişle kıyı devletinin bu gerekçe ile gemiye müdahalede bulunması için ceza yasalarına konu olan olayın gemi kıyı devletinin karasularında iken işlenmiş olması gerekmektedir.[98]

Frontex'in üye devletlerin karasularındaki müdahaleleri ancak bahsi geçen istisnaların varlığı durumunda BMDHS'ye uygun olacaktır. Aksi bir durum, operasyona ev sahipliği yapan kıyı devletinin BMDHS bağlamında sorumluluğuna yol açacaktır.[99] Buradan hareketle yabancıların deniz yolu ile üye devletlere geçmeye çalışması yasadışı göçmen taşımak olarak nitelendirilip kıyı devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar verici faaliyet olarak değerlendirilerek Frontex'in müdahalelerinin hukuka uygun olup olmayacağı konusu tartışılmaktadır.[100] Bununla beraber karasularındaki tek yetkili devletin kıyı devleti olduğu ve Frontex'in operasyonlarında kıyı devletleri tarafından yetkilendirildiği, dolayısıyla Frontex'in üye devletlerin karasularındaki müdahale yetkisinin bu açıdan BMDHS'ye uygun olduğunu söylemek mümkündür. Yine yasal olmayan yollardan üye devlet sınırlarının geçilmeye çalışıldığı durumların kıyı devletinin göç konusundaki düzenlemelerine aykırı bir davranış olduğu, bunun kıyı devletinin barışına, düzenine ve güvenliğine zarar verdiği, bu sebeple zararsız geçiş hükümlerinin ihlal edildiği, bu durumlarda da Frontex tarafından yapılan müdahalelerin yetki açısından BMDHS'ye uygun olduğu ifade edilmektedir.[101]

B. Bitişik Bölgedeki Yetkilere İlişkin Değerlendirme

BMDHS'nin 33'üncü maddesine göre bitişik bölge karasularına bitişik olan bir bölgede kıyı devletinin esas hattan itibaren 24 deniz miline kadar belirleyebildiği deniz alanıdır. Kıyı devletinin egemenliğinde olmayan bitişik bölgede

---

98 BMDHS'nin 27'nci maddesinin birinci fıkrasında *"Karasularından geçen yabancı gemide, geçiş sırasında işlenmiş bir suçtan ötürü bir şahsın tutuklanması veya bir soruşturmada bulunulması amacıyla kıyı devleti aşağıdaki durumlar dışına cezai yargı yetkisini kullanmamalıdır."* ifadelerine yer verilmiştir.

99 Avrupa Birliği üyesi olan 27 devletin hepsi aynı zamanda BMDHS'ye taraftır. Bu sebeple Frontex'in sözleşmeye aykırı davranışları her hâlükârda operasyona ev sahipliği yapan kıyı devletinin sorumluluğuna yol açacaktır.

100 HINRICHS Ximena, "Measures against Smuggling of Migrants at Sea: A Law of Sea Related Perspective", **Revue Belge de Droit International**, V. 2, 2003, p. 437.

101 DEMİR İsmail, "Türk deniz Yetki Alanlarının Belirlenmesinin Hukuki Dayanakları ve İç Hukuk Üzerine Bazı Düşünceler", **Adalet Dergisi,** C. 65, 2020, s. 33.

kıyı devleti sadece iki tür yetki kullanabilmektedir. Bunların ilki, devletin ülkesi üzerinde veya karasularında gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret ile ilgili kanun ve kurallarına riayetsizlikleri önlemek amacıyla gerekli kontrolleri yapabilmesidir.[102] Fakat bu yetki, kıyı devletinin mezkur konulara ilişkin istediği şekilde düzenleme yapabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır.[103] Zira madde metninden de anlaşılacağı üzere bu yetkinin amacı meydana gelecek riayetsizlikleri önlemektir. Bu sebeple kıyı devletinin bu alandaki müdahaleleri ancak tedbir niteliğinde olabilecektir. Yoksa kıyı devletinin bu konulardaki yasal düzenlemelerini bu alandaki gemilere doğrudan uygulaması mümkün değildir.

Kıyı devletinin bitişik bölgede kullanabileceği bir diğer yetki ise gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret konularındaki yasal gereklerini ülkesinde ya da kara sularında ihlal ettikten sonra bitişik bölgeye geçen gemilere ilişkindir.[104] Buna göre kıyı devleti söz konusu riayetsizlikleri cezalandırmak adına bitişik bölgede bulunan gemilere müdahalede bulunabilir. BMDHS'de bitişik bölgede bulunan bir gemiye müdahale, karasularında bulunan bir gemiye müdahaleye kıyasen daha sıkı şartlara bağlanmıştır. 19'uncu maddede karasularında zararsız geçişin ihlaline sebebiyet verecek birçok eylem sayılmışken bitişik bölgede sadece gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret ile ilgili kanun ve kurallara riayetsizlikten bahsedilmiştir.

Karasularında ve bitişik bölgede kullanabilecek yetkiler BMDHS uyarınca farklı olsa da geri itme uygulamaları için bir farklılığın gündeme geldiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira kıyı devletine kaçak yollarla girmeye çalışan yabancıları taşıyan bir gemi kıyı devletinin göç konusundaki düzenlemelerine aykırı hareket etmiş olacağından sözleşmenin 19'uncu maddesi uyarınca karasularında, 33'üncü maddesi uyarınca da bitişik bölgede kıyı devletinin müdahale hakkı vardır.[105] Frontex'in bu gerekçe ile bitişik bölgelerde yapılan müdahalelerinin yetki kuralları açısından BMDHS'ye uygun olacağını söylemek mümkündür.

---

[102] ACER / KAYA, s. 214.

[103] DEMİR, s. 33.

[104] GUILFOYLE Douglas, "Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction", **Journal of Conflict and Security Law**, V. 12, No: 1, 2007, p. 7.

[105] Bitişik bölgede müdahale hakkının doğması için kıyı devletinin düzenlemelerine aykırı olan fiilin karasularında gerçekleşmesi gerektiği görüşü kabul edilecek olursa gemi henüz karasularına girmemiş olmasına rağmen Frontex'in müdahale etmesi BMDHS'ye aykırılık teşkil edecektir.

C. Açık Denizdeki Yetkilere İlişkin Değerlendirme

Açık deniz, bir devletin egemenliği altında bulunmayan veya devletlerin egemen yetkililer kullanmadığı deniz alanı demektir.[106] BMDHS'nin 87'nci maddesine göre açık denizler, sahili bulunsun veya bulunmasın bütün devletlere açıktır. "Açık denizlerin serbestliği" olarak isimlendirilen bu ilke açık denizlerin tüm devletlerin kullanımına açık olduğu ve hiçbir devletin açık denizlerin bir parçası üzerinde egemenlik iddiasında bulunamayacağı anlamına gelmektedir.[107] Buna bağlı olarak açık denizlerde bulunan gemilere sadece bayrak devletinin müdahalede bulunabileceği,[108] bu alanda bulunan bir yabancı gemiye yapılacak müdahalenin serbestlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.[109]

Açık denizlerde kural serbestlik ilkesi olmakla beraber bunun bazı istisnaları vardır. BMDHS'nin 99 ila 110'uncu maddelerindeki düzenlemelere göre köle ticareti, deniz haydutluğu, uyuşturucu maddelerin ve psikotrop maddelerin gayrimeşru trafiği, izinsiz yayın yapma ve ziyaret hakkı durumlarında bayrak devleti ilkesi uyarınca hareket etme zarureti ortadan kalkacaktır. Söz konusu istisnalar arasında yabancıların kaçak yollarla sınırları geçmeye çalıştıkları durumlara ya da göçmen kaçakçılığına ilişkin bir hususa yer verilmemiştir.

Açık denizlerde bulunan uyruksuz gemilere müdahale hakkı açısından ise BMDHS, sessiz kalmaktadır. Bu durumda öğretide bir görüş her devletin uyruksuz bir gemi üzerinde yetki kullanabileceği görüşünü kabul etmemektedirler.[110] Ancak bu durumda geminin bayrak devletinin olmaması ve diğer

---

[106] ASIL Erdem, "Uluslararası Deniz Hukukuna Hakim Olan İlkeler Kapsamında Kitle İmha Silahlarının Yayılmasını Engellemeye Yönelik Tedbirlerin Değerlendirilmesi", **Adalet Dergisi**, No: 67, 2021, s. 450.

[107] Bir devletin yabancı bir gemiye müdahalede bunabilmesi için kura olarak bayrak devletinin izni gerekmektedir. Bayrak devletinin izni ya önceden var olan bir uluslararası anlaşma ile ya da geçici olarak verilebilir. Anlaşmanın varlığı halinde ilgili devlet bayrak devletinin tekrardan izin vermesine gerek kalmaksızın gemiye müdahalede bulunabilir. V. PAPASTAVRİDİS Efthymios, "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas", T**he International Journal of Marine and Coastal Law**, No: 25, 2010, p. 578.

[108] MİSİLİ Sinan, "Açık Denizlerin Serbestliği, Gemilerin Uyrukluğu ve Bayrak Devleti Münhasır Yargı yetkisi Arasındaki İlişkinin Teamül Hukuku, Konvansiyonlar ve Mahkeme Kararları Işığında İncelenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, No: 1, 2014, s. 182.

[109] ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 150.

[110] BARNES Richard, "The International Law of the Sea and Migration Control", **Martinus Nijhoff Publishers**, 2010, p. 131.

devletlerin yetki kullanamaması gemiyi hukukun dışında bırakacaktır.[111] Bu nedenle, geminin uyruğu aslında açık denizde hangi devletin yargı yetkisine tabi olacağını gösterdiğinden, hiçbir devletin koruması altında bulunmayan bir gemiye, herhangi bir devletin açık denizde müdahale edebilmesi mümkün olmalıdır.

Frontex'in ilgili tüzüğe göre açık denizlerde bir gemiye müdahalesi hem geminin göçmen kaçakçılığı yaptığından şüphelenmek için makul sebeplerin varlığı hem de şüpheyi teyit eden delillerin bulunması hallerinde ancak bayrak devletinin izni ile mümkün olmaktadır. Tüzüğün 7'nci maddesinde bu husus açık bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu açıdan Frontex'in açık denizlerde kullanabileceği yetkilere ilişkin düzenlemenin BMDHS ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Yine açık denizdeki uyruksuz gemilere müdahale hakkı açısından da Frontex'in yetkileri ile BMDHS'ye ilişkin kabul edilen ikinci görüş arasında da bir uyumsuzluk gözükmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, Frontex'in tüzüğü kapsamında kullanabileceği yetkilerin BMDHS ile uyumlu gözükmesi Frontex tarafından yapılan müdahaleleri tek başına hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu hali ile denizlerdeki yetki açısından uluslararası hukuka uygun olan müdahalelerin ayrıca insan hakları hukukuna da uygun olması gerekmektedir. Halbuki AB dış sınırlarında gerçekleşen geri itmelerde Frontex, yetkilerini kötüye kullanarak çeşitli hak ihlallerinde rol almaktadır.[112] Öyle ki Frontex'in geri itmelere karıştığı iddiaları,[113] Avrupa Parlamentosu üyelerini, Frontex'in insan haklarına uyumunu ve insan haklarına saygısını ve kendi şeffaflık ve hesap verebilirlik standartlarına bağlılığını araştırmak için bir çalışma grubu kurmaya sevk etmiştir.[114] AB Temel Haklar Ajansı, AB dış sınırlarında meydana gelen hak ihlallerinden Frontex'in de sorumlu olduğunu belirtmektedir.[115]

---

[111] **Ibid**., p. 110.

[112] United Nations General Assembly, **Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea,** p. 14

[113] United Nations General Assembly, **Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance,** No.: A/75/590, 2020, p. 7.

[114] "Respect of fundamental rights by Frontex: European Parliament inquiry launched", **European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs,** https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/238156/14072021%20Final%20Report%20FSWG_en.pdf, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

[115] European Union Agency for Fundamental Rights, **Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders**, 2020, p. 18.

III. GERİ İTME UYGULAMALARININ ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Frontex ve Geri İtme Uygulamaları

Belirtildiği üzere, kuruluş amacını Avrupa sınır yönetimini koordine etmek ve geliştirmek olarak açıklayan Frontex, Avrupa kıtasına geçişler için kullanılan deniz yollarında meydana gelen geri itme vakalarının en önemli aktörlerindendir. Bu durum AB'ye üye devletlerin içinde yer aldıkları geri itme uygulamalarında Frontex'in de gündeme gelmesinde sebep olmaktadır. Zira söz konusu uygulamaların önemli bir kısmı bizzat Frontex aracılığı ile yapılmaktadır. Bununla beraber özellikle yabancıların ilgili devletin kara ülkesine vardıktan sonra geri itilmesi şeklinde meydana gelen vakalarda ilgili devletin Frontex'e başvurmaksızın yabancıları bizatihi geri ittiği de bilinmektedir. Bu tür vakaların bir kısmında yabancılar çeşitli işkence ve kötü muamelelere maruz bırakıldıktan sonra geri itilmektedirler.

Meydana gelen geri itme vakalarının bir kısmı Yunanistan ve İtalya arasındaki deniz alanlarında yaşanmaktadır. İtalya'dan Yunanistan'a yapılan geri itmeler, İtalyan makamları tarafından Adriyatik'teki ana limanlara (Venedik, Ancona, Bari, Brindisi) geri gönderme ve ardından, bireysel değerlendirmeler veya yeterli bilgiye erişim olmaksızın Yunanistan'a geri itmeler şeklindedir.[116] Söz konusu geri itmeler esnasında İtalya makamları gerekli resmi prosedürleri yerine getirmeksizin yabancıları Yunanistan'a geri itmektedir.[117] Geri itmeler sırasında İtalya makamları Frontex'ten ciddi bir yardım almaktadırlar. Ajans, İtalya'da yaptığı operasyonları en önemli iki operasyon örneğinden biri olarak nitelendirmektedir.[118]

İtalya ile Yunanistan arasında 2001 yılında yürürlüğe giren 1999 tarihli ikili geri kabul anlaşmanın 5'inci maddesi belgeleri eksik olan ve Yunanistan'dan İtalya'ya düzensiz olarak taşınan kişilerin geri dönüşünü kabul etmesi gerektiğini şart koşmaktadır.[119] Böylece bu anlaşma uyarınca İtalyan makam-

---

[116] "The Game - legal inspection in Patras (Greece) on readmissions of migrants and asylum seekers from Italy to Greece based on summary procedures", **Association for Juridical Studies on Immigration**, https://sciabacaoruka.asgi.it/en/the-game-legal-inspection-in-patras-greece-readmissions-of-migrants-from-italy-to-greece/, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

[117] CEDH, Sharifi et Autres c. Italie et Grece, Requête No.: 16643/09, Judgment du 21 octobre 2014, para. 83.

[118] "What are the Main Frontex Operations?", Frontex, https://frontex.europa.eu/about-frontex/faq/frontex-operations/, (Erişim Tarihi: 18.01.2023).

[119] Refugee Rights Europe, p. 29.

ları, İtalya'nın Adriyatik limanlarına gelen belgesiz kişilerin Yunanistan'a zorunlu geri dönüşlerini gerçekleştirebilmektedir. Bununla beraber AİHM AB üye devletlerinin yabancıların başka bir üye devletin ülkesine geri gönderilmesine ilişkin ikili anlaşmaları uygularken AİHS kapsamındaki yükümlülüklerini göz ardı edemeyeceklerine hükmetmiştir.[120] Bu sebeple Frontex'in İtalya ile Yunanistan arasındaki geri kabul anlaşmasını gerekçe göstererek geri itme eylemlerini devam ettirmesi geçerli bir sebep olmayacaktır.

Yunanistan'ın sığınma sistemindeki ciddi yapısal eksiklikler göz önüne alındığında, AİHM'ye taraf olan İtalya'nın Frontex aracılığı ile yabancıları bir nevi güvensiz bir ülke olan Yunanistan'a, hem de gerekli yasal prosedürleri izlemeksizin göndermesi AİHS'nin üç hükmü olan toplu sınır dışı etme yasağını, işkence yasağını ve etkili başvuru hakkını ihlal etmektedir.[121] Özet prosedürlere dayanan, bireysel değerlendirme, yasal bildirim ve tercüman hizmetinden yoksun olan İtalya'daki geri itmeler yabancılara aynı zamanda sığınma hakkına erişim imkanı vermemektedir.[122]

Geri itme vakalarının yaşandığı bir diğer yer İspanya ile Fas arasındaki deniz alanlarıdır. Bilhassa Moritanya, Senegal ve Gambiye gibi ülkelerden gelip Fas üzerinden İtalya'ya geçmeye çalışan yabancılar, İtalya'nın sert önlemleri ile karşı karşıya kalmaktadırlar.[123] Söz konusu geri itmelerde Frontex de aktif rol almaktadır. Ajans, çeşitli konularda İspanya makamlarını desteklemekte ve gemi ve uçaklarıyla operasyonlara katılmaktadır.[124]

Kuzey Afrika'dan gelen yabancıların Fas üzerinden İspanya'ya yaptıkları geçişlere tepki olarak geri itmeler senelerdir yaşanmaktadır. Son yıllarda Frontex'in de dahil olduğu bu uygulamalar bazen 2014'teki Tarajal vakası gibi trajedilere yol açmaktadır.[125] İtalya yargı makamlarının mezkur vakaya

---

[120] CEDH, Sharifi et Autres c. Italie et Grece.

[121] "The Game - legal inspection in Patras (Greece) on readmissions of migrants and asylum seekers from Italy to Greece based on summary procedures", **Association for Juridical Studies on Immigration**, https://sciabacaoruka.asgi.it/en/the-game-legal-inspection-in-patras-greece-readmissions-of-migrants-from-italy-to-greece/, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

[122] Refugee Rights Europe, p. 128.

[123] **Ibid**., p. 60.

[124] "Main Operations, Operations Minerva, Indalo (Spain)", **Frontex**, https://frontex.europa.eu/we-support/main-operations/operations-minerva-indalo-spain-/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

[125] 6 Şubat 2014'te meydana yaşanan geri itme vakasında Fas'tan İspanya'ya geçerek sığınmaya çalışan 15 yabancı İspanyol yetkililerin geri itme eylemleri neticesinde El Tarajal sahilinde boğularak vefat etmişlerdir. İspanya İçişleri Bakanlığı'ndan yapılan açıklamalarda yabancılara karşı plastik mermi kullanıldığı, müdahalelerde insan haklarına ve uluslararası hukuk hü-

ilişkin verdikleri karar ise geri itme eylemlerine katılan yetkililerin cezasız kalmasına yönelik bir eğilim olduğunu gösterir niteliktedir.[126] Zira yargılamaya bakan Cádiz'deki eyalet mahkemesi, 15 kişinin ölümüne karıştıkları gerekçesiyle bazı yetkililer hakkında başlatılan kovuşturma için delillerin yetersiz olduğuna karar verdikten sonra olaya karışanları serbest bırakmıştır.[127]

Halihazırda İspanya ile Fas arasında, İtalya ve Yunanistan arasındakine benzer bir ilişki mevcuttur. İspanya, Fas üzerinden gelen teknelerdeki yabancıları, gerekli yasal prosedürlere uymaksızın gerek Guardia Civil memurları[128] gerek Frontex aracılığı ile Fas deniz kuvvetlerinin gözetimine nakletmektedirler.[129] Geri itme vakalarında bireysel değerlendirmelerin yapılmadığı, adli yardım, yerinden edilmiş kişilerin kolayca anlayabileceği bir dilde bilgi vb. dahil olmak üzere yasal süreç eksikliği olduğu ifade edilmektedir.[130]

İtalya ile Libya arasındaki Orta Akdeniz rotası da Avrupa'ya geçmek isteyen yabancıların geri itilmelere maruz kaldığı alanlardan biridir. Bölgede uluslararası hukukun hiçe sayılmak sureti ile yabancıların geri itildiği vakalar sebebi ile Orta Akdeniz rotası dünyanın en tehlikeli ve ölümcül göç yollarından bir kabul edilmektedir.[131] Bölgede bulunan STK kurtarma gemileri geri itilen ve bu sebeple ölüm ile burun buruna gelen yabancıları hayatta tutmaya çalışmaktadırlar. Fakat İtalyan makamları tarafından ağır bir şekilde hedef alınan bu kurtarma gemileri de limanlarda kalmaya zorlanmaktadırlar.[132] Frontex'in bölgedeki varlığı ise yabancılar için şartları daha da zorlaştırmaktadır.[133]

---

kümlerine yeteri kadar riayet edilmediği kabul edilmiştir. V. "Tragedy on El Tarajal Beach: Response of the Spanish Government and Migratory Pressure", **Europe Parliament**, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-7-2014-001879_EN.html?redirect, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

126 Refugee Rights Europe, p. 61.

127 "After Six Long Years, No Justice for Border Deaths and Pushbacks to Morocco from Spain", **Statewatch,** https://www.statewatch.org/news/2020/august/after-six-long-years-no-justice-for-border-deaths-and-pushbacks-to-morocco-from-spain/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

128 Guardia Civil (Sivil Muhafızlar), İspanya'da sivil nüfus üzerinde kamu güvenliğini sağlamaktan sorumlu askerî bir kolluk teşkilatıdır.

129 Refugee Rights Europe, p. 61.

130 **Ibid.**

131 "Missing Migrants Project", **The International Organization for Migration**, https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean, (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

132 Refugee Rights Europe, p. 63.

133 "Frontex Complicit in Abuse in Libya", **Human Right Watch**, https://www.hrw.org /news/2022/12/12/eu-frontex-complicit-abuse-libya, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).

İtalya'nın Libya üzerinden gelen yabancıları Libya'ya doğru geri itmesinin arkasında İtalya ile Libya arasında göç ve sınır kontrolü konusunda yapılan iş birliği yatmaktadır.[134] 2012 yılında Libya'da iç savaşın patlak vermesi ve İtalya'nın Hirsi Jamaa davasında AİHM tarafından mahkûm edilmesi üzerine söz konusu iş birliği askıya alınmıştır.[135] Fakat 2017'de İtalya ile Libya arasında, yerinden edilmiş insanların Libya'dan Avrupa'ya geçişini engellemeyi amaçlayan yeni bir mutabakat zaptı imzalanmıştır.[136] Zaptın odak noktası Libya'nın sınırlarını güvenlik altına almak ve İtalya'yı yapılan göçlere karşı korumaktır.[137] Bu mutabakat zaptı, yasallığı ve etkilerine yönelik yaygın eleştirilerin ortasında, 2 Şubat 2020'de değişiklik yapılmadan üç yıl daha zımnen yenilenmiştir.[138]

Söz konusu mutabakatın sonucu olarak İtalya tarafından geri itilmek sureti ile Libya Sahil Güvenliği tarafından yakalanan yabancıların Libya'da sistematik olarak gözaltına alındıkları ve kötü muameleye maruz bırakıldıkları ifade edilmektedir.[139] Bu iş birliği sayesinde İtalya, Libya'ya geri gönderilen veya Libya'da mahsur kalan yerinden edilmiş kişilere yönelik ağır insan hakları ihlallerini tamamen göz ardı etmektedir. İtalya'nın mütabakat zaptının arkasına sığınmak sureti ile sergilediği bu tavır, uluslararası hukuk ile uyuşmamaktadır.[140]

Geri itme vakaları ile sık gündeme gelen bir diğer ülke de Malta'dır. Malta'nın bu konudaki tutumu sığınma kabulü ve sığınma erişimini garanti

---

134 "Italy and its Libyan Cooperation Program: Pioneer of the European Union's Refugee Policy?", **Middle East Institute**, https://www.mei.edu/publications/italy-and-its-libyan-cooperation-program-pioneer-european-unions-refugee-policy, (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

135 PİJNENBURG Annick, "From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?", **European Journal of Migration and Law**, V. XX, No: 4, 2018, p. 406.

136 **Ibid**., p. 397.

137 PALM Anja, "The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?", **EU Immigration Law Blog**, https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/, (Erişim Tarihi: 18.02.2023).

138 "Italy and Libya Renew Their Bilateral Migration Deal", **EuroMeSCo**, https://www.euromesco.net/news/italy-and-libya-renew-their-bilateral-migration-deal/, (Erişim Tarihi: 14.01.2023).

139 Refugee Rights Europe, p. 63.

140 "Request for UN Inquiry into Italy's Role in the Systematic Torture of Migrants « Pulled Back » to Libya", **Centre Suisse pour la Defense des Droits des Migrants**, https://centre-csdm.org/request-for-un-inquiry-into-italys-role-in-the-systematic-torture-of-migrants-pulled-back-to-libya/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

etmek yerine, yabancıların Libya'da tutulmasına odaklanmıştır.[141] Diğer AB üyesi devletler gibi Malta da Orta Akdeniz'in kontrolünü yabancıların Avrupa'ya ulaşmadan önce denizde yakalayabilmesi için Libya'ya yaptırmaya çalışmaktadır.[142] Akdeniz'de yaşanan geri itme vakalarını belgeleyen Sea Watch'a göre Malta hükümeti Libya bayrağını dalgalandırdığı bazı teknelerle yabancıları Libya tarafına doğru geri itmektedir. Maltalı yetkililerin, boğulma riski altında olan yabancıların imdat çağrılarına cevap vermeyi geciktirdikleri, ayrıca Frontex'in de Libya sahil güvenliğine bilgi sağlamak, Maltalı yetkililerin teknelere ulaşmalarına yardımcı olmak, bunların Libya'ya geri gönderilmesinde rol almak gibi çeşitli şekillerde geri itme vakalarında yer aldığı ifade edilmektedir.[143]

Geri itme vakalarının sık sık yaşandığı bir diğer yer ise Ege Denizi'dir. Yunan Sahil Güvenliği, deniz sınırı gözetleme ve arama kurtarma amacıyla Ege Denizi'nde faaliyet göstermektedir ve Frontex tarafından desteklenmektedir.[144] Uluslararası Af Örgütü'nün yayınladığı raporlarda Yunan Sahil Güvenliği ve buna bağlı olarak Frontex tarafından yapılan geri itmelerde yabancıların uzun deniz yolculukları için yapılmayan şişme botlarla denizin ortasında bırakıldıkları, teknelerin sıkıştırıldığı veya bıçaklandığı, küreklerin çıkarıldığı ve motorların devre dışı bırakıldığı, çoğu yabancının tokatlanma, dövülme ve tartaklanma da dahil olmak üzere şiddete veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakıldığı ifade edilmektedir.[145]

2020'nin başından bu yana, Yunan Sahil Güvenliği ve Frontex tarafından denizde yaygın geri itme yöntemleri uygulanmaya devam etmektedir. Yabancıların dirençlerini kırmak adına teknelerin akaryakıtına el konulması, motorların imha edilmesi, teknelerin yanından denize ateş açılması ve teknelerinin etrafında dönen gemilerin tehlikeli dalgalar oluşturması yöntemlerine başvurulmaktadır.[146] Yunan Sahil Güvenliği ve Frontex unsurları, uyarı atış-

---

[141] Refugee Rights Europe, p. 67.

[142] Amnesty International, **Malta: Waves of Impunity, Malta's Human Rights Violations and Europe's Responsibilities in the Central Mediterranean,** 2020, p. 24.

[143] "Crimes of Malta", **Sea Watch,** https://sea-watch.org/en/crimes-of-malta/, (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

[144] "Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks", **Bellingcat**, https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/, (Erişim Tarihi: 16.01.2023.

[145] Amnesty International, **Frontier Europe Human Rights Abuses on Greece's Border with Turkey,** 2013, p. 12.

[146] Refugee Rights Europe, p. 69.

ları yaparak, onları kıyıdan ayırarak ve çeşitli caydırıcılık uygulamaları kullanarak teknelerin Yunan sularına girmesini engellemeye çalışmaktadır.[147]

Yaşanan geri itme vakalarında Yunan Sahil Güvenliği ve Frontex tekneleri açık deniz alanlarına kadar geri itmekle beraber kimi zaman bu tekneleri Türk karasuları yakınına kadar sürüklemektedir. Bu vakalarda kimi zaman yabancılar, teknelerinden alınıp daha az güvenli botlara dahi bindirilebilmektedirler.[148] Bu tür olaylarla çok anılmak istemeyen Yunan Sahil Güvenliği'nin geri itmeleri herhangi bir resmi kıyafeti olmayan ve yüzleri maskeli kişiler aracılığı ile yabancıları geri ittiği de ifade edilmektedir.[149] Yunan Sahil Güvenliği'nin bu şekilde geri itme uygulamalarından doğacak sorumluluktan kaçmaya çalıştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

2. AİHM ve Geri İtme Uygulamaları

AİHM, geri itme uygulamaları neticesinde yaşanan hak ihlallerine istinaden yapılan başvurularda genelde ilgili devletin hükümranlık yetkisinden bahsetmektedir. Mahkemenin istikrarlı içtihadına göre sözleşmeci devletlerin, sözleşmelerden kaynaklanan taahhütlerine halel getirmeyecek şekilde, vatandaş olmayanların ülkeye girişlerini, ülkede kalışlarını ve ülkeden uzaklaştırılmalarını kontrol etme hakları vardır.[150]

Mahkeme verdiği kararlarda AB'nin dış sınırlarında bulunan devletlerin, gitgide artan göçmen ve sığınma talep sayısına karşı koymak için ciddi zorluklarla karşılaştıklarını kabul etmiştir.[151] Kararlarda, Avrupa'nın güney sınırlarının denetimi için ek zorluklara neden olan deniz yoluyla yapılan göç olgusuna bağlı zorlukların bilincinde olunduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, 3'üncü maddenin güvence altına aldığı hakların mutlak olma niteliği dikkate alındığında, bu durumun bir devletin, bu hüküm bakımından var

---

147 GEORGİOPOULOU Tania, SOULİOTİS Yiannis, "Coast Guard Stops Migrant Arrivals by Sea", **Ecathimerini**, https://www.ekathimerini.com/news/252365/coast-guard-stops-migrant-arrivals-by-sea/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

148 "Greece: Investigate Pushbacks, Collective Expulsions", **Human Rights Watch,** https://www.hrw.org/news/2020/07/16/greece-investigate-pushbacks-collective-expulsions, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).

149 Leone Hadavi, Bashar Deeb, "Masked Men on a Hellenic Coast Guard Boat Involved in Pushback Incident", **Bellingcat**, https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2020/06/23/masked-men-on-a-hellenic-coast-guard-boat-involved-in-pushback-incident/, (Erişim Tarihi: 14.01.2023).

150 ECtHR, M.S.S. v. Belgium, App. No.: 30696/09, Judgement of 21 January 2011, para. 223.

151 ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 122.

olan yükümlülüklerinden muaf olmasını sağlamayacağı belirtilmektedir. Mahkeme, bu bağlamda sözleşmesel hükümlerin yorumlanmasının, iyi niyet ilkesi ve sözleşmenin konusu ve amacı ile uygun bir şekilde yapılması gerektiğini ifade etmektedir.[152] Mahkemeye göre geri itme eylemlerinde yabancılar, geri itme eylemini yapan devletin yetki ve kontrolünde olduklarından müdahalenin karasularında değil de açık denizde gerçekleşmiş olması fark etmemektedir. Her iki durumda da ilgili devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.[153]

Geri itme de dahil olmak üzere bir yabancının, sözleşmeci bir devlet tarafından uzaklaştırılmasına ilişkin her türlü tedbir, sözleşmenin 3'üncü maddesi bağlamında bir sorun çıkarabilmektedir. Zira yabancının geri itilmesi sonucu gitmek zorunda bırakıldığı ülkede 3'üncü maddeye aykırı bir muamele görme riski bulunduğuna ilişkin ciddi gerekçeler bulunduğunda, geri iten devletin, sözleşme bağlamında sorumluluğu gündeme gelecektir.[154] Bu durumda 3'üncü madde, söz konusu yabancıyı, bu ülkeye gönderilmek üzere geri itmeme yükümlülüğünü içermektedir.[155] Bu yükümlülüğe uymaksızın yapılan uygulamalar neticesinde sorumluluk, yabancıyı geri itme sureti ile yasaklanan kötü muamele riskiyle karşı karşıya bırakmış olması nedeniyle, sözleşmeci devlettedir.[156] Aksi bir kabul uygun düzenlemelerin yokluğunda, devletlerin kendi topraklarına girişi reddetme yetkisi, gerçek bir zulüm riskiyle karşı karşıya olan bireyleri korumak için kaleme alınmış tüm sözleşme hükümlerini etkisiz hale getirebilecektir.[157]

Mahkemeye göre sistematik insan hakları ihlalleri karşısında başvuranların karşılaşacakları muamele hakkında bilgi edinmek, yabancıları geri iten devlet makamlarına düşmektedir.[158] Yabancıların sığınma talep etmeyi ihmal

---

[152] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber**, 2020, s. 12.

[153] ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 114.

[154] ECtHR, Soering v. United Kingdom, App. No.: 14038/88, Judgement of 7 July 1989, para. 90-91; ECtHR, Vılvarajah and Others v. United Kingdom, App. No's.: 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, Judgement of 30 October 1991, para. 103; ECtHR, H.L.R. v. France, App. No.: 24573/94, Judgement of 29 April 1997, para. 34; ECtHR, Salah Sheekh v. The Nedherlands, App. No.: 1948/04, Judgement of 11 January 2007, para. 135; ECtHR, Saadi v. Italy, App. No.: 37201/06, Judgement of 28 February 2008, para. 125.

[155] ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 113; ECtHR, Saadi v. Italy, para. 126.

[156] ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, para. 209.

[157] ECtHR, Chahal v. United Kingdom, para. 104-105; ECtHR, M.S.S. v. Belgium, para. 359.

[158] ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 133.

etmiş olmaları gibi durumlar geri iten devletin 3'üncü madde anlamındaki yükümlülüklerine saygı göstermekle yükümlü olmadığı sonucunu çıkartmaz.[159] Zira denizdeki kişilere yardım yükümlülüğü devletlere uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler yüklemektedir ve geri itmeme de bunlardan bir tanesidir.[160]

Geri itme fiili neticesinde yabancıların 3'üncü maddeyle uyumsuz olan muamelelere maruz kalınacağına ilişkin gerçek bir risk bulunduğuna dair ciddi ve kesin gerekçelerin varlığının tespiti gerekmektedir.[161] Bu tespitlerde mahkeme, tarafların sunduğu delillerle yetinmemekte, kendisine sunulan unsurların tamamı veya gerekirse, kendisinin resen elde ettiği delilleri dikkate almaktadır.[162] Bu amaçla, bir ülkedeki genel duruma ilişkin olarak mahkeme, sıklıkla, Amnesty International gibi bağımsız uluslararası insan hakları koruma örgütlerinin veya hükümet kaynaklarının yakın geçmişte verdikleri raporlarındaki bilgilere önem atfetmektedir.[163] Bu raporlar üzerinden mahkeme riskin gerçekten var olup olmadığını ve gönderilecek devletin makamlarının, uygun bir korumayla bunu telafi edip edemeyeceklerini değerlendirmektedir.[164] Söz konusu tespiti yaparken mahkeme, ekseriyetle geri itme eyleminin gerçekleştiği zamanı dikkate almaktadır.[165]

Mahkeme ayrıca, bir yabancının dolaylı olarak geri gönderilmesinin sözleşmeci devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığını, zira bu devletin söz konusu yabancının kötü bir muameleye maruz kalmamasını sağlaması gerektiğini belirtmektedir. Bu yükümlülük, aracı ülke sözleşmeye taraf devlet olmadığında çok daha önemlidir.[166] Dolayısıyla yabancıların akıbetinin belli olmadığı açık denizlere itilmesi veya değerlendirme yapılmaksızın bir ülkenin kara sularına vs. itilmesi dolaylı ihlal anlamına gelecektir.

---

159 **Ibid.,** para. 116; ECtHR, Hilal v. United Kingdom, App. No.: 45276/99, Judgement of 6 March 2001, para. 60.

160 **Ibid**., para. 23.

161 ECtHR, H.L.R. v. France, para. 37.

162 ECtHR, Saıd v. The Netherlands, App. No.: 2345/02, Judgement of 5 July 2005, para. 54; ECtHR, Al-Moayad v. Germany, App. No.: 35865/03, Judgement of 20 February 2007, Para. 65-66; ECtHR, Saadi v. Italy, para. 131.

163 ECtHR, H.L.R. v. France, para. 40; ECtHR, Saadi v. Italy, para. 129.

164 ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 121.

165 ECtHR, Salah Sheekh v. The Nedherlands, para. 138-149.

166 ECtHR, M.A. and Others v. Lithuania, App. No.: 59793/17, Judgement of 11 December 2018, para. 104.

Bir başvuranın, geri itme eylemi neticesinde gitmek zorunda kalacağı ülkede sistematik olarak kötü muameleye maruz kalan bir grubun parçası olduğunu öne sürdüğü başvurularda mahkeme, hem söz konusu gruba yapıldığı iddia edilen uygulamanın varlığını hem de başvuranın bu gruba aidiyetini aramaktadır. Bu tespit esnasında hem başvurucunun sunduğu hem de resen nazara aldığı delillerden yararlanan mahkeme her iki durumun da kanıtlanması halinde başvurucuyu 3'üncü maddenin koruması altına almaktadır.[167] Güvence altına alınan hakkın mutlak niteliği nedeniyle 3'üncü maddenin tehlikenin kamu görevi yapmayan kişi veya gruplardan gelmesi halinde de uygulanabileceği ihtimali de devre dışı bırakılmamalıdır.[168] Zira 3'üncü madde hiçbir istisna hükmü getirmez, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum söz konusu olduğunda bile bu maddeden hiçbir sapmaya izin verilmez.[169] Bu sebeple geri itilmeye maruz kalan yabancıların geri itilmeden önce sistematik olarak kötü muameleye maruz kalan biri ya da böyle bir grubun parçası olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

Geri itme fiiline maruz kalan yabancıların ilgili devletin ülkesine hukuka aykırı yollardan veya organize bir suç örgütü aracılığı ile girmeye çalışıyor olmaları bu yabancıların 3'üncü maddenin korumasında faydalanamayacakları anlamına gelmemektedir. Zira işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı mutlaktır.[170] Bu yasak, mağdurun davranışından bağımsızdır.[171] Terörizm ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile, mağdurun eylemleri ne olursa olsun, işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklanmaktadır.

Kötü muamelenin sözleşmenin 3'üncü maddesi kapsamına girebilmesi için asgari şiddet eşiğini karşılaması gerekir. Bu minimum değerin değerlendirilmesi, doğası gereği görecelidir; davanın tüm koşullarına, özellikle başvurucular üzerindeki fiziksel veya zihinsel etkilerine ve ayrıca bazen başvurucunun cinsiyetine, yaşına, sağlık durumuna vb. bağlıdır. Bu noktada

---

[167] ECtHR, H.L.R. v. France, para. 40.

[168] ECtHR, Al-Adsanı v. United Kingdom, App. No.: 35763/97, Judgement of 21 November 2001, para. 59; ECtHR, Selmounı v. France, App. No.: 25803/94, Judgement of 28 July 1988, para. 95; ECtHR, Saadi v. Italy, para. 127.

[169] ECtHR, Chahal v. United Kingdom, para. 79.

[170] ECtHR, Ramırez Sanchez v. France, App. No.: 59450/00, Judgement of 4 July 2006, Para. 115; CEDH, Indelıcato c. Italıe, Requête No.: 31143/96, Judgment du 18 octobre 2001, para. 30.

[171] CEDH, Safı c. Grèce, Requête No.: 5418/15, Judgment du 7 juillet 2022, para. 186.

gerçekleşen bazı geri itme eylemleri esnasında yabancıların denizde veya karada herhangi bir şekilde uzun sürelerle bekletilmeleri fiziksel veya zihinsel ıstıraba neden olduğu gerekçesiyle "insanlık dışı" bulunmaktadır. Zira bu tür muamelelerin yabancılara korku, endişe ve aşağılık duyguları aşılaması muhtemeldir. Uzun sürelerle bekletme gibi uygulamalar, belirli bir meşru amaca yönelmelidir. Amaçsız bekletmeler maddenin getirdiği korumaya aykırılık teşkil edecektir.[172]

Geri itilmek üzere denizde veya karada yapılan bekletmeler esnasında yetkililer tarafından yapılan keyfi üst aramaları da sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.[173] Mahkeme, bu tür bir muameleye maruz kalmak zorunda olan bir kişinin, özellikle başka birinin önünde soyunması söz konusu olduğunda, mahremiyetinin ve haysiyetinin ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir kuşkunun olmadığını ifade etmektedir.[174] Mahkemeye göre mağdurun, başkalarının gözünde değil, kendi gözünde küçük düşürülmüş olması bile yeterli olabilir.[175]

Belirtmek gerekir ki, üst aramaları güvenliği sağlamak, suç işlenmesini önlemek, kamu düzenini korumak gibi gerekçeler ile yapılabilir.[176] Bununla birlikte, bu amaçlardan birine ulaşmak için "gerekli" olmanın yanı sıra, üst aramaları "uygun bir şekilde" yapılmalıdır. Böylece tutukluların maruz kaldığı ıstırap veya aşağılanma derecesi, bu tür meşru muamelelerde kaçınılmaz olarak yer alan düzeyi aşmamış olacaktır.[177] Bu hususlar dikkate alınmaksızın yapılan tam vücut aramaları, ilgililer arasında bir keyfilik duygusu meydana getirebilir. Bu durum başkaları önünde soyunma, anal muayeneye maruz bırakılma gibi durumlarla birleştiğinde ilgilisi için katlanılabilir olmaktan çıkmaktadır.[178]

Mahkemeye göre bir yabancının ülkeden çıkartılması ya da ülkeye girişine izin verilmemesi için bir karar tesis edilmeli ve yabancıya bu karara

---

172 ECtHR, Lyalyakin v. Russia, App. no.: 31305/09, Judgement of 12 March 2015, para. 75.

173 ECtHR, Frerot v. France, App. No.: 70204/01, Judgement of 12 June 2007, para. 39.

174 ECtHR, Tyrer v. United Kingdom, App. No.: 5856/72, Judgement of 25 April 1978, para. 32; ECtHR, M.S.S. v. Belgium, para. 220.

175 CEDH, Khıder v. France, Requête No.: 39364/05, Judgment du 9 juillet 2009, para. 127.

176 CEDH, Safı c. Grèce, para. 192.

177 CEDH, Cıupercescu v. Roumanıe, Requête No.: 35555/03, Judgment du 15 juin 2010, para. 116.

178 ECtHR, Kudlo v. Poland, App. No.: 30210/96, Judgement of 26 October 2000, para. 157.

karşı etkili bir makama başvurma imkanı verilmelidir.[179] Bu sebeple geri itme eylemleri, yabancılar hakkında karar tesis edilmediği ya da yabancılara bu karara karşı yargı yoluna başvurma imkanı verilmediğinden mahkemenin içtihatlarına aykırılık teşkil etmektedir. Mahkeme içtihatlarından bir kişinin geri itilmesinin veya geri gönderilmesinin kendisini, sözleşmede yasaklanan muamelelere maruz bırakacağına ilişkin şikayetinin kesinlikle milli bir makamlar tarafından dikkatli şekilde incelenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.[180] Zira sözleşmenin 13'üncü maddesi, hangi biçimde güvence altına alınmış olursa olsun, sözleşme hak ve özgürlüklerinin özünü uygulamak için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini garanti eder. Dolayısıyla bu hükmün etkisi, sözleşme kapsamında "savunulabilir bir şikayetin" esasıyla ilgilenmek ve uygun bir çare sağlamak için bir iç hukuk yolunun sağlanmasını zorunlu kılmaktır.[181]

Mahkeme, sözleşmenin 13'üncü maddesinin gerektirdiği başvuru yollarının etkinliğinin, sözleşmeye aykırı ve sonuçları potansiyel olarak geri dönülemez olan tedbirlerin icra edilmesini engelleyebilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu sebeple geri itilecek yabancılar hakkında tesis edilen kararlara karşı iç hukukta başvurulacak yolun olması yeterli olmayacak, ayrıca bu yolun söz konusu kararın ulusal makamlar tarafından sözleşme ile uyumluluklarının incelenmesinden önce icra edilmesini önleyebilmesi gerekecektir.[182] Söz konusu yolun olmaması veya gerekli şartları taşımaması durumunda geri itme eylemine maruz kalan yabancıların AİHM'deki yargılama esnasında ilgili devletin hukuk yolunun hem teoride pratikte etkili veya mevcut olmadığına ikna etmeleri durumunda sözleşmeci devletin sorumluluğu doğacaktır.[183]

Geri itme eylemlerinden önce ilgili devletin yabancılara sığınma imkanı vermesi gerekmektedir. Bununla beraber sığınma prosedürüne ilişkin bilgilendirme eksikliği, sığınma prosedürlerine erişime ciddi bir engel oluşturmaktadır.[184] Mahkeme bu noktada haklarında, sonuçları potansiyel olarak geri dönülemez olan bir uzaklaştırma tedbiri alınan ilgili yabancılar için

---

[179] ECtHR, Shamayev and Others v. Georgia and Russia, App. No.: 36378/02, Judgement of 12 April 2005, para. 448.

[180] ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, para. 240.

[181] ECtHR, Conka v. Belgium, App. No.: 51564/99, Judgement of 5 February 2002, para. 79.

[182] CEDH, Safı c. Grèce, para. 102.

[183] ECtHR, M.S.S. v. Belgium, para. 304.

[184] ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, para. 204.

etkin prosedürlere erişimlerinin olmasının ve şikâyetlerini desteklemelerini sağlayan yeterli bilgileri elde etme hakkının öneminin altını çizmektedir.[185] Bu bağlamda sığınma prosedürüne erişimi sağlamak için tercüman desteği önem arz etmektedir.[186] Bu tür durumlarda mahkeme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlerin sınır görevlilerine, sığınmacıların sığınma niyetlerini açıkça ifade edecek durumda olmadıkları durumlarda dahi, sığınma taleplerini tespit edip anlamalarını sağlayacak eğitim verilmesinin tavsiye edildiği raporlarına dikkat çekmiştir.[187]

Mahkemeye göre deniz operasyonları esnasında yaşanan hak ihlallerinden sadece ilgili devleti sorumlu tutmak elbette mümkün değildir. Zira denizdeki yabancıların kurtarılmasında görev alan bir devlet gemisinin kaptanı ve müretebatı böyle bir operasyon bağlamında genellikle zor ve hızlı kararlar almak zorunda kalmaktadır. Fakat her şart ve koşul altında, alınan kararların ilk amacı, tehlikede olan kişilerin yaşam hakkını güvence altına almak olmalıdır.[188] Kimi durumlarda ilgili devlet gereken özeni göstermesine rağmen bazı hak ihlalleri yine de meydana gelmektedir. Zira yabancıları taşıyan tekne veya gemilerin takip edilen rotaya, denizin şartlarına veya yolcu sayısına uygun olmaması hasebi ile kazalar meydana gelebilmektedir. Fakat bu durumlarda yabancılar yaşanan hak ihlallerinden bir noktaya kadar sorumludur, ilgili devletin yabancıları kurtarmak adına elinden geleni yapması gerekmektedir. Durumun şartlarının öne sürülmesi sureti ile sorumluluktan kaçılması mümkün değildir.

SONUÇ

Bir cezalandırma biçimi ve sözde caydırıcılık olarak uygulanan geri itmeler, yabancıların çeşitli sebeplerle uluslararası bir sınırı yasa dışı yollardan geçmeleri veya geçmeye teşebbüs etmeleri durumunda kendilerine tanınan haklara karşı bir misilleme aracı olarak kullanılmaktadır. Bu tür uygulamalar yabancıların kırılganlıklarını arttırmaktadır. Halbuki uluslararası bir sınırı yasa dışı yollarla geçmek tek başına suç teşkil etmemektedir. Bu yasa dışı girişlerin veya giriş teşebbüslerinin gerekçe gösterilerek yabancıların yasal süreç garantileri de dahil olmak üzere insan haklarından mahrum bırakılmamaları gerekmektedir.

---

[185] ECtHR, M.S.S. v. Belgium, para. 301.

[186] ECtHR, M.A. and Others v. Lithuania, para. 109.

[187] CEDH, Safı c. Grèce, para. 158.

[188] **Ibid**., para. 162.

Ulusal alanda geri itmelerin cezasız kalması yaygındır. Birçok devlette, ihlalleri yeterince ele alan ve önleyen iç mekanizmaların olmaması veya var olan mekanizmaların başarısızlığı nedeniyle yabancıların adalete erişimi ciddi şekilde tehlikeye girmektedir. Halbuki devletlerin kendi yetki alanları dahilinde göçü yönetme imtiyazı, uluslararası insan hakları hukuku ve standartları da dahil olmak üzere uluslararası hukuka uygun olarak yürütülmelidir. Adalete erişim imkanının verilmediği geri itme uygulamalarında her yabancı, bireyselleştirilmiş bir değerlendirme ve diğer usuli güvencelerden de yoksun kalmaktadır. Bu durum ise geri itmelerin toplu sınır dışı etme ve geri gönderme yasaklarını ihlal etmesi sonucunu doğurmaktadır. Halbuki adalete erişimin eksikliği bir tarafa ulusal sığınma yasalarının olmaması dahi devletleri uluslararası insan hakları hukuku kapsamında geri göndermeyi önleme yükümlülüklerinden muaf tutmamaktadır.

Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmek sureti ile yabancıları geri iten devletlerin bu tür uygulamalarına son vermeleri, toplu sınır dışı etme ve geri gönderme yasaklarına gereği gibi riayet etmeleri gerekmektedir. Devletler, düzensiz göç kapsamındakiler de dahil olmak üzere yabancılara karşı insan haklarının her zaman öncelikli olduğu bir yaklaşım sergilemeli ve göç politikalarının uygulanmasında hukukun üstünlüğünü göz önüne almalıdırlar. Ayrıca geri göndermeyi ve toplu sınır dışı etmeyi yasaklamak ve düzensiz girişleri suç olmaktan çıkarmak için yerel mevzuatlarını uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu hale getirmelidirler.

Geri itme uygulamaları, AİHM'nin içtihatlarında bahsettiği birçok kriterle de uyuşmamaktadır. Mahkeme yapılacak her türlü müdahalenin gözetilen hedefle orantılı olması gerektiğini, başta sığınma hakkı, yaşam hakkı ve işkence yasağı olmak üzere temel düzenlemelerin, iyi niyet ilkesi doğrultusunda yorumlanmasının elzem olduğunu ifade etmesine rağmen geri itme uygulamalarında bu hususlara dikkat edilmediği görülmektedir. Bilhassa yabancıların bulundukları botların akaryakıtlarına el konulması, motorlarının imha edilmesi, denize ateş açılması ve botların etrafında dönen gemilerin tehlikeli dalgalar oluşturulması sureti ile ilgili devletler, AİHM içtihatlarını göz ardı etmektedirler.

Devletlerin geri itme uygulamaları esnasında kendi politikalarını AİHS'nin sağladığı haklardan dahi üstün görmeleri, yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Halbuki sınır yönetim önlemlerinin yabancıların insan haklarını olumsuz etkilememesi sağlanmalıdır. Bu noktada ilgili devletler, AİHM içtihatlarını göz önüne almakla beraber zor durumdaki yabancılara yardım etmek için arama ve

kurtarma operasyonları yürüten sivil toplum kuruluşları gibi aktörleri, bunu yaptıkları için suçlanmamalı veya cezalandırılmamalı; sınırlarda arama ve kurtarma kapasitelerini azaltacak ve insani yardım yapmaktan caydıracak idari veya cezai önlemlere başvurulmamalıdırlar. Devletler, sivil toplum kuruluşlarının ve insan hakları savunucularının geri gönderme olaylarını ele alma ve izlemedeki rolünü kabul etmeli ve çalışmalarını yürütürken bunların pratik engellerle karşılaşmamalarını sağlamaya çalışmalıdırlar.

Ayrım gözetmeksizin tüm yabancıların uluslararası sınırlarda korunması elzemdir. Bu amaçla kolluk kuvvetlerindeki önyargının kırılması adına insan haklarıyla uyumlu bir şekilde rehberlik sağlayan işletim prosedürlerinin benimsenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Ayrıca her yabancının durumunun ve giriş nedenlerinin birbirinden bağımsız bir şekilde belirlenmesi ve uluslararası sınırlarda risk altında veya savunmasız durumda olabilecek yabancıların, bilhassa çocuk ve kadınların, belirlenip uygun şekilde yönlendirilmesi sağlanmalıdır.

Yaşanacak hak ihlallerinin önüne geçilmesi adına sınır makamları tarafından güç ve ateşli silah kullanımı da ilgili devletlerce uluslararası standartlara göre katı bir şekilde düzenlenmelidir. Herhangi bir kötüye kullanım iddiası derhal soruşturulmalı ve uygun şekilde yaptırım uygulanmalıdır. Bu tür durumlarda şüphelilerin görevden uzaklaştırılmaları, faillerin ise görevden alınmaları caydırıcı bir yöntem olarak gözükmektedir. Bu doğrultuda uluslararası sınırlarda insan hakları ihlalleri ve suiistimallerine ilişkin iddiaları derhal ve etraflıca soruşturacak ve eylemlerin uluslararası standartlara uygunluğunu denetleyecek etkili bağımsız izleme mekanizmalarının kurulması da elzemdir.

Bununla beraber tüm yabancıların etkili hukuk yoluna ve yargı makamı önünde temyize erişimleri sağlanmalıdır. Bu yapılırken tercümanlık hizmetlerine de erişimin sağlanması ve ilgili yargılama devam ederken yabancının güvenli bir yerde yaşamasına izin verilmesi de gerekmektedir. Yargılamalar neticesinde geri dönemeyeceğine karar verilen yabancıların yasal statülerini sağlamak için uygun idari ve yasal mekanizmalar işletilmelidir. Özellikle ilgilinin, ister refakatsiz ister yetişkinlerle birlikte seyahat etsin, çocuk olduğu durumlarda daha hassas davranılmalı, çocukların yüksek yararı, göç yönetimi hedeflerinden önce gelmelidir.

Nihayetinde, devletlerin ülke sınırlarını korumak amacıyla çeşitli önlemler alması elbette mümkündür. Fakat söz konusu müdahaleler esnasında

devletlerin sadece kendi çıkarlarını ön planda tutmaları hem vicdani hem de hukuki olarak kabul edilemezdir. Buna karşın, geri itme uygulamalarında devletlerin kendi çıkarları çerçevesinde hareket ettikleri görülmüş olup söz konusu uygulamaların bu açıdan insan onuruna ve insan haklarına bir saldırı niteliği taşıdığından bir şüphe yoktur. Bu sebeple ilgili devletlerin her ne şekilde olursa olsun sınırlarına kadar gelen yabancıları uluslararası hukukun gerekleri çerçevesinde kabul etmeleri ve yine bu yabancılara uluslararası hukukun sağladığı haklara erişimlerine imkan tanımaları elzemdir. Aksi bir durum her ne gerekçeyle olursa olsun yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek ve dahası ilgili devletin sorumluluğuna yol açacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

ACER Yücel / KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukuk**, C. 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ALLAIN Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law**, V. 13, No: 4, 2022, p. 533-558.

ASIL Erdem, "Uluslararası Deniz Hukukuna Hakim Olan İlkeler Kapsamında Kitle İmha Silahlarının Yayılmasını Engellemeye Yönelik Tedbirlerin Değerlendirilmesi", **Adalet Dergisi**, No: 67, 2021, s. 445-490.

BARNES Richard, "The International Law of the Sea and Migration Control", **Martinus Nijhoff Publishers**, 2010, p. 100-146.

BOBADİLLA Isabella, "Refugees: Why Do Some Countries Reject While Others Accept?", **University of Florida**, 2017, p. 1-15.

BRACKX Mathilde, Pushbacks Under International Law Human Right Law, Master Thesis, Ghent University Faculty of Law and Criminology, 2021.

COPPENS Jasmine, "Migrants Migrants in the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdictionin the Mediterranean: Do's and Don'ts in Maritime Interdiction", **Ocean Development and International Law,** V. 43, 2012, p. 342-370.

DEMİR İsmail, "Türk deniz Yetki Alanlarının Belirlenmesinin Hukuki Dayanakları ve İç Hukuk Üzerine Bazı Düşünceler", **Adalet Dergisi**, C. 65, 2020, s. 27-50.

GOODWİN-GİLL Guy S., "The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement", **International Journal of Refugee Law**, V. 23, No: 3, 2011.

GUILFOYLE Douglas, "Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction", **Journal of Conflict and Security Law**, V. 12, No: 1, 2007, p. 1-35.

HINRICHS Ximena, "Measures against Smuggling of Migrants at Sea: A Law of Sea Related Perspective", **Revue Belge de Droit International**, V. 2, 2003, p. 413-451.

KANT Immanuel, **Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme,** (çev. Y. Abadan/S. Meray) Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.

KOGOVŠEK ŠALAMON Neža, "EU Conditionality in the Western Balkans: Does It Lead to Criminalisation of Migration?", **Springer International Publishing**, 2020, p. 131-155.

LORTOĞULU Ceylan, "Suriyeli Mültecilerin "Misafir" Olma Haline Misafirperverlik Hukuku ve Etiği Açısından Bakış", **İnsan ve İnsan,** C. 4, No: 11, 2017, s. 54-80.

MİSİLİ Sinan, "Açık Denizlerin Serbestliği, Gemilerin Uyrukluğu ve Bayrak Devleti Münhasır Yargı yetkisi Arasındaki İlişkinin Teamül Hukuku, Konvansiyonlar ve Mahkeme Kararları Işığında İncelenmesi", Ankara Hacı Bayr**am Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, No: 1, 2014, p. 179-207.

MORARU Madalina, "Generalised Push-back Practices in Europe: The Right to Seek Asylum is a Fundamental Right", **European University Institute**, 2021, p. 154-164.

MORENO-LAX, Violeta: "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", **International Journal of Refugee Law**, V. 25, No: 2, 2011, p. 174-220.

PAPASTAVRİDİS Efthymios, "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas", T**he International Journal of Marine and Coastal Law**, No: 25, 2010, p. 569-599.

PAPASTAVRİDİS Efthymios, "Fortress Europe' and FRONTEX: Within or Without International Law?", **Nordic Journal of International Law**, V. 79, 2010, p. 75-111.

PİJNENBURG Annick, "From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?", **European Journal of Migration and Law**, V. XX, No: 4, 2018, p. 396-423.

TURGAY Salih, "Avrupa Birliği'nin Göçü Güvenlikleştirme Politikasında Frontex'in Rolü", **Journel of International Relations and Political Science Studies**, 2021, p. 5-26.

UZUN Ekin Deniz, "The Refugee in Law and Practice: In the Face of Western States' Pushback Policies", **Public and Private International Law Bulletin,** 2022, p. 159-203.

ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

WOUTERS Cornelis Wolfram, **International Legal Standards for the Protection from Refoulement**, Oxford, Antwerp, 2009.

Uluslararası Belgeler ve Düzenlemeler

Amnesty International, **Frontier Europe Human Rights Abuses on Greece's Border with Turkey**, 2013.

Amnesty International, **Malta: Waves of Impunity, Malta's Human Rights Violations and Europe's Responsibilities in the Central Mediterranean**, 2020.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber**, 2020.

Belgrade Centre for Human Rights / Macedonian Young Lawyers Association, **A Dangerous Game: The Pushback of Migrants Including Refugees at Europe's Borders**, 2017.

"Charter of Fundamental Rights of the European Union," **Official Journal of the European Communities**, No.: 2000/C 364/01, 2000.

"Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004, Establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 349/1, 2004.

Council of Europe Parliamentary Assembly, **Pushback Policies and Practice i n Council of Europe Member States, Resolution 2299 (2019),** 2019.

European Council, **European Council Meeting (25 and 26 June 2015),** No: EUCO 22/15, 2015.

European Union Agency for Fundamental Rights, **Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders**, 2020.

"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi", **Resmi Gazete**, No.: 7217, 1949.

"İşkenceye ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", **Resmi Gazete,** No.: 19895, 1989.

"Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme", **Resmi Gazete,** No.: 10898, 1961.

Office of the High Commissioner For Human Rights, **CAT General Comment No. 1: Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications),** 1997.

Office of the High Commissioner For Human Rights, **General Comment No. 31 (80): The Nature of General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant,** 2004.

Refugee Rights Europe, **Pushback and Right Violations at European's Borders**, 2020.

"Regulation (EU) No 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Establishing Rules for the Surveillance of the External Sea Borders in the Context of Operational Cooperation Coordinated by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 189/93, 2014.

"Regulation (EU) No 1168/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 Amending Council Regulation (EC) No 2007/2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union", **Official Journal of the European Union,** No: L 304/1, 2011.

"Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)", **Official Journal of the European Union,** No: L 77/1, 2016.

"Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2016 on the European Border and Coast Guard and amending Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council and repealing Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council, Council Regulation (EC) No 2007/2004 and Council Decision 2005/267/EC" **Official Journal of the European Union,** 2016.

United Nations General Assembly, **Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance,** No.: A/75/590, 2020.

United Nations General Assembly, **Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea,** No.: A/HRC/47/30, 2021.

United Nations General Assembly, **Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,** No.: A/70/303, 2015.

United Nations General Assembly, **Unlawful Death of Refugees and Migrants,** No.: A/72/335, 2021.

United Nations High Commissioner for Refugees, **Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures,** No. 97 (LIV), 2003.

United Nations Human Rights Council, **Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**, 2018.

United Nations Human Rights Council, **The Sea Route to Europe: The Mediterranean Passage in the Age of Refugees**, 2015.

Uluslararası Mahkeme Kararları

CAT, Aemei v. Switzerland, Com. No.: 34/1995, Doc. No.: CAT/C/18/D/34/1995, Decision of 29 May 1997.

CAT, S.M.R. and M.M.R. v. Sweden, Com. No.: 103/1998, Doc. No.: CAT/C/22/D/103/1998, Decision of 11 May 1999.

CCPR, A.R.J. v. Australia, Com. No.: 692/1996, Doc. No.: CCPR/C/60/D/692/1996, Decision of 11 August 1997.

CEDH, Cıupercescu v. Roumanıe, Requête No.: 35555/03, Judgment du 15 juin 2010.

CEDH, Indelıcato c. Italıe, Requête No.: 31143/96, Judgment du 18 octobre 2001.

CEDH, Khıder v. France, Requête No.: 39364/05, Judgment du 9 juillet 2009.

CEDH, Safı c. Grèce, Requête No.: 5418/15, Judgment du 7 juillet 2022.

CEDH, Sharifi et Autres c. Italie et Grece, Requête No.: 16643/09, Judgment du 21 octobre 2014.

ECtHR, A.A. and Others v. North Macedonia, App. No.: 55798/16, Judgement of 5 April 2022.

ECtHR, Al-Adsanı v. United Kingdom, App. No.: 35763/97, Judgement of 21 November 2001.

ECtHR, Al-Moayad v. Germany, App. No.: 35865/03, Judgement of 20 February 2007.

ECtHR, Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No.: 18670/03, Judgement of 16 June 2005.

ECtHR, Chahal v. United Kingdom, App. No.: 22414/93, Judgment of 15 November 1996.

ECtHR, Conka v. Belgium, App. No.: 51564/99, Judgement of 5 February 2002.

ECtHR, Cruz Varas v. Sweden, App. No.: 15576/89, Judgment 20 March 1991.

ECtHR, Frerot v. France, App. No.: 70204/01, Judgement of 12 June 2007.

ECtHR, H.L.R. v. France, App. No.: 24573/94, Judgement of 29 April 1997.

ECtHR, Hilal v. United Kingdom, App. No.: 45276/99, Judgement of 6 March 2001.

ECtHR, Hirsi Jamaa and Others v. Italy, 27765/09, Judgement of 23 February 2012.

ECtHR, Khalife and Others v. Italy, App. No. 16483/12, Judgement of 15 December 2016.

ECtHR, Klein v. Russia, App. No.: 24268/08, Judgment 1 April 2010.

ECtHR, Kudlo v. Poland, App. No.: 30210/96, Judgement of 26 October 2000.

ECtHR, Lyalyakin v. Russia, App. no.: 31305/09, Judgement of 12 March 2015.

ECtHR, M.A. and Others v. Lithuania, App. No.: 59793/17, Judgement of 11 December 2018.

ECtHR, M.A. v. CYPRUS, App. No.: 41872/10, Judgement of 23 July 2013.

ECtHR, M.S.S. v. Belgium, App. No.: 30696/09, Judgement of 21 January 2011.

ECtHR, N.D. and N.T. v. Spain, App. Nos. 8675/15 and 8697/15, Judgement of 13 February 2020.

ECtHR, Ramırez Sanchez V. France, App. No.: 59450/00, Judgement of 4 July 2006.

ECtHR, Saadi v. Italy, App. No.: 37201/06, Judgement of 28 February 2008.

ECtHR, Saıd v. The Netherlands, App. No.: 2345/02, Judgement of 5 July 2005.

ECtHR, Salah Sheekh v. The Nedherlands, App. No.: 1948/04, Judgement of 11 January 2007.

ECtHR, Selmounı v. France, App. No.: 25803/94, Judgement of 28 July 1988.

ECtHR, Shamayev and Others v. Georgia and Russia, App. No.: 36378/02, Judgement of 12 April 2005.

ECtHR, Soering v. United Kingdom, App. No.: 14038/88, Judgement of 7 July 1989.

ECtHR, Andric v. Sweden, App. No.: 45917/99, Judgement of 23 February 1999.

ECtHR, Tyrer v. United Kingdom, App. No.: 5856/72, Judgement of 25 April 1978.

ECtHR, Vılvarajah and Others v. United Kingdom, App. No's.: 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, Judgement of 30 October 1991.

Elektronik Kaynaklar

"After Six Long Years, No Justice for Border Deaths and Pushbacks to Morocco from Spain", **Statewatch,** https://www.statewatch.org/news/2020/august/after-six-long-years-no-justice-for-border-deaths-and-pushbacks-to-morocco-from-spain/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

"Crimes of Malta", **Sea Watch,** https://sea-watch.org/en/crimes-of-malta/, (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

"Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks", **Bellingcat**, https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

"Frontex Complicit in Abuse in Libya", **Human Right Watch,** https://www.hrw.org/news/2022/12/12/eu-frontex-complicit-abuse-libya, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).

GEORGİOPOULOU Tania / SOULİOTİS Yiannis, "Coast Guard Stops Migrant Arrivals by Sea", **Ecathimerini**, https://www.ekathimerini.com/news/252365/coast-guard-stops-migrant-arrivals-by-sea/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

"Greece: Investigate Pushbacks, Collective Expulsions", **Human Rights Watch,** https://www.hrw.org/news/2020/07/16/greece-investigate-pushbacks-collective-expulsions, (Erişim Tarihi: 17.01.2023).

"Italy and its Libyan Cooperation Program: Pioneer of the European Union's Refugee Policy?", **Middle East Institute,** https://www.mei.edu/publications/italy-and-its-libyan-cooperation-program-pioneer-european-unions-refugee-policy, (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

"Italy and Libya Renew Their Bilateral Migration Deal", **EuroMeSCo**, https://www.euromesco.net/news/italy-and-libya-renew-their-bilateral-migration-deal/, (Erişim Tarihi: 14.01.2023).

Leone Hadavi, Bashar Deeb, "Masked Men on a Hellenic Coast Guard Boat Involved in Pushback Incident", **Bellingcat**, https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2020/06/23/masked-men-on-a-hellenic-coast-guard-boat-involved-in-pushback-incident/, (Erişim Tarihi: 14.01.2023).

"Main Operations, Operations Minerva, Indalo (Spain)", **Frontex**, https://frontex.europa.eu/we-support/main-operations/operations-minerva-indalo-spain-/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

"Missing Migrants Project", **The International Organization for Migration,** https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean, (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

ANJA Palm, "The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The Baseline of a Policy Approach Aimed at Closing All Doors to Europe?", **EU Immigration Law Blog**, https://eumigrationlawblog.eu/the-italy-libya-memorandum-of-understanding-the-baseline-of-a-policy-approach-aimed-at-closing-all-doors-to-europe/, (Erişim Tarihi: 18.02.2023).

"Push-back", **European Center for Constitutional and Human Rights,** https://www.ecchr.eu/en/glossary/push-back/, (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

"Request for UN Inquiry into Italy's Role in the Systematic Torture of Migrants « Pulled Back » to Libya", **Centre Suisse pour la Defense des Droits des Migrants,** https://centre-csdm.org/request-for-un-inquiry-into-italys-role-in-the-systematic-torture-of-migrants-pulled-back-to-libya/, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

"Respect of fundamental rights by Frontex: European Parliament inquiry launched", **European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs,** https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/238156/14072021%20Final%20Report%20FSWG_en.pdf, (Erişim Tarihi: 19.02.2023).

"Tragedy on El Tarajal Beach: Response of the Spanish Government and Migratory Pressure", **Europe Parliament**, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-7-2014-001879_EN.html?redirect, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

"The Game - legal inspection in Patras (Greece) on readmissions of migrants and asylum seekers from Italy to Greece based on summary procedures", **Association for Juridical Studies on Immigration,** https://sciabacaoruka.asgi.it/en/the-game-legal-inspection-in-patras-greece-readmissions-of-migrants-from-italy-to-greece/, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

"What are the Main Frontex Operations?", **Frontex**, https://frontex.europa.eu/about-frontex/faq/frontex-operations/, (Erişim Tarihi: 18.01.2023).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 89-168

İŞLEM BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU(*)

Doç. Dr. **Ali Hakan EVİK**(**)

Öz: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 107'nci maddesinin başlığı piyasa dolandırıcılığıdır. Maddede, uygulamada ve uluslararası literatürde manipülasyon olarak isimlendirilen suçun, işlem bazlı ve bilgi bazlı türleri yer almaktadır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile pek çok ekonomik suçta olduğu gibi birden çok hukuki yarar korunmak istenmektedir. Suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Suçun mağduru yönünden Kanun'da özel bir belirleme yoktur. Suçun konusu, sermaye piyasası araçlarıdır. Suçun hareket unsuru, sermaye piyasası araçlarına yönelik gerçek olmayan (yapay) alım veya satım yapmak, alım veya satım emri vermek, emri iptal etmek, değiştirmek ya da hesap hareketleri gerçekleştirmektir. Bu suç, ancak belirli (özel) bir amaçla işlenebilen bir suçtur. Kanunda suçu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. Kanunda, teşebbüs, iştirak ve içtima açısından herhangi bir özel düzenleme bulunmadığından, genel kurallar geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Suç, Borsa Suçu, Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 12.06.2023.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli - Türkiye (ORCID: 0000-0002-0032-7754; *alihakan.evik@kocaeli.edu.tr*).

THE CRIME OF TRADE BASED MARKETING FRAUD

Abstract: The title of Article 107 of the Capital Markets Code No. 6362 (CMC) is marketing fraud. The article includes trade based and information based types of crime, which is called manipulation in practice and in the international literature. Trade based marketing fraud crime which is the subject of this study is aimed to protect multiple legal interests as in many economic crimes. The perpetrator of the crime can be anyone. There is no specific designation in the Code regarding the victim of the crime. The subject of the crime is the capital market instruments. The behaviour of the crime is to make unreal (fictive) buy or sell, order to buy or sell, cancel the order, change or perform account movements towards capital market instruments. This crime is among the crimes that can only be committed for a specific (special) purpose. The Code does not include any aggravating or mitigating factors affecting the crime. Since there is no special regulation in the Code in terms of attempt, accomplicity and aggregation, general rules are valid.

Keywords: Capital Market, Offence, Stock Market Offence, Marketing Fraud Crimes, Trade Based Marketing Fraud.

GİRİŞ

28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu (ESerPK), 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu[1] (SerPK) ile yürürlükten kaldırılmıştır[2]. SerPK'nun 6'ncı kısmının Sermaye Piyasası Suçları başlıklı 2'nci bölümünün 107'nci maddesinde kanun koyucu tarafından piyasa dolandırıcılığı olarak isimlendirilen suç yer almaktadır. ESerPK'nun genel gerekçesinde; *manipülatif faaliyetler*, SerPK'da ise *piyasa dolandırıcılığı* olarak ifade edilen bu nitelikteki yasak fiiller; SerPK'nun 107'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında farklı birer suç tipi şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmanın konusunu bunlardan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturmaktadır.

Bilgi suiistimali suçunun düzenlendiği SerPK'nun 106'ncı maddesini incelediğimiz çalışmamızda da belirttiğimiz üzere[3], sermaye piyasasında

---

1 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete (RG).

2 Yeni kanunun genel gerekçesinde, eski kanunun özetle, "*ülkemizdeki tasarrufların artırılması ve mevcut kaynakların ülke ekonomisi için en etkin şekilde kullanılmasında sermaye piyasalarımızın daha aktif bir rol üstlenebilmesi amacıyla Avrupa Birliği Müktesebatına (Acquis Communautaire) tam uyum hedefi doğrultusunda*" kaldırıldığı ifade edilmektedir. Bakınız: http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.10.2022).

3 EVİK Ali Hakan, "Bilgi Suiistimali Suçu", **GÜHFD**, 2019/2, Beta, İstanbul, 2019, s. 163-214.

önemli olan, borsada işlem yapan tüm tasarruf sahiplerinin, doğru bilgi almaları ile eşit düzeyde yararlanabilmelerinin sağlanmasıdır. İnceleyeceğimiz piyasa dolandırıcılığı suçları da tüm bunların sağlanması ve sermaye piyasası kurumlarının denetim ve kontrolü sayesinde, tasarruf sahipleri arasındaki eşitliği bozucu hareket ve fiillerin önlenmesi amacını taşımaktadır.

Uluslararası literatürde genelde *manipülasyon* olarak adlandırılan bu suç tipi, Sermaye Piyasası Hukuku dalı bağlamında ortaya çıkan borsa suçlarının birer çeşidini teşkil etmektedir[4]. Fransızca kökenli bir terim olarak manipülasyon; sözlük anlamı itibariyle "*hareket verme, harekete geçirme, akıllıca, gizli yöntemlerle ya da hileli yollarla bir kimseyi yönlendirme, etkileme veya bir şeyi kontrol altına alma, bir kimsenin düşüncelerinin ve hareketlerinin tam olarak kendi isteğiniz doğrultusunda gerçekleşmesini sağlama, ustaca, maharetli bir şekilde yönetme ve kontrol etme, hile karıştırma, beceri ve ustalıkla idare etme*", mecaz anlamı ile de; "*bir işe parmak sokma, karıştırma, bir şeyi manevralarla istenilen amaca yönlendirme, dalavere yapma*" olarak tanımlanmaktadır[5].

SerPK'nun genel gerekçesi incelendiğinde, içerisinde incelemekte olduğumuz suç tipinin de yer aldığı suçlarla ilgili olarak; "*Tasarıda, AB düzenlemeleri çerçevesinde piyasa suçları ve yaptırımları ile ilgili değişiklikler yapılmış ve bazı yeni suçlar Tasarıda düzenlenmiş, mevcut suçların kapsamı ve bu suçlara bağlanan cezai yaptırımlar ekonomik suça ekonomik ceza esasına göre yeniden kaleme alınmıştır. Bu kapsamda, piyasa suçları ile ilgili olarak mevcut Kanundaki torba düzenlemeler yerine, somut konulara ilişkin hükümler ihdas edilmesi yöntemi benimsenmiştir...*"[6] ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Çalışmada bahsi geçen suç; SerPK'nun konumuzla ilgili hükümlerine değinilerek ve ESerPK hükümleriyle karşılaştırma yapmak, tüm çabalara rağmen çok az sayıda ulaşılabilen Yargıtay içtihatlarına da değinilmek suretiyle ceza özel hukukunda benimsenen suç inceleme metodu çerçevesinde incelenecektir.

---

4 Söz konusu suçların ESerPK'daki düzenlemesi, özellikleri, unsurları vs hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: EVİK Ali Hakan, **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 117 vd.

5 EVİK, 2004, s. 75 vd.

6 (Çevrimiçi), https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/sermaye-piyasasi-kanunu-2499, (Erişim Tarihi: 05.11.2022).

I. GENEL OLARAK

1. Suçla Bağlantılı Terim ve Kavramlar

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun unsurlarına, ayrıntılarına değinmeden önce, sermaye piyasasında sıklıkla karşılaşılan incelediğimiz suçla da bağlantılı olduğunu düşündüğümüz bazı terim ve kavramları, bunların içerikleri ile kavram olarak ne anlama geldiklerini, incelediğimiz suçla aralarındaki benzer yanlarını ve farklılıklarını açıklayacağız.

A. Manipülasyon-Piyasa Dolandırıcılığı-İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

Birikimlerini borsada değerlendirmek isteyen küçük-büyük tüm tasarruf sahiplerinin, sermaye piyasasında daha yaygın ve etkin biçimde faaliyette bulunmasının sağlanması amacıyla mevzuat tarafından koruma altına alınan hak ve yararların gözetilmesini sağlayacak güvenli ve verimli bir piyasada, herkese açık işlemlerden eşit şekilde yararlanılmasını temin için yapılan düzenlemelerden en önemlisi bizce, mülga kanunda da olduğu üzer SerPK'da borsa suçlarına yer verilmiş olmasıdır.

Yabancı öğreti ve uygulama ile Türk öğretisi ve mevzuatında[7] manipülasyon (*Market Manipulation*[8]=Piyasa Manipülasyonu veya *Market se*[9]=Piyasa Suiistimalleri) olarak adlandırılan manipülasyon terimi hukuk literatüründe de benzer biçimde kısaca; "*oyun, entrika, hile, dalavere, hokkabazlık*"[10] şeklinde tanımlanmaktadır.

---

7 Bakınız: Mülga Kanun ve SerPK genel ve madde gerekçeleri, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarınca kaleme alınan çalışma etüdleri vs.

8 BERMAN Mark, **A Practitionier's Guide to SEC Regulation Outside the United States**, City and Financial Publishing, Great Britain, 2000, s. 274; **Black's Law Dictionary**, Ed. Bryan A. Garner, 7. bası, West Group, St. Paul-Minnoseta, s. 780; BLOOMENTHAL H. Harold / OWEN Roberts, **Securities Law Handbook**, West Group, St. Paul-Minnoseta, 1998, s. 128; RATNER L. DAVİD / LEE HAZEN THOMAS, **Securities Regulation (Cases and Materials)**, 5. bası, West Publishing Co., St. Paul-Minnoseta, 1996, s. 434; TEZCANLI M. Varış, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar**, İMKB Yayınları, İstanbul, 1996, s. 57; WOOD Philip R., **International Loans, Bonds and Securities Regulation**, Sweet&Maxwell, London, 1995, s. 347.

9 RATNER / HAZEN, s. 434; BLOOMENTHAL / OWEN, 1998, s. 25. Avrupa Birliği Konseyi tarafından 2003 yılında yayınlanan direktifte; "manipülasyonlar ile birlikte içeriden öğrenenlerin ticareti suçunun da piyasaya yönelik suiistimallerden oluştuğu ve her iki suça karşılık gelmek üzere bu başlığın kullanılmasının uygun olacağı" ifade edilmekteydi. Bakınız: 2003/6/CE/European Economic Communities.

10 YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. bası, Yetkin, Ankara, 1996, s. 518.

Kavram olarak da sermaye piyasası hukuku bağlamında "*yapay (suni) işlemle pazarı etkilemek*"[11], "*akılcı veya hileli yollardan hisse senetleri fiyatlarını kontrol etmek*"[12], "*yıkama satış yöntemi veya uydurma emirlerle menkul değerlerin fiyatlarının artmasına ya da düşmesine sebep olmak*"[13], "*ajiotaj, borsada hile, alım-satım yaparak piyasanın daha canlı görünmesini sağlayarak fiyatları etkilemek*"[14], "*piyasa canlılığı havasını yaratmak, diğerlerini ticarete teşvik etmek ve piyasayı etkilemek amacıyla yapay olarak menkul kıymet alım ve satımı yapmak*"[15] anlamında kullanılmakta ve "*borsa alanında bu anlamda ve nitelikte yapılan hilenin bir anlamda mesleki bir tür hüner sayıldığı*"[16] ifade edilmektedir.

Ayrıca, menkul kıymet piyasalarında işlem gören hisse senetlerine ilişkin, bilinçli olarak yönlendirici bir izlenim uyandırma (borsalarda yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde yanlış, yanıltıcı, veya yetersiz öngörü ve açıklamalarda bulunmak suretiyle hisse senedi fiyatlarının yönünü değiştirmek) veya yanıltıcı piyasa yaratmak amacıyla yapılan[17] (yapay yollarla menkul kıymet piyasa fiyatlarının yükseltilmesi, düşürülmesi veya belli bir seviyede tutulmasına yönelik[18]) tüm işlemlerin, manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) kapsamında olduğu da belirtilmektedir.

Mülga SerPK'nun genel gerekçesinde *manipülatif faaliyetler*[19] olarak ifade edilen bu nitelikteki fiiller, doktrinde de bazı yazarlarca genel bir üst kavram ve başlık olarak *manipülasyonlar*[20] şeklinde isimlendirilmekte ve

---

[11] YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, Bilgi, İstanbul, 1990, s. 39.

[12] **Macmillan English Dictionary (For Advanced Learners)**, Macmillan Pb, Malaysia, 2002, s. 870.

[13] **Webster's New World College Dictionary**, Macmillan Pb, USA, 1997, s. 823.

[14] **English-Turkish Modern Business World Dictionary**, İstanbul, Cem, 1994, s. 557.

[15] YALVAÇ Faruk, **Bankacılık Terimleri Sözlüğü**, 3. bası, Ekonomik Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 1996, s. 339.

[16] MANZINI Vincenzo, **Trattato Di Diritto Penale Italiano**, C. VII, UTET, Torino, 2002, s. 267. Ayrıca bu nitelikteki manipülatif davranışlar için, borsa dilinde argo deyim olarak, "dolmuşa bindirmek", "keriz silkelemek" ifadelerinin kullanıldığı da görülmektedir. Bakınız: TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar**, C. I, İstanbul, Beta, 1999, s. 27.

[17] TEZCANLI, s. 121.

[18] ÖZBAY Remzi, **Hisse Senedi Fiyatlarında Yükseliş ve Çöküşler: Borsalarda Spekülasyon ve Manipülasyon**, SPK Araştırma Raporu, Ankara, 29.1, 1990, s. 17.

[19] (Çevrimiçi), https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/sermaye-piyasasi-kanunu-2499, (Erişim Tarihi: 05.11.2022).

[20] KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, SPK Yayınları, Ankara, 1999, s. 178; TEZCANLI, s. 57.

genelde; "işleme (harekete) ve bilgiye dayalı manipülasyon"[21] şeklinde sınıflandırılmaktadır. İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna, "*yapay arz ve talep yaratma suçu*"[22] adını verenler olduğu gibi "*fiyat manipülasyonları*"[23], "*yapay fiyat ve piyasa oluşturulması (manipülasyon)*"[24] veya "*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının alım ve satımını yapma*"[25], "*yapay piyasa*"[26] diyenler de bulunmaktadır.

ESerPK döneminde kaleme aldığımız ve yayımladığımız doktora tezimizde, üst kavram olarak "sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek aldatıcı hareketler yapma suçları" ibaresini tercih etmiş, suçları da; "işleme ve bilgiye dayalı aldatıcı hareket yapma suçları" başlıkları altında incelemiştik[27]. Bu çalışmada ise, kanun koyucunun SerPK'daki isimlendirmesi gereği üst başlık olarak piyasa dolandırıcılığı, alt başlıklar olarak da işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı terimlerini kullanmayı tercih etmekteyiz[28].

1934 tarihli ABD Menkul Kıymet Borsaları Kanunu'nda işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının, menkul kıymetin değerinde yapay bir piyasa veya fiyat oluşturmak amacıyla, çeşitli yöntemlerle alım ve satım yaparak işlenebileceği hü-

---

21 Bazı yazarların suçları; işleme, bilgiye ve harekete dayalı olmak üzere üç çeşide ayırarak inceledikleri görülmektedir. (Bakınız: TEWELES R. J. / BRADLEY E. S. / TEWELES Ted M., **The Stock Market**, 6. bası, John Wiley&Sons Inc., New York, 1992, s. 317 vd.; TEZCANLI, s. 59-61.) Bize göre işleme ve harekete dayalı manipülasyon aynı kavramı ifade etmektedir, o yüzden ikiye ayırarak incelemeyi daha doğru bulmaktayız.

22 TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 10. bası, Beta, İstanbul, 2000, s. 601.

23 HAZEL Johnson J., **Global Financial Institutions and Markets**, Blackwell Business, Great Britain, 2000, s. 116; SUMER Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 3. bası, Alfa, İstanbul, 2002, s. 162; TİKVEŞ Özkan, **Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi**, Alfa, İstanbul, s. 413.

24 KARABABA Serdar, **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2001, s. 170; KILINÇ Kazım, **200 Soruda A'dan Z'ye Borsa**, 3. bası, Alfa, İstanbul, 1995, s. 101; TANÖR, s. 188, 576.

25 ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku**, C. VII, y.y., İstanbul, 1993, s. 143.

26 **Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat**, İMKB Yayınları, İstanbul, 2004, s. 598 vd.

27 EVİK, 2004, s. 75 vd.

28 2004 yılında kitap olarak yayımladığımız doktora tezimizde, "*bu suçun aslında Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir çeşidi olduğunu*" (EVİK, 2004 s. 75 vd.) ifade etmiştik. Bu değerlendirmemizden ve yabancı öğreti ile uygulamada kullanılan manipülasyon teriminin yabancı kökenli olmasından hareketle, suçun yeni kanunda piyasa dolandırıcılığı şeklinde isimlendirilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur.

küm altına alınmıştır. Buradaki alım-satımlar, normal piyasa koşulları gereği sözleşme hürriyeti çerçevesinde yapılan alım ve satımlar olmayıp, yapay olarak salt menkul kıymetin değerinde veya fiyatında, istem dışı (normal piyasa seyrine aykırı olarak) değişikliğe neden olmak, borsayı (eyleme konu menkul kıymeti) aldatıcı (hileli) şekilde kontrol altına almak amacıyla yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığının aksine bu türde; eksik, yanlış, yalan veya yanıltıcı herhangi bir bilgiye dayalı olarak değil, sadece gerçek olmayan/fiktif/yapay alım-satım işlemlerine/emirlerine/emir iptallerine vs'ye dayalı olarak piyasa, bir anlamda yanıltılmak istenmekte, bu sayede yatırımcıların hak ve menfaatlerinin olumsuz biçimde etkilenmesine yönelik yapay fiyat ve piyasa oluşması tehlikesine sebep olunmaktadır[29].

ABD Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu değişik kararlarda piyasa dolandırıcılığı; "piyasa trendini, yıkama satışlar, karşılaştırmalı emirler ve hileli fiyatlar gibi yapay yollarla etkileyerek yapılan işlemler veya menkul kıymet fiyatlarını kontrol ederek ya da yapay yollardan etkileyerek aldatmak amacıyla yapılan bilinçli hareketler"[30] olarak tanımlanmaktadır. Elbette bu nitelikteki bilinçli hareketler, işlem bazlı olabileceği gibi bilgi bazlı da olabilmektedir. Amerikan Sermaye Piyasası Kurulu (SEC) da piyasa dolandırıcılığını, "piyasada doğal koşullar çerçevesinde oluşması gereken arz ve talebi bilinçli müdahalelerle etkilemek" şeklinde ifade etmektedir[31].

Yabancı ülkelerin sermaye piyasası mevzuatları incelendiğinde pek çok gelişmiş ülkenin ilgili kanunlarında[32], "işlem bazlı piyasa dolandırıcılığının, normal piyasa koşullarında oluşması gereken arz-talebi etkileyebilecek nitelikte yapay, gerçek olmayan alım-satım işlemleri yapılarak gerçekleştirilebileceğini", hüküm altına aldıkları görülmektedir[33].

B. Spekülasyon

Sözlükte spekülasyon; "*bir malın darlığından yararlanmak suretiyle, onu elde tutup zamanı gelince aşırı fiyatla satarak vurgunculuk, istifçilik*[34]

---

29 TANÖR, s. 188-190.

30 TEZCANLI, s. 146; RATNER / HAZEN, s. 436.

31 JENNINGS R. W. / COFFEE H. Marsh, **The Securities Regulation: Cases and Materials**, 7. bs., Foundation Press, Mineola New York, 1982, s. 617.

32 Söz konusu düzenlemeler için bakınız: EVİK, 2004, 95-109.

33 TEZCANLI, s. 59-60.

34 İstifçilik de "*spekülasyon amacıyla mal biriktirmek, mal stoku yapmak*" olarak tanımlanmaktadır. Bakınız: YILMAZ, s. 404.

yapmak"[35]; "*ileride meydana gelebilecek fiyat dalgalanmalarından yararlanarak kazanç sağlamak*"[36]; "*kısa sürede kar etmek amacıyla kısa vadeli yatırımlar yapmak*"[37] şeklinde tanımlanmaktadır.

Spekülasyonlar her ne kadar ekonomik dalgalanma yaratmak suretiyle gelecek hakkındaki belirsizliğin artmasına yol açmaktaysa da finans piyasasında bilgilerin piyasa işlemcileri arasındaki transferi esnasında spekülatif alım ve satımların varlığı kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmakta, ticari hayat açısından gerekli oldukları ileri sürülmektedir[38].

Kimi yazarlarca, "*fiyatların erken teşhisi, tahmini suretiyle menfaat temin edilmesi*"[39] şeklinde tanımlanan spekülasyonun, tarihsel süreç içerisinde sadece manipülatif nitelikte olması halinde suç olarak cezalandırıldığı ve buna da "*illegal spekülasyon*"[40] adının verilmiş olduğu ifade edilmektedir. Bu tarz açıklamalardan, bugün olduğu üzere, geçmişte de spekülasyonun illaki suç olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bunu, ABD'de 1934 yılında çıkarılan Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında Temsilciler Meclisi Komisyonu tarafından ele alınan bir raporda yer alan; "bir yatırımcı veya spekülatörün, alıp sattığı menkul kıymetlere ilişkin olarak bilinçli bir karar verebilmesini sağlayacak temel bilgilerden yoksun olması halinde borsada güven içinde menkul kıymet alıp satamayacağı" şeklindeki ifadeden de anlamaktayız[41].

Spekülatörlerin, likit bir piyasa yaratmak suretiyle korunma amaçlı işlem yapmak isteyen yatırımcılara yardımcı oldukları[42], çok sayıda spekülatörlerin varlığı sayesinde borsada gerçek fiyatın oluşabileceği, onlar sayesinde piyasanın derinleştiği, genişlediği ve birkaç yatırımcının piyasada ha-

---

35 YILMAZ, s. 740.

36 **Black's Law Dictionary,** s. 1131; KILINÇ, s. 39.

37 YALVAÇ, s. 485.

38 KARSLI Muharrem, **Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler**, y. y., İstanbul, 1996, s. 8; TEZCANLI, s. 73.

39 KURTAY Selma, **Foreign Currency Options, Market Structure, Pricing, Strategies and Accountancy**, SPK Yayınları, Ankara, 1997, s. 49-50; YALVAÇ, s. 486.

40 BOVEN Pierre, Le prix normal-Essai sur la lutte contre les crises economiques et la speculation illicite, Paris, s. 54-55, zikreden: TOSUN Öztekin, **Fiyat Nizamını İhlal Suçları**, No: 11, İÜHF Yayını, İstanbul, 1960, s. 28, dn. 1.

41 KABAALİOĞLU, Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İktisadi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 189.

42 İNCEOĞLU Murat, **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 38-39; TEZCANLI, s. 73-74.

kim konuma gelmesinin önüne geçildiği, tüm bu yararlarından dolayı spekülasyona bir kumar gözüyle bakılmaması, hemen her durumda suç olarak nitelendirilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir[43].

Spekülatörler elde ettikleri bilgilere ve tecrübelerine binaen tahminlerini değerlendirmek suretiyle kazanç elde etmeye yönelik bir yatırım politikası izleyerek, doğru zamanda doğru şekilde hareket etmek suretiyle (fiyatlar düşerken alım, yükselirken satım yapmak şeklinde) yüksek kazanç elde etmeye çalışırlar[44]. Piyasayı yönlendirme gücüne de sahip spekülatif faaliyetler, hedeflenen ekonomik istikrar doğrultusunda, uzun vadeli işlemler arasında bir denge oluşturmak suretiyle işlemlerin artmasına ve piyasanın gelişmesine katkıda bulunduklarından, içeriden öğrenenlerin ticareti kapsamında değerlendirilmemekte ve suç olarak da kabul edilmemektedir[45].

Manipülatif nitelikteki yanıltıcı, hileli veya aldatıcı faaliyetler ile yatırımcı kandırılmakta, menkul kıymet fiyatları yapay olarak yükseltilmekte veya düşürülmekte ya da belirli bir seviyede tutulmak suretiyle bu şekilde hukuka aykırı faaliyetlerde bulunanlar, haksız kazançlar elde etmektedirler[46]. Spekülatif faaliyetlerde ise, yapay yollarla sermaye piyasası araçlarının değerinde/fiyatlarında etkilenmeye yol açılmadan sadece elinde bazı bilgiler bulunan spekülatörlerin bu bilgileri iyi bir şekilde kullanarak, tahminlerinin doğru şekilde sonuçlanması suretiyle kazanç elde edilmesi söz konusu olmaktadır. Spekülatörler, diğer kimselere nazaran borsayı, işlem hacmini, borsanın nasıl işlediğini çok iyi bildiklerinden, tecrübelerini kullanmak suretiyle bu şekilde kazanç elde etmektedirler, bir başka deyişle arz ve talep yasasını ustaca yorumlamaktadırlar[47].

Adı itibariyle insanda olumsuz bir izlenim yaratan spekülasyon kavramının gelişmiş liberal ekonomilerde önemli bir yeri bulunmaktadır. Spekülatörler bir malı mevsiminde bol ve ucuz olduğu zaman almakta, kıt ve pahalı

---

43 KIRCA İsmail, **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, BTHAE Yayınları, Ankara, BTHAE Yayını, 2000, s. 263; **KOLB / RODRIGUEZ,** 1995, s. 329; KURTAY, s. 49-50.

44 **KARSLI,** 1989, s. 152, 166; KOLB Robert W. / RODRIGUEZ Ricardo J., **Principles of Finance**, 3. bası, USA, Kolb Publishing, 1995, s. 329; SHARPE William F. / ALEXANDER Gordon J. / BAILEY Jeffery V., **Investments**, 5. bası, Prentice Hall International Inc., y.y., 1997, s. 724.

45 TEZCANLI, s. 41.

46 Spekülasyonun bu türüne vurgunculuk diyenler de bulunmaktadır. HANÇERLİOĞLU Orhan, **Ekonomi Sözlüğü**, 8. bası, Remzi, İstanbul, 1999, s. 472.

47 HANÇERLİOĞLU, s. 472.

olduğu zamanda satmakta, böylelikle o malın mevsiminde fiyatının aşırı derecede düşmesine, mevsim dışında piyasada az olduğu zamanlarda da aşırı derece artmasına, bir başka deyişle piyasada o malla ilgili olarak büyük dalgalanmaların oluşmasına engel olmaktadırlar. Yalnız spekülasyonun bu olumlu etkilerinin söz konusu olabilmesi için bir piyasadaki spekülatör sayısının, tek başına piyasayı etkileyebilecek kadar çok olması gerekmektedir. Aksi halde spekülatörler bu yararlı fonksiyonu tersine çevirmekte ve gerek milli ekonomi gerekse yatırımcılar aleyhine bir durumun doğmasına sebep olarak büyük ve haksız kazançlar elde edebilmektedir. Aslında suç olarak nitelendirilen manipülatif faaliyetler tam da bu şekilde ortaya çıkmaktadır[48].

Tıpkı manipülatif işlemlerde olduğu üzere, açığa yapılan alım ve satımlarla oluşturulan spekülatif işlemler nedeniyle bazı durumlarda sermaye piyasası araçlarının yatırım veya gerçek değerinin oluşmadığı iddia edilmektedir. Sermaye piyasasında hisse senetlerinin değeri matematiksel kurallara göre değil, piyasadaki alıcı ve satıcıların yarattıkları arz ve talebe göre belirlenmektedir[49]. Dolayısıyla salt doğru tahmin ve doğru zamanlama ile sonuç elde etmeye yönelik spekülasyonlarla, yapay olarak piyasada işlem gören menkul kıymetin fiyat seyrinde dengesizlikler yaratan spekülasyonların birbirine karıştırılmaması gerekmektedir[50].

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi, burada esas belirleyici olan, alıcı ve satıcının karşılıklı güveni olup, bunun kesin olarak tespiti de mümkün olmadığından, suç olarak kabul edilen (manipülasyon) ve edilmeyen spekülasyon arasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır[51]. Çoğunlukla reel piyasada spekülatif hareketler suç olarak kabul edilmediğinden, sermaye piyasalarında spekülatif hareketlerin hisse senetlerine bağlı olarak hakimiyet kazanması genel bir eğilimdir[52].

---

48 KARSLI, s. 21-22.

49 İNCEOĞLU, s. 38, dn. 71; YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, y.y., İstanbul, 1992, s. 8.

50 BREALEY Richard A. / MYERS Stewart C. / MARCUS Alan J., **Fundementals of Corparate Finance**, McGraw-Hill Inc., USA, 1995, s. 655.

51 Kimi yazarlar bu ince çizgiyi belirlemek amacıyla spekülasyonu; istikrar kazandırıcı ve bozucu spekülasyon olarak ikiye ayırmaktan yanadır. YALVAÇ, s. 486.

52 Fiyatların ileride daha da yükseleceği öngörüsüne sahip olan spekülatörlerin bu iyimser havayla alım yapmasıyla bir taraftan talep, diğer taraftan da fiyatların yükselmesine borsa dilinde "boğa davranışı" denilmektedir. Buna karşılık fiyatların ileride daha da düşeceğine inananların piyasaya hakim olmasıyla kötümser bir havanın meydana gelmesine de; "ayı davranışı" adı verilmektedir. Borsada ayılar gibi piyasanın düşeceği, boğalar gibi piyasanın yükseleceği

Uygulamada spekülasyon yaparak para kazanmayı amaçlayan spekülatörler grubunun, günümüzde de borsada etkin olmalarının en önemli sebeplerinden birinin, "kurumsal yatırımcıların piyasadaki paylarının ve sayılarının az oluşunun spekülatörlerin piyasayı daha iyi yönlendirebilmesine imkan tanınması[53]" olduğu ifade edilmektedir. Bugün spekülasyonların sıklıkla görüldüğü borsamızın geçmişte Osmanlı Döneminde İstanbul Borsası adı altında faaliyet göstermekte iken, emsalleri içerisinde "Avrupa'nın en spekülatif borsası" unvanını aldığı da unutulmamalıdır[54].

Yine uygulamada, aracı kurumların hukuka uygun olarak alım ve satım değerleri arasındaki farktan yararlanmak amacıyla spekülatif faaliyetlerde bulundukları da görülmektedir. Ancak, bu amaçla alım ve satım yaparak hukuka uygun bir şekilde fiyatlar arası dalgalanmalardan kazanç sağlamaya çalışan bir spekülatörün, kâr elde etmesi kadar zarar etmesinin de mümkün olduğu hususunun da göz ardı edilmemesi ve bunun illaki suç kapsamında değerlendirilmemesi de gerekmektedir[55].

Özetle, en basit gereksinim olarak arzın, talebin, likiditenin sürekliliğini sağladıklarından dolayı[56] hemen hemen dünyadaki tüm borsalarda spekülatif işlemler ve spekülatörler bulunmaktadır. Ancak, önemli olan bir borsanın tamamen spekülasyona dayanması, spekülatörlere teslim olup olmamasıdır. Bu şekildeki bir borsanın kumarhaneye dönmesi kaçınılmaz olacağından ve küçük-büyük tüm yatırımcıların sermaye piyasasında işlem yapmaktan kaçınması gibi bir sonuca neden olması ihtimali bakımından gerekli önlemler ve tedbirlerin alınması gereklidir. Ancak, bunların etkin bir şekilde yapılması durumunda kamuyu aydınlatma ilkesinin tam olarak benimsendiği ve gerçek anlamda uygulandığı, derinliğe ulaşmış bir borsada spekülatif işlemlerin normal düzeye ineceği hususu da göz ardı edilmemelidir[57].

---

yönünde kendi başlarına karar vererek hareket edemeyen, başkalarının peşinden gidenlerin eğilimlerini yansıtmak için de; "koyun (sürü) davranışı (eğilimi)" terimi kullanılmaktadır. KARA Şinasi, **Sermaye Piyasası**, y.y., İstanbul, 1990, s. 153; KARSLI, s. 153; KILINÇ, s. 39-40; YILDIRIM, s. 37-39.

53 Spekülatör grubunun içerisinde; aracı üyeler yanında büyük portföy sahibi yatırımcılar ve borsada günlük oynayan küçük yatırımcılarla, borsaya yeni gelen bilinçsizce kolay para kazanma amacı güden kişiler yer almaktadır. YILDIRIM, s. 42.

54 FERTEKLİGİL Azmi, **Türkiye'de Borsanın Tarihçesi**, İMKB Yayını, İstanbul, 2000, s. 23.

55 İNCEOĞLU, s. 27, dn 25.

56 BREALEY ve diğ./et al., s. 655; TEZCANLI, s. 74.

57 KILINÇ, s. 101.

C. Piyasa Bozucu Eylemler

SerPK'nun 104'üncü maddesinin başlığı Piyasa Bozucu Eylemler olup, madde, "*Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler, bir suç oluşturmadığı takdirde, piyasa bozucu nitelikte eylem sayılır. Kurulca belirlenen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, bu suretle menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.*" şeklindedir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu burada, incelediğimiz işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da dâhil olmak üzere (kapsamda bilgi suiistimali suçu, işlem ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçları da yer almaktadır) esasında suç teşkil edebilecek bir takım eylemleri belirli şartlar uyarınca adli suç olarak değil, kabahat olarak düzenleme gereği duymuştur.

Suç teşkil etmeyip de kabahat olarak değerlendirilecek bu eylemlerin nelerden ibaret olduğu, SPK'nın, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği[58] başlıklı Seri: VI No: 104.1 tebliğinde yer almaktadır. Tebliğ md. 4'de bilgi suiistimali, md. 5 ve 6'da işlem ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçlarına, md. 7'de de diğer borsa suçlarına sebebiyet vermeyecek piyasa bozucu eylemler tek tek sayılmaktadır[59].

Bunlardan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuyla doğrudan ilgili olanlar şunlardan ibarettir:

> "*Tek başına ya da birlikte hareket eden kişiler tarafından borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda gerçekleştirilen, sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, işlem hacimleri, işlem miktarları, işlem oranları, emir miktarları, emir oranları, emir iptal miktarları, emir iptal oranları veya emir gerçekleşme oranları gibi sermaye piyasalarının işleyişi veya sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili veriler dikkate alındığında önemli veya etkili kabul edilebilecek ni-*

---

[58] 21.01.2014 tarih ve 28889 sayılı RG.

[59] Tebliğ md. 8'de de piyasa bozucu eylem sayılmayan haller yer almaktadır. Madde, "*Kanunun 108 inci maddesinde yer alan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller, basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetler ile Kanunun 104 üncü maddesi kapsamına girmeyen eylem ve işlemler piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez.*" şeklindedir.

telikte; a) Alım veya satım yapılması, hesap hareketi gerçekleştirilmesi, emir verilmesi, emir iptali veya emir değiştirilmesi, b) Farklı fiyat kademelerine emir iletilmesi, c) Bir dakikadan daha az zaman dilimlerinde piyasadaki en iyi alım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi alım fiyatından daha düşük fiyatlı satım emri ya da piyasadaki en iyi satım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi satım fiyatından daha yüksek fiyatlı alım emri iletmek şeklinde yön değiştiren emirler verilmesi, ç) Kendinden kendine veya karşılıklı işlemler gerçekleştirilmesi, d) Açılış veya kapanış fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler yapılması, e) Gün sonu veya vade sonu uzlaşma fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler gerçekleştirilmesi, f) Fiyat yükseltici, fiyat düşürücü veya fiyatı sabit tutmaya yönelik işlemler yapılması, g) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında bir sicile bağlı tüm hesaplar için ya da piyasa bazında belirlenen pozisyon limitlerinin geçilmesi, ğ) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında, ilgili dayanak varlık piyasasında gerçekleştirilen işlemlerle aynı yönlü işlemler gerçekleştirilmesi ve benzeri işlemler yapılması suretiyle borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozan ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, arz ve talepleri hakkında yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıran veya adil ve dürüst işlem yapılmasını, piyasanın rekabetçi bir ortamda işleyişini ya da fiyatın doğru ve dürüst bir şekilde oluşmasını zorlaştıran ya da engelleyen fiil ve davranışlar piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir."

Sayılan bu eylemler, suç teşkil etmemek kaydıyla kabahat olarak nitelendirilecek ve fail hakkında sadece idari yaptırım uygulanacaktır. Konumuz işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu olup, sayılan bu eylemler çok fazla olduğundan, burada bunları tek tek açıklamak gereği duymamaktayız. Bağlantılı olduğu için bu kadarlık bir açıklamayla yetinmekteyiz. Sadece şunu ifade etmek isteriz ki, bu düzenleme özellikle suçta ve cezada yasallık ilkesi ile birlikte pek çok ilkeye (yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılamayacağı vs) aykırı bir düzenlemedir. Maddede, sayılan eylemler suç teşkil etmedikçe denilmektedir, ama acaba bunu kim tayin ve takdir edecektir? Bu tayin ve takdir bir keyfiliğe sebebiyet vermeyecek midir? Çünkü bu konuda yetkili konumdaki SPK isterse failin eylemi kabahattir deyip idari para cezasına hükmedecek, isterse de bu bir adli suçtur deyip Savcılığa suç duyurusunda bulunacaktır. Bu konuya ve bu soruların cevaplarına başka bir çalışmada daha ayrıntılı şekilde değineceğiz.

2. Suça İlişkin SerPK'daki Düzenleme

Piyasa dolandırıcılığı suçlarının düzenlendiği SerPK'nun 107'nci maddesi yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana 6637 sayılı Kanunla[60] 2015 yılında ve 7222 sayılı Kanunla[61] 2020 yılında yapılan değişikliklerle bugünkü halini almıştır. İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yer aldığı SerPK 107'nci maddesinin 1'inci fıkrası şu şekildedir:

> ***(1)*** *Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.*

Sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda geçerli özel etkin pişmanlık düzenlemesinin bulunduğu SerPK 107'nci maddesinin 3'üncü fıkrası da şöyledir:

> ***(3)*** *Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye;*
>
> *a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz.*
>
> *b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir.*
>
> *c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.*

SerPK'nun genel gerekçesinde düzenleme hakkında, "... *Bunun yanında, Tasarıda, manipülasyon olarak bilinen suç tipi bu defa "Piyasa Dolandırıcılığı," yine içeriden öğrenenlerin ticareti olarak bilinen suç tipi "Bilgi Suiistimali" olarak düzenlenmiştir. Bu suç tipleri AB direktifi dikkate alınarak yeniden kaleme alınmış, bu çerçevede, sermaye piyasası araçlarının*

---

[60] 07.04.2015 tarih ve 29319 sayılı RG.

[61] 25.02.2020 tarih ve 31050 sayılı RG.

fiyatlarının yanı sıra değerlerini ve yatırım kararlarını etkileyebilme hususları ile emir vermenin de ilgili suç kapsamında olduğu, buna ek olarak, açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan ya da zamanında açıklamayanların cezai sorumlulukları Tasarıdaki ilgili maddelere eklenmiştir..."[62] denilmektedir.

Kanundaki düzenlemeden hareketle işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu; "genelde milli ekonomiyi, özelde de yatırımlarını sermaye piyasasında değerlendiren tasarruf sahiplerinin mali haklarını ve borsada işlem gören menkul kıymetlerin değerini (fiyatını), gerçek olmayan alım-satımlarda bulunmak, bu yönde emirler vermek, verilen emirleri iptal etmek veya hesap hareketlerinde bulunmak suretiyle yapay bir şekilde etkileyebilecek aldatıcı (manipülatif) hareketler yapmak" şeklinde tanımlamaktayız.

3. SerPK ile ESerPK'daki Düzenlemelerin Karşılaştırması

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu herhangi bir madde başlığı olmaksızın 2499 sayılı ESerPK'nun[63] 47. maddesinin (A-2) alt bendinde şu şekilde düzenlenmişti:

"***Madde 47-****Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde;*

A) 1. *Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler,*

her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır."

SerPK ve ESerPK'daki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; ESerPK'da suçun herhangi bir isimlendirme olmaksızın farklı alt bentte, SerPK'da ise aynı maddede birbirini izleyen fıkralarda, piyasa dolandırıcılığı şeklinde tek bir başlık altında yer aldığı görülmektedir.

---

62 (Çevrimiçi), http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12, 09.02.2004.

63 30.07.1981 tarih ve 17416 sayılı RG.

ESerPK md. 47'de önce kanunda yer alan tüm borsa suçlarının kural kısmı tek tek sıralanmış, yaptırım kısmına ise bu sıralamadan sonra tüm suçlar açısından ortak olacak şekilde yer verilmişti. SerPK'da ise incelediğimiz suç da dâhil olmak üzere her bir suçun kural ve yaptırım kısmı olması gerektiği şekilde ayrı ayrı düzenlenmiştir.

ESerPK'da suçların düzenlendiği normun başında yer alan "*diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*" şeklindeki ibare, SerPK'ya alınmamıştır. Kanunlarda meydana gelebilecek boşlukların önüne geçmek açısından normlar arasında açık veya örtülü bir biçimde asli norm-tali (yardımcı) norm ilişkisi kurulabilmektedir. Bu ilişki gereği, asli normun uygulanabilir olduğu durumlarda tali normun uygulanması mümkün değildir[64]. Yani tali norm, ancak asli normun uygulanamadığı hallerde uygulanabilmektedir. Asli-tali norm ilişkisi kanunda bazen gerek mülga TCK gerek 5237 sayılı TCK'da düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi açık bir şekilde gösterilir. Bazen de kanunda yer alan örtülü bir ifadeden (ESerPK'daki *"diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*" gibi) zımnen anlaşılır. Bu ibarenin SerPK'da bulunmamasından, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun ESerPK'dakinin aksine, yeni kanunda tali (yardımcı) bir norm olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır[65].

Suçun faili her iki kanunda da özgü suç niteliğinde düzenlenmemiş olup, fail herhangi bir kimse olabilir. Suçların sermaye piyasası araçlarından oluşan konuları, her iki kanundaki düzenlemede birebir aynıdır.

Suçların hareketlerine baktığımızda; SerPK'daki işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun hareketlerinin, "alım veya satım yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek", ESerPK'dakinin ise, "alım ve satım yapmak" şeklinde oldukları görülmektedir. Bundan her iki suçun da icrai hareketli olarak düzenlendiği, mülga kanunda tek olan hareket sayısının (ESerPK'da suç çok hareketliydi, zira iki hareketin birlikte yapılması gerekmekteydi) yeni kanunda arttırıldığı ve seçimlik hale getirildiği anlaşılmaktadır.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, neticesi açısından her iki kanunda da aynı şekilde, tehlike suçu olarak düzenlendiği, çünkü yapılan hareketlerin neticesinde herhangi bir zararın varlığının aranmadığı görülmektedir.

---

64 ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 491.

65 EVİK, 2019, s. 173.

Her iki kanunda da suçların manevi unsurlarının sadece kast olduğu görülmektedir. Ancak, SerPK'daki suçun failinin belirli bir maksatla (sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla-sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla) suçun maddi unsurunu gerçekleştirmesi gerekmektedir. ESerPK'daki işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun ise yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmekteydi.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından ESerPK'da herhangi bir özel hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına karşın, SerPK madde 108'de hem piyasa dolandırıcılığı suçları hem de bilgi suiistimali suçu açısından geçerli olacak özel hukuka uygunluk nedenlerine yer verildiği görülmektedir.

Her iki kanunda da suçlar için hem hapis hem de para cezasının öngörüldüğü, para cezalarının aynı, hapis cezalarının ise farklı şekillerde düzenlendiği anlaşılmaktadır: SerPK'daki işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun hapis cezası üç yıldan beş yıla kadar hapis olmasına rağmen ESerPK'dakinin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Her iki kanundaki suçların aynı olan para cezası da beş bin günden on bin güne kadar adli para cezasıdır.

ESerPK'daki her iki piyasa dolandırıcılığı suçu açısından geçerli olan, "*verilecek para cezası üst sınırla bağlı olmaksızın elde edilen menfaatin üç katından az olamaz*" şeklindeki hükmün SerPK'da, "*ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz*" şeklinde, sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından geçerli olmak üzere değiştirildiği görülmektedir.

ESerPK'da herhangi bir güvenlik tedbirine yer verilmemişken SerPK'nun 114'üncü maddesinde, bu suçun bir tüzel kişi yararına işlenmesi durumunda o tüzel kişi hakkında ayrıca güvenlik tedbirinin de uygulanacağı, hükme bağlanmıştır.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından yine ESerPK'da herhangi bir özel bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmemiş olmasına karşın, SerPK'nun 107'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında sadece suçun bu çeşidi açısından geçerli özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi getirilmiştir.

Son olarak mülga Kanunun 47'inci maddesinin ilk halinin üçüncü fıkrasında yer alan; "*Bu maddede öngörülen cezaların verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunur. Cezaların arttırılabilmesi için daha önce verilen cezanın infazı şartı aranmaz*" şeklindeki özel tekerrür hali, SerPK'ya alınmamıştır.

II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bir malın/ürünün/şeyin fiyatını etkileyen güçler, diğer piyasalarda olduğu üzere sermaye piyasasında da alıcı ve satıcıların davranışları, yani arz ve talepleridir[66]. Arz ve talebin karşılaştığı tüm piyasalarda olduğu gibi sermaye piyasasında da fiyatın belirlenmesi, ekonomik kurallara göre gerçekleşmektedir. Sermaye piyasasında işlem gören sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyen genel faktörler[67]; iktisadi konjonktür (piyasaya hakim tüm yatırım kararlarını etkileyebilecek somut olaylar), sermaye içerisindeki öz ve yabancı kaynak oranı, hisse senetleri menkul kıymetler borsasında işlem gören şirketlerin ekonomik performansları, üretim hacimlerindeki gelişmeler ve karlılık oranlarıdır[68]. Dikkat edilecek olursa, sayılan tüm bu faktörler düzenli bir şekilde işlemekte olan herhangi bir piyasayı dahi etkileyebilecek nitelikteki doğal faktörlerdir.

Sermaye piyasası araçlarına yönelik manipülatif nitelikte birtakım hareketlerin yapılması halinde ise, bu şekilde normal seyrinde işlemekte olan bir piyasaya dışarıdan müdahale, aldatıcı hareketlerle piyasa fiyatları (menkul kıymetlerin değeri) manipüle edilmek amaçlanmaktadır. SerPK'da yer alan ve incelemekte olduğumuz suç ile sermaye piyasası araçlarının değerinin (fiyatının) ekonomik kurallar ve piyasa koşulları dışında yapay bir şekilde olumsuz olarak etkilenmesinin, aldatıcı bir görünüme bürünmesinin önüne geçilmek istenmektedir[69].

---

66 KARSLI, s. 18; ŞAHİN Hüseyin, **İktisat İlkelerine Bakış**, Ezgi, Bursa, 1997, s. 36; TÜRKAY Orhan, **Mikroiktisat Teorisi**, 11. bası, İmaj, Ankara, 2002, s. 139; UĞUZ Murat, **Menkul Kıymet Seçimi ve Yatırım**, Mali ve Ekonomi Yayınları, İstanbul, 1990, s. 118.

67 Arz ve talep dengesini etkileyen faktörler ekonomik olabileceği gibi, siyasal veya psikolojik de olabilir. Bunlar; halkın gelenekleri, değer yargıları, rejim değişiklikleri, seçimler, hükümet krizleri, terör olayları, savaş ihtimalleri de olabilir. KARSLI, s. 389.

68 KARGI Nihal, **Ekonomik Kalkınma Tasarruf ve Sermaye Piyasası İlişkileri: Türkiye Örneği**, No: 115, SPK Yayınları, Ankara, 1998, s. 66, KARSLI, s. 375-377; ÜNAL Targan, **Dünya'da ve Türkiye'de Menkul Kıymet Borsaları**, İstanbul, İTO Yayınları, 1990, s. 365.

69 EVİK Ali Hakan, **Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 165; MUSCO Enzo, **Le Frodi Sul Mercato Dei Valori Mobiliari**, Trattato Dele Societa Per Azioni, y. y., Torino, 1994, s. 347.

Yatırım sahiplerinin herhangi bir alanda yatırım kararı alırken göz önünde bulundurdukları ana unsurlar, yatırımının sağlayacağı getiri, riskler ve likidite olup, menkul kıymetleri halka arz olunan ya da ihraç edilen şirketlerin mali durumları hakkında bilgi akımının yetersizliği sermaye piyasası araçlarına yatırım yapmayı riskli kılmaktadır[70]. Bu yüzden ekonominin can damarı haline gelen sermaye piyasasında yatırımcıların rahat bir şekilde tasarrufta bulunabilmelerini sağlamak amacıyla, bu bilgi akımının yeterliliğini sağlamak için kamuyu aydınlatma çerçevesinde birtakım yükümlülükler öngörüldüğü gibi bu yükümlülüklere aykırı hareket etmek suretiyle gerçek olmayan/yapay alım ve satım, emir, işlem vs ile işlem bazlı manipülatif faaliyetlerde bulunulması fiillerinin ceza yaptırımına bağlanması yoluna gidilmiştir[71].

Böylelikle incelemekte olduğumuz norm sayesinde, hem piyasanın etkinliği en iyi şekilde koruma altına alınmakta hem de sermaye piyasası araçlarının değerine yönelik aldatıcı hareketlerin önüne geçilerek, yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen işlemlerin işlemlerinin şeffaflığı[72] garanti edilerek, piyasaya yönelik yapay hareketler kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır[73].

Etkin ve derinliği olan bir sermaye piyasasında kurumsal yatırımcıların ve bireysel tasarruf sahiplerinin korunması, onların yanlış yönlendirilmemesi, aldatılmamasının sağlanması, sermaye piyasası işlemlerinin ve faaliyetlerinin güven altına alınması en temel ilkelerdendir[74]. Bu şekilde güvenilir bir sermaye piyasasının oluşturulması sonucunda, birikimlerini çeşitli alanlarda değerlendirmek isteyen yatırımcıların iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın şekilde katılması sağlanmış olacak, mali piyasa içerisinde yer alan sermaye piyasası sayesinde milli ekonomiye büyük bir katkı, destek gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, halkın yatırımlarını daha risksiz gördükleri alanlara naza-

---

70 ALTINTAŞ Berra, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri**, Ankara, y.y., 1988, s. 167.

71 Kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün ihlali durumları borsa suçlarından özellikle bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bakınız: KÜTÜKÇÜ Doğan, "Halka Açık Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Etmeleri Nedeniyle Doğan Sorumluluklar", **İBD**, C. 78, S. 2004-1, ss. 33-42, 2004, s. 38.

72 2003/6/CE/European Economic Communities, par. 15; (Çevrimiçi), htpp://www.europa.eu.int/scadplus/leg/eng/lvb/124035.htm, s. 1, (Erişim Tarihi: 11.12.2022).

73 Objectives and Principles of Securities Regulation, 1998, s. 46.

74 Bu ilke mülga SerPK'nun ilk metninin genel gerekçesinde şu sözlerle ifade edilmiştir: "*Bir kere sermaye piyasasının oluşması ve gelişmesinde temel şart piyasanın güven ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin haklarının korunmasıdır. Bu güven ve kararlılık piyasanın geleceğinin bir garantisi olarak mütalaa edilmelidir.*" Bakınız: (Çevrimiçi) www.spk.gov.tr/mevzuat/Doc/Spk01.doc, (Erişim Tarihi: 09.02.2004.)

ran (örneğin altın, döviz, faiz vs.) bu alana doğru yönlendirmek için de bir dizi tedbir almak gerekecektir. Bu önlemlerin başında da manipülatif nitelikteki işlem ve eylemlerin suç olarak düzenlenmesi gelmektedir.

Bu yüzden kanaatimizce, kamuyu aydınlatma ilkesinin ve inceleme konumuzu oluşturan suç ile korunmak istenen hukuki değerlerin çok yakından ilgisi bulunmaktadır. Bizce, ancak bu ilkenin gerçek anlamda işlerliğinin sağlanmasıyla milli ekonominin düzenli ve etkin bir şekilde işleyişi ve bireysel yatırımcıların mali haklarının korunması gerçekleşebilecektir. Bu düşünceden hareketle incelediğimiz suç ile korunmak istenen iki tane hukuki değerin bulunmakta olduğunu düşünmekteyiz[75]. Bunlar aşağıda inceleyeceğimiz üzere, milli ekonomi ve yatırımcıların mali haklarıdır[76].

1. Milli Ekonomi

Sözlükte milli ekonomi; "*bir milletin kendine özgü ekonomi siyaseti*"[77] şeklinde tanımlanmaktadır. Sermaye piyasasının milli ekonomi[78] açısından önemi; ekonomi açıdan tek başına yararı bulunmayan küçük tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak damlalar halinde birikerek adeta birer göl haline gelmesi ve büyük yatırımlara dönüşmesinin sağlanması, bunların da yurtiçi tasarruf açığının kapanmasına yardımcı olması şeklindedir. Bir diğer deyişle sermaye piyasası, milli ekonomiye katkı sağlayabilecek nitelikteki küçük tasarrufların daha süratli ve kolay bir şekilde yatırımlara yönelmesini sağlamaktadır[79].

Borsada işlem gören, sermaye piyasası araçlarının değerinin manipülatif nitelikteki yapay bir takım yöntemlerle etki altına alınması, ülkedeki mevcut mal ve değerlerin fiyatlarına yönelik olumsuz etkiler yaratacağından, dolaylı

---

75 EVİK, 2004 s. 121 vd.

76 EVİK, 2021 s. 165. Benzer ama farklı değerlendirmeler için bakınız: DUMAN Buminhan, **Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu**, Adalet, Ankara, 2020, s. 128-132; DURSUN Selman, **Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, 270-274; DURSUN ÖZDEMİR Gizem, **Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 223-225.

77 **Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (K-Z)**, C. II, Yeni bası, C. II, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara, 1988, s. 1559.

78 Kimi iktisatçılar "*dünya ekonomisinin artık tek tek milli ekonomiler şeklinde değerlendirilemeyecek kadar büyük bir oranda globalleştiğini, ulus devlet-milli ekonomi kavramlarının eskidiğini, eski ekonomi bilimini öğrenerek mezun olanların vadesinin dolmuş olduğunu*" iddia etmektedir. (Konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bakınız: SELÇUK Salih, "Milli Ekonomilerin Ölümü", 30 Mart tarihli Radikal Gazetesi, 2004, s. 11).

79 KARSLI, s. 20.

da olsa en başta milli ekonomiye zarar verecektir[80]. Açıklanan bu sebeplerden dolayı inceleme konumuzu oluşturan suç ile korunmak istenen hukuki değerlerden biri, milli ekonominin bir parçası olan sermaye piyasasının dürüst ve güvenilir bir ortamda işlemesinin sağlanmak istenmesidir. Bir başka deyişle bu suçlarla korunmak istenen hukuki değerlerden biri, ticari hayatta olması gereken kamu güvenini, iktisadi faaliyet ve iktisadi üretim düzenini bozmaya yönelecek her türlü hilelere karşı korumak, sermaye piyasasında hâkim olması gereken güvenin teminini sağlamak (dürüst ve etkin bir şekilde çalışan sermaye piyasanın varlığını temin etmek), netice itibariyle asıl olarak kamuoyunu (onu oluşturan bireylerin ekonomik haklarını) korumaktır[81].

Bu anlamda piyasa dolandırıcılığı suçları ile korunmak istenen hukuki değer, milli ekonomi bünyesinde yer alan sermaye piyasasındaki yatırımcıların, bu nitelikteki hukuka aykırı eylemleri ile milli ekonomiye zarar vermesinin önüne geçilmek istenmesidir. Zira manipülatif nitelikteki hareketlerle, birincil piyasaların ikincil piyasalara likitide ve fon sağlama fonksiyonu zayıflamakta, piyasadaki şirketlerin piyasaya karşı olan duyarlılığını ortadan kaldırmakta, yeni yatırımcıların piyasaya gelmesini ya da eskilerin piyasada kalmasını olumsuz yönde etkilemekte[82], tüm bunların sonucunda da milli ekonomi zarar görmektedir.

ESerPK'nun yürürlüğe girmesinden önce bu nitelikteki fiilleri yaptırım altına alan mülga 765 sayılı TCK'nın 358 ve 359'uncu maddelerinin suç olarak düzenlenmesinin amaçları için, "*ticari hayatta kamu itimadını, iktisadi faaliyet ve iktisadi üretim düzenini bozmaya yönelecek her türlü hilelere karşı korumaktır. Kanun, hileli fiyat oyunlarını cezalandırarak, ticari münasebetlere olan itimadı sağlamak böylelikle kamuyu korumak hedefini gütmektedir*"[83], "*bir başka deyişle ticaret ve sanayi faaliyetlerinin amaçlarına uygun bir düzen içerisinde devamı için, bu düzeni bozabilecek hileli hareketlerin cezalandırılması zaruri görülmektedir*"[84] şeklinde ifadelerin kullanılmış

---

80 ERMAN, 1993, s. 134.

81 ANTOLISEI Francesco, **Dritto Penale: Parte Speciale**, C. II, y. y., 1999, s. 156; GÖZÜBÜYÜK Abdullah P., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. III, 5. bası, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 427; MANZINI Vincenzo, **Trattato Di Diritto Penale Italiano**, C. VI, UTET, Torino, 1986, s. 266; PEDRAZZI C, **Problemi Del Delitto Di Aggiotaggio**, y.y., Torino, 1958, s. 30; SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. III, 3. bası, Seçkin, Ankara, 1999, s. 3347.

82 TEZCANLI, s. 123.

83 SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 3347.

84 GÖZÜBÜYÜK, s. 647.

olduğunu görmekteyiz. Bu ifadelerin de söz konusu suçlarla korunmak istenen hukuki değer konusunda varmış olduğumuz neticeyi desteklediğini düşünmekteyiz.

2. Yatırımcıların Mali Hakları

Sermaye piyasası, bireysel yatırımcılar açısından tek başına gelir getiren bir yerde değerlendirilemeyecek kadar küçük fonların verimli yerlere yatırılmasına, sahiplerine ek gelir getirmesine imkân sağlaması bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca enflasyonist bir ortamda, bireysel veya kurumsal yatırımcılar, mevcut birikimlerinin değer kazanmasına, şirketlerinin sermayesinin gelişmesine, artmasına ya da en azından değerini yitirmemesine çalışmaktadırlar. Bunun kolay ve çabuk bir yolu da kurum ve kurallarıyla oturmuş bir sermaye piyasasında yatırım yapmaktır[85].

İşte bu nedenle, işlem ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçlarının ihlal ettiği diğer bir hukuki değer de sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren küçük-büyük tüm yatırımcıların mali menfaatleri, sahip oldukları malvarlıklarıdır. Sermaye piyasası araçlarının değerinin olumsuz birtakım hareketlerle seyrinin değiştirilmesi halinde yatırımlarını, gerek sahip oldukları sermaye piyasası araçlarını satışa arz ederek veya satarak gerekse bunları satın alarak borsada değerlendiren yatırımcıların mali haklarının zarara uğraması kaçınılmazdır.

Ayrıca sıklıkla işlenen bu nitelikteki ekonomik suçlar yüzünden sermaye piyasasındaki tüm kurumlar, tüm sistem bu tarz aldatıcı hareketlerden dolayı olumsuz etkilenmekte, devamında da ekonomik faaliyetlerin kapsamındaki bireysel yararlar da zarar görmektedir. Açıklanan tüm bu sebeplerden dolayı bu türden normların ihdası, bir bütün olarak ekonomik düzenin (milli ekonominin) korunmasının yanı sıra bireysel yatırımcıların korunmasına da katkıda bulunmaktadır[86].

Bu türden düzenlemelerle asıl olarak yapılmak istenen; sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymetlerin değerinin aldatıcı bir takım hareket-

---

85 KARSLI, s. 20-21.

86 AZZALI Giampiero, **Aggiotaggio**, Enciclopedia del Diritto, C. I, y. y., 1990, s. 898; MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar,** Seçkin, Ankara, 2003, s. 35-39; MUSCO, s. 327; ROSSI G., **Insider Trading E Manipolazione Del Mercato Mobiliare**, Rivista Penale Dell'Economia, y. y., 1993, s. 585.

lerle istenmeyen bir şekilde yapay olarak değişmesinin önüne geçilmesinin sağlanarak, kaynak dağıtım mekanizmasının ve dolayısıyla ekonominin zarar görmesinin engellenmesi, fiyat istikrarının sağlanması ve borsada işlem yapan kişilerin mali menfaatlerinin korunmasıdır[87]. Aksi halde kanun maddesinde sayılan şekilde yapay olarak alım-satım işlemleri yapılarak, emirler verilerek piyasanın seyri bakımından yanlış bir izlenim uyandırılmasına yol açılmakta, sağlıklı ve doğru bilginin tüm yatırımcılara eşit şartlarla ulaşması ile oluşabilecek rekabet düzeninin bozulmasına sebebiyet verilebilmektedir.

Netice itibariyle piyasa dolandırıcılığı suçları ile milli ekonomiye kaynak yaratan sermaye piyasasının, piyasanın kabinin attığı yer olan borsanın ve borsada hâlihazırda faaliyet gösteren veya bu alanda ilerde faaliyet göstermek isteyen yatırımcıların korunması amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sermaye piyasası araçlarının değerlerinin yapay şekilde etkilenmesi tehlikesi önlenmek suretiyle, bir bütün olarak ekonomik düzenin (milli ekonominin) korunmasının yanı sıra bireysel yatırımcıların mali hakları da korunmak istenmektedir.

III. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

A. Fail

Suçun faili, suçun seçimlik hareketlerinden bir veya bir kaçını gerçekleştiren gerçek kişi veya tüzel kişinin yetkilisi ya da bunlarla birlikte hareket edenlerdir[88]. Fail, bu hareketleri yapan herhangi bir kimse olabilir[89], bu itibarla suç, özgü suç niteliğinde değildir[90]. Yabancı ülke düzenlemelerinde böyle olduğu, sebebinin de, "sermaye piyasası için tam ve geniş kapsamlı, etkili, engelsiz bir korumanın sağlanmak istenmesinin olduğu"[91] ifade edilmiştir.

---

87 AKSOY Zeki, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 142.

88 Avrupa Birliği müktesebatında da suçun failinin gerçek ya da tüzel kişi olan herhangi bir kimse olabileceği ifade edilmektedir. Bakınız: 2003/6/CE/European Economic Communities, md 5.

89 EVİK, 2021, s. 166; ERMAN, 1993, s. 139.

90 DUMAN, s. 142; DURSUN, s. 284; DURSUN ÖZDEMİR, 2022, s. 226; EVİK, 2004, s. 160.

91 PROCACCIANTI Teresa, **Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari, Dizionario Dei Reati Sontro L'economia a Cura Di Giulio Marini**, Milano, Giuffre, 2000, s. 103.

Sermaye piyasasında yatırımcıların, suça konu hisse senedi alım-satımı yapma, emir verme, emri iptal etme vs gibi işlemleri kendi başlarına doğrudan gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Yatırımcılar, ancak SPK'dan faaliyet izni alarak yetki belgesi sahibi bir aracı kurumla çerçeve sözleşmesi imzaladıktan[92] sonra, bu sözleşmenin tarafı aracı kurumun suça konu işlemlere aracılık etmesi halinde bu işlemleri gerçekleştirebilirler[93].

Sermaye piyasası mevzuatına göre, alım-satım yapmak, emir vermek, emri iptal etmek gibi aracılık işlemlerinin, aracı kurum tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına yapılması mümkündür. Birinci durumda aslında aracı kurum ticari bir amaçla hareket etmekte, yani yaptığı işlemler arasındaki fiyat farkından bizzat kendisi yararlanmakta[94], diğer iki halde ise aracı kurum sadece işlem emri veren yatırımcı ile imzalamış olduğu çerçeve sözleşme uyarınca komisyon ücreti elde etmektedir. Birinci durumda bu tarz bir işlemin manipülatif nitelikte olması halinde, işlem yapma yetkisi bizzat aracı kurumun yetkilisinde olduğundan, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun faili, tüzel kişiliği haiz bu aracı kurumun yetkilisi konumundaki gerçek kişi olacaktır.

Suça konu işlemlerin aracı kurumun yetkilisince başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına yapılması hallerinde ise suçun faili, tek başına manipülatif nitelikteki işlemleri gerçekleştiren bireysel yatırımcının bizzat kendisi, aracı kurumun yetkilisi konumundaki gerçek kişi ile yatırımcı arasında suç işlemek yönünde iştirak iradesi olması halinde ise fail, her ikisi birden olacaktır.

İnceoğlu'na göre; alım ve satıma aracılık sözleşmelerinde, aracı kurumların müşteri emirlerini yerine getirmekten kaçınma imkânları bulunmamakta[95], Sumer'e göre; sebep açıklamaksızın ancak, durum yatırımcıya derhal bildirilmek şartıyla emirlerin kısmen ya da tamamen yerine getirilmemesi mümkün görünmekte[96], Aytaç'a göre ise, emirler reddedilebilmekte ancak, bunun sebebinin gösterilmesi de gerekmektedir[97]. Kanaatimizce bu gibi durumlarda İnceoğlu'nun fikrine katılmak mümkün değildir, çünkü müşteri

---

92 SPK'nın ilgili tebliği.

93 SUMER, s. 86-88.

94 İNCEOĞLU, s. 146-147.

95 İNCEOĞLU, s. 141.

96 SUMER, s. 87.

97 AYTAÇ, s. 122.

tarafından verilen emirlerin manipülatif nitelikte olduğunun aşikâr olduğu hallerde, aracı kurum yetkilisinin, konusu suç teşkil eden bu emirleri yerine getirmemesi gerekir[98]. Aksi halde, tıpkı amiri tarafından kendisine yöneltilen ve konusu suç teşkil eden bir emri yerine getiren ast gibi aracı kurum yetkilisinin de sorumluluğu söz konusu olur.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı kapsamındaki hareketler, broker[99] ya da dealer[100] gibi sermaye piyasasında daha rahat işlem yapabilenler tarafından, yatırımcılara nazaran daha kolayca gerçekleştirilebilir[101]. Örneğin bu kimseler, kendi özel portföy operasyonları için alım ve satım yaparak[102] ya da müşteri emirlerine aykırı hareket ederek kendi portföylerindeki hisse senetlerini yüksek kârlarla satarak piyasanın düşmesine sebep olabilir, diğer bir deyişle hisse senedi fiyatını yapay olarak etkileyebilirler[103]. Bu şekilde müşteri emirlerine aykırı hareket edilmesi sonucu ortaya çıkan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun faili, aracı kurumun yetkilisi konumundaki gerçek kişi olacaktır.

Fail, bir tüzel kişinin yetkilisi de olabilir. Tüzel kişinin yetkilisinden anlaşılması gereken, tüzel kişiyi temsil edebilen, onu borç altına sokabilen veya ona bir hak kazandırabilen gerçek kimsedir[104]. Dolayısıyla bu suç tipinde failin, tüzel kişinin bizzat aracı kurum olarak kendisi değil, onun yetkilisi, yöneticisi veya temsilcisi olması mümkündür[105].

---

98 Kaldı ki ilgili SPK bilgilendirme metinlerinde, "*aracı kuruluşlar, piyasayı dolandırıcı nitelikte olduğundan şüphelendikleri işlemleri gerekli incelemelerin yapılmasını teminen zaman kaybetmeksizin Kurulumuza bildirmelidirler*" düzenlemesi yer almaktadır. Aracı Kurumların Sorumlulukları ve Dikkat Etmeleri Gereken Hususlar başlıklı metin için bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/araci-kurumlarin-sorumluluklari-ve-dikkat-etmeleri-gereken-hususlar, (Erişim Tarihi: 11.11.2022).

99 Borsa komisyoncusu, alıcı ve satıcı arasında belli bir komisyon karşılığında aracılık yapan kişi ya da kuruluş. Bakınız: KOLB / RODRIGUEZ, s. 90; ÜNAL, s. 434.

100 Kendi hesabına alım ve satım yapan borsa ajanı. Bakınız: ÜNAL, s. 443.

101 PATERNITI, **Diritto Penale Dell'economia**, y.y., Torino, 1995, s. 243; ROSSI, s. 586, TEKİNALP Ünal, "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. XXXIII, S. 9, ss. 1986, 300-311, s. 311.

102 ŞAHİN, s. 41.

103 BARBER, s. 284, zikreden: TEZCANLI, s. 147, dn. 155.

104 ERMAN, 1993, s. 140; KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 45 vd.

105 ESerPK'da yer alan bazı suç tipleri için tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun Kanun tarafından benimsendiği yönündeki aksi görüş için bakınız: İÇEL Kayıhan, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Tebliğlerine Aykırılık Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVI, S. 1-4, 1998, ss. 109-114, s. 109; İÇEL Kayıhan / ÜNVER Yener, **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, s. 1069 vd.

Failin sıfatının, kişisel özelliklerinin veya kamu görevlisi olması, aracı kurumda çalışıyor olması, İMKB personeli olması gibi niteliklerinin suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır[106].

B. Mağdur

Kanaatimizce mağdurun, ekonomik suçlarda kendine has bir özelliği bulunmaktadır. O özellik de işlenen suçlar ile toplum düzeni ihlal edildiğinden ve genel menfaatin ihlali söz konusu olduğundan, işlenen ekonomik suçların mağdurunun genel anlamda Devlet olarak kabul edilmesidir.

Yukarıda, incelediğimiz suçun da ekonomik bir suç olup, bu itibarla suçla korunmak istenen hukuki yararın birden fazla olduğunu ifade etmiştik. Bu düşünceden hareketle kanaatimizce ekonomik düzen, piyasalar, özellikle de sermaye piyasası ile yakından ilgili olan bu suçun mağduru, dar anlamda suça konu işlemler neticesinde zarar gören bireysel yatırımcılar ile halka açık şirketler, geniş anlamda ise Devlet tüzel kişiliğidir[107].

Suçun mağduru yönünden failin de olduğu gibi maddede özel bir belirleme yoktur. Öncelikle suçla yatırımcıların sermaye piyasasına ve ticari hayata hâkim olan kamu güveni zedelendiğinden Devlet, geniş anlamda suçun mağdurudur. Bunun yanı sıra sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren bireysel ya da kurumsal tüm yatırımcıların mali menfaatleri ve malvarlığı değerleri de suçtan doğrudan zarar gördüğünden/haksızlığa uğradığından, bu şahıs veya şahıslar da mağdurdur[108].

C. Suçun Konusu

Suçun konusu, sermaye piyasası araçlarıdır[109]. Finansal piyasalara fon akışını sağlayan sermaye piyasası araçlarını kısaca; "sermaye piyasasına özgü hukuk normlarının belirlemiş olduğu araçlar"[110] şeklinde tanımlayabiliriz. Daha geniş şekilde de "menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere SPK tarafından bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları" olarak ifade edebiliriz.

---

[106] PATERNITI, s. 240; PROCACCIANTI, s. 103.

[107] AKSOY, s. 177; ERMAN Sahir, **Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti**, y.y., İstanbul, 1984, s. 57.

[108] Bilgi suiistimali suçunda da böyle olduğu yönündeki görüş için bakınız: AKSOY, s. 176.

[109] DUMAN, s. 134-136; DURSUN, s. 275; DURSUN ÖZDEMİR, s. 229.

[110] EVİK, 2004, s. 103-105; TANÖR, s. 81.

Menkul kıymetler, paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ile borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır. Buna karşılık, para piyasası araçlarından olan "para, çek, poliçe ve bono" birer sermaye piyasası aracı değildir.

Sermaye piyasası araçları:[111]

Paylar; ortaklığın sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren,

Gayrimenkul Sertifikası; ihraççıların inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, gayrimenkul projesinin belirli bağımsız bölümlerini veya bağımsız bölümlerin belirli bir alan birimini temsil eden nominal değeri eşit,

Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler; varlık finansmanı fonu (VFF) veya ipotek finansmanı kuruluşunun (İFK) devralacağı varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen,

İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler; ipoteğe dayalı menkul kıymetler (İDMK), konut finansmanı fonunun (KFF) veya ipotek finansmanı kuruluşunun devralacağı varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen,

Kira Sertifikası; her türlü varlık ve hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketi (VKŞ) tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haktan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan menkul kıymetlerdir.

Teminatlı Menkul Kıymetler; ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve teminat varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma aracı niteliğindeki,

Katılma İntifa Senedi; sahiplerine, ortaklık hakkına sahip olmaksızın kardan pay alma, tasfiye bakiyesinden yararlanma, halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı veren,

Tahviller, Bonolar, Kıymetli Maden Bonoları, Paraya Dönüştürülebilir Tahviller, Değiştirilebilir Tahviller birer **Borçlanma Aracı** niteliğindeki,

---

[111] Sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: https://www.ziraatyatirim.com.tr/documents/sermaye%20araclari%20borsa%20ve%20piyasa%20bilgileri.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2022); EVİK, 2004, s. 142-158.

Ortaklık Varantları; sahibine, vade tarihine kadar ya da vade tarihinde payları borsada işlem gören veya görecek olan kayıtlı sermaye sistemine tabi ihraççı paylarına veyahut payları borsada işlem gören herhangi bir ortaklığın paylarını satın alma hakkı veren,

Yatırım Kuruluşu Varantları ve Sertifikaları; elinde bulunduran kişiye, dayanak varlığı ya da göstergeyi önceden belirlenen bir fiyattan belirli bir tarihte veya belirli bir tarihe kadar alma veya satma hakkı veren ve bu hakkın kaydi teslimat ya da nakdi uzlaşı ile kullanılan,

Yabancı Sermaye Piyasası Araçları; yabancı yatırım fonu payları hariç olmak üzere yabancı ortaklıklar veya yabancı devletler ve mahalli idareler tarafından ihraç edilen sermaye piyasası araçlarıdır.

Failin gerçekleştirdiği hareketin, netice bakımından uygunluğunun bulunmamasına rağmen hareketini manipülasyon kastı ile gerçekleştirmesi durumunda, işlenemez suç söz konusu olur. Örneğin, borsada işlem görmekte olmayan, borsa kotunda yer almayan bir şirketin hisse senetlerine yönelik yapay piyasa oluşturmak amacıyla veya aracı kurumla Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesi imzalanmamış olmasına rağmen imzalandığı sanılarak alım-satım emri verilmesi hallerinde işlenemez suç kurallarının uygulanması gerekmektedir[112].

D. Hareket

SerPK md 107/1'de sayılan hareketler; **a)** Alım veya satım yapmak, **b)** Alım veya satım emri vermek, **c)** Verdiği alım veya satım emrini iptal etmek ya da değiştirmek ya da **d)** Hesap hareketleri gerçekleştirmektir. ESerPK'daki suç, alım ve satım yapmak şeklindeki hareketle işlenebilmekteydi. Yani suç seçimlik hareketli değildi ama hem alım hem de satım yapmak şart olduğundan çok hareketli bir suç şeklindeydi. SerPK'da suç ise, seçimlik hareketli olup, dört farklı hareketle işlenebilmektedir.

Maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı gibi incelediğimiz suç, hareketin önemi bakımından sadece maddede sayılan hareketlerden biri ile işlenebildiğinden, bağlı hareketli bir suç, hareketin şekli bakımından yine kural olarak sadece maddede sayılan icrai hareketlerle işlenebildiğinden icrai bir suç, hareketin sayısı bakımından da seçimlik hareketli bir suç niteliğindedir.

---

[112] ALACAKAPTAN Uğur, **İşlenemez Suç**, AÜHF Yayını, Ankara, t.y., s. 128; DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. bs., Beta, İstanbul, s. 365; ERDEM Büşra, **İşlenemez Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, 118 vd.

Maddedeki seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterli olup, bu hareketlerden birden fazlası gerçekleştirildiğinde de yine tek bir suç oluşacaktır. Örneğin, fail yapay piyasa oluşturmak amacıyla önce alım veya satım emri verse, sonra bu emrini değiştirse, en sonunda da iptal etse bile tek bir suçtan dolayı sorumluluğuna gidilecektir.

Sermaye piyasası faaliyetleri SerPK md. 34/1'de; "*sermaye piyasası kurumlarının bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri, bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ek olarak sunulan yan hizmetlerden oluşur*" şeklinde tanımlanmaktadır.

SerPK md. 37/1 hükmünce kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri: *"a) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi b) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi c) Sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı ç) Portföy yöneticiliği d) Yatırım danışmanlığı e) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi f) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi g) Çok taraflı alım satım sistemlerinin ve borsa dışı diğer teşkilatlanmış pazar yerlerinin işletilmesi ğ) Sermaye piyasası araçlarının müşteri namına saklanması ve yönetimi ile portföy saklanması h) Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması*" olarak belirtilmiştir.

Aşağıda açıklanacağı üzere, suçun seçimlik hareketleri esasında SerPK md. 37/1'de sayılan bu faaliyetlerin bazılarının yerine getirilmesi ile gerçekleştirilmektedir.

a. Alım veya Satım Yapmak

Alım sözlükte, "*mal ve hizmetlerin para karşılığında edinilmesi*" olarak tanımlanmış, alım ve satım için "*bakınız: satım*" ibaresine yer verilmiştir[113]. Satım da "*öyle bir sözleşmedir ki, onunla satıcı, satılan malın alıcının borçlandığı bir satış parası (semen, bedel) karşılığında, ona teslim ve mülkiyetini devretmek borcunu yüklenmiş olur, aksine örf-adet veya sözleşme bulunmadıkça, satıcı ve alıcı, borçlarını aynı zamanda yerine getirmekle yükümlüdürler*"[114] şeklinde açıklanmıştır. Suçun hareket kısmını oluşturan alım veya

[113] YILMAZ, s. 53.
[114] YILMAZ, s. 710.

satım yapmanın ne anlama geldiğini, bir borçlar özel hukuku sözleşmesi olan satım sözleşmesinin özellikleri, hukuki niteliği ve unsurlarını ele alarak değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz[115].

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden satım sözleşmesi, devri mümkün her türlü eşyanın (taşınır taşınmaz, bir alacak niteliğinde, bir mamelekin bütünü, bir sır ya da bir haber vs.) para karşılığında değiştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Satım sözleşmesinin meydana gelmesi bakımından her şeyden önce ortada işin niteliğine uygun bir icap ve kabulün bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin niteliği gereği satıcının satılan malı alıcıya teslim etmesi ve mülkiyetini geçirmesi, buna karşılık olarak da alıcının, o malın bedelini satıcıya vermesi şarttır[116].

Bu seçimlik hareketle doğrudan ilgili sermaye piyasası faaliyeti, SerPK md. 37/1-c, e ve f'de "*sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak ya da bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi*" şeklinde belirtilenlerdir. Aracı kurumlar tarafından daha önceden ihraç edilmiş menkul kıymetlerin aracılık amacıyla ve ticari amaçla alım ve satımına, "alım ve satıma aracılık"[117] denilmekte, böylelikle bu kurumlar ikincil piyasa işlemi yapmaktadır.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun bu şekli esasında daha önceden ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının alınıp satılması esnasında (ikincil piyasada)[118] işlenmektedir. Bununla birlikte istisnai olsa ve ispatı zor olsa da zaman zaman menkul kıymetlerin ihraç veya halka arz yoluyla satışı esnasında (birincil piyasada)[119] da işlenmektedir.

ESerPK'daki düzenlemede alım-satım arasında "ve" bağlacı bulunmaktayken (alım ve satım yapmak), SerPK'daki düzenlemede "veya" bağlacı

---

[115] EVİK, 2004, s. 164.

[116] YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. bası, Beta, İstanbul, 1996, s. 37-38; ZEVKLİLER Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 7. bası, Seçkin, Ankara, 2002, s. 51-52.

[117] SPK'nın Seri V/46 No.lu "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"in 45'inci maddesi.

[118] Ancak, bu noktada unutulmaması gereken en önemli şey, bir AO'nun hisse senetlerinin halka arz edilmiş olması aynı zamanda borsada işlem görmesi sonucunu yaratmamaktadır. Borsada işlem görmesi için halka arzın yanı sıra, borsa kotuna alınması için gerekli yasal şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir. ÇEKER Mustafa, **Hisse Senetlerinin Halka Arzı, Borsada İşlem Görmesi ve Kaydi Değer Haline Getirilmesi**, Prof. Dr.Oğuz İmregün'e Armağan, Beta, İstanbul, 1998, s. 90.

[119] BLOOMENTHAL / ROBERTS, s. 130 vd.

(alım veya satım yapmak) bulunmaktadır. Mülga kanundaki düzenlemede "ve" bağlacı kullanılmış olsa da esasında bunun "veya" olarak kabulü, hükmün uygulanması açısından daha mantıklıydı. SerPK'da bu hatadan dönülerek "veya" bağlacı kullanılması, bu yöndeki görüşümüzü desteklemektedir. Zira yatırımcının hisse senedi satması için illaki bunu önceden almış olması şart değildir, çünkü açığa satış yoluyla da bu yapılabilmektedir.

Bu anlamda elbette suç teşkil eden hareket, salt alım veya satım yapmak değil, aşağıda açıklanacağı üzere sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla bu türden (kanunun eski tabiriyle manipülatif nitelikte yapay) bir alım veya satım yapmaktır.

b. Alım veya Satım Emri Vermek

Bu seçimlik hareketle doğrudan ilgili sermaye piyasası faaliyetleri, SerPK md. 37/1-a ve b'de "*sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi*" olarak ifade edilmiştir.

Borsa müşteri/yatırımcı emirleri, yatırımcıların sermaye piyasasında işlem gerçekleştirmek (örneğin alım-satım işlemleri) için verdikleri direktifler olarak tanımlanabilir. Emir türleri, kâr elde etmek ve kazançlı işlemler yapmak için yatırımcıların piyasada alacakları aksiyonları ifade eder. Bu emirler, yatırımcıların kâr oranlarını doğrudan etkileyeceğinden yatırımcılar, doğru emir tiplerini seçerek kâr oranlarını maksimum seviyeye çıkarmayı hedefler. Yatırımcılar alım-satım emirlerini ancak aracı kurumlar vasıtasıyla sözlü ya da yazılı olarak bildirebilirler. Aracı kurumların işlevlerinden biri, bu emir taleplerini piyasaya uygun şekilde düzenleyerek borsaya iletmektir ki bunlara borsa emirleri denilmektedir. Borsa emirlerinin, müşteri emirlerinin aksine yazılı olarak iletilmesi gerekir. Borsaya iletilen bu emirleri, normal ve özel emir olarak ikiye ayırmak mümkündür. Özel emirlerin gerçekleşmesi için borsanın onay verme şartı vardır. Normal emirlerin işleme alınması ise özel emre nazaran daha kolaydır. Özel ve normal emirlerin de pek çok türü bulunmaktadır[120].

---

[120] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: (Çevrimiçi), https://www.getmidas.com/borsa-terimleri/normal-emir-nedir; https://paratic.com/borsa-emirleri/, (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

Alım ve satım yönündeki müşteri emirlerinin aracı kurum yetkilisine iletilmesi esaslarının, imzalanan sözleşmede belirlenmesi gerekmekte olup, bunların yazılı veya telefon, telefaks, teleks, telgraf gibi iletişim araçları aracılığıyla sözlü[121] olarak iletilmesi de mümkündür[122].

Sermaye piyasasında sermaye piyasası aracı alışverişi (alım ve/veya satımı) yapabilmek için her şeyden önce bir aracı kurum seçmek ve yatırım hesabı açtırmak, sonra da bu hesaba belirli bir miktar para yatırmak gerekmektedir. Borsada fiyatlar piyasa esaslarına göre arz ve talep dengesine göre oluşmaktadır. Belirlenen fiyat esasına göre borsada alım ve satım, arz ve talebin elektronik ortamda birbiriyle karşılaşması, eşleşmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bu eşleşme olmadıkça bu alışveriş de gerçekleşmemektedir.

Alış yapmak isteyen yatırımcının önce sisteme belirli bir fiyattan talep emri girmesi, satış yapmak isteyenin de belirli bir fiyattan arz emri girmesi şarttır. Ancak, bu da yeterli olmayıp önce emirlerin birbiri ile karşılaşması, sonrasında da fiyatların uyuşması lazım ki istenen eşleşme (alım ve satım işlemi) gerçekleşebilsin. Borsada alım ve satım işlemleri internet üzerinden elektronik ortamda, işlemlere yatırım hesabı açtırılan aracı kurum nezdinde gerçekleşmektedir. Normal bir alım-satımda olduğu şekilde alıcı ve satıcının fiziken bir araya gelerek işlem gerçekleştirmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

İncelediğimiz suçun ikinci seçimlik hareketi, elektronik ortamda sisteme alım ya da satım emri vermek, aracı kuruma emir iletmektir[123]. Bu anlamda elbette suç teşkil eden hareket salt alım veya satım emri vermek değil, aşağıda açıklanacağı üzere sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla bu türden (kanunun eski tabiriyle manipülatif nitelikte yapay) bir emir vermektir. İlk seçimlik harekette yapay alım veya satım yapılmaktayken, bu harekette yapay bir alım veya satıma yönelik emir verilmektedir.

---

[121] SPK'nın Seri V/46 No.lu Tebliği'nin 49. maddesinin 4. fıkrasına göre aracı kurumun aracılık faaliyetini sadece elektronik ortamda yürütmesi de mümkün olup, 5. fıkraya göre elektronik ortamda alınan emirler de sözlü emir niteliğinde kabul edilmektedir.

[122] İNCEOĞLU, s. 35; SUMER, s. 86.

[123] Bilgi suiistimali suçunun bu seçimlik hareketi de aynı olup, konu hakkında açıklama için bakınız: AKSOY, s. 204-206.

c. Verdiği Alım veya Satım Emrini Değiştirmek veya İptal Etmek

Diğer bir seçimlik hareket de yukarıdaki çerçevede verilen bir alım veya satım emrini değiştirmek ya da iptal etmektedir[124]. Değiştirmek sözlükte "*başka bir biçime sokmak, değişikliğe uğratmak*"[125] şeklinde tanımlanmaktadır. Burada kastedilen alım veya satım emri fiyatında değişikliğe gitmektir. Fail önce sisteme belirli bir fiyattan (örneğin, 1 liradan) alım veya satım emri vermekte, manipülatif işlemlerde bulunmak suretiyle hissenin fiyatını yapay şekilde etkilemek (düşürmek ya da arttırmak) amacıyla belirli aralıklarla sonradan verdiği bu emrini (örneğin, 1 liradan verdiği emri, 1, 2, 1,5 veya 2 lira olarak) değiştirmektedir.

İptal etmek "*kullanıştan kaldırmak, hükümsüz bırakmak*" demek olup, burada kastedilen de verilen alım veya satım emrini tümden ortadan kaldırmak, hükümsüz kılmaktır. Burada da fail esasında önceden sisteme belirli bir fiyattan alım veya satım emri vermekte; ama yine manipülatif işlemlerde bulunmak suretiyle hissenin fiyatını yapay şekilde etkilemek amacıyla adeta o emir hiç verilmemiş gibi iptal etmekte, tümden geri çekmektedir.

Burada failin amacı, gerçek bir yatırımcı gibi alım-satım emri vermek değil, belirli aralıklarla verdiği emirleri değiştirerek veya iptal ederek hissede olumlu ya da olumsuz bir yoğunlaşma olduğu görüntüsü vermektir.

d. Hesap Hareketleri Gerçekleştirmek

Maddedeki son seçimlik hareket, hesap hareketleri gerçekleştirmek olup[126], bunun ne anlama geldiği, burada ne kastedilerek kullanıldığı net ve belli değildir. Kanun maddesine dâhil olmamakla birlikte genel veya madde gerekçesinde de bunu aydınlatıcı, açıklayıcı bir bilgi yer almamaktadır. Bu durumda, yorum yapma tekniğinden yararlanmaktan başka çare yoktur.

Hesap hareketinin, para piyasalarının kalbi niteliğindeki bankacılıkta, "*Finans Bölümü'nde, "Kayıt/Banka" menüsünün altında yer alır. İlgili banka hesabına ait işlem yapıldıkça oluşan hareket kayıtlarının işlendiği bölümdür. Kullanıcı, bu bölümü izleme amaçlı kullanabilir fakat kayıtlara müdahale edemez. Ancak, "Banka Hesap Hareketleri" bölümünde devir*

---

[124] Bilgi suiistimali suçunun aynı olan bu seçimlik hareketi için de yine bakınız: AKSOY, s. 206-207.

[125] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c25eede856c61.32673350, (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

[126] DUMAN, s. 1456-157.

olarak hareket girişi yapılan kayıtlara müdahale edebilir. Banka hareketleri, "Müşteri/Satıcı Havale/EFT Kayıtları", "Banka Hesapları Arası Havale/EFT Kayıtları", "Banka Hesapları Arası Virman Kayıtları" gibi bölümlerden ve bu bölümden girilen devir tipli kayıtlardan oluşur. Hesap, Vadeli veya Spot Banka Hesabı ise, devir kayıt girişinde yer alan "Vade Tarihi" ve "Faiz Oranı" alanlarına müdahale edilir fakat diğer hesap tiplerine müdahale edilmez"[127] şeklinde ifade edildiği görülmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bireysel yatırımcılar pay piyasasına yönelik alım-satım emri verme, değiştirme veya iptal işlemlerini doğrudan doğruya kendileri yapamaz. Bunlar, ancak bir aracı kurum vasıtasıyla yapılabilir. Bu aracı kurumlar da adeta birer banka gibi çalışmaktadır. Bunlar, öncesinde müşterisi olacak bireysel yatırımcıya konuyla ilgili açıklamalarda bulunur, sonrasında bir dizi sözleşme imzalatarak bünyelerinde yatırım hesabı açar. Yatırımcılar bu hesaba para yatırdıktan sonra alım-satım vs işlemi yapabilmektedir. İşte tüm bu alım-satım, emir verme, iptal vs gibi işlemler (yatırım hesabına ait işlemler) yapıldıkça oluşan hareket kayıtlarının işlendiği bölüme hesap hareketleri denilmektedir. Bu hesap hareketleri dökümünden, bir yatırımcının hesabına ne kadar nakit para girişi-çıkışı olduğu, yatırımcının başka aracı kurum nezdindeki hesapları ya da başka yatırımcıların hesapları arasında nakit veya eft yoluyla para giriş-çıkışı, hisse senedi virmanı vs olup olmadığı anlaşılabilmektedir.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun belirli bir dönemde işlendiğini düşünen SPK uzmanları, bu dönemi inceleme dönemi olarak belirlemekte ve bu suçu işlediği düşünülen yatırımcı/yatırımcıların hesap hareketlerini inceleyerek bir sonuca ulaşmaya çalışmaktadır. Zira SPK uzmanları, yatırımcının değişik aracı kurumlarda bulunan hesaplarına ya da başka yatırımcıların hesaplarına belirli aralıklarla veya sürekli menkul kıymet ve/veya nakit transferi yapmasını şüpheli işlemler arasında görmektedir. Esasında hesap hareketi gerçekleştirmek, hisseye yönelik alım-satım emri vermek, emri değiştirmek veya iptal etmenin bir döküm halinde yatırımcının yatırım hesabında görünmesinden, listelenmesinden başka bir şey değildir. Bu itibarla, bu seçimlik harekete maddede yer verilmesinin bizce çok da bir anlam ve önemi bulunmamaktadır[128].

---

[127] Banka Hesap Hareketleri - Logo Netsis 3 Standard Bilgi Deposu - Global Site, (Erişim Tarihi: 15.01.2023).

[128] Öğretide suçun çoğunlukla başkalarına ait yatırım hesabı üzerinden gerçekleştirildiği, bu nedenle kanun koyucunun gerçekleştirilen eylemlerin cezasız kalmasının önüne geçmek amacıyla başkalarına ait hesaplardan işlem gerçekleştirmenin, hesap hareketi gerçekleştirmek şek-

Öğretide, hesap hareketi gerçekleştirmek ifadesinin muğlâk olduğu söylendikten sonra, bu muğlaklığın, "*suç tipinin ekonomik bir suç tipi olması özelliğinden kaynaklanmaktadır. Hesap hareketlerinin kanuni düzenleme içerisinde belirsiz kalması modern dönüşümün izlerinden birini oluşturmakta ve suçun tipikliğine sirayet etmektedir... Ancak, suç tipinde söz konusu olan bu hâl modernliğin sonuçlarından biri olarak modern dönüşümün kendisiyle bağdaşmaktadır. Seçimlik hareketlerden birinin bu şekilde bir belirsizlikte düzenlenmiş olmasını işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun ekonomik suç olmasıyla ilişkilendirmekte ve modern sürecin uzantısı olması nedeniyle de tutarlı olarak nitelendirmekteyiz...*"[129] şeklindeki bir sonuca bağlandığı görülmektedir. Bu cümlelerle ne demek istendiği tam olarak anlaşılamamakla birlikte, eğer "ekonomik suçun özelliği/niteliği bunu gerektirir, modern süreç bunu öngörür" demek isteniyorsa, bu kabul edilebilir bir değerlendirme değildir. Zira Kara Avrupası Sistemini, bununla bağlantılı olarak salt yasallık ve kesinkes yasallık ilkelerini benimsemiş (suçta ve cezada kanuniliğe sıkı bir şekilde önem veren) bir hukuk sistemine sahip olduğumuz için ekonomik suçlarda da, diğer suçlarda da belirlilik ilkesine uygun kanun maddeleri yapılması, kaçınılmaz bir gerekliliktir.

e. Hareketin Nitelikleri

Adından da anlaşılacağı gibi incelediğimiz suç, dolandırıcılığın özel bir türü olup[130], ESerPK döneminde maddedeki yapaylığın bir ifadesi olarak bünyesinde niteliği gereği aldatmayı, hileyi de barındırmaktadır. Bu tarz bir aldatma/hileden söz edebilmek için de suça konu hareketin kanaatimizce yapaylık ve uygunluk olarak iki niteliği bulunmalıdır. Konuyla ilgili olarak SPK web sayfasında da, "*söz konusu işlemlerin 'uygun' olması, yani sermaye piyasası araçlarının fiyatlarında, fiyat değişimlerinde, arz ve taleplerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırabilecek nitelikte olması gerekir. Alım ve satım işleminin yapay veya hileli olması maddi unsurun varlığını etkilemektedir*"[131] denilmektedir.

---

linde kanunda yer aldığı ifade edilmektedir (DUMAN, s. 157; DURSUN ÖZDEMİR, s. 237). TCK isteminde dolaylı faillik müessesesi olduğu üzere, eylemin cezasız kalma ihtimalinin olduğu yönündeki bu endişenin hiçbir anlamı yoktur.

[129] BALAN Arzu, **Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 147-148.

[130] EVİK, 2021, s. 164.

[131] Bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/islem-bazli-piyasa-dolandiriciligi, (Erişim tarihi: 11.01.2023).

aa. Yapaylık

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik ESerPK'daki düzenleme ile SerPK'daki düzenlemeyi karşılaştırırken de gördüğümüz üzere, suçun düzenlendiği ESerPK'nın 47'inci maddesinin A-1 no.lu alt bendinde suça konu seçimlik hareketin niteliği olarak yapay olmasından da bahsedilmekteydi[132]. ESerPK'nun 107/1'inci maddesinde ise bundan açık bir şekilde bahsedilmemektedir.

Maddede açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da biz, incelediğimiz suçun işlendiğinden bahsedebilmek için gerçekleştirilen hareketlerin yapay (fiktif) olması, gerçek olmaması şeklinde bir niteliğinin bulunmasının gerektiğini, bu niteliğin madde metninde mündemiç olduğunu değerlendirmekteyiz. Zira esasında bir yatırımcının borsada hisse senedi alması-satması, buna yönelik emir iletmesi, emrini değiştirmesi ya da iptal etmesi kadar doğal bir şey yoktur ve bu haliyle bu işlemleri suç olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Kanun koyucunun suç olarak cezalandırmak istediği şey, bu sayılan işlemlerin gerçek olmaması, eski tabirle yapay olmasıdır. Çünkü bu eylemler yapay bir şekilde, sanki gerçekmiş gibi yapılmakta ama esasında amaç, dışarıdan bu şekildeki yapay müdahale ile hissenin değerinde olumlu ya da olumsuz bir değişimin meydana gelmesini sağlamaktır.

Bir alım ve satımın yapay olup olmadığının tespiti zor ve kanunilik unsuru bakımından da tartışmalı bir kavramdır. ESerPK döneminde yazdığımız ve yayımladığımız tezimizde bu kavramı, bir sermaye piyasası aracının değerinin normal seyri dışında (ekonomi kurallarına, arz ve talep dengesine aykırı bir biçimde) oluşması tehlikesine neden olabilecek herhangi bir alım satımın yapılmış olması şeklinde tanımlamıştık[133].

Buna örnek olarak, herhangi bir iktisadi kurama aykırı şekilde, arz-talep dengesine müdahalede bulunmak amacıyla bir menkul kıymetin olması gereken piyasa fiyatının çok üzerinde veya altında bir fiyatla, dikkat çekici bir miktarda satın alınması ve satılması gösterilebilir[134]. Bir başka örnek de borsa kotundaki şirketlerinin kötüye giden iktisadi durumlarını gizlemek amacıyla şirket ortaklarının, yöneticilerinin muvazaalı olarak birbirlerinin hisse senetlerini fahiş fiyattan almaları ve satmalarıdır[135].

---

[132] EVİK, 2004, s. 167-176.

[133] Benzer bir yaklaşım için bakınız: ERMAN, 1993, s. 143.

[134] BLOOMENTHAL / ROBERTS, s. 129; ERMAN, 1993, s. 143; RATNER / HAZEN, s. 43 vd.

[135] Menkul değerin korunması adı verilen bu ikinci örnekte, iktisadi durumu bozulan şirket tarafından, yönlendirilen (bir başka deyişle manipüle edilen), bir şekilde finanse edilen şirketle,

Manipülatif nitelikteki işlemler, sağlıklı piyasa koşullarında düzgün fiyat oluşumunu engelleyici şekilde sermaye piyasası aracının mülkiyetinde herhangi bir değişim olmaksızın, bilinçli ve belirli bir amaca yönelik olarak sürekli alım ve satım işlemleri yapılarak gerçekleştirilebilir. Hatta kendi adına veya aralarında anlaştıkları belirli kişi ya da kuruluşlarla belirli bir amaca yönelik olarak sürekli alım ve satım işlemleri yapılarak da gerçekleştirilebilir[136]. Yani ne anlama geldiği net olmayan yapay, gerçek olmayan nitelikteki sermaye piyasası işlemlerini, çeşitli yöntemlerle gerçekleştirmek mümkündür. Bu itibarla, SerPK'da suçun düzenlendiği maddede açıkça yapaylıktan bahsedilmemesi bizce yerinde olmuştur.

Karşılaştırmalı hukuk bağlamında ABD mevzuatı çerçevesinde piyasayı etkilemek amacıyla yapılan yapay nitelikteki işlemlerde genellikle üç çeşit yöntem kullanılmaktadır. Bunlar:

Yıkama Satış:[137] Bilinen en eski ve en sık kullanılan yöntem olup, yapay veya sahte satış olarak da isimlendirilmektedir[138]. Vergi ödemelerini düşürme, bilanço kalemlerinde oynama yapabilmeye zemin hazırlamak için bu yöntemle yapılan satışlarda aslında hisse senedinin sahibi değişmemektedir[139]. Yıkama satışların da çeşitli biçimlerde gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin, iki yatırımcının menkul kıymetin alım ve satım fiyatı konusunda aralarında anlaşarak yaptıkları işlemler, aynı miktardaki menkul kıymetin bir aracı kurumdan alınarak diğerine satılması şeklinde yapılan işlemler, yatırımcının elindeki yatırım araçlarını güvendiği bir arkadaşına veya yakınına anlaşmalı olarak satması ve sonradan geri alması şeklinde yapılan işlemler, vergi kaçırmak amacıyla elinde hisse senedi bulunan şahsın göstermelik olarak bunu bir arkadaşına veya yakınına satması şeklinde gerçekleştirilen işlemler[140].

---

görünürde herhangi bir ilişkisi olmayan kişiler tarafından bu alım ve satım işlemleri yapılmakta, ortada gerçek bir ödeme bulunmadığından alım ve satım da yapay olmaktan öteye gitmemektedir (ERMAN, 1993, s. 143, dn. 19); WOOD, s. 347.

136 TEZCANLI, s. 122.

137 Webster's New World College Dictionary, s. 823; JENNINGS / MARCH / COFFEE, s. 617-619; TEWELES ve diğ./et al., s. 317, TEZCANLI, s. 128, dn. 140; WOOD, s. 347.

138 İtalyan mevzuatında bu yönteme sahte, uydurma operasyonlar ya da işlemler denmekte olup, sahte operasyonların, gerçek amacının göründüğünden başka olduğu ifade edilmekte ve örnek olarak da malikin sadece görünüşte değiştirilmesiyle yapılan hisse senedi alım satım işlemi verilmektedir. Bakınız: MUSCO, s. 335.

139 RATNER / HAZEN, s. 434 vd.

140 BLOOMENTHAL, s. 129-130; JENNINGS / MARCH / COFFEE, s. 617-619; TEZCANLI, s. 128; WOOD, s. 347.

Bası Oluşturma: Belirli bir menkul kıymetin değerinin yükselmesi amacıyla sürekli olarak alınıp satılması söz konusu olmaktadır. Bu yöntemi kullanan yatırımcılar düşük fiyattan aldıkları belirli bir menkul kıymetin değerini istedikleri seviyeye yükseltmekte ve sonra da satarak kar elde etmeye ya da belirli bir şirketin tüm hisselerini ele geçirerek şirketin ve piyasanın kontrolünü ele geçirmeye, bu yönde bir bası oluşturmaya çalışmaktadır[141].

Havuz[142] İşlemleri: Manipülatif nitelikteki yapay işlemleri, borsada işlem yapmakta olan iki ya da daha fazla yatırımcının, hile, oynama yapmaya müsait, sığ bir işlem hacmine sahip bulunan bir menkul kıymet üzerinde ortaklaşa hareket etmeleri sonucu gerçekleştirilmektedir. Havuz işlemlerinin tarafı yatırımcıların sayılarının belirli bir büyüklüğünün olması şart olmamakla birlikte, ABD'de bugüne kadar tespit edilmiş olanlardan, Radio Havuzu'nun yetmiş, 1'inci Tilki Havuzu'nun otuz iki, 2'inci Tilki Havuzu'nun kırk iki ve Alkol Havuzu'nun da sekiz üyesinin olduğu tespit edilmiştir[143]. Bizde de SPK uzmanlarının hazırladıkları Piyasa Denetim veya Gözetim Raporlarında, bu tarz birden fazla kimsenin yer aldığı havuzlara Grup İşlemi adı verilmektedir.

Havuz yöntemiyle işlem yapanlar, sahip oldukları portföylerini, deneyimlerini ve yeteneklerini ortaya koyarak; açığa satış işlemleri ile fiyatları düşürdükten sonra ileride satılmak üzere ucuza hisse senedi toplayarak veya medyayı kullanarak sermaye piyasası araçlarının değerini düşürerek ya da üyelerinin yapay alım ve satım yapmaları sonucunda, belirli bir menkul kıymete yönelik olarak işlem hacmi yaratıp bunları satarak veyahut hisse senedi sahipleri ile opsiyon anlaşmaları yaparak veyahut da opsiyon hakkını kullanıp piyasa dışından elde edilen bu senetleri yüksek fiyattan satarak, kâr elde etmeye çalışmaktadır[144].

Ne ESerPK'da ne de SerPK'da yapaylık hakkında ya da yapay piyasa oluşturmaya yönelik bu yöntemlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmaktadır[145]. Konuyla ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar

---

141 TEWELES ve diğ./et al., s. 317-318, zikreden TEZCANLI, s. 129, dn. 142.

142 Çok sayıda kimsenin aynı anda aynı amaca yönelik işlem yapması serinlemek için aynı anda havuza giren insanlara benzetilmiş ve havuz terimi bu anlamda kullanılmıştır. HAZEN, s. 434; WOOD, s. 347.

143 TEZCANLI, s. 136, dn. 151.

144 TEZCANLI, s. 137-138.

145 Konuyla ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar SPK tarafından ESerPK döneminde yayımlanan Seri: V/19 no.lu Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde yer almaktaydı. SerPK döneminde yayımlanan Seri: III/37.1 no.lu Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de ise, bu yönde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

ESerPK döneminde SPK tarafından yayınlanan Seri: V/19 no.lu Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nde[146] ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nde[147] (İMKB) vardı. SerPK döneminde yayınlanan Seri: III/37.1 no.lu Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de[148] ise bu yönde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Yine ESerPK döneminde yürürlükte olan İMKB Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde yanıltıcı/suni piyasa oluşturmaya yönelik alım-satım yöntemleri sayılmaktaydı[149]. Hâlihazırda yürürlükte bulunan Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği'nin[150] 44'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, "*Başta Kanunun 106 ncı ve 107 nci maddelerinde tanımlanan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları ve Kurulun Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)'nde belirlenen eylemler olmak üzere sermaye piyasası mevzuatına aykırılık teşkil eden eylemlerin veya Borsa kurallarının ağır ihmal ve kasıtla ihlal edildiğinin tespiti hâlinde durum raporlanarak Kurula bildirilir.*" yönünde bir hüküm yer almaktadır.

Yine SPK tarafından ESerPK yürürlükteyken yayınlanan Seri: V/19 no.lu Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği'nin[151] 50/j maddesinde, aracı kurumların yapamayacakları iş ve işlemler (yanıltıcı/suni piyasa oluşturmaya yönelik alım satımlara ilişkin yöntemler) de tek tek sayılmıştı[152]. Ayrıca bir alım ve satım işleminin ne zaman yapay olup

---

146 07.09.2000 tarih ve 24163 sayılı RG.

147 19.02.1996 tarih ve 22559 sayılı RG.

148 11.07.2013 tarih ve 28704 sayılı RG.

149 Md. 24/a, "*Bir menkul kıymette gerçeğe uygun olmayan ve görüntüde aktif bir piyasa izlenimi yaratmak maksadıyla; menkul kıymetin sahipliğinde değişim yaratmayan bir dizi alım satım yapmak, fiyat ve miktar bakımından piyasayı yanlış yönlendirecek mahiyette borsa emri vermek*"; md. 24/b, "*Bir menkul kıymette tek başına veya başkaları ile birlikte, diğer üyeleri o menkul kıymeti alıp satmaya yöneltmek maksadıyla bir dizi işlemle; menkul kıymet için görünürde aktif bir piyasa izlenimi yaratmak, menkul kıymetin fiyatında yapay olarak artış ve düşüşe neden olmak*"; md. 24/e, "*Piyasayı yanıltmak maksadıyla bir menkul kıymette fiyatı desteklemek, sabitlemek veya stabilize etmek üzere, dolaylı veya dolaysız olarak, bir veya daha fazla kişi ile anlaşarak bir dizi alım ve satım yapmak*"; md. 24/f, "*Piyasayı yanıltmak maksadıyla, yanıltıcı veya yanlış izlenim uyandıracak, gerçeğe aykırı sözlü veya yazılı beyanda, fiil ve davranışlarda bulunmak.*"

150 19.11.2014 tarih ve 29150 sayılı RG.

151 28.07.2009 tarih ve 27302 sayılı RG.

152 "*Aracı kurumlar; herhangi bir sermaye piyasası aracının fiyatını yapay olarak yükseltmek, düşürmek, belli bir seviyede tutmak yahut herhangi bir sermaye piyasası aracının alım veya satım taleplerini yapay olarak etkilemek veya aktif bir piyasası olduğu izlenimini yaratmak*

olmayacağı hakkında İMKB Yönetim Kurulu tarafından verilmiş kararlarda da örnekler yer almaktaydı. Bu kararların bazılarında, "*... Borsa üyelerinin gerek kendinden kendine ve gerekse karşılıklı olarak alım-satım işlemleri yapmalarının...*", "*... seansta üye (A) ve (B)'nin tek pasif satıcı olarak sırasıyla emirler yazmasının, tüm bu emirlerin ise üye (A) tarafından karşılanmasının, işlem yapmak isteyen üye (C) temsilcisinin engellenmesinin...*", "*... diğer üye temsilcisini bilinçli olarak yönlendirmek suretiyle bir yatırımcıya ait satış emrini, tahtada ilk emir olarak yazmasını sağlayıp, daha sonra yine aynı yatırımcı adına karşılanmasının...*", "*... hisse senedi fiyatının 02-13 Şubat döneminde 326 defa değişiklik göstermesinin, aynı dönemde günlük ortalama işlem miktarının %273 oranında artmasının, yatırımcı grubunun hisse senedinin toplam arzının %27'sinin 02-06 Şubat döneminde olmasının...*" alım ve satım işlemlerinin yapay nitelikte olduklarının kabulünü sonuçladığı ve failler hakkında disiplin soruşturması ile birlikte suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği görülmektedir[153].

Uygulamada SPK uzmanları tarafından yapılan denetimlerde tespit edilen ve uluslararası literatürde de kabul edilen diğer birtakım yöntemler de şunlardır:[154]

Mülkiyette Değişiklik Yaratmayan İşlemler: Yapay özelliği gereği alanı veya satanı aynı yatırımcılar olan bu nedenle satan da alan da aynı kişi olduğundan mülkiyette bir değişiklik söz konusu olmamaktadır. Kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır:

a) Kurgulu Emirler: Bu durumda belirli bir grup yatırımcı, aynı miktar ve fiyattan aynı zamanda alım ve satım emri vermekte ve söz konusu emirler eşleşerek işlem gerçekleşmektedir. Bu yöntem sayesinde, üzerinde işlem yapılan sermaye piyasası aracında aktif bir piyasa izlenimi yaratılmak suretiyle diğer yatırımcılar bu sermaye piyasası aracını almaya teşvik edilmekte, sonuç olarak sermaye piyasası aracının fiyatının yükselmesi sağlanmakta, işlemi yapanlar da elindekileri satarak haksız kazanç sağlamaktadır.

---

amacıyla; a) Sermaye piyasası aracının mülkiyetinde gerçek anlamda değişme yaratmayan alım-satım işlemi yapamazlar, b) Sürekli olarak kendisiyle veya aynı kişilerle, aynı miktar veya tutarda ve aynı fiyattan sermaye piyasası aracı alım-satımında bulunamazlar, c) Herhangi bir şekilde gelirlerini arttırmak amacıyla müşterilerin gereksiz alım-satım yapmalarına ortam hazırlayamazlar, d) Yukarıda sayılan yasaklanmış fiil ve işlemlerin, kendileri dışında, üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilmesine herhangi bir şekilde yardımcı olamazlar."

[153] İMKB Yönetim Kurulu'nun söz konusu kararları için bakınız: Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 2004, s. 606-607.

[154] Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri, Korunma Yolları, 2003, s. 13-16.

b) Kendinden Kendine İşlemler: Mülkiyette bir değişiklik olmaksızın alıcı ve satıcının aynı olduğu işlem türüdür. Sıklıkla yapılan bu işlem sayesinde fail üzerinde işlem yaptığı sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyerek diğer yatırımcıları aldatmaya çalışmaktadır. Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere bu türden yöntemler aslında yukarıda anlatılan Yıkama Satış olarak tabir edilen yöntemin çeşitlerini oluşturmaktadır. Ayrıca bu işlemleri gerçekleştirmek isteyen kişiler, yaptıkları işlemlerin fark edilmesini önlemek amacıyla fiktif hesaplar[155] kullanmaktadır.

Fiyat Adımlarını Yükselterek Seri halde Yapılan Tek Lotluk İşlemler: Düşük fiyatlı hisse senetlerinde 1 lotluk[156] emirler vermenin ekonomik bakımdan bir anlamı bulunmamakla birlikte, fail bu işlemi gerçekleştirmekle, fiyatın son gerçekleşen seviyesinin üstünde veya altında oluşmasını ya da kapanış fiyatının yüksek görünmesini sağlamayı amaçlamaktadır[157].

Menkul Kıymette Yoğunlaşma: Bası oluşturma yönteminin bir çeşidi olan bu yöntemde fail, belirli bir sermaye piyasası aracı üzerinde yoğun bir şekilde alım ve satım işlemi yapmaktadır. Bu yöntemle tıpkı kurgulu emirler de olduğu gibi diğer yatırımcılar etkilenmeye çalışılarak, sermaye piyasası aracının değeri yükseltilmeye çalışılmaktadır.

Arzı Kısıtlama: Yine bası oluşturmanın bir çeşidi olan bu yöntemde de fail, belirli bir miktar sermaye piyasası aracını, piyasada faaliyet göstermekte olan diğer yatırımcıların elindeki stoku daha yüksek fiyattan almak zorunda kalacaklarını bilerek satın almaktadır. Bu yöntem daha çok açığa satış işlemlerinde ve türev piyasa işlemleriyle bağlantılı olarak gerçekleştirilmektedir.

Menkul Kıymet Piyasasına İstikrar Kazandırma: Halka arz esnasında sermaye piyasası aracının fiyatında hızlı bir düşmenin önlenmesini sağlamak amacıyla gerçekleştirilen yöntemdir. Bu yöntemde fiyat arttırıcı bir durum

---

155 Söz konusu işlemlerin kimliği belirli olmayan kişiler tarafından, başkası adına açılmış hesaplar üzerinden gerçekleştirilmesi. Örneğin; şirketin çaycısı, şoförü konumunda olan kişiler adına açılan hesaplardan işlem yapılması.

156 Lot kısaca, borsada işlem birimi demektir. 1 lot 1 adet hisse senedini ifade eder. Tüm pay ve yeni pay alma hakkı işlemlerinde işlem birimi olarak 1,00 TL (nominal) = 1 adet = 1 lot eşitliği uygulanır. Daha detaylı şekilde ifade edecek olursak, hisse senedi piyasasında kullanılan lot kavramı işlem birimini ifade etmekte olup; borsada 1 adet hisse senedi 1 lota eş gelen değerdir. Borsada işlem emirleri 1 ve katları şeklinde devam eder. Aynı zamanda borsada 1 lot 1 TL nominal değerli hisse senedine eş değerdir. https://bigpara.hurriyet.com.tr/yatirim-sozlugu/lot-nedir_ID1472160/, (Erişim Tarihi: 12.01.2023).

157 Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, s. 13-14.

söz konusu olmadığından ve kamuyu aydınlatma yükümlülüğü de yerine getirildiği takdirde piyasa için yararlı bir işlem olarak kabul edilmektedir. Ancak, kurallara uygun şekilde yapılmadığı takdirde manipülatif nitelik arz edebilmektedir[158].

Seans Açılışını ve Kapanışını Belirleme: Seans başındaki işlem hacmini ve/veya fiyatları etkileyerek seansın gidişatını ve kapanışını belirlemek amacıyla yapılan işlemlerdir. Gerek seans başında gerekse sonlara doğru arz, talep ve/veya fiyatı etkileyebilecek işlemlerde bulunmak değerleme sonuçlarını, piyasayla ilgili diğer yatırımcıların beklentilerini ve alım-satım kararlarını etkilemek bakımından önem arz etmektedir[159].

Konuyla ilgili olarak SPK web sayfasında, "*Kendinden kendine işlemler (wash sales) ile tarafların işlemden önce anlaşarak aynı fiyat ve aynı miktardan eş zamanlı olarak girdikleri emirlerin karşılaşması sonucunda gerçekleşen işlemler piyasa dolandırıcılığı için kullanılan klasik yöntemler olmakla beraber, piyasayı dolandırmaya yönelik emir ve işlem kalıpları bu yöntemler ile sınırlı değildir. Gerçekleşen işlemler, sayılan iki tipteki gibi hileli olmasa bile, madde hükmünde sayılan amaçlara yönelik olduğunda suçun maddi unsuru yine oluşacaktır. Suçun maddi unsurunu tek başına yasal bir görüntüye sahip olan ve fakat belirli bir amaç için koordineli olarak gerçekleştirildiklerinde piyasa dolandırıcılığı niteliğinde olan alım ve satım işlemleri, hesap hareketleri ile verilen, iptal edilen veya değiştirilen alım veya satım emirleri oluşturmaktadır.*"[160] denilmektedir.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleştirilme yöntemleri bakımından Yargıtay'ımızın mülga kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda; "*... şirketlerin kendi aralarında yaptıkları alım satım işlemleri sonucunda Çimento hisse senedi fiyatlarının her gün artan oranlarda değer kazandığı, inceleme konusu tarihlerdeki tüm aracı kurumlar tarafından gerçekleştirilen alım ve satımların birbirine eşit olduğu, hisse senedi mülkiyetinde gerçek anlamda bir değişimin bulunmadığı...*"[161] ifadelerine yer verdiği görülmektedir.

---

158 TEZCANLI, s. 148-149; Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, s. 14-15.

159 Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, s. 15.

160 Bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/islem-bazli-piyasa-dolandiriciligi, (Erişim tarihi: 11.01.2023).

161 Yargıtay (4.) CD'nin 02.12.1998 tarih ve 1998/9278 Esas, 1998/10013 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 22.01.2023).

Uygulamada; **a)** Borsada işlem görmekte olan hisse senetlerinin, hem aylık ortalama fiyat değişiminin hem de bu aylık fiyat değişimlerinin fiyat sapmasının yüksek olmasının ve fiyatlardaki bu tarz oynaklığın, **b)** Şirket hisse senetleri üzerinde yoğun işlem gerçekleştiren yatırımcıların hepsinin babaoğul ya da kardeş olmalarının, **c)** Şirket hisse senetleri üzerinde yoğun işlem gerçekleştiren yatırımcıların şirket yönetim kurulu başkanı ve yönetin kurulu üyesi olmalarının, **d)** Şirket hisse senetleri üzerinde yoğun işlemlerin şirket çalışanları adına açılmış hesaplar üzerinden gerçekleştirilmiş olmasının borsanın etkinliğini bozan faktörlerden biri olan manipülatif nitelikteki aldatıcı hareketlerin yaygın şekilde yapılmasının birer delili olduğu ifade edilmektedir.

Halihazırda bu ve buna benzer yöntemlerin yer aldığı ayrıntılı tebliğler var olmasa da mülga kanun dönemindeki mülga yönetmelik ve tebliğlerin hükümleri ile bu Yönetim Kurulu kararları yine de uygulamaya yön gösterecek niteliktedir. Piyasayı dolandırmaya yönelik yapay işlemlere ilişkin olarak yönetmelik ve Kurul tebliğlerinde yer alan bu türden işlemler, aslında işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsurunun gerçekleştirilmesinde fail tarafından kullanılmakta olan yöntemlerdir. Salt yasallık, kesinkes yasallık ilkelerine aykırı olmakla birlikte bu yöntemlerin sınırlı sayıda olduğunu söylemek mümkün değildir[162]. Zira kanundaki düzenleme bu şekildedir. Yöntemleri önceden kesin bir şekilde belirlemek mümkün olmadığından kanaatimizce, her somut olay açısından ayrı bir değerlendirme yapılması ve somut olayın özelliklerine göre o yöntemin hareket kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından bizce asıl önemli olan, sermaye piyasaları için uzak bir sonuç olmakla beraber, en azından örnek teşkil edebilecek bir piyasa için tam rekabet piyasası kurallarının göz önüne alınmasıdır[163]. Yapay nitelikteki manipülatif işlemlerle dengenin bozulması, ancak derinliği ve işlerliği olmayan piyasalarda mümkündür, o yüzden öncelikle piyasadaki derinliğin ve işlerliğin gerçek anlamda sağlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

---

[162] Bu suç tipi de diğer çoğu borsa suçu gibi Anglo Sakson kökenli olduğundan, o hukuk sistemini benimseyen ülkeler açısından bu yöntemlerin içtihatlarla belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bu konuda 2005 yılında yayımladığımız doktora tezimizdeki eleştiriler (EVİK, 2004, s. 185-186) bugün hala geçerlidir.

[163] Tam rekabet piyasalarında, alıcı ve satıcıların çok sayıda olmasından dolayı bunların hiçbirinin tek başına piyasayı etkilemesi mümkün olmamakta, bu tarz bir piyasada alıcı ve satıcıların, oluşan her fiyatı bir veri olarak kabul etmeleri ve tutumlarını ona göre ayarlamaları gerekmektedir. Bakınız: PARASIZ İlker, **Modern Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, Ezgi, Bursa, 1999, s. 59.

bb. Uygunluk

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu neticesi bakımından tehlike suçu olup, tehlike suçları somut bir zararın netice olarak öngörüldüğü zarar suçlarından farklıdırlar. Zarar suçlarında, failin hareketiyle netice arasında somut nedensellik bağı saptanabilmekte, buna karşılık tehlike suçlarında, somut hareketin, normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratıp yaratamayacağı değerlendirmesinin ayrıca yapılması gerekmektedir[164]. Bir başka deyişle tehlike suçlarının amacı, zarar neticesini önlemek olduğundan, hareketin suç sayılabilmesi için korunan hukuksal değer açısından zarar neticesi yaratmaya uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde uygunluk aranmaksızın hareketin cezalandırılması, normun kapsamı dışında kalan eylemlere uygulanması anlamına gelecektir[165].

Uygunluk, hareketin, ancak somut zarar tehlikesi yaratması durumunda varsayılabilir[166]. Bu bakımdan her somut olayda, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin, normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmesinin de yapılması gereklidir[167]. İncelediğimiz suçun gerçekleşmesi bakımından fail tarafından yapılan alım-satım, emir verme, emrin iptali vs işlemlerinin sermaye piyasası araçlarının değerini etkilemeye uygun (elverişli) olması gerekmektedir[168]. Zira kanun maddesinde hareketin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla yapılması aranmaktadır. Buradaki uygunluk, suç olarak düzenlenmiş işlemler ile yapay piyasa/fiyat ya da arz/talep oluşumu şeklindeki tehlike neticesini yaratmaya uygunluk anlamına gelmektedir[169].

Uygunluk için suç oluşturan yapay hareketin, sermaye piyasası araçlarının değerinde (fiyatında), değer değişiminde hisseye yönelik arz ve talep oluşu-

---

164 EVİK, 2004, s. 176.

165 DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", **Prof Dr. Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, ss. 163-189, 1999, s. 163-189, s. 170; ÖZEK Çetin, "Temel Haklar ve Özgürlükler", **Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu l**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1996, ss. 19- 36, s. 31.

166 ÖZEK, 1996, s. 31.

167 KUNTER Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1954, s. 124-135; ÖZEK Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1978, s. 362-364.

168 DOLCINI / MARINUCCI, s. 2726.

169 MUSCO, s. 334-335; SEMINARA Sergio, "Il Reato Di Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari", **Rivista Penale Dell'economia**, y. y. 2000, s. 447.

munda gerçek dışı, suni bir değişikliğe yol açabilecek nitelikte olması gereklidir. Aksi takdirde ortada suçu meydana getirmeye uygun/elverişli bir vasıta söz konusu olmayacağından, bu işlemlerin yapay olup olmadığının araştırılmasına da gerek bulunmayacaktır[170]. Bir başka deyişle failin amacı belirli bir neticeyi gerçekleştirmek olduğundan, bu amaca uygun olmayan bir hareket, anılan suça ilişkin seçimlik bir hareket olarak kabul edilemeyeceğinden, cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bunun için fail tarafından gerçekleştirilen yapay hareketin, sermaye piyasası araçlarının değerini/fiyatını, hisseye ilişkin arz ve talebi etkileyebilecek kudrete, itici bir güce sahip olması gerekmektedir[171].

Sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenmesi açısından ciddi nitelikte bulunmayan, ortak tecrübe kurallarına göre etkileme gücü olmayan hareketler, uygunluk niteliğine sahip olmadıklarından, manipülatif nitelikte oldukları da kabul edilemeyecektir. Madde hükmü ile sağlanmaya çalışılan, sermaye piyasasında panik yaratabilecek ani düşüş ve çıkışlara yol açan dalgalanmaların yapay bir şekilde oluşmasına engel olmaktır[172]. Yoksa amaç kendiliğinden oluşan, işin doğasından kaynaklanan dalgalanmalara engel olmak değildir[173].

Bu bakımdan yapılması gereken şey, her somut olayda fail tarafından yapılan hareketin sermaye piyasası araçlarının değerini etkilemeye elverişli/uygun olup olmadığının, hukuka aykırı zarar neticesini yaratma imkân ve ihtimalinin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır[174].

Uygunluk bakımından "işlem hacmi, miktarı" ile ilgili olarak İMKB Yönetim Kurulu mülga SerPK döneminde vermiş olduğu bir kararında; "*üyenin üst üste yedi seansta belirli bir hisse senedi üzerinde işlem yapmasının yapay piyasa oluşturmaya yönelik eylem olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak spekülatif bir işlem olarak nitelendirilebileceğini*"[175] belirtmiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, aynı menkul kıymet üzerinde, gün içerisinde salt birden fazla alım-satım işlemi yapılması uygunluk bakımından yeterli kabul edilmemektedir.

---

[170] EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi: Özel Hükümler**, C. II, Seçkin, Ankara, 1993, s. 1725; ERMAN, 1993, s. 143.

[171] BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1977, s. 181.

[172] BLOOMENTHAL / ROBERTS, s. 129; EREM, 1993, s. 1725; MUSCO, s. 327.

[173] TOSUN, s. 123.

[174] FIORE Carlo, **Diritto Penale Parte Generale**, y.y., Torino, 1993, s. 186.

[175] İMKB Yönetim Kurulu'nun 20.12.1994 tarih ve 1994/964 Esas, 1994/445 Karar sayılı kararı için bakınız: Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, s. 598.

Uygunlukla ilgili olarak SPK web sayfasında yerinde bir değerlendirme ile "*... öte yandan, yalan ve yanlış izlenim uyandıran işlemlerin büyüklüğü konusunda herhangi bir alt veya üst sınır söz konusu değildir. İlgili pay piyasasında piyasa hâkimiyeti sağlanarak gerçekleştirilen bir piyasa dolandırıcılığı için gerekli olan işlem miktarı çok büyük olabileceği gibi, payın kapanış fiyatının belirlenmesi için borsadaki asgari işlem miktarı olan bir adetlik bir işlem de piyasanın dolandırılmasına neden olabilecek niteliktedir...*"[176] denilmektedir.

Uygunlukla ilgili olarak sanıklar hakkında yerel Mahkemece verilen beraat kararını bozan Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, "*sanıkların belirtilen dönemlerdeki alım satımlarının şirket sermayesine tekabül eden miktarı, bu alım satımların piyasadaki arz talebi etkileyecek oranda bulunup bulunmadığı ve normal bir yatırımcının gerçekleştirdiği şekilde tasarruf ve kâr amaçlı senet alım satım mı yoksa piyasayı etkileyecek düzeyde manipülasyon mu olup olmadığı, dolayısı ile yasada belirtilen suç unsurlarının oluşup oluşmadığı konusunda, İMKB ve aracı kurumlardaki belgelerden getirtilerek oluşacak sonuca göre suç vasfı ve sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri ile hisse alım satımının piyasayı etkilemek için yapılıp yapılmadığının bilirkişilerce belirlenmesinin gerektiği*"[177] gerekçelerine dayanmıştır. Bu karardan da anlaşılacağı gibi, uygunluğun/elverişliliğin tespiti hususunun, her somut olayda hâkimin mesleki bilgisiyle[178] veya bilgisini aşması halinde konunun uzmanı bilirkişiden yararlanarak[179] değerlendirilmesi gerekmektedir.

Erman'a göre, suç aynı zamanda milli ekonomiye zarar verici bir fiil olduğundan, yapılan yapay işlem ile bütünü itibariyle milli ekonominin kötü ve olumsuz bir biçimde etkilenmiş olması veya etkilenebilecek düzeyde olması da gerekmektedir[180]. Bu görüşe, işlerliği ve derinliği olan, güvenilir bir sermaye piyasasında yapılan bu türden eylemlerin borsayı paniğe sürüklemek, ani ve kesin düşüşlere sebep olmak gibi sonuçlara sürüklemesinin veya sürükleme tehlikesi yaratmasının kaçınılmaz olmasından ve "bu norm-

---

[176] Bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/islem-bazli-piyasa-dolandiriciligi, (Erişim tarihi: 11.01.2023).

[177] Yargıtay 7. CD'nin 24.11.1999 taih ve 1999/9795 Esas, 1999/11487 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr/, (Erişim Tarihi: 21.01.2023).

[178] PATERNITI, s. 241.

[179] EREM, 1993, s. 1725; GÖZÜBÜYÜK, s. 648.

[180] ERMAN, 1993, s. 145.

la amaçlanan şeyin de bu tehlike halinin önlenmek istenmesi"[181] olduğundan katılmamaktayız[182].

E. Netice

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği SerPK md. 107/1 incelendiğinde, suçun tamamlanmış olması bakımından sermaye piyasası araçlarının arz ve talebinin etkilenmesi, aktif bir piyasa varlığı görünümünün doğmuş olması, fiyatların artma, azalma ya da aynı seviyede tutulması şeklindeki zarar neticesinin gerçekleşmesinin aranmayıp, tehlike neticesinin gerçekleşmesinin yeterli sayıldığını görmekteyiz[183].

Kanaatimizce buradaki tehlikeyi, zarar neticesini yaratma imkân ve ihtimali şeklinde anlamak gerekmektedir[184]. Bir başka deyişle fail tarafından yapılan hareketle suçun tamamlandığından bahsetmek için milli ekonomi veya yatırımcıların haklarının somut olarak etkilenmeleri, zarar görmeleri şart olmayıp, istenmeyen/suni bir biçimde etkilenme ihtimalinin bulunması gerekli ve yeterlidir.

Suçun oluşumu için kanun koyucu, madde kapsamındaki yasak faaliyetlerin, suç ile korunmak istenen hukuki değerler için tehlike oluşturabilecek düzeyde olmasını yeterli kabul etmektedir[185]. Bu açıklamalar da bize göstermektedir ki suç, neticesi açısından tıpkı ESerPK'da olduğu gibi bir tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde tehlike suçları çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta olup, genel olarak kabul edilen ayrım somut ve soyut tehlike suçları olarak[186] yapılandır. Bu ayrıma göre somut tehlike suçu, suçun tamamlanması için somut tehlikenin varlığının araştırılması gerektiği, soyut tehlike suçu ise somut olayda tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin aranmadığı, hareketin genel olarak tehlikeliliğinin araştırıldığı suçlardır[187].

---

[181] MANZINI, 1986, s. 2439.

[182] Mülga 765 sayılı TCK'nın 358'inci maddesi bakımından Tosun'un aynı yöndeki görüşü için bakınız: TOSUN, s. 123.

[183] DUMAN, s. 137; EVİK, 2004, s. 182; EVİK, 2021, s. 166. Aynı yönde bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/islem-bazli-piyasa-dolandiriciligi, (Erişim tarihi: 11.01.2023).

[184] DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 14. bs., Beta, İstanbul, s. 345.

[185] PEDRAZZI, s. 639.

[186] Bu ayrımlar ve bunlara ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: DARAGENLİ, s. 172-183.

[187] DARAGENLİ, s. 59-60.

SerPK md. 107/1'de suçun oluşumu için somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin şart koşulduğu yönünde herhangi bir ibare/husus bulunmamaktadır. Bu itibarla işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, soyut bir tehlike suçudur. Suçun neticesi, sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenmesi tehlikesi olup, maddede bu suç bakımından somut tehlikenin arandığı hususu açık olarak belirtilmemektedir. Ancak, her ne kadar, normda açıkça somut tehlikenin gerçekleşmesi aranmamış da olsa, normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratmaya elverişli olmayan bir hareketin yapay kabul edilmesinin mümkün olmamasından dolayı,[188] somut tehlike suçuymuş gibi uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Bir başka deyişle kanaatimizce suçun oluşumu bakımından, somut tehlikenin gerçekleşmesi şartı aranmalıdır[189], yoksa cezalandırma alanı alabildiğince genişlemek durumunda olur ki bu da kanunilik ilkesi gereği istenmeyen bir husustur.

Bu etkilenme, sermaye piyasası araçlarının değerinde yapay olarak veya normal seyre aykırı şekilde gerçekleşen (kendiliğinden oluşmayan, işin doğasından kaynaklanmayan) bir azalma veya artma ya da yatay seyir izleme tehlikesi olabileceği gibi, bir azalma veya artma ya da yatay seyir izlemenin engellenmesi tehlikesi şeklinde de olabilir[190].

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda netice, yapay nitelikteki hareketlerin bir veya birkaçının yapılması ile tamamlanmış olmakta, ayrıca bir maddi neticenin de gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır[191]. Bir başka deyişle suç, milli ekonomi ve yatırımcıların haklarını ihlal edebilecek nitelikte/uygunluktaki yapay hareketin gerçekleştirildiği anda vuku bulmuş olacaktır. Yapılan hareketle sermaye piyasasının genelinin, milli ekonominin veya yatırımcıların haklarının etkilenip etkilenmemesi, netice bakımından önem arz etmemektedir.

SPK web sayfasında, "*... söz konusu hükmün uygulanması açısından önemli olan ve vurgulanması gereken diğer bir husus ise, failin mamelekinde (mal varlığında) bir artışın meydana gelmesinin yanı sıra bir zarardan korunmanın da "menfaat" olarak değerlendirilmesidir...*" yer alan bu görüşe katılmak imkânı yoktur. Zira bu suçta, SerPK md 106'da düzenlenen bilgi suiistimali suçunun aksine, suça konu işlemler neticesinde maddi bir menfa-

---

188 ERMAN, 1993, s. 140, 144.

189 MUSCO, s. 329; PEDRAZZI, s. 645.

190 MANZINI, 1986, s. 2439.

191 TOSUN, s. 141.

atin elde edilmiş olması şart değildir. Diğer deyişle, menfaat temini suçun maddi unsuru kapsamındaki netice alt unsurunun bir parçası değildir. Öyleyse, suçun neticesi açısından hem bir tehlike suçudur deyip, hem de zarardan korunma da bir menfaattir demenin hiçbir anlamı yoktur. Menfaat temini, olası paraca cezasının hesaplanmasında önem arz eden bir konudur. Zarardan kaçınmanın da menfaat sayılması durumunda acaba verilecek para cezası neye göre belirlenecektir?

Nedensellik bağına gelince; işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun tamamlanmış olması bakımından sermaye piyasası araçlarının arz ve talebinin etkilenmesi, aktif bir piyasa varlığı görünümünün doğmuş olması, fiyatların artma, azalma ya da aynı seviyede tutulması şeklindeki zarar neticesinin gerçekleşmesi aranmadığından, yani elverişli-uygun hareketin yapılması ile birlikte tehlike neticesi de gerçekleşeceğinden, nedensellik bağının tespiti bir önem taşımamaktadır[192].

Bu durumda sebebin tekliğinden bahisle, suçun meydana gelmesi nedensellik bağı gibi bir olaya değil, hareketin sahip olması gereken özelliklere, yani yapaylığa ve uygunluğa/elverişliliğe bağlı olacaktır[193]. Bir başka deyişle, hareket yapılır yapılmaz, netice de kendiliğinden meydana geleceğinden, hareket yapıldıktan sonra artık hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılmasına gerek kalmayacak, böyle bir araştırma yapılmaksızın da maddi unsurun gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Fakat nedensellik bağının varlığı ile olup olmadığının ayrıca araştırılmasına gerek bulunup bulunmadığı konuları farklı şeyler olup, birbirine karıştırmamak da gerekmektedir[194].

Suçun bir tehlike suçu olmasına ve zarar şartının gerçekleşmesinin şart olmamasına rağmen, uygulamada mülga SerPK döneminde İMKB Disiplin Komitesi tarafından verilen kararlarda, fail veya failler hakkında suç duyurusunda bulunulması ve disiplin cezası verilebilmesi için yatırımcılar açısından somut bir zararın, fail bakımından da bir kazanç elde edilmesinin gerçekleşmesinin arandığı görülmektedir. Konuyla ilgili olarak İMKB Disiplin Komitesi vermiş olduğu çeşitli kararlarında; "*işleme dayalı manipülasyonlarda, aktif bir piyasa olduğu izlenimini uyandırmak, fiyatları belli bir seviyede tutma, yükseltme veya düşürme amacıyla arz ve talepte gerçek bir de-*

---

[192] BAYRAKTAR, s. 189.

[193] BAYRAKTAR, s. 189; DÖNMEZER / ERMAN, C. I, s. 472.

[194] KUNTER, 1954, s. 144.

ğişin olmalıdır. Manipülatörlerin yaptığı işlemler sonucunda kazanç elde etmeleri, yatırımcıların ise bir zarara uğramaları mevcut olmalıdır"[195] şeklinde ifadelere yer vermektedir.

Hâlbuki failin bu şekilde bir kazanç, menfaat sağlaması sadece suçun yaptırımı olarak para cezasının belirlenmesi bakımından kanunda aranmaktadır, suçun oluşumu bakımından ise yatırımcıların gerçek anlamda zarara uğramaları veya faillerin kazanç, menfaat temin etmeleri aranmamaktadır. Kanun koyucu tarafından aranmayan bir zarar neticesinin bu şekilde İMKB Disiplin Komitesi tarafından aranması ve ona göre suç duyurusunda bulunarak disiplin cezasına hükmedilmesi karşısında söylenecek ilk şey, modern ceza hukuku prensipleri uyarınca yapılmış bir kanunda tehlike suçlarının elden geldiğince az olması gerektiğidir. Bu kuraldan hareketle ikinci şey de suçun kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması ve uygulamadan hareketle bir zarar suçu olarak düzenlenmesidir.

Bunun mümkün olmaması halinde ise diğer bir önerimiz de anılan suçla ilgili olarak kanunda en azından Alman mevzuatında olduğu üzere hem tehlike neticesini hem de zarar neticesini dikkate alan bir düzenlemeye yer verilmesidir[196]. Sadece tehlikenin gerçekleşmesi durumunda bunun bir kabahat olarak kabul edilmesi ve idari para cezasına hükmedilmesi, zarar neticesinin gerçekleşmesi halinde ise adli bir suç olarak kabul edilip hem para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi şeklinde bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde bir tutum olacağıdır.

Son olarak suçun, neticesi harekete bitişik bir suç özelliği taşıdığı belirtmek gerekir. Zira hareket ile neticeyi birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu itibarla, suça konu (elverişli-uygun) hareketlerden biri veya bir kaçı yapılır yapılmaz tehlike neticesi de yani suç da meydana gelmektedir.

F. Teşebbüs

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan, suçu oluşturacak nitelikteki elverişli hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç da meydana gelecektir. Buna göre, ancak TCK md. 35 uyarınca hareketin parçalara bölünebilmesi durumunda suça teşebbüs de söz konusu olabilecektir. Örneğin, fail tarafından aracı kuruma iletilen alım-

---

[195] İMKB Disiplin Komitesi karar örnekleri için bakınız: **Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat**, İMKB Yayınları, İstanbul, 2004.

[196] EVİK, 2004, s. 103-105.

satım emirlerinin yapay olduğunun anlaşılması üzerine, aracı kurum yetkilisi tarafından işlem yapmaksızın iptal edilmesi gibi.

Erman'ın, "*maddede sayılan hareketler ya sözü edilen tehlikeyi meydana getirecek düzeye erişmiştir ve bu takdirde suç tamamlanmıştır ya da bu düzeye henüz erişmemiştir ve bu takdirde de elverişli vasıtalarla icraya başlanmamış olmasından dolayı teşebbüs söz konusu olamaz*[197]" şeklindeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü failin elverişli nitelikteki icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, Hükümetin, ilgili Bakanlığın, İMKB Yönetiminin müdahaleleri sayesinde, bu hareketler tamamlanamamış yarıda kalmış olabilir, dolayısıyla neticenin gerçekleşmemiş olmasını, mutlak surette elverişsizliğe dayandırmak mümkün değildir.

2. Manevi Unsur

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı sadece kasten işlenebilen bir suçtur[198]. Ancak, bu suç tipinde, failin, suçun unsuru olarak belirli bir amaçla hareket etmiş olması da aranmaktadır. Failin, maddede sözü edilen amaç ile hareket etmiş olması, kastının söz konusu amacın neticesinde oluşmuş ve iradesinin bu hususu da kapsamış olması gerekmektedir[199]. Diğer bir ifadeyle, genel kastın yanı sıra yapay işlemlerle sermaye piyasası araçlarının değerinin veya arz ve taleplerinin olumlu ya da olumsuz bir biçimde etkilenebileceğinin bilinmesi ve istenmesi de manevi unsur bakımından failde aranmalıdır.

Amerikan Hukuku'nda manipülasyonun genelde; **a)** Menkul kıymetlerin fiyatlarını yükseltmek, **b)** Menkul kıymetlerin fiyatının doğal olarak ulaşabileceği seviyeden, failin istediği bir seviyeye getirmek, **c)** Açığa satış işlemleri yaparak daha fazla kazanç sağlamak için menkul kıymetlerin fiyatlarını olabildiğince düşürmek amaçları doğrultusunda gerçekleştirildiği ifade edilmektedir[200].

Suçun gerçekleşmesi bakımından kanun koyucunun sadece kasten hareket edilmiş olmasıyla yetinmemesinin en önemli nedeni, aslında kuralına uygun olarak gerçekleştirilen sermaye piyasası işlemlerinin suç olarak kabu-

---

[197] ERMAN, 1993, s. 145. Erem de bu suç bakımından teşebbüsün mümkün olamayacağını (EREM Faruk, **Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 4. bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1958, s. 437) ifade etmektedir.

[198] KOCASAKAL Ümit, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. II, TCHD ve Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Ortak Yayını, Ankara, 2008, ss. 1005-1022.

[199] EVİK, 2004, s. 194 vd.

[200] JENNİNGS / MARCH / COFFEE, s. 581-584; TEWELES ve diğ./et al., s. 316.

lü için failin amacının değerlendirilmesinin de şart olmasından, yasal olan-olmayan arasındaki ayrımın yapılabilmesi için, failin amacının kanun tarafından göz önüne alınmasının gerekmesinden ileri gelmektedir[201].

Suça konu hareketlerin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına ya da fiyat değişimlerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla veyahut da arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla gerçekleştirilmiş olmasıdır[202]. Suçun gerçekleşmesi bakımından kanun koyucu, failin herhangi bir menfaat temin etmesini aramamıştır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, menfaat temin edilmesi sadece para cezasının tayini açısından önem arz etmektedir.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda bu sayılanlar birer amaç, sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenmesi tehlikesi ise maksattır. Görüldüğü üzere bu suç tipinde amaç ve saik birleşmektedir. Genelde manipülatif nitelikteki işlemlerin üç temel amaç için yapıldığı görülmektedir: Fiyatları yükseltmek için yapay işlemlerde bulunmak, senedin fiyatını doğal olarak ulaşabileceği yerden daha iyi yere taşımak veya fiyatların tamamen düşmesini sağlayarak piyasadan düşük fiyatlı yüksek miktarda hisse senedi toplamak. Bir başka deyişle, rekabet kurallarını hiçe sayan manipülatif nitelikteki piyasa oyunları ile yükselen bir piyasa olduğu veya olacağı inancı yaratılarak, uygun bir ortam ile eldeki hisse senetleri daha yüksek fiyattan satmak, fiyatların düşüş trendine geçmesine sebep olarak düşük fiyattan hisse senedi toplamak ve fiyatları belirli bir seviyede tutmak istenilmektedir[203].

Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak maddede sayılan bu amaçlar normda öngörülenlerle sınırlıdır. Suçun işlenmesi için öngörülen bu amaçların hepsinin birden fail tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir, tıpkı seçimlik hareketli suçlarda olduğu üzere alternatif olarak öngörülen bu amaçlardan sadece bir tanesinin amaç edinilmesi yeterli olup, birden fazla amaca yönelinmesi halinde de tek bir suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu amaçlara kısaca değinmek isteriz:

Borsada hisse senetlerinin değeri matematiksel kurallara göre değil, piyasadaki alıcı ve satıcıların yarattıkları arz ve talebe göre belirlenmektedir[204].

---

[201] MUSCO, s. 347; TOSUN, s. 106.

[202] EVİK, 2021, 165.

[203] TEZCANLI, s. 122-123.

[204] İNCEOĞLU, s. 38, dn. 71; YASAMAN, s. 8.

Bir malın talebi bir gereksinim ya da o mala karşı duyulan bir arzu, istek anlamına gelmeyip, belli bir dönem içerisinde (gün, hafta, ay) belli bir fiyatta, bir istekle bir malı satın alma kabiliyetinin birleşmesidir. Bir başka deyişle talep, fiyat ile talep edilen miktar arasındaki ilişkidir. Herhangi bir mala yönelik istek ona yönelik talep anlamına da gelmemektedir, talebin oluşması için hem o mala yönelik istek hem de o mala yönelik ödeme yapma arzusu birlikte söz konusu olmalıdır. Öyleyse talep, "*belli bir dönemde, belli bir fiyat düzeyinde insanların piyasada satın alabileceği mal*"[205] şeklinde tanımlanabilir.

Piyasa koşullarında talebi etkileyen pek çok faktör bulunmaktadır: Bir malın kendi fiyatı, hane halkının ortalama geliri, diğer malların fiyatları, zevk ve tercihler, gelir dağılımı, nüfus ya da alıcıların sayısı, fiyatlar ve gelirler hakkında bekleyişler gibi[206].

Talebe benzeyen ya da simetrik bir durum gösteren arz ise, belli bir dönemde her fiyat düzeyinde piyasaya sunulan bir mal, faktör veya hizmet miktarıdır[207]. Bir başka deyişle arz, fiyat ve arz edilen miktar arasındaki ilişkidir. Talebin, tüketicinin bir malı satın alma arzusunu ortaya koymakta olmasına yani tüketiciyle ilgili olmasına rağmen, arz bir yandan üreticilerin bir malı sağlama arzusunu, öte yandan da daha fazla üretmek isteğiyle karşılaşacağı maliyetleri ortaya koymaktadır, yani arz daha çok üreticiyle ilgili bir konudur[208].

Piyasa koşullarında arzı etkileyen de pek çok faktör bulunmaktadır: Bir malın kendi fiyatı, diğer malların fiyatları, gelecekte beklenen fiyatlar, üretim faktörlerinin fiyatları, teknolojik gelişmeler, kamu politikaları, firmaların amaçları, endüstriye yeni firmaların girişi, yeni hammadde kaynaklarının keşfi ya da mevcutların tükenmesi gibi[209].

Arz ve talebi etkileyen bu faktörlerden konumuzla ilgili olanı, "bir malın kendi fiyatı" şeklindeki faktördür. Zira normalde bir malın fiyatı düştüğünde,

---

[205] İŞGÜDEN Tamer / TURANLI Rona, **Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, 2. bası, Bilim ve Teknik Yayınları, İstanbul, 1992, s. 340; PARASIZ İlker, **İktisada Giriş**, 7. bası, Ezgi, Bursa, 2003, s. 47; ŞAHİN, s. 43.

[206] PARASIZ, 2003, s. 47-52, TUNÇ Havva, **Mikro İktisat**, Alfa, İstanbul, 2002, s. 8-10; TÜRKAY, s. 39-40.

[207] İŞGÜDEN / RONA, s. 14.

[208] PARASIZ, 2003, s. 53; ŞAHİN, s. 59.

[209] PARASIZ, 2003, s. 53-57; TUNÇ, s. 34-36; TÜRKAY, s. 46-47.

insanlar o maldan daha fazla talep ederler ve yine normalde bir malın fiyatı yükseldiğinde, o mala yönelik arz da daha fazla olacaktır. İşler (canlı/aktif) bir piyasada olması gereken şey, fark edilir bir değişme eğilimi göstermeyen fiyat, yani denge fiyatıdır. Bir başka deyişle, fiyatın dengede olabilmesi için fiyatı yükseltici ve düşürücü etkenlerin her ikisinin birden sıfır olması gerekmektedir, bunun için de piyasada arz ve talep fazlasının olmaması şarttır[210].

İncelediğimiz suç ile sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıların, saydığımız bu doğal etkenlerin dışında yapay işlemlerde bulunmak suretiyle arz ve talebi olumsuz, suni şekilde etkilemeleri önlenmek istenmektedir. Bir diğer deyişle, piyasada normal koşullarda oluşması beklenen piyasa (denge) fiyatının yapay yöntemlerle bozulması engellenmek istenmektedir. Böylelikle işlevlerinin en önemlilerinden bir tanesi, "arz ve talebin karşılaşması sonucu ortaya gerçek fiyatların çıkmasını sağlamak, hisse senetlerine güvenin sağlanmasını tesis etmek"[211] olan borsaların bu fonksiyonları güvence altına alınmış olmaktadır.

Suça konu yapay nitelikte işlemler yapan kişilerin amacı, arz ve talebi etkileyerek normal şartlarda oluşması gereken piyasa (denge) fiyatının kendi istekleri doğrultusunda gerçekleşmesini sağlamaktır[212]. Arz ve talebin birlikte değişmesi sonucunda, bunun fiyat üzerindeki etkisinin ne olacağının önceden kesin olarak belirlenmesinin pek mümkün olmamasına rağmen, değişimin büyüklüğüne ve yönüne bağlı olarak fiyat düşebilir, yükselebilir ya da aynı kalabilir[213]. Yani arz ve talebin etkilenmesi sonucunda, zaten bir malın fiyatı ya aynı seviyede kalmakta ya artmakta ya da azalmakta olup, bu iki amacın biri diğerinin zaten doğal sonucu olmaktadır. O yüzden de kanaatimizce, bu suç tipinde olduğu üzere failin amaçları olarak maddede sayılan ama aslında aynı sonuca varan bu amaçları, farklı şeylermiş gibi tekrar etmenin, amaçların bu şekilde teferruatlı olarak sıralanmasının bir faydası ve anlamı bulunmamaktadır[214].

---

[210] PARASIZ, 1999, s. 36-37; PARASIZ, 2003, s. 59-60; ŞAHİN, s. 38; TUNÇ, s. 5; TÜRKAY, s. 139.

[211] TANÖR, s. 8, YASAMAN, s. 6-9.

[212] TOSUN, s. 121.

[213] PARASIZ, 1999, s. 62; TUNÇ, s. 53-54.

[214] ESerPK döneminde suçun yer aldığı maddede bir de aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak amacı da sayılmaktaydı. Muhtemelen aslında aynı sonuca varan bu amaçları, farklı şeylermiş gibi tekrar etmenin, amaçların bu şekilde teferruatlı olarak sıralanmasının bir faydası ve anlamı bulunmamaktadır şeklindeki görüşümüz uyarınca bu amacın SerPK md 107/1'de yer almadığı görülmektedir. Aktif bir piyasa varmış izleniminin oluşturulması bakımından Yargıtay

Suçun manevi unsurunun gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için failin belirli bir veya birkaç amaçla (eski tabirle özel kastla) hareket etmesi şart olduğundan, olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

ESerPK'da ve yürürlükte olduğu dönemde diğer kanunlarda, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik özel bir hukuka uygunluk nedeni/nedenleri bulunmamaktaydı[215]. Buna karşılık SerPK madde 108/1'e göre aşağıdaki hâller birer özel hukuka uygunluk nedeni olup[216], bunların varlığı bilgi suiistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarına sebebiyet vermeyecektir.

> "*a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması,*
>
> *b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi,*
>
> *c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi.*"[217]

---

vermiş olduğu bir kararında (Yargıtay 4. CD'nin 02.12.1998 tarih ve 1998/9278 Esas, 1998/10013 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr/, (Erişim Tarihi: 11.01.2023) "*çimento hisse senetlerinde yoğun işlem hacminin varlığı, dolayısıyla da aktif piyasa bulunduğu izleniminin sağlanmasının yasak olduğunu*" belirtmiştir. İMKB Yönetim Kurulu tarafından alınan bir kararda da (İMKB YK'nun 13.12.1994 tarih ve 1994/891 Esas, 1994/444 Karar sayılı kararı için bakınız: Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, s. 600-601.; "borsa üyelerinin tarihleri arasında, son derece sığ bir piyasa yapısına sahip (x) hisse senedinde, sürekli olarak alım-satım işlemleri yapmalarının, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak amacıyla yapıldığı" belirtilerek failler hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.

[215] EVİK, 2004, s. 194.

[216] EVİK, 2019, s. 195-198.

[217] Kanunun genel gerekçesinde konuyla ilgili olarak, "*Ayrıca, sermaye piyasasında gerçekleşen özellikli bazı işlemler ve durumlar da dikkate alınarak, bilgi suiistimali (içerden öğrenenlerin ticareti) ve piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) sayılmayan haller Tasarıda ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir*". http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12, (Erişim Tarihi: 11.01.2023).

Düzenlemeden anlaşılacağı gibi, SerPK'da suça ilişkin üç tane özel hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Bunlar: Kamu Politikası İşlemleri, Geri Alım Programları ve Fiyat İstikrarı İşlemleridir[218].

A. Kamu Politikası İşlemleri

SerPK madde 108/1-a'ya göre, kamu otoriteleri tarafından, para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının gereği olarak yapılması gerekenleri yapmak veya olması gereken finansal istikrarı sağlamak amacıyla suçun seçimlik hareketlerinden "alım veya satım yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi" hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de özellikle Merkez Bankası veya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ya da veya SPK veyahut sayılanlar hep birlikte, yukarıdaki amaçlarla bir takım eylem planları hayata geçirmektedir. Örneğin; Merkez Bankası yüksek döviz kurunda istikrar sağlanması için görevi gereği zaman zaman piyasaya döviz satarak ya da alarak müdahale etmektedir. İşte böyle bir durumda kanaatimizce Merkez Bankası, kuruluş kanunundaki görevleri çerçevesinde hareket etmekte, bu itibarla bir anlamda TCK madde 24/1'de düzenlenen kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket etmektedir.

Uygulamada, halkın doğrudan veya dolaylı olarak ulaşabileceği piyasaların dışında gerçekleştirilen işlemlerin (örneğin; "*buy-back* programları"[219] uyarınca gerçekleştirilenlerin) de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir[220]. Bu türden programlar, hızlı düşen piyasa ortamında kaygıya düşen şirketlerin kendileri ve yatırımcılar açısından bazı avantaj sağlayacağı düşüncesinden hareketle hisselerini geri satın alması, kendi hisselerine yatırım yapması"[221] şeklinde olabilmektedir. Geri satın almanın sağlayacağı avantajlar arasında; vergi avantajı, hisse fiyatında istikrar sağlanması, pay sahiplerine

---

[218] AKSOY, s. 215-219; BALAN, s. 222-226; DUMAN, s. 178-183; DURSUN, s. 294-297; DURSUN ÖZDEMİR, s. 266-269.

[219] Ayrıntılı bilgi için bakınız: KESİCİ Emre, file:///Users/imac/Downloads/SSRN-id2876337.pdf, (Erişim Tarihi: 08.12.2022); http://blog.isyatirim.com.tr/sirketlerin-kendi-paylarini-geri-almasi-buyback 08.12.2022; https://www.finansgundem.com/haber/sirketler-hisse-senetlerini-neden-geri-share-buyback-alirlar/1369162 (Erişim Tarihi: 08.12.2022); http://www.businessdictionary.com/definition/buy-back-agreement.html, s. 18, (Erişim Tarihi: 08.12.2022).

[220] KESİCİ, s. 18.

[221] KESİCİ, s. 18; http://blog.isyatirim.com.tr/sirketlerin-kendi-paylarini-geri-almasi-buyback 08.12.2022; https://www.finansgundem.com/haber/sirketler-hisse-senetlerini-neden-geri-share-buyback-alirlar/1369162 (Erişim Tarihi: 08.12.2022).

nakit akışı sağlanması, hissedarlara güven tesis etmek, ele geçirilme tehditlerine karşı önlem, finansal getirilerde iyileşme sağlama vs gibi çeşitli nedenler bulunmaktadır.

Ülkemizde yaşanan son büyük depremde borsanın belirli bir süre kapatılması, bundan önce çeşitli nedenlerden dolayı piyasaya dolaylı da olsa müdahale amaçlı borsa devre kesicinin uygulanması da yine bu kapsamdaki işlemlerdendir.

B. Geri Alım Programları

SerPK md. 108/1-b'ye göre, bir önceki paragrafta anlatılan ve kamu politikaları gereği yapılması gerekli işlemlerin bu sefer SPK düzenlemeleri uyarınca yine aynı amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmesi de hukuka uygun kabul edilmektedir. Maddeye göre, SPK'nun uyguladığı geri alım, çalışanlara pay edindirme veya pay tahsisi gibi programlar çerçevesinde çeşitli menkul kıymet alışverişinde bulunulmasını yine TCK md. 24/1 kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

C. Fiyat İstikrarı İşlemleri

Son olarak SerPK md. 108/1-c'ye göre, SPK'nun, SerPK kapsamında fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ilişkin düzenlemelerine uygun şekilde ve sadece yine SPK tarafından belirlenmiş süre içerisinde ilgili sermaye piyasası fiyatının desteklenmesi amacıyla suça konu eylemleri gerçekleştirmek de TCK md. 24/1 gereği hukuka aykırı olmayacağı için suç teşkil etmeyecektir.

Sayılan bu haller esasında TCK'da düzenlenmiş bulunan kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında olup, bunun dışında TCK'da yer alan bir başka hukuka uygunluk nedeninin (örneğin; ilgilinin rızasının ya da haklı savunmanın) bu suç açısından uygulanamayacağını düşünmekteyiz[222].

4. Suçu Etkileyen Nedenler

SerPK'da piyasa dolandırıcılığı suçunu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. TCK'daki genel takdiri indirim nedenleri, şartları varsa bu suç açısından da somut olayda uygulanabilecektir.

---

[222] Konuya ilişkin değerlendirmeler için bakınız: BALAN, s. 220-224.

5. Etkin Pişmanlık

SerPK'nun 107'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında nedense sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna mahsus, özel bir etkin pişmanlık haline yer verilmiştir[223]. Madde şöyledir: "*Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye; a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz, b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir, c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.*"[224]

Düzenlemeye göre, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu tamamlandıktan sonra, hakkında soruşturma başlamadan önce failin, pişmanlık göstererek yukarıda belirtilen tutarları ödemesi halinde, cezaya hükmolunmayacaktır. Etkin pişmanlığın soruşturma evresinde gösterilmesi halinde, verilecek ceza yarısına kadar, kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde de üçte biri oranında indirilecektir.

Ödemenin zamanına bağlı olarak ne kadar erken ödeme olursa cezada o kadar fazla indirim (hatta hiç ceza almama), geç olursa da o kadar az indirim söz konusu olmaktadır. Bunun için her şeyden önce failin, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı hazineye ödemesi gerekmektedir. Burada bize enteresan gelen husus, elde edilen menfaatin değil de iki katının hazineye ödenecek olmasıdır. Çünkü bu bize, hem etkin pişmanlıktan yararlandırmaktan ziyade, peşin peşin alınan bir para cezası izlenimi vermekte hem de etkin pişmanlığın mantığına aykırı gelmektedir[225].

Konu hakkında SerPK'nun genel gerekçesinde yer alan, "*Öte yandan, piyasa dolandırıcılığında etkin pişmanlık hükmü öngörülerek bu suçla elde edilen menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılması da temin edilmiştir. Buna göre, soruşturma başlamadan önce piyasa dolandırıcılığı tanımına giren fiil-*

---

[223] SerPK md 107/2'de yer alan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun bir zarar suçu olmasına ve failin menfaat temin etmesinin bir unsur olarak düzenlenmiş olmasına karşın, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu için geçerli bu özel etkin pişmanlığın neden bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda geçerli olmak üzere düzenlenmemiş olmasını anlamak ve izah etmek mümkün değildir.

[224] Benzer düzenleme SerPK md 110/2'de yer alan örtülü kazanç aktarımı suçu için de düzenlenmiştir. Bakınız: EVİK, 2021, s. 145-148.

[225] DURSUN ÖZDEMİR, s. 284; EVİK, 2021, s. 146.

lerde bulunanların elde ettikleri menfaatin iki katını Hazineye ödemeleri halinde bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu tutarın soruşturma başladıktan sonra Hazineye ödenmesi halinde ise verilecek cezanın yarısı indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir. Dikkat edileceği üzere, yapılan ödeme, ilgili hakkında suç duyurusu yapılmamasına değil, yapılan yargılama sonucunda cezaya hükmolunmamasına yol açmaktadır. Bu suretle, söz konusu suçla etkin ve caydırıcı bir şekilde mücadele etmenin yolları genişletilmiş olmaktadır"[226] şeklindeki değerlendirme de yukarıdaki eleştirilerimizi açıklamaktan uzaktır.

TCK sistemine göre, failin etkin pişmanlık düzenlemesine başvurulabilmesi için öncelikle suçun tamamlanmış olması gereklidir. Henüz icra hareketlerinin devam ettiği ve kârın veya mal varlığının azalmadığı durumlarda suç tamamlanmış olmayacağından, bu aşamada failin icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda etkin pişmanlık değil, TCK md. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

Etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için suçun tamamlanması dışında, failin pişmanlık göstererek suçtan elde ettiği bedelin iki katını (500.000-TL'den az olmamak kaydıyla) hazineye ödemesi yeterlidir. İlgililerin bu konuda rıza göstermesi vs. gibi başkaca şart aranmamaktadır.

Soruşturmanın başlamasından maksat, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden, soruşturma evresinden maksat da iddianamenin kabulünden önceki zamandır (CMK m. 2/1-e). Hükümden maksat ise ilk derece mahkemesinde hükmün ilk kez verilmesidir. Bununla birlikte Yargıtay, dosyanın kanun yolu mahkemesinden bozularak dönmesi ve ilk derece mahkemesince yeniden yargılama yapılması aşamasında elde edilen menfaatin hazineye ödenmesi halinde de yine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedir.

IV. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

SerPK'da, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından kusurluluğu tümden ortadan kaldıran veya etkileyen özel bir nedene yer verilmemiştir. Somut olayda şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla, TCK'da yer alan kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerden birinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Örneğin, failin yatırım hesabı üzerinden suça konu işlemlerin

---

[226] (Çevrimiçi), http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12, 09.02.2004.

yapılması için korkutma veya tehdit edilerek bir başkası tarafından kullanılması veya tehdit edilerek kullanmak zorunda bırakılması durumunda TCK md. 28/1 hükmünün uygulanabilecek olması gibi.

SerPK'da düzenlenen bilgi suiistimali suçuna yönelik incelememizde de belirttiğimiz üzere[227] Erman'ın, "*failin bilerek sebebiyet vermediği bir iflas tehlikesini bertaraf etmek zorunda kalması halinde diğer tüm şartların da gerçekleşmesi koşuluyla ve başka hukuki çarelere de başvurmak imkânının kaybedilmesi durumunda ıztırar halinin bu suç bakımından geçerli olabileceği*"[228] yönündeki görüşüne bu suç açısından da katılmak mümkün değildir. Zira bu yöndeki değerlendirme hem "yasak koyan veya emir veren hukuk kuralı (hukuk düzeni) ile çelişecek" hem de zorda kalma halinin uygulanma alanı bir hukuk devletine uygun olmayacak şekilde alabildiğince genişletilmiş olacaktır. Kaldı ki işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, mili ekonomi ve yatırımcıların mali haklarına yönelik bir tehlike arz ettiğinden, failin bir anlamda kendisinin sebebiyet verdiği iflas etmemek gibi bir tehlikeden kurtulmak için suç işlemesini zorda kalma kapsamında değerlendirmek, TCK md. 25/2'de aranan orantılılığa da aykırı olacaktır[229].

Failin, maddede öngörülen amaçlar konusundaki bilgisizliği ve hataya düşmesi hali (yaptığı hareketin ne amaca yönelik olduğunu bilmemesi) unsurlara ilişkin maddi bir hata teşkil edeceğinden kastı ortadan kaldıracaktır[230]. Buna karşın, failin eyleminin SerPK md. 107/1'de yer alan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamında olduğunu bilmemesi hukuki yanılma olacağından, sorumluluğunu etkilemeyecektir.

V. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

1. Suçların Birleşmesi

Kanaatimize göre, SerPK'da düzenlenmiş suçların prensipte başka suçlarla içtima etmesi pek mümkün olmayıp, bu durum, incelediğimiz suç açısından da geçerlidir. Bununla birlikte akla şu değerlendirmeler gelmektedir[231]:

---

[227] EVİK, 2019, s. 198.

[228] ERMAN, 1993, s. 156.

[229] EVİK Ali Hakan, "Hileli İflas Suçunda, "Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **MÜHFHAD**, C. 9, S. 2, 2013, ss. 1087-1100, s. 1091.

[230] ERMAN, 1993, s. 145.

[231] EVİK, 2004, s. 204 vd.

İlk olarak TCK'nın 237'nci maddesinde yer alan fiyatları etkileme suçu[232] ile işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçları arasında özel-genel norm ilişkisinin mevcut olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu iki suç tipine baktığımızda, TCK'daki düzenlemenin genel, SerPK'daki düzenlemenin ise özel nitelikte olduğunu değerlendirmekteyiz. Özel norm-genel norm ilişkisinin varlığı için aranan, her iki normun aynı hukuki değeri koruması ve özel normun, genel normun özelliklerinin yanı sıra başkaca özelliklere de sahip olması gerektiği[233] yönündeki koşullar burada mevcuttur. Ayrıca her iki suç tipi de aynı hukuksal değerleri korumaktadır.

TCK'nın 237'nci maddesinde yer alan düzenleme genel anlamda işçi ücretlerinin, umumi pazarlarda alınıp satılan besin veya buralarda satılan mallara yönelik aldatıcı nitelikli hareketleri, diğer düzenleme ise sadece sermaye piyasasına (bu piyasada işlem gören sermaye piyasası araçlarına) yönelik aldatıcı hareketleri kapsamaktadır. Bu açıklamalarımızdan, SerPK'daki düzenlemenin diğerine göre özel norm olduğu sonucunu çıkarmaktayız[234]. Bu bağlamda borsada işlem gören sermaye piyasası araçlarına yönelik manipülatif nitelikteki eylemler, "özel normun genel norm karşısındaki önceliği ilkesi"[235] uyarınca, özel norm olan SerPK md 107/1'e göre cezalandırılacaktır.

SerPK md 107/1'deki hüküm ile TCK'nın 237'nci maddesindeki hüküm arasında fikri içtima (birleşme) kuralının uygulanıp uygulanmayacağı sorununa gelince; TCK'nın 44'üncü maddesi fikri birleşmeyi, "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*" şeklinde tanımlamaktadır. Bu kuralın uygulanabilmesi için; a) Birden çok suça sebebiyet veren tek ve aynı eylemin bulunması, b) Eylemlerin farklı kanun hükümlerini ihlal etmesi, c) Tek fiil ile ihlal edilen hükümler arasında genellik-özellik ilişkisi veya eskilik-yenilik bağlantısının söz konusu olmaması, d) Hükümlerin korudukları hukuksal değerin farklı olması koşulları aranmaktadır[236]. Her iki suç arasında

---

[232] TCK md 237, "*işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası verilir*" şeklindedir. Bu suç tipinin özellikleri için bkz. EVİK, 2020, s. 94 vd.

[233] İÇEL Kayıhan, **Suçların İçtimaı**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1972, s. 186.

[234] Aynı yönde EVİK, 2020, s. 108.

[235] İÇEL, 1972, s. 458.

[236] İÇEL Kayıhan, "Fikri İçtima Üzerinde İnceleme", **İÜHFM**, C. XXX, S. 1-2, 1964, ss. 171-200, s. 176 vd; DÖNMEZER / ERMAN, C. I, s. 384; KUNTER, 1948, KUNTER Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", **İÜHFM**, C. IVX, S. 1-2, 1948, ss. 359-379, s. 359.

yukarıda da açıkladığımız üzere genellik-özellik ilişkisi bulunduğundan ve korudukları hukuksal değerler de aynı olduğundan fikri birleşmenin uygulanması mümkün değildir.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile dolandırıcılık suçları birbirine benzemektedir. SerPK md. 107/1'deki suçun sermaye piyasası araçlarına yönelik olmasından yani diğerine nazaran özel bir hüküm olmasından dolayı, aralarında yine özel-genel norm ilişkisinin mevcut olduğunu düşünmekteyiz[237].

Somut olayda tüm şartları gerçekleşmek kaydıyla işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun TCK md. 43/1'de yer alan zincirleme suç hükümleri uyarınca işlenmesi mümkündür[238]. Ancak, bu durumda göz önünde bulundurulması gereken önemli husus, "aynı suçu meydana getiren hareketlerin mecburen tekrarlanması durumunda zincirleme suçtan söz edilemeyeceği"[239] ilkesidir. Birden fazla tokat atmak suretiyle mağdurun kasten yaralanması durumunda, atılan her tokadın bağımsız bir hareket olarak değerlendirilmeyip, aynı/tek bir kasten yaralama suçunun icra hareketi durumunda olduğunun kabul edilmesi, bu nedenle de faile tek bir ceza vermekle yetinilerek TCK md. 43/1 gereği cezanın arttırılmaması bu hususa örnek gösterilebilecektir[240]. Özellikle yapay nitelikte işlemlerin (alım-satım yapılması, buna yönelik emirler verilmesi, emrin iptal edilmesi vs) gerçekleştirilmesi durumunda bu konuya dikkat etmek gerekmektedir. Zira bazı hallerde fail, yapay fiyat ve piyasa oluşturmaya yönelik tehlikeye sebebiyet vermek bakımından zorunlu olarak, suçun icra hareketi olarak birden fazla alım ve satımda bulunmak zorunda kalabilmektedir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda, yapılan her bir alım ve satım eyleminin bağımsız bir hareket olarak kabul edilmeyerek zincirleme suçun gerçekleştiğinden de bahsetmemek gerekmektedir[241].

2. İştirak

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, tek bir faille veya iştirak halinde birden fazla müşterek faille gerçekleştirilmesi herhangi bir özellik göstermemekte, suç ortaklığı durumunda TCK'daki genel kuralların uygulanması

---

237 ERMAN, 1993, s. 147.

238 DUMAN, s. 220; DURSUN ÖZDEMİR, s. 272.

239 DÖNMEZER / ERMAN, C. I, s. 395.

240 İÇEL, 1972, s. 437.

241 DURSUN ÖZDEMİR, s. 273.

gerekmektedir[242]. Buna yönelik Yargıtay'ın katıldığımız bir kararında, "... *yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya gelinecek olursa; - İnceleme dönemi içinde sanıklardan oluşan 5 kişilik yatırımcı grubunun, "F1 ... A.Ş." hisse senetleri üzerinde en fazla işlem gerçekleştiren ilk (K1&K2 ortaklığı dahil olmak üzere) ilk 6 sırada yer aldıkları, en çok işlem yapan grubun işlem miktarının, hisse senedinin bu dönem içindeki toplam alım - satım işlemi miktarının %62,69'unu oluşturduğu, sanık K1'ün hem kendi adına hem de K2 ortaklığı adına işlemler yaptığı, - Aynı inceleme döneminde, aktif bir piyasa izlenimi oluşturmak isteyenlerin sıklıkla başvurduğu bir yöntem olan yön değiştiren emirlerin, sanıklardan K1, K3 ve K4'ın her birinin hesaplarında aynı fiyatlardan, 1 dakika içinde yaklaşık 2304 adet yön değiştiren emir oluşturulduğu, bu yön değiştiren emirlerin hisse senedi piyasasındaki kanaatlere bağlı olmadığı, sanıkların bunu bilmeden yapmalarının çok düşük bir ihtimal olduğu, -Sanıkların tümünün oluşturduğu yatırımcı grubundan kimsenin tek başına zarar etmediği, aynı tarihlerde piyasadan çıktıkları, grubun inceleme dönemindeki işlemleri nedeniyle elde ettiği toplam karın 891.762,76 TL olduğu, - Sanıklardan oluşan yatırımcı grubunun inceleme dönemi içinde, kendinden kendine/karşılıklı işlem miktarının (12.732.349 adet), İMKB'deki toplam işlem miktarının %41,17'sini oluşturduğu, aynı zamanda grubun alış işlemlerinin toplam alış miktarına oranının %64,79'una, satış işlemlerinin ise toplam satışlara oranının %66,31'ine tekabül ettiği, grup tarafından gerçekleştirilen fiyat yükseltici alım işlemleri toplamının (1.078.599 adet), hisse senedinin toplam fiyat yükseltici alım işlemlerine oranının %50,98'ine, denetleme dönemi içindeki fiyat yükseltici işlemlerin %51,53'üne ve %64,28'ine tekabül ettiği, dolayısıyla sanıkların tümünden oluşan 5 kişilik yatırımcı grubunun hisse senedinin denetleme dönemindeki piyasasındaki işlemlere ve dolayısıyla fiyatlarına hakim oldukları tespit edilmiştir... Kovuşturma aşamasında alınan 17.04.2013 ve 11.10.2013 tarihli bilirkişi heyet raporlarında da özetle; - Sanıkların aralarında inceleme döneminden kısa bir süre öncesinde banka hesapları üzerinde para transferleri gerçekleştiği, sanıkların işlem yaptıkları IP log kayıtlarının aynı olduğu ve aynı günlerde aynı bilgisayar ağı üzerinden işlemler yaptıkları, sanıkların birbirlerini tanıdıklarını ifadelerinde beyan ettikleri ve dolayısıyla aralarında iştirak iradesinin bulunduğu, - Sanıkların bireysel olarak yaptıkları işlemlerin miktarlarının ve hacimlerinin düşük yüzdelerde olduğu ancak sanıkların tümünden oluşan 5 kişilik yatırımcı grubunun toplam alış satış miktarının piyasadaki toplam alış satış miktarına oranının*

---

[242] EVİK, 2004, s. 207.

yaklaşık %63 seviyesinde olduğu, dolayısıyla sanıkların yatırımcı grubunun piyasaya hakim oldukları, hisse senedi piyasasındaki olağan dışı fiyat değişimi ile yatırımcı grubu işlemleri arasında nedensellik bağının bulunduğu tespit edilmiştir. Öte yandan, SPK incelemesi sırasında elde edilen delillere göre, tüm sanıkların birbirini tanıdıkları, sanık K1 ile sanıklar K3 ve K5'un bir dönem, sanık K6 ile K4'ın bir dönem aynı IP log kayıt numaralarını kullandıkları, sanıklar K1, K4, K3 ve K5'un arasında kaynağı ve nedeni belli olmayan para transferleri olduğu, sanıklar K1, K4 ve K3'nın yön değiştiren işlemlerinin bulunması, neticeten sanıkların tümünün inceleme dönemi sonunda hisse senedi işlemlerinden kar elde etmeleri ile birbirleri arasındaki karşılıklı işlemlerinin oranının yüksek olması, piyasaya olağanüstü fiyat değişimi esnasında hâkim olduklarını göstermektedir. Sonuç olarak, dosyada mevcut 4 ayrı raporda da aynı yönde yapılan tespitlerle belirtildiği üzere, sanıkların birlikte hareket ettiklerini gösteren deliller ve teknik analizler karşısında inceleme dönemi içindeki eylemlerinin "işleme dayalı manipülasyon" suçunu oluşturması nedeniyle mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken bilirkişi raporlarına neden itibar edilmediği de kararda açıklanıp tartışılmadan maddi ve hukuki dayanaktan yoksun şekilde suçun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."[243] denilmektedir.

Bununla birlikte işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun birden fazla faille işlenmesi halinde şöyle bir özellik söz konusu olabilir: Sermaye piyasası araçlarının alım ve satımına ilişkin olarak, alım ve satıma aracılığın, aracı kurumun başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına yapılması halinde, suçun faili tek başına alım ve satım emrini veren bireysel yatırımcının kendisi ya da aracı kurum yetkilisi gerçek kişi veyahut her ikisi olabilir. Bu durumu şu şekilde izah etmek mümkündür:

Eğer alım ve satım emrini veren yatırımcı ile aracı kurum yetkilisi birlikte hareket ederek anılan suçu işlemişlerse (anılan eylemin meydana getirilmesi konusunda nedensel değeri haiz bir katkıda bulunmak üzere birlikte hareket etmişlerse) aralarında iştirak iradesinin var olduğu kabul edilir ve müşterek faillik hükümleri uygulanır. Buna karşılık, aracı kurum yetkilisi emri veren yatırımcının bunu ne amaçla verdiğini bilmesine karşın, sırf alacağı komisyon ücretini elde etmek için verilen emrin yerine getirilmesi ha-

[243] Yargıtay (19.) CD'nin 11.02.2019 tarih ve 2018/7815 Esas, 2019/4066 Karar sayılı kararı için bakınız: https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-cd-e-2018-7815-k-2019-4066-t-11-2-2019, (Erişim tarihi: 19.02.2023).

linde, aracı kurum yetkilisi müşterek fail değil, yardım eden[244] olarak ilgili suçtan sorumlu tutulur[245].

İMKB Disiplin Komitesi tarafından verilmiş çeşitli kararlarda, bu şekildeki bir işlemden emri verenle birlikte alım ve satıma aracılık eden aracı kurum yetkilisinin de sorumlu tutulabilmesi için "aracı kurum yetkilisinin, manipülatif faaliyetleri bilerek ve isteyerek yapması ve/veya yardımcı olmasının söz konusu olmasının"[246] gerektiği ifade edilmiştir.

Ancak, faillerin aralarında iştirak iradesinin bulunmadığı hallerde her birisinin eylemi diğerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Uygulamada alım ve satım emrini veren yatırımcıların, farklı farklı aracı kurumlarla çerçeve sözleşme yaparak, alım ve satım emrini her seferinde değişik aracı kurum yetkilisi ile gerçekleştirdikleri, bu sayede asıl maksatları olan aldatıcı işlemlerini gizlemeye çalıştıkları görülmektedir. Bu değerlendirme neticesinde işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlendiğini tespit eden Kurul vekilinin Savcılığa yaptığı başvurularda, "*alım ve satım emirlerinin farklı farklı aracı kurumlar aracılığıyla gerçekleştirilmesinden dolayı aracı kurumların suçtan haberdar olmasının mümkün olamayacağı*" ifadelerine yer vererek, sadece alım ve satım emrini veren yatırımcılar hakkında suç duyurusunda bulundukları, alım ve satıma aracılık eden aracı kurum yetkilileri hakkında ise suç duyurusunda bulunmadıkları görülmektedir.

Yine işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu, bir başkasını (yakınını, yanında çalışan bir personelini vs'yi) araç olarak kullanarak bu kişinin yatırım hesabı üzerinden alım-satım emri veren, emri iptal eden ya da değiştiren kişi, TCK md. 37/2 uyarınca dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır[247].

VI. YAPTIRIM VE MUHAKEME

1. Yaptırım

SerPK md 107/1'de işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yaptırımı, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar para

---

[244] Suça iştirakte yardım edenin ceza sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 187 vd.

[245] KOCASAKAL, s. 1017.

[246] TEZCANLI, s. 186.

[247] KOCASAKAL, s. 1017.

cezası olarak düzenlenmiştir. Suçun gerçekleşmesi bakımından failin belirli bir menfaat elde etmesi şart olmamasına karşın, hükmedilmesi olası para cezası için bu suçtan dolayı verilecek adli para cezasının miktarının, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamayacağı hüküm altına alınmıştır[248].

Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, suçun işlenmesi sonucu verilecek adli para cezasının belirlenmesinde, failin elde ettiği menfaatin miktarı önemli bir rol oynamaktadır. Yargıtay'ın buna ilişkin olarak 2019 tarihli, "... *Mahkemece, sanıkların eyleminin piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturduğu yönündeki tespit ve TCK'nun 61. maddesine göre alt ve üst sınırlar arasında uygulanan teşdit ve TCK'nin 62. maddesine göre yapılan indirim sonucunda belirlenen 2 yıl 6 ay hapis ve 5000 gün adli para cezasıyla, takdir edilen günlük 30 TL miktarla çarpılması sonucunda 150.000 TL adli para cezasıyla, neticeten tüm sanıkların adli para cezasının, 6362 sayılı Kanun'da yazılı şekilde elde edilen toplam menfaat (8.137.499,74 TL'nin) miktarına çekilerek bu miktardan ayrı ayrı adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verildiği görülmektedir. Somut uyuşmazlıkta, hakkında kamu davası açılan sanıkların her biri hakkında verilen adli para cezası miktarının; tüm sanıkların birlikte işledikleri suç dolayısıyla ayrı ayrı ne kadar menfaat elde ettiklerinin katılan kuruma sorulması ve bu hususta ek bilirkişi raporu aldırılması, şayet elde edilen menfaat hükmedilen adli para cezası miktarını geçiyorsa, buna göre Kanun'da yazılı olduğu üzere adli para cezasının elde edilen menfaatten aşağı olmamak üzere belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde sanıkların her birinin ayrı ayrı toplamda elde edilen menfaat miktarınca cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...*"[249] şeklinde katıldığımız bir kararı mevcuttur.

Hapis cezasının alt sınırı üç yıl olduğundan alt sınırdan da olsa hapis cezasına hükmedilmesi durumunda, para cezasına çevrilmesi, hükmün açıklanmasının veya infazının ertelenmesi halleri de söz konusu olamayacaktır.

SerPK'nun "*Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*" başlıklı, "*106'ncı ve 107'nci maddelerde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin yara-*

---

[248] Bakınız: https://spk.gov.tr/yatirimcilar/sermaye-piyasasinda-piyasa-dolandiriciligi-manipulasyon/islem-bazli-piyasa-dolandiriciligi, (Erişim tarihi: 11.01.2023).

[249] Yargıtay (19.) CD'nin 08.04.2019 tarih ve 2019/8372 Esas, 2019/6880 Karar sayılı kararı için bakınız: https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2019-8372-k-2019-6880-t-8-4-2019, (Erişim tarihi: 19.02.2023).

rına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur" şeklindeki 114/1'inci madde hükmü gereği TCK md. 60'ta düzenlenen güvenlik tedbirleri de uygulanacaktır.

SerPK md. 101 başlığı "*Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler*" olup, md. 101/1 uyarınca Kurul, 106'ncı ve 107'nci maddelerde sayılan fiilleri işlediğine dair makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak; a) Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması, b) Takas yöntemlerinin değiştirilmesi, c) Kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi, ç) Teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi, d) Farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi, e) Piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması, f) İşlem veya pozisyon limiti getirilmesi dâhil piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Kanunun md. 101/2 hükmüne göre de Kurul, 22'nci madde uyarınca kendi paylarını satın almak üzere bir programın uygulamaya konulması hâlinde, ilgili halka açık ortaklıkların yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile diğer ilgili kişilerin söz konusu halka açık ortaklığın paylarında işlem yapmasına sınırlama getirebilir.

2. Muhakeme

SerPK'nun görev ve yetki başlıklı 116/1'inci maddesi, "*Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir*" şeklindedir. Bundan, kanun koyucunun da sermaye piyasası suçlarının diğer suçlara nazaran kendilerine has farklılıkları ve özellikleri olduğu düşüncemizi[250] benimseyerek SerPK'daki adli suçlara madde (görev) açısından bakacak mahkemeyi özel olarak düzenleme (ihtisas mahkemesi belirleme) gereği duyduğunu anlamaktayız.

---

[250] EVİK, 2004, s. 249.

Yukarıdaki hükümden hareketle Hâkimler ve Savcılar Kurulu 1'inci Dairesi, 09.05.2013 tarih ve 854 sayılı Kararı ile incelediğimiz suç, dâhil sermaye piyasası suçlarına, tek asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkemeyi, iki asliye ceza mahkemesi olan yerlerde ikinci asliye ceza mahkemesini, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde de üçüncü asliye ceza mahkemesini bakmakla görevlendirmiştir[251].

Yer bakımından yetkide ise genel kurallar geçerlidir. Yani öncelikle CMK'nun 12/1'inci maddesine göre suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Ancak, genel kuralın uygulanamayacağı hallerde yedek (istisna) kuralların devreye girmesi kaçınılmazdır. Takdir edileceği üzere sermaye piyasası suçları genellikle internet yoluyla (bilişim suretiyle) işlenebilirler. Bu durumda karşımıza suçun yer bakımından nerede işlendiği ve hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı sorunu çıkacaktır.

Bilişim sistemine ağ üzerinden erişildiğinde, suçun, araç bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi, yoksa hedef bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi işlendiği tartışma konusu olabilir. Örneğin; işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenmesi amacıyla suç, verilen ya da iptal edilen veyahut değiştirilen alım veya satım emrinin sisteme iletildiği (mesela Ankara) yerde mi, yoksa emrin gerçekleştiği yerde (İstanbul'da mı) mi işlenmiş olacaktır?

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olup, suç, hareketin meydana geldiği yerde işlenmiş olmaktadır. Ancak, yukarıdaki örnekte (alım veya satım emrinin sisteme iletildiği yerin Ankara, emrin gerçekleştiği yerin İstanbul olması) hareket birden fazla yargı çevresine yayılabilir. Temel prensip böyle bir durumda TCK md 8/1 uyarınca bilişim suretiyle işlenen suçun, hareketin veya hareketin kısımlarının yapıldığı ya da neticenin gerçekleştiği yerde de (örneğimizde hem Ankara'da hem de İstanbul'da) işlenmiş sayılması yönündedir. Bu durumda suç birden fazla yerde işlenmiş kabul edileceğinden ortaya çıkacak yetki sorunu CMK'daki esaslara göre yetkili yargı mercileri tarafından çözümlenecektir[252].

---

[251] TOPUZ Veysel: "Sermaye Piyasası Suçlarında Yazılı Başvuru Şartı ve Görevli ve Yetkili Mahkeme", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 10/1, Malatya, 2019, ss: 159-172, s. 166.

[252] Uygulamada, suçun konusunun sermaye piyasası araçları olması durumunda genel eğilim, İstanbul yargı çevresinin yetkili olduğu Yönündedir. Aynı Yöndeki Görüş İçin Bakınız: TOPUZ, s. 168.

VII. UYGULAMA

Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları başlıklı doktora tezimi yayımladığım 2004 yılından bu yana neredeyse yirmi yıl geçmiş olmasına karşın incelediğimiz suç dâhil, SerPK'daki borsa suçlarının esasına, unsurlarına ilişkin elle tutulur bir Yargıtay içtihadının olmaması çok ilginç bir durumdur.

Çalışmanın içerisinde suçun esasına yönelik olarak bahsettiğim Yargıtay kararlarının en eskilerinin tarihi 1998 ve 1999, yenilerinin ise 2019 ve sonrasıdır. Hem mülga hem de yürürlükteki SerPK'da düzenlenen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik içtihatlarla ilgili yaptığımız araştırmada (ki buna Yargıtay'da çalışan bir savcı arkadaşımızdan yardım istemek de dâhil) metin içerisinde bahsettiğimiz bu kararlar dışında sadece aşağıdaki içtihatlara ulaşabildik:

Yargıtay (19.) Ceza Dairesi (CD), hem TCK md 220 hem de ESerPK md. 47/A-1'deki suçlara muhalefetten açılan bir davada, sanıklar arasında aynı fiili gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket ettikleri ve iştirak iradelerinin bulunup bulunmadığı hususunda, *"... Bilindiği üzere 5237 Sayılı TCK'nun 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve kurulan örgüte üye olma suçunun oluşması için aranan unsurlar ile uyuşmazlık konusu davada isnat olunan fiil için aranan iştirak ve birlikte hareket etme iradesinin farklılık arzettiği, örgüt derecesine ulaşan bir birlikteliğin varlığının somut uyuşmazlıktaki suçun oluşması için gerekli olmadığı, sanıklar arasında tanışma, irtibat, yakınlık bulunduğunun ve bir kısım eylemlerinde birlikte hareket ettiklerinin dosya kapsamındaki delillerle anlaşıldığı, açıklanan sebeplerle de, 17.02.2014 tarihli yetersiz bilirkişi raporu ve ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/508 Esas sayılı dosyasında iletişimin dinlenmesine ilişkin tapelerin başka delillerle desteklenmemesi sebebiyle verilen beraat kararının, 2499 Sayılı ... Kanunu'na aykırılıktan yapılan asıl yargılamayı etkilemeyeceği ve beraat kararına ilişkin hükmün gerekçesi olamayacağı hususları da birlikte nazara alındığında, sanıkların aynı fiili gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket ettikleri ve iştirak iradelerinin bulunduğunun sübuta ermesi karşısında; sanıkların üzerlerine atılı suçun unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"*[253] demiştir.

---

[253] Yargıtay (19.) CD'nin 08.04.2019 tarih ve 2019/1342 Esas, 2019/6879 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 15.02.2023).

Fiil tarihi itibariyle işlem bazlı manipülasyon suçunun yaptırımının iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olduğu bir dönemdeki incelenme sonrasında, "*...5271 Sayılı CMK'nun 231. maddesindeki düzenlemeden "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" ve diğer objektif ve subjektif koşulların varlığı halinde, CMK.nun 231/5. madde fıkrası gereğince, sanık hakkında aynı yasanın 231/6-c maddesi de değerlendirilerek tespit edilen söz konusu zararın giderilmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 Esas, 2009/13 sayılı kararında; "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından biri olan zarardan kast edilen maddi zarar olup, bu zararın belirlenmesinde teknik bilgiye ihtiyaç duyulmayan hallerde hakim, kanaat verici basit bir araştırma yaparak zararı belirlemelidir." denilmektedir. Bu ilkeler çerçevesinde her olaya özgü ayrı değerlendirme yapılması gerektiği cihetle, dava konusu olayda isnat edilen fiilin işlenmesi neticesinde mağduru belirlenmiş bir zarar veya kamusal anlamda somut bir zarar söz konusu olmamasına nazaran, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görülmediğinden REDDİNE, 06.02.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi*"[254] denilmiştir.

Usule yönelik verilmiş bir kararda, "*...2499 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca, aynı Yasanın 47. maddesinde yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır...*"[255] değerlendirmesi yapılmıştır.

Yine hiç esasa girmeksizin usule yönelik değerlendirmelerin yapıldığı bir başka kararda da özetle, "*... Sonuç itibarıyla yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere bir sanık hakkında zaman aşımını kesen herhangi bir usulü işlemin yapılması, o tarihe kadar haklarında aynı usuli işlemlerin yapılmadığı sanıklar hakkında zaman aşımını keserken, haklarında daha önce aynı usuli işlemlerin yapıldığı sanıklar açısından zamanaşımının ikinci kez*

---

[254] Yargıtay (7.) CD'nin 06.02.2012 tarih ve 2010/6468 Esas, 2012/3206 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 15.02.2023).

[255] Yargıtay (4.) CD'nin 27.11.2000 tarih ve 2000/8317 Esas, 2000/8195 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 15.02.2023). Aynı doğrultudaki Yargıtay (7.) CD'nin 18.09.1995 tarih ve 1995/5815 Esas, 1995/86925 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 15.02.2023).

kesildiğinin kabul edilmemesinin Yargıtay uygulamalarına, TCK'nın 67/2. maddesinin konuluş amacına, hakkaniyet ilkesine daha uygun olacağı ve böyle bir sonucun kanuna saygılı vatandaşların adil yargılanma hakkının sağlanmasına katkıda bulunacağı açıktır... Ulaşılan sonuca göre, örneğin A-B-C adındaki üç sanığın iştirak halinde bir suçu işlemesi hâlinde; ilk önce 'A'nın yakalanarak sorguya çekilmesi, 'B' ve 'C' hakkında zamanaşımını kestiği konusunda uygulamada ve teoride herhangi bir duraksama bulunmamasına karşın, daha sonra yakalanan B'nin sorguya çekilmesi sadece henüz sorguya çekilmeyen 'C' hakkında zaman aşımını keserken daha önce sorgusu yapılan 'A' hakkında zamanaşımını kesmeyecektir. Daha sonraki bir tarihte yakalanan 'C'nin sorguya çekilmesi de yine daha önce sorguya çekilen 'A ve B' hakkında zamanaşımını kesmeyecektir. Aksine düşüncenin kabul edilmesi; tüketilen bir usuli işlemin defalarca yeniden canlandırılması anlamına gelir ki!.. ... hiçbir hukuk sisteminin buna izin vermesi beklenemez. Örneğin 1412 Sayılı CMUK'nın 104/2. maddesinde sanığın görevsiz mahkemede usulüne uygun olmayacak şekilde sorgusunun yapılması zaman aşımını keserken, daha sonra görevli mahkemede usulüne uygun olarak yeniden sorguya çekilmesinin, ya da ilk sorgu için gıyabi tevkif müzekkeresi çıkarıldıktan daha sonra yeniden çıkarılan gıyabi tevkif müzekkerelerinin dava zaman aşımını kesmeyeceği gerek teoride gerek uygulamada tereddüte yer vermeyecek şekilde benimsenmiştir..."[256] şeklinde yorum ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Bir kararda, "*... denetleme raporu ve suç duyurusunun denetime olanak verecek şekilde dosya içinde bulunması nedeniyle denetleme raporunun eklerinden ibaret olduğu anlaşılan beş adet klasörün dosyaya eklenmemesi sonuca etkili görünmemiştir...*"[257]; bir diğerinde, "*... sanıkların farklı dönemlerde manipülatif işlemler gerçekleştirdiklerinin tespit edildiği belirtildiğine göre, anılan hisse senetlerinde manipülasyon yapmaktan sanıklar hakkında suç duyurusunda bulunulup bulunulmadığı dava açılıp açılmadığı araştırılarak gerektiğinde dosyalar birleştirilip sonuca göre sanıkların hukuki durumunun değerlendirmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...*"[258]; bir başkasında da "*... hükümden önce,*

---

[256] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.03.2021 tarih ve 2018/19-587 Esas, 2021/61 Karar sayılı kararı için bakınız: htpp://www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi: 15.02.2023).

[257] Yargıtay (7.) CD'nin 09.03.2011 tarih ve 2008/4790 Esas, 2011/2376 Karar sayılı kararı.

[258] Yargıtay (7.) CD'nin 06.10.2011 tarih ve 2008/17771 Esas, 2011/16925 Karar; (7.) CD'nin 03.07.2008 tarih ve 2008/4412 Esas, 2008/16254 Karar; sayılı kararları.

30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun tümüyle yürürlükten kaldırılıp, 6362 sayılı Kanun'un 107. maddesiyle birlikte piyasa dolandırıcılığı suçunun unsurlarının ve yaptırımının yeniden düzenlendiğinin anlaşılması karşısında; Mahkemece, 5237 sayılı TCK'nin 7. maddesi uyarınca 2499 sayılı ve 6362 sayılı Kanunların sanıkların eylemine uyan hükümleri somut olaya ayrı ayrı uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle denetime olanak sağlayacak biçimde, lehe olan yasa hükmünün belirlenmesinden sonra sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, Temyize konu edilen gerekçeli kararın "gerekçe" kısmında; yukarıda belirtildiği gibi bir uygulama veya karşılaştırma yapılmaksızın, doğrudan 6362 sayılı Kanun'un 107/1. maddesinin sanıklar lehine sonuç doğurmadığından ve sanıkların 2499 sayılı Kanun'un 47/1-A-2 maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar vermek gerektiğinden bahisle hüküm kurulduğu yazılmasına rağmen, "hüküm" kısmında 6362 sayılı Kanun'un 107/1. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması sonucu; hem lehe olan Kanun hükmünün denetime elverişli şekilde açıkça belirlenememesi hem de gerekçe ile hüküm arasında çelişkiye sebebiyet verilmesi bozmayı gerektirmiştir..."[259]; son bir kararda da "*... Hükümden önce, 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 30.12.2012 gün ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 139. maddesi ile 30.07.1981 tarihli 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun tümüyle yürürlükten kaldırılıp, 6362 sayılı Kanunla suç teşkil eden eylemlerin unsurlarının ve yaptırımlarının yeniden düzenlendiğinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi uyarınca 2499 sayılı ve 6362 sayılı Kanunların bütün hükümleri ayrı ayrı olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle denetime olanak sağlayacak biçimde lehe olan yasa hükmünün belirlenmesinden sonra sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..."*[260] denilmiştir.

---

[259] Yargıtay (19.) CD'nin 20.05.2019 tarih ve 2019/22730 Esas, 2019/8569 Karar sayılı kararı için bakınız: https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2019-22730-k-2019-8569-t-20-5-2019, (Erişim tarihi: 19.02.2023).

[260] Yargıtay (19.) CD'nin 27.06.2018 tarih ve 2018/3276 Esas, 2018/7820 Karar sayılı kararı için bakınız: https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2018-3276-k-2018-7820-t-27-6-2018, (Erişim tarihi: 19.02.2023).

Gerek öğretiye gerek uygulamaya ışık tutması bakımından, özellikle de suçun esasına yönelik var olan içtihatların bir an evvel kamuoyu ile paylaşılması büyük önem arz etmektedir.

SONUÇ

6362 sayılı SerPK'nun 107/1'inci maddesinde yer alan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, mülga SerPK'da da yer almış, sermaye piyasasına özgü bir suçtur. 2004 yılında kitap olarak yayımladığımız doktora tezimizdeki, "*bu suçun aslında TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir çeşidi olduğu*" yönündeki görüşümüzden ve yabancı öğreti ile uygulamada kullanılan manipülasyon teriminin yabancı kökenli olmasından hareketle, incelediğimiz suçun yeni kanunda piyasa dolandırıcılığı şeklinde isimlendirilmesi, bizce yerinde olmuştur.

Kanundaki düzenlemeden hareketle suçu, genel anlamda milli ekonomiyi, özelde de yatırımlarını sermaye piyasasında değerlendiren tasarruf sahiplerinin mali haklarını ve borsada işlem gören menkul kıymetlerin değerini gerçek olmayan alım-satımlarda bulunmak, bu yönde emirler vermek, verilen emirleri iptal etmek veya hesap hareketlerinde bulunmak suretiyle yapay bir şekilde etkileyebilecek aldatıcı (manipülatif) hareketler yapmak" şeklinde tanımlamaktayız.

Suç seçimlik hareketli olup, **a)** Alım veya satım yapmak, **b)** Alım veya satım emri vermek, **c)** Verdiği alım veya satım emrini iptal etmek ya da değiştirmek ya da **d)** Hesap hareketleri gerçekleştirmek şeklinde işlenebilir. Diğerlerinin aksine hesap hareketleri gerçekleştirmek şeklindeki hareketin ne anlama geldiği, burada ne kastedilmek istendiği açık ve net değildir. Kanun maddesine dâhil olmamakla birlikte genel veya madde gerekçesinde de bu konuda aydınlatıcı, açıklayıcı bir bilgi yer almamaktadır. Yatırımcıya ait hesap hareketleri dökümünden, yatırımcının hesabına ne kadar nakit para girişi-çıkışı olduğu, yatırımcının başka aracı kurum nezdindeki hesapları ya da başka yatırımcıların hesapları arasında nakit veya eft yoluyla para giriş-çıkışı, hisse senedi virmanı vs olup olmadığının kastedildiği düşünülmektedir. Bu itibarla esasında hesap hareketi gerçekleştirmek, hisseye yönelik alım-satım emri vermek, emri değiştirmek veya iptal etmenin bir döküm halinde yatırımcının yatırım hesabında görünmesinden, listelenmesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle bizce, bu seçimlik harekete maddede yer verilmesinin hiçbir anlam ve önemi bulunmamaktadır.

Suç dolandırıcılık suçunun özel bir türü olduğundan, bünyesinde niteliği gereği aldatmayı, hileyi de barındırmaktadır. Bu tarz bir aldatma/hileden söz edebilmek için de suça konu hareketin kanaatimizce yapaylık ve uygunluk olarak iki niteliği bulunmalıdır. Yapaylıktan, ESerPK'daki düzenlemenin aksine kanun maddesinde açıkça bahsedilmiş olmasa da bizce bu nitelik suçun düzenlendiği madde içerisinde zaten mevcuttur.

Neticesi bakımından tıpkı ESerPK'daki düzenleme gibi sadece tehlike suçu olarak düzenlenen suçun, modern ceza hukuku prensipleri uyarınca yapılmış bir kanunda tehlike suçlarının elden geldiğince az olması gerektiği düşüncesinden hareketle, bir zarar suçu olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağını değerlendirmekteyiz. Ya da en azından Alman mevzuatında olduğu üzere hem tehlike neticesini hem de zarar neticesini dikkate alarak yeniden düzenlenmesini önermekteyiz. Zira bu durumda, sadece tehlikenin gerçekleşmesi durumunda bunun bir kabahat olarak kabul edilmesi ve idari para cezasına hükmedilmesi, zarar neticesinin gerçekleşmesi halinde ise, adli bir suç olarak kabul edilip hem para cezası hem de hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi şeklinde bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde bir tutum olacağını düşünmekteyiz.

Maddede sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından özel bir etkinlik pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, suç tamamlandıktan sonra, soruşturma başlamadan önce failin, pişmanlık göstererek yukarıda belirtilen tutarları ödemesi halinde, cezaya hükmolunmayacaktır. Etkin pişmanlığın soruşturma evresinde gösterilmesi halinde, verilecek ceza yarısına kadar, kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde de üçte biri oranında indirilecektir. Bunun için her şeyden önce failin, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı hazineye ödemesi gerekmektedir. Buradaki ilginç ve bizce yanlış olan husus, elde edilen menfaatin değil de, iki katının hazineye ödenecek olmasıdır. Çünkü bu düzenleme, hem etkin pişmanlıktan yararlandırmaktan ziyade, peşin peşin alınan bir para cezası izlenimi vermekte hem de müessesenin amacına aykırılık göstermektedir.

Kanaatimizce, düzenlemenin bu eleştiriler çerçevesinde yeniden ele alınması, öğreti ve uygulamaya yol göstermesi bakımın Yargıtay'ın bir an evvel suçun unsurlarına, esasına yönelik elindeki içtihatları kamuoyu ile paylaşması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKSOY Zeki, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin, Ankara, 2018.

ALACAKAPTAN Uğur, **İşlenemez Suç**, AÜHF Yayını, Ankara, t.y.

ALTINTAŞ Berra, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri**, Ankara, y.y., 1988.

ANTOLISEI Francesco, **Dritto Penale: Parte Speciale**, C. II, y.y., 1999.

AYTAÇ Zühtü, **Sermaye Piyasası'nda Kamu Otoritesi ve Yatırımcının Korunması,** SPK Yayunları, Ankara, 1995.

AZZALI Giampiero, **Aggiotaggio**, Enciclopedia del Diritto, C. I, y.y., 1990.

BALAN Arzu, **Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İÜHF, İstanbul, 1977.

BERMAN Mark, **A Practitionier's Guide to SEC Regulation Outside the United States**, City and Financial Publishing, Great Britain, 2000.

Black's Law Dictionary, Ed. Bryan A. Garner, 7. bası, West Group, St. Paul-Minnoseta, 2000.

BLOOMENTHAL H. Harold / OWEN Roberts, **Securities Law Handbook**, West Group, St. Paul-Minnoseta, 1998.

Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayınları, İstanbul, 2004.

BREALEY Richard A. / MYERS Stewart C. / MARCUS Alan J., **Fundementals of Corparate Finance**, McGraw-Hill Inc., USA, 1995.

ÇEKER Mustafa, **Hisse Senetlerinin Halka Arzı, Borsada İşlem Görmesi ve Kaydi Değer Haline Getirilmesi**, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, Beta, İstanbul, 1998.

DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", **Prof Dr. Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, ss. 163-189.

DOLCINI Emilio / MARINUCCI Giorgio, **Codice Penale Commentato: Parte Speciale**, C. II, IPSOA, Milano, 1999.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. bası, Beta, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, Beta, İstanbul, 1997.

DUMAN Buminhan, **Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu**, Adalet, Ankara, 2020.

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

DURSUN ÖZDEMİR Gizem, **Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları**, Seçkin, Ankara, 2022.

English-Turkish Modern Business World Dictionary, Cem, İstanbul, 1994.

ERDEM Büşra, **İşlenemez Suç**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

EREM Faruk, **Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 4. bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1958.

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

ERMAN Sahir, **Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti**, y.y., İstanbul, 1984.

ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku**, C. VII, y.y., İstanbul, 1993.

EVİK Ali Hakan, **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları**, Seçkin, Ankara, 2004.

EVİK Ali Hakan, "Hileli İflas Suçunda, "Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **MÜHFHAD**, C. 9, S. 2, 2013, ss. 1087-1100.

EVİK Ali Hakan, "Bilgi Suiistimali Suçu", **GÜHFD**, 2019/2, 2019, ss. 163-214.

EVİK Ali Hakan, **Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

EVİK Vesile Sonay, **Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

EVİK Vesile Sonay, **Fiyatları Etkileme Suçu**, Özel Ceza Hukuku, C. VIII, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar- Bilişim Alanında Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

FERTEKLİGİL Azmi, **Türkiye'de Borsanın Tarihçesi**, İMKB Yayını, İstanbul, 2000.

FIORE Carlo, **Diritto Penale Parte Generale**, y.y., Torino, 1993.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah P., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. III, 5. bası, Kazancı, İstanbul, 1990.

HAZEL Johnson J., **Global Financial Institutions and Markets**, Blackwell Business, Great Britain, 2000.

Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri, Korunma Yolları, SPK Araştırma Raporu, Ankara, 2003.

HANÇERLİOĞLU Orhan, **Ekonomi Sözlüğü**, 8. bası, Remzi, İstanbul, 1999.

İÇEL Kayıhan, **Suçların İçtimaı**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1972.

İÇEL Kayıhan, "Fikri İçtima Üzerinde İnceleme", **İÜHFM**, C. XXX, sy: 1-2, 1964, ss. 171-200.

İÇEL Kayıhan / ÜNVER Yener, **İçel Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, 2000.

İÇEL Kayıhan, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Tebliğlerine Aykırılık Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVI, sy: 1-4, 1998, ss. 109-114.

İNCEOĞLU Murat, **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2004.

İŞGÜDEN Tamer / TURANLI Rona, **Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, 2. bası, Bilim ve Teknik Yayınları, İstanbul, 1992.

JENNINGS R. W. / COFFEE H. Marsh, **The Securities Regulation: Cases and Materials**, 7. bs., Foundation Press, Mineola New York, 1982.

KABAALİOĞLU, Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İktisadi Yayınları, İstanbul, 1985.

KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2003.

KARA Şinasi, **Sermaye Piyasası**, y.y., İstanbul, 1990.

KARABABA Serdar, **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2001.

KARGI Nihal, **Ekonomik Kalkınma Tasarruf ve Sermaye Piyasası İlişkileri: Türkiye Örneği**, No: 115, SPK Yayını, Ankara, 1998.

KARSLI Muharrem, **Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler**, y.y., İstanbul, 1989.

KESİCİ Emre, "Bilgi Suiistimali Suçu", file:///Users/imac/Downloads/SSRN-id2876337.pdf, (Erişim Tarihi: 08.12.2022).

KILINÇ Kazım, **200 Soruda A'dan Z'ye Borsa**, 3. bası, Alfa, İstanbul, 1995.

KIRCA İsmail, **Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2000.

KOCASAKAL Ümit, "Ceza Hukukundaki Son Gelişmelerin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Etkisi", **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, C. II, TCHD ve Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Ortak Yayını, Ankara, 2008, ss. 1005-1022.

KOLB Robert W. / RODRIGUEZ Ricardo J., **Principles of Finance**, 3. bası, USA, Kolb Publishing, 1995.

KUNTER Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1954.

KUNTER Nurullah, "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", **İÜHFM**, C. IVX, S. 1-2, 1948, ss. 359-379.

KURTAY Selma, **Foreign Currency Options, Market Structure, Pricing, Strategies and Accountancy**, SPK Yayınları, Ankara, 1997.

KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, SPK Yayınları, Ankara, 1999.

KÜTÜKÇÜ Doğan, "Halka Açık Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Etmeleri Nedeniyle Doğan Sorumluluklar", **İBD**, C. 78, S. 2004-1, ss. 33-42.

Macmillan English Dictionary (For Advanced Learners), Macmillan Pb, Malaysia, 2002.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar,** Seçkin, Ankara, 2003.

MANZINI Vincenzo, **Trattato Di Diritto Penale Italiano**, C. VI, UTET, Torino, 1986.

MANZINI Vincenzo, **Trattato Di Diritto Penale Italiano**, C. VII, UTET, Torino, 2002.

MUSCO Enzo, **Le Frodi Sul Mercato Dei Valori Mobiliari**, Trattato Dele Societa Per Azioni, y. y., Torino, 1994.

ÖZBAY Remzi, **Hisse Senedi Fiyatlarında Yükseliş ve Çöküşler: Borsalarda Spekülasyon ve Manipülasyon**, SPK Araştırma Raporu, Ankara, 1990.

ÖZEK Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1978.

ÖZEK Çetin, "Temel Haklar ve Özgürlükler", **Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu l**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1996, ss. 19-36.

PARASIZ İlker, **Modern Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, Ezgi, Bursa, 1999.

PARASIZ İlker, **İktisada Giriş**, 7. bası, Ezgi, Bursa, 2003.

PATERNITI, **Diritto Penale Dell'economia**, y.y., Torino, 1995.

PEDRAZZI C, **Problemi Del Delitto Di Aggiotaggio**, y.y., Torino, 1958.

PROCACCIANTI Teresa, **Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari, Dizionario Dei Reati Sontro L'economia a Cura Di Giulio Marini**, Milano, Giuffre, 2000.

RATNER L. DAVİD / LEE HAZEN THOMAS, **Securities Regulation (Cases and Materials)**, 5. bası, West Publishing Co., St. Paul-Minnoseta, 1996.

ROSSI G., **Insider Trading E Manipolazione Del Mercato Mobiliare**, Rivista Penale Dell'Economia, y. y. 1993.

SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. III, 3. bası, Seçkin, Ankara, 1999.

SELÇUK Salih, "Milli Ekonomilerin Ölümü", 30 Mart tarihli Radikal Gazetesi, 2004.

SEMINARA Sergio, "Il Reato Di Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari", **Rivista Penale Dell'economia**, y. y. 2000.

SHARPE William F. / ALEXANDER Gordon J. / BAILEY Jeffery V., **Investments**, 5. bası, Prentice Hall International Inc., y.y., 1997.

SUMER Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 3. bası, Alfa, İstanbul, 2002.

ŞAHİN Hüseyin, **İktisat İlkelerine Bakış**, Ezgi, Bursa, 1997.

TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar**, C. I, Beta, İstanbul, 1999.

TEKİNALP Ünal, "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. XXXIII, S. 9, 1986, ss. 300-311.

TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat**, 10. bası, Beta, İstanbul, 2000.

TEWELES R. J. / BRADLEY E. S. / TEWELES Ted M., **The Stock Market**, 6. bası, John Wiley&Sons Inc., New York, 1992.

TEZCANLI M. Varış, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar**, İstanbul, İMKB Yayını, 1996.

TİKVEŞ Özkan, **Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi**, Alfa, İstanbul, 1992.

TOPUZ Veysel: "Sermaye Piyasası Suçlarında Yazılı Başvuru Şartı ve Görevli ve Yetkili Mahkeme", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 10/1, 2019, ss: 159-172.

TOSUN Öztekin, **Fiyat Nizamını İhlal Suçları**, No: 11, İÜHF Yayını, İstanbul, 1960.

TUNÇ Havva, **Mikro İktisat**, Alfa, İstanbul, 2002.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (K-Z), C. II, Yeni bası, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara, 1988.

TÜRKAY Orhan, **Mikroiktisat Teorisi**, 11. bası, İmaj, Ankara, 2002.

UĞUZ Murat, **Menkul Kıymet Seçimi ve Yatırım**, Mali ve Ekonomi Yayınları, İstanbul, 1990.

ÜNAL Targan, **Dünya'da ve Türkiye'de Menkul Kıymet Borsaları**, İTO Yayınları, İstanbul, 1990.

Webster's New World College Dictionary, Macmillan Pb., USA, 1997.

WOOD Philip R., **International Loans, Bonds and Securities Regulation**, Sweet&Maxwell, London, 1995.

YALVAÇ Faruk, **Bankacılık Terimleri Sözlüğü**, 3. bası, Ekonomik Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 1996.

YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, y.y., İstanbul, 1992.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. bası, Beta, İstanbul, 1996.

YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, Bilgi, İstanbul, 1990.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. bası, Yetkin, Ankara, 1996.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, Beta, İstanbul, 2019.

ZEVKLİLER Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 7. bası, Seçkin, Ankara, 2002.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 169-191

ULUSLARARASI HUKUKÇU BAKIŞ AÇISINDAN KANAL İSTANBUL PROJESİ(*)

Doç. Dr. **Ceren Zeynep PİRİM**(**)

Öz: Kanal İstanbul olarak adlandırılan ve temel amacının İstanbul Boğazı'ndaki trafiği azaltmak ve boğazda ulaşım güvenliğini sağlamak olduğu dile getirilen İstanbul Kanalı projesi uzun bir zamandır ekonomistler, çevre bilimciler ve deprem bilimciler tarafından tartışılmakta ve tartışmalar kanalın inşasının ülke ekonomisi ve çevre üzerindeki muhtemel etkileri ve bölgede olası olduğu ifade edilen "büyük Marmara depremini" tetikleyip tetiklemeyeceği meseleleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Oysa projenin önemli bir uluslararası hukuk boyutu da bulunmaktadır. Elinizdeki çalışma Kanal İstanbul projesinin uluslararası hukuka uygunluğunu ve yürürlükte bulunan uluslararası düzenlemeler üzerinde yaratabileceği etkileri hukukî bir bakış açısı ile değerlendirmeye çalışmaktadır.

Bu çerçevede öncelikle Türk Boğazları olarak adlandırılan İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan geçiş rejimini düzenleyen Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin temel hükümleri üzerinde durulmakta, ardından İstanbul Kanalı'nın inşasının Montreux Boğazlar Sözleşmesi'ne uygun olup olmadığı ve Sözleşme'nin sona erdirilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışılmakta ve son olarak Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda Türk Boğazları'nda uygulanma ihtimali bulunan geçiş rejimleri ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kanal İstanbul, Türk Boğazları, Transit Geçiş, Zararsız Geçiş, 1936 Montreux Boğazlar Sözleşmesi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.05.2023.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0001-6680-6494; *czpirim@gsu.edu.tr*).

ISTANBUL CANAL PROJECT FROM THE STAND POINT OF INTERNATIONAL LAW

Abstract: The expediency of the Istanbul Canal Project, purportedly aimed at reducing the maritime traffic on the Bosporus Strait as well as ensuring the navigational safety, is being debated by economists, environmental scientists and seismologists. The debates focus mostly on the issues concerning the impacts of the construction of the canal on the national economy and on the environment, and whether the construction operations may trigger the expected "great earthquake of Marmara". Yet, the project has an important international law facet. This article discusses the compliance of the Istanbul Canal Project with international law and the effects that the project may entail on international regulations.

In this framework, the key provisions of the Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits, which regulates the passage through the Dardanelles Strait, the Sea of Marmara and the Bosporus Strait -named collectively as the Turkish Straits-, are first highlighted. It is then discussed whether the construction of the Canal complies with the Montreux Convention and whether it would entail the consequence of the Convention being terminated. It is finally argued which legal regime would be applied for the passage through the Turkish straits, in case the Montreux Convention is terminated.

Keywords: Istanbul Canal Project, Turkish Straits, Transit Passage, Innocent Passage, 1936 Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits.

GİRİŞ

Kanal İstanbul olarak adlandırılan ve temel amacının İstanbul Boğazı'ndaki trafiği azaltmak ve boğazda ulaşım güvenliğini sağlamak olduğu dile getirilen İstanbul Kanalı projesi uzun bir zamandır ekonomistler, çevre bilimciler ve deprem bilimciler tarafından tartışılmakta ve tartışmalar kanalın inşasının ülke ekonomisi ve çevre üzerindeki muhtemel etkileri ve bölgede olası olduğu ifade edilen "büyük Marmara depremini" tetikleyip tetiklemeyeceği meseleleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Oysa projenin önemli bir uluslararası hukuk boyutu da bulunmaktadır. Elinizdeki çalışma Kanal İstanbul projesinin uluslararası hukuka uygunluğunu ve yürürlükte bulunan uluslararası düzenlemeler üzerinde yaratabileceği etkileri hukukî bir bakış açısı ile değerlendirmeye çalışmaktadır.

Bu çerçevede öncelikle Türk Boğazları olarak adlandırılan İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan[1] geçiş rejimini düzenleyen

[1] "'*Türk Boğazları*' terimi, bu boğazlarla ilgili milletlerarası düzenlemelerde, Çanakkale Boğazını, Marmara Denizini ve İstanbul Boğazını kapsayan bir terim olarak kullanılır". TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından**

Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin temel hükümleri üzerinde durulacak, ardından İstanbul Kanalı'nın inşasının Montreux Boğazlar Sözleşmesi'ne uygun olup olmadığı ve Sözleşme'nin sona erdirilmesi sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışılacak ve son olarak Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda Türk Boğazları'nda uygulanma ihtimali bulunan geçiş rejimleri ele alınacaktır.

I. 1936 MONTREUX BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ ALTINDA TÜRK BOĞAZLARI'NDAN GEÇİŞ REJİMİ

1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması ile egemen ve bağımsız bir devlet olduğu kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti Türk Boğazları üzerindeki egemenlik yetkilerini tam olarak 1936 tarihli Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin kabulü ile kullanmaya başlamıştır.

Şöyle ki; 1920 tarihli Sèvres Andlaşması'nın "Boğazlar" başlıklı ikinci kısmı (37-61. maddeler) Türk Boğazları için Süveyş Kanalı'nda uygulanan rejime benzer bir rejim öngörmüştür[2]. Andlaşmanın 37. maddesi uyarınca, Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve İstanbul Boğazı gerek barış gerek savaş zamanında; bayrak ayrımı yapılmaksızın, bütün ticaret ve savaş gemilerine ve bütün ticaret ve savaş uçaklarına açık olacak, bu sular abluka edilemeyecek ve bölgede muhariplik hakları kullanılamayacaktır. Andlaşmanın 178. maddesi uyarınca, Marmara Denizi kıyıları ile adaların ve Boğazların kıyılarını içine alan bölge ile Limni, Gökçeada, Semadirek, Bozcaada ve Midilli adalarında tüm yapılar ve bataryalar silâhsızlandırılacaktır. Boğazların yönetimi, 38 ve 40. maddeler altında, on devletin (Amerika Birleşik Devletleri, Britanya İmparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya, Rusya, Yunanistan, Romanya, Bulgaristan ve Türkiye) temsilcilerinden oluşan uluslararası bir komisyona bırakılacak ve Amerika Birleşik Devletleri, Britanya İmparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya ve Rusya'nın ikişer oyunun bulunduğu Komisyon gerekli gördüğü zaman Müttefik Devletlerin donanmalarını yardıma çağırabilecektir. Bilindiği üzere, Sèvres Andlaşması onaylanmayacak ve hiçbir zaman yürürlüğe girmeyecektir.

Çevresi ve Niteliği), Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 154. Montreux Boğazlar Sözleşmesi de dîbâcesinde, "'Boğazlar' ifadesi ile Çanakkale Boğazı, Marmara Denizi ve Karadeniz Boğazı'nın" kastedildiğini belirtmektedir.

2 TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, s. 162.

Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasının ardından akdedilen Lozan Barış Andlaşması'na ekli Boğazların Rejimine Dair Konvansiyon[3] ise ticaret gemileri için barış ve savaş zamanında, denizde ve havada geçiş serbestîsi ilkesini benimseyecektir. Boğazların Rejimine Dair Konvansiyon uyarınca;

- ticaret gemi ve uçakları barış zamanında geçiş serbestîsine sahip olacaktır[4];
- Türkiye'nin tarafsız kaldığı bir savaşta Türkiye boğazlardan geçişi engelleyemeyecektir[5];
- Türkiye'nin muharip olduğu bir savaşta düşman gemi ve uçaklarına karşı Türkiye'nin bütün hakları saklı olacaktır[6];
- savaş gemilerinin geçişi Türkiye'nin kontrolünde belli şartlara bağlanacaktır: savaş gemi ve uçakları barış zamanında boğazlardan geçebilecek ancak bir devletin Karadeniz'e geçirebileceği kuvvet, geçiş sırasında, Karadeniz'de en kuvvetli donanmaya sahip devletin kuvvetlerini aşamayacaktır[7]. Savaş zamanında, Türkiye tarafsız ise, barış zamanında olduğu gibi geçiş serbestîsi ilkesi uygulanacak, Türkiye muharip ise tarafsız devletlerin gemilerinin geçiş hakkı bulunacaktır[8].

Konvansiyon, tüm bu hükümlerin yanı sıra, boğazların silâhsızlandırılmasını öngörecek ve Boğazlardan geçişi ve andlaşma düzenine uyulmasını denetleme yetkisini uluslararası bir komisyona bırakacaktır[9].

Görüldüğü üzere Türkiye, kendisini kuran, bağımsızlığını tescil eden ve arz ettiği önem tartışılamayacak kadar büyük olan Lozan Andlaşması ile dahi Bo-

---

3 Convention concernant le Régime des Détroits, signée à Lausanne le 24 juillet 1923, Société des Nations, Recueil des traités, pp. 115-137.

4 *Idem*, md. 2 (Annexe: Règles pour le Passage des Navires et Aéronefs de Commerce et des Bâtiments et Aéronefs de Guerre dans les Détroits), par. 1(a).

5 *Idem*, md. 2, par. 1(b).

6 *Idem*, md. 2, par. 1(c).

7 Devletler her halde 10.000 tonu aşmayan üç savaş gemisini Karadeniz'e yollama hakkına sahiptir. *Idem*, md. 2, par. 2(a).

8 *Idem*, md. 2, par. 2(b) ve 2(c).

9 *Idem*, md. 4 ve md. 5. Söz konusu komisyona, Sèvres Andlaşması ile kurulması öngörülen komisyonun aksine, Boğazlardan geçişi "yönetme yetkisi" değil Sözleşme'nin uygulanıp uygulanmadığını "denetleme yetkisi" verilmiştir. Komisyon, Türkiye'nin başkanlığı ve Milletler Cemiyeti'nin himâyesi altında görev yapmıştır. Bkz. TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, ss. 163-164. Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin kabulünden önceki dönemlerde Türk Boğazları'nda uygulanan geçiş rejimlerinin genel bir incelemesi için bkz. GÜRKAN İhsan, "The Turkish Straits Regime in Historical Perspective (1453-1936)", **New Problems New Solutions**, ISIS, Istanbul, 1995, ss. 165-208.

ğazlar üzerinde tam yetki sahibi olamamıştır. Bununla birlikte, Lozan Barış Andlaşması'na ek Boğazların Rejimine Dair Konvansiyon yalnızca on üç yıl uygulanmış ve Türkiye'nin diplomatik bir manevrası ile sona erdirilmiştir.

Şöyle ki; Türkiye, Japonya'nın Mançurya'ya saldırdığı, İtalya'nın Habeşistan'ı işgal ettiği, On İki Ada'da yapılanma faaliyetlerinin gerçekleştirildiği, Almanya'nın Ren bölgesini askerîleştirme ve silâhlandırma girişimlerinde bulunduğu ve Milletler Cemiyeti'nin kurmayı amaçladığı güvenlik sisteminin işlevsiz hale geldiği 1930'lu yılların konjonktüründe yani İkinci Dünya Savaşı'nın arifesinde, ülkesinin güvenliğini Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin öngördüğü silâhsızlandırma (*démilitarisation*) düzeni ile sağlayamayacağını ileri sürerek diplomatik bir süreç başlatmıştır[10]. Başka bir ifade ile Türkiye, bu Sözleşme'nin yapıldığı dönemdeki koşulların esaslı bir biçimde değiştiğini ifade ederek yani andlaşmalar hukukunun çok temel ilkelerinden birini -*rebus sic stantibus* ilkesini- devreye sokarak[11] 1936 yılında Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin kabul edilmesini sağlamıştır[12].

Atatürk dönemi dış politikasının büyük başarılarından birini teşkil eden Montreux Boğazlar Sözleşmesi, Lozan Boğazlar Sözleşmesi uyarınca kurulmuş olan uluslararası komisyonu ortadan kaldırmış, komisyonun yetkilerini Türkiye'ye devretmiş[13] ve silâhsızlandırma uygulamasına son vermiştir[14]. Bununla birlikte, Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin önemi yalnızca bu düzenlemelerden değil, Türk Boğazları'nda *sui generis* bir geçiş rejiminin uygulanacağı ilkesini[15] benimsemesinden de ileri gelmektedir.

---

10 Bkz. TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, s. 164.

11 Türkiye'nin bu yöndeki ilk talebini 23 Mayıs 1933 Londra Silâhsızlanma Konferansı sırasında gündeme getirdiği bilinmektedir. ARMAOĞLU Fahir, **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 1914-1990, Cilt I**, 7. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1992, s. 343.

12 Convention concernant le Régime des Détroits, avec annexes et protocole, signés à Montreux, le 20 juillet 1936, Société des Nations, Recueil des traités, pp. 213-243. Montreux Boğazlar Sözleşmesi 20 Temmuz 1936'da Türkiye, Bulgaristan, Fransa, Yunanistan, Japonya, Romanya, SSCB, Yugoslavya, İngiltere ve Avustralya temsilcileri tarafından imzalanmış ve 9 Kasım 1936'da yürürlüğe girmiştir. İtalya andlaşmaya 1938 yılında katılmış, Japonya ise İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, ABD ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu müttefikleri ile imzaladığı 8 Eylül 1951 tarihli Barış Andlaşması ile Montreux Boğazlar Sözleşmesi'ne taraf olmasından doğan tüm hak, yükümlülük ve menfaatlerinden vazgeçmiştir.

13 Montreux Boğazlar Sözleşmesi, md. 24.

14 Montreux Boğazlar Sözleşmesi'ne Ek Protokol, md. 1.

15 AYBAY Gündüz, **Türk Boğazları. Son Gelişmeler Üstüne Bir Deneme**, Aybay Yayınları, İstanbul, 1998, s. 65.

Şöyle ki; Montreux Sözleşmesi Türk Boğazları'nda uluslararası boğazlardan geçişe ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinin değil, öngördüğü *ad hoc* geçiş kurallarının uygulanacağı ilkesi üzerine kuruludur[16]. Sözleşme yabancı gemilerin boğazlardan geçiş rejimini altılı bir parametre etrafında düzenlemekte, gemiler açısından "ticaret gemisi" ve "savaş gemisi"; geçiş zamanı açısından ise "barış zamanı", "savaş zamanı" ve "Türkiye'nin kendini pek yakın bir savaş tehlikesine maruz saydığı zamanlar" ayrımlarını yapmaktadır. Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerinin neden tartışmaya dahi açılmaması gerektiği Türkiye'nin ve Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin güvenliği ile Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin menfaatleri arasında hassas bir denge kuran bu rejimin içinde saklıdır.

Sözleşme'nin tesis ettiği *ad hoc* rejimin ana kuralı ticaret gemileri için geçiş serbestîsi ilkesidir, ki bu ilke ile Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin menfaatleri korunmaktadır[17]. Ancak Sözleşme'nin Türkiye için arz ettiği asıl önem yabancı savaş gemilerinin Boğazlardan geçişine ilişkin düzenlemelerinde saklıdır, ki aslında bu düzenlemelerin bir kısmı Türkiye'nin güvenliğini, diğer bir kısmı ise Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin güvenliğini korumayı hedeflemektedir[18].

---

[16] CHURCHILL Robin Rolf & LOWE Alan Vaughan, **The Law of the Sea**, Manchester University Press, Manchester, 1999, s. 115.

[17] Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca ticaret gemileri, barış zamanında, gündüz ve gece, bayrakları ve yükleri ne olursa olsun hiçbir formalite olmaksızın ve Sözleşmenin I sayılı ekinde öngörülen vergi ve harçlardan başka hiçbir vergi ya da harç ödemeksizin boğazlardan geçiş özgürlüğünden yararlanmaktadır. Dolayısıyla, bu gemilerden havuz ücreti dışında boğazlardan geçiş ücreti talep edilebilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca ticaret gemilerinin barış zamanında sağlık kontrolleri dışında durdurulabilmeleri de mümkün değildir. Yabancı ticaret gemileri, 4. madde uyarınca, Türkiye'nin tarafsız olduğu bir savaş zamanında da boğazlardan geçiş özgürlüğünden yararlanmaktadır. Türkiye'nin muharip olarak yer aldığı bir savaşın varlığında ise, 5. madde uyarınca, yalnızca tarafsız devletlerin bayraklarını taşıyan ticaret gemileri, düşmana yardım etmedikleri müddetçe geçiş serbestîsinden yararlanmakta, geçiş yalnızca gündüz ve Türk makamlarınca gösterilen yol izlenerek yapılabilmektedir. Son olarak, 6. madde uyarınca Türkiye'nin kendini pek yakın bir savaş tehlikesine maruz saydığı durumlarda, ticaret gemileri için barış zamanı hükümleri tatbik edilmekte, ancak bu hallerde söz konusu gemiler Boğazlardan yalnızca gündüz geçebilmekte ve ücrete tâbi olmamak şartı ile kılavuz almak ve mecburî bir yol düzeni takip etmek zorunda bırakılabilmektedir.

[18] ERKİN Feridun Cemal, **Les relations turco-soviétiques et la question des détroits**, Ankara, 1968, s. 114.

Türkiye'nin güvenliği savaş gemilerinin geçişinin önceden Türkiye'ye bildirileceği, boğazlardan geçen savaş gemilerine tonaj ve sayı bakımından sınır getirileceği, geçişin gündüz yapılacağı, yabancı savaş uçaklarının boğazların üzerindeki hava sahasından uçmayacağı, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin denizaltılarının Boğazlardan yalnızca Karadeniz'deki üslerine gitmek amacıyla, gündüz ve suyun üzerinden seyrederek geçebilecekleri, Türkiye'nin taraf

Barış zamanında:

- Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin savaş gemileri, geçişten on beş gün önce, Karadeniz'e kıyısı olan devletlere ait savaş gemileri ise sekiz gün önce geçişlerini Türkiye'ye ihbar etmek durumundadır (madde 13).
- Karadeniz'e kıyısı olan ve olmayan bütün devletlerin yalnızca hafif su üstü gemileri, küçük savaş gemileri ve yardımcı gemileri Boğazlardan gündüz geçebilmektedir (madde 10).
- Boğazlardan geçecek yabancı deniz kuvvetlerinin toplam tonajı 15.000 tonu aşamamakta ve kuvvetler dokuz gemiden fazla gemi içerememektedir (madde 14)[19].
- Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin denizaltı gemilerinin geçişi satın alma ve tamir amaçlı geçişler dışında yasaktır. Bu hallerde denizaltılar, gündüz ve su üstünden geçiş yapabilmektedir (madde 12).
- Boğazlardan uçak gemilerinin geçişi mümkün değildir (madde 15).
- Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin Karadeniz'de bulundurabilecekleri gemilerin toplam tonajı 30.000 (istisnâî olarak 45.000) tonu aşamamakta ve Karadeniz'de bulunma amaçları ne olursa olsun, kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemileri, bu denizde yirmi bir günden fazla kalamamaktadır (madde 18).

Yabancı savaş gemilerinin, savaş zamanında Boğazlardan geçişine gelince; Montreux Sözleşmesi bu noktada da ikili bir ayrıma gitmektedir:

- Türkiye'nin tarafsız olduğu bir savaşın varlığı halinde Boğazlardan geçiş serbestîsi uygulanmakta ancak savaşan devletlerin gemileri Boğazlardan geçerek Karadeniz'e açılamamaktadır (madde 19)[20].
- Türkiye'nin savaşan konumunda bulunduğu savaş hallerinde ve kendini pek yakın bir savaş tehlikesine maruz saydığı zamanlarda ise yabancı sa-

---

olduğu savaş zamanlarında boğazlardan geçiş rejiminin Türkiye'nin takdirine bırakılacağı yönündeki hükümler ile korunmaktadır. Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin güvenliği ise Karadeniz'e kıyısı olmayan devletlerin savaş gemilerine getirilen sınırlamalarla sağlanmaktadır.

[19] Bununla birlikte 11. madde uyarınca, Karadeniz'e kıyıdaş devletler, 14. maddenin 1. fıkrasında öngörülen tonajdan yüksek bir tonajda bulunan hattı harp gemilerini tek başlarına ve en çok iki torpido eşliğinde Boğazlardan geçirebilirler.

[20] Bununla birlikte ve aynı madde uyarınca Karadeniz'e kıyıdaş olan ya da olmayan ve savaşan devletlere ait olup da bağlama limanlarından ayrılmış bulunan savaş gemileri bu limanlara dönebilmektedir.

vaş gemilerinin geçişi tamamen Türkiye'nin takdirine bırakılmaktadır[21] - ki bu madde dahi tek başına Montreux Sözleşmesi'ne doğrudan veya dolaylı olarak dokunulmaması için yeterlidir-. Zira aşağıdaki satırlarda aktarılacağı üzere uluslararası deniz hukukunun öngördüğü ilkeler uyarınca uluslararası boğazlardan geçişler savaş ve barış zamanlarında yasaklanamazken, Montreux Sözleşmesi Türkiye'ye, savaşan konumunda bulunduğu savaş hallerinde ve hatta kendisini yakın bir savaş tehlikesi altında hissettiği durumlarda boğazları tamamen kapatma yetkisi vermektedir.

- Bunun yanı sıra, Montreux Sözleşmesi uyarınca savaş zamanında savaş gemilerinin yalnızca Boğazlardan geçişi değil, Karadeniz'de bulunmaları da Türkiye'nin takdirindedir. Zira Sözleşmenin 20. maddesi, Türkiye'nin muharip olduğu bir savaşta Sözleşmenin Karadeniz ile ilgili düzenlemelerinin uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır. Bu çerçevede Türkiye herhangi bir savaşta savaşan olduğu durumlarda Boğazları ve Karadeniz'i yabancı güçlerin savaş gemilerine kapatabilecektir, ki bu takdir hakkı Türkiye ve Karadeniz devletlerinin herhangi bir savaşta farklı saflarda olduğu hallerde Türkiye'ye diğer Karadeniz devletlerinden daha elverişli bir konum atfetmektedir.
- Son olarak, Montreux Sözleşmesi altında yabancı savaş uçaklarının boğazların üzerinden uçmalarına izin verme yetkisinin de Türkiye'ye ait olduğunun altının çizilmesi gerekir[22].

II. KANAL İSTANBUL PROJESİNİN MONTREUX BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ'NE UYGUNLUĞU VE SÖZLEŞME ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ

Kanal İstanbul Projesi ile Montreux Boğazlar Sözleşmesi arasındaki ilişkiye gelince; her şeyden önce, projenin hayata geçirilmesinin ve Kanalın inşa edilmesinin önünde herhangi bir uluslararası hukuk engeli bulunmamaktadır. Daha açık bir ifade ile, Kanal İstanbul'un inşası tek başına Montreux Boğazlar Sözleşmesi'ni ihlâl etmeyecektir.

Ardından, uluslararası hukukta genel kabul, insan eli ile inşa edilmiş bir kanalın, içinden geçtiği ülke devletinin iç suları telâkki edileceği yönündedir[23].

---

[21] Madde 20 ve 21.

[22] Madde 15 uyarınca Boğazlardan geçen savaş gemileri taşımakta olabilecekleri uçakları hiçbir durumda kullanamayacaklardır. Sivil uçakların geçişi Sözleşme'nin 23. maddesinde düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, tek bir devletin ülkesinin sınırları içinde kalan ve doğal su yolu teşkil etmeyen bir kanaldan geçiş, ilke olarak, ulusal düzenlemeler ışığında gerçekleştirilir. Bu çerçevede Kanal İstanbul uluslararası hukukun öngördüğü boğazlar rejimine değil, ulusal düzenlemelere tâbi kılınabilecektir[24]. Dolayısıyla, Türkiye'nin yabancı gemilerin Kanal İstanbul'dan geçişini -kamuoyunda sıklıkla ifade edildiği gibi- belli bir ücrete tâbi kılması mümkündür.

Bununla birlikte, kanaatim Kanal İstanbul projesinin hem yabancı ticaret gemilerinin hem yabancı savaş gemilerinin geçişleri ile ilgili pek çok sorunu beraberinde getireceği yönündedir.

Ticaret gemileri bakımından, örneğin Karadeniz'den Ege Denizi'ne geçmek isteyen bir yabancı ticaret gemisi, Kanal'dan geçerek ve ücret ödeyerek Marmara Denizi'ne girerse, yolculuğunun devamı, yani Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndaki seyri hangi hukukî rejime tabi olacaktır? Savaş gemileri bakımından, örneğin Karadeniz'e kıyısı olan bir devletin, Kanal İstanbul'dan geçerek İstanbul Limanı'na gelen savaş gemisi Ege Denizi'ne açılmak isterse hangi hukukî rejime tâbi olacaktır? Benzer bir biçimde, Karadeniz'e kıyısı olmayan bir devletin savaş gemisi Kanal İstanbul'dan geçerek Karadeniz'e açılmak istediğinde hangi hukukî rejim uygulanacaktır? Bu ve benzeri durumlarda Karadeniz'deki yabancı gemilerin toplam tonajı veya gemilerin Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü şartları taşıyıp taşımadığı nasıl kontrol edilecektir? Bu ve bunun gibi soruların cevabı bilinmemektedir[25].

Ancak bu belirsizliklerden daha da önemlisi, Kanal İstanbul adı verilen projenin hayata geçirilmesi, kanaatimce, Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesini tetikleyebilecektir.

---

[23] CHURCHILL & LOWE, ss. 64-65.

[24] Bu noktada Almanya'nın tamamen kendi sınırları içinde inşa ettiği, 1895 yılında açtığı ve ulusal düzenlemeleri altında yönettiği Kiel Kanalı'nın Birinci Dünya Savaşı sonrasında Versailles Barış Andlaşması uyarınca uluslararası bir geçiş rejimine tâbi kılındığını ve savaşı kaybeden Almanya'nın kanal üzerindeki mutlak egemenliğinin sona erdirildiğini hatırlatmak gerekir. Her ne kadar söz konusu vak'a savaş zamanına ilişkin münferit bir vak'a olsa da ve Almanya 1937 yılında Kanal'dan geçmek isteyen yabancı savaş gemilerinin Berlin hükümetinden izin almaları gerektiği yönünde tek taraflı bir beyanda bulunmuş olsa da bu vak'a yaşanmıştır ve göz önünde bulundurulmasında fayda vardır. Kiel Kanalı'nın hukukî rejiminin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. ÇAMYAMAÇ Anıl, "Kiel Kanalının Hukukî Rejimine Dair Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan**, Cilt 19, Özel Sayı 2017, ss. 2749-2802; BERKOL Faruk N., **Le statut juridique actuel des portes maritimes orientales de la méditerranée (Les Détroits - Le Canal de Suez)**, Sirey, Paris, 1940, s. 252.

[25] Benzer soru ve yorumlar için bkz. YÜCEL Kurtuluş, [https://www.diken.com.tr/montro-uzmani-kanal-istanbul-ongorulemez-problemlere-yol-acar/], Erişim Tarihi: 9 Şubat 2023.

Şöyle ki; her şeyden önce projenin Karadeniz ve Akdeniz arasında alternatifi olmayan bir geçit olan İstanbul Boğazı'ndaki gemi trafiğini rahatlatacağı ve Türkiye için bir gelir kaynağı olabileceği dile getirilmektedir. Oysa yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere Montreux Sözleşmesi'nin 2. maddesi ticaret gemilerinin barış zamanında, gündüz ve gece, bayrak ve yükleri ne olursa olsun, hiçbir formalite olmaksızın Türk Boğazları'ndan geçiş özgürlüğüne sahip olduklarını hükme bağlamaktadır. Bu çerçevede, Türkiye'nin bazı gemilerin İstanbul Boğazı'ndan bazı gemilerin ise İstanbul Kanalı'ndan geçmesini yabancı gemilere dayatabilmesi, örneğin tehlikeli gemileri Kanal İstanbul'dan geçmeye zorlaması Montreux Sözleşmesi altında mümkün değildir[26]. Dolayısıyla, Türkiye'nin yabancı gemilere bu yönde bir dayatmada bulunması veya bu gemileri İstanbul Boğazı'nın girişinde haddinden fazla bekleterek Kanal'dan geçmeye zımnen mecbur etmesi durumunda yabancı devletler Montreux Sözleşmesi'ni sona erdirmeye meyledebilir. Kaldı ki; Türkiye'nin yabancı gemilere belli bir su yolundan geçmeleri yönünde sarih veya zımnî bir dayatmada bulunmadığı durumlarda dahi Montreux Sözleşmesi uyarınca yalnızca aldığı hizmet karşılığında ücret ödeyerek İstanbul Boğazı'ndan geçebilecek gemilerin, geçiş için ayrı bir ücret ödeyerek Kanal'dan geçmelerini beklemek gerçekçi değildir.

Ardından, uluslararası andlaşmalar hukuku devletlerin, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşullarda esaslı değişiklik yaşanmış olması durumunda, bu andlaşmanın sona erdirilmesi teklifinde bulunabileceklerini öngörmektedir -ki yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, uluslararası hukukta *rebus sic stantibus* olarak adlandırılan bu ilke Türkiye tarafından 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi için ileri sürülmüş, Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin akdedilmesi bu ilke uygulanarak gerçekleştirilmiştir-.

> "*Rebus sic stantibus ilkesi uluslararası andlaşmaları çevreleyen koşulların andlaşmaların uygulandığı fiilî düzeni oluşturduğundan hareketle, bu koşullarda değişiklikler yaşanmasının yeni bir düzenin ortaya çıktığı anlayışı üzerine kuruludur. Bu çerçevede, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı dönemdeki koşulların zaman içinde değişmesinin andlaşmanın akıbeti üzerindeki etkilerini düzenleyen ilke, yeni bir fiilî düzenin kurulduğu durumlarda âkit taraflardan geçmiş düzende üstlendikleri yüküm-*

[26] Benzer bir tespit için bkz. TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul", **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt: 37, Sayı: 1, 2017, ss. 113-123, s. 118.

lülükleri olduğu gibi devam ettirmelerini beklemenin mâkul olmayacağı, hatta devletlerin kendilerini ebediyen bağlayacak yükümlülükler altına girmelerinin egemenlik kavramıyla ve devlet kurumunun doğasıyla bağdaşmayacağı fikrinin tezahürüdür. [...] Latince 'bu koşullarda' anlamına gelen rebus sic stantibus ilkesi, 'en basit tanımıyla, bir uluslararası andlaşmanın, bazı koşulların varlığında, tamamen veya kısmen sona erdirilebileceğini ifade etmektedir [...]'"[27].

Bu çerçevede, İstanbul Kanalı'nın açılmasının Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin akdedildiği dönemdeki koşulları esaslı bir biçimde değiştirdiğinin ileri sürülmesi önünde hiçbir hukukî engel yoktur.

Aslında, Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilebilmesi için bu ilkenin öne sürülmesine gerek dahi yoktur. Zira Sözleşme'nin 28. maddesi uyarınca,

"*İşbu Sözleşmenin süresi, yürürlüğe giriş tarihinden başlayarak, yirmi yıl olacaktır.*

Bununla birlikte, işbu Sözleşmenin 1. maddesinde doğrulanan geçiş ve gidiş-geliş (ulaşım) özgürlüğü ilkesinin sonsuz bir süresi olacaktır.

Sözü edilen yirmi yıllık sürenin bitiminden iki yıl önce, hiçbir Bağıtlı Yüksek Taraf, Fransız Hükümetine Sözleşmeyi sona erdirme ön-bildirimi vermemişse, işbu Sözleşme, bir sona erdirme ön-bildirimin gönderilmesinden başlayarak, iki yıl geçinceye kadar yürürlükte kalacaktır. Bu ön-bildirim, Fransız Hükümetince, Bağıtlı Yüksek Taraflara iletilecektir.

İşbu Sözleşme, işbu madde hükümlerine uygun olarak sona erdirilmiş olursa, Bağıtlı Yüksek Taraflar, yeni bir Sözleşmenin hükümlerini saptamak üzere kendilerini bir konferansça temsil ettirmeği kabul etmektedirler".

Görüldüğü üzere Montreux Sözleşmesi, öngördüğü 28. madde uyarınca tek taraflı bir biçimde sona erdirilmesi mümkün ve kolay bir sözleşmedir. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi yıl yürürlükte kalacağı kararlaştırılan Sözleşme, bu sürenin dolmasından sonra âkit taraflardan birinin talebi üzerine, bütün âkit taraflar arasındaki ilişkiler açısından sona erdirilebilir niteliktedir.

---

[27] PİRİM Ceren Zeynep, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: *Rebus Sic Stantibus*", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 13, Sayı 51, 2022, ss. 47-76, ss. 49-50.

Kısacası, salt Karadeniz'i Akdeniz'e bağlayan alternatif bir su yolunun açılması dahi Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü boğazlardan geçiş rejimini işlevsiz ve anlamsız hale getiren bir gelişme olarak telâkki edilebilecek ve bu gelişme herhangi bir taraf devleti Montreux Sözleşmesi'ni sona erdirmeye itebilecektir. Oysa Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi halinde, Türkiye Montreux Sözleşmesi uyarınca yabancı gemi ve uçakların Boğazlardan geçişi üzerinde sahip olduğu hak ve yetkileri kaybetme riski ile karşı karşıya kalacaktır.

III. MONTREUX BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ'NİN SONA ERDİRİLMESİ DURUMUNDA TÜRK BOĞAZLARI'NDA UYGULANMA İHTİMALİ BULUNAN GEÇİŞ REJİMLERİ

1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca uluslararası boğazlar, iki açık deniz alanını birbirine bağlayan su yolları, bir açık deniz alanı ile bir devletin münhasır ekonomik bölgesini birleştiren deniz yolları veya aynı ya da iki ayrı devletin münhasır ekonomik bölgelerini birleştiren su yolları (madde 37), bir devletin karasularını açık deniz alanına bağlayan su yolları ve bir devletin karasularını bir başka devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan su yollarıdır (madde 45)[28]. Başka bir ifade ile, 1982 Sözleşmesi'nin iki farklı hükmü altında düzenlenmiş olan bu dört boğaz türü, yalnızca tek bir devletin ülkesinin sınırları içinde yer alıyor olsalar dahi uluslararası boğaz -34. maddede kullanılan ifade ile- "uluslararası seyrüsefere açık boğaz" telâkki edilmektedir.

Bu çerçevede tek bir devletin ülkesinin sınırları içinde bulunan boğazlardan geçiş, söz konusu boğazların uluslararası seyrüsefere açık olmaları

[28] Uluslararası boğaz kavramı, 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kabulünden önce, 1949 yılında Uluslararası Adalet Divanı tarafından karara bağlanan *Korfu Boğazı* uyuşmazlığında gündeme gelmiştir. Birleşik Krallık ve Arnavutluk arasında yaşanan uyuşmazlıkta Birleşik Krallık Korfu Boğazı'nın bir uluslararası su yolu teşkil ettiğini ve dolayısıyla barış zamanında söz konusu boğazdan geçişin kıyı devleti olan Arnavutluk tarafından engellenemeyeceğini ileri sürmüştür. Arnavutluk ise Korfu Boğazı'nın uluslararası bir su yolu olmadığını iddia etmiş ve buradan hareketle söz konusu boğazda yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkının bulunmadığını belirtmiştir. Arnavutluk'a göre Korfu Boğazı ikincil öneme sahip bir boğazdır, alternatif bir su yoludur ve daha ziyâde yerel ulaşımda kullanılmaktadır. Divan, kararında bir su yolunun "uluslararası boğaz" olarak nitelendirilmesinde belirleyici olan kriterin söz konusu boğazın coğrâfî konumu olduğunu ifade etmiş ve iki açık denizi birbirine bağlayan ve uluslararası ulaşımda kullanılan su yollarının uluslararası boğaz kabul edileceklerini belirtmiştir. Divan'a göre, alternatif bir su yolu teşkil etmesi ve ulaşım yoğunluğunun azlığı, Korfu Boğazı'nın uluslararası boğaz niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. ICJ, *The Corfu Channel Case (Merits)*, Judgment, 9 April 1949, ICJ. Rep. 1949, p. 4, pp. 27-29.

halinde ülke devletinin ulusal düzenlemeleri ışığında değil, uluslararası hukukun öngördüğü düzenlemeler ışığında gerçekleştirilmektedir.

İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'nı kapsayan Türk Boğazları uluslararası hukukun uluslararası boğaz olarak nitelendirdiği boğazlardandır. Zira bu üç su yolu tek ve bütün bir su yolu olarak değerlendirilmekte ve bu çerçevede Karadeniz'deki münhasır ekonomik bölge alanını Ege Denizi'ndeki açık deniz alanına bağladığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kamuoyunda zaman zaman dile getirilen "yabancı gemilerin Türk ülkesinin bir parçasını teşkil eden Türk Boğazları'ndan geçişi tamamen Türkiye'nin takdirinde olacakken, Montreux Sözleşmesi Türkiye'nin hak ve yetkilerini sınırlamıştır" yönündeki iddia doğru değildir. Aksine, Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü geçiş rejimi günümüz uluslararası deniz hukukunun uluslararası boğazlardan geçiş için öngördüğü "zararsız geçiş" ve "transit geçiş" rejimlerinin her ikisinden de farklıdır[29]; kendine özgü bir geçiş rejimidir ve öngörülmemiş olsa idi günümüz uluslararası hukukunun aralarında Türk Boğazları'nın da bulunduğu uluslararası boğaz türleri için uygulanmasını öngördüğü geçiş rejimi ile karşılaştırıldığında Türkiye'nin hak ve yetkilerini ciddi bir biçimde genişletmektedir.

İlk olarak, Montreux Sözleşmesi 28. maddesinde, Sözleşme'nin sona erdirilmesi durumunda "*Sözleşme'nin birinci maddesinde öngörülen Boğazlardan geçiş ve seyrüsefer serbestîsi ilkesinin süresiz*" olacağını ifade etmekte ve Sözleşme'nin sona erdirilmesi durumunda tarafların, yeni bir andlaşma akdetmek üzere bir konferans toplayacağını öngörmektedir. Bu çerçevede, Montreux rejiminin sona erdirilmesi halinde Türk Boğazları'nda uygulanmak üzere yeni ve farklı bir *ad hoc* geçiş rejiminin tesis edilebilmesi mümkündür. Ancak bu yeni geçiş rejiminin hükümleri uluslararası dengelere, siyâsi, iktisâdî ve hatta askerî güç ilişkilerine bağlı olarak şekillenecektir; dolayısıyla Türkiye'nin yeni *ad hoc* düzenlemeler altında Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü düzeyde hak ve yetki sahibi olacağının teminatının bugünden verilebilmesi mümkün değildir.

---

[29] Montreux Sözleşmesi Türkiye'nin Boğazlar Bölgesi'ndeki egemenliğini yalnızca geçiş ve ulaştırma konularında sınırlandırmakta, Türkiye'nin, andlaşmanın kapsamına girmeyen konularda, örneğin yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili yetkilerine halel getirmemektedir. Bunun yanı sıra Sözleşme'nin yalnızca boğazlardan geçen gemiler için düzenlemeler öngördüğünün, boğazlarda herhangi bir limana uğrayan gemiler üzerinde Türkiye'nin sahip olduğu yetkileri sınırlandırmadığının da altının çizilmesi gerekir. TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, ss. 165-168.

Ardından, Türk uluslararası hukuk doktrininde Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda Türk Boğazları'nda Türkiye'ye önemli hak ve yetkiler atfeden geçiş rejimlerinin uygulanacağı yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Bununla birlikte kanaatim, birbirinden farklı hukukî gerekçelere dayanan bu görüşlerin uluslararası toplum tarafından kabul edilme ihtimalinin yok denecek kadar az olduğu yönündedir.

Şöyle ki; doktrinde bir görüş Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda, Sözleşme'nin yukarıdaki satırlarda zikredilen 28 ve 1. maddeleri uyarınca uygulanacağı öngörülen "süresiz geçiş serbestîsi" ifadesinin hukukî karşılığının, Sözleşme'nin kabul edildiği 1936 yılında geçerli olan "zararsız geçiş" olduğunu ileri sürmekte; bu çerçevede Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü geçiş rejiminin sona ermesi halinde Türk Boğazları'nda zararsız geçiş rejiminin uygulanacağını dile getirmektedir[30].

Kanaatimce bu görüşün üçüncü devletler tarafından kabul edilme ihtimali çok düşüktür. Zira her ne kadar Montreux Sözleşmesi'nin kabul edildiği dönemde uluslararası boğazlarda ilke olarak zararsız geçiş rejiminin uygulanacağı kabul edilmiş ise de[31] 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi uluslararası boğazlardan geçişin zararsız geçiş rejimi altında yapılacağı ilkesini değiştirmiş, "transit geçiş" adı verilen yeni bir rejim tesis ederek zararsız geçiş rejiminin yalnızca bazı istisnâî boğazlarda uygulanacağını hükme bağlamış[32] ve transit geçiş rejimi ile boğaz devletine, zararsız geçiş rejimine

---

[30] BAYKAL Ferit Hakan, **Deniz Hukuku Çalışmaları**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 262; KURAN Selami, **Uluslararası Deniz Hukuku**, B. III, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 113; ÖZERSAY Kudret, **Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1999, s. 43; TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 166.

[31] Bu dönemde yabancı gemilerin boğazlardan geçiş rejimi boğazların içinde bulunduğu suların açık deniz mi yoksa karasuları mı olduğu tespitine göre belirlenmiştir. Boğaz açık deniz içinde yer almakta ise yabancı gemilerin söz konusu boğazda seyrüsefer serbestîsine sahip oldukları ve boğaz devletinin yargı yetkisine tâbi olmadıkları kabul edilmiştir. Boğazın bir devletin karasuları içinde bulunması durumunda ise yabancı gemilerin söz konusu boğazdan "zararsız geçiş" hakkına sahip oldukları ilkesi benimsenmiştir. CHURCHILL & LOWE, s. 102. 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 16. maddesi de "*açık denizin bir bölümü ile açık denizin diğer bir bölümü veya yabancı bir devletin karasuları arasında uluslararası ulaştırmada kullanılan boğazlarda yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkının"* ertelenemeyeceğini hükme bağlayarak uluslararası boğazlarda zararsız geçiş rejiminin uygulanacağını teyit etmiştir. Bkz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 274; KARAN Hakan, "Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü", **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, ss. 423-440, s. 427.

[32] Sözleşme'nin 45. maddesinde düzenlenen "boğazlardan zararsız geçiş rejimi", "karasularından zararsız geçiş rejimi"dir. Bu çerçevede, bu üç tür boğazın varlığında boğaza kıyısı olan

nazaran daha az hak ve yetki tanımıştır[33]. Şöyle ki; Sözleşme 37. maddesinde öngördüğü özellikleri taşıyan uluslararası boğazlardan geçişin "transit geçiş", 45. maddesinde öngördüğü özellikleri taşıyan uluslararası boğazlardan geçişin ise istisnâî olarak "zararsız geçiş" hükümlerine tâbi olacağını öngörmektedir[34]. Daha açık bir ifade ile günümüz uluslararası deniz hukuku, geçmişteki düzenlemelerden farklı olarak, Türk Boğazları'nın özelliklerini taşıyan uluslararası boğazlarda, özel bir düzenleme kabul edilmemiş olması durumunda, transit geçiş rejiminin uygulanacağını öngörmektedir. Zira tek ve bütün bir su yolu telâkki edilen Türk Boğazları Karadeniz'deki münhasır ekonomik bölge alanını Ege Denizi'ndeki açık deniz alanına bağlamakta ve 1982 Sözleşmesi'nin 37. maddesinin uygulama alanına girmektedir. Bu çerçevede, Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda Türk Boğazları'nın uluslararası toplum tarafından tek ve bütün bir boğaz olarak değerlendirilmemesi, İstanbul ve Çanakkale Boğazlarından geçişin farklı iki boğazdan geçiş şeklinde ele alınması, böylece bu iki boğazın Türkiye'nin kara suları ile açık deniz ve münhasır ekonomik bölge alanlarını birbirine bağlayan boğazlar kabul edilmesi ve 1982 Sözleşmesi'nin bu tür boğazlar için öngördüğü zararsız geçiş rejiminin uygulanması gerektiği yönündeki görüş[35] kanaatimce gerçekçi değildir.

Başka bir görüş, Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerinin uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiğini, dolayısıyla Sözleşme'nin sona erdirilmesi halinde dahi uygulanmaya devam edeceklerini ileri sürmektedir.

---

devletler yabancı gemilerin boğazlardan geçişini aynı karasularından zararsız geçiş rejiminde olduğu gibi düzenleyebileceklerdir. Bununla birlikte, karasularından zararsız geçiş hakkı kıyı devletinin güvenliği gerektirdiğinde ve devletler arasında hiçbir ayrım gözetmemek koşulu ile kıyı devleti tarafından bir süreliğine durdurulabilecek, uluslararası boğazlardan zararsız geçiş hakkı ise hiçbir şekilde askıya alınamayacaktır. 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 25(3) ve md. 45(2).

[33] Zararsız geçiş ve transit geçiş rejimlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. DeLEO Deborah A. & BURKE Karin M., "Innocent Passage and Transit Passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea", **Yale Journal of International Law**, Vol. 9, Issue 2, 1983, ss. 389-408; CHURCHILL & LOWE, ss. 102-117.

[34] 1982 Sözleşmesi'nin 45. maddesi ve bu maddenin gönderme yaptığı 38. maddenin 1. fıkrası uyarınca zararsız geçiş rejiminin uygulandığı boğazlar yalnızca bir devletin karasularını açık denizin bir kısmına veya diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan boğazlar (Agaba Körfezi'ni Kızıldeniz'e bağlayan Tiran Boğazı gibi) ve bir devletin kara ülkesi ile bu devlete ait bir ada arasında kalan ve adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede seyrüsefer ve hidrografik özellikler bakımından eşit uygunlukta başka bir yolun bulunduğu boğazlardır (İtalya ve Sicilya arasındaki Messina Boğazı gibi).

[35] Bkz. DEMİR İsmail, "Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 136, 2018, ss. 327-358, ss. 345-346.

Örneğin Karan, 2017 yılında kaleme aldığı makalesinde "*Montrö Türk Boğazları Sözleşmesi'nin 1936 yılından bu yana tüm dünya devletlerinin herhangi bir çekincesi olmaksızın uygulanması dolayısıyla tüm devletleri bağlayan uluslararası örf ve âdet kuralları niteliğinde uluslararası hukuk kaynağı teşkil ettiği dikkate alındığında, Türkiye'nin Türk Boğazları üzerindeki mutlak egemenliğinin sadece antlaşmaya taraf olanlar değil, tüm devletlerce tanındığı aşikârdır. Herhangi bir sebeple Montrö Türk Boğazları Sözleşmesi'nin yürürlüğünün sona ermesi halinde Montrö Türk Boğazları Sözleşmesi hükümleri, egemen boğaz devleti konumundaki Türkiye'nin makul bir çekincesi olmadıkça uluslararası örf ve âdet kuralı olarak varlığını devam ettirecektir*" ifadelerini kullanmaktadır[36].

Bu görüşün Türkiye tarafından ileri sürülebilmesi elbette mümkündür. Zira çok taraflı uluslararası andlaşma hükümlerinin zaman içinde teamül hukukunun bir parçası haline gelebileceği gerek uluslararası hukuk doktrininde gerek uluslararası içtihatta uzun zamandır ifade edilmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı 1969 tarihli *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı* kararında çok taraflı bir andlaşma hükmünün teamül kuralına dönüşebileceğini belirtmiş ve bunun için bazı koşulların bir arada bulunması gerektiğinin altını çizmiştir. Divan'a göre bir uluslararası andlaşma hükmünün teamül kuralına dönüştüğünün kabul edilebilmesi için söz konusu hüküm normatif nitelikte olmalıdır, hükmü öngören uluslararası andlaşmaya menfaatleri özel olarak etkilenen devletleri de kapsayan geniş ve temsil gücü yüksek bir katılım olmalıdır, hüküm çekinceye konu olmamalıdır ve andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonraki devlet uygulamaları söz konusu hükme uygun olmalıdır[37].

Bununla birlikte Montreux Boğazlar Sözleşmesi hükümlerinin teamül kuralına dönüştüğü savının üçüncü devletler tarafından kabul edilme ihtimali de kanaatimce azdır. Zira uluslararası önem taşıyan deniz yollarının statülerine ilişkin olan uluslararası andlaşmaların yalnızca taraflar arasında değil, bütün uluslararası hukuk kişileri nezdinde etki doğurdukları kabul edilmektedir[38]. Daha açık bir ifade ile, "Türkiye'nin Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerinin teamüle dönüştüğü" savının "bu metnin objektif statü yaratan bir uluslararası andlaşma olduğu, taraf olmayan devletler tarafından bu nedenle

---

36 KARAN, s. 433.

37 ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands*), Judgment, 20 February 1969, ICJ Rep. 1969, p. 3, par. 71-74.

38 PAZARCI, s. 90, dipnot 222.

uygulanageldiği ve dolayısıyla teamül kuralına dönüştüğünün kabul edilemeyeceği" itirazı ile karşılaşabileceğinin akılda tutulmasında fayda vardır.

Yine başka bir görüş, Sözleşme'nin sona erdirilmesi durumunda Türkiye'nin Türk Boğazları'nda iç sular rejimini uygulayabileceğini savunmaktadır[39]. Örneğin İsmail Demir'e göre, "*Sözleşme'nin feshedilmesi durumunda Türkiye, Türk Boğazları'nda geçiş ve seyrüsefer serbestliği ilkesi bâkî kalmak kaydıyla tamamıyla iç sular rejimini uygulayabilir. Türk Boğazları'nın Türkiye'nin iç sularının bir parçası olduğunda kuşku yoktur. Türk Boğazları uluslararası seyrüseferde kullanılan birer su yolu olsalar dahi Türkiye'nin tam egemenliğine tâbi iç sularıdır. Egemen Boğaz devleti olarak Türkiye, bu rejimi tâbi olduğu uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak belirleme, yorumlama ve uyulmasını güvence altına alma yetkisini haizdir*"[40].

Oysa yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, tek bir devletin ülkesinin sınırları içinde bulunan ve devletin iç sularını teşkil eden boğazlardan geçiş, söz konusu boğazların uluslararası seyrüseferde kullanılıyor olması halinde ülke devletinin ulusal düzenlemeleri ışığında değil, uluslararası hukukun öngördüğü düzenlemeler ışığında gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, bu argümanın uluslararası toplum tarafından kabul edileceğini beklemek de kanaatimce gerçekçi değildir.

Kısacası, Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi ve Türk Boğazları'ndan geçişe ilişkin Türkiye ve üçüncü devletler arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Türkiye'nin tüm bu hukukî argümanları ileri sürmesi mümkün ise de bu argümanların günümüz uluslararası deniz hukuku kuralları ışığında uluslararası toplum tarafından kabul edilme ihtimalinin yok denecek kadar az olduğunun, üçüncü devletlerin Türkiye'ye "transit geçiş" rejimini dayatma ihtimalinin çok kuvvetli olduğunun bilinmesinde fayda vardır[41]. Nitekim Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin öngördüğü geçiş rejiminin

---

[39] Bkz. DEMİR, ss. 347-349.

[40] *Idem*, s. 348. Benzer bir görüş için bkz. KARAN, s. 434.

[41] Tütüncü, benzer bir biçimde "*ABD'nin Montrö Sözleşmesi'nin Karadeniz'e kıyıdaş olmayan devletlerin savaş gemilerine getirdiği kısıtlamalardan memnun olmadığı, 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin getirdiği 'transit geçiş rejimi'nin serbestliğini burada da en fazla şekilde kullanmayı ve Karadeniz'de uçak gemileri ile nükleer denizaltıları da dâhil olmak üzere, hiçbir sınırlamaya tâbi olmadan, devamlı olarak konuşlanmayı istediği bilinmektedir. Bölgedeki nüfuzunu artırmak için ABD tarafından bu yeni kanala ihtiyaç duyulmaktadır. (...) ABD'nin bu çıkarları doğrultusunda Sözleşme'nin değiştirilmesi yönünde daha etkili girişimlerde bulunması ihtimali karşısında Türkiye'nin her zaman hazırlıklı olması gerekir*" ifadelerini kullanmaktadır. TÜTÜNCÜ s. 119. Toluner de "*Türk Boğazları, açık denizin bir kısmı ile*

sona erdirilmesi ve Türkiye'nin Boğazlarda 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin öngördüğü transit geçiş rejimini uygulamasının sağlanması gerektiğini savunan yabancı devletler ve yazarlar bulunmaktadır[42].

Bu noktada Türkiye'nin uluslararası boğazlardan geçişin ilke olarak transit geçiş hükümleri uyarınca gerçekleştirileceğini öngören 1982 Sözleşmesi'ne taraf olmadığı ve Sözleşme'nin hükümlerini uygulamak gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak her ne kadar uluslararası ulaşımda kullanılan boğazlara kıyısı olan Şili, Danimarka, Mısır, Yunanistan, İran, Endonezya, İtalya, İspanya, Japonya, Kore, Malezya, Hollanda ve Umman gibi devletler uluslararası boğazlarda ilke olarak transit geçiş rejiminin uygulanacağı yönündeki kuralın teamül hukukunun bir parçası haline geldiği iddiasını reddediyor olsalar da ABD ve İngiltere gibi esaslı

---

açık denizin diğer bir kısmı arasında milletlerarası ulaştırmada kullanılan ve bu nedenle de transit geçiş rejiminin geçerli olacağı bir konumda bulunmakla beraber, bu boğazların hukukî rejimini düzenleyen 1936 tarihli Montreux Andlaşması yürürlükte kaldığı sürece, transit geçiş rejimine tâbi olmayacaktır" ifadelerini kullanarak Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi durumunda Türk Boğazları'nda transit geçiş rejiminin uygulanabileceğine dikkat çekmektedir. TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, s. 147.

42 Örneğin Serge Pavlyuk, Türkiye'nin 1994 yılında kabul ettiği Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzüğün Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerini ihlâl ettiğini, Türkiye'nin Boğazlarındaki ulaşım güvenliği kaygılarından hareketle kabul ettiği bu iç hukuk metninin Montreux Sözleşmesi'nin lafzı ve ruhu ile bağdaşmadığını, bu nedenle Montreux Sözleşmesi'nin sona erdirilmesi ve Türk Boğazları'nda 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin transit geçiş hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. PAVLYUK Serge V., "Regulation of the Turkish Straits: UNCLOS as an Alternative to the Treaty of Montreux and the 1994 Maritime Traffic Regulations for the Turkish Straits and Marmara Region", **Fordham International Law Journal**, Vol. 22, Issue 3, 1998, ss. 961-1001, s. 998 vd.

Gerçekten de Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nde Türk Boğazları'nda çevre ve ulaşım güvenliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yer almamaktadır; zira Sözleşme ulaşım güvenliği kaygıları ile değil, stratejik güvenlik kaygıları ile kaleme alınmıştır. Türkiye buradan hareketle ve zaman içinde artan ulaşım, can, mal ve çevre güvenliği sıkıntılarını azaltabilmek amacı ile bir dizi önlem almaya başlamış, 1982 yılında İstanbul Liman Tüzüğü ve Çanakkale Liman Yönetmeliğini, 1994 yılında Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkında Tüzüğü ve 1998 yılında 1994 Tüzüğünü yürürlükten kaldıran Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü'nü kabul etmiştir. Bu metinler Montreux Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenen "hiçbir merasime tâbi olmadan geçiş serbestîsi" ilkesine rağmen gemilerin güvenli bir şekilde geçiş yapabilmeleri için Boğazların belli kesimlerinde trafik ayrım düzeni uygulanması ve hız sınırlamaları gibi çeşitli tedbirler öngörmekte, Boğazlardan geçiş yapan gemileri büyüklükleri ve taşıdıkları yüklerin cinsine göre çeşitli kısıtlamalara tâbi tutmaktadır. Nitekim Pavlyuk'un atıfta bulunduğu 1994 tüzüğünün de aralarında bulunduğu bu metinler başta Rusya olmak üzere Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin ve Yunanistan'ın şiddetli itirazlarına konu olmuştur. Sevin Toluner de bu metinlerin bazı düzenlemelerinin Montreux Sözleşmesi'ne ve uluslararası deniz hukukunda genel kabul gören ilkelere aykırı olduğu görüşündedir. Bkz. TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, ss. 166-168, dipnot 197a.

denizci devletlerin yanı sıra Avusturalya, Finlandiya, Papua Yeni Gine ve Tayland transit geçiş rejimi hükümlerinin teamül hukukuna dönüştüğünde ısrarcıdır[43].

Yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, transit geçiş rejimi yabancı gemilerin uluslararası boğazlardan geçişlerinde boğaz devletinin hak ve yetkilerini oldukça daraltan bir rejimdir. Şöyle ki; zararsız geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda boğaz devletinin ulaştırma güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi, ulaştırma sistem ve tesislerinin korunması, deniz altı kablolarının ve petrol borularının korunması, canlı kaynakların korunması, boğaz devletinin balıkçılığa ilişkin kanun ve kurallarına aykırı davranışların önlenmesi, çevrenin korunması, bilimsel araştırma yapılması ve gümrük, maliye, sağlık veya göç konularındaki kanun ve kurallarına aykırı davranışların önlenmesi gerekçeleri ile geçişi düzenleyebilmesi mümkündür[44]. Bunun yanı sıra, hava taşıtlarının zararsız geçiş hakkından yararlanabilmeleri mümkün değildir; denizaltılar ise boğazdan su üzerinden ve bayrak göstererek geçmek zorundadır[45].

Oysa transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda transit geçiş yapan yabancı gemi ve uçakların boğazı hiç gecikmesiz kat etmeleri, boğaza kıyısı olan devletlerin egemenliklerine, toprak bütünlüklerine veya siyâsî bağımsızlıklarına karşı tehdit veya kuvvete başvurmamaları veya BM Şartı'nda belirtilen uluslararası hukuk ilkelerine aykırı davranmamaları ve mücbir sebep veya ıztırar hali hariç, sürekli ve hızlı bir geçişin gerektirdiği faaliyetlerin dışında her türlü faaliyetten kaçınmaları yeterlidir[46]. Ardından, transit

---

43 "United States Ocean Policy", Statement by the President, 10 March 1983**, International Legal Materials**, vol. 22, 1983, ss. 461-465; LEICH Marian Nash, "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", **American Journal of International Law**, vol. 78, 1984, ss. 884-893, ss. 884-885; British Parliamentary Debates (Hansard Archives), House of Lords, vol. 484, col. 381, 5 February 1987, [https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1987/feb/05/territorial-sea-bill-hl], Erişim Tarihi: 16 Şubat 2023. Bkz. CHURCHILL & LOWE, s. 110.

44 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 21(1). Bkz. TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, s. 145.

45 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 20.

46 *Idem*, md. 39(1). Kıyı devletinin, transit geçiş sırasında uyulması gereken yükümlülükler olarak karşımıza çıkan bu kurallara uymayan yabancı gemiler üzerinde kullanabileceği yetkiler ise 1982 Sözleşmesi'nde düzenlenmemiştir. Bir görüş, 1982 Sözleşmesi'nin "*boğazlardan transit geçiş hakkının kullanılmasına ilişkin olmayan her faaliyetin Sözleşme'nin diğer hükümlerine tâbi olduğunu*" belirten 38. maddesinin 3. fıkrasından hareket etmekte, kıyı devletini tehdit etmek maksatlı geçişlerin, geçişi transit rejim olmaktan çıkarıp, zararsız rejim hükümlerine tâbi kılabileceğini ileri sürmektedir. Sevin Toluner'e göre bu yorum yabancı gemi-

geçiş rejimi uyarınca yalnızca ticaret ve savaş gemilerinin değil, yabancı uçakların ve savaş uçaklarının da boğazlar üzerindeki hava sahasından geçiş hakkı bulunmaktadır[47]; oysa yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, Montreux rejimi altında yabancı savaş uçaklarının Türk Boğazları üzerinden uçmalarına izin verme yetkisi Türkiye'ye aittir. Bunun yanı sıra, transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda yabancı denizaltıların suyun altından ve kimseye haber vermeden geçebilmeleri mümkündür[48]; oysa Montreux Boğazlar Sözleşmesi uyarınca, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin denizaltı gemilerinin geçişi dahi satın alma ve tamir amaçlı geçişler dışında yasaktır ve bu hallerde denizaltılar gündüz ve su üstünden geçiş yapmak zorundadır[49]. Son olarak, transit geçiş rejiminin uygulandığı boğazlarda, boğaz devletinin geçişi engelleyebilmesi ve geçiş hakkının kullanılmasını geçici bir süre için dahi durdurabilmesi mümkün değildir[50]. 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 44. maddesi uyarınca "*Boğazlara kıyısı olan devletler transit geçişi engellemeyecekler ve boğazdaki seyrüsefer veya boğaz üzerinde uçuşla ilgili olup bilgileri dâhilinde bulunan her türlü tehlikeyi uygun şekilde ilân edeceklerdir. Transit geçiş hakkının kullanılması geçici bir süre için durdurulamayacaktır*". Bu çerçevede, Türk Boğazları'nda transit geçiş rejiminin uygulanması durumunda Türkiye'nin savaş zamanında boğaz devleti sıfatıyla boğazı yabancı savaş gemilerine kapatabilmesi mümkün değildir. Oysa yukarıdaki satırlarda belirtildiği üzere Montreux Sözleşmesi'nin 20 ve 21. maddeleri Türkiye'ye bu hakkı tanımaktadır.

SONUÇ

Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin öngördüğü Boğazlardan *ad hoc* geçiş rejiminin Türkiye için önemi uluslararası deniz hukukunun uluslararası boğazlardan geçişi düzenleyen transit geçiş rejiminin özelliklerinin içinde saklıdır. Daha açık bir ifade ile, Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin düzenlemeleri transit geçiş rejimi ile karşılaştırıldığında Sözleşme'nin Türkiye'nin

nin balıkçılık, kaçakçılık, bilimsel araştırma gibi geçişten başka bir faaliyette bulunduğu durumlarda ileri sürülebilir. Ancak transit geçiş hakkını kullanan geminin, geçmekten başka bir faaliyette bulunmadığı, sadece geçiş rejimini ihlâl ettiği durumlarda büyük bir boşluk söz konusudur. TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, ss. 146-147.

47 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 38(2).

48 *Idem*, md. 39(1).

49 Montreux Boğazlar Sözleşmesi, md. 12.

50 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 44.

stratejik güvenliğini koruduğu[51] ve ulaşım güvenliği kaygıları ile riske atılamayacak kadar hayâtî hükümler öngördüğü görülmektedir.

Diğer yandan, Montreux Sözleşmesi, öngördüğü 28. madde uyarınca tek taraflı olarak sona erdirilmesi mümkün ve kolay bir sözleşmedir. İnşa edildiği takdirde Karadeniz ile Ege Denizi arasında alternatif bir su yolu teşkil edecek olan Kanal İstanbul'un Karadeniz ve Ege Denizi arasındaki geçiş rejimini düzenleyen ve Karadeniz'in güvenliğini korumayı hedefleyen Montreux Sözleşmesi ile ilgisinin bulunmadığını söyleyebilmek ise siyaseten de hukuken de mümkün değildir. Kanal İstanbul'un inşasının üçüncü devletleri Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü rejimi tartışmaya itmeyeceğinin teminatının verilebilmesi de mümkün değildir. Aksine kanaatim projenin üçüncü devletleri Montreux rejimini sorgulamaya iteceği ve Türkiye'nin Montreux Sözleşmesi'ni sona erdirmek isteyen güçlü devletleri birleşmiş olarak karşısında bulabileceği yönündedir; ki böyle bir durumda Türkiye'nin transit geçiş rejimi dayatması ile karşılaşabilmesi mümkündür.

Kısacası, Kanal İstanbul projesi Türkiye için önemli riskleri içinde barındırmaktadır.

Elbette ki bu riskler, risk kavramının doğası gereği, gerçekleşmeyebilir. Ancak bu risklerin gerçekleşme ihtimali de vardır; ki böyle bir durumda Türkiye için ciddi bir güvenlik açığı doğabileceği, jeopolitik dengelerin bozulabileceği, bugüne kadar Montreux Sözleşmesi'nin çatışmadan uzak tutmayı başardığı Karadeniz'in karmaşaya sürüklenebileceği ve bugün tahmin dahi edilemeyecek hukukî ve siyasî sorunların ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır[52]. Tedbirli olunmalı, elinizdeki çalışmada ortaya konulmaya çalışılan hukukî altyapı ışığında bu riskler alınmamalı ve Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü geçiş rejimini doğrudan veya dolaylı olarak tartışmaya açabilecek her tür eylem, işlem ve projeden uzak durulmalıdır.

---

[51] Bu husus Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin dîbâcesinde de belirtilmektedir.

[52] Benzer bir görüş için bkz. ŞENER Bülent, "'Kanal İstanbul': Karadeniz'de 'Jeopolitik Çılgınlık'[ğ]ın İzdüşümleri", **21. Yüzyıl**, Sayı: 74, 2015, ss. 7-14.

KAYNAKÇA

ARMAOĞLU Fahir, **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 1914-1990, Cilt I**, 7. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1992.

AYBAY Gündüz, **Türk Boğazları. Son Gelişmeler Üstüne Bir Deneme**, Aybay Yayınları, İstanbul, 1998.

BAYKAL Ferit Hakan, **Deniz Hukuku Çalışmaları**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998.

BERKOL Faruk N., **Le statut juridique actuel des portes maritimes orientales de la méditerranée (Les Détroits - Le Canal de Suez)**, Sirey, Paris, 1940.

British Parliamentary Debates (Hansard Archives), House of Lords, vol. 484, col. 381, 5 February 1987, [https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1987/feb/05/territorial-sea-bill-hl], Erişim Tarihi: 16 Şubat 2023.

CHURCHILL Robin Rolf & LOWE Alan Vaughan, **The Law of the Sea**, Manchester University Press, Manchester, 1999.

ÇAMYAMAÇ Anıl, "Kiel Kanalının Hukukî Rejimine Dair Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan**, Cilt 19, Özel Sayı 2017, ss. 2749-2802.

DeLEO Deborah A. & BURKE Karin M., "Innocent Passage and Transit Passage in the United Nations Convention on the Law of the Sea", **Yale Journal of International Law**, Vol. 9, Issue 2, 1983, ss. 389-408.

DEMİR İsmail, "Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 136, 2018, ss. 327-358.

ERKİN Feridun Cemal, **Les relations turco-soviétiques et la question des détroits**, Ankara, 1968.

GÜRKAN İhsan, "The Turkish Straits Regime in Historical Perspective (1453-1936)", **New Problems New Solutions**, ISIS, Istanbul, 1995, ss. 165-208.

KARAN Hakan, "Türk Boğazlarının Hukuki Statüsü", **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, ss. 423-440.

KURAN Selami, **Uluslararası Deniz Hukuku**, B. III, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009.

LEICH Marian Nash, "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", **American Journal of International Law**, vol. 78, 1984, ss. 884-893.

ÖZERSAY Kudret, **Türk Boğazlarından Geçiş Rejimi**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1999.

PAVLYUK Serge V., "Regulation of the Turkish Straits: UNCLOS as an Alternative to the Treaty of Montreux and the 1994 Maritime Traffic Regulations for the Turkish Straits and Marmara Region", **Fordham International Law Journal**, Vol. 22, Issue 3, 1998, ss. 961-1001.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

PİRİM Ceren Zeynep, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: *Rebus Sic Stantibus*", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 13, Sayı 51, 2022, ss. 47-76.

ŞENER Bülent, "'Kanal İstanbul': Karadeniz'de 'Jeopolitik Çılgınlık'[ğ]ın İzdüşümleri", **21. Yüzyıl**, Sayı: 74, 2015, ss. 7-14.

TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

TOLUNER Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri. Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, "Montrö Sözleşmesi ve Kanal İstanbul", **Public and Private International Law Bulletin**, Cilt: 37, Sayı: 1, 2017, ss. 113-123.

"United States Ocean Policy", Statement by the President, 10 March 1983**, International Legal Materials**, vol. 22, 1983, ss. 461-465.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 193-213

ATAERKİ VE HUKUK İLİŞKİSİNİN GÖRÜNÜMLERİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Emek BAYRAK**(**)

Öz: Hukukta ataerkillik, hukuk ile ataerki arasındaki ilişkiyi görünür kılan başlıklar üstünden anlaşılabilir. Bu noktada da feminist hukuk kuramcılarının yaptığı tespitler ve eleştiriler önem taşımaktadır. Bu eleştirilerde öne çıkan başlıklar; hukukun tarafsızlık ve evrensellik iddiası, haklar söylemi, eşitlik yaklaşımı ve liberalizmin önemli bir ikiliği olarak karşımıza çıkan kamusal alan/özel alan ayrımıdır. Feminist eleştiri, bu ilişkiye dair tespitler ve eleştiriler yapmakla kalmayıp, hukukun dönüştürülmesi noktasında da kendi önerilerini ve alternatif modellerini sunmaktadır. Çalışmada hem bu eleştirilere hem de önerilere yer verilecek ve konu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve Ataerki, Tarafsızlık ve Evrensellik, Eşitlik, Haklar Söylemi, Kamusal alan ve Özel Alan İkiliği.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.06.2023.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli - Türkiye (ORCID: 0000-0002-6827-517X; *emekbayrak@kocaeli.edu.tr*).

APPEARANCES OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PATRIARY AND THE LAW

Abstract: Patriarchy in law can be understood through the titles that make this relationship visible. At this point, the determinations and criticisms of feminist legal criticism are important. The highlights of these criticisms are; the neutrality and universality claim of law, the discourse of rights, the equality approach and the public/private space distinction that emerges as an important duality of liberalism. Feminist criticism not only makes determinations and criticisms about this relationship, but also offers its own suggestions and alternative models at the point of transforming the law. In the study, both these criticisms and suggestions will be included and the subject will be examined.

Keywords: Law and Patriarchy, Neutrality and Universality, Equality, Discourse of Rights, Public Sphere and Private Sphere Duality.

GİRİŞ

Hukuk ve ataerki ilişkisinin anlaşılmasında, feminist hukuk kuramcılarının yaptığı eleştirilerin katkısı önemlidir. Bu eleştirilerin hukuk ve ataerki noktasında dikkat çektiği ve yoğunlaştığı başlıklardan ilki; hukukun tarafsızlık ve evrensellik iddiası ile bunun eleştirisidir. Bu noktada eleştiriler *"hukuk gerçekten tarafsız mıdır"* diye sormakta ve böyle bir söylemin gerçeklikle örtüşmediğini, hukukun sınıflar üstü görünmesi gibi cinsiyetler üstü görünmesinin de bir yanılsama olduğunu göstermektedir. Diğer bir başlıksa, haklar söylemi ve bunun eleştirisidir. Bu noktada önemli soru, haklar söylemi kadınların deneyimlerini içermekte midir? Eleştirilerin yoğunlaştığı bir diğer başlık da hukuktaki eşitlik yaklaşımıdır. Eşitlik ne anlama gelmektedir ve soyut eşitlik gerçek bir eşitlik için yeterli midir? Yeterli olmadığı tespitini yapan eleştiriler, alternatif eşitlik modelleri önermektedir. Ve son başlıkta yer alan eleştiriyse, hukukta ataerkilliği üreten bir ikilik olarak kamusal alan/ özel alan ayrımına yöneliktir.

Çalışmada ataerki hukuk ilişkisine ve bu ilişkinin görünümlerine belirtilen başlıklar üzerinden yer verilecektir.

I. ATAERKİL HUKUK VE FEMİNİST KURAM

Ataerki sözlükte; *"siyasal, ekonomik ve dinsel alanda iktidarı erkeğin elinde tuttuğu ve/ya da ailede kadına oranla erkeğin ağır bastığı toplumsal örgütlenme biçimi*"[1] şeklinde tanımlanıyor. Ataerki; aile reisi olarak kabul

[1] **Türkçe Sözlük,** Türk Dil Kurumu, Cilt: 1, 1. Bası, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1992, s. 100.

edilen erkeğin, yönetimi ve erkek egemen aile türünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu ailede, egemen konumda bulunan erkeğin yönetimi; kadınları, daha genç erkekleri, çocukları, köleleri ve ev hizmetlerini yapan ev halkını kapsar. Bir diğer söyleyişle ataerki, erkek egemenliğini, erkeğin kadına egemen olduğu güç ilişkilerini anlatmak ve çeşitli yollardan kadının ikincil konumda tutulduğu bir sistemi nitelendirmek için kullanılmaktadır[2].

Ancak ataerki kavramı sadece erkek egemenliğini anlatmaz. Ayrıca erkeklerin, kadınlar üzerindeki egemenliklerini yeniden üretmek için, ellerindeki tüm kurumsal ve ideolojik olanakları (hukuk, siyaset, iktisat, ahlak, bilim, tıp, moda, kültür, eğitim, kitle iletişim araçları vb.) tıpkı kapitalizmin kendini sürdürebilmek için bunları kullandığı gibi, açıktan ya da üstü örtülü biçimde kullanan rejimdir. Bir anlamda ataerkinin, sözlüklerde tanımlanandan çok daha çeşitli ve geniş anlamaları vardır[3].

Feminist hukuk, ataerkil toplum içinde kadının konumunun çözümlemesini ve eleştirisini yapıyor. Kadınların boyun eğdirilişinin, ezilmesinin doğasını ve boyutlarını araştırıyor. Bu noktada hukukun, ataerkilliğin korunması ve sürdürülmesindeki rolünü açığa çıkartıyor. Kadınlar tarihsel süreçte bir hak öznesi, hukuksal bir varlık olarak görülmemişlerdir. Hukuksal ilişkilerini ancak kocaları aracılığıyla gerçekleştirmişlerdir. Çünkü hukukta ölçüt alınan hep erkek olmuştur. İnsan ve birey kavramları, gerçekte erkeği vurgulamaktadır. Bunu gösteren de feminist hukuktur[4].

Ayrıca feminist hukuk kuramı, tecavüz, kendini savunma, aile içi şiddet, ensest, cinsel taciz gibi kategorilerin doğmasında önemli rol oynamıştır. Anayasal eşitlik, evlilik, boşanma, kadınlara yönelik şiddet, cinsel taciz, pornografi ve benzeri konularda kavramlar geliştirmiştir. Diğer taraftan feminist hukuk kuramı; hukuktaki eşitsizlikleri ve ayrımcılığı ortadan kaldırmayı, erkeğin ve kadının ekonomik, siyasal ve toplumsal eşitliğini savunuyor. Ve ataerkilliğin ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gereken yöntemleri belirlemeye çalışıyor. Ancak bu eşitliğin de var olan ideolojik ve toplumsal yapılar içerisinde elde edilemeyeceğini gösteriyor[5].

---

2 BHASİN Kamla, Ataerkil Sistem, Erkeklerin Dünyasında Yaşamak, (Çev: Ayşe Çoşkun), 1. Bası, Kadav Yayınları, İstanbul, 2003, s. 1.

3 MİCHEL, Andree, Feminizm, (Çev. Şirin Tekeli), 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 10.

4 ARAT Necla, "Feminist Hukuk", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 44.

5 ARAT, s. 45.

Kadın mücadelesi, feminist perspektif ve feminist hukuk kuramı; insan haklarının, kadınların maruz kaldığı ihlalleri de içine alacak şekilde genişlemesini sağlamıştır. Bu dönüşümde büyük katkısı olmuştur. Özellikle de insan hakları düşüncesinin liberal öncüllerinin, nesnellik ve tarafsızlık iddialarının sorgulanmasında. Çünkü, egemen insan

hakları tanımları ve mekanizmaları, bu kavramları ilk ortaya atan erkeklerin en çok korktuğu ihlal türleriyle ilgilidir. Batılı elit erkekler, en çok kamusal alanda medeni ve siyasal haklarının ihlal edilmesinden korktukları için, bu ihlaller insan hakları çalışmalarında ayrıcalıklı bir alan haline gelmiştir. Dolaysıyla insan haklarıyla ilgili tanımlar, ihlal türleri, kategorileri kadınların ve elit olmayan erkeklerin deneyimlerinin çoğunu dışlamıştır[6].

II. ATAERKİ HUKUK İLİŞKİSİNİN GÖRÜNÜMLERİ

Hukuk ve ataerki ilişkisinin anlaşılmasında, dört başlık önem taşıyor. Çünkü bu başlıklar, hukukta ataerkilliğin en somut görünümleri olarak karşımıza çıkıyor. Bu başlıklar; tarafsızlık ve evrensellik, haklar söylemi, eşitlik, kamusal ve özel alan ayrımı şeklide sayılabilir.

1. Tarafsızlık ve Evrensellik

Feminist hukuk çalışmaları, hukukun ataerkil olduğu noktasında ortaklaşmaktadır. Bu noktada en çok tartışılan başlıklardan biri, hukukun tarafsızlık[7] iddiasıdır. Bu iddiasının dayanaklarından biri de hukukun bazı konulardaki suskunluğudur. Özellikle hukuk, özel alana müdahale etmekten kaçınmakta ve bu alana dair sessizliğini korumaktadır. Ancak hukukun suskunluğu, müdahale etmemesi tarafsızlık anlamına mı gelmektedir?

---

6 BUNCH Charlotte, "Transforming Human Rights from a Feminist. Perfective", **Women's rights, human rights: international feminist perspectives,** Julie Stone Peters, Andrea Wolper (Ed., Routledge Publish, New York, 1995, s. 13-14.

7 Bütün liberal kuramlar, aralarındaki farklılıklara rağmen temel bir ilkeyi paylaşmaktadır: Devlet ve onun hukuku, kişilerin *"iyi"*ye dair sahip olduğu değişken düşünceler konusunda tarafsız olmalıdır. ALEXANDER Larry/ SCHWARZSCHİLD Maimon, "Liberalism, Neutrality, and Equality of Welfare vs. Equality of Resources", **Philosophy and Public Affairs,** Vol. 16, No. 1, Winter 1987, s. 85. Konuyla ilgili bir tanıma göre tarafsızlık; adaletin liberal ilkelerinden biri anlamına gelebilir ya da adalet ilkelerinin meşrulaştırılmasını düzenleyen bir ilkeye karşılık gelebilir. MARNEFFE Peter De,"Liberalism, Liberty, and Neutrality", **Philosophy and Public Affairs,** Vol. 19, No. 3, Summer 1990, s. 253. Tarafsızlık türleri üstüne ÇAĞLAR İrem, Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısından Liberal İlke ve Kavramların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Tarafsızlığın gerçek olmadığı, en iyi aile hukukuyla ilgili düzenlemelerde görülebilir. Çünkü hukuk, ailede erkeğin iktidarına yasal zemin hazırlamakta ve kadını ikincilleştirmektedir. Pek çok ülkenin aile hukukunda, cinsiyetçi ve ataerkil düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, *"ailenin reisi erkek"* olarak konumlanmaktadır. "*Ev İngiliz erkeğinin şatosudur*" ifadesi, aslında dünyanın hemen her ülkesindeki bir gerçekliği ifade etmektedir[8]. Birçok ülkede bu cinsiyetçi, ataerkil hükümler, 90'lı yılların sonuna kadar değişmemiştir. Ancak kadın mücadelesinin de etkisiyle, hukuksal düzenlemelerde değişimler olmuştur.

Hilary Charlesworth'a göre, *"bir disiplinin nesnelliğini sorgulamak için, o disiplinin sessiz kaldığı yerlere bakmak gerekir"*[9]. Suskunluk, suskun kalınan alandaki (konudaki) ezme-sömürülme ilişkisini görmezden gelerek, bir tür suç ortağı olma anlamı taşımaktadır.

Hukukun sessizliklerinden biri de kadının ev içi emeğidir. Kadınların karşılıksız ev emeği, 1970'li yıllarda feminizmin tartıştığı konulardan biriydi. Ev içindeki emeğin görünür kılınması ve karşılıksız emek olarak adlandırılması, feminizmin uzun çabaları sonunda gerçekleşmiştir. Karşılıksız ev emeğinin, politik bir sorun olarak gündeme getirilmesi zor olmuştur. Çünkü bu işler, sevgi ilişkisi içinde görülmüş hatta kadının aşkının, sevgisinin dışa vurumu olarak algılanmıştır. Diğer bir zorluk da bu işlerin günlük hayatla iç içe girmiş olması ve çalışma zamanı ile çalışma dışı alanın birbirinden ayrılamamasıydı[10].

Christine Delph'ye göre kadının ev içi emeğine, evlilik sözleşmesiyle el konulur:

> "*Evliliğin başlangıcında bu sahiplenme yasal olarak maskelenmiştir; yasal çerçevesi müphem, kullanılmayan ve hatta lüzumsuz bir adete benzer. Ve ancak evlilik bitince yürürlüğe girer*"[11].

---

8 BERKTAY Fatmagül, "Kadının İnsan Hakları Hukukunda Yeni Perspektifler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 21.

9 CHARLESWORTH Hilary, "Feminist Methods in International Law", **Feminist Legal Theory an Antı-Essentialist Reader,** Nancy E. Dowd /Michelle S. Jacobs (Ed.), New York University Press, 2003, s. 78.

10 SAVRAN Gülnur Acar, **Beden Emek Tarih Diyalektik Bir Feminizm İçin,** 1. Bası, Kanat Yayınları, İstanbul, 2004, s. 15-20.

11 DELPHY Christine, **Baş Düşman Patriyarkanın Ekonomi Politiği,** (Çev: Handan Öz, Lale Aykent Tunçman), Saf Yayıncılık; İstanbul, 1999, s. 87.

Bu el koyma günümüzde de gelenekler, adetler ve töre aracılığıyla sürmektedir. Boşanma sonrasında küçük çocukların anneye bırakılması, ama daha da önemlisi boşanma sırasında kadına ödenen maddi-manevi tazminat, kadınların evlilik süresince harcadıkları karşılıksız emeğin bir ifadesidir. Ancak kadının bu emeği, erkek kadının emeğini yitirdiğinde görünür hale gelmektedir[12].

Hukuk, kadın mücadelesinin de etkisiyle özel alana dair sessizliğini bozmuş ve bu alana müdahale etmek zorunda kalmıştır. Ancak müdahalenin niteliği önemlidir. Hukukta bu müdahalelerin niteliğiyse, eşitliği sağlamaya yönelik olmamıştır. Çünkü hukukun müdahaleleri de çoğunlukla eril bir nitelik taşımaktadır. Ancak hukuk, bütün bunları cinsiyetler üstü, nesnel ve nötr görünerek yapmaya çalışmaktadır. Tıpkı, sınıflar üstü görünmeye çalıştığı gibi. Oysa, bu nesnellik, tarafsızlık görünümünün arkasında, *"erillik"* yatmaktadır. Çünkü *"hukuk, erkekliği insan olmanın normu haline getirmiş ve bunu da nötrlük adına yapmıştır"*[13].

Hukukta tarafsızlık, soyut evrensellik ideolojisi üstüne inşa edilmektedir. Soyut evrensellik ideolojisi, parçayı bütün, özel olanıysa evrensel ve ebedi gören algılayış biçimidir. Bu algılayışta, dünya ve deneyimler erkek imgesinde tanımlanmaktadır. Yani, evrensellik iddiasının arkasında erkek öznelliği yatmaktadır. Bu öznelliğin ifadesi, dildir. Çünkü hukukta adlandırma, tanımlama, değer koyma, belirleme, kategorileri oluşturma hep erkek öznelliğini ifade eden eril dille yapılmaktadır[14].

Bu nedenle hukuk, insan deneyimlerinin son derece sınırlı bir yönünü yani erkek öznelliğini ve erkek deneyimlerini temsil etmektedir. Böylece hukukta, kadınların sesi ve deneyimleri dışlanmaktadır[15]. Ancak kadın deneyimleri de tartışmalı bir alandır. Kadınlar ve onların deneyimleri hakkında evrensel bir bağlamda konuşmanın sorunlu tarafları bulunmaktadır. Çünkü sınıf, zenginlik, ırk, milliyet gibi farklılıklar kadınlar arasında farklı iktidar ilişkilerine yol açmaktadır. Bu da kadınların deneyimlerini farklılaştırmaktadır. Siyah feministler ve gelişmekte olan ülkelerin feministleri, belirli bir

---

12 SAVRAN, s. 52.

13 SCALES Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", **The Yale Law Journal,** Vol. 95, No. 7, 1986, s. 1376.

14 SCALES, s. 1379.

15 CHARLESWORTH Hilary, "What are "Women's International Human Rights?", **Human Rights of Women: National and International Perspectives,** Rebecca J. Cook (Ed.), University of Pennsylvanina Press, 1994, s. 63.

feminizm anlayışını evrenselleştirme çabalarını sorgulamışlar ve Batılı beyaz feministlerin kendi deneyimlerinin dünyanın her yerinde paylaşıldığını varsaymalarının bir hata olduğunu söylemişlerdir. *"Sizin için Bir Kuramımız Var!"* batılı beyaz feministlerin bu algılayışına yönelik bir endişenin ve eleştirinin ifadesidir. Ancak şu kadarı söylenebilir ki ataerki, kendini farklı şekillerde gösterse de kadınların ikincil ve eşitsiz konumu, sömürülmeleri, değersizleştirilmeleri evrensel bir olgudur[16]:

> "*Her ne kadar ırk, sınıf, kültür ve coğrafya açısından bölünmüş olsak da, umudumuz ortak olduğumuz yönlerimizdedir. Bütün kadınların ücretlendirilmemiş ev işleri sömürülmektedir, hepimiz çok sayıdaki rollerimiz ile ilgili çatışmalar yaşıyoruz, cinselliğimiz erkekler, medya ve ekonomi tarafından sömürülmektedir, hepimiz hayatta kalmak ve onurumuz için mücadele veriyoruz ve ister zengin ister yoksul olalım hepimiz şiddete karşı savunmasızız. "Ötekiliğimizi", her düzeyde karar verme sürecinin dışında bırakılmışlığımızı paylaşıyoruz*"[17].

III. HAKLAR SÖYLEMİ VE ELEŞTİRİSİ

"Haklar söyleminin" ve "hak mücadelesinin" anlamı nedir ve kadınlar açısından sakıncaları olabilir mi? Ve bu söylem, hukukta ataerkilliği besler mi? Hukukun ideolojik olarak gücü, sadece soyut evrensellik ve nötrlük yanılsaması yaratmakla sınırlı değildir. *Janet Rifkin'e* göre hukuk, aynı zamanda gerçeği gizlemekte ya da çarpıtmaktadır. Bu çarpıtmada, haklar söylemi etkilidir. Çünkü eşitsizliklere duyulan öfkeyi ve hoşnutsuzlukları, bir "hukuk sorunu", "hak meselesi" olarak ifade etmek; sorunların temelinde yatan toplumsal ve siyasal sorunları gizlemektedir. Bu da eşitsizliklerin ve hoşnutsuzluğun köklerine ilişkin bir farkındalıktan uzaklaştırmaya hizmet etmekte ve gerçek nedenlerin görülmesini engellemektedir[18].

Ayrıca, kadınların deneyimleri ve endişeleri, hakların dar ve bireyci diline kolayca aktarılamaz. Diğer taraftan haklar söylemi, karmaşık iktidar ilişkilerini basitleştirebilir ve vaat ettikleri yapısal eşitsizliklerden ötürü engellenebilir. Ayrıca, karar vericiler ve iktidarlar tarafından birbiriyle yarışan

---

[16] CHARLESWORTH, 1994, s. 63, 103.

[17] Peggy Antrobus, Women and Environment Consultaion'dan aktaran, CHARLESWORTH, 1994, s. 62.

[18] RİFKİN Janet, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", **Harvard Journal of Law&Gender**, Vol. 3, 1980, s. 87.

haklar arasında bir denge kurulmaya çalışılması, kadınların gücünü zayıflatabilir. Örneğin belirli haklar özellikle inanç özgürlüğü ve ailenin korunması hakkı kadınların baskı görmesini meşrulaştırabilir[19].

Haklar söylemiyle ilgili eleştiri ve endişeler beraberinde, bununla bağlantılı diğer soruyu getirmektedir: Bu noktada "kadın mücadelesinde hukukun değeri nedir?" sorusu önem taşımaktadır. 1960'lardan itibaren feminizm, iş, aile ve ceza hukukunda, özellikle de tecavüz ve aile içi şiddet konusunda bir hukuk reformu yapılmasına odaklanmıştır. Çeşitli feminist örgütlerin ortak amacı, kadınların deneyimlerini daha doğru bir şekilde yansıtmasını sağlamak amacıyla hukuki bir reform gerçekleştirmek ve yasaların hem özel hem de kamusal alanda uygulanmasını sağlamak olmuştur.

Bununla birlikte hukukun, kadınların durumlarını düzeltme ve toplumsal değişimi sağlamadaki rolü ve yeteneği hakkında büyük bir kararsızlık bulunmaktadır. Bazı feminist eleştirmenler, bir toplumsal değişim yöntemi olarak hukuka odaklanmanın daha en baştan başarısızlığa mahkûm olduğunu ileri sürmektedir. Hukuka dayanmak, cinsiyet eşitsizliklerini yeniden üretmektedir; çünkü hukukun kendisi ataerkil değerlerle doludur. Hukuka başvurmak, bundan faydalanması gereken gruplar için, durumu daha da kötüleştirebilir. Çünkü sorunların çözülmesi genelde daha fazla yasayı gerekli görmek şeklinde formüle edilmekte, böylece hukukun gücü ve kapsamı artmakta ve bu da hukuki olmayan söylemleri, özellikle de feminist perspektifleri önemsizleştirmektedir[20]. Bu nedenle, bazı yazarlar haklar söylemi ve kadınların hakları için yaptıkları mücadeleyi bir enerji kaybı olarak görmektedir[21].

Feministlerin hukuka karşı beslediği çelişik duygular, eşitliğin anlamı ve haklar söyleminin faydası üzerinde odaklanmaktadır. Daha fazla eşitlik talepleri kiminle veya neyle karşılaştırıldığında eşit sorusunu doğurmaktadır. Bazı feministler, ilk feministlerin hukuki haklar talep etmelerinin doğru olabileceğini çünkü onların çok az sayıda resmi hukuki haklarının bulunduğunu ama haklar söyleminin artık yararını kaybettiğini, hatta artık zararlı bile olabileceğini ileri sürmektedirler[22].

---

[19] CHARLESWORTH, 1994, s. 62.

[20] ANLEU Sharyn L. Roach, **Law and Social Change,** SAGE Publigations, London, 2000, s. 170.

[21] CHARLESWORTH, s. 61.

[22] ANLEU, s. 171.

Kadınlar yüzyıllar boyunca temel hakların bir öznesi olarak kabul edilmediler. Eğitim hakkı, çalışma hakkı, boşanma hakkı, mülkiyet hakkı, velayet hakkı, oy hakkı ve bunun gibi pek çok haktan yararlanmadılar. Bu nedenle en temel hakları için, uzun yıllara yayılan mücadeleler vermek zorunda kaldılar. Burjuva insan hakları bildirgelerindeki ve ilk anayasalardaki haklardan yararlanamadılar. Üstelik bu belgelerdeki *"herkesin eşit ve özgür olduğu"* şeklindeki vurgulara rağmen. Fransa'da Olimpe de Gouge, 1791 Anayasasının kabulünden önce kral ve kraliçeye Kadın Hakları Bildirgesi göndermişti. Bu bildirgede, insan haklarının kadınlara da tanınması gerektiği belirtilerek, kadınlar için oy hakkı talep ediliyordu. Bildirgede; *"kadınlara giyotine gitme hakkı tanınıyor, kürsüye çıkma hakkı da tanınmalı"* deniyordu. 1793 Fransız Anayasası'nda genel oy hakkı kadınlar dışarıda tutularak tanındı. Yine aynı yıl, kadın kulüplerinin faaliyetleri ve siyasetle uğraşmaları yasaklandı[23].

İlk dalga Feminist hareket, 20. yüzyılda haklar alanında kadınlara önemli kazanımlar getirmiştir. Kadın mücadelesinin etkisiyle, kadınları erkek vesayeti altına alan eski yasalar değiştirilmiş, medeni ve siyasal haklar tanınmıştır. Oy hakkı mücadelesi sonuç vermiş ve kadınlar dünyanın pek çok ülkesinde seçme seçilme hakkını kazanarak, eşit yurttaş olarak kabul edilmişlerdir. Eğitim ve çalışma hakkının tanınması da buna eklenebilir. Aile hukuku reforma uğrasa da, "*kadının kocasına itaat"* görevinden bahseden düzenlemeler uzunca bir zaman yürürlükte kalmıştır. Kadınlara uygulanan ayrımcılık, çalışma yaşamında da devam etmiştir. Üniversitelerin, bazı öğrenim kurumlarının hala kadınlara açık olmaması ve kadınların bazı mesleklerde çalışma haklarının olmaması buna örnek gösterilebilir[24].

Kapitalizmle birlikte, kadınlar iş yaşamına çekilmiştir. Ancak aldıkları ücret, erkeklerle eşit olmamıştır. Eşit işe eşit ücret talebi, işçi kadınların en önemli taleplerinden biri olmuştur[25]. 20. yüzyılda bir sosyal devlet uygulaması olarak görülen aile ücreti de eril bir nitelik taşımaktadır. Çünkü aile ücreti uygulaması, erkeğin ailenin geçiminden, kadınınsa ev işlerinden sorumlu olduğu cinsiyete dayalı geleneksel iş bölümüne uygun düşmektedir. Ailenin reisi olarak görülen erkek işçiye verilen aile ücreti, eş ve çocuk des-

---

[23] ÖRS H. Birsen, "Faşizm: Modernitenin Karanlık Yüzü", **Modern Siyasal İdeolojiler, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, (Der: H. Birsen Örs), 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 424-425.

[24] ÖZDEK Yasemin, "Kadın Hakları Kuşatma Altında", **VIII. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, 1. Bası, Disk Yayınları, İstanbul, 2016, s. 86.

[25] ÖRS, s. 429-430.

teğini kapsamakta ve erkeğin ücretiyle ailesini geçindireceği varsayımına dayanmaktadır. Aslında aile ücreti talebi, 19. yüzyıldan itibaren erkek işçilerin bir talebi olarak yükselmiştir. Bunun talep edilmesinde, vahşi emek pazarının rekabetçi koşullarında, kadınların ucuz emek gücü nedeniyle tercih edilmesi ve erkek işçilerin işsiz kalması durumu belirleyici olmuştur. Bu nedenle de işsiz kalan erkek işçiler, kadın işçilerin eve geri gönderilmesini desteklemişlerdir. Ataerkil sendikalar da, aile ücreti talebini kadın işçilerle rekabetin bir aracı olarak savunmuşlardır. 20. yüzyıl başında yaygınlaşan aile ücreti talebi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ileri kapitalist ülkelerde bir sosyal devlet mekanizması olarak kurumsallaşmıştır[26].

20. yüzyıl başlarında şekillenen iş yasaları kadınlara karşı ayrımcı bir nitelik taşımıştır. Bu yasalar her ne kadar *"kadınları koruyucu"* olarak sunulsa da özünde kadınların istihdam olanaklarını sınırlamış ve onları işgücü piyasasından kısmen dışlamıştır. Kadınları ağır çalışma koşullarından korumak adına, kadınların gece işlerinde çalışması yasaklanmıştır. Ancak bu tür yasaların çıkarılmasının ardındaki asıl saik, işgücü piyasasında kadınların çalışmasının erkek işçilerle yarattığı rekabettir. İş yasaları, kadınların eve geri gönderilmesini teşvik etmiş ve bu da annenin ve gelecek kuşakların korunması düşüncesiyle savunulmuştur[27].

Hukuk, eşitsizliklerin, sömürünün ortadan kaldırılmasının tek aracı değildir, sınırlı bir mücadele aracıdır. Eşitsizliklerin ve sömürünün ekonomik, sosyal ve siyasal köklerini sorgulamayan ve bununla hesaplaşmayan bir mücadele elbette başarılı olmayacaktır. Ancak eşitsizliklerin bir ifadesi olan ve bu yönde yapılandırılan hukukla da mücadele edilmelidir. Hak söyleminin değersizleştirilmesi, haklar için yapılan dönüştürücü ve devrimci mücadelenin de değersizleştirilmesi anlamına gelmektedir. Haklar için verilen mücadele, iktidar ilişkilerini ve ekonomik-sosyal eşitsizlikleri sorgulayan bir bilinç ve terminolojiyle yürütülmelidir. Yani, kadının sömürülmesinin, ikincilleştirilmesinin ve ayrımcılığa uğramasının köklerine inmelidir. Diğer türlüsü, haklar söylemini zayıflatacak ve hakların dönüştürücü bir içerik kazanmasını önleyecektir. Böylelikle, hukukun gerçekleri çarpıtmasının ve gizlemesinin de önüne geçilmiş olur. Haklar mücadelesi böyle bir içerikle kavrandığında, yasal kazanımlar ataerkillikle mücadelede önemli bir araç olabilir. Bu nedenle, ataerkillikle mücadelede yasal kazanımlar azımsanmamalıdır:

---

[26] ÖZDEK, s. 88.

[27] ÖZDEK, s. 88.

"*... Haklar söylemi, herhangi bir dil gibi yanıltıcı, kandırıcı, yanlış yol gösterici ve destek olabilir. Ama yine de, daha önce onlardan yoksun olan insanlar için haklar ve hukuk dili ulaşılabilir olmuşken bunların eleştiri konusu yapılması beni kaygılandırıyor. Haklara sahip olanların, olmayanlara "sizin bunlara ihtiyacınız yok, bunları talep etmeyin" demeleri beni kaygılandırıyor*"[28].

Ayrıca, haklar söylemi ve haklar için yapılan mücadele, kadınlara önemli bir kolektif kimlik duygusu verebilir, aktif bir biçimde kamuoyunun söylemini şekillendirebilir ve bir güçlendirme kaynağı olabilir[29]. Burada diğer önemli nokta da hak mücadelelerinin kazanılmasından sonraki süreçtir. Kadınlar, özellikle kazandıkları hakların iktidar tarafından zararsız formüller şeklinde ifade edilerek; devrimci içeriğinin sönümlendirilmesine karşı uyanık olmalıdır.

Hukuk, eril yapısıyla kadına yönelen baskının, ikincilleştirmenin bir aracıdır. Ama hukuk, aynı zamanda bu baskıya karşı kullanılacak bir araç da olabilir. Yani kadınlar, *"hukukun hem kendilerine karşı uygulanan baskıya karşı bir araç hem de kendilerine uygulanan baskının aracı olduğunun farkında olarak hareket*"[30] etmelidirler.

IV. EŞİTLİK

Yine, feminist hukuk teorisini en çok meşgul eden başlıklardan biri de "eşitlik" olmuştur. Eşitlik, hukukun temel bir kavramıdır. Eşitliğin ne anlama geldiği konusundaki tartışma, hem feminizmin hem de feminist hukuk kuramının gelişiminde merkezi bir rol oynamıştır. Eşitlik kavramı, tarihin farklı dönemlerinde farklı felsefi geleneklere göre değişik anlamlar kazanmıştır. On yedinci yüzyıl feministlerinin eşitlik iddiaları, kadınların düşünce güçlerinin erkeklerinkine eşit hale getirilmesine odaklanmıştır. Bu nedenle on yedinci yüzyıl feministlerinin ilgileri, eğitim ve toplumsal fırsatlarla ilgili eşit haklar konusuna odaklanmıştır. On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde eşitlik düşüncesi, felsefi bir kavram ile ilgili feminist bir mücadeleden, eşit hakların elde edilmesi için yürütülen örgütlü bir siyasi harekete dönüşmüştür[31].

---

28 MİNOW Martha, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", **Yale Law Journal**, Vol. 96, No. 8, 1987, s. 1910.

29 ANLEU, s. 172.

30 MACKİNNON Catherine A., "İnsan Hakları ve Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 5.

31 WEİSBERG Kelly, "Introduction", **Feminist Legal Theory: Foundations,** Kelly Weisberg (Ed.), Temple University Press, Philadelphia, 1993, s. 121.

Feminist hukuk kuramında eşitliğin anlamına dair tartışma, kökleri klasik liberal gelenekte bulunan eşitlik anlayışı üzerine kuruludur. Bu eşitlik anlayışına göre, kadınlara erkeklerle aynı şekilde davranılmalıdır yani kadınlar erkeklerle aynı haklara sahip olmalıdır. 1970'lerde feminist hukuk düşüncesinin ilk aşamalarında feministler, "cinsler arası eşitliği" kadınlara, paylaştıkları özellikler açısından erkeklere benzer bir biçimde davranılması gerektiği şeklinde yorumlamışlardır[32]. 19. yüzyılda hiçbir fiili hakları olmayan kadınlar, eşit haklar mücadelesi vermişlerdir. Eşit haklar mücadelesi, kadınlara miras, boşanma, velayet, çalışma, seçme-seçilme, eğitim, ekonomik hayata katılma gibi birçok alanda haklar kazandırmıştır[33].

Ancak, kapitalizmin öngördüğü yasa önünde eşitlik anlayışı, kadınların ezilmişliğinin yanıtı olmamış, cinsler arası eşitsizlik sorununu çözümlememiştir. Çünkü yasa önünde eşitlik, sınıflı toplumun temel eşitsizliklerini dikkate almadığı için sadece bireysel farklılıkları değil, toplumsal ve ekonomik durumlardaki farklılıkları da göz ardı etmiştir[34].

Feministler, yüzyıllardır ezilen kadınlara kâğıt üstünde eşitlik sağlayan bu soyut eşitlik anlayışının, kadınlarla erkekleri eşit konuma getirmeye yetmeyeceğini anlamışlardır. Bu da feminist hukuk teorisinde eşitlik kavramının yeni anlamlar kazanmasına ve farklı eşitlik modellerinin geliştirilmesine neden olmuştur. Bu farklı eşitlik modellerinin geliştirilmesinde, 1960'lardan sonraki feminist teorinin de etkisi olmuştur. Çünkü, radikal, kültürel ve postmodern feminist teorilerdeki farklılık söylemi ve kadınlarla erkeklerin farklılığı üstüne yoğunlaşma, feminist hukuk teorisini de etkilemiş ve hukuksal eşitlik kavramına eleştirel yaklaşılmasında etkili olmuştur. Kadın hareketindeki bu ikinci dalga, liberal eşitlik fikrinin erkeklerin sahip oldukları yasal hakları elde etmeye çalıştığını ve bu nedenle de erkeklerin bakış açısını dikkate aldığını ve erkeği standart kabul ettiğini savunmuştur[35].

Farklı eşitlik modellerinin geliştirilmesinde, kadınların farklılıkları ve bu farklılıklara hukukun nasıl yanıt vermesi gerektiği sorusu odak olmuştur. Çünkü, kadınlar biyolojik olarak erkeklerle aynı değildir: Kadınların hamile

---

32 WEİSBERG, s. 122.

33 ARAT Necla, "Feminist Hukuk", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 41.

34 MİTCHEL J./OAKLEY A., **Kadın ve Eşitlik,** (Çeviren ve Yayına Hazırlayan: Fatmagül Berktay), 3. Bası, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998, s. 29.

35 FİNLEY Lucinda M., "İnsan Hakları ve Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 80.

kalma yetileri vardır. Eşit haklar iddiası, bu biyolojik farklılık karşısında çökmektedir. Sonraki aşamada feminist kuramcılar, kadınlarda hamileliği eşitlik analizine nasıl oturtacakları sorunuyla uğraşmışlardır. Eğer eşitlik erkek gibi davranmak ise, hamileliğe nasıl davranılmalıdır? Bu farklılık, bu benzersiz özellik, cinsiyetler arasında eşitliği sağlama çabalarında nasıl dikkate alınmalıdır? Bu soru, feminist kuramcıları iki kampa bölmüştür. Eşit muameleyi savunan kamp, cinsiyetler arası eşitliğin, cinslere, hamileliğe bakılmaksızın aynı şekilde davranılması gerektiğini ileri sürmüştür. Eşit muamele savunucuları hamileliği, özel muameleyi gerektiren benzersiz bir durum yerine, çalışanın çalışma yetisini etkileyen birçok bedensel koşuldan biri olarak görmektedir. Hamile kadınlara, başka engelleri bulunan çalışanlardan farklı bir şekilde davranılmamalıdır[36].

Özel muameleyi savunan diğer kampsa, eşit muamelecilerin şekli eşitlik modelini reddederek, "eşit fırsat modelini" savunmuştur. Bu kuramcılar, işyerinde kadınlara eşit fırsat sağlanmasının, hamile kadınların biyolojik farklılıktan dolayı sıkıntı yaşamamasını sağlayan hamileliğe özgü olumlu sosyal yardımlar verilmesi yoluyla gerçekleşeceğini savunmuşlardır. Bu noktada Wendy Williams eşit muameleyi savunurken, Linda Krieger ve Patricia Cooney de eşit muamele yaklaşımının sınırlarını vurgulayarak, pozitif ayrımcılığı savunmuştur[37].

Kadınların hakları için yıllarca verdiği o uzun ve zorlu mücadele, kadınların hukuki ve siyasi kazanımlarıyla sonuçlanmış ve şekli eşitliğin hayata geçmesinde önemli olmuştur. Ancak kadınların ezilmişliğine yanıt olmayan bu eşitlik anlayışı, 2. Dalga Feminizmin ortaya çıkmasıyla sorgulanmaya başlanmış ve daha önce belirtildiği gibi farklı eşitlik modellerinin geliştirilmesini sağlamıştır. Çünkü kadınlarla erkekler arasında sadece şekilsel bir eşitliğin sağlanması, kadınların pek çok yönden dezavantajlı olduğu, daha baştan erkeklerle eşit olmadığı zorlu yaşam koşullarında, onları ayaklarına bir ağırlık daha bağlayıp denize atmak anlamı taşımaktadır[38]. Bu nedenle kadınların 70'li yıllarla birlikte yükselen talepleri arasında, kadın-erkek eşitliğini biçimsel eşitliğin ötesine taşıyan maddi eşitlikçi yaklaşımının kabul

---

36 WEİSBERG, s. 124-125.

37 WEİSBERG, s. 126.

38 GÖZTEPE Ece, "Justitia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 465-466.

edilmesi ve pozitif ayrımcılık politikalarının uygulanması da vardı[39]. Şekli eşitlik anlayışının, feminist mücadele ve feminist hukuk kuramcıları sayesinde dönüştüğü söylenmelidir. Bu dönüşüm, şekli eşitlikten maddi eşitliğe evrilme şeklinde olmuştur. Bu da ataerkil hukukun yarattığı cinsiyet eşitsizliğinin aşılması mücadelesinde önemli bir gelişmedir.

V. KAMUSAL-ÖZEL ALAN AYRIMI

Kamusal alan, burjuva toplumunun bir kategorisi olarak karşımıza çıkıyor. Habermasçı kavramsallaştırmada, kamusal alan burjuva toplumunun özgül bir aşamasında ortaya çıkan politik iktidarın uygulanışı hakkında eleştirel olan kamusal tartışmaları anlatıyor. Habermas ilk modern anayasaların, liberal kamusal alanın mükemmel bir imajını verdiğini söylemiştir. Bu kamusal alan aracılığıyla yurttaşlar topluluğu, burjuva toplumunun ihtiyaçlarını devlete iletebileceklerdi[40].

Kamusal alan, Fransız devriminin öncesinde burjuvazinin mutlaki meşruti devlet iktidarına karşı mücadelesinde bir polemik olarak gelişmiştir. Kamusal bilgi ve denetim ilkesi, yaşam ve mülkiyet hakkı talepleriyle kamuoyu yaratan ve sansüre karşı düşünce özgürlüğü mücadelesi veren militan basın aracılığıyla politikleşmiştir. Eski sınıfların elinde olan devlet ile burjuva toplumu arasında, ara alan olarak politik kamusal alan gelişmiştir. Bu politik alanın işlevi, eşit haklara sahip yurttaşların hukuk güvencesi altındaki eleştirel-rasyonel tartışma sonucu ulaştıkları anlaşma uyarınca devleti denetlemesidir. Bunun diğer bir anlamı da politikanın rasyonelleştirilmesidir. Bu rasyonellik, anlaşmanın toplumun genel yararını ifade ediyor olmasından kaynaklanır. Çünkü tüm karar alma süreçleri, aklını kullanan yurttaşların tartışarak oluşturdukları genel iradeye bağlanır. Toplumun özerkleşmesini ve işlerliğinin önündeki engelleri kaldıran bu süreç, kamusal iktidarın meşruluk kaynağını da ulusal egemenliğe dönüştürür. Özel alan ise, burjuvazinin hem ekonomik ilişkilerini hem de aile ve yakın çevre ilişkilerini kapsamaktadır. Böylece özel alan, burjuvanın hem mülk sahibi hem de insan olarak ikili rollerini özdeşleştirir. Pazar alanı özel alan, özel alanın çekirdeğiyse mahremiyet alanı olan ailedir. Bir mahrem iç avlusu olan çekirdek aile, liberal bireyin psikolojik özgürleşmesinin, ahlaki ve kültürel gelişmesinin de alanıdır[41].

---

39 ÖZDEK s. 91.

40 HABERMAS Jürgen, "Kamusal Alan", **Kamusal Alan**, Meral Özbek (Editör), 1. Bası, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 107-127.

41 ÖZBEK Meral, "Giriş: Kamusal Alanın Sınırları", **Kamusal Alan,** Meral Özbek (Editör), 1. Bası, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 48-49.

Sonuç olarak şu söylenebilir ki; 18 yüzyılda burjuvazinin kamusal alan mücadelesi, özel mülkiyete ve ataerkil aile sistemine dayalı toplumun özerkleşmesini garantilemiştir. Böylece de burjuva sınıf çıkarının *"insaniyet"* adına evrenselleşmesini sağlamıştır[42].

Feminist Hukuk kuramlarında, bu ayrıma dikkat çekilir. Ve hukukun eril karakter kazanmasında, liberal felsefenin özünde yatan *kamusal-özel ikiliğinin* belirleyici olduğu ifade edilir. Bu nedenle Feminist düşüncede ve feminist hukuk eleştirilerinde, kamusal-özel ikiliği en çok sorunsallaştırılan konulardan biri olmuştur. Hatta bazı feminist yazarlar, özel-kamusal ikiliğini kadınların ezilmişliğinin temeli olarak görmüşlerdir[43]. Bu ikilik (ya da bölünme) akılcılık, düzen ve siyasi otoritenin yer aldığı, siyasi ve hukuki faaliyetlerin meydana geldiği bir kamusal alan ve düzenleme yapmanın uygun olmadığı bir "özel" alan bulunduğunu varsaymaktadır[44].

Kamusal alan, liberal teorisyenlerin kamusallık ve serbest erişim retoriğine rağmen önemli dışlamalara dayanmakta ve hatta bu dışlamalar tarafından oluşturulmaktadır. Kamusal alandan dışlanmanın en önemli örneği, 19 yüzyılda dünya genelinde kadınların oy hakkından dışlanmasıdır. Kadınlar, seçme seçilme hakkına kavuşabilmek için yıllara yayılan bir mücadele vermişlerdir. Ve böylece ancak büyük bir savaşımdan sonra 20. yüzyılda bu hakka ulaşmışlardır[45]. Bu alan sınıfsal açıdan dışlayıcı olduğu gibi cinsiyetçi dışlamaları içermektedir. Hatta cinsiyetçiliğin, bu dışlamaların kilit ekseni olduğu söylenebilir. Bunda kadınlığı ve kamusallığı birbirinin tam zıddı olarak yerleştiren klasik geleneklerin de önemli bir etkisi vardır. Diğer taraftan, toplumsal eşitsizliklerin, tahakküm ve ezilmenin yapısal ilişkilerinin istila ettiği bir alanda, katılımcıları sanki birbirinin eşitiymiş gibi görmek de mümkün değildir[46].

Evle ilgili aile hayatı, genel olarak özel dünyanın merkezi olarak kabul edilmektedir. Liberal kuramcılara göre, kamusal alan ile özel alan arasındaki

---

42 ÖZBEK, s. 49.

43 ROSALDO M. Z., "Women, Culture and Society: A Theoretical Overview", **Women, Culture and Society**, M. Z. Rosaldo,/Louise Lamphere (Ed.), USA: Stanford University Press, 1974, s. 23 vd.

44 CHARLESWORTH, s. 69.

45 OLSEN Frances Elizabeth, Feminizm ve Eleştirel Hukuk Kuramı, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 43.

46 FRAZER Nancy, "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Varolan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", **Kamusal Alan,** Meral Özbek (Editör), 1. Bası, Hil Yayınları, 2004, s. 107-115.

ayrım, bireylerle ilgili olarak genel ve tarafsız bir şekilde işlemektedir. Bununla birlikte kadınlar ev, yuva ve ailenin özel alanına sürgün edilmişlerdir[47].

Özel alanı, çekirdek aile oluşturur. Ve aile alanı da ataerkil bir karakter taşımaktadır[48]. Bu alandaki özel yaşam hakkı, erkeklerin *"karışılmama haklarıdır ve kadınların tek tek baskı altına alınması için kullanılır"*[49]. Çünkü bu ayrımla, *"özel"* alanda yaşananlar, *"ev içi mahremiyet"* retoriğiyle kamusal tartışmalardan dışlanmakta, *"özel"* alan hukuksal düzenlemelerden ve müdahaleden azade bir alan haline gelmektedir. Zaten bu söyleme de ev içinde kadına karşı gerçekleşen ihlalleri, kamusal denetimden uzak tutmak için başvurulmaktadır. Böylece özel yaşamda kadına karşı gerçekleşen iktidar, şiddet, baskı, sömürü gibi olguların üstü örtülmekte ve bunlar görünmez kılınmaktadır. Bu da cinsiyete dayalı iktidar ve bağımlılık ilişkilerini yeniden üretmekte ve statükonun (ataerkil düzenin) korunmasını sağlamaktadır[50].

Bu ayrımın sonuçları, aile içinde meydana gelen kadına yönelik şiddette görülebilir. Çünkü bu ayrımla, ev içinde yaşanan şiddet-sömürü ve pek çok ihlal, *"özel bir mesele"* sayılmakta ve hukukun müdahalesi dışında bırakılmaktadır. Devletler çok zaman şiddet konuda hareketsiz kalmaktadır. Bu hareketsizlik farklı alanlarda görülmektedir. Bunlar yetersiz önleyici tedbirler; polisin ihlallere karşı umursamaz tavrı, ihlalleri cezai suç olarak tanımlamama, mahkeme sistemindeki toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ve cezai yargılamaya engel olan hukuksal prosedürler şeklinde sayılabilir. Ayrıca şiddete uğrayan pek çok kadın, yargısal yollara erişmekte güçlük çekmektedir[51]. Hukuk, kadınları şiddetten korumada yetersiz kalan hükümleriyle, hareketsizliğiyle kadınların korkutulmasına ve yıldırılmasına izin vermektedir. Bu da kadınların sindirilmesini, boyun eğmesini sonuçlamaktadır[52].

Cinsel politikada kamusal-özel ayrımının etkisi, evlilik içi cinsel şiddette de görülebilir. Özel alanda gerçekleşen bu suçun, çoğunlukla hukukun

---

47 CHARLESWORTH, s. 69.

48 HABERMAS Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü,** (Çev: Tanıl Bora/Mithat Sancar), 6. Bası, İletişim Yayınları., İstanbul, 2005, s. 21.

49 MACKİNNON Catharine A., **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru,** (Çev: Türkân Yöney/Sabir Yücesoy), 1. Bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2003, s. 224.

50 FRAZER, s. 126-127.

51 **Uluslararası Af Örgütü'nün Raporu,** http://eski.bianet.org/diger/arastirma1078.htm, Erişim Tarihi: 8.01.2010.

52 FRUG Mary Joe, **Postmodern Legal Feminism,** Routledge Publish, London, 1992, s. 128.

müdahale alanı dışında olduğu kabul edilmiştir. Yakın bir zamana kadar pek çok ülke, evlilik içi cinsel şiddeti ceza yasasının kapsamına almamıştır. Evlilik içi cinsel şiddet, 1986'ya kadar Avrupa'da yalnızca Danimarka ve Fransa'da cezalandırılmıştır. Sonraki tarihlerde evlilik içi cinsel şiddet, İngiltere, İrlanda, Yeni Zelanda gibi birçok ülkede yapılan yasa değişikliğiyle ceza yasası kapsamına girmiştir[53].

Hukukun eril bir nitelik kazanmasında, kamusal-özel ayrımı, liberalizmin negatif özgürlük anlayışıyla da desteklenmiştir. Negatif özgürlük, bireyin yapmak istediklerini kimsenin müdahalesi olmadan gerçekleştirmesine olanak tanımaktadır. Yani, bireyin özel alanda istediği gibi hareket etmesi ve devletin buna müdahale etmemesi esastır[54]. Aile de özel alan kabul edildiğinden, devlet bu alana müdahale etmekte isteksiz davranmaktadır. Hatta çok kez müdahale etmemekte, ancak çok ciddi ihlallerde devlet özel alana müdahale etmek zorunda kalmaktadır. Devletin bu eylemsizliği, hem kamusal-özel şeklindeki bölünmenin, hem de negatif özgürlük anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin bu kaçınma-eylemsiz kalma şeklindeki tutumu, kadınların ailede şiddet görmeleri ve baskı altına alınmaları sonucunu doğurmaktadır.

SONUÇ

Hukuk ve ataerki ilişkisi noktasında feminist hukuk, hukukun tarafsızlık, evrensellik ve eşitlik iddialarını eleştirmiştir. Bu eleştiriler, tarafsızlığın hukukun suskunluğu

anlamına geldiğini göstermiştir. Suskunluk, susulan alana ilişkin eşitsizliklerin, sömürü ilişkisinin ve ikincilleştirmenin görülmemesine ve bunların yeniden üretilmesine neden olmaktadır.

Yine bu eleştiriler, hukukta öznenin erkek olduğunu ortaya koymuştur. Öznenin erkek olması, hukukun erkek deneyimlerini yansıtması, onun hak ihlallerini dikkate alması anlamına gelmektedir. Bunun sonucu da kendini, kadınların deneyimlerinin dışlanması olarak göstermektedir. Dolayısıyla

---

[53] İLKKARACAN Pınar, "Kadınlara Karşı Aile İçi Şiddet Konusunda Hukuki Sorumluluklar ve Koruyucu Önlemler: Uluslar arası Stratejilere Bir Bakış"**,** Pınar İlkkaracan, Leyla Gülçür, Canan Arın (Editör) **Sıcak Yuva Masalı Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz,** 1. Bası, Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s. 84-87.

[54] BERKTAY Fatmagül, "Özel Alan Erkek Egemenliğinin Cenneti Değildir", **Güncel Hukuk Dergisi,** Haziran 2006, s. 9.

hukukta normun erkek olması, hukukun kadın-erkek eşitliğini sağlama iddiasını geçersiz kılmaktadır. Haklar söylemi, kadınların yaşadığı sorunların ekonomik, siyasal ve toplumsal nedenlerine inmeyi ve bu konuda gerçek bir farkındalık geliştirmeyi engellemektedir. Ancak ataerkillikle mücadelede yasal kazanımlar da önemlidir.

Bu noktada kazanımların içinin boşaltılmaması ve hakların dönüştürücü bir güce kavuşturulması için bir mücadele gerekmektedir.

Önemli başlıklardan biri de liberal hukukun getirdiği, kamusal ve özel alan ayrımıdır. Pek çok eleştiride bu ayrım, kadın ezilmişliğinin temeli olarak görülmüştür. Bu ayrım, kadınları kamusal alandan dışlarken; aileyi de özel alan olarak tanımlayıp, hukuktan azade bir alan olarak kabul etmektedir. Diğer taraftan negatif özgürlük anlayışının getirdiği müdahaleden kaçınma tavrı ve ahlakın cinsel politikadaki belirleyiciliği de hukuk-ataerki ilişkisinin temel belirleyenleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukukun en çok sessiz kaldığı alanlardan biri, ailedir. Aile içinde yaşanan pek çok hak ihlali konusunda hukuk uzunca bir süre suskunluğunu korumuştur. Örneğin aile içi şiddet, evlilik içi cinsel şiddet ve kadınların ev içi emeği gibi. Feminist hukuk eleştirileri, hukukun bu alanlardaki sessizliğini ortaya koymuştur. Kadın mücadelesiyse, kadınların gerek özel alan ve gerekse kamusal alanda yaşadığı şiddet-ayrımcılık ve sömürünün görünür kılınmasını, hem de insan haklarının kadınların da uğradığı hak ihlallerini de içine almasını sağlamıştır. Böylelikle hukukun, bu tür ihlallerdeki sessizliğini bozmasında etkili olmuştur.

Ancak hukukun müdahaleleri de eril nitelik taşımaktadır. Kadın mücadelesi, hem hukukun kadının hak ihlalleri noktasındaki suskunluğuna yönelmekte, hem de hukukun eril

nitelikteki müdahalelerini dönüştürmeye çalışmaktadır. Bunun sonucu olarak pek çok ülkede hukuk reformları yapılmış, daha eşitlikçi yasalar çıkarılmıştır. Bu, kadının insan hakları mücadelesi için de geçerlidir. Böylelikle, gerek ulusal hukuklar gerekse insan hakları hukuku kadınların deneyimlerine ve hak ihlallerine yer vermiştir. Ancak, evrensel bir bağlamda kadın deneyimlerinden söz etmek kolay görünmemektedir. Çünkü kadınlar sınıf-ırk-iktidar ilişkileri gibi nedenlerle, farklı ezilme deneyimleri yaşamaktadırlar. Ancak kadınların deneyimleri farklılaşsa da erkeğin kadın üstünde kurduğu iktidar ve bunun dışavurumu olan şiddet evrensel fenomen olarak görünmektedir.

KAYNAKÇA

ANLEU Sharyn L. Roach, **Law and Social Change,** SAGE Publigations, London, 2000.

ALEXANDER Larry/SCHWARZSCHİLD, Maimon, **"Liberalism, Neutrality, and Equality of Welfare vs. Equality of Resources",** Philosophy and Public Affairs, Vol. 16, No. 1, Winter 1987, s. 85.

ARAT Necla, "Feminist Hukuk", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 36-47.

BERKTAY Fatmagül, "Özel Alan Erkek Egemenliğinin Cenneti Değildir", **Güncel Hukuk Dergisi,** Haziran 2006, s. 9.

BERKTAY Fatmagül, "Kadının İnsan Hakları Hukukunda Yeni Perspektifler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 21.

BUNCH Charlotte, "Transforming Human Rights from a Feminist. Perfective", **Women's rights, human rights: international feminist perspectives,** Julie Stone Peters, Andrea Wolper (Ed.), Routledge Publish, New York, 1995, s. 13-20.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 2., 1. Bası, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1992, s. 945.

CHARLESWORTH Hilary, "Feminist Methods in International Law", **Feminist Legal Theory an Anti-Essentialist Reader,** Nancy E. Dowd/Michelle S. Jacobs (Ed.), NewYork University Press, 2003, s. 78-85.

CHARLESWORTH Hilary, "What are "Women's International Human Rights?", **Human Rights of Women: National and International Perspectives,** Rebecca J. Cook (Ed.), University of Pennsylvanina Press, 1994, s. 61-69.

CHARLESWORTH Hilary, "Human Right as Men's Rights", **Women's rights, human rights: international feminist perspectives,** Julie Stone Peters/Andrea Wolper (Ed.), Routledge Publish, New York, 1995, s. 103-113.

ÇAĞLAR İrem, Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısından Liberal İlke ve Kavramların Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

DELPHY Christine Delphy, **Baş Düşman Patriyarkanın Ekonomi Politiği,** (Çev: Handan Öz, Lale Aykent Tunçman), Saf Yayıncılık; İstanbul, 1999.

FİNLEY Lucinda M., "İnsan Hakları ve Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 79-84.

FRASER Nancy, "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Var olan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", **Kamusal Alan,** Meral Özbek (Editör), 1. Bası, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 107-127.

FRUG Mary Joe, **Postmodern Legal Feminism,** Routledge Publish, London, 1992.

GÖZTEPE Ece, "Justitia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 462-470.

HABERMAS Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü,** (Çev: Tanıl Bora/Mithat Sancar), 6. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

İLKKARACAN Pınar, "Kadınlara Karşı Aile İçi Şiddet Konusunda Hukuki Sorumluluklar ve Koruyucu Önlemler: Uluslar arası Stratejilere Bir Bakış", Pınar İlkkaracan, Leyla Gülçür, Canan Arın (Editör) **Sıcak Yuva Masalı Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz,** 1. Bası., Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s. 84-87.

MACKİNNON Catherine A., "İnsan Hakları ve Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı,** 2. Bası., Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 5-9.

MACKİNNON Catharine A., **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru,** (Çev: Türkân Yöney/Sabir Yücesoy, 1. Bası, Metis Yayınları, İstanbul, 2003.

MARNEFFE Peter De, **"Liberalism, Liberty, and Neutrality",** Philosophy and Public Affairs, Vol. 19, No. 3, Summer 1990.

MİNOW Martha, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", **Yale Law Journal,** Vol. 96, No. 8, 1987, s. 1860-1910.

MİTCHEL J./OAKLEY A., **Kadın ve Eşitlik,** (Çeviren ve Yayına Hazırlayan: Fatmagül Berktay, 3. Baskı, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998.

OLSEN Frances Elizabeth, Feminizm ve Eleştirel Hukuk Kuramı, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 43.

ÖRS H. Birsen, "Faşizm: Modernitenin Karanlık Yüzü", **Modern Siyasal İdeolojiler, 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**, (Der: H. Birsen Örs), 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 424-425.

ÖZBEK Meral, "Giriş: Kamusal Alanın Sınırları", **Kamusal Alan,** Meral Özbek (Editör), 1. Bası, Hil Yayınları, İstanbul, 2004, s. 48-49.

ÖZDEK Yasemin, "Kadın Hakları Kuşatma Altında", **VIII. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu,** 1. Bası, Disk Yayınları, İstanbul, 2016, s. 86-89.

RİFKİN Janet, "Toward a Theory of Law and Patriarchy", **Harvard Journal of Law&Gender,** Vol. 3, 1980, s. 83-95.

ROSALDO M. Z., "Women, "Culture and Society: A Theoretical Overview", **Women, Culture and Society**, M. Z. ROSALDO/ Louise LAMPHERE (Ed.), USA: Stanford University Press, 1974, s. 17-42.

SAVRAN Gülnur, **Beden Emek Tarih Diyalektik Bir Feminizm İçin,** 1. Bası, Kanat Yayınları, İstanbul, 2004.

SCALES Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", **The Yale Law Journal,** Vol. 95, No. 7, 1986, s. 1373-1403.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Cil: 1, 1. Bası, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1992, s. 100.

Uluslararası Af Örgütü'nün Raporu, http://eski.bianet.org/diger/arastirma1078 .htm, Erişim Tarihi: 8.01.2010.

WEİSBERG Kelly," Introduction", **Feminist Legal Theory: Foundatitions,** WEİSBERG Kelly (Ed.), Temple University Press, Philadelphia, 1993, s. 121-126.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 215-317

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA KOLLUK FAALİYETLERİNİN GÖRÜNTÜ VE/VEYA SES KAYDINA ALINMASININ HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hüsnü Sefa ERYILDIZ**(**)

Öz: Amerikan vatandaşı George Floyd'un bir polis memuru tarafından kamuoyunun gözleri önünde öldürülmesi hem bu ülkede hem de dünyada ırkçılık ve kolluk şiddetini konu edinen derin tartışmaları gündeme getirmiştir. Ülkemizde de sıklıkla hukuka aykırı olduğu düşünülen kolluk faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtları oluşturulmakta ve bu kayıtlar basın faaliyetlerine konu edilmektedir. Bu çerçevede kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının yasaklanması amacıyla yayınlanan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı Genelgesi de kamuoyunda ciddi tartışmalara yol açmıştır.

Bilhassa kamuya açık alanlarda gerçekleştirilen kolluk faaliyetleri her geçen gün artan oranda bu faaliyetlerin muhatabı olan kişiler veya üçüncü kişiler tarafından görüntü ve/veya ses kaydına alınmaktadır. Kayda alınan kolluk görevlilerinin ise kişilik haklarının ihlal edildiği ve suç oluşturduğundan bahisle bu türden eylemleri engellemeye çalıştıkları bilinen bir gerçektir.

Bu çalışmada kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulması ile bu kayıtların kullanılması şeklindeki eylemler, Türk ve Alman Hukukunda kişilik hakları ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler ile ceza hukuku alanında yer alan düzenlemeler çerçevesinde öğreti görüşleri ve yargı kararları doğrultusunda karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kolluk Görevlilerinin Görüntü Kaydı, Kolluk Görevlilerinin Ses Kaydı, Kolluk Faaliyetlerinin Kaydedilmesi, Kolluk Görevlilerinin Kişilik Hakları, Kolluk Görevlilerinin Kişisel Verileri.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 24.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.05.2023.

(**) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum - Türkiye (ORCID: 0000-0003-4964-0888; *sefa.eryildiz@atauni.edu.tr*).

LEGAL ASSESSMENT OF RECORDING FOOTAGE AND/OR AUDIO OF LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES IN TURKISH AND GERMAN LAW

Abstract: The American George Floyd's killing by a police officer in front of the public has deduced deep discussions about racism and law enforcement officers' violence both in this country and whole world. In our country, footage and/or audio recordings are often created regarding police activities considered to be unlawful, and these recordings are subject to press activities. In this context, the General Directorate of Security's circular dated 27.04.2021 and numbered 2021/19, which aims to prohibit the recording of officer's footage and/or audio and their activities, has also caused serious discussions in the public.

Especially in public, Law enforcement officers' activities are being increasingly recorded by individuals the subject of these activities, or third parties, either in the form of footage or audio. It is a noted fact that officials recorded attempts to prevent such actions because they violate personal rights and constitute a crime.

In this study, actions related to the footage and/or audio recordings' creations of officers and their activities, and using these recordings, will be examined comparatively according to doctrinal opinions and judicial decisions within the framework of provisions related to the protection of personality rights and personal data in Turkish and German Law, besides regulations in the criminal law.

Keywords: Footage Recording of law Enforcement Officers, Audio Recording of Law Enforcement Officers, Recording of Law Enforcement Activities, Personal Rights of Law Enforcement Officers, Personal Data of Law Enforcement Officers.

GİRİŞ

Kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınması hukuki açıdan tartışmaları beraberinde getirmektedir. Özellikle kolluk görevlilerinin kamuya açık alanlarda yürüttükleri faaliyetleri sırasında, muhatap oldukları veya çevrede bulunan diğer kişiler tarafından gittikçe artan bir eğilimle ve farklı nedenlerle görüntü ve/veya ses kaydına alındığı, kayda alınan kolluk görevlilerinin ise kişilik haklarını ihlali ettiği ve suç oluşturduğundan bahisle bu türden eylemleri engellemeye çalıştıkları gözlemlenmektedir.

Amerikan vatandaşı George Floyd'un bir kolluk görevlisi tarafından öldürülmesi yalnızca bu ülkede değil, tüm dünyada ırkçılık ve polis şiddetini konu edinen derin tartışmaları ortaya çıkarmıştır. Ülkemizde de sıklıkla hu-

kuka aykırı olduğu düşünülen kolluk faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarıyla karşılaşılmakta ve bu kayıtlar basın faaliyetlerine konu edilmektedir. Bu çerçevede Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı "Ses ve görüntü kaydı alınması" konulu Genelgesi de kamuoyunda ciddi tartışmalara yol açmıştır.

Elbette, sansasyonel olmayan veya kolluğun hukuka uygun faaliyetlerini konu edinen birçok görüntü ve/veya ses kaydının kamuoyu ile paylaşılmadığı veya paylaşılmasına rağmen kamuoyunun ilgisini çekmediği de bir gerçektir. Bu tür durumlarda kolluk görevlileri, görüntü ve/veya seslerine ilişkin kişilik haklarını korumak ve kolluk tedbirleri vasıtasıyla bunların elde edilmesini engellemek ihtiyacı hissetmektedir. Böylelikle, karşılıklı haklar dengesi açısından bir değerlendirme yapılması zarureti doğmaktadır. Bir tarafta, özellikle kamuya açık alanlarda yürütülen kolluk faaliyetlerine ilişkin kamuoyunda cereyan eden tartışmalar bakımından ortaya çıkan toplumsal yarar ile kolluk faaliyeti dolayısıyla zarar gören bireyin, bu zararın oluşumunu ispatlamak gereksinimi nedeniyle oluşan özel ve haklı yararı, diğer tarafta kolluk görevlilerinin kişilik haklarını koruma yönünde oluşan yararları yer almaktadır.

Bu çalışmada, kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulması ile bu kayıtların kullanılması şeklindeki eylemler, Türk ve Alman Hukukunda kişilik hakları ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler ile ceza hukuku alanında düzenlenen suçlar çerçevesinde öğreti görüşleri ve yargı kararları doğrultusunda karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I. KİŞİNİN RESMİ VE SESİ ÜZERİNDEKİ HAKKI

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te *"resim"* kavramının bir anlamının da *"fotoğraf"* olduğu ifade edilirken; *"fotoğraf"* kavramı *"1. Çeşitli araç ve malzeme kullanarak görüntüyü özel bir yüzey üzerinde sabitleme, 2. Bu yöntemle aktarılarak çoğaltılan resim, foto, 3. Görüntü"* olarak tanımlanmaktadır.[1]

Öğretide kişinin "*resmi*"; *"kişinin dış dünyadaki görünüşünün görüntülenebilen bir cisim üzerinde çeşitli araçlarla yapılan tanınabilir biçimi"* olarak tarif edilmektedir.[2] Kabul edilene göre resim kavramı; kişinin fotoğra-

---

[1] TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[2] IŞIK Egemen, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", **İHM,** C. 78, S. 4, 2020, 1736.

fı, videosu, filmi ya da televizyondaki görüntüsünün yanı sıra fırça veya kalem ile yapılan resmini ya da karikatürlerini de kapsamaktadır.[3] Kişinin resmi, kişilik haklarının bir parçası olduğu için sahibinin izni olmadan kullanılamaz.[4] Kural olarak her bireyin, resminin yapılmasını, kullanılmasını ve yayınlanmasını engelleme yetkisi vardır.[5]

Ses de resim gibi bir insanın özelliklerini gösteren simgedir ve bu sebeple kişilik haklarına ilişkin korumaya dâhildir.[6] Kişinin sesinin kayda alınması ve/veya yayınlanmasında, kişinin resmine ilişkin esaslar nazara alınmaktadır.[7]

Özel hukukta kişinin resmi üzerindeki hakkı öncelikle Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin 24 ve 25. maddeleri çerçevesinde korunmaktadır.[8] Yargıtay da, kişinin resmi üzerindeki hakkını TMK m.24 ve 25 vasıtasıyla korunan kişilik hakları arasında saymaktadır.[9]

Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da kişinin resmi üzerindeki hakkı genel kişilik hakkının bir parçası olarak görülmektedir. Alman Medeni Kanunu'nda *(Bürgerliches Gesetzbuch)* "kişilikten" açıkça söz edilmiş olmasa da kişinin resmi üzerindeki hakkı "Diğer haklar" *(das sonstige Recht)* kapsamında özel bir kişilik hakkı olarak Kanun'un "Tazminat yükümlülüğü" *(Schadenersatzpflicht)* başlıklı 823. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen haksız fiil korumasına dâhil edilmektedir.[10]

---

3 OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY - ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 16. Bası, Filiz, İstanbul, 2016, 185.

4 AYAN Mehmet / AYAN Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2011, 60.

5 DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 17. Baskı, Filiz, İstanbul, 2016, 140.

6 HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 3. Bası, Legal, İstanbul, 2010, 126.

7 OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR; 186.

8 HELVACI, 128.

9 Y. 13. HD, E. 2014/6950, K. 2015/1319, 03.02.2015: *"Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur. Kişilik hakları şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup hayat beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

10 WAGNER Gerhard, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 823-838, Redakteur: HABERSACK Mathias, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2020, § 823 kn 416.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bir resmin oluşturulması ve kullanılması hususunda karar verme yetkisi kural olarak resimde yer alan kişi veya kişilere aittir.[11] Mahkeme, resme ilişkin korunma ihtiyacının, kişinin belirli bir durum ile bağlantılı olan görünümünün bu bağlantıdan koparılması ve görüntüsünün her zaman ilgilisi tarafından öngörülebilir olmayan koşullarda üçüncü kişilerle paylaşılabilmesi imkânından kaynaklandığını belirtmektedir.[12] Bu imkânlar ne kadar kolaylaşırsa, korunma ihtiyacı da o ölçüde artmaktadır.

Alman Hukukunda kişinin sesi de resmi gibi kişilik hakları bağlamında korunmaktadır. Ses üzerindeki hak, sahibine sözlerinin yalnızca konuşmanın muhatabı veya belirli bir kişi grubu veya kamuoyu tarafından erişilebilir olup olmamasını belirleme yetkisi vermektedir. Bu bakımdan genel kişilik haklarının, kişiyi özellikle gizli ses kayıtlarına karşı koruduğu kabul edilmekte, her bireyin konuşmasının kaydedilip edilmemesi veya bu kayıtların kim tarafından dinlenip dinlenemeyeceği hususunda kendi kararını verebilme yetkisinin bulunduğu ifade edilmektedir.[13]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, *"özel yaşam"* kavramı kişinin ismi, resmi üzerindeki hakkı veya fiziksel ve ruhsal kişiliği gibi unsurları kapsar. Bu bağlamda kişinin resmi de kendisine özgü özelliklerini ve başkalarından farkını ortaya koyduğundan kişiliğinin önemli bir parçasını oluşturur. Dolayısıyla, resim üzerindeki hak, kişinin maddi ve manevi gelişiminin önemli bir parçasıdır. Resim üzerindeki hak temelde, kullanımını belirleme ve bununla bağlantılı olarak yayınlanmasını reddetme içeriğine sahiptir. Kamuoyu tarafından tanınıyor olsa da, kişi belirli koşullar altında özel hayatının korunmasına ve saygı gösterilmesine yönelik haklı beklentiye sahip olabilir.[14]

Mahkeme'ye göre, düşünceyi ifade hürriyeti demokratik toplumun önemli yapı taşlarındandır ve resimlerin yayınlanmasını da kapsar. Ancak, resimler kişi ve ailesi hakkında oldukça şahsi ve mahrem bilgiler ihtiva ede-

---

[11] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 1602/07, 20.2.2008, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[12] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 653/96, 09.11.1999, https:// www.servat.unibe.ch (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[13] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 382/85, 19.12.1991, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 04.11.2022).

[14] AİHM, Lillo-Stenberg vs Saether/Norveç, 13258/09, 16.01.2014, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 04.11.2022), 26-27.

bileceğinden, itibarın korunması ve diğer özel hakların özel anlam ifade ettiği bir alan söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AHİS) 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında "gerekli" ifadesi, acil bir sosyal ihtiyacın mevcut olması zorunluluğunu ifade etmektedir.[15] Bu bakımdan, AHİS m.10'da garanti altına alınan düşünceyi ifade hürriyeti ile m.8'de korunan özel hayata saygı hakkı arasında olduğu gibi, Sözleşmede tanınıp belirli durumlarda çatışan hakların korunması bakımından idari ve adli mercilerin adil bir dengeyi sağlayıp sağlamadıklarının değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir. Ayrıca Mahkeme, düşünceyi ifade hürriyeti ile kişinin resmi ile bağlantılı olarak özel hayata saygı hakkı arasındaki adil denge açısından önem arz eden bazı ölçütleri açıklamıştır. Bu ölçütler:

- Sunulan bilginin (haberin) kamuoyu menfaatlerine ilişkin tartışmaya katkı sağlayıp sağlamaması,
- İlgilisinin önceki davranışları,
- Resimlerin nasıl oluşturulduğu veya elde edildiği,
- Sunulan bilginin (haberin) içeriği, şekli ve sonuçlarıdır.[16]

II. FİKİR VE SANAT ESERLERİ ALANINDAKİ HÜKÜMLER

Kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının hukuki açıdan öncelikle fikir ve sanat eserleri alanına ilişkin mevzuat çerçevesinde tartışılması ve değerlendirilmesi mümkündür.

Türk Hukukunda kişinin yalnızca dış görüntüsü değil, aynı zamanda bu görüntünün yansıma veya tekrarını sağlayan vasıtalar üzerinde de kişilik hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.[17] Nitekim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 86. maddesinin 1. fıkrasında resim ve portrelerde tasvir edilenlerin kişilik haklarının korunmasına yönelik özel bir düzenleme öngörülmüştür.[18] Bu düzenlemeye göre; *"Eser mahiyetinde olmasa-*

---

[15] Ibid 28-31.

[16] Ibid 32-34.

[17] EREL N. Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Legal, Ankara, 2009, 234.

[18] ALICA Türkay, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, Cilt II (48 - 91. Maddeler), 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, 2855; KILIÇOĞLU M. Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2006, 149; TEKİNALP Ünal, söz konusu düzenleme ile resmin veya portrenin eser niteliğinin değil, tasvir edilenin kişilik haklarının korunduğunu dile getirmektedir., **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Arıkan, İstanbul, 2005, 274.

lar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19. maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemez".

Madde fıkrasında yer verilen "resim" ve "portre" ifadelerinin, yağlı ve sulu boya veya karakalem resimlerin yanı sıra fotoğraf, film, karikatür ve kişinin görüntüsünü ortaya koyan diğer vasıtaları kapsadığı kabul edilmektedir.[19] Resim veya portre, bir veya birden fazla kişiyi ihtiva edebilir.[20] Ayrıca, resim veya portre kişi tek başına veya topluluk içinde iken[21] yahut serbest saatlerinde veya çalışırken oluşturulmuş olabilir[22].

FSEK m.86/1'in tatbiki açısından resimde, tasvir edilenin yüz hatlarının görünmesinin mutlaka gerekmediği, mutat bir inceleme sonucunda tasvir edilen ile bir bağlantı kurulabilmesinin yeterli olduğu dile getirilmektedir.[23] Bu bağlamda, kamuya açık veya kapalı alanlarda görevleri esnasında fotoğraflanan ve/veya görüntüleri kayıt altına alınan kolluk görevlilerinin izinsiz çekilen resimlerinin de eser niteliğini haiz olmasa dahi FSEK m.86/1 kapsamında kaldığı söylenebilir.

Resmin, ilgilisince yasaklanması veya hukuka aykırı olmasına rağmen oluşturulması, izinsiz daha geniş bir çevreye yayılması veya bir başkasının resmi olarak nitelendirilmesi resim üzerindeki kişilik hakkının ihlali anlamına gelir.[24] Belirtmek gerekir ki, sadece resmin kullanılması değil, aynı zamanda değiştirilerek veya bozularak kullanılması, siyasi veya ticari amaçla istismar edici şekilde yayılması da kişilik haklarına saldırı niteliği taşır.[25] Ancak, kişinin, resminin yapılması, çekilmesi ve/veya yayınlanmasına, açık veya örtülü bir şekilde rıza gösterdiği hallerde artık kişilik haklarına saldırıdan bahsedilemez. Bunun için rızanın kapsam ve koşullarının aşılmaması gerekir.[26]

---

[19] EREL, 234.

[20] ALICA, 2857.

[21] KILIÇOĞLU, 156.

[22] TEKİNALP, 275.

[23] ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2008, 768.

[24] DURAL / ÖĞÜZ, 140.

[25] HELVACI, 127.

[26] HELVACI, 128.

FSEK m.86/3'de *"Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140. maddeleri hükümleri uygulanır."* şeklindeki düzenlemeye yer verilerek, eser mahiyetinde olmayan resim veya portrelerin tasvir edilenin muvafakati alınmaksızın teşhir veya umuma arz edilmesi halinde uygulanacak sorumluluk hükümleri belirlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu, kişinin resminin hem özel hukuk hem de ceza hukuku çerçevesinde korunmasını hedeflemiştir.

TCK m.134'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun oluşabilmesi için, kişinin görüntüsü özel hayat alanına ilişkin olmalıdır. Ancak, FSEK m.86/3 yollamasıyla hükmün uygulama alanı bulabilmesi için bu görüntünün ayrıca teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilmesi gerekmektedir. Hâlbuki suçun doğrudan tatbiki halinde, kişinin özel hayat alanına ilişkin görüntüsünün yalnızca oluşturulması da yeterlidir.[27]

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda özel hayat kavramına ilişkin şu açıklamalarda bulunmuştur:

> *"Özel hayat kavramı, eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.*
>
> *Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireyin mahremiyetinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır".*[28]

---

[27] KAZANCI EKER Behiye, "Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2007, 138, 139.

[28] AYM, Birinci Bölüm, 2014/20364, 05.10.2017, 42-43, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.11.2022).

Yargıtay'a göre;

"Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle, kamuya açık alanda bulunulması, bu alandaki her görüntü veya sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, 'kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik' prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kavramı kapsamına dâhildir; ancak, süreklilik içermeyen ve özel yaşam alanına dâhil olmayan olay ve bilgiler ise bu kapsamda değerlendirilemez".[29]

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yukarıda yer verilen özel hayat kavramına ilişkin belirlemeleri dikkate alındığında, meslekleri gereği çoğunlukla kamuya açık alanlarda ve kamuoyunun gözetimi altında faaliyet gösteren kolluk görevlilerinin, bu görevleri esnasında görüntülenmeleri açısından TCK m.134 kapsamında özel hayatın gizliliği suçunun oluşması oldukça güçtür.

Eser mahiyetinde olmayan resim veya portrelerin tasvir edilenin muvafakati alınmaksızın teşhir veya umuma arz edilebileceği diğer durumlara ise FSEK m.86/2'de yer verilmiştir. Buna göre;

"Birinci fıkradaki muvafakatin alınması:

1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynıyan kimselerin resimleri;

2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler;

3. Günlük hadiselere mütaallik resimlerle radyo ve filim haberleri; için şart değildir".

---

[29] Y. 12. CD, E. 2014/11938, K. 2015/593, 19.01.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.11.2022).

Madde fıkrasında üç ayrı bent halinde sayılan istisnai hallerin ortak özelliğinin, gerek temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmeler gerekse 1982 Anayasası'nda tanınan ve güvence altına alınan düşünceyi ifade ve basın özgürlüklerinin hayata geçirilmesi amacına hizmet etmek olduğu, bu bağlamda kanun koyucunun sayılan hallerde kanaat, düşünceyi ifade, basın ve haber alma özgürlüklerini resim veya portrede tasvir edilen kişilerin kişilik haklarından üstün tuttuğu ifade edilmektedir.[30]

FSEK m.86/2'de düzenlenen ilk bent uyarınca; ülkenin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayanların, örneğin, devlet veya bilim insanları veya ünlü sanatçıların resim veya portreleri, bu kişilerin izni bulunmaksızın teşhir veya umuma arz edilebilecektir.[31] Ülkenin siyasi ve sosyal hayatında rol alan kişiler hakkında kamuoyunun bilgi sahibi olması ve böylelikle kanaat oluşturabilmesinde kamu yararı bulunduğundan, bu kişilerin üstlendikleri rol çerçevesinde gerçekleştirmiş oldukları faaliyetlere ilişkin resim veya portrelerinin, basın yayın organları vasıtasıyla ya da düşünceyi ifade, gösteri, eleştiri veya protesto gibi en temel hak ve hürriyetlerin kullanımı amacıyla kamuoyuna aktarılmasının kamusal yararın gerektirdiği ölçüyü aşmaması kaydıyla ilgilisinin rızasına tabi olmayacağı kabul edilmiştir.[32]

Kanun koyucu, bu kişilere ait resmin veya portrenin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılabileceği hususunda bir belirlemeye gitmemiş olsa dahi, söz konusu istisna halinin somut olayda varlığı için;

- Resmi veya portresi teşhir veya umuma arz edilen kişinin memleket siyasetinde ve sosyal hayatında rolü olması,
- Teşhir veya umuma arzın kişinin bu rolü ile bağlantılı olması,
- Teşhir veya umuma arzın kanaat, düşünceyi ifade, basın veya haber alma özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesine yönelik kamusal yararın gerektirdiği ölçüyü aşmaması,
- FSEK m.86/4 gereğince, istisnai durumların genel sınırı olan TMK m.24 anlamında kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaması gerektiği belirtilmektedir.[33]

---

30 ALICA, 2861.

31 ÖZTAN, 770, 771.

32 ALICA, 2861, 2862.

33 Ibid, 2862.

Bahsi geçen istisnai durum bağlamında, kolluk görevlilerinin de *"memleketin siyasetinde veya sosyal hayatında rolü olan"* kişilerden sayılıp sayılamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Devletin kamusal alandaki temsilcisi olan kolluk görevlileri, kamusal görevlerini icra ederken başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndan ve ilgili sair mevzuattan doğan yetkilerini kullanarak ülkenin bilhassa sosyal hayatında rol üstlenebilmektedir. Ancak, üstlenmiş oldukları bu rol, şahıslarından kaynaklanmadığı gibi, her bir kolluk görevlisi özelinde ülkenin bütünü açısından kamu yararı oluşturan bir faaliyete dayalı da değildir. Ayrıca, kolluk görevlileri önleyici kolluk faaliyetleri vasıtasıyla sosyal hayatta doğrudan etkin bir rol üstlenmemekte, bu hayatın kamu düzeni ve kamu barışı yönünden sağlıklı bir şekilde varlığını sürdürebilmesi bakımından ortaya çıkan engelleri kanunilik ilkesi çerçevesinde ortadan kaldırmak amacıyla sınırlı bir rol oynamaktadırlar. Oysa madde bendinin tatbiki açısından, resim veya portrede tasvir edilenin kamuoyunda aktif rol oynayan kişi veya kişiler olması gerektiği kabul edilmektedir.[34] Dolayısıyla, kolluk görevlilerinin faaliyetleri esnasında oluşturulan resim veya portrelerinin *"memleketin siyasetinde veya sosyal hayatında rolü olan"* kişi olduklarından bahisle teşhir veya umuma arzının madde bendi kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce güçtür.

FSEK m.86/2'de düzenlenen ikinci bent uyarınca; tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimlerin teşhir veya umuma arzı da izni gerektirmemektedir. Madde bendinde, "geçit veya tören yahut genel toplantılara katılan kişilerin resim veya portrelerinden" değil, *"tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimlerden"* söz edildiği için; resim veya portresi oluşturulan kişinin değil, geçit, resmi tören veya genel toplantının (örneğin, Meclis toplantıları, 19 Mayıs kutlamaları vb.) önem taşıması gerektiği söylenebilir.[35] Dolayısıyla, resim veya portrede yer alan kişinin kim olduğunun ve kamuoyunda sahip olduğu rolün bir önemi bulunmamaktadır.

Madde bendinde öngörülen istisna vasıtasıyla kamuoyunun geçit, resmi tören ve genel toplantılardan haberdar olmasının sağlanması şeklindeki üstün yararının gözetilmesi amaçlandığı için, resmin veya portrenin geçit, resmi tören veya genel toplantıyı betimlemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu

---

[34] KILIÇOĞLU, 157.

[35] Ibid, 158.

bakımdan, örneğin, bir toplantıya katılan kişinin, bu toplantıyla bağlantı kurulamayacak biçimde yakından çekilen fotoğrafı madde bendi kapsamında değerlendirilemeyecektir.[36]

Söz konusu istisnai durum bağlamında, kamuya açık bir alanda gerçekleştirilen geçit, resmi tören, toplantı veya gösteri yürüyüşüne ilişkin resimlerde, bu etkinliklerde görev alan kolluk görevlilerinin görüntüsünün de bulunmasının hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Bunun için, resim veya portrede ilgili kolluk görevlisi veya görevlilerinin değil, toplantı veya gösteri yürüyüşüne ilişkin betimlemenin ön planda olması gerekir.

Diğer taraftan, bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne görevi gereği eşlik eden ve gerektiğinde kamu düzeni ile kamu güvenliği bakımından çeşitli önleyici tedbirleri yerine getiren kolluk görevlilerinin, bu faaliyetlere FSEK m.86/2-2 anlamında *"iştirak eden"* (katılan) kişi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu ortaya çıkabilir. TDK Güncel Türkçe Sözlük'te *"iştirak etmek"* ifadesi; *"katılmak, ortak olmak"* şeklinde tanımlanmıştır.[37] Bir şeye katılmak ise kişinin mutlaka özgür iradesi ile bir yerde bulunmasını gerektirmemektedir. Örneğin ceza yargılamasında savcı veya sanık gibi süjeler kural olarak bu hususta yükümlülükleri bulunduğu için duruşmalara katılmaktadırlar. Dolayısıyla, mesele bu perspektiften değerlendirildiğinde, bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne görevinden kaynaklanan yükümlülüğü nedeniyle katılan kolluk görevlilerinin de "iştirak eden" olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun *"Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı"* başlıklı 3. maddesinde, *"Herkes, önceden izin almaksızın, bu Kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."* şeklindeki düzenleme ile toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılanlar, belirli bir ortak amaç etrafında ve özgür iradeleri ile bu organizasyonlara etkide bulunmak amacıyla katılanlar olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, madde lafzında *"silahsız"* ifadesi yer aldığından, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine silahlı olarak katılmanın mümkün olmadığı ve böylece bu organizasyonlara düzenli bir şekilde silahlı olarak katılan kolluk görevlilerinin "iştirak eden" olarak değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

---

36 ALICA, 2863.

37 TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.11.2022).

Kolluk görevlilerine ilişkin görüntülerin FSEK m.86/2'de yer verilen ikinci istisnai durum kapsamında kalıp kalmadığının tespitinde kanaatimizce düzenlemenin getiriliş amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Madde bendi ile tasvir edilenin resim veya portre üzerindeki hakkı, kamu yararı açısından önem arz eden belirli olaylarla bağlantılı olarak sınırlandırılmış, bu sayede düşünceyi ifade ve kamuoyunun haber alma özgürlüklerinin sağlanması amaçlanmıştır.[38] Bu bağlamda, bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün hiçbir kolluk görevlisi yer almayacak biçimde resmedilerek teşhir veya umuma arzının kabulü, söz konusu amaçlara ulaşılmasını pratikte oldukça güçleştirecektir. Dolayısıyla, madde bendinde yer alan istisnai düzenlemenin amacı dikkate alındığında, bir toplantı veya gösteri yürüyüşünde görev alan kolluk görevlilerinin de "iştirak eden" olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Elbette, resim veya portrede ilgili kolluk görevlisi veya görevlilerinin değil, toplantı veya gösteri yürüyüşüne ilişkin tasvirin ön planda olması aranacaktır.

FSEK m.86/2'de düzenlenen son bende göre; günlük hadiselere ilişkin resimler ile radyo ve film haberlerinde yer alan resimler için ilgilisinden izin alınması gerekmemektedir. Bu bent kapsamında teşhir ve umuma arzın konusunu, haber değeri olan sosyal, ekonomik veya siyasi olaylar gibi günlük hadiseler oluşturmaktadır.[39] Kanaat oluşturma, düşünceyi ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan madde bendinin "radyo ve film haberleri" ile sınırlı olarak uygulama alanı bulması öngörülmüştür. Öğretide, "radyo haberlerinde" resmin yayımlanmasından söz edilemeyeceğinden sadece sözlü olarak tasvirinin, "film haberlerinde" ise Kanun'un kabul edildiği tarih nazara alındığında ancak sinema salonlarında film gösteriminden önce veya sonra seyirciye aktarılan görüntülü güncel haberlerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.[40] Madde bendinin lafzi yorumundan hareketle, günümüz teknolojisi ve uygulamalarında haber verme aracı olarak kullanılan dergi, gazete, televizyon veya internet vasıtasıyla aktarılan resim veya portrelerin bu bağlamda değerlendirilemeyeceği söylenebilecektir. Dolayısıyla, kamu yararını gözeten bir haberi kamuoyuna aktarmak amacıyla kolluk görevlilerini tasvir eden resim veya portrelerin bu araçlarla teşhir veya umuma arzı madde bendinde öngörülen korumadan yararlanamayacaktır.

---

[38] EREL, 236.

[39] KILIÇOĞLU, 159.

[40] ALICA, 2863.

FSEK m.86/4 uyarınca; yukarıda zikredilen üç ayrı istisnai durumdan birinin gerçekleşmesi halinde dahi, resim ve portrelerin teşhir veya umuma arzında tasvir olunanın TMK m.24 kapsamında kişilik haklarını ihlal eden davranışlarda bulunulamaz. Örneğin, FSEK m.86/2'de belirtilen koşullar somut olayda mevcut olsa da resim veya portre, tasvir edilenin onur, şeref veya itibarını rencide ediyorsa, özel hayatına ilişkinse veya hedeflenen amacı aşıyorsa TMK m.25 kapsamında maddi ve manevi tazminat davalarının açılabilmesi söz konusu olabilecektir. FSEK m.86/2 kapsamında resmi veya portresi tasvir edilen kolluk görevlileri bakımından da aynı korumanın geçerli olduğunu söylemek kanaatimizce mümkündür.

FSEK m.86 hükmü, resim ve portreler açısından tasvir edilenin kişilik haklarının hukuken korunmasını değil, bu haklara yönelik genel hükümlerle getirilen korumanın açık bir şekilde ortaya konulması amacını taşımaktadır.[41] Nitekim kanun koyucu maddenin dördüncü ve son fıkrasında, 1. fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. maddesi ile koşulları varsa Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 134, 139 ve 140. maddelerinin uygulama alanı bulacağını düzenlemiştir. Bu nedenle, FSEK m.86'nın yanı sıra TMK m.24 ile TBK m.49 kapsamında kalan resim veya portrelerin oluşturulması ile umuma arzına ilişkin olarak TMK m.24/2 ile TBK m.63 ve 64'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin tatbiki de gündeme gelebilecektir.

TMK m.24/2'de; *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."* düzenlemesine yer verilerek, ilgilinin rızası, üstün nitelikteki özel veya kamusal yararın varlığı ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde kişilik haklarına yapılan müdahalelerin hukuka aykırı sayılmayacağı öngörülmüştür. Buna göre; madde fıkrasında belirtilen durumlarda, kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilen resim veya portrenin kullanılması da hukuka aykırılık arz etmeyecektir.[42]

Belirtmek isteriz ki, bahsi geçen hukuka uygunluk sebepleri genel nitelikte olduklarından, kişinin resim ve portresinin teşhir veya umuma arzı FSEK m.86/2'de belirtilen hukuka uygunluk nedenleri kapsamına girmese dahi TMK m.24/2'de sayılan hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde hu-

---

41 ALICA, 2856.

42 ERDİL Engin, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2021, 164.

kuka uygun olarak mütalaa edilebilmelidir. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesine dayanan bu kabulümüz çerçevesinde TMK m.24/2 hükmünün, FSEK m.86/1'in uygulama alanına dâhil olmayan, teşhir ve umuma arz amacı olmaksızın kişinin resim veya portresinin oluşturulması veya ses kaydının oluşturularak teşhir veya umuma arzı veya sesin canlı olarak yayınlanması şeklindeki eylemler bakımından da geçerli olduğu düşüncesindeyiz.

TMK m.24/2'de (aynı zamanda TBK m.63/2'de) sayılan hukuka uygunluk hallerinden ilki; *"ilgilinin rızasıdır"*. Bu hal, FSEK m.86/1'de resim veya portreler açısından *"tasvir edilenin muvafakati"* olarak ifade edilmiştir. Buna göre; kolluk görevlilerinin, özellikle görevleri sırasında - teşhir veya umuma arz amacı bulunsun veya bulunmasın - resim, portre veya ses kayıtlarının oluşturulmasına ve yayınlanmasına gösterecekleri rıza, somut olayda hukuka uygunluk nedeni oluşturabilecektir.

TMK m.24/2'de diğer bir hukuka uygunluk nedeni olarak *"üstün nitelikli özel yarara"* yer verilmiştir. Bu bağlamda bilhassa, 1982 Anayasası'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan *"hak arama özgürlüğünün"* gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Kötüye kullanılmadığı müddetçe bu özgürlük, bir başkasının kişilik haklarına yönelik müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir.[43]

Bu çerçevede, kişilerin, muhatabı oldukları ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri kolluk faaliyetlerini gerçekleştiren kolluk görevlilerinin kişilik haklarının bir parçası olan görüntü ve/veya ses kayıtlarını, ileride başvuracakları yasal yollarda ispat vasıtası (delil) olarak kullanmak maksadıyla oluşturmaları ve bunları şikâyet veya dava yolunda kullanmaları da "hak arama özgürlüğü" kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu gibi durumlarda, çatışan iki yarar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki; görüntüsü ve/veya sesi kayıt altına alınan kolluk görevlisinin kişilik haklarının korunmasına yönelik yararı, ikincisi ise kayıt altına alan kişinin hak arama özgürlüğüne ilişkin yararıdır. Çatışan bu iki yarardan hak arama özgürlüğünün üstün tutulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak bunun için, hak arama özgürlüğünün meşru bir amaca dayalı olarak kullanılması ve bu amacın sınırlarının içinde kalınması gerekir. Aksi durumda, hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılması nedeniyle kişilik hakkının ihlali gündeme gelebilecektir.[44]

---

[43] HELVACI, 148; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR; 216.

[44] OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2018, 38.

Kolluk görevlilerinin, kamu düzeninin, barışının ve güvenliğinin korunması ile suç veya tehlikenin önlenmesi amaçlarını yerine getirirken kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik yetki sınırlarını aşan hukuka aykırı müdahalelerde bulundukları iddialarıyla yer yer karşılaşılmaktadır. Bahsi geçen amaçlarla gerçekleştirilen kolluk faaliyetlerindeki hukuka aykırılıkların ispatı noktasında ortaya çıkan zorluklar, kişileri bu faaliyetlere ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturma yoluna sevk edebilmektedir. Örneğin, durdurma veya kimlik tespiti işlemleri esnasında uygulanabilen onur kırıcı tutum ve davranışlar, aramanın gerçekleştirildiği yerde bulunan kişi ve eşyalar üzerinde gerçekleştirilen zarar verici davranışlar veya toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında başvurulan zor ve silah kullanma yetkisindeki keyfilik veya ölçüsüzlükler kişileri görüntü ve/veya ses kaydı almaya iten durumlardan yalnızca birkaçıdır.

Kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlem veya faaliyetlerine maruz kalan kişilerin, bu sebeplerle adli makamlara yapmış oldukları şikâyetlerde çoğu zaman somut delil bulunmadığından beyana karşı beyan durumu ortaya çıkmakta ve adli makamlar kolluk görevlilerinin beyanlarına güvenme eğilimi göstermektedir. Somut olayın tanığı olan diğer kolluk görevlileri ise çoğu zaman meslektaşları aleyhine ifade vermekten kaçınmaktadırlar. Bu gibi hallerde, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlem veya faaliyetlerine muhatap olan kişilerin iddialarını ispat edebilmek amacıyla görüntü ve/veya ses kaydı oluşturmaları ve bu kayıtları yürütülen adli süreçlerde delil olarak kullanmaları hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilmelidir.

Bazı durumlarda da kişiler, maruz kaldıkları ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri kolluk işlem veya faaliyetlerine karşı herhangi bir hukuki sonuç alamayacakları düşüncesiyle hukuki yollara başvurmadıkları gibi, haklarında görevi yaptırmamak için direnme (TCK m.265) ve sair suçlar dolayısıyla adli süreçlerin başlatıldığı görülmektedir. Bu noktada kişi, üzerine atılı suç veya suçların gerçekleşmediğini, aksine kolluk görevlilerinin işlem veya faaliyetlerinin hukuka aykırı olduğunu ispat edebilmek amacıyla *"savunma hakkı"* çerçevesinde somut olaya ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarını kullanabilmelidir. Kolluk görevlilerinin haksız ithamlarına karşı, savunma hakkı kapsamında kullanılan görüntü ve/veya ses kayıtları, bu kayıtlara konu olan kolluk görevlilerinin kişilik haklarını zedeliyor olsa da, hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecektir.

TMK m.24/2'de "üstün nitelikli özel yarar" hukuka uygunluk sebebi başlığı altında değerlendirilen diğer durumlar, esasen TBK m.64'de yer veri-

len *"haklı savunma"*, *"zorda kalma"* ve *"hakkı bizzat koruma"* halleridir.[45] TBK m.64 uyarınca;

> *"Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*
>
> *Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*
>
> *Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*"

Öğretide *"haklı savunma"*; *"Bir kimsenin gerek kendisinin, gerek başkasının kişiliğine veya mal varlığına karşı yapılan hukuka aykırı ve halen mevcut bir saldırıyı defetmek için saldırıda bulunana karşı saldırıda bulunulması"* olarak tanımlanmaktadır.[46] Haklı savunmada bulunan kişinin, sübjektif açıdan "savunma amacı" ile hareket etmesi aranmaktadır.[47] Ancak, kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alındığı durumlarda, haklı savunmanın sübjektif koşulunun gerçekleşmesi güçtür, zira kayıt altına alma eylemi kolluk görevlilerinin saldırı olarak nitelendirilebilecek işlem ve faaliyetlerini sonlandırmayı değil, sonradan bu işlem ve faaliyetlere karşı yasal yollara başvuru için delil elde etme veya kamuoyunu hukuka aykırı kolluk faaliyetine ilişkin olarak bilgilendirme amacını taşımaktadır. Ayrıca haklı savunmada, saldırıyı def etmek için zorunlu ve gerekli olan fiillerle yetinilmesi gerekmektedir.[48] Örneğin, kolluk görevlilerinin somut olayda yetki sınırlarını aşarak, muhatabına karşı doğrudan veya ölçüsüz güç kullanımı TCK m.256 anlamında kasten yaralama şeklinde haksız ve mevcut bir saldırı olarak değerlendirilmekle birlikte, görüntü ve/veya ses kaydına alma eyleminin saldırının derhal sonlandırılması veya en azından zayıflatılması için uygun ve gerekli savunma hareketi olduğunu söylemek oldukça zordur. Bilhassa gizli kayıt altına almanın söz konusu olduğu veya

---

45 DURAL / ÖĞÜZ, 151; HELVACI, 148.

46 OĞUZMAN / ÖZ, 28.

47 NOMER H. Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2013, 121.

48 REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2012, 167.

kayıt altına alma eyleminin kolluk görevlilerince fark edilmediği durumlarda, eylemin kolluk görevlilerini güç kullanımından alıkoyması mümkün gözükmemektedir.

Borçlar hukuku alanında hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülen *"zorda kalma"* halinde ise tehlikenin kaynağı olmayan üçüncü bir kişiye zarar verilmektedir.[49] Zorunluluk hali kapsamında verilen bu zararın, bir başkasının kişilik değerlerine değil, malına yönelik olması aranmaktadır.[50] Ancak, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı olduğu düşünülen işlem veya faaliyetleri bir zarar tehlikesi olarak görülse dahi, bunlara ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtları üçüncü kişileri değil, saldırının kaynağı olarak görülen kolluk görevlilerini konu edindiğinden ve yalnızca kişilik haklarına yönelik bir zarar tehlikesi oluşturduğundan zorda kalma haline ilişkin hukuka uygunluk nedeninin tatbiki mümkün olmayacaktır.

"Hakkı bizzat koruma" hukuka uygunluk nedeninde, kuvvet kullanımına başvurulmadığı takdirde hak sahibinin hakkını kaybetmesi veya hakkını kullanmasının çok güçleşmesi tehlikesi bulunmalıdır. Kuvvet kullanımına konu bu tehlikenin, hak sahibinin şahsına veya malına yönelmiş bir tehlike değil, bir hakkı elde edememe tehlikesi olduğu ifade edilmektedir.[51] Hâlbuki kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasında kuvvet kullanımı söz konusu olmadığı için, bu eylem hakkı bizzat koruma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmeyecektir.

TMK m.24/2'de (aynı zamanda TBK m.63/2'de) sayılan diğer bir hukuka uygunluk nedeni *"üstün nitelikli kamusal yarar"*dır. Üstün nitelikli kamusal yararın, özellikle kitle iletişim araçları vasıtasıyla kişilik hakkına yönelik müdahaleler bakımından gündeme gelebileceği belirtilmektedir.[52] Bu gibi hallerde, kişilik hakkının korunmasıyla bağlantılı bireysel yarar ile düşünceyi ifade, bilim, sanat veya basın özgürlüğünün kullanılmasıyla bağlantılı kamusal yarar arasında menfaat çatışması ortaya çıkmaktadır.[53] Çatışan haklar dengesinde, üstün kamusal yararın ağır basması halinde kişilik hakkı-

---

49 DOĞAN Murat / ŞAHAN Gökhan / ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, 183.

50 NOMER, 121; OĞUZMAN / ÖZ, 32.

51 OĞUZMAN / ÖZ, 32.

52 NOMER, 117.

53 SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2013, 473.

nın ihlali hukuka aykırı sayılmayacaktır.[54] Bu durumda örneğin, basının kamuoyu oluşturma, kamuoyunu aydınlatma ve kamu adına denetim görevini yerine getirme amacıyla kişilerin rızası dışında örneğin, görüntü ve/veya ses kaydını yayınlaması hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilmeyecektir.[55] Dolayısıyla, bilhassa kamusal alanlarda kolluk görevlilerine ve faaliyetlerine ilişkin oluşturulan görüntü ve/veya ses kaydının haber veya eleştirilere konu edilmesi üstün nitelikte kamu yararının ağır basması halinde hukuka uygun kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"İfade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir.

Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir. Basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğü iken diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıyla yakından ilgilidir".[56]

Ayrıca Mahkeme, demokratik bir siyasal sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiğini, yazılı, işitsel veya görsel

---

[54] NOMER, 117.

[55] DOĞAN / ŞAHAN / ATAMULU, 178, 179.

[56] AYM, Birinci Bölüm, 2013/2602, 23.01.2014, 44-45, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

basının, kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına aldığını vurgulamıştır.[57]

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesine göre;

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir".

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, Basın Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü ve bu kapsamda bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser ortaya koyma hakkı, TCK m.26/1'de düzenlenen *"hakkın kullanılması"* kapsamında bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak somut olayda bu hukuka uygunluk nedeninin tatbiki için:

"Haberin gerçek ve güncel olması, haberin kamuyu ilgilendirmesi yani kamuoyunun haberi öğrenmekte menfaatinin bulunması ve haber ile haberin veriliş şeklinin uyumlu olması gereklidir".[58]

---

[57] AYM, Genel Kurul, 2013/1997, 08.04.2015, 46, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

[58] YCGK, E. 2015/10, K. 2015/510, 15.12.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022). Anayasa Mahkemesi'ne göre, basın özgürlüğü ile kişilik hakları arasında çatışma çıkması halinde, çatışan bu haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerden bazıları şu şekilde sayılabilir:

"i. Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı ve yayının genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı

ii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı

iii. Haber veya makalenin yayımlanma şartları

iv. Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları

v. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği

vi. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları

vii. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı", AYM, Birinci Bölüm, 2015/813, 31.10.2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

Görüleceği üzere, iç hukukta gerek 1982 Anayasası ve Basın Kanunu'nda gerekse Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarında basın özgürlüğü, düşünceyi ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçası olarak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilmekte, haklar dengesi açısından da belirli koşullarda bireysel menfaatlere üstün tutulmaktadır. Ancak basın özgürlüğü açısından sağlanan bu üstünlük sınırsız değildir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"İfadelerin içeriği konusunda ise sarf edilen söz, yazı, resim ve benzeri şeylerin olgusal iddia ya da değer yargısı olup olmadığına göre bir incelemenin yapılması gerektiği, değer yargısı ifade eden görüş ve yorumların kanıtlanmaya elverişli olmadığı, gazetecilerin insanların kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan olgular isnat ettiğinde bu iddialarını desteklemek için güvenilir delil sunmaları gerektiği, basın etik kurallarına uygun biçimde davranarak doğru ve güvenilir bilgi vermek için iyi niyetli hareket etmeye yönelik ödev ve sorumluluklarının olduğu unutulmamalıdır. İlke olarak demokratik toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemlerinin varlığı hâlinde kamu makamlarınca meşru amaç ve araçlarla ve ölçülü olmak kaydıyla ifade ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunulabileceği, nefreti ve şiddeti teşvik eden hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanmasının ve bunların önlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmelidir".[59]

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin açıklamaları doğrultusunda, kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin oluşturulan görüntü ve/veya ses kayıtlarının basın hürriyeti kapsamında umuma arz edilmesi hukuka uygun bir faaliyet olarak kabul edilebilir. Ancak, görüntü ve/veya ses kaydında güvenilir bir ispat vasfı bulunmamasına rağmen, haber içeriğinde bu görüntü ve/veya sesin sahibi kolluk görevlilerinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan olgular isnat edilmesi veya görevi kapsamında hareket eden kolluk görevlilerine karşı hedef gösterme, şiddet çağrısı veya nefret söylemlerinde bulunulması veya kolluk görevlilerine karşı şiddet eylemlerini meşru sayan açıklamalarda bulunulması ifade ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

---

[59] AYM, Birinci Bölüm, 2013/2602, 23.01.2014, 44-50, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

Kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kayıtlarının basın özgürlüğü kapsamında umuma arzına ilişkin olarak göz önünde bulundurulması gereken diğer bir sınırlama nedeni *"özel hayat alanı"*dır[60]. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

> *"Sıradan bireyler ile kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bireyleri ayırmak yerinde olur. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve özel hayat hakkına ilişkin özel bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken, kamu tarafından tanınan bireyler için bu derecede bir koruma söz konusu değildir. Mesela resmi bir görevi yerine getiren siyasi kişilikler hakkında demokratik toplumdaki bir tartışmaya katkı sunabilecek olaylardan bahseden bir haber ile böyle bir görev yerine getirmeyen bir kişinin özel hayatıyla ilgili detaylar üzerine yapılan bir haber, bir tutulamaz.*
>
> *Anılan birinci durumda basının rolü basının bir demokraside kamu yararı bulunan konularda bilgi ve fikir iletme yükümlülüğü olan 'bekçi köpeği' fonksiyonuyla örtüşüyorsa da, ikinci durumda bu rol tali önemdedir. Aynı şekilde kamunun bilgilenme hakkı, kamuda tanınan kişilerin, kamu görevlilerinin ve özellikle de siyasi kişiliklerin, özel hayatlarının çeşitli boyutlarına belli bazı durumlarda üstün gelebilse de, yayımlanan haberler ile onlara eşlik eden fotoğraf ve yorumların bu kişilerin sadece özel hayatlarıyla ilgili detaylar hakkında olması ve belli bir kesimin bu konudaki merakını gidermek dışında bir amaç taşımaması durumunda,*

---

[60] AYM, İkinci Bölüm, 2014/19968, 15.02.2017, 56-59: *"Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır. Özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde 'bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi' kavramı temel alınmaktadır. Anılan hak, herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuki menfaati de içermektedir (...). Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri özel bir alana işaret etmektedir (...). Özel hayata saygı hakkı, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Kişilerin mesleki hayatı özel hayatlarıyla sıkı bir irtibat içindedir. Özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı gündeme gelecektir (...). Bu kapsamda, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır (...)."*, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

ilgili kişiler belli bir üne sahip olsalar bile, böyle bir üstün gelme durumundan bahsedilemez. Bu en sondaki durumda ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerekir.

Mevcut başvurudaki gibi düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile başkalarının şöhret ve itibarlarının korunmasının çatışması halinde, eğer şöhreti söz konusu olan kişi kamu görevlisi ise dengeleme sırasında bu kişinin üstlendiği kamu görevi göz önüne alınmalıdır. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin siyasetçilerde olduğu gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açtıkları da söylenemez. Kamu görevlilerinin, görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerekir ki bu da ancak onları asılsız suçlamalara karşı korumakla sağlanabilir".[61]

Kolluk görevlilerinin kamusal alanda hareket eden devletin temsilcileri olarak "kamusal şahıs" olarak nitelendirilebileceği ileri sürülse de, kamu tarafından "kişi" olarak tanındıkları söylenemez. Kural olarak kolluk görevlilerinin salt özel hayat alanı sınırlarında kalan görüntü ve/veya ses kayıtlarının oluşturulması ve yayınlanmasının demokratik toplumdaki bir tartışmaya katkı sunabileceğini ve üstün kamu yararı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu bakımdan, kamuoyu tarafından "tanınmış kişi" olarak nitelendirilemeyen kolluk görevlileri, kişisel itibarlarına saygı gösterilmesini isteme ve özel hayat haklarına ilişkin korumadan yararlanma imkânına sahiptirler. Kolluk görevlilerinin özel hayat alanına ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının oluşturulması ve yayınlanması suretiyle yapılan müdahaleler bakımından, basın özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki çatışmada kolluk görevlilerinin kişilik haklarının üstün gelmesi söz konusu olacak ve basın (ifade) özgürlüğü daha dar yorumlanacaktır.

Basın özgürlüğü kapsamında kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kayıtlarının oluşturulması ve umuma arzına ilişkin olarak dikkate alınması gereken diğer bir sınırlama hali de *"kişilerin şeref ve itibarının korunması"* bağlamında gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkı ile Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirme konusu yapmaktadır. Mahkeme'ye göre;

---

[61] AYM, Birinci Bölüm, 2013/5574, 30.06.2014, 68-70, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

"Yapılan bir haberin ya da açıklanan bir düşüncenin salt ağır olması, yetkilileri sert biçimde eleştirmesi, keskin bir dil kullanılarak ifade edilmesi hatta tek taraflı, çelişkili ve sübjektif olması ifade ve basın özgürlüklerinin koruma kapsamından yararlanmayacağı anlamına gelmez. ... Kamu kurumlarının eylem ve işlemleri o ülkede ya da bölgede yaşayan tüm insanları etkileyebilecek potansiyele sahiptir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, kamusal yetki kullanan görevlilerin işlevleri nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır. ... Kullanılan dil ve üslubun muhatabı açısından rahatsız edici olduğu açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında benimsediği gibi demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olan, toplumun ilerlemesi ve bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil eden ifade özgürlüğü sadece kabul gören veya zararsız yahut kayıtsızlık içeren bilgiler ya da fikirler için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi yine pek çok kararında ifade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir".[62]

Kamusal alanda devletin temsilcisi olan kolluk görevlileri ile faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının eleştirel bir haber veya düşünce açıklamasına konu edilmesi de kural olarak düşünceyi ifade hürriyeti ve basın özgürlüğü kapsamında hukuka uygun kabul edilmelidir. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre;

"Kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken fonksiyonlarını etkilemeyi ve saygınlıklarına zarar vermeyi amaçlayan aşağılayıcı saldırılara karşı korunmaları zorunludur. Bununla birlikle demokratik bir hukuk devletinde, kamu görevini üstlenenleri denetlemek, faaliyetlerini değerlendirmek ve eleştirmek de kaynağını Anayasa'dan alan düşünceyi açıklama özgürlüğünün sonucudur. Eleştirinin sert bir üslupla yapılması, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşması, eleştirenin eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu ise de, eleştiri yapılırken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşünceyi açıklama sınırları içinde kalınmalıdır".[63]

---

[62] AYM, İkinci Bölüm, 2018/30939, 30.06.2014, 37-39, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

[63] YCGK, E. 2016/1169, K. 2018/490, 30.10.2018, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 21.11.2022).

Belirtmek gerekir ki, AİHM *"basın faaliyeti"* ifadesini dar yorumlamamaktadır. Mahkeme'ye göre; bilgi, düşünce veya görüşlerin herhangi bir araçla kamuoyunda yayılmasını amaçlayan her türlü faaliyet basın faaliyetidir. Bu faaliyetin basın kuruluşları veya basın mensupları tarafından yürütülmesi bir ölçüt değildir. Aksine, bilgi, düşünce veya görüşleri yer yer veya bir defaya mahsus kamuoyuna sunmak isteyen herhangi bir kişi de basın faaliyeti yerine getirmiş olur.[64] Buna göre; kamuoyunun ilgisini uyandırabilecek sansasyonel bir kolluk faaliyetine ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulması ve bir defalığa mahsus olsa da kamuoyu ile çeşitli vasıtalar (örneğin, radyo veya internet) üzerinden paylaşılması da basın faaliyeti olarak değerlendirilebilecektir. Hakeza, kolluk görevlilerinin faaliyetleri esnasında görev ve yetki sınırlarını aştığı ve hatta muhatabına karşı doğrudan ve/veya ölçüsüz güç kullanımına başvurduğu olaylara ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulması ve bu kayıtların kamuoyu ile paylaşılması, duruma göre suçun aydınlatılması ve idari makamların faaliyetlerinin hukuka uygunluğu ile şeffaflığının denetiminin sağlanması gibi üstün kamu yararlarına da hizmet edebilecektir.

Dolayısıyla, kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınması ile bu kayıtların çeşitli kitle iletişim araçları vasıtaları üzerinden kamuoyu ile paylaşılması, paylaşan kişinin niteliğinden bağımsız olarak basın faaliyeti olarak kabul edilebilmelidir. Elbette, bilgi, düşünce veya görüşlerin kamuoyunda yayılması amacıyla gerçekleştirilen bu faaliyetin, her somut olay özelinde düşünceyi ifade ve basın özgürlüğüne yönelik getirilen sınırlama sebepleri ve hakların çatışması halinde benimsenen üstünlük kriterleri açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Haklar dengesi açısından yapılan değerlendirmede, düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü karşısında kolluk görevlisinin görüntü ve/veya sesi üzerindeki kişilik hakkının ağır basması halinde, örneğin, önemsiz ve rutin bir kolluk faaliyeti sırasında, konumu itibarıyla üst rütbeli olmayıp kamuoyu tarafından tanınmayan kolluk görevlilerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının yayınlanması durumunda, kamuoyunun üstün yararının mevcut olduğunu söylemek oldukça güçtür.

---

[64] AİHM, İkinci Daire, C-345/17, 14.02.2019, 51-57, beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 22.11.2022).

Alman Hukukunda, kişinin resminin korunmasına yönelik getirilen hükümlerin başında Telif Hakları Kanunu'nun *(KunstUrhG)* 22. maddesi gelmektedir. Madde hükmü uyarınca;

> *"Resimler yalnızca tasvir edilen kişinin izniyle yayımlanabilir veya aleni olarak umuma arz edilebilir. Tereddüt halinde, eğer tasvir edilen kişi kendisinin resmedilmesine müsaade etmek için bir ücret almışsa, rıza verilmiş sayılır. Tasvir edilenin ölümünden sonra 10 yıl dolmadıkça tasvir edilen kişinin yakınlarının rızası gerekir. Bu Kanun anlamında yakınlar, tasvir edilen kişinin hayatta olan eşi, hayat arkadaşı ve çocukları ve eğer eşi, hayat arkadaşı ve çocuğu yoksa ebeveynleridir".*

Alman Federal Mahkemesi; kişinin, gerçek hayattaki dış görünüşünü üçüncü kişilere sunmayı ve o kişiye özgü olan görünümü tekrar yansıtmayı sağlayan şeyleri "resim" olarak nitelendirmektedir.[65] Bu bağlamda, fotoğraf, fotomontaj, grafik, karikatür, karakalem, resim, çizgi film karakteri, siluet veya film, televizyon ya da internetteki sabit veya hareketli görüntüler resim olarak kabul edilmektedir.[66] Ayrıca Mahkeme, kural olarak bir insanı diğer insanlardan ayıran ve üçüncü kişiler bakımından tanınmasını sağlayan şeyin o kişinin yüz hatları olduğunu, buna göre tasvirin tam veya eksik ya da benzerliğin az veya çok olmasının hukuki açıdan önemsiz bulunduğunu, önem arz eden noktanın yalnızca tasvir edilenin resimden üçüncü kişilerce tanınabilirliği olduğunu belirtmektedir.[67]

Alman Hukukunda kişinin resminin korunması amacıyla Telif Hakları Kanunu'nda bağımsız bir suç düzenlemesine de yer verilmiştir. Kanun'un 33. maddesinde yer alan bu düzenleme uyarınca;

> *"(1) Her kim 22 ve 23. maddelere aykırı olarak bir resmi yayımlar veya umuma arz ederse bir yıla kadar hapis veya adli para ceza ile cezalandırılır. (2) Suçun takibi şikâyete tabidir".*

Görüleceği üzere, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, Alman Hukuku'nda kişinin resmi Telif Hakları Kanunu vasıtasıyla doğrudan ceza hukuku koru-

---

[65] Alman Federal Mahkemesi, I b ZR 126/63, 09.06.1965, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 24.11.2022).

[66] ENGELS Stefan, **BeckOK Urheberrecht**, §§ 22-23, Herausgegeben von: AHLBERG Hartwig / GÖTTING Horst-Peter / LAUBER-RÖNSBERG Anne, 36. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 22 kn 20.

[67] Alman Federal Mahkemesi, I b ZR 126/63, 09.06.1965, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 24.11.2022).

masına dâhil edilmiştir.[68] Kural olarak, özel hayat alanına ilişkin olsun veya olmasın, kişinin resminin rızası bulunmaksızın yayımlanması veya umuma arz edilmesi 33. maddede düzenlenen suçu oluşturacaktır.

Belirtmek gerekir ki, 33. maddede öngörülen koruma yalnızca kişinin resminin yayımlanması veya umuma arz edilmesi durumunda gündeme gelmektedir. Kişinin salt resminin oluşturulması bu suça vücut vermemektedir. Ayrıca, resimde tasvir edilen kişinin üçüncü kişiler bakımından tanınabilir olması da gerekmektedir. Bu bakımdan, kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntülerin her durumda suçun tipiklik unsurunu oluşturduğunu söylemek güçtür. Örneğin, kask veya kar maskesi gibi koruyucu kıyafet kullandıkları durumlarda üçüncü kişilerce tanınabilirliği neredeyse imkânsız olduğundan 33. maddede düzenlenen suç da gerçekleşmeyecektir.[69]

Ayrıca, Kanun'un 23. maddesinde kişinin rızası bulunmasa dahi, resminin yayımlanması veya umuma arz edilmesini hukuka uygun hale getiren nedenlere yer verilmiştir. Buna göre; *"(1) 22. maddeye göre gerekli olan rıza bulunmaksızın yayımlanabilir veya umuma arz edilebilir: 1. Günün tarih alanından resimler, 2. Kişilerin, bir manzara veya başka bir yerin yanında teferruat olarak göründüğü resimler, 3. Tasvir edilen kişinin katıldığı toplantı, geçit ve benzeri etkinliklerin resimleri, 4. Yayımlanması veya umuma arzı daha yüksek bir sanatsal yarara hizmet edip sipariş üzerine yapılmayan resimler. (2) Ancak yetki, tasvir edilen kişinin veya ölümü halinde yakınlarının meşru menfaatini ihlal eden yayımlama ve umuma arzı kapsamaz".* Madde fıkrasında sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, kolluk görevlileri de dâhil olmak üzere kişinin resminin yayımlanması veya umuma arzı, daha üstün meşru menfaatlerinin ihlali söz konusu olmadığı müddetçe suç teşkil etmeyecektir.

Uygulamada kolluk görevlilerinin görüntüsünün yayımlanması veya umuma arzı bakımından yukarıda sayılanlardan bilhassa 1. ve 3. bentte yer alan nedenlerin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir.

---

[68] Alman Telif Hakları Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca; *"(1) Bir eserin hukuka aykırı olarak yayımlanması veya gösterimi nedeniyle tazminat talepleri ve ceza kovuşturması ile bir resmin hukuka aykırı olarak yayımı veya umuma arzı nedeniyle cezai kovuşturması üç yıl sonra zamanaşımına uğrar. (2) Zamanaşımı süresi, hukuka aykırı fiilin en son işlendiği gün başlar".*

[69] RENNICKE Jan, "Polizeiliches Einschreiten gegen Filmaufnahmen unter Berücksichtigung der DS-GVO", **NJW**, 2022, 11.

"Günün tarih alanından resimler"; kamuoyu ilgisini uyandıran, yalnızca politik veya spekülatif değil, bölgesel veya yerel düzeyle sınırlı olarak anlam ve önem ifade edebilecek olan her türlü yaşanmış olguyu kapsamaktadır.[70] Bu bakımdan ölçütün, basının ve kamuoyunun bilgi edinmesindeki üstün yararı olduğu kabul edilmektedir.[71]

Basın özgürlüğü bilginin görüntü şeklinde sağlanmasını ve ilgilisinin rızası olmaksızın yayımlanmasını da kapsamaktadır.[72] Dolayısıyla, kolluk görevlileri ve faaliyetleri günün tarih alanından bir parçayı oluşturabilirler. Diğer bir ifadeyle, basın ve kamuoyunun bilgi edinmesindeki yarar, kolluk görevlilerinin görüntülerinin korunmasındaki yarara karşı üstün gelebilir.

Kolluk görevlileri devletin temsilcisi olarak hareket ettiklerinden, görevleri esnasında kişilik haklarına ilişkin koruma alanı, görev dışı zamandakine nazaran daha dar kapsamlıdır. Ancak bu durum, her kolluk faaliyetinin günün tarih alanına dâhil olduğu anlamına da gelmemektedir. Özellikle günlük, rutin ve önemsiz nitelikteki kolluk faaliyetlerini konu edinen görüntülerin, bu faaliyeti gerçekleştiren kolluk görevlilerinin de teşhir edilmesi suretiyle yayımlanması veya umuma arzının kural olarak söz konusu hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir.[73]

Nitekim Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi bir kararında; bulunduğu diskotekte sarhoşluğun etkisiyle başkalarını rahatsız eden şüpheliyi gözaltına alan kolluk görevlilerinin görüntülerinin bir gazeteye ait internet sitesinde yüzleri kapatılıp anonim hale getirilmeksizin yayınlanmasını, somut olayda günün tarih alanı bakımından önem arz edecek bir olayın değil, alışılmış ve rutin bir kolluk faaliyetinin bulunması nedeniyle hukuka aykırı kabul etmiştir.[74]

Benzer şekilde Aachen İdare Mahkemesi, yangın tehlikesi nedeniyle çevre güvenliğini sağlayan kolluk görevlilerinin, rızalarına aykırı olarak

---

70 ENGELS, § 23 kn 2.

71 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 653/96, 09.11.1999, https:// www.servat.unibe.ch (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

72 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 1716/17, 23.06.2020, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

73 RENNICKE, 11.

74 Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, 13 U 51/14, 27.05.2015, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

yakın mesafeden fotoğraflarının çekilmeye çalışılması üzerine, basın faaliyeti yerine getirdiğini iddia eden kişiye müdahale ederek bunu engellemelerini ölçülü ve hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme'ye göre; somut olayda faaliyetleri esnasında görüntülenmek istenen kolluk görevlileri, doğum, konum veya hizmet gibi nedenlerle kamuoyu tarafından tanınan kişiler değildirler ve dolayısıyla doğrudan günün tarih alanına dâhil kişilerden sayılamazlar. Günün tarih alanına dâhil edilebilmeleri için, basının haber verme özgürlüğünün kolluk görevlilerinin görüntüleri üzerindeki kişilik haklarına üstün gelmesi gerekmektedir. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde gerçekleştirilen kolluk faaliyetlerinin kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla görüntülenmesinde durum bu şekildedir. Somut olayda ise, bir toplantı veya gösteri yürüyüşü bulunmadığı gibi kamuoyunun bilgi edinme ihtiyacı ile bağlantılı olabilecek bir hadise de cereyan etmemiştir. Aksine günlük ve rutin bir kolluk faaliyeti söz konusudur ki, bu faaliyet esnasında kolluk görevlilerinin görüntüsünün yayımlanmak amacıyla oluşturulması "günün tarih alanı" kapsamına girmez.[75]

Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi de bir kararında, kişilik haklarının korunması açısından kolluk görevlilerinin devletin temsilcileri olarak görevleri esnasında sivil kişilerle aynı ölçüde korumadan istifade edemeyeceklerini, ancak bunun rutin kolluk faaliyetlerinin günün tarih alanına dâhil olduğu sonucuna yol açmayacağını, somut olayda kolluk görevlisinin anonim şekilde görüntülenmesinin, sanığın temel hak ve hürriyetlerini kullanması bakımından yalnızca düşük seviyede bir sınırlama anlamına geleceğini ve aynı zamanda bunun görüntüde tasvir edilen kişinin resmi üzerindeki hakkının bir sonucu olduğunu vurgulayarak 33. maddede düzenlenen suçun oluştuğuna hükmetmiştir.[76]

Bununla birlikte, kolluk görevlilerinin günlük ve rutin faaliyetlerine muhatap olan kişinin örneğin, ünlü bir sanatçı, siyasetçi veya sporcu olması durumunda, kamuoyunun bilgi edinmesine ilişkin yararın kolluk görevlilerinin görüntülerinin korunmasına ilişkin yararı karşısında üstün gelebileceği de göz ardı edilmemelidir. Zira kamuoyunca tanınan kişilerin özellikle kamusal alandaki faaliyetleri hakkında görüntü yoluyla bilgi sağlanması da meşru ve üstün bir kamusal yarar olarak günün tarih alanı kapsamında kabul

---

[75] Aachen İdare Mahkemesi, 6 K 3067/18, 04.05.2020, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 02.12.2022).

[76] Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, 1 RVs 175/21/14, 08.10.2021, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

edilebilir. Ancak bu durum, menfaatler çatışması açısından gözetilmesi gereken makul dengeyi ortadan kaldırmamaktadır. Somut olayda ilgilinin görüntüsünün yayımlanmamasını sağlayan meşru ve üstün yararı söz konusu ise, artık günün tarih alanına ilişkin hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulmayacaktır.[77]

Kolluk görevlilerinin günün tarih alanından bir parçayı oluşturduğu, yani kamuoyunun bilgi edinmesindeki yararın, kolluk görevlilerinin görüntülerinin korunmasındaki yarara üstün geldiği hallere, bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale edilmesi veya alışılmışın dışında ya da sansasyonel bir kolluk faaliyeti veya kolluk görevlilerinin hukuka aykırı tutum ve davranışları örnek gösterilebilir.[78]

Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü ve buna müdahale eden kolluk görevlilerini konu edinen görüntüler, her zaman kamuoyunun bilgi edinme ihtiyacına cevap verdiklerinden "günün tarih alanına" dâhildir.[79] Bu tür olaylarda görev alan kolluk görevlilerinin bireyselleştirilmek suretiyle resim ve görüntülerinin oluşturulması da belirli durumlarda daha üstün kamu yararı kapsamında değerlendirilebilir. Özellikle, kolluk görevlileri tarafından alışılmışın dışında tedbirlerin uygulandığı veya hukuka aykırı davranışların sergilendiği hallerde, bu tedbirleri uygulayan veya davranışları sergileyen kolluk görevlilerinin bireysel görüntülerinin oluşturularak yayımlanmasının hukuka aykırı olduğu söylenemeyecektir. Zira bu tür hadiselerde, kamuoyunun bilgi edinmesindeki ve idari makamların faaliyetlerinin hukuka uygunluğu ve şeffaflığına ilişkin denetiminin sağlanmasındaki yarar, kolluk görevlilerinin görüntüleri üzerindeki kişilik haklarının korunmasına ilişkin yarara karşı üstün gelmektedir.[80] Ayrıca, bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılan kişiler tarafından herhangi bir neden bulunmaksızın kolluk görevlilerinin görüntü kayıtlarının oluşturulması "Günün tarih alanından resimler" hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemese de, 33. maddede düzenlenen suça

---

[77] Münih Eyalet Mahkemesi, 9 O 3610/16, 11.05.2016, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

[78] RENNICKE, 11; REUSCHEL Steffen, "Gestreamte Aufnahmen von Polizeibeamten im Straf- und Gefahrenabwehrecht", **NJW**, 2021, 20.

[79] RENNICKE, 11.

[80] FRICKE Michael, **Praxiskommentar Urheberrecht**, §§ 22-24, Herausgegeben von: WANDTKE Artur-Axel / BULLINGER Winfried, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 23 kn 40; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER Louisa, **Urheberrechtsgesetz**, §§ 22-24, §§ 33-50, Herausgegeben von: DREIER Thomas / SCHULZE Gernot, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 23 kn 42.

da vücut vermez. Çünkü söz konusu suçla yalnızca kişilerin görüntülerinin rızaları bulunmaksızın yayımlanması veya umuma arz edilmesi yaptırım altına alınmış ve salt görüntünün oluşturulması kapsam dışı bırakılmıştır. Buna karşılık, kolluk görevlisinin görevi esnasında herhangi bir neden bulunmamasına rağmen oluşturulan kişisel görüntüsünün canlı olarak internet üzerinden yayımlanması veya umuma arz edilmesi halinde 33. maddede düzenlenen suça ilişkin unsurların oluştuğu söylenebilecektir.[81]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, toplantı ve gösteri yürüyüşü esnasında kolluk görevlileri tarafından ses ve görüntü kaydına alınan göstericilerin, buna karşılık olarak ses ve görüntü kaydı oluşturmalarının, herhangi bir yakın gerekçelendirmede bulunmaksızın doğrudan 33. maddede düzenlenen suç ve buna bağlı olarak uygulanan kolluk tedbirini haklı gösterebilecek somut tehlikeyi yansıtmadığını, bu tür olaylarda öncelikle, oluşturulan kayıtlarla 33. madde ile yaptırım altına alınan yayımlama veya umuma arzın gerçekten beklenebilir olup olmadığı veya kolluk görevlilerinin oluşturduğu ses ve görüntü kayıtlarına karşı salt bir reaksiyon olarak örneğin ortaya çıkan hukuki bir tartışmayla bağlantılı olarak yalnızca delil elde etmek için kayıtların oluşturulup oluşturulmadığının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.[82] Mahkeme'nin söz konusu kararına göre, kolluk görevlilerinin faaliyetleri esnasında görüntü ve/veya ses kaydının oluşturulması "günün tarih alanı" hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmasa dahi, somut olayda özellikle kolluk tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuka aykırı olduğu düşüncesinde olan kişilerin, delil elde etmek amacıyla görüntü ve/veya ses kaydı oluşturabileceği sonucunu ortaya koymaktadır.

Hakeza, alışılmışın dışında veya sansasyonel bir kolluk faaliyetine ilişkin görüntülerin de kamuoyunun bilgi edinme ihtiyacı kapsamında "günün tarih alanına" dahil olabileceği belirtilmektedir.[83] Alman Federal İdare Mahkemesi, bir hükümlüyü doktor randevusuna götürmekle görevlendirilen özel harekât kolluk görevlilerinin, bu faaliyetlerine ilişkin fotoğraflarını çekip yayımlamak isteyen basın mensuplarına sözlü olarak engel oldukları ve basın araçlarına el koyulacağı yönünde uyarıda bulundukları somut olayda; Alman Federal Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde gü-

---

81 REUSCHEL, 20.

82 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 2501/13, 24.07.2015, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 02.12.2022).

83 RENNICKE, 11.

vence altına alınan basın hürriyetinin sadece haber ve düşüncelerin yayılmasını değil, aynı zamanda foto muhabirlerinin fotoğraf oluşturmak suretiyle bilgi tedariki amacıyla gerçekleştirdikleri gazeteciliğe yönelik hazırlık çalışmalarını da kapsadığını, devletin, oluşturduğu hukuk düzeninde - bireylerin sübjektif haklarından bağımsız olarak - bir normun kapsamının basın hürriyetini etkilediği her durumda bu hürriyeti dikkate almakla yükümlü olduğunu, mahkemelerin de söz konusu normların yorumu ve somut olayda uygulanmalarında basın hürriyetine ilişkin temel değer kararlarını nazara alması gerektiğini ifade etmiştir.[84] Mahkeme'ye göre; davalı idare, davacı basın mensuplarının Alman Federal Anayasası'nda güvence altına alınan temel haklarını kısıtlamak suretiyle özel harekât biriminin işlevselliğini ve özel hareket görevlilerinin resimleri üzerindeki haklarına ilişkin yararlarını olası tehlikelere karşı korumayı amaçlamıştır. Fakat bunu yaparken idarenin, dayanak aldığı normu tek taraflı bir şekilde davacı aleyhine yorumlamaktan kaçınması gerekirdi. Söz konusu hak ve hukuki yararların korunması adına görüntüleme yasağı getirilmesi mutlaka gerekli değildir. Nitekim kanun yolu merci konuya ilişkin hukuki değerlendirmesinde, görüntünün oluşturulması nedeniyle kolluk görevlilerinin müdahale yetkisini doğurabilecek bir tehlikenin ilk olarak, bu görüntünün yayımlanması veya umuma arzına, yani 33. maddede düzenlenen suçun işlenebileceğine yönelik "somut bağlantı noktalarının" mevcut olması halinde ortaya çıkabileceğini belirlemiştir. Kanun yolu merciinin değerlendirmesine göre, özel harekât görevlilerince gerçekleştirilen faaliyet en azından yerel düzeyde günün tarih alanı kapsamında kalan bir hadisedir. Elbette Alman Telif Hakları Kanunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen bu hukuka uygunluk nedeni, görüntülenen kolluk görevlilerinin endişe duydukları, örneğin kendilerine veya ailelerine yönelik misilleme tehlikesinden korunmak gibi haklı yararları ile çatışabilir. Fakat idare, çatışan bu hak ve yarar dengesinde tek taraflı olarak basın hürriyeti aleyhine hareket etmiştir.[85]

Alman Federal İdare Mahkemesi'ne göre, kolluk görevlileri somut olayda aldıkları tartışmalı tedbirler açısından, davacının temel hakkı olan basın hürriyetini yeterince dikkate almamıştır. Basın mensuplarının görüntü almasının engellenmesi halinde, basın özgürlüğüne telafisi mümkün olmayacak biçimde müdahale edilmiş olur ve kural olarak böyle bir tutum kabul

---

[84] Alman Federal İdare Mahkemesi, 6 C 12/11, 28.03.2012, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 02.12.2022), 33.

[85] Ibid, 34.

edilemez. Bu türden bir hak ihlali, görüntü alma yoluyla haber oluşturması engellense de yazılı olarak haber oluşturmanın halen mümkün olduğu düşüncesine dayandırılamaz. Çünkü kolluk görevlilerinin basının ne şekilde haber oluşturması ve bu haber için hangi hazırlık araştırmalarını yapması gerektiğine karar verme yetkisi yoktur. Federal Mahkeme'ye göre; bu tür durumlarda kural olarak, basın mensubunun görüntü oluşturmasının engellenmesi değil, aksine görüntünün kullanılmasıyla bağlantılı olarak gündeme gelebilecek hukuki bir yararın ihlaline yönelik önlemlerin alınması ölçülü olacaktır. Böyle bir önlem örneğin, kolluk görevlilerinin yasal konumlarını basın mensuplarına veya onları görevlendiren basın kuruluşlarına bildirmesi ve yayımın yapılıp yapılmaması veya ne şekilde yapılması gerektiği hususlarında bir uzlaşmaya yönlendirmesi şeklinde gerçekleşebilirdi. Nitekim kanun yolu merciinin tespitlerine göre, somut olayda basın mensupları basın kartlarını kolluk amirine göstererek kendilerini tanıtmış ve işbirliği yapmaya hazır olduklarını göstermişlerdir.

Mahkeme'ye göre; kolluk hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılması suretiyle görüntü oluşturulmasının önlenmesi ancak, kolluk amirinin *(ex-ante)* bakış açısına göre, oluşturulan görüntünün yayımlanmasına yönelik yasal kısıtlamalara ilişkin basın temsilcileri ile mutabakata varılmasının zamansal veya diğer nedenlerle başlangıçtan itibaren sonuç getirmeyeceğinin anlaşılması halinde söz konusu olabilecektir. Aynı durum, somut olayın istisnai nitelikteki koşulları nedeniyle, hali hazırda görüntü oluşturulmasının kolluk görevlilerinin hukuki yararlarının etkili bir şekilde korunması isteğiyle mutlak surette bağdaşmadığı hallerde gündeme gelebilir. Mevcut olayda ise ne bu duruma ne de yasal yayın kısıtlamalarına ilişkin uzlaşmaya dayalı bir güvencenin en baştan itibaren mümkün olmadığına yönelik bir bağlantı noktası bulunmaktadır.[86] Bu nedenlerle Alman Federal İdare Mahkemesi, uygulanan görüntü alma yasağının, özel harekât biriminin işlevselliğine ve kolluk görevlilerinin görüntülerine ilişkin haklarına dayandırılamayacağına karar vermiştir.[87]

Benzer şekilde, Alman Federal Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararında, bir gösteri yürüyüşünde görev alan kolluk görevlisinin, üniforması üzerinde taşıdığı ve aşırı sağ görüşü yansıttığı düşünülen yazı ve işaretler nedeniyle görüntüsü buzlanmaksızın sosyal medya vasıtasıyla haber

---

[86] Ibid, 35.

[87] Ibid, 36.

yapılması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı davada; davacı kolluk görevlisinin görüntüsüyle birlikte yayınlanan haberde önemli derecede bilgi değeri bulunduğunu, haber içeriğinde geçen kolluk görevlilerinin sağcı ulusal partilere veya aşırı sağcı gruplara ne ölçüde sempati duydukları ve bunun nedenlerine ilişkin soruların büyük bir toplumsal ilgiyi ve kamuoyunda da tartışma konusunu oluşturduğunu, toplumun kolluk görevlilerinin objektifliği, tarafsızlığı ve Anayasa'ya bağlılığına güveninin büyük ölçüde bu kişilerin tavırlarına ve dış görünüşlerine bağlı olduğunu, resmi bir görev esnasında kolluk görevlilerinin üniformalarında taşıdıkları semboller nedeniyle tutumlarına ilişkin şüphe doğarsa, bu sembollerin anlamı ve ifade edecekleri muhtemel tavrın tartışılmasının toplumun yararına olduğunu açıklamıştır.[88] Mahkeme'ye göre, somut olayda davalı basın mensubunun korunan hukuki yararları, davacı kolluk görevlisinin yararlarına üstün gelmektedir. Nitekim davalı basın mensubunun yapmış olduğu haberin içeriği ve kaleme alınış şekli de, davacı kolluk görevlisinin gerçekten sağcı ulusal veya sağcı radikal görüşe sahip olduğunu ihtiva etmemekte, aksine davacı kolluk görevlisinin görevinin icrası esnasındaki bir davranışını kamuoyuna yansıtmaktadır. Kişilik haklarına yönelik müdahalenin ağırlığı değerlendirilirken, davacı kolluk görevlisinin haberde yer alan görüntüsü üzerinden üçüncü kişilerce tanınabilirliğinin kısıtlı olması durumu da dikkate alınmalıdır, zira yapılan haberde ismi yer almadığı gibi, görüntüsünde güneş gözlüğü takmaktadır. Ancak görüntünün portre benzeri bir karaktere sahip olması nedeniyle, çalışma arkadaşları veya yakınları tarafından teşhis edilebilmesi mümkündür.[89]

Kişilik hakkına yönelik müdahalenin ağırlığı değerlendirilirken nazara alınması gereken bir diğer husus da davacı kolluk görevlisinin basın veya üçüncü kişilerce yoğun bir şekilde gözlemlenebileceği bir ortamda kendi isteğiyle dikkatleri üzerine çekmesidir. Ayrıca, davacı kolluk görevlisi üniformasında semboller taşımak suretiyle tarafsızlığını da bilinçli bir şekilde ortadan kaldırmıştır.[90]

Federal Mahkeme, söz konusu görüntünün yayımlanmasının 23. maddenin 2. fıkrası anlamında davacı kolluk görevlisinin daha üstün meşru yararlarını ihlal etmediğini, portre benzeri görüntünün bağımsız bir ihlal içeri-

---

88 Alman Federal Mahkemesi, VI ZR 1319/20, 08.11.2022, 25, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 08.12.2022).

89 Ibid, 26-29.

90 Ibid, 30.

ğine sahip olmasına neden olabilecek herhangi bir durumun belirlenemediğini, sosyal medyada görüntüyle birlikte oluşturulan haberin 22. maddenin 1. fıkrası uyarınca yayımlama veya umuma arz etme olarak nitelendirilmesi halinde, Mahkeme'nin de açıklamış olduğu ölçütlere göre "günün tarih alanı" kapsamında bir görüntünün söz konusu olduğunu, zira 23. maddenin 1. fıkrasının ilk bendi uyarınca gözetilmesi gereken karşılıklı yarar dengesinin davalı basın mensubu lehine sonuçlandığını açıklamıştır.[91]

Tüm bu açıklamalar ışığında, Alman Hukuku'nda kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü kaydı oluşturulmasının basın özgürlüğü çerçevesinde günün tarih alanı hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi bakımından temel ölçütün, oluşturulan bu görüntünün, somut olayın kamuoyunca bilinmesi ve tartışılmasına dayanak teşkil edip etmeyeceği olduğu söylenebilir ki, bu noktada basına geniş bir değerlendirme alanı tanınmaktadır. Ayrıca, faaliyeti esnasında görüntüsü oluşturulan kolluk görevlisi açısından şu sorunun bir kıstas olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir: Kolluk görevlilerinin gerçekleştirmiş olduğu faaliyetin yerel bir gazetede üçüncü bir objektif kişi tarafından okunması beklenebilir mi? Bu görüşe göre, şayet bu soruya olumlu cevap verilebiliyor ise yayımlama eylemi kural olarak hukuka uygun kabul edilmelidir.[92]

Alman Telif Hakları Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi uyarınca, *"tasvir edilen kişinin katıldığı toplantı, geçit ve benzeri etkinliklerin resimleri"* de bu resimlerde yer alan kişi veya kişilerin rızası aranmaksızın yayımlanabilecek veya umuma arz edilebilecektir. Madde fıkrasının 1. bendinde düzenlenen "günün tarih alanına ilişkin resimlerde" olduğu gibi, söz konusu bentte de kamuoyunun bilgi edinmesindeki yarar ve basın hürriyetinin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla, bu türden etkinliklere katılan kişiler, görüntülerinin oluşturulabileceğini kabullenmeli ve kişisel haklarına yönelik kaygılarını bir kenara bırakmalıdır.[93]

"Toplantı, geçit ve benzeri etkinlikler" ifadesinin geniş yorumlanması ve yalnızca Alman Federal Anayasası'nın 8. maddesinde geçen açık havada, barışçıl ve silahsız olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü ile sınırlandırılmaması gerektiği savunulmaktadır.[94] Bu bağlamda madde bendinin, örneğin, mi-

---

91 Ibid, 35.

92 RENNICKE, 11.

93 SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, § 23 kn 38.

94 RENNICKE, 11.

ting, gösteri yürüyüşü, spor etkinliği, kongre, festival, konser veya bir dernek toplantısı gibi bir şeyi birlikte yapmak için kolektif iradeye sahip olan tüm kişi topluluklarını kapsadığı belirtilmektedir.[95]

Toplantı, geçit veya benzeri etkinliğin kamuya açık bir şekilde gerçekleşmesi ve kamuoyu tarafından algılanabilir olması gerektiği, ancak sayı itibarıyla sınırlı bir katılıma imkân olmasının da yeterli olacağı kabul edilmektedir.[96] Ayrıca, madde bendi lafzından da anlaşılacağı üzere, kişilerin bireysel portre benzeri görüntüleri değil, toplantı veya benzeri etkinliğe ilişkin görüntülerin ön planda olması gerekmektedir.[97] Katılımcıların portre benzeri bireysel görüntüsü ise kural olarak bu kapsamda değerlendirilmemektedir, çünkü görüntünün katılım sağlanan etkinlikle bağlantısı artık üçüncü kişiler tarafından algılanabilir ve anlaşılabilir olmayacaktır.[98] Bununla birlikte, madde bendinde zikredilen etkinliklere katılan kişilerin salt etkinliğe ilişkin görüntülerde tanınabilir olması hukuka uygunluğu doğrudan ortadan kaldırmayacaktır. Gösteri, karnaval, geçit törenleri veya spor etkinlikleri gibi kamunun ilgisini uyandıran olaylar hakkında haber yapılırken bu etkinlik açısından temsili veya karakteristik olmaları durumunda belirli katılımcıların kişisel olarak içeriğinden seçilebileceği görüntüler de (örneğin, bir toplantı veya gösteri yürüyüşünde taş atanlar veya bir stadyumda tezahürat yapan taraftarlar) yayımlanabilir.[99]

Bu açıklamalar doğrultusunda, toplantı, geçit ve benzeri bir etkinliği tasvir eden görüntüye, görevi dolayısıyla bu etkinlikte yer alan kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin de dâhil edilmesinde kural olarak bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü bir etkinliği resmetme ve görüntüleme özgürlüğü yalnızca etkinliğin kendisini değil, aynı zamanda gerçekleştiği ortamı ve orada oluşturduğu etkiyi de ihtiva eder. Bu nedenle, toplantı veya benzeri etkinliğin ön planda olduğu ve 23. maddenin 2. fıkrası uyarınca daha üstün kişisel meşru çıkarın söz konusu olmadığı tüm görüntüler açısından, bu etkinliklere katılan kolluk görevlilerinin tasvir edilmesi de genel olarak hukuka uygun olarak kabul edilecektir.[100]

---

95 SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, § 23 kn 39.

96 Ibid, § 23 kn 39.

97 RENNICKE, 11.

98 KIRCHHOFF Guido, "Polizeiliche Maβnahmen bei Film- und Fotoaufnahmen", **NVwZ**, 2021, 1179.

99 ENGELS, § 23 kn 16.

100 FRICKE, § 23 kn 40.

Elbette, Alman Telif Hakları Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi kapsamında, iki temel soru gündeme gelmektedir. Birincisi, madde bendi kapsamında kalan bir etkinlikte görev alan kolluk görevlilerinin bu etkinliğe "katılan" olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin iken; ikincisi etkinlikte görev alan kolluk görevlilerinin madde bendi kapsamında portre benzeri bireysel görüntülerinin oluşturulup oluşturulamayacağına yöneliktir.

Birinci soruya ilişkin olarak, "katılan" ifadesi dar yorumlandığı takdirde, toplantı, geçit ve benzeri bir etkinlikte bulunan kolluk görevlilerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, çünkü bu türden etkinliklere katılanlarda bulunan bir şeyi birlikte yapmaya yönelik kolektif iradeye sahip olmadıkları, ayrıca Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun'un *(VersammlG)* 5. maddesinin 2. fıkrasının aksine bu etkinliklere görevleri gereği silahla katıldıkları dile getirilmektedir. Bununla birlikte, Alman Telif Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde yer alan normun amacından hareketle, söz konusu düzenlemenin kamuoyu için önem arz eden belirli olayların belgelenmesini sağlamayı ve böylelikle düşünceyi ifade ile basın hürriyetlerinin korunmasına hizmet ettiği, yalnızca kolluk görevlilerinin yer almadığı yayımlar vasıtasıyla bu amaca ulaşılmasının ise kolluk görevlisi sayısının fazlalığı ve etkinliğin seyrine bağlı olarak pratikte neredeyse imkânsız hale gelebileceği, dolayısıyla bu türden etkinliklerde hazır bulunan kolluk görevlilerinin de geniş bir yorumla madde bendi kapsamında "katılımcı" olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.[101]

İkinci soruya ilişkin olarak, toplantı, geçit veya benzeri bir etkinlikte görevi gereği yer alan kolluk görevlisinin de, her bir katılımcı gibi görüntüsü üzerinde hakka sahip olduğu ve dolayısıyla Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi kapsamında bu etkinlik sırasında diğer katılımcılar veya basın mensupları tarafından bireysel portre benzeri görüntüsünün oluşturulamayacağı kabul edilmektedir.[102] Etkinlikte hazır bulunan kolluk görevlilerinin, bireysel görüntü kaydının oluşturulması, etkinliğin temsili görüntüsünü oluşturmak için uygun olmadığı gibi, devletin tarafsızlığı nedeniyle etkinlikte bulunan diğer bireylerin oluşturduğu kolektif iradeyi de yansıtmayacaktır.[103] Bu nedenle, bir toplantı, geçit veya benzeri bir etkinlik esnasında görevi gereği hazır bulunan kolluk görevlisinin bireysel görüntüsünün oluş-

---

[101] ENGELS, § 23 kn 17; RENNICKE, 12; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, § 23 kn 41.

[102] ENGELS, § 23 kn 17.

[103] REUSCHEL, 19.

turulması, 23. maddenin 1. fıkrasının 3. bendi değil, koşulları varsa "günün tarih alanından resim" olarak 1. bent veya delil elde etme amacı kapsamında hukuka uygun kabul edilebilecektir.[104]

Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi de bir kararında, kamuya açık resmi bir açılış töreninde cereyan eden protesto gösterilerine ilişkin olarak sivil kıyafetle delil toplama ve koruma altına alma görevini yerine getiren kolluk görevlisinin bir basın mensubu tarafından portre benzeri bireysel görüntüsünün oluşturularak eleştirel bir haber içeriği ile kamuoyuna arz edildiği somut olayda, 23. maddenin 1. fıkrasının 3. bendinin tatbiki bakımından öngörülen koşulların oluşmadığına, zira bir protesto gösterisine katılan kişinin kolluk görevlisi olsa da bireysel görüntüsünün madde bendi kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre; ilgili kolluk görevlisi katıldığı etkinlikte örneğin, açılış konuşmasını yapan belediye başkanı veya bir onur konuğu gibi ön plandaki bir kişi olmayıp, dikkatleri üzerine çekmeden görevini yerine getirmeye çalışırken, gözlerinin üzerine siyah şerit çekilmesine rağmen rahatlıkla tanınabilecek şekilde görüntüsü oluşturularak ilgili çevrelerce tanınmasını sağlamak, teşhir etmek ve resmi görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmesini engellemek amacıyla hareket edilmiştir. Bu bakımdan kolluk görevlisinin, faaliyetleri vasıtasıyla adalet ve düzeni sağlamasındaki kamuoyu yararı, belirlenen koşullar çerçevesinde basın özgürlüğünden önce gelmektedir, zira somut olayda basın görevlisinin kolluğun görüntüsünü oluşturmada gözettiği amaç hiçbir şekilde korunmaya değer değildir.

Mahkeme, somut olayda ilgili kolluk görevlisinin görüntüsünün, 23. maddenin 1. fıkrasının 1. bendi kapsamında "günün tarih alanından resim" olarak da nitelendirilemeyeceğini, zira tanınmış bir kişi olmadığı gibi, sansasyonel bir olay nedeniyle geçici olarak halkın ilgisini uyandıran bir kişi olarak da görülemeyeceğini, nitekim böyle bir olaya dahil olduğunu gösteren herhangi bir emarenin de bulunmadığını açıklamıştır.[105]

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI ALANINDAKİ HÜKÜMLER

Türk Hukuku'nda kişisel verilerin tanımlanması, işlenmesi ve korunmasına yönelik olarak getirilen temel mevzuat 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı

---

[104] ENGELS, § 23 kn 17; KIRCHHOFF, 1179; REUSCHEL, 19, 20; SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, § 23 kn 41; WANDTKE / BULLINGER, § 23 kn 40.

[105] Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi, 4 Ss 200/79, 02.10.1979, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 11.12.2022).

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'dur. Kanun'un *"Amaç"* başlıklı 1. maddesinde;

> *"Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir."* şeklindeki açıklamalara yer verilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi göre;

> *"Öncelikle devletin pozitif yükümlülüğünün kişisel verilerin korunması kapsamında üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı yasal altyapı oluşturulması yanında bu altyapının ihlaline etkili yargısal tepki vermeyi de içerdiği vurgulanmalıdır. Bu bağlamda devletin kişisel verilerin korunması kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, işlenmesi ve açıklanmasına yönelik önleyici tedbirler alması ve benzer durumların bir daha yaşanmaması için bunu yapanlara karşı caydırıcı yargısal tepki göstermesi gerekir. Bu yargısal tepkinin adli ceza biçiminde olması zorunlu değildir. Ancak bu tür müdahalelerin kanunda suç olarak düzenlenmesi hâlinde ceza soruşturması ve kovuşturmasının etkili bir biçimde yürütülmesinin sağlanması ve açıklanan gerekçelerin anayasal güvenceleri gözetecek mahiyette ilgili ve yeterli olması da devletin pozitif yükümlülüklerinin gereğidir".*[106]

Devletin, kişisel verilerin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak yürürlüğe konulan 6698 sayılı Kanun'un *"Tanımlar"* başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde *"kişisel veri"* kavramı; *"Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kanun koyucu, bir verinin kişisel veri olarak kabulü noktasında tahdidi bir sayım yöntemine başvurmamış, kavramın kapsamının belirlenmesini uygulamaya bırakmıştır.[107] Bu bağlamda, kişinin görüntüsü ve/veya sesinin "kişisel veri" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

6698 sayılı Kanun'un 3. maddesine ilişkin gerekçede "kişisel veri" kavramına ilişkin olarak;

---

[106] AYM, Birinci Bölüm, 2018/30296, 07.09.2021, 39, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

[107] KANGAL T. Zeynel, **Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019, 21.

"Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, ***resim, görüntü ve ses kayıtları****, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir."* açıklamalarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "kişisel veri" kavramı;

"Belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmekte olup bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgileri değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, ***resim, görüntü ve ses kayıtları****, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır".*[108]

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, ceza kanunlarının uygulanmasında geçerli olan tanımları ihtiva eden 6. maddesinde ise "kişisel veri" ifadesi tanımlanmamıştır. Bununla birlikte TCK m.135 gerekçesinde *"gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir"* şeklindeki açıklamaya yer verilmiştir.

Türk Öğretisinde, kişilik değerleri arasında kabul edilen kişinin görüntüsü ve/veya sesinin aynı zamanda kişisel veri vasfını haiz olabileceği ifade edil-

[108] AYM, Genel Kurul, 2016/13010, 17.09.2020, 58, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

mektedir.[109] Bunun için verinin gizli olması gerekmediği gibi, hangi şekilde veya nerede bulunduğunun da önemi bulunmamaktadır.[110] Önemli olan;

> *"verinin bir kişiyle ilgili ve o kişiyi belirlenir veya belirlenebilir kılmaya yönelik olmasıdır"*.[111]

Genel nitelikteki kişisel verilerin kapsamına; kişinin adı, soyadı, fotoğrafı, video kaydı, e-posta yazışması, doğum yeri ve tarihi, vatandaşlık bilgileri hasta kaydı, kan testi sonucu, muayeneler teşhisler, telefon numarasına ilişkin bilgiler gibi birçok veri dâhildir[112]. Özel nitelik taşıyan kişisel verilerin kapsamına ise kişinin ırkı, siyasi düşüncesi, dernek veya sendika üyeliği gibi üyelik kayıtları, ceza mahkûmiyeti ve benzeri veriler girmektedir[113].

Kişisel verilere ilişkin yukarıda izah edilen tanım ve belirlemelerin kolluk görevlileri bakımından da uygulama alanı bulacağını, bu bakımdan kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının da bu kayıtlarda tasvir edilen kolluk görevlileriyle ilişkilendirilebilir nitelikte olması halinde genel nitelikte "kişisel veri" olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkündür.

Öte yandan, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.17'de, kişisel verilere karşı suç teşkil eden eylemler bakımından TCK m.135 ila 140 arasında yer alan düzenlemelere atıf yapılmıştır. Alman Federal Veri Korunma Kanunu'nun (BDSG) 42. maddesinde ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin Alman Ceza Kanunu'nda getirilen suç düzenlemelerinin yanı sıra yetkisiz olarak genel erişime açık olmayan kişisel verilerin üçüncü kişilere çıkar elde etmek amacıyla aktarılması, işlenmesi veya gerçek dışı beyanda bulunmak suretiyle elde edilmesi ceza yaptırımını gerektiren eylemler olarak tanımlanmıştır.

---

[109] BASKIN Onur, **Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, 88; DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, 38.

[110] KOÇER Seçkin, **Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2021, 26.

[111] Ibid, 35.

[112] ÖZEL Kadir Can, "Ana Hatlarıyla Kişisel Verilerin Korunmasının Tarihsel Süreci ile Amacı ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, 2020, C. 94, S. 2020/2, 248, 249.

[113] GÜRLER Halil Emre, "Türk Hukukunda Kişisel Verilerin İşlenmesinin Sınırları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 93, S. 2019/5, 2019, 41.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.18'de, veri sorumlusunun belirlenen bir takım kanuni yükümlülüklerini yerine getirmemesine karşılık olarak idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ve kabahat sorumluluğunu doğuran yükümlülüklerin muhatabı yalnızca *"veri sorumlusu"* olduğundan, diğer bir ifadeyle bu yükümlülükler herkes tarafından değil, yalnızca veri sorumlusu tarafından ihlal edilebileceğinden, "özgü kabahat" olduğu söylenebilir.[114] Dolayısıyla, 6698 sayılı Kanun m.18'de öngörülen kabahatlerden sorumluluk için failin "veri sorumlusu" sıfatına sahip olması bir önkoşuldur.

Kanunun uygulanmasında "veri sorumlusu" kavramı m.3/1-ı uyarınca; *"Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade etmektedir. Aynı madde fıkrasının ğ bendinde ise "veri işleyen": *"Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi"* olarak tarif edilmiştir. Bir gerçek veya tüzel kişinin hem veri sorumlusu hem de veri işleyen olabileceği kabul edilmektedir.[115]

"Kişisel verilerin işlenmesi" ise 6698 sayılı Kanun m.3/1-e'de; *"Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi"* olarak tanımlanmıştır. Kanuni tanımla da uyumlu olarak kolluk görevlisi sıfatına sahip olsun veya olmasın kişilerin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının veri işleme kavramına dahil olabileceği ifade edilmektedir.[116]

---

[114] Özgü kabahatlerde, kabahatin failinin diğer kişilere göre özel yükümlülüğü söz konusudur. Bkz. AKBULUT Berrin, **Kabahatler Hukuku**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, 279. Ayrıca, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; *"Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idari para cezası verilir"*. Dolayısıyla, veri sorumlusu tarafından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 18. maddesinde belirlenen yükümlülüklerin ihlaline iştirak eden veri işleyenin de idari yaptırım sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

[115] BASKIN, 65.

[116] ÖZDEMİR Hayrunnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, 135.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.28 ve m.5/2'de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin eylemler bakımından hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Bu nedenler, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğinde olan görüntü ve/veya sesinin oluşturulması açısından da gündeme gelebilir. Örneğin, kişinin, malvarlığı, vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla yaşadığı müstakil evine kısmen kamuya açık bir alanı da kapsayacak şekilde görüntü ve/veya ses kaydı oluşturan güvenlik kamerası yerleştirmesi ve bu kamera vasıtasıyla kamuya açık alanda faaliyet gösteren kolluk görevlilerini belirli veya belirlenebilir şekilde kayıt altına alması durumunda, Kanunun "İstisnalar" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yer alan; *"Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi"* şeklindeki hukuka uygunluk nedeni tartışılabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, örnekte kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kaydını oluşturan kişi, koşulları haiz olduğu takdirde veri sorumlusu ve aynı zamanda veri işleyen olarak kabul edilebilse de böyle bir durumda kayıt içeriği ve kayıt altına almış olduğu alan yalnızca kendisi veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetleri kapsamadığı için söz konusu hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulmayacaktır. Nitekim AİHM de bir kararında, başvurucunun aile konutuna malvarlığı, vücut bütünlüğü ve yaşam haklarını korumak amacıyla yerleştirdiği güvenlik kamerası vasıtasıyla kamuya açık alanlarda bulunan kişilere ait görüntüleri kayıt altına alması biçimindeki eylemin artık kişisel veya ailevi faaliyetlerin kayıt altına alınması şeklindeki hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir.[117]

Kolluk görevlilerinin kamuya açık alanlardaki görüntü ve/veya ses kaydı biçimindeki kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin olarak 6698 sayılı Kanun kapsamında gündeme gelebilecek diğer bir hukuka uygunluk nedeni 28. maddenin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenmiştir. Buna göre; *"Kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya*

---

[117] AİHM, Dördüncü Daire, C-212/13, 11.12.2014, 51-57, beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 11.01.2023).

da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi" halinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uygulama alanı bulmayacaktır. Böylece, kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kaydı biçimindeki kişisel verilerinin işlenmesinin düşünceyi ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün ayrılmaz bir parçası olan basın özgürlüğü kapsamında kaldığı durumlarda 6698 sayılı Kanun'da öngörülen sorumluluk hükümlerinin tatbiki söz konusu olmayacaktır. Ancak bu kabul için öncelikle veri işlemenin Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasındaki genel ilkelere uygun olması gerekir. Veri işlemenin; hukuk ve dürüstlük kurallarına uygun, doğru ve gerektiğinde güncel, belirli, açık ve meşru amaçlar için, işleme amacıyla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerekmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 21. ve devamı maddeleri uyarınca kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlayan Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 12.03.2020 tarihli ve 2020/212 sayılı kararında kişisel verilerin işlenmesinde her koşulda Kanun'un 4. maddesinde sayılan genel ilkelere uyulmasının hukuki bir gereklilik olduğunu, bu ilkelerden kişisel verilerin *"belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme"* ilkesinin, kişisel veri işleme faaliyetlerinin ilgili kişi tarafından açık bir şekilde anlaşılır olmasını, kişisel veri işleme faaliyetinin hangi hukuki işleme şartına dayalı olarak gerçekleştirildiğinin tespit edilmesini ve kişisel veri işleme faaliyeti ile gerçekleştirilme amacının belirliliğini sağlayacak detayda ortaya konulmasını sağladığını; *"amacın meşru olması"* ilkesinin, veri sorumlusunun işlediği verilerin, yapmış olduğu iş veya sunmuş olduğu hizmetle bağlantılı ve bunlar için gerekli olması anlamına geldiğini; bir diğer önemli ilke olan *"işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması"* ilkesinin ise işlenen verilerin belirlenen amaçların gerçekleştirilmesine elverişli olmasını, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik veri işleme yoluna gidilmemesini ifade ettiğini açıklamıştır. Kurul'a göre önemli olan, amacı gerçekleştirmeye yönelik yeterli verinin temin edilmesi, bunun dışındaki amaç için gerekli olmayan verilerin işlenmesinden kaçınılmasıdır. Ölçülülük ilkesi ise veri işleme ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulması yani veri işlemenin, amacı gerçekleştirecek ölçüde olması anlamına gelmektedir.[118]

6698 sayılı Kanunun 28. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin tatbiki için aranan diğer bir koşul ise veri işlemenin *"özel hayatın gizliliği"* veya *"kişi-*

[118] Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/212, 12.03.2020, www.kvkk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

lik haklarını" ihlal etmemesidir. Bununla birlikte, işlenen verinin veri sahibinin özel hayatına veya kişilik haklarına ilişkin olması doğrudan madde bendinin uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Düşünceyi ifade veya basın hürriyeti ile özel hayat veya kişilik hakları arasındaki çatışmada, haklar dengesi açısından AİHM tarafından belirlenen ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması zaruridir.

Kamuoyu tarafından tanınmış kişiler olmayan kolluk görevlilerinin özel hayat alanlarına ilişkin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kayıtlarının işlenmesinde kural olarak üstün bir kamusal veya özel yarar bulunduğunu söylemek güçtür. Zira özel hayat alanı, kamuya açık olmayıp kişinin yakından bağlandığı belirli kişilerce bilinmesini istediği olayları kapsar. Bu alana, mahrem (gizli) alana dâhil olmamakla birlikte, aleniyetin yalnızca belirli kişiler açısından söz konusu olduğu olaylar girmektedir.[119] Dolayısıyla, kolluk görevlerinin özel hayatlarına ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının işlenmesi ve alenileştirilmesi bilhassa kamu yararı yoksunluğu nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal anlamına gelebilecektir.

Buna karşılık, kolluk görevlilerinin kamusal alanda ve özellikle görevlerini yerine getirirken işlenen kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kayıtlarının düşünce ve basın özgürlüğü kapsamında eleştirel bir düşünce açıklamasına veya basın faaliyetine konu edilebilmesinin kural olarak mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Zira kamuya açık alana, kural olarak kişinin üçüncü kişilerce bilinmesinde, alenileştirilmesinde sakınca görmediği olaylar da dâhildir.[120] Ancak bu durum, mesleği gereği kamuoyu için bir obje durumunda bulunan kolluk görevlilerinin kamuya açık alanda oluşturulsa dahi görüntü ve/veya sesleri üzerindeki kişilik haklarından peşinen vazgeçtikleri anlamına gelmez. Düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü, Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen genel ilkelere ve AİHM'in benimsediği temel ölçütlere uygun olduğu müddetçe kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya sesleri üzerinde sahip oldukları kişilik hakları karşısında üstün tutulabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, kişilerin ses kaydı niteliğindeki verilerinin işlenmesi açısından Kişisel Verileri Koruma Kurulu bir kararında, Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen "ölçülülük" ilkesi bağlamında şu açıklamalara yer vermiştir:

---

[119] ÖZTAN Bilge, **Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler**, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, 284.

[120] Ibid, 281.

"Sesli kamera kaydının hukuka uygun bir kişisel veri işleme faaliyeti olarak değerlendirilebilmesi için Anayasa'da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında gözetilmesi gereken ilkelere uygun olması gerekmektedir. ***Bu kapsamda söz konusu kayıt ile beklenen faydanın ses kaydı olmaksızın görüntü kaydı ile elde edilebileceği hallerde ses kaydının da yapılması, gerçekleştirilecek kişisel veri işleme faaliyeti ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki dengenin bozulmasına yol açacağından ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir****. Bu anlamda, gözetim sistemlerinde görüntü kaydı ile birlikte ses kayıt sisteminin de kullanılmasının sadece görüntü kaydına göre çok daha müdahaleci olacağı açıktır.* ***Diğer taraftan, kameralar vasıtasıyla görüntü ile birlikte ses kaydı yapılması, bireylerde her açıdan gözetim altında tutuldukları endişesi yaratabilecek olup, kişilerin kamusal alanda bile özel bir kısım diyaloglarının ya da yaşantı kesitlerinin bulunabileceği de dikkate alındığında bu yönde bir uygulamanın hakkın özüne zarar vereceği değerlendirilmektedir****".*[121]

Böylelikle Kurul, bilhassa kamuya açık alanlarda güvenlik, denetim veya sair amaçlarla ses kaydı niteliğinde kişisel veri işlenmesinin hakkın özünü zedeler mahiyette olabileceğini, zira kişisel veri işlenmesi suretiyle elde edilmek istenen amacın, ses kaydı oluşturmak suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin ağırlığı ve kişiler üzerinde oluşturduğu olumsuz etki karşısında haklar dengesi açısından ölçülülük ilkesini ihlal edebileceğini vurgulamıştır. Beklenen meşru amaç ve faydaya yalnızca görüntü kaydı niteliğindeki kişisel veri işlenmesi yoluyla ulaşılabilen durumlarda, ayrıca ses kaydı niteliğindeki kişisel veri işlenmesi veri sahibinin başta kişilik hakları olmak üzere en temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açabilecektir.

Anayasa'nın 13. maddesi ile 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen ölçütler doğrultusunda kişisel veri niteliğindeki aleni olmayan konuşmaların ses kaydı oluşturulması suretiyle işlenmesinin, m.28/1-c'de düzenlenen düşünce ve basın özgürlüğüne ilişkin hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemeyeceği söylenebilir. Bu açıdan, kolluk görevlilerinin kamuya açık alanlarda gerçekleşmesine rağmen aleni olmayan konuşmalarına ilişkin ses kayıt verilerinin işlenmesi halinde, veri sahibi kolluk görevlilerinin özel hayatlarının gizliliği ve kişilik hakları, düşünce ve basın özgürlüğüne karşı üstün gelebilecektir.

---

[121] Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/212, 12.03.2020, www.kvkk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.01.2023).

Son olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında kanun koyucu kişisel verilerin işlenmesi bakımından kural olarak ilgili kişinin açık rızasını aramış, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen koşullarda ise ilgilinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kaydının işlenmesine ilişkin olarak m.28/1-c'de öngörülen düşünce ve basın özgürlüğünün uygulama alanı bulmadığı durumlarda iki nedenin varlığı gündeme gelebilecektir.

Bu nedenlerden ilki 5. maddenin ikinci fıkrasının f bendinde yer alan; *"İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"* halidir. Kanaatimizce, bahsi geçen nedenin tatbiki açısından kanun koyucu haklar dengesi ve üstün yarara yönelik ölçütler yerine doğrudan veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerine *"zarar vermemek"* koşulunu öngördüğünden, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kayıtlarının işlenmesinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak tatbiki oldukça güçtür.[122]

Diğer bir neden ise e bendinde yer alan *"Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması"* halidir. Veri sahibi ilgili kişinin açık rızasının aranmadığı bu nedenlere hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı örnek gösterilebilir.

Kolluk görevlileri, kamu düzeninin korunması, suç veya tehlikenin önlenmesi gibi amaçların yerine getirilmesi sırasında zaman zaman kişilerin temel hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı müdahalelerde bulunabilmektedir. Kolluk görevlilerinin uyguladığı ve muhatabınca keyfi, temelsiz veya ölçüsüz olduğu düşünülen müdahalelerin ispatı noktasında ortaya çıkan zorluklar, bu müdahalelere maruz kalan kişilerin "hak arama özgürlüklerini" kullanabilmek ve kolluk görevlilerinin işlem veya faaliyetlerinin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddialarını ispat edebilmek amacıyla kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses

---

[122] Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.5/2-f hükmünde yer alan *"zarar vermemek"* koşulundan farklı olarak, 2016/679 sayılı ve 27.04.2016 tarihli Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesine Karşı Korunması ile Bu Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/EC Sayılı Yönergeyi Yürürlükten Kaldıran Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 6. maddesinin f bendinde; *"İlgili kişinin - özellikle çocuk olduğu durumlarda - kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temek hak ve özgürlükleri ağır basmadıkça ..."* ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, "zarar vermemek" koşulunun, çatışan haklar arasında bir dengeleme değerlendirmesini mümkün kılmadığı düşüncesindeyiz.

kaydı oluşturma yoluna başvurması neticesini doğurabilmektedir. Benzer durum, kişilerin, kolluk görevlilerinin (örneğin, kamu görevlisine hakaret, görevi yaptırmamak için direnme vb. gibi) asılsız suç ithamlarına maruz kaldıkları durumlarda, isnat edilen suçun gerçekleşmediğini ortaya koyabilmek için "savunma hakkı" çerçevesinde somut olaya ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarını kullanmaları açısından da gündeme gelebilir.

Belirtmek gerekir ki, e bendinde yer alan bu hukuka uygunluk nedeninin tatbiki için kanun koyucu *"zorunlu olma"* koşulunu aramaktadır. Bu koşul, hak arama veya savunma hakkının meşru bir amaca dayalı olarak kullanılmasını ve bu amacın sınırları içinde kalınmasını gerektirdiği gibi, kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kaydının kişisel veri olarak işlenmesinin veriyi işleyen veya bir üçüncü kişinin söz konusu haklarını kullanması veya koruması için zorunlu olmasını gerektirmektedir.

Alman Hukuku'nda kolluk görevlilerinin belirli ya da belirlenebilir kişi olarak görüntü ve/veya ses kayıtlarının oluşturulmasının, 2016/679 sayılı ve 27.04.2016 tarihli Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesine Karşı Korunması ile Bu Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/EC Sayılı Yönergeyi Yürürlükten Kaldıran Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün[123] *(DS-GVO)* 4. maddesinin *"Tanımlar"* başlıklı 1 ve 4. bentleri anlamında *"kişisel verilerin işlenmesi"* kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir.

Tüzük'ün 2. maddesi doğrultusunda, kişisel veya ailevi faaliyetlere ilişkin olanlar dışında kolluk görevlileri de dâhil olmak üzere kişilerin dijital olarak oluşturulan görüntüleri bakımından kural olarak Tüzük hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin kişisel veri mahiyetindeki görüntü ve seslerinin işlenmesi bakımından Tüzük'ün 6. maddesinde sayılan hukuka uygunluk nedenleri de gündeme gelebilmektedir. Bunlardan Tüzük'ün 6. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılan *"ilgilinin rızası"* hukuka uygunluk nedeninin, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya seslerinin işlenmesine çoğu durumda rıza göstermemeleri sebebiyle uygulanmayacağı, ayrıca faaliyetlerini kamuya açık bir şekilde icra ediyor olmalarının da kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya seslerinin işlenmesine zımni rıza gösterdikleri anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir.[124]

---

[123] Çalışmanın ilerleyen kısımlarında "Tüzük" olarak anılacaktır.

[124] RENNICKE, 9.

Tüzük'ün 6. maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenleri içerisinde kolluk görevlilerinin kişisel veri mahiyetindeki görüntü ve/veya seslerinin işlenmesi bakımından gündeme gelebilecek tek hukuka uygunluk nedeninin f bendinde yer alan; *"İlgili kişinin - özellikle çocuk olduğu durumlarda - kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temek hak ve özgürlükleri ağır basmadıkça, sorumlu kişinin veya bir üçüncü kişinin haklı yararlarını savunması için gerekli ise verilerin işlenmesi bu oranda hukuka uygundur"* şeklindeki düzenleme olduğu belirtilmektedir.[125] Düzenleme, Tüzük kapsamında karşılıklı hak ve yararlar dengesini içermektedir.[126] Kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kayıtlarının kişisel veri olarak işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bir taraftan veriyi işleyen veya bir üçüncü kişinin haklı yararlarını savunması için lüzumlu olması, diğer taraftan veri sahibinin menfaatlerinin veya temel hak ve özgürlüklerinin, veriyi işleyen veya bir üçüncü kişinin haklı çıkarlarına üstün gelmemesi gerekmektedir.[127] Bu bakımdan, Tüzük'ün 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca veri sahibine itiraz hakkı tanınmıştır. İtiraz halinde veri sorumlusu, veri sahibinin menfaatleri veya temel hak ve özgürlüklerine üstün gelen yasal nedenleri bulunduğunu veya yasal haklarının tesisi, kullanılması ya da korunması için gerekli olduğunu ortaya koymadıkça kişisel verileri işlemeye devam edemeyecektir.

Avrupa Veri Koruma Hukuku'nda, kişisel verilerin işlenmesi açısından kamu görevlileri de dâhil olmak üzere belirli meslek gurupları açısından herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Nitekim AİHM, kolluk görevlilerinin faaliyetlerini yerine getirirken görüntü kaydına alınması şeklinde gerçekleşen kişisel veri işlenmesinin, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Direktifi kapsamında kaldığını kabul etmiştir.[128] Bu nedenle, her somut olay özelinde görüntü ve/veya ses kaydını yapan kişinin bunda haklı bir yararının bulunup

---

[125] KIRCHHOFF, 1181.

[126] ALBERS Marion, VEIT Raoul-Darius, **Datenschutzrecht**, DS-GVO Art. 6, Herausgegeben von: WOLFF Heinrich Amadeus / BRINK Stefan, 42. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, Art. 6 kn 63.

[127] Tüzük'ün 6. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde yer alan hukuka uygunluk nedeninin tatbiki için kural olarak sorumlu kişinin, veri sahibini verilerin temin edildiği esnada 13. maddede sayılan (örneğin, kimlik ve iletişim bilgileri vb.) hususlarda ve 14. maddenin 2. fıkrasının b bendi uyarınca gözetilen haklı yararlar hakkında bilgilendirmekle de yükümlüdür. Bu yükümlülüğün istisnalarına Tüzük'ün 11 ve 14. maddelerinde yer verilmiştir.

[128] AİHM, İkinci Daire, C-345/17, 14.02.2019, 44, beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 13.12.2022).

bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği, kural olarak kolluk görevlilerinin devriye görevi gibi genel ve rutin uygulamaları sırasında özellikle merak veya provokasyon amaçlı olarak kayıt altına alınmasında haklı yarardan söz edilemeyeceği, zira bu tür durumlarda kamuoyunun ilgisini uyandırabilecek bir kolluk faaliyetinin bulunmadığı, aksinin kabulünün ise ancak bir suçun işlenmesine müdahale etmeyen kolluk görevlilerinin ihmallerinin ispatlanması gibi bazı durumlar bakımından mümkün olabileceği dile getirilmektedir.[129]

Hakeza, kolluk görevlilerinin özel bir görevi yerine getirdikleri her durumda haklı yararın varlığından bahsedilemeyeceği, örneğin, bir yerde huzur ve sükûnu bozan kişiye kolluk görevlileri tarafından bildirilen giriş yasağının görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının anlaşılabilir bir gerekçesinin bulunmadığı, buna karşılık salt tanık ifadeleriyle çözümü oldukça güç olan kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkisine başvurduğu durumlarda, kişilerin özel bir ispat ihtiyacının doğabileceği ve haklı yararın gündeme gelebileceği, zira bu türden hadiselerde oluşturulan görüntü ve/veya ses kayıtlarının kişinin veya üçüncü kişilerin hukuken tanınan yararlarının ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamusal yararların korunması için gerekli ve hukuka uygun olabileceği belirtilmektedir.[130]

Kolluk görevlilerinin, faaliyetleri esnasında kişilik haklarından vazgeçmemekle birlikte meslek seçimleriyle kendilerini kamuoyuna açık bir konuma gönüllü olarak yerleştirdikleri ve bu nedenle özel bir ilgi objesi olduklarını kabul etmeleri gerektiği, ayrıca Tüzük'ün 6. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde yer alan hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu durumlarda görüntü ve/veya ses kayıtlarının mahrem veya özel alanlarında değil, kamuya açık alanlarda oluşturulduğu dile getirilmektedir.[131] Bu hususlar, somut olayda görüntü ve/veya ses kaydı şeklindeki kişisel verilerin işlenmesi açısından veri sorumlusunun veya üçüncü kişilerin haklı yararının bulunması halinde kolluk görevlilerinin kişilik haklarının geri planda kalması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Basın faaliyeti kapsamında kişisel verilerin işlenmesi bakımından Tüzük'ün 85. maddesinin 2. fıkrasında Avrupa Birliği ülkelerine, gerekli olduğu takdirde kişisel verilerin korunması ile düşünceyi ifade ve bilgi edinme özgürlükleri arasındaki uyumun sağlanması amacıyla ulusal düzeyde farklı düzenlemeler getir-

---

[129] RENNICKE, 10.

[130] Ibid, 10.

[131] Ibid, 10.

me yetkisi tanınmıştır. Nitekim bu bağlamda Tüzük'ün II ila VII. ve IX. Bölümlerinde öngörülen hükümlerin uygulanması, bazı Alman eyaletlerinde, verinin basın faaliyeti kapsamında işlenmesi hallerine özgü olarak sınırlandırılmış veya kaldırılmıştır.[132] Örneğin, Berlin Veri Koruma Kanunu'nun *(BlnDSG)* 19. maddesinde; düşünceyi ifade ve bilgi edinme hürriyetlerinin kullanılması kapsamında, basın faaliyeti, sanatsal veya edebi faaliyetlerin icrası amacıyla kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olduğu durumlarda, maddede öngörülen istisnai durumlar haricinde Tüzük'ün 6. maddesinin 1. fıkrasının f bendinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir. Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrasında da 1. fıkradan ayrık olarak, düşünceyi ifade ve bilgi edinme hürriyetlerinin kullanılması kapsamında, basın faaliyeti, sanatsal veya edebi faaliyetlerin icrası amacıyla kişisel verileri işleyen ve kamu kurumu niteliğinde olmayan kuruluşlar için de 19. maddenin geçerli olduğu, ancak işlemenin yalnızca kişisel veya ailevi faaliyetlerin yerine getirilmesi için gerçekleştirilmesi durumunda bu istisnanın geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır.[133] Dolayısıyla Alman Hukukunda, kişisel verilerin işlenmesinin basın faaliyeti kapsamında kaldığı durumlarda, Tüzük'ün 85. maddesinin 2. fıkrası uyarınca eyalet kanunlarında konuya ilişkin getirilen özel düzenlemelerin muhteviyatına göre, Tüzük'ün 6. maddesinde öngörülen kişisel verilerin oluşturulması ve işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinde aranan koşulların tatbiki ortadan kalkacak veya sınırlandırılacaktır. Böyle bir durumda, genel kişilik haklarının korunmasına ilişkin ilkelere göre, özellikle Alman Telif Hakları Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca basın faaliyeti çerçevesinde yayımlanmasına izin verilen görüntünün, oluşturulması da hukuka uygun kabul edilecektir. Zira Alman Telif Hakları Kanunu'nun 22 ve 23. maddeleri, Tüzük'ün 85. maddesinin 2. fıkrasına göre Avrupa Hukuku kapsamında geçerli ve izin verilen bir düzenleme teşkil etmektedir.[134]

Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi de Tüzük'ün 85. maddesinin 2. fıkrasının, yalnızca yürürlük tarihinden sonra çıkartılan yeni kanunların değil, aynı

---

[132] KIRCHHOFF, 1181.

[133] Benzer bir düzenlemeye Eyaletler Arası Medya Antlaşması'nın *(Medienstaatsvertrag)* 12. maddesinde yer verilmiştir.

[134] Ibid, 1181; KRUGER Stefan / WIENCKE Julia, "Herstellung und Veröffentlichung von Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DS-GVO", **MMR**, 2019, 77; REUTER Wiebke / SCHWARZ Johanna, "Der Umgang mit Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DSGVO", **ZUM**, 2020, 31. Ayrıca bkz. Alman Federal Mahkemesi, VI ZR 246/19, 07.07.2020, 11, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.12.2022); Bonn Yüksek Eyalet Mahkemesi, 25 Ns-790 Js 802/19 - 69/21, 08.06.2021, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.12.2022); Lüneburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, 11 LA 16/20, 19.01.2021, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

zamanda - uygun oldukları ölçüde - mevcut düzenlemelerin tatbikine de imkân sağladığını açıklamıştır.[135] Dolayısıyla, Alman Hukuku'nda basın faaliyetleri çerçevesinde kişisel verilerin oluşturulması, kaydedilmesi ve yayımlanması açısından Alman Telif Hakları Kanunu'nun 22 ve 23. maddeleri uygulama alanı bulmaya devam etmektedir.

AİHM içtihatlarına göre, bilgi, görüş ve düşüncelerin, hangi yolla olursa olsun kamuoyuna duyurulması basın faaliyeti kapsamındadır. Bu faaliyet medya kuruluşlarına özgü olmadığı gibi, gelir elde etmek amacıyla bağlantılı olarak da gerçekleştirilebilir.[136] Dolayısıyla, kamuoyu oluşmasına katkı sağlamak amacıyla kişilere ait görüntü ve/veya ses kayıtlarının basın mensubu olmayan kişilerce yayınlanması da basın faaliyeti olarak nitelendirilebilecektir. Elbette bu durumda, basın faaliyeti söz konusu olacağı için, Tüzük'ün 6. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.[137] Örneğin, bir kolluk müdahalesine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının internet üzerinden yayınlanması, kolluk görevlilerinin hukuk dışı uygulamalarına dikkat çekmeyi amaçlıyorsa basın faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecektir.[138]

Kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulmasının basın faaliyetlerinin icrası kapsamına dâhil olmadığı durumlarda Tüzük'ün ilgili hükümleri uygulanabilecektir. Ayrıca, Tüzük'ün 85. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Alman Telif Hakları Kanunu'nun 22 ve 23. maddeleri de göz önünde bulundurulabilecektir. Ancak, Telif Hakları Kanunu'nda salt görüntü üzerinden kişisel veri işlenmesi ile işlenen veriden sorumlu kişinin yükümlülükleri yer almadığından bilhassa bu hususlarda Tüzük hükümlerinin doğrudan tatbiki gündeme gelecektir.[139] Söz konusu durumda, Telif Hakları Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca resmin yayımlanması hukuka uygun görülse de artık doğrudan hukuka uygun kabul edilmeyecek, ayrıca Tüzük'ün 6. maddesine göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir.[140]

---

[135] Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, 15 W 27/18, 18.06.2018, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

[136] AİHM, Tietosuojavaltuutettu vs. Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy, C-73/07, 16.12.2008, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 04.11.2022), 61.

[137] RENNICKE, 10.

[138] KIRCHHOFF, 1181.

[139] Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 288. maddesinin 2. fıkrası uyarınca: *"Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır"*.

[140] KIRCHHOFF, 1181.

Belirtmek gerekir ki, Tüzük'ün 6. maddesine aykırı davranışlar, 83. maddenin 5. fıkrasının a bendi kapsamında idari para cezasını gerektiren eylemler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, somut olayda kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kayıtlarının işlenmesi bakımından Tüzük'ün 6. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve eylemin maddede sayılan hukuka uygunluk sebepleri kapsamına girmediği tespit edilmişse, veri sorumlusu kişi hakkında idari para cezası kararı verilebilecektir.

Son olarak, Tüzük'ün 84. maddesine göre; üye devletler, bilhassa 83. maddeye göre karşılığında idari para cezası öngörülenler dışındaki Tüzük ihlallerine yönelik iç hukuklarında diğer yaptırımları belirleme ve gerekli durumlarda uygulama yetkisine sahiptirler. Bu bağlamda, Alman Federal Veri Korunma Kanunu'nun *(BDSG)* 42. maddesinde yer alan suçlar söz konusu olabilecektir. Maddenin ilk fıkrasında, yetkisi bulunmaksızın ve bilerek, çok sayıda kişinin genel olarak erişime açık olmayan kişisel verilerini çıkar elde etmek için üçüncü kişilere aktaran veya başka bir şekilde ulaşılabilir hale getiren kişinin üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. İkinci fıkrada ise para karşılığında veya kendisine veya bir üçüncü kişiye çıkar elde etmek veya bir başkasına zarar vermek amacıyla, genel olarak erişilemeyen kişisel verileri yetkisi bulunmaksızın işleyen veya gerçek dışı beyanda bulunarak elde eden kişinin iki yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılması hüküm altına alınmıştır.

IV. CEZA HUKUKU ALANINDAKİ HÜKÜMLER

Ceza hukuku alanında kişinin görüntüsü ve sesi hem Türk hem de Alman Hukukunda bazı suç düzenlemeleri vasıtasıyla koruma altına alınmıştır. Bu nedenle, kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasına yönelik eylemlerin ceza hukuku açısından ilgili suç tipleri bağlamında değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

1. Kolluk Görevlileri ve Faaliyetlerine İlişkin Görüntüler Açısından Değerlendirme

Türk Ceza Hukuku'nda kişinin, kişisel veri niteliğindeki görüntüsü ve/veya sesinin korunması bakımından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.17'de yapılan yollama ile TCK m.135 ila 140 arasında düzenlenen suçlar gündeme gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; kişinin rızası olmaksızın resim ve görüntülerinin çekilmesi, yayımlanması ve başka şekillerde kamusallaştırılması

kural olarak Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır.[141]

Ceza hukuku açısından ise kişisel veri niteliğindeki görüntünün işlenmesi suretiyle gerçekleşen ihlaller bakımından, bunların "özel hayata" ilişkin olup olmaması uygulanacak hükme etki edebilmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'ne göre;

> *"Bir özel hayat görüntüsünün ya da sesinin, 'kişisel veri' olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsünün ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi TCK'nın 134/1. madde ve fıkrasının 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesi, yasal anlamda, TCK'nın 135/1 ve aynı Kanunun 136/1. madde ve fıkraları kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez".*[142]

Açıklamadan anlaşılacağı üzere Yüksek Mahkeme, kişinin özel hayat görüntüsü ve/veya sesini kişisel veri olarak nitelendirmekte, üçüncü kişilerce bilinmesi ve görülmesi istenmeyen özel yaşam alanına ilişkin bu görüntü ve/veya sesin yetkisiz olarak sabitlenmesi veya ifşa edilmesini de TCK m.134'de düzenlenen *"Özel hayatın gizliliğini ihlal"* suçu kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre, görüntü ve/veya ses biçimindeki kişisel verilere karşı gerçekleştirilen eylemlerde, TCK m.135 ila 140 arasında düzenlenen suçların tatbiki bakımından uygulamada temel ayrım, verinin kişinin gizli (mahrem), özel veya herkesçe bilinebilir kamuya açık alanına ilişkin

---

[141] AYM, Birinci Bölüm, 2014/20364, 05.10.2017, 45: *"Bireyi diğerlerinden ayırt eden ve onun kendine has özelliklerini taşıyan resim ve görüntüleri, kişilik değerlerinin bir parçasını oluşturmakta ve bu yönüyle özel hayata saygı hakkının kapsamına girmektedir. Bireyin resim ve görüntülerinin mahrem kalmasında ve başkalarının erişimine kapalı tutulmasında anayasal açıdan korunmaya değer hukuki yarar bulunmaktadır. Bu nedenle görüntü ve resimleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi kural olarak bireye ait olup kişinin rızası olmaksızın resim ve görüntülerinin çekilmesi, yayımlanması ve başka şekillerde kamusallaştırılması Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturur."*, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.11.2022).

[142] Y. 12. CD, E. 2019/14037, K. 2022/2232, 23.03.2022, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

olup olmamasına dayanmaktadır.[143] Suçun uygulama alanına ilişkin olarak benimsenen bu ayrımda, gizli veya özel hayat alanına ilişkin kişisel veri niteliğinde görüntü ve/veya ses kaydı oluşturulan kişinin kamu görevlisi olup olmaması ise kural olarak ayırt edici bir ölçüt değildir. Dolayısıyla, kolluk görevlileri gizli ve özel hayat alanlarına ilişkin görüntüleri bakımından AİHM'in belirlemiş olduğu ilkeler çerçevesinde normal bireylerle aynı derecede hukuki korumadan yararlanırlar.

Kolluk görevlilerinin, bilhassa kamuya açık alanlarda ve görevlerini yerine getirirken oluşturulan kişisel veri niteliğindeki görüntü kayıtları bakımından 5237 sayılı TCK m.135'de düzenlenen *"Kişisel verilerin kaydedilmesi"*; ayrıca bu görüntülerin yayılması bakımından TCK m.136'da düzenlenen *"Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme"* suçları gündeme gelecektir.

5237 sayılı TCK m.135/1'de; *"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir"*. Madde gerekçesinde; *"Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir."* açıklamasına yer verilerek, bir gerçek kişiye ilişkin olup, o kişiyi belirli kılacak tüm bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmiştir.[144] Bu bağlamda, kişiye ilişkin olup o kişiyi belirli kılan görüntü ve sesin de kişisel veri niteliğinde olduğu ve suçun konusunu oluşturabileceği düşüncesindeyiz.

Türk Öğretisinde ağırlıklı görüş, kanun sistematiği içerisindeki konumu ve korunan hukuki değerden hareketle bu suçun konusunu yalnızca kişinin "özel hayat alanı" kapsamında kalan ve dolayısıyla herkes tarafından bilinmeyip paylaşılmadığı sürece bilinmesi mümkün olmayan verilerin oluşturduğunu kabul etmektedir.[145] Bu bağlamda bazı yazarlar, görüntü ve/veya ses kaydı şeklindeki kişisel verilerin kaydedilmesi ve yayılması eylemlerinde

---

[143] KETİZMEN Muammer / KART Aslıhan, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme, **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, C. 1, S. 2, 2021, 261, 262.

[144] ARTUK M. EMİN / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. EMİN / ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, 540.

[145] HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, USA, Ankara, 2013, 287; benzer şekilde, ÖZBEK Veli ÖZER / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, 597; SERT Şeyma, **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, 101; SEVÜK YOKUŞ Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, 489, 490.

TCK m.134 ile m.135 uygulaması açısından ayrım yapmakta, özel ve gizli hayata ilişkin kişisel verilerin görüntü ve/veya ses gibi yansımalarla belirginleşmiş olması halinde TCK m.134'ün, buna karşın soyut bilginin ön planda olması halinde ise TCK m.135'in uygulanması gerektiğini savunmaktadır.[146] Yargıtay'ın da bu yönde verdiği kararlar mevcuttur.[147]

Öğretideki aksi yöndeki görüş ise ister özel hayat alanına dâhil olsun isterse de olmasın kişinin görüntü ve/veya sesinin kişisel veri niteliğinde olduğunu, hukuka aykırı olarak kaydedilen kişiye ait görüntü ve/veya ses özel hayat alanına ilişkin olmadığı takdirde TCK m.135'de düzenlenen suçun oluşacağını kabul etmektedir.[148] Bu görüşe göre, kişinin kendi rızasıyla alenileştirilmiş kişisel verileri de suçun konusunu oluşturacak, ancak bu verilerin kaydedilmesi veya açıklanmasının suç teşkil edip etmediği hukuka aykırılık unsuru bağlamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla, kaydedilmesi veya açıklanması suç oluşturmayan bir kişisel veri de suçun konusunu oluşturacaktır.[149]

---

[146] BAYRAKTAR Köksal, **Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi, Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi**, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, 631; aynı yönde, SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, 363. Yazar, veri olarak kaydedilen şeyin kişiye ait görüntü veya ses olması durumunda, bunların ilgilisinin rıza olmaksızın açıklanmasını TCK m.134/2 kapsamında değerlendirmektedir.

[147] Y. 12. CD, E. 2019/973, K. 2020/218, 08.01.2020: *"Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre, sanık ...'ın, bir alışveriş merkezinde, kayınbiraderinin eski eşi olan mağdur ... ile tanık Turgay'ı aynı masada yemek yerken görüp, cep telefonunun çekim yönünü onlara doğru odaklayarak, rızalarına aykırı şekilde fotoğraflarını çektiği ve durumu fark eden mağdurun sanığa müdahale etmek istediği esnada sanığın cep telefonunu montunun cebine koyup, hızla uzaklaştığı olayda;*

Tanık Turgay'la aralarındaki arkadaşlık ilişkisinin varlığını ve boyutunu kendisinde saklı tutan mağdur ...'nin başkalarınca görülmesini ve bilinmesini istemeyeceği özel görüntüsünün, sanık ... tarafından sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulacak şekilde kaydedilmesi nedeniyle sanığa isnat edilen TCK'nın 135/1. madde ve fıkrasındaki kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği; ancak, mağdurun özel yaşam alanına ilişkin görüntüsünü, onun rızasına aykırı şekilde kaydeden sanığa, iddianamede eyleminin tarif edildiği de nazara alınıp, CMK'nın 226. maddesi uyarınca TCK'nın 134/1-1 ve 134/1-2. madde, fıkra ve cümlelerinin uygulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkı tanınarak, CMK'nın 254. maddesi gereğince uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra, uzlaşma gerçekleşmediği takdirde, sanık hakkında görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, hukuki nitelendirmede yanılgıya düşülerek, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan mahkumiyet hükmü kurulması ...", https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.01.2023).

[148] ÇAKIR Kerim, "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)", **ABÜHFD**, C: 8, S: 16, 2020, 583; KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, 630, 643.

[149] KOCA / ÜZÜLMEZ, 630, 631.

Türk Öğretisindeki ağırlık görüş esas alındığında, TCK m.135'de düzenlenen suç ile korunan hukuki değer özel hayatın gizliliği olduğundan ve suçun konusunu da özel hayat alanına ilişkin kişisel veri niteliğindeki görüntüler oluşturduğundan, kolluğun kamuya açık alanda görüntü kaydının oluşturulması bu suça vücut vermeyecektir.[150]

Öğretide azınlıkta kalan görüşten yola çıkıldığı takdirde ise kişinin özel hayat alanına dâhil olmayan görüntüleri de kişisel veri olarak kabul edilebileceğinden, kolluk görevlilerinin kamuya açık alanda kaydedilen kişisel veri niteliğindeki görüntüleri de TCK m.135'de düzenlenen suçun konusunu oluşturabilecektir. Dolayısıyla, suçun konusunu oluşturabilen bu görüntülerin kaydedilmesi eyleminin suç oluşturmaması için somut olayda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekecektir.

Kanaatimizce, öğretideki iki görüşü de destekleyen argümanlar bulunmaktadır.

Öncelikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un Genel Gerekçesinde kanun koyucu, Kanun sistematiğine ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir: *"Üç ayrı kısım içinde yer alan bölümlerin maddelerinde, korunmak istenen hukuki yarar göz önünde bulundurulmak suretiyle sıralama yapılmış ve böylece aynı hak ve yararı ihlâl eden suçlar aynı bir bölüm içerisinde toplanmıştır"*. Bu açıklamalar doğrultusunda Kanunun *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı İkinci Kısmının *"Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* başlıklı Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda korunan hukuki menfaatin ve suçun konusunun, ağırlıklı görüş tarafından benimsendiği üzere yalnızca "özel hayat alanına ilişkin" kişisel veriler olduğu söylenebilir.

Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında kişinin özel hayat alanı dışında kalan görüntü ve ses kayıtlarının kişisel veri niteliği bulunmadığından bahisle TCK m.135'de düzenlenen suçun konusunu oluşturmadığını kabul ederken[151]; diğer bir kararında, *"Kişinin özel yaşam alanı içerisinde yer almayan*

---

[150] Y. 12. CD, E. 2015/35, K. 2015/7819, 11.05.2015: *"Türk Ceza Kanunu'nun cezai hükümlerinin mutlak surette koruma sağladığı özel hayatın gizli alanıdır. Bunun yanında özel hayat alanı ve kamuya açık alanları içinde olup gizli hayat alanı gibi koruma altında olan hal ve ilişkiler de olabilir. Örneğin kişinin bu alanlarda sürekli takip edilmesi, görüntü ve seslerinin kayda alınması, özel hayat kapsamında olup, cezai yaptırımlarla da korunması gerekir."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

[151] Y. 12. CD, E. 2015/13212, K. 2016/272, 13.01.2016: *"Sanığın müşteki ve katılanın rızası olmaksızın fotoğraflarını çektiği ... iddiasına konu olayda, kamuya açık alanda fotoğraf çek-*

görüntüsü, fotoğrafı ya da sesinin rızaya aykırı olarak kaydedilmesi veya kullanılması ise, kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir ve sanığın suç oluşturmayan eylemi özel hukuk yaptırımlarına konu olabilir." şeklinde tespitte bulunmuştur.[152] Ayrıca Yargıtay'a göre, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi ve içinde bulunulan fiziki çevrenin özellikleri ile müdahalenin derecesi gibi ölçütler de bir olay ya da bilginin özel hayat kapsamına girip girmediği belirlenirken dikkate alınacaktır.[153]

Öğretide benimsenen ağırlıklı görüş ve Yargıtay'ın yukarıda yer verilen tespitlerine göre kişinin kamuya açık alanlarda oluşturan ve özel hayat alanına dâhil olmayan görüntüsünün rızaya aykırı olarak ve süreklilik arz etmeyecek biçimde kaydedilmesi, ne genel hüküm niteliğinde olan TCK m.135 ne de özel hüküm niteliğinde olan m.134 kapsamında suçun konusunu oluşturacak, ancak kişilik haklarının ihlali bağlamında özel hukuk müeyyidelerine konu olabilecektir. Dolayısıyla, mesleği gereği çoğunlukla kamuya açık alanlarda ve kamuoyunun gözetiminde faaliyet gösteren kolluk görevlilerinin özel hayat alanına dâhil olmayan görüntüsünün kaydedilmesi halinde de ceza hukuku değil, özel hukuk sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ayrıca, kaydetme eylemini gerçekleştiren kişinin 6698 sayılı Kanun

---

me eyleminin, katılan ve müştekiyi süreklilik arz eden şekilde denetim ve gözetimi altına almaması ve fotoğraf elde edilip içeriğine de vakıf olunamadığı göz önünde bulundurulduğunda, ***adliye çıkışı çekildiği belirtilen müşteki ve katılana ait fotoğrafların 'kişisel veri' olarak kabul edilemediğinden*** *..."*, https://www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 19.01.2023).

[152] Y. 12. CD, E. 2014/11938, K. 2015/593, 19.01.2015; aynı yönde, Y. 12. CD, E. 2013/9669, K. 2014/3760, 17.02.2014, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 19.01.2023).

[153] Y. 12. CD, E. 2014/11938, K. 2015/593, 19.01.2015: *"Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle, kamuya açık alanda bulunulması, bu alandaki her görüntü veya sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez. Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, 'kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik' prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yapıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kavramı kapsamına dâhildir;* ***ancak, süreklilik içermeyen ve özel yaşam alanına dâhil olmayan olay ve bilgiler ise bu kapsamda değerlendirilemez. Sonuç olarak, bir olay ya da bilginin, özel hayat kavramı kapsamına girip girmediği belirlenirken, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüleri, içinde bulunulan fiziki çevrenin özellikleri, sosyal ilişkileri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler göz önüne alınmalıdır."***, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 19.01.2023).

kapsamında veri sorumlusu sıfatına sahip olması halinde, m.18'de veri sorumlusu bakımından belirlenen kanuni yükümlülüklerin ihlali bağlamında kabahat sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.

Öğretide benimsenen diğer görüşün kabulü halinde ise kolluk görevlilerinin kamuya açık alanlardaki görüntüsü de kişisel veri niteliğinde olabileceğinden, bu görüntünün kaydedilmesi TCK m.135'de düzenlenen suçun konusunu oluşturabilecek ve bu durumda eylemi hukuka uygun hale getirebilecek nedenler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması söz konusu olacaktır. Hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince, hukuka aykırılık tüm hukuk düzenine aykırılığı ifade etmekte ve hukuka uygunluk nedenleri de hukuk düzeninin her bir bölümünden kaynaklanabilmektedir.[154] Buna göre, TCK m.135 açısından hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukundan olduğu gibi medeni hukuktan veya başka bir hukuk dalından da kaynaklanabilir. Dolayısıyla, somut olayda TCK'da yer verilen kanun hükmünü yerine getirme (m.24) ile hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının (m.26) yanı sıra, çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanan FSEK m.86/2, TMK m.24/2, 6698 sayılı Kanun m.28/1 ile m.5/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri dikkate alınarak eylemin hukuka aykırılığı tespit edilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın, kişinin özel yaşam alanı içerisinde yer almayan görüntüsü ya da sesinin TCK m.135 anlamında "kişisel veri" niteliğinde olmadığına yönelik kabulü kanaatimizce isabetli değildir. Zira 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun'un 3. maddesine ilişkin gerekçede ve Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında yer verilen kavram, özel hayat alanına ilişkin kişisel veriler ile sınırlı olacak şekilde tanımlanmamıştır. Aynı şekilde TCK m.135'de yer alan düzenlemenin başlığı ve madde gerekçesindeki kişisel veri tanımının da bu görüşümüzü destekler mahiyette olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca kanun koyucunun Genel Gerekçenin devamında yer verdiği; *"Bilindiği gibi bazen aynı bir suç, birden çok yararı aynı zamanda ihlâl edebilir ve değişik yararları aynı zamanda koruma hedefini güdebilir. Bu gibi hâllerde, suça ilişkin değişik hak ve yararlar arasında galip olan, üstün sayılan yarara göre maddenin yeri saptanmıştır."* şeklindeki açıklamasından hareketle, kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla yalnızca özel hayat alanının değil, aynı zamanda kişinin, kendisine ilişkin verilerin ne şekilde, ne zaman ve hangi koşullarda kaydedilebileceğine dair özgürlüğünün kısacası kişisel verileri üzerindeki haklarının da korunduğu

---

[154] AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet, Ankara, 2022, 530.

ileri sürülebilir. Bu bağlamda, kamuya açık alan kural olarak kişinin diğer kişilerce bilinmesinde sakınca görmediği olayları kapsamakla birlikte, salt mesleği gereği kamuya açık alanlarda faaliyette bulundukları için kolluk görevlilerinin özel hayat alanlarına dâhil olmayan kişisel veri niteliğindeki görüntüleri üzerindeki haklarından koşulsuz olarak vazgeçtikleri sonucu da çıkarılmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın, özel hayat alanına dâhil olmamakla birlikte üçüncü kişilerin bilgisine sunulmayan, istenildiğinde başka kişilere açıklanarak sınırlı bir çevre ile paylaşılan verilerin TCK m.135'de düzenlenen suçun konusunu oluşturabileceğini kabul ettiği kararları mevcuttur.[155] Hatta yakın tarihli kararlarında Yargıtay, TCK m.135 ve m.136 kapsamında korunan kişisel verilerin mutlaka sır niteliğinde olması gerekmediği, aksine herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması mümkün olan kişisel bilgilerin de suçun konusunu oluşturabileceği görüşünü benimsemektedir:

> *"**TCK'nın 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında**, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçiril-*

[155] Y. 12. CD, E. 2013/5239, K. 2014/13911, 08.12.2014: *"5237 sayılı TCK'nın 135. maddesinde öngörülen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunun maddi konusunu oluşturan 'kişisel veri' kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri, adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA'sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği, TCK'nın 134. maddesinde öngörülen suçun konusunu oluşturan özel hayat kavramının ise, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını oluşturduğu, dava konusu olayda sanığın, katılanla cinsel ilişkiye girdikleri sırada katılanın rızasına hilafen görüntüleri kayda alıp, daha sonra bu görüntüyü bulundurma eyleminin, katılanın tamamen özel yaşamıyla ilgili hususu ihlal niteliği taşıdığı ve sanığın 5237 sayılı TCK'nın 134/1. maddesinde öngörülen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi ..."*; aynı yönde, Y. 4. CD, E. 2014/15883, K. 2016/13258, 10.10.2016: *"Sanık ...'ın, katılan ...'nün karakolda ifadesi alındığı sırada görüntüleri cep telefonuna kaydetmeye teşebbüs eylemini, hangi amaçla gerçekleştirdiği açıklığa kavuşturulduktan sonra, sanığın eyleminin TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal, 135. maddede düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarından hangisine uyduğunun gerekçeleriyle belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması yerine yazılı şekilde hüküm tesisi ..."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

mesi fiilleri TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturur. ***Bu nedenle herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de, yasal anlamda 'kişisel veri' olarak kabul edilmeli ve hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır"***.[156]

Yüksek Mahkeme, benimsediği bu görüşe uygun olarak, herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel verilerin de suçun konusunu oluşturabileceğini kabul ederken, TCK m.135 ve m.136'da düzenlenen suçların uygulama alanının belirlenmesi açısından, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak herhangi bir hukuk dalından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı ve faildeki hukuka aykırılık bilincinin varlığının araştırılması gerekliliğine vurgu yapmaktadır.[157]

---

[156] Y. 12. CD, E. 2020/1085, K. 2022/1506, 07.09.2022; Y. 12. CD, E. 2019/973, K. 2020/218, 08.01.2020; Y. 12. CD, E. 2018/8186, K. 2019/5456, 24.04.2019; Y. 12. CD, E. 2018/8360, K. 2019/9056, 18.09.2019; Y. 12. CD, E. 2017/2960, K. 2018/1541, 14.02.2018: *"Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına ve ikrar içeren savunmaya göre; sanığın, bir dönem internet üzerinden tanışıp arkadaş olduğu katılanın daha önce kendi Facebook hesabında paylaştığı resimleri, katılan ile tartışmaları nedeniyle katılan adına açtığı sahte Facebook hesabından katılanın rızası dışında yayınladığı iddia edilen olayda, katılanın gündelik kıyafetler ile kamuya açık alanda çekilmiş ve* ***kişisel veri niteliğindeki resimlerini daha önce kendi Facebook hesabında yayımlamasının bu resimlerin kişisel veri olma özelliğini değiştirmeyeceği gibi üçüncü kişilere katılanın rızası dışında yayınlama hakkı da tanımayacağı gözetilmeden*** *sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde sanığın beraatına karar verilmesi ..."*; Y. 12. CD, E. 2016/9759, K. 2017/10938, 26.12.2017: *"Mağdura ait Facebook hesabından* ***herkes tarafından erişilip, kolaylıkla elde edilebilen ve mağdurun özel yaşam alanına ilişkin olmayıp, günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektirdiği kişisel veri niteliğindeki resmini****, mağdura ait kimlik, adres, telefon vb. bilgilere yer vermeksizin, aynı sitedeki kendisine ait profilde,* ***hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasından dolayı hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle*** *başkalarının görgüsüne sunan sanığın eyleminde TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun yasal unsurlarının oluştuğuna dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir."*, https://kararara ma.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.01.2023).

[157] Y. 12. CD, E. 2018/8152, K. 2019/4886, 10.04.2019: *"Ancak, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun uygulama alanının amaçlanandan fazla genişletilerek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması,* ***olayda herhangi bir hukuk dalı tarafından kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni*** *veya bu kapsamda nazara alınabilecek bir hususun bulunup bulunmadığının saptanması ve sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da tespit edilmesi gerekir."*; Y. 12. CD, E. 2018/8186, K. 2019/5456, 24.04.2019: *"Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre; daha önce Facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde katılan ... tarafından paylaşılan katılanın fotoğraflarının, sanık ... ile katılan arasında husu-*

Son olarak, Türk Hukukunda kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının yasaklanması amacıyla yayınlanan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı Genelgesi açısından konu ele alındığında; kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü kaydına alınmasının ve/veya umuma arz edilmesinin genel olarak yasaklanmasına ve bu yasağın yerine getirilmesi amacıyla kolluk tedbirleri uygulanmasına dayanak teşkil edebilecek herhangi bir ceza hukuku düzenlemesi bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda kişinin özel yaşam alanına dâhil olan görüntüsüne yönelik ihlaller Alman Ceza Kanunu m.201a'da yaptırım altına alınmıştır. *"Görüntü Almak Suretiyle Yüksek Kişisel Yaşam Alanının ve Kişilik Haklarının İhlali"* başlıklı maddeye göre;

> *"(1) Her kim; 1. Bir konutta veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir alanda bulunan bir kişinin yetkisiz olarak görüntüsünü almak veya iletmek suretiyle bu kişinin yüksek kişisel yaşam alanını ihlal ederse, 2. Başka bir kişinin çaresiz durumunu gösteren bir görüntüyü teşhir etmek, yetkisiz olarak almak veya iletmek suretiyle bu kişinin yük-*

---

met oluştuğu dönemde, sanık ...'a ait Facebook hesabından, ... katılanın bilgisi dışında paylaşıldığı olayda; katılanın kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını ***hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle*** *hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle başkalarının görgüsüne sunan sanığın sübut bulan eyleminden dolayı TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, '...katılan tarafından arkadaşı olan herkesin görebileceği şekilde konan fotoğrafları paylaşmanın atılı suçun unsurlarını oluşturmayacağı...' biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında CMK'nın 223/2-e madde ve fıkrası gereğince beraat kararı verilmesi ..."*; aynı yönde, Y. 12. CD, E. 2018/8144, K. 2019/8317, 10.07.2019: *"Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre; sanıkların sahibi olduğu özel hastanede hastane müdürü ve başhekim olarak görev yapan, hastanenin aynı zamanda ortağı olan ortopedi doktoru katılan ...'in, anılan hastaneden ve ortaklıktan ayrılmasına rağmen hastaneye ait internet sitesinde yer alan reklam filmlerinde, hastanenin başhekimi ve ortopedi uzmanı olduğuna dair açıklamalarla beraber rızası olmaksızın görüntülerinin yayımlanmaya devam ettiği iddia ve kabulüne konu olayda; katılan tarafından kaldırılması istenilmesine ve bu konuda daha önce şikayette bulunulmasına rağmen reklam filmlerini aynı şekilde yayımlamaya devam ederek, katılanın kişisel veri niteliğindeki görüntüsünü* ***hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle*** *başkalarının görgüsüne sunmaya devam eden sanıkların sübut bulan eylemlerinden dolayı TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, katılanın ortaklıktan ayrılmış olmasına rağmen hastanede başhekim ve ortopedi uzmanı olarak görev yaptığı izlenimi uyandıran reklam filmlerinin kişisel veri olarak kabul edilemeyeceğine ve sanıkların kastının bulunmadığına dair yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanıklar hakkında CMK'nın 223/2-a-c madde, fıkra ve bentleri gereğince beraat kararı verilmesi ..."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.01.2023).

sek kişisel yaşam alanını ihlal ederse, 3. Ölen bir kişiyi büyük ölçüde rahatsız edici bir biçimde gösteren bir görüntüyü yetkisiz olarak alır veya iletirse, 4. 1 ila 3. bentlerde düzenlenen bir fiil ile elde edilen görüntüyü kullanır veya bunlara üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa, 5. 1 ila 3. bentlerde tanımlanan türde olup yetkili olarak alınan bir görüntüye bilerek ve yetkisiz olarak üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlar ve böylelikle 1 ve 2. bentlerde sayılan hallerde bu kişinin yüksek kişisel yaşam alanını ihlal ederse, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim yetkisiz olarak başka bir kişinin itibarına ciddi ölçüde zarar vermeye elverişli olan görüntüsüne üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa, aynı şekilde cezalandırılır. Bu durum, aynı koşullar altında ölen bir kişinin görüntüsü için de geçerlidir. (3) Her kim, onsekiz yaşını doldurmamış bir başka kişinin çıplak halini konu edinen görüntüsünü, 1. Bedel karşılığında temin etmek üzere üretir veya sunarsa ya da 2. Kendisine veya üçüncü bir kişiye bedel karşılığı olarak temin ederse, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (4) 4 ve 5. bentler ile bağlantılı olsa da 1. fıkranın 2 ve 3. bentleri ile 2 ve 3. fıkralar, sanat, bilim, bilimsel araştırma veya öğreti, güncel veya tarihi olaylar hakkında haber verme veya benzeri amaçlar gibi ağırlıklı olarak haklı yararlara hizmet eden davranışlar hakkında uygulanmaz. (5) Fail veya şerik tarafından kullanılan görüntü taşıyıcı ve görüntü alan cihazlar ile diğer teknik cihazlar müsadere edilebilir. Madde 74a uygulanır".

Madde hükmünün tatbiki açısından görüntünün gerçek olması aranmaktadır. Dolayısıyla kara kalem veya yağlı boya resimler görüntü olarak kabul edilmemektedir. Kullanılan görüntünün gerçek olması halinde fotomontaj suçun konusu olabilmektedir. Görüntünün tek bir resim veya video kaydından oluşması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.[158]

Kanun koyucu, maddenin 1. fıkrasında kişinin görüntüsü üzerinden koruma altına almayı amaçladığı *"yüksek kişisel yaşam alanı"* hakkında Gerekçede; *"Yüksek kişisel yaşam alanı kavramı; suçun tipikliğini kişisel yaşam alanı ile sınırlandırmaktadır ki, bu alanda diğer kişisel alanlara müdahalelerde gerekli olduğu gibi, kamusal yararla bireysel yararların korunması arasında bir denge değerlendirmesi yapılmaz. Yüksek kişisel yaşam alanı*

---

[158] GRAF Peter Jürgen, **Münchener Kommentar zum StGB**, Cilt 4, Vor § 201, §§ 201-202d, Editör: GUNTHER M. Sandler, 4. Baskı, Verlag C. H. BECK, München, 2021, § 201a kn 26.

kavramı, içeriği itibarıyla Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında kullanılan ve özel hukuka ilişkin içtihatlarda daha yakından tarif edilen mahrem (gizli) yaşam alanı kavramına dayandırılabilir. Buna göre mahrem yaşam alanına, bunlarla sınırlı olmamak üzere öncelikle hastalık, ölüm veya cinsellik alanları dâhildir. Hangi yaşam alanlarının mutlak şekilde korunan bu mahrem yaşam alanına dâhil olduğuna ilişkin tahdidi bir sayım ise uygulayıcı tarafından henüz geliştirilmemiştir. Mahrem yaşam alanı kural olarak, gizli mektuplar ve günlük kayıtları gibi dış dünyadaki tezahürleriyle içsel düşünce ve duygusal dünyayı, ayrıca örneğin, sağlık durumu, cinsel yaşama dair ayrıntılar ve çıplak görüntüler gibi doğası gereğince gizli tutulma talebinin oluştuğu konuları kapsar. Bir kadının jinekolojik muayenesi, tuvalet, sauna, solaryum ve soyunma odalarının kullanımı da mahrem yaşam alanına aittir. Aile yaşamına ilişkin belirli olaylar da yüksek kişisel alanın belirlenmesinde hesaba katılmalıdır. Kural olarak bu, aile içindeki karşılıklı kişisel bağ, ilişki ve münasebetlerle ilgili olup üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla erişilemeyen ve yabancıların gözetiminden korunmayı hak eden aile yaşamına dair olaylar için geçerlidir." şeklindeki açıklamalara yer vermek suretiyle suçla korunan yüksek kişisel yaşam alanın; kişinin mahrem (gizli) yaşam alanını ve ayrıca üçüncü kişilerce kolaylıkla erişilemeyen ve yabancıların gözetiminden uzak aile yaşamını kapsadığını vurgulamıştır.[159] Bu bağlamda kanun koyucu, m.201a'da yüksek kişisel yaşam alanını mekânsal olarak konutla veya dışarıdan görülmeye karşı özel olarak korunan bir alanla sınırlandırmıştır. Ancak belirtilen bu yerlerin, kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye ait olması veya bu yerlerde bulunma yetkisinin bulunup bulunmaması önem arz etmemektedir.[160] Kamuya tamamen açık alanlar veya sınırlı bir şekilde açık işyerleri ise kural olarak madde fıkrası kapsamına dahil edilmemiştir.[161]

Kolluk görevlileri de Alman Ceza Kanunu m.201a'da yer alan düzenleme kapsamında yüksek kişisel yaşam alanlarının korunması ve 4. fıkrada düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin tatbiki bakımından normal bireylerle aynı haklara sahiptirler. Ancak, görevleri esnasında kolluk görevlileri-

---

[159] Alman Parlamentosu, 15. Seçim Periyodu, 10.02.2004, Ceza Hukuku Değişikliği Yasa Taslağı - § 201a, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drs.) 15/2466, 5, https://dserver.bundestag.de (Erişim Tarihi: 26.01.2023).

[160] FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 55. Auflage, Verlag C. H. BECK, München, 2008, § 201a kn 10.

[161] HEGER Martin, **Strafgesetzbuch**, Kommentar, §§ 68-358, Herausgegeben von: LACKNER Karl / Kristian KUHL / HEGER Martin, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2023, § 201a kn 2.

nin kişisel görüntülerinin bu suç çerçevesinde korunduğunu söyleyebilmek iki nedenle güçtür. Bunlardan ilki, kolluk görevlilerinin mesleği gereği kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi ve suçların aydınlatılması gibi amaçlarla özellikle kamuya açık alanlarda ve kamuoyunun gözetiminde faaliyet göstermeleridir. Bu faaliyetlerin, gizli hayat alanları veya üçüncü kişilerce kolaylıkla erişilemeyen ve yabancıların gözetiminden uzak aile yaşamını kapsamadığı açıktır. Dolayısıyla, görevleri esnasında kolluk görevlileri kural olarak yüksek kişisel yaşam alanlarında veya bu alana dâhil olabilecek bir faaliyet içinde değildirler. İkinci neden ise Alman Ceza Kanunu m.201a'da öngörülen mekânsal sınırlamadır. Görevlerini çoğunlukla kamuya açık alanlarda veya kendi yüksek kişisel yaşam alanlarına dâhil olmayan yerlerde yerine getiren kolluk görevlileri açısından madde hükmünde öngörülen mekânsal koşulların gerçekleşmesi de mümkün değildir. Her ne kadar yüksek kişisel yaşam alanı olarak kabulü için bulunulan yerin kişinin kendisine ait olması gerekmese de, örneğin bir konutta arama esnasında görüntülenen kolluk görevlileri açısından bu koşul sağlanmamış olacaktır. Zira kolluk görevlilerinin bulunduğu konut, burada bulunan kişiler bakımından yüksek kişisel yaşam alanı oluşturabilse de, görevi gereği konutta bulunan kolluk görevlisinin faaliyeti yüksek kişisel yaşam alanına ilişkin olmadığından suç oluşmayacaktır.

Öte yandan, Alman Ceza Kanunu m.201a/1/2'de başka bir kişinin çaresiz durumunu gösteren bir görüntünün yetkisiz olarak oluşturulması veya iletilmesi veya teşhiri suretiyle bu kişinin yüksek kişisel yaşam alanının ihlal edilmesi; m.201a/2'de ise başka bir kişinin itibarına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olan görüntüsüne üçüncü bir kişinin ulaşabilmesinin sağlanması yaptırım altına alınmıştır. Bu bakımdan, belirli olaylarda kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntüsünün kaydedilmesi bahsi geçen düzenlemeler kapsamında yüksek kişisel yaşam alanının ihlalini gündeme getirebilir.

Alman Ceza Kanunu m.201a/1/2'de düzenlenen suçun oluşumu için bir başkasının çaresiz durumuna ilişkin görüntü kaydının oluşturulması, iletilmesi veya teşhir edilmesi aranmaktadır. Madde bendi anlamında *"çaresiz durum"*; mağdurun tek başına karşı koyamayacağı, yaşam veya vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlikenin söz konusu olduğu durumları ifade etmektedir.[162] Böyle bir durumda kişinin görüntüsünün oluşturulması, aynı zamanda

[162] Alman Federal Mahkemesi, 4 StR 244/16, 25.04.2017, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 14.02.2023); EISELE, § 201a kn 20.

yüksek kişisel yaşam alanını da ihlal edecektir.[163] Nitekim kolluk görevlileri de faaliyetleri esnasında (örneğin, yaralanma gibi) çaresiz durumlara düşebilmektedir. Dolayısıyla görevleri esnasında böyle bir durum içerisine düşen kolluk görevlileri bakımından da madde bendinin uygulanabilirliği gündeme gelebilecektir.

Alman Ceza Kanunu m.201a/2'de düzenlenen suç bakımından ölçüt ise görüntünün mağduru aşağılamaya veya kamuoyu nezdinde küçük düşürmeye elverişli olmasıdır.[164] Bu bağlamda, görüntülenen kişinin mesleği, yaşı, kişisel ilişkileri ve toplumsal konumunun yanı sıra görüntünün başlı başına mağduru aciz durumda göstermeye uygun olup olmadığı, ne şekilde teşhir edildiği ve üçüncü kişilerin gösterdikleri tepkiler gibi somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmaktadır.[165] Ayrıca, madde fıkrası uyarınca kişinin itibarına gelebilecek zarar önemli boyutta olmalıdır. Bu bakımdan, korunan hukuki yarara yönelik sosyal açıdan katlanılamaz bir zararın varlığı aranmaktadır.[166] Bununla birlikte, işlem veya faaliyetlerinin görüntülenmesinin kural olarak kolluk görevlilerinin itibarlarının önemli ölçüde zedelenmesine neden olmayacağı, kendileri açısından rahatsız edici olsa da, görüntülenen davranışlarının kolluk görevlilerini objektif açıdan hiçbir şekilde kamuoyu nezdinde küçük düşürmeye elverişli olmadığı, ayrıca resmi faaliyetleri esnasında itibarlarına yönelik endişe duyulabilecek derecede önemli bir zarar tehlikesinin oluşmayacağı ve böylelikle Alman Ceza Kanunu m.201a/2'de yer alan düzenlemenin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir.[167]

Öte yandan, Alman Hukuku'nda kolluk görevlileri de dâhil olmak üzere kişilerin görüntülerinin korunduğu temel suç düzenlemesi olan Alman Telif Hakları Kanunu'nun *(KunstUrhG)* 33. maddesi ve bu maddenin tatbiki açısından gündeme gelen hukuka uygunluk nedenleri çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak ortaya konulmuştu. Bu suçla korunan hukuki menfaat, kişinin görüntüsü üzerindeki hakları ve görüntüsünün umuma arzı veya yayımlanması açısından karar verme özgürlüğüdür.[168] Alman Ceza Kanunu

---

[163] EISELE, § 201a kn 23.

[164] KARGL Walter, **Strafgesetzbuch**, Nomos Kommentar, §§ 201-206, Herausgegeben von: KINDHÄUSER Urs / NEUMANN Ulfrid / PAEFFGEN Hans-Ullrich, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 201a kn 10.

[165] EISELE, § 201a kn 40.

[166] Ibid, § 201a kn 41.

[167] REUSCHEL, 19.

[168] GRAF, § 201a kn 117.

m.201a'de yer alan düzenlemelerden farklı olarak, yalnızca kişinin yüksek kişisel yaşam alanına ilişkin görüntüleri korunmamaktadır. Dolayısıyla, kamuya açık alanda faaliyet gösteren kolluk görevlilerinin görüntüleri de bu suçun konusunu oluşturabilmektedir.

Son olarak, Alman Ceza Kanunu m.201a/1/2'de düzenlenen suçun oluşumu için kişinin yüksek kişisel hayat alanını ihlal edici mahiyette çaresiz durumda görüntüsünün oluşturulması yeterli iken; Alman Telif Hakları Kanunu m.33'ün tatbiki açısından kişinin görüntüsünün umuma arzı veya yayımlanması suçun maddi unsuruna dâhildir.

2. Kolluk Görevlileri ve Faaliyetlerine İlişkin Ses Kayıtları Açısından Değerlendirme

Türk Ceza Hukuku'nda kolluk görevlilerinin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri konuşmaların kayda alınması ve ifşa edilmesi bakımından TCK m.133'de düzenlenen "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçu gündeme gelecektir. TCK m.133'e göre;

> *"(1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. (3) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dört bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur".*

Kanunun *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı İkinci Kısmının *"Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* başlıklı Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen bu suçla korunan hukuki değerin özel hayatın gizliliği ve/veya sözün mahremiyeti olduğu belirtilmektedir.[169]

---

[169] GÖKTÜRK Neslihan, "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması", **TAAD**, C. 7, S. 24, 2016, 151, 152; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 272, 273; KOCA / ÜZÜLMEZ, 601; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 573; PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, 76-150. Maddeler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, 2076; ŞAHBAZ İbrahim, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, (Madde 1-149), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 1550; TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan /

Türk Öğretisinde bir görüş, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların özel hayat alanı kapsamında kaldığı yönündedir.[170] Anayasa Mahkemesi'ne göre de;

> *"Kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır. Kişinin görüntüsünün yanında sesinin de kişisel veri mahiyetinde olduğu açıktır.* ***Yine aleni olmayacak şekilde yapılan konuşmalar da kişinin özel hayat alanına dairdir****. Dolayısıyla söz konusu değerlere karşı her türlü saldırı karşısında korunmayı talep etme hakkı, özel hayata saygı ile onun daha özel güvencelerinden olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamındadır".*[171]

TCK m.133/1'de düzenlenen suçun konusunu "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalar" oluşturmaktadır.[172] TDK Güncel Sözlük'te *"konuşma"* kavramı; *"1. Konuşmak işi, 2. Görüşme, danışma, müzakere, 3. Dinleyicilere bilim, sanat, edebiyat vb. konularda bilgi vermek için yapılan söyleşi, konferans"* olarak tanımlanmaktadır.[173] TCK m.133/1 anlamında *"konuşma"*; *"iki veya daha fazla kişi arasında yüz yüze, araya vasıta koymadan gerçekleştirilen düşünce açıklamaları"* olarak ifade edilmektedir.[174]

Elbette, konuşmanın bu suçun konusunu oluşturabilmesi için aleni olmaması gerekir. "Aleni olmayan konuşma"; *"Herkesin bilmesi gerekmeyen, bilinmesi istenmeyen, gizli kalması istenen, üçüncü kişilerle paylaşıma sunulmamış konuşma"* olarak tarif edilmektedir.[175] Diğer bir ifadeyle aleni olmayan konuşma; *"başkalarına gizli olan konuşmadır"*.[176] Madde gerekçesinde bu husus; *"İki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından*

ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, 711, 712; YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, 4091; ZAFER Hamide, **Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması Suçu**, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, 556, 557.

170 GÖKTÜRK, 153; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 573.

171 AYM, Genel Kurul, 2018/16857, 29.09.2022, 26, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

172 KOCA / ÜZÜLMEZ, 603; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 573; TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, 712.

173 TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.02.2023).

174 KOCA / ÜZÜLMEZ, 603.

175 ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 574.

176 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 273.

ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur." şeklinde açıklanmıştır. O halde, kişiler arasındaki konuşma başkaları tarafından özel çaba gösterilmeksizin dinlenebiliyorsa artık alenidir ve suçun konusunu oluşturmaz.[177]

Yargıtay, TCK m.133/1 kapsamında aleni olmayan konuşmayı; *"İki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmeyeceği ve sınırlı bir dinleyici çevresi dışına çıkmayacağı yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, herhangi bir aracı vasıta olarak kullanmadan, yüz yüze gerçekleştirdikleri, ancak özel bir çaba gösterilerek duyulabilecek, aleni olmayan, söze dayalı, sesli düşünce açıklamaları"* olarak tanımlanmaktadır.[178]

Suçun oluşumu bakımından konuşmanın nerede yapıldığının bir önemi yoktur.[179] Bu nedenle, konuşmanın özel veya kamusal alanlarda gerçekleşmesi arasında bir fark yoktur. Madde gerekçesinde bu husus; "*Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur. Keza, örneğin bir evde sınırlı sayıda kişiler arasında yapılan konuşma, aleni olmayan bir konuşmadır.*" şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca, konuşmanın içeriği ve bu içeriğin kişisel, özel veya gizli olup olmamasının öneminin bulunmadığı, dolayısıyla özel hayata ilişkin olabileceği gibi mesleki, ticari veya diğer bir alana dâhil olabileceği de kabul edilmektedir.[180]

Bu açıklamalar doğrultusunda, kolluk görevlilerinin faaliyetleri sırasında kendi aralarında veya diğer kişilerle gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşmalar da kural olarak TCK m.133 kapsamında değerlendirilebilecektir.

---

[177] KOCA / ÜZÜLMEZ, 604; Y. 12. CD, E. 2019/2125, K. 2019/5887, 08.05.2019: *"... Söyleşinin, 'aleni olmaması'; yani, 'belirsiz sayıda kişinin, ayrıca bir çaba harcamadan, rahatlıkla duyabileceği ve algılayabileceği şekilde konuşulmaması' gerekli ve yeterli olup, söyleşi içeriğinin suçun oluşması bakımından bir önemi yoktur."*; aynı yönde, Y. 12. CD, E. 2014/700, K. 2014/18384, 22.09.2014: *"Dairemizce izlenen görüntü içeriğine ve dosya kapsamına göre, katılanın, kamuya açık alanda, diyolog halinde olduğu kişilerin dışında, diğer taraftarların da rahatlıkla duyabileceği tonda konuştuğu ve aleni konuşmasının kayda alınmış olması nedeniyle sanıkların üzerlerine atılı kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği ..."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.02.2023).

[178] Y. 12. CD, E. 2020/1743, K. 2022/7907, 02.11.2022; Y. 12. CD, E. 2013/11860, K. 2014/2963, 10.02.2014, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.02.2023).

[179] KOCA / ÜZÜLMEZ, 605; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 574; ZAFER, 566.

[180] GÖKTÜRK, 156; KOCA / ÜZÜLMEZ, 605; ZAFER, 566.

Bu konuşmalar, kolluk görevlilerinin yerine getirdikleri faaliyetin kamu görevi olması veya konuşmanın içeriğinin kamusal vasıfta olmasından hareketle doğrudan aleni konuşma olarak nitelendirilemez.[181]

TCK m.133/1'de düzenlenen suçun faili, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan herkes olabilir.[182] Böylece, kişilerin tarafı oldukları konuşma içeriklerini kaydetmeleri TCK m.133/1 kapsamında suç olarak düzenlenmemiştir.[183] Ancak, tarafın kaydettiği konuşmanın içeriğinin özel hayata ilişkin olması halinde TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun varlığı gündeme gelebilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında bu yönde bir değerlendirme yapılmaktadır.[184]

---

[181] Y. 12. CD, E. 2017/6442, K. 2019/5887, 08.05.2019: *"Buna göre, söyleşi; gizlilik taşıyan ve özel yaşam alanı kapsamında yer alan konularla ilgili olabileceği gibi, herkes tarafından bilinen veya anlamsız ya da sıradan hususlar hakkında da olabilir. Ayrıca, söyleşinin nerede yapıldığı da önemli değildir, yeter ki aleni olmayacak şekilde konuşulsun."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.02.2023).

[182] Y. 12. CD, E. 2017/6442, K. 2018/3602, 28.03.2018: *"Sanığın, katılan ...'nin doğum yaptığı gün hastaneye ziyarete gittiğinde katılanın aile bireylerinin de bulunduğu odada cep telefonunu açık olarak odada bırakıp dışarı çıktığı ve katılanın konuşmalarını kaydettiği daha sonra bu kaydı değişik zamanlarda tanıklara dinlettirdiği şeklinde sübut bulan eylemlerinden dolayı sanık hakkında TCK'nın 133/1 ve TCK'nın 133/3, 43/1. madde ve fıkraları gereğince ayrı ayrı mahkûmiyet hükümleri kurulması gerektiği gözetilmeksizin, delilerin takdirinde yanılgıya düşülerek sanığın konuşmaları kaydetme ve ifşa eylemleri tek bir suç kabul edilerek TCK'nın 133/1. madde ve fıkrası uyarınca temel ceza belirlenmesi suretiyle tek bir mahkûmiyet hükmü kurulması ...",* https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.02.2023).

[183] Y. 12. CD, E. 2020/1058, K. 2022/6239, 05.10.2022: *"Ses kaydının çözümüne ilişkin 23.03.2015 tarihli CD dinleme tutanağına ve dosya kapsamına göre, sanık tarafından yüz yüze gerçekleşen görüşme esnasında kaydedilen konuşmanın tarafları sadece sanık ve katılan olup, sanığın tarafı olduğu konuşmayı kaydetmesinden dolayı iddianamede sanığa yüklenen TCK'nın 133/1. madde ve fıkrasındaki kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya bir ses alma cihazı ile kaydetme suçunun yasal unsurları oluşmadığı gibi ..."*; Y. 2. CD, E. 2021/1484, K. 2021/5656, 07.07.2021: *"... Sanık tarafından video olarak kaydedilmesi biçiminde sanığa isnat edilen eylemin, TCK'nın 133. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi ses alma cihazı ile kaydetme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, ancak konuşmanın tarafı olmayan kişi veya kişilerce işlenebilecek olan TCK'nın 133. maddesinin 1. fıkrasındaki kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya bir ses alma cihazı ile kaydetme suçundan yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması ..."*; Y. 12. CD, E. 2019/9011, K. 2021/3093, 24.03.2021: *"... Sanığın tarafı olduğu konuşmayı kaydetmesinden dolayı iddianamede sanığa yüklenen TCK'nın 133/1. madde ve fıkrasındaki kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları bir aletle dinleme veya bir ses alma cihazı ile kaydetme suçunun yasal unsurları oluşmadığı gibi ..."*; aynı yönde, Y. 12. CD, E. 2018/8097, K. 2019/1078, 23.01.2019, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.02.2023).

[184] Y. 12. CD, E. 2018/8356, K. 2019/8341, 10.07.2019: *"Sanığın, çalıştığı şirkette yetkili bulunan katılanlar ile ayrı ayrı yaptığı içeriği özel olmayan yüz yüze konuşmaları cep telefonu ile kaydettiği iddia edilen olayda; Sanığın, katılanlar ile yaptığı yüz yüze konuşmayı kaydetmesi eylemin TCK'nın 133/1. madde ve fıkrasında düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların din-*

Buna göre, kolluk görevlilerinin, faaliyetleri sırasında ve bilhassa görevleri gereğince gerçekleştirdikleri "iki kişi" arasındaki aleni olmayan konuşmalarının bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi bakımından aşağıdaki ihtimaller ortaya çıkabilecektir:

- Bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmanın, diğer tarafça ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/1'de düzenlenen suç oluşmayacak, ancak koşulları varsa TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun varlığı söz konusu olabilecektir. Belirtmek gerekir ki, kolluk görevlilerinin görevleri dolayısıyla gerçekleştirmiş oldukları aleni olmayan konuşmaların içeriğinin kendileri açısından özel hayatlarına ilişkin olması oldukça düşük bir olasılık iken; konuşmanın diğer tarafını oluşturan birey bakımından kişisel veri niteliğindeki özel bilgilerin paylaşımı söz konusu olduğundan daha yüksek bir ihtimaldir.
- Bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmaya ilişkin kaydın, diğer tarafça ifşa edilmesi halinde TCK m.133/3'de düzenlenen "Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi" suçu oluşabilecektir.
- Bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmanın, bu konuşmaya taraf olmayan üçüncü bir kişi tarafından ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/1'de düzenlenen suç oluşacaktır.
- Bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmaya ilişkin ses kaydının üçüncü bir kişi tarafından ifşa edilmesi halinde ise m.133/3'de düzenlenen suç oluşacaktır.[185]

---

lenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarını oluşturmadığı gibi konuşma içeriklerinin özel hayata ilişkin olmaması nedeniyle TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturmayacağı gözetildiğinden yerel mahkemece verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir."; Y. 12. CD, E. 2018/8053, K. 2019/1054, 10.07.2019; *"Sanığın, katılan ile yaptığı yüz yüze konuşmayı kaydetmesi eylemin TCK'nın 133/1. madde ve fıkrasında düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarını oluşturmadığı gibi konuşma içeriklerinin özel hayata ilişkin olmaması nedeniyle TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturmayacağı gözetildiğinde yerel mahkemece verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir."*; aynı yönde, Y. 12. CD, E. 2016/4795, K. 2017/4840, 07.06.2017; Y. 12. CD, E. 2013/11860, K. 2014/2963, 10.02.2014, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

[185] Y. 12. CD, E. 2015/15817, K. 2017/3459, 26.04.2017: *"Sanığın 07.11.2013 tarihli soruşturma aşamasındaki savunmasına eklediği 04.11.2013 tarihli yazılı savunma dilekçesi içeriğine*

Aleni olmayan konuşmanın, "ikiden fazla kişi" arasında gerçeklemesi halinde söyleşiye dönüşeceği ve kişinin katıldığı aleni olmayan söyleşiyi konuşanların rızası bulunmaksızın kaydetmesinin TCK m.133/2'de düzenlenen suçu oluşturacağı kabul edilmektedir.[186] TDK Güncel Sözlük'te *"söyleşi"* kavramı; "*1. Arkadaşça, dostça karşılıklı konuşma, hasbihâl, sohbet, 2. Belli bir konuda alanla ilgili kişilerin katıldığı bilgilendirme toplantısı, 3. Bir bilim veya sanat konusunu, konuşmayı andıran biçimde inceleyerek anlatan edebiyat türü, sohbet."* olarak tanımlanmaktadır.[187] Bu tanımdan hareketle TCK m.133/2 anlamında söyleşinin de "konuşma" olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu, aradaki farkın ise katılanların sayısından kaynaklandığı belirtilmektedir.[188]

TCK m.133/2'de düzenlenen suçun faili, m.133/1'den farklı olarak, söyleşiye katılan kişiler olabilir. Söyleşiye mutlaka konuşmacı sıfatıyla katılmanın gerekmediği, aksine yalnızca dinleyici olarak katılanların da suçun faili olabileceği ifade edilmektedir.[189] Buna göre, kişilerin katılmadıkları söyleşiyi ses alma cihazıyla kaydetmeleri TCK m.133/2 kapsamında suç değildir. Ancak kaydedilen söyleşinin içeriği özel hayata ilişkin olduğu takdirde TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun varlığı gündeme gelebilecektir.

Buna göre, kolluk görevlilerinin, faaliyetleri sırasında ve bilhassa görevleri gereğince gerçekleştirdikleri "ikiden fazla kişi" arasındaki aleni olmayan bir söyleşinin bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi bakımından aşağıdaki ihtimaller ortaya çıkabilecektir:

- Bir tarafını kolluk görevlisi veya görevlilerinin oluşturduğu en az üç kişi arasında gerçekleşen aleni olmayan bir söyleşinin, bu söyleşiye katılan bir tarafça ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/2'de düzenlenen suç oluşacaktır.
- Bir tarafını kolluk görevlisi veya görevlilerinin oluşturduğu en az üç kişi arasında gerçekleşen aleni olmayan bir söyleşiye ilişkin ses kaydının bu

göre kendisinin dâhil olmadığı konuşma içeriklerini kendisine ait cep telefonu ile kaydedip, bu kayıtları bağlı bulundukları şirketin genel müdürlüğüne göndermesi şeklindeki eylemi nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 133/1 ve 133/3 maddeleri gereğince ayrı ayrı mahkûmiyeti yerine yasal ve yeterli gerekçe olmadan delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde beraat kararı verilmesi ...", https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

186 ZAFER, 567.

187 TDK Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

188 HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, 275; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 574.

189 KOCA / ÜZÜLMEZ, 602; TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, 714.

söyleşiye katılan bir tarafça ifşa edilmesi halinde; öğretide bir görüşe göre TCK m.133/3'de *"aleni olmayan konuşma"* ibaresine yer verilip "söyleşi" ifadesine yer verilmediğinden, ancak koşulları varsa TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun varlığı söz konusu olabilecektir.[190] Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.[191] Öğretideki diğer görüş ise "söyleşi" ibaresinden kast edilenin aslında "konuşma" olduğunu ve maddenin düzenleniş biçiminden hareketle ayrıca TCK m.133/3'de düzenlenen suçun uygulama alanı bulması gerektiğini savunmaktadır.[192]

- Bir tarafını kolluk görevlisi veya görevlilerinin oluşturduğu en az üç kişi arasında gerçekleşen aleni olmayan bir söyleşinin, bu söyleşiye taraf olmayan bir kişi tarafından ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/2'de düzenlenen suç oluşmayacak, ancak koşulları varsa TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun varlığı söz konusu olabilecektir.
- Bir tarafını kolluk görevlisi veya görevlilerinin oluşturduğu en az üç kişi arasında gerçekleşen aleni olmayan bir söyleşiye ilişkin ses kaydının, bu söyleşiye taraf olmayan bir kişi tarafından ifşa edilmesi halinde ise öğretide bir görüş ve Yargıtay uygulamasına göre koşulları varsa TCK m.134/1'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçu; diğer görüşe göre ise TCK m.133/3'de yer alan suç uygulama alanı bulacaktır.

Kolluk görevlilerinin, faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşma veya söyleşilerin bir ses alma cihazıyla kaydedilmesi ve/veya ifşa edilmesinin TCK m.133'de düzenlenen suçların tipiklik koşullarını sağlaması halinde, hukuka aykırılık unsuru açısından ayrıca bir değer-

---

190 TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, 715; ZAFER, 574.

191 Y. 12. CD, E. 2021/3823, K. 2022/673, 26.01.2022: *"... Sanık ...'in söyleşinin kaydedilmesi suretiyle elde ettiği verileri ifşa etmesi karşısında, 6352 sayılı Kanunun 80. maddesi ile yapılan değişiklikten sonraki TCK'nın 133/3. madde ve fıkrasındaki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı ..."*; Y. 12. CD, E. 2019/4141, K. 2019/9059, 18.09.2019: *"TCK'nın 133/3. madde ve fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişinin cezalandırılacağının düzenlenmiş olması ve sanığın tarafı olduğu söyleşinin kaydedilmesi suretiyle elde ettiği verileri ifşa etmesi karşısında, anılan suçun yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanığın sübut bulan eyleminden dolayı TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında tanımlanan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülüp, yazılı şekilde hüküm kurulması ..."*, https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 07.02.2023).

192 GÖKTÜRK, 162, 163; KOCA / ÜZÜLMEZ, 610.

lendirme yapılması gerekecektir. Bu bağlamda öncelikle konuşma veya söyleşiye katılan kişilerin tamamının, bu konuşma veya söyleşinin bir ses alma cihazıyla kaydedilmesi ve/veya ifşasına yönelik olarak birlikte rıza göstermeleri suçun oluşumunu engelleyecektir[193]. Ancak çoğu durumda, kolluk görevlilerinin gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşma veya söyleşinin kaydedilmesine ve/veya ifşa edilmesine rıza göstermedikleri ya da konuşma veya söyleşinin diğer taraf veya üçüncü kişilerce kolluk görevlilerinin bilgileri dışında gizlice kaydedilip ifşa edildiği bilinen bir gerçektir.

Gündeme gelen bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise hakkın kullanılmasıdır. Bu bağlamda gazetecilik mesleğinin icrası ve haber verme hakkının TCK m.133/1'de tarif edilen eylemleri hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, kolluk görevlilerinin kendi aralarında veya diğer kişilerle gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşma veya söyleşilerinin bir ses alma cihazıyla "kaydedilmesi" bakımından basın özgürlüğünün bir yansıması olan habere ulaşma hakkının söz konusu olmayacağı kabul edilmelidir.[194] Buna karşılık, üçüncü kişilerce hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle oluşturulmuş ses kayıtlarının "kamuoyu ile paylaşılması" bakımından çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanan ve haber verme hakkına ilişkin temel ilke ve sınırları ortaya koyan AİHM ve AYM içtihatları[195] ile Anayasa, Basın Kanunu, TMK m.24/2, 6698 sayılı Kanun m.28/1 ve m.5/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda özellikle *"üstün kamu yararı"* ölçütü belirleyici rol oynayabilecektir.

Kişinin maruz kaldığı ve hukuka aykırı olduğunu düşündüğü kolluk işlemi veya faaliyetini veya hakaret, tehdit ya da cinsel taciz gibi bir suçu ispat etmek amacıyla kolluk görevlisi ile arasında gerçekleşen aleni olmayan bir konuşmayı ses alma cihazıyla kayıt altına alması TCK m.133/1 çerçevesinde suç teşkil etmez iken; birden fazla kolluk görevlisi ile arasında geçen

---

[193] Kanaatimizce, ilgilinin rızası TCK m.133/1 ve 2'de düzenlenen suçlar açısından tipikliğin maddi bir unsurunu oluştururken, TCK m.133/3'de düzenlenen suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.

[194] KOCA / ÜZÜLMEZ, 613; ZAFER, 590.

[195] AYM, İkinci Bölüm, 2015/3378, 05.07.2017, 58: "*Mevcut başvuruya benzer başvurularda Anayasa Mahkemesince yapılması gereken, gazetecilerin basın özgürlüğü ile özel haberleşmesine müdahale edilen bireylerin haberleşme özgürlüğünü dengelemektir. Böyle bir dengeleme; her somut olayda haberleştirilen bilginin içeriğinin, haberleşmesine müdahale edilen kişilerin kimliklerinin, haberin kamusal tartışmalara yaptığı katkının ve somut olayın geçtiği bağlam da dâhil olmak üzere tüm koşulların birlikte değerlendirilmesi ile mümkündür.*", https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.02.2023).

söyleşiyi kayıt altına alması ve ifşası TCK m.133/2 ve m.133/3'de düzenlenen suçların tipiklik unsurunu oluşturabilecektir.

Öğretide bir görüş, bu tür durumlarda meşru savunmanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak dikkate alınabileceği yönündedir.[196] Buna göre örneğin, katıldığı bir söyleşi esnasında kişiye karşı söylenen ve suç teşkil eden sözlerin bir ses alma cihazı vasıtasıyla delil elde etmek amacıyla bu kişi tarafından kaydedilmesi meşru savunma kapsamında değerlendirilebilecektir.

Aksi yöndeki görüş ise tehdit, hakaret veya şantaj gibi eylemlerin savunma yapmak suretiyle def edilebilecek saldırı niteliğinde bulunmaması ve bu tür suçlarda saldırı teşkil eden ifadeler söylendiği anda suç tamamlanacağı için mevcut saldırının varlığından söz etmenin de güç olması nedenleriyle meşru savunmaya ilişkin hükümlerin tatbikinin mümkün olmayacağı yönündedir. Bu tür saldırıların delil elde etmek amacıyla kayda alınması şeklindeki eylemler, ihbar şikâyet veya savunma hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir.[197] Yine bu görüşe göre, kişinin kendisine yönelik olmayan bu tür bir saldırıyı delil elde etmek için kaydetmesi zorunluluk hali kapsamında kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak gündeme gelebilecektir.[198]

Kanaatimizce kolluk görevlilerinin münferit veya toplumsal olaylara müdahaleleri sırasında yetki ve görev sınırlarını aşmak suretiyle müdahalede bulunuldukları bireylerin, bu müdahalenin hukuka aykırılığını ortaya koymak veya maruz kaldıkları hakaret, tehdit, şantaj ya da cinsel taciz gibi bir suçu ispat etmek amacıyla kolluk görevlileri ile arasında geçen aleni olmayan konuşma veya söyleşiyi ses alma cihazıyla kayıt altına almaları ve ayrıca kolluk görevlilerinin özel hayat alanına ilişkin olmayan bu kayıtları kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla ifşa etmeleri veya ihbar veya şikâyetleri kapsamında adli makamlara sunmaları basın, hak arama hürriyeti ve savunma hakkı çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmelidir. Yargıtay konuya ilişkin bazı kararlarında *"sanığın hukuka aykırı hareket etme bilinci ile davranmadığını"*[199] ve bazı kararlarında ise *"eylemin hukuka aykırı olduğunu*

---

[196] ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, 579; TEZCAN /ERDEM /ÖNOK, 716.

[197] KOCA / ÜZÜLMEZ, 613; ZAFER, bu tür durumlarda yapılan kayıtların meşru savunma, zorunluluk hali veya savunma hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir., 592, 593.

[198] KOCA / ÜZÜLMEZ, 613.

[199] Y. 12. CD, E. 2018/8597, K. 2019/5459, 24.04.2029: *"Bu açıklamalar ışığında incelenen dosya kapsamına göre; Aydın Büyükşehir Belediye Başkanlığı Makine İkmal Onarım Daire Başkanlığında engelli statüsünde çalışan sanığın, başka bir çalışan ile tartışması sebebiyle*

kabul etmenin mümkün olmadığını"[200] gerekçe göstererek suçun oluşmayacağını kabul etmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının yasaklanması amacıyla yayınlanan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı Genelgesi açısından konu ele alındığında; bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmanın, diğer tarafça ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/1'de düzenlenen suçun oluşmaması karşısında, kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin ses kaydına alınmasının genel olarak yasaklanmasına ve bu yasağın yerine getirilmesi amacıyla kolluk tedbirleri uygulanmasına dayanak teşkil edebilecek herhangi bir ceza hukuku düzenlemesi bulunmamaktadır. Ayrıca,

---

Genel Sekreter olan katılan tarafından çağrıldığı sırada, katılanın daha önce benzer olaylardan dolayı hakaret ve tehdit etmesi nedeniyle sanığın katılan ile yapmış oldukları yüz yüze konuşmayı kaydedip işten çıkarılması üzerine açmış olduğu davaya delil olarak sunması şeklinde sübutu kabul edilen eylemi nedeniyle; sanık ile katılan arasında gerçekleşen konuşmanın kaydedilmesi eyleminin TCK'nın 133/1 ve 133/2. madde ve fıkraları gereğince suç olarak düzenlenmediği gibi, içeriği itibariyle de özel olmaması nedeniyle aynı Kanunun 134/1. madde ve fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturmayacağı, katılanın tarafı olduğu konuşma içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, açmış olduğu davada iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı gözetildiğinden sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde mahkûmiyete karar verilmesinde isabet görülmemiş olup ..."; Y. 12. CD, E. 2017/3384, K. 2017/6232, 13.09.2017: *"Katılanın cinsel mahremiyetine ilişkin özel konuşmalarını içeren ses kaydını, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken, kaybolma olasılığı bulunan delilin muhafazasını sağlayıp, boşanma davasına sunarak, aile içi geçimsizliğin kaynağının, katılanın kendisinden gizlediği evlenmeden önceki tutum ve davranışları olduğunu ispatlama amacını taşıyan eylemlerinde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle davranmadığı anlaşıldığından, sanığa yüklenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının yasal unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanık hakkında beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir."*, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 09.02.2023).

[200] Y. 12. CD, E. 2014/1506, K. 2014/17844, 15.09.2014: *"Katılan sanık ...'nın, konuşmanın tarafı olması nedeniyle atılı TCK'nın 133/1. maddesindeki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, eylemin TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilebileceği ancak katılan sanık ...'nın, kendisine karşı bir suç işlendiği kanaatiyle, başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken katılan sanık ... ile aralarındaki tartışmayı ve katılan sanık ...'nın kendisine yönelik sözlerini kayda aldığının anlaşılması karşısında, katılan sanığın eyleminin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu halde hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği anlaşıldığından, beraatına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir."*, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 09.02.2023).

kolluk görevlilerinin aleni olmayan konuşmalarına ilişkin ses kaydı oluşturulması ve bu kayıtların ifşasının TCK m.133'de düzenlenen suçların tipiklik unsurunu gerçekleştirdiği durumlarda dahi ilgilinin rızası, meşru savunma veya düşünceyi ifade, basın ve hak arama özgürlüğü gibi hukuka uygunluk nedenleri ya da delil elde etme amacına dayalı zorunluluk hali gündeme gelebileceği için genel bir yasağın kabulünün mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Alman Hukuku'nda kolluk görevlilerin gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alınması ve ifşası, Alman Ceza Kanunu'nun Özel Kısmının *"Özel ve Gizli Hayat Alanının İhlali"* başlıklı Onbeşinci Bölümünün 201. maddesinde düzenlenen *"Konuşmanın gizliliğinin ihlali"* suçu kapsamında değerlendirmektedir. Madde hükmüne göre;

"(1) Her kim yetkisiz olarak, 1. Bir başkasının aleni olmayan konuşmasını ses taşıyıcı bir cihazla kaydeder veya 2. Bu şekilde oluşturulan bir kaydı kullanır veya üçüncü bir kişinin ulaşabilmesini sağlarsa üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim yetkisiz olarak; 1. Bir başkasının aleni olmayan ve kendisinin bilgisine sunulmayan konuşmasını bir dinleme cihazı ile dinler veya 2. Birinci fıkranın bir numaralı bendine göre kaydedilmiş veya ikinci fıkranın birinci bendine göre dinlenilen bir başkasının aleni olmayan konuşmasının içeriğini aynen veya önemli kısımları itibarıyla alenen bildirirse, aynı ceza ile cezalandırılır. İki numaralı bentte belirtilen suç yalnızca, aleni bildirimin bir başkasının haklı yararlarının ihlaline elverişli olması halinde cezalandırılabilir. Aleni bildirim, daha üstün kamusal yararların kullanılması için yapılması halinde hukuka aykırı değildir. (3) Her kim, kamu görevlisi veya kamusal hizmet için özel olarak görevlendirilen biri olarak konuşmanın gizliliğini ihlal ederse (Birinci ve İkinci Fıkra) beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Teşebbüs cezalandırılır. (5) Fail veya şerikin kullandığı ses taşıyıcı ve dinleme cihazı müsadere edilebilir. Madde 74a uygulanır".

Alman Ceza Kanunu m.201'de düzenlenen suçlarla korunan menfaatin, gerçek kişilerin genel kişilik haklarının bir parçası olan özel ve gizli hayat alanları ile kişilerin iletişiminin dokunulmazlığı olduğu ifade edilmektedir.[201] Kural

---

[201] EISELE Jörg, **Strafgesetzbuch**, Kommentar, §§ 201-206, Herausgegeben von: SCHONKE Adolf / SCHRODER Horst, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, § 201 kn 2; FISCHER, § 201 kn 2; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 411/00, 14.12.2004, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 10.02.2023).

olarak herkesin, aleni olmayan konuşmalarını kimin dinleyebilip kaydedebileceğine ve kaydedilmiş olan bir konuşmasının tekrar dinlenip dinlenemeyeceğine ve kim tarafından dinlenebileceğine tek başına karar verme hakkı vardır.[202] Maddede düzenlenen suçlar, konuşmanın dokunulmazlığını korumak suretiyle anayasal düzeyde teminat altına alınan kişiliğin özgür gelişimine hizmet etmektedir.[203] Ayrıca 1. ve 2. fıkrada düzenlen suçlarla aleni olmayan konuşmaların etki alanını belirleme hakkının da güvence altına alındığı belirtilmektedir.[204]

Alman Ceza Kanunu m.201'de düzenlenen suçun konusunu "aleni olmayan konuşma" oluşturmaktadır. Madde hükmü anlamında "*konuşma*" kavramı: *"Fonetik işaretler aracılığıyla düşünce içeriğinin doğrudan, akustik olarak algılanabilir herhangi bir şekilde ifade edilmesi"* olarak tanımlanmaktadır.[205] Maddenin tatbiki açısından, konuşma içeriğinin mutlaka özel hayat alanına dâhil olması veya gizli kalması gerekliliğinin bulunmasına ihtiyaç yoktur.[206] Dolayısıyla, konuşmanın içeriği özel, mesleki, ticari alan kapsamına girebileceği gibi, bir kamu görevlisinin görev gereği yapmış olduğu açıklamalara ilişkin de olabilir.[207] Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin bilhassa görevleri gereği gerçekleştirdikleri konuşmalar da 201. madde çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Örneğin, bir gösteri yürüyüşü sırasında kolluk görevlisinin kimliğini ibraz etmesi için bir gösterici ile gerçekleştirmiş olduğu konuşma da bu kapsamdadır.[208]

Elbette 201. maddede düzenlenen suçun oluşumu için salt konuşmanın varlığı yeterli değildir. Ayrıca bu konuşmanın aleni olmaması gerekir. "Aleni olmayan konuşma"; *"kişi ve sayı itibarıyla belirli olmayan veya kişisel*

---

202 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 1611/96, 09.10.2002, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 10.02.2023).

203 GRAF, § 201 kn 2.

204 HEUCHEMER Michael, **BeckOK StGB**, § 201, Herausgegeben von: von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd, 36. Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 201 kn 1.

205 FISCHER, § 201 kn 3.

206 Alman Federal Mahkemesi, VI ZR 83/87, 13.10.1987, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 14.02.2023); Thüringen Yüksek Eyalet Mahkemesi, 1 Ss 184/94, 24.04.1995: *"Her bireyin içeriğine bakılmaksızın konuşmasının etki alanını belirleme hakkı vardır."*, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 15.02.2023).

207 EISELE, § 201 kn 5; FISCHER, § 201 kn 4; SCHUNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch**, Leipziger Kommentar, Großkommentar, Editör: LAUFHÜTTE, Heinrich Willhelm / RISSING - VAN SAAN, Ruth / TIEDERMANN, Klaus, 6. Cilt, 12. Baskı, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, Berlin, 2010, § 201 kn 5, 7.

208 ULLENBOOM David, "Das Filmen von Polizeieinsätzen als Verletzung der Vertraulichkeit des Worts?", **NJW**, 2019, 3109.

olarak ya da konu itibarıyla birbiriyle hiçbir bağlantısı bulunmayan geniş bir kişi çevresi için yapılmamış veya bunlar tarafından doğrudan algılanabilir olmayan konuşma" olarak tarif edilmektedir.[209] Alman Öğreti ve Uygulamasında konuşmanın aleni olup olmadığının tespitinde hem sübjektif açıdan *"konuşan kişinin iradesi"* hem de objektif açıdan *"konuşmanın amacı ve niteliği"* ölçüt olarak kullanılmaktadır.[210] Buna göre, üçüncü kişilerce gerçekten algılanıp algılanmadığından veya böyle bir imkânın bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, kişinin aleni olarak konuşma iradesi ile sarf ettiği sözler 201. maddenin kapsamı dışındadır.[211] Buna karşılık, kişinin üçüncü kişilerin varlığından habersiz olarak gerçekleştirdiği konuşması kural olarak 201. maddenin koruması kapsamında kalmaktadır. Bununla birlikte, konuşmanın aleni olup olmadığının tespitinde yalnızca konuşmacının iradesi değil, aynı zamanda konuşmanın yapıldığı andaki objektif koşullar da dikkate alınacaktır.[212] Kişinin, konuşmasının üçüncü kişilerce algılanabileceğini hesaba katması gereken durumlarda örneğin kalabalık bir ortamda yüksek sesle konuşması halinde aleni konuşmadan söz edilebilecektir.[213] Bu bakımdan ölçüt, konuşmanın kişi itibarıyla etki alanını belirleyebilme ve sınırlandırılabilme imkânının bulunup bulunmamasına dayanmaktadır.[214]

İkiden fazla kişi arasında gerçekleşen konuşmalarda, dinleyici sayısından bağımsız olarak, katılımcı grubunun sınırlı veya konuşmanın bu gruba dâhil olmayan üçüncü kişilere açık olup olmaması nazara alınacaktır. Katılımcı sayısının yoğun olduğu bir toplantıda gerçekleştirilen konuşma da, şayet bu toplantıya davetsiz kişilerin girişinin önlenmesi amacıyla özel tedbirler alınmışsa, aleni olmayan bir konuşma olarak nitelendirilebilecektir.[215] Bu bakımdan ölçüt, toplantıya katılan kişi sayısı değil, konuşmanın gerçekleştiği toplantı ve katılımcı grubunun üçüncü kişilere kapalılığıdır.[216]

Sayı ve kişi itibarıyla belirsiz kişilerce özel bir çaba göstermeksizin algılanabilir bir konuşma, konuşmacının iradesinden bağımsız olarak alenidir.

---

[209] EISELE, § 201 kn 6; FISCHER, § 201 kn 3; HEUCHEMER, § 201 kn 4.

[210] SCHUNEMANN, § 201 kn 7.

[211] EISELE, § 201 kn 7.

[212] SCHUNEMANN, § 201 kn 7.

[213] Ibid, § 201 kn 7.

[214] Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi, 3 RVs 28/22, 04.11.2022, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 14.02.2023); GRAF, § 201 kn 14.

[215] EISELE, § 201 kn 8; GRAF, § 201 kn 15.

[216] EISELE, § 201 kn 8; GRAF, § 201 kn 15.

Örneğin, kamuya açık alanlarda veya toplu taşıma araçlarında veya bir toplantı veya gösteri yürüyüşü sırasında yüksek sesle sarf edilen sözler *"fiili aleniyet"* kapsamında değerlendirilmektedir.[217]

Konuşmanın gerçekleştiği yerin kamuya açık bir alan olması veya içeriğinin göreve ilişkin ya da özel olmasının suçun oluşumu bakımından önemi bulunmamaktadır.[218] Bir kamu görevlisinin görevi gereği gerçekleştirmiş olduğu aleni olmayan konuşma da bu kapsamdadır.[219] Kişinin görevinin salt kamusal bir karaktere sahip olması konuşmanın gizliliğini ortadan kaldırmamaktadır.[220]

Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen bir başkasının aleni olmayan konuşmasını ses taşıyıcı bir cihazla kaydetme suçunun faili "herkes" olabilir. Böylelikle, TCK m.133/1'den farklı olarak, kişilerin tarafı oldukları konuşma içeriklerini kaydetmeleri 201. madde kapsamında kalmaktadır. Ayrıca, kaydetme eyleminin gizli olarak gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Örneğin, aleni olmayan konuşmasının kaydedildiğini gören kolluk görevlisinin buna rıza göstermemesi halinde de suç oluşacaktır.[221]

Bu açıklamalar doğrultusunda, Alman Ceza Hukukunda kolluk görevlilerinin görevleri esnasında ve bilhassa görevleri gereğince tarafını oluşturdukları aleni olmayan konuşmaların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi bakımından aşağıdaki değerlendirmelerin yapılması mümkündür:

- Kolluk görevlilerinin görevleri dolayısıyla gerçekleştirdikleri konuşmalar da 201. madde kapsamında korunmaktadır.
- Kolluk görevlilerinin görevleri dolayısıyla gerçekleştirdikleri her konuşma doğrudan 201. madde anlamında aleni olmayan konuşma olarak nitelendirilemez.

---

[217] EISELE, § 201 kn 9; GRAF, § 201 kn 18.

[218] HEGER, § 201 kn 2.

[219] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 1739/04, 10.12.2010, 27, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 15.02.2023); Thüringen Yüksek Eyalet Mahkemesi, 1 Ss 184/94, 24.04.1995: *"201. maddenin koruma alanına yalnızca kişisel yaşam alanına dahil olan değil, ayrıca örneğin görev gereği yapılan konuşmalar da girer."*, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 15.02.2023); HEGER, § 201 kn 2.

[220] GRAF, § 201 kn 17; aksi görüş, ROGGAN Fredrik, "Zur Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen - Überlegungen zur Auslegung des Tatbestands von § 201 I Nr. 1 StGB", **StV**, 2020, 330-332.

[221] HEGER, § 201 kn 3.

- Kolluk görevlilerinin tarafı olduğu aleni olmayan bir konuşmanın, bu konuşmanın tarafını oluşturan veya oluşturmayan kişi veya kişilerce bir ses taşıyıcı cihazla kaydedilmesi kural olarak 201. maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen suçu oluşturabilir.
- Suçun oluşumu bakımından yalnızca konuşmayı gerçekleştiren kolluk görevlisinin sübjektif iradesi değil, aynı zamanda konuşmanın yapıldığı andaki objektif koşullar ve konuşmanın niteliği belirleyicidir. Bu bakımdan, kamuya açık olmayan kapalı alanlarda örneğin bir karakoldaki ifade alma işlemi sırasında gerçekleştirilen konuşmanın aleni olmadığı söylenebilir.
- Buna karşılık, kapalı alanlar dışında kalan yerlerde gerçekleştirilen konuşmalar bakımından, konuşmanın tarafı olmayan kişilerin özel bir çaba göstermeksizin duyulabileceği bir uzaklıkta bulunup bulunmadıklarına ve konuşmada kullanılan ses düzeyine göre bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır. Örneğin bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında kolluk görevlisinin kalabalığın içerisindeki bir katılımcıya yönelik olarak söylediği sözler kural olarak alenidir, zira bu sözlerin diğer katılımcılar tarafından özel bir çaba gösterilmeksizin algılanabilmesi ihtimalinin göz ardı edilmesi asla mümkün değildir. Spor müsabakaları veya festival gibi çok sayıda kişinin katıldığı büyük çaplı etkinliklerde veya insanların yoğun olarak bulundukları şehir merkezi gibi yerlerde de aynı durum geçerlidir.[222] Hakeza, kolluk görevlisi ile yüksek sesle cereyan eden tartışmalar kolaylıkla üçüncü kişilerce algılanabilir olabileceği gibi, kolluk görevlisinin iletişime girdiği kişilerin konuşmanın etki alanı itibarıyla sınırlandırılabilir nitelikte olmaması da mümkündür. Dolayısıyla, bu tür durumlarda kolluk görevlilerinin konuşmaya taraf olmayan kişilerin konuşmanın içeriği ile ilgilenebileceğini ve bilgi edinmeye çalışabileceğini hesaba katmak zorunda olduğu dile getirilmektedir.[223]
- Diğer kişilerin özel bir çaba sarf etmeksizin konuşmayı algılayamayacağı ortam veya yerlerde, örneğin bir trafik kontrolü veya gece yarısı görevi esnasında kolluk görevlileri ile kişiler arasında gerçekleşen konuşmanın aleni olmadığını söyleyebilmek mümkündür. Ayrıca, bu gibi durumlarda internet üzerinden canlı yayın yapılması suretiyle oluşturulan aleniyetin "fiili aleniyet" olarak kabul edilemeyeceği, zira "fiili ale-

---

[222] RENNICKE, 12, 13; REUSCHEL, 18; ULLENBOOM, 3110.

[223] REUSCHEL, 18.

niyet" kavramının bu şekilde geniş yorumlanmasının 201. maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen suçu konusuz bırakacağı ifade edilmektedir.[224]

Alman Uygulamasında kolluk görevlilerinin faaliyetleri esnasında ve bilhassa görevleri gereğince tarafını oluşturdukları konuşmaların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesinde *"fiili aleniyet"* kriteri çerçevesinde farklı yönde değerlendirmelerin söz konusu olduğu yargı kararlarına rastlanmaktadır.

Münih Eyalet Mahkemesi'nin 2019 senesinde vermiş olduğu bir kararda, kolluk görevlisinin, eşlik ettiği gösteri yürüyüşü sırasında kenara çektiği gösterici ile arasında gerçekleşen konuşma, söylenen sözlerin yalnızca bu kişiye yönelik olması nedeniyle aleni olmayan bir konuşma olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre, konuşmanın diğer tarafını oluşturan gösterici, kolluk görevlisi tarafından özellikle kenara çekilmiş ve kalan göstericiler yollarına devam etmiştir. Kolluk görevlisinin sözlerinin içeriği de görev gereği olmasına rağmen umuma değil, yalnızca sanığa yöneliktir. Aksinin kabulü, kolluk görevlilerinin tüm göstericilere yönelik yaptığı anonslar bakımından gündeme gelebilirdi ki, somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Kolluk görevlisi ile sanık arasında karşılıklı olarak söylenen sözler diğer kişileri muhatap almamıştır. Ayrıca, konuşma gerçekleştirilirken sanığın yanında bir başkasının bulunuyor olması konuşmayı 201. madde anlamında alenileştirmemektedir.[225]

Benzer bir olayda Kassel Eyalet Mahkemesi konuşmanın yapıldığı andaki objektif koşulları ve fiili aleniyeti esas almıştır. Mahkeme'ye göre, geniş çaplı bir gösteri yürüyüşünün yapıldığı alanın önünde yer alan tren istasyonunda icra edilen kimlik kontrolü sırasında kolluk görevlisi ile sanık arasında gerçekleşen konuşmanın aleni olup olmadığının belirlenmesinde temel ölçüt, konuşmanın üçüncü kişilere kapalılığı ve etki alanı itibarıyla sınırlandırılabilir nitelikte olup olmamasıdır. Somut olayda, üçüncü kişilerin özel bir çaba sarf etmeksizin bu konuşmaya kulak misafiri olabilecekleri kolaylıkla fark edilebilirdi. Nitekim sanığın savunmasında dile getirdiği; *"Konuşma esnasında yakın mesafede kontrole tabi tutulan en az iki kişi ve ayrıca konu-*

---

[224] Kassel Eyalet Mahkemesi, 2 Qs 111/19, 23.09.2019, https://www.rv.hessenrecht.hessen.de (Erişim Tarihi: 17.02.2023); aynı yönde, RENNICKE, 13.

[225] Münih Eyalet Mahkemesi, 25 Ns 116 Js 165870/17, 11.02.2019, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 17.02.2023).

şulanları duyabilen yarım düzine kolluk görevlisi olmayan kişi vardı. İlgili kolluk görevlisi konuşmasını o kadar yüksek sesle gerçekleştirdi ki, bu konuşma tren istasyonun da bulunan yaklaşık elli kişilik imzacı grubu tarafından da duyulabildi. Ayrıca konuşmanın içeriği, kontrolün gerçekleştirildiği noktadan uzak bir mesafede oluşturulan bir videodan da açıkça anlaşılabilmektedir." şeklindeki olay tasvirinin aksini ortaya koyabilecek bir sonuca da ulaşılamamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, kontrol sırasında kolluk görevlisi ile tedbire maruz kalan sanık arasında geçen ve kayıt altına alınan konuşmanın 201. maddenin 1. fıkrasının 1. bendi kapsamında aleni olmayan bir konuşma olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.[226]

Söz konusu kararı takiben Aachen Eyalet Mahkemesi 2020 senesinde vermiş olduğu bir kararında, sanığın benzin istasyonunda kullandığı kredi kartının üzerinde bulunan imzası ile faturada kullanmış olduğu imzanın uyumsuz olması nedeniyle çağrılan kolluk görevlisi ile arasında geçen konuşmayı cep telefonu ile kayıt altına aldığı olayda, söylenen sözlerin üçüncü kişiler tarafından gerçekten algılanmış olmasının belirleyici olmadığını, konuşmanın fiili aleniyet çerçevesinde gerçekleştiğine dair somut olguların bulunduğunu, objektif koşullar dikkate alındığında konuşmanın orada bulunan veya oradan geçen diğer kişiler tarafından duyulmayacağının kesin olmaması ve böyle bir ortamda tamamen gizli ve müdahalesiz bir şekilde konuşabilmesinin konuşmacı için mümkün olmamasının açıkça anlaşılır olmasının yeterli olduğunu, bununla birlikte salt kamuya açık alanda veya başkalarının mevcudiyetinde gerçekleşmesinin bir konuşmayı aleni yapmayacağını, örneğin, benzin istasyonu gibi kişilerin girişine açık bulunan bir yerde ancak başkalarının duyamayacakları bir uzaklıkta gerçekleşen konuşmanın aleni olarak kabul edilemeyeceğini, zira üçüncü kişilerin yalnızca görüş alanı içerisinde bulunmasının fiili aleniyete dayanak teşkil edemeyeceğini, aleniyetin tespitinin akustik algılanabilirliğe de bağlı olduğunu açıklamıştır. Mahkeme, incelemeye konu video kaydında, sanık ile kolluk görevlisi arasındaki konuşma sırasında tezgâhın arka kısmında satış elemanı olan tanığın bulunduğunu, yine devam eden kayıt esnasında satış tezgâhına yaklaşıp hizmet alan üç müşterinin görüldüğünü, ayrıca müşterilerden birinin konuşma sırasında etrafta gezindiğini, sanığın aksine kolluk görevlisi her ne kadar bağırmak suretiyle veya yüksek sesle değil, sakin ve konuyla bağlantılı ko-

---

[226] Kassel Eyalet Mahkemesi, 2 Qs 111/19, 23.09.2019, https://www.rv.hessenrecht.hessen.de (Erişim Tarihi: 17.02.2023); aynı yönde, Hamburg Eyalet Mahkemesi, 610 Qs 37/21, 21.12.2021, https://www.landesrecht-hamburg.de (Erişim Tarihi: 17.02.2023)

nuşmuş olsa da fiziki açıdan dar olan mekânın özellikleri ve satış alanında mevcut bulunan üçüncü kişilerin sayısı göz önüne alındığında bu konuşmanın fiili aleniyet içerisinde gerçekleştiğini ve üçüncü kişilerin gerçekten konuşmayı algılayıp algılamadıklarının bu sonucu değiştirmeyeceğini kabul etmiştir.[227]

Osnabrück Eyalet Mahkemesi'nin 2021 senesinde vermiş olduğu bir karara konu olayda, şehir merkezinde devriye görevi yürütürken etrafta taşkınlık yaparak kendilerine direnen bir şahsa müdahale eden kolluk görevlileri, bu müdahale esnasında sanığın da içerisinde bulunduğu çevredeki kişiler tarafından ısrarlı bir şekilde rahatsız edilmelerine rağmen durumu sakinleştirmeye çalışmış ve çevrenin boşaltılmasını istemiştir. Bu sırada sanık cep telefonunu açıkça görülebilecek şekilde vücudunun önünde tutarak yaşanılan olayları görüntü ve ses kaydına almıştır. Durumun farkına varan kolluk görevlileri, sanığa kayıt yapmaktan kaçınması ve görevlilerden uzak durması talimatı vermiş, ayrıca yaptığı kaydın cezalandırılabilir bir eylem olduğu hususunda kendisini uyarmıştır. Bir müddet sonra olay yerine gelen başka bir kolluk görevlisi sanığı tekrar bulmuş ve oluşturduğu kayıtların konuşmanın gizliliğini ihlal edebileceği şüphesini gerekçe göstererek cep telefonuna potansiyel delil olarak el koymuştur.

Osnabrück Eyalet Mahkemesi'ne göre fiili aleniyetin tespitinde ölçüt; kolluk görevlilerinin uyguladıkları tedbirin yalnızca bir veya çok sayıda kişi tarafından gözlemlenmiş olması veya tedbir uygulandığı esnada gerçekten orada bulunuyor olmaları değil, aksine sayısı belirsiz kişinin serbestçe erişilebilen kamusal alanlardan veya genel olarak erişilebilir bina ve yerlerden kolluk görevlilerinin gerçekleştirdiği faaliyetleri gözlemleyebilecek ve bunları akustik ve görsel olarak algılayabilecek durumda olabilmesidir. Dolayısıyla, bir konuşmanın aleni olarak kabul edilebilmesi için mutlaka üçüncü kişiler tarafından algılanmış olmasına gerek bulunmamaktadır.

Mahkeme, somut olayda olduğu üzere serbestçe erişilebilen kamusal bir alanda ve görev esnasında gerçekleştirilen konuşmaların fiili aleniyet kapsamında kalacağını, ayrıca sanığa yönelik getirilen olay yerinden uzaklaşma talimatının da bu sonucu değiştirmeyeceğini, zira bu talimatın konuşmanın gizliliğini değil, tedbirin uygulanmasını sağlamak amacıyla getirildiğini açıklayarak kolluk görevlisiyle sanık arasında gerçekleşen konuşmanın 201.

---

[227] Aachen Eyalet Mahkemesi, 60 Qs 34/20, 19.08.2020, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

maddenin 1. fıkrasının 1. bendi kapsamında aleni olmayan bir konuşma olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.[228]

Buna karşılık Zweibrücken Eyalet Mahkemesi 2022 senesinde vermiş olduğu bir kararında aleniyetin tespiti için konuşmanın gerçekleştiği yerin serbestçe erişilebilirliğini değil, konuşmanın yapıldığı andaki objektif koşulları ve kolluk görevlisinin konuşmasının diğer kişilerce algılanabileceğini hesaba katmak zorunda olup olmamasını ölçüt almıştır.

Karara konu somut olayda, sanık ve arkadaşlarının gece vakti kamuya açık bir alanda alkol ve uyuşturucu madde kullandığı ihbarını alan kolluk görevlileri olay yerine ulaşıp kimlik tespiti işlemlerini yerine getirirken sanık tarafından cep telefonuyla görüntü ve ses kaydına alınmıştır. Ayrıca sanık kayıt alma eylemini gerçekleştirirken tekrarlı olarak ve yüksek sesle bunu belirtmiştir. Kolluk görevlileri ise sanığı birçok kez kayıt almaması hususunda uyarmış ve akabinde kalabalığı dağıtmıştır. Birkaç saat sonra kontrol amaçlı olarak olay yerine gelen kolluk görevlileri tekrar sanıkla karşılaşmıştır. Sanığın görüntü ve ses kaydı oluşturmaya devam ettiğini fark eden kolluk görevlileri, ondan eylemini sonlandırmasını ve oluşturduğu kaydı silmesini talep etmiştir. Sanığın bu talebi yerine getirmekten kaçınması üzerine kolluk görevlileri sanığın cep telefonuna el koymuştur.

Mahkeme'ye göre, olaylar sırasında sanığın kayıt altına aldığı konuşmalar aleni değildir, zira bu konuşmalar kimlik kontrolünün bir parçası olarak gerçekleşen tüm konuşmaları, yani hem kolluk görevlilerinin kendi aralarındaki ve kimlik kontrolüne tabi tutulan kişilerle olan hem de bu kişilerin kendi aralarındaki konuşmaları ihtiva etmektedir. Kolluk görevlileri kimlik kontrolünü gece vakti ve sınırlı bir alanda gerçekleştirmiştir. Bu nedenle konuşmanın tarafları açısından, üçüncü kişilerce bu konuşmaların duyulabileceğinin hesaba katılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Ayrıca, sanık bir yandan kayıt oluşturma eylemine devam ederken diğer yandan kalabalıktan uzak bir mesafede gerçekleşen konuşmaları da kayıt altına almak için kolluk görevlilerini takip etmiştir. Bu şekilde, ortamda bulunan diğer kişilerden ayrı olarak yürütülen örneğin, kimlik tespiti tedbirine muhatap olan kişilerin konuşmalarını da bilinçli olarak kayıt altına almıştır. Sanığın kayıt alma esnasında tekrarlı olarak ve yüksek sesle bu hususu belirtmiş olması, eylemini yetkisiz olarak gerçekleştirdiği sonucunu değiştirmemekte-

[228] Osnabrück Eyalet Mahkemesi, 10 Qs 49/21, 24.09.2021, https://rewis.io (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

dir. Çünkü kayıttan haberleri olsa dahi konuşmanın tarafları buna rıza göstermediği müddetçe eylem tipik ve hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Bahsi geçen nedenlerle, somut olayda kolluk görevlilerinin el koyma işlemi hukuka uygundur.[229]

Kolluk görevlilerinin gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşmalarının bir ses taşıyıcı vasıtasıyla kaydedilmesi fiilinin "yetkisiz" olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, aleni olmayan konuşmaları kayıt altına alınan kolluk görevlilerinin pek muhtemel görülmese de rızaları suçun oluşumunu engelleyebilecektir.[230] Ayrıca, delil elde etmek amacıyla aleni olmayan konuşmaların ses kaydına alınması ve bu kayıtların daha sonra adli makamlara sunulması "yetkisizlik" unsuru bağlamında da tartışılmaktadır. Bu bağlamda, örneğin Karlsruhe Eyalet Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararına konu olayda, eşi ile sürekli tartışma yaşayan ve kendisinin suç isnatlarına maruz kalan sanık, boşanma ve velayet paylaşımı ile devam eden ayrılık süreci sırasında eşi ile arasında gerçekleşen tartışmaları ses kaydına almış ve akabinde bu kayıtları adli mercilere sunmuştur. Mahkeme, sanığın söz konusu kayıtları 201. maddenin 1. fıkrası anlamında "yetkisiz" olarak oluşturmadığını, kanun koyucunun 201. maddeye ilişkin olarak uygulayıcıya açıkça *"somut olayın özelliklerine göre, hareketin tipik olarak görülüp görülemeyeceğine karar verme"* görevi yüklediğini ve bu bağlamda hâkime takdir ve değerlendirme alanı sağladığını, yargılama konusu olayın özellikleri dikkate alındığında sanığa isnat edilen hareketin tipikliğe uygun olarak nitelendirilemeyeceğini, ayrıca somut olayda olduğu gibi delil elde etmeye yönelik zorunluluk halinde *(Beweisnot)* hareket eden kişi tarafından oluşturulan ses kayıtlarının yalnızca uyuşmazlığı çözmekle yetkili makamlarla paylaşılmasının 201. maddenin 1. fıkrası anlamında "yetkisizlik" unsurunun dar yorumlanmasını gerektirdiğini kabul etmiştir.[231]

Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen bir başkasının aleni olmayan konuşmasını ses taşıyıcı bir cihazla kaydetme suçunda bazı hukuka uygunluk sebeplerinin tatbiki de gündeme gelmektedir. Öncelikle, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarının ses kaydına alınmasında Kanunun 32. maddesinde düzenlenen meşru sa-

---

[229] Zweibrücken Eyalet Mahkemesi, 2 Ss 62/21, 30.06.2022, https://www.landesrecht.rlp.de (Erişim Tarihi: 21.02.2023).

[230] EISELE, § 201 kn 29; GRAF, § 201 kn 41.

[231] Karlsruhe Eyalet Mahkemesi, 16 Qs 98/22, 04.01.2023, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 27.02.2023).

vunmanın *(die Notwehr)* varlığı tartışılmaktadır.[232] Bununla birlikte meşru savunma, gerçekleşmekte olan hukuka aykırı bir saldırıyı ve bu saldırıyı doğrudan sona erdirmeyi amaçlayan elverişli bir savunma hareketini gerekli kılmaktadır. Kayıt altına alma şeklindeki davranışın ise kolluk görevlilerinin hukuka aykırı davranışlarını doğrudan sona erdirme noktasında uygun savunma hareketi olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu kayıtlar daha ziyade delil elde etme amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda meşru savunma açısından elverişli bir savunma hareketi ve buna uygun savunma iradesinin eksikliği söz konusu olmaktadır.[233]

Alman Öğretisinde kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin ses kaydına alınmasında Alman Ceza Kanunu'nun 34. maddesinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen zorunluluk halinin de *(rechtfertigender Notstand)* gündeme gelebileceği ileri sürülmektedir. Zorunluluk hali, mevcut ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlikeye karşı gerçekleştirilen savunma hareketini, korunan menfaatin bu hareketle tehlikeye giren menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basması durumunda hukuka uygun hale getirmektedir. Nitekim söz konusu durumlarda da kolluk görevlilerinin kişilik hakları ile ses kaydı oluşturan kişinin delil elde etmeye yönelik menfaatleri karşı karşıya gelmektedir. Zira kolluk görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerine maruz kalan kişilerin, adli makamlar nezdinde çoğunlukla bu hukuka aykırılığı ispatlamalarını sağlayacak delilden yoksun oldukları gözlemlenmektedir ki, bu eksiklik ses kayıtları sayesinde giderilebilmektedir. Ayrıca ses kayıtları kolluk görevlilerinin özel hayat alanlarına ilişkin olmadığından, kayıt yapan kişinin delil elde etmeye yönelik menfaati her zaman kolluk görevlilerinin kişilik haklarına karşı ağır basmaktadır.[234] Bununla birlikte, menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılmadan evvel zorunluluk halinin varlığı açısından korunan menfaate yönelik tehlikenin tespiti gerekmektedir. Bu tehlike, belirli risk faktörleri nedeniyle zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda söz konusudur. Dolayısıyla salt zararın meydana geleceğine yönelik soyut düşünce yeterli olmamalı, genel yaşam riskinin de ötesinde somut koşullara bağlı olarak bir zarar ihtimali ortaya çıkmalıdır. Bu nedenle Alman Öğretisinde bir görüş ve uygulama, kolluk görevlileri ve faaliyetleri-

---

[232] EISELE, § 201 kn 31a; HEGER § 201 kn 12; HEUCHEMER, § 201 kn 20; SCHUNEMANN, § 201 kn 41, 42; ULLENBOOM, 3110.

[233] Aachen Eyalet Mahkemesi, 60 Qs 34/20, 19.08.2020, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 20.02.2023); ULLENBOOM, 3111.

[234] ULLENBOOM, 3111, 3112.

nin ses kaydına alınmasında zorunluluk halinin tatbikini her durumda kabul etmemektedir. Bu görüşe göre zorunluluk hali açısından aranan tehlike ilk olarak, kolluk görevlileri tarafından hukuka aykırı hareket edildiğine dair somut bağlantı noktalarının varlığı halinde söz konusu olabilecektir.[235]

Basın mensuplarının, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları izinsiz olarak ses kaydına almaları ve bu kayıtları kullanmaları bakımından basın özgürlüğü güvencesinden yararlanamayacağı; zira bu özgürlüğün sınırlarının Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 2. fıkrasına göre genel kanun hükümleri ile çizildiği ifade edilmektedir.[236] Örneğin Köln Eyalet Mahkemesi bir kararında, psikiyatri hastanesinde bir gazeteci tarafından gizli şekilde görüntü ve ses kaydı oluşturulması ve oluşturulan bu kaydın kullanılmasının, Alman Ceza Kanunu'nun 201, 201a ve 203. maddelerinde düzenlenen suçların oluşmasına elverişli eylemler olduğunu açıklamıştır.[237]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre ise hukuka aykırı biçimde elde edilen haber kaynağı bilginin yayınlanması da kural olarak Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde karşılığını bulan basın özgürlüğünün koruması kapsamındadır, zira bu bilgiler kamuoyunun aydınlatılması bakımından önemli katkı sağlayabilir.[238] Yine Dresden Yüksek Eyalet Mahkemesi de bir kararında, basın faaliyeti kapsamında gizli ses kaydı oluşturulmasının kişilik haklarının ihlaline yol açıp açmayacağına ancak somut olayın tüm özelliklerinin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi sonucunda karar verilebileceğini açıklamıştır. Mahkemeye göre bu değerlendirmede, hukuka aykırı olarak elde edilen bilgilerin önemli ölçüde kamu yararına olan bir tartışmaya katkı sağlamasının yanı sıra, gizli kayıtların ne ölçüde kişiyle veya belirli şikâyetlerle ilgili olduğu ve özel alana yapılan müdahalenin ne kadar ağır olduğu da önemlidir.[239]

---

[235] Aachen Eyalet Mahkemesi, 60 Qs 34/20, 19.08.2020, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 20.02.2023); Zweibrücken Eyalet Mahkemesi, 2 Ss 62/21, 30.06.2022, https://www.landesrecht.rlp.de (Erişim Tarihi: 21.02.2023); RENNICKE, 13.

[236] GRAF, § 201 kn 48.

[237] Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi, 15 W 21/19, 18.07.2019, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

[238] Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR 411/00, 14.11.2004, https://www.bundesverfassungsgericht.de (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

[239] Dresden Yüksek Eyalet Mahkemesi, 4 U 1401/19, 24.09.2019, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.02.2023). Benzer değerlendirme için bkz. Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi, 15 U 101/11, 26.10.2011, https://beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 28.02.2023).

Son olarak, kanun koyucu 201. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde özel bir hukuka uygunluk nedenine yer vererek ses taşıyıcı cihaz vasıtasıyla kaydedilen kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların yalnızca içeriğinin aynen veya önemli kısımları itibarıyla alenen bildirmesinin daha üstün kamusal yararların kullanılması amacıyla yapılması halinde hukuka aykırı olmayacağını kabul etmiştir. Madde hükmü ile bilginin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi korunmamakta, aksine bu türden bir bilginin içerik itibarıyla alenen bildiriminin Anayasa'nın 5. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanan düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalabileceği belirtilmektedir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin tatbiki için, daha üstün kamusal yararın, aleni olmayan konuşmayı gerçekleştiren kişinin kişisel ve gizli yaşam alanının korunmasına yönelik menfaate ağır basması gerekmektedir.[240]

SONUÇ

Türk ve Alman Hukukunda kişinin resmi ve sesi üzerindeki hakkı, kişilik hakkının ve dolayısıyla maddi ve manevi gelişiminin önemli bir parçası olarak kabul edilmektedir. Resim de ses de bir insanın özelliklerini gösteren simgedir ve bu sebeple kişilik haklarına ilişkin korumaya dâhildir. Kişinin resmi (görüntüsü) üzerindeki hakkı, resminin yapılmasını, kullanılmasını ve yayınlanmasını engelleme yetkisi sağlarken; sesi üzerindeki hakkı da sözlerinin yalnızca konuşmanın muhatabı veya belirli bir kişi grubu veya kamuoyu tarafından erişilebilir olup olmamasını belirleme yetkisi vermektedir.

Türk Hukukunda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 86. maddesinin 1. fıkrasında resim ve portrelerde tasvir edilenlerin kişilik haklarının korunmasına yönelik özel bir düzenleme öngörülmüş ve kişinin resminin izinsiz teşhiri veya umuma arz edilmesi yasaklanmıştır. Bu bağlamda, görevleri esnasında fotoğraflanan ve/veya görüntüleri kayıt altına alınan kolluk görevlilerinin resimlerinin de eser niteliğini haiz olmasa dahi FSEK m.86/1'in koruması kapsamında kaldığı söylenebilir. Ayrıca, FSEK m.86/3'de kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 134, 139 ve 140. maddelerine yollama yapmak suretiyle, kişinin resminin ceza hukuku çerçevesinde de korunmasını hedeflemiştir. Bununla birlikte, TCK m.134'de düzenlenen "Özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun oluşabilmesi için, kişinin resminin özel hayat alanına ilişkin olması gerekmektedir. Ancak, çoğunlukla kamuya açık alanlarda ve kamuoyu gözetiminde görevini icra eden kolluk görevlile-

---

[240] GRAF, § 201 kn 48.

rinin, bu görevleri esnasında görüntülenmesi açısından TCK m.134 anlamında özel hayatın gizliliği suçunun oluşması oldukça zordur. Türk Hukuku'ndan farklı olarak, Alman Hukuku'nda kişinin resmi üzerindeki hakkı Telif Hakları Kanunu'nda *(KunstUrhG)* doğrudan ceza hukuku korumasına dâhil edilmiştir. Kural olarak, özel hayat alanına ilişkin olsun veya olmasın, kişinin resminin rızası bulunmaksızın yayımlanması veya umuma arz edilmesi 33. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçu oluşturmaktadır.

Elbette, iki hukuk düzeni açısından da kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntülerin salt oluşturulmasını konu edinen özel bir düzenleme bulunmadığı gibi, oluşturulan bu görüntülerin yayımlanması veya umuma arz edilmesinin de her durumda hukuka aykırı olduğunu (TMK m.24, TBK m.49) veya suç teşkil ettiğini (Alman Telif Hakları Kanunu m.33/1) söyleyebilmek mümkün değildir. Örneğin, kask veya kar maskesi gibi koruyucu kıyafet kullandıkları durumlarda kolluk görevlilerinin üçüncü kişilerce tanınabilirliği neredeyse imkânsız olduğundan kişilik haklarının ihlalinden söz edilemeyecektir. Yine, kolluk görevlilerinin görevleri esnasında görüntülerinin oluşturulması ve yayımlanmasına rıza gösterdikleri hallerde herhangi bir hukuka aykırılık gündeme gelmeyecektir.

Hem Türk hem de Alman Hukukunda kolluk görevlileri de dâhil olmak üzere kişilerin görüntülerinin rızaları bulunmaksızın yayımlanması veya umuma arz edilmesinin hukuka uygun görüldüğü bazı hallere yer verilmiştir. Ancak bu hallerin varlığı, kural olarak görüntüleme ile hedeflenen meşru amaçların aşılmasına veya görüntülenenin onur, şeref veya itibarının açık ve ağır biçimde zedelenmesine veya özel hayatına yetkisiz müdahale edilmesine imkân sağlamaz.

Devletin kamusal alandaki temsilcisi olan kolluk görevlileri, çoğu zaman görevlerini sosyal hayatta rol üstlenerek icra etmektedirler. Ancak, üstlenmiş oldukları bu rol, şahıslarından kaynaklanmadığı gibi, her bir kolluk görevlisi özelinde ülkenin bütünü açısından kamu yararı oluşturan bir faaliyete dayalı da değildir. Ayrıca, kolluk görevlileri sosyal hayatta doğrudan etkin bir rol üstlenmemekte, bu hayatın kamu düzeni ve kamu barışı yönünden sağlıklı bir şekilde varlığını sürdürebilmesi bakımından ortaya çıkan engelleri kanunilik ilkesi çerçevesinde ortadan kaldırmak amacıyla ve bu amaçla sınırlı olarak rol oynamaktadırlar. Bu bakımdan, kolluk görevlilerinin görüntülerinin *"tanınmış kişi"* olduklarından bahisle yayımlanması veya umuma arzının kabulü kanaatimizce güçtür.

Kamuya açık bir alanda gerçekleştirilen geçit, resmi tören, toplantı veya gösteri yürüyüşü gibi *"toplumsal hadiselere ilişkin resimlerde"*, bu etkinliklerde görev alan kolluk görevlilerinin de görüntüsünün bulunması kural olarak hukuka aykırılık teşkil etmez. Çünkü bir etkinliği resmetme ve görüntüleme özgürlüğü yalnızca etkinliğin kendisini değil, aynı zamanda gerçekleştiği ortamı ve orada oluşturduğu etkiyi de ihtiva eder. Dolayısıyla, bu türden etkinlikler resmedilirken, aynı zamanda bu etkinliklere katılan kolluk görevlilerinin de görüntülenmesi kendileri açısından daha üstün bir kişisel yararın söz konusu olmaması koşuluyla mümkündür. Bunun için, resim veya portrede ilgili kolluk görevlisi veya görevlilerinin değil, etkinliğe ilişkin betimlemenin ön planda olması aranmaktadır.

Kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntülerin oluşturulmasında diğer bir hukuka uygunluk nedeni olarak *"hak arama özgürlüğü"* gündeme gelmektedir. Kolluk görevlilerinin, kamu düzeninin ve kamu barışının korunması ile suç veya tehlikenin önlenmesi amaçlarını yerine getirirken kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik yetki sınırlarını aşan hukuka aykırı müdahalelerde bulundukları iddialarıyla yer yer karşılaşılmaktadır. Bahsi geçen amaçlarla gerçekleştirilen kolluk faaliyetlerindeki hukuka aykırılıkların ispatı noktasında ortaya çıkan zorluklar, kişileri bu faaliyetlere ilişkin görüntü ve/veya ses kaydı oluşturma yoluna sevk edebilmektedir. Örneğin, durdurma veya kimlik tespiti işlemleri esnasında uygulanabilen onur kırıcı tutum ve davranışlar, aramanın gerçekleştirildiği yerde bulunan kişi ve eşyalar üzerinde gerçekleştirilen zarar verici davranışlar veya toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında başvurulan zor ve silah kullanma yetkisindeki keyfilik veya ölçüsüzlükler kişileri görüntü ve/veya ses kaydı almaya iten durumlardan yalnızca birkaçıdır.

Kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlem veya faaliyetlerine maruz kalan kişilerin, bu sebeple adli makamlara yapmış oldukları şikâyetlerde çoğu zaman somut delil bulunmadığından beyana karşı beyan durumu ortaya çıkabilmekte ve adli makamlar kolluk görevlilerinin beyanlarına güvenme eğilimi gösterebilmektedirler. Somut olayın tanığı olan diğer kolluk görevlileri ise çoğu zaman meslektaşları aleyhine ifade vermekten kaçınmaktadırlar. Bu gibi hallerde, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlem veya faaliyetlerine muhatap olan kişilerin iddialarını ispat edebilmek amacıyla görüntü ve/veya ses kaydı oluşturmaları ve bu kayıtları yürütülen adli süreçlerde delil olarak kullanmaları hak arama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilmelidir. Elbette bunun için, hak arama özgürlüğünün meşru bir amaca

dayalı olarak kullanılması ve bu amacın sınırlarının içinde kalınması gerekir. Aksi durumda, hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılması nedeniyle kişilik hakkının ihlali gündeme gelebilecektir.

Bazı durumlarda da kişiler, maruz kaldıkları ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri kolluk görevlilerinin işlem veya faaliyetlerine karşı herhangi bir hukuki sonuç alamayacakları düşüncesiyle hukuki yollara başvurmadıkları gibi, haklarında görevi yaptırmamak için direnme (TCK m.265) ve sair suçlar dolayısıyla adli süreçlerin başlatıldığı görülmektedir. Bu noktada kişi, üzerine atılı suç veya suçların gerçekleşmediğini, aksine kolluk görevlilerinin işlem veya faaliyetlerinin hukuka aykırı olduğunu ispat edebilmek amacıyla *"savunma hakkı"* çerçevesinde somut olaya ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarını kullanabilmelidir. Kolluk görevlilerinin haksız ithamlarına karşı, savunma hakkı kapsamında kullanılan görüntü ve/veya ses kayıtları, bu kayıtlara konu olan kolluk görevlilerinin kişilik haklarını zedeliyor olsa da, hukuka aykırı olarak nitelendirilmeyecektir.

Kamusal alanda devletin temsilcisi olan kolluk görevlileri ile faaliyetlerine ilişkin görüntü kayıtlarının eleştirel bir haber veya düşünce açıklamasına konu edilmesi de kural olarak *"düşünceyi ifade hürriyeti ve basın özgürlüğü"* kapsamında hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu bağlamda özellikle, alışılmışın dışında veya sansasyonel bir kolluk faaliyetine ilişkin görüntülerin oluşturularak yayımlanması veya umuma arzının da kamuoyunun bilgi edinme ihtiyacına hizmet ettiği görüşü benimsenmektedir. Bu tür hadiselerde, kamuoyunun bilgi edinmesindeki ve idari makamların faaliyetlerinin hukuka uygunluğu ve şeffaflığına ilişkin denetiminin sağlanmasındaki yarar, kolluk görevlilerinin görüntüleri üzerindeki kişilik haklarının korunmasına ilişkin yarara karşı üstün gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, AİHM *"basın faaliyeti"* ifadesini geniş yorumlamaktadır. Mahkeme'ye göre; bilgi, düşünce veya görüşlerin herhangi bir araçla kamuoyunda yayılmasını amaçlayan her türlü faaliyet basın faaliyetidir. Bu faaliyetin basın kuruluşları veya basın mensupları tarafından yürütülmesi bir ölçüt değildir. Aksine, bilgi, düşünce veya görüşleri yer yer veya bir defaya mahsus kamuoyuna sunmak isteyen herhangi bir kişi de basın faaliyeti yerine getirmiş olmaktadır. O halde kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü kaydına alınması ile bu kayıtların çeşitli kitle iletişim araçları vasıtaları üzerinden kamuoyu ile paylaşılması da paylaşan kişinin sıfatından bağımsız olarak basın faaliyeti olarak kabul edilebilecektir. Elbette, bilgi, düşünce veya görüşlerin kamuoyunda yayılması amacıyla gerçekleştirilen bu

faaliyetin, her somut olay özelinde düşünceyi ifade ve basın özgürlüğüne yönelik getirilen sınırlama sebepleri ve hakların çatışması halinde benimsenen üstünlük kriterleri açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Haklar dengesi açısından yapılan bu değerlendirmede, düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü karşısında kolluk görevlisinin görüntüsü üzerindeki kişilik hakkının ağır basması halinde, örneğin, önemsiz ve rutin bir kolluk faaliyeti sırasında, konumu itibarıyla üst rütbeli olmayıp kamuoyu tarafından tanınmayan kolluk görevlilerine ilişkin görüntü kayıtlarının özellikle merak veya provokasyon amaçlı olarak kayıt altına alınması ve/veya yayınlanması durumunda, kamuoyunun üstün yararının mevcut olduğunu söylemek güçtür. Hakeza, görüntü ve/veya ses kaydında güvenilir bir ispat vasfı bulunmamasına rağmen, haber içeriğinde bu görüntü ve/veya sesin sahibi kolluk görevlilerinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan olgular isnat edilmesi veya görevi kapsamında hareket eden kolluk görevlilerine karşı hedef gösterme, şiddet çağrısı veya nefret söylemlerinde bulunulması veya kolluk görevlilerine karşı şiddet eylemlerini meşru sayan açıklamalarda bulunulması ifade ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Öte yandan, hem Türk Hukuku hem de Alman Hukukunda kişisel verilere ilişkin tanım ve belirlemelerin kolluk görevlileri bakımından da uygulama alanı bulacağını, bu bakımdan kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin görüntü ve/veya ses kayıtlarının da bu kayıtlarda tasvir edilen kolluk görevlileriyle ilişkilendirilebilir nitelikte olması halinde genel nitelikte "kişisel veri" olarak kabul edileceğini söylemek mümkündür.

Türk Hukuku'nda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.17'de kişisel verilere karşı suç teşkil eden eylemler bakımından Türk Ceza Kanunu'nun m.135 ila 140 arasında yer alan düzenlemelere atıf yapılırken; Alman Federal Veri Korunma Kanunu'nun *(BDSG)* 42. maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin Alman Ceza Kanunu'nda getirilen düzenlemelerin yanı sıra yetkisiz olarak genel erişime açık olmayan kişisel verilerin üçüncü kişilere çıkar elde etmek amacıyla aktarılması, işlenmesi veya gerçek dışı beyanda bulunmak suretiyle elde edilmesi ceza yaptırımını gerektiren eylemler olarak tanımlanmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.18'de, veri sorumlusunun belirlenen bir takım kanuni yükümlülüklerini yerine getirmemesine karşılık olarak idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ve kabahat sorumluluğunu doğuran yükümlülüklerin muhatabı yalnızca "veri sorumlusu" olabilmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.28 ve m.5/2'de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin faaliyetler bakımından hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Söz konusu nedenler, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğinde olan görüntü ve/veya ses kayıtlarının oluşturulması açısından da gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin kişisel veri niteliğindeki görüntü ve/veya ses kaydının işlenmesine ilişkin olarak m.28/1-c'de öngörülen düşünceyi ifade ve basın özgürlüklerinin uygulama alanı bulmadığı durumlarda 5. maddenin ikinci fıkrasının e bendinde yer alan *"Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması"* hali söz konusu olabilecektir. Veri sahibi ilgili kişinin açık rızasının aranmadığı bu hale "hak arama özgürlüğü" ve "savunma hakkı" örnek gösterilebilir.

Benzer şekilde Alman Hukuku'nda da 2016/679 sayılı ve 27.04.2016 tarihli Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesine Karşı Korunması ile Bu Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/EC Sayılı Yönergeyi Yürürlükten Kaldıran Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 6. maddesinde sayılan hukuka uygunluk nedenleri gündeme gelmektedir. Örneğin, kolluk görevlilerinin görüntü ve/veya ses kayıtlarının kişisel veri olarak işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bir taraftan veriyi işleyen veya bir üçüncü kişinin haklı yararlarını savunması için bunun gerekli olması, diğer taraftan veri sahibinin menfaatlerinin veya temel hak ve özgürlüklerinin, veriyi işleyen veya bir üçüncü kişinin haklı çıkarlarına üstün gelmemesi gerekmektedir.

Basın faaliyeti kapsamında kişisel verilerin işlenmesi bakımından ise Tüzük'ün 85. maddesinin 2. fıkrasında, Avrupa Birliği ülkelerine gerekli olduğu takdirde kişisel verilerin korunması ile düşünceyi ifade ve bilgi edinme özgürlükleri arasındaki uyumun sağlanması amacıyla ulusal düzeyde farklı düzenlemeler getirme yetkisi tanınmıştır. Nitekim bu bağlamda, Tüzük'ün II ila VII. ve IX. Bölümlerinde öngörülen hükümlerin uygulanması bazı Alman eyaletlerinde, verinin basın faaliyeti kapsamında işlenmesi hallerine özgü olarak sınırlandırılmış veya kaldırılmıştır.

AİHM, kolluk görevlilerinin faaliyetlerini yerine getirirken görüntü kaydına alınması şeklinde gerçekleşen kişisel veri işlenmesinin, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Direktifi kapsamında kaldığını kabul etmiştir. Bu nedenle, her somut olay özelinde görüntü ve/veya ses kaydını yapan kişinin bunda haklı bir yararının bulunup bulunmadığının

tespit edilmesi gerektiği, kural olarak kolluk görevlilerinin devriye görevi gibi genel ve rutin uygulamaları sırasında özellikle merak veya provokasyon amaçlı olarak kayıt altına alınmasında haklı yarardan söz edilemeyeceği, zira bu tür durumlarda kamuoyunun ilgisini uyandırabilecek bir kolluk faaliyetinin bulunmadığı, aksinin kabulünün ise ancak bir suçun işlenmesine müdahale etmeyen kolluk görevlilerinin ihmallerinin ispatlanması gibi bazı durumlar bakımından geçerli olabileceği dile getirilmektedir.

Ceza hukuku alanında kolluk görevlilerinin, bilhassa kamuya açık alanlarda ve görevlerini yerine getirirken oluşturulan kişisel veri niteliğindeki görüntüleri bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen "Kişisel verilerin kaydedilmesi"; ayrıca bu görüntülerin yayılması bakımından TCK m.136'da düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçları gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, Türk Öğretisinde benimsenen ağırlıklı görüş ve Yargıtay'ın konuya ilişkin bazı kararlarına göre kişinin kamuya açık alanlarda oluşturulan ve özel hayat alanına dâhil olmayan görüntüsünün rızaya aykırı olarak ve süreklilik arz etmeyecek biçimde kaydedilmesi ne genel hüküm niteliğinde olan TCK m.135 ne de özel hüküm niteliğinde olan m.134 kapsamında suçun konusunu oluşturacak, ancak kişilik haklarının ihlali bağlamında özel hukuk müeyyidelerine konu olabilecektir. Dolayısıyla, mesleği gereği çoğunlukla kamuya açık alanlarda ve kamuoyunun gözetiminde faaliyet gösteren kolluk görevlilerinin özel hayat alanına dâhil olmayan görüntülerinin kaydedilmesi halinde ceza hukuku değil, özel hukuk açısından sorumluluk söz konusu olabilecektir. Ayrıca, kaydetme eylemini gerçekleştiren kişinin 6698 sayılı Kanun kapsamında veri sorumlusu sıfatına sahip olması halinde, m.18'de belirlenen kanuni yükümlülüklerinin ihlali bağlamında sorumluluk da doğabilecektir.

Öğretide benimsenen diğer görüşün kabulü halinde ise kolluk görevlilerinin kamuya açık alanlardaki görüntüsü de kişisel veri niteliğinde olabileceğinden, bu görüntünün kaydedilmesi TCK m.135'de düzenlenen suçun konusunu oluşturabilecek ve bu durumda eylemi hukuka uygun hale getirebilecek nedenler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması söz konusu olacaktır. Hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince, hukuka aykırılık tüm hukuk düzenine aykırılığı ifade etmekte ve hukuka uygunluk nedenleri de hukuk düzeninin her bir bölümünden kaynaklanabilmektedir. Buna göre, TCK m.135 açısından hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukundan olduğu gibi medeni hukuktan veya başka bir hukuk dalından da kaynaklanabilir. Dolayı-

sıyla, somut olayda TCK'da yer alan kanun hükmünü yerine getirme (m.24) ile hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m.26) nedenlerinin yanı sıra, FSEK m.86/2, TMK m.24/2, 6698 sayılı Kanun m.28/1 ile m.5/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri de dikkate alınarak eylemin hukuka aykırılığı tespit edilebilecektir.

Alman Hukuku'nda kolluk görevlileri de dâhil olmak üzere kişilerin görüntüleri Alman Telif Hakları Kanunu'nun *(KunstUrhG)* 33. maddesinde düzenlenen suç vasıtasıyla korunmaktadır. Bu suçla korunan hukuki menfaat, kişinin görüntüsü üzerindeki hakları ve görüntüsünün umuma arzı veya yayımlanması açısından karar verme özgürlüğüdür. Ayrıca, kişinin özel yaşam alanına dâhil olan görüntüsüne yönelik ihlaller Alman Ceza Kanunu m.201a'da yaptırım altına alınmıştır. Kolluk görevlileri de Alman Ceza Kanunu m.201a/1/1'de yer alan düzenleme kapsamında "yüksek kişisel yaşam alanlarının" korunması ve 4. fıkrada düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin tatbiki bakımından normal bireylerle aynı korumaya sahiptirler. Ancak, görevleri esnasında kolluk görevlilerinin kişisel görüntülerinin bu suç çerçevesinde korunduğunu söyleyebilmek iki nedenle güçtür. Bunlardan ilki, kolluk görevlilerinin meslekleri gereği kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi ve suçların aydınlatılması gibi amaçlarla özellikle kamuya açık alanlarda ve kamuoyunun gözetiminde faaliyet göstermeleridir. Bu faaliyetlerin, gizli hayat alanları veya üçüncü kişilerce kolaylıkla erişilemeyen ve yabancıların gözetiminden uzak aile yaşamını kapsamadığı açıktır. Dolayısıyla, görevleri esnasında kolluk görevlileri kural olarak yüksek kişisel yaşam alanlarında veya bu alana dâhil olabilecek bir faaliyet içinde değildir. İkinci neden ise Alman Ceza Kanunu m.201a/1/1'de öngörülen mekânsal sınırlamadır. Görevlerini çoğunlukla kamuya açık alanlarda veya kendi yüksek kişisel yaşam alanlarına dâhil olmayan yerlerde yerine getiren kolluk görevlileri açısından madde hükmünde öngörülen mekânsal koşulların gerçekleşmesi de mümkün değildir. Her ne kadar yüksek kişisel yaşam alanı olarak kabulü için bulunulan yerin kişinin kendisine ait olması gerekmese de, örneğin bir konutta arama esnasında görüntülenen kolluk görevlileri açısından bu koşul sağlanmamış olacaktır. Zira kolluk görevlilerinin bulunduğu konut, burada bulunan kişiler bakımından yüksek kişisel yaşam alanı oluşturabilse de, görevi gereği konutta bulunan kolluk görevlisinin faaliyeti yüksek kişisel yaşam alanına ilişkin olmadığından suç oluşmayacaktır.

Alman Ceza Kanunu m.201a/1/2'de ise başka bir kişinin çaresiz durumunu gösteren bir görüntünün yetkisiz olarak oluşturulması veya iletilmesi

veya teşhiri suretiyle bu kişinin yüksek kişisel yaşam alanının ihlal edilmesi yaptırım altına alınmıştır. Bu bakımdan, belirli olaylarda kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntüsünün kaydedilmesi bahsi geçen düzenleme kapsamında yüksek kişisel yaşam alanının ihlalini gündeme getirebilir.

Sonuç olarak; kolluk görevlileri ve faaliyetlerine ilişkin oluşturulan - *özel hayat alanına dâhil olmayan* - görüntülerin yayımlanması veya umuma arzı şeklindeki eylemler Türk Hukukunda kural olarak özel hukukta öngörülen düzenlemeler çerçevesinde değerlendirme konusu yapılabilirken; Alman Hukukunda doğrudan ceza hukuku kapsamında kalan suç düzenlemelerinin konusunu oluşturabilmektedir. Ayrıca, hem Türk hem de Alman Hukukunda kolluk görevlileri ve faaliyetlerini konu edinen görüntülerin yayımlanması veya umuma arzında gündeme gelen hukuka uygunluk sebeplerinin türü ve kapsamına göre kişinin kolluk faaliyetinin muhatabı olması önem arz edebilmektedir. Örneğin, basın özgürlüğü bağlamında kolluk görevlilerinin gerçekleştirdiği sansasyonel bir faaliyete ilişkin görüntüyü oluşturup yayımlayan veya umuma arz eden kişinin kolluk faaliyetinin mutlaka muhatabı olması mutlaka aranmamakta iken; hak arama özgürlüğü açısından kolluk görevlileri veya faaliyetlerinin muhatabı olması gerekebilecektir. Dolayısıyla, görüntülerin yayımlanması veya umuma arzı için, bu görüntüleri yayımlayan veya umuma arz eden kişinin her koşulda kolluk görevlileri veya faaliyetlerinin muhatabı olması gerekmemektedir.

Öte yandan, Türk Ceza Hukuku'nda kolluk görevlilerinin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri konuşmaların kayda alınması ve ifşa edilmesi bakımından TCK m.133'de düzenlenen "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçu gündeme gelmekte iken; Alman Hukuku'nda konu Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenen "Konuşmanın gizliliğinin ihlali" suçu kapsamında değerlendirilmektedir.

Hem Türk Hukuku hem de Alman Hukuku açısından bahsi geçen suçların oluşabilmesi için konuşmanın muhteviyatının mutlaka özel hayata ilişkin olması aranmamaktadır. Bu bakımdan içerik, özel, mesleki, ticari alan kapsamına girebileceği gibi, bir kamu görevlisinin görevi gereği yapmış olduğu açıklamalara ilişkin de olabilir. Konuşmanın gerçekleştirildiği yerin kamuya açık bir alan olmasının önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kolluk görevlilerinin bilhassa görevleri gereği kamuya açık alanlarda gerçekleştirdikleri konuşmalar da ilgili hükümler çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Örneğin, bir gösteri yürüyüşü sırasında kolluk görevlisinin kimliğini ibraz etmesi için bir gösterici ile gerçekleştirmiş olduğu konuşma da bu kapsamdadır.

Her iki suç açısından da salt konuşmanın varlığı yeterli değildir. Ayrıca, bu konuşmanın *"aleni olmaması"* gerekmektedir. Aleniyetin tespiti bakımından yalnızca konuşmayı gerçekleştiren kolluk görevlisinin sübjektif iradesi değil, aynı zamanda konuşmanın yapıldığı andaki objektif koşullar ve konuşmanın niteliği belirleyicidir. Bu bakımdan, kamuya açık olmayan kapalı alanlarda örneğin bir karakoldaki ifade alma işlemi sırasında gerçekleştirilen konuşmanın aleni olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, kapalı alanlar dışında kalan yerlerde gerçekleştirilen konuşmalar bakımından, konuşmanın tarafı olmayan kişilerin özel bir çaba göstermeksizin duyulabileceği bir uzaklıkta bulunup bulunmadıklarına ve konuşmada kullanılan ses düzeyine göre bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır.

Kolluk görevlisi ile görevi esnasında aleni olmayan bir konuşma gerçekleştiren kişinin, tarafı olduğu bu konuşmaya ilişkin ses kaydı oluşturulması TCK m.133/1'e göre suç teşkil etmemekte iken; bir tarafını kolluk görevlisi veya görevlilerinin oluşturduğu en az üç kişi arasında gerçekleşen aleni olmayan bir söyleşinin, bu söyleşiye katılan bir tarafça kaydedilmesi halinde TCK m.133/2'de düzenlenen suç oluşabilmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde düzenlenen bir başkasının aleni olmayan konuşmasını ses taşıyıcı bir cihazla kaydetme suçunun faili "herkes" olabildiğinden, bir veya birden fazla kişi ile kolluk görevlisi veya görevlileri arasında gerçekleşen aleni olmayan bir konuşma içeriğinin kaydedilmesi de 201. madde kapsamında kalmaktadır.

Sonuç olarak; Türk Hukukunda kolluk görevlilerinin görevleri gereğince gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alınması açısından, bu konuşmaların tarafını oluşturan kişi sayısı ile kayıt altına alan kişilerin bu konuşmaların muhatabı olup olmamaları önem arz ederken, Alman Hukukunda bu koşullardan bağımsız olarak söz konusu eylem suç teşkil edebilmektedir.

Ayrıca, kolluk görevlilerinin faaliyetleri sırasında gerçekleştirdikleri aleni olmayan konuşmalara ilişkin ses kayıtlarının ifşası açısından ise her iki hukuk sisteminde hem özel hukuk ve kişisel veri hukuku alanından hem de ceza hukuku alanından kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı gündeme gelebilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü ve/veya ses kaydına alınmasının yasaklanması amacıyla yayınlanan Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı Genelgesi açısından konu ele alındığında;

Kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin görüntü kaydına alınması ve yayımlanması veya umuma arz edilmesinin genel olarak yasaklanmasına ve bu yasağın yerine getirilmesi amacıyla kolluk tedbirleri uygulanmasına dayanak teşkil edebilecek herhangi bir ceza hukuku düzenlemesi bulunmadığı,

Bir tarafını kolluk görevlisinin oluşturduğu iki kişi arasında geçen aleni olmayan bir konuşmanın, diğer tarafça ses alma cihazıyla kaydedilmesi halinde TCK m.133/1'de düzenlenen suçun oluşmaması dikkate alındığında, kolluk görevlileri ve faaliyetlerinin ses kaydına alınmasının ve umuma arz edilmesinin bahsi geçen koşullarda genel olarak yasaklanmasına ve bu yasağın yerine getirilmesi amacıyla kolluk tedbirleri uygulanmasına dayanak teşkil edebilecek herhangi bir ceza hukuku düzenlemesi bulunmadığı,

Kolluk görevlilerinin aleni olmayan konuşmalarına ilişkin ses kaydı oluşturulması ve bu kayıtların ifşasının TCK m.133'de düzenlenen suçun tipiklik unsurunu gerçekleştirdiği durumlarda ise ilgilinin rızası, meşru savunma veya düşünceyi ifade, basın ve hak arama özgürlüğü gibi hukuka uygunluk nedenleri ya da delil elde etme amacına dayalı zorunluluk hali gündeme gelebileceği için genel bir yasağın kabulünün mümkün olmadığı,

AİHM'in konuya ilişkin belirlediği ölçütler doğrultusunda çoğu durumda düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan ve yine ulusal hukuktan kaynaklanan diğer birçok hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebildiği söz konusu eylemlerin bir genelge vasıtasıyla yasaklanmasının normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan 1982 Anayasası'nda öngörülen temel hak ve hürriyetlerin şekli anlamda bir kanun ile sınırlandırılması kuralına açıkça aykırı olduğu, hakeza böyle bir sınırlandırmanın kanun yolu ile yapılması ihtimalinde de hem demokratik hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerinin ihlali hem de hakkın özünün zedelenmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.

AKBULUT Berrin, **Kabahatler Hukuku**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.

ARTUK M. EMİN / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. EMİN / ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.

ALBERS Marion, VEIT Raoul-Darius, Datenschutzrecht, DS-GVO Art. 6, Herausgegeben von: WOLFF Heinrich Amadeus / BRINK Stefan, 42. Auflage, C.H. Beck, München, 2023.

ALICA Türkay, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu**, Cilt II (48 - 91. Maddeler), 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

AYAN Mehmet / AYAN Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza, Konya, 2011.

BASKIN Onur, **Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

BAYRAKTAR Köksal, **Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi, Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi**, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.

ÇAKIR Kerim, "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)", **ABÜHFD**, C: 8, S: 16, 2020, 569-596.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

DOĞAN Murat / ŞAHAN Gökhan / ATAMULU İsmail, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 17. Baskı, Filiz, İstanbul, 2016.

EISELE Jörg, **Strafgesetzbuch**, Kommentar, §§ 201-206, Herausgegeben von: SCHONKE Adolf / SCHRODER Horst, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.

ENGELS Stefan, **BeckOK Urheberrecht**, §§ 22-23, Herausgegeben von: AHLBERG Hartwig / GÖTTING Horst-Peter / LAUBER-RÖNSBERG Anne, 36. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

ERDİL Engin, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2021.

EREL N. Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Legal, Ankara, 2009.

FISCHER Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 55. Auflage, Verlag C. H. BECK, München, 2008.

FRICKE Michael, **Praxiskommentar Urheberrecht**, §§ 22-24, Herausgegeben von: WANDTKE Artur-Axel / BULLINGER Winfried, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

GÖKTÜRK Neslihan, "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması", **TAAD**, C. 7, S. 24, 2016, 149-198.

GRAF Peter Jürgen, **Münchener Kommentar zum StGB**, Cilt 4, Vor § 201, §§ 201-202d, Editör: GUNTHER M. Sandler, 4. Baskı, Verlag C. H. BECK, München, 2021.

GÜRLER Halil Emre, "Türk Hukukunda Kişisel Verilerin İşlenmesinin Sınırları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 93, S. 2019/5, 2019, 38-59.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, USA, Ankara, 2013.

HEGER Martin, **Strafgesetzbuch**, Kommentar, §§ 68-358, Herausgegeben von: LACKNER Karl / Kristian KUHL / HEGER Martin, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2023.

HELVACI Serap, **Gerçek Kişiler**, 3. Bası, Legal, İstanbul, 2010.

HEUCHEMER Michael, **BeckOK StGB**, § 201, Herausgegeben von: von HEINTSCHEL-HEINEGG Bernd, 36. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

IŞIK Egemen, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", **İHM**, C. 78, S. 4, 2020, 1723-1746.

KANGAL T. Zeynel, **Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması**, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2019.

KARGL Walter, **Strafgesetzbuch**, Nomos Kommentar, §§ 201-206, Herausgegeben von: KINDHÄUSER Urs / NEUMANN Ulfrid / PAEFFGEN Hans-Ullrich, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2017.

KAZANCI EKER Behiye, "Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 Çerçevesinde Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2007, 131-164.

KETİZMEN Muammer / KART Aslıhan, "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. Maddesi ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç Teşkil Eden Fiiller Açısından Uygulanacak Norm Hakkında Değerlendirme", **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, C. 1, S. 2, 2021, 256-268.

KILIÇOĞLU M. Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2006.

KIRCHHOFF Guido, "Polizeiliche Maβnahmen bei Film- und Fotoaufnahmen", NVwZ, 2021, 1177- 1183.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Adalet, Ankara, 2022.

KOÇER Seçkin, **Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2021.

KRUGER Stefan / WIENCKE Julia, "Herstellung und Veröffentlichung von Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DS-GVO", MMR, 2019, 76-80.

NOMER H. Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY - ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler Hukuku**, 16. Bası, Filiz, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2018.

ÖZBEK Veli ÖZER / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.

ÖZEL Kadir Can, "Ana Hatlarıyla Kişisel Verilerin Korunmasının Tarihsel Süreci ile Amacı ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 94, S. 2020/2, 2020, 241-255.

ÖZTAN Bilge, **Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler**, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 1. Baskı, Turhan, Ankara, 2008.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. 2, 76-150. Maddeler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

REİSOĞLU Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2012.

RENNICKE Jan, "Polizeiliches Einschreiten gegen Filmaufnahmen unter Berücksichtigung der DS-GVO", **NJW**, 2022, 8-13.

REUSCHEL Steffen, "Gestreamte Aufnahmen von Polizeibeamten im Straf- und Gefahrenabwehrecht", **NJW**, 2021, 17-22.

REUTER Wiebke / SCHWARZ Johanna, "Der Umgang mit Personenbildnissen nach Inkrafttreten der DSGVO", **ZUM**, 2020, 31-38.

ROGGAN Fredrik, "Zur Strafbarkeit des Filmens von Polizeieinsätzen - Überlegungen zur Auslegung des Tatbestands von § 201 I Nr. 1 StGB", **StV**, 2020, 328-332.

SCHUNEMANN Bernd, **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar**, Großkommentar, Editör: LAUFHÜTTE, Heinrich Willhelm / RISSING - VAN SAAN, Ruth /

TIEDERMANN, Klaus, 6. Cilt, 12. Baskı, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, Berlin, 2010.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, Vedat, İstanbul, 2013.

SERT Şeyma, **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

SEVÜK YOKUŞ Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

SPECHT-RIEMENSCHNEIDER Louisa, **Urheberrechtsgesetz**, §§ 22-24, §§ 33-50, Herausgegeben von: DREIER Thomas / SCHULZE Gernot, 7. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.

ŞAHBAZ İbrahim, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, C. 1, (Madde 1-149), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Arıkan, İstanbul, 2005.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ULLENBOOM David, "Das Filmen von Polizeieinsätzen als Verletzung der Vertraulichkeit des Worts?", **NJW**, 2019, 3108-3112.

WAGNER Gerhard, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 823-838, Redakteur: HABERSACK Mathias, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2020.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ZAFER Hamide, **Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması**, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 319-369

BİR ETKİN PİŞMANLIK HÂLİ OLARAK AZMETTİRENİN ORTAYA ÇIK[ARIL]MASININ SAĞLANMASI (TCK M. 38/3)(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Abdulbaki GİYİK**(**)

Öz: Azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişki, azmettirenin faili zihinsel olarak etkilediği belli bir iletişim sürecinin varlığını zorunlu kılmaktadır. İletişim olgusunun karmaşık bir sürece işaret eden ve dışarıdan ancak sezgisel olarak gözlemlenebilen yapısı ise azmettirme eyleminin ceza hukuku bakımından analizini güçleştirmektedir. Üstelik bu zorlukla, yalnızca azmettirme eyleminin teknik anlamda ortaya konulması sürecinde değil, fail ve azmettiren arasındaki ilişkinin tespiti ve dolayısıyla azmettirmenin ispatı noktasında da karşılaşılmaktadır. Azmettirenin suçun icrasına bizzat katılmaması sonucu ortaya çıkan bu ispat zorluğu, kanun koyucuyu azmettirme eyleminin kanıtlanması bakımından özel bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir. Bahsi geçen düzenlemenin yer aldığı TCK m. 38/3 hükmünde, kim olduğu bilinmeyen azmettireninin ortaya çık[arıl]masını sağlama, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme, hukukî mahiyeti itibarıyla genel ve istisnai bir etkin pişmanlık hâlidir.

Anahtar Kelimeler: Azmettirme, İştirak, Suç, Etkin Pişmanlık, Gönüllü Vazgeçme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 23.11.2022 - Makale Kabul Tarihi: 09.01.2023.

(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Malatya - Türkiye (ORCID: 0000-0001-7929-9962; *abdulbaki.giyik@inonu.edu.tr*).

THE PROVIDING OF REVEALING OF INSTIGATOR AS AN EFFECTIVE REPENTANCE REGULATION (ARTICLE 38/3 OF THE TPC)

Abstract: The relationship between the instigator and the instigated person requires the existence of a certain communication process in which the perpetrator is mentally influenced by the person acting as instigator. The structure of the phenomenon of communication, which indicates a complex process and can only be observed intuitively from the outside, makes it difficult to analyse the act of instigation in terms of criminal law. Moreover, this difficulty is encountered not only in the process of establishing the act of instigation in a technical sense, but also in the determining of the relationship between the perpetrator and the instigator and therefore in the proof of instigation. The challenge of proving instigation, as the instigator did not personally participate in the commission of the offense, led the legislator to create a special regulation for proving the act of instigation. In Article 38/3 of the TPC, which includes the aforementioned provision, ensuring the discovery of the unknown instigator is accepted as a personal reason for a reduction in the penalty. This arrangement constitutes in legal nature an example of general and exeptional effective repentance.

Keywords: Instigation, Participation, Crime, Effective Repentance, Voluntary Abandonment.

GİRİŞ

Suç işleme fikri bulunmayan bir kimseye suç işleme kararı aldıran[1] ve bu yönüyle suçun ilk ve etkin nedenini oluşturan azmettiren[2], fiilin icrasına katılmadığı hâlde gerçekleştirilen eylem açısından manevi (psişik) müsebbip sıfatına sahiptir[3]. Failin suç işlemeye yönelik iradesinin ortaya çıkışı üzerinde belirleyici niteliğe sahip bir güç olarak fonksiyon üstlenen[4,5] bu müsebbiplik, azmettirme eyleminin haksızlığına vücut veren esaslı unsuru oluşturmaktadır[6].

---

1 Bkz. 5237 sayılı TCK m. 38 hükmüne ilişkin gerekçe.

2 EREM Faruk, "Suça İştirak", **AÜHFD**, C. 3, S. 1, 1946, s. 83.

3 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Adalet, Ankara, 2021, s. 485.

4 KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin Heidelberg, 1996, Kapitel 9, s. 521.

5 Azmettirenin iradesinin, suçun işlenmesinin asıl nedenini oluşturduğu hususunda bkz. MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İÜHFM**, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 65-66.

6 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 485.

Azmettiren, hukuka aykırı ve kasıtlı bir suç işleme kararı verilmesine neden olsa da[7] fiil üzerinde hâkimiyet kurmamaktadır[8]. Bu açıdan azmettirenin, dolaylı ve müşterek failden fiil hâkimiyetinin yokluğuyla; yardım edenden ise fail tarafından alınan suç işleme kararı üzerindeki sorumluluğuyla ayrıldığı söylenebilir[9,10]. Ancak fiil üzerinde hâkimiyet kurmayan ve kanunî tarifteki tipik haksızlığı da bizzat gerçekleştirmeyen azmettiren[11], azmettirme eylemi suça yöneltmenin en yoğun biçimini oluşturduğu[12] ve korunan hukukî değere dolaylı bir saldırı teşkil ettiği[13] için cezalandırılmaktadır[14]. Tam bu noktada, cezalandırılabilir fiilin zihnî yaratıcısı konumundaki azmettirenin -bu konumunun zımnen reddedilmesi suretiyle- suçun yalnızca bir katılımcısı olarak tasvir edilmesinin, azmettirmenin doğasına ilişkin yanlış bir portre ortaya koyacağı da bilhassa ifade edilmelidir[15]. Nitekim doktrinde de,

---

7 v. LİSZT Franz, **Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts**, Zehnte durchgearbeitete Aufl., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berling, 1900, § 51, s. 205; ROXİN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2003, § 26, Rn. 58, s. 148; GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3., überarbeitete und erweiterte Aufl., Springer, Berlin-Heidelberg, 2005, § 10, Rn. 121, s. 386; HÖFLİCH Peter/WELLER Frank, **Strafrecht - schneller Erfasst**, 2., vollständig überarbeitete Aufl., Springer, Berlin-Heidelberg, 2004, s. 84; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. bs., Seçkin, Ankara 2021, s. 424.

8 AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Genel Hükümler), 6. bs., Adalet, Ankara, 2019, s. 719; TOKDEMİR Sercan, **Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 50; DÜLGER Murat Volkan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı", **YÜHFD,** C. 1, S. 2, 2005, s. 123.

9 WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 48., neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2018, § 16, Rn. 880, s. 314. Benzer ifadeler için ayrıca bkz. ÇELEN Ömer, **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)**, Adalet, Ankara, 2020, s. 107.

10 Azmettirmeyi özellikle manevi yardımdan ayırma kriterlerinin henüz fikir birliğine varılacak şekilde açıklığa kavuşturulmadığı hususunda ayrıca bkz. KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8., neu bearbeitete Aufl., Franz Vahlen, München, 2017, § 20, Rn. 177, s. 842.

11 ÖZGENÇ İzzet, **Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları (Yayın No: 2), İstanbul, 1996, s. 141; SAVAŞÇI TEMİZ Bilgehan, "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, s. 2491.

12 ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Adalet, Ankara, 2018, s. 688.

13 KOCH Arnd/WIRTH Katrin, "Grundfälle zur Anstiftung", **JuS**, 3, 2010, s. 204; HAAS Volker, "Anstiftung", im **Strafgesetzbuch Kommentar**, Herausgegeben von MATT Holger/RENZİKOWSKİ Joachim, Franz Vahlen, München, 2013, § 26, Rn. 3, s. 349.

14 Azmettirmenin hukukî niteliği ve azmettirenin cezalandırılmasına ilişkin gerekçeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 437 vd.; ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara, 2013, s. 47 vd.

15 MEZGER Edmund, **Strafrecht**, Zweite Aufl., Verlag von Duncker&Humblot, München und Leipzig, 1933, s. 433.

azmettirme bakımından varlığı gerekli olan suç işleme kararı aldırma koşulunun, faili bir suç işlemeye motive etmekten daha fazlasına işaret ettiğine vurgu yapılmaktadır[16].

Asıl (tipik) eylem tarafından saldırıya uğrayan hukuki değer, salt faile karşı değil, azmettirene karşı da koruma altındadır[17]. Bu açıdan, suçun azmettiren sıfatına sahip kişinin katkısı (Alm. *Zutun*) ile işlendiği durumlarda, bu katkı olmadan suçla korunan hukuki değerin tehlikeye girmeyeceği[18] ve dolayısıyla azmettirme eyleminin cezalandırılmasının bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Nitekim faillik ile şeriklik arasında ayrım yapılan hukuk sistemlerinde, aralarında azmettirmenin de bulunduğu şeriklik türleri, bağlılık kuralı[19] vasıtasıyla cezalandırılabilir alana dâhil edilmektedir[20].

Azmettiren ile azmettirilen arasındaki ilişki[21], azmettirenin faili zihinsel olarak etkilediği belli bir iletişim sürecinin varlığını gerektirmektedir[22]. İletişim olgusunun karmaşık bir sürece işaret eden ve dışarıdan ancak sezgisel olarak değerlendirmeye tabi tutulabilen yapısı ise azmettirmenin ceza hukuku bakımından analizini zorlaştırmaktadır[23]. Üstelik bu zorlukla salt azmettirme kavramının tanımlanması sürecinde değil, fail ile azmettiren arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılması aşamasında da karşılaşılmaktadır. Zira suçun işlenişine fiilen katılmayan azmettirenle eylem arasında doğrudan bir ilişki kurulması ve dolayısıyla azmettirme eyleminin ispatlanması -failin eyleminin ispatlanmasına kıyasla- kolay değildir. Nitekim ceza hukukunun konusunu oluşturan çoğu olayda, önce eylemi gerçekleştiren fail[ler]e ulaşılmakta, akabinde fail[ler]in verdiği bilgilerden ve olaydaki diğer delillerden hareketle azmettiren sıfatına sahip suç ortağının tespiti sağlanmaktadır.

---

16 SCHİLD Wolfgang, "Anstiftung", in NomosKommentar, **Strafgesetzbuch-Band I**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 26, Rn. 5, s. 1086.

17 FREUND Georg/ROSTALSKİ Frauke, **Strafrecht Allgemeiner Teile**, 3., Aufl., Springer-Lehrbuch, Heidelberger, 2019, § 10, Rn. 112, s. 411.

18 KOCH/WIRTH, s. 203.

19 Bağlılık kuralı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. TAŞKIN KAPUSUZOĞLU Beril, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. bs., On İki Levha, İstanbul, 2017.

20 AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **GÜHFD**, C. XIV, S. 1, 2010, s. 167-168.

21 Azmettiren ile azmettirilen arasındaki münasebetin şahsi bir ilişkiye dayandığı ve bu nedenle suç işlemeye tahrik suçunu işleyen kişinin, ortak değil bağımsız bir suçun faili olarak nitelendirildiği hususunda ayrıca bkz. EREM, s. 83-84.

22 JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Part 1, 2., neuarbeitete und erweiterte Aufl., De Gruyter, Berlin-Newyork, 1993, Rn. 21, s. 666.

23 SVEN Schleifer, "Anstiftung und Kommunikationstheorie", **ZStrR**, 2021-3, s. 313.

Azmettirenin suçun icra hareketlerine fiilen katıl*ma*ması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ispat zorluğu, azmettirme eyleminin kanıtlanması bakımından özel düzenlemeler yapılmasıyla aşılmaya çalışılabilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK m. 38/3 hükmünde de bu kapsamda değerlendirilebilecek bir düzenleme yapılmıştır:

"*Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir*".

TCK m. 38/3 hükmünün gerekçesinde ise madde metnine ilişkin açıklamalara ve hükmün uygulanmasına ilişkin koşullara yer verilmiştir:

"*Üçüncü fıkrada, ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacına hizmet eden bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında verilecek cezada indirim yapılabilecektir. Bu durumda indirim yapılması hususunda hâkim takdir yetkisine sahiptir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişiliğe ilişkin olarak verilen bilginin maddî gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması gerekir*".

Çalışmamızda, yukarıda aktarılan hükümdeki düzenlemenin hukukî niteliği, söz konusu normun uygulanması için gerekli koşullar ve TCK m. 38/3 bakımından eleştiri konusu yapılabilecek hususlara ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir. Bununla birlikte, belirtilen bu konularla ilgili tafsilatlı tartışmalara girmeden önce TCK m. 38/3 hükmüyle ilgili bazı önemli noktalara işaret edilmesinin faydalı olabileceği kanaatindeyiz:

(i) TCK m. 38/3 hükmünün 765 sayılı TCK'da herhangi bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu açıdan TCK m. 38/3 hükmünün, azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler bakımından ceza indirimi imkânı sağlayan yeni bir düzenleme niteliğinde olduğu söylenebilir[24].

(ii) TCK m. 38/3'ün gerekçesi, madde metniyle telif edilemeyecek açıklamalar içermektedir. Örneğin, madde metnine göre söz konusu hükmün uygulanabilmesi için azmettirenin "kim" olduğunun ortaya çıkarılması yeter-

[24] ÖZEN Mustafa, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, s. 248; AYDIN Devrim, "Suça İştirak Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Sorunlar" (Suça İştirak Hükümleri), **Suç ve Ceza**, C. 12, S. 3, 2019, s. 4.

liyken; gerekçede, suç ortağının verdiği bilginin "kişiliğe" ilişkin olması ve "maddî gerçeğin" ortaya çıkarılmasını sağlaması gerektiği belirtilmiştir.

Soyut ve çok boyutlu bir kavram olan kişilik[25], "*bir kimseye özgü belirgin özellik, manevi ve ruhsal niteliklerin bütünü*"[26] olarak tanımlanmakta[27] ve bu yönüyle bireyleri birbirinden ayırt edici bir hüviyet taşımaktadır[28]. Sosyoloji ve felsefede "kimlik" kavramıyla bağlantılı olarak değerlendirmeye alınan "kişi" kavramı[29] ise *Büyük Türkçe Sözlük*'te "*kadın veya erkeğe verilen genel ad, şahıs, zat, nefer*" biçiminde tarif edilmektedir. Keza kişi tabiri günlük dilde de "birey/şahıs" anlamını içerecek şekilde kullanılmaktadır. TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması bakımından önemli olan, azmettirenin "kişiliği" değil "şahsı"dır. Bu açıdan, TCK m. 38/3 hükmünün gerekçesinde, kişilere özgü kalıtsal ve psikolojik özelliklere işaret eden[30] "kişilik" kavramına atıf yapılmasının hatalı olduğu kanaatindeyiz.

(**iii**) İnceleme konumuzu oluşturan normun yer aldığı TCK m. 38 hükmünün ilk iki fıkrasında, azmettirenin ceza sorumluluğu ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. TCK m. 38/3 hükmü ise azmettirenin değil, azmettireni ortaya çıkaran kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Azmettirenin sorumluluk statüsüyle ilgili olmayan bu hükme[31], azmettirenin ceza sorumluluğunu düzenleyen TCK m. 38'de yer verilmesinin bu açıdan doğru olmadığı söylenebilir[32]. Kanaatimizce TCK m. 38/3 hükmündeki düzenlemeye, hükmün içeriğinde yalnızca azmettirenin değil, fail ve diğer

---

25 AKTO Akif, "Kişilik Oluşumunda Dinîn Rolü", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2011, s. 192.

26 https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 25.08.2022).

27 Her ne kadar burada "kişilik" kavramının *Büyük Türkçe Sözlük*'te yer verilen tarifi aktarılmış ise de çok yönlü bir niteliği haiz kişilik mefhumunun bütün teorisyenler tarafından benimsenmiş bir tanımına ulaşılamadığı da gözden kaçırılmamalıdır: TATLILIOĞLU Kasım, "Beş Faktör Kişilik Kuramı Bağlamında Kişilik Kavramına Genel Bir Bakış", **Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 3, S. 6, 2013, s. 130; ÇİÇEK İlhan/ASLAN Ayşe Esra, "Kişilik ve Beş Faktör Kişilik Özellikleri: Kuramsal Bir Çerçeve", **Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi**, C. 10, S. 1, 2020, s. 138.

28 ÖZSOY Emrah/YILDIZ Gültekin, "Kişilik Kavramının Örgütler Açısından Önemi: Bir Literatür Taraması", **İşletme Bilimi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2013, s. 4.

29 GÖKALP Nurten, "Kişi Olmanın Değeri ve Değerlerin Kişi Olmadaki Yeri", **Değerler Eğitimi Dergisi**, C. 12 S. 27, 2014, s. 129.

30 GÜLER Deniz, "Kişilik Kavramı ve Çocuk Kişiliği", **Kurgu Dergisi**, C. 6, S. 2, 1989, s. 285.

31 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Genel Hükümler), 17. bs., Seçkin, Ankara, 2021, s. 619.

32 AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak** (İştirak), Yetkin, Ankara, 2009, s. 170.

suç ortaklarının ortaya çıkarılmasının da indirim nedeni olarak kabul edildiği biçimde müstakil bir maddede yer verilmesi daha isabetli olurdu. Böylece hem hükmün düzenlendiği yere hem de hükümde suça iştirak edenler arasında ayrım yapılmış olmasına yöneltilen haklı eleştiriler[33] bertaraf edilebilirdi.

I. TCK M. 38/3 HÜKMÜNDE YER VERİLEN DÜZENLEMENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen düzenlemenin hukukî niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı fikirler ileri sürülmektedir. *Özkan*'a göre TCK m. 38/3'te "*azmettirmede cezayı azaltan bir nitelikli hâl*"e yer verilmiştir[34]. *Demirbaş*, *Hafızoğulları/Özen*, *Toroslu*, *Centel/Zafer/Çakmut*, *Aydın* ve *Dülger* ise TCK m. 38/3 hükmünde iştirakçilerin cezasını hafifleten nedenlerden birinin düzenlendiğini ifade etmektedir[35]. *Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır*, *Özgenç*, *Hakeri*, *Koca/Üzülmez*, *Akbulut* ve *Parlar/Hatipoğlu* tarafından ileri sürülen fikre göre ise bahsi geçen hükümdeki düzenleme, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebebe ilişkindir[36]. Nihayet TCK m. 38/3 hükmünü "*muhbir suç ortağı*"[37] başlığı altında inceleyen *Özbek/Doğan/Bacaksız*, fail ve/veya suç ortakları arasındaki çatışmadan yararlanmak amacıyla ihdas edilen söz konusu düzenlemenin, bir tür etkin pişmanlık hâli olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir[38].

---

33 Bahsi geçen eleştiriler için bkz. aşağıda "*II. - 4. Azmettireni Ortaya Çıkaran Kişinin Fail veya Suç Ortağı Olması*" başlığı altında yapılan açıklamalar.

34 ÖZKAN, s. 158. Her ne kadar yazar TCK m. 38/3'te cezayı azaltan bir nitelikli hâle yer verildiğini belirtmiş ise de çalışmasının devamında (s. 161), doktrinde ileri sürülen görüşlerden hareketle bahsi geçen hükümde genel bir etkin pişmanlık hâlinin düzenlendiğini ifade etmiştir.

35 DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Seçkin, Ankara, 2021, s. 552; HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs., US-A, Ankara, 2010, s. 361; TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 13. bs., Savaş, Ankara, 2009, s. 304; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., Beta, İstanbul, 2016, s. 498; AYDIN, İştirak, s. 225; DÜLGER, s. 126.

36 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 695; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 619; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 495; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 730; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Adalet, Ankara, 2021, s. 546; PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, **Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Cilt (1-75. Maddeler), Seçkin, Ankara 2010, s. 698.

37 TCK m. 38/3 hükmüyle muhbir suç ortağının/ortaklarının ödüllendirilerek suçun aydınlatılmasının kolaylaştırılmak istendiği hususunda bkz. ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Beta, İstanbul, 2015, s. 431.

38 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Seçkin, Ankara, 2021, s. 543.

Cezanın ağırlaştırılması veya hafifletilmesi neticesini doğuran nitelikli hâller, suçun temel şekli üzerine inşa edilen ve bu özellikleri itibarıyla suçun yalın hâline ilişkin bütün unsurları bünyelerinde barındıran bir niteliğe sahiptir[39]. Suçun nitelikli hâllerinden birinin gerçekleştiği durumlarda, suçun temel biçimine yapılan ilavelere rağmen suç tipi değişmemekte, yalnızca suçun basit hâli genişletilmiş olmaktadır[40].

Fiilin 'haksızlık içeriğini' etkileyen nitelikli hâller[41], daima suç oluşturan 'eylemle birlikte' değerlendirmeye alınmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğini doğrudan etkilememelerine rağmen failin sorumluluğu üzerinde netice doğuran sebepler ise kusurluluk, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran/azaltan şahsi sebepler gibi kurumlar kapsamında ele alınmaktadır[42]. TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen düzenlemedeki davranış kalıbı, suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirilen ve bu yönüyle eylemin haksızlık içeriğini değiştirmeyen bir hüviyeti havidir. TCK m. 38/3 hükmünün uygulandığı olaylarda failin cezasında indirim (azaltma) yapıldığı doğru ise de indirim yapılmasının sebebi, azmettireni ortaya çıkaran suç ortağı tarafından gerçekleştirilen eylemin haksızlık içeriğinin azalması değil, suçun işlenmesinden ve dolayısıyla haksızlığın gerçekleştirilmesinden sonra soruşturmanın/kovuşturmanın amacına ulaşılmasına yapılan katkıdır[43]. Bu nedenle bahsi geçen düzenlemede cezayı azaltan bir nitelikli hâle yer verildiği yönündeki fikre iştirak edememekteyiz.

TCK m. 38/3 hükmündeki düzenlemenin hukukî niteliği ile ilgili olarak yukarıda atıf yapılan ve cezayı azaltan (veya kaldıran) şahsi sebep biçiminde nitelendirilen durumlarla kastedilen ise suçun işlenmesinden sonra tezahür eden ve cezalandırılma imkânını geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılması sonucunu doğuran durumlardır[44]. Cezayı kaldıran/azaltan bu şahsi sebepler, fiilin işlenmesinden sonra ortaya çıktığı için eylemin haksızlığı üzerinde herhangi bir sonuç doğurmamaktadır[45]. Ka-

---

39 HEİNRİCH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5., aktualisierte Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, § 8, Rn. 177, s. 62.

40 ÖNDER, s. 181.

41 AKBULUT, Genel Hükümler, s. 390.

42 HAKERİ, s. 103.

43 Esasen TCK m. 38'in gerekçesinde de bahsi geçen düzenlemede "*ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacına hizmet eden*" bir hükme yer verildiği açıkça ifade edilmiştir.

44 HEİNRİCH, § 20, Rn. 622, s. 262.

45 AKBULUT, Genel Hükümler, s. 245.

naatimizce azmettirenin ortaya çıkarılmasının sağlanması olgusu, eylemin haksızlık niteliği üzerinde herhangi bir sonuç doğurmadığı ve suçun işlenmesinden sonraki aşamada sergilenen bir davranış tarzına ilişkin olduğu için -öğretide de ifade edildiği üzere- TCK m. 38/3 hükmünde cezayı azaltan şahsi sebebe yer verildiği kabul edilmelidir. Bu noktada, cezayı azaltan "şahsi" bir sebebe yer veren TCK m. 38/3 hükmünün, yalnızca azmettireni ortaya çıkaran suç ortakları bakımından uygulanma kabiliyetine sahip olduğu da özellikle ifade edilmelidir[46]. Ayrıca cezayı azaltan ve ortadan kaldıran şahsi sebepler kast kapsamında bulunmadığından[47], azmettireni ortaya çıkaran suç ortağının/failin TCK m. 38/3 hükmünden yararlanabilmesi, indirim imkânından yararlanma kastıyla hareket etmesi koşuluna bağlı değildir. Yine aynı gerekçeyle yardım eden sıfatına sahip olduğu zannıyla azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortakları hakkında da TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte, TCK m. 38/3 hükmündeki düzenlemenin cezayı azaltan şahsi bir sebep teşkil etmesinin, azmettirenin kimliğine ilişkin bilginin "bizzat" açıklanmasının zorunlu olduğu biçiminde yorumlan*ma*ması gerektiği kanaatindeyiz. Fail veya suç ortağının, azmettirenin kimliğine ilişkin bilgiyi soruşturma/kovuşturma makamlarına müdafii vasıtasıyla sunduğu durumlarda da TCK m. 38/3 hükmü uygulanabilmelidir.

Faile hiç ceza verilmemesi veya failin cezasında belli bir miktar indirim yapılması neticesini doğuran sebepler, öğretide etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçme ve bazı başka hukukî kurumları kapsamlarına alacak biçimde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Cezayı kaldıran/azaltan şahsi sebep deyiminin, bu açıdan, bünyesinde birden fazla kurumu ihtiva eden genel bir kavrama işaret ettiği söylenebilir. Bu nedenle TCK m. 38/3'te yer verilen düzenlemenin, cezayı kaldıran/azaltan şahsi sebepler kapsamında değerlendirilen kurumlardan hangisiyle bağdaştırılabileceğinin de ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Failin elverişli vasıtalarla başladığı icra hareketlerini tamamlamaması veya tamamladığı icra hareketlerinden sonra neticenin meydana gelmesini kendi isteğiyle önlemesi biçiminde tarif edilen gönüllü vazgeçme[48], cezayı kaldıran şahsi sebepler başlığı altında incelenen bir ceza hukuku müessese-

---

46 AYDIN, Suça İştirak Hükümleri, s. 4.

47 ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 240.

48 SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Yetkin, Ankara, 2012, s. 306.

sidir[49]. Tanımından da anlaşılacağı üzere gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanması, teşebbüs aşamasına ulaşan eylemin tamamlan*ma*ması koşuluna bağlıdır[50]. Genel hükümler arasında bulunan TCK m. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme, kural olarak teşebbüse elverişli bütün suç tipleri bakımından uygulanabilmektedir[51]. Gönüllü vazgeçmeden farklı olarak suçun tamamlanmasından sonraki aşamada ortaya çıkan[52] etkin pişmanlık hâli ise kişiye hiç ceza veril*me*mesi veya kişinin cezasında belli bir miktar indirim yapılması sonucunu doğuran şahsi bir sebep niteliği taşımaktadır[53]. Keza gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık kurumları arasında, uygulanabilecekleri suç tipleri bakımından da farklılık bulunmaktadır. Gerçekten, genel hükümler arasında yer verilmeyen etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeler, gönüllü vazgeçmeden farklı olarak yalnızca kanun koyucunun açıkça belirttiği suç tipleriyle bağlantılı bir biçimde uygulanabilmektedir[54].

Etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilen davranış -suçun tamamlanmasından sonraki aşamada sergilendiğinden- eylemin hukuk düzeni karşısındaki gayri meşruiyetini ortadan kaldırmamaktadır[55]. Pişmanlık teşkil eden davranışlara cezayı azaltıcı/ortadan kaldırıcı etki tanınmasının sebebi, bu davranışlar sonucu tamamlanmış eylemin haksızlık niteliğinin azalması veya ortadan kalkması değil, suçtan kaynaklanan zararlı/olumsuz neticelerin tamamen veya kısmen giderilmiş olmasıdır. Bu durumda, TCK m. 38/3 hükmünde bir etkin pişmanlık hâline yer verilip verilmediği, azmettirenin ortaya çıkarılmasının suçtan kaynaklanan olumsuz neticeleri -kısmen de olsa- giderip gidermediği nazara alınarak belirlenmelidir.

Bilindiği üzere işlenen her suç, bireylere verilen somut zararlara ek olarak kamu düzenini de bozmakta ve dolayısıyla toplum da suçtan zarar görmektedir. Kuşkusuz, işlenen suçlar neticesinde topluma verilen bu zararların giderildiğinden bahsedilebilmesi için suçu işleyen kişilerin tespit edilip ce-

---

49 Gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğu hususunda bkz. ÖNDER, s. 401; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 477.

50 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 651.

51 ZAFER, s. 410.

52 Nitekim etkin pişmanlık bu özelliği sebebiyle gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak kabul edilmektedir: KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444-445.

53 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 606.

54 HAKERİ, s. 490.

55 GÖDEKLİ Mehmet, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", **TAAD**, S. 29, 2017, s. 284.

zalandırılması zorunludur. Zira suç işleyen kişilerin tespit edilememesi, hem tespit edilemeyen bu kişileri hem de suç işlemeyi düşünen diğer bireyleri yeni suçlar işlemek bakımından cesaretlendirecektir. Bu noktada, azmettireninin ortaya çıkarılmasının, toplumun suçtan gördüğü zararın giderilmesinde esaslı bir fonksiyon üstlendiği söylenebilir. Gerçekten, suçun topluma zarar vermediği ve azmettirenin tespit edilmesiyle toplumun suçtan gördüğü bu zararın kısmen de olsa telafi edilmediği söylenemeyeceğine göre azmettirenin ortaya çıkarılması, işlenen suç neticesinde bozulan kamu düzenine verilen zararın azaltılması kapsamında değerlendirilmeli ve bu husus TCK m. 38/3 hükmündeki düzenlemenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimizce TCK m. 38/3 hükmü haksızlığın gerçekleştirilmesinden sonraki bir aşamayı düzenleme altına aldığı ve azmettirenin ortaya çıkarılması da işlenen suçun kamuya verdiği zararın telafi edilmesinde bir araç olduğu için söz konusu normda bir etkin pişmanlık hâline yer verildiği kabul edilmelidir[56]. Esasen suç ortaklarının ortaya çıkarılmasına yönelik davranışlar, 5237 sayılı TCK'nın bazı hükümlerinde -açıkça- etkin pişmanlık hâlleri arasında sayılmıştır[57]. Bununla birlikte TCK m. 38/3 hükmündeki etkin pişmanlık hâlinin, mevzuattaki diğer etkin pişmanlık hâllerinden aşağıda belirtilen noktalarda ayrıldığı da özellikle belirtilmelidir:

(i) Daha önce de işaret edildiği üzere etkin pişmanlık hâlleri TCK'nın genel hükümleri arasında düzenlenmemiştir. Bu durumun bir sonucu olarak etkin pişmanlığa yalnızca mevzuatta açıkça belirtilen suç tipleri bakımından sonuç bağlanmaktadır. Genel hükümler arasında düzenlenen TCK m. 38/3'nin ise bu açıdan mevzuattaki birçok suç tipi bakımından uygulanma kabiliyetine sahip "genel[58] ve istisnai" bir düzenleme teşkil ettiği söylenebilir.

Esasında, "genel" nitelikte olduğu kabul edilen bir düzenlemenin aynı zamanda "istisnai" bir karakter taşıdığı söylenemez. Ancak TCK m. 38/3 hükmü, mevzuatta yer verilen çoğu suç tipi ve iştirak hâlinde işlenen suça katılan her fail/suç ortağı bakımından uygulanma kabiliyetine sahip olduğu için "genel" niteliklidir. Bahsi geçen düzenlemenin istisnai vasfı ise etkin pişmanlığa ilişkin diğer normlarla karşılaştırılmasından doğmaktadır. Mev-

---

[56] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 543.

[57] Örnek için bkz. TCK m. 192 ve m. 201.

[58] ÖZKAN, s. 161.

zuatta yer verilen diğer etkin pişmanlık hâlleri, yalnızca kanun koyucunun açıkça düzenlediği suç tipleri bakımından tatbik edilebilirken TCK m. 38/3 hükmü, suç ortağının ortaya çıkarılmasının özel olarak düzenlendiği suç tipleri dışındaki çoğu suçlarda uygulanabilmektedir. Bu açıdan, TCK m. 38/3 hükmünün istisnai niteliğinin, genel bir düzenleme olmaktan kaynaklandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

(**ii**) Etkin pişmanlığa ilişkin çoğu düzenlemede, pişmanlığa sonuç bağlanabilmesi için mağdurun zararını giderme, mağduru serbest bırakma ve buna benzer koşullar aranmıştır[59]. TCK m. 38/3 hükmünde ise bu yönde bir koşula yer verilmemiş; azmettirenin ortaya çıkarılmasına yönelik bilgi verilmesi, suç ortaklarının etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri bakımından yeterli görülmüştür. Bahsi geçen düzenlemenin bu yönüyle de mutat kaidelerden ayrıldığı söylenebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere azmettirenin ortaya çıkarılmış olması, işlenen suç neticesinde topluma verilen zararı telafi edici bir davranış olarak nitelendirilmeli ve bu husus, TCK m. 38/3 hükmünde bir etkin pişmanlık hâline yer verildiğinin kabulü bakımından yeterli görülmelidir.

(**iii**) Çeşitli suç tipleri açısından etkin pişmanlık hâllerini düzenleyen hükümlerin birçoğunda, bireylerin cezasının kaldırılabilmesi/azaltılabilmesi, pişmanlığa ilişkin hareketin belli bir zaman diliminde gerçekleştirilmesi koşuluna tabi kılınmıştır[60]. TCK m. 38/3'te bu yönde bir koşula yer verilmemiş ve dolayısıyla fail veya suç ortağının hüküm kesinleşene kadar azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını temin edecek bilgileri sunması, ceza indirimi yapılması açısından yeterli görülmüştür.

II. TCK M. 38/3 HÜKMÜNÜN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması suretiyle fail veya suç ortağının cezasında indirim yapılabilmesi için "azmettirme sonucu (=iştirak hâlinde) işlenen bir 'suçun' varlığı", "azmettirenin belli ol*ma*ması (azmettirenin kim olduğunun belli ol*m*aması)", "azmettirenin 'kim olduğunun' ortaya çık[arıl]masının sağlanması", "azmettireni ortaya çıkaran kişinin fail veya suç ortağı olması" ve "azmettirenin ortaya çıkarılmasını temin etmenin ilgili

[59] Örnek için bkz. TCK m. 168/1, m. 248 ve m. 254.

[60] Örnek için bkz. TCK m. 93, m. 110, m. 168, m. 192, m. 221, m. 248, m. 254, m. 269 ve m. 274.

suç tipi bakımından özel bir etkin pişmanlık hâli olarak düzenlen*me*miş olması" biçimindeki beş koşulun sağlanması gerekir. Bahsi geçen koşullardan ilk dördüne, TCK m. 38/3'te -doğrudan veya dolaylı bir biçimde- yer verilmiştir[61]. Son koşul ise TCK m. 38/3 hükmünün mevzuattaki diğer normlarla birlikte değerlendirmeye alınmasından ortaya çıkarılmaktadır. Ayrıca bu beş şarttan ikincisi ile sonuncusu, hükmün tatbik edilebilirliğine ilişkin olumsuz koşullar iken; diğerleri olumlu koşullardır.

1. Azmettirme Sonucu (=İştirak Hâlinde) İşlenen Bir 'Suçun' Varlığı

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması bakımından varlığı gerekli ilk koşul, gerçekleştirilen eylemin suç teşkil etmesidir. İşlenen fiilin suç dışındaki başka bir haksızlık, örneğin kabahat oluşturması durumunda TCK m. 38/3 uygulanamayacaktır. Yine taksirli suçlarda iştirak ve dolayısıyla azmettirme mümkün olmadığından[62], kendilerini taksirli bir suçu işlemeye yönlendiren kişileri ortaya çıkaran taksirli suç failleri açısından da TCK 38/3 tatbik edilemeyecektir: Özel aracıyla trafikte seyir hâlinde olan sürücü A, arkadaşı B'nin biraz daha hızlı araç kullanmasını istemesi üzerine hız limitinin üzerine çıkar ve karşıdan karşıya geçmeye çalışan yaya C'ye çarparak yaralanmasına sebep olur. Kollukta ifadesi alınan A, B'nin isteği üzerine hız limitinin üzerine çıktığını söyler. Ancak olaydaki suç taksirle işlendiğinden, A'nın B'nin isteği üzerine hız limitini aştığını söylemesi TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasını gerektirmeyecektir.

TCK m. 38/3 hükmünde, yalnızca iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından uygulanabilen bir etkin pişmanlık hâline yer verilmiştir. Dolayısıyla suçu işleyen birden fazla kişi arasındaki ilişkinin iştirak kapsamında değerlendirilemediği durumlarda, TCK m. 38/3'ten kaynaklanan ceza indiriminin yapılması mümkün değildir. Örneğin, birbirinden habersiz bir biçimde aynı anda aynı kişiye ateş edip öldüren faillerden birinin sonradan kolluk makamlarına diğer failin kimliğini ortaya çıkaracak bilgiler vermesi, TCK m. 38/3 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Esasen verilen örnek bakımından, kimlik bilgileri kolluk makamları ile paylaşılan kişinin azmettiren olarak kabul edilememesinden yola çıkılarak da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Keza

---

[61] Her ne kadar TCK m. 38/3'te söz konusu etkin pişmanlık hâlinin uygulanması için "iştirak hâlinde işlenen bir suçun varlığı" biçimindeki koşula açıkça yer verilmemiş ise de faili azmettiren bir suç ortağının bulunduğu durumlarda eylemin iştirak hâlinde işlendiği kabul edildiğinden, çalışmamızda böyle bir başlığa da yer verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

[62] ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 682; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 487.

burada yer verilen ifadelerden anlaşılacağı üzere TCK m. 38/3 hükmü, iştirak hâlinde işlenen bütün suçlarda değil, suç ortaklarından en az birisinin azmettiren olarak eyleme katıldığı durumlarda uygulanabilmektedir. Bütün bunlara ek olarak eylemi tek başına ve dolayısıyla herhangi bir iştirak ilişkisine girmeden gerçekleştiren failin, sonraki süreçte bizzat yetkili makamlara başvurup işlediği suçu itiraf ettiği olaylarda da TCK m. 38/3'ün tatbik alanı bulamayacağı özellikle ifade edilmelidir.

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi, azmettirmeye ilişkin koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken hususlardan biri de "akim (sonuçsuz) kalmış azmettirme"[63] biçiminde nitelendirilen durumdur. Mevzuatımızda, azmettirme eylemi tamamlanmasına rağmen failin icra hareketlerine başla*ma*ması biçiminde tanımlanan akim kalmış azmettirmeyi[64] cezalandıran herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[65]. Bu nedenle akim kalmış azmettirmenin söz konusu olduğu durumlarda - azmettirme eylemi tamamlanmış olmasına rağmen[66]- azmettirme eylemini gerçekleştiren kişiye ceza verilmesi veya bu kişinin güvenlik tedbirine tabi tutulması mümkün değildir[67]. Zira cezalandırılabilirliğinin nedenini kendi içinde barındırmayan azmettirme, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasına geçmiş fiile yol açmadığı sürece cezalandırılabilir alana dâhil edilememektedir[68]. Yine bu ihtimalde, azmettirenin yönlendirmesine uymayarak icra hareketlerine girişmeyen kişinin cezalandırılması da imkân dâhilinde değildir (TCK m. 40/3).

Akim kalmış azmettirme cezalandırılabilir alanın dışında kaldığından, azmettirildikleri eylemleri gerçekleştirmeyen ve fakat kendilerini bir suçu

---

63 Akim kalmış azmettirme ile ilgili terminoloji sorunu ve Türk ve Alman hukuku doktrinlerinde bu kavramı ifade etmek için kullanılan ifadelere yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. TOKDEMİR, s. 187 vd.

64 İNCİ Zekiye Özen, "Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Akim Kalmış Azmettirme)", **Hacettepe HFD**, C. 10, S. 2, 2020, s. 921.

65 DEMİRBAŞ, s. 551; MAHMUTOĞLU, s. 92. Bu konuda ayrıca bkz. DEMİREL Muhammed/KARTAL Melik, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", **DEÜHFD**, 21 (Özel Sayı - Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 2019, s. 465.

66 Her ne kadar iştirake ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından failin kasten işlenen bir suça teşebbüs etmesi yeterli ise de azmettirenin sorumluluğunun doğması için faili bir suçu tamamlamaya ikna etmesi ve azmettirmeye yönelik eylemini de tamamlaması gerekir. Dolayısıyla bizatihi azmettirme eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda, azmettirenin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. GROPP, § 10, Rn. 130, s. 388; HAAS, § 26, Rn. 26, s. 354; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 427.

67 EREM, s. 85; ÖZKAN, s. 228.

68 v. LİSZT, § 51, s. 206.

işlemeye azmettirmeye çalışan kişilerin tespit edilmelerini sağlayan bireyler açısından TCK m. 38/3 hükmüne başvurmayı gerektiren bir haksızlığın bulunduğu söylenemez. Zira azmettirme eylemine rağmen kendilerinden talep edilen icra hareketlerini gerçekleştirmeyen kişiler, suça teşebbüs dahi etmemiştir. Cezalandırılabilir davranışın başlangıcını teşebbüs teşkil ettiğine ve icra hareketlerine girişmeyen kişilerin cezalandırılmaları mümkün olmadığına[69] göre, bu kişiler bakımından 'hük*me*dilemeyecek cezada' indirim yapılmasından da bahsedilemeyecektir.

TCK m. 38/3'ün uygulanabilmesi için azmettirenin ortaya çıkarılması yeterlidir. Fail veya suç ortağı tarafından ortaya çıkarılması sağlanan azmettirenin herhangi bir gerekçeyle cezalandırılamayacak olması, söz konusu hükmün uygulanmasına engel değildir[70]. Örneğin A, arkadaşı B'yi, babası C'nin (C, A'nın babasıdır) cebinden bir miktar para çalmaya azmettirir ve azmettirildiği eylemi tamamlayan B, sonraki süreçte kendisini suça azmettiren A'nın ortaya çıkarılmasını sağlarsa A, TCK m. 167/1-b gereği cezalandırılamayacak olsa dahi B, TCK m. 38/3'te yer verilen etkin pişmanlık hâlinden yararlanacaktır.

2. Azmettirenin Belli Ol*ma*ması (Azmettirenin Kim Olduğunun Belli Ol*ma*ması)

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için bulunması gereken bir diğer koşul, azmettirenin belli olmamasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere azmettirenin belli olmaması, bahsi geçen hükmün uygulanmasına yönelik olumsuz koşullardan birini oluşturmaktadır. Kanaatimizce, azmettirenin belli ol*ma*ması biçimindeki olumsuz şartın sağlıklı bir şekilde anlaşılabilmesi, azmettirenin hangi durumlarda "belli olduğu"nun ortaya konulmasıyla mümkündür. Bu durumda üzerinde durulması gereken asıl husus, "belli olmayan" ifadesindeki "belli" ibaresinden ne anlaşılacağıdır.

"Belli" sıfatı, *Güncel Türkçe Sözlük*'te "*bilinmedik bir yanı olmayan, malum, ortada olan, anlaşılan, bedihi, zahir, aşikâr, gizli olmayan*" biçiminde tanımlanmaktadır[71]. Bu tanım dikkate alındığında, bir şeyin "belli" olduğundan bahsedilebilmesi için gizli/bilinmedik bir yanının bulun*ma*ması

---

69 İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 21-22.

70 AYDIN, İştirak, s. 226.

71 https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 04.09.2022).

gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Bir şeyin bilin*me*yen 'herhangi' bir yanının bulunduğu durumlarda, o şeyin "belli" olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Ancak "azmettirenin belli olmaması" biçimindeki koşulun değerlendirilmesi sürecinde, aşağıda incelenecek olan "azmettirenin kim olduğunun ortaya çık[arıl]masının sağlanması" biçimindeki şartın da dikkate alınması gerektiğine özellikle dikkat edilmelidir. Zira TCK m. 38/3 hükmünde, azmettireni belli olmayan suçlar bakımından azmettirenin "kim" olduğunun ortaya çıkarılmasına sonuç bağlanmıştır. Bu noktada, TCK m. 38/3 açısından azmettirme olgusuyla ilgili herhangi bir konudaki belirsizliğin değil, azmettirenin kimliğine ilişkin vuzuhsuzluğun giderilmesine önem atfedildiği söylenebilir. Azmettirenin kimliği dışındaki konularda ortaya çıkan belirsizliğin giderilmesi, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla azmettirme eyleminin nasıl gerçekleştirildiği, azmettirenin faili ikna etmek için başvurduğu yollar ve buna benzer konulardaki müphemliğin ortadan kaldırılması, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasına dayanak yapılamayacaktır.

Yukarıda, "azmettirenin belli ol*ma*ması" biçimindeki olumsuz koşulun, azmettirenin kim olduğuna (kimliğine) ilişkin belirsizliğe işaret ettiğine vurgu yapılmıştı. Ancak bu tespit, inceleme konumuzu oluşturan şartın içeriğiyle ilgili bütün ayrıntıları aydınlatan bir niteliğe sahip değildir. Bu noktada üzerinde ayrıca durulması gereken önemli bir sorun daha ortaya çıkmaktadır: Azmettirenin belli olmaması, ne anlama gelmektedir? Örneğin, azmettirenin fiziki özellikleri bilinmesine rağmen isminin bilinmemesi, azmettirenin belli olmadığı anlamına gelir mi?

Kuşkusuz, soruşturma ve kovuşturma makamlarının olayda bir azmettirenin bulunduğundan haberdar olmadığı durumlarda, azmettirenin belli olduğu söylenemez. Bu nedenle azmettirme olgusunun yetkili makamlarca bilinmediği olaylarda, azmettireni ortaya çıkaran suç ortağı bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasında tereddüt edilmemelidir. Keza yetkili makamların suça iştirak eden bir azmettirenin bulunduğunu bildiği, ancak azmettirenin kimliği ve eşkâli[72] hakkında herhangi bir malumata sahip olmadığı durumlarda da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Burada problem teşkil eden asıl husus, azmettirme olgusu ve azmettirenin eşkâline ilişkin bilgiye sahip olan yetkili makamların, yalnızca azmettirenin kimliği ile ilgili malu-

[72] Kimi durumlarda, azmettirenin eşkâline ilişkin bilgi verilmesinin de TCK m. 38/3 hükmü bakımından yeterli olduğu hususunda ayrıca bkz. ÖZKAN, s. 159.

mata sahip olmamaları durumunda, kimliği ortaya çıkaran kişinin TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılıp yararlandırılamayacağıdır. Kanaatimizce, bu ihtimalde de azmettirenin kimliğini ortaya çıkaran suç ortağı bakımından TCK m. 38/3 hükmü uygulanmalıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, bir şeyin belli olduğundan söz edilebilmesi için o şeyle ilgili herhangi bir muğlaklığın bulunmaması gerekir. Soruşturma/kovuşturma makamlarının azmettirme olgusu ve azmettirenin eşkâliyle ilgili bilgi sahibi olması, azmettirenin kim olduğunun bilindiği anlamına gelmediğine göre bu tür olaylarda azmettirenin belli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim azmettirenin eşkâli ile ilgili malumat sahibi olunması, azmettirenin cezalandırılması bakımından yeterli de değildir. Dolayısıyla azmettirme olgusunun ve azmettirenin eşkâlinin bilinmesine, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasını engelleyici bir fonksiyon tanınmaması gerekir.

Tam bu noktada, azmettiren olduğu iddia edilen kişiye ilişkin olarak yetkili makamlara sunulan bilgilerin niteliği ile verilen bu bilgilerin yetkili makamlarca teyit edilmiş olmasının gerekip gerekmediği arasındaki farka da işaret edilmelidir. Aşağıda tekrar değinileceği üzere TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması, kimliğine ilişkin bilgi verilen kişi ile işlenen suç arasındaki bağlantının ortaya çıkarılması koşuluna bağlıdır[73]. Verilen bilgilerin bir önceki paragrafta aktarılan özelliklere sahip olduğu ve fakat azmettirme eyleminin ispatlanamadığı durumlarda, bilgi veren fail/suç ortağı bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle yukarıda yer verilen açıklamalar, bir sonraki başlıkta incelenen "azmettirenin kim olduğunun ortaya çık[arıl]masının sağlanması" biçimindeki koşulla birlikte değerlendirilmelidir.

3. Azmettirenin 'Kim Olduğunun' Ortaya Çık[arıl]masının Sağlanması

Failin/suç ortaklarının TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen ceza indiriminden faydalanmaları, azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlamaları koşuluna bağlıdır. Soruşturma ve/veya kovuşturma makamlarının azmettirenin kim olduğunu bildiği durumlarda, suç ortaklarından herhangi birinin azmettiren veya azmettirme eylemi ile ilgili destekleyici beyanlarda bulunması, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması sonucunu doğurmamaktadır. Azmettireni bilinen olaylarda suç ortağının takviye edici bilgiler vermesi, yalnızca takdiri indirim nedeni (TCK m. 62/2) olarak kabul edilebilir.

---

[73] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 543.

TCK m. 38/3 hükmünde indirim sebebi olarak kabul edilen asıl husus, kim olduğu bilinmeyen azmettirenin ortaya çıkarılmasını temin edecek bilgiler verilmesidir. Suç ortaklarının hükümden yararlanabilmeleri için azmettireni ortaya çıkarmaları değil, soruşturma ve kovuşturma makamlarına azmettiren sıfatına sahip kişinin kimliğinin tespitini sağlayacak bilgiler vermeleri gerekmektedir. Ancak bahsi geçen düzenlemede yer verilen "*... kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan*" biçimindeki ifade, suç ortaklarının azmettirenin kimliğinin tespitinde aktif/fiilî bir rol üstlenmeleri gerektiği biçiminde yorumlanmaya müsaittir. Zira hükümde, azmettirenin kim olduğunun ortaya çık[arıl]masına yönelik bilgi verilmesi değil, azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasının sağlanması indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Hükümdeki bu formülasyon, azmettirenin tespitinde suç ortaklarının edilgen konumda olmadığı yönünde bir izlenim uyandıracak niteliktedir. Hâlbuki diğer suçlarda olduğu gibi iştirak hâlinde işlenen suçlarda da fail ve suç ortaklarını ortaya çıkarmak bakımından görevli organlar soruşturma ve kovuşturma makamlarıdır. TCK m. 38/3 açısından önemli olan, suç ortağının verdiği bilgilerin azmettirenin kimliğinin tespitini temin etmesidir. Nitekim kanun koyucunun bahsi geçen düzenlemeyi yapmaktaki muradının, suç ortaklarına azmettireni ortaya çıkarma bakımından aktif bir yetki vermek olmadığı da açıktır. Bütün bu gerekçelerle, TCK m. 38/3 hükmündeki ifadenin, "*azmettirenin kimliğinin tespit edilmesini sağlayan bilgiler veren*" biçiminde değiştirilmesinin faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Yine bu vesileyle, TCK m. 38/3 hükmünün gerekçesinde yer verilen ve bahsi geçen hükmün uygulanması için "*kişiliğe ilişkin olarak verilen bilginin maddî gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması*" gerektiğine işaret eden ifadelere de iştirak edemediğimiz özellikle belirtilmelidir[74]. Zira yalnızca azmettirenin kimliğine ulaşılmış olması, maddi gerçeğin tam anlamıyla tespit edildiği anlamına gelmemektedir. Esasen TCK m. 38/3'de, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak bilgilerin sağlanması yönünde bir koşula da yer verilmemiştir.

Azmettirenin kimliğine ilişkin verilen bilgiler, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet etse de yalnızca azmettirenin kimliğinin tespit edilmiş olmasının maddi gerçeğe ulaşıldığı anlamına geldiğini söylemek mümkün değildir. Zira maddi gerçeğe, ancak yargılama sürecinin sonunda

---

[74] Nitekim öğretide de -gerekçede yer verilen bu açıklamalara paralel biçimde- TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için azmettirenin kişiliğine ilişkin olarak verilen bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır: bkz. DÜLGER, s. 126; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 495; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 698.

ve olaydaki bütün deliller göz önünde bulundurularak ulaşılmaktadır[75]. Bu açıdan, gerekçede yer verilen ifadelerin, suç ortağı tarafından verilen bilgilerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet eder nitelikte olması gerektiği biçiminde yorumlanmasının normun amacına daha uygun olduğu söylenebilir[76,77]. Bütün bunlara ek olarak, yukarıda yer verilen ifadelerin, TCK m. 38/3 hükmünün tatbiki açısından suç ortağının azmettiren sıfatına sahip kişinin ismini vermesinin yeterli olduğu biçiminde anlaşılmaması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır[78]. TCK m. 38/3 hükmü uygulanarak failin cezasında indirim yapılabilmesi için suç ortağı tarafından kimliğine ilişkin bilgi verilen kişi ile fiil arasındaki bağlantının da yetkili makamlarca ortaya çıkarılması gerekir[79]. Suç ortağı tarafından verilen bilginin, azmettirenin tespiti bakımından yeterli olmadığı durumlarda, bilgiyi veren kişi bakımından indirim yapılması mümkün değildir. Nitekim Yargıtay da TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasını, azmettirenlerin saptanmasına yarayacak nitelikte eksiksiz beyan sunulması koşuluna tabi tutmaktadır[80].

---

75 ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku - I**, 21. bs., Seçkin, Ankara, 2021, s. 21.

76 *Donay*, burada belirttiğimiz görüşe benzer şekilde TCK m. 38/3'e göre indirim yapılmasının, verilen bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmesi koşuluna bağlı olduğunu ifade etse de buradaki maddi gerçekten azmettirenin kimliğinin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir (DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., Beta, İstanbul, 2007, s. 65). Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılması, her durumda maddi gerçeğe ulaşıldığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, *Donay* tarafından ileri sürülen söz konusu görüşe iştirak edememekteyiz.

77 Nitekim *Özkan* da suç ortağı tarafından yetkili makamlara iletilen bilginin, muhakemeyle ilgili bütün muğlaklıkları giderecek nitelikte olmasının zorunluluk teşkil etmediğini, verilen bilginin muhakemede kullanılabilirliğinin hükmün uygulanıp uygulanmamasında bir ölçüt olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir: ÖZKAN, s. 160.

78 MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Birinci Cilt (Madde 1-178), Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 302; BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 2. bs., Adalet, Ankara, 2008, s. 853.

79 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 543.

80 "*...Sanık İ. tarafından azmettirildiği anlaşılan suça sürüklenen çocuk Y.'in, faili belli olmayan somut olayda, kendiliğinden işlenen suçu aydınlatacak ve azmettirenleri saptamaya yarayacak nitelikte eksiksiz beyanları olduğu gözönünde bulundurularak, azmettirenin belli olmaması halinde kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail hakkında indirim yapılmasını öngören TCK'nın 38/3. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması...*", Y 15. CD., E. 2012/22393, K. 2013/1938, 04/02/2013, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 16.09.2022); "*...Dosya kapsamına göre, maktulün eşi Nurcan ve kızı Duygu'nun, 27.10.2006 tarihli Jandarma Tutanağı'ndaki teşhisleri ile olay sabahı maktulü evinden, aracı ile alıp götüren kişinin sanık İbrahim olduğunun tespit edildiği, eski kan davaları nedeniyle maktulün babası Mehmet'in Jandarma'da verdiği 15.08.2006 tarihli ifadesinde, maktulün hasımları olarak sanıklar Mehmet ve Hasan'ın isimlerini verdiği anlaşılmakla, sanık İbrahim'in aşamalarda inkara yönelik kaçamaklı savunmalarında işlenen suçu aydınlatacak ve azmetti-*

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için suç ortağı tarafından verilen bilginin, azmettirenin kim olduğuna/kimliğine ilişkin olması gerekmektedir. Azmettirenin kimliği dışındaki hususlarda verilen bilgilerin -örneğin kimliği bilinmesine rağmen henüz yakalanamayan azmettirenin saklandığı yere ilişkin malumatın- yetkili makamlarla paylaşılması, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması bakımından yeterli değildir. Keza azmettirenin ceza sorumluluğu üzerinde sonuç doğurabilecek diğer konularda soruşturma ve kovuşturma makamlarına sağlanan destek de inceleme konumuzu oluşturan şart bakımından ehemmiyet taşımamaktadır. Bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken düzenlemelerden biri de TCK m. 38/2 hükmüdür. Bahsi geçen normun son cümlesinde, çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, azmettiren ile azmettirilen arasında altsoy-üstsoy ilişkisi bulunmasa dahi azmettirenin cezasında üçte birden yarıya kadar artırım yapılacağı hükme bağlanmıştır. Aşağıda tekrar değinileceği üzere TCK m. 38/3 hükmü, "azmettirilen" sıfatını taşımayan ve suça katkısı yardım etmeden ibaret olan suç ortakları hakkında da uygulanabilmektedir. TCK m. 38/3 ile m. 38/2 birlikte değerlendirildiğinde, aşağıda aktarılan örnek bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanamayacağı sonucuna ulaşılacaktır: Azmettiren A, gerçekte 16 yaşında olmasına rağmen nüfus kaydında 20 yaşında görünen B'yi, C'yi öldürmeye azmettirir. Azmettiren A, B'nin gerçek yaşının 16 olduğunu bilmektedir. B, C'yi öldürmek için yakın arkadaşı D'den silah satın almak ister. D de B'nin C'yi öldüreceğini bildiği hâlde B'ye silah temin eder. B, suçu işledikten sonra yakalanır ve suça iştirak eden A ile D'yi ele verir. B'nin itirafından sonra ifadesi alınan D, sorgusunda B'nin esasında 16 yaşında olduğunu ve A'nın da bu durumu bildiğini belirtir. İlgili makamlar tarafından yapılan araştırmalar neticesinde, B'nin 16-17 yaşlarında olduğu bilimsel olarak da tespit edilir. Bu tespit nedeniyle A'nın cezasında TCK m. 38/2 hükmüne göre artırım yapılacak ve fakat D'nin bahsi geçen hususun ortaya çıkarılmasını sağlaması, TCK m. 38/3 hükmünden yararlanması için yeterli olmayacaktır. Zira D'nin ortaya çıkardığı husus, azmettirenin ceza sorumluluğuna ilişkin olsa da kimliğiyle ilgili değildir. Verilen bu örnekten de anlaşılacağı üzere TCK m. 38/3 hükmünün ihdas edilmesindeki asıl gaye, azmettirenin ceza sorumluluğuyla ilgili muğlaklıkların giderilmesinde suç ortaklarından yararlanmak değil, azmettirenin ceza soruşturması/kovuşturması dışında kalma ihtimalini asgari seviyeye indirmektir.

---

renleri saptamaya yarayacak nitelikte eksiksiz herhangi bir beyanı bulunmadığı gözetilmeden, yasal şartları oluşmadığı halde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 38/3. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...", Y. 1. CD., E. 2009/5808, K. 2009/4145, 01.07.2009, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

TCK m. 38/3 hükmünde, birden fazla azmettirenin bulunduğu ve suç ortağının birden fazla azmettirenden yalnızca birisinin ortaya çıkarılmasını sağladığı durumlarda ceza indiriminin mümkün olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır[81,82]. Yine suça iştirak eden birden fazla suç ortağının birbirinden bağımsız olarak azmettirenin kimliğine ilişkin bilgi vermesi durumunda ceza indiriminin yapılıp yapılmayacağı ve eğer ceza indirimi yapılacaksa indirimden yararlanacak kişinin/kişilerin nasıl belirleneceği hususları da TCK m. 38/3 hükmünden anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce, olayda birden fazla azmettirenin bulunduğu veya birden fazla suç ortağının birbirinden bağımsız olarak azmettirenin kimliğine ilişkin bilgi verdiği durumlarda, bilgi veren suç ortaklarının TCK m. 38/3 hükmünden yararlanıp yararlanamayacağı, aşağıdaki ihtimaller dikkate alınarak belirlenmelidir:

(**i**) Azmettirmeye azmettirmenin (Alm. *Anstiftung zur Anstiftung*) söz konusu olduğu ve fakat suç ortağının azmettirenler arasındaki bu ilişkiyi bilmediği durumlarda, kişinin yalnızca kendisini suça azmettirenin veya olaya azmettiren olarak katılanlardan herhangi birisinin kimliğini ortaya çıkaracak bilgiler vermesi hükmün uygulanması bakımından yeterli sayılmalıdır[83,84]. Kuşkusuz suç ortağının kimliğinin ortaya çıkarılmasını sağladığı azmettirenin, zincirin diğer halkasına dâhil olan ve kendisini bir başkasını suç işlemeye azmettirmeye azmettireni ortaya çıkarması ihtimalinde, bu kişi bakımından da TCK m. 38/3 hükmü uygulanmalıdır. Bu noktada, bir olayda birden fazla kişinin TCK m. 38/3 hükmünden yararlanmasına herhangi bir engel bulunmadığı ve TCK m. 38/3'te yer verilen indirim imkânının suça azmettiren olarak katılan kişiler bakımından da mevcut olduğu özellikle vurgulanmalıdır.

---

81 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362.

82 Birden fazla kişinin suça şerik olarak katılması, yalnızca azmettirme bakımından değil, yardım etme bakımından da geçerlidir. Keza birer şeriklik türü olan azmettirme ve yardım etme eylemleri de iştirak ilişkisi içinde işlenebilmektedir. Bu kapsamda azmettirmeye azmettirme (Alm. *Anstiftung zur Anstiftung*), azmettirmeye yardım etme (Alm. *Beihilfe zur Anstiftung*), yardım etmeye azmettirme (Alm. *Anstiftung zur Beihilfe*) ve yardım etmeye yardım etme (Alm. *Beihilfe zur Beihilfe*) gibi olasılıklardan bahsetmek mümkündür. Bu konu hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16, Rn. 924, s. 336-337.

83 Bu konuda ayrıca bkz. AYDIN, İştirak, s. 225-226.

84 Kişinin suça yardım eden olarak iştirak ettiği olaylarda, birden fazla azmettiren olduğunu bilmeden yalnızca bir azmettirenden haberdar olması mümkündür. Bu nedenle, olayda birden fazla azmettiren bulunduğunu 'bilmeyen' kişinin azmettirenlerden "herhangi birisinin" kimliğini ortaya çıkaracak bilgiler vermesinin hükmün uygulanması bakımından yeterli olduğu biçimindeki ifadeler, kendi içerisinde çelişki barındıran ibareler olarak yorumlanmamalıdır.

Suç ortağının, aralarında azmettirmeye azmettirme ilişkisi bulunan birden fazla azmettirenden haberdar olduğu ve fakat bunlardan yalnızca biri ile iştirak ilişkisine girdiği durumlarda da azmettiren sıfatına sahip kişilerden herhangi birinin ortaya çıkarılmasını sağlaması hükmün uygulanması bakımından kâfi görülmelidir[85]. Zira bahsi geçen düzenlemede, indirim yapılması, olaya azmettiren sıfatıyla katılan bütün şeriklerin ortaya çıkarılması gerektiği yönünde bir şarta bağlanmamıştır. Esasen TCK m. 38/3 hükmünde, azmettireni ortaya çıkaran suç ortağının "azmettirilen" sıfatına sahip olması gerektiği yönünde bir koşula yer verilmediğinden, suç ortağının bu hükümden yararlanması için ortaya çıkarılmasını sağladığı kişi ile aralarında "azmettiren-azmettirilen" ilişkisinin bulunması da gerekmemektedir. TCK m. 38/3 açısından önemli olan, kimliği ortaya çıkarılan kişinin azmettiren; azmettirenin kimliğinin tespit edilmesini temin edecek bilgileri veren bireyin ise suç ortağı sıfatına sahip olmasıdır.

(**ii**) Bazı durumlarda, azmettirilendeki kararın birden fazla kişi tarafından birbirinden bağımsız bir biçimde oluşturulmaya çalışılması da mümkündür[86]. Yan yana azmettirme (Alm. *Nebenanstiftung*[87]) olarak nitelendirilen bu durumda, azmettirenler arasında müşterek bir azmettirme iradesi bulunmamaktadır[88]. Bu nedenle yan yana azmettirmenin mevcut olduğu olaylarda, faili suça iten asıl kişi azmettiren olarak sorumlu tutulmakta, diğer suç ortağı ise koşulları mevcutsa yardım eden olarak kabul edilmektedir[89]. Zira suç oluşturan eylemi gerçekleştirmeye karar vermiş[90] bir kimseye tekrar suç işleme kararı aldırılması mümkün değildir[91]. Nitekim Alman hukukunda da suç işleme kararı vermiş bir kimsenin ilk azmettiren dışındaki kişilerce suça yeniden azmettirilmeye çalışılması, azmettirmeye teşebbüs kapsamında değerlendirilmekte ve sürece sonra-

---

85 Aksi yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 362. Yazarlar, birden fazla azmettirenin bulunduğu olaylarda, failin/suç ortağının azmettirenlerin hepsini ortaya çıkarması gerektiğini belirtmekte ve fakat bu sonuca ulaşırken failin/suç ortağının bütün azmettirenlerden haberdar olmasının lüzumlu olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapmamaktadır.

86 v. LİSZT, § 51, s. 205.

87 Bkz. GROPP, §10, Rn. 124, s. 387.

88 ÖZKAN, s. 210.

89 ÖZKAN, s. 210.

90 Suç işleme kararı vermiş olmaktan farklı olarak yalnızca suç işleme eğiliminde bulunmanın azmettirme ihtimalini dışlamayacağı hususunda bkz. SCHLEİFER Sven, "Anstiftung und Kommunikationstheorie", **ZStrR**, 139, 2021, s. 314.

91 FREUND/ROSTALSKİ, §10, Rn. 115, s. 412.

dan dâhil olan bu kişilerin yalnızca suça katılma teşebbüsünü düzenleyen Alman Ceza Kanunu m. 30/1 (§ 30 Absatz 1 StGB) veya manevi yardım kapsamında sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır[92].

Kanaatimizce birden fazla kişinin birbirinden bağımsız olarak failde suç işleme kararı oluşturmaya çalıştığı ve fakat bunlardan yalnızca birisinin hareketinin azmettirme bakımından illî değer taşıdığı durumlarda, sadece hareketi azmettirme kapsamında değerlendirilebilen kişinin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortağı TCK m. 38/3'te yer verilen ceza indiriminden yararlandırılmalıdır.

(**iii**) Azmettirme eyleminin, birden fazla kişi tarafından bilinçli ve kasıtlı bir işbirliği içerisinde gerçekleştirildiği müşterek azmettirme (Alm. *Mitanstiftung*)[93] durumunda, yukarıdaki ihtimallerden farklı olarak hukukî anlamda tek azmettirme fiili söz konusudur. Bu nedenle, müşterek azmettirme sonucu suç işleyen "fail" hakkında TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için azmettirenlerin tümünün kimliğine ilişkin bilgi verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte fail dışındaki suç ortaklarının, müşterek azmettirenlerden yalnızca haberdar olduklarının kimliklerine ilişkin açıklamada bulunmaları, "azmettirenin kim olduğunun ortaya çık[arıl]masının sağlanması" koşulunun gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmelidir. Yine müşterek azmettirenlerin, kendileri dışındaki azmettiren[ler]in ortaya çıkarılmasını temin etmeleri halinde de TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir.

(**iv**) TCK m. 38/3, teknik anlamda azmettiren sıfatına sahip kişinin ortaya çık[arıl]masını sağlamayı indirim nedeni olarak kabul etmiştir. Ceza indirimine -hatalı bir biçimde- azmettirenin sorumluluğunun düzenlendiği maddede yer verilmesi de bu hususu teyit etmektedir. Bu nedenle gerçekleştirdiği eylem yardım etmeye azmettirme (Alm. *Anstiftung zur Beihilfe*) veya azmettirmeye yardım etme (Alm. *Beihilfe zur Anstiftung*) kapsamında kalan kişiyi ortaya çıkaran suç ortaklarının TCK m. 38/3'ten yararlanması mümkün değildir. Zira yardım etmeye azmettirme ve azmettirmeye yardım etme biçimindeki eylemler, azmettirme değil, yardım etme kapsamında değerlendirilmektedir[94].

---

92 KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6., überarbeitete Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, § 31, Rn. 1042, s. 444; HEİNRİCH, § 37, Rn. 1295, s. 565.

93 GROPP, §10, Rn. 124, s. 387.

94 STRATENWERTH Günter/LOTHAR Kuhlen, **Strafrecht Allgeminer Teil**, 6., überarbeitete Aufl., Franz Vahlen, München, 2011, § 12, Rn. 224, s. 272. Bu konuda ayrıca bkz. v. Liszt, § 51, s. 211-212.

(**v**) Birden fazla suç ortağının azmettirenin kimliğine ilişkin bilgi verdiği durumlarda, azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını sağlayan ilk bilgileri veren suç ortağı TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılmalı, diğer suç ortaklarının beyanları ise TCK m. 62 kapsamında değerlendirilmelidir. Zira azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını temin eden bilgilerin sunulmasından sonra soruşturma/kovuşturma organları azmettiren ile ilgili bilgi sahibi olacak ve dolayısıyla diğer suç ortaklarının verdiği bilgiler, ilk bilgi veren kişinin ifadelerini desteklemekten başka bir fonksiyon üstlenemeyecektir. Nitekim azmettirenin kimliği ile ilgili sonradan bilgi veren kişi açısından, TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen "azmettirenin belli olmaması" biçimindeki koşulun sağlanamayacağı da özellikle belirtilmelidir. Bununla birlikte, birden fazla suç ortağının aynı zaman diliminde -örneğin aynı gün arka arkaya alınan ifadelerinde- azmettirenin kimliğine ilişkin beyanlarda bulunması ihtimalinde, bilgi veren bütün suç ortakları hakkında indirim yapılmalıdır. Zira bahsi geçen olasılıkta, beyanda bulunan ilk kişinin verdiği bilgiler yetkili makamlarca teyit edilmeden ve dolayısıyla soruşturma/kovuşturma makamları azmettirenin kimliğine ilişkin net bilgi sahibi olmadan diğer suç ortağı/ortakları bilgi sunmuş olmaktadır. Ayrıca bu ihtimalde de yalnızca ilk beyanına başvurulan kişinin ceza indiriminden faydalanabileceğinin kabul edilmesi, indirimden faydalanacak kişinin -dolaylı da olsa- ifadeyi alan Cumhuriyet savcısı/kolluk tarafından belirlenmesi anlamına gelecektir. Hâlbuki TCK m. 38/3 hükmüne göre indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisine sahip olan makam Cumhuriyet savcısı veya kolluk değil, hâkimdir[95]. Kuşkusuz, azmettirenin kimliğine ilişkin ilk bilgileri veren suç ortağının paylaştığı bilgilerin yanlış/hatalı olması durumunda, sonraki bir tarihte doğru ve eksiksiz bilgi sunan kişi hakkında TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada, azmettirenin kimliği ile ilgili bilgi veren ilk suç ortağının TCK m. 38/3'ten yararlanabileceği yönündeki ifadelerin, verilen bilgilerin doğru olması koşuluna tabi bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Yukarıdaki tartışmayla bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer ihtimal, faillerden/suç ortaklarından biri tarafından verilen bilgilerin, diğer failler/suç ortakları tarafından verilen bilgilerle birlikte değerlendiril-

---

[95] Bu konuda bkz. aşağıda "*III. TCK M. 38/3 Hükmünde Yer Verilen Koşulların Oluşmasının Sonucu*" başlığı altında yer verilen açıklamalar.

mesi sonucu azmettirenin tespit edilmesidir. Örneğin, fail tarafından azmettirenin yalnızca adının, suça yardım eden olarak iştirak eden suç ortağınca ise azmettirenin sadece soyadının ilgili makamlara bildirilmesi ve azmettirene bu bilgilerin bir araya getirilmesi sonucu ulaşılması hâlinde, bahsi geçen kişilerce verilen bilgiler, azmettirenin tespitini birlikte sağlamış olacaktır[96]. Fail veya suç ortakları tarafından verilen bilgilerin ancak diğer faillerce/suç ortaklarınca sunulan beyanlarla desteklenmesi neticesinde azmettirenin tespit edilebildiği bu tür olaylarda, bilgi veren kişilerin TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılıp yararlandırılamayacağı TCK m. 38/3 hükmünde düzenlenmemiştir. Dikkat edileceği üzere bahsi geçen ihtimalde, fail ve yardım edenin paylaştığı bilgiler, tek başlarına azmettirenin ortaya çıkarılması bakımından yeterli değildir. TCK m. 38/3 hükmünde ceza indiriminin yapılması, azmettirenin ortaya çık[arıl]ması koşuluna tabi kılındığından ve verilen örnekte bireylerin ilgili makamlara sunduğu veriler tek başına söz konusu koşulu sağlamadığından, beyanda bulunan bu kişiler açısından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, fail ve yardım edenin ortak bir karar alarak soruşturma/kovuşturma makamlarına müştereken beyanda bulunmaları ve beraberce verdikleri bu bilgilerle azmettirenin tespit edilmesini sağlamaları durumunda, TCK m. 38/3 hükmünün tatbik edilebileceği neticesine ulaşılmalıdır.

TCK m. 38/3 hükmünde açıkça düzenlenmeyen bir diğer husus, azmettirenin kimliğine ilişkin bilgilerin -ilk defa ve bizzat- azmettiren tarafından yetkili makamlarla paylaşılmasıdır. Örneğin, A kişisini B'yi öldürmeye azmettiren C'nin, aradan belli bir süre geçtikten sonra vicdan azabı çekip yetkili makamlara giderek eylemini ayrıntılı olarak anlatması durumunda, C hakkında TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen indirim yapılacak mıdır? Kanaatimizce, TCK m. 38/3'te herhangi bir ayrım yapılmadan bütün suç ortaklarının TCK m. 38/3 hükmünden yararlanabileceği belirtildiğinden, bahsi geçen ihtimalde de inceleme konumuzu oluşturan düzenlemenin uygulanması gerekir. Aksi yöndeki kabul, hem suç ortakları arasında ayrım yapılarak eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelecek hem de TCK m. 38/3 hükmünün soruşturma ve kovuşturmanın amacına hizmet eden niteliğiyle bağdaşmayacaktır. Yine TCK m. 38/3'te yer verilen düzenlemenin, azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan fail ve suç ortakları hakkında uygulanıp bizzat kendisini ortaya çıkaran azmettiren bakımından uygulanmaması, hiçbir mantık ilkesiyle açıklanamayacaktır.

---

[96] Verilen örnekte, azmettirenin soyadının fail tarafından bilinmediği, yardım edenin ise azmettirenin yalnızca soyadını bildiği varsayılmıştır.

Bununla birlikte, gerekçede yer alan "*kişiliğe ilişkin olarak verilen bilginin*" biçimindeki ibare, aksi yönde yorum yapılmasına da imkân tanımaktadır. Gerçekten bahsi geçen ifade, TCK m. 38/3 hükmü kaleme alınırken bilgi veren kişi ile hakkında bilgi verilen azmettirenin farklı kimseler olması ihtimalinden hareket edildiğine işaret etmektedir. Kuşkusuz, salt gerekçede bu açıklamaya yer verilmiş olmasından yola çıkılarak azmettiren sıfatına sahip kişilerin hükümden yararlanmalarının yasa koyucu tarafından özellikle engellenmek istendiği sonucuna da ulaşılamaz. Ancak kanaatimizce bu ibare, azmettirenin kendisini bizzat ortaya çıkarma ihtimalinin, yasa koyucu tarafından -en azından- gözden kaçırıldığını göstermektedir.

Bu başlık altında tartışılması gereken özel durumlardan biri de suça hem azmettiren hem de müşterek fail olarak katılan kişinin kimliğine ilişkin bilgi verilmesinin TCK m. 38/3 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bilindiği üzere söz konusu ihtimalde, failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi tatbik alanı bulmakta ve suça hem şerik (azmettiren/yardım eden) hem de fail sıfatıyla iştirak eden kişilerin yalnızca fail olarak sorumlu tutulmasıyla yetinilmektedir[97].

Failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesi, öğretide görünüşte içtimaın[98] bir türü olarak kabul edilmektedir[99]. İhlal edilen normlar arasındaki yapısal münasebetin ehemmiyet taşıdığı görünüşte içtimada, 'görünüş itibarıyla' birden fazla norma aykırı davranıştan bahsedilebilirse de gerçekte tek bir norm ihlali söz konusudur[100]. Nitekim kişinin suça azmettiren (şerik) ve müşterek fail olarak katıldığı olaylarda da azmettirmeye/şerikliğe ilişkin düzenlemenin failliğe ilişkin hüküm karşısında "yardımcı norm"[101] teşkil ettiği sonucu-

---

97 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 556-557.

98 Görünüşte içtima kurumunun, öğretide "normların içtimaı", "hükmün tekliği", "kanunların gerçek olmayan içtimaı", "görünüşte fikri içtima" ve "gerçek olmayan fikri içtima" biçiminde de nitelendirildiği hususunda ayrıca bkz. İÇEL Kayıhan, **Suçların İçtimaı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 167-168; ÖNDER, s. 451.

99 AKBULUT, Genel Hükümler, s. 773.

100 İÇEL Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 14, 2008, s. 36; GÖKTÜRK Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 41.

101 Yukarıda da ifade edildiği üzere azmettirenin cezalandırılabilmesi için failin en azından icra hareketlerine girişmiş olması gerekir. Azmettirenin cezalandırılabilirliğine ilişkin bu koşul, azmettirmenin feri/bağımlı/ikincil (Alm. *akzessorisch*) bir karakter arz edecek şekilde biçimlendirilmesinden kaynaklanmaktadır (HAAS, § 26, Rn. 4, s. 349). Azmettirenin, azmettirdiği eyleme müşterek fail olarak da katılması durumunda yalnızca fail olarak sorumlu tutulmasının

na varılmakta ve kişi sadece failliğe ilişkin asli normdan cezalandırılmaktadır[102]. Zira iştirake ve dolayısıyla şerikliğe ilişkin düzenlemeler, suçu düzenleyen norma göre tali ve tamamlayıcı bir hüviyete sahiptir[103,104]. Bu durumda tartışma konumuzla ilgili sorunun çözümü bakımından üzerinde durulması gereken asıl husus, failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesinin uygulanması suretiyle kişinin yalnızca müşterek fail olarak cezalandırılmasının, bu kişinin azmettiren sıfatını ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır.

Kanaatimizce, suça müşterek fail ve azmettiren sıfatıyla katılan kişinin yardımcı normun sonralığı ilkesinin uygulanması suretiyle azmettirmeden ayrıca cezalandırıl*ma*ması, bu kişinin suça azmettiren olarak da katıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Eyleme fail ve azmettiren olarak katılan kişinin sadece fail olarak cezalandırılması, bizatihi kendi sorumluluğun tespitinde göz önünde bulundurulmakta; azmettirenin diğer ortak (azmettirilen) bakımından sahip olduğu azmettiren sıfatı ise ortadan kalkmamaktadır. Esasen, suça hem azmettiren hem de fail olarak katılan kişinin sahip olduğu azmettiren sıfatı, cezasının belirlenmesi sürecinde de göz önünde bulundurulabilecek niteliktedir (bkz. TCK m. 61). Bu nedenle azmettirenin suça fail olarak da iştirak ettiği durumlarda, bu kişinin azmettiren sıfatına sahip olduğunun ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortakları bakımından TCK m. 38/3

---

gerekçesi de burada yatmaktadır. Azmettiren eyleme fail olarak da katıldığında, eyleminin haksızlığını bir başka kişide suç işleme kararı oluşturmaktan değil, bizzat eylemi gerçekleştirmekten almakta ve dolayısıyla diğer fail tarafından gerçekleştirilen eyleme bağlı kalınmadan sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir.

102 Yardım etme, azmettirme ve faillik, ağırlık dereceleri bakımından çoktan aza doğru uzanan ve değerlendirici bir perspektiften bakıldığında normatif dereceli bir ilişki olarak tanımlanabilecek bir seviye farkı (eşitsizlik, eğim, eğilim, meyil) göstermektedir. Bu nedenle kişinin suça faillik, azmettirme veya yardım etme biçimindeki iştirak şekillerinden hangisiyle katıldığının belli olmadığı ve fakat en azından daha hafif nitelikteki iştirak biçiminin koşullarının yerine getirildiğinin kanıtlandığı durumlarda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmalı ve kişi yalnızca ispatlanan daha hafif nitelikteki iştirak biçiminden sorumlu tutulmalıdır. Bu noktada, failliğin şerikliğe göre asliliği ilkesinin uygulanabilmesi için kişinin suça fail olarak da katıldığının ispat edilmiş olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Faillik ve suça iştirak şekilleri arasındaki normatif dereceli ilişkiye ve yukarıdaki diğer açıklamalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 16, Rn. 925, s. 337.

103 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım**, Cilt II, 12. bs., Beta, İstanbul, 1999, s. 448.

104 *v. Liszt* ise bir kimsenin aynı suça birden fazla kez iştirak etmesi durumunda, daha hafif nitelikteki iştirak biçiminin ağır olan iştirak türü tarafından tüketileceğini; örneğin azmettirenin eyleme daha sonra fail olarak katılması durumunda sadece fail, yardım eden olarak iştirak ettiği durumlarda ise sadece azmettiren olarak sorumlu tutulacağını ifade etmektedir. Yazarın bu ifadeleri, bahsi geçen ihtimalde tüketen-tüketilen norm prensibinin uygulama alanı bulacağı yönündeki görüşe taraftar olduğu şeklinde yorumlanabilecek niteliktedir: v. Liszt, § 53, s. 212-213.

hükmünün uygulanabileceği kanaatindeyiz. Aksi hâlde sadece azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını temin eden kişiler TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılmalarına rağmen hem azmettiren hem de fail sıfatına sahip kişinin kimliğinin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortakları hakkında herhangi bir ceza indirimi yapılamayacaktır. Bununla birlikte, suça azmettiren ve müşterek fail olarak katılan kişinin sadece "faillik" sıfatının ortaya çıkarıldığı durumlarda, TCK m. 38/3 hükmünden kaynaklanan ceza indiriminin tatbik alanı bulamayacağı da bilhassa ifade edilmelidir. Buna göre; A'nın kendisini azmettirmesi üzerine A ile birlikte C'yi öldüren B, ifadesinde eylemi A'nın kendisini azmettirmesi sonucu birlikte gerçekleştirdiklerini belirttiğinde TCK m. 38/3 hükmünden yararlanabilecek ve fakat yalnızca C'yi birlikte öldürdüklerini söylediğinde hakkında ceza indirimi yapılamayacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan şartla bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken son husus, failin "mevcut" suç işleme kararını değişik şekillerde etkileyen bireylerin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağıdır. Kuşkusuz bu ihtimalde TCK m. 38/3'de yer verilen ceza indirimin yapılıp yapılamayacağı, suç işleme kararı vermiş kişilerin suça azmettirilmesinin mümkün olup olmadığına, bir diğer ifadeyle failin daha önce aldığı suç işleme kararını etkileyen kişilerin azmettiren olarak kabul edilip edilemeyeceklerine göre belirlenecektir. Bu kapsamda aşağıdaki ihtimaller dikkate alınarak değerlendirme yapılması zorunluluk arz etmektedir:

(**i**) Söz konusu tartışmayla ilgili olarak karşılaşılabilecek ilk ihtimal, bir suçu işlemeye karar veren kişinin, karar verdiği suçtan başka bir eylemi işlemeye ikna edilmesidir. Döndüren azmettirme (Alm. *Umstiftung*[105]) olarak nitelendirilen bu durumda, tehdit edilen hukukî menfaat değişmekte ve dolayısıyla başta işlenmeye karar verilen fiilden tamamen başka bir fiil söz konusu olmaktadır[106]. Bu nedenle öğretide, failin başlangıçta amaçladığı eylemi işle*me*mesinin -bir diğer ifadeyle azmettirenin faili başlangıçtaki suç işleme kararından vazgeçirmesinin[107]- azmettirenin ceza sorumluluğunun ortadan kalkması için yeterli olmadığı[108] ve

[105] SCHİLD, § 26, Rn. 10, s. 1090.

[106] BOCK Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer - Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2018, s. 605.

[107] Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için iki çizgi (-) arasındaki ibareler tarafımızca eklenmiştir.

[108] HEİNRİCH, § 37, Rn. 1296, s. 566.

dolayısıyla bu tür olaylarda da faile başka bir suç işleme kararı aldıran kişinin, işlenen suç bakımından azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir[109].

Döndüren azmettirmenin söz konusu olduğu durumlarda, faili başka bir suç işlemeye sevk eden kişi işlenen yeni suç açısından azmettiren sıfatına sahip olduğundan, faili işlemek istediği suçtan başka bir suç işlemeye karar verdiren bu suç ortağının ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

(ii) Faildeki suç işleme kararına etki edilen bir diğer durum, suçun nitelikli hâlini işlemeye karar vermiş kişinin, eylemin temel hâlini işlemeye ikna edilmesidir. Eksilen azmettirme (Alm. *Abstiftung/Herunterstiftung*) olarak ifade edilen bu durumda da -döndüren azmettirmede olduğu gibi- failde suç işleme kararı mevcuttur. Ancak döndüren azmettirmeden farklı olarak bu ihtimâlde fail başka bir suçu işlemeye değil, kararlaştırdığı suçun basit hâlini işlemeye yönlendirilmektedir[110].

Suçun nitelikli hâlini işlemeye karar veren kişide, zorunlu olarak eylemin temel hâlini işlemeye yönelik karar da bulunduğundan, faili eylemin temel hâlini işlemeye ikna eden kişinin azmettirmeden sorumlu tutulması mümkün değildir[111]. Bir başka ifadeyle, eksilen azmettirme kapsamında değerlendirilen durumlarda, teknik anlamda azmettirme bulunmamaktadır[112]. Eksilen azmettirme, azmettirmenin sahip olması gereken nitelikleri taşımadığından, fiili bu kapsamda değerlendirilebilecek bireylerin suça katkısının ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler açısından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

(iii) Bazı durumlarda, suçun temel hâlini işlemeye karar veren failin, eylemin nitelikli hâlini gerçekleştirmeye yönlendirilmesi de mümkündür. Eklenen azmettirme (Alm. *Aufstiftung*/*Hochstiftung/Überstiftung*) biçi-

---

[109] KREY/ESSER, § 13, Rn. 1049, s. 448; KÜHL, § 20, Rn. 180, s. 848. *Kühl*'e göre örneğin hırsızlık yapmaya karar veren kişinin şantaj suçunu işlemeye ikna edilmesi durumunda, ikna fiilini gerçekleştiren kişinin şantaj suçu bakımından azmettiren olduğu hususunda herhangi bir problem bulunmamaktadır.

[110] HAAS, § 26, Rn. 22, s. 353.

[111] BOCK, s. 606-607.

[112] Önemle belirtmek gerekir ki burada suç işleme kararı alınıp alınmadığına özellikle dikkat edilmeli ve kişinin bir eylemin nitelikli hâlini işlemeyi planladığı ve fakat bu konuda karar vermediği sürece azmettirilebileceği gözden kaçırılmamalıdır: SCHİLD, § 26, Rn. 10, s. 1090.

minde isimlendirilen bu ihtimalde, faili suçun nitelikli hâlini işlemeye sevk eden kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunda farklı fikirler ileri sürülmektedir[113]. Nitekim Alman doktrininde eklenen azmettirmede kişinin sorumlu tutulup tutulamayacağı, nitelik/yeterlilik teorisi (Alm. *Qualifikationstheorie*), değersizliğin artırılması teorisi (Alm. *Unwertsteigerungstheorie*), esaslılık teorisi (Alm. *Wesentlichkeitstheorie*) ve yardım etme teorisi (Alm. *Beihilfetheorie*) gibi kuramlarla çözülmeye çalışılmaktadır[114]. Çalışmamızın konusunu oluşturmaması nedeniyle, bahsi geçen bu teorilerle ilgili ayrıntılara girilmeyecektir. Bununla birlikte, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH), suçun temel hâlini işlemeye karar vermiş kişilerin nitelikli hâli işlemeye ikna edilmesini, belirli koşullar altında azmettirme kapsamında değerlendirdiği de özellikle belirtilmelidir[115]. Nitekim *Koca/Üzülmez* de BGH'nin kararlarına atıfta bulunarak söz konusu durumda kişinin azmettirmeden sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir[116]. Kanaatimizce, *Koca/Üzülmez*'in de belirttiği üzere, kişinin eylemin nitelikli hâlini gerçekleştirmeye yönlendirildiği durumlarda, suçun nitelikli hâline yönelik müsebbiplik faildeki ilk suç işleme kararının önemli ölçüde aşılması sonucunu doğurduğundan, bu tür olaylarda azmettirmenin varlığı kabul edilmeli[117] ve eylemi bu kapsamda kalan kişinin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler bakımından da TCK m. 38/3 hükmü uygulanmalıdır.

4. Azmettireni Ortaya Çıkaran Kişinin Fail veya Suç Ortağı Olması

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi, kişinin azmettireni ile ilgili bilgi verdiği eylemin faili veya suç ortağı olması koşuluna tabi kılınmıştır. Fail/suç ortağı sıfatına sahip olmayan kişiler tarafından azmettirenin ortaya çıkarılmasına yönelik bilgi verilmesi, TCK m. 38/3'te yer verilen düzenlemenin kapsamına dâhil değildir. Esasen suça fail veya şerik olarak katılmayan bireylerin suç teşkil eden bir eyleminden ve dolayısıyla haklarında hükmedile*me*yecek cezada indirim yapılmasından da bahsedilemez.

---

113 FREUND/ROSTALSKİ, § 10, Rn. 120, s. 414; ÖZKAN, s. 215 vd.

114 Bahsi geçen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HEİNRİCH, § 37, Rn. 1299-1300, s. 567 vd.

115 BOCK, s. 608.

116 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 486.

117 Bahsi geçen ihtimalde kişinin yardım eden olarak kabul edilmesi gerektiği biçimindeki aksi yöndeki görüş için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 427.

Kanaatimizce TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen fail kavramı, doğrudan faile indirgenmiş biçimde anlaşılmamalı; müşterek faillerden herhangi birisinin kendisini suça azmettireni ortaya çıkaracak bilgiler vermesi de hükmün uygulanması bakımından yeterli görülmelidir. Bir başka ifadeyle müşterek faillerin TCK m. 38/3 hükmündeki ceza indiriminden yararlanabilmeleri için azmettireni de müştereken ortaya çıkarmalarına gerek bulunmamaktadır. Keza azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan dolaylı failin TCK m. 38/3 hükmünden faydalandırılmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır: 3 yaşındaki A'yı, B'nin cebinden para almak üzere yönlendirmesi için 25 yaşındaki C'yi azmettiren D'nin, C tarafından verilen bilgiler sonucunda ortaya çıkarılması durumunda, C hakkında TCK m. 38/3'e dayanılarak ceza indirimi yapılabileceği sonucuna ulaşılmalıdır.

TCK m. 38/3'te, suç ortakları hakkında da etkin pişmanlığa bağlanan sonucun geçerli olduğu belirtilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla "suç ortağı" deyimi, TCK m. 38/3 dışında, 5237 sayılı TCK'nın yalnızca 4 hükmünde (bkz. TCK m. 41, m. 192, m. 201 ve m. 283) kullanılmıştır. Doktrinde de ifade edildiği üzere bahsi geçen maddelerden TCK m. 41'de yer verilen suç ortağı kavramı, fail ve şerikleri kapsamına alacak biçimde anlaşılmalıdır[118]. Esasen aynı kabul, TCK m. 192, m. 201 ve m. 283 hükümlerinde kullanılan "suç ortağı/suç ortakları" ibareleri bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, TCK m. 38/3 hükmünde failden ayrıca bahsedildiği için yukarıda yer verilen düzenlemelerden farklı olarak inceleme konumuzu oluşturan normdaki "suç ortağı" kavramının yalnızca "şerik"lere işaret ettiği kanaatindeyiz. Bu noktada, kendisi de bir şerik olan azmettiren hakkında TCK m. 38/3 hükmüne dayanılarak indirim yapılıp yapılamayacağı cevaplanması gereken bir soru olarak ortaya çıkmaktaysa da çalışmamızın önceki bölümlerinde bu hususa ilişkin değerlendirme yapıldığından, burada aynı sorunla ilgili ayrı bir tartışma açılmayacaktır. Ancak, bu konuyla ilgili açıklamalara son verilmeden önce, "suç ortağı" kavramına TCK'nın farklı hükümlerinde birbiriyle telif edilemeyecek anlamlar yüklenmesinin eleştirilmesi gereken bir husus olduğu belirtilmelidir. "Suç ortağı" terimi, faile de teşmil eden bir anlama sahiptir. Suçun bizzat fail tarafından işlenmesi, failin suça ortak olmadığı biçiminde yorumlanamaz. Esasen şeriklerin "ortak" biçiminde nitelendirilmeleri, bu kişilerin ortak olarak katıldıkları eylemi gerçekleştiren fail[ler]e de ortak sıfatı tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Aksi hâlde şerikleri "ortağı olmayan ortak" veya "ortaksız ortak" olarak kabul etmek gere-

---

[118] BOZDAĞ Ahmet, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret", **SDÜHFD**, C. 10, S. 2, 2020, s. 88.

kir. Bu açıdan, TCK m. 38/3'te suç ortağı yanında "fail" ibaresinin kullanılmasına gerek bulunmadığı ve hatta düzenlemenin bu hâliyle suç ortağı terimine yer veren diğer normların yorumlanmasında tereddütlere neden olabileceği bilhassa ifade edilmelidir.

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişinin, azmettiren tarafından iştirak edilen suçun faili veya suç ortağı olması gerekir. Aksi takdirde, TCK m. 38/3'e dayanılarak indirim yapılması mümkün değildir. Örneğin, çalıştığı resmi kurumda rüşvet suçunu işleyen ve bu nedenle gözaltına alınan A'nın, kurumda rüşvet alan tek kişinin kendisi olmadığını, B'nin de C'nin azmettirmesi üzerine rüşvet aldığını belirtmesi durumunda, A hakkında TCK m. 38/3 hükmü uygulanamayacaktır. Zira her ne kadar A'nın işlediği suç ile C'nin azmettiren olarak iştirak ettiği suç rüşvet ise de A ile C aynı eylem bakımından fail ve azmettiren sıfatına sahip değildir. Verilen örnekte C hakkındaki bilgileri B vermiş olsaydı TCK m. 38/3 hükmü uygulanabilecekti. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişi ile azmettirenin aynı suçun faili ve iştirak edeni olması gerekir.

TCK m. 38/3 hükmünde herhangi bir suç ortağının değil, yalnızca azmettirenin ortaya çıkarılmasının sağlanması cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak kabul edilmiştir[119]. Dolayısıyla müşterek faillerden birinin kendisi dışındaki diğer fail[ler]i veya yardım edeni yahut yardım eden sıfatına sahip kişinin faili/faillerden birini ortaya çıkaracak bilgiler vermesi durumunda TCK m. 38/3 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere, suç ortakları arasında yapılan bu ayrım öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve azmettiren dışındaki suç ortaklarının ortaya çıkarılmasını temin edici bilgiler verilmesinin de düzenlemenin kapsamına alınması gerektiği ifade edilmektedir[120].

Azmettiren, yalnızca suçun işlenmesine sebebiyet ver*me*mekte, ayrıca suçluyu bizzat kendisi ortaya çıkarmaktadır[121]. Bu açıdan, kanun koyucunun azmettirenin ortaya çıkarılmasına özel bir önem atfetmesi[122] makul karşıla-

---

[119] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 361.

[120] ÖZEN, s. 248.

[121] EKİCİ ŞAHİN Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **AÜHFD**, C. 64, S. 3, 2015, s. 642.

[122] TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen düzenlemenin, kanun koyucunun azmettirmeye verdiği önemi göstermesi bakımından ilginç bir örnek teşkil ettiği hususunda bkz. DÜLGER, s. 126.

nabilecek niteliktedir. Daha önce de ifade edildiği üzere çoğu soruşturmada/kovuşturmada önce şüpheliye/sanığa ulaşılmakta; akabinde bu kişilerin verdiği bilgilerden hareketle azmettiren ve diğer suç ortaklarının tespiti yapılmaktadır. Kanun koyucunun bu realiteyi göz önünde bulundurarak da hükümde sadece azmettirenin ortaya çıkarılmasının teminini indirim sebebi olarak kabul ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, ceza hukukunu ilgilendiren olaylarda suçu işleyen veya suça iştirak eden kişilerin genelde yukarıda yer verilen silsileyle ortaya çıkarılması, bütün olaylarda sürecin bu şekilde işleyeceği anlamına gelmemektedir. Kimi olaylarda, fail[ler]den önce azmettirene ulaşılması ve hatta azmettirenin bizzat kendisinin yetkili makamlara başvurarak azmettirdiği failin ve bu fail tarafından işlenen eylemin ortaya çıkarılmasını sağlaması da mümkündür. TCK m. 38/3 hükmü -mevcut hâliyle- azmettireni ortaya çıkaran herhangi bir suç ortağı hakkında uygulanabilmesine rağmen fiili bizzat gerçekleştiren faili/müşterek fail[ler]i ve yardım edeni ortaya çıkaracak bilgileri veren suç ortakları bakımından uygulanamamaktadır. Sözü edilen düzenlemenin bu açıdan anayasal bir kaide olan eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasa Mahkemesi nezdinde girişilecek bir somut norm denetimine konu olabileceği kanaatindeyiz. Nitekim öğretide, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (RFCK) m. 61/1/z hükmünde yer verilen düzenlemeyle "*diğer suç ortaklarının ortaya çıkmasına etkin yardım etme*" biçiminde genel bir hafifletici nedene yer verildiği ve bahsi geçen hükmün sadece azmettirenin değil, diğer suç ortaklarının ortaya çıkarılmasına yönelik bilgiler veren suç ortakları bakımından da uygulanabilir nitelikte olduğu ifade edilmektedir[123].

Bilindiği üzere azmettirmeden sorumlu tutulmanın koşullarından biri de işlenen suçun azmettiren ve azmettirilen açısından aynı olmasıdır[124]. Ancak azmettiren, azmettirdiği kişinin icra hareketlerini gerçekleştiriş şekli üzerinde egemen olmadığından[125], bazı olaylarda failin üzerinde anlaşılan eylemin dışına çıkmasıyla karşılaşılabilmektedir. Bu durumda TCK m. 38/3 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı, failin anlaşılan eylemin dışına çıkmasının, kişinin azmettiren sıfatını ortadan kaldırıp kaldırmadığına göre belirlenmelidir. Buna göre:

---

[123] HÜSEYİNOĞLU Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak", **AÜHFD**, C. 67, S. 4, 2018, s. 759.

[124] İştirak hükümlerinin tatbik edilebilmesi için suçun tüm failler ve suç ortakları bakımından aynı olması gerektiği hususunda bkz. MAHMUTOĞLU, s. 63; SAVAŞÇI TEMİZ, s. 2499.

[125] ÖNDER, s. 438.

(**i**) Failin azmettiren ile üzerinde anlaştığı suç tipini değiştirmeden eylemin daha hafif şeklini gerçekleştirdiği olaylarda, işlenen fiil kararlaştırılan suçun kapsamında kalmaya devam etmektedir[126]. Suçun nitelikli hâli yerine basit hâlinin işlendiği bu ihtimalde, bağlılık kuralının bir gereği olarak azmettiren de -fail gibi- meydana gelen hafif neticeden sorumlu tutulmakta[127] ve fakat bu kişinin sahip olduğu azmettiren sıfatı ortadan kalkmamaktadır. Söz konusu olasılıkta, faili suç işlemeye sevk eden kişinin azmettiren sıfatı devam ettiğinden, azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortağı hakkında TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

(**ii**) Bu konuyla bağlantılı olarak karşılaşılabilecek bir diğer ihtimal, failin azmettiren ile anlaştığı suç tipinin nitelikli hâlini işlemesidir. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere failin üzerinde anlaşılan suç tipinin niteliğini değiştirmeden azmettirenin istediğinden daha fazlasını gerçekleştirdiği, bir başka ifadeyle sınırın niceliksel olarak aşıldığı durumlarda, azmettiren yalnızca kastı kapsamında kalan neticeden cezalandırılmalıdır[128]. Örneğin, tarafların basit hırsızlık üzerinde anlaşmalarına rağmen failin nitelikli hırsızlık suçunu işlemesi durumunda, azmettirenin kastı hırsızlık suçunun temel şekline yönelik olduğundan, fail nitelikli hırsızlıktan, azmettiren ise basit hırsızlık suçundan sorumlu tutulmalıdır[129]. Bununla birlikte, suçun temel şeklini işlemeye azmettirilen failin eylemin nitelikli hâlini işleyebileceği yönünde olası kasta sahip olan azmettirenin, suçun nitelikli hâlinden cezalandırılması gerekir[130]. Keza failin anlaşmanın dışına çıkarak eylemin netice sebebiyle ağırlaşmış biçimini gerçekleştirmesi ihtimalinde, azmettirenin meydana gelen ağır/başka neticeden cezalandırılabilmesi için taksirinin varlığı yeterlidir[131].

Dikkat edileceği üzere yukarıdaki olasılıkta kişinin azmettiren sıfatı ortadan kalkmamakta, failin anlaşmanın dışına çıkması yalnızca azmettirenin ceza sorumluluğunun tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır. Belirtilen

---

[126] AYDIN, İştirak, s. 121-122.

[127] ÖZKAN, s. 116; TAŞKIN KAPUSUZOĞLU, s. 146-147.

[128] AKBULUT, Genel Hükümler, s. 727.

[129] AKBULUT, Genel Hükümler, s. 727.

[130] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 490.

[131] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 490.

bu netice, söz konusu ihtimalde TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasına herhangi bir engel bulunmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte failin kendisini hırsızlık suçunun temel biçimini işlemeye azmettiren kişinin ortaya çıkarılmasını sağlaması durumunda, TCK m. 38/3 hükmüne dayanılarak cezasında indirim yapılabilecektir. Bununla birlikte, failin nitelik olarak bir başka suçu işlemesi, örneğin hırsızlığa azmettirilen kişinin yağma suçunu işlemesi durumunda, azmettirenin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulamayacağı[132] ve dolayısıyla bahsi geçen bu son ihtimalde, faili hırsızlık suçunu işlemeye azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişiler hakkında TCK m. 38/3 hükmünün tatbikine imkân bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır.

(**iii**) Öğretide, üzerinde anlaşılan suç tipinden daha hafif nitelikteki bir eylemin gerçekleştirildiği ve fakat kararlaştırılan eylem ile fail tarafından icra edilen eylemin farklı suç tiplerine vücut verdiği olaylarda ise - yukarıdaki ihtimalden farklı olarak- azmettirenin meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir[133]. Örneğin, fail ile azmettiren kasten yaralama suçunun işlenmesi konusunda anlaştıktan sonra failin yaralama yerine hakaret suçunu işlemesi durumunda, faili kasten yaralama suçuna azmettirmek isteyen kişinin hakaret suçundan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Yaralama suçuna azmettirme eylemini gerçekleştiren kişinin hakaret suçundan azmettiren olarak sorumlu tutulamaması ise bu kişinin faili yaralama suçuna yönlendirmeye çalıştığını ortaya çıkaran bireyler bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanamayacağı anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte doktrinde, işlenen fiil ile azmettirilen fiil arasındaki sapmanın önemsiz olduğu, örneğin yağma suçunu işlemeye azmettirilen kişinin hırsızlık suçunu işlediği durumlarda, azmettirenin hırsızlık suçundan sorumlu tutulması gerektiği de ifade edilmektedir[134]. Bahsi geçen bu görüşün kabul edilmesi durumunda ise yağmaya azmettirme eyleminin ortaya çıkarılmasını sağlayan suç ortaklarının TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılması mümkün hâle gelecektir.

---

[132] ÖNDER, s. 439.

[133] TAŞKIN KAPUSUZOĞLU, s. 146-147.

[134] ÖZTÜRK/ERDEM, s. 429.

5. Azmettirenin Ortaya Çık[arıl]masının İlgili Suç Tipi Bakımından Özel Bir Etkin Pişmanlık Hâli Olarak Düzenlenmemiş Olması

Azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan bilgileri veren suç ortakları bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için yukarıda yer verilen koşulların varlığı gerekli ve fakat yeterli değildir. TCK m. 38/3 hükmü ancak azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlamanın özel bir etkin pişmanlık hâli olarak düzenlenmediği suç tipleri bakımından uygulanabilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bahsi geçen bu şart, TCK m. 38/3 hükmünün olumsuz koşulları arasında yer almaktadır.

Kuşkusuz çalışmamızın kapsamı nedeniyle suç ortaklarının ortaya çıkarılmasına özel olarak sonuç bağlanan bütün suç tiplerinin tetkiki mümkün değildir. Ancak inceleme konumuzu oluşturan koşulun sağlıklı bir zeminde tartışılabilmesi için TCK'da yer verilen bazı hükümlerin TCK m. 38/3 hükmüyle birlikte ele alınmasının faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda üzerinde durulması gereken düzenlemelerden ilki, organ veya doku ticareti suçunda etkin pişmanlık hâline yer veren TCK m. 93 hükmüdür.

TCK m. 93 hükmünün ilk fıkrasında, organ veya dokularını satan kişinin, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu yetkili mercilere bildirerek suçluların yakalanmasını kolaylaştırması durumunda, hakkında cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise organ veya dokularını satan kişinin, suçun haber alınmasından sonra gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi hâlinde, yardımın niteliğine göre cezasında dörtte birden yarıya kadar indirim yapılacağı ifade edilmiştir.

Dikkat edileceği üzere TCK m. 93 hükmü yalnızca organ veya dokularını "satan" kişiler bakımından etkin pişmanlık hâline yer vermiştir[135]. Bu nedenle, yaşayan bir kimseden geçerli bir rızaya dayanmaksızın (TCK m. 91/1) veya ölüden hukuka aykırı olarak (TCK m. 91/2) organ veya doku "alan" kişilerin TCK m. 93 hükmünden yararlanması mümkün değildir. Keza organ veya doku satın alan/satılmasına aracılık eden (TCK m. 91/3), hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş organ veya dokuları saklayan/nakleden/aşılayan (TCK m. 91/5) yahut belirli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan/reklam veren/yayımlayan (TCK m. 91/6) kişiler hakkında da TCK m. 93'te yer verilen etkin pişmanlık hükmü-

[135] Bkz. TCK m. 93 hükmüne ilişkin gerekçe.

nün tatbikine imkân bulunmamaktadır. Bu noktada, TCK m. 93 hükmünün, TCK m. 38/3'te yer verilen indirim imkânını, organ veya doku ticareti suçunu işleyen kişiler bakımından tamamen ortadan kaldırmadığı özellikle belirtilmelidir. Örneğin, organ veya dokularını satan kişinin, kendisini bu suça azmettireni ortaya çıkararak yakalanmasını kolaylaştırması durumunda TCK m. 93 uygulanacak ise de organ veya dokuyu alan, alınmasına aracılık eden, alınan organ veya dokuyu saklayan/nakleden/aşılayan kişilerin, kendilerini bu eylemlere azmettirenlerin ortaya çıkarılmasını sağlamaları durumunda TCK m. 93 değil, TCK m. 38/3 hükmü uygulanacaktır. Keza organ veya dokularını satan kişinin, kendisini bu suça azmettirenin kimliğine ilişkin net bilgiler vermesine rağmen azmettirenin yakalanmasını kolaylaştıracak herhangi bir bilgi sunamaması halinde de TCK m. 93/1'deki koşullar sağlanmadığından, TCK m. 38/3 hükmü tatbik edilecektir. Ayrıca, TCK m. 93 ile ilgili olarak yukarıda yer verilen açıklamaların, bünyesine uygun düştüğü oranda TCK m. 192'de yer verilen etkin pişmanlık hâli bakımından da geçerli olduğu ve dolayısıyla TCK m. 192 kapsamına girmeyen durumlarda TCK m. 38/3'ün uygulanmasına herhangi bir engel bulunmadığı da belirtilmelidir. Örneğin kullanmak için uyuşturucu madde satın alan kişi, uyuşturucu maddeyi kimden ne şekilde temin ettiğini ilgili makamlara bildirerek bu kişilerin yakalanmalarını sağladığında TCK m. 192/2; kendisini uyuşturucu madde satın almaya azmettireni ortaya çıkardığında ise TCK m. 38/3 hükmü uygulanacaktır.

TCK m. 38/3 hükmünün inceleme konumuzu oluşturan olumsuz koşuluyla ilgili olarak üzerinde bilhassa ve ayrıntılı şekilde durulması gereken bir diğer düzenleme, TCK m. 221'de yer verilen etkin pişmanlık hâlidir. Kanaatimizce, TCK m. 38/3 ile bahsi geçen hüküm arasındaki ilişkinin anlaşılabilir bir biçimde ortaya konulabilmesi için aşağıdaki ihtimaller göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır:

(i) TCK m. 221/1'e göre:

> "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz*".

Yukarıda yer verilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere örgüt kurucusu ve yöneticisi konumundaki kişilerin TCK m. 221/1'den yararlanabilmeleri için bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmamış olması, örgütün amacı

doğrultusunda suç işlenmemiş olması, kişinin örgütü dağıtması ya da verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlaması ve hükümdeki diğer koşulların gerçekleşmesi gerekir[136]. Söz konusu düzenleme, örgüt kurma/yönetme eylemlerini gerçekleştiren kişileri, bu eylemleri işlemeye azmettirenle ilgili bir içeriğe ise sahip değildir. Dolayısıyla başka kişilerin azmettirmesi üzerine suç örgütü kurma[137] ve/veya yönetme eylemlerini işleyen failler, kendilerini bu suçları işlemeye azmettirenlerin ortaya çıkarılmalarını sağlayan bilgiler sunduklarında, TCK m. 38/3'ten yararlanabileceklerdir.

(**ii**) TCK m. 221/3 hükmünde örgüt üyelerinin de bazı koşullara bağlı olarak etkin pişmanlık hâlinden yararlanabileceği düzenlenmiştir:

"*Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz*".

TCK m. 221/3 hükmünde de TCK m. 221/1'de olduğu gibi azmettirenin ortaya çıkarılmasına sonuç bağlanmamıştır. Bu nedenle örgüt üyesinin, kendisini bir örgüte üye olmaya azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağladığı durumlarda TCK m. 221/3 değil, TCK m. 38/3 uygulanmalıdır. Bununla birlikte, örgüte üye olma suçuna azmettiren olarak iştirak eden kişinin, aynı örgütte üye/kurucu/yönetici konumunda bulunması ve örgüt üyesince verilen bilgiler kullanılarak yakalanması durumunda, bilgiyi veren örgüt üyesi bakımından TCK m. 221/3 tatbik edilmelidir. Kuşkusuz bu sonucun geçerli olabilmesi için TCK m. 221/3 hükmünün uygulanabilirliğine ilişkin diğer koşulların da oluşması gerekir.

(**iii**) TCK m. 221 ve m. 38/3 arasındaki ilişki ile bağlantılı olarak üzerinde durulabilecek bir diğer düzenleme TCK m. 221/4 hükmüdür. Bahsi geçen düzenlemeye göre:

"*Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı*

---

[136] ŞEN Ersan/ERYILDIZ H. Sefa, **Suç Örgütü**, 5. bs., Seçkin, Ankara, 2022, s. 467 vd.; KAVLAK Cihan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 3. bs., Seçkin, Ankara, 2017, s. 454.

[137] Suç örgütü kurma suçuna azmettiren ve yardım eden olarak iştirak etmenin mümkün olduğu hususunda bkz. ÖZGENÇ İzzet, **Suç Örgütleri**, 20. bs., Seçkin, Ankara, 2020, s. 20.

ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır".

TCK m. 221/4 hükmündeki etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulanabilmesi için kişinin örgütün yapısı ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi gerekir. Yukarıda incelenen hükümlerde olduğu gibi burada da örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarına azmettiren olarak katılan kişilerin ortaya çıkarılmasına sonuç bağlanmamıştır. Yine bahsi geçen düzenlemede, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara azmettiren olarak iştirak eden bireylerin tespit edilmesini sağlayacak bilgiler verilmesinin cezasızlık/indirim nedeni olarak kabul edilmediği de özellikle ifade edilmelidir. TCK m. 221/4 hükmünün bu açıdan, TCK m. 38/3'e dayanılarak ceza indirimi yapılmasını engelleyici bir hüviyet arz etmediği ve hatta bir kimsenin her iki hükümden yararlanmasının da mümkün olduğu söylenebilir. Örneğin, örgüt faaliyeti çerçevesinde çeşitli suçlar işleyen bir örgüt üyesi, gönüllü olarak teslim olup örgütün yapısı ile kendisini bu suçları işlemeye azmettiren örgüt yöneticilerinin kimliklerini ortaya çıkarmaya yönelik bilgi verdiğinde, hakkında hem TCK m. 221/4 hem de m. 38/3 hükmü uygulanabilecektir. Zira verilen örnekte örgüt üyesi, hem örgütün yapısı ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermiş (m. 221/4) hem de kendisini örgüt faaliyeti çerçevesinde çeşitli suçları işlemeye azmettiren yöneticilerin kimliklerinin ortaya çıkarılmasını temin edici malumat (m. 38/3) sağlamıştır. Bu nedenle, bahsi geçen konularda bilgi veren örgüt üyesinin, örgüte üye olma suçundan cezalandırılması bakımından TCK m. 221/4; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlediği her bir suçtan cezalandırılmasında ise TCK m. 38/3 hükmü tatbik edilmelidir. Bu noktada, TCK m. 221/4 hükmünün, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından değil, örgüt üyeliği/yöneticiliği/kuruculuğu eylemleri bakımından cezayı kaldırdığına/azalttığına tekraren işaret edilmelidir.

III. TCK M. 38/3 HÜKMÜNDE YER VERİLEN KOŞULLARIN OLUŞMASININ SONUCU

Yukarıda yer verilen bütün koşulların oluşmasının neticesi, azmettirenin ortaya çıkarılmasını temin eden bilgileri veren fail veya suç ortağı hakkında TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen ceza indiriminin yapılabilecek olması-

dır[138]. TCK m. 38/3 hükmünde, hâkime indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi verilmiştir[139,140]. Bu açıdan, düzenlemede yer verilen koşulların oluşmasının, azmettirenin ortaya çıkarılmasına yönelik bilgi veren kişiye ceza indirimi yapılması hususunda -yerine getirilmesi zorunlu- bir talep hakkı bahşetmediği söylenebilir. Bununla birlikte takdir yetkisini indirim yap*ma*maktan yana kullanan hâkimin, indirim yapmama konusundaki tercihini gerekçeli olarak ortaya koyması ve dolayısıyla koşulları oluşan TCK m. 38/3 hükmünü uygulayıp uygulamayacağını kararda tartışması gerektiği de izahtan varestedir. Nitekim Yargıtay da azmettirenin kimliğine ilişkin bilgi verildiği olaylarda, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususunda değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğuna işaret etmektedir[141]. Bütün bunlara ek olarak Yargıtay'ın indirim konusunda hâkime takdir yetkisi verilmiş olmasını göz ardı ederek koşulları oluşan TCK m. 38/3 hükmünün uygulan*ma*masını bozma nedeni yaptığı kararlarına rastlandığı da belirtilmelidir[142].

---

138 TCK m. 38/3'e göre azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkarılmasını sağlayan fail veya suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilecek; diğer hâllerde ise kişinin alacağı cezada üçte bir oranında indirim yapılabilecektir.

139 MALKOÇ, s. 303; ÖZKAN, s. 158-159.

140 TCK m. 38/3 hükmünde hâkime indirim yapma konusunda takdir yetkisi verilmesinin hatalı olduğu, bunun yerine koşulların oluştuğu durumlarda doğrudan indirim yapma zorunluluğu öngörülmesinin sübjektif değerlendirmeleri bertaraf etmek bakımından daha makul olabileceği hususunda bkz. DONAY, s. 65. Keza hükümde yer verilen "hükmolunabilir" ifadesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğuna yönelik eleştiri için ayrıca bkz. DÜLGER, s. 126.

141 "*...Sanık İ. tarafından azmettirildiği anlaşılan suça sürüklenen çocuk Y.'in, faili belli olmayan somut olayda, kendiliğinden işlenen suçu aydınlatacak ve azmettirenleri saptamaya yarayacak nitelikte eksiksiz beyanları olduğu gözönünde bulundurularak, azmettirenin belli olmaması halinde kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail hakkında indirim yapılmasını öngören TCK'nın 38/3. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun karar yerinde tartışılmaması...*", Y. 15. CD., E. 2012/22393, K. 2013/1938, 04.02.2013, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27.10.2022); "*...Yukarıda "c" bendindeki bozma sebebi doğrultusunda suça sürüklenen çocuklar hakkında TCK'nın 38/3. maddesinin uygulanma koşullarının tartışılmasında zorunluluk bulunması...*", Y. 2. CD., E. 2014/17412, K. 2015/19792, 03.11.2015, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.10.2022).

142 "*...Azmettiren belli değilken, sanık İ. H.'ın verdiği ifade ile azmettirenin ortaya çıktığı ve hakkında dava açıldığı anlaşılmakla; sanık hakkında TCK'nın 38/3. maddesi ile hükmolunan cezada indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...*", Y. 4. CD., E. 2015/21405, K. 2015/36881, 02.11.2015, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27/10.2022); "*...Sanıklardan birinin kolluktaki beyanı ile bu beyanla uyumlu olan Cumhuriyet savcılığı ve sulh ceza mahkemesindeki beyanları nazara alındığında sanığın bu beyanlarının yaşça büyük sanıkların azmettirme fiillerini açığa çıkardığının kabulüyle sanık hakkında TCK'nin 38/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, isabetsizdir*", Y. 1. CD., E. 2020/3016, K. 2021/276, 21.01.2021, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27.10.2022).

TCK m. 38/3'te, ağırlaştırılmış müebbet ile müebbet hapis cezasına hükmedilen hâller dışındaki durumlarda, kişinin cezasında üçte bir oranında indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Dikkat edileceği üzere hükümde, "üçte bire kadar" değil, "üçte bir oranında" indirim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla indirim yapıp yapmamak konusunda takdir yetkisine sahip hâkimin, indirim yapma yolunu seçmesi durumunda, üçte birden daha az bir indirim yapamayacağı kabul edilmelidir. Her ne kadar burada çoğun içinde az da vardır prensibinden hareketle hâkimin daha az bir indirim oranı (örneğin ¼) belirleyebilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de kanunilik ilkesi böyle bir sonuca ulaşılmasına engeldir. Bu noktada, hâkime indirim yapmama yetkisini veren bir düzenlemede, yapılacak indirim oranının bu şekilde sınırlandırılmasının, hükmü kendi içerisinde çelişkili bir hâle büründürdüğüne de bilhassa işaret edilmelidir.

TCK m. 38/3 hükmü, pişmanlığın gösterilmesi gereken zaman dilimine ilişkin bir sınırlamaya yer vermemiştir. Bu nedenle hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasını sağlayan bilgileri sunan fail ve/veya suç ortağı hakkında, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir.

TCK m. 38/3'te cezayı azaltan şahsi bir sebebe/etkin pişmanlık hâline yer verildiğinden, hâkim cezanın belirlenmesi sürecinde TCK m. 38/3 hükmünü teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gibi durumları değerlendirdikten sonra göz önünde bulunduracaktır (TCK m. 61/5)[143].

Doktrinde, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için azmettiren hakkında verilen hükmün kesinleşmesinin gerekmediği ifade edilmektedir[144]. Söz konusu görüşe göre kanun yolu incelemesinde kişinin esasında azmettiren olmadığının tespit edilmesi durumunda, bozmanın azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan kişi bakımından sonuçları, kanun yolu başvurusunun lehe veya aleyhe yapılmış olmasına göre değişecektir[145]. Kanaatimizce, yargılamanın gereksiz yere uzamaması ve kişilerin koşulları oluşmadığı hâlde TCK m. 38/3 hükmünden yararlandırılmamaları için azmettiren ile azmettirenin ortaya çıkarılmasına yönelik bilgiler sunan kişinin davaları birleştirilmeli ve bu şekilde yürütülen kovuşturmada, azmettirenin eyleminin ispatlanması şartıyla TCK m. 38/3 hükmü uygulanmalıdır. Davaları birleştirme-

---

143 ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 619.

144 AYDIN, İştirak, s. 226-227.

145 AYDIN, İştirak, s. 227.

nin hukuken mümkün olmadığı hâllerde[146] ise azmettiren olduğu iddia edilen kişi ile ilgili soruşturma veya kovuşturma dosyası getirtilmeli ve bu dosyadaki delil durumu göz önünde bulundurularak TCK m. 38/3 hükmünün tatbik edilip edilmeyeceğine karar verilmelidir. Bu noktada, dosyaların birleştirilmesine karar verilemediği durumlarda, azmettirenle ilgili bilgi veren kişinin yargılamasını yürüten mahkemenin, CMK m. 218/1 hükmünü uygulayarak durma kararı verebileceği ileri sürülebilir. Ancak CMK m. 218 hükmünün uygulanabilmesi için bekletici mesele kararı verilerek çözülmesi beklenecek problemin, ceza mahkemeleri dışındaki mahkemelerin -örneğin hukuk veya idare mahkemelerinin- görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olması gerekir[147]. Burada tartışma konusu yapılan durumda ise azmettiren olduğu iddia edilen kişinin eyleminin ispat edilmesi, bizzat ceza mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulması gereken bir husustur. Bu nedenle inceleme konumuzu oluşturan tartışma bakımından CMK m. 218/1 hükmünün uygulanması suretiyle bekletici mesele kararı verilemeyeceği neticesine ulaşılmalıdır. Bununla birlikte uygulamada, ceza mahkemelerinin bir başka ceza mahkemesinin kararını bekletici mesele yapabileceği yönünde kararlar verildiği[148] ve doktrinde de uygulamanın bu içtihatlarına paralel fikirler ileri sürüldüğü[149] gözden kaçırılmamalıdır. Doktrin ve uygulamada ileri sürülen

---

146 Birden fazla dava arasında bağlantı bulunması, bu davaların birleştirilmesinin her durumda mümkün olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin, soruşturma aşamasında bulunan bir dosya ile kovuşturma aşamasındaki bir davanın veya kovuşturma evresindeki bir dava ile kanun yolu aşamasına geçmiş bir davanın birleştirilmesi mümkün değildir. Esasen bu tür davalarda birleştirme kararı verilmesi, birleştirme kararı verilmesiyle ulaşılmak istenen yargılamanın çok daha çabuk, ucuz ve gereksiz emek harcanmadan bitirilmesi yönündeki amaca da aykırılık teşkil edecektir: YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)**, 9. bs., Seçkin, Ankara, 2019, s. 768.

147 TAŞ Burak, "Ceza Mahkemeleri Arasında Bekletici Sorun Kararı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 18, 2021, s. 315-316.

148 "*...Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/161 Esas sayılı dosyasında sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, tehdit, yalan tanıklık ve tefecilik suçlarından kamu davası açıldığı, tefecilik suçu yönünden suç ve iddianame tarihleri ile mağdurları yönünden iş bu dava dosyası ile aynı olmadığı ancak eylemlerin subuta ermesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ihtimali bulunduğu, aynı teselsül ilişkisi içinde bir kısım mağdurlara karşı gerçekleştirilen tefecilik eylemi nedeniyle açılmış bir kamu davasının veya verilmiş ya da kesinleşmiş bir hükmün bulunmasının diğer mağdurlara yönelik eylemlerin dava konusu yapılmasına engel olmayacağı, yargılama sonunda sabit görülen suçların cezalandırılabilirliğinin bu hususta bağımsız olarak ele alınması gerektiği nazara alınarak, söz konusu dosyanın akıbetinin bekletici mesele yapılıp, aslının veya onaylı örneğinin temininden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği halde davanın mükerrer açıldığı şeklindeki yanılgılı gerekçe ve eksik inceleme sonucu red kararı verilmesi...*", Y. 5. CD., E. 2013/15647, K. 2016/551, 19.01.2016, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 29.10.2022).

149 AKKAŞ Ahmet Hulusi, "Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi (CMK M. 218)", **İÜHFD**, C. 6, S. 2, 2015, s. 6-7.

aksi yöndeki bu fikrin benimsenmesi durumunda, azmettirenle ilgili bilgi veren failin/suç ortağının dosyasında bekletici sorun sebebiyle durma kararı verilebileceği ve dolayısıyla azmettiren olduğu iddia edilen kişi hakkında verilecek kararın beklenebileceği kabul edilebilir.

TCK m. 38/3 hükmünde azmettirenle ilgili bilgi veren kişiler bakımından ceza indirimi imkânının sağlanması ve Cumhuriyet savcısının cezada indirim yapma yetkisine sahip olmaması, söz konusu düzenlemenin soruşturma aşamasında uygulanarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesine engeldir. TCK m. 38/3'ün bu açıdan, yalnızca kovuşturma aşamasında uygulanabilecek bir düzenleme hüviyeti taşıdığı söylenebilir. TCK m. 38/3'te şahsi cezasızlık sebebine veya cezayı kaldıran şahsi sebebe yer verilmediğinden, Cumhuriyet savcısının TCK m. 38/3'ü dayanak yaparak CMK m. 171/1 hükmünü uygulaması da mümkün değildir. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamedeki sevk maddeleri arasında TCK m. 38/3 hükmünün belirtilmesine veya esas hakkında mütalaası istenen savcının söz konusu hükmün uygulanmasını talep etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Burada tartışılması gereken önemli hususlardan biri de azmettiren olduğu ileri sürülen kişinin masumiyet karinesinin bir sonucu olan[150] "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi uygulanarak mahkûm edil*me*mesinin, azmettirenin kimliğine ilişkin bilgi veren fail/suç ortağı bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasına engel oluşturup oluşturmayacağıdır. Bilindiği üzere, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması, kişinin iddia edilen eylemi gerçekleştir*me*diğinin kati surette tespit edildiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bahsi geçen ilkenin tatbiki suretiyle azmettiren olduğu ileri sürülen kişi hakkında beraat kararı verilmesi, kişinin azmettirme eylemini gerçekleştir*me*diğinin ispatı biçiminde yorumlanmamalıdır. Esasen kimliğine ilişkin bilgi verilen kişi bakımından şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması, verilen bilgilerin yanlış olduğu hususunda da "şüphe" doğurur niteliktedir. Bu açıdan, kimliğine ilişkin bilgi verilen kişi hakkında yukarıda yer verilen gerekçeyle beraat kararı verilmesine, bilgi veren fail/suç ortağı bakımından TCK m. 38/3 hükmünün uygulanmasını engelleyici bir fonksiyon tanınmaması gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte, TCK m. 38/3'te yer verilen [kim olduğunun ortaya çıkmasını **'sağlayan'**] şeklindeki ifadelerin, bahsi geçen düzenlemeye dayanılarak ceza indirimi yapılabilmesini, azmettirme eyleminin ispat edilmiş olması koşuluna

---

[150] GİGER Hans, "Richterliche Aushebelung des Grundsatzes in dubio pro reo", **Zeitschrift Strassenverkehr**, 2014 (3), s. 10.

tabi kıldığına özellikle işaret edilmelidir. Bu açıdan, TCK m. 38/3 hükmünün ancak azmettirme eyleminin ispatlanması koşuluyla uygulanabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Nitekim doktrinde de TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesinin, hakkında bilgi verilen kişinin azmettiren olduğu yönünde karar verilmiş olması koşuluna bağlı olduğu ifade edilmektedir[151]. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kişinin şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bir gereği olarak azmettirmeden sorumlu tutulamaması hâlinde, azmettirenin ortaya çıkarılması olgusundan bahsedilemeyeceğini ve bu ihtimalde, azmettiren olduğu iddia edilen kişinin kimliğine ilişkin bilgi veren fail hakkında TCK m. 38/3 hükmünün uygulanamayacağını ifade etmektedir:

> "*... Diğer taraftan, dosyadaki tüm kanıtlarından, suçun birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirildiği hususu da kesinlik derecesinde anlaşılamamaktadır. Ceza yargılamasının evrensel ilkelerinden biri olan "in dubio pro reo" yani "kuşkudan sanık yararlanır" kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı gözardı edilerek ulaşılan ihtimali kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu da budur. Bu itibarla, birbiriyle çelişkili ve kesin bir kanaat vermekten uzak kanıtlara dayanılarak, sanık A.Ö.B'nin öz annesini kasten öldürmeye azmettirme ve sanık N.'un kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesinde ve buna bağlı olarak ta azmettireni ortaya çıkarma söz konusu olmadığından sanık A. hakkında 5237 sayılı TCY'nın 38/3. maddesinin uygulanarak noksan ceza tayin edilmesinde isabet bulunmamakta olup direnme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir*"[152].

---

[151] AYDIN, Suça İştirak Hükümleri, s. 4.

[152] YCGK, E. 2009/1-65, K. 2009/179, 30.06.2009, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

SONUÇ

Azmettiren sıfatına sahip kişinin suçun icra hareketlerine bizzat katılmaması, fail ve azmettiren arasındaki ilişkinin tespiti ve dolayısıyla azmettirme eyleminin ispatı noktasında çeşitli zorluklarla karşılaşılmasına sebebiyet vermektedir. Azmettirenin belirlenmesi bakımından ortaya çıkan bu ispat zorluğu, kanun koyucuyu azmettirme eyleminin kanıtlanmasında fail ve diğer suç ortaklarından yararlanma yönünde bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir. Bahsi geçen hükmün yer aldığı TCK m. 38/3'te, kim olduğu bilinmeyen azmettireninin ortaya çık[arıl]masını sağlama, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak kabul edilmiştir.

TCK m. 38/3 hükmünde yer verilen düzenlemenin hukukî niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı yönde fikirler ileri sürülmektedir. Bahsi geçen düşüncelerden ilkine göre TCK m. 38/3'te "cezayı azaltan şahsi bir sebep" ihdas edilmiştir. Bir başka görüş ise TCK m. 38/3 hükmünün "cezayı azaltan bir nitelikli hâl"i ihtiva ettiğini kabul etmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir diğer fikre göre ise TCK m. 38/3 hükmünde cezayı azaltan bir etkin pişmanlık hâli düzenlenmiştir. Kanaatimizce de TCK m. 38/3 hükmü, haksızlık teşkil eden eylemin gerçekleştirildiği andan sonra gerçekleştirilen davranışlara sonuç bağladığından, söz konusu düzenlemede cezayı azaltan bir etkin pişmanlık hâlinin ihdas edildiği kabul edilmelidir.

TCK m. 38/3'teki düzenlemenin hukukî niteliği itibarıyla etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesinin en önemli sonucu, söz konusu hükümde yer verilen ceza indiriminin sadece azmettirenin ortaya çıkarılmasını temin eden kişiler bakımından tatbik edilebilmesidir. Ayrıca kişilerin bu düzenlemeden yararlanabilmeleri için ceza indiriminden faydalanmak kastıyla hareket etmek zorunda olmadıkları da özellikle ifade edilmelidir.

Azmettirme sonucu işlenen suçlarda uygulanan bu etkin pişmanlık hâli, diğer etkin pişmanlık hâllerinden farklı olarak yalnızca belli başlı suçlar bakımından değil, mevzuattaki birçok suç tipi açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Ayrıca TCK m. 38/3 hükmünde pişmanlığın gösterilmesi gereken ana ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiş ve hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada azmettirenin ortaya çıkarılmasının sağlanması, indirim yapılabilmesi için yeterli görülmüştür.

TCK m. 38/3, yalnızca "suç" teşkil eden eylemlere azmettiren olarak katılan kişilerin ortaya çıkarıldığı hâllerde uygulanabilmektedir. İşlenen fiilin suç dışındaki başka bir haksızlık, örneğin kabahat oluşturması duru-

munda TCK m. 38/3 uygulanamayacaktır. Yine taksirli suçlarda iştirak ve dolayısıyla azmettirme mümkün olmadığından, kendilerini taksirli bir suçu işlemeye yönlendiren kişileri ortaya çıkaran taksirli suç failleri açısından da TCK 38/3 tatbik edilemeyecektir.

TCK m. 38/3 hükmünde, yalnızca azmettirenin ortaya çıkarılmasının temin edilmesi indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Azmettiren dışındaki kişilerin, örneğin failin ortaya çıkarılmasının sağlanması, TCK m. 38/3 hükmünün uygulama alanının dışındadır. Doktrinde, suç ortakları arasında bu şekilde ayrım yapılması haklı olarak eleştirilmekte ve fail ile yardım edenin tespitine ilişkin bilgi verilmesinin de indirim nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Keza TCK m. 38/3 hükmüne azmettirenin sorumluluk statüsünün düzenlendiği maddede yer verilmesi de öğretide eleştiri konusu yapılmaktadır. Zira TCK m. 38/3'te, doğrudan azmettirenin sorumluluğu üzerinde etkili olan bir duruma değil, azmettirenin ortaya çıkarılmasına sonuç bağlanmıştır. Bahsi geçen bu iki eleştirinin bertaraf edilebilmesi için TCK m. 38/3 hükmündeki düzenlemeye müstakil bir maddede yer verilmesi ve ihdas edilecek bu yeni normda, yalnızca azmettirenin değil, fail ve diğer suç ortaklarının ortaya çıkarılmasına da indirim sebebi olarak sonuç bağlanması daha isabetli olacaktır.

TCK m. 38/3 hükmünde sadece azmettirenin ortaya çıkarılmasına sonuç bağlandığından, teknik anlamda azmettiren kapsamında değerlendirilemeyen kişilerin, örneğin eylemi yardım etmeye veya azmettirmeye azmettirme kapsamında kalan suç ortaklarının ortaya çıkarıldığı durumlarda, TCK m. 38/3 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Keza azmettiren olduğu iddiasıyla kimlik bilgileri soruşturma/kovuşturma makamları ile paylaşılan kişilerin, azmettirmeye yönelik eylemlerinin ispatlanamadığı durumlarda da TCK m. 38/3 hükmü uygulanamamaktadır.

TCK m. 38/3 hükmünün uygulanabilmesi için suç ortaklarının azmettireni bizzat ortaya çıkarmalarına ihtiyaç bulunmamaktadır. Kişilerin soruşturma/kovuşturma makamlarına azmettirenin kimliğinin tespit edilmesini sağlayacak bilgiler vermeleri, cezalarında indirim yapılabilmesi için yeterlidir. Ancak bahsi geçen düzenlemede yer alan *"... kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan*" biçimindeki ifade tarzı, indirimden yararlanmak isteyen bireylerin azmettirenin tespitinde fiilî bir rol üstlenmeleri gerektiği biçiminde de yorumlanabilecek niteliktedir. Zira hükümde, azmettirenin kim olduğunun ortaya çık[arıl]masına yönelik bilgi verilmesine değil, azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasının sağlanmasına indirim sebebi vasfı tanın-

mıştır. Kanaatimizce, bahsi geçen ibarenin "*azmettirenin kimliğinin tespit edilmesini sağlayan bilgiler veren*" biçiminde değiştirilmesi, olası tereddütleri/yanlış anlaşılmaları önlemek bakımından faydalı olacaktır.

TCK m. 38/3 hükmünde, indirim yapıp yapmama konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle hükümde yer verilen bütün koşullar oluşsa dahi hâkim, azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasına yarayacak bilgiler veren kişinin cezasında indirim yapmak zorunda değildir. Kuşkusuz, tercihini indirim yapmamaktan yana kullanan yargıcın, indirim yapmamaya yönelik somut gerekçelerini hükümde göstermesi gerekir.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin, "Bağlılık Kuralı", **GÜHFD**, C. XIV, S. 1, 2010, ss. 166-214.

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Adalet, Ankara, 2019. (Genel Hükümler)

AKKAŞ Ahmet Hulusi, "Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi (CMK M. 218)", **İÜHFD**, C. 6, S. 2, 2015, ss. 1-28.

AKTO Akif, "Kişilik Oluşumunda Dinîn Rolü", **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2011, ss. 191-217.

ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Adalet, Ankara, 2018.

AYDIN Devrim, "Suça İştirak Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Sorunlar", **Suç ve Ceza**, C. 12, S. 3, 2019, ss. 1-26. (Suça İştirak Hükümleri)

AYDIN Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin, Ankara, 2009. (İştirak)

BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, 2. bs., Adalet, Ankara, 2008.

BOCK Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer - Lehrbuch, Berlin-Heidelberg, 2018.

BOZDAĞ Ahmet, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret", **SDÜHFD**, C. 10, S. 2, 2020, ss. 79-101.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. bs., Beta, İstanbul, 2016.

ÇELEN Ömer, **Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)**, Adalet, Ankara, 2020.

ÇİÇEK İlhan/ASLAN Ayşe Esra, "Kişilik ve Beş Faktör Kişilik Özellikleri: Kuramsal Bir Çerçeve", **Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi**, C. 10, S. 1, 2020, ss. 137-147.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Seçkin, Ankara, 2021.

DEMİREL Muhammed/KARTAL Melik, "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme", **DEÜHFD**, 21 (Özel Sayı - Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 2019, ss. 457-490.

DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., Beta, İstanbul, 2007.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım**, Cilt II, 12. bs., Beta, İstanbul, 1999.

DÜLGER Murat Volkan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı (Suça İştirak)", **YÜHFD,** C. 1, S. 2, 2005, ss. 85-137.

EKİCİ ŞAHİN Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", **AÜHFD**, C. 64, S. 3, 2015, ss. 637-686.

EREM Faruk, "Suça İştirak", **AÜHFD**, C. 3, S. 1, 1946, ss. 62-107.

FREUND Georg/ROSTALSKİ Frauke, **Strafrecht Allgemeiner Teile**, 3., Aufl., Springer-Lehrbuch, Heidelberger, 2019.

GİGER Hans, "Richterliche Aushebelung des Grundsatzes in dubio pro reo", **Zeitschrift Strassenverkehr**, 2014 (3), ss. 4-13.

GÖDEKLİ Mehmet, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", **TAAD**, S. 29, 2017, ss. 277-360.

GÖKALP Nurten, "Kişi Olmanın Değeri ve Değerlerin Kişi Olmadaki Yeri", **Değerler Eğitimi Dergisi**, C. 12 S. 27, 2014, ss. 123-134.

GÖKTÜRK Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 2014, ss. 31-59.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3., überarbeitete und erweiterte Aufl., Springer, Berlin-Heidelberg, 2005.

GÜLER Deniz, "Kişilik Kavramı ve Çocuk Kişiliği", **Kurgu Dergisi**, C. 6, S. 2, 1989, ss. 285-294.

HAAS Volker, "Anstiftung", im **Strafgesetzbuch Kommentar**, Herausgegeben von MATT Holger/RENZİKOWSKİ Joachim, Franz Vahlen, München, 2013.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. bs., US-A, Ankara, 2010.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25. bs., Adalet, Ankara, 2021.

HEİNRİCH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5., aktualisierte Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.

HÖFLİCH Peter/WELLER Frank, **Strafrecht - schneller Erfasst**, 2., vollständig überarbeitete Aufl., Springer, Berlin-Heidelberg, 2004.

HÜSEYİNOĞLU Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak", **AÜHFD**, C. 67, S. 4, 2018, ss. 735-782.

İÇEL Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 14, 2008, ss. 35-49.

İÇEL Kayıhan, **Suçların İçtimaı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

İNCİ Zekiye Özen, "Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Akim Kalmış Azmettirme)", **Hacettepe HFD**, C. 10, S. 2, 2020, ss. 913-980.

İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, Ankara, 2009.

JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Part 1, 2., neuarbeitete und erweiterte Aufl., De Gruyter, Berlin-Newyork, 1993.

KAVLAK Cihan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, 3. bs., Seçkin, Ankara, 2017.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Adalet, Ankara, 2021.

KOCH Arnd/WIRTH Katrin, "Grundfälle zur Anstiftung", **JuS**, 3, 2010, ss. 203-209.

KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin Heidelberg, 1996.

KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6., überarbeitete Aufl., W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.

KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8., neu bearbeitete Aufl., Franz Vahlen, München, 2017.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İÜHFM**, C. LXIII, S. 1-2, 2005, ss. 57-112.

MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Birinci Cilt (Madde 1-178), Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

MEZGER Edmund, **Strafrecht**, Zweite Aufl., Verlag von Duncker&Humblot, München und Leipzig, 1933.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Seçkin, Ankara, 2021.

ÖZEN Mustafa, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", **TBB Dergisi**, S. 70, 2007, ss. 239-253.

ÖZGENÇ İzzet, **Suç Örgütleri**, 20. bs., Seçkin, Ankara, 2020.

ÖZGENÇ İzzet, **Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları (Yayın No: 2), İstanbul, 1996.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. bs., Seçkin, Ankara, 2021. (Genel Hükümler)

ÖZKAN Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara, 2013.

ÖZSOY Emrah/YILDIZ Gültekin, "Kişilik Kavramının Örgütler Açısından Önemi: Bir Literatür Taraması", **İşletme Bilimi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2013, ss. 1-12.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. bs., Seçkin, Ankara 2021.

PARLAR Ali/HATİPOĞLU Muzaffer, **Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 1. Cilt (1-75. Maddeler), Seçkin, Ankara 2010.

ROXİN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C.H. Beck, München, 2003.

SAVAŞÇI TEMİZ Bilgehan, "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, ss. 2487-2512.

SCHİLD Wolfgang, "Anstiftung", in NomosKommentar, **Strafgesetzbuch-Band I**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2010.

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Yetkin, Ankara, 2012.

STRATENWERTH Günter/LOTHAR Kuhlen, **Strafrecht Allgeminer Teil**, 6., überarbeitete Aufl., Franz Vahlen, München, 2011.

SVEN Schleifer, "Anstiftung und Kommunikationstheorie", **ZStrR**, 2021-3, ss. 312-342.

ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku - I**, 21. bs., Seçkin, Ankara, 2021.

ŞEN Ersan/ERYILDIZ H. Sefa, **Suç Örgütü**, 5. bs., Seçkin, Ankara, 2022.

TAŞ Burak, "Ceza Mahkemeleri Arasında Bekletici Sorun Kararı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 18, 2021, ss. 309-330.

TAŞKIN KAPUSUZOĞLU Beril, **Suça İştirakte Bağlılık Kuralı**, 1. bs., On İki Levha, İstanbul, 2017.

TATLILIOĞLU Kasım, "Beş Faktör Kişilik Kuramı Bağlamında Kişilik Kavramına Genel Bir Bakış", **Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 3, S. 6, 2013, ss. 127-162.

TOKDEMİR Sercan, **Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme**, Seçkin, Ankara, 2022.

TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 13. bs., Savaş, Ankara, 2009.

v. LİSZT Franz, **Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts**, Zehnte durchgearbeitete Aufl., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berling, 1900.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 48., neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK)**, 9. bs., Seçkin, Ankara, 2019.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Beta, İstanbul, 2015.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 371-408

ULUSLARARASI KURULUŞLARIN VE ÇALIŞANLARININ DOKUNULMAZLIKLARI(*)

Dr. **Özge BİLGE**(**)

Öz: Uluslararası ilişkiler kapsamında devletlere ve temsilcilerine tanınan diplomatik dokunulmazlıklar, görevsel gereklilik ilkesi çerçevesinde uluslararası kuruluşlara ve çalışanlarına da tanınmaktadır. Uluslararası kuruluşların amaçları, oluşum ve yetkileri farklılık gösterdiği için genelleme yapmak güçtür. Dokunulmazlıkların belirlenmesi için ikili ve çok taraflı uluslararası andlaşmalar ile ev sahibi ülkenin iç hukuk kurallarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca uluslararası kuruluşların dokunulmazlıkları, zaman zaman adalete erişim hakkı ve hesap verilebilirlik ilkesi bağlamında eleştirilebilmektedir. Bu makalede, uluslararası kuruluş ve dokunulmazlık kavramları, hukuki çerçeve, temel bazı uluslararası andlaşmalar, Uluslararası Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı ile Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kuruluşların bu konudaki çalışmaları açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Kuruluş, Ayrıcalık, Dokunulmazlık, Birleşmiş Milletler, Hesap Verilebilirlik.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 13.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 01.06.2023.

Bu çalışmada yer alan görüşler yazarın bireysel görüşü olup, çalıştığı kurumun görüşlerini yansıtmamaktadır.

(**) Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi Nezdinde Türkiye Cumhuriyeti Daimi Temsilciliği Hukuk Müşaviri (ORCID: 0000-0001-7830-7414; *ozgebilge@yahoo.com*).

THE IMMUNITIES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THEIR EMPLOYEES

Abstract: Diplomatic immunities granted to states and their representatives within the scope of international relations are also granted to international organizations and their employees within the framework of the principle of functional necessity. As the purpose, formation and powers of international organizations differ, it is difficult to generalize the rules. In order to determine the immunity, bilateral and multilateral international treaties and the domestic legal rules of the host country should be examined separately. In addition, the immunity of international organizations can be criticized from time to time in the context of the right of access to justice and the principle of accountability. In this article, the concepts of international organization and immunity, the legal framework, some basic international treaties, the approach of the International Court of Justice and the European Court of Human Rights and the work of international organizations such as the United Nations and the Council of Europe are explained.

Keywords: International Organization, Privilege, Immunity, United Nations, Accountability.

GİRİŞ

Uluslararası ilişkiler çerçevesinde faaliyetlerde bulunan kişiler, yerel makamların herhangi bir baskısına maruz kalmadan görevlerini yürütebilmek için bazı dokunulmazlıklardan yararlanırlar.

Dokunulmazlık kavramı uluslararası metinlerde genellikle "Ayrıcalık ve Dokunulmazlıklar" başlığı altında ele alınmaktadır. Ayrıcalık (*privileges*), kabul eden devletin bazı hukuk kurallarından bağışık tutulmayı; dokunulmazlık (*immunities*) kavramı ise yargılama ve icra yollarının uygulanmasından bağışık tutulmayı ifade etmektedir[1]. Bununla birlikte ayrıcalık ve dokunulmazlık kavramları bakımından öğretide ve uygulamada terminoloji birliği bulunmamakta olup, ayrıcalık yerine imtiyaz kelimesinin; dokunulmazlık yerine bağışıklık, muafiyet veya masuniyet kelimelerinin kullanılabildiği görülmektedir[2]. Ayrıca öğretide ayrıcalık kelimesinin dokunulmazlık ve bağışıklık kavramlarını kapsadığı görüşü de ileri sürülmektedir[3].

---

1 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 413.

2 Uluslararası andlaşmalarda yer alan "*privileges and immunities*" ibaresinin Türkçe karşılığı olarak BM Şartında "imtiyaz ve masuniyet" ibaresi tercih edilmiştir, RG. 24.08.1945 - 6092; Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme'de "ayrıcalık ve muafiyet"

Klâsik anlamda uluslararası hukuktaki dokunulmazlıklar bağlamında ilk olarak büyükelçilik ve konsolosluklar ile onların çalışanları akla gelmektedir. Farklı iç hukuk düzenlemeleri ve ikili uluslararası andlaşmalar bulunsa dahi, genel olarak Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi[4] (DİVS) ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi[5] (KİVS) bu konudaki temel kaynaklardır. Türkiye'nin de taraf olduğu anılan Viyana Sözleşmelerinin uluslararası teamül kurallarının büyük ölçüde kodifikasyonu niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Uluslararası ilişkiler çerçevesinde tanınan dokunulmazlıklar diplomasi ve konsolosluk temsilciliklerinin yanı sıra uluslararası kuruluş gibi oluşumları ve çalışanlarını da kapsayabilmektedir.

Uluslararası faaliyetlerin ve etkilerinin önemi bakımından devletlerden sonra ikinci sırada bulunan uluslararası kuruluşlar[6], devletlerden farklı olarak uluslararası hukukun aslî süjeleri değil, türemiş kişileridir ve bu itibarla devletlerin iradeleri sonucu varlık kazanmışlardır[7]. Amaçları, oluşumları ve yetkileri gibi hususlar bakımından farklı yapılarda olabilen bu kuruluşlara ve görevlilerine tanınan dokunulmazlık bakımından genelleme yapmak zordur. Bu itibarla, her bir uluslararası kuruluşun, kuruluş andlaşması, bulunduğu ülkede tanınan dokunulmazlıklar bakımından ev sahibi ülke andlaşmaları ile ev sahibi ülkenin iç hukuk kurallarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir[8].

---

ibaresi tercih edilmiştir, RG. 21.03.1950 - 7462; DİVS'te "ayrıcalık ve bağışıklık" ibaresi tercih edilmiştir, RG. 24.12.1984 - 18615; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı Arasında Mutabakat Zaptı'nda "imtiyaz ve bağışıklık" ibaresi tercih edilmiştir, RG. 26.06.2019 - 30813; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu Arasında İstanbul, Türkiye'de Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu Doğu Avrupa ve Orta Asya Bölgesel Ofisi Kurulması Hakkında Anlaşma'da "ayrıcalık ve dokunulmazlık" ibaresi tercih edilmiştir, RG. 10.12.2010 - 27781; diğer yandan, bu andlaşmalarda yer alan "*immunity*" ve "*inviolability*" kelimelerinin tercümesinde de dokunulmazlık, bağışıklık ve muafiyet şeklinde farklı kullanım bulunabilmektedir.

3 ASLAN Gündüz, **Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 23'den Naklen ERGÜVEN Nasıh Sarp, Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 66.

4 RG. 24.12.1984-18615; *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 18.04.1961, *https://treaties.un.org/* (Erişim Tarihi: 25.02.2023).

5 RG. 27.09.1975-15369; *Vienna Convention on Consular Relations*, 24.04.1963, *https://treaties.un.org/* (Erişim Tarihi: 25.02.2023).

6 **PAZARCI,** s. 195.

7 SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 165.

8 Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı uluslararası andlaşmalar, anlaşma, antlaşma, sözleşme, mutabakat muhtırası veya şart gibi farklı isimlendirilebilmektedir. Bu kelimeler,

Ayrıca bu kuralların incelenmesinde uluslararası kuruluşlara, binalara, eşyalara, çalışanlara, çalışanların yakınlarına tanınan dokunulmazlıklar ile bu dokunulmazlıklardan yararlanan çalışanların ilgili ülkede ne şekilde akredite edildiği, hangi unvanla görev yaptığı, vatandaşlığı, uyuşmazlığın kamu hukuku ve özel hukuk kapsamında olması ve mutlak (*absolute*) veya görevsel (*functional*) dokunulmazlığın bulunması gibi hususlar ayrı konu başlıklarını oluşturmaktadır.

Günümüzde, uluslararası kuruluşların devletler nezdinde sürekli temsilcilik açması veya *ad hoc* temsil ilişkisi içinde bulunması giderek yaygınlaşan bir durumdur ve bu kuruluşlar ile çalışanlarının dokunulmazlığına ilişkin de çok sayıda uluslararası andlaşma imzalanmaktadır. Bununla birlikte, bu andlaşmaların hukuki çerçevesi ve dokunulmazlıkların kapsamına ilişkin Türk hukukunda yeterli çalışmanın bulunmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, bu çalışmada uluslararası kuruluşlar ile çalışanlarının dokunulmazlıklarıyla ilgili hukuki çerçeve, temel bazı uluslararası andlaşmalar, yargı örnekleri ve Birleşmiş Milletler (BM) ile Avrupa Konseyi'nin yaklaşımının açıklanması hedeflenmektedir.

I. HUKUKİ ÇERÇEVE

1. Genel Olarak

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) "Andlaşmalar Hukuku" başlıklı Taslak Maddelerinin hazırlık aşamasında, uluslararası kuruluşlar 1950 yılında ilk önce; "*devletlerce uluslararası andlaşma ile oluşturulmuş, ortak organları olan dernek*" şeklinde[9]; devam eden süreçte "*üye devletlerden ayrı bir kişiliği ve anlaşma yapma kabiliyeti bulunan uluslararası hukuk süjesi olan, bir anayasaya ve ortak organlara sahip, andlaşmayla kurulmuş devletler birliği*" şeklinde tanımlanmıştır[10].

UHK'nın 1958 yılında gündemine alınan "Devletler ve Hükümetler Arası Kuruluşlar Arasındaki İlişki" başlıklı çalışmada da[11], farklı tanımları

terminolojik olarak farklı anlamlara sahip bulunmakla birlikte T.C. Anayasası'nın 90. maddesinde genel terim olarak "andlaşma" ibaresi kabul edildiği için bu çalışmada, belirli bir uluslararası metne atıf yapılmadığı durumlarda "andlaşma" kelimesi tercih edilmiştir.

9 Özel Raportör Brierly'nin ilk raporu için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1950, Vol. II, A/CN. 4/SER.A/1950/Add.1, s. 223.

10 Özel Raportör Fitzmaurice'ın raporu için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1956, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, s. 108.

11 "*Relations between States and intergovernmental organizations*", BM Genel Kurulu'nun 05.12.1958 tarihli ve 1289 (XIII) sayılı Kararı.

olduğu vurgulanan[12] uluslararası kuruluşlar, "*devletlerin bir araya gelerek aralarında yaptıkları bir andlaşma ile oluşturdukları, üye devletlerden ayrı hukuk kişiliği, kendi yasası ve organları olan bir varlık*" şeklinde tanımlanmıştır[13]. Bununla birlikte her iki çalışmanın sonucunda kabul edilen metinde sadece "*hükümetler arası kuruluşlar (intergovernmental organization*)" şeklinde bir tanıma yer verilmiştir[14]. İzleyen süreçte bir süre daha UHK aynı tutumu devam ettirmiştir[15].

UHK'nın 2011 yılında kabul ettiği "Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler"de ise, uluslararası kuruluşlar "*andlaşmayla veya uluslararası hukuka tabi başka bir belgeyle kurulmuş olan ve uluslararası tüzel kişiliği haiz kuruluşlar*" olarak tanımlanmakta ve Devletler dışında farklı entitelerin de uluslararası kuruluşlara üye olabileceği belirtilmektedir[16]. Burada önceki çalışmalardan farklı olarak UHK, uluslararası kuruluşların kuruluşu bağlamında hükümet kavramına yer vermediği gibi, uluslararası kuruluşlara devlet dışı entitelerin de üye olabileceği fikrini benimsemiştir[17].

---

[12] Özel Raportör El-Erian'ın farklı tanım örneklerine yer verdiği ilk raporu için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1963, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1963/Add.1, s. 164 vd.

[13] Özel Raportör El-Erian'ın üçüncü raporunda yer alan ilk taslak için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1968, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1968/Add.1, s. 124.

[14] Bu metinlerden ilki 1966 yılında kabul edilmiş ve sonrasında 23.05.1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne dönüştürülmüştür. Bu metinde konu itibariyle sadece devlet dışı kuruluşların kapsam dışında olduğunun vurgulanmasının yeterli olacağına kanaat getirilmiştir. *Yearbook of the ILC*, 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, s. 190; Türkiye 27.01.1980 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye taraf değildir; *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23.05.1969, *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 25.02.2023); İkinci metin ise "Uluslararası Kuruluşlarla İlişkilerde Devletlerin Temsili Konusunda Taslak Maddeler" başlığıyla 1971 yılında kabul edilmiştir. *Yearbook of the ILC*, 1971, Vol. II (1), A/CN.4/SER.A/1971/Add.1(I), s. 284.

[15] UHK'nın çalışması neticesinde kabul edilen 14.03.1975 tarihli Evrensel Nitelikteki Uluslararası Kuruluşlarla İlişkilerde Devletlerin Temsili Konusunda Viyana Sözleşmesi (*Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character)* ile 21.03.1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Kuruluşlar veya Uluslararası Kuruluşlar Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesinde de (*Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations)* "hükümetler arası kuruluşlar" şeklindeki tanım kabul edilmiştir, *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 25.02.2023).

[16] *Yearbook of the ILC*, 2011, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/2011/Add.1(2), s. 49.

[17] Bu yaklaşım günümüzdeki uygulamanın bir yansıması olarak düşünülebilecektir. Nitekim günümüzde uluslararası kuruluşların sadece hükümetlerden oluştuğunu söylemek güçtür. Uygulamaya bakıldığında uluslararası kuruluşların ve devlet dışı entitelerin de uluslararası kuruluşlara üye olması giderek yaygınlaşan bir olgudur. Örneğin Dünya Ticaret Örgütü'ne 2002 yılında dünya genelinde devlet olarak tanınmayan Tayvan, "*The Separate Customs Territory of Taiwan,*

Türk hukuku ile çok fazla uluslararası kuruluşa ev sahipliği yapan ABD ve İsviçre örneklerine bakıldığında ise net bir tanımdan ziyade UHK'nın yaklaşımıyla uyumlu olacak şekilde uluslararası andlaşma ile kurulma şartına atıf yapıldığı görülmektedir[18].

Diğer taraftan, uluslararası kuruluş kavramı geniş anlamda düşünüldüğünde, farklı uyrukta özel veya kamu hukuku kişilerinin meydana getirdikleri, bir uluslararası andlaşmayla oluşturulmamış, uluslararası alanda gayri ticari amaçla faaliyet gösteren hükümet dışı kuruluşlar/ sivil toplum örgütleri de bu kapsamda anlaşılmaya müsaittir[19]. Bununla birlikte, bu kuruluşlar uluslararası hukuk süjesi değildir. Çoğunlukla bir devletin sınırlarını aşan dernekler olarak kabul edilmekte olup, hukuksal rejim konusunda genel bir uluslararası düzenleme bulunmamaktadır[20]. Bununla birlikte, uygulamada, bu tür kuruluşların bazılarının ulusal kişiliklerini aşarak fiili ve bazen de hukuki uluslararası ilişkilere girdikleri ve karar mekanizmaları içinde yer aldıkları görülmektedir[21]. Ayrıca devletler tarafından diplomatik dokunulmazlık tanınan bazıları, uluslararası kuruluşlar nezdinde "gözlemci üye" veya "danışman" statüsüne de haizdir[22].

Penghu, Kinmen and Matsu/Chinese Taipei" ismiyle üye olmuştur. Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü'ne birçok uluslararası kuruluş gözlemci statüsü ile üyedir. *https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm* (Erişim Tarihi: 25.02.2023).

18 Türk hukukunda açık ve net bir tanım bulunmamakla birlikte, Türkiye'deki Yabancı Misyon Personeli Kimlik Kartı Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde uluslararası kuruluşlar, "*uluslararası andlaşmalara istinaden teşkil edilen örgütlerin, ev sahibi anlaşmalarına dayanılarak Türkiye'de kain merkez veya temsilcilikler*" şeklinde tanımlanmıştır. RG. 10.01.2007-26399; ABD hukukunda, ABD'nin herhangi bir andlaşma uyarınca veya bu tür bir katılımı yetkilendiren veya bu tür bir katılım için bir düzenleme yapan herhangi bir Kongre Yasasının yetkisi altında katıldığı uluslararası bir kamu kuruluşu şekilde tanımlanmaktadır. Ayrıca bu kuruluşların, Başkan tarafından uygun bir yürütme emriyle ayrıcalıklardan, muafiyetlerden ve dokunulmazlıklardan yararlanma hakkına sahip oldukları belirtilmektedir: *International Organizations Immunities Act*, 22. başlık 7. bölüm, XVIII alt bölüm, 29.12.1945, *https://uscode.house.gov/* (Erişim Tarihi: 25.02.2023); İsviçre örneğinde de uluslararası kuruluşlar, kanunda tanımlanmamakla birlikte, İsviçre Federal Konseyi ile merkez andlaşması (*headquarters agreement*) imzalayan kuruluşlar şeklinde kabul edilmektedir. İsviçre Federal Dışişleri Bakanlığı'nın internet bağlantısı için bkz. *https://www.eda.admin.ch/* (Erişim Tarihi: 25.02.2023).

19 **SUR**, s. 166.

20 **PAZARCI**, s. 252; Avrupa Konseyi'nin 24.04.1986 tarihli Hükümet Dışı Uluslararası Kuruluşların Hukuki Kişiliklerin Tanınması Hakkında Avrupa Sözleşmesi iç hukuk kişiliği yönünden konuyu ele almaktadır. **SUR**, s. 166.

21 Örneğin Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (International Committee of the Red Cross) ve Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International); GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 9. bası, Savaş Yayınevi, 2018, s. 589.

22 Örneğin "diğer entiteler" (*other entities*) başlığı altında BM'de gözlemci üye statüsü de bulunan Uluslararası Kızılhaç Komitesi (*International Committee of the Red Cross/ICRC*), Ulusla-

Devletlerin sahip olduğu egemenlik yetkisine sahip olmayan uluslararası kuruluşların kendine özgü yapısının da etkisiyle hukuki çerçeve bakımından çok taraflı andlaşmalar, ev sahibi ülke andlaşmaları ve uygulamanın üst üste geçtiği bir sistem söz konusudur[23].

Dolayısıyla, uluslararası kuruluşların ve çalışanların dokunulmazlıklarının tespitinde her bir uluslararası kuruluş için, o kuruluşla ilgili metinlerin incelenmesi gerekmekte olup, dokunulmazlıklar bağlamında genellemeler yanıltıcı niteliktedir. Bu çerçevede, aşağıda dokunulmazlıkların hukuki çerçevesi açıklanmakta ve konuya ilişkin teamül kuralı olup olmadığı sorgulanmaktadır.

2. Çok Taraflı Genel Uluslararası Andlaşmalar

Dokunulmazlıklar konusundaki genel nitelikli uluslararası andlaşmaların hazırlanmasında UHK çalışmaları önem taşımaktadır. BM'nin kurucu Andlaşması olan BM Şartı'nın 13. maddesinde yer alan uluslararası hukukun geliştirilmesi ve kodifikasyonu göreviyle kurulan UHK[24], 1949 yılındaki ilk oturumunda kodifikasyon için "diplomatik ilişkiler ve dokunulmazlıklar" ile "konsüler ilişkiler ve dokunulmazlıklar" konularını seçerek[25], bu konulardaki çalışmalarını 1958 ve 1961 yıllarında BM Genel Kurulu'na sunmuş ve bu çalışmaların uluslararası sözleşmeye dönüştürülmesi amacıyla uluslararası konferans yapılması tavsiyesinde bulunmuştur[26]. Bu çerçevede, 1961 yı-

---

rarası Kızılay-Kızılhaç Teşkilatları Federasyonu (*International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies/IFRC*), Uluslararası Olimpiyat Komitesi (*International Olympic Committee/IOC*) ve Parlamentolararası Birlik (*Inter-Parliamentary Union/ IPU*) gibi bazılarına devletlerce diplomatik dokunulmazlık tanınabilmektedir. LAPAS Davorin, "*Diplomatic Privileges and Immunities for IGO-like Entities*", **International Organizations Law Review**, Vol. 17, 2020, ss. 350-378, s. 354; Ayrıca devlet uygulamalarında da bu tür kuruluşların zaman zaman uluslararası kuruluş gibi kabul edildiğine ilişkin örnekler için bkz. Uluslararası Kuruluşların Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları, *US Code, Chapter 7, subchapter XVIII*, *https://uscode.house.gov/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023); *https://www.eda.admin.ch/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

23 STEWART David P. / WUERTH Ingrid, "The Jurisdictional Immunities of International Organizations, Recent developments and the Challenges of the Future", STEPHAN Paul B. / CLEVELAND Sarah H. (Editör), **The Restatement and Beyond: the Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law**, Oxford University Press, 2020, s. 414.

24 **PAZARCI**, s. 118; ayrıca UHK Statüsü metni için bkz. *https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

25 *Yearbook of the ILC*, 1949, Vol. I, A/CN.4/SR.6, s. 53.

26 Diplomatik İlişkiler ve Dokunulmazlıklar konulu çalışmanın Sözleşmeye dönüştürülmesi tavsiyesi için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1958, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1958/Add.1, s. 89; Konsolosluk İlişkileri ve Dokunulmazlıklar konulu çalışmanın Sözleşmeye dönüştürülmesi tavsiyesi için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1961, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1961/Add.1, s. 91.

lında DİVS, 1963 yılında KİVS kabul edilmiştir. Dolayısıyla diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlıkların kodifikasyonu konusunda UHK'nın rolü büyüktür. Uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı ile ilgili birçok andlaşmada da DİVS'e atıf yapılmaktadır[27].

UHK ilerleyen dönemlerde uluslararası kuruluşların ayrıcalık ve dokunulmazlıklarını da incelemiştir. Bu süreç, BM Genel Kurulu'nun, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı konusu ile ilgili olarak "Devletler ve Hükümetler Arası Kuruluşlar Arasındaki İlişki" konusunu gündeme alması için UHK'ya çağrıda bulunmasıyla başlamıştır[28].

Özel Raportör *El-Erian*, 1962-1979 yılları arasında görev yapmış olup, 1966 yılında konunun "uluslararası kuruluşlarda devlet temsilcilerinin statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları" ile "uluslararası kuruluşların statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları" şeklinde iki alt başlıkta değerlendirilmesini önermiştir[29].

Bu çerçevede, UHK, birinci alt başlık üzerindeki çalışmasını 1971 yılında BM Genel Kuruluna sunarak, bu çalışmanın uluslararası sözleşmeye dönüştürülmesi amacıyla uluslararası konferans yapılması tavsiyesinde bulunmuştur[30]. Anılan çalışma temelindeki Konferans neticesinde ilerleyen dönemde Devletlerin Evrensel Nitelikli Uluslararası Kuruluşlarla İlişkilerinde Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi kabul edilmiştir[31]. Bu Sözleşme, DİVS'in misyonların kolaylıkları, ayrıcalıkları ve dokunulmazlıklarıyla ilgili ilkelerini, devletlerin uluslararası kuruluşlardaki Daimi Temsilcilikleri ile çalışanları ve uluslararası konferanslardaki resmi temsilcileri de kapsayacak şekilde genişletmektedir.

---

27 Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Arasında Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Sekretaryasına Dair Evsahibi Ülke Anlaşması, m. 13, RG. 28.06.2012 - 28337. Ayrıca bu Anlaşmaya ilişkin olarak bkz. ERKİNER Hakkı Hakan / ERAY İlayda: "Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı", **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, 2022, ss. 217-250, s. 226 vd.

28 "*Relations between States and intergovernmental organizations*", BM Genel Kurulu'nun 05.12.1958 tarihli ve 1289 (XIII) sayılı Kararı.

29 LAMMERS Johan G., "Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 276-286, s. 277.

30 *Yearbook of the ILC*, 1971, Vol. II (1), A/CN.4/SER.A/1971/Add.1(1), s. 284.

31 Türkiye henüz yürürlüğe girmeyen Sözleşmeyi imzalamış ancak onaylamamıştır; *Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Chracter*, 14.03.1975, *https://treaties.un.org/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

1976 yılında UHK ikinci alt başlık olarak belirlenen uluslararası kuruluşların statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları üzerinde çalışmaya başlamış, ancak Komisyon'da ve BM Altıncı Komite'de konunun içeriğinden ziyade, konuya devam edilip edilmemesi ve usul hakkındaki görüşlere odaklanılmıştır[32].

Çalışmanın devamında 1979-1992 yılları arasında Özel Raportör olarak görev yapan *Leonardo Diaz Gonzalez*[33] altı rapor sunmuş olmakla birlikte, UHK, BM Genel Kurulunun aksi bir kararı bulunmadıkça ikinci alt başlık olan uluslararası kuruluşların statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları konusuna devam etmeme kararı almıştır[34]. BM Genel Kurulunda da UHK'nın Kararı uygun bulunmuş ve çalışma sonlandırılmıştır[35].

2006 yılında konunun tekrar UHK gündemine alınması önerilmişse de bu yönde bir karar bulunmamaktadır[36]. Öte yandan, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı konusunda bir andlaşma için BM Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağışıklığı Sözleşmesi'nin[37] temel alınması veya başlangıç noktası olarak kabul edilmesi görüşü ortaya çıkmışsa da bu aşamada böyle bir girişim bulunmamaktır[38].

3. Uluslararası Kuruluşların Çok Taraflı Andlaşmaları

Uygulamada, uluslararası kuruluşların ve çalışanlarının dokunulmazlıklarına ilişkin kurallar, kuruluş andlaşmaları ile müstakil uluslararası andlaşmalarda yer alabilmektedir.

---

32 **LAMMERS**, s. 278.

33 Abdullah El-Erian'ın Uluslararası Adalet Divanı üyeliğine seçilmesini müteakip, UHK, Leonardo Diaz Gonzalez'i Özel Raportör olarak görevlendirmiştir.

34 Bu oturumda, 1975 tarihli Sözleşmeyi devletlerin onaylamakta yavaş davrandığı, ikinci kısma ilişkin hususların mevcut uluslararası andlaşmalarca düzenlendiği, uzun zamandır konunun çalışılmasına ve iki Özel Raportör tarafından toplam sekiz rapor ve 22 taslak madde sunulmasına rağmen, UHK Taslak Hazırlama Komitesinin (*Drafting Committee*) bir mutabakata varmadığı hususları birlikte değerlendirildiği vurgulanmıştır; *Yearbook of the ILC*, 1992, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/1992/Add.1(2), s. 53, par. 360-362.

35 BM Genel Kurulu'nun 09.02.1992 tarihli ve A/RES/47/33 sayılı Kararı.

36 *Yearbook of the ILC*, 2006, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(2), s. 201.

37 Türkiye, henüz yürürlüğe girmeyen sözleşmeyi imzalamamıştır; *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 02.12.2004, *https://treaties.un.org/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

38 WEBB Philippa, "Should the 2004 UN State Immunity Convention Serve as a Model / Starting Point for a Future UN Convention on the Immunity of International Organizations?", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 319-331.

Örneğin BM'nin hukuki statüsü, amaçları, organları ve işleyişi gibi hususların düzenlendiği BM Şartı'nda, BM'nin, üye devlet temsilcilerinin ve BM memurlarının görevlerini yerine getirmek ve amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanacağı belirtilmekte ve Genel Kurulun bu konuda uygulamaya yönelik tavsiyelerde bulunabileceği ya da BM üyelerine bu amaca yönelik andlaşmalar yapmayı önerebileceği kaydedilmektedir[39].

Bu çerçevede, BM Şartı'nın 105. maddesi kapsamında kabul edilen "Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme[40]" BM'nin dokunulmazlıklarının çerçevesini çizmektedir. Bu Sözleşme, diğer uluslararası kuruluşların dokunulmazlıkları hakkında kabul edilen Sözleşmelere de örnek teşkil etmiş olması bakımından önem taşımakta olup, bu açıdan uluslararası kuruluşların dokunulmazlıkları bağlamında model andlaşma olarak değerlendirilmektedir[41]. Sözleşmede, BM'nin tüzel kişiliği, malları, sermayesi ve alacakları ile ilgili düzenlemeler, haberleşme alanında yararlanacağı kolaylıklar, üye devlet temsilcileri, memurlar ile BM görevi kapsamında yolculuk eden uzmanların durumu, BM'nin vereceği seyahat belgeleri (*laissez-passer*) ile ilgili esaslar ve uyuşmazlıkların çözümü düzenlenmektedir[42].

Birleşmiş Milletler Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları Hakkında Sözleşme'de de benzer hükümler bulunmakta ve ayrıca Sözleşmenin 10. maddesi ile eklerinde ise Dünya Sağlık Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü ile Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü gibi uzmanlık kuruluşları bakımından özel düzenlemeler ve uygulama hakkında açıklamalar yer almaktadır[43].

---

39 BM Şartı m. 105.

40 RG. 21.03.1950-7462, *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 13.02.1946, *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

41 Benzer hükümler içeren andlaşmalar için bkz. Avrupa Konseyinin İmtiyaz ve Muafiyetlerine Mütaallik Umumi Anlaşma (*General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe*, 1949); Amerikan Devletleri Örgütü'nün Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları Hakkında Andlaşma (*Agreement on Privileges and Immunities of the Organization of American States*, 1949); Orta Amerika Kamu Yönetimi Enstitüsü Kuruluş Antlaşması (*Treaty Establishing the Central American Institute of Public Administration*, 1954); Dünya Ticaret Örgütünü Kuran Andlaşma (*Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1995); BUCHAN Russell / TSAGOURIAS Nicholas, "Hacking International Organizations: The Role of Privileges, Immunities, Good Faith and the Principle of State Sovereignty", **International Review of the Red Cross**, Vol. 104, No: 919, 2022, ss. 1171-1198, s. 1175.

42 Sözleşme metni için bkz. *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

43 Sözleşme metni için bkz. "*Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*" 21.11.1947, *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 26.02.2023); BM ve Uzman Kuruluşlarının Türkiye'deki temsilciliklerine dokunulmazlık ve ayrıcalık tanınması, "*Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilâtı, Bir-*

Farklı bir örnek olarak Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) bağlamında "Kuzey Atlantik Andlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme[44] (NATO SOFA), "Kuzey Atlantik Andlaşması Teşkilâtının, Millî Temsilcilerin ve Milletlerarası Personelin Statülerine Dair Sözleşme"(Ottowa Andlaşması)[45] ve "Kuzey Atlantik Andlaşması Mucibince Kurulmuş Milletlerarası Askerî Karargâhların Statüsüne Dair Protokol" (Paris Protokolü)[46] gösterilebilir. Genel olarak, Ottowa Andlaşması sivillere, Paris Protokolü asker kanadına yönelik hükümler içermektedir[47]. NATO'ya ilişkin dokunulmazlıklar hakkındaki düzenlemeler askeri ve sivil alandaki farklı ancak eşdeğer anlayış (*seperate but co-equal regime*), tek bir hiyerarşi sisteminin olmayışı, operasyonlardaki talimat yapısı, NATO üyesi olmayan devlet topraklarında da bulunulabilmesi ve siyasi etkenler gibi hususlar nedeniyle diğer uluslararası kuruluşlara nazaran daha karmaşık bir yapıdadır[48].

4. Ev Sahibi Ülke Andlaşmaları

Çok taraflı uluslararası andlaşmalarda uluslararası kuruluşlar ile çalışanların dokunulmazlıkları düzenlense dahi, uluslararası kuruluş ile ev sahibi ülke arasında özel düzenleme gereği duyulabilmektedir. Bu andlaşmalar, kuruluş andlaşmaları kapsamındaki yetkiler doğrultusunda merkezlerin (ve-

---

leşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilâtı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilâtı, Dünya Sağlık Teşkilâtı, Milletlerarası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Teşkilâtı, Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı, Evrensel Posta Birliği ve Hükümetlerarası İstişari Denizcilik Teşkilâtı ile Türkiye Hükümeti arasında Değiştirilmiş Standart Anlaşma"nın V. maddesinde hükme bağlanmıştır: "*Hükümet; Teşkilâtlara, onların mallarına, paralarına ve matluplarına ve teknik yardım uzmanlarını da ihtiva etmek üzere memurlarına aşağıdaki sözleşmelerin hükümlerini, bu sözleşmelerle hali hazırda bağlı olmasa dahi, tatbik edecektir: (a) Birleşmiş Milletlere mütaallık hususlarda, Birleşmiş Milletlerin İmtiyaz ve Muafiyetlerine dair Sözleşme; (b) İhtisas Teşekküllerine mütaallik hususlarda İhtisas Teşekküllerinin İmtiyaz ve Muafiyetlerine dair Sözleşme; (c) Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansına mütaallik hususlarda Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansının İmtiyaz ve Muafiyetlerine dair Anlaşma*". Anlaşma metni için bkz. RG. 02.02.1966-12216.

44 RG. 20.03.1954-8663; *Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces*, 19.06.1951, *https://www.nato.int/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

45 RG. 20.03.1954-8663; *Agreement on the Status of the North Atlantic Treaty Organisation, National Representatives and International Staff*, 20.09.1951, *https://www.nato.int/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

46 RG. 20.03.1954-8663; *Protocol on the Status of International Military Headquarters set up pursuant to the North Atlantic Treaty*, 28.08.1952, *https://www.nato.int/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

47 OLSON Peter, "Immunities of International Organizations, A NATO View", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, 2013, ss. 419-433, s. 421-422.

48 **OLSON**, s. 423.

ya ana ofislerin) bulunduğu ülkedeki devletle imzalanan merkez andlaşmaları veya faaliyette bulunulan ülkedeki devletle imzalanan ev sahibi ülke andlaşmaları şeklinde olabilmektedir.

Merkez andlaşmaları, çok taraflı andlaşmalarda yer alan dokunulmazlıkları içerme eğiliminde olup, bu dokunulmazlıkların kapsamını uluslararası kuruluşların merkez ofislerinin yer aldığı ev sahibi ülkedeki faaliyet ve koşullara göre şekillendirmektedir[49]. Uluslararası kuruluşların merkez ofislerinin yer aldığı ülkelerde, uluslararası kuruluşların yanı sıra taraf devletlerin daimi temsilcilikleri ve diğer bazı uluslararası kuruluşların daimi gözlemciliklerini de kapsayacak niteliktedir. Merkez ve ana ofislerin bulunduğu ülkelerdeki uluslararası andlaşmalara örnek olarak BM'nin merkez ve ana ofislerinin bulunduğu ABD, İsviçre, Avusturya ve Kenya ile akdettiği andlaşmalar gösterilebilir[50].

Ev sahibi ülke andlaşmaları genel olarak bir uluslararası kuruluşun faaliyette bulunduğu devletteki hak ve yetkilerinin düzenlendiği metinlere uygulamada verilen bir isimdir. Dolayısıyla ev sahibi ülke andlaşmaları bir uluslararası kuruluş ile o uluslararası kuruluşun faaliyette bulunduğu devlet ile akdedilen ikili uluslararası andlaşmaları ifade eder.

Türkiye'de bulunan uluslararası kuruluşlar da faaliyetlerini esas olarak ikili uluslararası andlaşmalar (ev sahibi ülke andlaşmaları) çerçevesinde yürütmektedir. Bu andlaşmalarda dokunulmazlıklara ilişkin düzenlemeler yer alabilmekte[51] ve/veya bazı unvan gruplarında çalışanlara atıf yoluyla hangi andlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilebilmektedir[52].

---

49 **BUCHAN / TSAGOURIAS**, s. 1180.

50 *Interim Headquarters Agreement between the United Nations and the United States of America*, 18.12.1947; *Agreement on Privileges and Immunities of the United Nations Concluded between the Swiss Federal Council and the Secretary-General of the United Nations*, 19.04.1946; *Agreement between the Republic of Austria and United Nations Regarding the Seat of the United Nations in Vienna*, 29.11.1995; *Agreement between the United Nations and the Republic of Kenya Regarding Headquarters of the United Nations Environment Programme*, 26.03.1975, *https://treaties.un.org* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

51 Örneğin 01.07.2010 tarihli "*Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İstanbul, Türkiye'de Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu Doğu Avrupa ve Orta Asya Bölgesel Ofisi Kurulması Hakkında Anlaşma*" incelendiğinde, ofisin yeri, hukuki statüsü, ofisin, binalarının ve görevlilerinin ayrıcalık ve dokunulmazlıkları, kimlik kartları, sosyal güvenlikle ilgili hususlar, yetkili makamlarla iş birliği ve uyuşmazlıkların çözümü gibi hükümler yer almaktadır. RG. 10.12.2010-27781.

52 Örneğin 04.02.1987 tarihli "*Avrupa Toplulukları Komisyonunun Türkiye'de Temsilciliğinin Kurulması ve Temsilciliğin Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıkları Konusunda Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Toplulukları Komisyonu Arasında Anlaşma*"nın 3. maddesinde Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu'nun Başkan ve üyeleri ile bunların her birinin ailelerine

Uluslararası andlaşmaların başlığı niteliğini etkilememekte ve dolayısıyla andlaşma başlıklarında "Ev Sahibi Ülke Andlaşması" ibaresi kullanılması yönünde hukuki bir zorunluluk bulunmamaktadır. Uygulama incelendiğinde bu andlaşmaların "Ev Sahibi Ülke Anlaşması[53]" şeklinde isimlendirildiği gibi "Temel Anlaşma[54]", "Anlaşma[55]", "Standart Anlaşma[56]" olarak farklı şekilde de isimlendirilebildiği görülmektedir.

Uluslararası kuruluşların dokunulmazlıkları hakkında çok taraflı andlaşmalar uluslararası kuruluşa üye olan devletler tarafından imzalanmakta iken, ev sahibi ülke andlaşmalarının tarafları bulunulan devlet ve uluslararası kuruluştur. Bu noktada, uluslararası kuruluşların uluslararası andlaşma yetkisi sorgulanabilecektir. Uluslararası kuruluşların uluslararası andlaşmaları yapabilme yetkileri devletlerinki kadar geniş değildir[57]. Uluslararası hukukun egemen ve bağımsız süjeleri olan devletler, diledikleri konuda andlaşma yapma ehliyetini haizken, uluslararası kuruluşlar, kuruluş andlaşmalarında üye devletler tarafından yetkilendirilmiş olmak kaydıyla ancak kendi görev alanlarıyla bağlantılı andlaşmaları aktedebilmektedirler[58].

---

mensup aile fertleri Türkiye topraklarında, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi hükümleri uyarınca diplomatik misyonlara ve bunların mensuplarına Türkiye'de tanınan ayrıcalıklardan ve dokunulmazlıklardan yararlanacağı düzenlenmiştir. RG. 04.06.1987-19477.

53 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ekonomik İşbirliği Teşkilatı Eğitim Enstitüsü (EİTEE) Arasında EİTEE'nin Hak, Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına Dair Ev Sahibi Ülke Anlaşma, RG. 27.04.2022-31822; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu (IFAD) Arasında IFAD Ülke Ofisi-Doğu Avrupa ve Orta Asya Merkezi Kurulmasına İlişkin Ev Sahibi Ülke Anlaşması, RG. 09.05.2020-31122; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Arasında Ev Sahibi Ülke Anlaşması, RG. 05.06.2018-30442 Mükerrer.

54 Birleşmiş Milletler Dünya Gıda Programı ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Temel Anlaşma, RG. 15.09.2003-25230.

55 Milletlerarası Çocuklara Acil Yardım Fonu ile Türkiye Hükümeti Arasındaki Anlaşma, RG. 07.10.1953-8527.

56 Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Teşkilâtı, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilâtı, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilâtı, Milletlerarası Sivil Havacılık Teşkilâtı, Dünya Sağlık Teşkilâtı, Milletlerarası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Teşkilâtı, Milletlerarası Atom Enerjisi Ajansı, Evrensel Posta Birliği ve Hükümetlerarası İstişari Denizcilik Teşkilâtı ile Türkiye Hükümeti arasında Değiştirilmiş Standart Anlaşma, RG. 02.02.1966-12216.

57 **PAZARCI**, s. 196.

58 OLUFEMI Elias, "Who Can Make Treaties? International Organisations", HOLLIS Duncan B. (Editör), **The Oxford Guide to Treaties,** 1. bası, Oxford Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık, 2012, s. 81.; 21.03.1986 tarihli Devletlerle Uluslararası Kuruluşlar veya Uluslararası Kuruluşlar Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesi'nin dibacesine bu husus "kuruluşun fonksiyonlarını icra edebilmek ve amaçlarını yerine getirebilmek için gerekli olan

Diğer yandan, BM'nin yapısındaki karmaşıklık, uygulamada ev sahibi ülke andlaşmalarının ev sahibi ülke ile doğrudan BM'nin ihtisas kuruluşları arasında akdedilmesine yol açmıştır[59]. Nitekim örneğin BM Mülteciler Yüksek Komiserliği andlaşma ile kurulan bir uluslararası kuruluş niteliği taşımamakla birlikte ev sahibi ülke andlaşmasına taraftır[60]. Bu husus diğer uluslararası kuruluşların "çoğullaşma" sürecinde de etkisini göstermiş olup, örneğin 2012 yılında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Komisyonu'nun ortak açıklaması ekinde (uluslararası kuruluş niteliğinde olmayan) AB kurumlarının göreve başlamadan önce bulunulan devlette ev sahibi ülke andlaşması akdetmesi gerektiğine değinilmiştir[61].

Ayrıca uluslararası kuruluşlar ile çalışanlarını kapsayan ev sahibi ülke andlaşmalarının yanısıra uluslararası kuruluşun bünyesinde düzenlenen toplantılar bağlamında uluslararası kuruluşun ve toplantılarına katılanların dokunulmazlıklarına ilişkin ikili uluslararası andlaşmalar da yapılabilmektedir[62].

5. İç Hukuk Düzenlemeleri

Devletler egemenlik ilkesi uyarınca coğrafi sınırları içerisinde geçerli kuralları belirleme yetkisine sahiptir ve bu bağlamda devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde de dokunulmazlıklara ilişkin belirli kurallar kabul etmeleri ihtimal dahilindedir.

Bu düzenlemeler genellikle açıklayıcı niteliktedir. Örneğin ABD Uluslararası Kuruluşların Dokunulmazlığı Kanunu'nda dokunulmazlıkların neleri kapsadığı açıklanmaktadır[63]. ABD Federal Düzenlemeler Kanunu'nun belirli dönemlerde güncellenen Dış İlişkiler başlıklı bölümünde, dokunulmazlık

andlaşmaları yapmak" şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşme metni için bkz. *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, 21.03.1986, *https://treaties.un.org/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

59 ZIELINSKI Marek, "European Agencies Headquartes Agreements", **Polish Review of International and European Law**, Vol. 6, No: 1, 2017, ss. 9-45, s. 9.

60 EKŞİ Nuray, "Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 1, 2019, ss. 343-370, s. 354.

61 *Annex to the Joint statement of the European Parliament, the Council of the European Union and the Commission on Decentralised Agencies*, 19.07.2012, par. 9; **ZIELINSKI**, s. 10.

62 Türkiye'de Yapılan BM Konferansları ve Toplantılarına Dair Ayrıcalık, Bağışıklık ve Diğer Bazı Hususlara İlişkin Düzenlemeler Hakkında BM ve Türkiye arasındaki Çerçeve Anlaşma, RG. 22.04.2011- 27913.

63 29.12.1945 tarihli ve 79-291 sayılı Uluslararası Kuruluşların Dokunulmazlıkları Hakkında Kanun (*International Organizations Immunities Act*) için bkz. *https://uscode.house.gov/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

tanınan uluslararası kuruluşların isimleri ile hukuki dayanak ve dokunulmazlıklar hakkında düzenlemeler yer almaktadır[64]. Ayrıca ABD Dışişleri Bakanlığı Akreditasyon El Kitabında uygulamaya ilişkin açıklamalara yer verilmektedir[65].

İsviçre'de ise uygulamanın şeffaflığı ve aynı zamanda yeknesaklığın sağlanması amacıyla uluslararası kuruluş ve benzer oluşumlarla, diplomatik ve konsüler misyonlara sağlanan dokunulmazlıklar ile mali katkılara ilişkin Ev Sahibi Devlet Kanunu (*Host State Act)* şeklinde anılan "Ev sahibi Devlet Olarak İsviçre Tarafından Tanınan Ayrıcalık, Dokunulmazlık ve Mali Katkılar Hakkında Federal Kanun" ve Uygulama Yönetmeliği yürürlüktedir[66]. Ayrıca hukuki bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte uygulamada yol gösterici olması amacıyla İsviçre Federal Dışişleri Bakanlığı El Kitabı bulunmaktadır[67].

Bazı devletlerde de ev sahibi ülke andlaşmalarında uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı düzenlenirken, insan hakları yükümlülüklerinin dikkate alınması ve alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması gibi usullerle bireylerin haklarının makul ölçüde korunması yükümlülüğüne ilişkin özel mevzuat hükmü bulunabilmektedir[68].

Türkiye'de uluslararası kuruluşların diplomatik dokunulmazlıklar konusunda genel bir kanun veya yönetmelik bulunmamaktadır[69]. Diğer taraftan,

---

64 Uluslararası Kuruluşların Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları, *US Code, Chapter* 7, *subchapter* XVIII için bkz. *https://uscode.house.gov/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

65 "*Accrediation Handbook*, *Office of Foreign Missions US Department of States"*, No: 21-1264, 02.08.2021, *https://www.state.gov* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

66 "*Federal Act on the Privileges, Immunities and Financial Subsidies granted by Switzerland as a Host State*" ile "*Ordinance to the Federal Act on the Privileges, Immunities and Facilities and the Financial Subsidies granted by Switzerland as a Host State*" metinleri için bkz. *https://www.admin.ch/gov/en/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

67 "*Practical Manual of the regime of privileges and immunities and other facilities*", *https://www.eda.admin.ch/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

68 Avrupa Konseyi Uluslararası Kamu Hukuku Hukuk Müşavirleri Komitesi (CAHDI) toplantısında Avusturya Anayasa Mahkemesi'nde görülen bir davada Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü 'nün (*Organization of the Petroleum Exporting Countrie*s/OPEC) dokunulmazlığı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddedilmesi üzerine, Avusturya'nın dokunulmazlık konusu üzerinde çalışarak İsviçre ve Almanya'da olduğu üzere mevzuat düzenlemesi yapıldığı yönünde Avusturya beyanı için bkz. CAHDI'nin 60. toplantı raporu, Avrupa Konseyi'nin 23.09.2021 tarihli ve CAHDI (2021) 9 sayılı Belgesi, s. 7-8.

69 Bununla birlikte, örneğin Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü İş Konseyi Uluslar Arası Sekretaryasının Türkiye'de Yararlanacağı Ayrıcalıklar, Bağışıklıklar ve Kolaylıklara Dair

T.C. Adalet Bakanlığı'nın "Ülkemizde Görevli Diplomatik Misyon Mensuplarının Ayrıcalık ve Bağışıklıkları" konulu 01.03.2008 tarihli ve 72/1 sayılı Genelgesi'nde uluslararası kuruluşlar ile çalışanlarına ilişkin de düzenleme yer almaktadır. NATO personeli ile ilgili soruşturmalarda da T.C. Adalet Bakanlığı'nın NATO-SOFA uygulaması konusunda 01.01.2006 tarihli ve 73 sayılı Genelgesi mevcuttur.

T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın internet bağlantısında yer alan "Uluslararası Kuruluşlar ve İlişkilerimiz" başlıklı bölümde belirtilen uluslararası kuruluşlar bakımından kuruluş andlaşmaları hakkında yer alan bilgiler[70] ile Türkiye'deki uygulama hakkındaki çalışma doğrudan uluslararası kuruluşlar ile çalışanlarına yönelik olmasa da dokunulmazlıklara ilişkin genel çerçevenin belirtilmesi itibariyle yol gösterici niteliktedir[71].

6. Teamül Kuralları

Belirli bir uluslararası andlaşma veya mevcut olan andlaşmada uyuşmazlıkla ilgili bir hüküm bulunmaması, bir andlaşma hükmünün yorumlanması, devletlerin iç hukuk düzenlemelerindeki kuralların uluslararası hukuk bağlamında bağlayıcılığı ve andlaşma hükmünden sonra yeni bir uygulamanın ortaya çıkması durumunda andlaşma hükmünün geçerliliğinin sorgulanması bakımından teamül kuralları bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelebilir[72].

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bünyesinde kurulan Avrupa Hukuk İş Birliği Komitesi'nin Uluslararası Kuruluşların Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları Alt Komitesi uluslararası kuruluşların dokunulmazlığa gereksinimi olmakla birlikte bir andlaşma bulunmadığı takdirde dokunulmazlıktan bah-

Kanun (RG. 20.05.2007-26527) ve uygulamaya ilişkin esas ve usullerin tespiti amacıyla kabul edilen Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü İş Konseyi Uluslar Arası Sekretarya ve Görevlilerinin Türkiye'de Yararlanacağı Ayrıcalıklar, Bağışıklıklar ve Kolaylıklara İlişkin Yönetmelik (RG. 06.02.2008-26779) gibi istisnai olarak dokunulmazlıklara dair düzenlemeler bulunabilmektedir.

70 T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın internet sayfasında yer alan "Dış Politika / Uluslararası Kuruluşlar ve İlişkilerimiz" başlıklı bağlantı için bkz. *https://www.mfa.gov.tr* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

71 TAŞHAN Aylin, **Diplomaside Ayrıcalık ve Bağışıklıklarla İlgili Uygulamalar**, T.C. Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü Yayını, 2011.

72 WOOD Michael, "Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 287-318, s. 290.

sedilemeyeceğini kaydetmiştir[73]. Avrupa Konseyi'nin tespitini takip eden süreçte de farklı bir yaklaşım benimsendiğini ifade etmek güçtür. UHK'nın yukarıda açıklanan "uluslararası kuruluşlarda devlet temsilcilerinin statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları" ile "uluslararası kuruluşların statüsü, ayrıcalık ve dokunulmazlıkları" konularına yeterli destek gösterilmemesi de bu konuda görüş birliğinin bulunmadığının bir göstergesi olarak ileri sürülebilir.

Öğretide ağırlıklı görüş uluslararası kuruluşların dokunulmazlığına ilişkin bir teamül kuralı olmadığı yönündedir. Bununla birlikte çoğu yazar teamül kuralı olmadığına ilişkin net bir yaklaşım benimsemek yerine mevcut örnekleri paylaşmakla yetinmektedir[74]. Devletler ise genellikle daha net bir tutum benimseyerek, andlaşma hükmü olmadığı takdirde kendilerini dokunulmazlık tanımaya ilişkin bir yükümlülük altında değerlendirmemektedir[75].

Karşılaştırmalı hukukta uluslararası kuruluşların dokunulmazlığının teamül kuralı olup olmadığıyla ilgili ulaşılan sınırlı yargı örneğinde de uluslararası andlaşma hükmünün gerekliliğine işaret edildiği görülmektedir[76].

Türk hukukundaki uygulamada da uluslararası kuruluşlara tanınan dokunulmazlıkların teamül kuralından kaynaklandığına dair bir anlayış bulunmamakta olup, genel olarak uluslararası andlaşmalar esas alınmaktadır[77].

---

[73] "*Report of the (European Committee on Legal Co-operation) Sub-Committee on Privileges and Immunities of International Organizations*", Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 26.09.1969 tarihli ve (69) 92 sayılı Kararı eki, s. 6.

[74] Öğretideki görüşler için bkz. **WOOD**, s. 287-318.

[75] **WOOD**, s. 312.

[76] Bu yönde örneğin Belçika Mahkemelerinin konuyla ilgili esas aldığı 2001 yılında verilen "*Ligue des Etats Arabes*" kararında uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı olduğuna ilişkin UAD Statüsü'nün 38. maddesi kapsamında genel bir ilke bulunmadığı belirtilmektedir. DE BRABANDERE Eric, "Belgian Courts and the Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review,** Vol. 10, 2013, ss. 464-504, s. 472; İtalyan Mahkemeleri ise 1990'lı yıllara kadar açıkça teamül kuralından bahsetmeden, devletlerin dokunulmazlığına ilişkin kuralları kıyas yoluyla kabul etmekteyken, 1999 yılında bu yaklaşımını değiştirerek andlaşma bulunmayan durumlarda uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı hakkında teamül kuralı olmadığını açıkça belirtmeye başlamıştır. BONAFE Beatrice I., "Italian Courts and the Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, 2013, ss. 505-537, s. 514.

[77] Örnek için bkz. Yargıtay 10. HD, E. 2015 / 1598, K. 2017 / 4118, 15.05.2017; Ayrıca ayrıcalıklarla ilgili olarak, örneğin Katma Değer Vergisi Kanununda, uluslararası anlaşmalar gereğince vergi muafiyeti tanınan uluslararası kuruluşlara ve bunların mensuplarına ilişkin vergi muafiyeti düzenlenmektedir. 25.10.1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu m. 15 ve geçici madde 26; Danıştay 3. Daire, E. 2019 / 7550, K. 2022 / 1141, 16.03.2022.

Benzer şekilde uluslararası kuruluş çalışanlarının dokunulmazlıkları için de teamül kuralına dönüşmüş kurallardan bahsedilebileceğine dair yerleşik bir anlayış mevcut değildir. Dolayısıyla, uygulamada genel olarak uluslararası andlaşmalarda uluslararası kuruluşlara dokunulmazlık tanınmakla birlikte bu dokunulmazlıklara ve dokunulmazlıkların kapsamına ilişkin herhangi bir teamül kuralı bulunmamakta[78] olup, uluslararası çok taraflı ve iki taraflı andlaşmalar esas alınmaktadır.

II. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YAKLAŞIMI

Uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı konusunda bugüne kadar UAD bir görüş paylaşmamıştır[79]. Bununla birlikte, uluslararası kuruluşlar ve dokunulmazlıklarla ilgili çeşitli konularda UAD'dan Danışma Görüşü talep edilebilmektedir.

Bu çerçevede öncelikle, BM Raportörlerinin dokunulmazlığı hakkında iki hukuki soru UAD'ın önüne gelmiştir[80]. İki görüş talebi de 13.02.1946 tarihli BM'nin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme'nin VI. maddesinde yer alan 22. bendin BM bünyesinde faaliyet gösteren Özel Raportörlere uygulanabilirliği hakkındadır. Anılan hükümde aşağıdaki ifade yer almaktadır.

> "*V. maddede anılan memurlardan gayrı uzmanlar, Birleşmiş Milletler Kurulu için görevlerde bulundukları sırada, yolculuk müddeti de dâhil olduğu halde görevleri süresince, ödevlerini tam bir bağımsızlık içinde yapmaları için zaruri bulunan ayrıcalık ve muafiyetten faydalanırlar.*"

UAD'dan görüş talep edilen husus da esasen Özel Raportörlerin "uzman" sıfatı kapsamında değerlendirilerek madde hükmünde belirtilen ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahip olup olmayacağına ilişkindir.

İlk talep, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu Özel Raportörü *Dumitru Mazilu*'nun Özel Raportör sıfatıyla hazırladığı raporunu sunmak üzere Cenevre'ye seyahat etmesinin engellenmesi

---

78 AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 6. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 340.

79 **WOOD**, s. 289.

80 UAD Danışma Görüşü, Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme'nin VI. maddesi, 22. bölümünün uygulanabilirliği, No: 573, Karar Tarihi: 15.12.1989; UAD Danışma Görüşü, İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün dokunulmazlığı hususunda görüş ayrılığı, No: 726, Karar Tarihi: 29.04.1999.

iddiasıyla ilgilidir[81]. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, BM'nin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin Özel Raportör *Mazilu*'ya uygulanabilirliği hususunda BM ile Romanya Hükümeti arasında görüş ayrılığı oluştuğunu ifadeyle, UAD'dan Danışma Görüşü talep edilmesine karar vermiştir[82].

Romanya, bir uzmanın vatandaşı olduğu ülkede ve görevli olduğu ülke dışındaki diğer ülkelerde sadece göreviyle ilgili faaliyetlerini yerine getirirken söyledikleri ve yazdıkları nedeniyle ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanabileceğini[83]; ayrıca uyuşmazlığa konu kişinin 1987 yılından itibaren hasta olması nedeniyle görevini yapabilecek durumda olmadığını ifade etmiştir[84]. UAD 1989 yılında verdiği görüşte, BM memurları dışında, BM tarafından verilen görevleri yerine getiren kişilerin de 1946 tarihli Sözleşmenin VI. maddesinde yer alan 22. bend ile tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca 22. bölümdeki hükümlere çekince konulmadığı takdirde, ilgili kişilerin vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği devlete karşı koruma isteyebileceğini belirtmiştir.

UAD'dan BM Özel Raportörlerin dokunulmazlıklarıyla ilgili talep edilen ikinci konu, Hâkim ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü *Dato Param Cumaraswamy*'nin yürüttüğü çalışmayla ilgili bir röportajında hakaret içeren bir üslup kullandığı iddiasıyla Malezya'da yargılanması hakkında-

---

81 BM Genel Sekreteri adına UAD'a sunulan yazılı beyanda özetle, Danışma Görüşüne konu olayda Romanya vatandaşı olan *Mazilu*'nun, Cenevre'ye gelmek istediğini ancak Romanya makamlarının seyahat izin belgesi vermediği, *Mazilu*'nun raporunu sunacağı 1987 yılındaki Alt Komisyon toplantısına katılmadığı, Romanya Daimi Temsilciliğinden BM Cenevre Ofisine iletilen mektupta adıgeçenin kalp krizi geçirdiği ve hastanede olduğunun bildirildiği, ilerleyen dönemde BM Sekreteryası'nın, *Mazilu*'ya Cenevre'ye gelişi ve raporunu hazırlamasına ilişkin yardım taleplerini içeren çeşitli girişimleri bulunduğu, 1987 yılı Aralık ayında, Mazilu'nun, BM Sekreteryası ile iletişime geçerek, BM'nin bildirimlerini almadığını, iki kez hastaneye yattığını, emekliliğe zorlandığını hususları kayıtlıdır. BM Genel Sekreteri adına UAD'a sunulan yazılı beyan, 28.07.1989, s. 174-175; *https://www.icj-cij.org/en* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

82 BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin kararında, BM Şartı'nın 96 (2). maddesinde yer alan "*Genel Kurulca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm öteki Birleşmiş Milletler organları ve ihtisas kurulları da kendi çalışma alanları içinde karşılarına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilirler*" hükmü ile Ekonomik ve Sosyal Konsey'e UAD'dan Danışma Görüşü talep etmesi için yetki verilen BM Genel Kurulu'nun 11.12.1946 tarihli ve 89 (1) sayılı Kararı, UAD'dan görüş talep edilebilmesi için hukuki dayanak olarak gösterilmektedir. Karar metni için bkz. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin'in 24.05.1989 tarihli ve 1989/75 sayılı Kararı.

83 UAD Danışma Görüşü, 1989, s. 185.

84 UAD Danışma Görüşü, 1989, s. 186.

dır[85]. UAD, 1995 yılında verdiği Danışma görüşünde, 1949 tarihli Sözleşme kapsamında, Özel Raportörün görevini yerine getirirken söylediği sözlerden dolayı her türlü yasal süreçten dokunulmazlığı bulunduğuna kanaat getirmiştir. Bu çerçevede, Malezya Mahkemeleri tarafından verilecek herhangi bir tazminattan da muaf tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca *Cumaraswamy*'nin dokunulmazlığına saygı gösterilebilmesini teminen Malezya Hükümeti'nin, UAD Danışma Görüşünü yerel Mahkemelere bildirme yükümlülüğü doğduğunu kaydetmiştir.

UAD Danışma Görüşlerinde uluslararası kuruluşların devletler gibi egemenliğe ve ülke toprağına sahip olmadığı, bu nedenle devletlerle aynı haklara sahip olmadıkları için özel bir korumaya ihtiyaç bulunduğu ifade edilmektedir[86]. Bu çerçevede, uluslararası kuruluşların ve çalışanlarının sahip olduğu dokunulmazlığın amacı uygunsuz saiklerle yapılan hareketlerden ve yerel mahkemelerin uyuşmazlıkları önyargılı ve yanlış yorumlama olasılığından korumadır[87]. Buradaki temel amaç, görevin bağımsızlık ilkesi çerçevesinde etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için hukuki ve pratik güvenceye sahip olunmasıdır[88]. Bununla birlikte UAD Görüşünde dile getirildiği üzere uluslararası kuruluşlar devletlerden farklı yapıdadır. Bağımsız olmadıkları gibi eşit de değildirler[89]. Devletler gibi belli bir ülke toprağı ve nüfusu bulunmamakta olup, belli bir devlette veya devletlerde yetkileri dahilinde

---

85 BM Ekonomik ve Sosyal Konsey, 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme ile ilgili olarak BM ve Malezya Hükümeti arasında görüş ayrılığı oluştuğunu ifadeyle, 1946 tarihli Sözleşme'nin VI. maddesinde yer alan 22. bendin Özel Raportör *Cumaraswamy*'ye uygulanabilirliği hususundaki hukuki soru hakkında UAD'dan Danışma Görüşü talep edilmesine ve UAD görüşü alınana kadar Malezya Mahkemelerindeki bütün sürecin bekletilmesi için Malezya Hükümetine çağrıda bulunulmasına karar vermiştir. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 05.08.1998 tarihli ve 1998/297 sayılı Kararı.

86 BEKKER P., **The Legal Position of International Organizations: A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities**, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s. 176'den Naklen RAYFUSE Rosemary, "Immunities of United Nations Human Rights Special Rapporteurs: Who Decides?", **Australian Journal of Human Rihgts**, Vol. 7, No: 1, 2001, ss. 169-186, s. 182.

87 CHOUDHURY Farhana, "The United Nations Immunity Regime: Seeking a Balance Between Unfettered Protection and Accountability", **Georgetown Law Journal**, Vol. 104, No: 3, 2016, ss. 726-742, s. 732.

88 KUNZ Josef L., "Privileges and Immunities of International Organizations", **American Journal of International Law**, Vol. 41, No: 4, 1947, ss. 828-862**,** s. 836.

89 BLOKKER Niels, "Jurisdictional of International Organisations, Origins, Fundamental and Challenges", RUYS Tom/ ANGELET Nicolas ve diğ. (Editör), **The Cambridge Handbook of Immunities and International Law**, Cambridge University Press, 2019, s. 185.

faaliyet göstermektedirler[90]. Bu bağlamda, devletler bakımından diplomatik/konsüler dokunulmazlıkların tanınmasında devletlerin egemen eşitliği ilkesi esas kabul edilmekteyken, uluslararası kuruluşlarda, yapılarındaki farklılık nedeniyle, egemen eşitlik kavramı geçerli değildir[91]. Devletlerin dokunulmazlığı, *par in parem non habet imperium* ilkesi çerçevesinde ticari faaliyetler dışında bağımsız devletlerin başka bir devletin mahkemelerinde yargılanamaması temelindedir[92]. Uluslararası kuruluşlara ve çalışanlarına tanınan dokunulmazlıklarda ise görevsel gereklilik (*functional necessity*) esastır[93].

UAD Danışma Görüşünde ayrıca dokunulmazlıklarla ilgili açıklamalar bakımından dokunulmazlığın sorumluluğun üstlenilmesine engel olmaması fikri de savunulmuştur. Bu kapsamda kararda, dokunulmazlık nedeniyle ulusal hukuki süreçten bağışıklık ile tazminat konusunun farklı olduğuna dikkat çekilerek uluslararası kuruluşların tazminat yükümlülüğüne atıf yapılmış ve 1946 tarihli Sözleşmenin 29. bölümü çerçevesinde alternatif uyuşmazlık yöntemi yükümlülüğü vurgulanmıştır[94].

Anılan danışma görüşlerinde önce çıkan bir husus da dokunulmazlığa ilişkin kararı verecek Makamın kim olduğudur. Ulusal mahkemelerin karar vermesi gerektiğine ilişkin görüşü savunan Malezya, BM Genel Sekreterinin dokunulmazlık konusunda beyanda bulunma hakkı olduğuna dair bir hüküm bulunmadığını ileri sürmüştür[95]. Devletlerin iç yetki alanına müdahaleyi yasaklayan BM Şartı'nın 2 (7). maddesi bu görüşü destekler niteliktedir[96]. Diğer görüşe göre uluslararası kuruluşların devletler gibi egemenliğe ve ülke toprağına sahip olmadığı, bu nedenle devletlerle aynı haklara sahip olmadıkları için özel bir korumaya ihtiyaç bulunduğu ifade edilmektedir[97]. Esasen iki

---

90 **WEBB,** 2014, s. 321.

91 **WEBB**, 2014, s. 321; **CHOUDHURY**, s. 731.

92 **BLOKKER**, s. 185.

93 **BUCHAN / TSAGOURIAS**, s. 1175.

94 UAD Danışma Görüşü, 1999, s. 88, par. 66; Tazminat ödeme yükümlülüğüne ilişkin ayrıca bkz. "*Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*" metni için bkz. *Yearbook of the ILC*, 2011, s. 80.

95 Malezya'nın 1998 yılı Ekim ayında UAD'a sunduğu yazılı beyanı için bkz. UAD Danışma Görüşü, 1999, s. 25-26.

96 **RAYFUSE**, s. 181.

97 BEKKER P., **The Legal Position of International Organizations: A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities**, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, s. 176'den Naklen **RAYFUSE**, s. 182.

görüş de kötüye kullanılmaya müsait olup, devlet egemenliği ilkesi ile uluslararası kuruluşların bağımsızlığı ve özgürlüğü ilkeleri arasında denge sağlanması için orta yol savunulabilmektedir[98]. UAD Danışma Görüşünde de Genel Sekreter'in dokunulmazlığa ilişkin bir görüşü bulunması durumunda derhal yerel mahkemelere iletilmesi ve yerel mahkemelerin anılan tespite gerekli ağırlığı vermesi gerektiği belirtilmektedir[99]. UAD Danışma Görüşü talebi bağlamında Malezya dışında beyanda bulunan devletlerden İtalya, Birleşik Krallık ve ABD de Genel Sekreter'e tek taraflı karar vermeye yönelik verilmiş bir yetkinin bulunmadığı görüşünü benimsemektedir[100].

Diğer taraftan, 2012 yılında, uluslararası kuruluş çalışanlarının iş uyuşmazlıklarında, yerel mahkemelere alternatif olarak uluslararası kuruluşlar bünyesinde oluşturulan yargı yolunun geçerliliği konusu UAD'ın önüne gelmiştir[101]. UAD, bu görüşte, *Saez Garcia*'ın Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu aleyhine açtığı davada, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin yetkili olduğuna ve kararının hukuki geçerliliği bulunduğuna kanaat getirmiştir[102]. Bu anlayışla, yerel mahkemeler yerine uluslararası kuruluşların kendi bünyelerindeki alternatif hukuk yolu düzenlemelerinin geçerliliği esas alınmaktadır.

Ayrıca, UAD'ın, diplomatik dokunulmazlıkların yer aldığı uluslararası andlaşmalarla ilgili bazı danışma görüşleri bulunmakla birlikte, bunlar sahip olunan dokunulmazlıklardan ziyade andlaşma hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması hakkındadır[103].

---

98 **RAYFUSE**, s. 183.

99 UAD Danışma Görüşü, 1999, s. 87, par. 61.

100 **RAYFUSE**, s. 183.

101 UAD Danışma Görüşü, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararı hakkında Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu aleyhine yapılan şikâyet, No: 2867, Karar Tarihi: 01.02.2012; EMİR Nergiz, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararına İlişkin Danışma Görüşü Işığında Uluslararası Örgütler ile Personeli Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2018, ss. 285-305, s. 298.

102 UAD Danışma Görüşü, 2012, s. 50; **EMİR**, s. 287.

103 Örneğin bkz. UAD Danışma Görüşü, Dünya Sağlık Örgütü ile Mısır arasındaki 25.03.1951 tarihli Andlaşmanın yorumu, No: 457, Karar Tarihi: 20.12.1980; UAD Danışma Görüşü, 26.06.1947 tarihli BM Merkez Andlaşmasının 21. bölümünde yer alan tahkim şartının uygulanması, No: 543, Karar Tarihi: 26.04.1988.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı konusu zaman zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) önüne gelebilen bir konudur[104]. AİHM önüne gelen aşağıdaki örneklerde ikili bir ayrım bulunmaktadır. Birincisi uluslararası kuruluş kararı nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara; ikincisi uluslararası kuruluşlar ile çalışanları arasındaki uyuşmazlıklarda uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı olduğu iddialarına ilişkindir.

Öncelikle Hollanda aleyhine yapılan *Stichting Mothers of Srebrenica* başvurusunda BM'nin dokunulmazlığı konusu incelenmiştir[105]. Burada Hollanda Yüksek Mahkemesi, BM Bosna Koruma Gücü'nün ihmal ve tasarrufunun BM'ye atfedileceğini ifadeyle BM'nin de dokunulmazlığı bulunduğu gerekçesi ile kendisini yetkisiz bulmuştur. Bu konu, BM'nin dokunulmazlığının kabul edilmesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'in önüne gelmiştir. AİHM, BM Güvenlik Konseyi kararları tarafından BM Şartı'nın VII. bölümü kapsamında belirlenen operasyonların BM'nin uluslararası barış ve güvenliği koruma görevi açısından esas olduğunu vurgulamış ve bu itibarla BM'nin dokunulmazlığının meşru bir amaca hizmet ettiği ve orantısız olmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığına kanaat getirmiştir[106]. Kararda ayrıca alternatif bir hukuk yolu bulunmasa dahi ulusal mahkemelerin yargı yetkisi olacağı sonucu çıkmayacağı ifade edilmektedir[107].

İkinci konu ise, uluslararası kuruluşların iş hukukundan kaynaklı özel hukuk uyuşmazlıkları bağlamında, bulunulan ülkedeki mahkemelerde uluslararası kuruluşun dokunulmazlığı olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş olmasının AİHS'in "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi kapsamında ihlal niteliğinde olduğu iddiasıyla AİHM'e yapılan başvurulardır.

Bu konuda ilk olarak AİHM, *Waite* ve *Kennedy* davasında, Avrupa Uzay Ajansında iki çalışanın Ajansa karşı Alman Mahkemelerinde açtığı davada, Avrupa Uzay Ajansı'nın dokunulmazlığı olduğu gerekçesi ile verilen yetkisiz-

---

[104] AİHM'e yapılan başvurulara, yargılama süreçlerine ve AİHM kararlarına *https://hudoc.echr.coe.int/* bağlantısından ulaşılabilmektedir.

[105] AİHM, *Stichting Mothers of Srebrenica and others* / Hollanda, Başvuru No: 65542 / 12, Karar Tarihi: 11.06.2013.

[106] AİHM, *Stichting Mothers of Srebrenica and others* / Hollanda, par. 169.

[107] AİHM, *Stichting Mothers of Srebrenica and others* / Hollanda, par. 164.

lik kararının adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir[108]. Bu kararda, AİHS'in 6. maddesinin mutlak olmadığı, meşru amaç ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde sınırlamalara tabi tutulabileceği[109], uluslararası kuruluşların çalışmalarında devletlerin müdahalelerinden korunması amacıyla dokunulmazlık tanınmasının meşru amaç unsurunu sağladığı[110], orantılılık ilkesi bakımından ise uluslararası kuruluşların ulusal davalara yönlendirilmesinin uluslararası kuruluşlara dokunulmazlık sağlanmasına ilişkin genel eğilime ters düşeceği[111] ve bu çerçevede Avrupa Uzay Ajansı'nın kuruluş Andlaşması ile Almanya ile akdedilen ev sahibi ülke andlaşmasına atıfla alternatif hukuki yolların bulunduğu belirtilmiş ve adil yargılanma hakkını zedelediğinin veya orantısız olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir[112]. Böylelikle AİHM, uluslararası kuruluşlarla ilgili davalarda denetim yetkisinin kapsamına ilişkin özel bir *ratio decidendi* geliştirmiştir[113].

AİHM, Avrupa Uzay Ajansı ile ilgili iddialar kapsamındaki *Beer* ve *Regan* davasında aynı gün verdiği kararda da adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir[114].

AİHM ilerleyen dönemde de bu yaklaşımını korumuştur. Bu çerçevede, İtalya ve Belçika aleyhine NATO çalışanı *Gasparini* tarafından açılan davada, NATO çözüm mekanizmaları ile başvurana sağlanan korumanın adil yargılanma şartlarına uygun olduğu"[115]; Belçika aleyhine NATO çalışanı *Chapman* tarafından açılan davada NATO'nun iç usulünün yeterli güvenceyi sağladığı[116]; Almanya aleyhine *Klausecker* tarafından açılan davada engelli olması nedeniyle Avrupa Patent Ofisinde işe alınmaması konusunda iş hukuku kapsamında mevcut olan tahkim imkânının makul alternatif usul olduğu[117] gerekçeleriyle dokunulmazlık nedeniyle verilen yetkisizlik kararlarının

---

108 AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, Başvuru No: 26083 / 94, Karar Tarihi: 18.02.1999.

109 AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, par. 59.

110 AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, par. 61.

111 AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, par. 72.

112 AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, par. 69 ve 73.

113 AİHM, *Bosphorus* Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi / İrlanda, Başvuru No: 40036 / 98, Karar Tarihi: 30.06.2005. Hâkim *Ress*'in farklı gerekçesi, par. 1.

114 AİHM, *Beer* ve *Regan* / Almanya, Başvuru No: 28934 / 95, Karar Tarihi: 18.02.1999.

115 AİHM, *Emilio Gasparini* / İtalya ve Belçika, Başvuru No: 10750 / 03, Karar Tarihi: 12.05.2009, s. 10.

116 AİHM, *Chapman* / Belçika, Başvuru No: 39619 / 06, Karar Tarihi: 05.03.2013, par. 56.

117 AİHM, *Klausecker* / Almanya, Başvuru No: 415 / 07, Karar Tarihi: 29.01.2015, par. 4 ve 106.

mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde bulunmadığına karar vermiştir. Almanya aleyhine *Perez* tarafından açılan davada ise eski BM çalışanının BM iç hukuk yollarının yetersiz olduğu iddiası bağlamında iddiaları not ettiğini kayda geçirerek[118], iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesi ile başvuruyu kabul edilmez bulmuştur[119].

AİHM anılan davalarda, uluslararası kuruluşların devletler arasındaki ilişkileri geliştirmek amacıyla kurulduğu, kuruluş andlaşmaları ile ek andlaşmalarla uluslararası kuruluşlara dokunulmazlık tanınmasının uzun süredir yaygın uygulama olduğu ve bu uygulamanın modern toplumlardaki tüm alanlarda uluslararası iş birliğini genişletmeye ve güçlendirmeye yönelik bir eğilimle arttığı[120] gibi hususlara değinmiştir. Bu çerçevede, kararlarda özetle uluslararası kuruluşlara tanınan dokunulmazlığın meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmekte, ancak bu dokunulmazlığın mahkemeye erişim hakkını ihlale neden olmaması için uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yollar bulunmasının önem arz ettiği vurgulanmaktadır.

Bununla birlikte, mevcut yargı kararları ışığında, alternatif yolların yeterli olarak değerlendirilmesi bağlamında net bir çizgi bulunmamakta olup, somut olaya göre değerlendirme yapmak gereklidir[121]. Ayrıca uygun alternatif yollarda neyin esas alınması gerektiği, diğer bir ifadeyle ulusal iş hukuk kuralları mı, devletler tarafından kabul edilen kurallar mı, uluslararası kuruluşların kendi iç idari kuralları mı yoksa uluslararası andlaşma hükümlerinin mi esas alınacağına dair soruların cevabı muğlaklığını korumaktadır[122].

IV. ADALETE ERİŞİM HAKKI VE HESAP VERİLEBİLİRLİK İLKESİ KAPSAMINDA ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

1. Genel Olarak

Uluslararası kuruluşlar ile çalışanlarının ulusal mahkemelerde dokunulmazlığının bulunması uzun yıllardır kabul edilmektedir[123]. Bununla bir-

---

[118] AİHM, *Perez* / Almanya, Başvuru No: 15521 / 08, Karar Tarihi: 29.01.2015, par. 65-66.

[119] AİHM, *Perez* / Almanya, par. 98.

[120] AİHM *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, par. 63.

[121] **CHOUDHURY**, s. 741.

[122] WEBB Philippa, "The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma", **The European Journal of International Law**, Vol. 27, No: 3, 2016, ss. 745-767, s. 756.

[123] **BLOKKER**, s. 185.

likte, dokunulmazlıkların kapsam ve sınırları öğretide ve uygulamada tartışılmaktadır[124]. Nitekim, adalete erişim hakkı ve hesap verilebilirlik, bütün devletlerin uluslararası barış ve istikrarı korumak, sürdürülebilir ve dostane ilişkiler geliştirmek ve insan haklarını korumak amacıyla iş birliği yapmak için gerekli güvene sahip olunmasını sağlamak için gereklidir.

Hesap verilebilirlik siyasi, idari, hukuki ve mali şekilde ortaya çıkabilmektedir[125]. Ayrıca dokunulmazlığın sınırları, uluslararası kuruluşun neden olduğu zararlar, çalışanların hukuk ihlalleri ve çalışanlarla iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözümü gibi farklı konu başlıklarını oluşturabilmektedir. Aşağıda bu konularda öne çıkan Avrupa Konseyi ve BM çalışmaları, uygulamadaki örneklerle birlikte açıklanmaya çalışılmaktadır.

2. Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğu

Uygulamada uluslararası kuruluşlara atfedilen hukuk ihlalleri nedeniyle dava açılması durumunda, uluslararası kuruluşlar, davanın esasına girmeksizin dokunulmazlık iddiasını ileri sürebilmektedir. Bununla birlikte, dokunulmazlığın bulunması uluslararası kuruluşların hukuki sorumluluğu olmadığı anlamına gelmemektedir.

UHK, 2000 yılında uluslararası kuruluşların sorumluluğu konusunu gündemine almış, 2002 yılında *Gaja*'yı Özel Raportör atamış ve 2011 yılında Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeleri kabul etmiştir[126]. Bu Maddelerde, uluslararası kuruluşlara atfedilen eylem veya ihmaller bağlamında uluslararası kuruluşların, zararı tazmin yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir[127]. Bu yükümlülük, dokunulmazlık iddiasıyla birlikte değerlendirildiğinde iki örnek öne çıkmaktadır.

Öncelikle, yukarıda belirtildiği üzere, AİHM'e Hollanda aleyhine yapılan *Stichting Mothers of Srebrenica* başvurusuyla ilgili olarak BM Bosna Koruma Gücü'nün ihmal ve tasarrufu nedeniyle Hollanda Mahkemelerinde açılan ve

---

[124] **CHOUDHURY**, s. 734.

[125] "*Accountability of International Organisations: Final Report", International Law Association*, Berlin Konferansı, 2004, s. 5 için bkz. *https://www.ila-hq.org* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

[126] "*Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*" metni için bkz. *Yearbook of the ILC*, 2011, s. 46-105.

[127] UHK'nın çalışmasına yönelik değerlendirme ve eleştiriler için bkz. DAUGIRDAS Kristina, "Reputation and the Responsibility of International Organizations", **European Journal of International Law**, Vol. 25, No: 4, 2014, ss. 991-1018, s. 992 vd.

dokunulmazlık nedeniyle yetkisizlik kararı verilen davada, UHK'nın o dönem üzerinde çalıştığı Taslak Maddelere de atıf yapılmış ve atfedilebilirlik bağlamında UHK'nın yaklaşımı esas alınmıştır[128]. Bu dava ayrıca, 2008 yılında Avrupa Konseyi Uluslararası Kamu Hukuku Hukuk Müşavirleri Komitesi'nin (*Committee of Legal Advisers on Public International Law* / CAHDI) toplantısında Hollanda tarafından gündeme getirilmiş ve bunun üzerine bu konu "uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı" başlığıyla CAHDI gündemine taşınmıştır[129].

Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğuna ilişkin Maddelerin kabulünden sonraki süreçte bu konuda öne çıkan diğer bir örnek ise Haiti'de koleradan ölen kişiler hakkında BM'nin sorumluluğuna ilişkin iddialardır[130]. Haiti'de 2010 yılında meydana gelen depremin ardından, koleradan insanların hayatını kaybetmesinin BM'nin ihmali nedeniyle gerçekleştiği iddiasıyla Manhattan'daki ABD 2. Temyiz Mahkemesi'ne yapılan başvuru BM'nin dokunulmazlığından dolayı reddedilmiştir[131]. Anılan dava ve devam eden süreçte ABD Federal Mahkemesinde açılan dava da dahil olmak üzere yapılan girişimlerin sonuçsuz kalması, BM'nin dokunulmazlık nedeniyle yargılanmaması, esasa ilişkin iddialara yanıt vermekten kaçınması ve Haiti'yle 2004 yılında imzaladığı ev sahibi ülke andlaşması uyarınca üçüncü taraf talepleri için öngörülen komisyonu (*standing commission*) kurmayı reddetmesi siyasi ve akademik çevrelerce eleştirilmiştir[132]. Ayrıca, BM İnsan Hakları Mekanizmaları bağlamında, BM Aşırı Yoksulluk Özel Raportörü'nün BM'nin mutlak dokunulmazlık iddiasının savunulamayacağını vurguladığı raporu sonrasında, 2016 yılında BM Genel Sekreteri *Ban Ki Moon* özür dilemiş ve BM nezdinde tazminin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin süreç başlamıştır[133].

---

[128] Taslak 7. maddenin yorumu için bkz. *Yearbook of the ILC*, 2011, s. 50-60.

[129] Devletlerin dokunulmazlığı ile ilgili gündem maddesinde Hollanda mahkemesinde görülen *Srebrenica* davası bağlamında BM'nin dokunulmazlığını gündeme getirmiş ve Birleşik Krallık temsilcisi de UNESCO aleyhine açılan davada UNESCO'nun mutlak dokunulmazlığı olduğuna ilişkin karara ilişkin bilgi paylaşmıştır. Bu çerçevede, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı konusu müteakip CAHDI toplantı gündemine dahil edilmiştir. CAHDI 36. toplantı raporu, Avrupa Konseyi'nin 19.03.2009 tarihli ve CAHDI (2008) 25 sayılı Belgesi, s. 5-6.

[130] **DAUGIRDAS**, s. 1000.

[131] Haiti ile ilgili süreç ve eleştiriler için bkz. **DAUGIRDAS**, s. 1002 vd.

[132] Yale Üniversitesi bünyesinde hazırlanan rapor, "*Peacekeeping without Accountability, The United Nations Responsibility for the Haitian Cholera Epidemic*, 2013, *https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Clinics/Haiti_TDC_Final_Report.pdf* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

[133] FREEDMAN Rosa / LEMAY-HEBERT, Nicolas ve diğ., "Seeking Justice for the Victims of Cholera in Haiti: Framing the Reparations Debate Through Transitional Justice", **Human Rights Quarterly**, Vol. 43, 2021, ss. 567-585, s. 569; Ayrıca Haiti ile ilgili olarak bağımsız BM insan hakları uzmanları tarafından BM Genel Sekreterini adım atmaya çağıran "*UN inac-*

İki örnekte de uluslararası kuruluşun dokunulmazlığı nedeniyle yargılama yapılamadığı görülmektedir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk ve içtihat dokunulmazlığın bütün tazminat yollarını kapatacak kadar mutlak olmaması gerektiği yönündedir[134]. Bu doğrultuda uluslararası kuruluşlar bağlamında özel kuralların kabul edilmesi esastır. Nitekim BM'nin dahil olduğu haksız fiil iddialarından kaynaklanan zararlar ile sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bağlamında mekanizmalar oluşturma görevi bulunmaktadır[135].

3. Çalışanların Cezai Sorumluluğu

Dokunulmazlığa ilişkin kuralların bulunduğu uluslararası andlaşmalarda genellikle dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin hükümler düzenlenmektedir. Örneğin BM'nin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme'de BM Genel Sekreterine dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin karar verme hak ve görevi verilmiştir[136]. BM bünyesinde Ortak Teftiş Birimi tarafından hazırlanan "Dolandırıcılığın önlenmesi, tespiti ve müdahalesi" başlıklı raporda da BM Genel Sekreterinin dokunulmazlığın kaldırma hakkı ve görevi bulunduğu vurgulanmaktadır[137]. Bununla birlikte uygulama çok sınırlıdır[138].

Diğer taraftan, 1990'lı yılların başından itibaren özellikle Somali, Kamboçya, Balkanlar, Doğu Timor ve Batı Afrika'daki cinsel istismar iddiaları, BM barış gücü görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri, dokunulmazlık ve hesap verilebilirlik kavramları bakımından tartışmaları beraberinde getirmiştir[139]. Gine, Liberya ve Sierra Leonne'deki mülteci çocukların cinsel istismarına ilişkin BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) iş birliği ile yayımlanan 2002 tarihli rapor da tartışmaları arttırmıştır[140].

---

tion denies justice for Haiti cholera victims, say UN expert" başlıklı ve 30.04.2020 tarihli Basın Açıklaması için bkz. *https://www.ohchr.org/en/press-releases/2020/04/un-inaction-denies-justice-haiti-cholera-victims-say-un-experts* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

134 **CHOUDHURY**, s. 734.

135 **CHOUDHURY**, s. 730.

136 Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme m. 20.

137 BM Genel Kurulu'nun 13.01.2017 tarihli ve A/71/731 sayılı Belgesi, s. 99.

138 BOON Kristen E., "The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility", **Chicago Journal of International Law**, Vol. 16, No: 2, 2016, ss. 341-385, s. 380.

139 FÜRER Celine, *Sexual Exploitation and Abuse by United Nations Peacekeepers*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Norveç, Oslo Üniversitesi Siyasi Bilimler Bölümü, 2017, s. 14.

140 "*Sexual Violence & Exploitation: The Experience of Refugee Children in Guinea, Liberia and Sierra Leonne*" başlıklı rapor için bkz. *https://www.unhcr.org/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023); **FÜRER**, s. 14.

Bu çerçevede, 2006 yılında "BM Görevlileri ve Görevlendirilen Uzmanların Cezai Sorumluluğu (*Criminal Accountability of United Nations Officials and Experts on Mission*)" konusunda *Ad Hoc* Komite kurulmuş olup[141]; 2007 yılından itibaren de her yıl bu başlık Genel Kurul gündeminde ele alınmaktadır[142].

BM'ye ve çalışanlarına tanınan dokunulmazlık, sorumluluğun olmadığı anlamına gelmemektedir[143]. Nitekim, cinsel sömürü ve istismar suçlarını işleyen kişilerin cezalandırılmaları esastır. Bununla birlikte, şüphelinin vatandaşı olduğu ülkede yargılanması ihtimalinde mağdurun yargılama sürecinde bulunmasının zorluğu, sağlıklı bir yargılanmayı da güçleştirmektedir[144]. Ayrıca yemek veya para karşılığında cinsel sömürü durumunda mağdurun suçu bildirmemesi ve idam cezası olan bir ülke söz konusu olduğunda dokunulmazlığın kaldırılması kararının idam cezasına neden olabileceği gibi hususlar bu konuda genel bir hukuki çerçeve çizilmesini zorlaştırmaktadır[145].

Anılan hususların da etkisiyle, BM görevlileri ve görevlendirilen uzmanların cezai sorumluluğu konusundaki çalışmaların etkinleştirilmesi amacıyla uluslararası sözleşme taslağı[146] hazırlanmış olmakla birlikte, devletler arasında uzlaşı bulunmamaktadır[147]. Ancak 2017 yılında BM Genel Sekreterinin girişimiyle BM Sekretaryası ile üye devletler arasında gönüllülük temelinde sıfır tolerans ilkesinin vurgulandığı "Gönüllü Anlaşma" (*Voluntary Compact*) imzalanmıştır[148].

---

141 BM Genel Kurulu'nun 04.12.2006 tarihli ve A/RES/61/29 sayılı Kararı. Bu Karar, BM barış güçleri ile ilgili Özel Komite raporunda (*Report of the Special Committee on Peacekeeping Operations and its Working Group, A/59/19/Rev.1*) yer alan BM barış güçleri mensuplarınca yapılan cinsel istismar ve tacizlerle mücadele konusunun ele alınmasına yönelik görüş ve önerinin desteklendiği BM Genel Kurulu'nun 29.03.2005 tarihli ve A/RES/59/281 sayılı Kararına atıfla kabul edilmiştir.

142 BM Genel Kurulu'nun 62/63, 63/119, 64/110, 65/20, 66/93, 67/88, 68/105, 69/114, 70/114, 71/134, 72/112, 73/196, 74/181, 75/132, 76/106 ve 77/100 sayılı Kararları için bkz. *https://www.un.org/* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

143 THOMS Anna, Criminal Accountability of UN Officials Serving in Peacekeeping Operations, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İsveç, Uppsala Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014, s. 31.

144 **THOMS**, s. 39.

145 **THOMS**, s. 40.

146 "*Draft Convention on the Criminal Accountability of United Nations Officials and Experts on Missions*", BM Genel Kurulu'nun 16.08.2006 tarihli ve A/60/980 sayılı Belgesi.

147 BM Genel Kurulu'nun 30.11.2020 tarihli ve A/C.6/75/SR.17 sayılı Belgesi, s. 5, par. 23.

148 "*Voluntary Compact on Preventing and Addressing Sexual Exploitation and Abuse*" metni için bkz. *https://www.un.org/preventing-sexual-exploitation-and-abuse/content/voluntary-compact* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

Konuya ilişkin Genel Sekreterin sunduğu iki rapor ve eklerinde BM tarafından, suç işlediğine dair hakkında güvenilir iddialar bulunan BM görevlileri ve uzmanlarının vatandaşı olduğu devletlerin BM'ye ilettiği bilgiler ile BM görevlileri ve uzmanları tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturma ve kovuşturma süreçleri yer almaktadır[149]. "BM Görevlileri ve Görevlendirilen Uzmanların Cezai Sorumluluğu" başlıklı en güncel BM Genel Kurul Kararında da sıfır tolerans ilkesine vurgu yapılmakta, mağdurlara destek sağlanmasının önemine dikkat çekilmekte, cezasızlığın önlenmesi için devletlere gerekli tedbirlerin almaları, BM'ye de devletler yargı yetkisini kullanırken iş birliği yapmaları yönünde çağrıda bulunulmaktadır[150].

4. Özel Hukuk Kaynaklı Uyuşmazlıklar Bakımından Sorumluluk

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bünyesinde kurulan Avrupa Hukuk İş Birliği Komitesi'ne bağlı Uluslararası Kuruluşların Ayrıcalık ve Dokunulmazlıkları Alt Komitesi raporunda genel olarak uluslararası kuruluşların, daimi temsilciliklerin ve çalışanların ayrıcalık ve dokunulmazlıkları ele alınmakla birlikte, hesap verilebilirlik bağlamında iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara da değinilmektedir[151]. Bu bağlamda raporda, uluslararası kuruluşun alternatif çözüm mekanizmasının geçerli olması gerektiği, ancak uluslararası kuruluşun, özellikle hizmet sözleşmelerinde boşluk olduğu durumlarda yerel hukuk kurallarında belirtilen standartlar için yerel makamlara danışmaya hazır olması gerektiği belirtilmektedir[152].

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM) ise ilk olarak, "Uluslararası Kurumların İnsan Hakları İhlallerinden Sorumluluğu" başlığı ile konuyu gündemine almıştır[153]. 2013 yılında yayımlanan ilk raporda, uluslararası kuruluşların giderek artan etkinliğine rağmen hesap verilebilirlik mekanizmala-

---

149 BM Genel Kurulu'nun 26.07.2022 tarihli ve A/77/225 sayılı Belgesi ile 27.07.2022 tarihli ve A/77/237 sayılı Belgesi.

150 *Criminal Accountability of United Nations Officials and Experts on Mission*", BM Genel Kurulu'nun 07.12.2022 tarihli ve A/RES/77/98 sayılı Kararı.

151 "*Report of the Sub-Committee (of the European Committee on Legal Co-operation) on Privileges and Immunities of International Organizations*", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 26.09.1969 tarihli ve RES (69) 29 sayılı Kararının eki, s. 1.

152 "*Report of the Sub-Committee (of the European Committee on Legal Co-operation) on Privileges and Immunities of International Organizations*", 09.07.1969, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 26.09.1969 tarihli ve (69) 92 sayılı Kararının eki, s. 63.

153 AKPM'nin 09.03.2012 tarihli ve 12842 sayılı belgesi; AKPM'nin çalışmasının başlangıcı olarak kabul edilen bu belgede "uluslararası kurumlar" *(international institutions*) ibaresi tercih edilmiştir.

rının gelişmemiş olduğuna, hatta bazı durumlarda hiçbir mekanizmanın bulunmadığına dikkat çekilmektedir[154]. Nitekim, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığının temeli olan "görevsel gereklilik" kriteri bağlamında dokunulmazlık, çalışanların bağımsızlığının korunması için gerekli olmakla birlikte insan hakları normlarının ihlaline neden olmamalıdır[155]. Bu bağlamda, uluslararası kuruluş çalışanlarına mutlak (*absolute*) dokunulmazlık yerine sadece görevsel (*functional*) dokunulmazlık tanınmasının uygun olacağı ileri sürülmektedir[156]. Diğer bir ifadeyle dokunulmazlığın sadece resmi sıfatla sarf ettikleri sözler, yazdıkları ifadeler ve icra ettikleri işlemler bakımından geçerli olması savunulmaktadır.

AKPM bu çerçevede, 2014 yılında kabul ettiği Karar (*Resolution*) ve Tavsiyede (*Recommendation*), uluslararası kuruluşların, insan hakları normlarına uygunluğu denetleyebilen bağlayıcı mekanizmalara tabi olması, mümkün olan durumlarda insan hakları sözleşmelerine taraf olmalarının desteklenmesi, dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin açık ve net kurallar oluşturulması, gerekli olan görevsel dokunulmazlığın hukuki incelemeye bir kalkan olmaması ve uluslararası kuruluşlara sorumluluk atfedilemeyen durumlarda üye devletlerin sorumluluğunun devam etmesinin sağlanması hususları vurgulamıştır[157].

AKPM, 2015 yılında ise ikinci bir yaklaşım olarak, "Uluslararası Kuruluşların Yargı Bağışıklığı ile Çalışanlarının Hakları" (*Jurisdictional immunity of international organisations and rights of their staff)* konusunu gündemine almıştır[158]. Özellikle ulusal mahkemelere alternatif hukuk yollarının incelendiği rapor[159] doğrultusunda, AKPM 2018 yılında kabul ettiği Karar ve Tavsiyede, uluslararası kuruluşlar bünyesinde, uluslararası kuruluş çalışanlarının haklarının korunacağı uygun alternatif yolların kabul edilmesi, kurulacak mekanizmaların bağımsız, tarafsız ve şeffaf olmasının sağlanması, sendikaların da bu mekanizmalara ulaşma imkanının garanti edilmesi, küçük çaplı uluslararası kuruluşlar için Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi (*Administrative Tribunal of*

---

154 AKPM'nin 17.12.2013 tarihli ve 13370 sayılı Belgesi, s. 21.

155 **WEBB**, 2016, s. 762.

156 AKPM'nin 17.12.2013 tarihli ve 13370 sayılı Belgesi, s. 10.

157 AKPM'nin 31.01.2014 tarihli ve 1979 sayılı Kararı ve 31.01.2014 tarihli ve 2037 sayılı Tavsiyesi.

158 AKPM'nin 06.10.2015 tarihli ve 13905 sayılı Belgesi.

159 AKPM'nin 29.10.2017 tarihli ve 14443 sayılı Belgesi.

the International Labour Organization) ile Avrupa Konseyi İdare Mahkemesi (*Administrative Tribunal of the Council of Europe*) gibi mevcut mekanizmalara erişim hakkı tanınması tavsiye edilmektedir[160].

Diğer yandan, CAHDI, 2014 yılında "Uluslararası Kuruluşların Taraf Olduğu Özel Hukuka Ait Uyuşmazlıkların Çözümü" başlığı altında konuyu incelemeye başlamıştır[161]. Anılan çalışma, uluslararası kuruluşların neden olduğu iddia edilen yaralanma veya ölüm ve mal kaybı veya zararlar bağlamında hukuk yollarının ele alınmasını amaçlamaktadır[162]. CAHDI toplantılarında, uluslararası kuruluşların dahil olduğu uyuşmazlıklarda bireylerin haklarının yerel mahkemelerde korunması bağlamında uzun zamandır hukuki boşluk olduğu gündeme gelmiştir[163]. Bu çerçevede hukuki boşluğun doldurulabilmesi amacıyla üye devletlerin paylaştığı örnekler ile öneriler görüşülmektedir. Bu aşamada CAHDI veri tabanında yayımlanmış ulusal yargılamalara ilişkin sınırlı örnek bulunmakla birlikte, genel olarak çalışmaya ilişkin değerlendirmeler kamuya açıklanmamıştır[164].

SONUÇ

Uluslararası ilişkilerde uluslararası kuruluşların önemi ve etkisi giderek artmaktadır. Günümüzde uluslararası kuruluşların net bir tanımı olduğunu söylemek güçtür. Bununla birlikte UHK'nın yaklaşımı genel eğilimi göstermektedir. Bu yaklaşıma göre, uluslararası kuruluşlar, uluslararası hukukun süjesi olan, andlaşma veya uluslararası başka bir belge ile kurulmuş uluslararası tüzel kişiliğe sahip (kurumsal bir niteliği olan, kendine has sürekli bir yapı ve organlara sahip bulunan) kuruluş şeklinde tanımlanmaktadır.

Devletlerin uluslararası kuruluşu kurma amaçları, kuruluşun yapısı ve işleyişi gibi hususlardaki farklılıklar nedeniyle uluslararası kuruluşlar için

---

160 AKPM'nin 26.01.2018 tarihli ve 2206 sayılı Kararı ve 26.01.2018 tarihli ve 2122 sayılı Tavsiyesi.

161 CAHDI 47. toplantı raporu, Avrupa Konseyi'nin 18.09.2014 tarihli ve CAHDI (2014) 11 sayılı Belgesi, s. 6.

162 CAHDI 47. toplantı raporu, s. 6.

163 "*Opinion of the CAHDI on Recommendation 2122 (2018) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe - Jurisdictional immunity of international organisations and rights of their staff*" için bkz. CAHDI 55. toplantı raporu, Avrupa Konseyi'nin 21.09.2018 tarihli ve CAHDI (2018) 16 sayılı Belgesi, s. 42.

164 *Database of the CAHDI: The immunities of States and international organisations*, *http://www.cahdidatabases.coe.int/Contribution/Details/226* (Erişim Tarihi: 26.02.2023).

genel kabul görmüş hukuk kuralları bulunmamaktadır. Devletler, uluslararası kuruluşun faaliyetlerini ve uluslararası kuruluşla olan ikili ilişkileri de dikkate alarak görevsel gereklilik çerçevesinde dokunulmazlık tanıma eğilimindedirler. Bu dokunulmazlıkların hukuki çerçevesi için kuruluş andlaşmaları, belirli bir uluslararası kuruluşun sahip olduğu dokunulmazlıklara ilişkin andlaşmalar, ev sahibi ülke andlaşmaları ve iç hukuk kurallarının her biri incelenmelidir. Bu metinlerde uluslararası kuruluşlara, binalarına, eşyalarına tanınan dokunulmazlık ile unvanlarına göre çalışanlara ve çalışanların yakınlarına tanınan dokunulmazlıklarda farklı kurallar kabul edilebilmektedir.

UAD'ın uluslararası kuruluşların dokunulmazlığının teamül kuralı olup olmadığı veya kapsamı konusunda bugüne kadar bir kararı olmamakla birlikte, çalışanların dokunulmazlığına ilişkin hükümleri geniş yorumlayabildiği, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığının tazminat konusundan farklı olduğuna ve uluslararası kuruluşlar bünyesinde alternatif hukuk yollarının olması gerektiğine dikkat çektiği görülmektedir. AİHM de dokunulmazlık nedeniyle ulusal mahkemelerde davanın görülememesini tek başına adalete erişim ilkesine bir aykırılık olarak değerlendirmemekte ve ayrıca iş uyuşmazlıkları bakımından uluslararası kuruluşlar bünyesinde mutlaka alternatif hukuk yolunun bulunması gerektiği görüşündedir. Bu anlayışla, uluslararası kuruluşların dokunulmazlığı ile adil yargılama hakkı ve hesap verilebilirlik ilkeleri arasında dengenin sağlanabilmesi için BM ve Avrupa Konseyi'nin çeşitli çalışmaları mevcuttur.

Bu çerçevede, görevsel gereklilik (*functional necessity*) temelinde, uluslararası kuruluşların faaliyetlerini sürdürdükleri ülkelerde dokunulmazlığının bulunması fikri genel olarak savunulmaktadır. Bununla birlikte uluslararası kuruluşların yapılarındaki farklılık ve görev yapılan bölgelerdeki özel durumlar dikkate alındığında genel kabul gören kuralların belirlenmesi güç ve adil olmayan sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, dokunulmazlıkların uluslararası andlaşmalarla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, dokunulmazlık nedeniyle bireylerin mağdur olmamaları ve dokunulmazlıkların adil yargılanma hakkı ve hesap verilebilirlik ilkelerine zarar vermemesi için, devletlerin ikili ve çok taraflı andlaşmalarda mutlak bağışıklık yerine görevsel bağışıklığı kabul etmesi ve alternatif hukuk yollarına yönelik mekanizmalarının kurulmasına önem vermesi öne çıkan çözüm yollarındandır.

KAYNAKÇA

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 6. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

BLOKKER Niels, "Jurisdictional of International Organisations, Origins, Fundamental and Challenges", RUYS Tom/ ANGELET Nicolas ve diğ. (Editör), **The Cambridge Handbook of Immunities and International Law**, Cambridge University Press, 2019.

BONAFE Beatrice I., "Italian Courts and the Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, 2013, ss. 505-537.

BOON Kristen E., "The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility" **Chicago Journal of International Law**, Vol. 16, No: 2, 2016, ss. 341-385.

BUCHAN Russell / TSAGOURIAS Nicholas, "Hacking International Organizations: The Role of Privileges, Immunities, Good Faith and the Principle of State Sovereignty", **International Review of the Red Cross**, Vol. 104, No: 919, 2022, ss. 1171-1198.

CHOUDHURY Farhana, "The United Nations Immunity Regime: Seeking a Balance Between Unfettered Protection and Accountability", **Georgetown Law Journal**, Vol. 104, No: 3, 2016, ss. 726-742.

DAUGIRDAS Kristina, "Reputation and the Responsibility of International Organizations", **European Journal of International Law**, Vol. 25, No: 4, 2014, ss. 991-1018.

DE BRABANDERE, Eric, "Belgian Courts and the Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review,** Vol. 10, 2013, ss. 464-504.

EMİR Nergiz, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararına İlişkin Danışma Görüşü Işığında Uluslararası Örgütler ile Personeli Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2018, ss. 285-305.

ERGÜVEN Nasıh Sarp, Uluslararası Hukukta Diplomatik Ayrıcalıklar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

EKŞİ Nuray, "Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Türkiye'deki Faaliyetleri ve Türk İltica Sisteminde Değişen Rolü", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 1, 2019, ss. 343-370.

ERKİNER Hakkı Hakan / ERAY İlayda: "Uluslararası Hukuk Bakımından Bir Uluslararası Örgüt Olarak Türk Devletleri Teşkilatı", **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, 2022, ss. 217-250.

FREEDMAN Rosa / LEMAY-HEBERT, Nicolas ve diğ., "Seeking Justice for the Victims of Cholera in Haiti: Framing the Reparations Debate Through Transitional Justice", **Human Rights Quarterly**, Vol. 43, 2021, ss. 567-585.

FÜRER Celine, Sexual Exploitation and Abuse by United Nations Peacekeepers, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Norveç, Oslo Üniversitesi Siyasi Bilimler Bölümü, 2017.

GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 9. bası, Savaş Yayınevi, 2018.

LAMMERS Johan G., "Immunity of International Organizations", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 276-286.

LAPAS Davorin, "Diplomatic Privileges and Immunities for IGO-like Entities", **International Organizations Law Review,** Vol. 17, 2020, ss. 350-378.

KUNZ Josef L., "Privileges and Immunities of International Organizations", **The American Journal of International Law**, Vol. 41, No: 4, 1947, ss. 828-862.

OLUFEMI Elias, "Who Can Make Treaties? International Organisations", HOLLIS Duncan B. (Editör), **The Oxford Guide to Treaties,** 1. bası, Oxford Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık, 2012.

OLSON Peter, "Immunities of International Organizations, A NATO View", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, 2013, ss. 419-433.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 17. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

RAYFUSE Rosemary, "Immunities of United Nations Human Rights Special Rapporteurs: Who Decides?", **Australian Journal of Human Rihgts**, Vol. 7, No: 1, 2001, ss. 169-186.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 12. bası, Beta, İstanbul, 2018.

STEWART David P. / WUERTH Ingrid, "The Jurisdictional Immunities of International Organizations, Recent developments and the Challenges of the Future", STEPHAN Paul B. / CLEVELAND Sarah H. (Editör), **The Restatement and Beyond: the Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law**, Oxford University Press, 2020.

TAŞHAN Aylin, **Diplomaside Ayrıcalık ve Bağışıklıklarla İlgili Uygulamalar**, T.C. Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü Yayını, 2011.

THOMS Anna, Criminal Accountability of UN Officials Serving in Peacekeeping Operations, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İsveç, Uppsala Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014.

WEBB Philippa, "Should the 2004 UN State Immunity Convention Serve as a Model / Starting Point for a Future UN Convention on the Immunity of International Organizations?", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 319-331.

WEBB Philippa, "The Immunity of states, diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma", **The European Journal of International Law**, Vol. 27, No: 3, 2016, ss. 745-767.

WOOD Michael, "Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?", **International Organizations Law Review**, Vol. 10, No: 2, 2014, ss. 287-318.

ZIELINSKI Marek, "European Agencies Headquarters Agreements", **Polish Review of International and European Law**, 2017, Vol. 6, No: 1, ss. 9-45.

Yearbook of the ILC, 1949, Vol. I, A/CN.4/SR.6.

Yearbook of the ILC, 1950, Vol. II, A/CN. 4/SER.A/1950/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1956, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1956/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1958, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1958/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1961, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1961/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1963, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1963/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1966, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1968, Vol. II, A/CN.4/SER.A/1968/Add.1.

Yearbook of the ILC, 1971, Vol. II (1), A/CN.4/SER.A/1971/Add.1(1).

Yearbook of the ILC, 1992, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/1992/Add.1(2).

Yearbook of the ILC, 2006, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/2006/Add.1(2).

Yearbook of the ILC, 2011, Vol. II (2), A/CN.4/SER.A/2011/Add.1(2).

AKPM'nin 09.03.2012 tarihli ve 12842 sayılı Belgesi.

AKPM'nin 17.12.2013 tarihli ve 13370 sayılı Belgesi.

AKPM'nin 31.01.2014 tarihli ve 1979 sayılı Kararı.

AKPM'nin 31.01.2014 tarihli ve 2037 sayılı Tavsiyesi.

AKPM'nin 06.10.2015 tarihli ve 13905 sayılı Belgesi.

AKPM'nin 29.10.2017 tarihli ve 14443 sayılı Belgesi.

AKPM'nin 26.01.2018 tarihli ve 2122 sayılı Tavsiyesi.

AKPM'nin 26.01.2018 tarihli ve 2206 sayılı Kararı.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 26.09.1969 tarihli ve RES (69) 29 sayılı Kararı.

Avrupa Konseyi'nin 19.03.2009 tarihli ve CAHDI (2008) 25 sayılı Belgesi.

Avrupa Konseyi'nin 18.09.2014 tarihli ve CAHDI (2014) 11 sayılı Belgesi.

Avrupa Konseyi'nin 21.09.2018 tarihli ve CAHDI (2018) 16 sayılı Belgesi.

Avrupa Konseyi'nin 23.09.2021 tarihli ve CAHDI (2021) 9 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 05.12.1958 tarihli ve 1289 (XIII) sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu'nun 09.02.1992 tarihli ve A/RES/47/33 sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu'nun 16.08.2006 tarihli ve A/60/980 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 04.12.2006 tarihli ve A/RES/61/29 sayılı Kararı.

BM Genel Kurulu'nun 13.01.2017 tarihli ve A/71/731 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 30.11.2020 tarihli ve A/C.6/75/SR.17 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 26.07.2022 tarihli ve A/77/225 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 27.07.2022 tarihli ve A/77/237 sayılı Belgesi.

BM Genel Kurulu'nun 07.12.2022 tarihli ve A/RES/77/98 sayılı Kararı.

BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 24.05.1989 tarihli ve 1989/75 sayılı Kararı.

BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 05.08.1998 tarihli ve 1998/297 sayılı Kararı.

Danıştay 3. Dairesi, E. 2019 / 7550, K. 2022 / 1141, 16.03.2022.

Yargıtay 10. HD, E. 2015 / 1598, K. 2017 / 4118, 15.05.2017.

AİHM, *Beer* ve *Regan* / Almanya, Başvuru No: 28934 / 95, Karar Tarihi: 18.02.1999.

AİHM, *Bosphorus* Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi / İrlanda, Başvuru No: 40036 / 98, Karar Tarihi: 30.06.2005.

AİHM, *Chapman* / Belçika, Başvuru No: 39619 / 06, Karar Tarihi: 05.03.2013.

AİHM, *Emilio Gasparini* / İtalya ve Belçika, Başvuru No: 10750 / 03, Karar Tarihi: 12.05.2009.

AİHM, *Klausecker* / Almanya, Başvuru No: 415 / 07, Karar Tarihi: 29.01.2015.

AİHM, *Perez* / Almanya, Başvuru No: 15521 / 08, Karar Tarihi: 29.01.2015.

AİHM, *Stichting Mothers of Srebrenica and others* / Hollanda, Başvuru No: 65542 / 12, Karar Tarihi: 11.06.2013.

AİHM, *Waite* ve *Kennedy* / Almanya, Başvuru No: 26083 / 94, Karar Tarihi: 18.02.1999.

UAD Danışma Görüşü, 26.06.1947 tarihli Birleşmiş Milletler Merkez Andlaşmasının 21. bölümünde yer alan tahkim şartının uygulanması, No: 543, Karar Tarihi: 26.04.1988.

UAD Danışma Görüşü, Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine dair Sözleşme'nin VI. maddesi 22. bölümünün uygulanabilirliği, No: 573, Karar Tarihi: 15.12.1989.

UAD Danışma Görüşü, Dünya Sağlık Örgütü ile Mısır arasındaki 25.03.1951 tarihli Andlaşmanın yorumu, No: 457, Karar Tarihi: 20.12.1980.

UAD Danışma Görüşü, İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün dokunulmazlığı hususunda görüş ayrılığı, No: 726, Karar Tarihi: 29.04.1999.

UAD Danışma Görüşü, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 sayılı Kararı hakkında Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu aleyhine yapılan şikâyet, No: 2867, Karar Tarihi: 01.02.2012.

ABD Dışişleri Bakanlığı internet bağlantısı *https://state.gov*

ABD mevzuatına ilişkin internet bağlantısı *https://uscode.house.gov/*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin internet bağlantısı *https://hudoc.echr.coe.int/*

Avrupa Konseyi'nin internet bağlantısı *https://www.coe.int/*

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği internet bağlantısı *https://ohchr.org*

BM Mülteciler Yüksek Komiserliği internet bağlantısı *https://www.unhcr.org*

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun internet bağlantısı *https://legal.un.org/ilc*

BM'nin andlaşmalara ilişkin internet bağlantısı *https://treaties.un.org*

BM'nin internet bağlantısı *https://www.un.org/*

Dünya Ticaret Örgütü'nün internet bağlantısı *https://www.wto.org/*

İsviçre Federal Dışişleri Bakanlığı internet bağlantısı *https://www.eda.admin.ch/*

NATO'nun internet bağlantısı *https://www.nato.int/*

T.C. Dışişleri Bakanlığı'nın internet bağlantısı *https://www.mfa.gov.tr*

Uluslararası Adalet Divanı'nın internet bağlantısı *https://www.icj-cij.org/en*

Uluslararası Hukuk Derneği internet bağlantısı *https://www.ila-hq.org*

Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi internet bağlantısı *https://law.yale.edu/*

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 409-446

GÜNAH VERGİSİ KAVRAMI ÜZERİNDEN ALKOLLÜ İÇECEKLERDE ÖTV ARTIŞLARI VE BU ARTIŞLARIN SAHTE İÇKİ ÜRETİMİNE YANSIMALARI(*)

Arş. Gör. **Çağatay ŞAHİN**(**)

Öz: Türkiye Cumhuriyeti'nde Avrupa Birliği uyum süreciyle birlikte kabul edilen özel tüketim vergisi, lüks veya zararlı alışkanlık oluşturabilecek malların tüketimini vergilendirmeye ve devlete kaynak aktarmaya yönelik bir düzenleme olarak getirilmiştir. Bununla birlikte son dönemde büyük oranda arttırılan alkollü içeceklerdeki özel tüketim vergisinin nüfusun ve ülkedeki yabancı turist sayısının arttığı bir ortamda bandrollü alkollü içki tüketiminin sürekli düşmesi sebebiyle etkinliği sorgulanmaktadır. Bu durum yüksek vergi oranının kayıt dışı alkol ticaretinde artışa neden olduğunu göstermektedir. Türkiye'de mevcut alkol politikalarının sonucunda bir yan endüstri halini alan tarımsal etil alkol üretimi, vergi kaybına sebep olmasının yanında giderek bir halk sağlığı sorunu da oluşturmaktadır. Çoğunlukla internet ortamında gerçekleşen satışlarla ve kapıda ödeme seçeneğiyle geniş bir tüketim ağına ulaşan etil alkol, içeriğine karışan metil alkol sebebiyle zehirlenme vakalarına ve ölümlere neden olmaktadır. Bu sebeplerden dolayı çalışma, Türkiye'de alkollü içkilerdeki özel tüketim vergisi yükünün bir günah vergisi statüsünde olduğundan hareketle, kayıt dışı alkol üretim pratiklerine ve halk sağlığı sorununa eğilmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme, Kayıt Dışı Ekonomi, Günah Vergisi, Metil Alkol, Sahte İçki.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 21.02.2023 - Makale Kabul Tarihi: 31.05.2023.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye (ORCID: 0000-0002-6184-5053; *cagataysahin@hacettepe.edu.tr*).

SPECIAL CONSUMPTION TAX INCREASES ON THE ALCOHOLIC BEVERAGES IN THE CONTEXT OF SIN TAX AND THE EFFECTS OF THESE INCREASES ON COUNTERFEIT ALCOHOL PRODUCTION

Abstract: Special consumption tax, which has been brought in the Republic of Turkey as a result of the harmonization process with the European Union, was introduced as a regulation for taxing the consumption of luxury goods or goods that may form harmful habits, and for transferring resources to the state. However, the efficiency of special consumption tax on alcoholic beverages, which has been greatly increased in the last period, is questioned due to continuous decrease in the consumption of alcoholic beverages with banderol in an environment where the population and the number of foreign tourists increase. This shows that the high tax rate causes an increase in unregistered alcohol trade. Ethyl alcohol production, which has become a sub-industry as a result of current alcohol policies in Turkey, causes tax loss and constitutes a public health problem as well. Ethyl alcohol, which reaches a wide consumption network mostly through online sales and payment on delivery, causes poisoning cases and deaths due to the methyl alcohol it contains. For these reasons, this study aims to focus on unregistered alcohol production practices and the public health problem, considering that the tax burden on alcoholic beverages in Turkey is in the status of sin tax.

Keywords: Taxation, Unrecorded Economy, Sin Tax, Methyl Alcohol, Counterfeit Alcohol.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nde devletin vergilendirme yetkisi bağlamında son dönemde alkollü içkiler üzerinde sürekli arttırılan özel tüketim vergisinin bandrollü alkollü içki miktarını azalttığı bilinmektedir; ancak bunun kayıt dışı içki üretimine olan etkileri üzerinde durulmamaktadır. Bu bakımdan alkol regülasyonu bakımından özel tüketim vergisinin artık bir günah vergisi olduğundan yola çıkarak bunun toplumun önemli bir kesiminin alkollü içeceklere erişimini nasıl etkilediği veya hangi tüketim pratiklerine yol açtığı çalışmanın çıkış noktasını oluşturmaktadır. Araştırmanın temel tezi, devletin yurttaşları için zararlı olarak gördüğü alkol, sigara, fast-food, piyango, kumar veya mısır şurubu gibi birçok mal ve hizmete koyulan yüksek oranlı harcama vergisi olarak ifade edilen günah vergisi, ülkemizde bu şekilde adlandırılmamakla birlikte özellikle tütün ve alkolü içkiler üzerinden bir vergi politikası olarak

değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu bakımdan hukuki dayanağını 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda bulan alkolü içecekler üzerindeki özel tüketime dayalı vergilendirmeyi mevcut iktidarın politikaları doğrultusunda günah vergisinin bir yansıması olarak görmek daha doğru olacaktır.

Verginin toplumsal bir amacı olarak nitelendirilen ve vergiyi arttırma gerekçesini halk sağlığı ya da ailenin korunması şeklinde gerekçe gösteren bu politikanın sonucu da ülkemizde her yıl daha çok üretimi gerçekleşen tarımsal amaçlı etil alkol ve bunun çeşitli yollarla satışının sonucu olarak gerçekleşen zehirlenme vakalarıdır. Bu hususta sahte içkiden kasıt yüksek oranda toksik olan metanol maddesinin tarımsal amaçlı üretilen etil alkolün içerisine karışarak piyasaya sunulması ve bunun alıcılar tarafından etil alkol olduğu düşüncesiyle tüketilmesidir. Basında bir sayıdan ibaret şekilde haberleştirilen bu zehirlenme vakalarının bu yönüyle alkolizmle mücadele meselesinin ötesinde incelenme gereği doğmuştur; zira yasal tüketimi engellemek ile tüketeni yüksek vergilendirme ile içkisini tüketmeye zorlamak iktidar yetkililerinin deklare ettiği üzere bir vergi politikasına dönüşmüş durumdadır. Bunun dışında meselenin diğer bir yanını da polisiye tedbirler oluşturmaktadır. Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı öncülüğündeki tedbirlerle ilerleyen bu durum son zamanlardaki baskınlar, mahkeme kararları ve ele geçirilen binlerce litre alkol ile birlikte değerlendirildiğinde ülkemizde giderek sahte içki satışı, satın alınan içkiden dolayı zehirlenme ve ölümlerin ardından polis tarafından üretim adreslerine baskınlar birbirini takip etmektedir. Bu kapsamda *Devletin Alkol Politikalarını İzleme Platformu* verilerine göre 2021 yılında yüz dokuz yurttaşımız sahte içki kaynaklı zehirlenmeler sebebiyle hayatını kaybetmiştir ve dört yüzün üzerinde kişinin ise sahte içki kaynaklı zehirlenmeler sebebiyle tedavi gördüğü bilinmektedir. Giderek bir halk sağlığı problemi haline gelen bu durum, meclis açıklamalarına da yansıdığı üzere pandemi dışında ülkede toplu ölümlere yol açan ikinci büyük etmen olarak ifade edilmektedir.

Alkol tüketiminin Avrupa Birliği ülkeleri ortalamasının oldukça altında olduğu Türkiye Cumhuriyeti'nde yüksek oranda bir vergi kaybına yol açan sahte içki üretimi, kamusal politikalar bakımından da giderek olağan bir hal almış ve tüketici kesiminin bu kaçak üretimden daha çok faydalanmasının yolu açılmıştır. Bunun yanında yurttaşlar *4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun*'un belirttiği sınırlar dahilinde ev içerisinde fermente veya damıtma alkol üretimi yapmaya başlamış veya önceden beri yapılan üretim kitlesel bir boyuta ulaşmıştır. Bundan

daha tehlikeli olarak ülkemizde yurtiçinde üretilen veya yurtdışından ülkeye sokulan her yıl binlerce ton litreyi bulan etil alkol (*teknik alkol*) alımı gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda tüketimi azaltması beklenen alkollü içkilerdeki özel tüketim vergisi, yurttaşların merdiven altı üretimle elde edilen ürünleri tercih ederek online veya tekel bayii satışlarıyla almasına ve sahte içki kaynaklı zehirlenmelerin sayısındaki bu artışın dramatik şekilde sürmesine neden olmaktadır. Bu durum Sayıştay raporlarından da görüldüğü üzere yurttaşların daha çok sahte içki tüketmeye itilmelerine ve devletin özel tüketim vergisi kaybı sebebiyle gelirinin azalmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda çalışma kamu politikaları açısından alkol zamlarıyla beraber özel tüketim vergisi artışlarına eleştirel bir değerlendirmede bulunmayı ve bunun sahte içki üretimine olan etkisini farklı boyutlarıyla incelemeyi hedeflemektedir.

I. DEVLET, ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ VE ALKOLLÜ İÇKİLER

1. Türkiye'de Özel Tüketim Vergilerinin Gelişimi

Modern dünyada devletler, yüklenmiş oldukları düzeni sorumluluk içerisinde yerine getirebilme ve kamu düzeni ile kamu güvenliğini sağlayabilme amacıyla belirli mali kaynaklara ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaçlar amacıyla toplanan vergi, doğrudan devletin vergilendirme yetkisiyle ilgili olup bu durum bazı mal ve ürünlerin tüketim oranlarını ve tüketim kapasitelerini azaltmak amacıyla da kullanılabilmektedir[1]. Bununla beraber hiyerarşi bakımından anayasal bir düzeyde vergilendirmenin esaslarına ilişkin tarihsel süreçte akla ilk gelen husus, yasa önünde eşitlik ilkesi olmaktadır ve yasa önünde herkesin eşit olmasından mali gücü benzer olanların aynı vergi yüküne tabii olmaları, farklı mali gücü olanların da eşit olmayan vergi yüküne tabii olmaları anlaşılmaktadır. Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 10. maddesindeki eşitlik kavramını verginin amacının makul, adil ve anlaşılabilir olması temelinde üç ana unsur üzerinden yorumlamaktadır[2]. Bununla birlikte sosyal ve ekonomik türden eşitlik kavramlarından ayrı bir kavram olan hukuki eşitliğe tarihsel süreçte daha farklı bir anlam verilebildiği veya eşitlik kavramının farklı anlamları içerecek şekillerde kullanıldığı da burada ifade edilmelidir[3]. Bu hususta Anayasa

---

1 ERKİN Gözde, **Türk Hukukunda Vergilendirme Yetkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 6- 7.

2 SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s. 55.

3 SEVER Dilşad Çiğdem, İdeolojik Olarak Hukuki Eşitlik, B. Erdağı (ed.), **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları**, Notabene Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 29- 58, 42- 43.

Mahkemesi kararlarından da anlaşılabileceği gibi yasa koyucunun vergilendirmelerinde vergi yükümlülerinin ekonomik ve kişisel durumlarından ayrı veya bununla uyumsuz bir bicimde hareket etmemesi gerektiği görüşü hakimdir. Bu durum vergilendirmede sosyal devletin bir vergi devleti de olduğu fikrini kabul etmeyi ve vergi yükümlülerinin mali güçlerinin vergi sisteminin merkezi kavramlarından biri olduğu hususunu da idrak etmeyi gerektirir; zira sosyal devlet bireylerin kendilerini idame ettirmelerine önem veren ve onurlu yaşamı önceleyen bir devlet olduğundan mali güce göre vergilendirilme meselesini de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir[4].

Bununla beraber vergilendirmede eşitlik ilkesi vergilendirme yönünden birbirine yakın bir gelir, servet durumuna sahip kimselerin eşit prosedüre tabii tutulması (yatay adalet) olarak anlaşılır iken farklı koşullara sahip grupları farklılıkları ölçüsünde değişik şekilde vergilendirmeye tabi tutulması (dikey adalet) gerektiği kabul edilmektedir. Burada dikey adalette belirli bir tercih ihtimali olduğu dikkat çeker, bir diğer deyişle yasa koyucunun tercihleri ve sosyal devlet anlayışı burada öne çıkarılmaktadır[5]. Bununla beraber bir hukuk düzeninin toplumda hangi türden farklılıkları yurttaşlarına farklı muamelede bulunmak için haklı neden kapsamında savunduğu hususu, esasen hukukun ideolojik karakterine ilişkin bir gerekçelendirmeye kapı açar. Bir gruba daha farklı bir ölçüt getirme ve bu ölçüt üzerinden haklı neden oluşturma eğilimi hukuki eşitliğin de subjektif karakterini göstermesinin yanında hukukun ideolojik yapısını ya da hukukun kendi alanı dışındaki kökenlerini gösteren bir etkiye sahiptir[6]. Bu bakımdan siyasal karar alma ürünü olan vergilendirme, doğrudan vergilerin meşruluğunu inşa etmek ile egemenin bunu hangi kamusal işlerin finansmanında kullanacağı sorununu içerisinde barındırmaktadır; bu yönüyle bakıldığında yasal-hukuksal formda olması gereken vergi koyma faaliyetinin siyasal bir tercihin sonucunda ortaya çıkıyor olması onun yasal düzenlemeler alanına çekilerek hukukileştirilmesini gerekli kılar[7].

---

4 YALTI SOYDAN, Billur, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Adalet Kavramı ile Okumak". **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 119, 1998, ss. 98-118, s. 114.

5 ÖNCEL ve diğ., **Vergi Hukuku**, 13. Bası, Turhan, Ankara, 2006, s. 41.

6 SEVER, s. 46- 47.

7 ÖZCAN Mehmet Tevfik, "Vergilendirme, Politika ve Hukuk", F. Yenisey, G. Güneş, Z. E. Şirin (ed.), **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 59-80, s. 62.

Buradan hareketle çağdaş devlet düzenlerinde anayasaların neredeyse hepsinde vergilendirme, kişilerin temel hak ve özgürlük kullanımlarına ve buradan hareketle mal varlıklarına müdahale niteliğini haiz bir kavramdır; zira vergi yükünün toplumdaki tüm yurttaşlara adaletli şekilde dağıtımı, ülkelerin maliye politikalarının toplumsal amacını oluşturmaktadır. Türk hukukunda 1982 Anayasası 73. maddede getirilen "*mali güce göre vergi ödeme*" ilkesi, vergilendirmenin anayasal dayanağını oluşturmaktadır[8]. Bununla birlikte devletler mali araçların kullanımında yaş, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, dini inanç veya toplumsal statü gibi çeşitli durumları dikkate alarak farklı gruplara gelir, servet ve tüketim yönünde mali ayrımcılık (*fiscal discrimination*) yapabilir. Devlet bunu yaparken şahıs ayrımcılığı ya da mal ayrımcılığı yoluna başvurabilir, örneğin lüks tüketim malları ya da zararlı malları farklı usul ve oranlarda vergilendirerek vergi ayrımcılığı yapabilmektedir[9]. Bu yönüyle özgürlükleri sınırlandırabilmek, şüphesiz bu sınırlandırmanın ancak kanun koyucu tarafından yapılabileceği ilkesini kabul etmekten geçmektedir; ancak özgürlükler arasında hiyerarşik bir sıralama yapmak ve buna göre hürriyetleri düzenlemek gibi farklı gerekçelerle onları kısıtlamak ya da kullanılamaz hale getirmek, pratik alanda gerçekleşmesi muhtemel politik tavırlar arasındadır. Diğer bir ifadeyle özgürlüklerin kısıtlanmasında genel prensipleri ve makul ölçüyü aşmayı engellemenin yolu da yargı denetiminden geçmektedir; ancak kanun koyucunun "kamu yararı", "genel ahlak", "halk sağlığı" gibi gerekçelerle ölçüyü aşması ve istisnaların kuralı boğarak hakkın özünü zedeleme ihtimali her zaman mümkündür[10]. Bununla beraber vergilendirme tekniği açısından yükümlülerin vergi ödeme isteklerinin istikrarlı bir nitelik arz etmesi bir başka önemli husustur; zira vergi konusu ya da oranında sürekli değişikliğe gidilmesi tıpkı vergi afları ve karmaşık kanun yapıları gibi vergi yükümlülerinin vergi ödeme konusunda kaçındıkları bir nitelik arz etmektedir[11].

---

8 KARAKOÇ Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 62-63. Buradan yapılacak çıkarım, mali güce göre vergileme ölçütünün eşitlik ilkesiyle birlikte okunması gerekli bir ölçüt olduğudur; zira mali güç öncelikle bir eşitlik ve eşitsizlik derecelendirmesi olarak anlaşılma zorunluluğu altındadır. Buna ek olarak bu durumdan mali gücün basit bir aritmetik denklem şeklinde değerlendirilebileceği fikri anlaşılmamalıdır. YALTI SOYDAN, s. 103-104.

9 AKTAN Can Coşkun, **Mali Ayrımcılık Keyfi Devlet, Vergi Ayrıcalıkları ve Vergi Ayrımcılığı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 15-17.

10 KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, 1993, Ankara, s 230-232.

11 "(..) *Oysa, vergi mevzuatı belirsizlikler manzumesidir. Nitekim, vergi kanunlarının önemli bir bölümü asıl maddelerden çok, ek, geçici ve mükerrer maddelerden oluşmakta; kanunların*

Çalışma bakımından meselenin bir diğer ayağını da vergi gelirinin nasıl sağlandığı hususu ve dolaysız vergi ile dolaylı vergi arasındaki karşıtlık oluşturmaktadır. Türkiye'de 1980 sonrası devlet yönetiminde ve vergileme zihniyetinde derin bir dönüşüm gerçekleşmiş ve ülkenin piyasa ekonomisiyle uyumlu biçimde vergileme yapısına sahip olması istenmiştir. Bu aşamadan sonra gelir üzerinden alınan verginin yükü giderek harcamalara doğru kaydırılmıştır. 2000'li yıllarda vergi düzenlemelerinin Avrupa Birliği politikasıyla uyumlu hale getirilmesi de bu sürecin devamı olarak görülebilir[12]. Bu hususta devletin vergi sistemlerinde dolaylı vergilerin payını arttırması ve gelir-servet vergilerinin payını düşürmesi, neoliberal dönemin bir gereği olarak kabul edilmektedir; ancak bu yeni sistemde sermaye ile yabancı yatırımların serbestleştirilmesi yönündeki değişimleri talep eden aktörler, devletin ekonomiye müdahalesini de sakıncalı olarak görmektedir[13].

Türkiye'de dolaylı vergiler alanındaki karışıklığı sona erdirmek ve Avrupa Birliği uyum sürecinde mevzuatı şekillendirmek amacıyla 01.08.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu, tek aşamalı olup gayrisafi tutar üzerinden hesaplanan bir vergi türüdür. Bu Kanun'un konusunu tüketiciler tarafından belirli bir iktisadi süreç sonunda alınan ve kanuna ekli listelerin içerisinde açıkça sayılan mallar oluşturmaktadır. Bu listelerde sayılan mallar, sırasıyla petrol ile petrol ürünleri (I Sayılı liste), motorlu taşıtlar vergisi (II Sayılı liste), tütün mamulleri ile alkollü içkiler ve kolalı gazozlar (III Sayılı liste[14]) ve lüks mallar olarak anılan beyaz eşya ve elektronik ürünler (IV Sayılı liste) olarak sıralanmaktadır[15]. Bu hu-

---

birbiriyle uyumu bir yana, bazen aynı kanunun kendi maddelerinin birbiriyle uyumu bile bulunmamaktadır. Bu itibarla, vergi kanunları ve bunların uygulanması, yükümlüleri belirsiz bir vergilendirme ortamına sokmamalıdır." KARAKOÇ Yusuf, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.15, Özel Sayı, 2013, ss. 1258-1308, s. 1300-1301.

12 MUTLU Abdullah, **Tanzimattan Günümüze Türkiye'de Vergileme Zihniyetinin Gelişimi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009, s. 147.

13 SOMEL Cem, "Siyaset Bilimi ve İktisat", G. Atılgan, E. A. Aytekin (ed.), **Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 495- 496.

14 III Sayılı listenin kapsamı için bkz. Özel Tüketim Vergisi (III) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=21034&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

15 ŞENYÜZ Doğan/ YÜCE Mehmet / GERÇEK Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, s. 309- 311. III Sayılı listedeki tütün ve içecekler için yasanın verdiği yetkinin (m. 12) kullanılması halinde alkol derecesi, kilogram, litre, metre, metreküp, kilokalori ve gerektiğinde büyüklükleri dikkate alınarak kap, ambalaj ve adet gibi vergileme ölçülerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Yasa Bakanlar Kuruluna vergileme ölçülerini değiştirme yetkisi vermiştir. ÖNCEL ve diğ., s. 424.

susta özel tüketim vergilerinde verginin konusunu ilgili listede yer alan bu malların ithali veya imal edenlerce teslim edilmesi yoluyla satışı oluşturmaktadır, vergiyi doğuran olay ise malın teslimi ya da ilk iktisap durumunda malın ilk iktisabı ya da ilk tesliminin gerçekleşmesidir. Bu mallara ilişkin gümrük vergisi de özel tüketim vergisinin doğması sonucuna yol açtığından ötürü yabancı menşeili ürünlerin ithalat vergilerine tabi olması gerekmektedir[16].

Bu bakımdan bir harcama vergisi olarak bu vergi türünün gelir ya da servet üzerinden alınan vergilerin aksine harcamaya dayalı ve mal ile hizmetlerin alımlarına bağlı olarak dolaylı vergi statüsünde vergilendirildiklerini söylemek doğru olacaktır. Buradan hareketle vergilendirilen bu tür mallar, kullanıma göre daha çok tüketenin daha fazla vergiye tabii olacağı türden bir vergilendirmeye tabii olmaktadır[17]. Dolaylı vergilerde sadeleştirmeyi amaçlamak üzere çıkarılan özel tüketim vergisi, mevcudiyeti itibariyle katma değer vergisindeki karmaşıklığın aksine esasen belirli mal gruplarında söz konusu olan ve az sayıda yükümlüye karşı getirilen tek aşamalı vergilerdir. Burada amaç ilk etapta iki yüz kırk üç mal çeşidi üzerinden başlayan özel tüketim ürünlerinde genel bütçe gelirleri bakımından hasılat getirisini arttırmak ve bunun yanında belirli mallarda tüketimi vergilendirmeyi amaçlamaktır. Bu amacın gerçekleşmesine dair bir örnek vermek gerekirse 2004 yılında 26.648.100 bin TL olan özel tüketim vergileri, 2012 yılına gelindiğinde 70.590.257 bin TL'lik bir yüksek hasılat getirisi getirerek devletin katma değer vergisine yakın bir özel tüketim hasılatı yakalamasını sağlamıştır[18]. Tüketim vergisi bağlamında OECD ülkeleri arasında 2019 yılında yapılan araştırmada da harcama üzerinden alınan vergilerin, ortalama olarak toplam devlet gelirlerinin %32,3'lük kesimini oluşturduğu ifade edilmektedir, Şili bu sıralamada %53,1'lik oranla ilk sırada yer alırken, ABD'de ise toplam vergi gelirinin yalnızca %17,6'lık bir oranının bu vergilerden alındığı ortaya konulmaktadır. OECD ülkeleri arasında Türkiye Cumhuriyeti, harcama vergilerini en çok arttıran (%14,3) ülkeler arasında gösterilmektedir[19].

---

16 ÖNCEL ve diğ., s. 422-424.

17 EKER Aytaç, **Kamu Maliyesi**, Birleşik Matbaa, İzmir, 2005, s. 216-217.

18 OKTAR, s. 13-15.

19 Consumption Tax Policies in OECD Countries, https//files.taxfoundation.org/20210225102600/Consumption-Tax-Policies-in-OECD-Countries1.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

2. Özel Tüketim Vergisi İçerisinde Alkollü İçeceklerin Durumu

Ülkeler arası farklılık göstermekle birlikte özel tüketim vergileri, tarih boyunca vergilemeye yönelik tepkileri ve topluluklar üzerindeki vergi baskısını azaltma konusunda en elverişli vergileri oluşturmuşlardır. Temelde kahve, alkol vb. gibi bağımlılık oluşturan maddeler ile kürk, mücevher gibi lüks maddelerden oluşan vergiler ve akaryakıt, çimento gibi sürümü yüksek maddelerden alınan bu vergiler, temelde miktar esasına dayalı (*spesifik*) ya da değer esasına dayalı (*ad-valorem*) olarak vergilendirilmeye tabi tutulmaktadır[20]. Esasen özel tüketim vergisi, zararlı alışkanlıklara sebep olan malların tüketimini kısma, vergi idaresini denetleme, kolaylığı sağlama ya da çevre kirliliğini önleme gibi ekonomik-sosyal politikalar doğrultusunda başvurulan bir vergi çeşidi olarak da işlev görmektedir; ancak bu verginin hazineye gelir sağlama işlevi tüm bunların üzerinde bir amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere Türk vergi sisteminde bütçe tahminleri ile gerçekleşen bütçelerin sonuçları esas alındığında en yüksek oranda hasılat getirisi özel tüketim vergisinden gelmektedir[21].

Bu tabloda tütün mamulleri ile alkollü içecekler, farklı amaçlar doğrultusunda kamu finansmanı sağlanması amacıyla ilk düşünülen mallar arasında bulunmaktadır; zira bu malların zorunlu ihtiyaç sonucu edinilen mallar arasında olmaması ve sağlığa zararlı kabul edilmiş olmaları, onları özel tüketim bakımından vergilendirilecek mallar arasına sokmaktadır[22]. Bu ürünlere ilişkin cumhurbaşkanı tarafından aksi yönde bir karar alınmadığı müddetçe Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesi gereğince asgari maktu ve maktu vergiler altı ayda bir otomatik olarak güncellenmektedir. Önceki yıl ilk olarak 03.01.2022 tarihinde gerçekleşen ve Temmuz-Aralık ayları arasında %47'ye ulaşan üretici fiyat endeksi ile zam gören alkollü içecekler, bu güncellemenin sonucunda daha da zamlanmış ve 50 cl biranın vergisinin ürünün vergisiz

---

20 TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 186-187.

21 TAYLAR Yıldırım, "Vergi Teorisi Açısından Özel Tüketim Vergileri ve Türk Özel Tüketim Vergisi Uygulaması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 12 (Özel Sayı), 2010, ss. 435-467, s. 462.

22 Dolaylı vergilerde katma değer vergisi üzerinden yapılan ek düzenlemelerden sonra 8 yıllık kesintisiz eğitim, deprem nedeniyle oluşan hasarların kaldırılması gibi sebepler ile TAPDK ile spor federasyonlarına kaynak sağlamak gibi nedenlerden dolayı artan kaynak ihtiyacını karşılamak amacıyla bu mallara mali yükümlülük getirilmesi amaçlanmıştır. Bununla beraber buradaki problem, bu vergilerin bir kısmının maktu, bir kısmının nispi niteliğe sahip olması ve matrah- ölçü bakımından da oluşan farklılıklardan ötürü tütün mamulleri ve alkollü içkilerde dolaylı vergilerin nasıl hesaplanacağı konusunda bir karmaşa hasıl oluşmuştur. OKTAR Kemal, **Özel Tüketim Vergisi**, İkinci Baskı, PWC Yayınları, İstanbul, 2006, s. 33.

fiyatına oranı %55,3 olmuştur[23]. Alkollü içeceklerin özel tüketim olarak vergilendirilmesinde oranın sürekli artışı da bu içeceklerin vergisi üzerinden devletin tahsil edeceği meblağa giderek daha çok ihtiyaç duymasıyla dikkat çekicidir. Son on iki yılda alkollü içecekler bazında %1070 oranında bir vergi artışı gören ÖTV'de 2010 yılında bir litre alkolün 51,48 lirası ÖTV tutarı olarak tahsil edilirken 2022 yılında bu oran 602,48 liraya çıkmıştır[24].

Şüphesiz devletlerin vergilendirmeye tabii tuttuğu bir ürün olan alkollü içecekler arasında bira, şarap ve sert içkiler farklı oranlarda ve ek düzenlemelerle vergi oranlarına tabii olmaktadır. Meksika haricinde tüm OECD ülkelerinde alkol ürünleri özel olarak bir verginin konusunu oluşturmaktadır. Bu ülkelerde bira ve şaraplar düşük bir vergi oranıyla vergilendirilirken, yüksek alkol oranına sahip distile alkollü içkiler negatif dışsallığa sahip olmaları sebebiyle yüksek oranlarda vergilendirilmektedir[25]. Bu hususta tütün, alkollü içki, tuz, çay ve kahve gibi tüketim mallarına dair talepte fiyat esnekliğinin zayıf olması hususu devletlerin bu ürünlerden sağladıkları gelirler bakımından verimli bir esas oluşturduğundan ötürü devletler, genel giderlerin içerisine dahil etmediği bu ikamesi olmayan ürünlere yüksek oranda vergi uygulayarak bu ürünleri özel tüketim vergisi kapsamında vergilendirmeye tabi tutmaktadır[26].

Bu ürünlerin tüketiminden yurttaşlarını uzaklaştırma amacındaki siyasi iktidarlar, alkollü içecekleri almaya devam edenlerin bu ürünler üzerinden yüksek oranda vergilendirilmesini gerekçelendirmektedir. Bu gerekçelendirmeyi ve mali yönde ayrımcılığı halk sağlığını koruma amacıyla yapan devletler, alkol kullanımını azaltma amaçlı hareket ederken çoğunluğu sosyal içici olarak alkol tüketen yurttaşlar ve onların tercihleriyle mücadele[27] etme pozisyonuna düşmektedir. Türkiye'de bandrollü içkilerin satışındaki azalmadan da görülen durum, verginin etkinliğini azaltmakla beraber yurttaşların alkollü

---

23 3 Ocaktaki ÖTV Zammı Sonrası Birada Vergi Yükü, https://vergiyedair.com/2022/01/04/3-ocaktaki-otomatik-otv-zammi-sonrasi-birada-vergi-yuku/, (Erişim Tarihi: 19.12.2022).

24 Alkollü İçeceklerde ÖTV Zammı Serüvenimiz, https://vergiyedair.com/2022/05/27/alkollu-iceceklerde-otv-zammi-seruvenimiz/, (Erişim Tarihi: 29.12.2022).

25 2021 yılı verilerine göre İzlanda, yüksek alkollü içkilerin vergilendirilmesinde bir hektolitre başına 12,633 dolarlık oranla ilk sırada bulunmaktadır. Consumption Tax Policies in OECD Countries, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

26 ÖNCEL Mualla ve diğ., s. 421.

27 Türkiye'de pandemi yasakları kapsamında hafta sonu ve on yedi gün süren kapanmada da alkol satışlarının yasak olması ve alkol kullanımının sosyal mesafeyi kaldırdığından bahisle bunun gerekçelendirilmesi sürecinde de net şekilde görüldüğü gibi bu politikalar, alkolizm ile mücadele yerine yurttaşların yaşam tarzına müdahale etmek gibi bir sonuca yol açmaya oldukça müsaittir.

içecekleri kendi evlerinde hazırlamalarına veya yasadışı üretimle yapılan damıtma alkollü ürünlere yönelmelerine yol açmaktadır. Bu bakımdan yurttaşları zararlı alışkanlıklardan korumayı amaç edinerek vergiyi arttıran siyasi otoritenin bu eylemlerinde kârlı veya etkili bir kamu politikası içerisinde olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir[28]. Tütün mamullerinde kaçak tütüne kayan yurttaşlar diğer yandan da piyasaya sürülmüş etil alkol ya da evde yapılan fermente/damıtma içki[29] tüketimini arttırmış bulunmaktadır. Bu durum ise tütün mamulleri açısından uyuşturucuya geçişi ve alkol bakımından da metil alkol kaynaklı zehirlenmeleri tetiklemektedir. Bu bakımdan yurttaşların vergilerin artışı karşısında alkollü içkilerin tüketimini azalttıklarını söylemek yerine tüketim miktarını alım gücünün artacağı döneme dek azalttıklarını veya sahte içkiye yöneldiklerini söylemek daha yerinde olacaktır[30].

3. Günah Vergisi Olarak Özel Tüketim Vergisinin Değerlendirilmesi

Türkiye'deki vergi hukuku literatüründe günah vergisi kavramının üzerinde çoğunlukla durulmadığını ve mevzuat ağırlıklı bir yazımdan ötürü bu vergilendirme şeklinin ve kavramının üzerinden geçildiğini söylemek mümkündür, buradan hareketle günah vergisine dair tartışmalara geçmeden önce literatürde günah vergisinin tanımından bahsetmek yerinde olacaktır[31]. Öncelikle "*günah*" kavramını hukuki anlamda kullanmak yanıltıcı olma ihtimaline sahiptir, kavramın teolojik açıdan neye tekabül ettiğinden hareketle yapılacak bir açıklama da günah vergisi kavramını açıklamak bakımından bir

---

[28] SANDALCI Ulvi / SANDALCI İnci, "Türkiye'de Günah Vergileri Kapsamında Özel Tüketim Vergisi Uygulaması ve Etkinliği", **Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. 4, S. 4, 2018, (1-14), s. 11-12.

[29] Örneğin Anadolu kültüründe kişisel tüketim amacıyla ve üzüm, incir, yaban mersini gibi meyvelerle yapılan boğma rakı üretiminin son yıllarda büyük ölçekli ticaretinin yapılmaya başlandığı raporlara yansımaya başlamıştır. Sahte içki olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan boğma rakı geleneğinin hane içi üretim ile kaçak içki olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Türkiye'de Alkollü İçecek, Sigara, Tütün, Akaryakıt ve Cep Telefonlarının **Yasa** Dışı Ticaretinin Analizi, Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi (BETAM) Raporu, https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2021/06/Tu%CC%88rkiyede-Alkollu%CC%88-I%CC%87c%CC%A7ecek-Sigara-Tu%CC%88tu%CC%88n-Akaryakit-ve-Cep-Telefonlarinin-Yasa-Dis%CC%A7i-Ticaretinin-Analizi.pdf (Erişim Tarihi: 16.01.23).

[30] Günah Vergileri Alkol Tüketimini Arttırıyor, https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2019/12/20/gunah-vergileri-alkol-tuketimini-arttiriyor, (Erişim Tarihi: 19.12.2022).

[31] Günah vergisi nitelendirmesine dair farklı bir öneri de "*düzenleyici vergi*"dir. Bunun sebebi temel olarak burada günahın kendisinden değil, halk sağlığı gerekçesiyle günaha sebep olan mal ve hizmetlerin vergilendirilmesinden kaynaklanıyor oluşudur. SARAÇ Özgür / TANDIRCIOĞLU Haluk, "Günah Vergileri: Sosyal Hayatın Kontrolünde Müdahaleciliğin Rolü (Seçilmiş Ülke Örnekleri Üzerinden Değerlendirmeler)", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 398, 2021, ss. 45-67, s. 65.

fayda sağlamayacaktır. Bununla beraber tüketime yönelik davranışlara ilişkin günah vergisini belirli unsurlar üzerinden anlamak daha yerindedir, bunlar inelastik talebe ve kişiler üzerinde bağımlılığa sahip olma, tüketime yönelik davranışın birey için zararlı olması ve arzu edilmeyen bu davranışların negatif dışsallığa ya da diğer yurttaşların zarar görmesine yol açmasıdır[32]. Bu bakımdan iktidarların zararlı alışkanlık olarak gördüğü davranış kalıplarını önleme ve ilgili malları alan mükelleflerin tüketimini sınırlandırmaya çalışarak yurttaşları vergilendirmesinin caydırıcı bir etkiye sahip olup olmadığı ve devletin mali gelirlerine beklenen katkıyı yaptığı argümanı büyük oranda soru işaretlerini barındırmaktadır[33].

Günah vergilerinin lehinde görüş bildirenler sıklıkla belirli ortak argümanlar doğrultusunda bu görüşlerini gerekçelendirmektedirler. Buna göre günah vergileri, devlet gelirlerini arttırıcı bir işleve sahip ve toplumda korunmaya muhtaç kesimler olmak üzere halk sağlığını koruyan bir etkiye sahip olduklarından ötürü vergi sisteminde zaruriyet arz eden vergilerdendir. Bu vergilerin toplumdaki bireylerin iktisadi tercihleri açısından negatif dışsallığı azaltan bir etkileri bulunmaktadır, bunun haricinde diğer vergilerden daha kabul edilebilir bir vergi olarak değerli görülmektedir[34]. Örneğin ABD'de federal ya da merkezi yönetimler günah vergisine yurttaşların tüketimini azaltmak veya siyasi otoritenin gelirlerini arttırmak gibi nedenlerle sıklıkla başvurmaktadır, New York'ta 1.75 litrelik bir şişe votkanın 11,99 dolarlık etiket fiyatının 7,97 dolarını, 13 dolarlık bir sigara paketinin de 6,86 dolarını bu vergiler oluşturmaktadır[35]. Latin Amerika'da bu alanda yapılan bir çalışma, bölgedeki farklı devletlerde uygulanan günah vergilerinin tütün, alkol ve şekerli meşrubat gibi zararlı maddelerin tüketimini azaltıcı etkisi yanında sağlık alanında gelirleri arttırma ve halk sağlığının korunmasına katkıda bulunmaya çalışma hususunda başarılı bir araç olduğunu açıklamaktadır[36].

---

32 LORENZI Peter, "Sin Taxes", **Society**, C. 41, S. 3, 2004, ss. 59-65, s. 60.

33 TURAN Deniz / YURDAKUL Ali, "Zararlı Alışkanlığı Önlemeye Yönelik Bir Araç Olarak Günah Vergileri ve Etkinliği", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, C. 1, S. 2, 2009, ss. 1-13.

34 HAILE Andrew J., "Sin Taxes. When the State Becomes Sinner", **Temple Law Review**, C. 82, S. 4, 2009, ss. 1041-1070, s 1045-1048.

35 CONLON Christopher / RAO Nirupama / WANG Yinan, "Who Pays Sin Taxes? Understanding the Overlapping Burdens of Corrective Taxes", ***The Review of Economics and Statistics***, 2022, ss. 1-27, s. 1.

36 MIRACOLO Aurelio / SOPHIEA Marisa, "Sin Taxes and Their Effect on Consumption, Revenue Generation and Health Improvement: A Systematic Literature Review in Latin America", ***Health Policy and Planning,*** C. 36, S. 5, 2021, ss. 790-810, s. 808-809.

Günah vergilerine karşı olan argümanların da belirli ortak noktaları olduğu ifade edilmelidir. Bunlardan ilki günah vergilerinin piyasada talebi azaltıcı etkiye sahip olmaları sebebiyle bütçe hedefine ulaşma konusunda başarısızlığa neden oldukları yönündedir. Bununla beraber günah vergilerinin toplumdaki bir grup üzerinde ayrımcılık yapılmasına yol açtığı ve devletlerin daha büyük toplumsal müdahalelerine kolaylık sağladığı günah vergilerine karşı geliştirilen eleştirilerdir[37]. Sigara içme özgürlüğüne dair tartışmalarda ifade edildiği üzere bu türden ürünlere erişimi sınırlandırma amacıyla devletlerin belirli önlemler alması, çağdaş bir demokrasinin genel-evrensel niteliklerine ters düşmemektedir; ancak demokratik bir toplumda böyle bir özgürlüğü sınırlandırabilmek öncelikli olarak bu özgürlüğün tamamen sınırlandırılmaması koşuluyla olanaklıdır[38]. Bu hususta tanıtım, reklam ve erişim bakımından toplumsal bakımdan kamusal alan görünürlüğü son derece az olan alkollü içeceklerle ilgili perakende satış sınırlaması, saat sınırlandırması, on sekiz yaşından küçüklere alkol satış yasağı, içkilerin hediye ve promosyon yoluyla verilememesi, alkollü içeceklerin reklam ya da tanıtımlarının yapılamaması, şişe ya da ambalajların üzerinde uyarı ibarelerinin yer almak zorunda olması gibi birçok düzenleme halihazırda bulunmaktadır[39]. Bu yönüyle devletin yurttaşları adına ve zararına onların rızasını almadan belirli şeylere yasaklama veya zorlama getirmesi ve bunu *yasal paternalist* bir veçhede hukuki olarak düzenlemesi tamamen yanlış değildir; ancak paternal bir uygulamada yasal bir çerçeve çizilirken yurttaşların özerklik ve özgürlük alanları ihmal edilmemelidir. *In loco parentis* bir yaklaşımla alkollü içeceklere günah vergisi koyarak bağımlılıkla mücadele eden devletin ahlaki bir despotizme sürüklenme olasılığı bu bakımdan yüksektir, bu sebepten ötürü yurttaşların kendilerini gerçekleştirme ve tercihlerini yönetebilme hakları ancak üst düzey gerekçelendirmelerle söz konusu olabilmelidir[40].

Günah vergisinin bir sonucu da vergilenen ürünün tüketiciler tarafından ikame mallar gibi başka yollarla karşılanarak daha zararlı alışkanlıklara sebebiyet vermesidir. Tütün ürünleri bakımından filtresiz veya yüksek katranlı

---

37 HAILE, s. 1049-1052.

38 Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı, Kemal Gözler, https://www.anayasa.gen.tr/sigara.htm, (Erişim Tarihi: 26.12.2022).

39 BUZRUL Sencer, "Türkiye'de Alkollü İçki Tüketimi", **Journal of Food and Health Science**, C. 2, S. 3, 2016, ss. 112-122, s. 120.

40 AKTAN Coşkun Can, "Patolojik Paternalizm: Paternal Devlet ve 'İyiniyetli' İyilikseverlik Despotizmi Üzerine". **Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C. 10, S. 27, 2021, ss. 172-200, s, 198-199.

sigaralar veyahut düşük kaliteli alkol tüketimi buna örnek gösterilmektedir. Bu hususta söz konusu vergilerin toplumsal refahı etkilemeleri dikkat çekicidir; zira politikacılar arzu edilmeyen davranışları engellemeyi amaçlarken tüketiciler gayrı resmi sektörlerden alışkanlıklarını devam ettirmenin bir yolunu bulmaktadır[41]. Burada günah vergisini vergilendirme mekanizması ve politikası bakımından yönlendirici vergilendirmeye dahil etmek mümkün gözükmektedir; zira verginin halk sağlığı, zararlı alışkanlığı önleme veya daha yüksek bir kamusal fayda amacıyla toplumsal yarar amaçlı kullanımı iki kavram için ortak bir husustur. Yönlendirici vergilendirmede vergi, mevcut siyasi iktidarlar tarafından toplumun yararı gerekçesiyle belli amaçlara doğru kanalize edilebilmektedir; ancak burada söz konusu ilişki yönlendirmeye kimin karar verdiği ve kararında neyi amaçladığı ile ilgili bir durumdur. Örneğin aşırı muhafazakâr, totaliter veya dinci politikalar elinde vergilendirme, o verginin muhatapları üzerinde baskı aracına dönüşebilmektedir[42]. Bu doğrultuda devlet katında yönetici sınıf kendi sahip olduğu ekonomik görüşleri, normatif düzenlemeler içerisinde topluma empoze edebilmektedir; ancak bu durum karşısında yönetimin baskıcı bir yönde geliştiği modeller toplumun ekonomik karar ve tercihleri konusundaki serbestliğini kısmakta ve ekonomik karar ile tercihler devletin sorumluluğunda ilerlemektedir[43].

İktisat teorisi bakımından tabloya bakıldığında da talebin esnekliğinin sıfır olduğu durumda vergi koyulması halinde verginin tümünü piyasadaki satıcılar bu malı tüketen kişilere yansıtmaktadır; böyle durumlarda vergi, piyasa için üretim yapan kişiler üzerinde maliyet arttırıcı bir unsur vazifesi görmektedir.. Bununla beraber verginin belirli bir oranının satıcı, belirli bir kısmının alıcı tarafından üstlenildiği durumlarda vergiler, piyasaya o ürünün arzını azaltıcı etkide bulunmaktadır[44]. Bu doğrultuda günah vergilerinin arttırılmasını veya yüksek tutulmasını savunan politikacıların vergiler üzerinden verginin mali amacını aşan hedefleri, bu vergiden amaçlanan kazanımlarla çelişmektedir; zira verginin konduğu ürünün piyasası büyük oranda yer altına çekilerek yolsuzluk ile suç ekonomisinin oluşmasına veya bu alanda devletin vergi kaybına neden olmaktadır[45]. Ayrıca konuya dair dikkat çekici bir

---

41 TURAN / YURDAKUL, s. 10- 11.

42 GÖKER, 2011, s. 28- 29.

43 KILIÇBAY Ahmet, **Türk Ekonomisi Modeller Politikalar Stratejiler**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1991, s 30-32.

44 DİNLER Zeynel, **İktisada Giriş**, 13. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007, s. 108- 110.

45 TURAN / YURDAKUL, **2009**, s. 10.

tespit de gelişmişlik bakımından geride kalmış ülkelerin günah vergilerindeki hasılatlarının gelişmiş ülkelere göre görece yüksek olmasıdır. Yalnızca İsveç bu tespitin dışında kalmaktadır, bu durum ülkedeki yüksek vergilemenin bir parçası olarak alkollü içkilerle ilgili vergi hasılatının da toplam vergi kaleminde yüksek olmasından kaynaklanmaktadır[46].

Burada bir diğer açıklama yolu da erdemli mal-erdemsiz mal ayrımı üzerinden devletin yurttaşların toplumsal faydalarını gözetmesi üzerine olmalıdır. Toplum sağlığını koruma amacındaki devletler erdemsiz mallara karşı olan talebi azaltmak ve bu malların tüketimlerini kısabilmek amacıyla mali bakımdan vergileri bir enstrüman olarak kullanmaktadır[47]. Bu anlamda mali yönde bu vergilerin bir araç olarak kullanımının mevcut iktidarlar elinde ideolojik bir tasarruf işlevine sahip olma imkânı kuşkusuz bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle aşırı muhafazakâr, liberal ya da sosyalist iktidarlarda yönetici kadronun dini ve ahlaki yönelimlerine göre vergi politikası değişkenlik arz edebilmekte ve tüketim yapan yurttaşların vergi yükümlülüğü de bu değişkenliğe göre çok farklı şekilde tezahür edebilmektedir. Bu şekilde yapılan selektif vergilendirme sonucunda farklı mallar arasında bir kısım malların tüketimi azalırken bir kısım malların tüketimi hedeflenen durumun aksine mevcut konjonktüre göre artış gösterebilmektedir. Örneğin bu konuda 2004-2014 yılları arasında ÖTV oranında nispi ve maktu artışların meydana geldiği bir aralıkta bu malların tüketimi hususunda yapılan bir araştırmada sigara tüketiminde ciddi bir azalma meydana gelirken alkollü içecekler bakımından önemli oranda artış gerçekleşmiştir[48].

II. YÜKSEK ÖTV KARŞISINDA SAHTE İÇKİ ÜRETİMİ

1. Sahte İçki Üretimi: Talepte Artış ve Devletin Vergi Kaybı

Kamuoyunda "sahte içki" olarak ifade edilen tarımsal amaçlı etil alkol, devletin vergi kaybına sebep olduğundan ötürü "kaçak içki" kavramıyla birlikte kullanılmaktadır; ancak bu karışıklığı sona erdirmek için iki kavram arasında ayrıma gitmek gerekmektedir. Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Kimya Mühendisleri Odası'nın açıklamasında da belirtil-

---

46 SARAÇ / TANDIRCIOĞLU, s. 65.

47 BUYRUKOĞLU Selçuk / BOZDOĞAN Doğan / KÖKTAŞ Altuğ Murat, "Paternalist Devlet Anlayışının Bir Gereği Olarak Günah Vergileri: Türkiye Örneği", **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 3, 2016, ss. 15-31, s. 29.

48 BUYRUKOĞLU ve. diğ., s. 29.

diği üzere sahte ve kaçak içki arasındaki ayrım, temel olarak içkinin topluma kaçak bir işletme üzerinden arz edilip edilmediğiyle ilişkilidir. Bu yönüyle sahte içki mevcut alkole daha ucuz ve standart dışı boya ve maddeler eklenerek elde edilmiş içki olmasına karşın kaçak içki, bundan farklı olarak kişinin uzman kontrolü olmadan kendi kapasitesi ile fermente ve damıtma içki üretmesidir[49]. Bu yönüyle kaçak içki devletin koyduğu yasal sınırların üzerinde yapılan ve daha çok hane içi üretim ile ilişkili bir meseledir.

Bu hususta dikkat çekici bir diğer nokta da son on yılda alkollü içkilerde ÖTV oranının %443'e ulaşmasının bazı yasal denetimler dışarıda bırakılırsa olağan bir hal almış olmasıdır. Piyasadaki yüksek fiyatlar karşısında bu alkollü içkilerin tüketicisi olan ve ekonomik olarak tasarruf etmek isteyen yurttaşlar, yüksek enflasyon ve pandemiyle birlikte alkol tüketimi konusunda bir ikilemde bırakılmaktadır ve Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu (TAPDK) tarafından düzenlenip denetlenen alkollü içecekler yerine tat ile koku bakımından ayırt edilmesi güç olan tarımsal amaçlı etil alkollü ürünleri tercih etmektedir. Bu ürünün yurttaşlar tarafından tüketimi, içine karışan metil alkol miktarına bağlı olarak körlük gibi duyu kayıpları veya organ kayıpları, karaciğer hasarları ve ölümlere neden olmaktadır; zira metanol maddesinin ağız yoluyla emilimi ve kısa sürede kana karışması toksisiteye neden olmaktadır ve tedavi edilmediği takdirde vücuda yayılan metanol belirli hallerde otuz saat sonraya kadar uzayan bir sürede etkisini gösterebilmektedir[50]. Endüstriyel kullanım ürünü olduğundan ötürü gıda maddelerinde girdi olarak yer alması yasak olan metil alkol ile üretilen bir içkiyi kullanan kişinin içtiği şeyin etil alkol olmadığının farkına varması imkansızdır, bunun sonucunda metil alkol karışmış bir içecek ya da tamamı metil alkollü bir sıvı kullanımı kişide nörolojik hasar ve ölüme yol açmaktadır[51]. Türkiye Acil Tıp Derneği Toksikoloji Çalışma Grubu Raporu'nda da ifade edildiği üzere metanol maddesi esas olarak odun ispirtosu olarak bilinen, endüstriyel bir sıvı olup renksiz ve uçucu bir niteliğe sahiptir, bununla beraber 60-90 dakika gibi kısa süre içerisinde hızlı oranda emilir. Farmakolojik

---

[49] Basın Açıklaması: Toplumsal Bir Sorun Haline Gelen Sahte ve Kaçak İçki Üretiminin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerilerimiz, https://www.kmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=6031&tipi=2&sube=1, (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

[50] Cumhuriyet Halk Partisi Toplumsal Felaket ve Mağduriyet Komisyonu, Tüm Boyutlarıyla Sahte İçki Gerçeği Raporu, https://tele1.com.tr/wp-content/uploads/2020/12/CHP-SAHTE-ICKI-RAPORU.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2022).

[51] TMMOB Kimya Mühendisleri Odası, Sahte İçki Toplumsal Bir Sorundur, https://www.kmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=5851&tipi=2&sube=11, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

olarak doğrudan içilmesi ya da etil alkole karışması sonucu içerisindeki formik asidin karaciğerler tarafından enzimi ölümcül etkiye yol açmaktadır[52]. Dünya Metanol Endüstrisi adına açıklama yapan Methanol Institute de metanolün kimyasal ve endüstriyel bir madde olduğu ve etil alkole karışan metanol sebebiyle medyaya yansıyan sakatlanma ve ölümlerin dünya çapında kaygı verici boyutlara ulaştığını deklare ederek meselenin belirli yasal zorunlulukların uygulanması ve tüketicilerin bilinçli davranışlarıyla bu sorunun çözülebileceğine dikkat çekmiştir. Enstitü ayrıca bu tip karışımların suç örgütleri tarafından sıklıkla etil alkol üretimine ucuz bir alternatif amacıyla yapıldığını veya ev içi üretimlerde kalitesiz damıtma sonucu gerçekleştiğini ifade etmiştir[53].

Alkolü içeceklere yüksek vergi uygulayan ülkeler arasındaki Türkiye Cumhuriyeti'nde bu sürece alkollü içeceklere ilişkin stokçuluk faaliyetleri eklendiğinde alım gücü azalan tüketicinin ekonomik olarak alkole ulaşımı zorlaştığından yurttaşlar cam şişe, bidon, pet şişe, damacana gibi ambalajlarda gönderimi yapılarak tüketicilere arz edilen etil alkol kullanımına kayma eğilimi göstermiştir. Bu içkileri alan yurttaşların büyük oranda tarımsal amaçlı etil alkole anason karışımları ekleyerek bu içkileri rakı olarak tükettikleri bilinmektedir. Bununla beraber bu niteliklere sahip bir alkol karışımı, Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği'nde de açıkça belirtildiği üzere aslında rakı değildir; ancak anasonlu votka benzeri bu karışımların tüketiciler tarafından giderek tercih edildiği bir gerçektir[54]. Bunun yanında etil alkolle yapılan içkilerin içine karıştırılarak kullanılan ve başta elde edilmek istenen alkolün kiti olmak üzere anason yağı[55], aroma ve tatlandırıcılar ile bir üretim alanı da oluşmuş bulunmaktadır.

---

[52] Metanol (sahte alkol) Zehirlenmesine Yaklaşım, Türkiye Acil Tıp Derneği Toksikoloji Çalışma Grubu Raporu, https://tatd.org.tr/haber-ve-duyuru/metanol-sahte-alkol-zehirlenmesine-yaklasim/ (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

[53] Statement by the Methanol Institute on Bootleg Alcohol Poisoning, https://www.methanol.org/wp-content/uploads/2016/06/MI-statement-on-bootleg-alcohol-poisoning-201502-EN.pdf, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

[54] İlgili Tebliğ'in 6. maddesinde rakı şöyle ifade edilmektedir: "*Rakı, yalnızca suma veya tarımsal kökenli etil alkolle karıştırılmış sumanın 5.000 litre veya daha küçük hacimli geleneksel bakır imbiklerde anason tohumu (Pimpinella anisum) ile ikinci kez damıtılmasıyla Türkiye'de üretilen ve alkol oranı en az %40 olan distile alkollü bir içkidir*." Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170321-11.htm, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

[55] Rakı üretiminde anason yerine anason aroması kullanmak halk arasındaki bu etil alkolden imalatlarda oldukça artmıştır. International Wine and Spirits Academy (IWSA)'e göre "(..) *bir içkiye rakı denilebilmesi için Türkiye'de yetiştirilen anason tohumu kullanılmalıdır. Anason*

Bununla birlikte Tarım ve Orman Bakanlığı'nın 2019 yılı Faaliyet Raporu'nda da görüldüğü üzere ülkemizde herhangi bir metanol üretim tesisinin olmadığı ve yalnızca on üç firmanın izinli etil alkol üretim tesisi işlettiği de burada ifade edilmelidir[56]. Üretim kapasitelerini arttıran imalathanelerin üretmiş oldukları etil alkolü tüketen yurttaşlar, alkolde arttırılan özel tüketim vergisi karşısında bandrolsüz ürünleri online veya tekel satışlarla aldıklarından ötürü sahte içki kaynaklı zehirlenmelerin sayısında artış gözlenmektedir. Özellikle pandemi süresinde internet üzerinden dezenfektan yapımına yönelik reklamlarla bu alkolü üreten kimselerin EFT ve havale yöntemleriyle üretim ve dağıtım zinciri kurarak gizli kargolama yaptığı tespit edilmiştir, söz konusu ürünlerin satışına ilişkin reklamlara en çok kullanılan sosyal medya platformlarında "*etil alkol*" araması yapıldığında dahi ulaşılabilmektedir[57]. Bu konuda Zincir I ve Zincir II operasyonları yapan İçişleri Bakanlığı'ndan yapılan açıklamada meselenin marka, etiket ve bandrol sahteciliğiyle beraber ilerlediğine ve ürünlerin sıklıkla temizleyici etiketiyle plastik şişelerde satıldığına dikkat çekilmektedir[58]. Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı (KOM) raporları da ele geçirilen şişe sayısı üze-

aroması kullanılan içkilere rakı denilemez. Rakı üretiminde anason tohumu ile distilasyon yapılması zorunlu bir işlemdir. Aksi takdirse bu ürüne rakı denilemez." **Anason nedir?,** https://www.iwsa.com.tr/fermente-distile/anason-nedir.html, (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

56 Ülkemizde 13 firmaya ait 14 tesiste etil alkol üretimi gerçekleştirilmektedir. Toplam yıllık üretim kapasitesi 237.811.000 litredir. Ülkemizde metanol üretim tesisi bulunmamaktadır. Tarım ve Orman Bakanlığı 2019 Yılı Faaliyet Raporu, https://www.tarimorman.gov.tr/SGB/Duyuru/91/Tarim-Ve-Orman-Bakanligi-2019-Yili-Faaliyet-Raporu-Yayimlanmistir, (Erişim Tarihi: 27.01.2022).

57 Cumhuriyet Halk Partisi Toplumsal Felaket ve Mağduriyet Komisyonu, Tüm Boyutlarıyla Sahte İçki Gerçeği Raporu. Bu hususta açıklama yapan Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği yetkilileri de başta sosyal medya hesapları ve alışveriş siteleri olmak üzere internet ortamından yapılan bu yasadışı ticaretin önüne geçebilmek için uluslararası iş birliğinin gerekli olduğuna yönelik açıklama yapmıştır. Toplam tüketimin yüzde 30'una ulaşan sahte içki üretimi sanayileşti, https://www.indyturk.com/node/363961/toplam-t%C3%BCketimin-y%C3%BCzde-30%E2%80%99una-ula%C5%9Fan-sahte-i%C3%A7ki-%C3%BCretimi-sanayile%C5%9Fti, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

58 İçişleri Bakanı Soylu: Sahte İçkiye Yönelik Düzenlenen "Zincir 2" Operasyonunda 176 Şüpheli Gözaltına Alındı, https://www.aa.com.tr/tr/gundem/icisleri-bakani-soylu-sahte-ickiye-yonelik-duzenlenen-zincir-2-operasyonunda-176-supheli-gozaltina-alindi/2763165, (Erişim Tarihi: 27.12.2022). Örneğin yakın tarihte piyasaya sahte içki sürüldüğü iddiasıyla İzmir'in Bornova ve Kemalpaşa ilçelerinde yapılan operasyonlarda yaklaşık 139 bin litre alkol ele geçirilmiştir. Aynı zamanda sahte içki karışımlarıyla piyasaya sahte rakı ve sahte viski satışı yapan firmalara dair operasyonlarda çalışanların içki satışı yapmadıklarına ve alkollü içki üretimi yapan fabrikaların atıklarını geri dönüşüm amacıyla işleyerek elde ettikleri ürünleri kozmetik sektörüne sattıklarına yönelik savunmalar yapmış olmaları dikkat çekicidir. Sahte içki üretimi için fabrika kurmuşlar, https://www.trthaber.com/haber/turkiye/sahte-icki-uretimi-icin-fabrika-kurmuslar-301467.html, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

rinden ilgili tespiti doğrular niteliktedir. 2017 yılına kadar ortalama 250 bin şişenin ele geçirildiği Türkiye'de sonraki iki yıl içerisinde ele geçirilen sahte ve kaçak alkollü içki şişe sayısı 1 milyon 750 bine ulaşmıştır[59].

Alkol Politikalarını İzleme Platformu verilerine göre 2022 Ocak-Mart aylarındaki kayıt dışı alkol tüketiminde sayılar oldukça dikkat çekicidir. 70 cl'lik bir rakıda %296 oranında vergi alınan bu süre zarfında 9 yurttaşımız hayatını kaybetmiş, 19 kişi hastaneye sevk edilmiş, 168 operasyon yapılmış ve 649 kişi hakkında adli işlemin başlatıldığı bu operasyonlarda ele geçirilen kayıt dışı alkol miktarı 137.212 litreyi bulmuştur. Alkollü içecekler dışında en çok ele geçirilen ürünün sahte bandrol olması, yurttaşların bandrollü içkilere erişimlerinin azalmasıyla yasa dışı alternatiflere yöneldiğini göstermektedir[60]. Dünya Sağlık Örgütü raporunda da ifade edildiği üzere kayıt dışı alkollü içki doğrudan ya da dolaylı olarak vergilendirmeye tabii olmayan içki olarak anlaşılmaktadır; bu kayıt dışılığın kapasitesini bilme olanağı olmadığından ötürü ele geçirilen sahte içkiler üzerinden bir tahmin yürütülmektedir[61]. Tüm bunlara ek olarak sahte içki plastik ya da cam şişelerde satıldığı gibi orijinal şişelere alkol basarak ve sahte bandrol yapıştırarak da topluma servis edilebilmektedir. Tüketiciler bu şekilde bandrollü içki tükettikleri düşüncesiyle de sahte içki tüketicisi olmaktadır[62]. Bu hususta yasadışı alkol ticaretinin bir kısmının kaçak ürünler üzerinden ilerlediği, diğer kısmının da sahte ürün imalatıyla arttığı tespiti yapılabilir. Örneğin Türkiye'nin en büyük alkollü içecek üreticisi konumunda bulunan *Mey-Diageo* şirketinden yapılan açıklamada yasadışı alkollü içki ticaretinin %60'ının daha önce kul-

---

59 Türkiye'de Alkollü İçecek, Sigara, Tütün, Akaryakıt ve Cep Telefonlarının Yasa Dışı Ticaretinin Analizi, Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi (BETAM) Raporu, 2021, https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2021/06/Tu%CC%88rkiyede-Alkollu%CC%88-I%CC%87c%CC%A7ecek-Sigara-Tu%CC%88tu%CC%88n-Akaryakit-ve-Cep-Telefonlarinin-Yasa-Dis%CC%A7i-Ticaretinin-Analizi.pdf (Erişim Tarihi: 16.01.23).

60 Rapordaki şu ifadeler de ayrıca dikkat çekicidir. "*Düzeyli alkol tüketiminin yaratması muhtemel sağlık bozuklukları ile sahte içki tüketiminin yaratmış olduğu sağlık tehdidi arasında ciddi bir fark ve ayırım vardır. En önemli ayırım ise, bandrollü içki tüketiminin bir tercih olup, sahte içki tüketimi ve piyasasının büyümesi mutlak bir zaruret olmasıdır Hiçbir vatandaş, göz göre göre sağlığını riske atmak istemezken, insanların en temel keyfinin dahi siyaset malzemesi yapılmak suretiyle kamusal alandan dışlanması, bugün durduğumuz noktanın temel nedenselliğidir.*" 2022 Ocak-Mart Kayıt Dışı Alkol Tüketim Verileri, https://alkolpolitikalari.org/?p=802, (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

61 BUZRUL, s. 120.

62 Palandöken, "Yılbaşı Öncesi Sahte İçkiye Dikkat," https://www.tesk.org.tr/view/haber/goster.php?Guid=19510e40-663d-11ed-95b3-000c29b32a85, (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

lanılan şişelerin tekrar doldurulmasıyla ve kalan kısmının da yasadışı ithalat üzerinden gerçekleştiği tespitinde bulunulmuştur[63].

2. Özel Tüketim Vergisinde Artışlar ve Kayıt Dışı Alkol Üretimi

Türkiye'de devletin alkollü içki üretimini yüksek vergiler koyarak sınırlandırması, tüketen kesimin talebini yüksek vergilerle sınırlandırması üzerine süren tartışmalar, geçmişten beri toplumsal kesimler arasında ahlaki ve hukuki gerekçelerle devam etmektedir. Bu doğrultuda şunu ifade etmek gerekir ki Türk siyasi-mali gelişmelerinde Tanzimat'tan önceki vergisel düzenlemelerde din kurallarının devletin mali politikalarında doğrudan tatbik edilmesi gereken kurallar olduğu görüşü hakimdir. Tanzimat ile birlikte bu düşüncenin kısmen değiştiğini ve dine dayalı vergilerin daha çok kamu geliri ihtiyacı temelinde toplandığı ifade edilebilir ki bunun en net şekilde karşılığını cizye vergisinin kaldırılmasında görmek mümkündür[64]. Bununla birlikte yeni devletin kuruluş sürecinde iktidar-muhalefet bloklarının arasındaki temel gruplaşma konularından olan bu tartışma[65], sıklıkla dini temeli olan argümanların dahil edilmesiyle devletin bu sınırlandırmayı yapmasının yararlı olup olmadığı üzerinden ilerlemiştir. Bundan yüz yıl önce Birinci Meclis'te *Men-i Müskirat* (İçki Yasağı) *Kanunu* ile başlayan alkol temelli cephe-

---

[63] Türkiye'de Alkollü İçecek, Sigara, Tütün, Akaryakıt ve Cep Telefonlarının Yasa Dışı Ticaretinin Analizi, Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi (BETAM) Raporu, 2021, https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2021/06/Tu%CC%88rkiyede-Alkollu%CC%88-I%CC%87c%CC%A7ecek-Sigara-Tu%CC%88tu%CC%88n-Akaryakit-ve-Cep-Telefonlarinin-Yasa-Dis%CC%A7i-Ticaretinin-Analizi.pdf, (Erişim Tarihi: 16.01.23).

[64] MUTLU, s. 143. İslam hukukunda din üzerinden vergilemede ayrımcı politika izlenmesinin esas sebebi devletin adalet anlayışıyla ilişkilidir; zira temelde servet vergisi olan zekât ile aşar vergilerini veren Müslümanlar, bu vergileri vermeyen Müslüman olmayan kesimlerin güvenlik ve refahını sağlayacak şekilde vergi öderlerse bu durum gayrimüslim kesime dolaylı olarak servet aktarımı anlamına gelecek ve aynı devletin vatandaşları arasında adaletsiz bir uygulamaya yol açacaktır. GİRAY Filiz, **Maliye Tarihi**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2014, s. 34.

[65] Alkol sorunu, Batı toplumları arasında XIX. yüzyıl toplumsal ve politik tartışmalarında çok önemli bir yer kaplamaktadır. Bu tartışmalar, işçi hareketinin disiplin ve kurtuluşuna dair tartışmalar üzerinden proleteryanın alkolizmle nasıl başa çıkacağı hususunda toplumsal bir cepheleşmeye neden olmuştur. Alkollü içkilerden tamamen uzak durulmasını savunan görüş, Püriten-burjuva geleneğin yanında Viktor Adler gibi sosyalistler tarafından da destek bulmaktadır. Buna karşılık, ılımlılar yalnızca yüksek alkollü içkileri işçilerin disiplini için tehlikeli bulmaktadır. İşçi meyhanelerinin politik tartışma yapmak bakımından büyük öneme sahip olduğu bu toplumlarda şarap ve bira fizyolojik açıdan ılımlı görüş sahipleri arasında daha avantajlı bir konumda görülmektedir. SCHIVELBUSCH Wolfgang, **Keyif Verici Maddelerin Tarihi Cennet, Tat ve Mantık**, (çev. Z. A. Yılmazer). Genesis Kitap, İstanbul, 2012, s. 163-171.

leşme, içki yasağı kanununa farklı gerekçelerle karşıt olanlar ve destekleyenleri ikiye ayırmıştır. 1920 yılında Trabzon Mebusu Ali Şükrü Bey'in verdiği bu altı maddelik kanun teklifiyle başlayan tartışmalarda kanun lehinde konuşarak yasağı destekleyen cephe, toplumun sağlığını koruma ve Müslüman halk ile meclis arasındaki bağları güçlü kılmak amaçlarıyla hareket etmiş, karşı çıkan grup ise bu yasakla devletin vergi kaybına uğrayacağını ve bunun devletin acil bir görevi olmadığını sıklıkla beyan etmiştir. Meclis'te Kanun'un kabulü sonrası altı yıl yürürlükte kalan bu yasa, 1926 yılında 790 Sayılı Kanun'un kabul edilmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır[66]. Dünya konjonktürü ve dönemin ruhu açısından dikkat çekici bir önemli gelişme de "*Prohibition Era*" olarak bilinen, ABD tarihinin önemli dönemlerinden biri olan ve *Volstead Act*[67]'in kabulüyle 1920-1933 yılları arasında uygulanan içki yasağıdır. Bu yasa, ülkedeki %5 üstü alkol oranına sahip tüm alkollü içeceklerin üretim, ithalat, ihracat ve satışını yasaklarken, polisiye denetimlerin de ülke çapında gerçekleşmesine neden olmuştur. Bu tedbirlerin bir sonucu yurttaşların kaçak alkol üretimini evlerde arttırması iken diğer bir sonucu da başta Meksika ve Kanada olmak üzere ülkeye el altından giren alkollü içki oranındaki artış yoluyla mafyanın güçlenmesi ve vergi kaçakçılığının büyük oranda artmasıdır[68].

İktisadi gelişmelerde de görüldüğü üzere devletçilik müdahaleci bir ekonomik sistemi ve bu yapıya uygun bir maliye politikasını gerektirmektedir. Buradan hareketle mali anlamda harcama üzerinden alınan vergiler her zaman önemli olmuş, örneğin tekel gelirleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda önemli gelir kaynakları olarak görülmüştür, 1920-1940 arası demiryolu yapımı, planlama işlerinin finansmanı ve Merkez Bankası'nın kurulması gibi ihtiyaçlarda büyük oranda bu gelirlerden yararlanılmıştır[69]. Devletin müdahaleci biçimde alkol üretiminde yer alması sebebiyle yüksek alkollü içkilerin üretim ve satışında devlet tekeline son verildiği tarihe kadar sahte içki kaynaklı zehirlenmeler ülkede önemli bir sorun teşkil etmemiştir; zira

---

66 İlgili döneme dair içki yasağındaki tartışmaların tutucu ahlaki değerleri göstermesinin yanında siyasal tavırları belirginleştiren ya da siyasal bloklar arasındaki hattı derinleştiren savlara da kaynaklık ettiği söylenebilir. KARAHANOĞULLARI Onur, **Birinci Meclisin İçki Yasağı Men-i Müskirat Kanunu**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2008, s. 15-16.

67 İlgili yasa metni için bkz. The Acts of the Sixty-Sixth Congress of the United States, https://www.loc.gov/rr/main/images/volstead-act.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

68 Amerika'da Alkol Dini Sebeplerle Yasaklandı, https://odatv4.com/siyaset/amerikada-alkol-dini-sebeplerle-yasaklandi-1701111200-15138, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

69 GİRAY, s. 253-254.

özelleştirmeye kadar Tekel Pazarlama Satış ve Başmüdürlükleri, bünyelerinde bulunan Tekel memurluğu ve Tekel Müdürlükleri, kendi içlerinde yer alan tüm illerde örgütlü Kaçak Takibat Şube birimleri ile caydırıcı önlemler alarak kaçakçılık ile mücadele etmektedirler[70]. 1942 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 4250 Sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu'nda da alkollü içkilerin üretiminde tarımsal amaçlı etil alkol ile distilatı dışında alkol türevlerinin kullanılamayacağı hükme bağlanmış ve gıda üretimi dışında metil alkolün üretimini yapmak isteyenlerin İnhisarlar İdaresi'nden yani Tekel'den izin almaya mecbur olduğu hususu hükme bağlanmıştır[71].

Çalışma ile ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti'nde alkollü içecekler ile ilgili yakın tarihteki değişiklikler de oldukça dikkat çekicidir. 2016 yılında eczanelerde etil alkol satışına son verilmesinin ardından etil alkolün kayıt dışı üretimi artış göstermiş ve ardından marketlerde etil alkol satışları gerçekleşmiştir; ancak 31.03.2018 tarihi itibarıyla tarımsal amaçlı etil alkolün her yüz litresine 1,2 gram bitreks (*denatonyum benzoat*) katılmaya başlanmış ve etil alkolün içki yapımında kullanılmasını engellemek amacıyla alkol denatüre olarak satışa sunulmuştur. Evsel amaçlı kullanılan etil alkolün birçok zincir markette satışının artması ve evlerde yoğun şekilde içki üretiminde kullanımı sonucunda alınan bu karar, hakkında açılan davalara rağmen uygulanmaya devam edilmiştir[72]. Bu yönüyle etil alkol satışlarının resmi olarak yapılmış olmasının, yurttaşların etil alkol tüketimine alışmasında önemli bir etkisi bulunmaktadır. Yurttaşların etil alkol almaya başlaması ve bandrollü alkollü içkilerin satışlarının düşmesi karşısında kaldırılan bu arz, yurttaşların kendi alkollü içkilerini etil alkol karışımları üzerinden hazırlamaları ve bunu bir ev içi tüketim alışkanlığı haline getirmiş olmalarında önemli bir vazife görmüştür[73]. Bu kararın ardından halihazırda açılmış bulunan ve yurtiçinde giderek sayıları artan işletmeler, artan talebi karşılamak amacıyla bütün illere kargo veya elden teslim yoluyla mısır veya arpa bazlı

---

70 YANIK Kerem, **Tekel'in Nesi Kaldı Damaklarda Tadı Kaldı**. Oğlak Yayınları, İstanbul, 2018, s. 130-132.

71 İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu, https://www.tarimorman.gov.tr/TADB/Belgeler/Kanunlar/kanun_4250.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

72 Etil Alkole 'Acı Madde' Katan Düzenlemeye Dava: İçki İçmek Bir Tercihtir, https://www.diken.com.tr/etil-alkole-aci-madde-katan-duzenlemeye-dava-icki-icmek-bir-tercihtir/, (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

73 Sahte Alkol Zehirlenmeleri: ÖTV Kalktığında Kimse Kaçak İçkiye Yönelmez, https://www.gazeteduvar.com.tr/sahte-alkol-zehirlenmeleri-otv-kalktiginda-kimse-kacak-ickiye-ihtiyac-duymaz-haber-1546529 (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

etil alkol gönderimi yapmaya başlamıştır. Bu süreçte etil alkol üreticilerine iç piyasada yenileri eklenmiş, giderek piyasada fiyat kırma amaçlı tekel bayiilerden veya uzaktan nakil vasıtalı satışlar yapılmıştır.

Bu hususta 4733 Sayılı *Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun*'un 8. maddesi *"Ticari amaç olmaksızın, kendi ürettiği ürünleri kullanarak elli kilogramı aşmayan sarmalık kıyılmış tütün elde eden veya üçyüzelli litreyi aşmayan fermente alkollü içki imal edenler haricinde, Kurumdan tesis kurma ve faaliyet izni almadan; tütün işleyenler veya tütün mamulleri, etil alkol, metanol ya da alkollü içki üretmek üzere fabrika, tesis veya imalathane kuran ve işletenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.*" hükmünü barındırmaktadır. Bu bakımdan yasada ifade edilen fermente içkiler için geçerli üç yüz litre sınırı, damıtma içkiler için geçerli değildir. Bununla beraber Kanun'un 4. maddesi d bendinden de açıkça anlaşılacağı üzere etil alkol ile metanolün piyasa güvenliğini tesis etmek üzere tedbir alma görevi Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kurulu'na aittir. Kurum ayrıca etil alkol ile metanolün üretimi, iç-dış ticareti, denatürasyonu, ambalajlama, dağıtım, depolama ve üretimde kullanımı gibi tüm faaliyetlerden ilk elden sorumludur[74]. Bu konuda çıkarılan "*Etil Alkol ve Metanolün Üretimi ile İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" madde 20'de ise etil alkol ticaretinin yapılma esasları ve bu esasların hangi kullanım üzerine olacağı düzenlenmiştir. Buna göre etil alkolün piyasaya arzında temizlik amacıyla genel kullanım, tıbbi kullanım, analiz amaçlı kullanım, sanayi girdisi olarak kullanım ve yakıt biyoetanolü şeklinde kullanım olabileceği ifade edilmiş olmaıkla beraber gıda veya içecek yapımında etil alkol kullanımı olabileceğine dair piyasaya üreticilerin arzda bulunabileceği yolunda bir düzenleme gerçekleşmemiştir[75].

Bu bakımdan dönemi yüksek enflasyonla birlikte hükümetin bütçe açığını dengelemek amaçlı bu ürünlerdeki vergi oranını arttırma politikasıyla eş

---

[74] Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun, https://www.tarimorman.gov.tr/TADB/Belgeler/Kanunlar/kanun_4733.pdf, (Erişim Tarihi: 29.12.22022).

[75] Etil Alkol ve Metanolün Üretimi ile İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=15462&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

güdümlü ilerleyen bir süreç olarak görmek mümkündür. Böyle bir ortamda 70 cl rakının dört yüz lira bandına yükseldiği yerde bu içeceğin benzerini tekelden aldıkları etil alkolle yüz liraya mal edebilen yurttaşların buna yönelmeleri doğaldır. Bu hususta bir örnek vermek gerekirse 01.01.2023 tarihi itibarıyla 5 litrelik cam şişede bir buğday veya şeker pancarı kökenli etil alkolün fiyatı 550 TL olup litrelik bir alkol karışımı yapmak için gereken viski, tekila, votka ve likör kitlerinin fiyatları ise 15 ila 30 TL arasında değişmektedir[76]. Bu hususta toplum sağlığını koruma gerekçesiyle arttırılan vergi oranlarının bandrollü içki tüketimini azalttığı kabul edilse bile 2010-2020 yılları arasında kaçakçılıkla mücadeleyle ilişkili verilerde ele geçirilen alkol miktarı ve tutarları, daha büyük bir soruna yol açıldığını göstermektedir. Kişiler daha ucuz fiyata düşük kaliteli içkilere yönelerek sağlığa zararlı mallardan tüketim ihtiyaçlarını karşılamaktadır, bu sebeple günah vergileriyle çözülmesi amaçlanan sorundan daha büyük bir sorun ile karşılaşılmaktadır[77].

3. Halk Sağlığı Sorunu Olarak Sahte İçki Kaynaklı Zehirlenme Vakaları ve Ölümler

Dünya Sağlık Örgütü'nün Alkol ve Sağlık konulu 2018 tarihli raporunda ifade edildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti'nde alkolizm sorunu, çözülmesi aciliyet teşkil eden kitlesel bir problem olmaktan uzaktır. Alkol bağımlılığının toplam nüfus içerisindeki oranı %1,6 olup yıllık kişi başı alkol tüketimi iki litre civarındadır, bu tüketimin ise %63'ünü hafif alkollü içkiler olan bira ve şarap oluşturmaktadır[78]. Buna karşılık tarımsal amaçlı etil alkol, damıtma içkilerin yapımında kullanılmaktadır, yüksek ÖTV sebebiyle bandrollü içki alamayan yurttaşların da bu süre zarfında damıtılmış içkiler yerine düşük alkol oranına sahip fermente içkiler[79] yönelmeleri uzmanlar tarafından tavsi-

---

[76] Bunun dışında satılan ürünler arasında anason özü, yaş üzüm özü, gliserin ile cin, votka, tekila, viski, konyak ve likör kitleri örnek gösterilebilir.

[77] Bu konuda ilgili yıllar arasında rakıda asgari maktu vergi tutarı büyük oranda artmış; ancak tüketimde büyük bir azalma meydana gelmiştir. Bandrollü rakı satışlarının dramatik olarak azalması ve ÖTV artışları da doğrudan toplam vergi kaybıyla ve dolaylı olarak rakıda kaçak piyasasının oluşumu ile ilişkilendirilmektedir. ÖZBEK, Kübra, "Türkiye'de Günah Vergileri ve Özel Tüketim Vergileri Uygulaması", **Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi**, C. 1, S. 1, 2021, ss. 41-52.

[78] Global Status Report on Alcohol and Health 2018, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1, (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

[79] Tarihsel süreçte zorlu hayat şartlarından kaçma ve teselli aracı olarak alkole yönelmenin etil alkollü içkilerin yaygınlaşmasıyla son derece yakın ilişkisi olduğunu savunan Schivelbusch'a

ye edilse de mevcut tabloda bir değişiklik gözlenmemektedir. Türkiye'de mahkeme kararları[80] ve birtakım polisiye tedbirlerle daha iyi görülen sahte içki üretimi, son zamanlardaki baskınlar dışarıda bırakılırsa olağan bir hal almaya başlanmıştır[81]. Özel hayata müdahale meselesi bir yana bırakılırsa, alkollü içkilerin yasal tüketiminde tüketeni yüksek zamla tüketime zorlamak bir vergi politikasına dönüşmüş durumdadır. Bu hususta yapılan bir saha çalışması da alkollü içeceklerin özellikle düşük gelire sahip kesimler üzerinde tüketim harcamalarını azaltıcı bir etkiye sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırma, etil alkol tüketimi olan bireylerin tüketimlerini arttırdıklarında aylık alkollü içecek ödemelerini düşürebildiklerini, bandrollü içeceklere yönelmeleri halinde ise aylık ödemelerinin arttığını göstermektedir[82]. Bu durum aynı zamanda alkol ve tütün ürünlerini kullanan vergi mükellefleri bakımından vergiye direnme ya da vergisel sorumluluğun asgari düzeyde yerine getirilmesi ya da ondan tamamen kaçınılması hususunda da ayrıca bir inceleme konusudur. Vergi oran ve miktarlarında kabul edilebilir ölçünün

göre geleneksel yaşam biçimlerinden kopan kitlelerin bira-şarap temelli ölçülü alkol tüketimi, yerini bu keyif verici, ucuz distile içkilerle toplumsal kriz ortamına bırakmıştır. İngiliz toplumunda hoşnutluk, zindelik ve sağlık kaynağı olarak görülen bira karşısında cin, geleneksel aile ilişkilerinin çözülmesi, çocuk düşürme, intihar gibi birçok trajedinin sebebi olarak eleştirilmektedir. Buna karşılık XVIII. yüzyıl ortasında on bir milyon galon ile kişi başı yaklaşık sekiz litreye ulaşan ispirtolu içki tüketimi dikkat çekicidir. Keyif verici sarhoşluğa alışkın olan köyden kente göç eden alt sınıflar arasında gittikçe yaygınlaşan bu distile alkollü içkilerle yaşam biçimlerinden ve eski normlarından kopan kişiler arasında yüksek alkollü içkilerle halkın sağlığını yok eden bir sosyal düzensizlik hali baş göstermiştir. SCHIVELBUSCH, s. 158-162.

80 Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2015 yılında iki koli halinde 48 adet viskiyle aracında yakalanan kişinin hakkında ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş mahkûmiyet kararını bozarak ticari amaçla bu içkilerin bulundurulduğu hususunda yeterli delil olmadığına ilişkin oybirliğiyle bozma kararı vermiştir. Y. 7. CD, Esas No. 2014 / 1748, Karar No: 2015 / 13781, 08.04.2015, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2014-1748-k-2015-13781-t-8-4-2015, (Erişim Tarihi: 28.12.2022).

81 Bu operasyonlara bir örnek vermek gerekirse 27.12.2021 tarihinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın iş birliği ve 21.445 personelin katılımıyla yapılan operasyonda 23.688 iş yerinde/depoda arama ve denetleme gerçekleştirilmiş, 337 şüpheli hakkında adli ve idari işlem yapılmış, 415 aranan şahıs yakalandı, 19.966 litre olmak üzere 2.292 şişe kaçak/sahte alkollü içki, 4.365 adet içki aroması, 8.658 adet boş alkollü içki şişesi, 2.542 adet sahte bandrol, 4.571 paket kaçak sigara, 33.300 adet doldurulmuş ve 23.314 adet boş makaron, 220 adet puro, 26 adet tarihi eser, 6 kg esrar, 164 gram eroin, 14.046 adet sentetik uyuşturucu, 18 adet tabanca, 17 adet tüfek ve bunlara ait 1.316 adet fişek ele geçirilmiş ve 6 adet yasadışı alkollü içki imalathanesi deşifre edilmiştir. Alkol Operasyonu Gerçekleştirildi, https://www.egm.gov.tr/alkol-operasyonu-gerceklestirildi, (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

82 Araştırmada Trakya bölgesinde ikamet eden yurttaşların %80,3'ünün kaçak alkol tüketmedikleri sonucuna ulaşılmıştır. ÇETİN Murat, ÖZKAN Ersan, "Alkollü İçecekler Tüketimine Yönelik Bir Saha Araştırması: Trakya Bölgesi Örneği", **Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 1-16, s. 14.

aşıldığı böyle bir durumda mükelleflerin vergiye karşı dirençlerinin ve sahte / kaçak ürün tüketimlerinin azaltılması yine devletin sorumluğundadır[83].

Bu yönüyle satın alma gücü düşük olan gelir grubunun bandrollü içkiye erişememesi sebebiyle etil alkole yönelmesi yerine yüksek vergilendirme olmadan bandrollü içkiye erişimi daha isabetli bir tercih olacaktır; zira erişimin zorlaşması devletin vergi kaybına uğraması yanında yurttaşların sahte içkiyi tercih etmelerine veya *soft drug* olarak ifade edilen esrar ya da marihuana gibi maddelere yönelmelerini arttırıcı bir işlev görmektedir[84]. İşsizlik, geçim güçlüğü, psikolojik sıkıntılar ve COVID-19 ile evde kalma oranının arttığı bir toplumsal ortamda sahte içki tüketiminin yükseldiğine dikkat çeken Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve Türk Tabipleri Birliği Halk Sağlığı Kolu da bu hususta yaptıkları ortak açıklamada metil alkol zehirlenmelerinin tüm halk sağlığı sorunlarında olduğu gibi sosyoekonomik nedenleri olduğunu ve bu sorunlara eğilmeden meseleyi çözmenin olanaksız olduğunu vurgulamıştır[85]. Ayrıca alkol, sağlık ve toplumsal refah dengesi açısından Fransa ve Portekiz örneklerinde görüldüğü gibi devletin yaşam tarzlarına katı bir biçimde müdahalesi veya özgürlük alanlarını yüksek şekilde vergilendirmesi olmadan da bireyler ve toplumlar alkol tüketimlerini kademeli olarak azaltabilmektedir. Siyasal saikle alınan kararların ve bu kararların alkol regülasyonunu etkilemesinin bu dengeyi sarsması oldukça muhtemeldir[86].

---

83 ORKUNOĞLU ŞAHİN, Işıl Fulya/ YERELİ, Ahmet Burçin, "Mükelleflerin Vergiye Direnme Yöntemleri ve Türkiye'de Günah Vergilerindeki Artışların Değerlendirilmesi", **Sosyoekonomi Dergisi**, C. 26, S. 35, 2018, ss. 169-193, s. 188-189.

84 KÖKÇÜ Halil, **Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar**, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 64.

85 Toplumsal Bir Sorun: Metil Alkol Zehirlenmesi, Alkol Tüketimi ve Covid-19, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=9d2eefc8-12ae-11eb-99a3-303b9a52ca01, (Erişim Tarihi: 24.01.2023). Orta Çağdan beri varlığı bilinmesine karşılık bu yüzyıllarda daha çok ilaç amacıyla tüketilen ispirtolu içkilerin farmakolojik ve toplumsal olarak XVII. yüzyıldan itibaren kahvenin zıttı olarak işlev gördüğünü söylemek mümkündür. Damıtma işlemi, şarap ve bira temelli geleneksel içki kültürünü kökten değiştirerek alkol miktarını doğal sınırların çok ötesine taşıyarak sarhoşluk süresini hızlandıran bir yapıya sahiptir. Sert içkilerin toplumsal felaketle ilişkilendirilmesi ve sarhoşluğun ucuzlaşması ve hızlanması XVIII. yüzyılla birlikte gerçekleşen sanayileşme süreciyle doğrudan ilişkili bir durumdur. Bu süreç içki içmeyi kolektif bir eylem olmaktan çıkararak sanayi toplumlarında yalnızlaşan bireyin yeni içki içme adeti olmuştur. SCHIVELBUSCH, s. 158-160.

86 Avrupa ve Türkiye Karşılaştırmalı Alkol Politikaları (Çağın T. Eroğlu), https://oad.org.tr/wp-content/uploads/2021/06/Comments_8299_202142714431848O%CC%88AD-Yorum-17-Avrupa-ve-Tu%CC%88rkiye-Kars%CC%A7ilas%CC%A7tirmali-Alkol-Politikalari.pdf, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

Kayıt dışı distile içki üretiminde kullanılan yöntemler de değişiklik göstermekte olup etil alkol üretimi bunlardan sadece birisini oluşturmaktadır. Bunun dışında sahte bandrol üretimi, mükerrer bandrol kullanımı, taklit kapak ya da taklit bandrol, atık orijinal şişelerin kaçakçılık yapanlara ulaştırılması gibi birçok yöntem bu alanda kullanılmaktadır[87]. Bu yönüyle meclis açıklamalarına da yansıyan sahte içki üretimi, ülke sınırlarında pandemi dışında toplu ölümlere yol açan ikinci bir etmen olarak ifade edilmektedir. 05.01.2022 tarihinde verilen alkol kaçakçılığı ve sahte içki üretiminin engellenmesi için yapılması gerekenlerin belirlenmesine dair araştırma önergesi de bu konudaki girişimlerin sonuncusudur. İlgili önergede devletin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarındaki alkol kaçakçılığının boyutlarını öğrenmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir[88]. 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda ise mesele ayrı bir başlıkta ele alınmış ve kaçakçılık suçları arasında etil alkolün olması kanun koyucu tarafından cezayı arttırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. Buna göre kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt, tütün, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde cezanın yarısından iki katına kadar arttırılacağı, bu maddenin uygulanması ile verilecek cezanın üç yıldan az olamayacağı hükmü bulunmaktadır[89].

Türkiye Gıda ve İçecek Sanayii Dernekleri Federasyonu'nun "*2023 Yılına Doğru Alkollü İçecek Sektörü*" raporu da bu tezi doğrular niteliktedir. 2019 yılında üretilmiş damıtılmış alkollü içecek miktarı 20 milyon litre iken kaçak üretim kaynaklı ÖTV kaybı 1.5 milyar TL'ye ulaşmış bulunmaktadır. Raporun vurguladığı üzere böyle bir üretim kapasitesi yurtiçinde yüksek bir alıcıya sahip ve herhangi bir talep olmadan gerçekleştirilmesi olanaklı olmayan bir üretimdir. Bundan dolayı alkollü içeceklerdeki ÖTV/KDV arasındaki vergi oranı optimum noktayı geçtiğinden devletin kademeli şekilde vergi gelirlerini arttırırken kaçak alkol ekonomisini ortadan kaldıracak sistemli bir dönüşüm gerçekleştirmesi gerekmektedir[90]. Buna bir örnek, Avrupa ortala-

---

87 Ülkemizde Distile Alkollü İçki Üretiminde Yapılan Hileler Sahte Ürünlerin Tespiti ve Tüketici Güvenliği, https://www.gidamo.org.tr/resimler/ekler/facfe4b0f8229c4_ek.pdf?tipi=1&turu=H&sube=0, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

88 Yazılı Soru Önergesi Bilgileri, https://www2.tbmm.gov.tr/d27/10/10-733986gen.pdf (Erişim Tarihi: 27.01. 2022).

89 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5607.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

90 Rapor'a göre Türkiye'de alkollü içecek satış noktaları konusunda 1.159 toptan satış noktasına karşılık 45.265 perakende ve 25.534 açık satış noktası bulunmaktadır. 2023 Yılına Doğru Alkollü İçki Sektörü Raporu, https://www.tgdf.org.tr/wp-content/uploads/2022/01/TGDF-2023-yilina-dogru-alkollu-icki-sektoru.pdf, (Erişim Tarihi: 27. 12. 2022).

masının çok üstünde alkolü vergilendiren İsveç'tir. Devletin "*Systembolaget*" adıyla yurttaşları için alkollü içki arzı yaptığı İsveç, Avrupa Birliği ülkeleri alkol tüketim ortalaması (8,8 litre) altında bir tüketimi olmasına karşın kayıt dışı üretim ve evde içki yapımının önüne geçebilmek amacıyla bir dizi reform gerçekleştirmiş ve erişimi zorlaştırmadan alkollü içecekler konusundaki ekonomik temelli özgürlükleri arttırarak başarıya ulaşmıştır[91].

Bu doğrultuda Türkiye'de 2004 yılına dek rakı ve votka üreten tek firma Tekel olmasına karşın özelleştirmeyle birlikte yüksek kapasitelerde üretim yapan firma sayısı ve rekabet artış göstermiştir; ancak dikkat çekici olarak rakı satışları düşmeye başlamıştır. TAPDK rakamlarından da görülebileceği üzere rakı satışlarında düşüşün normal karşılanamayacağı bir durum söz konusudur. Nüfus artışının yanı sıra ülkedeki turist sayısının giderek arttığı böyle bir ortamda gelen yüksek vergiler başta büyükşehirlerde olmak üzere kayıt dışı üretime neden olmuş ve asgari bir sahte içki üretimini uzun vadede giderek tetiklemiş olmalıdır[92]. Tüketilen bandrolsüz içkiler aynı zamanda devletin alkollü içkilerden alacağı vergide önemli bir kayıp anlamına gelmektedir; ancak burada toplanamayan vergiye bakmak ve bu kaybın sonucu olarak gerçekleşen kaçak üretimin turizm, restoran ve eğlence sektörü alanındaki sonuçlarına eğilmek yerinde bir yaklaşım olacaktır[93]. Bu hususta yapılan araştırmalar, bugün piyasadaki ürünlerle karşılaştırıldığında sahte ürünlerin akaryakıtta %39, sigarada %46, alkolde ise %52 oranlarında daha ucuza imal edildiğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan üretimin yaklaşık dörtte birinin sahte içki ile oluştuğunun ve bunun artık sanayi boyutuna ulaştığının tahmin edildiği böyle bir ortamda dikkat çekici bir husus, bu zamana kadar düşük gelir gruplarının alım gücü sebebiyle yöneldiği sahte içki tüketiminin giderek belirli bir gelir seviyesine sahip eğitimli kesimler tarafından da sıklıkla tercih edilmeye başlanmasıdır[94]. Bandrollü içki karşısında sahte içkinin yarı fiyatından daha düşük bir fiyatla piyasaya sunulması tüketiciler nezdinde sahte ya da kaçak ürünlere yönelmeyi daha da arttırmış olup bunu önlemenin yolu özel tüketim vergisinde oranların indirilmesinden ve bununla eş giden bir süreçte alım gücünün arttırılmasından geçmektedir; ancak

---

91 İsveç'in Alkol Politikalarına Kısa Bir Bakış- Berkan Kizi, https://alkolpolitikalari.org/blog/isvecin-alkol-politikalarina-kisa-bir-bakis-berkan-kizi/, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

92 YANIK, s. 132-133.

93 Vergilerin Yüzde 10'u Günah Vergisi, https://www.birgun.net/haber/vergilerin-yuzde-10-u-gunah-vergisi-262666, (Erişim Tarihi: 22.12.2022)

94 Toplam tüketimin yüzde 30'una ulaşan sahte içki üretimi sanayileşti, https://www.indyturk.com/node/363961/toplam-t%C3%BCketimin-y%C3%BCzde-30%E2%80%99una-ula%C5%9Fan-sahte-i%C3%A7ki-%C3%BCretimi-sanayile%C5%9Fti, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

bu yönde bir politikanın akaryakıt ve sigarada olduğu şekilde alkollü içkiler için kısa vadede gerçekleşmeyeceği görülebilmektedir[95].

Bununla birlikte alkole ilişkin vergilendirmenin sıklıkla halk sağlığı ile ilişkilendirilmesine karşılık çocuk, hamile veya metabolizma bozukluğu olan kimselerin kullanmaması tavsiye edilen, ölüm vakalarına sebep oldukları ifade edilen enerji içeceklerinin yakın bir tarihe kadar Türkiye'de özel tüketim vergilerinin kapsamı dışında bırakılması da büyük bir çelişkiyi göstermektedir. Söz konusu içecekler 2018 yılında Özel Tüketim Vergisi (III) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği'ndeki değişiklikle bu kapsam içerisine dahil edilmiştir[96]. Örneğin Türkiye'de henüz uygulaması bulunmamasına karşılık sıklıkla tartışılan obezite vergileri de bu hususta bir başka tartışma konusudur. Obezite vergisinin konulmasının ve caydırıcı bir oranda uygulanmasının obeziteyle mücadelede başarıyı arttıracağı kamuoyunda dillendirilmektedir; ancak düşük gelir gruplarında artan obezite probleminde bu soruna sahip bireylerin tükettiği ürünlerin vergisinin nereye harcanacağı hususu problemlidir. Bununla beraber caydırıcı oranın bulunmaması durumunda obezite vergisinin kamu için gelir kaynağı olarak kalmakla beraber obezite sorunundan kaynaklı etkileri azaltma ve obez bireyleri sağlıklı yiyeceklere yönlendirme hedefinden uzaklaşması olasıdır[97]. Burada yapılan selektif vergilendirmenin gerekçesi bireyi zararlı alışkanlıklar ve davranışlardan korumak yönünde ise sağlığa zararlı tüm gıda ve maddelerden ya da gıda katkı maddelerinden aynı şekilde vergi alınması gerekmektedir. Örneğin yetişkin yurttaşların rızasını almadan devletin zararlı mallar (*demerit goods*) olarak gördüğü şekerli gıda ve içeceklere ilişkin obezite vergisi[98] getirmesinin bireylerin şekerli gıda ve içecek tüketimini azaltmasının belirli

---

95 Alkollü içecek, sigara, tütün, akaryakıt ve cep telefonundaki kaçak/sahte ürün ticaretini önleyebilmenin yolunun özel tüketim vergilerinden geçtiğini ve meselenin alım gücüyle doğrudan ilişkili olduğunu ve yurttaşların gelirlerinde %80 civarında bir artış olması halinde kayıtlı ürün tüketimine doğru istikrarlı bir geçiş sağlanabileceği tespitini burada yapmak mümkündür. 'Sahte İçkinin Boyutu O Kadar Büyüdü ki Sahte Üretim Sanayileşti', https://tr.sputniknews.com/20210524/sahte-ickinin-boyutu-o-kadar-buyudu-ki-sahte-uretim-sanayilesti-1044571276.html, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

96 Özel Tüketim Vergisi (III) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=21034&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

97 ÇUKUR Asuman / ERDEM ARITI İmran, "Obezite Vergilerinin Obezite ile Mücadelede Yeri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme", **Sayıştay Dergisi**, S. 106, 2017, ss. 121-146, s. 138-139.

98 Bu hususta bir makale için bkz. EROĞLU YOLAL Merve, "Pigovian (Pigoucu) Vergilemenin Bir Örneği Olarak Obezite Vergisi ve Çeşitli Ülke Uygulamaları Bakımından Değerlendirilmesi", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 360, 2018, ss. 110-123.

yan etkilere yol açıp açmayacağı soru işaretlerini barındırdığından tüketimi azaltma yönünde bu malları sürekli vergilendirmenin öngörülemeyen farklı yönde sonuçlara sahip olması oldukça muhtemeldir[99].

Burada meselenin halk sağlığı boyutunun yargı kararlarına yansıması bakımından dikkat çekici gelişmelerden de bahsetmek yerinde olacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2020 yılında sahte içki üretimine dair verdiği karar, bu hususta dikkat çekici bir nitelik arz etmektedir. Bu tarihe kadar sahte içki üretimi yaparak ölüme sebebiyet verenlere dair bilinçli taksir üzerinden alınan kararlar, üretici işletme tarafından neticenin öngörülmesine rağmen üretimden vazgeçilmemesi gerekçesiyle olası kastla insan öldürme kararı üzerinden değerlendirilmeye başlanmıştır[100]. Buna ek olarak yeni bir gelişme de bu ticaretin önüne geçebilmek amacıyla "*Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*"te yapılan son değişikliktir. Buna göre alkollü içkilerde ürünün piyasaya arzına ilişkin esaslar açısından 5 cl'den az ve 300 cl'den daha fazla ambalaj hacmine sahip alkollü içkilerin üretilemeyeceği, piyasaya arz edilemeyeceği ve ithal edilemeyeceği hükme bağlanmıştır[101]. Bu durumun tarımsal amaçlı etil alkol satışlarının yukarıda da örnek verildiği üzere sıklıkla bu miktarın üzerinde yapılmasıyla ilişkili olduğu ve düzenlemenin bu ticareti engelleme amacıyla getirildiği ifade edilebilir.

Bu gelişmelere karşın alkol operasyonlarında ele geçirilen miktarın sürekli artış göstermeye devam etmektedir; ayrıca yaz turizm dönemlerinde başta "*her şey dahil sistemi*" ile çalışan oteller olmak üzere turizm işletmelerinin sahte içki ürettiği iddiası da dikkat çekicidir. Turizm Yatırımcıları Derneği'nin de dikkat çektiği bu durum, ÖTV ve Konaklama Vergisi'nin yüksekliğinden ötürü otellerin büyük çoğunluğunun kendi fiziki alanlarında damıtma alkollü içki üretimi yaparak müşterilerine bunları bandrollü içki gibi servis ettiğini, alkol karışımları için gerekli etil alkolün bu şekilde imal edildiğini ortaya koymaktadır[102] Görüldüğü üzere üretim noktaları ve imalat miktarları verilere yansımadığından ötürü devlet kayıtlarında yurttaşların alkollü içecek tüketimi azalmış ve vergilemenin amacı yerine gelmiş gö-

---

99 AKTAN, 2019, s. 74-76.

100 YCGK, Esas No. 2018 / 386 Karar No. 2020 / 495, 01.12.2020, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2018-386-k-2020-495-t-1-12-2020, (Erişim Tarihi: 28.12.2022).

101 Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=6203&MevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

102 'Kaçak içki' itirafı, https://www.cnnturk.com/ekonomi/genel/kacak-icki-itirafi, (Erişim Tarihi: 03.01.2022).

rünmektedir; ancak mesele içerisinde yüksek oranda vergi kaybını ve halk sağlığına ilişkin olumsuz sonuçları barındırmaktadır. Bununla birlikte meselenin yalnızca ülkemize ait bir sorun olmadığı, Avrupa Birliği içerisinde benzer tartışmaların yaşanmakta olduğu ifade edilmelidir. Federal Almanya Cumhuriyeti Baden- Württemberg Eyaleti Gıda Kontrolü ve Hayvan Sağlığı Araştırma Dairesi de online etil alkol satışlarında orijinal ürünlerin sahtelerine rastlanıldığı ve başta Rusya olmak üzere AB üyesi olmayan ülkelere ait internet sitelerinden yüksek alkollü içkilerin alınmamasına ilişkin bir açıklama yayınlamıştır. Açıklamada Rusya Federasyonu'na yakın konumda bulunan Polonya, Çekya ve Türkiye gibi ülkelerde Rus menşeili sahte içkiler sebebiyle ölüm olayları yaşandığına vurgu yapılmıştır[103].

Sonuç olarak ekonomi zihniyeti ve bu zihniyetin etki ettiği tüm iktisadi faaliyetlerdeki zihniyet meselesi görece yakın bir zamanda sosyal bilimlerin inceleme alanına girmiştir. Bu hususta birey ve devletlerin piyasalara karşı verdikleri reaksiyonlar ve kazanç gayretleri birbirinden değişik nitelikler taşımaktadır ve tek bir *homo economicus* kavramına sığdırılamayacak geniş-likte farklılık arz etmektedir[104]. Vergi konusunda meseleleri sürekli iktisadi ve hukuki yönleriyle analiz etmek ve vergilemenin bir insan faktörü olduğundan hareketle zihniyet ve fikir yansımasının sonucu olduğunu göz ardı etmemek gereklidir. Şüphesiz maliye tarihi de insan faktörünün ve zihniyet yapısının dışında bir alan değildir. Her tarihsel dönem belli bir zihniyet yapısının o dönemdeki mali gelişmeler üzerinde hakim olduğu bir mahiyette tezahür etmektedir[105]. Bu yönüyle söz konusu durumun vergilendirmenin toplumsal etkilerinin araştırılmasıyla ilgili olduğu ve vergilenen ürünü alamayan toplum üyelerinin kendi yaşam tarzlarını sürdürmek adına kayıt dışı ürünlerle tüketime devam ettikleri söylenebilir. Bu kapsamda, bakanlıkların tek görevleri vergi düzenlemeleri yapmak değil, bireylerin vergiye ilişkin davranışlarına odaklanarak bu konuda toplumsal öngörülerde bulunmaktır[106].

---

[103] Gefälschte Spirituosen aus russischen Internet-Shops - eine Gefahr für Verbraucher in der EU?, https://www.uabw.de/pub/beitrag_printversion.asp?subid=0&Thema_ID=2&ID=2517&Pdf=No&lang=DE, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

[104] "*İktisat ilmi, realiteden uzak, mücerret ve cılız faraziyelerden ibaret kalmamak için, inkişaf seyrini zihniyet tezahürlerinin hiçbir zaman nihayete ermiyen mütemadi istihalelerine uydurmak mecburiyetindedir."* ÜLGENER Sabri, "İktisadi Hayatta Zihniyetin Rolü ve Tezahürleri", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 2, S. 3-4, 1940, ss. 351-380, s. 355-356.

[105] MUTLU, s. 143.

[106] Buradan hareketle vergilendirmenin toplumsal etkilerini çalışmak üzere Maliye Bakanlığı bünyesinde kurulacak bir kurum önerisi için bkz. GÖKER, Cenker, "Vergilendirmenin Sosyolojik Etkilerini Araştırma Kurulu Önerisi", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 288, 2012, ss. 181-184.

SONUÇ

Alkollü içkiler bakımından ürün fiyatına göre vergi oranının yüksekliği, piyasadaki alkollü içeceğin fiyatına yansımaktadır. Bu yansıma ise alım gücü giderek düşen yurttaşların kademeli olarak bandrollü içkiyi daha az tüketmelerine veya mevcut ürünün alıcısı olmaktan vazgeçmelerine neden olmaktadır. İlgili vergilendirmelerin sıklıkla halk sağlığını koruma gayesiyle yapıldığı argümanı, kamuoyuna yüksek vergilemenin gerekçesi olarak sunulmaktadır; ancak meselenin doğrudan halk sağlığının korunması önünde engel olduğu tespitini burada yapmak gerekmektedir. Şüphesiz özel tüketimde daha düşük bir politikaya gidilmesi, yüksek miktarlarda imalat yapan, lojistik alanda her yere ulaşım sağlayabilen ve çalışmada endüstriyel boyutlara ulaştığı ortaya konulan sahte içki sorununu kısa bir zaman içerisinde ortadan kaldırmayacaktır; ancak uzun vadeli hedefler açısından meseleye bakıldığında etil alkol üreticileri ve üretilen alkol miktarında kademeli bir azalmanın yolu buradan geçmektedir. Zira, kayıt dışı alkol üretim hacminin yükselmesinin esas sebebi, vergilemede toplumsal amacı aşarak fiyata göre vergi oranıyla "*günah vergisi*" statüsünü alan özel tüketim vergisidir.

Çalışmada gösterildiği üzere günah vergileri, konulduğu ürünler bakımından kayıtlı tüketimi sınırlandırıcı etkiye sahip olduğu ve amacına ulaştığı izlenimini uyandırmaktadır; ancak vergilendirilen o ürünün tüketicisi olan yurttaşların o ürünün tüketiminde kayıt dışı ekonomiye yönelmelerine büyük oranda sebebiyet veren bir etkiye sahiptir. İncelemeye konu olan durumda kaçak üretim ile oluşan piyasanın bandrollü fiyatlar karşısında ucuz kalması, bu durumun devam etmesine neden olacaktır; ancak mevcut gerçekler gerek halk sağlığı gerek mali alanda oluşan vergi kaybı açısından açıklıkla tartışılmamaktadır. İşte sahte içki üretimini de yüksek özel vergilemenin dolaylı bir sonucu olarak görmek ve alkollü içkilerde yüksek verginin toplumsal etkilerini tartışmak gerekmektedir. Bu bakımdan alkol üzerindeki özel tüketime dayalı vergilendirmeyi mevcut iktidarın elinde günah vergisi olarak nitelemek ve bunun kayıt dışı bir ekonomiye sebep olduğunu tespit etmek isabetli olacaktır. Bu vergiden kaçınmak ve yüksek vergiyi ödemeden alkollü içecek tüketmek isteyen yurttaşların bu tüketime kaymaya devam edeceklerini veya bilmeden sahte içki tüketimine maruz kalacaklarını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

AKTAN Can Coşkun, **Mali Ayrımcılık Keyfî Devlet, Vergi Ayrıcalıkları ve Vergi Ayrımcılığı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

AKTAN Coşkun Can, "Patolojik Paternalizm: Paternal Devlet ve 'İyiniyetli' İyilikseverlik Despotizmi Üzerine". **Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C. 10, S. 27, 2021, ss. 172-200.

BUYRUKOĞLU Selçuk / BOZDOĞAN Doğan / KÖKTAŞ Altuğ Murat, "Paternalist Devlet Anlayışının Bir Gereği Olarak Günah Vergileri: Türkiye Örneği", **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 3, 2016, ss. 15-31.

BUZRUL Sencer, "Türkiye'de Alkollü İçki Tüketimi", **Journal of Food and Health Science**, C. 2, S. 3, 2016, ss. 112-122.

CONLON Christopher / RAO Nirupama / WANG Yinan, "Who Pays Sin Taxes? Understanding the Overlapping Burdens of Corrective Taxes", ***The Review of Economics and Statistics***, ***2022,*** ss. 1-27.

ÇETİN Murat / ÖZKAN Ersan, "Alkollü İçecekler Tüketimine Yönelik Bir Saha Araştırması: Trakya Bölgesi Örneği". **Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 1-16.

ÇUKUR Asuman / ERDEM ARITI, İmran, "Obezite Vergilerinin Obezite ile Mücadelede Yeri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme", **Sayıştay Dergisi**, S. 106, 2017, ss. 121-146.

DİNLER Zeynel, **İktisada Giriş** 13. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.

EKER Aytaç, **Kamu Maliyesi,** Birleşik Matbaa, İzmir, 2005.

ERKİN Gözde, **Türk Hukukunda Vergilendirme Yetkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

EROĞLU YOLAL Merve, "Pigovian (Pigoucu) Vergilemenin Bir Örneği Olarak Obezite Vergisi ve Çeşitli Ülke Uygulamaları Bakımından Değerlendirilmesi", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 360, 2018, ss. 110-123.

GİRAY Filiz, **Maliye Tarihi**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2014.

GÖKER Cenker, "Vergilendirmenin Sosyolojik Etkilerini Araştırma Kurulu Önerisi". **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 288, 2012, ss. 181-184.

GÖKER Cenker, "Yönlendirici Vergilendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S. 3-4, 2011, ss. 11-30.

HAILE Andrew J., "Sin Taxes: When the State Becomes Sinner", **Temple Law Review**, C. 82, S. 4, 2009, s. 1041-1070.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, 1993, Ankara.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Birinci Meclisin İçki Yasağı Men-i Müskirat Kanunu**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2008.

KARAKOÇ Yusuf, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 1258-1308.

KARAKOÇ Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

KILIÇBAY Ahmet, **Türk Ekonomisi Modeller Politikalar Stratejiler**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1991.

KÖKÇÜ Halil, **Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

LORENZI Peter, "Sin Taxes", **Society**, C. 41, S. 3, 2004, ss. 59-65.

MIRACOLO Aurelio / SOPHIEA Marisa, "Sin Taxes and Their Effect on Consumption, Revenue Generation and Health Improvement: A Systematic Literature Review in Latin America", ***Health Policy and Planning***, C. 36, S. 5, 2021, ss. 790-810.

MUTLU Abdullah, **Tanzimattan Günümüze Türkiye'de Vergileme Zihniyetinin Gelişimi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009.

OKTAR Kemal, **Özel Tüketim Vergisi**, İkinci Baskı, PWC Yayınları, İstanbul, 2013.

ORKUNOĞLU ŞAHİN, Işıl Fulya/ YERELİ Ahmet Burçin, "Mükelleflerin Vergiye Direnme Yöntemleri ve Türkiye'de Günah Vergilerindeki Artışların Değerlendirilmesi", **Sosyoekonomi Dergisi**, C. 26, S. 35, 2018, s. 169-193.

ÖNCEL Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

ÖZBEK Kübra, "Türkiye'de Günah Vergileri ve Özel Tüketim Vergileri Uygulaması", **Uluslararası Sosyal, Siyasal ve Mali Araştırmalar Dergisi**, C. 1, S. 1, 2021, ss. 41-52.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, "Vergilendirme, Politika ve Hukuk", **Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler**, F. Yenisey, G. Güneş, Z. E. Şirin (ed.), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 59-80.

SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2009.

SANDALCI Ulvi / SANDALCI İnci, "Türkiye'de Günah Vergileri Kapsamında Özel Tüketim Vergisi Uygulaması ve Etkinliği", **Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. 4, S. 4, 2018, ss. 1-14.

SARAÇ Özgür / TANDIRCIOĞLU Haluk, "Günah Vergileri: Sosyal Hayatın Kontrolünde Müdahaleciliğin Rolü (Seçilmiş Ülke Örnekleri Üzerinden Değerlendirmeler)", **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 398, 2021, ss. 45-67.

SEVER Dilşad Çiğdem, İdeolojik Olarak Hukuki Eşitlik, B. Erdağı (ed.), **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları**, Notabene Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 29- 58.

SOMEL Cem, "Siyaset Bilimi ve İktisat", G. Atılgan, E. A. Aytekin (ed.), **Siyaset Bilimi Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, Beşinci Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

SCHIVELBUSCH Wolfgang, **Keyif Verici Maddelerin Tarihi Cennet, Tat ve Mantık**, (çev. Z. A. Yılmazer). Genesis Kitap, İstanbul, 2012.

ŞENYÜZ Doğan / YÜCE Mehmet/ GERÇEK Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2005.

TAYLAR Yıldırım, "Vergi Teorisi Açısından Özel Tüketim Vergileri ve Türk Özel Tüketim Vergisi Uygulaması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 12 (Özel Sayı), 2010, ss: 435-467.

TURAN Deniz / YURDAKUL Ali, "Zararlı Alışkanlığı Önlemeye Yönelik Bir Araç Olarak Günah Vergileri ve Etkinliği", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, C. 1, S. 2, 2009, ss. 1-13.

TURHAN Salih, **Vergi Teorisi ve Politikası**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

ÜLGENER Sabri, "İktisadi Hayatta Zihniyetin Rolü ve Tezahürleri", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 2, S. 3-4, 1940, ss. 351-380.

YALTI SOYDAN, Billur, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Adalet Kavramı ile Okumak". **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 119, 1998, ss. 98-118.

YANIK Kerem, **Tekel'in Nesi Kaldı Damaklarda Tadı Kaldı**, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2018.

İnternet Kaynakları

2022 Ocak-Mart Kayıt Dışı Alkol Tüketim Verileri, https://alkolpolitikalari.org/?p=802, (Erişim Tarihi: 06.04.2022).

2023 Yılına Doğru Alkollü İçki Sektörü Raporu, https://www.tgdf.org.tr/wp-content/uploads/2022/01/TGDF-2023-yilina-dogru-alkollu-icki-sektoru.pdf, (Erişim Tarihi: 27.12. 2022).

3 Ocaktaki ÖTV Zammı Sonrası Birada Vergi Yükü, https://vergiyedair.com/2022/01/04/3-ocaktaki-otomatik-otv-zammi-sonrasi-birada-vergi-yuku/, (Erişim Tarihi: 19.12.2022).

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5607.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

Alkol Operasyonu Gerçekleştirildi, https://www.egm.gov.tr/alkol-operasyonu-gerceklestirildi, (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=6203&MevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 20.02.2023).

Alkollü İçeceklerde ÖTV Zammı Serüvenimiz, https://vergiyedair.com/2022/05/27/alkollu-iceceklerde-otv-zammi-seruvenimiz/, (Erişim Tarihi: 29.12.2022).

Amerika'da Alkol Dini Sebeplerle Yasaklandı, https://odatv4.com/siyaset/amerikada-alkol-dini-sebeplerle-yasaklandi-1701111200-15138, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

Anason nedir?, https://www.iwsa.com.tr/fermente-distile/anason-nedir.html, (Erişim Tarihi: 24.12. 2022).

Avrupa ve Türkiye Karşılaştırmalı Alkol Politikaları (Çağın T. Eroğlu), https://oad.org.tr/wp-content/uploads/2021/06/Comments_8299_202142714431848O%CC%88AD-Yorum-17-Avrupa-ve-Tu%CC%88rkiye-Kars%CC%A7ilas%CC%A7tirmali-Alkol-Politikalari.pdf, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

Basın Açıklaması: Toplumsal Bir Sorun Haline Gelen Sahte ve Kaçak İçki Üretiminin Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerilerimiz, https://www.kmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=6031&tipi=2&sube=1, (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

Consumption Tax Policies in OECD Countries, https://files.taxfoundation.org/20210225102600/Consumption-Tax-Policies-in-OECD-Countries1.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

Cumhuriyet Halk Partisi Toplumsal Felaket ve Mağduriyet Komisyonu, Tüm Boyutlarıyla Sahte İçki Gerçeği Raporu, https://tele1.com.tr/wp-content/uploads/2020/12/CHP-SAHTE-ICKI-RAPORU.pdf, (Erişim Tarihi: 20.12.2022).

Etil Alkole 'Acı Madde' Katan Düzenlemeye Dava: İçki İçmek Bir Tercihtir, https://www.diken.com.tr/etil-alkole-aci-madde-katan-duzenlemeye-dava-icki-icmek-bir-tercihtir/, (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

Etil Alkol Sektörüne Ait Piyasa Arzı Bilgileri 01.01.2021-31.12.2021, Tarım ve Orman Bakanlığı, Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı, https://www.tarimorman.gov.tr/TADB/Menu/23/Alkol-Ve-Alkollu-Ickiler-Daire-Baskanligi, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

Etil Alkol ve Metanolün Üretimi ile İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=15462&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

Gefälschte Spirituosen aus russischen Internet-Shops - eine Gefahr für Verbraucher in der EU?, https://www.uabw.de/pub/beitrag_printversion.asp?subid=0& Thema_ID=2&ID=2517&Pdf=No&lang=DE, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

Global Status Report on Alcohol and Health 2018, https://apps.who.int/iris/bitstream /handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1, (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

İçişleri Bakanı Soylu: Sahte İçkiye Yönelik Düzenlenen "Zincir 2" Operasyonunda 176 Şüpheli Gözaltına Alındı, https://www.aa.com.tr/tr/gundem/icisleri-bakani-soylu-sahte-ickiye-yonelik-duzenlenen-zincir-2-operasyonunda-176-supheli-gozaltina-alindi/2763165, (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu, https://www.tarimorman.gov.tr/TADB/ Belgeler/Kanunlar/kanun_4250.pdf, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

İsveç'in Alkol Politikalarına Kısa Bir Bakış - Berkan Kizi, https://alkolpolitikalari.org/blog/isvecin-alkol-politikalarina-kisa-bir-bakis-berkan-kizi/, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

Özel Tüketim Vergisi (III) Sayılı Liste Uygulama Genel Tebliği, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=21034&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

"Kaçak içki" itirafı, https://www.cnnturk.com/ekonomi/genel/kacak-icki-itirafi, (Erişim Tarihi: 29.12.2022).

Metanol (sahte alkol) Zehirlenmesine Yaklaşım, Türkiye Acil Tıp Derneği Toksikoloji Çalışma Grubu Raporu, https://tatd.org.tr/haber-ve-duyuru/metanol-sahte-alkol-zehirlenmesine-yaklasim/ (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

Palandöken, "Yılbaşı Öncesi Sahte İçkiye Dikkat," https://www.tesk.org.tr/view/haber/goster.php?Guid=19510e40-663d-11ed-95b3-000c29b32a85, (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

Sahte Alkol Zehirlenmeleri: ÖTV Kalktığında Kimse Kaçak İçkiye Yönelmez, https://www.gazeteduvar.com.tr/sahte-alkol-zehirlenmeleri-otv-kalktiginda-kimse-kacak-ickiye-ihtiyac-duymaz-haber-1546529 (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

Sahte Alkollü İçki Basın Açıklaması, https://www.kmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=5851&tipi=2&sube=11, (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

TMMOB Kimya Mühendisleri Odası, Sahte İçki Toplumsal Bir Sorundur, https://www.kmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=5851&tipi=2&sube=11 (Erişim Tarihi: 25.12.2022).

Sahte içki üretimi için fabrika kurmuşlar, https://www.trthaber.com/haber/turkiye/sahte-icki-uretimi-icin-fabrika-kurmuslar-301467.html, (Erişim Tarihi: 05.01.2023).

Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı, Kemal Gözler, https://www.anayasa.gen.tr/sigara.htm, (Erişim Tarihi: 26.12.2022).

Statement by the Methanol Institute on Bootleg Alcohol Poisoning, https://www.methanol.org/wp-content/uploads/2016/06/MI-statement-on-bootleg-alcohol-poisoning-201502-EN.pdf, (Erişim Tarihi: 16.01.2023).

Toplumsal Bir Sorun: Metil Alkol Zehirlenmesi, Alkol Tüketimi ve Covid-19, https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=9d2eefc8-12ae-11eb-99a3-303b9a52ca01, (Erişim Tarihi: 24.01.2023).

Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170321-11.htm, (Erişim Tarihi: 31.12.2022).

Türkiye'de Alkollü İçecek, Sigara, Tütün, Akaryakıt ve Cep Telefonlarının Yasa Dışı Ticaretinin Analizi, Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi (BETAM) Raporu, 2021, https://betam.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2021/06/Tu%CC%88rkiyede-Alkollu%CC%88-I%CC%87c%CC%A7ecek-Sigara-Tu%CC%88tu%CC%88n-Akaryakit-ve-Cep-Telefonlarinin-Yasa-Dis%CC%A7i-Ticaretinin-Analizi.pdf (Erişim Tarihi: 16.01.23).

Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun, https://www.tarimorman.gov.tr/TADB/Belgeler/Kanunlar/kanun_4733.pdf, (Erişim Tarihi: 29.12.22022).

The Acts of the Sixty-Sixth Congress of the United States, https://www.loc.gov/rr/main/images/volstead-act.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2022).

Ülkemizde Distile Alkollü İçki Üretiminde Yapılan Hileler Sahte Ürünlerin Tespiti ve Tüketici Güvenliği, https://www.gidamo.org.tr/resimler/ekler/facfe4b0f8229c4_ek.pdf?tipi=1&turu=H&sube=0, (Erişim Tarihi: 23.12.2022).

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas No. 2014 / 1748, Karar No: 2015 / 13781, 08.04.2015, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2014-1748-k-2015-13781-t-8-4-2015, (Erişim Tarihi: 28.12.2022).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas No. 2018 / 386 Karar No. 2020 / 495, 01.12.2020, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2018-386-k-2020- 495-t-1-12-2020, (Erişim Tarihi: 28.12.2022).

Yazılı Soru Önergesi Bilgileri, https://www2.tbmm.gov.tr/d27/10/10-73 3986gen.pdf (Erişim Tarihi: 27.01. 2022).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 447-473

TÜRK HUKUKUNDA İADE KAVRAMI VE HÜKÜMLERİ(*)

Arş. Gör. **Selin TÜRKOĞLU**(**)

Öz: Devletlerarası yardımlaşma vasıtası olarak kabul edilen iade kurumunun nasıl uygulanacağı ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve iç hukuktaki normlar doğrultusunda belirlenmektedir. İade konusu olan suçun özellikleri, iadesi talep edilen kişinin sıfatı ve sübjektif durumu, iade talep eden devletin hukuk sistemi gibi pek çok etkenin rol oynadığı bu süreç öncelikle iadenin mümkün olup olmamasına dair bir karara dayanmaktadır. İade konusu suç bakımından açıklığa kavuşturulması gereken siyasal suç, sırf askeri suç, mali suç gibi kavramların tanımları ve içerikleri hâlen öğretiyi meşgul etmektedir. Bu sebeple iade ile ilgili değerlendirmeler bu kavramların içeriği ile yakından ilgili olmaktadır. Adli ve idari mercilerin katıldığı sürecin kendine has şekli kurallar sebebiyle usulî bir boyutu da bulunmaktadır. Çalışmada iade kurumunun Türk hukukunda koşulları, usulü ve sonuçları üç ana başlık altında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İade, Geri Verme, Suçluların İadesi, Adlî İş Birliği, SİDAS.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 10.05.2023.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 000-0003-0184-9738; *sturkoglu@gsu.edu.tr*).

THE CONCEPT AND CONDITIONS OF EXTRADITION IN TURKISH LAW

Abstract: Extradition, accepted as means of mutual assistance, is implemented according to bilateral or multilateral agreements and norms in domestic laws. This legal process depends on factors such as the offense for which extradition is requested, who the person is, and the legal system of the requesting State. The requested State will decide to accept or refuse extradition considering all these. The debates still go on about political, military, and fiscal offenses. Since to be able to identify the definitions and the contents of these terms are complicated. Also, there is a procedural dimension of extradition where the administrative agencies and judicial authorities take part. In this study, I will try to explain the conditions, procedure, and consequences of extradition according to Turkish law in three parts.

Keywords: Extradition, Rendition, Extradite, Mutual Assistance, European Convention on Extradition.

I. İADE KURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

Ceza hukukunda iade, hakkında mahkûmiyet kararı olan veya bir yargılama sürdürülen kişilerin bulundukları devlet tarafından söz konusu suçla ilgili olarak infaz veya yargılama yetkisine sahip olan devlete gönderilmesidir[1]. Her ne kadar hukukumuzda kavram "suçluların iadesi" veya "suçluların geri verilmesi" olarak ifade edilebiliyor olsa da sadece hakkında mahkûmiyet kararı bulunan yani suçluluğu bir mahkeme tarafından sabit görülmüş kişiler değil, hakkında bir ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülen kişilerin de iade edilmesi mümkündür[2]. Bu sebeple "suçluların iadesi" ifade-

---

[1] TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 233; KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1981, s. 775; DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C. III, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1994, s. 411; ÖZGEN Eralp, **Suçluların Geri Verilmesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962, s. 3; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Beta, İstanbul, 1991, s. 248; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 193. ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1117; ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2021, s. 834; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rıfat Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 216; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 848.

[2] ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. baskı, Ankara: Seçkin, 2022, s. 159.

si kavramı eksik tanımlamaktadır[3]. İtalyan öğretisinde bu iki durumun farkını ortaya koymak adına kurum, muhakeme iadesi (*estradizione processuale*) ve infaz iadesi (*estradizione esecutiva*) olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir[4]. İlkinde kişi bir ceza muhakemesinin yürütülmesi amacıyla iade edilirken ikincisinde iade hükmolunan cezanın infazı sebebiyle gerçekleştirilmektedir. Kanaatimizce iade edilecek kişinin sıfatı bakımından (şüpheli, sanık veya mahkûm) herhangi bir özelleştirme yoluna gidilmeden sadece "iade" ya da "geri verme" kavramlarının kullanılması isabetli olacaktır. Nitekim 2016 tarihli, 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanununda da[5] (Adlî İş Birliği Kanunu) iade kavramı tercih edilmiştir. Öğretideki bu farklılıkların yanı sıra iade kurumuna ilişkin ikili veya çok taraflı çeşitli anlaşmaların Türkçe nüshalarında dahi terminoloji birliğinin bulunmaması eleştiriye açık bir diğer hususu oluşturmaktadır[6].

Kelimenin İngilizce karşılığı olan *extradition* ibaresinin etimolojik kökeni incelendiğinde Latince *ex* "-den dışarı" ve *traditionem* "teslim etme, aktarma" şeklinde iki kelimenin birleşiminden meydana gelen "*extradere*" olduğu görülmektedir[7]. Başka bir tabire göre de yabancı bir kimseye gösterilen geleneğe uygun olmayan, (*extra-tradition*) bir uygulama olarak nitelendirilmektedir[8].

İade kurumuyla dar anlamda, şüpheli veya sanık hakkındaki yargılamanın devamı veya hükmolunan cezanın infazının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu sebeple iade, sınır dışı etme tedbirinden veya soruşturma veya ko-

---

3 Aynı yönde görüş için bkz: ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1117; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 1127.

4 MARINUCCI Giorgio/ DOLCINI Emilio, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Giuffrè Editore, Milano, 2004, s. 78; Bunun dışında İtalyan hukukunda, İtalya'nın iade isteyen ülke olması durumuna aktif iade "*estradizione attiva*", başka bir devletin İtalya'dan iade isteminde bulunması da pasif iade "estradizione passiva" olarak ifade edilmektedir. Bkz: DALIA Andrea Antonio/FERRAIOLI Marzia, **Manuale di Diritto Processuale Penale**, 12. Bası, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, s. 1002.

5 Resmî Gazete 05/05/2016, sayı: 29703.

6 ULUTAŞ Ahmet, "Türk Geri Verme Hukukunda Terminoloji Birliği İhtiyacı ve Bu Açıdan Türkiye-Tunus Sözleşmesi'nin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, sy. 3, 2012, ss. 267-296; Ulutaş zaman zaman aynı anlaşmanın içinde dahi farklı terminoloji kullanıldığını ifade etmektedir.

7 Online Etimology Dictionary, https://www.etymonline.com/word/extradition (Erişim Tarihi: 04.03.2023).

8 ALPASLAN M.Şükrü, **Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik**, Teknik Yayınlar, İstanbul, 1983, s. 246.

vuşturmanın devri kurumlarından ayrılmaktadır[9]. İade kurumu hem ulusal hem de uluslararası düzeyde suçun önlenmesi, kontrol edilmesi ve bastırılması amaçlarına hizmet etmektedir[10]. Bu kurum sayesinde hem bir ülkede, başka bir devlette suç işlemiş ya da suç şüphesi altında olan bireylerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan, adaletten kaçarak yaşamlarını sürdürmelerinin önüne geçilmiş olacağı gibi, bu kişilerin devlet tarafından takip edilebilme imkânı oluşmaktadır[11]. Zira işlediği bir suç sebebiyle her nereye giderse gitsin tabi olduğu ceza hukuku kurallarının onu takip edeceğini bilmek bireylerin üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır.

Bununla birlikte devletler arasındaki bir iş birliği şekli olsa da bugün hakkında iade talebinde bulunulan kişinin haklarının yok sayıldığı, bu süreçte her ne kadar pasif bir konumda olsa da çıkarlarının göz önünde bulundurulmadığı söylenemez[12]. Kişinin ölüm cezası ya da insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya maruz kalacak olması ihtimali veya işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair şüphenin varlığı iadenin önünde engel oluşturacaktır. Zira demokratik bir ülke, bu işlemi gerçekleştirirken topraklarında bulunan bir kimsenin temel insan haklarının korunacağının garantisini almak mecburiyetindedir[13].

II. KURUMUN KAYNAKLARI

İade, sadece ulusal ceza hukukunu ilgilendirmekle kalmamakta uluslararası alanda pek çok ikili veya çok taraflı anlaşmaya dayanan devletler arası iş birliğinin en eski ve hayati alanlarından birini oluşturmaktadır[14]. Öğretide de milletlerarası bir adli yardım niteliğinde olduğu görüşü çoğunluktadır[15]. Bu sebeple de iade devletler arası bir işlem olarak devletler hukukunu da

---

9 ÜNVER Yener, "Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye", **Anayasa Yargısı Dergisi**, sy. 17, 2000, ss. 410-436.

10 BASSIOUNI M. Cherif, **International Extradition United States Law and Practice**, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2014, s. 2; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 848.

11 ÖZGEN, s. 5; GÜNGÖR Gülin, "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, sy. 1-2, ss. 359-382.

12 BASSIOUNI M. Cherif, "Unlawful Seizure and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition,", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 7, sy. 1, 1973, ss. 25-70.

13 DALIA/FERRAIOLI, s. 1006.

14 MARINUCCI/DOLCINI, s. 78.

15 EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 212; DÖNMEZER/ERMAN, C. III, s. 411; ÖZGEN, s. 11; ÖNDER, C. I, s. 248; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1146; ZAFER, s. 834.

ilgilendirmekte devletler bu konuya ilişkin çeşitli anlaşmalar akdetmektedir[16]. Ancak iade kural olarak devletler bakımından bir zorunluluk teşkil etmemektedir, zira devletler iadeye ilişkin usulü kendi iç hukuk normları doğrultusunda belirlemektedir[17]. Ancak milletlerarası düzeyde Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)[18] başta olmak üzere devletlerin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar uyarınca iade milletler arası bir yükümlülük de teşkil etmektedir[19]. Kanaatimizce devletler iade anlaşmalarıyla bu husus hakkında taahhütte bulunsalar da en nihayetinde iade şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek bakımından bu anlaşmalar ve iç hukuk normları doğrultusunda bir sonuca ulaşmaktadır. Bu sebeple iadeye ilişkin koşulların ne şekilde ele alındığı devletler arasında gerginliklere yol açabilmektedir[20].

Karşılaştırmalı hukukta örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında "*iade, İtalyan ceza hukuku, uluslararası anlaşmalar ve uygulamalar tarafından düzenlenir*" hükmü bu hususu bir norm haline getirmiştir. Türk hukuku bakımından da SİDAS ve iade hususunu düzenleyen iki taraflı çeşitli anlaşmaların yanında konu iç hukukta Adlî İş Birliği Kanunu kapsamında ele alınmıştır[21].

Birden fazla hukuk kaynağının bu alanı düzenlemesi sebebiyle bu kaynaklar arasında bir uyumsuzluk olması durumunda hangisine riayet edileceği de önem taşımaktadır. SİDAS'ın 28. maddesinde Sözleşmenin diğer iki taraflı sözleşmeler karşısındaki durumunun ne olacağı düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca SİDAS'a taraf olan devletler arasındaki sözleşme veya anlaşmaların suçluların iadesine ilişkin hükümleri ilga olacaktır. Bununla birlikte taraf devletler SİDAS'ın hükümlerini tamamlayıcı ve uygulanmasını kolaylaştırıcı anlaşmalar akdedebileceklerdir. Ancak maddenin üçüncü fık-

---

16 TANER, s. 233.

17 GÜNGÖR, s. 360; DÖNMEZER/ERMAN, s. 418.

18 RG 26.11.1959, Türkiye bu Sözleşmeye ve Sözleşmenin Ek 2 No.lu protokolüne taraftır. SİDAS'a taraf olmayan ancak aramızda iadeye ilişkin iki taraflı anlaşma bulunan ülkeler için bkz: https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/suclularin_iadesi_2_hukuki_dayanaklar.html (Erişim Tarihi: 06.06.2023).

19 GÜNGÖR, s. 360.

20 Bkz: Yunanistan firari askerleri iade etmeme kararı aldı, Türkiye sert tepki gösterdi. https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38758881 (Erişim Tarihi: 02.02.2023).

21 2016 yılında gerçekleştirilen kanun değişikliği öncesi iade kurumu TCK m 18 kapsamında ele alınmış iken artık münferit bir kanunla düzenlenmektedir.

rasında iki veya daha fazla taraf devletin suçluların iadesi hususunda yerleşmiş bir mevzuatlarının var olması halinde devletler suçluların iadesine ilişkin ilişkilerini SİDAS hükümlerine rağmen bu mevzuata göre devam ettirebileceklerdir.

İç hukuk normlarıyla yani iadeye ilişkin düzenlemeler getiren kaidelerle uluslararası anlaşmalar arasında bir uyuşmazlık bulunması halinde ise 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası uyarınca uluslararası anlaşmaya sağlanacaktır[22].

İadenin devletler arasında bir anlaşmanın bulunması gerektirip gerektirmemesi de bu hususta tartışmalı olan bir diğer husustur. Ancak genel olarak bunun bir zorunluluk olmadığı[23] devletlerin; iade kurumu karşılıklılık ve iyi niyet ilkelerine dayanması sebebiyle herhangi bir anlaşma olmasa dahi bu işlemi gerçekleştirebilecekleri savunulmakta zira uluslararası ölçekte bir anlaşmanın varlığı olmaması halinde iadeyi yasaklayan bir hukuk normu bulunmamaktadır[24].

III. İADEYE İLİŞKİN KOŞULLAR

1. Vatandaşın İade Edilememesi İlkesi

Vatandaşın suç nedeniyle iade edilememesi mutlak bir kural değildir. SİDAS madde 6 fıkra 1'de devletin vatandaşlarını iade etmemek hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla devletlerin bu hususu serbestçe belirleme hakkı bulunmaktadır. Ancak hukukumuzda 1982 Anayasasının suçlar ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesinde *"Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez."* hükmü ülkemiz bakımından bunu engellemektedir. Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinde de aynı ilke tekrarlanmıştır. Karşılaştırmalı hukukta İtalya örneğinde; İtalyan Anayasasının 26. maddesinin 1. fıkrasında "*vatandaşın iadesine ancak uluslararası sözleşmelerde açıkça öngörülmesi halinde karar verile-*

---

22 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1151; Yargıtay'ın iki devlet arasında iadeye ilişkin anlaşma hükümleri mevcutken TCK'nın hükümlerine itibar edilemeyeceğine ilişkin bir karar da bu husus vurgulanmaktadır. Bkz: YCGK, E. 3834, K. 3601, 30.03.1973, dip not 41; Aynı yönde verilen bir başka Yargıtay kararı bulunduğu yönündeki açıklamalar için bkz: ÖNDER, C. I, s. 251.

23 ÖZGEN, s. 10; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1149; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 221.

24 SARIBEYOĞLU Meltem, "Uluslararası İnsancıl Hukuk Perspektifinden Vatandaşlık: Geleneksel Sonuçların Dönüşümü", **İÜHFM**, C. 71, sy. 1, 2013, ss. 1021-1050.

bilir."[25] hükmü bulunmaktadır. Bu kapsamda İtalyan hukukunun Türk hukukuna nazaran vatandaşın iade edilemeyeceği ilkesi bakımından daha esnek olduğunu söylemek mümkündür. Vatandaşın iade edilmemesi kuralının bazı istisnalar hariç genel olarak devletler tarafından kabul edilmiş olan bir ilke olduğu söylenebilse de[26] bugün Birleşik Krallık, Amerika Birleşik Devleti gibi Anglo-Sakson ülkelerinde vatandaşın iade edilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır[27].

SİDAS madde 6 fıkra 3 uyarınca vatandaşlık iadeye karar verileceği ana göre tespit edilecektir. Ancak Sözleşme uyarınca karar anından iade anına kadar vatandaşlığa karar verilmesi halinde iade talep edilen devlet fıkra 1'e dayanarak iadeden kaçınabilecektir.

2. Suçun veya Cezanın Ağırlığına İlişkin Koşullar

İade hususunda belli ağırlığa sahip suçların iade konusu edilebileceği görülmektedir. Öncelikle söz konusu fiil her iki devlet bakımından da suç teşkil etmelidir, bu kural çifte suçluluk veya çifte cezalandırılabilirlik prensibi (*principle of double criminality*) olarak ifade edilmektedir[28]. Ancak bu kural fiilin her iki hukuk sisteminde aynı şekilde düzenlenmesini gerektirmemekte sadece fiilin her iki devlet tarafından da yasaklama, cezalandırma kapsamına girmesi gerektiğini ifade etmektedir[29].

SİDAS bu konuyla ilgili olarak bir süre sınırı belirleyerek ikili bir ayrıma başvurmuştur[30]. Soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki bir suç için iade talep edildiğinde bu suç en az bir sene hapis cezasını veya güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektirmeli, mahkûmiyet kararı söz konusuysa ceza

---

[25] İtalyanca metin için bkz: https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-i/articolo-26, (Erişim Tarihi: 01.03.2023); İtalyan Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasında da uluslararası anlaşmalarda açıkça rıza gösterilmesi dışında vatandaşın iade edilemeyeceği düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu için bkz: https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale, (Erişim Tarihi: 01.03.2023).

[26] İÇEL Kayıhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 30, sy. 3-4, 1994, ss. 692-721.

[27] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 243, dipnot 270.

[28] ÖZGEN, s. 38; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1155; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 222; ÖZGENÇ, s. 1154; PADOVANI Tullio, **Diritto Penale**, 7. Baskı, Giuffrè Editore, Milano, 2003, s. 59.

[29] HUDSON MANLEY O., "The Factor Case and Double Criminality in Extradition", The American Journal of International Law, C. 28, sy. 2, 1934, ss. 274-306.

[30] Asgari ceza sınırını belirleme sistemi olarak adlandırılabilecek bu sistemde belirli bir sınırın üstündeki suçlar ancak iade konusu yapılabilecektir. Diğer yöntem ise suçların münferit olarak belirtildiği sayma sistemidir. Bkz: ÖZGENÇ, s. 1155; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 858.

en az dört aylık bir süreye tekabül etmelidir. (SİDAS 2/1) Adlî İş Birliği Kanunu da konuyu SİDAS'la aynı şekilde ele almıştır. (Adlî İş Birliği Kanunu 10/2). Bununla birlikte Kanun birden fazla suç için gerçekleştirilen iade talepleri yönünden bunlardan bazılarının bu sürenin altında olması halinde de iadeye konu edilebileceğini düzenlemiştir.

SİDAS ile Adlî İş Birliği Kanunu'nun örtüşmediği husus Kanun fiilin ağırlığına ilişkin olarak sadece hürriyeti bağlayıcı cezayı ele almışken, Sözleşme kişi hürriyetini sınırlandıran emniyet tedbirlerinin de iade konusu oluşturabileceğini düzenlemiştir. Sözleşme'nin 25. maddesinde emniyet tedbirinden bir ceza mahkemesinin kararına dayanan, cezanın yerine geçen veya onu tamamlayan her türlü tedbir anlaşılacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda kişilere yönelik sadece hürriyeti bağlayıcı ceza değil ve fakat aynı zamanda kişi hürriyetini sınırlandıran bir güvenlik tedbiri uygulanabilmesi halinde veya mahkumiyet hükmünün bir güvenlik tedbiri olduğu hallerde SİDAS'a göre iade mümkün olacaktır[31].

SİDAS m. 10 ve Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11/1-c (5) hükmü gereği suçun dava ve ceza zamanaşımına uğraması iade hususunda engel oluşturmaktadır. İade talep edilen ya da iade talep eden devletten biri bakımından bile zamanaşımı söz konusu ise iadeye imkân bulunmamaktadır. Öğretide bu hüküm çifte suçluluk prensibinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir[32]. Kanaatimizce bu husus çifte suçluluk prensibinden çok iadenin mantığıyla örtüşmektedir. Zira dava ya da ceza zamanaşımı belirli sürelerin geçmesi halinde ceza verilmesinde ya da bunun infazında beklenen bir fayda kalmadığı düşüncesine dayanmakta; bu sebeple de ceza zamanaşımı devletle birey arasındaki bu ceza ilişkisini düşürmekte, ceza zamanaşımı ise infaz ilişkisine son vermektedir[33].

SİDAS'a Ek İkinci Protokol m. 4[34] ve Adli İş Birliği Kanunu 11/1-c (5) gereği suçun affa uğraması da iade önünde engel teşkil etmektedir. Ancak Ek İkinci Protokol yönünden suçun talep edilen ülkede affa uğraması yeterli olmamakta ilgili devletin aynı zamanda bu suçu kovuşturma yetkisinin de bulunması gerekmektedir[35].

---

31 Öğretide Özgenç bir suç karşılığında yaptırım olarak güvenlik tedbiri öngörülemeyeceği için bu durum iade bakımından sorun teşkil etmeyecektir. Bkz: ÖZGENÇ, s. 1158-1159.

32 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1164.

33 ZAFER, s. 723.

34 https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020132606098_tur.pdf.

35 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 224.

Kanun metninde ise affa ilişkin herhangi bir özelleştirme yapılmamakla birlikte öğretide genel af durumunda iadenin gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmektedir[36]. TCK 65. madde uyarınca genel affın ilanıyla kamu davası düşecek ve cezalar bütün sonuçlarıyla ortadan kalacaktır. Bununla birlikte özel affın iadeye kural olarak engel olmayacağı görüşü bulunmaktadır. TCK 65 uyarınca özel af sadece cezanın infazına etki etmekte dolayıyla ceza varlığını korumaktadır. Genel affın sonuçları özel affa göre daha geniş olduğundan[37], iade kurumuna onun gibi bir etkisi olmaması olağandır. Ancak özel af cezayı tamamen kaldırıyorsa veya cezanın indirildiği olasılıkta iade için aranan asgari sınırın altında bir miktara tekabül ediyorsa geri vermenin uygulanamayacağı ifade edilmektedir[38].

3. İstisnaya Konu Suçlar

Adlî İş Birliği Kanunu'nun "İadenin Kabul Edilemeyeceği Haller" başlıklı 11. maddesinin c fıkrasının 1, 2 ve 3 numaralı bentlerinde bu suç tiplerine yer verilmiştir[39]. Maddeye göre "*1) Düşünce suçu, siyasî suç veya siyasî suçla bağlantılı bir suç niteliğinde olması, 2) Sırf askerî suç niteliğinde olması, 3) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi"* halleri iadeye engel teşkil edecektir. Maddede yer verilen bu suçlar Türk Ceza Kanunu veya ceza hukuku normu içeren herhangi bir kanunda yer verilen belirli suç tipleri ya da belirli hukuki menfaatleri koruyan suç grupları olmaktan ziyade belli özelliklere sahip suçları işaret etmektedir.

A. Düşünce Suçu

Adlî İş Birliği Kanunu'nda iadenin kabul edilemeyeceği hallerden biri düşünce suçu olarak belirtilmiştir (Adlî İş Birliği Kanunu m. 11/1 (C)-1). İlgili maddeye getirilebilecek olan ilk eleştiri "düşünce suçu" tabirinin isabetsizliğidir[40]. Zira düşünce suçu gibi bir kavramın ceza hukukunda yeri

---

36 ÖZGEN, s. 42; ÖNDER, C. I, s. 258.

37 KEYMAN Selâhattin, **Türk Hukukunda Af**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1965, s. 46.

38 ÖZGEN, s. 42, ÖNDER, C. I, s. 259; ÖZGENÇ, s. 1158.

39 Yargıtay, Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinde yer verilen istisnaları iadenin olumsuz koşulları olarak değerlendirmektedir. Yargıtay 12. CD., E. 2012/733, K. 2021/4558, 2.6.2021.

40 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 864; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1164.

bulunmamaktadır[41]. Ancak kanunun bununla ifadeye etmeye çalıştığı hususun düşünceyi ifade ediş şekillerinin suç oluşturması olduğu söylenebilecektir[42]. Öğretide Zafer, devleti temsil eden kişi ve kurumlara, siyasi yapıya yönelik gerçekleştirilen düşünce açıklamalarını cezalandırma amacına yönelik suçların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir[43].

Kanun koyucunun burada kastetmiş olduğu hususun düşünce hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gereken irade açıklamaları olduğu düşünülebilir. Ancak bu gibi haller demokratik bir devlette suç olarak kabul edilemeyecek bazı açıklamaların iade talep eden ülke bakımından suç olması halinde ortaya çıkabilecektir ki bu durumda zaten iade koşulları oluşmadığından kurumun işletilmesi mümkün olmayacaktır[44].

B. Siyasi Suç veya Siyasi Suçla Bağlantılı Bir Suç

Mevzuatımızda siyasi suça ilişkin herhangi bir tanım yer almamaktadır. Buna karşılık karşılaştırmalı hukukta bazı devletlerin kavramı tanımlama yoluna gittiği görülmektedir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 8. maddenin 3. fıkrasında siyasi suç (*il reato politco*) hem devletin siyasi çıkarları ve vatandaşın siyasi haklarına karşı işlenen hem de adi suç olarak kabul edilmesine rağmen siyasi saiklerle işlenen suçlar olarak tanımlanmıştır[45]. Öğretide kanun koyucu tarafından siyasi suç kavramının tanımlanmaması ve kavramın yorumlanmasının ilgili mercilere bırakılması gerektiği ifade edilmiştir[46]. Bir tanım birliği bulunmamasına rağmen siyasi suçtan dolayı iadenin mümkün olamayacağı istisnası hemen hemen her sözleşmede yer almaktadır[47]. Ancak

---

41 Dış dünyaya yansımayan herhangi bir düşünce ne kadar kötü olursa olsun cezalandırılmayacaktır. DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, İstanbul, Beta, 1994, s. 367.

42 **Ibid**, s. 366.

43 ZAFER, 839.

44 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1164.

45 Devletin siyasi çıkarlarına veya vatandaşların siyasi haklarına yönelik olarak işlenen suçlar objektif anlamda siyasal suç olarak nitelendirilmektedir. GAROFOLI Roberto **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Lexfor-Giuffrè Editore, Milano, 2003.

46 SINAR Hasan, "Siyasal Suç Üzerine Bir İnceleme", **İÜHFM**, C. 58, sy. 1-2, 2000, ss. 53-77; ŞENSOY Naci, "Siyasi Suçlar", **İÜHFM**, C. 17, sy. 1-2, 1951, ss. 53-74.

47 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 201. Siyasi suçlardan dolayı neden iadenin mümkün olmadığına ilişkin açıklamalar için bkz: TANER, s. 241; DÖNMEZER/ERMAN, C. III, s. 431; Siyasi suçluların iade edilmemesinin başlıca nedeni olarak bir devletin diğer bir devletin iç işlerine karışmak istememesi olarak ifade edilmektedir. Zira kendisinden iade talebinde bulunulan devlet talep konusu suçla ve hakkında talepte bulunulan kişiyle ilgili araştırma yapacak, bu kapsamda fiilin amacı, unsuru, kendi mevzuatına göre durumu gibi pek çok hususu inceleyecek dolayısıyla

bir suçun siyasi suç olup olmadığı hususundaki belirsizlik ve bunu yorumlama yetkisinin iade talep edilen devlette olması ve aslında siyasi suç olarak nitelendirilmeyecek bir fiilin siyasi suç olarak nitelendirilerek iadenin gerçekleştirilmemesi hiç şüphesiz devletler arası ilişkilere de zarar verecektir[48].

Öğretide siyasi suçun tanımlanması bakımında objektif ve sübjektif teori olmak üzere iki teori ortaya konmuştur[49]. Bu teorilerden ilki olan objektif teoriye göre bu suçun devletin varlığına, güvenliğine, vatandaşın siyasi haklarına yönelik olması durumunda bu suç siyasi suç olarak kabul edilecektir[50]. Teoriye göre önemli olan husus suçla ihlal edilen hukuki değer ve bu hukuki değerin devlete ait olması, devletin siyasi düzeni ile ilgili olmasıdır[51]. Sübjektif teoriye göre ise önemli olan failin o suçu işlemekteki amacıdır[52]. Bu saik siyasi ise söz konusu suç siyasi suç olarak kabul edilmelidir[53].

Siyasi suçlara gerek Sözleşmede gerek ise Adli İş Birliği Kanunu'nda ikili bir biçimde yer verilmiştir. Öğretideki adıyla tam siyasi suç veya mutlak siyasi suçlar, ihlal edilen hukuki menfaatin devletin varlığı, bu mekanizmanın işleyişi ve kişilerin siyasal hak ve özgürlüklerini oluşturan suçlar olarak kabul edilmektedir[54]. Dolayısıyla objektif teori kapsamında tanımlanan suçlar mutlak siyasi suçları oluşturmaktadır[55]. Nispi siyasi suç ise aslında adi suç olmakla birlikte siyasi suçlarla bağlantılı olmaları sebebiyle bu şekilde adlandırılan suçlardır[56]. Adlî İş Birliği Kanunu'nda uyarınca sadece siyasi suç değil siyasi suçla bağlantılı suçların da iadeye konu olamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

---

bir anlamda diğer bir devletin iç işlerine karışmış olacaktır. GARCIA-MORA Manuel R., "The Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law", **Virginia Law Review**, C. 48, sy. 7, 1962, ss. 1226-1257; Bununla beraber bu kişilerin iade edilmesi üzerine, siyasi saiklerle yargılanma ve cezalandırılma riskinin varlığı da iade edilmeme sebebinin tarihi gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Siyasi suçluların iade edilmemesine ilişkin tüm gerekçeler için bkz: BAYRAKTAR Köksal, **Siyasal Suç**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 194-196.

48 DÖNMEZER/ERMAN, C.III, s. 432.

49 ÖNDER, C. I, s. 263; ÖZGEN, s. 73; Türk öğretisinde pek baskın olmamakla birlikte üstünlük teorisi ve savaş adetleri teorisi için bkz: sf. 72.

50 ÖNDER, C.I, s. 263.

51 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 202; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1165.

52 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 819.

53 ÖZGEN, s. 72-73; Objektif teori siyasi suçun alanını çok daralttığı için eleştirilirken, sübjektif teori bu alanı çok genişletiltiği için eleştirilmektedir.

54 BAYRAKTAR, s. 102; ÖZGEN, s. 74.

55 ÖNDER, C. I, s. 265.

56 ÖZGEN, s. 74.

C. Siyasi Suç Olarak Kabul Edilemeyecek Fiiller

Siyasi suçun ne olduğu tanımlanmamakla birlikte hangi suçların siyasi suç olarak kabul edilemeyeceğine dair düzenleme konuya ilişkin bir sınır oluşturmaktadır. Devletlerin bir eylemin siyasi suç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik takdir hakkının bulunduğu SİDAS madde 3'te de açıkça belirtilmiştir. Aynı maddede iade talebinin adi bir suç sebebiyle yapılmış olsa da bu talebin kişinin ırkı, dini, siyasi kanaati, milliyeti sebebiyle takip veya cezalandırmak sebebiyle yapıldığına veya bu özellikleri sebebiyle durumunun zorlaşabileceğine yönelik kanaatin bulunması halinde de bu talebin reddedileceği düzenlenmiştir (SİDAS 3/2).

Bu doğrultuda Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iade talebinin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özelikle işleniş şekli, suçun işlenişinde kullanılan araçların veya ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiilin siyasî suç olarak kabul edilmeyebileceği belirtilmiştir. Maddenin devamında soykırım ve insanlığa karşı suçların siyasî suç olarak kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Siyasi suça ilişkin bir istisna da Belçika Kuralı[57] olarak ifade edilen devlet başkanlarının veya ailelerinin hayatına karşı işlenen kasten öldürme veya kasten öldürmeye teşebbüs gibi fiillerin siyasi suç sayılamayacağı kuralıdır (SİDAS 2/3).

Terör suçu, terör, terörizm kavramları da tıpkı siyasal suç kavramında olduğu gibi uluslararası düzeyde tanımlanması zor bir mefhum olarak kabul edilmektedir. Terör suçları devletin varlığını hedef alan suçlardan olduğu için bunların siyasi suç kavramından ayrılması zor gözükmekle birlikte, bu düşünce terörizmle olan mücadeleye zarar verebilecek niteliktedir[58]. Terör eylemleri siyasi bir amaçla gerçekleştirilmelerine rağmen bugün terör eylemlerinin siyasi suç olarak kabul edilmemesine dair hükümlerin çoğaldığını söylemek mümkündür[59]. 1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin[60]

---

[57] Tarihte Fransa Kralı Napolyon III'e yönelik suikast düzenlenmesi ve ardından faillerden birinin Belçika'ya kaçması üzerine başlayan olaylar sonucunda gerçekleştirilen kanun değişikliği ile bu tarz eylemlerin siyasal suç sayılmayacağı ilkesinin benimsenmesi sebebiyle ilgili kural bu ismi almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: BAYRAKTAR, s. 139-140.

[58] ALPASLAN, s. 249.

[59] ÖZGENÇ, s. 1167.

[60] Türkiye Sözleşmeyi 27.10.1980 tarihinde 2327 sayılı Kanunla onaylamıştır. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17291.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2023)

1. maddesinde hangi suçların iade kapsamında siyasi suç olarak kabul edilemeyeceği sayma yöntemiyle belirlenmiş, Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanın Önlenmesi Sözleşmesi'nin[61] 14. maddesinde; madde 2'de belirtilen suçların, iade yönünden, siyasi suç ve siyasi suçla bağlantılı suç olarak kabul edilmesi yasaklanmıştır. Bu doğrultuda terörizmin finansmanı olarak kabul edilen fiillerin de siyasi suç oldukları gerekçesiyle iadelerinden kaçınılamayacaktır. Ancak bir devletin bu durumda dahi iade talebini kabul etmemesi halinde ya iade et ya yargıla (*aut dedere aut judicare*) kuralının uygulanmasının bu tarz suçların cezasız kalmasını önleyeceği görüşü savunulmaktadır[62].

D. Sırf Askeri Suçlar

Adli İş Birliği Kanunu 11/1-c(2) hükmü uyarınca iade konusu suçun sırf askeri suç niteliğinde olması iadeye engel oluşturmaktadır[63]. SİDAS ise 4. maddede bu hususa ilişkin bir kural ortaya koymaktan ziyade askeri suçları Sözleşme'nin uygulama alanı dışında tutmuştur.

Sırf askeri suç olarak ifade edilen kavramdan asker sıfatını haiz kimseler tarafından, bu sıfatlarıyla ilgili olarak bir göreve ya da yetkiye yönelik olarak, bu yetkinin icrai veya ihmali şekilde kötüye kullanılması suretiyle işlenen ve ceza kanunlarından farklı özel bir mevzuatta tanımlanan suçlar anlaşılmaktadır[64]. Kişinin asker sıfatı ile işlenen suç arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Öğretide sırf askeri suçtan dolayı iade edilememenin gerekçesi olarak askeri suç işleyenlerin iltica etmelerinin bulundukları devletin lehine bir durum oluşturması, kişi tarafından diğer devletin aleyhine olan bu suçun diğer devletin çıkarlarına hizmet ettiği görüşü savunulmaktadır[65].

Nispi askeri suç veya askeri suç benzeri suçlar olarak tanımlanan suçlarda ise belirleme korunan hukuki menfaate ilişkin yapılmaktadır. Bu şekilde nitelendirilen suçlar askeri bir menfaati korumak amacıyla ceza kanunun-

---

61 Türkiye Sözleşmeyi 10.01.2002 tarihinde 4738 sayılı Kanunla onaylamıştır. https://www.hmb.gov.tr/terorun-finansmani-uluslararasi-mevzuat, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

62 ALPASLAN, s. 250. Örneğin Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Sözleşmenin 7. maddesi uyarınca devletlere iade etmedikleri kişileri yargılama sorumluluğu yüklemiştir. ÖZGENÇ, S. 1167.

63 İlgili Kanun öncesinde iadeyi düzenleyen TCK madde 18 askeri suçlar bakımından hiçbir ayrım yapmayarak askeri suçun iade konusu yapılamayacağını düzenlemekteydi.

64 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1185; ZAFER, s. 844; ÖNDER, s. 269.

65 TANER, s. 243; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1186.

da da öngörülebilen suçlardır[66]. Bu suçlardan dolayı iade işleminin gerçekleştirilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır[67].

E. Türk Devleti'nin Yargılama Yetkisine Giren Suçlar

SİDAS madde 7'de de iade talep edilen devletin mevzuatına göre suçun kısmen ve tamamen kendi ülkesinde veya ülkesi sayılan bir yerde işlenmesi halinde iadeden kaçınabileceğini düzenleme altına almıştır. Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11/1-c(4) hükmü de Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç olması halinde iade talebinin kabul edilemeyeceğini düzenlemiştir. Bunun yanı sıra Adlî İş Birliği Kanunu madde 11/1-c(3) uyarınca bir kişinin başka bir ülkede Türkiye Devletinin, herhangi bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına gerçekleştirmiş olduğu fiiller de iade kapsamı dışında bırakılmıştır.

Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suçun söz konusu olup olmadığı öncelikle TCK'nin 8. maddesi kapsamında tayin edilecektir. Zira devletlerin egemenlik haklarının bir sonucu da cezalandırma yetkisinin kullanımı ve kendi kanunlarını uygulamasıdır[68]. TCK 8 anlamında ülke, gerçek ve farazi olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddenin 2. fıkrasının a bendinde yer verilen Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasuları gerçek anlamda ülke olarak kabul edilmektedir[69]. Bunun dışında bir de gerçek anlamda ülke toprağı olmamakla birlikte farazi anlamda ülke olarak kabul edilen alanlar bulunmaktadır. Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen, Türk deniz ve hava savaş araçları ve bu araçlarla işlenen suçlar ve Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı suçlar da Türkiye'de işlenmiş sayılmakta dolayısıyla Türkiye'nin bu suçlar yönünden yargı yetkisi bulunmaktadır. Suçun kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesinden anlaşılması gereken ise hareketin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de meydana gelmesidir.

---

66 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1186; ÖNDER, C I, s. 269.

67 Ancak Türkiye Belçika, Irak, Romanya, Ürdün gibi bazı ülkelerle yapmış olduğu iade anlaşmalarında bu tarz suçları da kapsam bıraktığına ilişkin olarak bkz: ÖZGENÇ, s. 1173, dipnot 201.

68 ZAFER, s. 820.

69 ÖNDER, C. I, s. 178.

Gerçek ya da farazi anlamda ülke söz konusu olmasa da Kanun Türk Devletinin güvenliğine veya Türk devletinin, Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi hali de bir geri verme engelidir.

Bu kapsamda öğretide mülkilik, faile göre şahsilik, mağdura göre şahsilik ve gerçeklik ilkesinin uygulanmasını gerektiren bir suç söz konusuysa Türkiye'nin yargı yetkisi söz konusu olduğundan iadenin mümkün olamayacağı belirtilmektedir[70].

F. Türkiye'de Hakkında Hüküm Verilen Suçlar

İadeye konu fiille ilgili olarak daha önce Türkiye'de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması iadeye engel oluşturmaktadır (Adli İş Birliği Kanunu 11/1(ç). SİDAS'ın *non bis in idem* başlıklı 9. maddesi ise ilgili hükümden daha geniş anlamlı bir ifade kullanmıştır[71]. Zira Sözleşmede "*geri verme istemine konu olan bir veya birkaç fiilden dolayı kesin olarak karar vermişse geri vermeye olanak yoktur."* ifadesiyle fiil hakkında verilen hüküm beraat veya mahkûmiyet olarak sınırlandırılmamıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde düzenlenen diğer hüküm türleri ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi olmasına rağmen kanun koyucu sadece iki tür hüküm bakımından *non bis in idem* etkisini tanımıştır[72].

SİDAS madde 9 ayrıca kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca söz konusu fiil hakkında kovuşturma yapılmaması veya yapılan kovuşturmaya son verilmesine karar verilmesi hâlinde geri verme isteminin reddolunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla iade talep olunan fiil hakkında kovuşturmaya yer olmadığında ilişkin karar verilmesi halinde devletin iade edip etmeme hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

G. Ölüm Cezası ve İnsan Onuruyla Bağdaşmayan Ceza

İade konusu fiilin karşılığında iade talep eden ülkenin mevzuatında ölüm cezasının veya insan onuruyla bağdaşmayan bir cezanın öngörülmüş olması bir iade engeli oluşturmaktadır. (Adlî İş Birliği Kanunu 11/1-d). İnsan onuruyla bağdaşmayan ceza insanı araç haline getiren ve ona cismani zarar verme

---

70 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 233.

71 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 234.

72 ÖZGENÇ, s. 1179.

şeklinde uygulanan dayak, uzuv kesme gibi ceza şekilleridir[73]. Maddenin 3. fıkrasında iadeyi talep eden devletten cezanın infaz edilmeyeceğine dair kesin bir teminat alınması halinde iade talebinin kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye paralel olarak SİDAS madde 11 talep eden devleti tarafından ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair kesin bir teminat verilmesi durumunda iadenin yapılabileceğini düzenleme altına almıştır. Teminat kişinin ölüm cezasına mahkûm edilmeyeceği değil, edildiği takdirde bu cezanın infaz edilmeyeceğine yönelik olarak verilmektedir[74].

Bu hususta değinilmesi gereken bir nokta da koşullu salıverilme hakkı olmaksızın müebbet hapis cezası bağlamında iade talebinin ret olup olamayabileceğidir. Müebbet hapis cezasının aşırı derecede orantısız olması ve koşullu salıverilme imkanının tanınmaması AİHS 3. maddenin (işkence yasağı)[75] ihlalini gündeme getirmektedir[76]. Mahkeme iade edilecek kişinin yargılandığı hürriyeti bağlayacağı cezanın uzunluğundan ziyade bunun ilgili suçla aşırı derecede orantısız olmasının 3. maddenin ihlaline yola açacağı değerlendirmesinde bulunmuştur[77]. Ancak AİHM başvurucunun koşullu salıverilme imkânı öngörülmeyen, terör suçundan yargılandığı ABD'ye, iadesinin AİHS m. 3 bakımından ihlal oluşturacağı kanaatine ulaşmıştır[78].

4. İadesi Talep Edilen Kişiye Yönelik Koşullar

A. İadesi Talep Edilenin Kişisel Durumu

Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinin dördüncü fıkrasında iadesi talep edilen kişiye ilişkin bazı özelliklerine dayanılarak iade isteminin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Bunlardan ilki kişinin talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olmasıdır. Diğerleri ise kişinin uzun süreden beri Türkiye'de olması ve evli olması olarak belirtilmiştir. Ancak göz önünde bulundurulacak kişisel durumlar bunlarla sınırlı değildir. Maddede yer verilmeyen

---

73 EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 171.

74 EREM, C. I, s. 230.

75 AİHS m. 3 *"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamaz."*

76 ÇELİKSOY Ergül, "Müebbet Hapis Cezaları ve İade Üzerine AİHM'nin Güncel İçtihatları ve Konunun Türk Hukuku Açısından Önemi", **Ceza Hukuku Dergisi**, yıl. 13, sy. 23, ss. 217-257.

77 *Babar Ahmad ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 24027/07 vd., 243-244.

78 *Trabelsi v. Belçika*, 140/10, 138-139.

herhangi bir nedene dayanarak da iade talebinin kabul edilmemesi mümkündür. Bu madde uyarınca, iadesi talep olunan kişinin kişisel durumu yanı sıra fiilin ağrılığı da değerlendirilerek iadenin kişiyi veya ailesini orantısız bir şekilde mağdur edip etmeyeceği göz önünde bulundurulacaktır.

B. İadesi Talep Edilenin Maruz Kalacağı Muamele

Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinin 1 fıkrasının b bendi uyarınca iadesi talep olunan kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri sebebiyle maruz kalacağı muamele hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde iade talebi kabul edilmeyecektir. Bu muamele sırf bu özellikleri sebebiyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz kalmak veya cezalandırmak şeklinde olabileceği gibi ya da işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmak yönünde de olabilir.

Söz konusu fıkra uyarınca kuvvetli şüphe tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce, kuvvetli şüphenin hem kişinin maruz kalacağı muameleye hem de bu muamelenin kişinin ırkı, kökeni vb. sebeplerden dolayı gerçekleşeceğine ilişkin olması gerekmektedir. Yoksa sırf bir kişinin iade talep eden ülke nezdinde azınlık olması doğrudan iade talebinin ret olunmasını gerektirmeyecektir.

IV. İADEDE USUL

İadede usulün nasıl olacağı iade istenilen tarafın Türkiye olması ve iadeyi isteyen tarafın Türkiye olması bakımından iki farklı başlık altında incelenebilecektir. SİDAS madde 12 uyarınca iade talebinin yazılı bir şekilde ve diplomatik yollardan yapılacağı ifade edilmiştir. Diplomatik yollar ibaresiyle ifade edilmek istenen iade talebinin hükümetler tarafından hazırlanarak talebin elçilik vasıtasıyla iletilmesi olarak tanımlanabilir[79].

1. İade İstenilen Tarafın Türkiye Olması

A. Merkezi Makam İncelemesi

Adlî İş Birliği Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesi uyarınca merkezi makam Adalet Bakanlığı olarak gösterilmiştir. Kanunun 13. maddesi, Merkezi Makama gerekli görmesi halinde ek bilgi ve belge isteme, gerekli şartları taşımayan talepleri reddetme, taşıyanları yetkili ağır ceza mahke-

---

[79] TANER, S. 244, DÖNMEZER/ERMAN, C. III, s. 456; ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1192.

mesine gönderme imkânı tanımıştır. Dolayısıyla bir iade talebinin adli makamların önüne gelmeden dahi reddedilmesi mümkündür.

Bir kişi hakkında birden fazla devletin iade talebinde bulunması halinde ise taleplerin geliş sırası, suçların ağırlığı, kişinin vatandaşlığı ve yeniden iade edilip edilmeme ihtimalinin varlığı doğrultusunda hangisinin öncelikle işleme alınacağı yine Merkezi Makam tarafından kararlaştırılacaktır (Adlî İş Birliği Kanunu 10/3). Bu kapsamda adaletin gereği iade talebine konu olan suçların ağırlığı yönünden bir değerlendirme yapmak öncelikli olmalıdır[80].

B. İade Yargılaması

Adlî İş Birliği Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iade talebi hakkında karar verme hususunda görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmiştir. Yetkili mahkeme kişinin bulunduğu ağır ceza mahkemesi, bu yer bilinmiyorsa Ankara ağır ceza mahkemesidir. Ağır ceza mahkemesine bu hususta karar vermesi istemiyle Cumhuriyet başsavcılığı talepte bulunacaktır. Mahkeme iade yargılamasını Adlî İş Birliği Kanunu'nun 18. maddesinde ifade edildiği üzere Kanun ve taraf olunan milletler arası anlaşma hükümlerine göre değerlendirecektir. İade yargılaması ile ifade edilmek istenen husus iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına yönelik bir incelemedir. Kunter buna yönelik muhakemenin talî nitelikte olduğunu belirtmiştir[81]

Mahkemenin ilk yapacağı inceleme kişinin Türk vatandaşı olup olmadığıdır[82]. Bunun ardından mevzuatımız bakımından vatandaşın suç sebebiyle iadesinin tek istisnası olan Uluslararası Ceza Divanına taraf olmaktan kaynaklı bir yükümlülüğünün olup olmadığının değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. İkinci aşamada ise Kanunun 11. maddesinde yer verilen koşullar değerlendirecektir. Tüm değerlendirmelerin ardından kişinin iade edilmesine bir engel tespit edilmezse mahkeme iade talebinin "kabul edilebilir" olduğuna karar vermelidir. Yargıtay 2006 tarihli bir kararında "kabul edilmesine" şeklindeki bir kararın o tarihte bu talebi incelemeye yetkili olan Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisini kısıtlayacak nitelikte olduğuna karar vermiştir[83].

---

80 TANER, s. 253.

81 KUNTER, s. 775.

82 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1196; Yargıtay 11. CD, E. 2005/11114, K. 2006/443, T. 1.02.2006.

83 Yargıtay 10. CD, E. 2006/6918, K. 2006/8106, 14.06.2006 Benzer şekilde; Yargıtay 11. CD, E. 2008/531, K. 2008/2710, 09.04.2008.

Bu aşamada ilgili kişinin şüpheli veya sanık sıfatını değil "iadesi talep edilen kişi" sıfatını haiz olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır[84]. Zira hakkında Türk mahkemeleri nezdinde başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığı gibi hakkında kesinleşmiş bir hüküm de bulunmamaktadır.

Adlî İş Birliği Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkemenin iade sürecinin her aşamasında CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerine başvurma imkânı bulunmaktadır. Ancak kanun koyucunun bu tedbirler arasında daha ziyade "tutuklama" tedbiri üzerinde durduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira 16. maddenin 2 ve 4. fıkraları tutuklama tedbirini ele almaktadır. Delil etme amacının ön planda olduğu kimi koruma tedbirlerine başvurma ihtiyacının söz konusu yargılamanın tali niteliği gereği söz konusu olmayabileceği söylenebilecektir.

Söz konusu madde uyarınca tutuklama tedbiri ağır ceza mahkemesince en fazla otuzar günlük aralarla incelenecektir. 3. fıkra, koruma tedbirlerinin uygulanabileceği bir azami süre de belirlemiştir. Buna göre iade talebinin kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde Cumhurbaşkanı tarafından bu işleme onay verilmemesi halinde tüm koruma tedbirleri kalkacaktır.

Kanunda duruşma yapılıp yapılamayacağına yönelik bir açıklık bulunmamakla birlikte katılma talebinde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır (Adlî İş Birliği Kanunu 18/3). Öğretide Taner, iade kurumunun her ne kadar siyasi yönü de olsa, kişinin hukukuna yönelik sonuçları olması sebebiyle hukuki bir yönün de bulunduğunu ifade ederek bunun teminat altına alınabilmesi için mahkemece yapılacak yargılamanın aleni ve yüz yüze yapılması gerektiğini ifade etmiştir[85].

Mahkemenin verdiği kararın gerekçesi bakımından CMK'nin 230. maddesi göz önünde bulundurulacaktır. Yargıtay bir kararında tüm bu hususlara değinerek, hüküm verilirken iadeye ilişkin kanun hükmünün, iade talebinde bulunan devletle Türkiye arasındaki anlaşmanın hükümlerinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi, karara esas alınan veya reddedilen delillerin açık-

---

[84] Yargıtay 15. CD, E. 2014/8192, K. 2014/11278, 05.06.2014, Yargıtay'ın da bu görüşte olduğuna ilişkin çıkarım kararın sonuç kısmında yer verilen "iadesi talep edilen kişi" müdafi ibaresinden kaynaklanmaktadır. Ancak Yargıtay'ın iadesi talep olunan kişi bakımından "sanık" sıfatını kullandığı kararları da mevcuttur.

[85] TANER, s. 250.

ça gösterilmesi, kanıtların duruşmada ayrı ayrı ortaya konulup tartışılması söz konusu olmadan verilen hükmü, kanuna aykırı bir hüküm olarak değerlendirmiştir[86]. Mahkeme tarafından verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu Yargıtay'ın temyiz başvurularını üç ay içinde sonuçlandıracağını da hüküm altına almıştır.

Adlî İş Birliği Kanunu madde 19'a göre mahkemenin iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar vermesi halinde bu kararın yerine getirilmesi Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayına tabi kılınmıştır. Bu süreçte Dışişleri ve İçişleri Bakanlarının da görüşünün alınması gerekmektedir. Mahkemenin iade talebinin kabul edilemez olduğuna ilişkin kararı Cumhurbaşkanını bağlamakta iken, mahkemenin iadeye ilişkin olumlu kararında son yetki Cumhurbaşkanındadır[87]. Bu işleme yönelik olarak Danıştay'a başvurulması mümkündür[88].

İade kurumu bakımından yapılabilecek bir diğer ayrım da iade olunacak kişinin rızasına bağlı olarak yapılan ayrımdır. Bu kapsamda Adlî İş Birliği Kanunu madde 17'ye göre kişinin iadeye rıza göstermesi durumunda, izlenmesi gereken prosedür takip edilmeden de iade gerçekleşebilecektir. Bu kapsamda kişiye iadenin hukuki sonuçlarının anlatılması gerekmektedir. Ancak bu husus kişinin başka hiçbir incelemeye tabi kılınmaksızın iade edilebileceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Ağır ceza mahkemesi yine de iade talebinin hem Kanuna hem de milletlerarası anlaşma hükümlerine uygun olup olmadığını denetleyecektir. Bu karara karşı ise iade yargılamasının aksine itiraz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Eğer mahkeme bu incelemenin sonucunda iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verirse bu kararın yerine getirilmesi de Merkezi Makamın onayına tabi kılınmıştır. Zira devletin kişiyi iade edip etmeme hususundaki iradesi onun egemenlik hakkının bir yansıması olduğu gibi, siyasi bazı emelleri doğrultusunda bu takdir yetkisini kullanabilecektir[89]. Kişinin iadeye rıza göstermemesi halinde ise iade yargılaması söz konusu olacaktır.

---

86 Yargıtay 5. CD, E. 2012/2121, K. 2012/4028, T. 19.04.2012.

87 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1196.

88 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1197.

89 TANER, s. 251-252.

2. İade Talep Edenin Türkiye Olması

Kişinin iade talebinin yapılmasında ilk olarak adli merciler yetkilidir. Kanunun 2. maddesinin Tanımlar başlığı ile ele alındığında bu merciler temel olarak eğer soruşturma konusu bir suç söz konusuysa Cumhuriyet savcılıkları, kovuşturma aşaması bakımından da mahkemeler olacaktır. Adli mercilerin bu talepte bulunabilmesi için kişi hakkında yakalama emri veya tutuklama kararının bulunması gerekmektedir.

Adli mercilerin bu talebinin kabul olup olmaması Merkezi Makam olan Adalet Bakanlığına bağlı kılınmıştır (Adlî İş Birliği Kanunu 22/3). Kanun talebin yabancı devlete gönderilmeden de reddedilebilmesini maddede yer verilen üç koşuldan en az birinin gerçekleşmesine bağlamıştır. Bunlardan ilki talebin iade için gerekli şartları taşımamasıdır. Burada Merkezi Makam, iadeye ilişkin tüm kanun hükümleri ve anlaşmaları göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapabilecek, adli mercinin kararıyla bağlı olmayacaktır. İadenin devletler arası ilişkilerin ön planda olduğu ve zaman zaman iadeye ilişkin hususların bu ilişkileri zorlayabildiğini belirtmiştik. Bu sebeple kanun koyucu bir iade talebinin yapılmasının bu ilişkilerin zarar görmesi ihtimali yaratması ya milli güvenlik yönünden tehlike yaratabilecek nitelikte olması bakımından Merkezi Makama yine bir takdir yetkisi tanımış bulunmaktadır.

V. İADEYE İLİŞKİN KARARIN SONUÇLARI

Kendisinden iade talep edilen devlet iç hukuk sitemi ve bağlı olduğu ikili anlaşmalar kapsamında iadeye karar verebileceği gibi kişinin iade edilmemesine de karar verebilir. Ancak her iki karar kapsamında da uyması gereken yükümlülükler bulunmaktadır.

1. Ya İade et ya Yargıla Kuralı

İadeye ilişkin değinilmesi gereken ilkelerden bir diğeri ise ilk olarak Hugo Grotius tarafından formüle edilen edilen "*aut dedere aut judicare*" olarak adlandırılabilecek olan "ya iade et ya yargıla" ilkesidir[90]. Bu zorunluluğun cezasızlık sorunuyla mücadele etmek adına milletlerarası işbirliği bakımından önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir[91]. Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu'nun bu ilkeye yönelik olarak hazırlamış olduğu raporda,

---

[90] ALPASLAN, s. 250.

[91] United Nations, Final Report of the International Law Commission 2014, The Obligation to Extradite or Presecute, s. 2.

iade edilemeyen kişinin soruşturulması ve kovuşturulması, haklarında da verilen hükmün infaz edilebilmesi için ülkelerin mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir[92].

2. Teslim İşlemi

İade talebinin kabulü ardından ilgili bakanlıklarla iş birliği yapılarak teslim işlemleri gerçekleştirilecektir (Adlî İş Birliği Kanunu 20/1). İade işleminin gerçekleştirilmesinin ardından kendisinden iade istenen devletin görevi bitmiş, iade isteyen devlet bakımından ise kişinin yargılamasının ya da cezasının infazının işlemin sınırları içerisinde gerçekleştirilmesi görevi doğmuştur[93]. İade eden devlet ispat aracı olarak yararlı gördüğü veya suçun işlenmesiyle ele edilen ve kişi yakalandığında da üzerinde olan eşyayı devlete teslim etmek hususunda takdir yetkisine sahiptir. Hakkında iade talebi bulunan kişinin ölümü ya da kaçması gibi sebeplerle kişinin iade edilememesi halinde ise sadece eşya teslimi de gerçekleştirilebilecektir. (Adlî İş Birliği Kanunu 20/4, SİDAS m. 20/1-a/b). Kanun koyucu suçtan elde edilen eşya bakımından kişinin üzerinde ele geçirilme şartını koşmuştur.

Adlî İş Birliği Kanunu uyarınca iade edilecek kişinin Türkiye'de hakkında bir soruşturma veya kovuşturma bulunması veya infaz edilecek bir hapis cezasının olması halinde infaz ertelenebilecektir. Kişinin her hangi bir sebep dolayısıyla seyahat edebilecek durumda olmaması halinde de erteleme kararı verebilecektir. Bu kararı verme yetkisi Merkezi Makama aittir. (Adlî İş Birliği Kanunu m. 20/3). Erteleme gerekçesini oluşturan durumun sona ermesi halinde işlemlere kalındığı yerden devam edilerek iadenin tamamlanması gerekmektedir.

3. İadede Özellik Kuralı

SİDAS m. 14 uyarınca iade talep eden taraf kişiyi iade konusu suçtan başka bir suçtan soruşturup kovuşturamayacağı gibi, başka bir ceza ve güvenlik tedbirinin infazını da gerçekleştiremeyecektir. Bu kural iade talep edilen devletin aslında iadeye karar vermeyebileceği bir suç kapsamında muameleye tabi kılınmasını engellemeye yönelik olarak oluşturulmuştur[94].

---

[92] United Nations, Final Report of the International Law Commission, s. 8; ULUTAŞ Ahmet, "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/4, ss. 179-210.

[93] DÖNMEZER/ERMAN, C.III, s. 476.

[94] DÖNMEZER/ERMAN, C.III, s. 477; ÖZGEN, s. 154; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 876; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 258.

Hiç şüphesiz ki bu kural iade tarihinden sonra işlenen suçlar yönünden geçerli değildir[95]. Bununla birlikte devlet kendi mevzuatına göre zamanaşımının işlemesini engellemek adına gerekli tedbirleri almak hususunda yetkilidir. (SİDAS 14/2).

İade, kişinin soruşturulması veya kovuşturulmasına yönelik ise yapılan yargılama sonucunda suçun vasfının ve mahiyetinin değişmesi mümkündür. Bu gibi hallerde SİDAS'a göre vasfı değişen suç da iade kapsamında ise yani talep eden devlet talepnameyi bu suç kapsamında hazırlasaydı iade talebi yine kabul edilecekti denilebiliyorsa soruşturma ve yargılama yapılabilmesi mümkündür.

Ancak SİDAS belirli koşulların varlığı halinde özellik kuralına da istisnalar tanımıştır. Bunlardan ilki iade eden tarafın rıza göstermesidir. Bunun için de yine bir talep hazırlanması gerekmektedir. Bir diğer istisnayı da yasak zamanın sona ermesi şeklinde ifade etmek mümkündür[96]. Yasak süre SİDAS'ta 45 gün olarak belirlenmiştir. Kişinin tam anlamıyla serbestiye kavuştuğu andan[97] itibaren hesap edilen süre sonunda halen ilgili ülkede bulunması halinde artık iadeden önceki tarihe tekabül eden fiillerden dolayı da takibat yapabileceği gibi cezanın infazı da yapılabilecektir. Bu kuralın esası kişinin belirli bir sürenin ardından özgür iradesiyle ilgili ülkede kalmaya devam etmesi veya ülkeye geri dönmesi halinde hakkında gerçekleştirilecek işlemleri göze aldığı anlayışına dayanmaktadır[98].

Söz konusu hüküm kişinin başka bir devlete iadesine de engel oluşturmaktadır. Bununun temelinde bazı devletlerin iadenin mümkün olmadığı bazı suçlar için ilgili kuralı dolanmak suretiyle bu yollara müracaat etmesini engellemektir[99]. SİDAS madde 14 bu gibi bir işlem için de iade eden devletin rızasını zorunlu tutmuştur.

VI. OLAĞANÜSTÜ İADE KAVRAMI

Devletler arasında herhangi bir iade anlaşmasının bulunmaması, bir anlaşma bulunsa bile çeşitli gerekçelerle kişinin bu ülkeye iade edilmeme ih-

---

95 DÖNMEZER/ERMAN, C.III, s. 478, ÖZGEN, s. 155.

96 ÖNDER, C. I, s. 282.

97 ÖNDER, c. I, s. 233; devletin sahip olduğu cezalandırma hakkı bakımından hukuki ve fiili durumun sona ermesinden itibaren bu süreler hesaplanacaktır.

98 ÖNDER, C. I, s. 282.

99 ARTUK/GÖKCEN, vd., s. 1204.

timali gibi sebepler bazı devletleri kişileri hukuka aykırı yollardan yakalayıp ülkeye getirme arayışına itmiştir[100]. İngilizce karşılığı *extraordinary rendition* olan ve Türkçe'ye olağanüstü iade olarak tercüme edebileceğimiz bu durum bir kişinin tutuklanması veya sorgulanması amacıyla yasal iade süreci işletilmeden bir başka ülkeye transferi anlamına gelmektedir[101]. Uluslararası öğretide kaçırma, alıkoyma, transfer etme gibi tabirler de söz konusu fiili tanımlanmak için kullanabilmektedir[102]. Çoğu zaman gizli olarak gerçekleştirilen bu işlemin aslında iade sürecinin kişinin temel hakları yönünden sağladığı korumaya bertaraf ettiği bir gerçektedir.

AİHM tarafından bu konuya ilişkin ilk karar 2012 yılında verilmiş, bir kişinin yasal olmayan süreçler takip edilerek bu amaçlar doğrultusunda ele geçirilmesinin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kılmak bakımından büyük bir risk taşıdığı değerlendirilmiştir[103]. Başka bir devletin kendi topraklarında gerçekleştirdiği bu tarz eylemler yönünden etkili bir soruşturma yürütmemesi sebebiyle hem usuli boyutuyla hem de başvurucunun kaçırılması, tutulması ve başka bir yere sevki sebebiyle maddi yönden 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bunun yanı sıra başvurucunun "zorla kaybetme" sürecinde Sözleşmenin 5. maddesiyle korunan "özgürlük ve güvenlik hakkının" ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[104].

---

[100] PINES Daniel L, "Rendition Operations: Does U.S. Law Impose Any Restrictions?, **Loyola University Chicago Law Journal**, C. 42, sy. 3, 2011, ss. 523-583; NADELMAN Ethan A., "The Evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugnitive Criminals", **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 25, sy. 4, 1993, ss. 813-886.

[101] El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 39630/09, 221. Söz konusu davada Lübnan asıllı bir Alman vatandaşı olan başvurucu gizli bir operasyonla alıkonulmuş, 23 gün izole bir şekilde bir otelde tutulmasının ardından CIA tarafından Afganistan'da bulunan gizli bir tutukevine götürülmüş ve bu süre zarfında kötü muameleye maruz kalmıştır.

[102] PINES, s. 525.

[103] El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 221.

[104] El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, 240-241.

KAYNAKÇA

ALPASLAN M. Şükrü, **Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik**, Teknik Yayınlar, İstanbul, 1983.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin vd., **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

BASSIOUNI M. Cherif, **International Extradition United States Law and Practice**, 6. Baskı, Oxford University Press, New York, 2014.

BAYRAKTAR, Köksal, **Siyasal Suç**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DALIA Andrea Antonio/FERAIOLI Marzia, **Manuale di Diritto Processuale Penale**, 12. Baskı, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. baskı, Ankara: Seçkin, 2019, s. 179.

DÖNMEZER Sulhi /ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. I, İstanbul: Beta, 1994.

DÖNMEZER Sulhi /ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. III, İstanbul: Beta, 1994.

EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

GARCIA MORA Manuel R., "The Nature of Political Offenses: A Knotty Problem of Extradition Law", **Virginia Law Review**, C. 48, sy. 7, 1962, ss. 1226-1257.

GAROFOLI Roberto **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Lexfor-Giuffrè Editore, Milano, 2003.

GÜNGÖR Gülin, "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, sy. 1-2, ss. 359-382.

HUDSON MANLEY O., "The Factor Case and Double Criminality in Extradition", **The American Journal of International Law**, C. 28, sy. 2, 1934, ss. 274-306.

İÇEL Kayıhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 30, sy. 3-4, 1994, ss. 692-721.

KOCA Mahmut /ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981.

MARINUCCI Giorgio/DOLCINI Emilio, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

NADELMAN Ethan A., "The Evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugnitive Criminals", **New York University Journal of International Law and Politics**, C. 25, sy. 4, 1993, ss. 813-886.

ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul: Beta, 1991.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022.

ÖZGEN Eralp, **Suçluların Geri Verilmesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1962.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.

PADOVANI Tullio, **Diritto Penale**, 7. Baskı, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

PINES Daniel L, "Rendition Operations: Does U.S. Law Impose Any Restrictions?, **Loyola University Chicago Law Journal**, C. 42, sy. 3, 2011, ss. 523-583.

İÇEL Kayıhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerine Bir İnceleme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 30, sy. 3-4, 1994, s. 712.

KEYMAN Selâhattin, **Türk Hukukunda Af**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 196.

SARIBEYOĞLU Meltem, "Uluslararası İnsancıl Hukuk Perspektifinden Vatandaşlık: Geleneksel Sonuçların Dönüşümü", **İÜHFM**, C. 71, sy. 1, 2013, ss. 1021-1050.

SINAR Hasan, "Siyasal Suç Üzerine Bir İnceleme", **İÜHFM**, C. LVIII, sy. 1-2, 2000, ss. 53-77.

ŞENSOY Naci, "Siyasi Suçlar", **İÜHFM**, C. 17, sy. 1-2, 1951, ss. 53-74.

TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

ULUTAŞ Ahmet, "Türk Geri Verme Hukukunda Terminoloji Birliği İhtiyacı ve Bu Açıdan Türkiye Tunus Sözleşmesi'nin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, sy. 3, 2012, ss. 267-296.

ULUTAŞ Ahmet, "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/4, ss. 179-210.

ÜNVER Yener, "Uluslararası Normlar Bağlamında Suçluların Geri Verilmesi ve Türkiye", **Anayasa Yargısı Dergisi**, sy. 17, 2000, ss. 410-436.

ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

Elektronik Kaynaklar

Online Etimology Dictionary, https://www.etymonline.com/word/extradition (Erişim Tarihi: 04.03.2023).

https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/suclularin_iadesi_2_hukuki_dayanaklar.html (Erişim Tarihi: 10.03.2023)

https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-38758881 (Erişim Tarihi: 02.02.2023).

https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-i/articolo-26 (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale (Erişim Tarihi: 01.03.2023).

https://www.hmb.gov.tr/terorun-finansmani-uluslararasi-mevzuat, (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

United Nations, Final Report of the International Law Commission 2014, The Obligation to Extradite or Prosecute.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf (Erişim Tarihi: 04.03.2023).

https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17291.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2023)

https://hudoc.echr.coe.int/tur#%20.

http://www.kazanci.com.tr.

GSÜHFD, 2023; 1: 475-491

BİR OLAĞAN DIŞI VERGİLENDİRME ÖRNEĞİ: EK VERGİ DÜZENLEMESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME(*)

Av. **Ayşe Cânan DOKSAT**, L.L.M.(**)
Stj. Av. **Tunahan Sefa AYDIN**(***)

Öz: 12.03.2023 tarihli ve 32130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7440 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile, bazı kurumlar vergisi mükelleflerine 2022 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinde gösterilmek suretiyle hesaplanacak şekilde; *(i)* Kurum kazancından indirim konusu yapılan istisna ve indirim tutarları ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ("KVK") m. 32/A kapsamında indirimli kurumlar vergisine tabi matrahları üzerinden, dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin %10 oranında, *(ii)* KVK'nın 5/1-a bendinde düzenlenen iştirak kazançları istisnası ile yurtdışından elde edilen ve en az %15 oranında vergi yükü taşıdığı tevsik edilen istisna kazançlar üzerinden %5 oranında uygulanmak üzere ek vergi yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan ek verginin, ilave bir kurumlar vergisi niteliğini haiz olması nedeniyle, Anayasa m. 73 kapsamında anayasal vergilendirme ilkeleri kapsamında irdelenmesi gerektiği düşünülür. Bu makalemiz kapsamında konu genellik ve eşitlik *(i)* ile geriye yürüme *(ii)* açısından ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: 7440 Sayılı Kanun, Ek Vergi, Haklı Neden, Geriye Yürüme, Anayasal İlkeler.

(*) Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir.

(**) Avukat; İstanbul Bilgi Üniversitesi, Ekonomi Hukuku, Yüksek Lisans; Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mezunu, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-1200-256X; *canandoksat@erdem-erdem.av.tr*).

(***) Stajyer Avukat; İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Mezunu, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0009-0000-8563-9839; *tunahansefaaydin@erdem-erdem.av.tr*).

AN EXAMPLE OF EXTRAORDINARY TAXATION: AN EVALUATION ON THE ADDITIONAL TAX REGULATION

Abstract: As per the Law numbered 7440 on Restructuring of Certain Receivables and Amendment to Certain Laws published in the Official Gazette dated 12.03.2023 and numbered 32130, additional tax liability has been introduced for corporate taxpayers to be calculated according to the corporate tax return for the year 2022. Accordingly, additional tax liability is imposed *(i)* at the rate of 10% over the exemption and deduction amounts applicable on the corporate income and over the tax base subject to reduced corporate tax within the scope of Article 32/A of the Corporate Tax Code No. 5520 (CTC), without being associated with the period income, *(ii)* at the rate of 5% over the amounts subject to participation exemption as per 5/1-a of the CTC and over the participation income obtained abroad which is subject to tax at the rate of 15% at least. Since the aforementioned additional tax has the characteristics of an additional corporate tax, it is considered that it should be analyzed within the scope of constitutional taxation principles under Article 73 of the Turkish Constitution. This Article analyzes the additional tax in terms of generality and equality *(i)* and retroactivity *(ii)*.

Keywords: Law Numbered 7440, Additional Tax, Objective Justification, Retroactivity, Constitutional Principles.

GİRİŞ

09.03.2023 tarihli ve 7440 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("*7440 Sayılı Kanun*") 12.03.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anılan 7440 sayılı Kanun ile bazı amme alacaklarının yeniden yapılandırılması düzenlemesine ek olarak; Kanun'un 10. maddesine eklenen 27. fıkra hükmü ile bir ek vergi ("**Ek Vergi**") ihdas edilmiştir.

Anılan düzenleme kapsamında, kurumlar vergisi mükelleflerine 2022 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinde gösterilmek suretiyle *(i)* kurum kazancından indirim konusu yapılan bazı istisna ve indirim tutarları ile KVK'nın 32/A maddesi kapsamında indirimli kurumlar vergisine tabi matrahları üzerinden, dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin %10 oranında, *(ii)* KVK'nın 5/1-a bendinde düzenlenen iştirak kazançları istisnası ile yurtdışından elde edilen ve en az %15 oranında vergi yükü taşıdığı tevsik edilen istisna kazançlar üzerinden %5 oranında uygulanmak üzere "*ek vergi*" yükümlülüğü getirilmiştir.

Sadece belirli mükelleflere getirilen ve kurumlar vergisine ilave olarak alınan bir kazanç vergisi niteliğindeki söz konusu ek verginin, anayasal vergilendirme ilkeleri açısından tartışma konusu edilmesi gerekliliği açıktır.

Bu kapsamda, bu yazımızda anılan "*ek vergi*" anayasal vergilendirme ilkelerinden "*genellik ve eşitlik*" ile hukuki güvenlik ilkesi kapsamındaki "*geriye yürüme*" müessesesi açısından, daha önce ihdas edilmiş diğer "*ek vergiler*" ile ilgili düzenlemelerle mukayeseli olarak irdelenecektir.

I. YAPILANDIRMA KANUNU VE EK VERGİ DÜZENLEMESİ

1. Genel Olarak

7440 sayılı Kanun 12.03.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[1]. Anılan Kanun ile bazı amme alacaklarının yeniden yapılandırılması düzenlemesine ek olarak, Kanun'un 10. maddesine eklenen 27. fıkra hükmü ile bir ek vergi ihdas edilmiştir.

Kanun metninin lafzında "*ek vergi*" olarak adlandırılan ve kurumlar vergisi mükelleflerine ilave vergi yükü getiren düzenleme, kamuoyunda "*deprem vergisi*" olarak ifade edilmiştir. Ancak, detaylarına makalemizin ilerleyen bölümlerinde yer verileceği üzere, burada "*yeni bir vergi*" değil; ek bir vergi, yani ilave bir kurumlar vergisi olduğunu değerlendirmekteyiz. Bu kapsamda, yazımız kapsamında "*ek vergi*" ifadesini tercih edeceğiz.

2. Ek Verginin Konusu ve Matrahı

2022 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinde gösterilen 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ("*KVK"*) ve diğer kanunlar uyarınca kurum kazancından istisna edilen kazançlar *(i)*, KVK ve diğer kanunlar uyarınca kurumlar vergisine tabi kazançtan yapılan indirimler *(ii)* ve KVK m. 32/A uyarınca yatırım teşvik belgesi kapsamında indirimli kurumlar vergisine tabi tutulan matrahlar *(iii)* ek verginin konusunu oluşturur[2]. Bu çerçevede, ek verginin mükellefi de bu istisna ve indirimlerden yararlanan kurumlar vergisi mükellefleridir.

---

[1] 09.03.2023 tarihli ve 7440 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 12.03.2023, Sayı 32130.

[2] Bazı istisna ve indirimler ek verginin kapsamı dışında tutulmuştur. Bunlar özetle şöyle sıralanabilir: Türkiye'de kurulu yatırım fon ve ortaklıklarının portföy işletmeciliği kazanç istisnası; risturn istisnası; sat-kirala-geri al işlemlerinden doğan kazançlarda istisna; kira sertifikası ihracı amacıyla varlık ve hakların satışından doğan kazançlara ilişkin istisna; kur korumalı mevduat hesaplarından sağlanan kazançlara ilişkin istisna; sponsorluk harcamaları; makbuz

3. Ek Vergi Oranı

Düzenleme kapsamında getirilen ek vergi tutarı; KVK ile diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler uyarınca kurum kazancından indirim konusu yapılan istisna ve indirim tutarları üzerinden %10'u; KVK m. 32/A kapsamında indirimli kurumlar vergisine tabi matrahlar üzerinden %10'u; KVK m. 5/1-a ile düzenlenen iştirak kazançları istisnası üzerinden %5'i; yurt dışından elde edilen ve en az %15 oranında vergi yükü taşıdığı tevsik edilen istisna kazançlar üzerinden %5'i üzerinden hesaplanır.

4. Ek Verginin Beyanı ve Ödeme Zamanı

Ek vergi, 2022 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinde yer alan indirim, istisna ve indirimli kurumlar vergisi matrahı üzerinden hesaplanarak ek kurumlar vergisi beyannamesiyle beyan edilir.

Ek verginin ilk taksiti kurumlar vergisinin ödeme süresi içinde (son ödeme tarihi: 30.04.2023), ikinci taksiti ise takip eden dördüncü ayda (son ödeme tarihi: 31.08.2023) ödenir.

II. ANAYASAL VERGİLENDİRME İLKELERİ BAKIMINDAN DEPREM VERGİSİ

1. Ek Vergi Düzenlemelerinin Doğası Üzerine

Ek vergi düzenlemeleri, ülkemizde ekonomik buhranlar ve deprem felaketleri gibi nedenler ileri sürülerek, gelir ve servet unsurları üzerinden alınan ve bu unsurların yeniden vergilendirilmesine dayanan vergilendirme yöntemi şeklinde tanımlanır[3]. Ek vergi düzenlemeleri, olağan bir vergi rejiminin ürünü olarak değil; olağanüstü koşulların ortaya koyduğu "olağan dışı" ver-

karşılığı yapılan kazancın %5'i ile sınırlı bağış ve yardımlar; okul, sağlık tesisi, öğrenci yurdu, çocuk yuvası, yetiştirme yurdu, huzurevi ve bakım ve rehabilitasyon merkezi yapımı veya bu tesislerin faaliyetlerini devam ettirebilmeleri için yapılan bağış ve yardımlar; kültür ve turizm amaçlı bağış ve yardımlar; Cumhurbaşkanı tarafından başlatılan yardım kampanyalarına yapılan bağış ve yardımlar; Türkiye Kızılay Derneğine ve Yeşilay Cemiyetine yapılan nakdi bağış ve yardımlar; girişim sermayesi fonu; korumalı işyeri indirimi; yatırım indirimi istisnası; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 407 kapsamında tanımlanan mikro ve küçük işletmelerin teknoloji geliştirme bölgeleri ile ar-ge ve tasarım merkezlerinden elde ettikleri istisnaya ve indirime konu kazançlar; ilgili kanunlar uyarınca kurum kazancından indirilebilen bağış ve yardımlar.

[3] ARIKAN Abdullah, **Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 331; GÜNEŞ Gülsen, "Yeni Binyıl Türkiyesi'nde Yer Almaması Gereken Vergi Kuralları", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, 39. Seri, 2001, s. 81.

giler olduğundan kendine has nitelikler taşır. Bu doğrultuda, olağan vergilerden farklı olarak sürelidirler ve bir kereye mahsus olarak alınırlar[4]. Ek vergilerin ayrıca, gelir ve servet unsurlarının yeniden vergilendirilmesine dayandıkları görüldüğünden mükerrer vergilendirmeye neden oldukları değerlendirilmektedir[5].

Vergi mevzuatı tarihimizde -*1990 sonrası dönemde*- ek vergi düzenlemelerinin ilk örneği olarak 04.05.1994 tarihli ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası Hakkında Kanun[6] gösterilir[7]. 1993 yılı gelir ve kurumlar vergisi matrahları esas alınarak mükerrer vergilendirmeye yol açıldığından, düzenlemenin tipik bir ek vergi düzenlemesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Bir diğer ek vergi düzenlemesi, 26.11.1999 tarihli ve 4481 sayılı Kanun[8] kapsamında Marmara Bölgesi ve civarında meydana deprem nedeniyle ortaya çıkan acil finansman ihtiyacına yöneliktir[9]. Söz konusu düzenleme kapsamında ek olarak gelir, kurumlar, emlak ve taşıt vergisi olmak üzere çeşitli ek vergilere yer verilir. Düzenlemeye ilişkin gerekçe metninde, yapısal ekonomik sorunlar ve deprem nedeniyle ortaya çıkan finansman ihtiyacı vurgulanmıştır. Düzenleme kapsamında bir defaya mahsus olarak getirilen Özel İletişim Vergisi'nin, 25.12.2003 tarihli ve 5035 sayılı Kanun[10] ile yeniden düzenlenerek sistemleştirildiği, bir defaya mahsus olma niteliğinden zaman içerisinde ayrıldığı görülür[11].

---

4 KANETİ Selim / EKMEKCİ Esra / GÜNEŞ Gülsen, vd., **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 27.

5 ARIKAN**,** s. 331.

6 04.05.1994 tarihli ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ve ... Kanunların Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 07.05.1994, Sayı 21927.

7 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd.**,** s. 28; ARIKAN**,** s. 331-333; GÜNEŞ, Gülsen, "Anayasa Mahkemesinin Ekonomik Denge Vergisine İlişkin Bir Kararında 'Geriye Yürümezlik İlkesi' Yaklaşımına Eleştirisel Bakış", **Yaklaşım Dergisi**, S. 42, Haziran 1996, ss. 68-73.

8 26.11.1999 tarihli ve 4481 sayılı 17.08.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 26.11.1999, Sayı 23888 (Mükerrer).

9 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd., s. 29; ARIKAN, s. 337-338; UZER ÇENGELCİ Gökçen, Türkiye'de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme: Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 100-135.

10 25.12.2003 tarihli ve 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 02.01.2004, Sayı 25334 (Mükerrer).

11 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd., ss. 30-31.

Bir diğer ek vergi düzenlemesi, 03.04.2003 tarihli ve 4837 sayılı Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun[12] ile getirilmiştir[13]. Kanun kapsamında ek motorlu taşıt vergisi ile birlikte ek emlak vergisi salınmıştır.

Vergi mevzuatımız bakımından ek vergi düzenlemelerinin son örneği yukarıda detayları açıklanan 7440 sayılı Kanun kapsamında yürürlüğe konmuştur. Düzenleme kapsamındaki Ek Vergi, amacı itibariyle 4481 sayılı Kanun ile benzerlik gösterir.

2. Olağan Dışı Vergilendirme

Vergi yasaları doğası gereği temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı nitelik taşır. Temel hak ve hürriyetlere yasama ve yürütme organı tarafından sınırlama getirilmesi olağandır. Ancak, hukukla bağlı anayasal rejimlerde söz konusu sınırlamaların, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine uygun olması beklenir[14]. Anayasamızda temel hak ve hürriyetlerin yasa koyucu tarafından sınırlandırılmasında -bizzat yasa koyucu tarafından uyulması gereken- sınırlandırma rejimi, olağan dönemler ve olağanüstü dönemler olmak üzere ikiye ayrılır. Olağanüstü dönemlerde söz konusu sınırlandırma rejimi, yasama organı ve kamu yararı lehine genişler[15].

09.03.2023 tarihli ve 7440 sayılı Ek Vergi Kanunu ile getirilen düzenleme ise, olağanüstü hâl rejimi kapsamında ihdas edilemediğinden temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında "*olağan sınırlama rejimi*"ne tabidir. Söz konusu düzenleme, deprem nedeniyle ortaya çıktığı belirtilen acil finansman ihtiyacına yönelik olağanüstü bir ekonomik durumun sonucu olarak gündeme gelmiştir[16]. Ek Vergi düzenlemesi, düzen-

---

[12] 03.04.2003 tarihli ve 4837 sayılı Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun, R.G. 11.04.2003, Sayı 25076.

[13] KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd., s. 29; ARIKAN, ss. 338-339.

[14] ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 43-45; Ayrıca bkz.: GEMALMAZ H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında 'Adil Denge' İlkesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 649-673, s. 649-674; TEKBAŞ Abdullah, "Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi", **Maliye Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını**, Ankara, Yayın No: 396, 2009.

[15] ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 343.

[16] 1999 depremi sonrası ihdas edilen ek vergi düzenlemeleri için benzer yönde değerlendirmeler için bkz.: AKDOĞAN Abdurrahman, "Ek veya Geçici Nitelikteki Vergi Uygulamalarından, Sürekliliği Olan Vergi Düzenlemeleri", **Yaklaşım Dergisi**, S. 12, Aralık 2000.

leniş amacı itibariyle yasa koyucu tarafından olağan dışı bir gereksinime *-deprem felaketi nedeniyle ortaya çıkan acil ihtiyaca-* özgülendiğinden, değerlendirme konusu edilirken söz konusu "olağan dışı" faktörlerin anayasallık incelenmesi bakımından göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir[17,18].

Bu doğrultuda, Ek Vergi düzenlemesi, verginin genelliği ve eşitlik ilkesi ile vergi yasalarının geriye yürümesi bakımından değerlendirilecektir[19].

3. Verginin Genelliği ve Eşitlik İlkeleri Kapsamında: "Haklı Sebep" Değerlendirmesi

A. Genel Olarak

Verginin genelliği ilkesi, Anayasa m. 10'da yer alan eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak, Anayasa m. 73'te düzenlenir. Anayasal eşitlik ilkesi gereğince *-hukuksal eşitliği sağlar şekilde-* kişilerin temel haklarını etkileyen vergi yasalarının genel nitelikli olması gerekir. Verginin genelliği, vergi ödeme yükümlülüğünün herkes bakımından geçerli olmasını ifade eder.

Bu kapsamda, vergi yükünün belirli bireylere, belirli toplumsal kesimlere yüklenmemesi, vatandaş-yabancı ayırt edilmeksizin yurtta yaşayan herkese dağıtılması gerektiği; yalnızca belirli bireyleri kapsayacak şekilde konulacak vergilerin verginin genelliği ilkesine aykırı olacağı ifade edilir[20].

Ancak, çoğu kamu hukuku temel ilkesinde olduğu gibi verginin genelliği ilkesi de mutlak bir prensip içermez. Bu çerçevede, mali güçle orantılı olarak vergi yükünün dağıtılması amacıyla, haklı nedenlere dayanılmak

---

[17] Olağan dışı vergilendirmelere yönelik yüksek lisans tez çalışması için bkz.: UZER ÇENGELCİ Gökçen, Türkiye'de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme: Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010**;** Olağan dışı vergilendirmelere yönelik eleştiriler için bkz.: KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd.**, s**s. 25-32.

[18] Terim olarak, olağanüstü hâl düzenlemeleri ile karıştırılmaması için "olağanüstü vergilendirme" yerine "olağan dışı verilendirme" teriminin kullanılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz, bu hususta bkz**.:** AKYAZAN Ahmet Emrah, "Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, 2009.

[19] Şüphesiz, Ek Vergi düzenlemesinin değerlendirme konusu edilebileceği Anayasal vergilendirme ilkeleri anılan ilkelerle sınırlı olmayıp makalemizin sınırları çerçevesinde söz konusu ilkelere yer verilmiştir.

[20] KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd.**,** s. 49; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 40.

kaydıyla[21], verginin belirli toplumsal kesimler üzerinde bırakılmasının ilkeye aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilir[22].

B. Ek Vergi Düzenlemeleri Bakımından Verginin Genelliği ve Eşitlik

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Ek Vergi düzenlemesinin mükellefleri, yalnızca bazı indirim ve istisnalardan yararlanan kurumlar vergisi mükellefleri-nden oluşmaktadır. Bu itibarla, Ek Vergi toplumun yalnızca belirli bir kesimine yönelik salındığından, verginin genelliği ve eşitlik ilkesi bakımından bir değerlendirme yapılması gereği ortaya çıkar. Dahası, kurumlar vergisi mükelleflerinin tamamı değil, yalnızca belirli indirim ve istisnalardan yararlanmış olanlar Ek Verginin mükellefi sayılır[23]. Vurgulanması gereken bir diğer nokta ise, Ek Verginin mükellefleri gelecekte belirli indirim ve istisnalardan yararlanacak olanları değil; geçmişte söz konusu imkanlardan yararlanmış olanları kapsamaktadır. Bu itibarla, mükellefler nezdinde bir seçim yapma olanağı bırakılmayarak; her nasılsa geçmişte birtakım vergi düzenlemelerinin sağladığı imkanlardan yararlananmış olmanın -adeta- sürpriz bir vergi düzenlemesi (*surprire desagreable)*[24] ile karşılandığı görülür.

Belirli mükelleflere yönelik getirilen söz konusu vergi yasaları bakımından Anayasa Mahkemesi'nin "*haklı neden*" testi uyguladığı görülür[25]. Anaya-

---

21 "*Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.*", AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983.

22 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd.**,** s. 49.

23 Büyük çoğunlukla yatırım, üretim, istihdam ve ihracata dayalı ülke ekonomisinin büyümesine ve gelişimine katkıda bulunmak amacıyla yararlan istisna ve indirimden yararlanan mükelleflere yönelik ek vergi getirilmesi indirim ve istisnanın ekonomik ve hukuki gerekçeleriyle bağdaşmadığı değerlendirilir. Bu hususta bkz.: ÇOLAK Mustafa, "Şirketlere Getirilen Ek Vergi Düzenlemesi ve 2022 Yılı Matrah Artırımı, Anayasal Bağlamda Analizi ve Öneriler", **E-Yaklaşım**, S. 364, Nisan 2023.

24 ERÇİN Cezmi, "Malî Kanunlarda Makable Şumül ve Mururu Zaman", **Adliye Ceridesi**, S. 18, Haziran 1936, s. 1253.

25 Vergide eşitlik ilkesine yönelik Anayasa Mahkemesi kararlarından örnekler için bkz.: ALTAY Özcan, "Vergi Hukukunda Uzlaşmanın Vergide Eşitlik İlkesi Bağlamında Anayasa'ya Uygunluğu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 1, 2021, s. 295-303; Ayrıca bkz.: YALTI SOYDAN Billur, **Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 97; SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 66; AYM, B. No: 2016/5824, 28.12.2021, *Burcu Reis* kararı; AYM, B. No: 2019/39033, 28.06.2022.

"*Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.*", AYM, E. 1981/13, K. 1983/9, 28.04.1983 hakkında bkz.: BATI Murat, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 59.

sa Mahkemesi, 23.07.2003 tarihli ve E. 2003/48, K. 2003/76 sayılı kararında, bir olağan dışı -veya sürpriz- vergilendirme örneği olan ek motorlu taşıt vergisi hakkında *vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımı* bakımından Anayasa m. 73'e aykırı sonuçları nedeniyle iptal kararı vermiştir:

> "*Yasa'nın iptali istenen 1. maddesiyle 2003 yılı içinde alınan motorlu taşıtlar vergisi aynı yıl içinde aynı miktarda ek vergi adı altında ikinci kez alınmaktadır. Oysa, 197 sayılı Yasa gereğince 2003 yılı için motorlu taşıtlar vergisinin Vergi Usul Kanunu'na göre yeniden değerleme oranı uygulanmak suretiyle zaten güncelleştirilerek alınmaktadır. Güncelleştirilen yeni miktar üzerinden 2003 yılında ikinci kez ek vergi tahakkuk ve tahsil edilmek suretiyle vergi yükü araç sahipleri aleyhine ağırlaştırılmakta, gelir ve kurumlar vergisi yükümlüleri gibi diğer vergi mükelleflerine de yansıtılmamaktadır. Bu durum, vergi yükünün dengeli, adil, ölçülü ve eşit dağılımını engelleyerek Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Yasa'nın genel gerekçesinde, ekonomik istikrarı sağlamak ve kamu borç stokunun azaltılmasını temin amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı açıklanmakta ise de bunun olağanüstü koşulların zorunlu kıldığı haklı bir neden olarak kabulü mümkün görülmemiştir."*

Anılan karar kapsamında, "*olağan dışı*" bir durumun varlığı, sadece belirli mükellefler üzerinde kalacak şekilde ek vergi düzenlenmesinin "*haklı nedeni*" olarak kabul edilmemiştir. Bu itibarla, olağanüstü koşullar altında ek vergi düzenlemesi getirilmesinin doğrudan Anayasa'ya aykırı görülmediği; ancak ekonomik istikrar ve kamu borçlarının azaltılmasının temininin verginin genelliği ve eşitlik ilkelerinden ayrılmak bakımından haklı bir gerekçe oluşturmayacağı ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 28.3.2001 tarihli ve E. 1999/51, K. 2001/63 sayılı kararında ise, "*deprem olgusu*"nu haklı bir sebep olarak kabul etmiş ve 4481 sayılı Kanun m. 1 ile getirilen ek gelir ve ek kurumlar vergisinin verginin genelliği ve eşitlik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir:

> "*Yasa'nın genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiği açıktır.*"

Hâl böyle olmakla birlikte, deprem olgusunun meşru sebep kabul edilmesi, 7440 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin doğrudan ölçülü kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim, 7440 sayılı Kanun ile eski ek vergi düzenlemelerinden farklı olarak, yalnızca belirli vergi indirim ve istisnalarından yararlanmış olanlar, ek verginin mükellefleri addedilir.

4. Hukuk Güvenliği İlkesi: "Geriye Yürürlü Vergi Yasası"

A. Genel Olarak

Vergi kanunlarının geriye yürümesi sorunu (*Ex post facto* veya *makable şumül*)[26], hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir[27]. Nitekim, konunun herhangi bir pozitif düzenlemeye kavuşturulmadığı da görülmektedir. Hukuk güvenliği ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, tutum ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesini ifade eder[28]. Söz konusu ilke, vergi yasalarının geçmişte meydana gelen olaylara uygulanmamasını gerektirir[29].

Vergi kanunlarının geriye yürümesi kural olarak hukuka uygun kabul edilmez[30,31]. Konu, öğreti ve yargı kararlarında gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmektedir[32]. Bu çerçevede, hareket noktası olarak ilgili hukuk kuralının yürürlüğe

---

26 "Geriye yürüme" kurumumun Fransız İhtilali sonrasına dayandığı hakkında hukuk tarihi çıkarımları ve kavramlaşma süreci hakkında bkz.: ERÇİN, ss. 1237-1238.

27 Konu hakkında yazılmış monografik çalışma için bkz.: ARIKAN Abdullah, **Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

28 ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 45.

29 ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 47.

30 "*Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli...(kılar)*", AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, 09.02.2012.

31 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol 1-1 çerçevesinde geriye yürürlü vergi yasalarının kategorik olarak yasallık unsurunu zedelemediği, ancak ulusal hukuklarda geriye yürürlü düzenlemelerin kural olarak hukuka aykırı kabul edildiği hakkında bkz.: GEMALMAZ H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 465.

32 Federal Almanya ve İsviçre yazın ve içtihatlarında vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak "gerçek geriye yürütme - gerçek olmayan geriye yürütme" (*echte Rückwirkung - unechte Rückwirkung*) hakkında bkz.: ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, ss. 47-48.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, ağır ekonomik kriz ve savaş dönemlerinde elde edilen yüksek kazançların vergilendirilmesi ve enflasyona karşı politik bir araç olarak çıkarılan vergi kanunlarını anayasaya aykırı değerlendirmez. Konuyu daha çok eşitlik ilkesi çerçevesinde inceleyen Fransız Anayasa Konseyi ise ceza niteliği taşıyan vergilerin geriye yürütülmesini ve mahkemeler tarafından karara bağlanmış kişisel durumları etkileyen düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirir. Konu hakkında bkz.: TEKBAŞ, ss. 214-215.

giriş tarihi ile vergiyi doğuran olaya[33] ait tarih esas alınır[34]. Eğer vergi düzenlemesi, yürürlüğe giriş tarihi itibariyle geçmişte başlamış ve sona ermiş vergiyi doğuran olayı da kapsayacak şekilde düzenlenmişse, gerçek bir geriye yürümeden söz edilir. İlgili düzenleme, yürürlüğe giriş tarihi itibariyle geçmişte başlamış, ancak henüz sona ermemiş, bir diğer deyişle sonuçlarını henüz doğurmamış, bir vergiyi doğuran olayı kapsayacak şekilde düzenlenmişse, bu durumda gerçek olmayan bir geriye yürümeden söz edilir[35].

B. Ek Vergi Düzenlemelerinin Geriye Yürümesi Bakımından Değerlendirmeler

Yukarıda da belirtildiği üzere, 7440 Sayılı Kanun ile Ek Vergi düzelemesi 12.03.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ek Vergi, bir diğer ifadeyle ilave kurumlar vergisinin matrahı, 2022 yılı kurumlar vergisi beyannameleri üzerinde gösterilen KVK ve diğer kanunlar uyarınca yararlanılan istisna ve indirimler ile KVK'nın 32/A maddesi kapsamında teşvikli yatırımlar nedeniyle 2022 yılında indirimli kurumlar vergisine konu edilen matrahtır.

Bu çerçevede, tamamlamış ve sonuçlarını doğurmuş önceki yıla ait istisna, indirim ve indirimli kurumlar vergisi matrahı üzerinden ek vergi düzenlemesi getirildiğinden gerçek bir geriye yürümenin varlığından söz etmek mümkündür[36].

Anayasa, kanun ve ikincil mevzuatta vergi kanunlarının geriye yürümesini engelleyen bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkeme-

---

Türk Anayasa Mahkemesi'nin genel yaklaşımı hakkında bkz.: ER Selami, "Vergi Kanunlarının Geriye Yürümezliği İlkesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 43, 2015, ss. 133-141.

33 *Vergiyi doğuran olay* hakkında yazılmış monografik çalışma için bkz.: TOPSAKAL Metehan, **Türk Vergi Sisteminde Vergiyi Doğuran Olay**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2008.

34 "*Vergi hukukunda geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için **vergiyi doğuran olayın ne zaman meydana geldiğinin** tespiti gerekmektedir.*", AYM, E. 2001/36, K. 2003/3, 16.01.2003.

"*Türk hukukunda vergilendirme işleminin "sebep" unsurunu oluşturan vergiyi doğuran olay (VUK m. 19) meydana geldikten sonra vergi yükünü artıran bir vergi yasası hükmü, gerçek geriye yürüme olarak nitelendirilebileceğinden ...*", ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 49; Ayrıca bkz.: BATI, s. 45.

35 KANETİ / EKMEKCİ / GÜNEŞ, vd., s. 65-66; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 47; BATI, s. 45.

36 ÇOLAK Mustafa, "Şirketlere Getirilen Ek Vergi Düzenlemesi ve 2022 Yılı Matrah Artırımı, Anayasal Bağlamda Analizi ve Öneriler", **E-Yaklaşım**, S. 364, 2023.

si'nin genel yaklaşımına göre ise, geriye yürümezlik prensibi, vergi yasaları için bir zorunluluktur[37]. Ancak Mahkeme, geriye yürümezlik prensibini mutlak olarak uygulamamakta; gerçek olmayan geriye yürümelerin Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul etmektedir[38]. Anayasa Mahkemesi'ne göre, geriye yürüyen vergi yasalarının her somut olayda, kamu yararı ile yükümlülerin hukuki güvenlikleri tartılarak bir ölçülülük değerlendirmesine tabi tutulması gerekir[39].

Genel yaklaşımı yukarıdaki gibi olmakla birlikte, Mahkeme'nin olağan dışı vergiler bakımından kamu yararı ve olağan dışı koşulların gerekleri çerçevesinde kanun koyucuya daha geniş takdir marjı tanıdığı; hem gerçek hem de gerçek olmayan geriye yürürlü vergi yasaları bakımından açılan iptal davalarını reddettiği görülür[40].

Anayasa Mahkemesi 06.07.1995 tarihli ve E. 1995/6, K. 1995/29 sayılı kararında, 3986 sayılı Kanun[41] ile getirilen ekonomik denge vergisi hakkında bir yıl önceki kazançlara ilişkin matrahlar üzerinden vergi alınmasını geriye yürüme olarak değerlendirmemiştir:

> "*3986 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre ekonomik denge vergisi, 1993 yılı kazançlarına ilişkin olarak 1994 takvim yılında verilmesi gereken beyannamelerde yer alan matrahlar üzerinden alınacaktır. ... Ancak, ekonomik denge vergisi ekonomik koşulların gerektirdiği finansman ihtiyacını karşılamak için Devletin egemenlik gücüne dayanarak koyduğu yeni bir vergidir. Bu anlamda gelir ve kurumlar vergisine ek olmayıp başlı başına bir vergidir. Bir yıl önceki kazançlara ilişkin matrahlar üzerinden alınması geriye dönük vergi koyma anlamına gelmez. Bu vergide vergiyi doğuran olay, beyanname verilmesi, 1994 yılına ilişkin götürü matrahın belirlenmesi, ücretlerde belirli miktara ulaşılmasıdır. Böyle olunca geriye yürümeden söz edilemez.*"

---

37 AYM, E. 1989/6, K. 1989/42, 7.11.1989.

38 "*...vergilendirme dönemi bitmeden değiştirilen vergi oranlarına ilişkin düzenlemenin yılın başından itibaren yürürlüğe konulması, benimsenen vergi sisteminin bir sonucu olup yasanın gerçek anlamda geriye yürümesinden söz edilemez...*", AYM, E. 2006/95, K. 2009/144, 15.10.2009.

39 ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 50.

40 UZER ÇENGELCİ, ss. 78-79.

41 04.05.1994 tarihli ve 3986 sayılı Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ve ... Kanunların Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 07.05.1994, Sayı 21927.

Görüldüğü üzere, vergiyi doğuran olay olarak geçmişteki vergiyi doğuran olayların değil; bunlar için verilecek beyannamenin esas alınmasıyla geriye yürüme yasağı aşılmaya çalışılır. "*Beyanname vermek*" vergiyi doğuran olay olarak kabul edilecek olsa dahi (ki bu hukuken mümkün değildir), beyannameler büyük ölçüde yasanın yürürlüğe giriş tarihinden önce verilmiş olduğu için Mahkeme'nin hatalı nitelendirmesi ile dahi geriye yürüme sorununun tam olarak aşılamadığı ortadadır[42].

Mahkeme'nin vergiyi doğuran olay tanımında ise, yasa koyucunun nitelendirmesini mutlak kabul ederek, Anayasallık değerlendirmesi bakımından hatalı bir yaklaşım sergilediği görülür[43]. Anılan yaklaşım bir an için kabul edilecek olursa, yasa koyucu tarafından her an vergi yükü altında bırakılma tehdidi altında kişilerin kazanılmış hak ve haklı beklentileri yasa koyucunun sonsuz takdir yetkisi altında adeta anlamsızlaşmaktadır.

Anayasa yargısının -varlığı gereği- yasa koyucunun belirlemelerinin hukuka uygunluğunu sağlamakla görevli olduğu dikkate alındığında, hukukun üstünlüğünü korumakla görevli olanların, yasa ile belirlenmiş çerçevede değil; yasayı aşan bir değerlendirme ile yasanın egemenliğine değil; hukukun egemenliğine (*rule of law*) olanak tanıması beklenir[44]. Nitekim, anayasallık değerlendirmesi, özel hukuk yargılamasının şekli ispat kurallarına bağlı olmayıp; yasa ile konulmuş tanımların da irdelenebilir olduğu hak temelli bir yaklaşım içerir. Bu yönüyle, Mahkeme'nin yasa temelli değerlendirmesine katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda deprem vergisi olarak adlandırılan, 1999 depreminin getirdiği finansal ihtiyaçlara yönelik geriye yürürlü vergi yasasını[45] ise "*olağan dışı*" gereksinimlere vurgu yaparak iptal etmemiştir.

---

[42] 3986 sayılı Kanun 07.05.1994 Tarihinde yürürlüğe girdiği halde, beyannamelerin de büyük ölçüde yasanın yürürlüğe girdiği aydan önce verildiği görülür. Konu hakkında bkz.: GÜNEŞ, 1996, ss. 68-73.

[43] Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine eleştiriler için ayrıca bkz.: ARIKAN, ss. 333-337.

[44] Öğretide, geriye yürüme yasağına dahi gitmeye gerek olmadığı, ortada herhangi bir vergiyi doğuran olay bulunmadığı gerekçesiyle konunun baştan **verginin yasallığı ilkesine** aykırı olduğu değerlendirilir: "*Yasada ya da ortada bir vergiyi doğuran olay yoktur ki, geriye yürümenin varlığı tartışılabilsin. Sonuç olarak ekonomik denge vergisini düzenleyen yasada verginin temel öğelerinden olan vergiyi doğuran olay tanımlanmamıştır. Bu nedenle yasa, Anayasamızın 73.maddesinde yer alan verginin yasallığı ilkesine aykırıdır*." GÜNEŞ, 1996, s. 73.

[45] 26.11.1999 tarihli ve 4481 sayılı 17.08.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 26.11.1999, Sayı 23888 (Mükerrer).

28.03.2001 tarihli ve E. 1999/51 K. 2001/63 sayılı kararda yasanın genel gerekçesi esas alınmakla yetinilerek "*ölçülülük testi*" adeta ihmal edildiğinden, karar eleştiriye açıktır:

> "*Ek gelir ve ek kurumlar vergisi düzenlemesiyle, mükelleflerin 1998 yılı gelirlerine ilişkin olarak, 193 sayılı Gelir Vergisi ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Yasalarına göre ödedikleri vergiye ek olarak bir yükümlülük öngörülmüştür. Ancak, Yasa'nın genel gerekçesinde de belirtildiği gibi, deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiği açıktır.*"

Bilindiği üzere, ölçülülük testi, temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamaların elverişli, gerekli ve orantılı olmasını gerektirir[46]. Kişilerin mülkiyet haklarına müdahale eden vergi yasalarının da ölçülü olması gerekir. Ölçülülük testinin bir unsuru olan "*gereklilik*" değerlendirmesine göre, sınırlayıcı düzenlemenin alternatifleri arasında ilgili temel hak ve hürriyeti en az sınırlayan müdahale teşkil etmesi zorunludur[47]. Öğretide, daha ileri bir değerlendirme yapılarak, gerçek anlamda geriye yürürlü vergi düzenlemeleri ile kazanılmış hakların zedelenmesine izin verilebilmesi için kamu düzeni ya da kamu yararını sağlayan müdahale sebebinin sıradan bir gerekliliğin de ötesinde "*zorlayıcılık*" vasfını taşıması gerektiği ifade edilir[48]. Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinde ise, deprem olgusunun ek vergi düzenlemesini "*zorunlu*" kıldığını tespit ile yetinilerek, yasa koyucunun en az sınırlayıcı alternatife başvurup başvurmadığı konusunda eksik bir değerlendirmeye yol açıldığı görülmektedir.

SONUÇ

7440 sayılı Kanun ile bazı amme alacaklarının yeniden yapılandırılması düzenlemesine ek olarak, Kanun'un 10. maddesine eklenen 27. fıkra hükmü ile bir Ek Vergi ihdas edilmiştir.

Anılan düzenleme kapsamında, kurumlar vergisi mükelleflerine 2022 yılına ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinde gösterilmek suretiyle, kurum

---

46 AYM, E. 2016/16, K. 2016/37, 05.05.2016.

47 BATI, s. 46.

48 ARIKAN, s. 350.

kazancından indirim konusu yapılan bazı istisna ve indirim tutarları ile KVK m. 32/A kapsamında indirimli kurumlar vergisine tabi matrahları üzerinden, dönem kazancı ile ilişkilendirilmeksizin %10 oranında (i), KVK m. 5/1-a kapsamında düzenlenen iştirak kazançları istisnası ile yurtdışından elde edilen ve en az %15 oranında (ii), vergi yükü taşıdığı tevsik edilen istisna kazançlar üzerinden %5 oranında (iii) uygulanmak üzere "*ek vergi*" yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan düzenleme, bu çalışmada hem verginin genelliği ve eşitliği hem de geriye yürüme açısından ele alınmıştır.

Anayasa m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak, Anayasa m. 73'te öngörülen verginin genelliği ilkesi uyarınca -*hukuksal eşitliği sağlar şekilde*- kişilerin temel haklarını etkileyen vergi yasalarının genel nitelikli olması; vergi ödeme yükümlülüğünün herkes bakımından geçerli olması gerekir. Bu kapsamda, vergi yükünün sadece belirli bireylere ve/veya kurumlara yöneltilmesi, verginin genelliği ilkesine aykırı olarak nitelendirilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, verginin genelliği ilkesi gereği vergi yükünün birtakım vergi mükellefleri aleyhine ağırlaştırılamayacağı; böyle bir durumun verginin eşit dağılımını ihlal edeceği ve adil olmayan sonuçlara yol açacağı belirtilmiştir. Mahkeme'nin belirli mükelleflere yönelik ihdas edilen vergi yasalarının ekonomik istikrar ve kamu borçlarının azaltılması amacıyla yapılmış olmasını da haklı neden testi bakımından yeterli görmemesi önem taşır. Bu anlayış doğrultusunda, 7440 sayılı Kanun ile sadece bazı mükelleflere getirilen ek verginin, verginin anayasal ilkelerinden eşitlik ve genellik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

Bir diğer ilke olan "*hukuki güvenlik ilkesi*", ek vergi bakımından "*geriye yürüme*" müessesesi bakımından değerlendirme yapılmasını gerekli kılar. Vergi kanunlarının geçmişe yürümesi, kural olarak anayasal ilkelere uygun görülmese de, Anayasa Mahkemesi'nin farklı gerekçelerle ihdas edilmiş vergiler bakımından farklı değerlendirmeler yaptığı da görülür. Bu çerçevede, bireylerin mülkiyet haklarına doğrudan müdahale eden vergi yasalarının ölçülü olması gerektiği; geçmişe yürüme bakımından ise sıradan bir gerekliliğin ötesinde zorlayıcılık unsurunun sağlanması gerektiği anlaşılır. Bu doğrultuda, 7440 sayılı Kanun ile acil finansman ihtiyacına yönelik salındığı düşünülen ek vergi bakımından, acil finansman ihtiyacı ile mükelleflerin mülkiyet hakları arasında adil bir denge gözetilerek titiz bir "*zorlayıcılık*" değerlendirmesi yürütülmesi gerektiğini savunmaktayız.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKDOĞAN Abdurrahman, "Ek veya Geçici Nitelikteki Vergi Uygulamalarından, Sürekliliği Olan Vergi Düzenlemeleri", **Yaklaşım Dergisi**, S. 12, Aralık 2000, ss. 27-32.

AKYAZAN Ahmet Emrah, "Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 80, 2009, ss. 1-30.

ALTAY Özcan, "Vergi Hukukunda Uzlaşmanın Vergide Eşitlik İlkesi Bağlamında Anayasa'ya Uygunluğu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 1, 2021, ss. 285-316.

ARIKAN Abdullah, **Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

BATI Murat, **Vergi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

ÇOLAK Mustafa, "Şirketlere Getirilen Ek Vergi Düzenlemesi ve 2022 Yılı Matrah Artırımı, Anayasal Bağlamda Analizi ve Öneriler", **E-Yaklaşım**, S. 364, Nisan 2023.

ER Selami: "Vergi Kanunlarının Geriye Yürümezliği İlkesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 43, 2015, ss. 133-141.

ERÇİN Cezmi, "Malî Kanunlarda Makable Şumül ve Müruru Zaman", **Adliye Ceridesi**, S. 18, ss. 1237-1238.

GEMALMAZ H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

GEMALMAZ H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında 'Adil Denge' İlkesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 649-673.

GÜNEŞ, Gülsen, "Anayasa Mahkemesinin Ekonomik Denge Vergisine İlişkin Bir Kararında 'Geriye Yürümezlik İlkesi' Yaklaşımına Eleştirisel Bakış", **Yaklaşım Dergisi**, S. 42, Haziran 1996, ss. 68-73.

GÜNEŞ Gülsen, "Yeni Binyıl Türkiyesi'nde Yer Almaması Gereken Vergi Kuralları", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, 39. Seri, 2001, ss. 71-87.

KANETİ, Selim / EKMEKCİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI, Mahmut, **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

ÖNCEL Mualla / KUMRULU Ahmet / ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

SABAN Nihal, **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

TEKBAŞ Abdullah, "Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi", **Maliye Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını**, Ankara, Yayın No: 396, 2009, ss. 41-71.

TOPSAKAL Metehan, **Türk Vergi Sisteminde Vergiyi Doğuran Olay**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2008.

UZER ÇENGELCİ Gökçen, Türkiye'de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme: Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

YALTI SOYDAN, Billur, **Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

Kanunlar ve Yargı Kararları

Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 12.03.2023, Sayı 32130.

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 02.01.2004, Sayı 25334 (Mükerrer).

Ekonomik Denge İçin Yeni Vergiler İhdası ve ... Kanunların Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 07.05.1994, Sayı 21927.

17.08.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G. 26.11.1999, Sayı 23888 (Mükerrer).

AYM, E. 1981/13, K. 1983/8, 28.04.1983.

AYM, E. 1989/6, K. 1989/42, 7.11.1989.

AYM, E. 2001/36, K. 2003/3, 16.01.2003.

AYM, E. 2006/95, K. 2009/144, 15.10.2009.

AYM, E. 2010/93, K. 2012/20, 09.02.2012.

AYM, E. 2016/16, K. 2016/37, 05.05.2016.

AYM, B. No: 2016/5824, 28.12.2021, *Burcu Reis* kararı.

AYM, B. No: 2019/39033, 28.06.2022.

ÖZEL HUKUK

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 495-522

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN VARSAYIMSAL VE RASTLANTISAL BİR KAZANÇ KAYBININ TAZMİN EDİLEBİLİR BİR ZARAR OLARAK DİKKATE ALINAMAYACAĞINA İLİŞKİN 01.09.2021 TARİHLİ VE 4A_606/2020 SAYILI KARARINA (BGE 147 III 463 vd.) ELEŞTİREL BİR BAKIŞ(*)

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI**(**)

Öz: İsviçre Federal Mahkemesi, Mahkeme'nin Resmî Karar Derlemesinde de yayımlanmasını uygun bulduğu (bu suretle de önemi kendiliğinden anlaşılabilecek) 01.09.2021 tarihli ve 4A_606/2020 sayılı kararında (ayrıca bkz. BGE 147 III 463 vd.), bir yatırım danışmanlığı ilişkisinde banka aracılığıyla yapılan borsa işlemleri özelinde değerlendirmelerde bulunmuş; özetle de banka tarafından müşterisinin bu yöndeki talimatına rağmen son tahlilde gerçekleştiril(e)meyen bir şirket hissesi alımı işleminde, müşterinin ilgili alımın yapılmaması sonucunda uğradığı kazanç kaybının, varsayımsal ve rastlantısal bir özellik göstermesi nedeniyle tazmin edilebilir bir zarar oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararda ulaşılan bu sonuçlar ve gerekçeleri eleştiriye matuftur. İşbu çalışmamızın amacı, ilgili kararın eleştirel bir bakış açısıyla ele alınarak, kararda ulaşılan temel sonuçların tartışmaya açılması ve yeniden değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Kazanç Kaybı, Zarar, Zarar Hesabında Soyut Yöntem, Uygun Nedensellik Bağı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 08.04.2023.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-6540-5872; *kapancib@mef.edu.tr*).

A CRITICAL OVERVIEW OF THE SWISS FEDERAL COURT'S AWARD DATED 01.09.2021 AND NUMBERED 4A_606/2020 (BGE 147 III 463 et seq.) ASSERTING THAT A HYPOTHETICAL AND ALEATORY LOSS OF PROFIT CANNOT BE CONSIDERED AS A DAMAGE TO BE COMPENSATED

Abstract: The Swiss Federal Court made some evaluations regarding the damage (suffered by a customer) occurred in the conduct of the stock exchange transactions by a bank, within the framework of an investment management relationship, in its award dated 01.09.2021 and numbered 4A_606/2020 (also see BGE 147 III 463 et seq.). This decision was also found worthy to be published in the Official Compilation of Judgments by the court, which directly remarks its importance. In the said award, the Federal Court mainly concluded through its reasoning that the loss of profit suffered by the customer as a result of the bank's failure to make the relevant share purchase in the stock exchange, despite the customer's clear instructions in the said direction, did not constitute a damage to be compensated due to its hypothetical and random (aleatory) nature. However, whether the court's behavior in its earlier jurisprudence regarding the related issues is considered, these conclusions (along with their justifications expressed) are subject to a strong criticism. Accordingly, the purpose of this article is to discuss and evaluate the appropriateness of the conclusions reached in the said award from a critical perspective.

Keywords: Loss of Profit, Damage, Abstract Method in Damage Calculation, Adequate Causal Link.

GİRİŞ

İsviçre Federal Mahkemesi (*Tribunal fédéral suisse / Schweizerisches Bundesgericht*), Mahkeme'nin Resmî Karar Derlemesi'nde (*Recueil officiel / amtliche Sammlung*) de yayımlanmasını uygun bulduğu 01.09.2021 tarihli ve 4A_606/2020 sayılı kararında (ayrıca bkz. BGE 147 III 463 vd.)[1], banka

[1] Her iki versiyon (asıl karar metni ve Resmî Derleme içinde yayımlanan versiyonu) için de bkz. www.bger.ch (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

Kararın Fransızca kısa özeti için bkz. NUSSBAUMER Arnaud, "Le gain hypothétique en matière d'opérations boursières", **LawInside,** 12 novembre 2021, https://www.lawinside.ch/1109/ (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023); HIRSCH Célian, "Fluctuation de la bourse et gain hypothétique", **Centre de droit bancaire et financier,** 01 octobre 2021, https://cdbf.ch/1198/

aracılığıyla yapılan borsa işlemleri özelinde değerlendirmelerde bulunulmuş, bir banka tarafından müşterisinin bu yöndeki talimatına rağmen son tahlilde gerçekleştiril(e)meyen bir şirket hissesi alımı işleminde, müşterinin ilgili alımın yapılmaması sonucunda uğradığı kazanç kaybının, varsayımsal ve rastlantısal (*hypothétique et aléatoire / hypotetisch und zufällig*) bir özellik göstermesi nedeniyle tazmin edilebilir bir zarar oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu kararda ulaşılan sonuçlar, Federal Mahkeme'nin daha önceki benzer kararlarında benimsenen tavırlarla tam bir uyum göstermemekte, belirli noktalardan eleştiriye matuf bulunmaktadır. Nitekim İsviçre öğretisinde de karar farklı yönlerden eleştiri konusu edilmiştir[2].

Yine bu kararın ve içeriğinde ulaşılan sonuçların eleştirel bir bakış açısıyla ele alınması, Türk Hukuku'nu da doğrudan ilgilendirebilecek açıklamaların verilmesi bakımından anlamlıdır.

İşbu çalışmamızın amacı, ilgili kararın eleştirel bir bakış açısıyla ele alınarak, kararda ulaşılan temel sonuçların değerlendirilmesidir. İlgili çerçevede öncelikle dava konusu olayın özetine ve davanın Cenevre Kanton Mahkemeleri önündeki seyrine **(I)** yer verilecek, akabinde Federal Mahkeme'nin bu olay karşısında ulaştığı temel sonuçlar ve bunların gerekçeleri açıklanacak **(II)**, son olarak da genel olarak kararın ve varılan sonuçların yerindeliği çeşitli açılardan değerlendirmeye tabi tutulacaktır **(III)**.

(Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023); VILLA Marco / LE FORT Julien, "Opération boursière manquée, dommage!", **allnews - La finance suisse dans l'e-media,** 4 oct 2021, https://www.allnews.ch/content/réglementation/opération-boursière-manquée-dommage (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

Kararın Almanca kısa özeti için bkz. AGGTELEKY Tobias, "Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_606/2020 vom 1. September 2021 (zur Publikation vorgesehen), A.A., A.B., A.C und A.D gegen B., Vorliegen eines Schadens in form von entgangenem Gewinn (Abweisung Klage)", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP),** s. 166-172, s. 166-167; KUYUMCUOĞLU Ayça / GALLI Dario / VISCHER Markus, "Schadensberechnung bei Schlechterfüllung eines Börsenauftrags", Red. Cristoph BRUNNER, **dRSK,** Editions Weblaw, 7. September 2022, N. 1-16, N. 1-8.

Kararın İngilizce kısa özeti için bkz. BRACHER Nicolas / STEUDLER Meltem, "Chapter 6 - Switzerland", **The Banking Litigation Law Review,** 6. Ed., The Law Reviews, London, 2022, s. 66-75, s. 68.

2 Bu bağlamda bkz. AGGTELEKY, 167 vd.; KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 9 vd.; NUSSBAUMER; HIRSCH; VILLA/LE FORT; BRACHER/STEUDLER, s. 68. Nitekim işbu çalışmamızda da ilgili karar inceleme ve eleştirileri arasında, özellikle AGGTELEKY tarafından ileri sürülen isabetli düşünce ve görüşlerden yoğun olarak esin alındığını ve etkilenildiğini en baştan söylemek gerekir.

I. DAVA KONUSU OLAYIN ÖZETİ VE DAVANIN CENEVRE KANTON MAHKEMELERİ ÖNÜNDEKİ SEYRİ

Banka müşterisi (AX) ve eşi (AC), 1 Mart 2012 tarihinde (B) Bankası'nda müşterek bir hesap (*Compte joint / Gemeinschaftskonto*) açarlar ve bankayla bir yatırım danışmanlığı sözleşmesi *(Contrat de gestion d'investissements / Anlageverwaltungsvertrag)* akdederler. Akabinde ise, halka arzı gerçekleştirilecek (X) Şirketi'nin[3] hisselerinden, bu süreç dahilinde, 25.000 adet edinmek isteyen (AX), (B) Bankası'na, beher hisse için alış bedeli 25 ABD doları olmak üzere, banka tarafından kendi hesabına yapılacak bir hisse alış talimatını iletir. 6 Kasım 2013 tarihinde de, (B) Bankası'nın (Z) şehrindeki şubesi, valör tarihi[4] 11 Kasım 2013 olmak üzere, 25 ABD doları birim alış bedeliyle ilgili hisse alış işleminin gerçekleştirilebileceği yönündeki işlem onayını (AX)'e iletir[5].

(X) Şirketi'nin halka arzı, New York'da, 7 Kasım 2013'te gün sonunda 26 ABD doları sabit birim satış bedeli üzerinden gerçekleştirilir. 11 Kasım 2013 tarihine gelindiğinde, (B) Bankası, (AX)'e 6 Kasım 2013'te verilen işlem onayının hatalı olduğunu, son durumda da (X) Şirketi'nin hisselerini (AX) hesabına edinemediğini açıklar. Bu arada 11 Kasım 2013 tarihinde (X) Şirketi hisselerinin birim piyasa değeri 42,90 ABD dolarına yükselmiştir[6].

12 Kasım 2013'te ise (AX), (B) Bankası'yla tekrar iletişime geçerek, bankadan, hesabına edinilen (X) Şirketi hisse senetlerinin (25.000 adet) yanı sıra, 25 ABD doları birim alış bedeliyle gerçekleştirilmesi istenen hisse alış işleminin ifasını ve söz konusu şirket hisseleri üzerinde hak sahibi olduğunu gösterir her türlü belgenin kendisine aktarılmasını talep eder. Bunu takiben, (AX) ve (B) Bankası arasındaki karşılıklı etkileşim/iletişim bir süre daha devam eder. Özel olarak, 13 Şubat 2014 tarihinde (B) Bankası, (X) Şirketi'nin halka arz edildiği tarihte, hisselerin edinilmesi için (AX)'in talimatını takiben usulüne uygun biçimde harekete geçildiğini ancak aynı gün talebin arzı 30 kat geçtiği, bu nedenle de hisse ediniminde bulunamadığını açıkla-

---

3 Kararla ilgili olarak İsviçre öğretisinde yapılan yorum ve incelemeler dahilinde, bu şirketin *Twitter* olduğunun belirtildiği görülmektedir. Bkz. NUSSBAUMER; HIRSCH; VILLA/LE FORT; KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 1 dn. 1.

4 Valör (*valeur*) tarihi, bankalar için mevduat ve kredi hesaplarında faizin işlemeye başladığı ilk gündür. Bu konuda özellikle bkz. https://www.isbank.com.tr/blog/valor-nedir-nasil-hesaplanir (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

5 Bkz. *Faits* (Olay) para. A.a.

6 Bkz. *Faits* (Olay) para. A.b.

mıştır. Nihayetinde 31 Mart 2014 tarihinde de (AX), (B) Bankası nezdindeki hesabını kapatır[7].

17 Nisan 2014'te zorunlu uzlaşma talebiyle *(Conciliation / Schlichtung)*[8] Cenevre'deki ilk derece mahkemesine (*Tribunal de première instance du canton de Genève)* başvuran (AX), (B) Bankası'ndan i- asli olarak 625.000 ABD doları karşılığında 25.000 adet (X) Şirketi hissesinin kendisine devredilmesini, bunun yanı sıra ii- ek (yan talep) olarak da 447.500 ABD dolarının 11 Kasım 2012 tarihinden itibaren işleyecek yıllık %5 faiziyle kendisine ödenmesini talep eder. (AX), talebini bu yönde şekillendirmesini şu gerekçeye dayandırmaktadır: (AX)'in söz konusu durumu öğrendiği 11 Kasım 2012 tarihinde 25.000 adet (X) Şirketi hissesi edinebilmesi için hisse alış bedeli olarak toplamda 1.072.500 ABD doları (42,90 ABD doları * 25.000 adet hisse) harcamada bulunması gerekmektedir, bu da onun 447.500 ABD doları (1.072.500 - 625.000 ABD doları) ek zarara uğradığını ortaya koyar. Uzlaşma sürecinin başarıya ulaşmaması neticesinde, 8 Ekim 2014 tarihinde konu karara bağlanmak üzere, ilk derece mahkemesinin önüne gelir. (B) Bankası, davaya cevabında davanın reddini istemektedir. Bu arada (AX), 30 Eylül 2015 tarihinde vefat eder[9].

İlgili gelişme üzerine bir süre askıya alınan dava süreci, takiben (AX)'in mirasçıları (eşi, iki oğlu ve kızı) tarafından devam ettirilmiştir. 29 Ocak 2016'da, davacı konumundaki mirasçılar, (AX)'in asli talebini (625.000 ABD doları karşılığında 25.000 adet (X) Şirketi hissesinin devri) geri almış ve ek (yan) talebini (447.500 ABD Doları ve bunun yanı sıra 11 Kasım 2012 tarihinden itibaren işleyecek yıllık %5 faiz) asli talep haline getirmişlerdir. Bu arada, ilk derece mahkemesi, 7 Mart 2017 tarihli ara kararıyla, dava sürecindeki incelemesini salt olarak zarar konusuna indirgemiş, akabinde de 1 Haziran 2017 tarihli kararıyla davayı (zararın karşılanması talebini) reddetmiştir. Mahkeme kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: Davacı konumundaki mirasçılar, hiçbir suretle (AX)'in 11 Kasım 2013 tarihinde (veya başka herhangi bir tarihte) ilgili hisseleri (tekrar) satmak yönünde bir iradesinin bulunduğunu ileri sürmemiş veya ortaya koyamamışlardır. Tersine olayın gelişim sürecinden anlaşılan, (AX)'in vefatından önce (açtığı ve devam et-

---

7 Bkz. *Faits* (Olay) para. A.c.

8 Bu usul hukuku kurumuyla ilgili olarak genel bilgi için özellikle bkz. DIRENİSA Efe, "İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD),** 2021, 3(2), s. 51-74, s. 51 vd.

9 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.a.

tirdiği dava sürecinde) hisselerin kendisine devrinin sağlanmasını istediği, bu anlamda da onun ilgili tarihte herhangi bir (tekrar) satış iradesinin bulunmadığıdır. Bu yönüyle, davacı konumundaki mirasçılar, (tazminini talep ettikleri) zararı ispat edememişlerdir. Ayrıca mahkemece tespit edilebildiği kadarıyla, zararın varlığının kabul edildiği bir olasılıkta dahi, söz konusu hisselerin birim değerlerinin 2015 yılında birçok kez, (AX)'in bankanın bilgilendirmesi dahilinde farkına varabileceği biçimde, 25 ABD doların altına düşmüştür. Dolayısıyla müteveffa ilgili hisselerin daha elverişli biçimde edinimini sağlanabilecekken bunu yapmamış ve bu suretle de zararını azaltma külfetini ihlal etmiştir[10].

Davacı konumundaki (AX)'in mirasçıları, ilk derece mahkemesinin kararı üzerine tekrar harekete geçerek -yine Cenevre'deki- ikinci derece mahkemesine *(Cour de justice du canton de Genève)* başvuru yapmışlar; bu mahkeme ise, ilk derece mahkemesinin davayı red kararını uygun bulmuş ve onaylamıştır[11].

Bu gelişme üzerine de davacı konumundaki mirasçılar Federal Mahkeme'ye başvuruda bulunmuşlardır.

II. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN KARARINDA YAPTIĞI TESPİTLER VE ULAŞTIĞI SONUÇLAR

Federal Mahkeme, dava konusu ile ilgili olarak yaptığı incelemede[12] şu tespitleri yapmış ve izleyen sonuçlara ulaşmıştır:

- (AX) ve (B) Bankası arasında, bankanın müşterinin vereceği tekil yatırım talimatlarını yerine getirmekle yükümlü olduğu bir yatırım danışmanlığı sözleşmesi *(Contrat de conseil de placement / Anlageberatungsvertrag)* ilişkisi kurulmuştur. Söz konusu ilişki, vekâlet sözleşmesi hükümlerine (Art. 398 *Code des obligations (suisse)* ("CO") / (*schweizerisches) Obligationenrecht* ("OR") ff. / 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[13] ("TBK") m. 502 vd.) tabidir[14].

---

10 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.b. ve B.c.

11 Bkz. *Faits* (Olay) para. C.

12 Federal Mahkeme'nin kararında usuli açıdan da çeşitli değerlendirmelerde bulunulmuş, çalışma içeriğinde ise bunlara (inceleme konusuyla doğrudan bağlantılı olmadığı için) doğrudan yer verilmemiştir. Nitekim kararın Resmî Derleme'de yayımlanan versiyonunda da bu paragraflar kapsam dışı bırakılmıştır. Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 1-3.

13 Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

- Vekâlet sözleşmesi tahtında vekil konumundaki bankanın borca aykırılıktan sorumluluğu için dört temel unsurun varlığı aranır (Bkz. Art. 97 CO/OR/TBK m. 112): i- Borca aykırı fiil, ii- zarar, iii- (uygun) nedensellik bağı, iv- borçlunun kusuru. Bu unsurların gerek somutlaştırılması gerekse de ispatı, talepte bulunana yüklenmiştir (Bkz. Art. 8 Code civil ("CC") / *(schweizerisches) Zivilrechtsgesetzbuch* ("ZGB") / 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[15] ("TMK") m. 6)[16].

- Zarar *(Dommage / Schaden)* unsuru, genel olarak zarar görenin net malvarlığındaki istem dışı azalma olarak tanımlanabilir. Zararın hesaplanmasında temel olarak, malvarlığının mevcut durumuyla *(Etat actuel / Ist-Zustand),* zarar verici olay hiç yaşanmadığı olasılıktaki durumu *(Etat hypothétique / Soll-Zustand)* arasındaki fark dikkate alınır. Zarar, malvarlığının aktifindeki bir azalma veya pasifindeki bir artış şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; aktifteki bir artış veya yine pasifteki bir azalma olasılığının gerçekleşmemesi de aynı kapsamda zarar olarak değerlendirmeye alınır. Zararın, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir kazancın elde edilme olasılığının ortadan kalkması olarak ortaya çıktığı kurgularda, "kazanç/kâr kaybı" *(Lucrum cessans / Gain manqué / entgangener Gewinn)* türünden bir zararla karşılaşılır. Böyle bir zarar, aktifteki tekil bir kalemdeki artışın veya yine pasifteki tekil bir kalemdeki azalmanın gerçekleşmemesi tarzında söz konusu olacaktır[17].

- Uygulamada, zararın tespitinde genel olarak fark teorisi *(Théorie de la différence / Differenztheorie, Differenzhypothese)*[18] kapsamında malvar-

---

[14] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.1.

[15] Resmî Gazete Sayı: 24607, Tarih: 8 Aralık 2001.

[16] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.1.

[17] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.2.1.

[18] Bu teoriyle ilgili genel olarak bkz. BREHM Roland, **Die Entsehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar,** 5. Aufl., Stämpfli, Bern, 2021, Art. 41 OR, N. 70b; WERRO Franz, **La responsabilité civile,** 2. Ed., Stämpfli, Bern, 2011, N. 42 vd.; SCHWENZER Ingeborg / FOUNTOULAKIS Christiana, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 8. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020, N. 14.03; REY Heinz / WILDHABER Isabelle, **Ausservertragliches Haftpflichtsrecht,** 5. Aufl., Schulthess, Zürich, 2018, N. 163 vd.; SINGER Mathieu, "Le calcul du dommage de l'art. 97 CO: un point sur les controverses théoriques et les incertitudes pratiques", **Quid? Fribourg Law Review (QFLR),** 2/17, s. 6-9, s. 7; HAVUTÇU Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini,** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları N. 60, İzmir, 1995, s. 79 vd.; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, N. 1628.

lığının tamamı üzerinden bir değerlendirme yapılabileceği gibi, bazı durumlarda özel olarak doğrudan salt artış göstermeyecek olan tekil aktif kalemi veya azalma göstermeyecek tekil pasif kaleminin de dikkate alınabilmesi aynı şekilde imkân dahilindedir. Banka tarafından gerçekleştirilen borsa işlemleri özelinde de tazmin edilmesi gereken zarar, salt ilgili işlem dahilinde uğranan kayıp dikkate alınarak hesaplanabilir[19].

- Bu bağlamda müşterinin üzerinde hak sahibi olduğu hisselerin satışında, işlemin belirli bir tarihte gerçekleştirilmesi gerekirken gerçekleşmemesi durumu söz konusu olmuşsa, bankanın bu noktada bir borca aykırı davranışı bulunduğunda, oluşan (fiili) zarar, müşteri tarafından talimatın verilip de işlemin gerçekleştirilmediği an esas alınarak hesap edilmelidir. Yine müşteri tarafından belirli bir tarihte hisse alışı için talimat verilmiş ancak bu talimat bankanın borca aykırı bir davranışı nedeniyle yerine getirilmemişse, zarar malvarlığında gerçekleşmesi gereken bir artışın gerçekleşmemesinden ileri gelen bir kazanç kaybı olacaktır[20].
- Zararını belirli bir kesinlikle ispat etme yükü, müşterinin üzerindedir (Bkz. Art.99 al./Abs.3 CO/OR göndermesiyle Art.42 al./Abs.1 CO/OR / TBK m.114 f.2 göndermesiyle TBK m. 50 f.1). Burada Art.42 al./Abs.2 / TBK m.51 f.2'deki ispat kolaylığı (hâkimin zararı hakkaniyete uygun olarak belirlemesi) devreye sokulamaz. Ne de olsa borsada işlem gören hisselerin alışı veya satışı için verilen talimatın yerine getirilmediği kurgularda, bu hisselerin belirli bir tarihteki değerleri tam bir kesinlikle ortaya koyulabilir. İlgili düzenleme sadece zararın miktarının objektif ve kesin olarak tespitinde ciddi zorluklarla karşılaşıldığında devreye girebilecektir[21].
- Taraflarca getirilme ilkesinin uygulama alanı bulduğu yargılamalarda, davayla ilgili maddi vakıların ortaya koyulması (iddia) ve ispatına ilişkin yük taraflar üzerindedir[22].
- Somut olayda, davacılar 25.000 adet (X) Şirketi hissesinin halka arz sırasında hisse alış işlemi üzerinden edinimi için söz konusu olan satış bedeli ile (AX)'in bu hisseleri daha sonra 11 Kasım 2013'te, yani (B)

---

19 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.2.1.

20 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.2.2.

21 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.2.3.

22 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.2.3.

Bankası'nın 7 Kasım 2013'te ilgili talimatı yerine getirmeyip hisse alış işlemi gerçekleştirmediğini öğrendiği anda, yaptığı hisse alış işlemindeki satış bedeli arasındaki farkı uğradıkları zarar miktarı olarak ileri sürmemektedirler. Davacıların uğradıklarını ileri sürdükleri zarar miktarı salt olarak bir varsayıma dayanmaktadır *(le prétendu dommage repose sur une pure suppostion / der angebliche Schaden beruht auf einer reinen Vermutung)*. Esasen zarar verici olayın meydana geldiği anda, yani 7 Kasım 2013'te, hisselerin gelecek değerinin akıbeti şansa bağlı ve rastlantısaldır *(aléatoire / zufällig)*: hisse değeri yükselebileceği gibi tam tersine düşebilir. (AX), 11 Kasım 2013'te durumu öğrenmeden önce (daha önce edinilmesi lazım gelen) hisselerin (tekrar) satışı için bankaya herhangi bir talimatta da bulunmamıştır. Sonuç olarak somut durumda ne (AX) ne de akabinde mirasçıları tarafından ilgili durumdan ötürü kesin olarak bir zarara uğranıldığı ispat edilememiştir. Varsayımsal ve rastlantısal bir kazanç kaybı tazmin edilebilir bir zarar olarak dikkate alınamaz. (AX) hisselerin (tekrar) satışı noktasında herhangi bir risk almadığına göre, sorumluluk da bankaya yüklenemez[23].

III. DEĞERLENDİRME

1. Genel Bakış ve İlk Tespitler

Federal Mahkeme'nin inceleme konumuzu oluşturan kararıyla ilgili olarak ilk bakışta şunlar söylenmelidir:

- Federal Mahkeme'nin banka müşterisinin zararını ortaya koyabilmesi ve ispat edebilmesi bakımından aradığı gereklilikleri ortaya koyması açısından önem arz etmektedir. Görülen odur ki, Federal Mahkeme'nin bu konuda belirlediği yüksek standartlar karşısında banka müşterisinin işi oldukça zordur[24,25].
- Federal Mahkeme, (bu) kararını verirken öğretiye (bilimsel görüşlere) ve kendi yerleşik içtihatlarına hiçbir suretle atıfta bulunmamıştır. Bu ciddi anlamda bir eksiklik meydana getirmektedir. Öyle ki *"varsayımsal ve rastlantısal"* bir kazanç kaybının" tazmin edilebilir bir zarar olarak

---

23 Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3.

24 Aynı yönde bkz. AGGTELEKY, s. 167; BRACHER/STEUDLER, s. 68.

25 Somut olasılık özelinde, HIRSCH'e göre her durumda banka ile kurulan ilişkiler dahilinde, hisse alış talimatında bulunan bir müşteriye verilmesi gereken anlamlı tavsiye, bankaya mutlaka bunları satacağına ilişkin bir bilgilendirmede bulunması yönünde olacaktır.

kaybı olarak kabulü noktasında Federal Mahkeme herhangi bir referans gösterimi yoktur. Bu tavır, öğretide farklı yazarlarca dile getirildiği üzere, ciddi anlamda eleştiriye matuftur[26]. Ayrıca aşağıda **(III, 3 ve 4)** altında açıklayacağımız üzere, kararda ulaşılan sonuçlar, Federal Mahkeme'nin önceki yerleşik içtihatları ve konu özelinde kullanılan temel değerlendirme kıstaslarıyla uyumsuzluklar içermektedir.

Bu arada yine en başta, Federal Mahkeme kararı özelinde ileri sürülen fikir ve gerekçelerin yerindeliği ile ilgili değerlendirmelere geçmezden evvel, -*en passant*- şu hususa da özellikle değinilmelidir: Yukarıda **(I)** altındaki açıklamalarımız dahilinde iletttiğimiz üzere, dava konusunu inceleyen ilk derece mahkemesi, kararında, durum böyle olmamakla birlikte ortada tazmin edilebilir bir zararın bulunduğunun kabul edildiği olasılıkta dahi, davacının sonradan -2015 yılında- ilgili hisselerin birim piyasa değerinin 25 ABD dolarının altına düştüğünde bunlardan edinmeyerek, zararını azaltma külfetini yerine getirmediğini belirtmiştir[27]. Daha sonra verilen ikinci derece mahkemesi ve Federal Mahkeme kararlarında tekrar yer verilmeyen bu gerekçenin içerdiği düşünce, esasen genel ve teorik anlamda tutarlılık ve isabet arz etse de, ilgili düşüncenin somut duruma tatbikinde pratik açıdan çeşitli soru işaretlerini bünyesinde barındırmaktadır. Öyle ki, somut durumda ortada bir borsa işlemi söz konusudur. İşte böyle bir işlem çerçevesindeki zarar verici olayın gerçekleşme anından (yani 7 Kasım 2013'ten) yaklaşık 2 yıl sonraki zaman diliminde (yani 2015 yılı içinde) piyasa şartlarında söz konusu olabilecek olası farklılıklar, anılan kazanç kaybının giderilmesinde, ilgili tarihlerde gerçekleştirilecek hisse ediniminin (ki bu hisselerin *Twitter* hisseleri olduğu da düşünüldüğünde) ne denli bir etkinliği haiz olacağı noktasında kuşku uyandırmaktadır[28].

Diğer taraftan, belki biraz spekülatif mahiyette olmakla birlikte, kararın aktarılan yönde şekillenmesinde, *Twitter* hisselerinin piyasa değerindeki değişimler de etkili olmuş olabilir. Öyle ki, davacıların asli taleplerinden (hisselerin bedeli karşılığında devri) vazgeçtikleri tarihte, Twitter hisselerinin değeri 17 ABD dolarının altına düşmüş, daha sonra ise 67 ABD dolarının üzerinde seyir aldığı dönemler olmuştur[29].

---

26 KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 13; AGGTELEKY, s. 167.

27 Bkz. *Faits* (Olay) para. B.c.

28 Bu son konuda özellikle bkz. VILLA/LE FORT.

29 Bu yöndeki düşüncesi için bkz. HIRSCH.

2. Ön sorun: *Banka ve Müşteri Arasındaki Sözleşmesel İlişkinin Hukuken Nitelendirilmesi ve Buna Bağlı Olarak (Doğrudan ve Kendiliğinden) Gündeme Gelebilecek Sonuç Farklılıkları*

Federal Mahkeme'nin kararındaki ilk tespiti, somut durumda banka ve müşteri arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı (dolayısıyla bir başka deyişle ilişkinin vekâlet hukukuna tabi olacağı) noktasındadır[30]. Bununla birlikte bu tespitin yerindeliğine de kuşkuyla bakılmalıdır.

Şöyle ki, söz konusu olan borsa işlemlerine (hisse alış-satışı) ilişkin banka-müşteri arasındaki ilişkiler olduğunda olduğunda, bankadan yapılması istenen işlemin birincil piyasada mı yoksa ikincil piyasada mı gerçekleştirildiği yapılacak nitelendirmede önemi haizdir[31]. Somut olayda, banka müşteri hesabına halka arz esnasında hisse ediniminde bulunacağından birincil piyasada işlem yapılmaktadır[32].

Hukuki nitelendirmedeki temel zemini oluşturması bakımından, önemine binaen kısaca değinilecek olursa, ***birincil piyasadan (Marché primaire / Primärmarkt)*** kasıt, menkul kıymet değerlerinin ilk kez çıkarılışlarında (emisyonunda) söz konusu olan piyasadır. Bu piyasa türünde, fon ihtiyacı duyan şirketler (veya devlet kuruluşları) çıkardıkları menkul kıymetleri tasarruf sahiplerine satmaktadırlar. İlk bakışta, kavramsal olarak bu türden piyasalarda ilgili şirketlerin doğrudan tasarruf sahipleriyle etkileşim içinde oldukları düşünülebilir. Ne var ki ilgili piyasa türünde de, çıkarılan menkul kıymetlerin tasarruf sahipleri ile buluşturulmasında bankalar gibi aracılar yine -çok sayıdaki farklı menkul kıymetin yine çok sayıdaki farklı tasarruf sahibine aktarılmasındaki yüksek işlem hacmi de gözetildiğinde, kaçınılmaz olarak- önemli rol oynamaktadırlar. ***İkincil piyasayla (Marché secondaire / Sekundärmarkt)*** ise, bir kez çıkarılmış olan menkul kıymetlerin ikinci elden alınıp satıldığı piyasalar kastedilir. Bu piyasa çatısı altında da, serbest piyasa ve menkul kıymetler borsaları yer alır[33].

---

30 KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 9.

31 AGGTELEKY, s. 167-168.

32 AGGTELEKY, s. 168.

33 Bu konuda ayrıca ve özellikle bkz. KRAMER Stefan / ZOBL Dieter, **Schweizerisches Kapitalmarktrecht,** Schulthess, Zürich, 2004, s. 6; DEMİREL Muhsin, **Sermaye Piyasasının Hukuki Yapısı,** Uzmanlık Tezi, Koordinasyon Başkanlığı Mali ve Hukuki Tedbirler Dairesi, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara, 1984, s. 11 vd.

Bankanın müşterisi için, onun hesabına ve kendi adına hareket ederek ikincil piyasalarda üçüncü kişilerle hisse alış veya satışı işlemleri gerçekleştirmeyi yükümlendiği kurgularda banka-müşteri arasındaki ilişki rahatlıkla bir komisyonculuk sözleşmesi (bkz. Art. 425 ff. CO/OR / TBK m. 532 vd.) olarak nitelendirilebilir. Böyle bir durumda, komisyoncu konumundaki bankanın vekâlet veren konumundaki müşteri karşısında, bu sözleşme tahtındaki borca aykırılığından ötürü sorumluluğu bakımından vekâlet sözleşmesi hükümleri Art. 425 al./Abs. 2 CO/OR'nin (TBK m.532 f.2) açık atfıyla uygulama alanı bulur[34].

Bankanın ikincil piyasada müşteri hesabına hareket ederken doğrudan kendisiyle işlem yaptığı (Se porter soi-même acheteur/vendeur / Selbsteintritt) kurgularda[35] *ise, yukarıdaki nitelendirme farklılaşır. Bu durumda Art. 436 al./Abs. 3 OR/CO (TBK m. 543 f.3) uyarınca banka ve müşteri arasında satış hukukuna tabi bir sözleşme bulunur*[36].

Somut olayda ise, yukarıda belirtildiği üzere, bankanın müşteri hesabına gerçekleştirdiği işlem, birincil piyasa üzerindedir. Bu durumda daha yakından bakıldığında, banka hisseleri öncelikle kendisi çıkarandan satın almakta, akabinde ise kendisi satıcı olarak müşteriye kendi uhdesindeki hisseleri satmaktadır. Bu yönüyle bankanın komisyoncu olarak esasen kendisiyle işlem yaptığı bir kurguda bulunulduğu ve Art. 436 al./Abs. 3 OR/CO (TBK m. 543 f.3) uyarınca banka ve müşteri arasında ilişkinin satış hukukuna tabi tutulması gerektiği ifade edilmelidir. Yani bu son kurguda, ki somut olayda da ilgili kurgunun varlığı asıldır, oluşan sorunun çözümlemesi, anılan hukuki nitelendirme dahilinde satış hukukuna göre yapılmalıdır[37].

Banka-müşteri arasındaki ilişkinin bu şekilde satış sözleşmesi olarak değerlendirilmesi, eldeki hukuki sorunun çözümünde ciddi kolaylık sağlayan bir maniveladan istifade ettirecektir. Bu manivela, zararın soyut olarak hesaplanmasına *(Calcul abstrait du dommage / abstrakte Schadensberechnung)* izin veren Art. 191 al./Abs. 3 CO/OR (TBK m. 213 f.3) düzenlemesi-

---

34 KRAMER/ZOBL, s. 453-454; AGGTELEKY, s. 167.

35 Bu konuda (yani komisyoncunun kendisiyle işlem yapmasına bağlanan sonuçlar hakkında) ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. SEÇER, s. 254 vd.

36 KRAMER/ZOBL, s. 459; AGGTELEKY, s. 168.

37 Bu yönde bkz. AGGTELEKY, s. 168. Bu (son) konuda genel olarak ayrıca bkz. EGGEN Mirjam, "Finanzprodukte - Auftrag oder Kauf?", **Schweizerisches Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW),** 2011, s. 625-638, s. 628.

dir. İlgili düzenleme, İsviçre Hukuku'nda (keza 818 Sayılı Borçlar Kanunu ("eBK") dönemindeki Türk Hukuku'nda da) temelde ticari satışlara[38] yönelik olarak sınırlı bir getiriyi haiz olsa da, uygulamada bu düzenlemeden kıyasen adi satışlar özelinde de fayda sağlanabileceği kabul edilmektedir[39].

> *Günümüzdeki Türk Hukukuna bakıldığında ise, 2012 yılındaki TBK reformunda içeriği yeniden kurgulanan TBK m. 213 düzenlemesinin, mehaz düzenlemeden daha farklı olarak, adi/ticari satış farkı gözetilmeksizin genel çerçevede uygulama alanı bulacağına dikkat çekilmelidir*[40].

Art. 191 al./Abs. 3 CO/OR (TBK m. 213 f.3) hükmüne genel olarak bakıldığında, bu hükmün, borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan satış konularını konu alan ticari satışlarda, i- alıcının satıcının ifada bulunmaması üzerine tekrar (ikame) bir alış *(Achat (hypothétique) de couverture / (hypothetischer) Deckungskauf)* yapacağı ve ii- aldığı satış konusunu da tekrar satacağı temel kabulleri üzerine şekillendirildiği söylenebilir. Düzenleme, fark kuramının özel bir uygulama halini teşkil eder[41]. Bu çerçevede, alıcının

---

[38] Art. 190-191 CO/OR / TBK m. 212-213 altında, "*ticari satış*"la tam olarak neyin kastedildiği tartışma konusu edilmiştir. Bugün İsviçre-Türk Hukuku öğretilerindeki bu konuda serdedilen ağırlıklı görüş, ticari satıştan anlaşılması gerekenin alıcının satış konusunu tekrar satma amacıyla aldığı ve bunun satıcı tarafından bilindiği ya da en azından bilinebilir olduğu yönündedir. Bu konuda yapılan tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için ayrıca bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I,** 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 43 vd.; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1,** 6. (Tıpkı) Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 131 vd.; EREN N. 208; YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 100.

[39] İsviçre Hukukunda bkz. GIGER Hans, **Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Kauf und Tausch - Die Schenkung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Nr. 2/1/1,** 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 1980, Art. 191 OR, N. 43; VENTURI Silvio, "Art. 184-215 CO", **Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire,** Eds. Luc THEVENOZ, Franz WERRO, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2003, Art. 191 CO, N. 3.

818 Sayılı eBK dönemindeki Türk Hukuku özelinde de bkz. TANDOĞAN, s. 144; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Yayına hazırlayanlar: Rona SEROZAN, Başak BAYSAL, Kerem Cem SANLI, 4. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, N. 601.

[40] NOMER Halûk Nami / ENGİN Baki İlkay **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Giriş, Madde 207-216, 245,** 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, TBK m. 213, N. 7; SEROZAN, N. 601; GÜMÜŞ, **Özel Hükümler,** s. 49.

[41] KOLLER Alfred, "Art. 184-191 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-529 OR,** Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art. 191 OR, N. 3; VENTURI, **ComRom.,** Art. 191 CO, N. 2; KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, "OR 191", **OR Kommentar, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** 3. Aufl. Hrsg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Stephan WOLF, Marc

ilk kurduğu satış sözleşmesindeki satış bedeli ile satış konusu malın bu sözleşmede belirlenen ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki fark (varsayımsal bir ikame alış yapılmışçasına[42]), somut olarak başka bir ikame alış işlemi yapılmasına gerek olmaksızın alıcının zararı olarak dikkate alınabilecek ve tazmini talep edilebilecektir[43]. Doğrudan anılan farkın dikkate alınması, uğranılan olası kazanç kaybının kolaylaştırılmış şekilde bulunmasını sağlamaktadır[44]. Bu şekilde de alıcı gerçek zararını ispat zorluğundan kurtarılmakta ve ilgili uğurda söz konusu olabilecek zaman kaybına karşı da korunmaktadır[45].

Zararın bu şekilde soyut hesaplanmasında, Art. 190 CO/OR (TBK m. 212) de gözetilerek ifa yeri ve günündeki borsa veya piyasa fiyatı esas alınmaktadır. Ne de olsa ilgili madde (Art. 190 CO/OR / TBK m. 212) tahtındaki ticari satışlarda, taraflarca belirlenen vade kendiliğinden kesin vade özelliği gösterir, vadeye ilişkin sürenin dolmasıyla da alıcı aynen ifaya yönelik talebinden vazgeçmiş sayılır[46]*. Eğer ortada Art. 190 CO/OR / TBK m. 212 kapsamında değerlendirilemeyecek bir (adi) satış*

AMSTUTZ, Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2016, Art. 191 OR, N. 5; NOMER/ENGİN, **TBK Şerhi,** TBK m. 213, N. 4; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, N. 219; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 105; TANDOĞAN, s. 142, 144; GÜMÜŞ, **Özel Hükümler,** s. 47.

42 Bu arada zararın sözleşmedeki satış bedeli ile varsayımsal bir (tekrar) satıştaki olası satış bedeli arasındaki fark üzerinden (*bu arada duruma göre ikame alışla (toptancı fiyatı) tekrar satıştaki (perakendeci fiyatı) satış bedelinin birbirlerinden farklı olabileceklerine dikkat çekilmelidir, bu konuda özellikle bkz.* KOLLER, **BasKom.,** Art. 191 OR, N. 17) soyut biçimde hesaplanmasına da genelde (bu konudaki ağırlıklı görüş dairesinde) bir engel görülmez. Bu durumda soyut hesabın Art. 191 al./Abs. 1 CO/OR / TBK m. 213 f.1 üzerinden (genel hükümlere) yapıldığı ifade edilmelidir. Sözü geçen konuyla ilgili olarak anılan yönde bkz. KOLLER, **BasKom.,** Art. 191 OR, N. 18; VENTURI, **ComRom.,** Art. 191 CO, N. 12.

Aksi yönde yine bkz. SCHÖNLE Herbert, **Kauf un Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK-Zürcher Kommentar,** 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 1993, Art. 191 OR, N. 23.

43 GIGER, **BerKom.,** Art. 191 OR, N. 41; VENTURI, **ComRom.,** Art. 191 CO, N. 11; KOSTKIEWICZ, **OFK,** Art. 191 OR, N. 5; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 14.33; MÜLLER Christoph, **Contrats de droit suisse,** Stämpfli, Bern, 2021, N. 253; HAVUTÇU, s. 118; NOMER/ENGİN, **TBK Şerhi,** TBK m. 213, N. 19; EREN, **Özel Hükümler,** N. 225, 226; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 105; TANDOĞAN, s. 142; SEROZAN, N. 600; GÜMÜŞ, **Özel Hükümler,** s. 48.

44 KOLLER, **BasKom.,** Art. 191 OR, N. 17; KOSTKIEWICZ, **OFK,** Art. 191 OR, N. 5; MÜLLER, N. 254. Bu konuda ayrıca bkz. BGE 78 II 432, E. a.

45 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 106.

46 GIGER, **BerKom.,** Art. 191 OR, N. 55; KOLLER, **BasKom.,** Art. 191 OR, N. 21; VENTURI, **ComRom.,** Art. 191 CO, N. 14; HAVUTÇU, s. 126; NOMER/ENGİN, **TBK Şerhi,** TBK m. 213, N. 24; EREN, **Özel Hükümler,** N. 227; GÜMÜŞ, **Özel Hükümler,** s. 49.

sözleşmesi bulunuyorsa, yapılacak hesaplamada dikkate alınacak tarih değişkenlik gösterir. Şöyle ki, i- eğer mehil (süre) verilmesini gerektiren bir durum varsa (bkz. Art. 107 CO/OR / TBK m. 123) satıcıya verilen (ve sonuçsuz kalması halinde ifadan vazgeçileceği belirtilen) mehlin sonuna isabet eden tarih, ii- mehil gereğinin olmadığı diğer istisnai olasılıklarda (bkz. Art. 108 CO/OR / TBK m. 124) da aynen ifadan vazgeçildiğinin satıcıya bildirildiği tarih dikkate alınır[47].

Somut olayda da, ortada her ne kadar Art. 190-191 CO/OR (TBK m. 212-213) anlamında bir ticari satış bulunmasa da, İsviçre Hukuku'nda adi satışlarda da Art. 191 CO/OR hükmünün uygulama alanı bulabileceği kabul edildiğinden (*Türk Hukuku'nda değerlendirme yapılıyor olsaydı, zaten adi satışların da TBK m. 213 kapsamında olacağına yine dikkat çekilmelidir*) doğrudan bu hükümden fayda sağlanabilir ve müşteriye de banka karşısında şeksiz şüphesiz zararını -somut olayda vaki olduğu üzere herhangi bir somut ikame alış işlemi olmasa da- soyut bir şekilde ispat edebilme şansı verilmiş olurdu[48].

Yalnız böyle bir kabulün varlığı dahilinde de, zararın (soyut olarak) hesaplanması bakımından, aşağıda ***(III, 3)*** *altındaki açıklamalarımızda belirtileceği üzere, inceleme konusu somut olayda müşterinin, finans/yatırım danışmanının yükümlülük ihlali olarak görülebilecek hareketinden haberdar olduğu tarihin (somut olayda bu tarih 11 Kasım 2013'tür) esas alınması menfaatler dengesine daha uygun olur. Ne de olsa müşteri ancak ilgili durumu (yükümlülük ihlali olarak değerlendirilebilecek hareketi) öğrendiğinde, kendisi harekete geçebilecek ve zararını (edebiliyorsa) telafi edebilecek, yani zararın oluşmasını tümüyle veya kısmen engelleyebilecektir.*

Ne var ki, Federal Mahkeme bu yönde bir hukuki nitelendirme yapmamış, konuyu vekâlet hukuku ekseninde ve Art. 97 CO/OR (TBK m. 112) tahtında değerlendirmiştir[49]. Aşağıda **(III, 3)** altında bu bakış açısı altında da Art. 191 al./Abs. 3 CO/OR (TBK m. 213 f.3) benzeri soyut zarar hesabına yer verilebilip verilemeyeceği hususu ayrıca irdelenecektir.

---

[47] GIGER, **BerKom.,** Art. 191 OR, N. 55; KOLLER, **BasKom.,** Art. 191 OR, N. 21; VENTURI, **ComRom.,** Art. 191 CO, N. 14; HAVUTÇU, s. 126; NOMER/ENGİN, **TBK Şerhi,** TBK m. 213, N. 25.

[48] AGGTELEKY, s. 168.

[49] KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 9; AGGTELEKY, s. 166.

Özetle ifade edilecek olursa, *yatırım/borsa işlemlerini ilgilendiren sözleşme ilişkilerinin nitelendirilmesinde hangi piyasada (birincil veya ikincil) ve ne suretle (finans/yatırım danışmanının kendisiyle mi başkasıyla mı işlem yaptığı) hareket edildiği önemlidir. Buna göre sözleşmenin, vekâlet veya satış hukukuna tabi olacağı sonuçlarına ulaşılabilecektir.*

3. Zarar Tazmininde Soyut Yöntem ve "*Varsayımsal*" Kazanç Kaybı Arasındaki İlişki

Vekâlet hukuku tahtında değerlendirmeler yapan Federal Mahkeme, davacıların talebinin reddi bakımından ilk gerekçesini, müşterinin uğradığı zararın varsayımsal bir niteliği haiz olmasına bağlamıştır[50]. Yani Federal Mahkeme'ye göre, davacıların somut olarak varlığını ortaya koyup ispat edebildikleri, müşteri tarafından yapılmış bir ikame alış işleminin varlığı söz konusu değildir. Hisselerin (*7 Kasım 2013'te gerçekleştirilen halka arz esnasında banka tarafından talimata uygun biçimde hisse alışının gerçekleşmediğini öğrenildiği 11 Kasım 2013'teki*) piyasa değerlerine atfen iddia edilen kazanç kaybı (*birim hissede 42,90 - 25 = 17,90 ABD Doları, toplamda (25.000 adet hisse için ise) 447.500 ABD Doları*) tamamen varsayımsaldır. Dolayısıyla, bankanın borca aykırı hareketi özelinde sorumluluğu açısından uygulama alanı bulacak Art. 97 CO/OR (TBK m. 112) tahtında bir zararın varlığı müşteri tarafından ortaya koyulamamış ve ispat edilememiştir[51].

Federal Mahkeme'nin bu şekilde ortaya koyduğu, Art. 97 CO/OR (TBK m. 112) çerçevesinde soyut zarar hesabına kapıları sonuna kadar kapatan tavrı, daha önceki yerleşik içtihatlarıyla çelişki içindedir[52].

Gerçekten de Federal Mahkeme'nin konu bağlamında değerlendirmeye alınabilecek önceki yerleşik içtihatlarında[53], Art. 191 al./Abs. 3'teki (TBK

---

[50] Bu arada Federal Mahkeme'nin kararında (tıpkı ilk ve ikinci derece mahkemeleri tarafından da yapıldığı üzere) inceleme salt zarar unsuruyla sınırlandırmış, vekâlet hukuku tahtında değerlendirmeler yapılsa da bankanın somut olayda borca aykırı (özenli iş görme borcu) davranışının bulunup bulunmadığı noktasında herhangi özel bir tespit kararda yer almamaktadır. Oysa bu konudaki -vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülükler ekseninde- bir değerlendirme de pekâlâ ilgi çekici olabilirdi. Bu konuda benzer yöndeki düşünceleri için ayrıca bkz. KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 16; HIRSCH; BRACHER/STEUDLER, s. 68.

[51] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3.

[52] AGGTELEKY, s. 169.

[53] Bu konuda özellikle bkz. BGer, 4A_257/2007, 08.11.2007, E. 2; BGE 120 II 296 vd., E. 3b; BGE 104 II 198 vd., E. b. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

m. 213 f.3) soyut zarar hesabına ilişkin hükme veren düşüncenin pekâlâ Art. 97 CO/OR çerçevesindeki zarar hesabında da dikkate alınmasına engel olacak bir gerekçe mevcut değildir. Yani soyut zarar hesabı, salt Art. 191 al./Abs. 3 (TBK m. 213 f.3) çerçevesinde dikkate alınabilecek durumlara indirgenemez[54].

Bu yönden inceleme konusu kararda Federal Mahkeme tarafından ulaşılan sonuç, İsviçre öğretisinde bazı yazarların belirttiği üzere şaşkınlık vericidir[55]. Eğer bu durum, genel olarak Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarından farklılaşan bir tavrın benimsendiği anlamına geliyorsa, ki kararın yayımlanmaya uygun görülmesi bu yönde bir işaret olarak görülebilir[56], talihsiz bir gelişme olarak değerlendirilebilir[57]. Zira böyle bir durumda, zarara uğrayan kişi sadece somut olarak zararını ispat etmeye sevk edilmiş olacak, bu ise onun ciddi zorluklarla karşılaşması (ve çoğu kez ileri süreceği taleplerde elinin boşa dönmesi) sonucunu beraberinde getireceği açıktır. Zarar veren ise bundan belirgin bir avantaj sağlayacaktır. Bu pek de kabul edilebilir görünmemektedir. Kaldı ki, Federal Mahkeme, eski -farklı yöndeki- içtihatlarına atıfta bulunmak ve bu konuda alınan tavır değişikliğine işaret etmek bir tarafa, böyle bir içtihat değişikliğini öğretideki bilimsel görüşlerden destek alarak gerektiği şekilde gerekçelendirmemiştir.

Öğretide doğrudan bu kararla ilgili olarak ileri sürülen bir düşünceye göre, karar ulaştığı sonuç itibariyle yerinde ve fakat gerekçelendirmesi yönünden isabetsizdir (ya da diğer bir deyişle *"kötü"* gerekçelendirilmiştir). Şöyle ki, Federal Mahkeme, burada (Art. 97 CO/OR tahtında da) pekâlâ soyut zarar hesabını (eski içtihatlarında olduğu üzere) yine benimseyebilir, ancak somut durumda bankanın müşterinin ikame hisse alışı iradesini en başta hiç taşımadığını ispat ettiği yönünde bir sonuca varabilirdi. Sonuçta, yukarıda **(III, 2)** altında, Art. 191 al./Abs. 3 (TBK m. 213 f.3) bağlamında da açıkladığımız üzere, müşterinin hiçbir suretle yeni bir hisse alışı yapma iradesinde olmaması, soyut zarar hesabının yapılabilmesine ilişkin ilk kabu-

---

54 KOSTKIEWICZ, **OFK,** Art. 191 OR, N. 7.

55 Nitekim özellikle bkz. AGGTELEKY, s. 170.

56 Bu arada KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER'e göre (N. 15 ve 16), Federal Mahkeme'nin inceleme konusu kararında, Art. 191 CO/OR / TBK m. 213 dışında zararın soyut olarak hesaplanmasını destekleyen veya reddeden herhangi bir (açık) tavır alındığı söylenemez. Hatta bu yönüyle kararın Federal Mahkeme tarafından neden Resmî Derleme'de yayımlanmaya uygun bulunduğu da belirsizdir.

57 Yine bkz. AGGTELEKY, s. 170.

lü devre dışı bırakacaktır[58]. İlgili düşünce, izlediği mantık çerçevesinde anlamlı olsa da, somut durumda bu düşüncenin belirttiği gibi bir durumun olmadığı açıktır: Banka, müşterinin böyle bir tavırda olacağını kesin ve sözünü ettiğimiz ilk kabulü devre dışı bırakacak biçimde (yani layıkıyla) ortaya koyabilmiş değildir. Sonuçta salt olarak mevcut (hisselerin edinilememiş olması) durumunun öğrenilmesinden önce bankaya hisselerin satışı yönünde talimat verilmemiş olmasının bu konuda kesin ve tamamlanmış bir ispat faaliyetini oluşturacağı şüphelidir. Retorik olarak soracak olursak; gerçekten müşterinin bankaya böyle bir talimat vermemiş olması, onun (yatırım yapmak amacıyla elde etmek istediği(!)) bu hisseleri hiçbir suretle tekrar satma iradesi içinde olmadığını mı gösterir? Eğer bu soruya tatmin edici bir cevap verilemiyorsa, o zaman somut olayda, davacıların soyut zarar hesabı yöntemine başvurmalarına izin verilmesinin gerekeceği açıktır.

Diğer taraftan yine hemen bir önceki paragrafta ileri sürülen düşünce ekseninde, biraz spekülatif mahiyetteki şu soru da ayrıca sorulabilir: 11 Kasım 2013'te hisselerin edinilememiş olduğu durumu müşteri tarafından öğrenildikten sonra müşteri bankaya hisselerin satışı yönünde bir talimat iletmiş olsaydı durum ne olurdu? Hiç şüphesiz kararda serdedilen gerekçeler çerçevesinde düşünüldüğünde, bir yandan müşterinin böyle bir tavrının onun somut bir ikame hisse alımı ve akabinde satışı iradesi taşıdığını gösterebileceği ve onun zararını bu kez somut olarak ortaya koymasında fayda sağlayabileceği söylenebilirdi. Diğer yandan ise, müşterinin böyle bir hareketi Federal Mahkeme tarafından tam tersine oportünist (çıkarcı) olarak görülebilecek ve yine zararı tazmin talebinin reddi sonucuna götürebilecektir. Açıkçası, Federal Mahkeme'nin eldeki kararından edinilen intiba, bu spekülatif durumda ikinci düşünce tarzının mahkeme tarafından benimsenmesinin daha büyük bir olasılık dahilinde olduğudur[59].

Şimdi asıl konuya geri dönelim ve devam edelim: Bir kere Art. 97 OR/CO (TBK m. 112) tahtında zararın soyut olarak hesaplanabilmesi imkânı kabul edildiğinde, ki buna temelde bir şüphe duyulmaması gerektiğini hemen yukarıda belirtmiştik, bu kez zararın hesap edilmesi (malvarlığının olması gereken durumuyla olduğu durum arasındaki farkın bulunmasında) bakımından hangi anın esas alınması gerekeceği sorusuyla karşılaşılacaktır. Federal Mahkeme'nin konu özelindeki yerleşik içtihatlarına bakıldığında,

---

[58] KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 13.

[59] Ayrıca bkz. NUSSBAUMER.

ilgili an, genel olarak karşı karşıya bulunulan borca aykırılık türüne göre farklılık gösterir[60]: i- Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında alacağın muaccel olduğu zamandaki *(Moment de l'échéance / Zeitpunkt der Fälligkeit)* malvarlığı durumu dikkate alınırken (bununla birlikte alacaklının seçimlik olarak karar anının da dikkate alınmasını isteyebileceği göz ardı edilmemelidir)[61]; ii- Kötü ifada fiili ifa zamanındaki *(Moment effectif de l'exécution / tatsächlicher Erfüllungszeitpunkt)* duruma bakılır, bununla birlikte alacaklı doğrudan karar anının da dikkate alınmasını isteyebilir[62]. Diğer yandan iii- tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlu temerrüdü olasılığında, malvarlığının olması gereken durumu bakımından dikkate alınacak an alacaklının -müspet zararının tazminini talep etmek üzere- ifa talebinden vazgeçtiğini açıkladığı andır *(Moment de la déclaration de renonciation / Zeitpunkt der Verzichtserklärung)*[63].

Ne var ki, zararın hesaplanmasında dikkate alınacak bu genel kriter dizininin yatırım işlemleri alanında tatbik edilmesi, ortaya işin mahiyetine uygun sonuçlar çıkarmamaktadır. Örnek olarak bir malvarlığı (/varlık/portföy) yönetimi sözleşmesi *(Contrat de gestion de fortune / Vermögensverwaltungsvertrag)*[64] dahilinde, ilgili malvarlığını yöneten finans/yatırım danışmanı *(Gestionnaire/Gérant de fortune / Vermögensverwalter)* özen yükümlülüğünü ihlal ederek müşterinin açıkladığı yatırımcı profiline uygun olmayan finansal ürünler edindiğinde, edinim anında müşterinin herhangi bir suretle zarara uğraması söz konusu değildir. Zararın ortaya çıkacağı an, daha sonra, ilgili ürünün değer kaybettiği andır. Benzer şeyler, finans/yatırım danışmanı müşterinin işlemleri sırasında onu elde edeceği yatırım değerinin olası risklerine karşı

---

60 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için yine bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2926 vd.; TOLOU Alborz, "Le moment du dommage dans un rapport execution only", **Quid? Fribourg Law Review (QFLR),** 1/15, s. 7-10, s. 7-8; AGGTELEKY, s. 170.

Yine bu konuda ayrıca bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 64.22; KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts,** 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, N. 52.16 vd.; WEBER Rolf H. / EMMENEGGER Susan, **Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar,** 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020, Art. 97 OR, N. 339.

61 Örnek olarak bkz. BGE 122 III 53 vd., E. 4c.; 109 II 474 vd., E. 3. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

62 Örnek olarak bkz. BGE 130 III 591 vd., E. 3.1; BGer 4C.424/2004, 15.03.2005, E. 5.2.2. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

63 Örnek olarak bkz. BGE 120 II 296 vd., E. 3b; BGer, 4A_257/2007, 08.11.2007, E. 3. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

64 Bu ilişkiyle ilgili olarak ayrıca bkz. EGGEN, s. 626-627.

uyarmadığı (ve bu suretle ilgili yükümlülüğünü ihlal ettiği) durum için de söylenebilir. Böyle bir durumda müşteri yatırım değerini elde ettiği anda herhangi bir zarara uğramamıştır. Onun zarara uğrayacağı zaman, daha ziyade (riskli) yatırım değerinin fiilen değer kaybedeceği andır. Bu olasılıklarda, müşteriye zarar hesabı bakımından mahkemenin kararını vereceği anı esas alabilme imkânını seçimlik olarak tanımak da, spekülatif belirsizlikler dikkate alındığında, pek anlamlı olmaz[65].

İşte tüm bu hususları dikkate alan Federal Mahkeme, malvarlığı yönetim sözleşmeleri özelinde zararın hesabı için dikkate alınacak anın sözleşme ilişkisinin sona erdiği (/erdirildiği) ana odaklanılması gerektiğini, konu bağlamındaki yerleşik içtihatlarında, ilkesel olarak kabul etmiştir[66].

Bununla birlikte, eğer finans/yatırım danışmanı tarafından gerçekleştirilmesi yüklenilen yatırım işlemleri, uygulamada yerleşik biçimde "*execution-only*" ilişki[67] *(Opération de "simple exécution" / Execution-only-Verhältnis)* olarak tabir edilen, her seferinde müşterinin münferit (birel) talimatları çerçevesinde seyreden bir tür alış-satış aracılığı ilişkisi tahtında gündeme geliyorsa, anılan kabulün etkin bir sonuç göstermeyeceği belirgindir. Zira bu olasılıkta, ilişki doğrudan sözü geçen münferit işlemlerin gerçekleştirilmesi çerçevesinde yapılandırılmış bulunmaktadır[68]. Bu hususu dikkate alan Federal Mahkeme, ilgili türden bir ilişkinin varlığı dahilinde söz konusu olacak zararın hesabında, müşterinin, finans/yatırım danışmanının yükümlülük ihlali olarak görülebilecek hareketinden haberdar olduğu[69] anı dikkate almaktadır[70]. Bu anın merkeze alınmasındaki gerekçe de somut

---

65 Bu konularda bkz. AGGTELEKY, s. 170.

66 Örnek olarak bkz. BGer 4A_548/2013, 31.03.2013, E. 4.3; 4A_351/2007, 15.01.2008, E. 3.2.3; 4C.18/2004, 03.12.2004, E. 3.3. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

67 Bu ilişki türüyle ilgili olarak ayrıca bkz. SETHE Rolf / AGGTELEKY Tobias, "Art. 3 lit. C Begriffe / E. Die einzelnen Dienstleistungen", **Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, SK- Schulthess Kommentar,** Schulthess, Zürich, 2021, N. 61-178, Art. 3 lit. c, N. 88; ROSSIER Lynda, "L' *"execution only"* - Quelle responsabilité pour la banque?", **Bulletin CEDICAC n. 54,** Juin 2010, s. 1-7, s. 1 vd.; EGGEN, s. 628 vd.

68 AGGTELEKY, s. 171.

69 Düşüncemize göre bu an fiilen haberdar olma anı olarak anlaşılmamalı, somut durumda müşterinin olağan hayat koşulları çerçevesinde haberdar olabileceği ilk an esas alınmalıdır. Bu söylediğimiz an, duruma göre fiili öğrenme anı olabileceği gibi ondan daha önceki bir an da olabilir.

70 Bu konuda örnek olarak bkz. BGer 4A_548/2013, 31.03.2013, E. 4.3. (www.bger.ch, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023)

Doğrudan bu (son belirtilen) kararla ilgili bir inceleme için bkz. TOLOU, s. 7 vd.

bir örnek üzerinden şöyle izah edilebilir: Müşterinin açık talimatına rağmen bir yapılması gereken bir satış (veya alış) işleminin yapılmadığı düşünülsün. Müşteri ancak durumu öğrendiğinde, kendisi harekete geçebilecek ve durumu (edebiliyorsa) telafi edebilecek, yani zararın oluşmasını tümüyle veya kısmen engelleyebilecektir[71].

İşte Federal Mahkeme'nin zararın hesaplanması bakımından belirtilen son durumdaki tavrı, aradaki benzerlik gözetildiğinde somut inceleme konusu olay bakımından da rahatlıkla -*mutatis mutandis* (yani gerekli uyarlamalar yapılarak)- benimsenebilir bir mahiyettedir[72]. Somut olayda, bankanın 7 Kasım 2013'te gerçekleşen borca aykırı davranışı, müşteri tarafından 11 Kasım 2013'te öğrenilmiş, bu tarih itibariyle duruma müdahale edebilme iktidarı müşterinin eline geçmiştir. Bu tarihten (yani öğrenme tarihi olan 11 Kasım 2013) öncesi için ise, müşterinin böyle bir imkânı hiç yoktur. O zaman ilgili tarih bir tür *"kerteriz"* noktası olarak benimsenebilir. Bu tarihten sonrası bakımından müşterinin harekete geçmediği olasılıkta ise, oluşabilecek zararın artık bankaya yüklenmesi düşünülemez. Müşteri bu konuda iktidar sahibiyken harekete geçmemişse seçimini ilgili yönde yapmıştır, bu seçimin olumsuz sonuçlarının bankaya yükletilmesi adil olmaz[73].

Öğretide bu kararın yorumlanması dahilinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, burada soyut zarar hesabı bakımından ifa tarihi olan 7 Kasım 2013 dikkate alınmalıdır[74]*. Bu görüşe, hemen bir önceki paragraftaki açıklamalarımız bağlamında katılamadığımızı belirtmek isteriz. Ayrıca bkz.* ***(III, 2)*** *altındaki ticari satışlarda satıcının temerrüdünde Art. 213 CO/OR / TBK m. 191 çerçevesinde müspet zararın soyut olarak hesaplanmasıyla ilgili açıklamalarımız.*

****Özetle ifade edilecek olursa,*** *inceleme konusu olayda müşteri zararını soyut zarar hesaplama yöntemi üzerinden ortaya koymak istemiş, ancak bu girişim Federal Mahkeme'nin "varsayımsal kazanç kaybının" tazmin edilebilir bir zarar olmadığı gerekçesine "toslamıştır." Federal Mahkeme'nin önceki yerleşik içtihatları incelendiğinde bunun bir çelişki meydana getirdiği ve kabul edilebilir bir gerekçe olmadığı açıktır. Kaldı ki, Federal Mahkeme de bu tavrını gerektiği biçimde gerekçelendire-*

---

71 Bu son konuda özellikle bkz. TOLOU, s. 8-9.

72 Bu yönde bkz. AGGTELEKY, s. 171.

73 AGGTELEKY, s. 171.

74 KUYUMCUOĞLU/GALLI/VISCHER, N. 14.

memiştir. Art. 97 CO/OR (TBK m. 112) çerçevesinde de soyut zarar hesabı mümkün addedilmelidir. Zararın hesabı bakımından ise, malvarlığının mevcut durumuyla farkının belirlenmesinde, malvarlığının olması gereken durumu için esas alınacak anın ise, Federal Mahkeme'nin benzer menfaat durumlarında temel aldığı, zarar gören müşterinin borca aykırı davranıştan haberdar olduğu an olarak belirlenmesi adil olur. Somut olay bakımından bu an, davacıların davadaki taleplerinde esas aldıkları 11 Kasım 2013'tür.

4. Uygun Nedensellik Bağı ve "*Rastlantısal*" Kazanç Kaybı Arasındaki İlişki

Federal Mahkeme'nin davacıların tazminat taleplerini reddetmesindeki ikinci gerekçe, müşterinin alış talimatının konusunu oluşturan hisselerin 11 Kasım 2013'te değer kazanmasının (veya buna bağlı gerçekleşmediği ileri sürülen kazanç kaybının), bankanın borca aykırı davranışının gerçekleştiği 7 Kasım 2013 tarihinde rastlantısal (şansa bağlı) bir özellik arz etmesidir. Yani Federal Mahkeme'nin bakış açısı dahilinde, bu tarihten (7 Kasım 2013) ileri doğru bakıldığında, hisselerin değer kazanması kadar değer kaybetmesi de olası bulunmaktadır[75].

Federal Mahkeme'nin bu tavrından yorum yoluyla çıkarılabilecek olan, mahkemenin esasen ortada öngörülebilir *(prévisible / vorhersehbar)* olmayan bir kazanç kaybı olasılığının bulunduğundan dem vurduğudur. Ne var ki "*öngörülebilirlik*" değerlendirmesi, temelde zarar unsuru bakımından değil de, uygun nedensellik bağı[76] *(Lien de causalité adéquat / adäquater Kausalzusammenhang)* unsuru bağlamında yapılan, özel olarak da borca aykırı davranış - zarar unsurlarının birbirleriyle ilintisini dikkate alan bir değerlendirmedir. Yani ilgili çerçevede bir borca aykırı davranışın hayatın olağan akışında (olağan hayat tecrübeleri ışığında) oluştuğu belirtilen zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığına bakılmaktadır[77]. Yoksa ortada zarar

---

[75] Bkz. *Droit* (Hukuk), para. 4.3.

[76] Bu unsurla ilgili genel olarak bkz. OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2,** 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 138 vd.; EREN, **Genel Hükümler,** N. 1682 vd.; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 424 vd.

[77] Bilindiği üzere, uygun nedensellik bağı bağlamında, belirli bir fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı noktasında fiilin işlendiği andaki (önceden) bilinebilecek şartların mı (*önceden tahmin (öngörülebilirlik) teorisi,* bu teori de kendi içinde sübjektif ve objektif olmak üzere ikiye ayrılır) yoksa sonradan hâkimin yapacağı değerlendirme kapsamında tespit edile-

unsuru yalıtılarak yapılan bir inceleme söz konusu değildir. Dolayısıyla eğer salt zarar unsuru tek başına ele alınarak böyle bir incelemeye başvurulursa, ulaşılacak sonuçlarda aksaklık ve eksikliklerin bulunacağı izahtan varestedir[78].

Somut olayda baktığımızda ise, ilk derece mahkemesinin kararından itibaren bütün değerlendirmeler zarar konusuyla sınırlandırılmış olduğu görülür. Dolayısıyla, daha en başta Federal Mahkeme'nin de incelemesinde uygun nedensellik bağı bağlamında bir değerlendirmede bulunulmasına yer ve gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir sınırlandırma olmasaydı ve değerlendirmenin yapılmasına ihtiyaç bulunsaydı dahi, hayatın olağan akışında borsada işlem gören hisselerin değerlerinin yükselmesi öngörülemez bir gelişme değildir. Salt hisselerin değerlerinin düşebilecek olması olasılığının da bulunması, değer yükselmesini öngörülemez bir hale getirmez[79].

Sonuç itibariyle, Federal Mahkeme'nin kararında zarar unsurunun kendi içinde değerlendirilmesinde, hiçbir öğreti veya yerleşik içtihat atfı bulunmaksızın ve tam bir gerekçelendirme de yapılmaksızın, "*rastlantısallık*" adı altında gelişigüzel bir kıstasın belirlenmesi isabetli olarak görülemez[80]. Ayrıca genel olarak bünyesinde bizatihi ciddi soru işaretlerini barındıran böyle bir kıstas, özellikle borsa işlemleri bağlamına düşünüldüğünde, tazmin edilebilir zarar çeperini de biraz ölçüsüz denebilecek biçimde alabildiğine daraltacak (eğer tümüyle ortadan kaldırmayacaksa), zararının ispatında zarar görenin durumunu -ve pek de anlamlı olmayacak biçimde- zora koşacaktır. Ne de olsa bir finans/yatırım danışmanı, müşterisinin talimatına uymayarak (borca aykırı biçimde) her hisse alış/satışında bulunduğunda, ilgili hisselerin değerlerinin artması veya azalması aynı derecede mümkündür, dolayısıyla müşterinin danışmanın borca aykırı davranışına dayalı zararı her seferinde "rastlantısal" olacağından, onun danışmandan tazminat talep edebilmesi

---

bilecek olan şartların mı (*sonradan değerlendirme (objektif öngörülebilirlik) teorisi*) dikkate alınacağı tartışma konusudur. Türk-İsviçre Hukukunda ağırlıkla takip edilen sonradan değerlendirme teorisidir. Bu teori çerçevesinde objektif bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu konuda özellikle bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 142; EREN, **Genel Hükümler,** N. 1688 vd.; GÜMÜŞ, **Genel Hükümler,** s. 425-427; ÖZ Turgut, **Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması, Benzerlikler - Farklar - Boşluklar, CISG Metni,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 19.

78 Bu konuda özellikle bkz. AGGTELEKY, s. 171.

79 Yine bkz. AGGTELEKY, s. 171.

80 AGGTELEKY, s. 172.

olanak dışı bir hal almaktadır. Bunun finans/yarırım danışmanları açısından pek de izah edilebilir olmayan (yersiz) bir ayrıcalık yaratacağı belirgindir[81].

Diğer taraftan, böyle bir kıstasın borsa/yatırım işlemleri bağlamı dışında da sorunlara gebe olacağı açıktır: Bir müteahhitin özel olarak taahhütte bulunarak depreme dayanıklı bir bina inşa edeceği konusunda bir taşınmaz malikiyle (iş sahibi) anlaştığı düşünülsün. İnşaat tamamlanıp eser iş sahibine teslim edildikten bir süre sonra bir deprem vuku bulsun ve yapılan bina ciddi biçimde hasar görsün. Eğer zararın *"rastlantısal"* olmaması zorunlu bir özellik olarak dikkate alınacaksa, müşterinin müteahhitten tazminat talep etmesi, binanın inşa edildiği zamanda depremin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, gerçekleşirse de binada bir hasar oluşturup oluşturmayacağı belli olmayacağından, kapsam dışı kalacaktır[82]. Bu ise, pek de kabul edilebilir bir bir değerlendirme sonucu oluşturmaz. O zaman bu şekilde zarar bakımından bir kıstas olarak benimsenen *"rastlantısallığın"* akılcı olmayacağı gün gibi ortadadır[83].

Özetle ifade edilecek olursa, *Federal Mahkeme'nin kararındaki sonuca ulaşmada dikkate aldığı, özünde öngörülebilirliği ifade eden "rastlantısallık" kıstası, zarar unsuruyla değil de uygun nedensellik bağı unsuruyla ilgili bir kavram olarak ele alınmalıdır. Bu son unsur ise, zararın kendi içinde değil de zarar ve borca aykırı fiil arasındaki ilintiyi dikkate alan ayrı bir unsurdur. Somut olayda, incelemenin salt zarar unsuruyla sınırlandırılması, bu türden bir kıstasa yer verilmesini yersiz ve gereksiz kılar. Kaldı ki, davaya konu hisselerin değerinin yükselmesi öngörülemez değildir, salt değerin düşebilecek olması öngörülebilirliği devre dışı bırakmaz.*

SONUÇ

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 01.09.2021 tarihli ve 4A_606/2020 sayılı varsayımsal ve rastlantısal bir kazanç kaybının tazmin edilebilir bir zarar oluşturmadığı yönündeki kararı bakımından yaptığımız değerlendirmede, ulaştığımız genel sonuçlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Yatırım işlemlerini ilgilendiren sözleşme ilişkilerinin nitelendirilmesinde hangi piyasada (birincil veya ikincil) ve ne suretle (finans/yatırım

[81] AGGTELEKY, s. 171.

[82] Benzer başkaca örnekler için bkz. AGGTELEKY, s. 171.

[83] Ayrıca bkz. AGGTELEKY, s. 171.

danışmanının kendisiyle mi başkasıyla mı işlem yaptığı) hareket edildiği önemlidir. Buna göre sözleşmenin, vekâlet veya satış hukukuna tabi olacağı sonuçlarına ulaşılabilecektir.

- Zararın hesaplanmasında soyut yöntem, Federal Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında da kabul edildiği üzere, gerek bunun açık olarak öngörüldüğü satış hukukunda satıcının borçlu temerrüdünde gerekse de genel hükümlere göre yapılacak değerlendirmelerde başvurulabilir mahiyettedir. Soyut zarar hesabında, bilindiği üzere, temelde varsayımsal değerlendirmeler üzerinden hareket edilmektedir. Bu açıdan zararın *"varsayımsal"* özellik gösterdiği, dolayısıyla tazmin edilebilir olmadığı gibi bir değerlendirmenin yapılması yerindelik taşımamaktadır. Aksi türlü zarar hesabı, buna haklı bir gerekçe de gösterilmeksizin, salt somut yönteme hasredilmiş ve zarar görenin zararını ispat etmekteki durumu ağırlaştırılmış olur.
- Temelde öngörülebilirliği ilgilendiren *"rastlantısallık",* zarar unsuru bakımından değil de olsa olsa uygun nedensellik bağı bakımından gündeme getirilebilir. Bu son unsurda da, zarar odağında değil de zarar ve borca aykırı fiilin ilişkisi odağında değerlendirmeler yapılır. Rastlantısallığın bir kıstas olarak, salt zarar unsuru bakımından dikkate alınması, hukuken gerekçelendirilebilir olmaması bir yana, açıklanabilir olmayan elverişsiz sonuçları meydana getirebilecek olması yönüyle kabul edilebilir bir özellik göstermez.

KAYNAKÇA

AGGTELEKY Tobias, "Bundesgericht, I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_606/2020 vom 1. September 2021 (zur Publikation vorgesehen), A.A., A.B., A.C und A.D gegen B., Vorliegen eines Schadens in form von entgangenem Gewinn (Abweisung Klage)", **Aktuelle Juristische Praxis (AJP),** s. 166-172.

BRACHER Nicolas / STEUDLER Meltem, "Chapter 6 - Switzerland", **The Banking Litigation Law Review,** 6. Ed., The Law Reviews, London, 2022, s. 66-75.

BREHM Roland, **Die Entsehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar,** 5. Aufl., Stämpfli, Bern, 2021. ("BerKom.")

DEMİREL Muhsin, **Sermaye Piyasasının Hukuki Yapısı,** Uzmanlık Tezi, Koordinasyon Başkanlığı Mali ve Hukuki Tedbirler Dairesi, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara, 1984.

DIRENİSA Efe, "İsviçre Medenî Usûl Hukukundaki Zorunlu Uzlaştırma Kurumuna Genel Bir Bakış", **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TAÜHFD),** 2021, 3(2), s. 51-74.

EGGEN Mirjam, "Finanzprodukte - Auftrag oder Kauf?", **Schweizerisches Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW),** 2011, s. 625-638.

ENGİN Baki İlkay / NOMER Halûk Nami, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Giriş, Madde 207-216, 245,** 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. ("Genel Hükümler")

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019. ("Özel Hükümler")

GIGER Hans, **Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Kauf und Tausch - Die Schenkung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Nr. 2/1/1,** 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 1980. ("BerKom.")

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. ("Genel Hükümler")

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I,** 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. ("Özel Hükümler")

HAVUTÇU Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini,** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları N. 60, İzmir, 1995.

HIRSCH Célian, "Fluctuation de la bourse et gain hypothétique", **Centre de droit bancaire et financier,** 01 octobre 2021, https://cdbf.ch/1198/ (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

KOLLER Alfred, "Art. 184-191 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-529 OR,** Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015. ("BasKom.")

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts,** 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017 ("AT")

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, "OR 191", **OR Kommentar, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** 3. Aufl. Hrsg. Jolanta Kren KOSTKIEWICZ, Stephan WOLF, Marc AMSTUTZ, Roland FANKHAUSER, Orell Füssli Verlag, 2016. ("OFK")

KRAMER Stefan / ZOBL Dieter, **Schweizerisches Kapitalmarktrecht,** Schulthess, Zürich, 2004.

KUYUMCUOĞLU Ayça / GALLI Dario / VISCHER Markus, "Schadensberechnung bei Schlechterfüllung eines Börsenauftrags", Red. Cristoph BRUNNER, **dRSK,** Editions Weblaw, 7. September 2022, N. 1-16.

MÜLLER Christoph, **Contrats de droit suisse,** Stämpfli, Bern, 2021.

NOMER Haluk Nami / ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Giriş - Madde 207-216, 245,** 3. Bası, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2017. ("TBK Şerhi")

NUSSBAUMER Arnaud, "Le gain hypothétique en matière d'opérations boursières", **LawInside,** 12 novembre 2021, https://www.lawinside.ch/1109/ (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2,** 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

ÖZ Turgut, **Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması, Benzerlikler - Farklar - Boşluklar, CISG Metni,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

REY Heinz / WILDHABER Isabelle, **Ausservertragliches Haftpflichtsrecht,** 5. Aufl., Schulthess, Zürich, 2018.

ROSSIER Lynda, "L' *"execution only"* - Quelle responsabilité pour la banque?", **Bulletin CEDICAC n. 54,** Juin 2010, s. 1-7.

SCHÖNLE Herbert, **Kauf un Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK-Zürcher Kommentar,** 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 1993. ("ZürKom.")

SCHWENZER Ingeborg / FOUNTOULAKIS Christiana, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 8. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020.

SETHE Rolf / AGGTELEKY Tobias, "Art. 3 lit. C Begriffe / E. Die einzelnen Dienstleistungen", **Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, SK-Schulthess Kommentar,** Schulthess, Zürich, 2021, N. 61-178. ("FIDLEG-SK")

SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Yayına hazırlayanlar: Rona SEROZAN, Başak BAYSAL, Kerem Cem SANLI, 4. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

SINGER Mathieu, "Le calcul du dommage de l'art. 97 CO: un point sur les controverses théoriques et les incertitudes pratiques", **Quid? Fribourg Law Review (QFLR),** 2/17, s. 6-9.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1,** 6. (Tıpkı) Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TOLOU Alborz, "Le moment du dommage dans un rapport execution only", **Quid? Fribourg Law Review (QFLR),** 1/15, s. 7-10.

VENTURI Silvio, "Art. 184-215 CO", **Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Commentaire,** Eds. Luc THEVENOZ, Franz WERRO, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2003.

VILLA Marco / LE FORT Julien, "Opération boursière manquée, dommage!", **allnews - La finance suisse dans l'e-media,** 4 oct 2021, https://www.allnews.ch/content/réglementation/opération-boursière-manquée-dommage (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

WEBER Rolf H. / EMMENEGGER Susan, **Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar,** 2. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020. ("BerKom.")

WERRO Franz, **La responsabilité civile,** 2. Ed., Stämpfli, Bern, 2011.

YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

***Yararlanılan web siteleri** (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023):*

https://www.bger.ch.

https://www.isbank.com.tr/blog/valor-nedir-nasil-hesaplanir.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 523-548

TEMİNAT AMAÇLI TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER(*)

Doç. Dr. **Kadir Berk KAPANCI**(**)

Öz: Bir tür ön sözleşme özelliği gösteren taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden, uygulamada teminat amacıyla da yararlanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede genellikle bir tüketim ödüncü sözleşmesi çerçevesinde geri ödemesi borçlanılan bir miktar paranın teminatı olarak, ödünç veren ve ödünç alan (veya duruma göre ilgili taşınmazın maliki konumunda olan bir başka üçüncü kişi) arasında bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdedilmekte, bu sözleşmede de satış vaadinde bulunanın taşınmazla ilgili satışı gerçekleştirme borcunun vadesi, bizzat ödünç konusunun (duruma göre faiziyle) ödünç verene iade edileceği tarihe isabet ettirilmektedir. Yine söz konusu teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinde, taşınmazının satışını gerçekleştirmeyi vaad edenin (yani ödünç alanın), ilgili tarihe kadar belirli bir miktar parayı (dönme cezası) -geri- ödeyerek (bu tutar tam olarak tüketim ödüncü sözleşmesindeki ödünç konusuna ve varsa ona eklenecek anapara faizine karşılık gelmektedir) sözleşmeden dönebileceği de bir yan kayıt olarak öngörülmektedir. Anılan teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerin geçerlilikleri öğreti ve uygulamada ciddi biçimde tartışma konusu edilmiş, ilgili bağlamda farklı eksenlerde görüşler ileri sürülmüştür. İşbu çalışmamız, ilgili tartışmada alınması en isabetli olacak tavrın, gerekçeleriyle ortaya konulmasına odaklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Ön Sözleşme, Tüketim Ödüncü Sözleşmesi, Teminat İşlemi, Lex Commissoria Yasağı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 08.04.2023.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-6540-5872; *kapancib@mef.edu.tr*).

THOUGHTS ON THE VALIDITY OF PRELIMINARY REAL ESTATE SALES CONTRACTS FOR SECURITY PURPOSES

Abstract: It is a fact that preliminary contracts for real estate sales are used for security purposes in the legal practice. In such a transaction, a preliminary sales contract is concluded between the lender and the borrower (or, as the case may be with another third-party which is the owner of the related real estate), providing a security for the repayment of the loan amount by the borrower. In case where the said repayment is not effectuated, a sales contract between the parties will enter into effect, and following that the borrower (or the third-party owner) will have to transfer the ownership of the related real estate to the lender. That way the lender will obtain satisfaction with regard the loan repayment. Usually, such preliminary contracts also contain clauses which stipulate that in case the borrower will be properly able to repay the loan amount with its due interest (this will correspond to the so-called "termination penalty" under the preliminary sales contract), he will be entitled to a right to terminate the contract. The validity of the aforementioned promises is highly debated in the legal literature and practice. Different opinions have been put forward in this discussion. Accordingly, this article focuses on what will be the most appropriate solution of the problem, along with its due justification.

Keywords: Preliminary Contract for Real Estate Sale, Preliminary Contract, Loan Contract, Security Transaction, Prohibition of Lex Commissoria.

I. GİRİŞ VE SORUNUN ORTAYA KOYULMASI

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi *(Promesse de vente immobilière (/d'immeuble) / Vorvertrag zum Grundstückkauf, Grundstückskaufvorvertrag),* ağırlıklı düşünceye göre, hukuki niteliği itibariyle bir ön sözleşmedir[1] *(Vorvertrag / Précontrat, Promesse de contracter).* Hukuki işlem olarak genel tarifi yapılacak olursa da ön sözleşme, işlem taraflarından birine veya her ikisine[2] (karşılıklı olarak) ileride bir asıl sözleşmenin *(Hauptvertrag /*

---

[1] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi,** Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 44 vd., 67 vd.; OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku,** 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, N. 1469; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I,** 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 691-692; SİRMEN A. Lâle, **Eşya Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 363; AYRANCI Hasan, **Ön Sözleşme,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 53; SEZER Ahmet, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi", **Terazi Hukuk Dergisi,** Cilt 15, Sayı 50, Şubat 2019, s. 367-380, s. 368, 372.

[2] Bu konuda bkz. KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts,** 4. Aufl., Stämpfli, Bern, 2017, N. 22.19; SCHWENZER Ingeborg / FOUNTOULAKIS Christiana, **Schweizerisches Obligationen-**

Contrat principal) yapılmasını borcunu yükleyen bir borçlandırıcı işlemdir[3] (Ayrıca bkz. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu[4] ("TBK") m. 29).

Hakların devrinde temelde ayrılık ilkesinin benimsendiği Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde, ön sözleşmenin bir kurum olarak gerekliliğine biraz kuşkuyla bakılabilir[5]. Bununla birlikte, Türk Hukuku özelinde bu türden bir hukuki yapıya, konu taşınmazların devri olduğunda sıklıkla başvurulmaktadır[6]. Öyle ki taşınmazların devriyle ilgili tapu sicilinde gerçekleştirilen işlemlerin, birbirlerinin ardı ardına, bu alanda sanki birlik ilkesi benimsenmişçesine iç içe geçmiş şekilde yapılması, diğer bir deyişle borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasında -ister istemez- fiili bir birlikteliğin bulunması, taşınmaz satış vaadini hukuk sistemimiz dahilinde özel bir yere oturtmaktadır. Zira işbu şekilde, bir borçlandırıcı işlem teşkil eden satış sözleşmesi üzerinden taşınmaz mülkiyetini devir taahhüdü tek başına yapılamasa da, istenen amaca dolaylı yoldan -bir adım geriden, taşınmaz satış vaadi sayesinde- ulaşılabilmiş olmaktadır. Gerçekten de, işlem anında bir başkasına ait bulunan yahut da henüz ayrı bir hukuki varlık kesbetmemiş (*bu bağlamda özellikle bir taşınmazın henüz ifraz işlemlerinin tamamlanmamış olduğu aşamadaki münferit parçaları veya bu taşınmaz üzerinde bir binanın inşasını takiben oluşturulacak kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler düşünülsün*) herhangi bir taşınmazın borçlandırıcı işleme konu edilebilmesi, ancak ilgili yol üzerinden mümkün olabilmektedir.

---

recht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020, N. 26.05; GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / SCHMID Jörg, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I,** 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020, N. 1076; KRAMER Ernst A., **Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/2/1a,** Stämpfli, Bern, 1991, Art. 22 OR, N. 74; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1473; SİRMEN, s. 364.

3 KOLLER, N. 22.07; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.05; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1076, 1077, 1082; KRAMER, **BerKom.,** Art. 22 OR, N. 73; GEISSBÜHLER Grégoire, **Le droit des obligations, Volume 1: partie générale,** LaPD - La Pratique du Droit, Schulthess, Zürich, 2020, N. 412; DOĞAN Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi),** Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 51; AYRANCI, s. 31, 40 vd.; HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 120.

4 Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

5 Nitekim bu konuda ileri sürülen düşünceler için özellikle bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.06; KRAMER, **BerKom.,** Art. 22 OR, N. 79 vd.; DOĞAN, s. 34-35; AYRANCI, s. 66.

6 AYRANCI, s. 63; HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 54-55.

Bu arada ön sözleşmenin genel tanımını yapan TBK m. 29, ikinci fıkrasında da bu türden bir sözleşmenin ileride kurulacak asıl sözleşmenin şekline tabi olacağını belirtir[7]. İşbu hüküm uyarınca da bir an için bu sözleşmenin taşınmaz satışıyla aynı şekilde (ayrıca bkz. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu[8] ("TMK") m. 706 f. 1, TBK m. 237, 2644 Sayılı Tapu Kanunu[9] ("Tapu Kanunu") m. 26 f.1) tapu sicilinde[10] yapılması gerekeceği ileri sürülebilir, oysa Noterlik Kanunu m. 60 f.1 b.3, 89 (ve yine bkz. Tapu Kanunu m. 26 f.7) bu konuda uygulamanın ihtiyacını karşılayacak özel bir istisna öngörmüş, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterde de yapılabilmesine imkân vermiştir[11,12].

Yine bir diğer önemli nokta ise şudur: Taşınmaz satış vaadinden doğan - ileride bir taşınmaz satışı sözleşmesi yapılmasına yönelik alacak hakkının tapu siciline şerh edilmesi de mümkündür[13] (Bkz. Tapu Kanunu m. 26 f.7). Hatta bu şerh bakımından kişisel hakların şerhinde normal şartlarda özel

---

7 KOLLER, N. 22.27; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.05; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1085; KRAMER, **BerKom.,** Art. 22 OR, N.113 vd.; GEISSBÜHLER, N. 413; DOĞAN, s. 153; AYRANCI, s. 58-59; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 687; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 55; SEZER, s. 373.

8 Resmî Gazete Sayı: 24607, Tarih: 8 Aralık 2001.

9 Resmî Gazete Sayı: 2892, Tarih: 29 Aralık 1934.

10 Durum böyle olmakla birlikte, uygulamada tapu sicilinde bu işlemin yapılmasında bizatihi (yersiz) zorluklarla karşılaşıldığı konusundaki haklı eleştirileri için ayrıca bkz. ÖZMEN Etem Saba, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", **Ankara Barosu Dergisi,** 2022/4, s. 502-540, s. 516.

11 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1470-1471; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 688; SİRMEN, s. 363; ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 381; AYRANCI, s. 55-56; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 55; SEZER, s. 373.

12 Bu arada 23.06.2022'de Resmî Gazete'de yayımlanan 7413 sayılı kanun aracılığıyla yapılan değişiklik ile (ayrıca yine bu konuda bkz. 32070 sayılı ve 11.01.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan *"Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"*), düzenleme henüz yürürlüğe girmiş olmamakla birlikte (*bkz. Noterlik Kanunu geçici m. 21 f.2 ve bu maddeyi değiştiren 6616 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'na göre ilgili düzenlemeler 01.07.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir*), Noterlik Kanunu'nda (bkz. m. 61/A f.1) noterlere doğrudan taşınmaz satışı işlemi düzenleme yetkisi de verilmiştir. Ne var ki, noterlerin gerçekleştirecekleri satış işlemleri özelinde, noterin sadece halihazırda var olan bir taşınmazın maliki tarafından satılabilmesine yönelik bir borçlandırıcı işlemi kurgulayabilecek olması ve akabinde tapu sicilinde tamamlanacak tasarruf işlemi aşamasının da bir kısmına katılması (özel olarak bkz. m. 61/A f.4'te "*yevmiye numarası alınarak işlemin tapu bilişim sistemine kaydı*") hususları gözetildiğinde, satış vaadi sözleşmesine duyulan özel ihtiyacın, eski durumda olduğu suretle devamlılık göstereceği açıktır.

Bu son konuda (noterlere taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmesine ilişkin yeni düzenleme) genel ve kapsamlı bilgi için özellikle bkz. ÖZMEN, s. 532 vd.

13 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1475; SİRMEN, s. 367; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 120; SEZER, s. 373-375; GÜNAY, s. 71 vd.

olarak aranan, i) şerh (yan) anlaşmasının (*taşınmaz satış vaadi yapıldığında, buna eşlik eden bir şerh yan anlaşmasının da varlığının asıl olduğu kabul edilmektedir)* ve ii) (malikin[14]) şerh talebinin özel olarak aranmaksızın, sözleşmenin taşınmaz maliki karşısındaki diğer tarafının da doğrudan tapu siciline[15] başvurarak şerh talebinde bulunabilme yetkisiyle donatılmış olması (*nitekim bu yetki esasen malikin tasarruf yetkisinin temsili olarak malik karşısındaki satış vaadi alacaklısı tarafından kanun gereği kullanılabilmektedir; bu yetkinin kanun tarafından verilmiş (sağlanmış) bir tür temsilci yararına temsil yetkisi olduğu söylenebilir*[16]) da sözleşmeye ciddi anlamda avantajlı bir özellik kazandırmaktadır[17,18]. Öyle ki, bu suretle şerh edilen bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, lehtarına yalın bir alacak hakkının ötesinde (şerhin etki süresi olan 5 yıl boyunca[19]) kuvvetlendirilmiş bir nispi hak sağlamakta, onu -ağırlıklı görüşe göre şerhle birlikte doğacağı kabul edilen- kişisel hakların şerhinin eşyaya bağlı borç etkisiyle munzam etkisinden istifade ettirmektedir[20,21].

---

[14] Belirtilmelidir ki, Tapu Kanunu m. 26 f.7'nin devreye girebilmesi için taşınmaz satış vaadinin ileride taşınmaz satıcısı konumunda olacak tarafının malik olması şarttır. Bu konuda bkz. ÖZEN Burak, "Elbirliğiyle Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016,** Eds. Tufan ÖĞÜZ, Baki İlkay ENGİN, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 131-150, s. 146. Somut inceleme konumuz bağlamında, teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi kurgusunda teminatı sağlayan kişinin malik olması, işin özelliği gereği zaten asıldır.

[15] Bu arada, yine 23.06.2022'de Resmî Gazete'de yayımlanan 7413 sayılı kanun aracılığıyla yapılan değişiklikle, Noterlik Kanunu m. 60 f.1 b.3 uyarınca, bu düzenlemenin 01.07.2023'te yürürlüğe girmesiyle birlikte, noterler de harç ve giderlerinin ödenmesi şartıyla tapu bilişim sistemi üzerinden tapu siciline şerh kaydı düşebileceklerdir.

[16] Bu konuda ayrıca bkz. ve karş. ÖZEN, s. 145-146.

[17] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1475; ÇETİNER, s. 381.

[18] Bu arada taraflar, yapacakları bir düzenlemeyle Tapu Kanunu m. 26 f.7 düzenlemesini etkisiz bırakabilirler, (ileride alıcı konumunda olması planlanan) satış vaadi alacaklısının kendi başına şerh talebinde bulunabilme yetkisini kaldırabilirler. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZEN, s. 145-146.

[19] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1476; SİRMEN, s. 367; GÜNAY, s. 74.

[20] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1476; SİRMEN, s. 367.

[21] Bu arada Yargıtay uygulamasında -eleştiriye ciddi şekilde matuf biçimde- şerh bile edilmeksizin önceki işlem tarihli satış vaadi sözleşmelerine başka işlemler (bazı durumlarda işlem tarafı önceki satış vaadini biliyor veya bilebilecek durumda (iyiniyetli) ise, bazı durumlarda ise sadece tarihsel önceliğe önem vererek) karşısında öncelik verildiği, bu anlamda eşya hukukunda ayni haklar bakımından cari olan ve *"Prior in tempore, potior in iure"* (Zaman bakımından önce olan meydana getirdiği etki itibariyle daha kuvvetli olur) deyişinde somutlaşan zamansal öncelik ilkesinin burada da isabetli olmayan şekilde uygulandığı görülmektedir.

Bu konuda örnek olarak bkz. **Yarg. 14. HD, 29.06.2010, 4891/7428:** *"Belirtilen ilke, TMK'nun 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet*

Bütün bunlara bir de Yargıtay'ın da benimsediği[22], satış vaadi sözleşmesinin yerine getirilmediği bir kurguda açılacak davanın tek seferde "*çift ma-*

veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde hükme bağlanmış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddede "bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplam düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. / Somut olayda; kayıt sahibinin mülkiyeti, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan hakkın bertaraf edilmesi kastiyle ve kötü niyetle kazandığı ileri sürüldüğünden, malikin ayni hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadığının araştırılması zorunludur. Burada, satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilip edilmediğinin önemi yoktur. Önemli olan, mülkiyet hakkı sahibinin satış vaadi sözleşmesini bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının saptanmasıdır. / Böyle olunca, taraflardan davacının kötü niyet iddiasına karşı delilleri istenip toplanmalı ve davalının durumu Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesi çerçevesinde değerlendirerek bir sonuca ulaşılmalıdır." (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

Yine bkz. **Yarg. 13.10.1988, 4244/6494: "***Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medeni Kanunun 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyan olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı S.`ye yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup asli müdahil ve davacı durumunda olan İ.`ye yapılan satış ise bundan daha öncesine ait ve 6.3.1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İ.`ye yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile S.`nin davasının kabulü isabetli görülmemiştir."* (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

22 Bu konuda Yargıtay'ın yakın tarihli şu karar örnekleri gösterilebilir:

Yarg. 14. HD, 09.04.2018, 10943/2787: *"Kaynağını Türk Borçlar Kanunu'nun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir."* (www.lexpera.com, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

Yarg. 14. HD, 16.01.2012, 15524/278: *"Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir."* (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

Yarg. 14. HD, 13.03.2007, 1266/2679: *"Dava, satış vaadi sözleşmesine dayanan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706 (önceki Medeni Kanun 634) ve Noterlik Kanununun 89. madde hükümleri uyarınca noter*

hiyetli hüküm" etkisi *(yakından incelendiğinde, bu kararlar dahilinde teorik anlamda bir yanda satış sözleşmesinin yapılmasına yönelik irade beyanına mahkûmiyet hükmü diğer yanda satış sözleşmesinin ifasına ilişkin tescile zorlama hükmü (TMK m. 716) ardı ardına veriliyor denilebilir*) de eklendiğinde taşınmaz satış vaadinin işlevselliği, dava neticesinde satış vaadi alacaklısına taşınmazın mülkiyetini tescilsiz olarak iktisap edebilme olanağını sunmaktadır[23,24]. Diğer bir deyişle bu dava neticesinde alınacak karar, satış vaadi alacaklısını doğrudan taşınmazın maliki haline getirecek, ancak onun taşınmaz üzerinde rahatça tasarruf edebilmek için de yine TMK m. 705 f.2 uyarınca gerekli açıklayıcı tescil kaydını yaptırması gerekecektir[25].

Taşınmaz satış vaadinin olağan amacının dışında, teminat amacıyla kullanılabilmesi de pekâlâ gündeme gelebilmektedir, özellikle tüketim ödüncü (karz) sözleşmelerinden (bkz. TBK m. 386 vd.) doğan ödünç alacaklarının

---

önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaad alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716 (önceki Medeni Kanun 642) maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir." (www.hukukturk.com, Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

23 Ayrıca bu yönde yine bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Satış Vaadi,** s. 161; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 695; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 120-121; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 56; SEZER, s. 368. Aksi yönde bir görüş *(satış vaadi ile satış arasında fark gözetilmek suretiyle, satış vaadi sözleşmesinin ifası için açılacak davada sadece satış sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade beyanına mahkûmiyet hükmü verilmesi gerekeceği)* için de yine bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1477.

Yine bu konuda ayrıca ve genel olarak bkz. DOĞAN, s. 171 vd.; AYRANCI, s. 179 vd.; SİRMEN, s. 365-367.

24 Konu özelinde benzer bir tartışma İsviçre Hukuku'nda da mevcuttur. Buna göre, ön sözleşmenin ifası için açılacak davanın etkisiyle ilgili olarak tek aşama *(Einstufentheorie / Théorie de procédé en une seule étape)* ve iki aşama *(Zweistufentheorie / Théorie de procédé en deux étapes)* teorileri ileri sürülmektedir. İki aşama teorisinde, ön sözleşmenin ifası için açılacak dava, salt satış sözleşmesinin kurulmasını sağlarken; tek aşama teorisinde, Yargıtay'ın da kararlarında benimsediğine benzer biçimde, çift etkili bir hükmün verilmesi (hem ön sözleşmenin hem de asıl sözleşmenin ifasına hükmedilmesi) söz konusudur. Daha önceleri (Örnek olarak bkz. BGE 31 II 640, E. 5) iki aşama teorisini etmiş olan İsviçre Federal Mahkemesi de konuyla ilgili son dönemdeki içtihatlarında (Örnek olarak bkz. BGE 118 II 32, E. 3c) tek aşama teorisini benimsemektedir. İlgili tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için özellikle bkz. KOLLER, N. 22.29-22.31; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 26.09; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1087 vd.; KRAMER, **BerKom.,** Art. 22 OR, N. 119 vd.; GEISSBÜHLER, N. 415-416; DOĞAN, s. 169 vd.; AYRANCI, s. 179-180.

25 Anılan durumda, bu içtihattaki düşüncenin kabulüyle, satış vaadi ile satış arasında herhangi bir farklılığın kalmadığı, dolayısıyla yapılan işlemin (her ne kadar adı "satış vaadi" olsa da) satıştan başka bir şey olmadığı konusundaki düşünceleri için bkz. SUNGURBEY İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi,** Sermet Matbaası, İstanbul, 1963, s. 8 vd.; ÖZMEN, s. 517.

temin edilmesinde bu sözleşmeden daha farklı bir düzlemde fayda sağlanmaktadır[26,27]. Bunun için taraflar arasındaki tüketim ödüncü sözleşmesinin yanı sıra teminat amaçlı bir satış vaadi sözleşmesi kurgulanmaktadır. Şöyle ki;

Sözü edilen satış vaadi sözleşmesi, ödünç alan kişi kendisine ait bir taşınmazıyla ilgili olarak akdedilmekte ve ödünç veren tarafından ödünç alana verilen ödünç para[28] tutarını kapsayacak ve taşınmazın piyasadaki gerçek değerine karşılık gelecek (daha yüksek) bir değer, satış vaadi sözleşmesindeki alıcının (yani ödünç verenin) ödeyeceği "satış bedeli" olarak gösterilmekte (bu arada kredi tutarına karşılık gelecek para da, işin mahiyetine uygun olacak

---

26 ÇETİNER, s. 378; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 121.

27 Yine benzer bir teminat sağlama amacına hizmet eden ikinci bir atipik kurgu da, geri alım hakkının eşlik ettiği teminat amaçlı satış sözleşmeleridir. Bu durumda teminat alanla bir taşınmaz satış sözleşmesi akdedilmekte ve taşınmaz mülkiyeti bu kişiye aktarılmakta, teminat altına alınan alacak zamanında karşılanırsa da teminat verenin yine sözleşme dahilinde öngörülen geri alım hakkını kullanarak taşınmazı gerisin geri elde edebilmesi sağlanmaktadır. Bu kurguda teminat amaçlı taşınmaz satış vaadine göre en bariz farklılık, teminat alanın doğrudan taşınmaz mülkiyetini elde edebilmesinde kendisini gösterir. Teminat amaçlı taşınmaz satış vaadinde ise, teminat alan ilk planda ileride bu taşınmazı konu alan bir satış sözleşmesi yapılmasını isteme yetkisi veren bir alacak hakkını (duruma göre şerh de edilebilecek) kazanmaktadır. Dolayısıyla, teminat alanın durumunun teminat amaçlı taşınmaz satış vaadinde diğer ikinci kurguya daha zayıf olduğu ifade edilebilir. Geri alım hakkının eşlik ettiği teminat amaçlı satış sözleşmeleri hakkında bilgi için özellikle bkz. NOMER Haluk Nami, "Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2007-2015, s. 2007 vd.; GÜZEL Pınar, "Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 11(1), 2020, s. 242-259, s. 277-278; ÇETİNER, s. 377-378; KUNTALP Erden, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", **İnan Kıraç'a Armağan,** Galatasaray Üniversitesi Yayınları - 1, İstanbul, s. 151-162, s. 157, 159; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 121-122.

28 Eğer salt ödünç verilen para ve buna eklenecek anapara faizi "satış bedeli" olarak öngörülmüş ve bu değer de taşınmazın gerçek değerinin altında kalmışsa, aşağıda **(III)** altında ayrıntılarıyla izah edeceğimiz üzere, katıldığımız görüş dahilinde ortada kıyas yoluyla uygulama alanı bulacak TMK m. 873 f.2'deki *lex commissoria* yasağına açık bir aykırılığın bulunacağı açıktır. Böyle olduğunda, ilgili yasak gereği yapılan sözleşme doğrudan kesin hükümsüz addedilecektir. Ne de olsa, resmi şekle yansıtılması gerekli bulunan satış bedeli tutarının, daha yüksek bir tutar olan taşınmazın gerçek değerine tamamlanması hukuken mümkün olamaz. Çalışmamızın devamındaki açıklamalarımız temelde bağlı metinde verilen örnek üzerinden şekillendirilmektedir.

Buna karşılık, HELVACI İlhan, (**Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı,** Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 143; **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s. 268), TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (s. 693), SİRMEN (s. 365) ve ÇETİNER (s. 379) açıklamalarında temel itibariyle, bağlı metindekinden ziyade bu dipnotta belirttiğimiz hukuki kurguyu (satış bedelinin ödünç verilen para ve buna eklenecek anapara faizi olarak belirlendiği) esas almaktadırlar. Yine bu yönde bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 121.

biçimde, ödünç verence (şartları gerçekleştiğinde kurulacak satış sözleşmesindeki alıcı) karşı tarafa (şartları gerçekleştiğinde kurulacak satış sözleşmesindeki satıcıya) peşin olarak ödenmekte veya en azından ödeneceği kararlaştırılmakta); satış vaadinde bulunanın taşınmazla ilgili satışı gerçekleştirme borcunun vadesi de, bizzat ödünç konusunun (duruma göre faiziyle) ödünç verene iade edileceği tarihe isabet ettirilmektedir. Yine söz konusu satış vaadi sözleşmelerinde, taşınmazının satışını gerçekleştirmeyi vaad edenin (yani ödünç alanın), ilgili tarihe kadar belirli bir miktar parayı (dönme cezası) -geri-ödeyerek (bu tutar tam olarak ödünç sözleşmesindeki ödünç konusuna ve varsa ona eklenecek anapara faizine karşılık gelmektedir) sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Ödünç alan (şartları gerçekleştiğinde kurulacak satış sözleşmesindeki satıcı) ilgili dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir ve ilişkiden bu şekilde sıyrılıp taşınmazına sahip çıkabilir[29]. Alternatif olarak, son tahlildeki ilgili para tutarının ödenmesi, işlemde iradi bir bozucu şart olarak da öngörülebilir, bu şekilde hareket edilirse de sözleşme para tutarının ödenmesiyle birlikte ödünç alan (şartları gerçekleştiğinde kurulacak satış sözleşmesindeki satıcı) tarafından sözleşme dönme beyanında bulunulmasına da lüzum olmaksızın kendiliğinden ileriye etkili biçimde sona erecek, böylece ödünç alan da bu konudaki yükümlülüğünden kendiliğinden sıyrılmış olacaktır[30]. Görüldüğü üzere, hangi kurgu benimsenirse benimsensin, burada kanunda yer verilen tipik bir işleme, deyim yerindeyse kanunda onun için öngörülmeyen atipik bir amaçla başvurulmaktadır.

Şimdi bir de örnek vererek somutlaştıralım:

Tacir (A) (ödünç alan), (B) Bankası'ndan (ödünç veren) 01.02.2023 tarihinde 10.000 TL tutarında bir ticari bir kredi alsın. (A), bu krediyi 01.07.2023 tarihinde, aylık %1 faiziyle geri ödeyeceğini taahhüt etsin[31]. Bu

---

[29] Bu konuda ayrıca bkz. ÇETİNER, s. 378-379; HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 143; ORTA Elif, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 64-65; SİRMEN, s. 365.

[30] ORTA, s. 65; ÇETİNER, s. 380; BUDAK Ali Cem, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip,** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2018, s. 75-76.

[31] Bu durumda yıllık anapara faizi oranı %12'ye karşılık gelmiş olur. Bilindiği üzere, TBK m. 88 ve 3095 Sayılı Faiz Kanunu m. 1 dikkate alındığında, anapara faizi bakımından söz konusu olabilecek en yüksek faiz oranının %13,5'tir. Her iki tarafın da tacir olduğu kurgularda faiz sınırlamasının devrede olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda özellikle bkz. YILMAZ Abdülhamit, **Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Uygulanan Faiz Oranlarının Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120 Işığında Değerlendirilmesi,** E-kitap, Aristo Yayınevi, 15.02.2022, s. 26 vd. Örnekte, ilgili tartışmaya girilmemesi bakımından, doğrudan bu sınıra itibar edilmiş bulunulmaktadır.

durumda 01.07.2023 tarihinde (A)'nın (B)'ye geri ödeyeceği toplam tutar: 10.000 (ana para) + ((10.000 x 0,01 x 6) (ana para faizi)) = 10.600 TL'dir.

(A), aynı gün (01.02.2023) bu borcunun teminatı olarak (B)'yle, sahip olduğu bir taşınmaza ilişkin olarak ise, 100.000 TL'lik satış bedeli (dolayısıyla (B)'nin peşin olarak ödediğinin kabul edildiği 10.000 TL'lik değeri de kapsayacak biçimde) karşılığında, taşınmazıyla ilgili olarak tapuda 01.07.2023 tarihinde gerekli satış işlemini yapmayı taahhüt etsin. Bunun yanında ilgili sözleşme kapsamında (A)'ya 10.600 TL'lik dönme cezasını ödemesi kaydıyla 01.07.2023 tarihine kadar sözleşmeden dönme hakkı verilmiş olsun. Bu arada (B), Tapu Kanunu m. 26 f.7'ye dayanarak satış vaadi sözleşmesini şerh de ettirsin.

(A), 01.07.2023'e gelindiğinde 10.600'lik dönme cezasını ödemiş ve sözleşmeden dönmüşse, sözleşme bağından kurtulacak; aksi durumunda (B) ile tapuda gerekli satış sözleşmesini yapması (ve tabii yukarıda da belirtildiği üzere tapu siciline adeta fiilen hâkim olan birlik ilkesi gereği bu işlemi, tescil talebi ve tescilden oluşacak tasarruf işlemi izleyecektir) gerekecektir. (A) bunu yapmadığı takdirde de (B), yukarıda bahsedilen çift etkili hükümle sonuçlanacak davayı açacak ve doğrudan taşınmazın maliki haline gelecektir.

Öğreti ve uygulamada bu kurgudaki işlemlerin (özellikle taşınmaz satış vaadinin) geçerliliğiyle ilgili tartışmalar yapılmış, farklı gerekçeler üzerinden değişik görüşler serdedilmiştir. Aşağıda öncelikle bu görüşleri, gerekçe ve getirileriyle birlikte ele alacak (**II**), akabinde ise bu görüşleri teker teker değerlendirip son olarak da konuyla ilgili kendi görüşümüzü belirteceğiz (**III**).

II. TEMİNAT AMAÇLI TAŞINMAZ SATIŞ VAADİNİN GEÇERLİLİĞİ BAĞLAMINDA ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1. Sözleşmenin Muvazaa Nedeniyle Geçersiz Olacağını Savunan Görüş

İlk olarak ileri sürülen görüş, ki bu görüşe özellikle aşağıda örneklerine yer verilecek Yargıtay içtihatlarında rastlanmaktadır, taraflar arasındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesini muvazaa (nispi / mevsuf / nitelikli muvazaa) nedeniyle kesin hükümsüz addetmektedir. İlgili görüşe göre, söz konusu kurguda taraflar arasında iki farklı işlem yapılmakta, bu işlemlerden bir tanesi taraflar arasında kalmakta ve gizlenmekte, diğeri ise gizlenen işlemi başka bir işlem gibi göstermekte, adeta ona *"makyaj yapmaktadır"*. Devam edecek olursak, ilgili kurguda gizlenen işlem ödünç sözleşmesi, dışarıdan

görünürlüğü olan ve tarafların gerçek iradeleri yansıtmayan ikinci işlem ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bilindiği üzere nispi muvazaa kurgusunda, görünen işlem ağırlıklı görüşe göre muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz, gizlenen işlem ise, eğer tüm geçerlilik gereklerini sağlayabiliyorsa geçerlidir. Nitekim somut inceleme olasılığında da, görüşü savunanlara göre taşınmaz satış vaadi kesin hükümsüzdür ve sonuç doğurmaz, buna karşılık ödünç sözleşmesi hüküm ifade edebilir[32,33].

Aşağıda bu yöndeki yakın tarihli Yargıtay kararlarından bazı örneklere (ilgili kısımlar doğrudan alıntılanmak suretiyle) yer verilecektir:

- ***Yarg. 14. HD, 05.06.2008, 1867/7303***[34]***:*** *"Gerçekten, bir sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak hüküm ve sonuç meydana getirmesi için gerçek niteliği bakımından satış vaadi sözleşmesi olarak kurulmuş olması gerekir. Yoksa, sözleşmenin salt bu görünümü taşıması yeterli değildir. Örneğin; taşınmaz satış sözleşmesinin aslında bağış, karz veya teminat amacıyla yapılması her zaman olanaklıdır. Bunun gibi bir taşınmaz mülkiyetinin ileride geçirilmesi amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmış, buna rağmen gerçekte teminat amacı güdülmüşse vaat borçlusu ile vaat alacaklısı arasında yapılan bu işlem muvazaadır. Muvazaa, kaynağını Borçlar Kanununun 18. maddesi hükmünden alır. Anılan hüküm, "bir akdin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek sevhen, gerek akitteki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır. Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunmaz" şeklindedir. Bir tanımlama yapmak gerekirse muvazaa kısaca; irade ile beyaan arasında kasten yaratılan aykırılıktır. Muvazaada tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak maksadı vardır. Burada, irade açıklamasında bu-*

---

32 Bu yönde bkz. SURLU Mehmet Handan, **Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi - Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları,** Seçkin Yayınları, İstanbul, 2014, s. 467; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 694.

33 Bkz. ve karş. HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir (**Eşya Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 619) ise, muvazaa iddiasında tereddüt edilebileceğini belirtmekte, ortada bir kanuna karşı hilenin bulunup bulunmadığının ise her olasılıkta araştırılması gerektiğine işaret etmektedirler.

34 www.legalbank.net (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

lunan taraf ile diğer taraf yani kendisine irade açıklanan taraf, irade açıklmasının hüküm ve sonuç doğurmaması sonucunda anlaşmış, yalnız üçüncü kişilere karşı gerek bir hukuki işlemin var olduğu görünüşü yaratmak istemiştir."

- ***Yarg. HGK, 10.11.2004, 14-464/588***[35]***:*** *"Davalı tarafın muvazaa savunmasını doğrudan kanıtlamaya elverişli, karşı taraftan sadır olmuş yazılı bir kanıtı yoktur. Ancak, muvazaa iddiasının tamamen ispatına yetmemekle beraber, bunun vukuuna delalet eden ve karşı taraftan sadır olmuş yazılı delil başlangıcı niteliğinde belgeler bulunduğu gibi muvazaa iddiasının doğruluğunun kabulünü gerektiren eylemli karineler bulunmaktadır. Şöyle ki; davalı satıcının kocası tarafından keşide edilip davacı tarafından tahsile ve takibe konu edilen çekler, davacı tarafından davalının kocasına muhtelif tarihlerde yapılan havaleler, K...'daki taşınmazlar dışında G..., Y..., E..., B... gibi değişik yerlerdeki pek çok taşınmazın davalı veya kocası tarafından ya tapudan ya da satış vaadi sözleşmeleri ile davacıya satılmış bulunması, bunların bir kısmının muhtemelen ödeme sonucu feshedilmesi veya tapudan satış suretiyle iade edilmesi, hatta bir kısım taşınmazların davalının kocası X'e iade edileceğine dair davacı tarafından 6 Mayıs 1998 ve 13 Mayıs 1998 tarihli belgeler verilmesi muvazaanın mevcudiyeti yönünden fiili bir karine oluşturmaktadır. Artık muvazaa bulunmadığını ispat yükü davacıya düşer. Davacı yan ise bunu kanıtlayamamıştır. Bu itibarla, cebri tescil isteğinin reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir."*

- ***Yarg. 14. HD, 17.10.2000, 4328/6321***[36]***:*** *"Bir sözleşmenin "gayrimenkul satış vaadi" ne ilişkin hüküm ve sonuçları meydana getirmesi, gerçek niteliği bakımından gayrimenkul satış vaadi olarak kurulmasına bağlıdır. Sözleşmenin salt gayrimenkul satış vaadi görünümü taşıması yeterli değildir. Teminat sözleşmesinin kurulması amaçlanıp da görünüm olarak gayrimenkul satış vaadi biçiminde düzenlenmesi halinde gerçek bir gayrimenkul satış vaadinden söz edilemez. Bu itibarla satış vaadi sözleşmesinin aslında bir teminat sözleşmesi olduğunun anlaşılması durumunda; davacı, bu sözleşmeye dayanarak mülkiyetin kendisine naklini isteyemez. Böyle bir savunma ile taraf muvazaasının ileri sürülmesi durumunda bu konudaki savunmanın yazılı delille kanıtlan-*

---

[35] www.legalbank.net (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

[36] www.hukukturk.com (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

ması gerektiğinde kuşku yoktur. Ne var ki; halin icabına ve hayatın olağan akışına açıkça aykırı durumlar var ise; bu takdirde hayatın olağan akışına ters düşen iddianın bu iddiayı ileri süren tarafça kanıtlanması gerekir. Somut olayda davacının; davalının kredi borcunu kapattığı tarihte davalının taşınmazını satış vaadi ile alması, tapudan alması mümkün iken o yolu seçmemesi ve sözleşmeden sonra üç seneye yakın süre ile dava açmaması hayatın olağan akışına göre sözleşmenin karz akdinin teminatı olarak düzenlendiğini göstermektedir. Artık bunun aksini, yani sözleşmenin gerçek bir satış vaadi sözleşmesi olduğunu davacının kanıtlaması gerekir. Oysa bu husus kanıtlanamamıştır. Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine bazı düşüncelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir."

- ***Yarg. HGK, 18.11.1992, 14-545/697***[37]***:*** *"Somut olayda davalı, davaya cevap dilekçesinden itibaren tüm muhakeme aşamasında, ısrarla, vekili eşi ile davacılar arasındaki gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin gerçek bir satış vaadi olmayıp vekili olarak hareket eden eşinin davacılardan aldığı borç paranın teminatı olarak düzenlediğini savunmuştur. Gerçekten davacıların iddialarına dayanak yaptıkları satış vaadi sözleşmesinde, taşınmazın satış bedeli için tarafların üzerinde anlaştıkları 3.500.000 liranın vaad borçlusu tarafından tamamen alındığı belirtilmiş, ancak sözleşmenin 21.12.1984 tarihinde düzenlenmiş olmasına karşın, bu yerin ferağının 21.6.1985 tarihinde verilmesi öngörülmüştür. Sözleşme tarihi ile ferağ için öngörülen altı aylık süre içerisinde ise, 100.000 TL, 26.000 TL. ve 30.000 TL. bedelli çek tutarları davacı tarafından bankadan tahsil edilmiş, bunlardan 5.3.1985 tarihli ve 100.000 TL bedelli çeke ilişkin banka dekontunda ise açıkça bu paranın davalının eşi X tarafından, davacılardan Y adına yatırıldığı belirtilmiştir. Taraflar arasında başkaca bir hukuki ilişkinin varlığı da kanıtlanabilmiş değildir. Vaad borçlusunun vaad konusu taşınmazın bedelinin tamamını aldığını sözleşmede açıkça belirttikten sonra, vaad alacaklısına aralarında başkaca bir hukuki ilişkinin bulunduğu da kanıtlanamadığına göre, çeklerle para ödemesinin tarafların satış vaadi sözleşmesinde güttükleri amacı belirlemeye etkili ve çok dikkat çekici olduğu kuşkusuzdur."*

---

[37] www.legalbank.net (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

- ***Yarg. HGK, 16.04.1988, 14-608/258***[38]***:*** *"Taraflar arasındaki "Tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 11. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 18.7.1987 gün ve 126-427 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 10.3.1987 gün ve 8440-2023 sayılı ilamı: İ... Noterliğince 30.05.1984, ... sayı ile re'sen düzenlenen ve davaya dayanak yapılan sözleşmede, satıcı X 31.01.1985 gününe kadar satış vaadi bedeli 27 milyon lirayı alıcıya iadeten ödediği takdirde, satış vaadi senedinin geçersiz ve hükümsüz olacağı, taşınmazın satıcıda kalacağı ve tapuda herhangi bir işlem yapılamayacağı koşulu yer almamıştır. Açıklanan bu koşula göre, sözleşme taşınmaz alım ve satımı ile ilgili değildir ve karz akdine ilişkindir. Bu sözleşmeye dayanarak ferağı icbar suretiyle tescil istenemez. Zira Borçlar Yasasının 18. maddesi uyarınca mevsuf muvazaa durumunun varlığı halinde tarafların ciddi olarak istedikleri ve fakat başka muamele arkasında saklandıkları gizli akit geçerli olup tarafların gerçek iradelerine uymayan muamele yeni görünürdeki akit geçersizdir. İzah olunduğu veçhile görünürdeki bu akit satış vaadi sözleşmesi olarak hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. SONUÇ: Bu itibarla, ferağa icbar suretiyle tescil davasının dinlenme olanağı bulunmadığı gözönünde tutularak tescil isteğinin reddi gerekir."*

- ***Yarg. 14. HD, 15.02.1983, 7671/1146***[39]***:*** *"Davacı vekilince inkar olunmayan ve müvekkilinin imzasını taşıyan 1.12.1980 günlü belge karşısında, davaya dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesi bir karz akdidir. Bu nedenle davacı, anılan sözleşmeye dayanarak tapunun 207 ada 3 parsel sayısında kayıtlı taşınmazın mülkiyetinin kendisine nakledilmesini isteyemez. Zira, BK. nun 18. maddesi uyarınca mevsuf muvazaanın varlığı halinde tarafların ciddi olarak istedikleri ve başka bir işlem arkasında sakladıkları gizli akit geçerli olup tarafların gerçek iradelerine uymayan bir durum varmış gibi göstermek amacıyla yaptıkları işlem yani görünürdeki akit hükümsüzdür. Bu bakımdan görünürdeki satış vaadi sözleşmesi taraflar arasında hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz."*

---

[38] www.legalbank.net (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

[39] www.legalbank.net (Son Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

2. Sözleşmenin *Lex Commissoria* Yasağının Dolanılması Amacına Hizmet Etmesi Nedeniyle Geçersiz Olacağına İlişkin Görüş

İkinci olarak ileri sürülen görüş, muvazaa iddiasına katılmamakta, ancak burada geçerlilikle ilgili bir başka sorunun olduğunu ifade etmektedir. Bu sorun rehin hukukuna hâkim olan *lex commissoria* yasağının dolanılmasından ileri gelmektedir. Bilindiği üzere, *lex commissoria* yasağı *(Interdiction de pacte commissoire / Verbot der Verfallklausel)*, rehin teminatında, henüz rehin sözleşmesi yapılırken ve teminat altına alınan alacak hakkı henüz muaccel olmadan, alacak ifa edilmediğinde rehin konusu eşyanın mülkiyetinin teminat alana geçeceğine ilişkin anlaşmaları kesin hükümsüz addeder[40] (TMK m. 873 f.2). Bu görüş, yukarıda belirtilen şekilde kurgulanan teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerini *lex commissoria* yasağına ilişkin bu hükmü dolanmakla (kanuna karşı hile) itham eder ve bu nedenle yapılan işlemin kesin hükümsüz olacağını belirtir[41].

---

[40] *Lex commissoria* yasağının genel getirisi ile ilgili olarak ayrıca bkz. HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 7 vd.; DUBOIS Thierry, "Art. 812-823 ZGB", **Code civil II: Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. fin. CC, Commentaire Romand,** Eds. Pascal PICHONNAZ, Bénédict FOËX, Denis PIOTET, Helbing & Lichtenhahn, 2016, Art. 816 CC, N. 2, 15 vd.; SCHMID-TSCHIRREN Christina, "Art. 816 ZGB", **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 816 ZGB, N. 8 vd.; SCHMID-TSCHIRREN Christina, "Art. 793-823 ZGB", **Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basler Kommentar,** Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art. 816 ZGB, N. 13 vd.; FASEL Urs, "Art. 816 ZGB", **Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,** 3. Aufl., Hrsg. Peter BREITSCHMID, Alexandra JUNGO, Schulthess, Zürich, 2016, Art. 816 ZGB, N. 3; DÜRR David / ZOLLINGER Daniel, **Zweite Lieferung, Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2,** Zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Peter GAUCH, Jörg SCHMID, Schulthess, Zürich, 2013, Art. 816 ZGB, N. 159 vd.; KUNTALP, s. 153 vd.; YÜCE Halil Ahmet, "Lex Commissoria Yasağı", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Aralık 2017, Cilt 5, Sayı 2, s. 191-203, s. 191 vd.; KURT Fatma, "Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi ile İlişkisi)", **İstanbul Barosu Dergisi,** Cilt 82, Sayı 1, Yıl 2008, s. 129-154, s. 129 vd.; BOZTAŞ Nevzat, "Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 4 (2), Güz 2017, s. 209-252, s. 209.

[41] Bu görüşte bkz. HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 147 vd., 155 vd.; **İpotek,** s. 267; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme,** Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 389 vd.; BUDAK, s. 78-79; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 55.

3. Sözleşmede Kararlaştırılan Satış Bedelinin Taşınmazın Gerçek Değerine Karşılık Gelip Gelmediğine Göre Geçerlilik Bakımından Ayrım Yapan Görüş

Son olarak ileri sürülen üçüncü bir görüş ise, burada yine muvazaa olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durumun bulunmadığına işaret eder; buna karşılık ikinci görüşten farklı olarak da yapılan teminat amaçlı taşınmaz satış vaadinin *lex commissoria* yasağına herhangi bir aykırılık gösterip göstermediğiyle ilgili şöyle bir ayrıma gidilmesi gerekeceğini belirtir: Eğer, taşınmaz satış vaadine konu oluşturan satış bedeli taşınmazın gerçek değerine karşılık gelecek şekilde yapılmışsa, sorun yoktur, sözleşme istenen sonucu doğurmaya tamamıyla elverişlidir. Buna karşılık taşınmaz satış vaadinde satış bedeli, tüketim ödüncü alacağına göre belirlendiyse ve taşınmazın gerçek değerinin altına kalıyorsa, bu durumda yapılan sözleşmede *lex commissoria* yasağına aykırılık bulunur ve bu durum hükümsüzlük sonucunu beraberinde getirir[42].

III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Şimdi ileri sürülen bu görüşleri teker teker değerlendirelim ve konuya ilişkin kendi görüşümüzü de açıklayalım.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe hiç katılamıyoruz, zira burada diğer iki görüşü savunanların isabetle belirttikleri üzere muvazaa kapsamında değerlendirilebilecek herhangi bir durum bulunmamaktadır. Muvazaadan, özel olarak nispi (/mevsuf/nitelikli) muvazaadan söz edilebilmesi için işlem taraflarının dış dünyadan belirli bir gerçeği gizlemeleri, belirli bir işlemi dışa karşı yapılmış gibi göstermeleri, buna karşılık kendi aralarındaki iç dünyada bambaşka bir işlem sonucuna yönelmeleri gerekir. Belirtilmelidir ki, burada iki farklı işlem yapılmaktadır (tüketim ödüncü sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesi) ve bu işlemlerden her birinin işlem sonucunun ayrı ayrı meydana gelmesi tam anlamıyla arzu edilmektedir. Öyle ki, ödünç alan gerçek anlamda ödünç almakta (*ki bu işlemin bir tüketim ödüncü sözleşmesi olarak herhangi bir şekle yansımasına özel olarak gerek bulunmamaktadır*), bunun teminatı olarak da taşınmazının değerini, satış vaadi kurgusu üzerinden kullanmaktadır. Onun dönme cezası ödeyerek satış vaadinden serbestçe sıyrılabileceğine kadar bütün ince detaylar, ilgili sözleşmede doğrudan açık

---

[42] Bu görüşte bkz. KUNTALP, s. 158; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1474; ÇETİNER, s. 381 ve yine bkz. dn. 1058; ORTA, s. 75; SİRMEN, s. 365.

edilmektedir. Bu anlamda ortada muvazaa nedeniyle geçersiz olabilecek işlemler bulunmamaktadır[43].

Yine konuyla ilgili olarak ileri sürülen ikinci görüşe de tam olarak katılamıyoruz, zira burada sorunun temeli doğru şekilde hissedilmiş ve algılanmış olsa da, bu kez soruna müdahale yönteminin elverişliliği konusunda bir kuşku hissetmemek kaçınılmaz bulunmaktadır. Açılacak olursa, gerçekten de böyle bir işlemin *lex commissoria* yasağını dolanıp dolanmadığını her durumda ayrı ayrı tetkik etmek gerekir. Öyle ki, işlem sonucu eğer yasanın cevaz verdiği bir yoldan yasanın yasakladığı diğer bir sonucu meydana getirmeye elverişliyse, kanuna karşı hile olarak adlandırılan bu duruma müdahale edilmesi kaçınılmazdır. Kanuna karşı hile kurumunun genel uygulama sonucu ise, bu konudaki ağırlıklı görüşe göre, dolanılmak istenen kanun düzenlemesinin sonucunun bilfiil tatbik edilmesidir[44]. Bir rehin kurma sözleşmesinde, teminat altına alınan alacak karşılanmadığında rehnedilen eşyanın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini öngören herhangi bir kayıt, yasağın doğrudan ve asıl uygulama alanına girmekte ve TMK m. 873 f.2'nin (zorunlu veya değiştirilmiş olarak sınıflandırılabilecek) kısmi kesin hükümsüzlük sonucuyla/yaptırımıyla karşılaşmaktadır. Düzenlemenin amacı, rehin verenin sömürülmesini önlemek, rehin alanın, rehin konusunun mülkiyetini elde ederek, -önceden, daha risk kuvveden fiile yükselmeden evvel verilecek bir taahhüt üzerinden- rehinle teminat altına alacaktan fazlasına kavuşmasını men etmektir[45]. Düzenleme sayesinde, rehin alan, rehin hakkından yine istifade edebilmekte, ancak işlemin kısmi hükümsüz kalan kısım nedeniyle başlangıçta arzu ettiği sonucun eksiğine kavuşabilmektedir. İlk anda, benzer bir sonuca ulaşılabilecek bütün kurgularda, aynı sonucun (kısmi kesin hükümsüzlük) tatbik edilmesi gerekiyormuş gibi görünebilir. Ancak düzenlemenin, benzer durumlar bakımından amacı dahilinde gözetilerek yorumlanması ve buna göre uygulanması daha yerinde olur. Ayrıca teminat konusunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğinin kararlaştırıldığı her bir kurguda salt bu olgu nedeniyle *lex commissioria* yasağına aykırılıktan dem vurulamaz. Eşya üzerindeki mülkiyetin değeri karşılığında, bir bedel ödenmek suretiyle

---

43 Aynı yönde açıklamaları için yine bkz. ÇETİNER, s. 380; ORTA, s. 68; ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956s. 155 vd.; HELVACI, **İpotek,** s. 271; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1474.

44 Kanuna karşı hile ve yaptırımı ile ilgili olarak ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 241-242; ESENER, s. 13 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar Hukuku,** s. 388 vd.

45 KUNTALP, s. 154.

karşı tarafa geçeceğinin kararlaştırıldığı kurgularda yasak uygulama alanı bulmaz[46]. Sözü edilen bağlamda, ikinci görüşün ulaştığı sonuç (sözleşmenin bütünüyle kesin hükümsüz olması), teminat amaçlı satış vaadinde satış bedeli olarak salt ödünç alınan tutar (ve varsa anapara faizi) belirtilmişse isabet taşıyacak, buna karşılık satış bedeli taşınmazın gerçek değerine karşılık geldiğinde ise ciddi anlamda yadırgatıcı ve amacı aşan bir hal alacaktır. Zira belirtilen ikinci olasılıkta, *lex commissoria* yasağı öngören düzenlemeye aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Gelelim üçüncü ve son görüşe, açıkçası bizim de bu görüşe iştirak ettiğimiz söylenmeli. Sadece birkaç ek hususu ayrıca vurgulamakta yarar var: *Lex commissoria* yasağının temel amacı, yukarıda ikinci görüşe ilişkin düşüncelerimiz bağlamında da ifade ettiğimiz üzere, rehin alanın sömürülmesini önlemek, rehin verenin rehin hakkı üzerinden teminat altına alınan alacağın ötesinde bir değer elde etmesine mâni olmaktır[47]. Bu yasağın kıyasen başkaca ayni teminat kurgularında uygulanması vaki ve yerindedir. Örneğin teminat amaçlı inançlı taşınmaz mülkiyeti devirlerinde[48], bu yasağın amacına binaen uygulama sonucu kıyasen tatbik edilir, teminat alanın, kendisine inançlı devredilen taşınmaz üzerinden teminat altına alacağının ötesinde bir değeri elde etmesi, taşınmazın değeri hesaplanarak ve bu değerden teminat altına alınan alacak değeri çıkartılarak artık değerin teminat verene iadesi üzerinden sağlanmaktadır[49]. Yoksa bunun ötesinde, yasağın rehin kurma sözleşmesindeki mülkiyet geçişi kayıtlarını zorunlu (değiştirilmiş) kısmi hükümsüz sayan hükmü aynen tatbik edilerek ve inançlı devir külliyen geçersiz kılınarak değil. Benzer bir sonucun, elbette yine bir miktar farkla, teminat amacıyla yapılan satış vaadi sözleşmelerinde uygulanması pekâlâ ve rahatlıkla kabul edilebilirdir.

---

46 KUNTALP, s. 154.

47 Ayrıca bkz. DÜRR/ZOLLINGER, **ZürKom.,** Art. 816 ZGB, N. 163; SCHMID-TSCHIRREN, **BasKom.,** Art. 816 ZGB, N. 13; KUNTALP, s. 153-154; ORTA, s. 69.

48 Bu teminat türü hakkında genel olarak bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,** Yıl 19-20, 1999-2000, s. 657-683, s. 657; VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, "Taşınmaz Mülkiyetinin İnançlı İşlemle Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2018/1, s. 87-120, s. 87 vd.; PARLAK BÖRÜ Şafak, "Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2017, 128, s. 231-272, s. 231 vd.; HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 107 vd.

49 KUNTALP, s. 160; HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 121 vd.

Belki bir an için ve ilk bakışta teminat amaçlı inançlı devir ile teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesi arasında yapı ve kurgu farklılığı olduğu ileri sürülebilir, ki bu iddia doğrudur. Sonuçta ilkinde, mülkiyet devri baştan sağlanmakta, teminat alan teminat konusu alacak yerine getirildiğinde kendisine devredilen taşınmazı teminat verene iade etmeyi nispi etkili bir işlemle borçlanmaktadır. İkincisinde ise, devir sonucu yapılan işlemle bu şekilde gerçekleşmemekte, bu işlem sadece teminat vereni ileride teminat konusu alacak yerine getirilmezse taşınmazın devrini konu alan bir satış sözleşmesini yapmaya zorlamaktadır. Pek tabii satış vaadinden doğan alacağın şerh edilebilir olması *(ve ilgili şerh kaydın düşülmesi bağlamında tapu mevzuatının sağladığı özel kolaylıklar*[50]*),* bu noktada teminat alana, olağan bir borçlandırıcı işlem kurgusunda sağlanacak olandan fazlasını temin etmektedir. Aslına bakılacak olursa, ileride söz konusu olabilecek mülkiyet geçişi, şerhin varlığı sayesinde adeta garantilenmiş de olmaktadır. Ayrıca, teminat verenin teminat alana satış ve devir için gerekli işlemleri yapmaması durumunda, teminat alanın "*çift etkili hükümle*" *(öncelikle satış ilişkisini kurmaya yönelik irade beyanına mahkûmiyet, sonrasında da TMK m. 716'ya dayalı olarak bir tescile zorlama hükmü*[51]*)* sonuçlanacak bir dava açmak suretiyle mülkiyet hakkına kavuşabileceği gün gibi ortadadır. Ne de olsa, Yargıtay'ın alelade satış vaadi sözleşmelerinin ifası bakımından usul ekonomisini gözeterek benimsediği yerleşik içtihadı aynen bu yöndedir.

Yine iki işlem yapısı arasındaki bir başka farklılık, teminat amaçlı inançlı devirde, taşınmazın iadesi borçlandırıcı taahhüt (inanç anlaşması) üzerinden sağlanırken, teminat amaçlı satış vaadinde taşınmazın satışından *(ve akabinde ister istemez bu satışa istinaden devrinden)* imtina edilebilmesi ise bu işlemi teminat verenin iradi hareketiyle çözebilecek olan dönme cezasıyla temin edilmiş olmasıdır. Dönme cezası devreye sokulup teminat amaçlı satış vaadinden dönme sonucu sağlandığında, zaten teminat verenin (ödünç alan) malvarlığından hiç çıkmamış olan taşınmaz onun malvarlığında kalmaya devam edecek, özel olarak bir iade talebinin gündeme getirilmesine gerek olmayacaktır. Bir tek eğer düşüldüyse, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkına ilişkin -sözleşmeden dönülmesiyle artık yolsuzlaşan/hükümsüzleşen- şerh kaydının terkininin gündeme getirilmesi düşünülebilir. Ancak bu kayıt, tapu sicilinde kalmaya devam etse bile, fiilen

---

[50] Bu konuda özellikle bkz. yukarıda **(I)** altındaki açıklamalarımız.

[51] Bu konuda yine bkz. yukarda **(I)** altındaki açıklamalarımız.

herhangi bir tehlike meydana getirmez[52]. Ne de olsa öğretide itibar edilen ağırlıklı görüşe göre, ayni haklara ilişkin yolsuz(laşan) tescil kayıtlarından farklı olarak burada TMK m. 1023'e dayalı bir kazanımda bulunulması zaten söz konusu olmayacaktır[53].

Bütün bunlar gözetildiğinde, iki teminat arasındaki temel sonuç farklılığı, birinde mülkiyetin baştan devredilmiş, diğerinde ise henüz devredilmemiş olmasından öteye gidemez. Ki yukarıda da belirtildiği üzere -düşülmesi halinde- şerhin[54] ve yine her durumda teminat alanın *"çift etkili hükümle"* sonuçlanacak ve mülkiyet devrini tescilsiz olarak doğrudan sağlayabilecek olan dava hakkının varlığı, zaten teminat altına alınan alacağın yerine getirilmemesi halinde bu devir sonucunu adeta baştan temin eder, bundan pek kaçış yoktur. Böyle olunca da, inançlı devirde mülkiyetin geçişi sonucunu baştan zaten göze aldığı ve kabullendiği, diğerinde ise henüz mülkiyet geçişi olmadığı için -eğer dikkate alınacaksa[55]- teminat verenin psikolojik durumunun çok farklı olacağı da söylenemez[56]. Fark, sadece hukuki görüntüdedir. Bu arada, antrparantez ayrıca belirtilmek gerekir ki, hukuki durum, rehin teminatında rehin verenin durumundan da farklıdır, zira rehin veren daha dar kapsamlı bir işlem yaptığını *(karşı tarafa salt rehin hakkı tanıdığını)* ve kendisinde kalan mülkiyet hakkının son tahlilde bir şekilde kurtarılabileceğini düşünmekte, ümit etmektedir; onun için aksi türlüsü sürpriz içeren bir sonuçtur. İnançlı devir ve teminat amacıyla satış vaadi sözleşmesi olasılıklarında ise, teminat verenlerin her ikisi de, başlangıçtan taşınmazlarını ilanihaye kaybedebileceklerini -ufak bir derece farkıyla- psikolojik olarak kabullenmiş olacaklardır. Belki bir tek, bu tehlikenin inançlı devirde daha belirgin

---

52 Farklı görüşte bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Eşya Hukuku,** s. 619. Yazarların düşüncesine göre, şerh kaydının terkin edilmediği kurguda taşınmazın maliki, üçüncü bir başka kişinin TMK m. 716 (eMK m. 642) çerçevesinde açacağı bir tescile zorlama davası tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Bağlı metnin devamında da ifade ettiğimiz üzere, şerh edilmiş alacak hakkı özelinde TMK m. 1023'e dayalı bir kazanımın gerçekleşemeyeceğini düşündüğümüzden bu görüşe katılım gösteremiyoruz.

53 Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1003, 1045; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; SİRMEN, s. 223.

54 Şerhin olmadığı kurguda ise, bir adım geride kalınacağı açıktır, yani dava hakkı avantajı mevcut olsa da, ortada salt borçlandırıcı bir işlem bulunacağı için bunun etki çeperi salt işlemin borçlusu konumundaki kişiyi (ödünç alan) kapsayacak, dolayısıyla son tahlilde taşınmaza kavuşma olasılığı, taşınmazı bir başka kişinin devir aldığı (buna bir engel de olmadığına göre) olasılıklarda imkânsızlaşacaktır.

55 Böyle bir gerekçenin hukuki değerlendirmenin temellendirmesinde dikkate alınmasına karşı çıkan düşüncesi için bkz. HELVACI, **Lex Commissoria,** s. 153.

56 Yine bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku,** s. 121.

olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Ama bu da, belirttiğimiz üzere aman aman bir farklılık da meydana getirmez. O zaman *lex commissoria* yasağının da aynen teminat amaçlı inançlı taşınmaz devirlerinde olduğu gibi teminat amaçlı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kurgularında da uygulanması yadırganacak bir sonuç oluşturmaz. Maksat sömürünün önlenmesiyse, zaten alacaktan fazla olan kısmın karşı tarafa aktarılması daha en baştan engellenerek (*taşınmaz satış vaadinde satış bedeli mutlaka taşınmazın gerçek değerine karşılık gelmelidir, salt olarak ödünç verilen miktarın ve varsa buna eklenecek faizin bedel olarak gösterilmesi halinde lex commissoria yasağı kıyasen devreye girecek ve işlem hükümsüz addedilecektir*) bu zararlı sonuca her türlü engel olunmaktadır.

Tekrarı göze alarak, önemine binaen bir kez daha vurgulamak gerekirse, o zaman inançlı devirde, *lex commissoria* yasağının kıyasen tatbik edilmesini kabul etmek, ister istemez teminat amaçlı satış vaatlerinde de benzer bir uygulamanın onaylanmasını kaçınılmaz kılar. Aksi türlüsü çok benzer iki yapıya farklı sonuçların tatbik edilmesi demektir ki, böyle bir yaklaşım da tutarlılık taşımadığı için kabul edilemez. Elbette, kıyas yoluyla uygulanacak *lex commissoria* yasağı, bu iki kurguda farklı görünümlerde ortaya çıkar. Şöyle ki, teminat amaçlı inançlı devir olasılığında, *lex commissoria* yasağının işleme etkisi daha çok kısmi ve "*budayıcıdır*", mülkiyetin teminat alanda kalmasına ses çıkarılmaz ama taşınmaz değerinin alacaktan fazlasına karşılık gelecek kısmının da teminat verene iadesi sağlanır, aksi yönde hüküm getiren kayıtlar (zorunlu biçimde kısmen) hükümsüz addedilir. Teminat amaçlı satış vaadi olasılığında ise, *lex commissoria* yasağının tatbiki baştan ve deyim yerindeyse daha bütünseldir: Sözleşmede taşınmazın gerçek değerinin satış bedeli olarak belirtilmesi şarttır, oldu ya böyle bir belirtmede bulunulmak yerine sözleşmede satış bedeli olarak ödünç alınan alacak değeri (ve iadede ona eklenecek anapara faizi) gösterildiyse, kıyas yoluyla uygulama bulacak *lex commissoria* yasağı gereği yapılan sözleşme tümüyle kesin hükümsüz olacaktır. Ne de olsa, "*eksik*" satış bedelinin gerçek değere varıncaya kadar tamamlattırılması düşünülemez, kaldı ki tarafların bu yönde şekle yansıtılmış herhangi bir iradeleri de zaten bulunmamaktadır.

Demek ki teminat amaçlı satış vaadi sözleşmeleri bakımından varılması isabetli olan sonuç, satış bedeli olarak taşınmazın gerçek değerine karşılık gelen bir bedel kararlaştırıldığı olasılıkta sözleşmenin bütünüyle hüküm doğurması, buna karşılık eğer satış vaadinde teminat alana teminat altına alınan alacaktan fazlasını kazandırabilecek bir kurgu söz konusuysa da söz-

leşmenin -*lex commissoria* yasağına aykırılıktan[57]- bütünüyle kesin hükümsüz addedilmesidir.

İşte yukarıda açıklanan üçüncü görüş de bunu, ilgili sonuca doğrudan bizim yaptığımız gibi işaret etmese de, dolaylı olarak söylemiş, taşınmazın gerçek değerinin altında, *"sadece teminat altına alınacak "satış bedeli" olarak gösterilerek satış vaadine konu edilmesi halinde lex commissoria yasağı tatbik edilmelidir,"* pratik sonucuna varmıştır. Dolayısıyla bizim burada yapmak istediğimiz de, bu sonucun uygulama görüntüsünü netleştirmekten ibarettir.

Yoksa, bunun daha da ötesine geçilerek her türlü olasılıkta taşınmaz satış vaadini tümüyle geçersiz (kesin hükümsüz) addetmek çokça ileri giden, pek de adaletli olmayacak bir sonuçtur.

Diğer taraftan şu da ayrıca söylenmelidir: Teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesinde, taşınmazın gerçek değeri satış bedeli olarak gösterilmekle birlikte, ödünç tutarı olarak verilen değerle olan farkın teminat verene iadesini engelleyen / yasaklayan ek bir yan kayıt mevcutsa, işte bunun için (zorunlu / değiştirilmiş kısmi) kesin hükümsüz yaptırımının tatbik edilmesi düşünülebilir. Öyle ki böyle bir hüküm de, *lex commissoria* yasağının varlığı da gözetildiğinde kabul edilebilir değildir. Ancak böyle bir hükmün olmadığı kurguda da, satış bedeli taşınmazın gerçek değerine karşılık gelecek şekilde belirlenmesine rağmen, kesin hükümsüzlük sonucunun doğrudan doğruya tatbik edilmesi, amacın ötesine geçen bir uygulama oluşturacaktır. Ayrıca ciddi benzerlik arz eden diğer bir yapı olan teminat amacıyla inançlı devirde böyle bir kesin hükümsüzlük sonucu hiç düşünülmez ve dile getirilmezken, bu yapıya ciddi benzerlikler gösteren teminat amaçlı satış vaadinde bu şekilde kesin hükümsüzlük sonucuna ulaşılması yine tutarlılık içermeyecektir.

O zaman toparlayalım, yukarıda en başta **(I)** altında verdiğimiz örnek üzerinden *lex commissoria* yasağını nasıl kıyasen tatbik edileceğini açıklayalım ve somutlaştıralım:

(A), olayın devamında, (B)'ye ödünç aldığı 10.000'lik krediyi, 600 TL'lik faiziyle birlikte (aynı zamanda dönme cezası olarak belirlenen tutar)

---

[57] *Lex commissoria* yasağına aykırılığın yaptırımı, kesin hükümsüzlüktür *(Nullité / Nichtigkeit). Bu konuda ayrıca bkz.* SCHMID-TSCHIRREN, **BasKom.,** Art. 816 ZGB, N. 15; DUBOIS, **ComRom.,** Art. 816 CC, N. 15; DÜRR/ZOLLINGER, **ZürKom.,** Art. 816 ZGB, N. 165.

vadesinde geri ödeyememiş olsun. Bu durumda (A), dönme cezasını yerine getirerek kendisine sağlanan dönme hakkını da devreye sokamayacak, (B)'ye taşınmazını tapu sicilinde satmak (ve akabinde de devretmek) için gerekli işlemleri yapmak zorunda kalacaktır. Oldu ki yapmadı, (B) ona karşı satış vaadinin ifasına yönelik "*çift etkili hükümle*" sonuçlanacak davayı başlatacak ve bu davanın olumlu sonuçlanması neticesinde de taşınmazın doğrudan maliki haline gelecektir. Elbette (B) bunları yaparken, (A)'ya baştan ödemesini yapmamış olduğu *(satış bedeli olarak gösterilen 100.000 TL'lik tutardan (zaten 10.000 TL'si kredi olarak peşin ödenmiş, 600 TL'si de bu değere eklenecek anapara faizinden oluşan) 600 TL'lik kredi geri ödeme borcu çıkarılmak suretiyle hesap edilecek)* 89.400 TL'yi de (A)'ya ayrıca ödemekle yükümlüdür. Bu şekildeki bir uygulama, her türlü, yapılan işlemin *lex commissoria* yasağına aykırı olmasını engeller, dolayısıyla teminat verenin de sömürülmesini. Dolayısıyla böyle bir teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesi uygulamasına da herhangi bir haklı itiraz yükseltilemez, yükseltilmemelidir.

KAYNAKÇA

AYRANCI Hasan, **Ön Sözleşme,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

BOZTAŞ Nevzat, "Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 4 (2), Güz 2017, s. 209-252.

BUDAK Ali Cem, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip,** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2018.

ÇETİNER Bilgehan, **Taşınmaz Teminatı,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

DOĞAN Gül, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi),** Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

DUBOIS Thierry, "Art. 812-823 ZGB", **Code civil II: Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. fin. CC, Commentaire Romand,** Eds. Pascal PICHONNAZ, Bénédict FOËX, Denis PIOTET, Helbing & Lichtenhahn, 2016. ("ComRom.")

DÜRR David / ZOLLINGER Daniel, **Zweite Lieferung, Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2,** Zweite, völlig neu bearbeitete Auflage, Hrsg. Peter GAUCH, Jörg SCHMID, Schulthess, Zürich, 2013. ("ZürKom.")

ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.

FASEL Urs, "Art. 816 ZGB", **Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,** 3. Aufl., Hrsg. Peter BREITSCHMID, Alexandra JUNGO, Schulthess, Zürich, 2016. ("CHK")

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / SCHMID Jörg, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I,** 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020.

GEISSBÜHLER Grégoire, **Le droit des obligations, Volume 1: partie générale,** LaPD - La Pratique du Droit, Schulthess, Zürich, 2020.

GÜZEL Pınar, "Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 11(1), 2020, s. 242-259.

HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992. ("Borçlar Hukuku")

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir, **Eşya Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991. ("Eşya Hukuku")

HELVACI İlhan, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2008. ("İpotek")

HELVACI İlhan, **Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı,** Alfa Yayınları, İstanbul, 1997. ("Lex Commissoria")

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme,** Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008. ("Borçlar Hukuku")

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi,** Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959. ("Satış Vaadi")

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts,** 4. Aufl., Stämpfli, Bern, 2017.

KRAMER Ernst A., **Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/2/1a,** Stämpfli, Bern, 1991. ("BerKom.")

KUNTALP Erden, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", **İnan Kıraç'a Armağan,** Galatasaray Üniversitesi Yayınları - 1, İstanbul, s. 151-162.

KURT Fatma, "Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi ile İlişkisi)", **İstanbul Barosu Dergisi,** Cilt 82, Sayı 1, Yıl 2008, s. 129-154.

NOMER Haluk Nami, "Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,** Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2007-2015.

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku,** 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

ÖZEN Burak, "Elbirliğiyle Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi", **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016,** Eds. Tufan ÖĞÜZ, Baki İlkay ENGİN, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 131-150.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,** Yıl 19-20, 1999-2000, s. 657-683.

ORTA Elif, **Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi,** Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

ÖZMEN Etem Saba, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", **Ankara Barosu Dergisi,** 2022/4, s. 502-540.

PARLAK BÖRÜ Şafak, "Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemle Devri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** 2017, 128, s. 231-272.

SCHMID-TSCHIRREN Christina, "Art. 816 ZGB", **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch),** 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016. ("OFK")

SCHMID-TSCHIRREN Christina, "Art. 793-823 ZGB", **Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basler Kommentar,** Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015. ("BasKom.")

SCHWENZER Ingeborg / FOUNTOULAKIS Christiana, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,** 8. Aufl., Stämpfli, Bern, 2020.

SEZER Ahmet, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi", **Terazi Hukuk Dergisi,** Cilt 15, Sayı 50, Şubat 2019, s. 367-380.

SİRMEN A. Lâle, **Eşya Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

SUNGURBEY İsmet, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi,** Sermet Matbaası, İstanbul, 1963.

SURLU Mehmet Handan, **Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi - Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları,** Seçkin Yayınları, İstanbul, 2014.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I,** 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, "Taşınmaz Mülkiyetinin İnançlı İşlemle Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", **T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2018/1, s. 87-120.

YILMAZ Abdülhamit, **Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Uygulanan Faiz Oranlarının Türk Borçlar Kanunu m. 88 ve m. 120 Işığında Değerlendirilmesi,** E-kitap, Aristo Yayınevi, 15.02.2022.

YÜCE Halil Ahmet, "Lex Commissoria Yasağı", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Aralık 2017, Cilt 5, Sayı 2, s. 191-203.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 549-586

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU AÇISINDAN "AYDINLATILMIŞ RIZA" VE UNSURLARI(*)

Doç. Dr. **Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN**(**)

Öz: Vücut bütünlüğünü ihlal anlamına gelen tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını kişinin rızası ortadan kaldırmakta ve hukuka uygun hale getirmektedir. Bu husus Türk medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasındaki kişinin rızası bulunmadan kişilik hakkına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu yönündeki ifadesiyle düzenlenmiştir. Sağlık hukuku ve hasta hakları alanında ise rızanın önemi çok daha farklı bir boyut alır. Hastaya, hastalığının, tedavi yöntemlerinin, bu yöntemlerin her birinin, risklerinin ve hatta tedaviyi reddetmesinin sonuçlarının neler olduğu tereddütte mahal bırakmayacak nitelikte ve kesinlikte açıklanmadan hasta tarafından verilmiş olan rıza bilinçli bir rıza olmayacaktır. Bu yüzden sağlık hukuku alanında sadece "rıza"dan değil "aydınlatılmış rıza"dan bahsederiz ve ancak bu şekildeki bir rıza tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilir. Bu çalışma ile "hastanın aydınlatılmış rızası" ile ilgili hukuki düzenlemeler tespit edilmekte ve değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Rıza, Hastanın Rızası, Küçüğün Rızası, Vücut Bütünlüğünün İhlali, Tıbbi Müdahale.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2022 - Makale Kabul Tarihi: 01.06.2023.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-9128-1308; *tkaraman@gsu.edu.tr*).

LAWFULNESS OF "INFORMED CONSENT" IN MEDICAL INTERVENTION AND ITS ELEMENTS

Abastract: The consent of the person is important to make a violation on his or her bodily integrity lawful. This matter is understoodfrom the Article 24/2 of the Turkish Civil Code which is stating that every attack on the personal rights of the person without his consent is unlawful. In the field of health law and patient rights, the importance of consent takes a very different dimension. Consent without explaining to the patient what the disease and treatment methods are, the risks and consequences of each of these methods, and even the consequences of refusing treatment will not be conscious consent. Therefore, in the field of health law, we talk about the "informed consent" of the patient and only such consent can eliminate the illegality of medical intervention. In this study, the legal regulations regarding the "informed consent of the patient" are determined and evaluated.

Keywords: Informed Consent, Consent of the Patient, Consent of the Minor, Violation of Bodily Integrity, Medical Intervention.

GİRİŞ

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hastanın sadece rızasının alınmasının değil "aydınlatılmış rızasının" alınmasının gerektiği bugün artık açıkça ulusal ve uluslararası birçok hukuki düzenlemede yer almaktadır. Gelinen bu aşamaya, dünyada hasta haklarıyla ilgili olarak yaşanan gelişmeler öncülük etmiştir. Ülkemizde hasta haklarıyla ilgili zemin Türk Tabipler Birliği tarafından 1960 yılında hazırlanmış olan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN)[1] ile oluşmuştur. Türk Tabipler Birliği daha sonra bu ilkeleri revize ederek "Hekimlerin Meslek Etiği Kuralları"[2] adı ile 1998 yılındaki büyük kongresinde kabul etmiştir[3]. Bu düzenlemelerle hastanın tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmasının önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır.

---

1 19.2.1960 tarihli 10436 sayılı RG.

2 Metin için bkz https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf (Erişim Tarihi: 23.10.2022).

3 Konu ile ilgili bilgi için bkz. DURUR Güneş, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Hasta Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi Yönetimi Anabilim Dalı Sağlık Hukuku Programı, 2019, s. 70 vd.

Uluslararası alanda imzalanan[4] ve Türkiye'nin de taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinin etkisi ve Türk Tabipler Birliğinin de çabaları sonucu Sağlık Bakanlığı tarafından Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)[5], 1 Ağustos 1998 tarihinde Resmî gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin hazırlanmasında özellikle 2002 tarihli Roma'da imzalanmış olan "Avrupa Birliği Hasta Hakları Statüsü (Hasta Hakları Şartı)[6]" etkili olmuş ve anılan Statü ile kabul edilmiş olan hasta hakları büyük ölçüde düzenlemeye dahil edilmiştir[7]. Ülkemizde hasta haklarıyla ilgili en kapsamlı düzenleme olarak kabul edilmiş olan HHY'nin 15. ve 24. maddeleri ile, hastanın rızası alınmadan önce yapılacak tedavi ile ilgili olarak yeterince bilgilendirilmiş olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu kadar önemli bir düzenlemenin kanun ile değil de yönetmelik olarak düzenlenmesi öğretide eleştirilmektedir. Daha sonra da Biyotıp Sözleşmesi[8] adıyla anılan bugüne kadar ülke bazında en çok katılımı sağlamış olan uluslararası sözleşme Bakanlar Kurulunca onaylanarak 2004 yılı itibariyle iç hukukumuz haline gelmiştir. Böylece "aydınlatılmış rıza" ile ilgili en kapsamlı düzenleme bugün hukukumuzda Biyotıp Sözleşmesinde yer almaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nin Biyoetik Yürütme Kurulu tarafından hazırlanarak 4.4.1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde üye devletlerce kabul edilmiş ve Türkiye tarafından da Bakanlar Kurulunun 16.3.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı kararı ile bazı çekincelerle onaylanmıştır. Biyotıp Sözleşmenin başlangıç hükümlerinde, biyoloji ve tıbbın kötüye

---

4 Aydınlatılmış rıza ile ilgili düzenleme içeren uluslararası anlaşmalarla ilgili genel bilgi için bkz. GÜNLER Zeynep, **İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 113-132.

5 01.08.1998 tarihli 23420 sy RG.

6 European Charter of Patients' rights, Rome 2002: (https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf)

Bilgi için ayrıca bkz. SÜTLAŞ Mustafa, **AB Hasta Hakları Ana Sözleşmesi ve Örgütlenme**, 23 Ekim 2004 (Bianet Haber Merkezi, www.bianet.org, erişim tarihi: 01.10.2022); GÜNLER s. 128, 129.

7 Bu konuda bilgi için bkz. http://www.saglikhakki.org/ab-sarti.htm; http://www.saglikhakki.org/dokuman-ic.htm (Erişim Tarihi: 23.10.2022).

Ayrıca bkz. CAVLAK Hakan/BOSTANCIOĞLU Dilek, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'deki Sağlık ve Hasta Hakları", **International Anatolia Academic Online Journal**, Social Science, C. 2, S. 2, 2015, s. 30.

8 Biyotıp Sözleşmesi olarak anılan, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" Türkiye tarafından, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 16.3.2004 tarihli ve 2004/7024 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

kullanılmasının engellenmesi ve gelişmelerin insan soyunun yararına kullanılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Sözleşmenin amacının belirlendiği 1. maddesinde de, sözleşme ile tıbbın uygulanmasında herkesin bütünlüğünün ve diğer hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda sağlık hizmeti ve tıbbi müdahalelerle ilgili standartlar belirlenmiştir. Bu çalışma açısından önemli olan hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ile ilgili olarak da 5 maddeye (m.5-9) yer verilmiştir.

Hastanın aydınlatılmış rızası ile ilgili bu hükümlere, hükümetimiz tarafından çekince konmamıştır ve dolayısıyla bu hükümler olduğu gibi 2004 yılında iç hukukumuz haline gelmiştir. Biyotıp Sözleşmesi, Anayasanın 90. maddesinde belirtilen temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalardan olduğundan yine bu madde uyarınca Biyotıp sözleşmesi ile ulusal kanunlar arasında bir çelişki çıkması halinde Biyotıp sözleşmesine üstünlük tanınacaktır. Dolayısıyla Biyotıp sözleşmesiyle düzenlenen konularda, Türkiye'nin çekince koymadığı alanlar açısından, Medeni kanundaki hükümler de ikincil nitelikli olacak ve Biyotıp sözleşmesi hükümlerine öncelik tanınacaktır.

Bu çalışma ile, sağlık hukuku alanında hukukumuza girmiş olan "aydınlatılmış rıza" kavramının klasik "rıza" kavramında farklarının detayları incelenecek ve hastanın ne zaman aydınlatılmış sayılacağı belirlenmeye çalışılacaktır. Ayrıca "aydınlatılmış rıza" ile ilgili ulusal düzenlemelerin neler olduğu belirlenip incelenecektir.

I. HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK "AYDINLATILMIŞ RIZA" KAVRAMI

Tıbbi müdahale kural olarak hasta ve sağlık görevlisi arasında kurulan bir hukuki ilişki sonucucu gerçekleşir. Kaza hali gibi acil hayati müdahaleler dışında hasta iyileşmek amacıyla doktor veya hastane ile bir tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme ilişkisi içiersine girer. Tüm özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi tedavi sözleşmesi açısından da sözleşme tarafların iradesinin uyuşması ile kurulmaktadır. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde kararlaştırılmış olan mesela ameliyat yapma gibi vücut bütünlüğünün ihlali sonucu doğuran müdahaleler hastanın da iradesine uygun ve sözleşmenin kapsamındadır. Hal böyle olmakla beraber, tedavi sözleşmesinin konusu vücut bütünleğine dolayısıyla da "kişilik haklarına"[9] müdahale içerdiğinden sözleşmenin

[9] Kişilik hakkı, sadece insan olması dolayısıyla doğumundan ölümüne kadar korunan mutlak haklardır. DURAL/ÖZ, Kişilik hakkını "kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini ser-

geçerliliğinin ve hukuka uygunluğunun TBK m. 27, TMK m. 23, 24 çerçevesinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK m. 27'ye göre kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Hukuk kişiliği özel olarak koruyan hükümlerle korumaya çalışmıştır. TMK m. 23, kişiliğin hukuki işlem sonucu ihlalini önlerken, TMK m. 24 kişiliği hukuki işlem dışındaki müdahalelere karşı korumaya çalışan genel nitelikli hükümlerdir.

Kişiliğin, hukuki işlem sonucu olan müdahalelere karşı korunması TMK m. 23 hükmü ile düzenlenmiştir. Hiç kimse hak ve fiil ehliyetinden, özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları ahlaka ya da hukuka aykırı sınırlayamaz. TMK m. 23/f.1 hükmünde sadece "hak ve fiil ehliyeti" ve "özgürlükler"den bahsedilmiş olsa da hükmün kişilik haklarını da kapsadığı kabul edilmektedir[10]. Maddede "kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz" ifadesi ile kişinin hukuki bir işlemle kendi özgürlüğünü hukukun kabul etmediği ölçüde sınırlandırmasına müsaade etmemektedir. Örneğin, kişi bir hafta süreyle bir odada hapis tutulmayı veya dövülmeyi istemesi bu fiillere rıza vermiş olması yapılan fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yetmez. Diğer bir ifade ile verilen rıza, hukuka uygun bir rıza olmadığından davranışı hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu şekildeki bir rıza, ancak saldırıyı yapana hükmedilecek olan tazminat miktarının hesabında dikkate alınabilecektir (TBK m. 52/f.1). Keza, kanser hastalığı nedeniyle çok acı çeken bir hastanın bir doktorla anlaşıp yapılacak bir iğne ile ölümesi hususunda anlaşmaları da hukuka uygun değildir.

Bu şekilde hukukun vücut bütünlüğünün veya yaşam hakkı gibi temel bir özgürlüğün ihlal edilmesini hukuk kural olarak tanımaz. Ancak, korunması gereken daha üstün bir menfaatin mevcudiyeti halinde böyle bir ihlale müsaade edilebilir. Mesala kürtaj kural olarak hukuka aykırı kabul edilse de ananın sağlığı nedeniyle korunması gereken üstün menfaat bulunduğundan hukuka uygun kabul edilmektedir.

TMK m. 24/II'de kişilik haklarına yapılan bir müdahalenin ne zaman hukuka aykırı sayılmayacağını diğer bir ifade ile hukuka uygunluk sebepleri

---

bestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak" olarak tanımlamaktadır (DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku**, 23. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 100-102). Bu konuda ayrıca bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Sözleşme Özgürlüğü TBK m. 26, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, ss. 399 vd; OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 150.

[10] DURAL/ ÖĞÜZ, s. 149; OKTAY ÖZDEMİR, s. 398, 399.

belirtilmiştir. Hukuka uygunluk sebepleri, kamu menfaatinin veya özel menfaatin üstün tutulduğu veya zarar görenin rızasının bulunduğu durumlar olarak alt başlıklara ayrılır. Nitekim, TMK m. 24/II'ye göre kişilik hakkı ihlal edilen kişi, saldırıya rıza gösterir veya böyle bir saldırıda bulununmasında özel veya kamusal bir yarar bulunur ya da saldırı kanunun verdiği bir yetkiye dayanmaktaysa, saldırı hukuka uygundur.

TMK m. 24/II'de kişinin rızası hukuka uygunluk hallerinin ilki olarak sayılmıştır[11]. TMK m. 23 ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz gibi, kişinin sözleşme ile özgürlüklerinin ehliyetlerinin sınırlanmasına razı olması ancak hukuka ve aylaka uygunsa kabul edilebilir. Rıza, tekbaşına hukuka uygunluk sebebi olmayıp TMK m. 24 deki hükmün TMK m. 23 ile birlikte okunması gerekir. Bu yüzden TMK m. 24/II'de hiçbir sınır getirilmeden rızanın genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak sayılması öğretide eleştirilmiştir[12].

TMK m. 24/II'de "üstün nitelikli özel veya kamusal yarar" ya da "kanunun verdiği yetkinin kullanılması" halinde, kişinin rızası hilafına gerçekleşmiş bir saldırının hukuka aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Toplum sağlığı için yapılan zorunlu aşı veya suçluların tutuklanması gibi uygulamalar rıza dışı üstün kamu yararın bulunması dolayısıyla hukuka uygun kabul edilen hallere örnek gösterilebilir. Bir kaza sonucu baygın halde gelen veya şoka girdiği için bilinci açık olmayan hastaya doktorun müdahale edip gerekli müdahaleyi yapmasında hastanın üstün özel yararı bulunmaktadır. Keza, narkoz altında bulunan hastaya ameliyat sıorasınca önceden öngörülmeyen bir durum dolayısıyla ameliyatın daha geniş kapsamlı yapılması halinde, kişilik hakkına müdahale edilenen üstün nitelikli özel yararı bulunmaktadır.

Her somut olay açısından özel veya kamu yararının bulunup bulunmadığını mahkeme takdir edecektir ve dolayısıyla da mahkemelerce ve öğretide farklı yargılara varılabildiği görülmektedir. Mesela, Anayasa Mahkemesinin 11.11.2015 tarihli kararında (RG 24.12.2015), velayet altında bulunan çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasının anne-baba tarafından kabul edilmemesine rağmen bu aşıların yapılması yönünde sağlık tedbiri uygulanmasının maddi ve manevi varlığın gelişmesini müdaha olduğuna hükmetmiştir. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin 29.06.2016 tarihli kararında (RG 26.10.2016-29869) bebekten topu kanı alınmasını anne-baba kabul etmemesi-

---

[11] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 681- 682; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 153.

[12] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, S. 153.

ne rağmen yenidoğandan topuk kanı alınmasını zeka geriliği, beyin hasarları, akraba evliliği dolayısıyla oluşacak zararların engellenmesi ve kamu sağlığının korunması gibi hukuka uygun bir amacı bulunduğuna hükmetmiştir.

Bu çalışma kapsamında, tıbbi müdahalenin hastanın rızası ile hukuka uygun kılındığı durumlardan bahsedecek olup, diğer hukuka uygunluk halleri olan özel ve kamusal üstün yararın bulunması çalışmamızın kapsamına girmemektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, TMK m. 24/II'de kişinin rızasının, kişilik haklarına yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğini belirtmiş olsa da bu hükmün TMK m. 23 ve TBK m. 27 ile birlikte okunması ve kişinin rızasının hukuka ve ahlaka uygun olması gereklidir. Rıza eğer tıbbi müdahale için verilmekteyse o zaman hukuka uygunluk denetimi daha da sıkılaşmakta ve hastanın rızasının ayrıca yeterli aydınlatmadan sonra verilmiş olması aranmaktadır. Bugün sağlık hukukunda hastanın tıbbi müdahale öncesi onayının alınması "aydınlatılmış rıza" terimi ile ifade edilmektedir.

II. AYDINLATILMIŞ RIZANIN UNSURLARI

1. Genel Olarak

"Aydınlatılmış rıza" terimi ile ilgili olarak öğretide bir ifade birliği bulunmamaktadır[13]. Aydınlatılmış yerine bilgilendirilmiş ya da rıza yerine onam ifadeleri de tercih edilmektedir. "Onam" hukuki fiilden sonra verilen rıza anlamında kullanıldığından (bkz. TMK m. 451), "rıza" kelimesi tercih etmekteyiz[14]. Hasta rızasını tıbbi müdahale öncesinde vermelidir. Bilgilendirme kelimesi ise sadece hastaya bilgi vermekten ibaret daha sınırlı bir anlamı olduğundan, hastanın verilen bilgiyi anlaması, tereddütlerini gidermek için sorular sormasını da içeren "aydınlatma" kelimesinin tercih etmekteyiz[15].

Aydınlatılmış rıza ifadesinin, kendisini anlattığı gibi hastanın tıbbi müdahaleye sadece rızasının bulunması müdahaleyi hukuki yapmak için yeterli

---

[13] Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÜNLER, s. 68.

[14] "Vasinin rızası" başlıklı TMK m. 451'de vesayet altındakinin hukuki işlemine vasinin önceden izin veya sonradan onama verbileceği belirtilmiştir. Maddedenin ifadesinden rızanın, izin ve onamayı kapsayan üst başlık olduğunu anlamaktayız.. Dolayısıyla hastanın tıbbi müdahaleye rızası yerine bir kelime tercih edilecekse onun "izin" olması daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

[15] Benzer yönde olarak bkz. GÜNLER, s. 67.

olmamakta ayrıca hastanın önceden konu ile ilgili yeterli olarak aydınlatılmış olması gerekmektedir. Bu açıdan, rızanın oluşumu sürecinde hastaya ilgili tıbbi müdahalenin riskleri, ne olduğu ve sonrasında yaşayacakları ile ilgili yeterli bilgi verilmiş olması gerekir ki, hasta verdiği rızanın kendisi için anlamını ve risklerini değerlendirebilsin. Dolayısıyla hastanın tıbbi müdahaleye rızası bulunsa da bu rıza hasta aydınlatılmadan alınmışsa, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı yapıldığı anlamına gelir. Yargıtay'ın da eski ve yeni kararlarında istikrarlı bir şekilde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk değerlendirmesini yaparken hastanın rıza vermeden önce aydınlatılmış olup olmadığı hususunu titizlikle değerlendirdiğini görmekteyiz.

Bu kapsamda, Yargıtay'ın 1977 tarihli bir kararında[16] "hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini" ispat edemediği takdirde tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Aynı düşüncenin, Yüksek Mahkemenin yeni kararlarında da tekrarlandığını görmekteyiz. Keza Yargıtay'ın 2008 tarihli kararında[17] konu oldukça açık ifade edilmiş olduğundan aşağıya alıntılanmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Kararda Yargıtay hastanın "aydınlatılmış rızası" alınıp alınmadığı araştırmasını yapmamış olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

> *"..22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır... Hükme esas alınan* ***bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır****... eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..."*

---

[16] Y. 4. HD, 7.3.1977, 1976/6297 E., 1977/2541 K (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 18.10.2022).

[17] Y. 13. HD., 18.09.2008, 2008/4519 E., 2008/10750 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 13.10. 2022).

Benzer yönde bkz. Y. 4. HD, 07.03.1977, 976/6297 E., 1977/2541 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 13.10.2022).

Yukarıda aktarılan karardan görüldüğü gibi, hastanın tedavinin muhtemel riskleriyle ilgili aydınlatılması doktora bir borç olarak yükletilmiş ve bu borcu yerine getirmeyen doktorun sonuçtan sorumlu olacağı kanaatine varılmıştır. Hastaya yapılan bir tıbbi müdahale ilgili tüm gerekli bilgiler ve riskler anlatılıp hastanın aydınlatılmış rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahaleden doktorun sorumludur. Hastanın "aydınlatılmış rızasının" bulunması, doktorların tıbbi müdahale dolayısıyla sorumlu olmamaları için öncelikli koşuldur. olduğunu söyleyebilriz. Dolayısıyla, tıbbi müdahaleye "rıza" verilmiş olma yetmemekte, ayrıca hastanın "aydınlatılmış" olması da gerekmektedir. Tabii ki hastanın rıza vermeden önce aydınlatılmış olması aranmaktadır. Bu sırayı bozmadan aşağıda önce "aydınlatılma" ile neyin kastedildiği sonra da "rıza" incelenecektir.

2. Hastanın Aydınlatılmış Olması

A. Aydınlatmanın İçeriği

Hastanın aydınlatılması ile onun kendisine uygulanacak tıbbi tedavi hakkında vereceği karara yaklaşması amaçlanır. Bu kapsamda, aydınlatılırken hastanın tedavisi ile ilgili bilgilerin verilmesi esastır; yoksa, kafa karıştırıcı tıbbi detayların verilmesi istenmez. Aydınlatmanın içeriği belirlenirken her durumun kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır. Mesela, müdahalenin bilinilirliği, aciliyeti, rizikonun gerçekleşme olasılığı, hastanın psikolojisi, mesleği, sosyal ortamı gibi hususlar aydınlatmanın içeriğini etkileyen faktörler arasında yer alır.

Hastanın tıbbi müdahaleden önce rızasının alınması mevzuatta eskiden beri yer almaktaysa da hastanın tedavi ve riskleri ile aydılatılması gerektiği ile ilgili düzenleme mevzuata çok sonra girmiştir. 1928 yılında kabul edilmiş olan Tababet Kanununda hastanın aydınlatılması veya bilgilendirilmesi ile ilgili bir düzenleme yer almamakta sadece 70. maddede yapılacak tıbbi müdahaleye hastanın rızasının alınmasından bahsedilmektedir. Hastanın tıbbi müdahale öncesi ve rızasının alınması öncesinde aydınlatılmasının gerekliliği ilk olarak Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 1960 tarihli **Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün** 14.[18] maddesinde yer almıştır. Madde ile hekimin teşhisine

---

[18] **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (R.G. 19.2.1960, n. 10436) m. 14;**

Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

göre alınması gereken tedbirlerin neler olduğunun hastaya açıkça söylenmesi gerektiği belirtilmiştir. Hastanın rızası alınmadan aydınlatılmasının gerekliliği ile ilgili daha detaylı bir düzenleme yine Türk tabipler Birliği'nin yayınladığı Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesi ve daha sonra da Sağlık Bakanlığı'nın kabul ettiği Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)'ne 2014[19] yılında yapılan değişiklik ile 31. madde ile yapılmıştır.

Hastaya yapılacak tıbbi müdahale öncesi bilgilendirmenin içeriği ile ilgili olarak Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının[20] 26. maddesinin birinci fıkrası ile oldukça kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir:

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m. 26/1:

"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek bicimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin ***özgür ve aydınlatılmış onamı*** *ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir."*

Diğer taraftan hastanın aydınlatılmasının içeriği ile ilgili olarak Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31. maddesinde, hastanın rızası alınırken tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi gerektiği yönünde

---

Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.

[19] 1.08.1998 tarihli 23420 sayılı RG'de yayımlanmış olan Hasta Hakları Yönetmeliği'ne 8.5.2014 tarihli ve 28994 sayılı RG ile hastanın bilgilendirmesinin içeriği ile ilgili 6 yeni madde (m. 15-20) eklenmiş ve aynı kanun ile HHY'nin 31. maddesinde hastanın rızası alınırken aydınlatılmış olması gerektiği vurgulanmıştır.

[20] Bu kurallar 6023 sayılı Tabipler Birliği Yasasının 59/g maddesi çerçevesinde TTB Merkez Konseyine verilen yetkiye dayanılarak çıkarılmıştır.

çok genel bir ifade kullanılmıştır[21]. Benzer şekilde 2004 yılında iç hukukumuz haline gelen Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. Fıkrası ile "tıbbi müdahalenin **amacı**, **niteliği** ile **sonuçları** ve **tehlikeleri** hakkında uygun bilgilerin verileceği" şeklinde genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükümler, tüm tıbbi müdahaleler açısından genel geçer bir kural koymakla beraber, önemli tıbbi müdahaleler açısından Yönetmelik kapsamlı bir aydınlatma yükümlülüğü düzenlemiş ve 26. maddede hastaya imzalatılması gerektiği belirtilen "rıza formu"nda yer alması gereken bilgilerin neler olduğunu HHY m. 15'de tek tek listelemiştir. Düzenleme şu şekildedir:

Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) m. 15:

Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir."

Hastanın rızası alınmadan önce kendisine nasıl bir bilgilendirme yapılması gerektiği belirlenirken Yargıtay kararlarında[22] da, hem Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesine hem de Hekim Meslek Etiği Kurallarının 26. öaddesine gönderme yapıldığı görülmektedir. Mesela Yarg 13. HD'nin 2013 tarihli kararından[23] alıntı yapmak faydalı olacaktır:

---

[21] Daha fazla bilgi için bkz. ÇAKIRCA Seda İrem, **Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 166 (Lexpera, elektronik kitap, Erişim Tarihi: 01.10.2022).

[22] Bu yönde bkz. Y. 13 HD, 12.12.2019, 2106/23372 E., 2019/12469 K.; Y. 13 HD, 4.7.2018, 2016/25663 E., 2018/7615 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 26.10. 2022).

[23] Y. 13. HD, 01.11.2013, 2003/19631 E., 2003/26901 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 26.10. 2022)

*"Diğer yandan, **Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde** "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere **aydınlatılmış rıza** olması gerekir. Nitekim **Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde** düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir."*

Aktarılan hukuki düzenlemelerden ve Yargıtay kararından da görüldüğü gibi, tıbbi müdahaleden önce hastanın aydınlatılmış olması ile kastedilen, sadece bilgi vermek değil, hastanın anlayabileceği şekilde bilgi verilmesidir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tıbbi tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar verebilecek bir bilgi düzeyine getirmekle yerine getirilmiş olur. Hasta yeterince bilgi sahibi yapılmadan önerilen tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilecek duruma gelemez.

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu; teşhis, tedavinin yapılış şekli, uygulanacak tedavi sonucunda başarılı olma şansı, tıbbi müdahale sırasında

veya sonrasında ortaya çıkabilecek riskler, komplikasyonlar, tedavinin veya müdahalenin seyri ve sürecinin ne şekilde olacağı, maliyetinin ne olacağı, nasıl bir organizasyon, ilaç veya ekipman yapısı ile uygulanacağı, alternatif bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı, tedavi uygulanmazsa ortaya çıkabilecek olası sonuçlar oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalenin ağır ve kalıcı zararlar meydana getirebilecek komplikasyonları, gerçekleşme ihtimali ne kadar düşük olsa da mutlaka hastaya bildirilmelidir[24]. Nitekim Yargıtay da birçok kararında, müdahalenin tüm riskleri ve sonuçları anlatılmamış olmasının eksiklik olduğuna ve komplikasyonlar hastaya bildirilmeden alınan rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmayacağına karar vermiştir. Mesela Yargıtay[25] incelemesine konu olan bir olayda, hastanın tomografini çekmeden önce hamile olup olmadığını kontrol etmek için BETA-HCG testi yapılmış ve bu testten elde edilen negatif sonuca güvenerek tomografi çekilmiştir. Sonradan hastanın hamile olduğu ve bebeğin radyasyondan zarar gördüğü ortaya çıkmış. Yargıtay BETA-HCG testinin ilk 4 haftada güvenilir olmadığı yönünde hastanın uyarılmadığı, dolayısıyla yeterince aydınlatılmadan hastanın tomografisinin çekilmesinin hukuka aykırı bir müdahale olduğu kanaatine varmıştır. Keza, Yargıtay[26] incelemesine konu olmuş bir başka olayda yüksek mahkeme, manuel muayene sonucu kızlık zararı yırtılan hastaya böyle bir riskin mevcudiyeti bilgilendirilip rızası alınmadan yapılan muayenenin hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Hekimin hastaya, tedaviye devam etmesi veya etmemesine karar verecek bilgileri vermesi gerekmekle beraber hastanın psikolojisine göre bazı bilgileri vermekten kaçınması da mümkündür. Bu husus Türk Tabipler Birliğinin yayınladığı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde düzenlenmiştir[27]. Anılan madde uyarınca, hekimin hastanın moralini düzeltme-

---

[24] Bu yönde bkz. DURUR, s. 71 vd.

[25] Y. 13 HD, 28.4.2014, 2013/33451 E., 2014/13461 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 26.10. 2022).

[26] Y. 4. HD, 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 26.10. 2022).

[27] **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (R.G. 19.2.1960, n. 10436) m. 14;**

"Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icab ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, ***hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.***

si ona ümit vererek teselli etmesi gerektiği, maneviyatını kötü etkileyecekse hastalığı ile ilgili tüm detayları aktarmaması gerektiği, somut olayın gerektirmesi halinde bazı bilgilerin saklanabileceği belirtilmiştir.

B. Aydınlatılacak Kişi ve Aydınlatmayı Yapacak Kişi

Kural olarak tıbbi müdahaleden önce hasta aydınlatılır ve onun rızası alınır. Ancak rızayı hasta değil yasal temsilci veriyorsa o zaman yasal temsilcinin aydınlatılması daha doğrudur. Ancak burada belirtelim ki, yasal temsilcinin aydınlatılmış rızasının alınması gerektiği durumlarda küçük veya kısıtlı olan hastanın da onun somut durumu dikkate alınarak uygun bir şekilde aydınlatılması ve tedavi sürecine dahil edilmesi gerekir. Hastanın aydınlatılması, bir hasta hakkı hatta kişiliğine müdahale teşkil ettiğinden bir insan hakkıdır. Fiil ehliyeti bulunsun bulunmasın kişi, tam ve sağ doğmakla hak sahibi olur. Ancak ayırt etme gücünden yoksun hastanın tıbbi müdahale ile ilgili aydınlatılmasında onun durumu şartları dikkate alınmalı ve uygun şekilde aydınlatma yapılmalıdır. Bu husustaki düzenlemeler Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde ve HHY'de açıkça yer almıştır. HHY'nin 24. maddesinin[28] 2. fıkrasında küçük ve kısıtlı olan hastanın düşüncelerinin de dinlenmesi gerektiği ve mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine dahil edilmesi gerektiğinden, 3. fıkrasında da, engelli hastalara durumlarına uygun bilgilendirmenin yapılmasının gerekliliğinden bahsetmiştir. Hatta aynı maddenin 5. fıkrasında[29] da hastanın karar verme yeterliliğini zaman zaman kaybettiği tekrarlayıcı hastalıklarda, tıbbi müdahale ile ilgili bilgilendirme ve rıza alınması açısından hasta ile iletişimin hastanın yeterliliğinin bulunduğu dönemlerde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir."

[28] **Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 /f.2, 3:**

"Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır."

[29] **Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/f. 5:**

"Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir."

Görüldüğü gibi, hasta kısıtlı veya küçük olması halinde dahi aydınlatılması gerekmekte ancak bu aydınlatma her kişinin özel durumu, yaşı dikkate alınarak onun anlayabileceği bir dilde ve şekilde yapılmasını gerektirmektedir[30]. HHY'nin 24. maddesinde küçük veya kısıtlı dahi olsa hastanın anlayacağı bir şekilde bilgilendirmesi tedavi sürecine katılması gerektiği düzenlenmiştir.

Hastanın hastalığı ve tedavisi ile ilgili bilgilendirme ve aydınlatılmanın öncelikle hastaya yapılması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında da aydınlatmanın davacı yerine eşine[31] yapılmış olması ya da aydınlatma formunun bizzat hasta yerine oğluna imzalatılmış[32] olmasının, aydınlatma yükümlülüğü açısından yeterli olmadığı belirtilmiştir.

Ayrıca, kişinin sağlığı ile ilgili bilgiler onun özel alanı teşkil etmekte olup bu bilgiler kişinin izni olmadan başkalarına açıklanmamalıdır. Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesi "herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir." demektedir. Hele hele kötü (meş'um) bir hastalığa yakalanmış ise o zaman hasta böyle bir teşhisin ailesine açıklanmamasını isteyebilmektedir (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/3; HHY m. 20)[33]. Bu yönde ağır bir hastalığa yakalanmış olan bir hastaya hastalığı ve tedavi yöntemleri ile ilgili bilgi verirken doktorun bunu büyük hassasiyetle yapması ve hasta psikolojisini dikkate alması gerekmektedir (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14/2; HHY m. 19[34]).

---

30 Bu yönde ayrıca bkz. GÜNLER, s. 79.

31 Y. 13.HD, 26.12.2013, 3720/32218 (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 20.03.2023).

32 Y. 13.HD, 9.6.2020, 2018/4570 E, 2020/4375 K. (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 20.03.2023)

33 TDT m. 14 için bkz yukarıdaki dipnot.

HHY m. 20, Bilgi Verilmesini Yasaklama;

"İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir."

34 **HHY m. 19, Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken haller:**

Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.

HHY m. 18'de hastanın kendisinden başka birisinin bilgilendirilmesini talep edebileceği ve bu durumda bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verileceği belirtilmiştir.

Hastanın aydınlatılmasının tedaviyi tehlikeye düşürebileceği bazı durumlarda bu yükümlülük sınırlandırılabilir. Genellikle kanser, AIDS gibi ağır hastalıklarda hastaya bildirilmesi ağır psikolojik baskı altına sokacağı durumlarda doktor hastaya bu bilgiyi vermeyebilir. Ancak hastaya bilgi verilip verilmemesi yönünde karar her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli ve hastanın önceden hayatını planlama şansı elinden alınmış olmamalıdır. HHY m. 19'da hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanmasının caiz olduğu belirtilmiştir. Hastaya veya yakınına sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, somut olayın şartlarını dikkate alarak, tabinin takdirine bırakılmıştır (HHY m. 19/2).

Son olarak belirtelim ki, hastanın ağır ve acil tıbbi müdahaleyi gerektiren, hayati risk altında olması halinde de hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Kaza, doğal afet gibi sebeplerle bilinci yerinde olmayan hastaya aydınlatılmış rıza prosedüründe bulunulmadan tıbbi müdahalede bulunulabiliecektir. HHY m. 24'de hayati tehlikenin bulunduğu ve hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumların varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığı belirtilmiştir. Benzer bir düzenlemeye Hekimlik Etiği Kuralları m. 26'da yer verilmiştir. Bu hükümler kapsamında, acil durumlarda tıbbi müdahale yapılırken hastanın rızasının alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiş olup, somut olayın özelliği gereği bu tür durumlarda hekimin "aydınlatma yükümlülüğü" bulunmadığını belirtmeye dahi gerek duyulmamıştır. HHY m. 24/4'de bu tür durumlarda mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisinin, mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hastaya aydınlatmada bulunacak kişi kural olarak bizzat müdahaleyi yapacak olan hekimdir. Mesela büyük bir ameliyat öncesi, hastayı bu cerraha yönlendiren aile hekimi tarafından aydınlatılmış olsa dahi ameliyat öncesi operatör hekimin de hastayı ayrıca aydınlatması gereklidir[35]. Bir hekim heyetinin müda-

[35] Bu konuda bkz. GÜLEL, s. 115; AYAN, s. 82.

haleyi birlikte gerçekleştireceği durumlarda, aydınlatmanın hekimin sorumlusu olan hekim tarafından yapılması da yeterli olabilir. Bazı durumlarda aydınlatmanın hangi uzmanlığa sahip olan hekim tarafından yapılacağı özel olarak düzenlenmiştir. Mesela, organ naklinde aydınlatmanın operasyonu yapacak olan cerrah tarafından bizzat yapılması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir[36]. HHY m. 18'de "Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir." hükmü yer almaktadır.

3. Tıbbi Müdahaleye Rıza Verilmiş Olması

Türk Hukukunda hastanın rızasının alınması zorunluluğu ilk defa 1928 tarihli 1219 sayılı Tababet Kanunu'nun 70. maddesi ile "her türlü ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasinin evvelemirden muvafakatini alırlar" ifadesi ile hukukumuzda düzenlenmiştir. Daha sonra 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde de *"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."* şeklindeki ifade ile kural vurgulanmıştır.

Anılan hükümlerde de bahsi geçen "hastanın rızası" ile neyin kastedildiği ne zaman geçerli bir rıza verilmiş olacağı hususu detaylı olarak değerlendirilmeyi gerektirmektedir.

A. Rızanın Konusu

Yukarıda açıkladığımız gibi TMK m. 24'de rızanın, kişilik hakkına yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmasını engellediği belirtilmektedir. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin rızasının bu etkiyi doğurabilmesi için rızanın, kişinin serbestçe tasarruf edebileceği değerler üzerinde verilmiş olması gerekir. Hukukumuz kişilik hakları kişinin bizzat ihlal etmesine karşı dahi korumuş olduğundan (TMK m. 23) mesela ötenazi için verilen rıza geçerli bir rıza değildir.

Kişinin "yaşam hakkı", serbestçe tasarruf edemeyeceği kişilik haklarındandır. Bu kişinin kendi yaşamına son veremeyeceği anlamına gelmemekte, üçüncü kişilerin müdahalesi ile yaşamını sona erdirmesine rıza vermenin geçerli olmayacağı anlamına gelmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

---

[36] GÜLEL, s. 115.

(TCK) m. 84'de intihara yönlendirme suç olarak düzenlenmiştir. Ancak belirtelim ki kişinin yaşamını devam ettirmesi için mecburi olan tedaviyi reddetmesi mümkündür bu durumda ilgili sağlık personelinin sorumluluğu doğmayacaktır.

Diğer taraftan hukuk, kişiye, bedeni üzerinde de serbest tasarruf hakkı tanımamıştır. Kişilerin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillere rıza göstermesi, kural olarak fiili hukuka uygun kılmak için yeterli olmaz. Anayasa m. 17 f. 2 ye göre "*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında*" kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi için verdiği rıza da ancak "tıbbi zorunluluk" bulunması veya kanunda müsaade ediliyor olması halinde hukuka uygun olur. Mesela gebe kadın kürtaja rıza göstermiş olsa da tıbbı zorunluluk bulunmuyorsa kanun sadece gebeliğin 10. haftasına kadar isteye bağlı kürtaja müsaade etmektedir. Gebeliğin onuncu haftasından sonra doktorun isteye bağlı kürtaj yapması TCK m. 99'da suç olarak düzenlenmiştir.

Anayasa m. 17/2'deki sınırlandırma, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) ile de desteklenmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin, meslektaşların hastaları ile münasebetleri başlıklı ikinci kısmında yer alan 13. maddesinin 3. fıkrasında, tıbbi müdahalenin **teşhis, tedavi ve koruma amaçlı** yapılabileceğinden bahsedilmektedir. Keza Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. maddesi de, "teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüm veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez" şeklinde hüküm getirmiştir.

Yukarıda aktardığımız Anayasa m. 17, TDN m. 13, HHY m. 12, TMK m. 23 ile getirilen düzenlemelerden kişinin sırf arzusuna dayalı tıbbi müdahalelerin yasak olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu noktada, tıbbi müdahaleye izin verilen "tıbbi zorunluluk" kavramının içerisine nelerin gireceği sorusu akla gelecektir. Hastalığın teşhisi, tedavisi veya hastalıktan korunmak amacıyla yapılacak müdahalelerin hukuka uygun olduğunu TDN m. 13'den anlamaktayız. Bu tür teşhis, tedavi ve korunma amacının bulunması "**tıbbi endikasyon**" olarak tanımlanmakta ve tıbbi müdahale yapılabilmesi için tıbbi endikasyon şartı aranmaktadır. Tedavi, sadece fiziki hastalıklar açısından mı yoksa psikolojik rahatsızlıkları da kapsamakta mıdır? Bu konuda özellikle de sırf güzellik amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler öğretide tartışmalıdır[37].

---

[37] Estetik müdahaleler hakkında tartışma için bkz. POLAT Alperen, **Sorumluluk Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 95 (lexpera elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022); PETEK Hasan, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk**", DEUHFD**, C. 8, S. 1, 2006, s. 182; GÜRELLİ Nevzat, "Hukuk Açısın-

Bazı yazarlar[38], tıbbi zorunluluk olmadan sırf güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahaleleri hukuka aykırı kabul ederken, diğer bazı yazarlar[39], konuyu daha ılımlı değerlendirerek estetik müdahalenin ruhsal tedavi amacı güttüğü ve hayati risk taşımadığı, tehlikeli olmadığı takdirde hukuka uygun kabul edilebileceği kanaatindedir.

Rızanın konusunu belirlerken sözleşme özgürlüğü açısından getirilen sınırlarını da dikkate almak gerekir. Malvarlığı hakları üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf etmek mümkünken, bunlar üzerindeki tasarruf dahi sınırsız değildir. Bu noktada TBK m. 27'deki sınırlara dikkat edilmelidir. Rızanın konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması, imkânsız olmaması gerekir. TBK m. 27'de kişilik haklarına aykırılığa da atıf yapılmakta ve kişilik hakkına aykırı olan rızanın geçersiz olacağını belirtmektedir. TBK m. 27 ile, hukuki işlemin sınırı belirlendiğinden, maddede belirtilen durumlarda rıza verilmiş olsa dahi hukuki işlem geçersiz hale gelecektir. Polat[40], küçük çocukları korkutmak amacıyla estetik müdahale yaparak görüntüsünü değiştirmek isteyen kişinin rızası ahlaka aykırı olduğunu ancak bu amacı bilmeyen hekimin açısından bu rızanın hukuka uygun sayılacağını belirtmiştir.

B. Rızanın Hukuki Niteliği ve Rıza Ehliyeti

Rızanın hukuki niteliğinin bir "hukuki işlem" mi, "hukuki işlem benzeri" mi yoksa "maddi fiil" mi olduğu[41] doktrinde tartışmalıdır[42]. Bu tartışmanın

---

dan Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, 1981, ss. 267-275, 271, 272; ZEVKLİLER Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim yılı açılış dersi)", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 1983, ss. 28 vd.; ARINCI Atilla/USTA Sevgi**,** "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi"; **Turkish Journal of Plastic Surgery**, 2017, C. 25, S. 2, s. 86 vd..

38 POLAT Alperen, **Sorumluluk Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 96 (lexpera elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022); GÜRELLİ, s. 272.

39 PETEK, s. 185; ALTUN Zeynep, **Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Lexpera, elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022), s. 33; ZEVKLİLER, s. 29; ARINCI/USTA, s. 87. POLAT, psikolojik veya psikiyatrik gereksinim de söz konusu ise güzellik ameliyatlarının tıbbi zorunluluk kapsamında değerlendirileceği kanısında (POLAT, s. 96).

40 POLAT, s. 82.

41 Belli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine yönelik arzuyu açıklayan irade beyanına, hukuk düzeninin istenilen sonucu tanıması halinde hukuki işlem söz konusu olur. Diğer bir ifade ile, hukuki işlemin olmazsa olmaz iki unsuru: irade beyanı ve hukukun istenilen sonucu bağlamasıdır. Hukuki işlem benzeri fiillerde, kişinin açıkladığı iradesine, kişi sonucu istemese dahi, hukuk düzeni otomatik olarak bir sonuç bağlar. Bu durumun klasik örneği alacaklının alaca-

pratik sonucu hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri olduğunun kabulü halinde hukuki işlemlere ilişkin hükümler özellikle de irade sakatlığına ilişkin yanılma, aldatma gibi hükümler uygulanabilecek ve geriye etkili olarak iptal edilebilecektir. Rızanın maddi fiil niteliğinde olduğu kabul edilirse, hukuki işlemlere ilişkin hükümler kıyasen dahi uygulanamayacaktır. Maddi fiil açısından kişinin iradesi, ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı önem arz etmediğinden, rızanın maddi fiil olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nitekim tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için rıza veren kişinin müdahalenin kapsamını, sonuçlarını anlayabilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan rıza verecek olan kişi için hukuki işlem ehliyeti bulunması gerektiği yönünde de bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Hatta tıbbi müdahale kişiye sıkı sıkıya bağlı olan vücut bütünlüğüne müdahale anlamına geldiğinden ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin rızasının yeterli olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca rızanın geçersiz olması halinde dahi tazminattan indirim sebebi teşkil ediyor olması, geçersiz hukuki işlemin hüküm doğurmayacağı kuralı ile de çeliştiğinden hukuki işlem olmadığı sonucuna götürmektedir[43]. Sonuç olarak rızanın, hukuki işlem benzeri tek taraflı bir irade açıklaması olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha uygundur[44]. Hukuki işlem benzerlerine, hukuki işlemlere ve sözleşmeye ilişkin hükümler uygun düştüğü oranda uygulanırlar.

Rızanın hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesine göre rıza ehliyeti de farklılık göstermektedir. Rızayı hukuki işlem olarak nitelendiren görüşte olanlar rıza ehliyetinin doğal olarak hukuki işlem ehliyetini gerektirdiğini savunmaktadırlar[45]. Rızayı maddi fiil olarak niteleyen görüş taraftarlarına göre, rıza gösterme ehliyetinde herhangi bir şart yoktur. Ayırt etme gücü bulunmayanlar da maddi bir fiil gerçekleştirebilir. Bizim de katıldığımız rızanın hukuki işlem benzeri nite-

ğını istemesiyle - bilinçli olarak temerrüde düşürme iradesi olmasa da - borçlu temerrüde düşer. Kişinin dış dünyada gerçekleştirdiği maddi fiil sonuca hukuk düzeni bir sonuç bağlar. Bunun klasik örneği kişinin, başkasına ait mermere heykel yapmasıdır (TMK m. 775). (Bu konularda detaylı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,** Birinci Cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008, ss. 83 vd.

42 Bu görüşlerle ilgili bilgi için bkz. ÇEKİN M.S., **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sy Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 85; POLAT, s. 8-18.

43 Bu konuda bkz. POLAT, s. 19. OĞUZMAN/ÖZ, ehliyetsizliğin, irade beyanındaki sakatlığın, kişilik haklarına aykırılığın mağdurun rıza verdiği işlemi de hukuka aykırı kılacağını belirtmiştir (OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 25)

44 ÇEKİN, s. 85; POLAT, s. 19; BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 61 vd. (lexpera, elektronik kitap, Erişim Tarihi: 23.10.2022).

45 POLAT, s. 20.

liğinde olduğunu savunan görüş uyarınca, hukuki işlem ehliyetine ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde kıyasen rıza ehliyetine de uygulanır. Rıza, bir irade beyanı olduğu için kişide ayırt etme gücü bulunmasını gerektirir.

Tıbbi müdahaleye verilen rızanın müdahaleyi hukuka uygun kılabilmesi için kişinin yapılacak müdahalenin kapsamını, sonuçlarını anlayabilecek olgunlukta olması gerekir. Tıbbı müdahaleye rıza verecek kişinin, fiil ehliyetine veya ceza hukukundaki kusur ehliyetine sahip olması gerekmeyip müdahaleyi ve sonuçlarını anlayabilmesi ve muhakeme yapabilecek durumda olması önemlidir. Bu kişinin tıbbi işlem ile ilgili muhakeme yapabilecek seviyede ayırt etme gücüne sahip olması, rıza ehliyeti açısından olmazsa olmazımızdır. Bu açıdan konuyu aşağıdaki gibi ikiye ayırarak değerlendirmenin faydalı olduğu kanaatindeyiz.

a. Genel Olarak Ayırt Etme Gücüne Sahip Kişilerin Rıza Ehliyeti ve Öğretideki Görüşler

Ayırt etme gücüne sahip kişi reşitse ve de kısıtlanmamışsa tam ehliyetli olduğundan (TMK m. 10), tıbbi müdahaleye rıza ehliyetine sahip olduğu şüphesizdir. Ancak tam ehliyetliler dahi hukukumuzda bazı önemli tıbbi müdahaleler açısından sınırlandırılmış ve tek başlarına rızalarının yetmeyeceği düzenlenmiştir. Bu yöndeki en çarpıcı örnek hiç şüphesiz evli kişi açısından kürtaj veya kısırlaştırma yaptırabilmeyi eşinin rızasına tabi tutan 2928 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesidir. Evli kadının kürtaj yapabilmek için eşinin izninin aranması öğretide yoğun şekilde eleştirilmektedir[46]. Bu şekilde kürtaj yapabilmek için eşin rızasının alınması şartının Türkiye'den başka, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt Hukuk sistemleri dahil sadece az sayıda birkaç hukuk sisteminde yer almaktadır[47]. İngiltere'de kürtaj karşıtı bir eşin AİHM'de açtığı dava[48] reddedilmiştir. Amerika'da Pennsylvania eyaletinin eşin rızasını arayan hukuki düzenlemesi de Amerika Yüksek mahkemesince[49] Anayasaya ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur.

---

[46] Bu konudaki tartışmalar ve Türk öğretisindeki yaklaşımlar için bkz. TANSU Sayar /KILIÇ ÖZTÜRK Yasemin, "Türkiye'de uygulanan kürtajda eşin rızasını alma zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey Kararı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 1, 2018, ss. 336-337.

[47] TANSU/KILIÇ ÖZTÜRK, s. 336, 337.

[48] AİHM'nin 13/05/1980 tarihli W.P. v. United Kingdom kararı, http://hudoc.echr.coe.int/eng#

[49] Amerika Temyiz Mahkemesinin 29/06/1992 tarihli, 505 U.S. 833 sayılı Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/, Erişim Tarihi: 20.10.2022).

Diğer taraftan, kişi ayırt etme gücüne sahip ancak küçük veya kısıtlanmış ise, diğer bir ifade ile tam ehliyetli değilse, tıbbi müdahale için kendi rızası yeterli olacak mıdır? Bu sorusunun, konuya tam açıklık getirebilmek bakımından cevaplanması gerekir.

TMK m. 16'de ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tek başlarına kullanabilecekleri belirtilmiştir. Vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf edebilmesi de, yasanın diğer sınırları da, dikkate alınarak kişinin bizzat karar verebileceği haklarındandır. Ancak bunun için aranan tek şart kişinin (küçük veya kısıtlının) ayırt etme gücünün bulunmasıdır. Tıbbi müdahaleye verilecek rıza bakımından kişinin tıbbi müdahale ve sonuçlarını anlaması, karar verebilme yeteneğinin bulunması önem arz etmektedir[50]. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı değerlendirmesinde bu gerçekliğe dikkat edilmeli ve her somut olay açısından kişinin söz konusu tıbbi müdahalenin kapsamını, sonuçlarını, risklerini anlayabilecek olgunlukta olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin zorluğu, verilen kararın uzun vadede sonuçları vs. için gerekli olan ayırt etme gücü, en basit müdahale ile daha zorlar açısından farklı değerlendirilmeli, hatta, sadece yaş kriteri değil bireyin kişisel olgunluğu da dikkate alınmalıdır. Yasal olgunluk yaşının dahi farklı hukuk sistemlerinde farklı olduğunu; mesela Amerika'da ehliyet için 16, alkol için 21 yaş sınırı iken, ülkemizde ve birçok Avrupa ülkesinde 18 yaşını doldurmuş olma sınırının arandığını görmekteyiz. Hatta Amerika'da eyaletler arasında dahi yasal olgunluk yaşı değişiklik arz etmektedir. Keza tıbbi müdahaleye rıza verilmesindeki olgunluk belirlemesinde ulusal kanunlarda farklılık olduğunu görmekteyiz. Mesela, Amerika'nın bazı eyaletlerinde ilaç bağımlılığı, cinsel bulaşıcı hastalıklar, kürtaj ve psikiyatrik rahatsızlıklar gibi durumlarda tıbbı müdahale için sadece küçüğün rızasının yeterli olduğu kabul edilmiştir[51]. Birleşik Krallıkta bazı tıbbi müdahaleler açısından 16 yaş ve üstü çocukların tek başına verdikleri aydınlatılmış onam yeterli kabul edilmektedir[52].

---

[50] GÜLEL İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017, s. 84.

[51] GÜLEL, s. 93; AYDIN Erdem, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, S. 46, 2003, s. 150.

[52] GÜLEL, s. 93; HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 414. Başkaca hukuk sistemlerindeki durum ile ilgili tartışmalar için bkz. HAKERİ, s. 400 vd., s. 414-419; GÜNLER, s. 98, 99.

Türk hukuku açısından yaşı veya kısıtlı olup olmadığına bakılmadan tıbbi müdahalenin kapsamı, riskleri, sonrasını anlayabilecek olgunluğa erişmiş olan dolayısıyla ayırt etme gücü bulunan kişinin, veli veya vasinin dahili olmadan tek başına rıza verebilmesi kural olarak, TBK m. 16 uyarınca mümkün gözükmektedir. Hal böyle olmakla beraber 1219 sy. Tababet Kanunu m. 70, tıbbi müdahaleden önce tek başına küçüğün rızasını yeterli kabul etmeyip rızanın temsilci ile birlikte verilmesini aramıştır[53]. Mevcut hukuki düzenleme karşısında ayırt etme gücü bulunan küçüğün kendisine sıkı sıkıya bağlı olduğunu kabul ettiğimiz hakkı tek başına kullanabilmesi mümkün değildir. Bunula birlikte konu, "olması gereken hukuk (de lege feranda)" açısından öğretide tartışmalıdır[54]. Bu konuda 3 temel görüş bulunmaktadır:

Bir görüş uyarınca küçük veya kısıtlının rızası yetmez; yasal temsilcinin rızasının da alınması gerekir. Mevcut hukuki düzenlemeye en yakın olan bu görüş uyarınca tıbbı müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, küçük veya kısıtlının rızasının alınması ön koşul olmakla beraber tıbbi müdahale sözleşmesinin tamam olabilmesi için, yasal temsilcinin de izni veya onayının alınması gerekmektedir[55].

İkinci bir görüş uyarınca önemli olan, tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermesidir ve küçük veya kısıtlıların görüşleri sadece onların bu sürece katılma hakkına saygı göstermek amacına hizmet etmektedir[56]. Nitekim TMK m. 450'de[57] de, vasiye önemli işlerle ilgili karar vermeden önce kısıtlı kişinin görüşünü alma yükümlülüğü yüklemiştir. Bir tıbbi müdahalenin yapılmasıyla ilgili olarak küçük veya kısıtlı ile yasal temsilci çatışır ise bu görüş, yasal temsilcinin kararına üstünlük tanımaktadır[58]. Belirtelim ki, organ nakli (2238 sy Kanun m. 5) ve kısırlaştırma (2827 sy Kanun m. 4/2) gibi bazı özel tıbbi müdahaleler için yasal temsilcinin rızası yeterli olmamaktadır.

---

[53] Kanunun yasal temsilciyle birlikte kullanılacağını öngördüğü kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcinin de katılması gerektiği yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 93.

[54] Bu tartışmalar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. HAKERİ, s. 399 vd.; GÜLEL, s. 91- 95.

[55] POLAT, s. 109.

[56] AYDIN, s. 149.

[57] TMK m. 450:

"Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür.

Vesayet altındaki kişinin işi uygun bulmuş olması vasiyi sorumluluktan kurtarmaz. "

[58] AYDIN, s. 151; HAKERİ, s. 407.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir diğer görüş[59] uyarınca ise, tıbbi müdahaleye rıza TMK m. 16 kapsamında kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasındadır. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için sadece küçük veya kısıtlının rızası yeterlidir. Bu kapsamda özellikle cinsel özgürlüklerle (kürtaj, sterilizasyon gibi) ilgili durumlarda, TCK m. 104 uyarınca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin 15 yaşından büyük mağdurun şikayetine bağlı olduğu hükmüme dayanarak, 15 yaşındakilerin tek başına rızasının yeterli olacağı yoğun olarak savunulmaktadır[60].

Daha önce belirttiğimiz gibi, sonuncu görüş, meri kanunlardaki yasal temsilcinin rızasının alınmasını şart kılan düzenlemelerle çelişmektedir ve bu konuda kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır[61]. Mesela küçüklerin kürtajı ile ilgili (2827sy Kanun m.6) ve araştırma nitelikli tıbbi müdahalelerde (İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.5) velinin de rızasının bulunması aranmaktadır.

b. Genel Olarak Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanların Rıza Ehliyeti

Ayırt etme gücü, TMK m.13'de mi *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." şeklinde tanımlanmaktadır.* Basit ifade ile, kişinin davranışlarının sonuçlarını anlayabilmesi olarak da ifade edilebilir. Ayırt etme gücünün bulunmaması kişinin yaşının **küçüklüğünden** veya maddede belirtilen gibi bir **akıl zayıflığından** kaynaklanıyor olabilir.

Hukukumuzda "küçük" terimi 18 yaşından küçük olanları ifade ederken, 18 yaşını doldurmakla kişi, "ergin" olarak tanımlanmaktadır. Küçük olmak ayırt etme gücüne sahip olmamak anlamına gelmez. Bir küçükte ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına her somut olay açısından ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.

---

59 GÜLEL İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017, s. 91. Bu yönde bkz. KAHRAMAN Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası**", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, s. 486; ŞENOCAK Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 4, 2001, ss. 75-76.

60 HAKERİ, s. 398.

61 Bu fikirden olarak bkz. AYDIN, s. 150.

Yukarıda da açıkladığımız gibi kişinin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti açısından ayırt etme gücü olmazsa olmaz koşuldur. Diğer taraftan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kişi tarafından bizzat kullanılması gereklidir. Bu nedenle tıbbi müdahaleye rıza verilmesinin yasal temsilci aracılığıyla kullanılıp kullanılamayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Konu tartışmalı olmakla birlikte, ayırt etme gücü olmayanların tıbbi zorunluluk hallerinde yapılacak müdahaleler onların menfaatine uygun olduğu sürece, rızanın yasal temsilci tarafından verileceği kabul edilmektedir[62].

Küçüğün yasal temsilcileri anne babadır. İkisi de hayatta ve evli iseler velayet hakkı müştereken kullanılır (TMK m. 342/f.1) ancak önemli olmayan tıbbi müdahaleler açısından TMK m. 342/2 uyarınca hastanın yanında hazır bulunmayan eşin de muvafakati olduğu varsayılabilir[63]. Ancak önemli tıbbi uygulamalarda her ikisinin de rızasının alınması sonradan çıkabilecek bir ihtilafı önleyecektir. Boşanmış olan anne babalarda velayet hakkı kendisinde olan tarafın rızası yeterlidir. Çocuğun anne ve babası yoksa vasisi, bu da yoksa kanunen kendisinden sorumlu olan mesela kaldığı kurum yöneticisi rıza açıklamasında bulunacaktır.

TMK m. 13'de belirtildiği gibi ayırt etme gücünün bulunmaması küçük olmasından kaynaklanabileceği gibi akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden de kaynaklanabilmektedir. Bu şekilde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi bir küçük değil de bir ergin ise o zaman bunlar da küçüklerde olduğu gibi tıbbi müdahaleye rızayı onların kanuni temsilcileri (vasileri) verecektir. Kısıtlının rahatsızlığı sürekli bakım gerektirip bir sağlık kuruluşuna yatması gerekiyorsa bu tür önemli kararlar için yasal temsilcinin vesayet makamından izin alması gerekmektedir (TMK m. 462/b.13).

Burada ayrıca belirtelim ki, tam ehliyetli kişilerin geçici ehliyetsizlik durumlarında verdikleri rıza, tıbbi müdahaleler açısından geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyecektir. Hastanın bilincinin kapalı olması, koma hali, uyku hali, akli melekeleri etkileyen şiddetli hastalık (örneğin çok yüksek ateş), alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında olma gibi sebepler bu şekilde geçici ehliyet-

---

[62] Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZTEKİN, Kübra, Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Samsun, On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2022, ss. 60 vd.; POLAT, s. 111.

[63] TMK 342:

"*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.*"

sizlik durumlarına örnek olarak verebiliriz (TMK m.13). Mesela hastanın yüksek ateş etkisi ile tam kendisinde değilken rıza vermişse bu rıza geçerli bir rıza olmayacaktır. Ancak tıbbi müdahale öncesinde kişinin ayırt etme kuvveti geri geldiğinden eski rızasını onaylaması veya işleme daha önce hiç rıza vermemiş gibi rıza vermesi gerekir ve bu geçerli olacaktır[64]. İşlem yapıldıktan sonra verilen rıza tıbbi müdahaleyi hukuka uygun yapmaz[65].

c. Yürürlükteki Mevzuat Uyarınca Rıza Ehliyeti

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kişinin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti açısından somut olay bazında yapılacak bir değerlendirme ile ayırt etme gücüne sahip olunmasının tespit edilmesi yeterli olmalıdır. De lege feranda olarak bu görüşte olsak da meri mevzuat hükümleri çerçevesinde kanun koyucunun farklı bir çözüm benimsediğini görmekteyiz.

- 1219 sy Tababet Kanun m. 70'de[66] tıbbi müdahalelilere rıza bakımından küçük ve kısıtlı hastalarda öncelikle veli veya vasinin muvafakatının alınacağını belirtmiştir. Madde metninde yer alan "evvelemirde (öncelikle)" kelimesinden hastanın muvafakatı ve temsilcinin mufavakatının birlikte alınacağı ifadesi çıkmaktadır.
- 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6'da[67] kürtajın yapılabilmesi için hem küçüğün hem de velinin rızası aranmıştır. Maddede kısıtlının kürtaj olması için kısıtlı ve yasal temsilcinin rızası ile sulh hakiminin izninin alınması aranmıştır.

---

64 HAKERİ, s. 518.

65 HAKERİ, s. 518.

66 1219 sy Kanun m. 70: *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye-i cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı* ***veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*** *Hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.*

Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir."

67 2827 sy Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Gebeliğin sona erdirilmesine izin, m 6:

"5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir."

- İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik[68] ile de m. 5(b),(c) ile küçükler, m.6 (b),(c) ile de kısıtlılar ile ilgili olarak yapılacak araştırmalarda yasal temsilcilerinin rızasının yanı sıra küçüklerin ve kısıtlıların da rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir.
- Hasta Hakları Yönetmeliğin 24. Maddesinde, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcilerinden izin alınır denilmiş.
- Türkiye'nin imzalayıp 2004 yılında RG'de yayınladığı Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de genel kural olarak küçük ve kısıtlılar söz konusu olduğunda tıbbi müdahaleye rızanın yasal temsilciler tarafından verileceği kuralı kabul edilmiştir. Ancak maddede ayrıca, küçüğün yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde gittikçe daha belirleyici bir etken olarak küçüğün görüşünün de göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır (m. 6/b.2). Hatta akıl hastalığı gibi bir sebeple kısıtlanan kişinin dahi mümkün olduğu ölçüde tıbbi tedavi sürecine izin verilmesi sürecine katılması gerektiği belirtilmiştir (m. 6/b.3).

Yukarıda aktarılan meri mevzuatlardan görüldüğü gibi küçük veya kısıtlı kişi açısından rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi gerektiği kural olarak kabul edilse de, özellikle çocuklar açısından ergin olmasalar da, tıbbi müdahale öncesinde bu sürece katılmaları istenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği (m. 24/2) ve Biyotıp Sözleşmesi (m. 6/2), rıza verme yetkisinin ebeveynlerde olmasına karşın, çocuğun yaşı ve bilişsel düzeyine göre tıbbi kararlara katılımının sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. Keza, Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Hekimlik Mesleği Etik Kuralları madde 42'e göre 13-18 yaş arasında olanların hem kendisinden hem de yasal temsilcilerinden onam alınmasının yasal anlamda zorunluluk olduğu, 0-13 yaş arasında olanların ise yasal temsilcilerinden onam alınması gerektiğini çünkü bu yaş grubunda iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırt ederek doğru karar vermesinin beklenemeyeceği ancak çocuğun tedavi sürecinde rahatlatılması açısından hastasını aydınlatacağı, hatta imzasının bile alabileceğini kaydetmiştir.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, küçük veya kısıtlının rızası ile yasal temsilcinin rızası çelişmesi halinde, küçüğün rızasına üstünlük tanınması

---

[68] R.G. 13.04.2013, S. 28617. *Bu yönetmeliğin adı "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik" iken 25/6/2014 tarihli ve 29042 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile metne işlendiği biçimde değiştirilmiştir.*

gerektiği savunulmaktadır[69] ve mevzuatta da bu görüşü destekleyen bazı düzenlemeler yer almaktadır. Mesela, Araştırma Yönetmeliğinde[70] küçük veya kısıtlının araştırmaya katılmak istememesi veya çekilmek istemesi halinde yasal temsilciye sorulmadan doğrudan bu iradeye uyulacağı belirtilmiştir (m. 6(c)).

Hukukumuzda bazı tıbbi müdahaleler açısından nitelikli rıza aranmış, diğer bir ifade ile rıza sıkı kurallara bağlanmıştır. Mesela, sterilizasyon, kastrasyon, gebeliğin sona erdirilmesinde, cinsiyete ilişkin müdahaleler, kan, doku ve organ nakli, yapay döllenme, embriyo aktarımı, tıbbi deneyler, genetik inceleme ve müdahaleler bu şekildedir. Mesela, cinsiyet değiştirebilmek için kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, fiziki ve psikolojik zorunluluğun bulunması ve hâkim onayı alınması gerekmektedir (TMK m. 40). Tıbbi zorunluluk bulunmadan sadece gebenin talebiyle gebeliğin sona erdirilmesi ancak gebeliğin ilk 10 haftasında ve eşin rızasını da alarak mümkün olabilmektedir (Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun[71] m. 5, 6). Organ ve doku nakli kapsamında gösterilecek rıza için temyiz kudretinin bulunması, 18 yaşını doldurmuş olmanın yanında, rızanın iki tanık huzurunda verilmesi ve doktor onayı gibi koşulların yerine gelmesi gerekmektedir (ODSANK[72] m. 5, m. 6). Yapay döllenme ve embriyo aktarımı işlemleri hukukumuzda sadece evli çiftlere tanınmıştır. (Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 1). İnsan üzerinde tıbbi deneyler yapılabilmesi de TCK m. 90 ile sıkı kurallara tabi tutulmuştur. Ayrıca, akupunktur, apiterapi, fitoterapi, hipnoz, homeopati, sülük uygulaması, mezoterapi gibi 15 farklı geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntem Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliğini[73] kapsamına alınmış durumda olup bu yöntemler için verilecek rıza da özel olarak düzenlenmiştir (GTUY m. 8/4)[74].

---

69 Bu yönde görüşle ilgili bilgi için bkz. HAKERİ, s. 407.

70 13.04.2013 Tarihli 28617 sayılı RG'de yayımlanmış olan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik.

71 27.5.1983 tarihli 18059 sayılı RG.

72 2238 sy Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun, 3.6.1979, n. 16655 RG.

73 27.10.2014, 29158 sayılı RG.

74 Konuda detaylı bilgi için bkz. EROL Ayşe, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2021, s. 78 vd.

C. Yasal Temsilcinin Haksız Olarak Rızasını Vermekten Kaçınması

Küçükler açısından yasal temsilci veli yani anne ve baba olmaktadır. Çocuk reşit olduktan sonra dâhi kısıtlama sebebi varsa anne ve babanın velayeti altında kalmaya devam eder (TMK m. 335/2). Anne ve baba evli ise velayet hakkını birlikte kullanırlar (TMK m. 336/f. 1). Anne ve baba tıbbi müdahaleye de birlikte rıza göstermelidirler (TMK m.342/f.1). Ancak önemli olmayan tıbbi müdahaleler açısından TMK m. 342/2 uyarınca hastanın yanında hazır bulunmayan eşin de muvafakatı olduğu varsayılmaktadır[75]. Eşler arasında bir anlaşmazlık olduğu zaman eski MK'da babanın kararının üstün tutulacağı belirtilmiş iken bu hüküm 2001 tarihli değişiklikle kaldırıldı ve TMK m. 195/1 ile ihtilafın hâkime başvurarak çözüleceği hükme bağlanmıştır[76]. Velinin çocuğa karşı yiyecek, barınak sağlamak dışında çocuğun fiziki, ruhi ve ahlaki gelişimini sağlamak ve böylece çocuğa toplumda sosyal, ekonomik ve hukuki yönden iyi bir yer hazırlaması da gereklidir. Veli gibi vasi de kısıtlının menfaatlerine uygun hareket etmekle yükümlüdür.

Haklı sebep olmaksızın yasal temsilcinin (veli veya vasinin) tıbbi müdahaleye rıza vermekten kaçınması halinde (yasal temsil düşmanlığı)[77], doktor, sağlık kuruluşu veya küçük ya da kısıtlı hâkime başvurarak tıbbi müdahaleye onay vermesini isteyebilir. TMK m. 346'deki[78] çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikeye düştüğü takdirde hâkimin çocuğun korunması için önlem alabileceği açıkça düzenlenmiştir. TMK m. 346'da ifade edildiği gibi "çocuğun menfaati ve gelişiminin tehlikeye düşmesi", hâkimin müdahalesi için kriter olarak kabul edilmiştir. Çocuğun menfaatinin tehlikeye düştüğüne nasıl karar verilecektir?

---

[75] TMK m. 342:

"*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.*

İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler."

[76] TMK m. 195:

"Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır."

[77] Yasal temsil düşmanlığı ile ilgili bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 79.

[78] TMK m. 346: "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."*

Çocuğun menfaati kriteri farklı farklı görünüşlerde de olsa aynı menfaate hizmet eder şekilde değişik düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır[79]. Mesela Çocuk Hakları Sözleşmesi[80] m. 3, m. 18'de ve Anayasa m. 41'de çocuğun yüksek yararı; Çocuk Korunması Kanunu[81] m. 4/b'de çocuğun yararı ve esenliği; TMK m. 305'de küçüğün yararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde de sadece küçük için değil tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayan tüm hastalar açısından tıbbi müdahalenin yasal temsilcinin rızası ile ve ancak **"sadece onun doğrudan yararı için"** yapılabileceği hükme bağlanmıştır[82].

Haklı bir sebep olmaksızın yasal temsilcinin izin veya onay vermekten kaçınması hekim, sağlık kuruluşu veya ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlı, her zaman hâkime başvurarak tıbbi müdahaleye onay vermesini isteyebilir[83]. Zira, TMK m. 346 ve 451/2 de bu imkânı sağlamaktadır. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. ve Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddeleri hekimin bu yönde iznin verilmesi için mahkemeye başvurabileceğini teyit etmektedir. Hatta anılan hükümlerin ikisinde de, acil durumlarda rıza veya izin koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir. Hekim Mesleği Etiği Kuralları m. 26/2'de[84] "acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir" ifadesine yer verilmiştir.

---

79 HAYDAROĞLU, çocuğun yararına karar verilirken, karar verecek kişinin çocuğun ayırt etme gücüne sahip olsa idi nasıl hareket edeceğini belirleyip ona göre karar vermesinin doğru olacağını belirtmektedir (HAYDAROĞLU Hale, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020, s. 7. Çocuğun üstün yararı ile ilgili detaylı açıklama için ayrıca bkz. ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku,** Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 446-450.

80 Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış ve 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş olup Türkiye dahil 196 ülke taraf olmuştur.

81 5395 sy Kanun, 15.7.2005 tarihli, 25876 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

82 HAYDAROĞLU Hale, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020, s. 7.

83 Bu yönde bkz. GÜLEL, s. 102, 103; ERDEM/MAKARACI, s. 462; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ M. Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018, ss. 361-431.

84 Hekim Etiği Kuralları m. 26/2:

"Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulu-

Ayrıca burada belirtelim ki, Yargıtay bazı kararlarında doğrudan çocuğun üstün yararına uygun karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme 2015 tarihli bir kararı[85] ile anne babanın tıbbı müdahaleye rıza göstermemesi çocuğun üstün özel yararına aykırı ise buna sonuç bağlanmaz ve bu tür durumlarda doktorun çocuk/hasta adına karar verebileceğini kabul etmektedir. Diğer taraftan bu kararı takiben Anayasa mahkemesi de 2015 tarihli verdiği kararda[86], anne-babanın rızasının hilafına olarak zorunlu aşı tatbikinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

D. İradenin Sakatlanmış Olmaması

Tıbbi müdahaleye verilecek rıza hastanın sağlıklı bir iradeye sahip olmasını gerektirir; aksi halde verilen rıza müdahaleyi hukuka uygun kılmayacak, hukuki açıdan geçerli olmayacaktır[87]. Hastanın iradesindeki sakatlık kendisi ile ilgili bir durumdan kaynaklanabileceği gibi başka bir kişinin davranışından da kaynaklanabilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi rızanın hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu baskın olarak kabul edilmekte olup hukuki işlemlerle ilgili hükümlere uygun düştüğü oranda başvurulabilmektedir.

III. AYDINLATMANIN VE RIZANIN ZAMANI VE ŞEKLİ

1. Aydınlatmanın Zamanı ve Şekli

Aydınlatmanın zamanı konusunda hukukumuza var olan bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, aydınlatma, mahiyeti gereği tıbbi müdahaleye muvafakat verilmesinden önce yapılmalı ve hastaya esas itibariyle uygulanması tasarlanan tedavi üzerinde düşünmesi, gerekli görürse yakınlarının ve güvendiği diğer kişilerin fikirlerini alarak serbestçe karar verebileceği kadar zaman tanınmalıdır.

Aydınlatmanın sadece tıbbi müdahale öncesi mi yoksa doktorun tanı ve teşhisi koymasından önce de yapılması gerekip gerekmediği konusu açık değildir. HHY m. 15/c'de hastaya tanı yöntemleri ile ilgili de bilgi verilme-

---

nur. ***Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir****. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır."*

85 Yarg. 2. HD, 04.05.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162 (lexpera internet portalı, Erişim Tarihi: 20.10.2022).

86 AYM 2013/1789, 11.11.2015 sayılı RG.

87 OĞUZMAN/ÖZ, ehliyetsizliğin, irade beyanındaki sakatlığın, kişilik haklarına aykırılığın mağdurun rıza verdiği işlemi de hukuka aykırı kılacağını belirtmiştir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 25).

sinin gerekliliğinden bahsedildiğinden aydınlatmanın teşhisten önce de yapılması gerektiği kabul edilmektedir[88]. Hatta hastanın taburcu olurken dahi aydınlatılması ve yapması gereken ileri tetkiklerin açıklanması gerekir. Nitekim taburcu edilirken hastaya ileri tetkiklerle ilgili bilgilendirme yapılmamış olması dolayısıyla Danıştay[89], hastanenin organizasyon kusuru olduğuna hükmetmiştir[90].

Aydınlatılmış olan bir hastaya rıza vermeden önce düşünmesi, araştırması için makul bir süre verilmiş olması gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliğinde de acil durumlar dışında, bilgilendirmenin hastaya **makul süre** tanınarak yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğünün amacı hastanın tıbbi müdahalenin kapsamı ile ilgili olarak bilgilendirilmesi ve hastanın durumu bütün olarak özümsemesi olduğundan aydınlatmanın hastanın sosyal ve kültürel seviyesine uygun dil ve seviyede yapılması, bu bağlamda aydınlatmanın net, açık ve hasta özelinde anlaşılabilir olması gerekmektedir (HHY m. 18). Biyotıp Sözleşmesinin başlangıç hükümlerinin 36. paragrafında aydınlatmanın tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi için yeterli derecede açık olması ve ona uygun olarak ifade edilmesi gerekliliğine değinilmiştir.

HHY m. 18'de hastanın sözlü şekilde aydınlatılacağı belirtilmiştir. Öğretide de hastanın yapılan aydınlatmayı anladığından emin olabilmek için sözlü aydınlatmanın yapılması gerektiği savunulmaktadır[91]. Hastaya bilginin sözlü olarak verilmesi kabul edilse de hastanın yeterince aydınlatıldığının ispat edilebilmesi için genellikle hastaya yazılı bir form olarak da verilip forma imzası alınmaktadır. Hastanın aydınlatıldığının ispatı sağlık kurumu ve hekime yüklenmiş olduğundan, uygulamada bu şekilde yapıldığını görmekteyiz. Ancak sadece bilgilendirme formu vermiş olmak yetmemekte bu bilgilerin sözlü olarak hastaya aktarılmış olduğunun da ispatlanabilmesi gerekmektedir. Konu HHY m. 26 ile de açıkla düzenlenmiştir. Maddede sağlık kuruluşunun hastaya aktarılacak bilgilendirmeyi içeren bir rıza formu oluşturması gerektiği ve bu formdaki bilgilerin sözlü olarak hastaya aktarılmasından sonra hastanın imzasının alınması gerektiği yazılmıştır.

---

88 YÜZBAŞIOĞLU, s. 193.

89 Danıştay 15.D, 30.02.2016, 2015/2607 E, 2016/3893 K (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi, 22.10.2022).

90 YÜZBAŞIOĞLU, s. 197.

91 GÜLEL, s. 177.

Burada ayrıca belirtelim ki sağlık kurumunun hastaya imzalatmış olduğu rıza formunun genel işlem koşulu niteliği taşıdığı için formda yer alan, hastanın menfaatine aykırı, dürüstlük kuralına uymayan türden haksız hükümler bağlayıcı olmayacaktır[92]. Dolayısıyla formda yazılı olan her hükmün hastaya açıklanmış onunla tartışılmış olduğunun ispat edilmesi sağlık kurumuna düşecektir.

2. Rızanın, En Geç Müdahale Sırasında Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yöneltilmesi ve Rızanın Şekli

Tıbbi müdahaleye rıza ister bizzat kişi tarafından ister kanuni temsilcisi tarafından verilsin, tıbbi müdahaleden önce veya en geç müdahale sırasında verilmiş olmalıdır[93]. Rızanın sonradan verilmesi tıbbi müdahaleyi hukuka uygun yapmaz[94]. Zira, önce rıza alınması mümkün iken rıza alınmadan yapılan müdahale hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, önceden rıza alınması mümkün olmayan acil ve istisnai durumlarda hastanın önceden rızası alınmadan işlem yapılabilir. Bu tür durumlarda kişinin üstün nitelikli özel yararı veya kamusal yarar dolayısıyla hastansın rızası alınmamış olsa da işleme önceden rıza vermiş gibi sonuç doğuracaktır (TMK m. 24/2; Biyotıp Söz m. 9)[95].

Rızanın geri alınmasında hiçbir sınır getirilmemiştir. Tıbbi müdahaleden önce rızanın geri alınması mümkündür ve geri alınmasıyla müdahale hukuka aykırı hale gelir. Hatta, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinin son fıkrasında kişinin rızasını her zaman serbestçe geri alabileceğini belirtmiştir. Hekim Etiği Kuralları 26/son ile de aynı bilgi tekrarlanmıştır. Dolayısıyla hasta, tedaviye başlandıktan sonra dahi her zaman rızasını geri çekerek tedavinin durmasını isteyebilir ve sağlık personelinin bu talebe uyması gerekir. Zira, hastanın rızasını geri almasından sonra devam eden her işlem hukuka aykırı yapılmış olacaktır.

Hastanın hekime başvurduğu basit müdahale gereken ve risk içermeyen durumlarda ayrıca açık bir rıza alması gerekmemekte, nitekim hekime başvurmak dahi zımni rıza anlamına gelmektedir. Açık rıza alınması gereken durumlarda da rızanın belli bir tedaviye yönelik olması gerekir. Hastanın tıbbi

---

92 Bu yönde bkz. POLAT, s. 165.

93 Kural olarak yasal temsilci hukuki işleme yönelik rızasını işlemden önce veya sonra verebilir. İşlemden önce verilen "izin", sonra verilene ise "onay (icazet)" olarak ifade edilir (TMK m. 451). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 87. Hukuki işlem, temsilci tarafından sonradan onaylanarak geçerlilik kazanması mümkünse de tıbbi müdahalelerde rızanın önceden veya en geç işlem sırasında verilmesi gerekir.

94 GÜLEL, s. 147.

95 Detaylı bilgi için bkz. GÜLEL s. 162 vd.

müdahalenin her aşaması için verdiği soyut ve genel bir rıza geçerli değildir[96]. Zira bir hakkın doğumundan önce ondan feragat mümkün değildir. Tıbbi müdahale yapıldıktan sonra verilen rıza da müdahaleyi hukuka uygun hale sokmaz. Sonradan alınan rıza ancak tazminat ödemekle yükümlü olan hekime karşı hastanın tazminat alacağından feragat ettiği anlamına gelebilir[97]. Yoksa fiil işlendikten sonra verilen rıza ile hukuka aykırı olarak işlenen fiil hukuka uygun hale dönüşmez. Ayrıca belirtelim ki, hastanın tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerin de tıbbi müdahale esnasında dikkate alınabileceği Biyotıp Sözleşmesi m. 9'da hükme bağlanmıştır.

Hastanın rızasının nasıl alınacağı ile ilgili olarak 1928 tarihli Tababet Kanunu'nun 70. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm ile sadece önemli ameliyatlar açısından rızanın yazılı alınması gerekmektedir. Hükmün zıt anlamından küçük, önemli olmayan ameliyatlar ve tıbbi müdahaleler için rızanın sözlü alınabileceği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan HHY m. 28'de de mevzuatta öngörülen istisnalar dışında, rızanın herhangi bir şekille bağlı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda kuralın, aksi kanunda öngörülmedikçe hastanın tıbbi müdahaleye rızanın sözlü de alınabileceğini belirtebiliriz. Hal böyle olmakla beraber, HHY m. 26'da[98] kanunda öngörülen durumlar ile *"uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler"* için sağlık kurum ve kuruluşunca hastaya aktarılması gereken bilgileri (ki HHY m. 15'de[99] bu bilgilerin neler olduğu yazılmıştır) içeren

---

96 HAKERİ, s. 429; GÜLEL, s. 82.

97 Bu görüşten olarak bkz. GÜLEL, s. 82; POLAT, s. 125.

98 HHY m. 26, Rıza Formu:

"Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir."

99 Rıza formunda bulunması gereken bilgilerin neler olduğu HHY m. 15'de tek tek sayılmıştır:

HHY m. 15, Bilgilendirmenin Kapsamı:

"Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

"rıza formu" hazırlanacağı ve bu formun rıza vermesi gereken kişi tarafından imzalanması gerektiği belirtilmiştir. HHY m. 26 ile belirtilmiş olan uyuşmazlığa mahal vermesi gereken müdahale kavramı çok geniştir ve açıklanmamıştır. Ayrıca hastanın rızasının alındığının ispatı sağlık kuruluşuna veya hekime yüklenmiş olduğunu da dikkate aldığımızda uygulamada nerdeyse tüm tıbbı müdahaleler açısından hastaya rıza formunun imzalatıldığını görmekteyiz.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi de birçok kararı[100] ile hastanın rızanın alınmış olduğunun ispat yükünün hekim ve sağlık kuruluşunda olduğuna hükmederek rızanın yazılı olması gerektiğini zımnen belirtmiştir[101]. Ayrıca Anayasa Mahkemesi rıza formunun altında hastanın imzasının yeterli olmayacağı, hastanın el yazısı ile bu belgenin okunduğu ve anlaşıldığına ilişkin bilgi konulmasının da ayrıca gerektiği vurgulanmıştır[102].

Yukarıda anlatılanlar ve meri mevzuat çerçevesinde bugün hastanın rızasının yazılı olması mecburiyeti bulunmamakla birlikte önemli tıbbi müdahaleler açısından yazılı rıza şartı söz konudur[103].

III. SONUÇ

Hasta ile hekim arasında tedavi sözleşmesi olarak ifade edilen tarafların iradelerinin uyuştuğu, rızai bir hukuki ilişki bulunsa dahi bu ilişki hekimin tedavisi açısından yeterli hukuka uygunluk sağlamamaktadır. Tedavi sözleşmesi, hekimin hastaya tıbbi vir müdahalede bulunması için yeterli hukuka

---

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir."

[100] AYM Kararı 15.10.2015 tarih, 2013/2084 (AYM kararlar bilgi bankası); AYM kararı, 4.7.2019 tarih, RG 25.07.2019, S. 30, 842.

[101] YÜZBAŞIOĞLU Cihan, **İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 226 (lexpera elektronik kitap, Erişim Tarihi: 01.10.2022).

[102] YÜZBAŞIOĞLU, 226.

[103] Bu yönde YÜZBAŞIOĞLU, s. 226.

uygunluk sebebi oluşturmamaktadır. Kişilik haklarının ihlali anlamına gelen kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması ve tıbbi müdahalede bulunulmasının, hukuka uygun sayılması için, kişinin ayrıca "aydınlatılmış rızasının" alınması gerekmektedir. Hekim hastayı tıbbi müdahale ile ilgili yeterince, onun anlayacağı şekilde bilgilendirip sonrasında rızasını almalıdır. Bunu yapmadığı sürece tedavi amacıyla dahi olsa her müdahale hukuka aykırı sayılacaktır. Ancak, hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı acil müdahale edilmezse hayati risk taşıyan gibi durumlar istisnadır. Böyle istisnai durumlardan olmadığı takdirde, hekimin hastayı bilgilendirip sonra da rızasını alması gerekir.

Vücut bütünlüğü bir kişilik hakkı olduğundan, hekim bizzat hastayı aydınlatmalı ve bizzat hastanın rızası alınmalıdır. Hal böyle olmakla beraber, hastanın reşit olmadığı veya ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda bu kuraldan ayrılmak gerekmektedir. Meri evzuatta bu durumlarda yasal temsilcilerin rızasının arandığı belirtilmiştir. Ancak özellikle, ayırt etme gücü bulunan küçükler açısından konu yoğun olarak tartışılmaktadır. Özellikle de belli bir olgunluk düzeyine ulaşmış küçüklerin bazı tıbbi müdahaleler açısından velinin izni olmadan da bizzat rıza verebilmeleri gerektiği belirtilmektedir. Ülkemizde henüz bu yönde bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Küçüklere bizzat rıza gösterebilecekleri bir alan hukuken tanınmamış olsa da, birçok düzenleme ile küçüklerin olgunluk seviyelerine göre tıbbi müdahalenin kapsamıyla ilgili bilgilendirilmesi ve sürece dahil edilmesi gerektiği açıkça kabul edilmiştir. Ancak gelinen bu nokta birçok açıdan tatmin edici olmayıp öğretide de savunulduğu gibi en azından bazı tıbbi müdahalelerin yeterli olgunluğa gelmiş küçüğün rızası ile yapılabilmesi doğru ve yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

ALTUN Zeynep, **Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (Lexpera, elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022).

ARINCI Atilla/USTA Sevgi, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi"; **Turkish Journal of Plastic Surgery**, 2017, C. 25, S. 2, ss. 84-93.

AYDIN Erdem, "Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu", **Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi**, S. 46, 2003, ss. 148-152 (www.cshd.org.tr).

BAŞALP Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011 (lexpera, elektronik kitap, erişim: 23 Ekim 2022).

CAVLAK Hakan/BOSTANCIOĞLU Dilek, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'deki Sağlık ve Hasta Hakları", **International Anatolia Academic Online Journal**, Social Science, C. 2, S. 2, 2015, ss. 27-42.

ÇAKIRCA Seda İrem, **Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Lexpera, elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022).

ÇEKİN M.S., **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sy Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku**, 23. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ M. Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018.

DURUR Güneş, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Hasta Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi Yönetimi Anabilim Dalı Sağlık Hukuku Programı, 2019.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku,** Seçkin Yayın evi, Ankara, 2022.

EROL Ayşe, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2021, ss. 33- 109.

HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

HAYDAROĞLU Hale, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Kişilik Hakkının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020.

GÜLEL İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017.

GÜNLER Zeynep, **İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

GÜRELLİ Nevzat, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, 1981, ss. 267-275.

KAHRAMAN Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası**", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, ss. 479-510.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,** Birinci Cilt, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008.

OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 28. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Sözleşme Özgürlüğü TBK m. 26, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ÖZTEKİN, Kübra, Şahsa Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Samsun, On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2022.

PETEK Hasan, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk**", DEUHFD**, C. 8, S. 1, 2006, ss. 177-240.

POLAT Alperen, **Sorumluluk Hukukunda Rıza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (lexpera elektronik kitap, erişim tarihi: 01.10.2022).

SÜTLAŞ Mustafa, **AB Hasta Hakları Ana Sözleşmesi ve Örgütlenme**, 23 Ekim 2004 (Bianet Haber Merkezi, www.bianet.org, erişim tarihi: 01.10.2022).

ŞENOCAK Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 4, 2001, ss. 65-80.

TANSU Sayar /KILIÇ ÖZTÜRK Yasemin, "Türkiye'de uygulanan kürtajda eşin rızasını alma zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey Kararı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 1, 2018, ss. 321-349.

YÜZBAŞIOĞLU Cihan, **İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020 (lexpera elektronik kitap, erişim tarhihi: 01.10.2022).

ZEVKLİLER Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim yılı açılış dersi)", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 1983, ss. 1-37.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 587-612

İYİ NİYETLE PAZARLIK İLKESİ BAĞLAMINDA SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU MADDE 47/2 VE 49 HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

(KARAR İNCELEMESİ)

Doç. Dr. **F. Burcu SAVAŞ KUTSAL**(**)
Arş. Gör. Dr. **Hazal TOLU YILMAZ**(***)

Öz: Gerek sendikacılığın gelişmiş olduğu ülkelerde gerekse ülkemizde toplu iş sözleşmesi bağıtlamak sendikaların en önemli faaliyetlerindendir. Ancak, uygulamada toplu iş sözleşmesine ulaşmak her zaman kolay olmamaktadır. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yetki tespiti ve toplu görüşme sürecine ilişkin düzenlemelerinde çoğunlukla mutlak emredici nitelikli hükümlere, kesin ve düzenleyici sürelere yer vermiştir. Böylelikle toplu iş sözleşmelerinin en kısa zamanda imzalanması hedeflenmiştir. Nitekim, Kanunun 47/2 ve 49. maddeleri de belirtilen hedefe örnek olarak verilebilecek hükümlerdendir.

Çalışmamızda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 tarih ve 1749/8381 sayılı kararı ışığında söz konusu düzenlemeler birlikte ele alındığında bunlardan ne anlaşılması gerektiği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplu Görüşme, Toplu İş Uyuşmazlığı, Yetki, Toplu İş Sözleşmesi, İşçi Sendikası.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.09.2023.

(**) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0001-9096-8987; *burcu.savas@law.bau.edu.tr*).

(***) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-0133-9941; *htolu@gsu.edu.tr*).

EVALUATION OF THE ARTICLES 47/2 AND 49 OF THE ACT ON TRADE UNIONS AND COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT IN THE CONTEXT OF GOOD FAITH BARGAINING PRINCIPLE

(ANALYSIS OF A JUDICIAL DECISION)

Abstract: Concluding collective agreements is one of the most important activities of trade unions, not only in our country but also in countries where unionism is developed. Considering that it is not always easy, the legislator has foreseen mandatory provisions and peremptory terms in many articles of the Act No. 6356 on Trade Unions and Collective Labour Agreement regarding the determination of authority and collective bargaining process. Thus, it is aimed the collective agreement be signed as soon as possible. As a matter of fact, articles 47/2 and 49 of the said Act are among the provisions that can be given as examples of the stated purpose.

In our study, it has been examined what should be understood from these provisions in the light of the judicial decision by the 9th Division of the Court Appeal dated 17.09.2020, numbered 1749/8381.

Keywords: Collective Bargaining, Collective Labour Dispute, Competence, Collective Agreement, Trade Union.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2020/1749

Karar Numarası: 2020/8381

Karar Tarihi: 17.09.2020

Davacı İsteminin Özeti: Müvekkili sendikanın davalılardan T. Araç Muayene İstasyonu A.Ş.'de gereken üye çoğunluğunu sağlayarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için 27/10/2010 tarihinde diğer davalı Bakanlığa başvurduğunu, Bakanlığın, sendikanın yeterli üye çoğunluğunun bulunduğu tespitine ilişkin yazısını taraflara tebliğ ettiğini, davalı firmanın olumlu yetki tespitine itiraz davasının Yargıtay 9. Hukuk Dairesince kesin olarak reddedildiğini, müvekkili sendikanın yetkisinin kesinleşmesi üzerine müvekkili sendikanın, İstanbul 15. Noterliğinin 01/08/2018 tarih ve 04307 no.lu yazısıyla toplu iş sözleşmesi görüşmelerine başlamak için yer, gün, saat tespitini müştereken yapmaya davalı firmayı davet ettiğini, davalı firmanın sendikanın davetine icabet etmemesi üzerine müvekkili sendikanın 07/08/2018 tarihinde bir tutanak tutarak taraflar arasında toplantı gerçekleştirmesi için 09/08/2018 tarih ve 2018/357 sayılı

yazısıyla Bakanlığa başvurduğunu, Bakanlığın 15/08/2018 tarih ve 13699 sayılı yazısıyla taraflara toplantı yer, gün ve saatini bildirdiğini, müvekkili sendika tarafından toplantıya katılmakla görevlendirilen sendikanın Konya temsilcisi M.Ü.'in, toplantının yapılacağı Antalya İş Kurumu Antalya Bulvarı Kanal mah. no:12 Kepez/Antalya yerine, Antalya'yı yeteri kadar bilmediğinden sehven Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müd. Gürsu mah. 337. sok. no:44 Konyaaltı/Antalya adresine gittiğini, bu nedenle 10:30 olan toplantı saatine 20 dakika gecikmeyle 10:50'de ulaşabildiğini ancak sendika temsilcisinin bu haklı mazeretinin Antalya İş Kurumu'nun 29/08/2018 tarih ve 14163 sayılı yazısı ekinde yer alan, kurum yetkililerince toplantı saati 10:50 olarak belirtilerek tutulan bir tutanakla birlikte imza altına alındığını, davalı firma yetkilisinin, sendika yetkilisinin bu haklı mazeretini dikkate almadan sendika temsilcisinin çok haklı mazereti nedeniyle gecikmesini sendikanın yetkisini düşürmek için fırsat bilerek toplantı yerini terk ettiğini, davalı firmanın ilk toplantıya gelmemesi, Bakanlık tarafından düzenlenen toplantıda da sendika yetkilisini beklemeden toplantı yerini terk etmesi üzerine müvekkili sendikanın 2018/389 sayılı ve 12/09/2018 tarihli yazısıyla Antalya İş Kurumuna resmi arabulucu tayini için başvuru yaptığını, Antalya İş Kurumunun da sendikanın resmi arabulucu tayini talebi başvurusuyla ilgili Çalışma Genel Müdürlüğünden görüş istediğini, Çalışma Genel Müdürlüğünün 69055 sayılı yazısıyla Antalya İş Kurumuna "sendikaya verilen yetki belgesinin hükümsüz kaldığı" şeklinde görüş ilettiğini, bunun üzerine Antalya İş Kurumunun da 17754 sayılı ve 22/10/2018 tarihli yazısıyla Çalışma Genel Müdürlüğünün görüşü nedeniyle sendikanın başvurusuyla ilgili işlem yapmadığı şeklinde olumsuz sonuç bildirdiğini, müvekkili sendikanın 8 yılı aşkın bir süredir binbir kahır ve meşakkatle sürdürdüğü yetki prosedürü sürecinin, çok haklı bir mazeret nedeniyle toplantıya 20 dakika gecikmesi nedeniyle yetkisinin düşürülerek sonlandırılmasının, sendikal haklara, toplu iş sözleşmesi yapma hakkına, İş Yasalarının işçiyi koruyucu temel felsefesine, ILO sözleşmelerine aykırı olduğu gibi insan vicdanını sızlatan, hukuka güveni dinamitleyen bir işlem olduğunu, şekil şartının, özü bu denli hiçe sayan, hakkaniyete ve vicdana bu kadar aykırı değerlendirilmesinin dünyada başka örneği olmadığını, ayrıca davalı firmanın kötüniyetinin gün gibi aşikar olduğunu, davalı kurumun, davalı firmanın böylesine aleni olan kötüniyetine rağmen davacı firmanın yetkisinin hükümsüzlüğüne karar vermesinin kötüniyetin kanunen himaye edilmeyeceğini emreden Medeni Kanunun 2. maddesine de aykırı olduğunu ileri sürerek Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün 17754 sayılı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünün 69055 sayılı işleminin iptali ile müvekkili sendikanın resmi arabulucu tayini talebinin yerine getirilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti: Davalılar, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti: Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu: İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davalılar istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti: Bölge Adliye Mahkemesince, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz: Bölge Adliye Mahkemesinin kararına karşı davalılar vekilleri temyiz kanun yoluna başvurmuştur.

Gerekçe: Toplu iş sözleşmesi yetkisi, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip kuruluş veya kişinin belli bir toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için Kanunun aradığı niteliğe sahip olmasını gösterir (Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara, 2013, s. 942).

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Yetki" başlıklı 41'inci maddesinin birinci fıkrasına göre "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir."

6356 sayılı Kanun'un "Yetki İtirazı" başlıklı 43'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre de, "Kendilerine 42 nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir."

6356 sayılı Kanun'un "Yetki Belgesi" başlıklı 44. maddesine göre de "Tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde; yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı sonucunda yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde; ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir."

Ayrıntılı olarak belirtilen düzenlemeler doğrultusundaki usûle göre yetki belgesinin alınmasından sonra yapılacak çağrı ile toplu görüşme süreci başlayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, yetki tespiti ve toplu görüşme sürecine dair 6356 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin birçoğunda kesin ve düzenleyici süreler öngörülmüştür. Kanun koyucunun amacının, toplu iş sözleşmesinin en kısa sürede imzalanması ve işçilerin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılacak haklarına kavuşmaları olduğu gözetildiğinde, kesin ve düzenleyici süreler aracılığı ile toplu iş sözleşmesinin ivedi şekilde imzalanmasının amaçlandığı ifade edilebilir.

Somut uyuşmazlıkta Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından yetki belgesinin düzenlenmesi sonrasında davacı sendika tarafından toplu görüşme çağrı yazısı işverene tebliğ edilmiş, taraflar arasında ilk toplantı tarihi belirlenemediği için işçi sendikası tarafından Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne (Kurum) başvuru yapılmıştır.

Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından ilk toplantının 28/08/2018 tarihinde ve saat 10:30'da "Antalya Bulvarı Kanal Mah. No:12 Kepez/Antalya" adresinde yapılması kararlaştırılmış, toplantının yeri ve zamanının belirtildiği 15/08/2018 tarih ve 13699 sayılı yazı işçi sendikası ile işverene tebliğ edilmiştir.

Bununla birlikte 28/08/2018 tarih ve saat 10:45'de düzenlenen (1) sayılı ilk tutanağa göre işçi sendikasını temsilen toplantıya katılan olmamış, işvereni temsilen işveren avukatı toplantıya iştirak etmiş ve tutanak işveren avukatı ile Kurum temsilcileri tarafından imzalanmıştır. Diğer taraftan saat 10:50'de tanzim olunan (2) sayılı ikinci tutanağa göre de saat 10:50'de davacı sendika temsilcisi toplantıya iştirak etmiş ve bu tutanak da sendika temsilcisi ile Kurum temsilcileri tarafından imzalanmıştır.

Dava dilekçesi ile (2) sayılı tutanak içeriğine göre de sendika temsilcisinin yanlış adrese gitmesi sebebiyle toplantıya geç katıldığı anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalara göre Kurum tarafından ilk toplantının yeri ve zamanı taraflara usulüne uygun şekilde tebliğ edildiğinden, (1) sayılı tutanak içeriği ile dosya kapsamına göre işçi sendikasının ilk toplantıya katılmadığı sabittir. Bununla birlikte işçi sendikası tarafından ilk toplantıya katılmama sebebi olarak haklı bir mazeretin ileri sürülmesi de söz konusu olmamıştır. Belirtmek gerekir ki sendika temsilcisinin Antalya ilini yeteri kadar bilmemesi sebebiyle toplantının yapılacağı adrese geç ulaşması haklı bir mazeret olarak kabul edilemez.

6356 sayılı STİSK'nın "Toplu görüşmenin başlaması ve süresi" başlıklı 47nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer."

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, haklı bir mazereti olmaksızın toplu görüşmenin ilk toplantısına katılmayan işçi sendikasının yetkisi düştüğünden, Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından yetkinin düştüğü gerekçesiyle toplu görüşme sürecine dair müteakip işlemin gerçekleştirilmemesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla İlk Derece Mahkemesince davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurularının esastan reddi kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının ortadan kaldırılarak İlk Derece Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17/09/2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi[1].

---

[1] www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

GİRİŞ

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün ("OECD") 2019 yılı istatistiklerine göre, üye ülkeler ortalamasında toplu iş sözleşmesi kapsamı %32,1 iken; ülkemizde bu oran %8,5 olmuştur[2]. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ("Bakanlık") tarafından en son yayımlanmış bulunan 2021 yılı Çalışma Hayatı İstatistikleri uyarınca ise, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren 3.421 kamu ve özel sektör işyerinde toplam 1.036.006 işçi çalışmaktadır[3]. Bu kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma oranı açısından ise, -toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işyerlerinde çalışan işçi sayısı ile Bakanlığın Temmuz ayı istatistiklerinde belirtilen toplam işçi sayısı[4] oranlandığında- %6,89 sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi bağıtlanan işyerlerinde çalışan ve sendika üyesi olmayan işçilerin tümünün dayanışma aidatı ödediği varsayıldığında dahi ülkemizde işçilerin çok az bir kısmının toplu iş sözleşmesinden yararlandığı görülmektedir. Gerçekte ise bu oran çok daha düşüktür.

Resmi istatistikler, ülkemizde temel hak niteliğinde olan ve Anayasa'da güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi hakkından işçilerin büyük çoğunluğunun yararlanamadığını ortaya koymaktadır[5]. Bunun hukuki, sosyolojik ve ekonomik pek çok sebebi olabilir. Ancak, bu üzücü durum, hukukumuzda toplu iş sözleşmesi bağıtlanmasına ilişkin olarak getirilen kuralların söz konusu haktan yararlanılmasına nasıl etki ettiğinin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Zira gerek sendikacılığın gelişmiş olduğu ülkelerde gerekse ülkemizde toplu iş sözleşmesi bağıtlamak sendikaların en önemli faaliyetlerindendir[6]. Bu haktan etkin bir biçimde yararlanılmasını sağlamak ise, devletin

---

[2] OECD Stat, **Collective Bargaining Coverage**, 2019. https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

[3] ÇSGB, **2021 Çalışma Hayatı İstatistikleri**. https://www.csgb.gov.tr/media/89862/calisma_hayati_2021.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2023). Söz konusu istatistik uyarınca, incelememize konu olan kararda yer alan işyerinin girdiği ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkolunda, 2021 yılında özel sektörde yalnızca 53 toplu iş sözleşmesi imzalanabilmiş olması da dikkate değer bir başka veridir.

[4] ÇSGB, İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2021 Temmuz Ayı İstatistikleri uyarınca toplam işçi sayısı 15.027.910 olarak tespit edilmiştir. ÇSGB, **İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayıları Hakkında Tebliğler**, 2021 Temmuz Ayı İstatistiği. https://www.csgb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/ (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

[5] GÜZEL Ali, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 74, Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, ss. 891-949, s. 895.

[6] SÜMER Halûk Hâdi, **İş Hukuku**, 26. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 230; EYRENCİ Öner / TAŞKENT Savaş / ULUCAN Devrim / BASKAN Ş. Esra, **İş Hukuku**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 532.

yükümlülüğüdür. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu[7]'nun ("SenTİSK") yetki tespiti ve toplu görüşme sürecine ilişkin düzenlemelerinde çoğunlukla mutlak emredici nitelikli hükümlere, kesin ve düzenleyici sürelere yer vermiştir. Böylelikle, toplu iş sözleşmelerinin en kısa zamanda imzalanması ile müzakerelerin iyi niyetle sürdürülmesi hedeflenmiştir. SenTİSK'nun 47/2 ve 49. maddelerinde yer alan ve işçi sendikasının toplu görüşme sürecinde sergileyeceği birtakım davranışlar sonucunda yetkisinin düşeceğini öngören düzenlemeler de bunlar arasında yer almaktadır. Ne var ki, söz konusu hükümlerin gerçekten toplu iş sözleşmesinin bir an evvel yapılmasına hizmet etmek ile bu hakkı ölçüsüz bir biçimde sınırlamak arasında hangi işlevi üstlendikleri ve nasıl yorumlanmaları gerektiği tartışmaya açıktır. Çalışmamızda bu düzenlemeler, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 tarih ve 1749/8381 sayılı kararı ışığında incelenecektir.

I. KARARIN İNCELENMESİ

1. Uyuşmazlık Konusu Somut Olay

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 tarih ve 1749/8381 sayılı kararına konu olan olayda; yetki başvurusu yaklaşık sekiz yılda lehine sonuçlanan işçi sendikası süresi içinde işvereni toplu görüşmeye çağırmış ve çağrı tarihini görevli makama bildirmiş, fakat ilk toplantının ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği taraflarca belirlenememiştir. Yetkili işçi sendikasının Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne -görevli makama- başvurusu üzerine ilk toplantının tarihi 28.08.2018, saati 10:30, yeri ise "Antalya Bulvarı Kanal Mah. No:12 Kepez/Antalya" olarak belirlenmiş ve 15.08.2018 tarih ve 13699 sayılı yazı ile taraflara tebliğ edilmiştir.

Toplu görüşmenin başladığı ilk toplantı gününde toplamda iki tutanak düzenlenmiştir. Şöyle ki, saat 10:45'te düzenlenen (1) sayılı tutanakta yetkili işçi sendikasını temsilen toplantıya katılan olmadığı belirtilmiş ve söz konusu tutanak işvereni temsilen toplantıya katılan avukat ile Kurum temsilcileri tarafından imzalanmıştır. Bunun üzerine, işveren vekili toplantı yerinden ayrılmıştır. Karardan anlaşıldığı üzere, bundan çok kısa bir süre (beş dakika) sonra yetkili işçi sendikası temsilcisi toplantı yerine ulaşmış, fakat bu kez işveren vekili toplantı yerinde olmadığından (2) sayılı tutanak yetkili işçi

---

[7] RG. 07.11.2012, S. 28460.

sendikası temsilcisi ile Kurum temsilcileri tarafından tanzim edilerek imzalanmıştır. Söz konusu tutanakta işçi sendikası temsilcisinin geç kalma nedenine de yer verilmiş ve yanlış adrese gitmesi sonucu geciktiği ifade edilmiştir.

İlk toplantıda yaşanılan bu olay sonrası işçi sendikası yetkilileri SenTİSK m. 49 uyarınca süresi içerisinde uyuşmazlığı görevli makama bildirerek 12.09.2018 tarih ve 2018/389 sayılı yazı ile resmi arabulucu tayini talebinde bulunmuşlardır. Söz konusu talep üzerine görevli makamca ilgili Çalışma Genel Müdürlüğünden görüş istenmiş ve 69055 sayılı yazıyla 'sendikaya verilen yetki belgesinin hükümsüz kaldığı' şeklinde görüş verilmiştir. Görevli makam da bu görüşü benimseyerek 22.10.2018 tarih ve 17754 sayılı yazısıyla toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin düştüğünü ilgili işçi sendikasına bildirmiştir. Bunun üzerine, işçi sendikası vekili tarafından Antalya Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün 17754 sayılı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünün 69055 sayılı işlemlerinin iptali ile müvekkilinin resmi arabulucu tayini talebinin yerine getirilmesine karar verilmesi talepli dava açılmıştır.

2. Uyuşmazlık Konusu Somut Olaya İlişkin Yerel Mahkeme, Bölge Adliye Mahkemesi ile Yargıtay'ın Kararları ve Gerekçeleri

İşçi sendikası vekilince söz konusu işlemlerin iptaline ve resmi arabulucu tayinine karar verilmesi talebi ile açılan davada, ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiştir. Bu karara karşı davalılar istinaf kanun yoluna başvurmuşlarsa da Bölge Adliye Mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. (Hükümde her iki mahkemenin kararlarının gerekçelerine yer verilmemiştir.) Bunun üzerine davalılar, kararı temyiz etmişlerdir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaptığı incelemede öncelikle SenTİSK'nun yetki ve toplu görüşme sürecine ilişkin düzenlemelerine aynen yer vermiş ve bunların amaç, işlev ve niteliklerine değinmiştir. Sonrasında ise uyuşmazlık konusu somut olayın özellikleri ışığında inceleme ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu kapsamda, toplu görüşme sürecini başlatan ilk toplantının yeri ve zamanının usûlüne uygun şekilde taraflara tebliğ edildiğini tespit etmiş, her ne kadar dava dilekçesi ile (2) sayılı tutanak içeriğinden davacı sendika temsilcisinin yanlış adrese gitmesi sebebiyle söz konusu toplantıya geç katıldığı anlaşılıyor ise de bunun haklı bir mazeret teşkil etmediği ve (1) sayılı tutanak içeriği ile dosya kapsamına göre davacı işçi sendikası temsilcisinin ilk toplantıya katılmadığının sabit olduğu, bu nedenle SenTİSK m. 47/2 hükmü uyarın-

ca davacı sendikanın yetkisinin düştüğü kanaatine varmıştır. Bu itibarla ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararları hatalı bulunmuş ve temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının ortadan kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına oy birliğiyle karar verilmiştir.

3. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Yetki ve Toplu Görüşme Sürecine İlişkin Düzenlemeleri

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesi ehliyeti işçi sendikaları ile işveren sendikalarına, sendika üyesi olmaması ihtimalinde ise işverenin kendisine tanınmıştır. Bir toplu iş sözleşmesi bağıtlayabilmek için ehliyetin yanı sıra yetkinin de bulunması gereklidir (SenTİSK m. 41). Dolayısıyla, toplu iş sözleşmeleri ancak hukuki ehliyet ve yetkiye sahip sosyal taraflar arasında bağıtlanabilmektedir. Ehliyet hem geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapmanın hem de yetkinin olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir ön şartı[8] iken; yetki ehliyetten daha dar ve daha sonra aranan bir husustur.

Kanunun yetki tespit talebi[9] ile başlayan ve Bakanlığın olumlu veya olumsuz tespitinin kesinleşmesi ile sonuçlanan yetki sürecini düzenleyen 41

---

8 BAŞTERZİ Süleyman, **Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 16.

9 Belirtilmelidir ki, her ne kadar m. 42/1 hükmünde hem işçi sendikasının hem de işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işvereninin yetki tespit başvurusunda bulunabileceği öngörülmüş ise de uygulamada söz konusu süreci başlatan hemen hemen daima işçi sendikası olmaktadır. Bu durumun serbest kuruluş sistemi ve sendika çokluğu ilkesi dolayısıyla yetkinin aslında işçi sendikalarına özgü olmasından kaynaklandığı söylenebilir. TUNCAY Aziz Can / SAVAŞ KUTSAL Burcu / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, **Toplu İş Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s. 276; ŞAHLANAN Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 373; DEMİR Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 12. Bası, Albi, İzmir, 2019, s. 640; EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 334; NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 392; SUR Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2022, s. 313; AKTAY Nizamettin / ÖZDEMİR ERTÜRK Olgu, **Toplu İş Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 176; AKYİĞİT Ercan, **Toplu İş Hukuku,** 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, s. 378; ARICI Kadir, **Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku**, 1. Bası, Gazi, Ankara, 2022, s. 246, 251; TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 386; UŞAN M. Fatih / ERDOĞAN Canan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 280; GÖKTAŞ Seracettin / YILMAZ Gökhan, **6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 870; BAŞBUĞ Aydın / YÜCEL BODUR Mehtap, **İş Hukuku**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 322; KOCAGİL ERSOY İpek, **Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 266; BAŞMANAV Yasemin, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz", **Sicil**, S. 33, 2015, ss. 27-44, s. 31; DUMAN Barış, **Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, 1. Bası, Kartal, Ankara, 2005, s. 140; SEVER Hatice, **Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2010, s. 106.

ila 44. maddeleri incelendiğinde, kanun koyucunun sürecin olabildiğince hızlı bir şekilde tamamlanabilmesi adına çoğunlukla mutlak emredici hükümler sevk ettiği, bu hükümlerin birçoğunda kesin ve düzenleyici süreler öngördüğü tespit edilmektedir. Yetki tespitine ilişkin itirazların karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurduğu (m. 43/5) sistemimizde sırf süreci uzatarak işyerini sendikasızlaştırma amacıyla kötüniyetli itiraz da yapılabildiği[10] dikkate alındığında kanun koyucunun bu tercihi isabetli olmuştur. Bu kapsamda, yetki tespiti için kendisine yapılan başvuru üzerine Bakanlığın olumlu (olumlu yetki tespiti) veya olumsuz (olumsuz yetki tespiti) cevabını altı işgününde ilgililere bildirmesi (m. 42), her iki yöndeki tespite de itiraz edilebilmekle beraber itirazın tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde yapılabilmesi (m. 43/1, 43/4) ve fakat kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin %1'inden daha az üyesi bulunan işçi sendikalarının itiraz hakkının bulunmaması, itiraz dilekçesinin süresi içinde görevli makama kaydının gerekmesi (m. 43/2), itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması halinde itirazın incelenmeksizin (işin esasına girilmeksizin) reddedilmesi, işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazların altı işgünü içinde duruşma yapılmaksızın kesin olarak karara bağlanması (m. 43/3) gibi hususlar hüküm altına alınmıştır.

Kanun koyucunun toplu görüşmeler açısından 46 ve 47. maddelerde öngördüğü düzenlemeler de benzer niteliktedir. Zira toplu iş sözleşmelerinin, işçilerin sosyal ve ekonomik hak ve menfaatlerinin en iyi şekilde muhafaza edilip geliştirildiği araç olmalarından[11] dolayı nihai amaç; toplu iş sözleşmelerinin en kısa sürede imzalanarak işçilerin bu sözleşmelerde öngörülen haklarına bir an önce kavuşmalarını sağlamaktır[12]. Bu kapsamda, taraflardan birinin yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırması ve çağrı tarihini derhal görevli makama bildirmesi, ayrıca toplu görüşmede ileri süreceği tekliflerin bütününü çağrı süresi içinde karşı tarafa vermesi, aksi takdirde yetki belgesinin hükümsüz kalması (m. 46), çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde tarafların toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirlemeleri ve

---

[10] ŞAHLANAN, s. 397.

[11] GÖKTAŞ / YILMAZ, s. 905.

[12] KOCAGİL ERSOY, s. 351. Nitekim bu amaç inceleme konumuzu teşkil eden kararda da aynen ifade edilmiştir. Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 9. HD, E. 2022/1166, K. 2022/1823, 16.02.2022; Y. 9. HD, E. 2021/11639, K. 2021/16107, 02.12.2021; Y. 9. HD, E. 2021/10912, K. 2021/15446, 04.11.2021, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 28.03.2023); Y. 9. HD, E. 2021/5739, K. 2021/10088, 10.06.2021, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

bunu görevli makama yazı ile bildirmeleri, -inceleme konumuzu teşkil eden karara konu olayda olduğu gibi- anlaşmaya varılamaz ise taraflardan birinin başvurusu üzerine yapılacak ilk toplantının yer, gün ve saatinin görevli makamca derhal belirlenip taraflara bildirilmesi (m. 47/1) öngörülmüştür.

Toplu görüşmeler sonucunda bütün teklifler üzerinde anlaşmaya varılması halinde toplu iş sözleşmesine ulaşılmış olunmaktadır (m. 48). Bununla birlikte, uygulamada toplu iş sözleşmeleri çoğu zaman toplu görüşmeler sonucunda imzalanamamaktadır[13]. SenTİSK'nun 'uyuşmazlığın tespiti'ni düzenleyen 49. maddesinde toplu görüşmeler sonucunda toplu iş uyuşmazlığının hangi hallerde ortaya çıkabileceği, uyuşmazlık durumunda ne yapılması gerektiği ve yapılmaz ise de ne gibi bir yaptırımın devreye gireceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, *"Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer"*.

Yer verilen düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, ilk toplantıya gelinmemesi nedeni ile toplu görüşmeye başlanamaması ihtimali, toplu iş uyuşmazlığının hasıl olduğu hallerden biri hatta ilk hal olarak öngörülmüştür. Madde düzenlemesinde "*taraflardan biri*" ifadesine yer verildiğinden her iki tarafın bu şekildeki davranışlarına aynı sonucun bağlandığı algısı oluşsa da aslında durum böyle değildir. Bir diğer ifade ile toplantıya gelmeyen veya gelip de toplu görüşmeye başlamayan tarafın kimliğine göre farklı hukuki sonuçlar gündeme gelmektedir. Şöyle ki, yetkili işçi sendikası ilk toplantıya gelmediği veya gelip de toplu görüşmeye başlamadığı takdirde m. 47/2 hükmü gereğince yetkisi düşecek ve toplu iş sözleşmesi süreci sona erecektir. Buna karşılık, işveren tarafının bu yöndeki davranışları taraflar arasında toplu iş uyuşmazlığının hasıl olmasına (m. 49) ve arabuluculuk sürecinin devreye girmesine (m. 50) neden olacaktır[14]. Dolayısıyla, madde düzenlemesi *"Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya* ***işveren tarafı*** *gelmez veya geldiği*

---

[13] Nitekim öğretide toplu görüşme sonunda anlaşmaya varılmasının toplu görüşme tarafları için özlenen bir durum olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU Mustafa / TÜFEK Ömer Faruk, **Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları -Toplu İş Hukuku Uygulaması-**, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2021, s. 540.

[14] SÜMER, s. 276.

hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra ***taraflardan biri*** *toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer"* şeklinde anlaşılmalıdır[15]. Nitekim madde gerekçesinde de bu farklılık açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: *"... Bunlardan başka işveren tarafının görüşmeye gelmemesi, geldiği halde görüşmeye başlamaması (...) birer uyuşmazlık hali olarak yorumlanmaktadır. İşçi tarafının ilk toplu görüşmeye gelmemesi, (...) yetkisinin düşmesiyle sonuçlanmaktadır. Bu takdirde süreç kesilmektedir ve arabulucu tayini cihetine gidilmemektedir".*

4. Uyuşmazlık Konusu Somut Olay Açısından Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği güncel bir kararında aynen ifade edildiği üzere, *"... TİS, sendikalar için üyelerinin hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirme mücadelesinde en önemli araçlardan biridir. Dolayısıyla TİS ve sendikal faaliyet özgürlüğü birbirine sıkı sıkıya bağlı iki kavram olarak karışımıza çıkar. TİS akdetme yetkisi ile birlikte sendikalar örgütlü bir şekilde hareket etme ve taleplerini güçlü bir şekilde dile getirme imkânına sahip olur. Bu yönüyle TİS sendikaların dinlenilme hakkının en önemli araçlarından biridir"*[16]. Bu nedenle, yetki sürecini lehine sonuçlandıran bir işçi sendikasından beklenen; en kısa sürede toplu iş sözleşmesine ulaşılmasını sağlamaktır. Nitekim m. 47/2 ve 49 hükümleriyle, toplu görüşme ve pazarlık sürecinin bir an evvel sonuçlandırılması hedeflenmektedir. Öte yandan, toplu iş hukuku sistemimizde bir işyerinde veya işletmede yetki almış sendikanın varlığı halinde, başka bir sendikanın yetki tespit başvurusunun incelenmediği dikkate alındığında[17], yetki alan sendikanın toplu

---

[15] SenTİSK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte gündeme gelen yeni tartışma ve eleştirilerden biri de düzenlemeler sevk edilirken birbirleri ile ilgili olanlar arasında gerekli bağlantının kurulmamış olmasına ilişkindir. Nitekim Kanunun m. 47/2 ile m. 49 hükümleri bu düzenlemelerdendir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ F. Burcu, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na İlişkin Düzenleme Aksaklıkları", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, On İki Levha, İstanbul, 2014, ss. 245-270, s. 245-246, 255-256. Hâlbuki kanunun görüşülmesi aşamasında verilen bir önergede 'taraf' yerine 'işverenin' vurgulanması gerektiği belirtilmiş, fakat söz konusu önerge reddedilmiştir. Belirtilen hükümlerin tekrar ele alınması gerektiği görüşünde bkz. KILIÇOĞLU / TÜFEK, s. 612-613.

[16] Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker İş) Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/13328, 19.11.2020, RG. 17.02.2021, S. 31398.

[17] SUR, s. 326; EKMEKÇİ, s. 357; DUMAN, s. 196; KOCAGİL ERSOY, s. 351.

pazarlığı sürüncemede bırakması, diğer sendikaların mağduriyetlerine neden olabilecektir. SenTİSK'nun toplu pazarlığın hızlı bir şekilde yürütülmesini hedefleyen düzenlemeleri, bu tür uygulamaların da önüne geçilmesini sağlamakta ve toplu pazarlık düzeninin korunmasına hizmet etmektedir.

275 sayılı mülga Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu[18] döneminde de bu konuda bir düzenleme bulunmamasına rağmen, sendikaların işkolu toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini aldıktan sonra, o işkolundaki işverenlerden dilediklerini farklı zamanlarda toplu görüşmeye çağırmaları ve bu kişilerle farklı sözleşmeler yapmaları karşısında öğretide, yetkinin bir an önce kullanılmasının hem üyelerin yararı hem de toplu iş sözleşmeleri ile sağlanmak istenen ekonomik ve sosyal düzen açısından gerekli olduğu savunulmuş ve yetki alan sendikanın bunu hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek şekilde makul bir süre içinde kullanması gerektiği ifade edilmiştir[19]. Bu dönemde Yargıtay tarafından da belli bir süre içinde yetkisini kullanmayan sendikanın daha sonra işvereni toplu görüşmeye zorlamasının MK m. 2 uyarınca mümkün olmadığına yönelik kararlar verilmiştir. Bu kapsamda, ilk olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu iki yıla yakın bir süre yetkisini kullanmayan sendikanın, artık bu yetkiye dayanarak karşı tarafı toplu iş sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağına hükmetmiştir[20]. Keza, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de yetkinin kesinleşmesinden sonra bir yıldan fazla süre içinde toplu görüşmeleri sürdürmeyen ve kararlaştırılan tarihte uzlaştırma toplantı-

---

[18] RG. 24.07.1963, S. 11462.

[19] IŞIK Rüçhan, **Ehliyet ve Yetki**, 3. Bası, Doruk Yayınları, Ankara, 1977, s. 107; EYRENCİ Öner, "Kazanılan Yetkinin Kullanılma Süresi", **İHU**, TSGLK. 7, No. 3, 1976, ss. 1-4, s. 2; BAYER İsmail, "Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Kullanılma Süresi", **İHU**, TSGLK. 7, No. 6, 1980/I, ss. 1-7, s. 3; NARMANLIOĞLU Ünal, "İşkolu Düzeyinde Kazanılan Yetkiye Dayanarak İşverenlere Ayrı Ayrı Çağrıda Bulunulması ve Yetkinin Devam Süresi", **İHU**, TSGLK. 9, No. 1, 1977, ss. 1-5, s. 4; DUMAN, s. 196-197. Bu sürenin nasıl belirleneceği konusunda ise öğretide *Esener* tarafından, kanun boşluğunun Medeni Kanun ("MK") (RG. 08.12.2021, S. 24607) m. 1 uyarınca hâkim tarafından bir yıl olarak doldurulması gerektiği ifade edilmiştir. ESENER Turhan, **İş Hukuku**, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 434-435. *Eyrenci* ise, bu sürenin üç yılı geçmemek koşuluyla MK m. 2 uyarınca somut olayın koşullarına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir. EYRENCİ, s. 2-3. *Narmanlıoğlu* da yetkinin ne kadar süre için kullanılabileceğine ilişkin belli bir kural koymanın mümkün olmadığını, ancak aradan uzun süre geçmesine rağmen ve hiçbir haklı mazeret olmadan toplu iş sözleşmesi yapmayan sendikanın yetkisinin düşeceğini savunmuştur. NARMANLIOĞLU, s. 5. Bu konuda *Bayer* ise, yetki alan sendikanın bir-iki ay içinde toplu sözleşme taslağını hazırlayarak, en geç üç ay içinde işvereni görüşmeye çağırması ve görüşmeleri en kısa süre içinde tamamlaması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. BAYER, s. 5.

[20] Y. HGK, E. 1973/9-128, K. 1975/50, 21.01.1975, EYRENCİ, s. 1; NARMANLIOĞLU, 1977, s. 4.

sına katılmayan sendikanın yetkisinin düştüğü sonucuna ulaşmıştır[21]. Sonrasında 275 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun[22] m. 17 ila 20 hükümleriyle toplu görüşme sürecinde uyulması gereken süreler açıkça düzenlenmiştir.

Gerçekten de işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacında olan bir sendikanın, aldığı yetkiyi bu amaçtan sapacak bir biçimde kullanması toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kötüye kullandığı anlamına gelmekte, böyle bir durumun hukuken korunması ise mümkün olmamaktadır[23]. Üstelik toplu iş sözleşmelerinin barış işlevi taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir an evvel giderilmesiyle sağlanabileceğinden, tarafların ortak sorunları üzerinde beraberce çalışmaları ve en kısa süre içinde toplu iş sözleşmesi bağıtlamaları büyük önem taşımaktadır[24]. Bunun gibi, bu süre içinde çoğunluğu sağlayarak yetki alabilecek diğer sendikaların menfaatlerinin korunması da yetki alan sendikanın bu yetkisini makul bir süre içinde kullanmasını gerekli kılmaktadır[25].

ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de toplu görüşmelerin bir an evvel sonuçlandırılması gereğini "*iyi niyetle pazarlık ilkesi*" ile açıklamaktadır[26]. Belirtmek gerekir ki, burada iyi niyet; sözleşmenin içeriğinden ziyade, toplu pazarlık usûlüyle ilgili bir kavramı ifade etmekte ve pazarlık sırasında taraflarca izlenmesi gereken katı ve kesin bir prosedür belirlemek yerine, çağrıda bulunan veya çağrıyı alan tarafın diğer tarafla görüşmesini ve müzakere etmesini sağlama amacı taşımaktadır[27]. Dolayısıyla söz konusu ilkeye, yalnızca işveren tarafının değil, işçi tarafının da uyması gerekmektedir[28]. Söz konusu ilke sosyal taraf-

---

21 Y. 9. HD, E. 1979/16352, K. 1980/13, 14.01.1980, BAYER, s. 1. Aynı yönde bkz. Y. 9. HD, E. 37327, K. 34491, 24.12.1971; Y. 9. HD, E. 3543, K. 13, 19.02.1968, NARMANLIOĞLU, 1977, s. 4. Bu dönemde söz konusu kararlara dayanarak Bakanlık da 03.19.1974 tarih ve 12 no.lu Genelgeyle yetkinin düştüğü tarihten itibaren çağrı için liste istenildiğinde verilmesi gerekeceğini kabul etmiştir. NARMANLIOĞLU, 1977, s. 4.

22 RG. 07.05.1983, S. 18040.

23 EYRENCİ, s. 3.

24 BROWN Don P., "Interpretation of Good Faith Bargaining", **Western Reserve Law Review**, Vol. 12, No. 3, June 1961, pp. 612-629, p. 612.

25 EYRENCİ, s. 3; IŞIK, s. 106-107; BAYER, s. 5-6.

26 ILO, **Örgütlenme Özgürlüğü**, 6. Bası, Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre, 2018, s. 251.

27 PALMER E. Edward, "The Myth of 'Good Faith' in Collective Bargaining", **Alberta Law Review**, Vol. 4, No. 3, 1966, pp. 409-418, p. 410; BROWN, p. 613.

28 O'NEILL Emmett P., "The Good Faith Requirement in Collective Bargaining", **Montana Law Review**, Vol. 21, No. 2, 1960, pp. 202-221, p. 204; ILO, s. 250.

lara toplu pazarlık sonucunda mutlaka bir anlaşmaya varma yükümlülüğü getirmemekte, sadece pazarlığın tarafların ortak çabalarıyla sürdürülmesini hedeflemektedir[29]. Pek çok ülkenin mevzuatında açıkça düzenlenmiş bulunan bu ilke, toplu pazarlığın etkinliği için olmazsa olmaz kabul edilmektedir[30].

İyi niyetle pazarlık ilkesini ihlal eden hallere; bir anlaşmaya varıldığı halde toplu iş sözleşmesini imzalamaktan kaçınmak, toplu görüşmeyi gereksiz kılmak amacıyla tek taraflı olarak işçilerin ücretlerini arttırmak veya onlara başka menfaatler vaat etmek, pazarlığın sürdürülmesi için gerekli olan bilgileri karşı tarafla paylaşmamak, karşı taraftan gelen teklifleri değerlendirmekten ve kendi pozisyonunu açıklamaktan imtina etmek, görüşmelerde düşmanca ve tehditkâr bir tavır sergilemek gibi tutum ve davranışlar örnek gösterilmektedir[31]. Bunun yanında, müzakerelerin gerçekleştirilmesinde "*herhangi bir haklı nedene dayanmayan gecikmeler*" de iyi niyetle pazarlık ilkesine aykırı kabul edilmektedir[32]. Bu tür gecikmelere; sendikanın işveren tarafını makul süre içinde görüşmeye çağırmaması, tarafların aralarında anlaşarak görüşmeleri uzatmaları ve böylece diğer sendikaların çağrıda bu-

---

[29] GORMAN Barbara Pugliese, "Labor Law: The Duty of an Employer to Negotiate in Good Faith", **University of Dayton Law Review**, Vol. 1, No. 2, 1976, pp. 183-194, p. 185; BROWN, p. 614.

[30] Bunlara; Kanada İş Kanunu'nun toplu görüşme çağrısı yapıldığında, tarafların gecikmeksizin ve her hâlükârda bildirimin yapılmasından itibaren yirmi gün içinde iyi niyetle toplu pazarlık yapmak için toplanacağını düzenleyen 50. maddesi, Kore Cumhuriyeti'nin Sendika ve Çalışma İlişkileri Uyum Kanunu'nun bir sendika ile işveren veya işveren örgütünün birbirleriyle iyi niyet ve samimiyetle pazarlık yapacağına ilişkin 30. maddesi, Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Çalışma İlişkileri Kanunu'nun bir işverenin çalışanlarının temsilcileriyle makul bir zamanda buluşma ve toplu görüşme yapmayı reddetmesinin haksız bir uygulama olacağı yönündeki Section 158(a)(5) maddesi örnek verilebilir. ILO, **A statutory duty to bargain in good faith**. https://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/ch3/ex8.htm (Erişim Tarihi: 28.03.2023). Söz konusu ilke Avustralya Adil Çalışma Kanunu'nun (*Fair Work Act*) 228. bölümünde de oldukça detaylı olarak düzenlenmiş ve *toplantılara katılmak*, görüşmeleri makul saatlerde olacak şekilde planlamak, ilgili bilgileri (gizli veya ticari açıdan hassas bilgiler dışında) zamanında açıklamak ve diğer taraftan gelen tekliflere zamanında yanıt vermek, iyi niyetle pazarlık ilkesi kapsamında uyulması gereken yükümlülükler arasında sayılmıştır. Australia Fair Work Commission, **Enterprise agreements benchbook**, Good faith bargaining. https://www.fwc.gov.au/good-faith-bargaining (Erişim Tarihi: 28.03.2023). Ayrıntılı bilgi için bkz. FELLS Ray / CASPERSZ Donella / LEIGHTON Catherine, "The Encouragement of Bargaining in Good Faith - A Behavioural Approach", **Journal of Industrial Relations**, Vol. 60, No. 2, 2018, pp. 266-280, p. 269 vd.; CREIGHTON Breen / PAM Nuttall, "Good Faith Bargaining Downunder", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol. 33, No. 2, 2012, pp. 257-296, p. 269 vd.

[31] COX Archibald, "The Duty to Bargain in Good Faith", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 8, 1958, pp. 1401-1442, pp. 1422-1428; O'NEILL, p. 203.

[32] ILO, s. 250. Bu tür gecikmelerin ancak toplu pazarlığı sabote etme amacı taşıması halinde iyi niyetle pazarlık ilkesine aykırı olacağı görüşünde bkz. GORMAN, p. 190-191; O'NEILL, p. 205.

lunmalarını önlemeleri gibi uygulamalar örnek olarak verilmektedir. Bunun gibi, toplantıların tek taraflı olarak, önceden bildirilmeksizin ve son dakikada ertelenmesi veya düzenlenmesi makul bir nedene dayanmadığı takdirde normal ve sağlıklı bir çalışma ilişkisinin gelişmesine zarar veren bir tutum olarak kabul edilmektedir[33].

İnceleme konumuzu teşkil eden karara konu olayda ise, işçi sendikası temsilcisinin 'yanlış adrese' gitmesi nedeniyle toplu görüşmelerin başlayacağı toplantıya geç katıldığı görülmektedir. Dava dilekçesinde, yaşanılan gecikmenin görevlendirilen kişinin başka bir il (Konya) temsilcisi olması nedeniyle Antalya'yı yeteri kadar bilmemesinden kaynaklandığı belirtilmiş, dolayısıyla haklı bir mazeretin mevcut olduğu ve işverenin bu durumu toplu iş sözleşmesi yetkisini düşürmek için âdeta fırsata dönüştürdüğü iddia edilmiştir. Bu noktada, yetkili işçi sendikasının ilk toplantıya katıl(a)mamasının gerekçesi ulaşılacak sonuç açısından belirleyici olacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak, toplantıya gelinmemesine neden olan haklı mazeretlerin[34] kapsamının incelenmesi gerekmektedir. Zira haklı mazeretler dolayısıyla yaşanılan katıl(a)mamanın yetki belgesini hükümsüz kılmayacağı gibi süreci de sonlandırmayacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Nitekim Yüksek Mahkeme de değerlendirmesini söz konusu durumun haklı bir mazeret teşkil edip etmediğine göre yapmıştır. Bu kapsamda ölüm, kaza, hastalık, deprem vb. mücbir sebeplerin haklı mazeretler olarak değerlendirileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık adres karıştırma, kaybolma gibi gerekçeler her ne kadar insani nitelikte olsalar da aynı sonucu doğuracak 'haklı mazeret' olarak kabul edilebilecekler midir? Zira başka bir çalışma vesilesiyle ayrıntılı bir şekilde ifade ettiğimiz üzere, gerek teknolojinin günümüzde sağladığı GPS, navigasyon vb. imkânlar gerekse profesyonel hayatın gereklilikleri aslında bu gibi durumları 'haklı mazeret' kavramının kapsamından dışlar niteliktedir[35]. Bu bakımdan, sendikanın Antalya ilini bilmeyen bir ki-

---

[33] ILO, **Effect given to the recommendations of the Committee and the Governing Body**, Report No 356, March 2010, Case No 2611 (Romania), para. 175. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911162 (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

[34] Belirtmek gerekir ki, burada 'haklı mazeret' ile ifade edilmek istenen; gecikmeyi meşru kılan makul nitelikteki nedenlerdir. Bu itibarla, çalışmamızda 'haklı mazeret' ile 'makul neden' ifadeleri aynı anlamda kullanılmış olup aralarında bir anlam veya ağırlık farkı gözetilmemiştir.

[35] SAVAŞ KUTSAL F. Burcu, "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 406-509, s. 488.

şiyi temsilci olarak görevlendirmesi, SenTİSK'nun yetki kaybını gündeme getiren söz konusu hükümlerinden haberdar olması beklenen bu kişinin önceden gerekli araştırmaları yapmayarak yanlış adrese gitmesi, daha erken bir saatte yola çıkabilecekken olası aksaklıkları dikkate almadan ucu ucuna toplantıya yetişebilecek bir saatte yola çıkması gerekli dikkat ve özeninin gösterilmemesi olarak yorumlanabilecektir.

Bu noktada dikkatlerden kaçmaması gereken en önemli husus ise işçi sendikası temsilcisinin toplantıya gelmemezlik yapmadığı, sadece geç katıldığıdır. Söz konusu işçi sendikası "*yetki prosedürü sürecini 8 yılı aşkın bir süredir binbir kahır ve meşakkatle sürdür*"müş, toplu görüşme çağrı yazısını işverene tebliğ etmiş, ilk toplantının tarih ve yerinin görevli makama başvurarak belirlenmesini sağlamış, ilk toplantıya katılacak temsilcisini belirlemiş, kısaca yetki başvurusundan ilk toplantının yapılmasına kadar geçen süreçte üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmiş (hatta yaşanan olaydan sonra da uyuşmazlığı süresi içerisinde görevli makama bildirerek resmi arabulucu tayini talebinde bulunmuş), fakat tercihini toplantının yapılacağı şehri bilmeyen bir kişiden yana kullandığı için toplantı gününde toplamda sadece yirmi dakikalık bir 'gecikme' yaşanmıştır. Kanımızca, böyle bir gecikmenin iyiniyetle pazarlık ilkesini ihlal ettiği söylenemez. Zira yetki belgesinin düşmesine neden olan irade; işçi sendikasının toplu görüşmeye başlamama yönündeki açık iradesidir. Dolayısıyla, söz konusu sendikanın toplu görüşmeye başlamamak, görüşmeyi ertelemek veya süründemede bırakmak gibi bir iradeye sahip olduğunu, diğer bir ifade ile kötüniyetli olarak toplu görüşmeleri geciktirmeyi amaçladığını söylemek mümkün değildir. SenTİSK'nun 47 ve 49. madde gerekçelerinde yer alan şu ifadelerden de bu sonuca ulaşılmaktadır: *"... İşçi sendikasının amacı toplu iş sözleşmesi yapmaktır. İşçi sendikasının toplu görüşmeye belirtilen süre içerisinde gelmemesi veya görüşmeye katılmaması bu amaca aykırı olacaktır. Bu nedenle yetkisi düşecektir"* (m. 47) ve *"... İşçi tarafının ilk toplu görüşmeye gelmemesi,* ***iyiniyetle pazarlık etme düşüncesi bulunmadığını göstermektedir*** *ve pazarlık kavramıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle ilk toplantıya gelmemesi yetkisinin düşmesiyle sonuçlanmaktadır"* (m. 49).

Kanunun toplu görüşme sonunda bir an evvel toplu iş sözleşmesinin bağıtlanmasını ve gerekçede de ifade edildiği üzere iyi niyetle pazarlık ilkesini korumayı amaçlayan söz konusu hükümlerinin belirtilen nitelik ve amaçlarına rağmen Anayasal hakların kullanılamamasına neden olacak şekilde dar yorumlanmamaları gerekmektedir. Böyle bir yorum, incelediğimiz karara

konu olayda olduğu gibi, sadece sendikanın değil, onun temsil ettiği işçilerin de mağduriyetlerine yol açar niteliktedir. Zaten SenTİSK'nun gerek genel gerekçesinde gerekse madde gerekçelerinde yer alan; serbest toplu pazarlık düzeni ile toplu iş sözleşmesi yapma hakkını ILO Sözleşmeleri, AB normları, yargı içtihatları, öğretideki eleştiriler ve sosyal tarafların taleplerini dikkate alarak yeniden düzenleme amacı taşıdığına ilişkin açıklamalar da bu görüşümüzü destekler niteliktedir[36].

Bu itibarla, SenTİSK m. 47/2 ve 49 hükümlerinin çok katı yorumlanması söz konusu düzenlemelerin öngörülme amacından ayrılan ve toplu pazarlığı olumsuz yönde etkileyen bir sonuca yol açabilecektir. Nitekim ILO Uzmanlar Komitesi de yıllardır Türkiye hakkındaki raporlarında söz konusu hükümlere şüphe ile yaklaşmaktadır. Komite 2014 yılında Uluslararası Çalışma Konferansı'nın 103. toplantısı için hazırladığı raporda, yetki kaybına yol açan bu gibi müdahalelerin toplu pazarlığı desteklemekten çok engellediğini, dolayısıyla 98 sayılı Sözleşmeye aykırı olduğunu ifade etmiş ve Hükümetten, sosyal taraflarla görüşerek, bu hükümleri Sözleşmeye uygun hale getirmek için gerekli önlemleri almasını ve bu konuda bilgi vermesini talep etmiştir[37].

---

[36] Nitekim genel gerekçede şu ifadelere aynen yer verilmiştir: *"Türkiye'nin ILO'ya üye olduğu 1932 yılından günümüze değin, sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık ve toplu iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları, Türkiye-ILO ilişkilerinde belirgin rol oynamıştır. Mevcut düzenlemeler nedeniyle, özellikle 1980 sonrası ülkemiz, ILO'nun denetim mekanizmasının etkisiyle uluslararası alanda hak etmediği muameleye maruz kalmıştır. Bu durumun farkında olarak, Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu sözleşmeler paralelinde düzenlenmiştir. Kanunda, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının örgütlenme hakkını düzenleyen 5 inci maddesi ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını düzenleyen 6 ncı maddesi başta olmak üzere birçok hükmü de dikkate alınmıştır. (...) Kanun, özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde, Türk çalışma hayatının evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, serbest toplu pazarlık düzeni ve toplu iş sözleşmesi yapma hakkını yeniden düzenlemektedir. Bu kısımda, başta iş uyuşmazlıklarının çözüm yolları olmak üzere, toplu sözleşme düzenine ilişkin birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmektedir. Kuşkusuz, bu düzenlemeler yapılırken, ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri ile AB normları dikkate alınmıştır. Kanunun hazırlık safhalarında yargı içtihadı, doktrindeki eleştiriler ve sosyal tarafların talepleri de göz önüne alınmıştır. Bu niyet temelinde, Kanunun bu kısmında, toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile grev ve lokavt alanında önemli değişiklikler yapılmıştır".*

[37] *"The Committee notes that sections 46(2), 47(2), 49(1), 51(1), 60(1) and (4), 61(3) and 63(3) provide for the following situations in which the certificate of competence to bargain may be withdrawn by the authorities: the failure to call on the other party to start negotiations within 15 days of receiving the certificate of competence; the failure to attend the first collective bargaining meeting or failure to begin collective bargaining within 30 days from the date of the call; failure to notify a dispute to the relevant authority within six working days; failure to apply to the High Arbitration Board; failure to take a strike decision and/or to begin a strike*

Komite'nin 2016 yılı Raporunda ise, Hükümetin söz konusu düzenlemelerin toplu pazarlık sürecinin yüz yirmi gün içinde tamamlanmasını sağlamak üzere tasarlandığına dair beyanının not edildiği ifade edilse de, bu açıklamaların ikna edici bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira Komite önceki endişelerini tekrar ederek, Hükümetten bu düzenlemelerin uygulaması hakkında bilgi vermesini ve bunları gözden geçirmesini talep etmiştir[38]. Bu talep, Komite'nin 2018 yılı Raporunda da yinelenmiştir. Söz konusu Raporda dikkat çeken bir diğer husus ise, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu ("TİSK") tarafından uygulamada sendikalar çok dikkatli olduklarından bu hükümlerin toplu pazarlık süreci üzerinde herhangi bir olumsuz etkisi olmadığının ifade edilmiş olduğudur. Raporda TİSK'in açıklamasına yer veren Komite, işveren kesiminin ve Hükümetin açıklamalarını yeterli bulmadığından olacaktır ki, bu düzenlemelerle ilgili tüm sosyal taraflarla yapılan görüşmeler hakkında bilgi talep etmiştir[39]. Diğer bir ifade ile Komite işçi kesi-

---

in accordance with the legislative requirements; and failure to reach an agreement at the end of the term of strike postponement. Furthermore, pursuant to section 60, a strike decision may be taken within 60 days from the date of the notification of the dispute and may be implemented within this term; if no strike decision is taken, the competence certificate becomes void. ***With regard to the abovementioned sections in general, the Committee considers that such interference by the authorities (withdrawal of authorization to bargain) is likely to hinder rather than promote collective bargaining and thus are contrary to the Convention****. Moreover, the Committee considers that instead of deciding to go on strike, the parties should be able to continue negotiating following notification of the dispute. The Committee requests the Government to take the necessary measures, in consultation with the social partners, to amend these provisions so as to bring them into conformity with the Convention, and to provide information in this respect".* ILO Committee of Experts, **2014 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 103rd Session, (Report 2014-103-1A), p. 124.

38 *"The Committee notes the Government's indication that these measures are designed to ensure the bargaining process is completed in 120 days and that there is no restriction on the continuation of the negotiations between parties during strike action. The Committee requests the Government to provide information on any use of these sections and to continue to review their application with the social partners concerned with a view to their eventual amendment, favouring collective bargaining where the parties so desire".* ILO Committee of Experts, **2016 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 105th Session, (Report 2016-105-1A), p. 149-150.

39 *"The Committee notes the TİSK observation according to which in practice these provisions have no negative effect on the collective bargaining process as unions are very careful about the procedural rules. The Committee further notes that the Government reiterates in its report that these provisions are intended to guarantee, speed up and shorten the bargaining procedure. Taking due note of the information provided, the Committee requests the Government to provide information on the dialogue concerning the application of these provisions with the social partners concerned and on any use of these provisions".* ILO Committee of Experts, **2018 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 107th Session, (Report 2018-107-A), p. 163.

minin de söz konusu düzenlemeler hakkındaki görüşünü öğrenmek istemiştir. Son olarak 2019 yılı Raporunda da aynı endişeler dile getirilerek, düzenlemelerin gözden geçirilmesi talebi tekrarlanmıştır[40].

Ulusal mevzuatlar uyarınca sosyal tarafların müzakere sürecinde belli prosedürleri takip etmek ve belli sürelere uymakla yükümlü kılınmaları mümkündür. Ancak, bu yapılırken toplu pazarlığın gönüllülük esasına dayandığı ve söz konusu düzenlemelerin müzakerelerin yürütülmesinde dürüstlük kuralına aykırı veya haksız uygulama teşkil eden davranışları engellemeyi amaçladığı gözden kaçırılmamalıdır[41]. Nitekim 98 sayılı Sözleşme m. 4'te de toplu pazarlığın gönüllü müzakere usûlüne göre yürütüleceği belirtildikten sonra, taraf devletlerin bu usûlün tam bir surette geliştirilmesini 'teşvik etmek' ve 'gerçekleştirmek' için ulusal koşullara uygun önlenmeleri alabilecekleri ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, toplu iş hukuku mevzuatı oluşturulurken getirilen yükümlülüklerin nihai amacının, toplu pazarlığı örselemek değil, onun düzenli ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak olduğu unutulmamalıdır.

Aslında, Yüksek Mahkeme de bazı durumlarda SenTİSK'nun yetkiye ilişkin düzenlemelerini yukarıda yer verdiğimiz ilke ve amaçlara uygun biçimde yorumlayan kararlar vermektedir. Bu kapsamda, Kanunun yetki tespit yazısına itiraz sürecinde itiraz dilekçesinin mahkemeye verilmeden önce görevli makama kaydettirilmesini gerekli kılan açık hükmüne (m. 43/2) rağmen davacının dilekçesini görevli makama kaydettirmeden dava açıp itiraz süresi dolmadan bu eksiği tamamlaması halinde kanuni gerekliliğin yerine getirilmiş olduğunu uzun yıllardır kabul etmektedir[42]. Çok daha güncel bir kararında[43] ise, söz konusu dilekçenin kaydettirileceği görevli makamın ilgili Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü değil, herhangi bir il müdürlüğü olabileceği yönünde hüküm kurmuştur. Daha açık ifade ile yetki tespitine itiraz dilekçesinin kaydettirilme zorunluluğu, itirazdan ve dolayısıyla yetki tespitinin kesinleşmediğinden Bakanlığın haberdar olabilmesi için

---

40 ILO Committee of Experts**, 2019 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 108th Session, (Report 2018-108-3A), p. 170.

41 GERNIGON Bernard / ODERO Alberto / GUIDO Horacio, "ILO principles concerning collective bargaining", **International Labour Review**, Vol. 139, No. 1, 2000, pp. 33-55, p. 41.

42 Y. 9. HD, E. 2009/2061, K. 2009/1467, 03.02.2009, www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

43 Y. 22. HD, E. 2019/6045, K. 2019/16485, 17.09.2019, GÖKTAŞ / YILMAZ, s. 908-909.

öngörüldüğünden, elektronik ortama geçiş ile birlikte bu işlemin herhangi bir görevli makamda gerçekleştirilmesi gerekli ve yeterli bulunmuştur. Zira bu şekildeki itiraz da ilgili görevli makama iletilmekte, Bakanlığa bildirilmekte ve yetki işlemlerini durdurmaktadır. Çok da şekilci bakış açısına sahip olmamak adına ve bilgi teknolojilerindeki gelişmeler neticesinde bu görüşün benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır[44].

Keza, SenTİSK m. 46/3 uyarınca sendikanın, toplu görüşmede ileri süreceği tekliflerin tamamını karşı tarafa verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, Yargıtay[45] ve öğretide bir görüş[46] tarafından yetki belgesinin hükümsüz kalmayacağı kabul edilmektedir. Diğer görüş ise, teklifin çağrıya eklenmemesine değil, on beş gün içinde tekliflerin karşı tarafa iletilmemesine sonuç bağlamakta ve ancak bu halde yetki belgesinin hükümsüz kalacağını savunmaktadır[47]. Bununla birlikte, her iki görüş de düzenlemeyi çok katı yorumlamaktan kaçınmakta ve tekliflerin çağrıya eklenmemesini başlı başına yetkinin kaybedilmesi nedeni olarak değerlendirmemektedir. Bunun gibi, teferruata ilişkin bazı konuların veya çok küçük bir kısmının teklife eklenmemiş olması halinde de bu durumun dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi ve yetkinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaması

---

44 Bu görüşte bkz. GÖKTAŞ / YILMAZ, s. 894; GÖKTAŞ Seracettin, "Genel Görüşme", **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, 2022, ss. 511-527, s. 514. Karara ilişkin yorum ve değerlendirmeler için bkz. SAVAŞ KUTSAL, s. 477-479; ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 35. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 973.

Yüksek Mahkeme, sonraki tarihli bir kararında aynı görüşünü sürdürmüş ve şu gerekçelere yer vermiştir: *"...yetki sürecinde ilgi sendikaların itiraz dilekçelerini görevli makama kayıt ettirilmesi üzerine yapılan inceleme ile kaydın yapıldığı yer (görevli makam) hatalı dahi olsa KEP (kamu elektronik posta sistemi) üzerinde ilgili idareye bu itiraz bildirilmektedir. Böylelikle Kanun'un amaçladığı bildirim şartı gerçekleşmektedir.*

Dairemizce uygulama da dikkate alınarak ilgili Kanun hükümlerinin amaçsal (gaî) yorumundan hareketle salt itiraz dilekçesinin başka bir il müdürlüğüne kaydettirilmiş olması yetki tespitine itiraz edilmediği şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmekte, böyle bir durumda yapılan bu itirazın sonuçlanıncaya kadar yetki işlemlerinin durdurulması gerektiği kabul edilmektedir". Y. 9. HD, E. 2021/12535, K. 2022/520, 18.01.2022, Çalışma ve Toplum, 2022/2, s. 1336-1342.

45 Y. 9. HD, E. 1987/6019, K. 1987/6298, 24.06.1987, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

46 REİSOĞLU Seza, **2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 219; AKYİĞİT, s. 429.

47 ÇELİK ve diğ., s. 982; EKMEKÇİ, s. 368; SUR, s. 330; TUNCAY ve diğ., s. 297; DUMAN, s. 198; KOCAGİL ERSOY, s. 343.

gerektiği öğretide isabetle ifade edilmektedir[48]. Kanımızca, benzer bir yorumun SenTİSK m. 47/2 ve 49 hükümleri açısından da yapılarak, yalnızca iyi niyetle pazarlık ilkesini ihlal ettiği takdirde toplantıya katılmayan işçi sendikasının yetkisinin düştüğünün kabul edilmesi, düzenlemeyle getirilmek istenen amaca uygun olacaktır. Bu halde, iyi niyetle pazarlık ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde, işçi sendikasının toplantıya katılmamaktaki gerekçesi belirleyici olmalı, bu kapsamda toplu görüşmeye başlamamak, görüşmeyi ertelemek veya sürüncemede bırakmak gibi bir iradesi olmaksızın yaşanan, karşı tarafça tolere edilebilir ve makul nitelikteki gecikmelerin yetkinin kaybına yol açmayacağı kabul edilmelidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Her ne kadar mevzuatımızda toplu iş sözleşmesine bir an evvel ulaşılmasını sağlamak amacıyla birtakım düzenlemeler sevk edilmiş olsa da bu düzenlemelerin her zaman yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Zira yetki sürecine ilişkin uyuşmazlık sayısının bir hayli fazla olması, yargının iş yükünün ağırlığı ve bir dizi başka faktör bu sürecin uzamasına yol açabilmektedir[49]. Nitekim uygulamada toplu iş hukukuna ilişkin ihtilaflardan en sık karşılaşılanı yetki itirazı davaları olup[50], bunların sonuçlandırılması yıllar sürebilmektedir. Hal böyle iken, yedi yıllık bir çaba sonucunda yetki almayı başarabilmiş bir sendikanın toplantıya sadece yirmi dakika geç katılması nedeniyle yetkisinin düştüğünün kabul edilmesi, düzenlemeyle korunmak istenen ilke ve amaçların aksine bir sonuca yol açmaktadır. Zira yirmi dakikalık bir gecikme profesyonel hayatta makul ve tolere edilebilir bir süredir. Uygulamada da toplantıların genellikle tam vaktinde başlamadığı ve ülkemizin trafik şartları nazara alındığında, bir tutanakla toplantıyı sonlandırmak yerine bu tür kısa süreli gecikmelerin çay/kahve ikramı, havadan sudan sohbetler ile geçiştirilmesi veya en azından geciken temsilciye telefon ile ulaşılarak gelip gelmeyeceğinin sorulması karşı taraftan beklenebilir bir davranıştır[51]. Üstelik gecikmenin adresin karıştırılmasından kaynaklanması da aslında görüşmeyi ertelemek, sürüncemede bırakmak veya karşı tarafı zor duruma sokmak gibi kötü bir niyetle yapılmadığını göstermektedir.

---

48 TUNCAY ve diğ., s. 297; SUR, s. 330.

49 Ayrıca bkz. GÜZEL, s. 932-933.

50 KILIÇOĞLU / TÜFEK, s. 457.

51 SAVAŞ KUTSAL, s. 488.

Kanımızca, düzenlemede yer verilen ve yetkinin düşmesine neden olan toplantıya katılmamadan anlaşılması gereken; toplu görüşmelere başlamama iradesinin açıkça ortaya konduğu ve bu tutumun iyi niyetle pazarlık ilkesini ihlal ettiği durumlardır. Bu nedenledir ki, 275 sayılı mülga Kanun döneminde mahkemeler tarafından verilen kararlarla işçi sendikalarının toplu pazarlık sürecini herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın geciktirmesi ve bu suretle işverenler üzerinde baskı oluşturmaları dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmiş, 2822 ve 6356 sayılı Kanunlarda ise toplu görüşme süreci kanun koyucu tarafından emredici olarak belirlenerek, işçi sendikasının öngörülen sürelere riayet etmemesi halinde yetkisini kaybedeceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, çok sayıda işçinin çalışma koşullarını ilgilendiren bir görüşmeye insani bir hata nedeniyle gecikilmiş olmasına bu kadar katı yaklaşılması, kanun hükümlerinin bu denli lafzi ve şekilci yorumlanması temel bir hak niteliğindeki toplu iş sözleşmesi hakkının özünü zedeler niteliktedir. Zira tarafların getirilen kanuni düzenlemelerle belli prosedür ve sürelere uymakla yükümlü kılınmaları toplu pazarlığın işlerliğini sağlama amacına hizmet ettiği sürece kabul edilebilir. Düzenlemenin bunun tam aksi bir sonuca yol açacak biçimde uygulanması ise, ILO Uzmanlar Komitesi tarafından ülkemiz hakkında yazılan raporlarda yıllardır ifade edilen endişelere ne yazık ki haklılık kazandırmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Yüksek Mahkemenin incelememize konu olan kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz[52].

---

[52] Aynı görüşte bkz. SAVAŞ KUTSAL, s. 489.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin / ÖZDEMİR ERTÜRK Olgu, **Toplu İş Hukuku**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

AKYİĞİT Ercan, **Toplu İş Hukuku**, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

ARICI Kadir, **Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku**, 1. Bası, Gazi, Ankara, 2022.

BAŞBUĞ Aydın / YÜCEL BODUR Mehtap, **İş Hukuku**, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

BAŞMANAV Yasemin, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Yetki Tespitine İtiraz", **Sicil**, S. 33, 2015, ss. 27-44.

BAYER İsmail, "Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Kullanılma Süresi", **İHU**, TSGLK. 7, No. 6, 1980/I, ss. 1-7.

BROWN Don P., "Interpretation of Good Faith Bargaining", **Western Reserve Law Review**, Vol. 12, No. 3, June 1961, pp. 612-629.

COX Archibald, "The Duty to Bargain in Good Faith", **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 8, 1958, pp. 1401-1442.

CREIGHTON Breen / PAM Nuttall, "Good Faith Bargaining Downunder", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol. 33, No. 2, 2012, pp. 257-296.

ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 35. Bası, Beta, İstanbul, 2022.

DEMİR Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 12. Bası, Albi, İzmir, 2019.

DUMAN Barış, **Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, 1. Bası, Kartal, Ankara, 2005.

EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.

ESENER Turhan, **İş Hukuku**, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

EYRENCİ Öner, "Kazanılan Yetkinin Kullanılma Süresi", **İHU**, TSGLK. 7, No. 3, 1976, ss. 1-4.

EYRENCİ Öner / TAŞKENT Savaş / ULUCAN Devrim / BASKAN Ş. Esra, **İş Hukuku**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

FELLS Ray / CASPERSZ Donella / LEIGHTON Catherine, "The Encouragement of Bargaining in Good Faith - A Behavioural Approach", **Journal of Industrial Relations**, Vol. 60, No. 2, 2018, pp. 266-280.

GERNIGON Bernard / ODERO Alberto / GUIDO Horacio, "ILO principles concerning collective bargaining", **International Labour Review**, Vol. 139, No. 1, 2000, pp. 33-55.

GORMAN Barbara Pugliese, "Labor Law: The Duty of an Employer to Negotiate in Good Faith", **University of Dayton Law Review**, Vol. 1, No. 2, 1976, pp. 183-194.

GÖKTAŞ Seracettin / YILMAZ Gökhan, **6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

GÜZEL Ali, "Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 74, Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, ss. 891-949.

ILO, **Örgütlenme Özgürlüğü**, 6. Bası, Uluslararası Çalışma Ofisi, Cenevre, 2018.

ILO Committee of Experts, **2014 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 103rd Session, (Report 2014-103-1A).

ILO Committee of Experts, **2016 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 105th Session, (Report 2016-105-1A).

ILO Committee of Experts, **2018 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 107th Session, (Report 2018-107-A).

ILO Committee of Experts, 2**019 Report on the Application of Conventions and Recommendations**, International Labour Conference, 108th Session, (Report 2018-108-3A).

IŞIK Rüçhan, **Ehliyet ve Yetki**, 3. Bası, Doruk Yayınları, Ankara, 1977.

KILIÇOĞLU Mustafa / TÜFEK Ömer Faruk, **Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları -Toplu İş Hukuku Uygulaması-**, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2021.

KOCAGİL ERSOY İpek, **Avrupa Birliği İlkeleri Işığında Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2019.

NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2016.

NARMANLIOĞLU Ünal, "İşkolu Düzeyinde Kazanılan Yetkiye Dayanarak İşverenlere Ayrı Ayrı Çağrıda Bulunulması ve Yetkinin Devam Süresi", **İHU**, TSGLK. 9, No.1, 1977, ss. 1-5. (1977)

OECD Stat, **Collective Bargaining Coverage**, 2019. https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=CBC (Erişim Tarihi: 28.03.2023)

O'NEILL Emmett P., "The Good Faith Requirement in Collective Bargaining", **Montana Law Review**, Vol. 21, No. 2, 1960, pp. 202-221.

PALMER E. Edward, "The Myth of 'Good Faith' in Collective Bargaining", **Alberta Law Review**, Vol. 4, No. 3, 1966, pp. 409-418.

REİSOĞLU Seza, **2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986.

SAVAŞ F. Burcu, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na İlişkin Düzenleme Aksaklıkları", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, On İki Levha, İstanbul, 2014, ss. 245-270.

SAVAŞ KUTSAL F. Burcu, "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha, İstanbul, 2022, ss. 406-509.

SEVER Hatice, **Toplu İş Sözleşmelerinde Sendikaların Yetki Şartları ve Yetki Tespiti**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2010.

SUR Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2022.

SÜMER Halûk Hâdi, **İş Hukuku**, 26. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

ŞAHLANAN Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

TUNCAY Aziz Can / SAVAŞ KUTSAL Burcu / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, **Toplu İş Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023.

TUNÇOMAĞ Kenan / CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2022.

UŞAN M. Fatih / ERDOĞAN Canan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 613-628

BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNE VE ELEKTRONİK SATIŞA İLİŞKİN BAZI HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Doç. Dr. **Ece BAŞ SÜZEL**(**)

Öz: İİK m. 111/a'da yer alan, "borçluya satış yetkisi verilmesi" başlığını taşıyan ve metin içindeki ifadesi nedeniyle doktrinde rızai satış olarak ifade edilen hüküm ile İİK m. 114, 115 ve 118'de yer alan, ihale alıcısının yatırmış olduğu teminata ve bu teminatın akıbetine ilişkin bazı meselelerin, borçlar hukuku ile dirsek teması içinde olduğu tespit edilmiş ve bu merakla söz konusu makale yazılmaya çalışılmıştır. Bu açıdan ilk olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesinde düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin düzenlemenin hukuki niteliği araştırılmış ve buna bağlanan sonuçlar tespit edilmiştir. Düzenlemeye göre, haczedilmiş mala ilişkin kıymet takdiri yapılmışsa, borçlu, icra müdüründen, kendisine o malın satışı için yetki verilmesini talep edebilir. Bunun üzerine, icra müdürü belli şartlarla satışa izin verebilir. Buradaki soru, bu satışın özel hukuka mı yoksa cebri satış kurallarına mı tabi olduğudur. Zira bu soruya verilecek yanıt, satıcının ayıp ve zapttan sorumlu olup olmaması gibi bazı önemli sonuçlar doğuracaktır. İkinci olarak ise, yukarıda anılan maddelerde düzenlendiği üzere, ihale alıcısının yatırmış olduğu teminatın hukuki niteliği incelenmiştir. Söz konusu teminatın hukuki niteliğinin sonucu çok önemlidir, dolayısıyla sadece bir tespit yapılmakla yetinilmemiştir. Zira teminatın hukuki niteliği ilk ihale ile ikinci ihale arasındaki muhtemel farktan doğan alacaklıların zararının tazmin edilip edilmeyeceği sorusuna bir yanıt olarak kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Satış, Rızai Satış, Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Cezai Şart, Normun Koruma Amacı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 22.06.2023.

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0003-1769-2915; *ece.bas@bilgi.edu.tr*).

EVALUATION OF RELEVANT PROVISIONS OF TURKISH EXECUTION AND BANKRUPTCY LAW, REGARDING THE AUTHORISATION OF SALE AND ELECTRONIC SALES, FROM THE PERSPECTIVE OF LAW OF OBLIGATIONS

Abstract: The provision in Article 111/a of the Code of Enforcement and Bankruptcy (EBL), which is titled "authorizing the debtor to sell" and is referred to as consensual sale in the doctrine due to its wording in the rule, and issues in Articles 114, 115, 118, and 134 of the same Code regarding the tender buyer's collateral and its fate have been determined to be at closal interval with the law of obligations, and with this curiosity, the First, the legal nature of the regulation permitting the debtor to sell in Article 111/a of the EBL and its effects were examined. Art. 111/a allows the debtor to request permission to sell the good herself. The debtor can sell the good herself provided the executive authority authorizes the sale under certain conditions. The main question is whether contract law or enforcement and bankruptcy law governs this sale. This question determines the seller's liability for non-conformity, among other issues. Second, the auction buyer's collateral's legality is assessed. The conclusion of defining the legal nature of the collateral in question is significant; however, determining its legal nature alone is insufficient. The type of the collateral determined whether obligees would be paid for losses arising from the probable difference between the first and second auction.

Keywords: Electronic Sale, Consensual Sale, Authorization of the Debtor to Sell, Penalty Clause, Protection Purpose of the Norm.

I. GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a ile 134. maddeleri arasında, elektronik ve "rızai" satışa ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır ve bu düzenlemeler 2021 yılında değiştirilmiş ve Kanun'a eklenmiştir. Anılan kurallar, her ne kadar takip hukukuna özgü olsa da, onların borçlar hukuku alanıyla dirsek teması içinde oldukları göze çarpmıştır.[1] Bu çalışmada, borçlar hukuku açısından önemli olduğu düşünülen bazı düzenlemeler ele alınacak ve bu düzenlemeler borçlar hukuku prensipleri çerçevesinde anlamlandırılmaya çalışılacaktır.

---

[1] *Bu meseleye hukuki sohbetlerimiz sırasında ilk olarak temas eden ve bana yol gösteren kıymetli meslektaşım Dr. Öğr. Üyesi Evrim Erişir'e çok teşekkür ederim.*

Değerlendirmeye tabi olacak düzenlemelerden ilki, İİK m. 111/a hükmü olup, bu kural "rızai" satış olarak da adlandırılan, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hükümdür. İkinci tartışma konusu ise, özellikle İİK m. 114, m. 115 ve m. 118 yer alan artırmaya katılacak olanın teminat vermesi ve bu teminatın ihale bedeli ödenmediğinde iade edilmemesinin hukuki niteliği olacaktır.

II. "RIZAİ" SATIŞIN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE: BU SATIŞ BİR ÖZEL HUKUK SATIŞI MIDIR?

İcra ve İflâs Kanunu madde 111/a borçluya satış yetkisi verilmesini düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre, borçlu belli durumlarda haczedilen malın kendisi tarafından pazarda satılması için, kendisine yetki verilmesini talep edebilecektir. Bu yetki epey sınırlı biçimde anılan maddede yer almaktadır. Hem taşınır hem de taşınmaz mallar için mümkün olan bu satış türünün amacı, mahcuz malın daha hızlıca ve daha az masrafla, daha yüksek bir bedelle satılmasının sağlanmasıdır.[2] İhalenin feshi sürecinin de bu satış türünde gündeme gelmeyecek olması nedeniyle, bu yöntemin kanunda düzenlenmesinin olumlu olduğu söylenmektedir.[3] Bununla birlikte, düzenlemenin doktrinde hiç tartışılmamış ve hazırlanan taslağın kimseyle paylaşılmadan kanunlaşmış olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur.[4] Düzenleme, başlığının, "borçluya satış yetkisi verilmesi" iken, madde metninde, "rızai satış" ifadesinin yer alması açısından da eleştirilmektedir.[5] Zira Pekcanıtez'e göre, burada satışa veya bu yetkinin verilmesine kimse bir rıza göstermemektedir.[6]

İcra ve İflâs Kanunu madde 111/a'da düzenlenen hükmün içinde "rızai satış" ifadesinin geçiyor olması, bu satışın borçlar hukuku kurallarına tabi bir "özel hukuk satışı" mı yoksa hala bir cebri satış mı olduğu tartışmasını

---

2 PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 231; YAZICI Burçin, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2022/2, Cilt. 12, s. 1119, 1124; KALE Serdar, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (Erişim Tarihi 7/03/2023). Rızai satış konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES / SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 230 vd.

3 PEKCANITEZ Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022/1 s. 819, 824.

4 **PEKCANITEZ**, s. 824. Özellikle Fransız hukukundaki anlaşmalı satışla karşılaştırma açısından bkz. **PEKCANITEZ**, s. 843.

5 **PEKCANITEZ**, s. 824. Düzenlemeyle ilgili diğer bazı eleştiriler hakkında bkz. **PEKCANITEZ**, s. 824 vd.

6 **PEKCANITEZ**, s. 824.

doğurmaktadır. Baskın görüş bunun bir "özel hukuk satışı" olmadığını savunmakta[7] ise de, aksi yönde görüşler de bulunmaktadır: bir görüşe göre, buradaki rızai satış deyimi, "*cebri icra organınca yapılan cebri satışın karşıtı anlamında kullanılmıştır. Burada kuralları ve işleyişi İİK tarafından düzenlenmiş bir özel hukuk sözleşmesi söz konusudur. Satış sonrası mülkiyetin geçişi, malın teslimi, gerekli ise malın ilgili sicile tescili gibi işlemlerin yapılabilmesi İİK'nun öngördüğü özel kurallara tâbidir*."[8] Öncelikle, "özel hukuk satışı/sözleşmesi" olarak adlandırılan satış nedir ve bu nitelendirmede ne tür kriterler kullanılmıştır veya kullanılmalıdır sorularına cevap aramak suretiyle bu çalışmaya başlamak anlamlı olur.

Değerlendirmeye geçmeden önce, bu sorunun neden önemli bir soru olduğu konusunda bazı hatırlatmalar yapmak gerekebilir. Sorunun temeli, bu satış sözleşmesine uygulanacak kuralların tespitinde yatmaktadır. Örneğin, satışı gerçekleştirecek satıcı (borçlu), satış sözleşmesinden doğan ayıp nedeniyle sorumlu olacak mıdır? Bu mala ilişkin bir önalım hakkı varsa kullanılabilecek midir? Yoksa her ne kadar satış "rızaen" gerçekleşiyor olsa da, cebri satış gibi nitelendirmek suretiyle bu sorulara olumsuz yanıt mı vermek gerekir? Görüldüğü üzere, borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle kurulacak satış sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, satışın sonrasında ortaya çıkabilecek pek çok hukuki meselenin nasıl çözüleceği konusunda yol gösterici olacaktır.

Peki yukarıda anılan doktrinin, öyledir ya da değildir dediği "özel hukuk satışı/ rızai satış/ rızaen satış" ne demektir? Önce bu soruyla meseleye yaklaşmak ve özel hukuk satışını tanımlamak gerekir. Aslında bir borçlar hukukçusu için her satış, bir "özel hukuk satışı" olarak düşünülür, en azından ilk anda. Hatta bu nedenle aslında borçlar hukuku alanında böyle bir ayrım dahi bulunmadığı söylenebilir. Tam da bu sebeple, bir satış sözleşmesinin öncelikle borçlar hukuku alanına girmesi için, borçlar hukukunun temel prensiplerinin üzerine kurulmuş bir satış sözleşmesi olması gerektiği rahatlıkla savunulabilir. Borçlar huku-

---

7 **PEKCANITEZ**, s. 840; ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2022, s. 286; **YAZICI**, s. 1126; GÖRGÜN L. Şanal / BÖRÜ Levent / KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2022, s. 236. Aynı yönde, borçlu ile alıcı arasındaki anlaşmanın borçlar hukuku anlamında icap ve kabulü içerdiği, bununla birlikte resmi yetki belgesi olmadan bu işlemin yapılmasının mümkün olmaması nedeniyle, "*hibrid bir hukuki sebebe dayansa da esasen kamusal bir prosedür*" olduğu yönünde, AŞIK İbrahim / ORUÇ Yakup / TOK Ozan / SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 251. Pazarlık suretiyle satış için, aynı yönde, ÖZMUMCU Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, Vedat, İstanbul, 2005, s. 11.

8 ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR Ayvaz Sema / HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2022, s. 393, dipnotu 12.

kunun, sözleşmeler hukuku açısından belki de en temel prensibi irade serbestisidir.[9] İrade serbestisi doktrinde kişilere hukuki ilişkilerini "devlet müdahalesi olmaksızın" özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme yetkisi veren ilke şekilde tanımlanmaktadır.[10] İrade serbestisinin pek çok kırılımı olduğunu da söylemek gerekir. Bunlar sözleşme özgürlüğü; sözleşenler arası eşitlik ve şekil serbestisi şeklinde sıralanabilir.[11] Bunlardan sözleşme özgürlüğü de kendi içinde dörde ayrılır: sözleşme yapıp yapmama; tarafını seçme; tipini seçme ve içeriği belirleme; sözleşmeyi ortadan kaldırma.[12] İşte bu özgürlüklerin, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağı bir satış sözleşmesinde bulunması kural olarak beklenir. Bu bilgiler ve varsayım ışığında, İİK m. 111/a'da düzenlenen "rızai" satışa yakından bakalım. Acaba gerçekten "rızai" satışta, yukarıda anılan borçlar hukukunun temel prensiplerinden "rıza" yani irade serbestisi bulunmakta mıdır?

Düzenlemeye göre,

Borçluya satış yetkisi verilmesi:

MADDE 111/a- (Ek: 24/11/2021-7343/12 md.)

Borçlu, ***kıymet takdirinin*** *tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilir. Kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilir. İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya* ***on beş günlük süre*** *verir. Borçluya verilen sürenin başlangıcından üçüncü fıkra uyarınca verilen icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemez.*

Rızai satışta bedel, ***malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına*** *karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından* ***az olamaz****.*

---

9 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1**, Vedat, İstanbul, 2018, s. 23; FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus / ÇETİNER Bilgehan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 13; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, İstanbul, 2020, s. 17.

10 **EREN**, s. 17; **FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER**, s. 13.

11 **EREN**, s. 17 vd.; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 23 vd.

12 **FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER**, s. 13; **EREN**, s. 18; **FURRER / MULLER-CHEN / ÇETİNER**, s. 14-20.

*Borçluyla anlaşan **alıcının** belirlenen bedeli birinci fıkra uyarınca borçluya verilen on beş günlük süre içinde **dosyaya ödemesi** hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen **şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı** ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. **Mahkeme**, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden **talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir**. Kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Ret kararı verilmesi hâlinde yatırdığı bedel alıcıya iade edilir.*

*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında **niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır.***

(...)

[*Okuyucuya takip kolaylığı sağlamak adına düzenlemenin bazı kısımları koyu karakterle yazılmıştır*.]

Koyu renkli yazarak vurgulamak istediğim üzere, kanaatimi en baştan söylemem gerekir: kanaatimce söz konusu satış, Türk Borçlar Kanunu'na tabi olmayacaktır ve Kanun'un ayıp ve benzeri hükümlerinin uygulanabileceği bir satış olmaktan uzaktır. Öncelikle satış yetkisi verilen borçlunun (yani satıcının) "sözleşme serbestisi" içinde hareket ettiğini söylemek güçtür. Her ne kadar sözleşmenin tarafını borçlu seçebilecek olsa da bedel ve süre açısından bu tür bir serbesti olmadığı vurgulanmalıdır. Zira borçlu, muhammen kıymetin yüzde doksanı ile bağlıdır. Daha önemlisi, satıcı borçlu artık satış sözleşmesi kurup kurmama konusunda özgür değildir. Bu yetki kendisine tanınmış olan borçlunun söz konusu malı anılan süre içinde, belirlenenden az olmayan miktara satması gerekmektedir. Buna ek olarak, bir kere bir icra takibi başlamış ve bu yetki borçluya icra takibi kapsamında verilmiştir.[13] Yani bu mekanizmayı tetikleyen olgu başlı başına cebri satış prosedürünün başlamış olmasıdır. Kaldı ki pazarlık suretiyle satışın dahi bir cebri icra satışı olarak değerlendirildiği[14] gerçeği karşısında, aksi bir sonucun -yani bu satışın özel hukuka tabi bir satış olduğunun- kabulü mümkün görünmemektedir.[15]

---

[13] **YAZICI**, s. 1126-1127.

[14] **PEKCANITEZ**, s. 840; **ÖZMUMCU**, s. 73; **ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN**, s. 286; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES / SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 233; Erturgut Mine, **İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi,** Yetkin, İstanbul, 2000, s. 167.

[15] **PEKCANITEZ**, s. 840.

Bir an için, borçlunun mahcuz malı satacağı kişiyi serbestçe bulacağı ve asgari koşulları sağladığı takdirde istediği fiyata satabileceği; bu nedenle sözleşme serbestisinin kısmen dahi var olduğu ve bunun yeterli olacağı düşünülse bile, tasarruf aşamasında da bir serbestiden söz edilemeyecektir. Düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere, icra müdürünün şartların bulunduğunu inceleyip satışa onay vermesi ve bunun üzerine icra mahkemesinin kararı gerekli ve yeterlidir. Zira İİK m. 111/a'da da ifade edildiği üzere bu karar kesindir.[16] Bunlar olmaksızın, borçlunun, kıymet takdiri yapılıp kendisine yetki verilmiş de olsa satış sözleşmesi geçerli olarak kurulamayacağı gibi tasarruf işlemi de yapılamayacaktır. Örneğin, bu tamamlayıcı unsurlar[17] yerine gelmemişse, mala kavuşamayan alıcı, borçlu satıcıdan söz konusu malın kendisine teslim edilmemesi nedeniyle bir tazminat talep edemez. Burada bir güven zararından söz etmek de (sadece bu koşullar söz konusu olduğunda) kolay değildir.[18] Zira alıcı, ödemeyi kanunda belirtilen süre içinde dosyaya yapacak, sözleşme ondan sonra onaylanacaktır. Dolayısıyla işlemin muhatabı alıcının da bu satışın bir cebri satış olduğunu anlayabilecek durumda olduğunu söylemek mümkündür. Satıcı konumundaki borçlunun tasarruf yetkisi yoktur[19] ve malın mülkiyetini zilyedliğin teslimi veya tapuda tescil yapabilmek suretiyle geçirebilecek durumda değildir. Hatta borçlar hukuku açısından bakınca, bu işlemleri kendisinin yapmasında bir imkansızlık olduğu dahi söylenebilir. Zira mülkiyet, icra mahkemesinin kararı ile tescilsiz olarak alıcıya geçmekte; ardından yapılacak tescil açıklayıcı olmaktadır.[20] Aslında bu dahi, başlı başına, bu satışın bir cebri satış olduğunu göstermektedir. Zira tescilsiz iktisap halleri MK m. 705'te sınırlı olarak sayılmıştır ve bunlardan biri cebri satıştır.

Dördüncü olarak, kanaatimce İİK m. 111/a'nın 4. fıkrası da yukarıda varılan sonucu destekler niteliktedir. Bu fıkra, açıkça, burada cebri satışa yakın bir

---

[16] İcra mahkemesi kararının, dosya üzerinden bir inceleme yapmak suretiyle verileceği, bunun bir yargısal faaliyet, en azından çekişmesiz yargı faaliyeti olarak dahi öngörülmediği yönünde, **PEKCANITEZ***,* s. 839. Kararın kesin olduğu yönünde, **ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI**, s. 395; **AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR,** s. 250.

[17] İcra mahkemesi kararının tamamlayıcı unsur olduğu yönünde, TOPEL ÇELİKOĞLU Cengiz, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", **Adalet Dergisi**, 2022/1, S. 68, s. 409, 415.

[18] Paranın değer kaybı açısından ise, yatırılan paranın nemalandırılmasına yönelik bir düzenleme yapılması gerektiği doktrinde yerinde olarak ifade edilmektedir. **PEKCANITEZ***,* s. 840.

[19] Bilindiği üzere haciz zaten tasarruf yetkisini kısıtlar. Bakınız. İİK m. 86, 91; MK m. 1010.

[20] **PEKCANITEZ***,* s. 841; **YAZICI**, s. 1127; **ÇELİKOĞLU***,* s. 416.

durumun varlığını gözler önüne serer. Düzenlemeye göre, bu tür satışlar hakkında *niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*. Sonuç olarak kanaatimce burada satıcı borçlunun, tıpkı cebri satışta olduğu gibi BK m. 280'in uygulanması suretiyle, ayıptan veya zapttan doğan sorumluluğu söz konusu olmayacak; MK m. 733 gereği önalım hakkı doğmayacaktır.[21] Buna paralel olarak, ancak sınırlı sebeplerle, oldukça sınırlı süre içinde, İİK m. 277 ve devamı hükümleri gereği tasarrufun iptali davası açılabilecektir.[22]

Kaldı ki düzenlemenin getiriliş amacı da bu varılan kanaati destekler niteliktedir. Hükmün amacı, "açık artırma yolu ile yapılan satışlarda, ihalenin fesi talebi sonucu fesih sürecinin çok uzun sürmesi ve ihalenin kesinleşmesinin gecikmesini engellemek" olarak doktrinde ifade edilmektedir.[23] Görüldüğü üzere, amaç, cebri icra prosedürünü kolaylaştırmaya ve hız katmaya yöneliktir. Lafzi yorumla da aynı sonuca ulaşılır: eğer hükmün amacı, farklı bir satış rejimi uygulanması olsaydı, bu hususun daha açık biçimde ifade edilmesi gerekirdi. Zira İcra ve İflas Kanunu açısından "kural olan" cebri satıştır ve kurala istisna getirildiğinin kabulü için kanun koyucunun daha açık bir iradesini aramak gerekir.[24] Normal düzenden/kuraldan ayrılarak istisna getiren kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilemeyeceği en temel hukuk prensiplerinden biridir.[25] Son olarak, söz konusu madde metninde geçen "rızai satış" ifadesinin, yani maddenin lafzının, ruhu ile bağdaşmadığını da ifade etmek gerekir. Bu durumda, amaca göre daraltıcı bir yorum yapılarak, madde metninde geçen "rızai satış" ifadesinin hiç okunmaması dahi mümkün olmalıdır.[26]

III. ELEKTRONİK SATIŞLARDA ARTIRMAYA KATILABİLMEK İÇİN VERİLEN TEMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tartışmaya açmak istediğim ikinci mesele ise, elektronik satışlar kapsamında artırmaya katılacaklardan alınan teminatın hukuki niteliğine ilişkindir.

---

21 **PEKCANITEZ**, s. 841. Pazarlık suretiyle satışlar hakkında, aynı yönde, **ÖZMUMCU**, s. 164 vd.

22 **PEKCANITEZ**, s. 842; **AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR,** s. 252.

23 **PEKCANITEZ**, s. 837. Benzer şekilde, **YAZICI**, s. 1124; Gündoğan Atilla, **Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satışı,** Aristo, İstanbul, 2022. 11. Kanunun getiriliş amacına ilişkin, kanun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Gerekçe, adeta maddeyi tekrar etmektedir.

24 OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 68.

25 **OĞUZMAN / BARLAS**, s. 68.

26 Amaca göre daraltıcı yorum hakkında bakınız **SEROZAN**, s. 142.

İİK m. 114, m. 115 ve m. 118'de düzenlendiği üzere, elektronik satış portalı üzerinden yapılacak ilanda da gösterileceği şekilde, satılanın kıymetinin yüzde onu tutarındaki teminatın satışı yapan icra dairesinin gösterilen banka hesabına yatırılması zorunludur. Ardından, ihale alıcısının en yüksek teklifi verip de süresi içinde ihale bedelini yatırmaması hâlinde, "*alınan teminatın iade edilmeyip öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere alacaklarına mahsuben hak sahiplerine ödeneceği*" düzenlenmektedir. Acaba bu hükümde satış masrafları ve alacaklara mahsup edilecek teminat bedelinin hukuki niteliği nedir?

Şüphesiz akla BK m. 177 ve devamındaki bağlanma parası, cayma parası ve cezai şart hükümleri gelmektedir. Bu olasılıkları sırasıyla ele alalım. İlk olarak, kanaatimce burada BK m. 177 anlamında bir bağlanma parası yoktur. Zira bağlanma parası, madde metninde de ifade edildiği üzere yalnızca sözleşmenin kurulduğunu ispat amacıyla verilir. Cebri satışa katılan her alıcı teminat yatırdığına göre, her biriyle sözleşmenin kurulduğunu ispat etmeye yarayacak bir bedel ödeme borcu getirilmesi anlamlı değildir. İkinci olasılık olarak BK m. 179 fıkra 3 anlamında dönme cezası düşünülebilir. Dönme cezasında dönme hakkı kullanılmak istendiğinde bu miktarı ödeme borcu doğmaktadır. Ancak ihale alıcısı teminatı bu şekilde sonradan değil, önden yatırdığı için burada bir dönme cezası da yoktur.

Son iki olasılık ise, bu bedelin ya cayma parası olarak ya da kendine özgü bir tür cezai şart olarak nitelendirilmesidir. Cayma parası, sözleşme kurulurken verilir ve kural olarak her iki tarafa da sözleşmeden dönme yetkisi verir (BK m. 178). Ancak yalnızca tek tarafa bu tür bir imkan sağlanması da mümkündür. Cayma parası karşı tarafta bırakılarak sözleşmeden dönmek mümkündür. Ancak asli edim ifa edildikten sonra bu şekilde dönmek mümkün olamayacaktır. Sözleşme ifa edilirse, cayma parası alacağa mahsup edilir. Kanundan doğan bir hakkın kullanılması nedeniyle ile sözleşmeden dönülüyorsa, cayma parasını veren alıcı, bunun iadesini isteyebilir.

Eğer, ihale alıcısının, ihale bedelini yatırmaması halinde teminatın iade edilmeyeceği yönündeki düzenlemenin, tek taraf lehine (alacaklılar) düzenlenmiş bir cayma parası olduğu söylenirse, bunun yine alacaklılar açısından bazı önemli sonuçları olacaktır. Zira buna cayma parası denmesi halinde, ihale alıcısının, sözleşmeden sıyrılmak için bir hakkı/yetkisi olacaktır. Bu hakkını kullanan ihale alıcısından, daha fazla bir zarar tazmini talep etmek güç görünmektedir. Oysa ilk ihale ile ikinci ihale arasında bedelde fark olması halinde, alacaklıların zarara uğrayabileceği açıktır. Acaba bu zararın tazmini, alacaklılar tarafından, ihale alıcısından talep edilebilecek midir? Bu soruya vereceğimiz cevaba

göre, elde tutulan teminata cayma parası veya kendine özgü bir cezai şart demek gerekir. Dolayısıyla bu tartışmaya son verebilmek için başka bir tartışma başlatmak ve anlık da olsa bu tartışmayı dondurmak gerekir.

Mülga İİK m. 133'te, ilk ihale ile ikinci ihale arasındaki fark, ilk ihaleye hak kazanan ve fakat süresinde ödeme yapmayan ihale alıcısından doğrudan icra dairesi tarafından kendisine muhtıra gönderilmek suretiyle talep edilebilmekte ve böylelikle alacaklı ayrı bir dava açmaya yahut takip yapmaya gerek kalmadan tatmin edilebilmekteydi. Düzenlemeye göre,

> "T*aşınmaz kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen mühlet içinde parayı vermezse, ihale kararı icra memuru tarafından kaldırılarak* ***teminat akçesi alıcının ikinci fıkra gereğince mesul bulunduğu meblağa mahsup edilmek üzere alıkonulur****. Kendisinden evvel en yüksek teklifte bulunan kimsenin ileri sürdüğü pey, 129 uncu maddenin aradığı şartlara uygun bulunması ve bu kimsenin adresinin de malum olması halinde bir muhtıra tebliğ edilerek arzettiği bedelle taşınmaz kendisine teklif edilir ve üç gün zarfında almaya razı olursa ona ihale olunur. Razı olmaz veya cevapsız bırakılırsa veya bulunmazsa taşınmaz icra dairesince hemen artırmaya çıkarılır. Bu artırma ilgililere tebliğ edilmeyip yalnızca satıştan en az yedi gün önce yapılacak ilanla yetinilir. Bu artırmada, teklifin, 129 uncu maddedeki hükümlere uyması şartıyla taşınmaz ençok artırana ihale olunur.*
>
> ***İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen mesuldürler.*** *İhale farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil olunur. Bu fark, varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur."*

Mülga İİK m. 133 düzeninde, örneğin ilk ihalede 100 TL olarak belirlenen ihale bedelini, ihale alıcısı süresi içinde yatırmazsa, söz konusu mallar kanunda belirtilen şartlar mevcutsa ikinci en yüksek pey sürene veya ikinci artırmada 70 TL'ye satılabildiyse, aradaki fark, ilk ihale alıcısının önce yatırdığı teminattan (somut örnekte 10 TL) düşülmekte; kalan zarar (somut örnekte 20 TL) için ise yine ilk ihale alıcısına, icra müdürlüğü tarafından doğrudan başvurulabilmekteydi.[27] Ancak bu düzen, icra dairesinin doğrudan muhtıra

[27] Aslında bu meselenin de mülga İİK m. 133 bağlamında eskiden tartışmalı olduğuna vurgu yapmak gerekir. Mülga İİK m. 133 ile ilgili olarak Yargıtay ikame artırma ile normal artırma

gönderme yetkisi olduğu için eleştiriye açıktı. Zira burada ilk ihale alıcısı hiçbir yargılamaya tabi olmaksızın sorumlu tutulmaktaydı. Doktrinde de, mülge İİK m. 133 sayesinde iki ihale arasındaki farkın tahsili için alacaklının alıcıya karşı dava açması veya takip başlatmasına gerek bulunmadığı, icra dairesi tarafından bu farkın doğrudan tahsil edilebilir olduğu ifade edilmekteydi.[28]

7343 sayılı Kanun değişikliği ile icra dairesinin bu yetkisi kaldırılmıştır. Şimdi bu olumsuz düzenlemeyi nasıl yorumlamak gerekir? İşin aslı, iki türlü yorum da söz konusudur. İlk olarak artık kanun koyucu icra dairesinin bu tür bir takip yapmasını, bu oranda alacaklıları tatmin etmesini istemediği için söz konusu takip yolunu kaldırmıştır denebilir. Bir diğer yorum ise, kanun koyucunun yalnızca icra dairesinin usulünü uygun bulmayarak kaldırdığı ve alacaklılar için genel bir dava yahut takip yolunu hala mümkün kıldığı yönünde olabilir. Böyle bir sorunun cevabının aranması gereken yer aslında kanun gerekçesidir. Oysa tıpkı Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nda da bu denli önemli bir değişiklikte doktrin ve uygulayıcılar yalnız ve yönsüz bırakılmışlardır.[29] Sonuç olarak yapılabilecek tek şey, amaca göre yorum yöntemini benimsemek suretiyle bir sonuca varmaya çalışmaktır. Ancak bu kanaatin tartışmaya açık olduğunu daha şimdiden söylemek gerekir.

Yukarıda ifade ettiğim üzere, burada yapılabilecek ilk yorum şudur: kanun koyucu İİK m. 133'ü de kaldırdığına göre, artık alacaklıların ilk ihale ile sonraki ihale arasındaki farkı bir zarar kalemi olarak talep etmelerini istememiştir.[30] Serozan'ın da dediği gibi, "*Yasanın belirli bir alandaki suskunluğu, pekala bilinçli bir hukuk politikası tercihinin sonucu nitelikli bir sus-*

---

hükümlerine göre taşınmazın yeniden artırmaya çıkarılması durumlarını farklı değerlendirmekteydi. Bu karara göre, ihale bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılmasına neden olan alıcı ancak ve ancak ikame artırma yapılması durumunda sorumlu olurdu. Normal artırma hükümlerine göre taşınmazın yeniden artırmaya çıkarılması halinde ise Yargıtay artık ilk ihale alıcısının sorumlu tutulamayacağına karar vermekteydi. Yargıtay 12. HD, 30.11.2017, E. 2017/7435, K. 2017/14853. Karar ile ilgili, mülga İİK m. 133 ve bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NAMLI Mert, **İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 563. Yargıtay'ın yukarıda anılan karar ile aynı yönde, KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 2017, s. 688; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema, **İcra ve İflâs Hukuku**, Yetkin, İstanbul, 2017, s. 328. Aksi yönde, **NAMLI**, s. 563; ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Filiz, İstanbul, 2004, s. 338; GÖKÇE Ziya, "İki İhale Farkının Alınması", **Manisa Barosu Dergisi**, 2000/ 2, s. 21, 25.

28 **NAMLI**, s. 569. Aynı yönde, Yargıtay 12. HD, 01.12.2016, E. 2016/17607, K. 2016/24722.

29 İİK m. 111/a'ya yönelik olarak, bu yönde, haklı bir eleştiri için bakınız, **GÜNDOĞAN**, s. 64.

30 Bu yönde, KALE Serdar, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (Erişim Tarihi 7/03/2023).

kunluk (olumsuzlama, yok sayma) oluşturabilir."[31] Bu durumda ihale bedelini yatırmayan ihale alıcısının verdiği teminata cayma parası demek mümkün olabilecektir. Zira cayma parası sayesinde ihale alıcısına bundan sıyrılma "hakkı" verilmektedir.

İkinci yorum ise, teminatın iade edilmemesine, kendine özgü ve kanundan doğan bir cezai şart demektir. Cezai şart olmasının sonucu olarak da, bu teminatın iade edilmemesine rağmen alacaklıların halen bir zararı varsa, bu cezai şartı aşan zararın tazminini talep edebilecek olmalarıdır. Acaba bu mümkün müdür; alacaklıların zarar tazmini talebi hangi hukuki sebebe dayanabilir; böyle bir hukuki sebep mevcut mudur? Bu bakımdan çözülmesi gereken ilk mesele talep temeli olacaktır. Eğer bir talep temeli üzerinden bu aşan zararın tazminini talep etmek mümkün ise, cayma parası mı cezai şart mı tartışmasının bir anlamı olacaktır. Yok eğer bu zaten mümkün değilse, cezai şart olarak nitelendirmeye çalışmanın bir gereği de kalmayacaktır.

Bilindiği üzere borçlar kanundan, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekaletsiz iş görmeden doğabilir. En temel borç kaynakları bunlardır. Öncelikle, alacaklılar ile, ihale alıcısı arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığı açıktır. Dolayısıyla, alacaklılar ilk ihale ile ikinci ihale arasındaki farkı bir zarar kalemi olarak talep edebilecek dahi olsalar bunun yolu "sözleşmesel sorumluluk" olmayacaktır. Sebepsiz zenginleşme de uygulanmaz, zira alacaklıların malvarlığından, ihale alıcısının malvarlığına doğru yaşanan bir kayma yoktur.

Akla gelen tek olasılık, haksız fiildir. Bu bakımdan yanıt bekleyen bir soru daha ortaya çıkar: diğer tüm unsurların varlığı halinde (kusur, zarar, illiyet bağı), acaba hukuka aykırılığın gerçekleştiğinden söz edebilir miyiz? Yani ihale alıcısının, bedeli süresi içinde ödememesi "bir hukuka aykırılık" mıdır ve haksız fiil teşkil eder mi?

Bu sorunun yanıtı "hukuka aykırılık" kavramının içinde saklıdır. Öncelikle, hukuka aykırılığı açıklayan pek çok teori vardır.[32] Ve fakat bunlara çalışma kapsamında değinilmeyecektir. Kanaatimce daha yerinde olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir hukuka aykırılıktan söz edebilmek için ya bir mutlak hak ihlali ya da mutlak hak dışı menfaatlerin ihlalinde

---

[31] SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk**, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 149.

[32] Bu husus borçlar hukukçuları için de fazlasıyla tartışmalıdır. Bu konuda yapılmış derin bir çalışma için bkz. KURTULAN Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2017, 23/1, s. 465 465-503.

özel bir koruma normunun ihlal edilmesi gerekir.[33] Ancak ihlal edilen bu hukuk kuralının, normun koruma amacı teorisi çerçevesinde de dikkatle ele alınması gerekir.[34] Bir diğer deyişle, eldeki ihlal edilen kuralın, kimi/neyi koruduğu önem taşımaktadır. Zira bir hukuk kuralının belirli bir fiili yasaklamış veya onu belli bir biçimde kınamış olması, bu fiil sonucunda ortaya çıkan her türlü zararın tazmininin de amaçlandığı anlamına gelmemektedir.[35]

Makaleye konu meselede, ilk ihale alıcısının, ihale bedelini yatırmayarak, alacaklıların daha az bir bedele kavuşmasına sebep olduğu açıktır. Bununla birlikte, burada bir "mutlak hak ihlali" yoktur. Alacaklıların uğradığı bu zarar, salt ekonomik zarardır.[36] Kural olarak salt ekonomik zararlar Türk hukukunda tazmin edilmezler.[37] Bunun tek istisnası, hukuka aykırılık bağının özel bir koruma normuyla kurulduğu olasılıktır.[38] Dolayısıyla burada sorulması gereken soru, İİK'da düzenlenen, ihale alıcısının verdiği teminatı, ihale bedelini yatırmadığı takdirde geri alamayacağı şeklindeki kurallar, bu bağlamda "yasaklanmış bir davranış normu" mudur ve hukuka aykırılık bağını kurmaya yeter mi? Kanaatimce bu soruya olumlu yanıt vermek fazlasıyla zordur. Burada teminatın icra dairesinde tutulmasının bir amacı alacaklıları tatmin etmekse de, diğer amacı da kanunun ifadesiyle "önce" satış masraflarını düşmektir. Dolayısıyla bu madde sayesinde, hukuka aykırılık bağının kurulduğunu ve ihale bedelini yatırmayan ihale alıcısının alacaklılara karşı BK m. 49 bağlamında haksız fiil işlediğini söylemek zordur. Kaldı ki, eski İİK m. 133'ün de, doğrudan bu zararın ihale alıcısından tazmin edilmesine izin veren hükmünün kaldırılmış olması bu yorumu desteklemektedir.[39] Eğer kanun koyucunun amacı aksi yönde olsaydı, İİK m. 133'ü kaldırmayarak, bu tür zararların doğrudan tazmini kapısını kapamamış olurdu.

---

33 **KURTULAN**, s. 481.

34 Bu konuda bakınız. Atamer Yeşim M., **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Beta, İstanbul, 1996.

35 **KURTULAN**, s. 481.

36 Bu kavram hakkında bakınız SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan, İstanbul, 2007, s. 335 vd.

37 **SANLI**, s. 335-336.

38 Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hukuka aykırılık bağını kurmakta ve ölüm halinde, ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı zararların tazmini mümkün olmaktadır.

39 Aynı yönde, KALE Serdar, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (Erişim Tarihi 7/03/2023). Tarihsel yorum metodu hakkında, **SEROZAN**, s. 139-142; **OĞUZMAN / BARLAS**, s. 63-64; NOMER Haluk Nami / AKBULUT Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş**, Filiz, İstanbul, 2022, s. 28-30.

Değerlendirilmesi gereken ikinci olasılık ise, BK m. 49/2'de düzenlenen, ahlaka aykırı bir davranışla zarar verilmesi olasılığıdır. Hükme göre, "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" Kanaatimce ancak bu durumda, yani ihale alıcısının, alacaklılara zarar verme kastı ispat edilebilirse, alacaklıların, ihale alıcısından iki ihale arasındaki farkı bir tazminat olarak talep etmesi mümkün olabilir.

Sonuç olarak, İİK m. 133'ün de kaldırılmış olduğu göz önüne alındığında, alacaklıların, ihale bedelini yatırmayan ihale alıcısına karşı, ihale alıcısının yatırmış olduğu teminata el atmaktan başka bir hukuki çareleri yoktur. Bu durumda söz konusu teminatın da bir cayma parası olarak nitelendirilmesi mümkün olduğu kadar anlamlı ve amaca da uygun görünmektedir.

IV. SONUÇ

Makalede varılan ilk sonuç, İİK m. 111/a'da düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hükümde yer alan "rızai satış" lafzının mümkün olduğu kadar dar yorumlanması gereğidir. Bu kural kanaatimce yalnızca cebri satış yöntemine ilişkin bir düzenlemedir. Söz konusu kuralın, borçlu eliyle kurulduğu düşünülen satış sözleşmesini, icra ve iflâs hukuku alanından, borçlar hukuku alanına geçirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira bu tür satışlar, her ne kadar rızai olarak adlandırılsa da gerçek anlamda bir sözleşme özgürlüğünden ve irade serbestisinden söz etmek mümkün değildir.

İkinci olarak ise, makalede iade edilmeyen teminatın hukuki niteliği ele alınmıştır. Eski İİK m. 113'ün de kaldırılmış olması da göz önünde bulundurularak, artık ihale bedelini yatırmayan ihale alıcısından alacaklıların ne sözleşme ne de haksız fiil temelinde bir tazminat talep edebilmesi mümkündür. Olsa olsa, BK m. 49/2'nin şartlarının yerine gelmesi halinde söz konusu ihale alıcısından alacaklıların zararını ayrı bir dava açarak tazmin etmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle de söz konusu teminatın iade edilmemesi, bir tür cayma parası olarak nitelendirilebilir.

KAYNAKÇA

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR Ayvaz Sema / HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2022.

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR Ayvaz Sema, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2017.

AŞIK İbrahim / ORUÇ Yakup / TOK Ozan / SAÇAR Ömer Faruk, **İcra ve İflas Hukuku,** Seçkin, Ankara, 2022.

ATAMER Yeşim Müride, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Beta, İstanbul, 1996.

ATALI Murat / ERMENEK İbrahim / ERDOĞAN Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, Yetkin, Ankara 2022.

ÇELİKOĞLU Cengiz Topel, "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshine İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", **Adalet Dergisi**, 2022/ 1 sayı 68, s. 409-450.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2020.

ERTURGUT Mine, **İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi**, Yetkin, Ankara 2000.

FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus / ÇETİNER Bilgehan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.

GÖKÇE Ziya, "İki İhale Farkının Alınması", **Manisa Barosu Dergisi,** 2000/ 2, s. 21-50.

GÖRGÜN L. Şanal / BÖRÜ Levent / KODAKOĞLU Mehmet, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin, Ankara 2022.

GÜNDOĞAN Atilla, **Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış**, Aristo, İstanbul, 2022.

KALE Serdar, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", **Lexpera Blog**, <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> (Erişim Tarihi 7/03/2023).

KURTULAN Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2017, S. 23/1, s. 465-503.

KURU Baki, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 2017.

NAMLI Mert, **İcra Hukukunda Taşınmazların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, Oniki Levha, İstanbul, 2019.

NOMER Haluk Nami / AKBULUT Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş**, Filiz, İstanbul, 2022.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Vedat, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, Oniki Levha, İstanbul, 2021.

ÖZMUMCU Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, Vedat, İstanbul, 2005.

PEKCANITEZ Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2022/1, s. 819-848.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet / SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.

SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan, İstanbul, 2007.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, Filiz, İstanbul 2004.

YAZICI Burçin, "İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 12, 2022/2, s. 1119-1147.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 629-679

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN EVLİLİK SONRASI NAFAKAYA İLİŞKİN KARARLARINDA GÜNCEL GELİŞMELER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Özge ARPACI**(**)

Öz: Kadının çalışma hayatında daha fazla yer alması, ailelerdeki geleneksel rol dağılımının azalması, cinsiyet eşitliğinin önem kazanması, İsviçre Medeni Kanunu'nun evlilik sonrası nafakaya ilişkin hükümlerinin "*Clean Break*" ilkesi etkisinde değiştirilmesi, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını günümüze kadar şekillendirmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyon ile başlayan yargı kararlarındaki bu değişim ve gelişim, halen devam etmektedir. Bu doğrultuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin, kendi geliştirdiği ve günümüze kadar kararlarında önemli rol oynayan varsayımların kapsamının ve içeriğinin değiştirildiği görülmektedir. Özellikle yeni kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi, evlilik sonrası nafaka hakkının istisnai özelliğine vurgu yapmakta, kişinin kendi geçimini sağlamasının kural olduğuna dikkat çekmektedir. Yine İsviçre Federal Mahkemesi, şimdiye kadar eski kararlarına esas teşkil etmiş (hayatı şekillendirici evlilik, 45 yaş kuralı, ortak çocuğun varlığı gibi) varsayımların artık mutlak olmadığını, bunların sadece hakimlere ışık tutma fonksiyonunun olduğunu, kural olarak somut olayın bireysel özelliklerinin belirleyici olması gerektiğini kabul etmeye başlamıştır. Ayrıca Yüksek Mahkeme, güncel kararlarında nafakanın hesaplanmasında kullanılan ve seçimini şimdiye kadar kanton mahkemelerine bıraktığı iki çeşit hesaplama yöntemi yerine, artık tek bir yöntemin standart olarak kabul edilmesi gerektiğini de dile getirmektedir. Böylece ilgili çalışmada anılan değişim ve gelişim konuya ilişkin içtihatlarla saptanmaya çalışılacak olup, süreç ve son durum hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Evlilik Sonrası Nafaka, Kişinin Kendi Geçimini Sağlama Yükümlülüğü, Hayatı Şekillendirici Evlilik, Okul Düzeyi Modeli, Çift Aşamalı (Soyut) Yöntem.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 06.02.2023 - Makale Kabul Tarihi: 12.06.2023.

(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye (ORCID: 0000-0001-7871-7819; *ozge.arpaci@hbv.edu.tr*).

RECENT DEVELOPMENTS IN SWISS FEDERAL COURT LEGAL RULES ON POST-MARITAL ALIMONY

Abstract: The increasing participation of women in working life, the decrease in the traditional role distribution in families, the gaining importance of gender equality, and the amendment of the provisions of the Swiss Civil Code regarding post-marital alimony under the influence of the "*Clean Break*" principle have formed the legal rules of the Swiss Federal Court so far. This change and development in legal rules, which started with the revision of the Swiss Civil Code, is still in progress. In this respect, it is observed that the scope and content of the assumptions developed by the Swiss Federal Court, which have played an important role in its rules until today, have been changed. Especially in its recent rules, the Swiss Federal Court emphasizes the exceptional nature of the right to post-marital alimony and points out that it is the rule to provide for oneself. Again, the Swiss Federal Court has begun to recognize that the assumptions that had hitherto formed the basis of its previous rules (such as life-shaping marriage, the age rule of 45, the existence of a child in common) are no longer absolute, that they only have the function of shedding light on the judges, and that, as a rule, the individual characteristics of the concrete case should be decisive. Moreover, the Supreme Court has stated in its recent rules that instead of two different methods of calculating alimony, the choice of which has so far been left to the cantonal courts, a single method should now be adopted as the standard. Thus, this sturdy will try to determine the aforementioned change and development, and will try to provide information about the process and the latest situation with the case law on the subject.

Keywords: Post-Marital Alimony, Obligation of Self-Support, Life-Shaping Marriage, School Level Model, Dual Stage (Abstract) Method.

GİRİŞ

Aile hukukunda mevzuat ve uygulama özellikle sosyo-demografik değişimlerden etkilenmektedir. Bu bağlamda, İsviçre toplumunda kadının değişen konumuna bağlı olarak aileler de köklü değişimlere uğramıştır. Kadınlar, çalışma hayatında hala dezavantajlı konumda bulunsalar dahi, konumları büyük ölçüde iyileştirilmiştir. Kadınların çalışma hayatında daha çok yer alması, aile içindeki rol dağılımını da etkilemiştir. İsviçre'de geleneksel rol paylaşımı artık standart aile modeli olarak görülmemektedir. Bu durum, İsviçre Aile hukuku mevzuatına ve içtihat hukukuna da yansımıştır.

İsviçre Medeni Kanunu'nda 2000 yılı itibarıyla gerçekleştirilen revizyondan önceki hükümler incelendiğinde evlilik, eşler arasında (boşanma dahi gerçekleşse) adeta ömür boyu sürecek kişisel ve ekonomik bir bağ ola-

rak görülmüştür. Ancak revizyon ile birlikte "*Clean Break*" ilkesi etkisinde hazırlanan yeni hükümler, özellikle evlilik birliğinin sona ermesi halinde eşler arasındaki bu kişisel ve ekonomik bağları oldukça zayıflatmıştır. Keza İsviçre hukukunda evlilik sonrası dayanışma ilkesinin yerini, kişilerin geçimlerini kendilerinin sağlaması gerektiği ilkesi almıştır. İsviçre hukukunda kişinin, evlilik yoluyla kazandığı yaşam standardını koruyabilme ve bunu ömür boyunca sürdürebilme güveni artık korunmamaktadır.

Değişen aile yapısı ve mevzuat sebebiyle İsviçre Federal Mahkemesi de, kararlarında bazı varsayımlar belirlemiştir. Yüksek Mahkeme belirlediği bu varsayımları başlangıçta kararlarına esas almıştır. Ancak günümüzde evlilik sonrası nafakaya ilişkin kararlarında bu varsayımları mutlak olarak uygulamaktan vazgeçmiş ve somut olay adaletine vurgu yapmaya başlamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi açısından şimdiye kadar kararlarına esas teşkil ettiği bu varsayımlar, artık hakimler için sadece yol gösterici olmalıdır. Bu varsayımlar, somut olayın münferit özellikleri ışığında mutlaka değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Zira ancak bu takdirde, makul ve hakkaniyetli bir karar verilebilecektir.

Günümüzde İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle herkesin tam zamanlı çalışması gerektiğini ve bunun makul olduğunu dile getirmektedir. Buna göre sağlıklıysa, eğitimliyse, ilgili ulusal dili konuşabiliyorsa ve emekli olmayacaksa, herkes geçimini kendisi sağlamakla yükümlüdür. Yüksek Mahkeme, bundan sapmanın yalnızca çocuk bakımı sebebiyle mümkün olduğunu kabul etmektedir. Çocuk bakımını üstlenen ebeveynin de bir noktadan sonra çalışmaya başlaması gerektiğini güncel kararlarında vurgulamış, bu gerekliliğin oranlarını ise çocuğun yaşına göre tekrar belirlemiştir. Zira artık Federal Mahkemeye göre, geleneksel rol dağılımını seçen ve bu uğurda çalışma hayatından kendini tamamen soyutlayan herkes, vermiş olduğu bu kararın sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Ayrıca şimdiye kadar kararlarında sıkça görülen ve nafakanın hükmedilmesini sağlayan "*hayatı şekillendirici evlilik*" kavramının kapsamını da oldukça daraltmıştır. Yine Yüksek Mahkeme, kişilerin kendi geçimlerini sağlama kapasitesini etkileyen varsayımlarının içeriğini de değiştirmiştir. Böylece Federal Mahkeme, evlilik sonrası nafakanın kural değil, istisnai nitelikte olduğunu göstermiştir.

İsviçre Medeni Kanunu ve yargı kararlarının, dünyadaki değişimlere her zaman ayak uydurmaya, onları takip etmeye çalıştığı görülmektedir. Ancak Türk Medeni Kanunu ve yargı kararlarının, özellikle yoksulluk nafakası açısından gerek dünyadaki gerekse mehaz kanun İsviçre Medeni Kanu-

nu'ndaki değişimleri, doktrindeki onca eleştiriye ve sese rağmen, takip etmediği görülmektedir. Keza hukukumuzda, 1998 yılında mülga Türk Medenisi'nde yapılan ve halen kanunumuzda varlığını sürdürmekte olan "*anlaşmaya dayalı boşanma*" ve "*fiili ayrılık nedeniyle boşanma sebepleri*" dışında boşanmaya ilişkin kurulu düzen bozulmamış ve boşanma sistemi 1926 yılından beri mevcut yapısını korumuştur. Bu durumun uzantısı olarak yoksulluk nafakası da halen, İsviçre hukukundaki ilgili düzenleme değişikliklerine rağmen, kusura dayanmakta ve kural olarak süresiz olarak hükmedilmektedir. Benzer şekilde İsviçre hukukunda, somut olayda nafaka talep eden eşin makul bir çaba göstermesi, İsviçre Federal Mahkemesi'nin vereceği karar üzerinde önemli rol oynamaktadır. Buna göre boşanmanın ardından kişi, ancak makul bir çaba göstermesine rağmen halen geçimini sağlayamıyorsa, o zaman geçici nitelikte bir nafaka sağlanabilmektedir. Oysa Türk hukukunda nafaka talep eden eşin çalışmak için, makul bir çaba gösterip göstermediği araştırılmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında herkesin kendi geçimini sağlaması ve kural olarak tam zamanlı çalışması, ancak istisnai hallerde kısmi zamanlı çalışması gerektiğinin vurgulandığını görüyoruz. Ancak Yargıtay'ın böyle bir beklentisi bulunmamaktadır. Netice itibariyle, bir zamanlar mehaz kanun olarak kabul ettiğimiz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelerden Türk Medeni Kanunu iyiden iyiye uzaklaşmaktadır. Kanaatimizce İsviçre Federal Mahkemesi'nin, çalışmamızda değineceğimiz son zamanlarda kararlarında meydana gelen değişiklikler, yine gerek Türk Medeni Kanunu'nu gerekse bu yöndeki mahkeme (özellikle Yargıtay) kararlarını değiştirmeyecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle kadını özgürleştiren, erkek egemenliğinden çıkaran, hayatın güçlüklerine boyun eğmek yerine çabalamasını öngören, evliliği bir hayat sigortası gibi görmeyen ve onu çalışma hayatına iten bu kararlara benzer mahkeme kararlarının bir gün ülkemizde de görülebilmesi için elbette kanuni, ekonomik ve sosyal altyapının devlet tarafından oluşturulması şarttır. Aksi halde aşağıda bahsedeceğimiz güncel İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını, doğrudan hukukumuza uygulamak, önemli toplumsal, ekonomik ve hukuki sorunlara yol açacaktır.

İlgili çalışma, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yoksulluk nafakasına ilişkin köklü değişiklik yaratan güncel gelişmelerine yoğunlaşmaktadır. Nitekim Türk hukukunda konuya ilişkin olarak, henüz bir gelişim ve değişim gözlemlenmemektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda, öncelikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin evlilik sonrası nafakaya ilişkin verdiği kararlarını günümüze kadar etkileyen (varsayımlar) hususlar ve bunlar hakkında meydana

gelen güncel gelişmeler üzerinde durulacaktır. Sonrasında Yüksek Mahkeme'nin gerek eşlerin ayrı yaşamaya karar vermeleri gerekse boşanma halinde mahkemece hükmedilen nafakanın hesaplanmasında esas aldığı yöntemlere ilişkin değişiklik ve güncel durum hakkında bilgi verilecektir. Son olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin İsviçre doktrininde yankı uyandıran emsal bir kararına değinilecek olup, ilgili kararın İsviçre hukukuna getirdiği yeniliklere yer verilmeye çalışılacaktır.

I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN EVLİLİK SONRASI NAFAKA KARARLARINI ETKİLEYEN HUSUSLAR VE BUNLARA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

1. Genel Olarak

İsviçre hukukunda evlilik sonrası nafakaya[1] ilişkin hüküm, İsviçre Medeni Kanunu m. 125'te yer almaktadır[2]. İlgili hükmün birinci fıkrasına göre, eşlerden birinin, yaşlılık sigortası da dahil olmak üzere, kendi geçimini sağ-

---

[1] Türk hukukunda yoksulluğa düşme şartının aranması, ilgili nafakaya "*yoksulluk nafakası*" ismini vermiş olmasına rağmen, İsviçre hukukunda nafaka alacaklısı kişinin rencide olmasına neden olmayacak bir ifade kullanıldığı görülmektedir. İsviçre hukukunda, ilgili hükmün (Art. 125 ZGB) kenar başlığı "*evlilik sonrası nafaka (Nachehelicher Unterhalt)*" olarak ifade edilmekle birlikte, hüküm içeriğinde "*nafaka (Unterhalt)*" ifadesinden ziyade "*katkı (Beitrag)*" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.

[2] Mehaz kanun İsviçre Medeni Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen evlilik sonrası nafaka, Türk hukukunda TMK. m. 175'te yoksulluk nafakası olarak adlandırılmaktadır. Yoksulluk nafakasına ilişkin TMK. m. 175'e göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Yoksulluk nafakası kusur esasına dayandığı için, nafaka alacaklısının kusurlu olmaması ya da kusurlu olsa da diğer eşten daha az kusurlu olması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle somut durumda nafaka yükümlüsü eş boşanmaya neden olan olaylarda eğer kusurlu değilse, nafaka alacaklısının da kusurlu olmaması gerekir. Ancak nafaka yükümlüsü eş boşanmaya neden olan olaylarda kusuru bulunmaktaysa, nafaka alacaklısı eşin ondan daha az kusurlu olması veya kusurlarının eşit oranda olması şarttır. Nafaka alacaklısı eşin, ağır kusurlu olması halinde ise lehine nafakaya hükmedilemez. Ancak Art. 125 ZGB, TMK. m. 175'in aksine kusur ilkesinden arındırılmıştır. İsviçre hukukunda evlilik sonrası nafaka olarak adlandırılan yoksulluk nafakasının talep edilebilmesi, kusurdan bağımsızdır, bir diğer ifadeyle nafaka alacaklısının nafaka yükümlüsünden nafaka talep edebilmesi için boşanmaya neden olan olgularda tarafların kusurunun varlığına veya oranına bakılmamaktadır, STOLL Diego, "Sind die Tage des nachehelichen Unterhalts gezählt?", **recht**, 2022, s. 215 vd.; BURCUOĞLU Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2018, s. 2 vd.; Karş. YHGK., 07.10.1998 T., 1998/2-656 E., 1998/688 K.; YHGK., 16.05.2007 T., 2007/2-275 E., 2007/275 K.; YHGK., 20.06.2019 T., 2017/2-2424 E., 2019/751 K.; YHGK., 11.10.2019 T., 2019/523 E., 2022/1271 K.; Y2HD., 19.12.2019 T., 2019/5121 E., 2019/12530 K.; YHGK., 24.05.2022 T., 2019/525 E., 2022/728 K.; YHGK., 11.10.2022 T., 2019/523 E., 2022/1271 K. <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

laması kendisinden beklenememekteyse, diğer eşin ona uygun bir geçim katkısında bulunması gerekmektedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ise evlilik sonrası nafakanın belirlenmesinde bazı kriterler öngörmektedir. Bu kriterler şu şekilde sıralanmaktadır: Eşlerin evlilik sırasındaki rol paylaşımı; evliliğin süresi; evlilik sırasındaki hayat standardı; eşlerin yaşı ve sağlık durumları; gelirleri ve malvarlığı değerleri; çocuk bakım yükümlülüklerinin kapsamı ve süresi; mesleki eğitimleri, çalışma hayatına yeniden uyum sağlaması ve iş olanaklarına ilişkin muhtemel maliyetler; eşlere federal yaşlılık sigortası, dul ve yetim sigortası, mesleki sigorta veya diğer özel ya da resmi emeklilik sigortalarından sağlanan haklar. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, nafaka hakkına sahip kişinin bu talebinin bazı durumlarda reddedilebileceği veya tutarının indirilebileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, nafaka talep eden kişinin ailenin geçimi için katkı sağlama yükümlülüğünü ağır bir şekilde ihlal etmiş olması, kasıtlı olarak muhtaç duruma düşmüş olması, nafaka yükümlüsü eşe veya onun yakınlarına karşı ağır bir suç işlemiş olması durumlarında, nafaka talebi hakkaniyet gereği reddedilebilir veya nafaka tutarından indirim yapılabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin evlilik sonrası nafakaya ilişkin kararları, somut olayda evlilik sonrası nafakaya hükmedilip hükmedilmeyeceği, hükmedilecekse miktarı ve bunun süresine ilişkin sorunlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu sorunlara ilişkin olarak, uygulamada İsviçre Federal Mahkemesi tarafından şu şekilde çözüm getirilmeye çalışılmaktadır[3]: İsviçre Federal

[3] Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.; BÜCHLER Andrea / CLAUSEN Sandro, "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", **FamPra.ch**, 2015, s. 9; İsviçre hukukunun aksine Türk hukukunda, TMK. m. 175 gereği, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için öncelikle evliliğin boşanma ile sona ermesi, nafaka talep eden eşin boşanma ile yoksulluğa düşecek olması, nafaka talep eden eşin boşanmaya neden olan olgularda kusursuz veya diğer eşten daha az kusurlu olması, nafaka isteyen eşin bu yönde bir talebinin olması ve müstakbel nafaka yükümlüsü eşin talep edilen nafakayı ödeyecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir. Bahsi geçen bu şartların birlikte gerçekleşmiş olması da gerekmektedir. Ancak en geç hüküm sırasında ilgili maddi şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen yeni olayların önceden bilinebilirlik ve belirlenebilirlik hali mevcut değildir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. ÖZDEMİR Gençer, "Yoksulluk Nafakası Kavramı ve Süresiz Yoksulluk Nafakası Tartışması", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 27, Y. 2020, s. 36 vd.; ŞAHİN Mustafa, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK. m. 175-ZGB m. 125)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. 21, S. 3, Y. 2017, s. 80 vd.; DEMİR Mecit, **Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 36 vd.; YHGK., 05.10.2021 T., 2017/2649 E., 2021/1148 K. <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

Mahkemesi önüne gelen her somut durumda üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Buna göre ilk olarak, nafaka talep eden eşin evlilikteki yaşam standardının devam etmesine ilişkin hakkının bulunup bulunmadığı (evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olup olmadığı), ikinci olarak nafaka talep eden eşin kendi geçimini sağlama kapasitesi, üçüncü olarak ise nafaka ödemekle yükümlü olan eşin nafakayı karşılayıp karşılayamayacağı tespit edilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi açısından evlilik sonrası nafakaya hükmedilmesi, özellikle evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte bulunduğu ve kişinin kendi geçimini sağlamasının makul olmadığı durumlarda söz konusudur. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bugüne değin vermiş olduğu kararlarında[4], bu iki kavrama ilişkin varsayımları mutlak değildir, sürekli değişkenlik göstermektedir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde öncelikle kavramlar açıklanmaya çalışılacak, ardından Yüksek Mahkeme'nin eski kararları göz önünde tutularak güncel durumdan söz edilecektir.

2. Evliliğin Hayatı Şekillendirici Nitelikte Olup Olmadığı Meselesi

A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda nafaka, boşanan eşlerin belirli bir yaşam standardına ulaşmak için ihtiyaç duydukları katkıdır. Bu yaşam standardının tespiti açısından ise belirleyici olan, evliliğin hayatı şekillendirici niteliğidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında[5], evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte

---

[4] Karş. BGE 121 III 201 vd.; BGE 127 III 136 vd.; BGE 130 III 537 vd.; BGE 132 III 598 vd.; BGE 134 III 145 vd.; BGE 135 III 59 vd.; BGE 137 III 102 vd.; BGE 141 III 468 vd.; BGE 143 III 233 vd.; BGE 144 III 481 vd.; BGE 147 III 308 vd.; BGer, 08.02.2001, 5C.187/2001; BGer, 05.07.2004, 5C.90/2004; BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 28.07.2005, 5C.139/2005; BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 01.02.2007, 5C.320/2006; BGer, 04.07.2007, 5A_100/2007; BGer, 12.03.2008, 5A_249/2007; BGer, 05.05.2008, 5A_103/2008; BGer, 11.07.2008, 5A_81/2008; BGer, 21.10.2008, 5A_384/2008; BGer, 30.04.2009, 5A_6/2009; BGer, 16.09.2009, 5A_272/2009; BGer, 08.06.2010, 5A_177/2010; BGer, 21.06.2010, 5A_206/2010; BGer, 20.05.2011, 5A_134/2011; BGer, 28.03.2012, 5A_95/2012; BGer, 20.12.2012, 5A_446/2012; BGer, 28.01.2013, 5A_623/2012; BGer, 17.10.2013, 5A_319/2013; BGer, 10.12.2013, 5A_474/2013; BGer, 17.12.2013, 5A_495/2013; BGer, 14.01.2014, 5A_476/2013; BGer, 23.04.2015, 5A_844/2014; BGer, 07.09.2016, 5A_956/2015; BGer, 30.01.2017, 5A_43/2016; BGer, 30.05.2017, 5A_187/2016; BGer, 01.11.2018, 5A_215/2018; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018; BGer, 09.02.2021, 5A_800/2019 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[5] Karş. BGE 134 III 145 vd.; BGE 137 III 102 vd.; BGE 141 III 468 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); MORDASINI-ROHNER Claudia Maria / STOLL Diego, "Die Praxisänderungen im (nach-) ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand (1/2)", **FamPra.ch**, 2021, s. 541 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 9 vd.; HURNI Nora, "Ehelicher Standard als absolute Obergrenze?", **FamPra.ch**, 2020, s. 119 vd.; HAUSHEER Heinz / GEISER Thomas / AE-

(*die lebensprägende Ehe*) olup olmadığı meselesi, nafakaya hükmedilmesinde ve nafakanın hesaplanmasında kişinin evlilik öncesi veya sonrası yaşam standardının kullanılması noktasında belirleyicidir. Buna göre evlilik, hayatı şekillendirici nitelikteyse, nafakanın hesaplanmasında eşlerin evlilik birliği içerisindeki son yaşam standardı dikkate alınmaktadır. Böylece hükmedilen nafaka ile eşin evlilikteki mali gücü korunmaktadır. Eğer evlilik hayatı şekillendirici nitelikte değilse, bu durumda nafakanın belirlenmesinde eşlerin evlilik tarihinden önceki yaşam standartları esas alınmaktadır. Bir diğer ifadeyle, evlilik hayatı şekillendirici nitelikte değilse, evlilik sanki hiç yapılmamış gibi, nafaka talep eden eşin evlilik öncesi yaşam standardına ulaşması sağlanmaktadır. Zira İsviçre hukukuna göre söz konusu evlilik, hayatı şekillendirici nitelikte varsayılamıyorsa, evliliğe duyulan güvenin korunması gerekmez ve ekonomik olarak güçlü olan eş, diğer eşin evlilikteki yaşam standardının devamını sağlamak zorunda değildir. Dolayısıyla bu durum, çoğunlukla nafaka alacağına hükmedilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Netice itibarıyla İsviçre hukukunda evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olup olmadığı varsayımı, mahkemece nafakaya hükmedilmesinde önemli bir rol oynamaktadır[6].

B. İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına Göre Hayatı Şekillendirici Nitelikte Evlilik

Yüksek Mahkeme'ye göre, evliliğin hayatı şekillendirici nitelik kazanması için özellikle evliliğin süresi belirleyicidir. Zira evlilik ne kadar uzun sürerse, eşler arasında kararlaştırılan ve yerleşen rol dağılımı eşlerin yaşam planlarında o kadar etkili olmakta ve evliliğin kişilerin hayatını şekillendirdiği varsayılmaktadır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[7],

---

BI-MÜLLER Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinat)**, 7. Vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, s. 192 vd.; ALDER Kathrin, "Sicherer Hafen? Die Ehe ist für Frauen keine Lebensversicherungmehr", 2021, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

6 MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 541 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 9 vd.; HURNI, s. 119 vd.; FOLLPRACHT WIETLISBACH Stephanie, "Das neue Unterhaltsrecht", **Anwaltsrevue**, 2021, s. 470; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BGE 134 III 145 vd.; BGE 141 III 468 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

7 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 134 III 145 vd.; BGer, 08.02.2001, 5C.187/2001; BGer, 28.03.2012, 5A_95/2012; BGer, 17.12.2013, 5A_495/2013 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 9 vd.; GEISER Thomas, "Die Ehe als Lebensversicherung?", **AJP**, 2022, s. 694; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 192 vd.

evliliğin uzun sürmesi gerekmektedir. Evliliğin uzun sürmesinden kasıt ise, eşlerin en az on yıl boyunca evli kalmalarıdır. Böylece bir evlilik en az on yıl sürmüşse hayatı şekillendirici nitelikte varsayılmakta ve nafaka miktarının belirlenmesinde eşlerin son yaşam standardı esas alınmaktadır.

Bu on yıllık sürenin hesabında ise, eşlerin fiilen birlikte yaşamaları şartı aranmaktadır. Bir diğer ifadeyle evliliğin süresinin belirlenmesinde, evlilik akdi ile eşlerin fiilen ayrılması arasındaki geçen süre dikkate alınmaktadır. Nitekim eşler boşanmadan önce uzun süre ayrı yaşamışlarsa, eşlerin ayrılık dönemindeki yaşam standardı esas alınmaktadır[8]. Bu durumda, ne evlilik sırasındaki ne de evlilik öncesindeki yaşam standardına bakılmaktadır. Aksine eşlerin ayrılık döneminde her iki ayrı evde var olan yaşam standardı esas alınmaktadır. Ayrılık süresinin uzun olarak kabulü halinde, evlilikteki yaşam standardı yerine ayrılıktaki yaşam standardının nazara alınmasının amacı, nafaka yükümlüsünün nafaka miktarını, nafaka alacaklısının artık nafakaya bağımlı olmadığı oranda azaltmaktır. Çünkü bu durumlarda nafaka hakkına sahip kişi, çoğunlukla uzun süren ayrılık döneminde evlilikteki yaşam standardından daha düşük bir standartla yetinmeye başlamış veya kendi geçimini sağlama yeteneğini artırmıştır[9]. Konuya ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi kararları incelendiğinde; dört[10], beş buçuk[11], yedi[12] ve yedi buçuk yıl[13], uzun bir ayrılık süresi olarak görülmemiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda[14], sekiz yılı aşan bir ayrılık süresi-

---

8 Karş. BGE 121 III 201 vd.; BGE 130 III 537 vd.; BGE 132 III 598 vd.; BGE 137 III 102 vd.<https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

9 GEISER Thomas, "Gedanken zu Entwicklungen im Unterhaltrecht", **AJP**, 2021, s. 714 vd.; GEISER, Die Ehe, s. 689 vd.; HURNI, s. 119 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 542; FANKHAUSER Roland, "Steht das Ende der 45-Jahr-Regel bevor?", **FamPra.ch**, 2014, s. 151 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); MAIER Philipp, "Berechnung ehelicher und nachehelicher Unterhaltsbeiträge", **AJP**, 2020, s. 1286 vd.; Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 121 III 201 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

10 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 05.07.2004, 5C.90/2004 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

11 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 07.09.2016, 5A_956/2015 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

12 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 137 III 102 vd <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

13 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 30.01.2017, 5A_43/2016 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

14 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 01.02.2007, 5C.320/2006 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

ni uzun olarak nitelendirmiş ve nafakanın hesaplanmasında, eşlerin ayrılık süresi boyunca sahip oldukları yaşam standardını dikkate almıştır. Fakat aynı Federal Mahkeme, ilgili karardan tam bir yıl sonra sekiz yıl süren bir ayrılığı yetersiz bulmuş ve nafaka hesabında tarafların birlikte yaşadıkları son yaşam standardını ilgili kararına[15] esas almıştır. Yine Federal Mahkeme benzer kararlarında[16], dokuz yılı aşkın bir ayrılık süresini uzun bir ayrılık süresi olarak nitelendirmiştir. Görüldüğü üzere, konuya ilişkin ilgili mahkeme kararları kendi içinde çelişki göstermektedir. Yeni Federal Mahkeme kararları[17] incelendiğinde ise, ayrılık süresi ile tarafların boşanma kararı arasında yaklaşık on yıllık bir zaman diliminin geçmesi halinde nafaka hesabında ayrılık süresince meydana gelen halihazırdaki yaşam standardının dikkate alındığı görülmektedir. Çelişkili kararlar sebebiyle, literatürde bazı yazarlar[18], konuya bir çözüm getirmeye çalışmıştır. Buna göre, İsviçre Federal Mahkemesi kararları ışığında sınırda olan durumlarda (örneğin, yaklaşık sekiz yıllık bir ayrılık zaman dilimini) uzun bir ayrılık süresi olarak nazara almakta fayda bulunmaktadır. Zira ayrılık süresinin hesaplanmasında, eşlerin fiili ayrılık anı ile mahkemenin nihai boşanma kararı arasındaki süre esas alınmaktadır[19]. Bu yüzden eşlerin boşanma davası açma kararına kadar sekiz yıl sürmüş bir ayrılık süresi, nihai boşanma kararına kadar geçecek süre de nazara alındığında, uzun bir ayrılık süresine zaten tekabül edecektir[20].

---

[15] Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 12.03.2008, 5A_249/2007 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[16] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 130 III 537 vd.; BGE 132 III 598 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[17] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 137 III 102 vd.; BGer, 07.09.2016, 5A_956/2015; BGer, 30.01.2017, 5A_43/2016 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[18] HURNI, s. 122; MAIER, s. 1287.

[19] Ancak nafakaya ilişkin mahkeme kararına kadar geçen süre, ilgili karar nihai boşanma kararından yıllar sonra verilmiş olsa bile, ayrılık süresinin belirlenmesinde nazara alınmamaktadır, HURNI, s. 122; MAIER, s. 1287.

[20] Eğer eşler arasındaki ayrılık süresi, uzun olarak nitelendirilemeyen hallerde, ve henüz mevcut evliliğin hayatı şekillendiren nitelikte bir evlilik olması halinde eşlerin birlikte yaşadığı son yaşam standardı dikkate alınması halinde, ayrılık süresi boyunca nafaka hakkına sahip olan eşin ihtiyaçlarının artması, evlilikteki yaşam standardının üzerinde bir nafaka katkısını haklı çıkarmaz. Zira eşlerin birlikte yaşadığı son yaşam standardı, hem kural hem de istisnai hallerde ödenmesi gereken nafaka tutarının üst sınırını temsil etmelidir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. HURNI, s. 123; HAEFELI Fulvio, "Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell", **SJZ**, C. 112, 2016, s. 418 vd.

Eğer evlilik beş ila on yıl aralığında sürmüşse, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[21], burada belirleyici olan, evliliğin eşlerin yaşam koşulları üzerinde kalıcı bir etki yaratıp yaratmadığıdır ve somut durumda bunun araştırılması gerekmektedir[22].

Yine İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[23], evlilik beş yıldan kısa sürmüşse ve eşlerin ortak çocuğu da bulunmuyorsa, hayatı şekillendirici nitelikte bir evlilikten söz edilemez.

Ancak Yüksek Mahkeme'ye göre bir evlilik ne kadar sürerse sürsün, bazı hallerin varlığı halinde o evliliğin hayatı şekillendirdiği kabul edilmelidir. Buna göre, eğer bir evlilikte süreden bağımsız olarak çocuk doğmuşsa veya evlilik eşin kendi kültüründen kopmasına neden olmuşsa[24], hayatı şekillendirici nitelikte bir evliliğin mevcudiyeti varsayılmalıdır[25].

---

[21] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 21.10.2008, 5A_384/2008; BGer, 20.05.2011, 5A_134/2011; BGer, 20.12.2012, 5A_446/2012; BGer, 23.04.2015, 5A_844/2014; BGer, 01.11.2018, 5A_215/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 10.

[22] Kural olarak beş ila on yıl aralığında süren evliliklerde evlilik sonrası nafakaya hükmedilmemektedir. Burada istisnai de olsa (ileri yaş ve sağlık durumunun kötü olması gibi hallerde) ödenmekte olan nafaka, eşlerin birbirlerine yardım yükümlülüğünden (*nachwirkende Beistandpflicht*) kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda nafaka alacaklısına, nafaka yükümlüsü en fazla üç ila dört yıllık bir süre için asgari geçim düzeyini sağlayana kadar nafaka ödemelidir. Burada evlilik birliğindeki son yaşam standardı sağlanmaya çalışılmamakta, aksine nafaka alacaklısının geçiş sürecinde asgari geçimi için gerekli olan yardım nafakası ödenmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. MAIER, s. 1289.

[23] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 135 III 59 vd.; BGer, 08.06.2010, 5A_177/2010, E. 6.4; BGer, 28.03.2012, 5A_95/2012, E. 3.1 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 10.

[24] Ancak eşin önemli bir çaba harcamaksızın kendi ülkesine dönmesi mümkünse ve orada yeniden işe başlaması beklenebiliyorsa eşin kültüründen koparılması söz konusu değildir. Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 20.05.2011, 5A_134/2011; BGer, 23.04.2015, 5A_844/2014; BGer, 01.11.2018, 5A_215/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); HERMANN Tanja / HOCHSTEIN Lars, "Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht", **Der Familienprozess**, (Hrsg.: Alexandra Jungo / Christiana Fountoulakis), Schulthess Juristische Medien AG, s. 206 vd.; MAIER, s. 1286.

[25] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 21.10.2008, 5A_384/2008; BGE 135 III 59 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Yine hayatı şekillendirmeyen nitelikte bir evlilikte, istisnai de olsa yaşlılık ve sağlık durumunun kötü olması sebebiyle veya eşlerden birine boşanmayla değişen koşullara uyum sağlayabilmesi adına bir geçiş süresi verildiğinde, diğer eş nafaka ödemek durumunda kalabilir. Geçiş sürecinin uzunluğu, büyük ölçüde somut durumun bireysel özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. HAEFELI, s. 419 vd.; MAIER, s. 1282 vd.; MORDASINI-ROHNER Claudia Maria / STOLL Diego, "Die Praxisänderungen im (nach-) ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand (2/2)", **FamPra.ch**, 2021, s. 550. MAIER'e göre bu geçiş süresi 3 yıl, istisnai hallerde en fazla 4 yıl olarak sınırlandırılmalıdır. HAEFELI'ye göre ise, iş hayatına entegre olma amacıyla en fazla 2 yıl nafakaya hükmedilmelidir, bkz. HAEFELI, s. 423; Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 144 III 481 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

C. Hayatı Şekillendirici Nitelikte Evliliğe İlişkin Varsayımda Güncel Durum

İsviçre Federal Mahkemesi, Kasım 2020 tarihinde verdiği emsal karara kadar, özellikle evliliğin on yıldan daha uzun sürmesi veya ortak çocuğun bulunması durumunda hayatı şekillendirici bir evliliğin varlığını kabul etmekteydi. Ancak Kasım 2020 tarihinde verdiği emsal kararda[26], Federal Mahkeme günümüze kadar kararlarını etkileyen varsayımlardan ziyade her bireysel ve somut koşulların bu konuda belirleyici olması gerektiğini söylemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, şimdiye kadar kabul edilen varsayımlar elbette karara esas teşkil edebilir, ancak bunlar mutlak değildir. Somut olayda varsayımın varlığı tek başına yeterli olmamalıdır. Bunlar sadece yol göstericidir. Dolayısıyla mutlaka somut olaydaki bireysel özellikler dikkate alınarak karar verilmelidir ki, hakkaniyete uygun adil bir karar verilebilsin. Ayrıca Yüksek Mahkeme, hayatı şekillendirici evliliğin kapsamını artık çok daraltmıştır. Buna göre uzun süren evlilik sebebiyle, eşlerden biri meslek hayatından dolayısıyla ekonomik özgürlüğünden vazgeçerek ev işlerini ve çocuk bakımını üstlenmişse ve evliliğin uzun sürmesi sebebiyle eşin artık eski mesleki pozisyonuna dönmesi veya benzeri gelir getirecek başka bir mesleki faaliyet sürdürmesi mümkün değilse, diğer eş bu rol dağılımı sayesinde mesleğinde ilerleyebilmişse, ancak bu takdirde hayatı şekillendirici bir evliliğin varlığı söz konusu olmalıdır. Bu doğrultuda nafaka alacaklısı eş, evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olduğunu iddia etmekteyse bunu kanıtlamakla yükümlüdür[27]. Görüldüğü üzere, artık İsviçre Federal Mahkemesi kararları açısından tek başına, evliliğin uzun sürmesi veya ortak bir çocuğun bulunması hayatı şekillendirici bir evliliğin varlığı için yeterli değildir[28].

---

[26] Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.

[27] JUNGO Alexandra, "Beweis der nachehelichen Unterhaltsforderung -oder: wer trägt die Beweislast für die (fehlende) Sparquate?", **FamPra.ch**, 2020, s. 940 vd.; MAIER, s. 1289; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 542 vd.

[28] Benzer yöndeki karar için bkz. BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; HAEFELI, s. 420 vd.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 192 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); LUDIN Jean Michel, "5A_568/2021: Enge Auslegung des Begriffs der lebensprägenden Ehe", 2022, https://www.swissblawg.ch/2022/04/5a_568-2021-enge-auslegung-des-begriffs-der-lebenspraegenden-ehe-amtl-publ.html, (Erişim Tarihi: 26.12.2022); MAIER Philipp / WALDNER-VONTOBEL Andrea, "Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstintanzlichen Gerichts", **FamPra.ch**, 2021, s. 889 vd.

Nitekim çalışmamızda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin benzer güncel bir kararına aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hayatı şekillendirici evlilik kavramının kapsamını bu denli daraltması, toplumda tepkilere neden olmuştur[29]. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi hakimi *Schöbi*, katıldığı bir konferansta açıklama yapma gereği duymuştur[30]:

> "*Yıllarca eşleri kariyer yapabilsin diye ev işlerini ve çocuk bakımını üstlenen ve onlara manevi destek olan kadınları, hiçbir zaman yağmurda bırakma niyetinde olmadık, olmayacağız da*".

Netice itibarıyla İsviçre Federal Mahkemesi, günümüz kararlarında evlilik sonrası dayanışmanın devamının istisnai nitelikte olduğunu özellikle vurgulamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından evlilik sonrası nafaka artık daha katı şartlara bağlanmıştır. Böylece, İsviçre Federal Mahkemesi bir evliliğin hayatı şekillendirici olup olmadığının araştırılmasında, artık şu kriterlerin varlığını birlikte aramaktadır. Bunlar, 1. Uzun yıllar süren evliliğin mevcudiyeti, 2. Eşlerin evlilik birliğindeki mevcut rol dağılımı, 3. Çalışma hayatından vazgeçme, 4. Eşin ev işlerini yönetmesi ve çocukların bakım görevini üstlenmesi, 5. Eski mesleki pozisyona dönmenin veya benzer gelir getirici başka bir meslekte faaliyet göstermesinin imkansızlığı, 6. Bu koşullar arasında illiyet bağının varlığı, olarak sayılabilir. Ancak eşlerden biri, ortak yaşam planının bir gereği olarak ekonomik bağımsızlığını tamamen kaybetmemekle birlikte yalnızca kısıtlamışsa, böyle durumlarda ancak diğer kriterlerin varlığı halinde hayatı şekillendirici nitelikte evlilikten söz edilmelidir[31].

Bu bağlamda İsviçre doktrininde bazı yazarlar[32], Federal Mahkemeyi eleştirmektedir. Buna göre hayatı şekillendirici evliliğin varlığı, bahsi geçen bu kriterlerle sınırlandırılmamalıdır. Zira hayat, sadece siyah ve beyazdan

---

[29] LUDIN, https://swissblawg.ch/2022/04/5a_568-2021-enge-auslegung-des-begriffs-der-lebens praegenden-ehe-amtl-publ.html, (Erişim Tarihi: 26.12.2022); ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); KÄLIN, Kari: "Männer müssen nach der Scheidung weniger Unterhalt bezahlen-das Bundesgericht drängt die Hausfrauen in den Arbeitsmarkt", 2021, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

[30] Bkz. STOLL, Sind die Tage, s. 218.

[31] Konuya ilişkin bilgi için bkz. MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 545 vd.

[32] BÜCHLER/CLAUSEN, s. 19 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 547; STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.

ibaret olmayıp hayatta gri alanların da var olduğunu unutmamak gerekmektedir. Her somut durumda bu kriterlerin birlikte varlığını aramak yerine, bireysel koşullar her bir kriter bazında değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

3. Nafaka Talep Eden Eşin Kendi Geçimini Sağlama Kapasitesi

A. Genel Olarak

İsviçre hukukuna göre (Art. 125/Abs. 1 ZGB gereği), eşlerin çalışması kendilerinden beklenememekteyse ve makul olarak görülmemekteyse, ancak o zaman ekonomik güce bağlı olarak eşin diğer eşe nafaka ödemesi gerekebilir[33]. Eşler kendi geçimlerini sağlayabilecek (kendi kendilerine yetebilecek kapasitede-*die Eigenversorgungskapazität*) güçtelerse, nafaka ödemesi söz konusu olmaz[34]. Böylece Anglo Amerikan hukuk sistemi kaynaklı "*Clean Break*" ilkesi

---

[33] Bu durum Türk hukukunda yoksulluğa düşme şartına benzemekle birlikte, farklıdır. Türk hukukunda yoksulluğun ölçüsü, nafaka alacaklısının nafaka olmadan hayatını orta halli bir kişi olarak idame ettirip ettirememesidir. Türk literatürü, yoksulluk ifadesini, nafaka talep eden tarafın kendi malvarlığı değerleri ile geçimini, zorunlu ve ihtiyari ihtiyaçlarını karşılayamaması hali olarak tanımlamaktadır. Yargıtay ise bahsi geçen yoksulluk ifadesini, "*yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim*" gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayan kişi olarak tanımlamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, yoksulluğa düşme ifadesini kullanmamakla birlikte kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesini ölçmektedir. Bir diğer ifadeyle, kişinin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayabilme yeterliliği değerlendirilmektedir. İsviçre hukukunda nafaka talep eden eşin makul bir çaba göstermesi şarttır. Makul bir çaba göstermesine rağmen halen geçimini sağlayamıyorsa, o zaman geçici nitelikte bir nafaka sağlanabilmektedir. Oysa Türk hukukunda nafaka talep eden çalışmak için eşin makul bir çaba gösterip göstermediği araştırılmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında herkesin kendi geçimini sağlaması ve kural olarak tam zamanlı çalışması, ancak istisnai hallerde kısmi zamanlı çalışması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak Yargıtay'ın böyle bir beklentisi bulunmamaktadır. Karş. YHGK., 07.10.1998 T., 1998/2-656 E., 1998/688 K.; YHGK., 29.03.2006 T., 2006/69 E., 2006/117 K.; YHGK., 16.05.2007 T., 2007/2-275 E., 2007/275 K.; YHGK., 20.06.2019 T., 2017/2-2424 E., 2019/751 K.; YHGK., 11.10.2019 T., 2019/523 E., 2022/1271 K.; Y2HD., 21.06.2021 T., 2021/3816 E., 2021/5083 K. <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.01.2023). Konuya ilişkin bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Gençer, s. 31; KOCABAŞ Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 1, Y. 2013, s. 368 vd.; KALENDER Ahmet, **Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 236 vd.; DEMİR, s. 36; KAÇAK Nazif, **Açıklamalı ve İçtihatlı Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 222 vd.; ERDEM Mehmet / MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 202 vd.

[34] Türk hukukunda, yoksulluk nafakasının kaynağı evlilik sonrası yardım ve dayanışma ilkesi olarak kabul edilmekte ve Yargıtay'ın kararlarına esas teşkil etmektedir. İsviçre hukukunda eşlerin kendi kendilerine yetebilmesi ilkesi, evlilik sonrası dayanışma ilkesinden önce gelmekte ve mahkeme kararları bu yönde şekillenmektedir. Keza yoksulluk nafakası, evlilik bir-

gereği boşanma ile evliliğin ekonomik birliği sona ermelidir. Dolayısıyla eşler arasındaki bağ boşanma ile kesilerek, eşler geçimlerini sağlama noktasında artık kendi başlarına kalmalı ve kendi geçim giderlerine kendileri katlanmalıdır. Buna göre, eşlerin evlilik birliği boyunca herhangi bir işte çalışmaması, onu kendi geçimini sağlama yükümlülüğünden kurtarmamalıdır. İsviçre hukukunda "*Clean Break*" ilkesinin kabul edilmesiyle, evlilik sonrası katkının amacı da değişmiştir. Bu doğrultuda nafakanın amacı, boşanmayla ortaya çıkan ek maliyetler gereği ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla geçimini tek başına sağlayamayan tarafa kısa bir zaman dilimi içerisinde katkı sağlayarak, onun kendi ayakları üzerinde durmasını sağlamaktır. Bu yüzden "*Clean Break*" ilkesinin temel amacı, kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesini en kısa sürede artırmaktır. Bu doğrultuda İsviçre hukukunda kişinin kendi geçimini sağlama ilkesi (*Prinzip der Eigenversorgung*), "*Clean Break*" ilkesinden türetilmiştir[35].

Ancak 21. yüzyılda halen geleneksel rol modelini benimsemiş ailelerin varlığı azımsanamayacak ölçüde olması sebebiyle, bu ilke her zaman hakkaniyetli bir çözüm olarak karşımıza çıkmayabilir. Nitekim kocanın çalışma hayatındaki iş yükünün azaldığı, kadının iş yükünün arttığı bir aile modelinde dahi, ev işleri ve çocuğa bakım yükümlülüğü noktasında iş yükü ağırlıklı olarak kadında bulunduğu halen inkar edilemez bir gerçektir. Geleneksel rol dağılımı olan evliliklerde, genellikle kadının kendi geçimini sağlama yeteneğindeki bozulmalar ve değişimler boşanma durumunda bunun telafi edilmesini gerektirmektedir. İsviçre hukukunda "*evliliğin neden olduğu (eşin ortak çocuğa bakabilmek için mesleki hayatından uzaklaşması gibi) dezavantajları telafi etme ilkesi*" gereği bu dezavantajlar öncelikle uygun bir nafaka ile telafi edilmektedir[36]. Oysa doktrinde yer alan ve kanaatimizce de

---

liğinin kurulmasıyla eşler arasında TMK. m. 185 gereği (Art. 159 ZGB) oluşan yardım ve dayanışma yükümlülüklerinin evliliğin sona ermesi halinde dahi kısmen de olsa devam etmesi gereğinin bir sonucudur. Karş. YHGK., 10.11.2010 T., 2010/2-614 E., 2010/597 K.; YHGK., 31.05.2022 T., 2019/262 E., 2022/772 K.; .; YHGK., 17.05.2022 T., 2019/368 E., 2022/635 K. <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

35 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 127 III 136 vd.; BGE 134 III 146 vd.; BGer, 08.06.2010, 5A_177/2010; BGer, 10.12.2013, 5A_474/2013; <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. BÜCHLER/CLAUSEN, s. 3 vd.; KOCABAŞ, s. 364 vd.; SCHWENZER Ingeborg, "Das Clean Break Prinzip im nachehelichen Vermögensrecht", **FamPra.ch**, 2000, s. 609 vd.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 196 vd.

36 HURNI, s. 119 vd.; MAIER, s. 1282; HAEFELI, s. 418 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 1 vd.; Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 11.07.2008, 5A_81/2008, E. 5.4.2. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

haklı olan bir görüş uyarınca[37], evliliğin yarattığı olumsuz durumların nafaka ile telafi edilmesinden ziyade, boşanmanın meydana getirdiği olumsuz durumların ve ek maliyetlerin nafaka ile telafi edilmesi amaçlanmalıdır. "*Evliliğin neden olduğu dezavantajları telafi etme*" ifadesindense, "*boşanmanın neden olduğu dezavantajları telafi etme*" ifadesi kullanılmalıdır. Zira "*evliliğin neden olduğu dezavantajlar*" ifadesi, evliliği mesleki gelişimi engelleyen bir kuruma indirgemekte ve evliliğin gerçek anlamını adeta zedelemektedir.

B. İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına Göre Eşin Kendi Geçimini Sağlama Kapasitesi

İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin 2000 yılındaki revizyonundan önce, evlilik sonrası nafaka, tıpkı halen Türk hukukunda olduğu gibi, kusur ilkesine dayanıyordu ve evliliğin neden olduğu zararların giderilmesi amacını taşımaktaydı. Buna göre, evliliğin sona ermesinde kusurlu olan eş, eşlerin geçim ortaklığının (*Versorgungsgemeinschaft*) sona ermesinden dolayı, diğer tarafın zararını tazmin etmek zorundaydı[38]. Dolayısıyla kadın eş, evlilik birliğini kendi kusurlu davranışıyla tehlikeye atmadığı süre-

---

37 BÜCHLER/CLAUSEN, s. 11 vd.; HAEFELI, s. 419 vd.

38 İsviçre hukukunun günümüz haline nazaran, Türk hukukunda boşanma sebepleri, kusur prensibine dayalı bir biçimde oluşturulmuş ve çok nedenli bir boşanma sistemi (özel boşanma sebepleri) kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda boşanma sebeplerinin dayanağının kusura dayanmasından 1998 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan (01.01.2000 yılında yürürlüğe giren) değişikliklerle vazgeçilmiştir. Ancak Türk hukukunda boşanma sebepleri halen kusura dayanmakta ve bu doğrultuda yoksulluk nafakası talep etmeye hakkı olan eşin, boşanmaya neden olan sebeplerde nafaka yükümlüsünden daha az kusurlu olması şartı aranmaktadır. İsviçre hukukunda kusura dayanan çok çeşitli boşanma sebepleri yerine, tarafların anlaşmalı boşanması (ortak taleple boşanma-Art. 111 ZGB, kısmi anlaşmalı boşanma-Art. 112 ZGB) veya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açan sebeplerin varlığı (iki yıl ayrı yaşama sonucunda eşlerden birinin talebine dayalı boşanma-Art 114 ZGB, iki yıllık ayrı yaşama süresinin tamamlanmadığı evliliklerde önemli sebepler nedeniyle evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenilememesi halinde eşlerden birinin talebi üzerine boşanma-Art. 115 ZGB) halinde boşanma söz konusudur. İsviçre hukukunda bahsi geçen hükümler incelendiğinde boşanma sebeplerinin kusur ilkesine dayanmadığı görülmektedir. Ancak sadece (Art. 115 ZGB gereği) iki yıllık ayrı yaşama süresinin tamamlanmadığı evliliklerde önemli sebepler nedeniyle evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenilememesi halinde eşlerden birinin talebi üzerine boşanma durumunda kusur ilkesinin dikkate alındığı söylenebilir. Ayrıca Türk hukukunda halen boşanmanın sonucu olarak düzenlenen maddi ve manevi tazminat talepleri, İsviçre hukukunda boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümlere değil, aksine İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanmaktadır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. DURGUN ARSLAN Çisil, "Boşanma Sebeplerinden Kusur Esasının Kaldırılmasına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yaklaşımlar", **Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu**, (Editör: Gökhan Antalya), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 121 vd.; DEMİRBAŞ Ali, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2018, s. 220 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 215 vd.; BURCUOĞLU, s. 2 vd.

ce, evlilikteki yaşam standardı değişmemekteydi[39]. Revizyon ile birlikte kusur ilkesinin terk edilmesinden günümüze kadar olan süreçte, İsviçre hukukunda tarafların kendi kendilerine yetebilmesi ilkesi, evlilik birliğindeki dayanışmanın evlilik birliği sona erse dahi devam etmesi gerektiği "*Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi (Prinzip der nachehelichen Solidarität)*"nin yerini almıştır. İsviçre yargısına göre[40], öncelikle nafaka talep eden eşin kendi geçimini sağlama kapasitesi tüketilmelidir. Eğer halen eşin nafaka ihtiyacı bulunmaktaysa, ancak o zaman evlilik sonrası dayanışma ilkesi dayanak oluşturabilir. Böylece İsviçre hukukunda evlilik sonrası dayanışma ilkesi, yalnızca nafaka talep eden eşin boşanma ile meydana gelen yeni koşullara uyum sağlayabilmesi adına istisnai olarak ve kısa bir geçiş dönemi için söz konusu olabilmektedir. Nitekim boşanma hükümlerinin kusur ilkesinden arındırılmasıyla ve boşanmanın kolaylaştırılmasıyla da evlilik sonrası nafakanın kaynağı ve gerekçesinin ortadan kalkmış olduğu görülmektedir[41].

Yapılan revizyon sonucunda, İsviçre hukukunda kanun koyucu boşanma halinde eşlerden birine diğerinin yoksulluk nafakası vermesinin kural değil, istisna olduğunu ve eşlerin kural olarak boşanma halinde kendi geçimlerini kendilerinin sağlaması gerektiğini kabul etmektedir. İsviçre yargısında, eşlerin kendi geçimlerini sağlaması gerektiği ilkesi, evlilik sonrası dayanışma ilkesinden önce gelmektedir. Eşlerden birinin, emeklilik güvencesi yoksa ve kendi geçimini sağlaması da mümkün değilse veya emeklilik güvencesi almasına rağmen kendi geçimini sağlaması yine de beklenemiyorsa, bu takdirde hakim nafakaya hükmedebilmektedir. Nafaka alacağının doğması için bu bir ön koşul olarak görülmektedir[42]. Bu doğrultuda nafaka alacaklısının kendi geçimini sağlama kapasitesine sahip olmadığı hususunda ispat yükü bulunmaktadır. Zira kural olarak herkesin kendi geçimini sağlayabilmesi esastır. Faklı bir

---

[39] HAEFELI, s. 417 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 4 vd.; Konuya ilişkin ilgili mahkeme kararları için bkz. BGE 114 II 11 vd.; BGE 115 II 6 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[40] İlgili mahkeme kararları için bkz. BGE 134 III 146 vd.; BGer, 10.12.2013, 5A_474/2013 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[41] Bu yüzden HAEFELI, eşlerin boşanma neticesinde nafaka ödeme yükümlülüğünün kaynağının ancak bu konuya ilişkin yaptıkları bir anlaşma olması gerektiği düşüncesindedir. Bir diğer ifadeyle, eşler ancak aralarında bu konuda anlaşmışlarsa mahkeme tarafından evlilik sonrası nafakaya hükmedilmesi gerekmektedir. Bkz. HAEFELI, s. 417 vd.

[42] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 28.07.2005, 5C.139/2005 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023; Konuya ilişkin bilgi için bkz. JUNGO, s. 941 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 560 vd.; FANKHAUSER, s. 152 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 12 vd.; HAEFELI, s. 418 vd.

durumun varlığını iddia eden herkes bunu ispatlamakla yükümlüdür. Nafaka borçlusunun, nafaka ödeme gücünün olup olmadığı ise, nafaka alacağının doğması için bir ön koşul değildir. Elbette ki, ödeme gücünün hiç olmaması veya yetersiz olması, bu borcun miktarı üzerinde etkilidir. Bu doğrultuda nafaka borçlusunun, ödeme gücünden yoksun olduğu yönünde ispat yükü bulunmaktadır. Ayrıca bu süreçte nafaka borçlusu, nafaka alacaklısının kendi geçimini sağlama kapasitesini artırabilmek için onunla işbirliği yapmak durumundadır. Burada müstakbel nafaka alacaklısının, kendi geçimini sağlama kapasitesine sahip olmadığını ispatlamak için gelir getirici bir işte çalışmaya uygun olmadığını ispatlaması her durumda lazım değildir. Bunun yerine, bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının varlığı ve çalışmasının bu ölçüde neredeyse imkansız olduğunu kanıtlaması yeterli görülmektedir[43].

İsviçre kanun koyucusu, nafakaya ilişkin herhangi bir süre sınırlaması yapmamıştır[44]. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, evlilik sonrası nafakanın

---

[43] Evlilik sonrası dayanışma ilkesinin yerini kişinin kendi geçimini sağlama ilkesinin aldığına ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 28.07.2005, 5C.139/2005; BGer, 05.05.2008, 5A_103/2008; BGer, 21.10.2008, 5A_384/2008; BGer, 30.04.2009, 5A_6/2009; BGer, 28.01.2013, 5A_623/2012; BGer, 10.12.2013, 5A_474/2013; BGE 134 III 146; BGE 135 III 59; BGE 137 III 106 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 12.01.2023; JUNGO, s. 941 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 560 vd.; FANKHAUSER, s. 152 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 13 vd.; MAIER, s. 1280.

[44] Oysa Türk hukukunda yoksulluk nafakasına kural olarak süresiz hükmedilmektedir. Elbette yoksulluk nafakasının süreli olmasını nafaka alacaklısı talep edebilir. Özellikle anlaşmalı boşanma hallerinde nafaka alacaklısı eş, nafaka talebini belirli bir süreyle sınırlayabilir. Böyle bir durumda hakim taleple bağlıdır ve protokolü onaylayabilir. Süresizlik sorunu nafaka alacaklısı eş tarafından gerek çekişmeli bir boşanma davasında gerekse anlaşmalı boşanmada nafakanın süreyle sınırlandırılması talep edilmediği halde, hakim tarafından belirli süreyle sınırlandırıldığında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'a göre, yoksulluk nafakasının nafaka alacaklısı talep etmemesine rağmen, hakim tarafından takdir yetkisi çerçevesinde belirli bir süreyle sınırlandırılması kanunda bulunmayan bir unsurun kanuna dahil edilmesi anlamı taşımaktadır. Yargıtay, yoksulluk nafakasının sadece nafaka alacaklısı tarafından süreli olarak talep edilmesi halinde sınırlandırılmasını kabul etmektedir. Keza kanun, yoksulluk nafakasının süre ile sınırlandırılmasına ilişkin hakime takdir yetkisi tanımamıştır. Bu doğrultuda hakim, nafaka alacaklısı talep etmediği müddetçe, yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmetmelidir. Zira burada amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Konuya ilişkin karar için bkz. Y2HD., 12.12.2017 T., 2016/8859 E., 2017/14407 K. <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 04.01.2023). Oysa Türk literatüründe, somut olayın şartlarına göre yoksulluk nafakasına hakim tarafından süreli olarak hükmedilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre yoksulluk nafakasının her durum ve şartta süresiz olarak hükmedilmesi, tarafların boşanmayla koparmak istedikleri ilişkilerinin sona ermemesine, aksine ekonomik sebeplerle boşanmadan sonra tarafların sürekli bir araya gelmesine, fiili olarak bitmesine rağmen yoksulluk nafakası ödememek adına evliliği sona erdirmeyen mutsuz eşlerin dolayısıyla aile içi şiddetin artmasına, nafaka alacaklısının bu durumu suiistimal ederek haksız kazanç elde etmesine, hatta nafaka yükümlüsü eşe nafaka aracılığıyla maddi ve psikolojik yönden baskı kurmasına, nafaka alacaklısının yeni bir hayat

süre sınırının olması gerektiğini kabul etmektedir[45]. Kural olarak, eğer okul düzeyi modeli gereği bir kısıtlama bulunmamaktaysa, nafaka talep eden eşin, makul bir çaba ile kendi geçimini sağlaması gerektiği için, nafaka alacaklısı açısından bu süre, yalnızca kendi ayakları üzerinde durabildiği an ile sınırlıdır. Nafaka alacaklısı eş, kendi geçimini sağlamaya başladığı anda nafaka hakkı son bulmaktadır. Kişinin kendi geçimini sağlama ilkesinde, herkesin tam zamanlı çalışması beklenmektedir ve makul olan budur. Ancak emeklilik yaşına yaklaşan eşlerde veya hayatı şekillendiren nitelikteki bir evlilikte makullüğün derecesi daha esnek değerlendirilmektedir. Nitekim uygulamada nafakanın süresi açısından genellikle, nafaka yükümlüsü eşin AHV'ye (*Alters- und Hinterlassenen-Versicherung*-Emeklilik Sigortası) göre belirlenen yaş sınırına dikkat edilmektedir. Bu durum, evlilik sonrası nafakanın en fazla emeklilik yaşına gelene kadar geçerli olduğu anlamına gelmektedir[46].

C. Eşin Kendi Geçimini Sağlama Kapasitesine İlişkin Güncel Durum

İsviçre Federal Mahkemesi son kararlarında[47], kişilerce evliliğin bir geçim kaynağı işlevi görmesinden büyük ölçüde vazgeçmiştir. Her bir eşin makul bir

---

kurmaktan kaçınmasına ve dolayısıyla gayrimeşru ilişkilerin artmasına, kısa süren, çocuksuz evliliklerde hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkmasına ve özellikle kadın eşin ekonomik ve kişisel yönden bağımsızlığını kazanarak güçlenmeye çalışmasından ziyade onun bunu geçim kaynağı olarak görmesine neden olmaktadır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Gençer, s. 45 vd.; YÜKSEL Reyhani, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu", **Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Y. 2021, s. 505 vd.; YAĞCI Kürşad, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 1, Y. 2018, s. 334 vd.; ŞAHİN, s. 83 vd.; KOCABAŞ, s. 367; KALENDER, s. 247; DEMİR, s. 65 vd.; YILDIRIM Abdulkerim, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 157, Y. 2016, s. 78; AKİPEK ÖCAL Şebnem, "Yoksulluk Nafakası", **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri,** (Editör: Tuğçe Tuzcuoğlu / A. Hulki Cihan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 206 vd.; ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", **Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu**, (Editör: Yasemin Güllüoğlu Altun), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 38 vd.; ŞIPKA Şükran, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 17 vd.; RUHİ Ahmet Cemal, **Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlamlarının Tenfizi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 49.

45 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018; BGE 141 III 465 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.; MAIER, s. 1283; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 472; GEISER, Gedanken, s. 716.

46 MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 551 vd.; FANKHAUSER, s. 151 vd.

47 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 130 III 537 vd.; BGE 134 III 145 vd.; BGE 137 III 385 vd.; BGE 141 III 465 vd.; BGE 143 III 233 vd.; BGE 144 III 481 vd.; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018, E. 3.4.4.; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018, E. 5.2.; BGer, 09.02.2021, 5A_800/2019 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

çaba göstererek kendi kendine yetebilmesine öncelik verilmiştir. Eğer kişi sağlıklıysa, eğitimliyse, ilgili ulusal dili konuşabiliyorsa, emekli olmayacaksa kendi geçimini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişinin bu yükümlülüğü özellikle boşanma halinde geçerlidir; ancak evlilik birliğinin devam etmesi için makul bir olasılık bulunmamaktaysa ayrılık anından itibaren geçerli olmalıdır. Özellikle boşandıktan sonra kadınların ekonomik olarak bağımsız olabilmek için çok az çaba sarf ettiği görülmektedir. Kişinin kendi geçimini sağlaması gerekliliğinden sapma, yalnızca eşin ortak küçük çocuğa bakması gerektiği hallerde söz konusu olmalıdır. Keza burada makul olmanın derecesi, "*Okul Düzeyi Modeli (Schulstufenmodell*)"ne göre değerlendirilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel kararlarına göre[48], boşanan eşlerden her birinin, taraflar henüz emeklilik yaşına gelmemişlerse, çalışma hayatına yeniden entegre olma veya çalışma hayatındaki mevcut durumunu iyileştirme (örneğin, kısmi zamanlı çalışmayı tam zamanlıya dönüştürme) yükümlülüğü bulunmaktadır. Her somut durumda nafaka talep eden eşin işe başlamasının veya mevcut ekonomik durumunu iyileştirmesinin mümkün olup olmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Burada eşin yaşı, sağlık durumu, dil becerisi, önceki çalışma hayatı, eğitim durumu gibi bireysel özellikler önemli bir rol oynamaktadır. Bir eşin evlilik süresince çalışmamış olması bir mazeret değildir ve onu bu yükümlülükten kurtarmaz[49].

Kişinin geçimini sağlama kapasitesinin somut durumda belirlenmesi çoğunlukla bazı faktörlere bağlı görülmektedir. Buna göre, kişinin somut veya farazi geliri, emekliyse emeklilik aylığı, diğer özel kurum veya devlet ödemeleri, mevcut malvarlığı getirileri, gelecekte muhtemel sahip olunacak (miras hakkı gibi) haklar, kişinin kendi geçimini sağlama kapasitenin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır[50]. Ancak kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesi, özellikle küçük çocuğun bulunması ve ileri yaş halinde kişilerin işgücünün azalması sebebiyle, olumsuz yönde etkilenmektedir. Dolayısıyla kapasitenin belirlenmesinde bunlara da dikkat edilmektedir.

---

48 Konuya ilişkin bilgi ve mahkeme kararları için bkz. MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 551 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; GEISER, Gedanken, s. 718 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; JUNGO, s. 941.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 196 vd.

49 GEISER, Gedanken, s. 718 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; JUNGO, s. 941; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 551 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.

50 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 196 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi, kararlarında ortak çocuğun bakım sürelerinin ve bakım yükümlülüğünü fiilen üstlenen ebeveynin kendi geçimini sağlama kapasitesinin tespiti açısından 2018 yılına kadar olan süreçte "*10/16-Kuralı (10/16-Regel*)"nı uygulamaktaydı[51]. Buna göre, çocuk 10 yaşına gelene kadar çocuk bakımını üstlenen ebeveynin çalışması kendisinden beklenmemekteydi. 10 ila 16 yaş aralığında ise çocuk bakımını üstlenen ebeveynin %50 oranında çalışması beklenmekteydi. Çocuk 16 yaşına geldikten sonra ise artık tam zamanlı çalışılması gerekmekteydi. Ancak 2018 yılından beri, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında artık "*Okul Düzeyi Modeli*" esas alınmaktadır. Okul düzeyi modelinde, çocuk bakımını üstlenen bir ebeveynin çocuk bakımına ek olarak çalışmasının kendisinden beklenip beklenemeyeceği çocuğun yaşına göre farklı oranlarda belirlenmiştir. Buna göre, çocuğun ilk zorunlu eğitime (anaokuluna) başlamasından itibaren ebeveynin yüzde elli oranında çalışması beklenmektedir. Çocuğun ortaokula başlamasından itibaren ise bu oran yüzde seksene çıkmaktadır. Çocuğun on altı yaşından itibaren ise ebeveynin tam zamanlı çalışması kendisinden beklenmektedir. Dolayısıyla yeni kararlarında "*10/16 Kuralı*" yerine "*Okul Düzeyi Modeli*"nin benimsemesi, yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin eşlerin (özellikle kadınların) çalışmasına ve çalışma oranlarının artırılmasına önem verdiğini göstermektedir.

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[52], Okul Düzeyi Modeli katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Yine somut durumun şartları dahilinde hakim takdir yetkisiyle bahsi geçen oranlara şekil verebilmelidir. Örneğin, ilk okul yıllarında bakım yükümlülüğü üstlenen ebeveyn için öngörülen oran yüzde

---

[51] Konuya ilişkin bilgi için bkz. JUNGO Alexandra / AEBI-MÜLLER Regina Elisabeth / SCHWEIGHAUSER Jonas, "Der Betreuungsunterhalt", **FamPra.ch**, 2017, s. 165 vd.; SCHWIZER Angelo / DELLA VALLE Salvatore, "Kindesunterhalt und Vorsorgeausgleich", **AJP**, 2016, s. 1591 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 471; GEISER Thomas, "Rechtsprechungspanorama Eherecht", **AJP**, 2020, s. 39 vd.

[52] Konuya ilişkin bilgi için bkz. FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 471; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 28 vd.; AFFOLTER Michael, "Das hypothetische Einkommen im Familienrecht-ein Überblick 2020", **AJP**, 2020, s. 837; MEYER Karin, "Unterhaltsberechnung: Ist jetzt alles klar?", **FamPra.ch**, 2021, s. 908 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 549 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); SCHWIZER Angelo / OERI Hans Peter, "Neues Unterhaltsrecht?", **AJP**, 2022, s. 3 vd.; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 28.07.2005, 5C.139/2005; BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 04.07.2007, 5A_100/2007; BGer, 17.10.2013, 5A_319/2013; BGer, 14.01.2014, 5A_476/2013 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

elli olmakla birlikte, bu oranın her bireysel vakanın koşulları çerçevesinde ebeveynin çalışabilmesi için yeterli olup olmadığının kontrol edilmesi gereklidir. Eğer bakılması gereken birden fazla çocuk bulunmaktaysa veya sağlık ya da başka sebeplerle özel bakıma ihtiyaç duyan çocuklar varsa, nafaka talep eden eşten daha az oranda çalışması beklenir. Ancak çocuklara bakması için üçüncü bir kişi görevlendirilmişse, daha fazla oranda çalışması beklenebilir. Yine eşlerin evlilik birliği devam ederken bakım görevini üstlenen ebeveynin, eşler arasındaki rol dağılımı sebebiyle okul düzeyi modelindeki oranlardan daha fazla çalışması söz konusu olmuşsa, bu bakım oranı boşanma halinde de devam ettirilmelidir. Örneğin, ortak çocuk anaokuluna başlamış ve bakım görevini üstlenen ebeveyn, rol dağılımı sayesinde %50 yerine %70 oranında çalışmışsa, bu oran boşanma halinde de korunmalıdır. Mahkeme, sadece istisnai durumlarda var olan çalışma faaliyetinin azaltılmasını sağlamalıdır. Bir diğer ifadeyle hakim, bakım görevini üstlenen ebeveynin çalışma faaliyetini boşanma halinde kısıtlamamalı, gerekirse üçüncü kişi bakımı ile bu çalışma oranını devam ettirmelidir. Nitekim çocuğun yararı için de önceden yerleşmiş bakım biçimini devam ettirmek de önemlidir. Zira boşanma sebebiyle çocuğun düzenini değiştirmektense, devam ettirmek asıl olandır[53]. Görüldüğü üzere, İsviçre yargısında kişilerin çalışma hayatından kendini soyutlamaması ve kişinin kendi geçimini sağlamaya teşvik edilmesi önem arz etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, kişilerin tam zamanlı çalışması asıl kuraldır. Bu kuraldan tek sapma, eşlerden birinin çocuklara bakım görevini üstlenmesi halinde sadece söz konusudur. Zira çocuğun yararı, her şeyin üstünde kabul edilmektedir.

Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha önceki içtihatlarında[54], boşandığı tarihte 45 yaşını doldurmuş ve evlilik sırasında çalışmayan eşin bo-

---

[53] FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 471; AFFOLTER, s. 837; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 28 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 550; GEISER, Rechtsprechungspanorama, s. 39 vd.; SCHWIZER/OERI, s. 3 vd.; Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 144 III 481 vd.; BGer, 28.07.2005, 5C.139/2005; BGer, 14.09.2005, 5C.171/2005; BGer, 04.07.2007, 5A_100/2007; BGer, 17.10.2013, 5A_319/2013; BGer, 14.01.2014, 5A_476/2013 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

[54] Konuya ilişkin ilgili mahkeme kararları için bkz. BGE 114 II 11 vd.; BGE 115 II 6 vd.; BGE 137 III 102 vd.; BGE 144 II 9 vd.; BGer, 16.09.2009, 5A_272/2009; BGer, 21.06.2010, 5A_206/2010 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. FANKHAUSER, s. 153 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2), s. 548 vd.; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-

şanma halinde yeniden çalışabilmesinin makul (beklenebilir) olmadığı kabul edilmekteydi. Zira yaş, kişinin kendi geçimini sağlama becerisini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Federal Mahkeme, bu kuralın aksi kanıtlanabilir bir karine olduğunu kabul etmekteydi. Ancak bu karine, evlilik sırasında tam zamanlı veya yarı zamanlı çalışan eşler için geçerli değildi. Yüksek Mahkeme'ye göre, evlilik sırasında ancak yarı zamanlı bir çalışma söz konusuysa, bunun 45 yaşından sonra tam zamanlıya dönüştürülmesi makul olarak görülmekteydi. Dolayısıyla nafaka talep eden eş, evlilik sırasında en azından yarı zamanlı bile olsa çalışmamışsa ve boşanma gerçekleştiğinde artık 45 yaşındaysa, ondan çalışmasının beklenmesi makul olarak görülmemekteydi.

Oysa İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararlarında[55], herhangi bir yaş sınırı veya evlilik sırasında çalışma hayatını tamamen bırakma şartı bulunmamaktadır. Bunun yerine çalışmanın beklenebilir (makullüğü) olması açısından bireysel özellikler dikkate alınmakta ve kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesine bakılmaktadır. Nitekim artık yaş, Art. 125/Abs. 2 ZGB uyarınca sayılan diğer kriterlerden bağımsız ayrı bir anlama sahip olmamalıdır. Keza İsviçre hukukunda günümüzde yaşın yol gösterici bir işlevi kalmamıştır. Bunun yerine kazanç sağlayıcı bir işte çalışmanın makul olup olmadığı sorusu, her bireysel vaka açısından ayrı ayrı cevaplandırılması gereken bir meseledir[56].

4. Nafaka Ödemekle Yükümlü Olan Eşin Mali Durumu

Nafaka talep eden eşe nafakaya hükmedilmesi, elbette nafaka yükümlüsü eşin nafaka miktarını ödemeye muktedir olmasını gerektirir. Ancak İsviçre hu-

---

stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 22 vd.; AFFOLTER, s. 839 vd.; GEISER, s. Gedanken, s. 717.

55 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 30.05.2017, 5A_187/2016; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018, E. 3.4.4.; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018, E. 5.6.; BGE 147 III 308 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. FANKHAUSER, s. 153 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); HAEFELI, s. 421 vd.; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 23 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; AFFOLTER, s. 839 vd.

56 İlgili mahkeme kararları için bkz. BGer, 21.06.2010, 5A_206/2010; BGer, 03.05.2012, 5A_21/2012; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); HAEFELI, s. 421 vd.; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 23 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.; AFFOLTER, s. 839 vd.

kukunda nafaka alacağının doğması için, nafaka yükümlüsünün yeterli mali gücünün bulunması bir ön koşul değildir[57]. Nafaka yükümlüsünün nafaka alacağını ödeyemeyecek durumda olması veya varsayılan ödeme gücünün somut ödeme gücünden daha yüksek olması, sadece nafaka alacağının miktarı üzerinde etki yaratmaktadır. Nafaka yükümlüsünün gerçek geliri (*das tatsächliche Einkommen*) veya varsayımsal (farazi) geliri (*das hypothetische Einkommen*) nafaka alacaklısı eşin zorunlu geçim giderlerini karşılayabilir miktarda olmalıdır. Nafaka alacaklısı eşin ödeme gücünün belirlenmesi ile nafaka yükümlüsü eşin ödeme gücünün belirlenmesi aynı ilkelere tabidir. Ödeme gücünün bulunmadığını iddia eden nafaka yükümlüsü bunu ispatlamakla yükümlüdür. Benzer şekilde nafaka alacaklısı da nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün mahkemeye bildirilenden daha fazla olduğunu iddia etmekteyse, bunu kanıtlamalıdır[58].

Öncelikle nafaka yükümlüsü, nafaka alacağından fiilen elde ettiği (gerçek) gelirle sorumludur. Ancak gerçek geliri nafaka alacağını karşılamak için yeterli değilse, yükümlü kişinin farazi olarak iyi niyet ve makul bir çaba ile kazanması kendisinden beklenebilecek geliri hesaplanır. Yükümlü kişi, iyiniyet ve yeterli bir çaba gösterebilseydi daha fazla gelir sahibi olacak idiyse, somut durumda varsayımsal gelir dikkate alınır[59]. Ancak varsayımsal gelir nafaka alacağı için esas teşkil edecekse, bu tutarın hesaplanması mahkeme tarafından gerekçelendirmelidir. Varsayımsal bir gelirin hesabında yükümlünün yaşı da önem arz etmektedir. Örneğin, yükümlünün yaşı ne kadar ileriyse, onun iş fırsatlarına erişiminin ne kadar olduğu veya olması gerektiği mahkeme tarafından daha ayrıntılı olarak gerekçelendirilmelidir[60]. Ayrıca mahkeme,

---

57 JUNGO, s. 942; GEISER, Die Ehe, s. 690; Ancak Türk hukukunda bu bir ön koşuldur. Türk hukukunda nafaka yükümlüsünün karşılayamayacağı veya karşılamakla birlikte kendisini zora sokacak bir miktara hükmedilemez. Oysa İsviçre hukukunda yükümlü eşin nafaka miktarını ödemeye muktedir olmak için makul bir çaba gösterip göstermediği araştırılmaktadır. Karş. BGer, 13.06.2018, 5D_183/2017; BGer, **FamPra.ch**, 2009, 773 vd.; BGE 128 III 5 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); YHGK., 04.10.2022 T., 2019/807 E., 2022/1221 <https://www.legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.01.2023). Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. AFFOLTER, s. 833 vd.

58 BÜCHLER Andrea / RAVEANE Zeno, **Scheidung, Band I: ZGB, Kommentar zum Familienrecht,** (Hrsg.: Roland Fankhauser / Ingeborg Schwenzer), 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022, Rn. 33 vd.; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 16; JUNGO, s. 942 vd.; AFFOLTER, s. 833 vd.; FANKHAUSER, s. 152 vd.

59 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 13.06.2018, 5D_183/2017; BGer, **FamPra.ch,** 2009, 773 vd.; BGE 128 III 5 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); BÜCHLER/RAVEANE, Rn. 34; BÜCHLER/CLAUSEN, s. 16; AFFOLTER, s. 833 vd.; FANKHAUSER, s. 152 vd.; JUNGO, s. 948.

60 BGer, **FamPra.ch,** 2018, 1031 vd.; BÜCHLER/RAVEANE, Rn. 34; JUNGO, s. 948.

yükümlünün kasten nafaka alacaklısına zarar verme olasılığını da araştırmalıdır. Zira iş yükündeki gerekçesiz azalmanın mali sonuçlarına, hakkın kötüye kullanılması halinde nafaka yükümlüsü katlanmalıdır[61].

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre[62], nafaka yükümlüsü nafaka alacaklısının asgari geçim düzeyini sağlamalıdır. Ek gereksinimler, nafaka alacaklısının kendisi tarafından karşılanmalıdır. Nafaka yükümlüsü eşin kazancının yüksek olması, nafaka alacaklısı eşin kendi mali bağımsızlığını sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Netice itibarıyla, nafaka yükümlüsü eşin ekonomik gücü ne olursa olsun, sadece nafaka alacaklısı eşin asgari geçimi için gerekli olan miktarda katkı sağlanmalı, bunu aşan giderler nafaka alacaklısının, herkesin kendi geçimini sağlaması gerektiği ilkesi çerçevesinde, kendisi tarafından karşılanmalıdır.

II. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARINDA EVLİLİK SONRASI NAFAKANIN HESAPLANMASINA İLİŞKİN YÖNTEM DEĞİŞİKLİĞİ

İsviçre hukukunda uygulamada eşlerin ayrı yaşamaya karar vermeleri ile nihai boşanma kararı halinde nafakanın hesaplanması (hesaplama yöntemi bakımından) farklılık arz etmektedir. Bu başlık altında öncelikle bu farklılıklara değinilecek olup, sonrasında İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel kararları ışığında bahsi geçen konulara ilişkin yöntem değişikliğinden bahsedilecektir.

1. Eşlerin Ayrı Yaşamaya Başlamaları Halinde Nafakanın Hesaplanması

İsviçre hukukunda eşler, müşterek konuttan ayrılmışsa ve ayrı yaşamaya karar vermişlerse, ayrı yaşanılan dönemde eşin nafakası dahil olmak üzere evliliğin korunması adına mahkeme tarafından düzenleme yapılmaktadır. Nitekim Art. 163 ZGB (TMK. m. 186) ve Art. 176 ZGB (TMK. m. 197) uyarınca hakim, ayrı yaşamaya karar vermiş eşlerden birinin istemi üzerine ortak çocuğa ve diğer eşe ödenecek nafaka miktarını belirler. Bu bağlamda ayrı yaşama sürecinde hakim tarafından düzenlenen evliliği koruma tedbirleri, boşanmaya kadar olan geçiş sürecini düzenlemeye ilişkindir. Nitekim Art. 114

---

61 BGer, **FamPra.ch,** 2019, 1033 vd.; JUNGO, s. 948; BÜCHLER/RAVEANE, Rn. 34a.

62 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGE 135 III 66 vd.; BGer, 13.09.2010, 5A_496/2010 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

ZGB'ye göre eşlerden her biri, iki yıllık ayrı yaşama süresinden itibaren boşanma talebinde bulunabilmektedir. Burada hakim tarafından belirlenen nafakanın süresi sınırlıdır ve sadece ayrılık süresince (Art. 114 ZGB doğrultusunda iki ila üç yıllık bir süre için) ödenmektedir. Eşlerin tekrar birlikte yaşamaya başlaması halinde, ayrı yaşama tedbirlerine ilişkin düzenlemeler son bulur[63].

Ayrı yaşama halinde nafaka hesaplanmasında, ayrılma tarihinden önceki bir yıllık süre dikkate alınmaktadır. Bu bir yıllık süredeki yaşam standardı nafakanın üst sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla nafaka alacaklısı eşin, ekonomik açıdan evlilik birliğindekinden daha iyi koşullarda yaşamasını sağlamaya yönelik bir nafaka takdir olunmamalıdır. Kural olarak her eşin, ayrılık süresince iki ayrı haneyi geçindirmenin yarattığı ek maliyetleri mümkün olduğu ölçüde kendilerinin karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır. Eğer eşler, evlilikleri sırasında ekonomik bağımsızlık hususunda bir anlaşmaya varmışlarsa, bir diğer ifadeyle evlilik birliği boyunca her eş kendi ihtiyaçlarını kendisi karşılıyorsa, bu durumda ayrılık söz konusu olduğunda eşe nafakaya hükmedilmesi haklı bir düzenleme olmaz. Zira ayrılık, evliliğe ilişkin anlaşmaların (rol paylaşımının) yeniden düzenlenmesini gerektirecek yeni bir durum yaratmamalıdır[64].

Burada eşler, halen evli oldukları için nafaka hesabında, yukarıda anlatıların aksine, evlilik süresi veya evliliğin eşlerin ekonomik bağımsızlığını etkileyip etkilemediği meselesi hakimin nafakaya ilişkin kararına esas teşkil etmez. Eşlerin ayrı yaşamasına karar verilmesi halinde, asıl önemli olan ve hakim tarafından dikkate alınan evlilik sırasında eşlerin evlilik birliğine yaptıkları katkılardır. Dolayısıyla burada rol dağılımı belirleyicidir[65].

---

[63] Art. 114 ZGB gereği, eşlerin en az iki yıl ayrı yaşamış olmaları halinde, eşlerden biri boşanma talebinde bulunabilir. Dolayısıyla ayrılık döneminde hükmedilen nafakanın en fazla iki ila üç yıl boyunca geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. MAIER, s. 1277 vd.; HAEFELI, s. 417 vd.; AESCHLIMANN Sabine / BÄHLER Daniel / SCHWEIGHAUSER Jonas / STOLL Diego, "Berechnung des Kindesunterhalts-Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019", **FamPra.ch**, 2021, s. 253 vd.; AFFOLTER, s. 839 vd.

[64] Örneğin, çocuksuz eşlerin her ikisi tam gün çalışmakta, benzer gelir elde etmekte, kendi giderlerini karşılamakta, ancak evlilik birliğine ilişkin giderlere (mobilya satın alımı, tatil masrafları gibi) eşit katılmaktalarsa, eşlerin ayrı yaşamaya başlaması halinde, nafaka talep eden eşe nafakaya hükmedilmeyeceği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. HAEFELI, s. 418 vd.; MAIER, s. 1278 vd.

[65] Örneğin, evlendikten altı ay gibi kısa bir süre sonra çocuksuz eşler ayrı yaşamaya karar vermişlerse, yüksek gelire sahip eş birlikte yaşamanın kısa sürmesi sebebine dayanarak muhtaç durumda olan diğer eşe herhangi bir nafaka ödeme borcu olmadığı iddiasında bulunursa, bu iddiası dinlenmez. Zira burada evliliğin süresi önem arz etmemektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. MAIER, s. 1279.

Ayrılık sebebiyle ödenecek nafakanın hesaplanmasında, evlilik süresince sürdürülen yaşam standardının sürdürülmesi için gerekli olan harcamalar esas alınmaktadır[66]. Nafaka alacaklısı eşin kendi geliri (kendi geçimini sağlama kapasitesi) ile ihtiyaçları arasında bir fark bulunmaktaysa, bu fark nafaka miktarının üst sınırını oluşturmaktadır. Örneğin, ayrılık nedeniyle ek masraflar da dikkate alındığında, nafaka alacaklısı eşin ihtiyaç tutarı aylık 3700 CHF, aylık geliri ise 2000 CHF olduğu durumda, nafaka yükümlüsünün ödeyeceği nafaka miktarı en fazla aylık 1700 CHF tutarındadır[67]. Ayrılık sebebiyle iki ayrı hane düzeni kurulması sebebiyle eşlerin gelirleri aynı kalmakla birlikte, ek maliyetler nedeniyle harcamaları artmaktadır. Somut durumda harcamaların artması yüzünden evlilik birliğindeki son yaşam standardını sürdürmek imkansızlaşabilir. Böyle durumlarda, eski yaşam standardını sürdürmek yerine, hakim tarafından eşlerin ayrılık boyunca eşit yaşam standardını sağlamak daha doğru bir çözümdür. Böylece talepler, her iki taraf için de eşit oranda azaltılmalıdır[68].

Evlilik sırasında (ayrılık süresi dahil olmak üzere) ve boşanma davası süresince eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkının kanuni dayanağı Art. 163 ZGB (TMK. m. 186) ve Art. 176 ZGB (TMK. m. 197)dir. İlgili hükümlerde nafakanın hesaplanması açısından kanun koyucu herhangi bir yöntem öngörmemiştir. Bu yüzden İsviçre yargısında[69], nafakanın hesaplanmasında tek aşamalı (*Einstufige Methode*) ve çift aşamalı (*Zweistufige Methode*) olmak üzere iki çeşit yöntem geliştirilmiştir. Yargı tarafından yöntem seçiminde belirleyici olan, eşlerin gelir düzeyleri değildir. Zira ayrılmadan kısa bir süre (1 yıl) önceki geçim giderleri, nafakanın sınırını çizmektedir. Burada belirleyici olan, ayrılık sebebiyle gerçekleşecek ek maliyetler göz önüne alındığında bile bir tasarruf oranının (*Sparquote)* kalıp kalmadı-

---

66 Bu doğrultuda eşlerin birlikte yaşadıkları son bir yıldaki toplam gelirlerinin tespitinde, eşlerin birlikte doldurduğu son vergi beyannamesi ve gerekirse eşlerin tek başına düzenledikleri ilk vergi beyannamesi esas alınabilir. Vergi beyannamelerinden bir sonuca ulaşılamadığında, maaş bordrosu, emeklilik belgeleri veya muhasebe kayıtları dikkate alınabilir. Aynı şekilde eşlerle bizzat görüşme sonucunda da hakim nafaka miktarını saptayabilir. HAEFELI, s. 418 vd.; MAIER, s. 1297; SCHWIZER/OERI, s. 7 vd.

67 Konuya ilişkin bilgi için bkz. HAEFELI, s. 418 vd.; MAIER, s. 1280.

68 MAIER, s. 1279 vd.; HAEFELI, s. 420 vd.

69 Karş. BGer, 31.01.2020, 5A_534/2019; BGE 128 III 411 vd.; BGE 134 III 577 vd.; BGer, 16.07.2008, 5A_241/2008; BGer, 19.07.2019, 5A_344/2019; BGer, 23.05.2019, 5A_864/2018; BGer, 30.04.2018, 5A_90/2018; BGer, 31.01.2020, 5A_534/2019; BGer, 20.03.2013, 5A_610/2012; BGer, 15.11.2016, 5A_1020/2015 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

ğıdır. Bu durum tasarruf oranının varlığını iddia eden eş tarafından kanıtlanmalıdır[70].

Eşlerin ayrı yaşamalarına karar verilmesi halinde nafakanın hesaplanmasında, mahkeme tarafından daha çok çift aşamalı yöntem kullanılmaktadır. Bu dönemde tek aşamalı yöntem istisnai olarak kullanılmaktadır. Tek aşamalı yöntem, daha çok somut durumda tasarruf oranının yüksek olması hallerinde tercih edilmektedir. Tek aşamalı hesaplama yönteminde, nafaka alacaklısı eşin yaşam standardının tüm kalemleri (fiilen yapılan tüm harcamalar) somut olarak belirlenmektedir. Bu doğrultuda nafaka alacaklısı eş, harcamalarını kalem kalem belirtmeli ve bunların ayrılmadan önceki yaşam standardının bir parçası olduğunu kanıtlamalıdır. Nitekim kanıtlanmayan harcama kalemleri dikkate alınmaz. Oysa çift aşamalı yöntem çoğunlukla şu hallerde uygulanmaktadır: Eğer eşlerin tasarruf oranı yoksa veya nafaka alacaklısı eş tasarruf oranını ispatlayamamışsa veya ayrılmadan kaynaklanan ek masraflar tasarruf oranını aşmaktaysa çift aşamalı yöntem nafaka hesaplanmasında kullanılmaktadır. Çift aşamalı yöntemde, ilk aşamada her iki eşin de gelir düzeylerini belirlemek gerekmektedir. İkinci aşamada ise, eşlerin bireysel ve aile hukuku kaynaklı temel ihtiyaçları (barınma, sağlık sigortası, vergi giderleri ve mesleki giderler gibi) belirlenmektedir. Üçüncü aşamada, toplam ihtiyaçlar, toplam gelirle karşılaştırılır ve olası bir fazlalık halinde bu tasarruf oranına delalet eder ve taraflar arasında paylaştırılır. Giyim giderleri, ev çalışanı ödemeleri, boş zaman etkinlikleri veya tatil gibi harcamalar ise ortaya çıkan bu fazla tutardan ödenmelidir. Bu miktarların düşülmesinin ardından elde kalan fazla tutar, eğer eşlerin reşit olmayan çocukları bulunmamaktaysa, kural olarak eşler arasında eşit bir şekilde ikiye bölünmektedir[71].

2. Boşanma Halinde Hesaplanacak Nafaka

Evlilik sonrası nafaka olarak adlandırılan bu nafakada, kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesi ve yükümlülüğü, ayrı yaşama halinde hükmedilen nafakaya nazaran, daha fazla önem arz etmektedir. Zira eşler kendi imkanları ile geçimlerini sağlayabilecek durumdalarsa, nafakaya hükmedilmemektedir. Eğer kendi geçimlerini sağlamaları makul görünmemekteyse, o zaman evliliğin hayatı şekillendirici olup olmadığı dikkate alınmaktadır. İsviçre

---

[70] Konuya ilişkin bilgi için bkz. AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, s. 253 vd.; HAEFELI, s. 418 vd.; MAIER, s. 1296; AFFOLTER, s. 839 vd.; HERMANN/HOCHSTEIN, s. 207.

[71] Ayrıntılı bilgi için bkz. MAIER, s. 1296 vd.

hukukuna göre, hayatı şekillendirdiği kabul edilen bir evlilikte evliliğin son (iki ila üçüncü) yıllarındaki yaşam standardı, ödenmesi gereken nafaka miktarının üst sınırını oluşturmaktadır[72]. Örneğin, 2022 yılında boşanan bir çift için 2022, 2021 ve 2020 yıllarındaki yaşam standardı ilgili miktarın hesaplanmasında belirleyicidir. Son iki ila üç yılın ortalama geliri belirlendikten sonra, bu miktardan ortalama ihtiyaç giderleri (temel ihtiyaç, barınma giderleri gibi) düşülür. Bu şekilde belirlenen miktar, yaklaşık olarak eşlerin birlikte yaşadıkları yaşam standardına ilişkin bir göstergedir[73].

Boşanma halinde eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkının kanuni dayanağı Art. 125 ZGB, boşanma halinde nafaka hesaplanmasında herhangi bir hesaplama yöntemi öngörmediği için hakimin burada takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir[74]. Boşanma halinde nafaka hesaplanmasında, İsviçre Federal Mahkemesi çoğunlukla tek aşamalı yöntemi kullanmaktadır. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre[75], Art. 125/Abs. 1 ZGB'ye göre ödenmesi gereken nafaka, kural olarak fiilen yapılan harcamalara göre belirlenmeli ve tek adımda gerçekleştirilmelidir. Keza tek aşamalı yönteme, somut yöntem de denilmektedir. Bu yöntemde, yukarıda da bahsi geçtiği üzere, eşlerin evlilik birliği sırasındaki harcama kalemleri ve boşanma sebebiyle ortaya çıkan ek maliyetleri somut olarak hesaplanmaktadır. Özellikle uygulamada eşlerin maddi durumlarının iyi olması ve tasarruf oranının bulunması durumunda veya ayrı yaşamanın ya da boşanmanın neden olduğu ek maliyetlerle tasarruf oranının tükenmediği hallerde, tek aşamalı somut yöntem sıklıkla tercih edilmektedir. Bu doğrultuda tek aşamalı yöntemde, nafaka alacaklısı eş harcama kalemlerini tek tek kanıtlamak zorundadır. Dolayısıyla bu yöntem, nafaka talep eden eş açısından sıkı ispat şartlarını haizdir[76].

---

72 Karş. BGE 134 III 145 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. JUNGO, s. 940 vd.

73 Bu noktada eşlerin son yaşam standardına ilişkin olarak birlikte doldurdukları son vergi beyannamesi ve gerekirse eşlerin tek başına düzenledikleri ilk vergi beyannamesi esas alınabilmektedir. Vergi beyannamelerinden bir sonuca ulaşılamadığında, maaş bordrosu, emeklilik belgeleri veya muhasebe kayıtları da dikkate alınabilir. HAEFELI, s. 418 vd.; MAIER, s. 1283 vd.; SCHWIZER/OERI, s. 7 vd.

74 MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 528 vd.; MAIER, s. 1297 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.

75 Karş. BGE 134 III 145 vd.; BGE 144 III 481 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

76 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 02.02.2021, 5A_891/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 528 vd.; MAIER, s. 1297; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; JUNGO, s. 939 vd.

Boşanma halinde çift aşamalı yöntem, ancak istisnai olarak tercih edilmektedir[77]. Bu yöntemin kullanılabilmesi için şu şartların somut durumda arandığı görülmektedir[78]. Buna göre eşlerin uzun süren bir ayrılık yaşamamış olmaları, eşlerin son yaşam standartlarının güvenilir bir şekilde (örneğin, eşlerden birinin boşanmak istememesi yüzünden herhangi bir bilgi veya belge vermekten kaçınması sebebiyle) belirlenememesi, evlilik birliği içerisindeyken harcanabilir gelirin geçim için tüketildiğinin kanıtlanmış olması ya da mevcut tasarruf oranının ayrılık sebebiyle ortaya çıkan ek maliyetler veya yeni ihtiyaçlar nedeniyle kullanılmış olması gerekmektedir. Burada somut yöntemin aksine, yaklaşık bir değer hesaplanmaya çalışılır. Keza çift aşamalı yönteme, soyut yöntem de denilmektedir. Ayrıca çift aşamalı yöntemde, tek aşamalı yönteme nazaran ispat kolaylığı bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, uygulamada özellikle tasarruf oranının çok az olduğu veya hiç bulunmadığı, bir diğer deyişle gelirin tamamının tüketime yönelik olduğu hallerde ya da nafaka alacaklısı eş tarafından tasarruf oranının varlığının kanıtlanamadığı hallerde bu yöntem tercih edilmektedir. Ancak hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, en nihayetinde hükmedilen nafaka, müşterek hanede en son (2 ila 3 yıl önceki) yaşanan yaşam standardı ve boşanma sebebiyle oluşan ek masrafların toplamını aşamaz[79].

---

[77] Eğer boşanma öncesinde, eşler uzun süreli bir ayrılık yaşamamışlarsa, eşlerin son yaşam standardı güvenilir bir biçimde hesaplanamamaktaysa (örneğin, eşlerden biri boşanmak istemediği için gerekli bilgi ve belgeleri vermekten kaçındığı için eşlerin birlikte yaşadıkları son yaşam standardı belirlenememekteyse), eşler birlikte yaşarken mevcut geliri harcamışlarsa veya tasarruf oranının ayrılığa bağlı ek maliyetler ya da yeni ihtiyaç kalemleri sebebiyle tüketilmesi durumunda, bahsi geçen şartların somut durumda bulunması halinde çift aşamalı yöntemin boşanma halinde nafaka hesaplanmasında kullanılabileceği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin bilgi için bkz. MAIER, s. 1297; JUNGO, s. 942 vd.

[78] Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 29.05.2019, 5A_390/2018, E. 3.3. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 30.01.2023).

[79] Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. STOLL Diego, "Nr. 13 Bundesgericht, II. Zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 11. November 2020 i.S. A gegen B.-5A_311/2019", **FamPra.ch**, 2021, s. 200 vd.; SCHWIZER Angelo, "Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_311/2019 vom 11. November 2020 (zur Publikation vorgesehen), a. gegen B., Entscheidung (Kindesunterhalt von C.)", **AJP**, 2021, s. 234 vd.; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 528 vd.; MAIER, s. 1297 vd.; JUNGO, s. 942 vd.; AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, s. 251 vd.; MEYER, s. 899 vd.

3. İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarında Nafaka Hesaplama Yöntemine İlişkin Güncel Durum

Görüldüğü üzere, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2021 tarihli kararlarından önceki içtihatlarında[80], eşlerin ayrı yaşaması halinde nafaka miktarının hesaplanmasında çift aşamalı (soyut) yöntem daha çok tercih edilirken, boşanma halinde nafaka miktarının hesaplanmasında tek aşamalı (somut) yöntem tercih edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, 2021 yılına kadar nafakanın hesaplanmasında tek tip bir yöntemin benimsenmediği görülmektedir. Günümüze kadar, İsviçre Federal Mahkemesi yöntem seçimlerini kanton mahkemelerine bırakmıştır. Sonuç olarak, heterojen bir uygulama ortaya çıkmıştır. Hesaplama yönteminin seçimi, kantondan kantona farklılık arz etmekle kalmamış, bazen bir kanton içinde benzer olaylara farklı yöntemler uygulanmış, hatta yöntemler karılmıştır. Bu durum zamanla hukuka güveni zedelemeye başlamıştır[81].

Ancak İsviçre Federal Mahkemesi güncel olarak verdiği kararlarla[82], artık hem çocuklar için talep edilen nafakanın hem de nafaka alacaklısı eşin talep ettiği evlilik sonrası nafakanın hesaplanmasında çift aşamalı yöntemin kullanılması gerektiğini öngörmüş ve içtihatları standartlaştırmayı amaçlamıştır. Zira somut hesaplama yönteminde harcama kalemlerinin ispatı zor olabilmekte ve tasarruf oranının bulunmadığı durumlarda bu yöntemin seçilmesi hakkaniyetsiz olabilmektedir. Tek aşamalı yöntemin, çift aşamalı yönteme nazaran ispatı, daha zor ve daha sıkı şartlara tabidir. Dolayısıyla nafaka alacaklısı açısından harcama kalemlerinin ispatı, pratikte önemli bir çaba gerektirmektedir. Özellikle eşlerin tüm gelirinin harcanmasının gerektiği hallerde tasarruf oranı bulunmamaktadır. Bu durumda mevcut gelir tüm

---

80 BGE 134 III 145 vd.; BGE 144 III 481 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

81 FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 469; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); MAIER/WALDNER-VONTOBEL, s. 872; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); MEYER, s. 896 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 215 vd.

82 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 02.02.2021, 5A_891/2018; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018; BGE III 481 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. MAIER/WALDNER-VONTOBEL, s. 872 vd.; STOLL, Nr. 13 Bundesgericht, s. 223 vd.; SCHWIZER/OERI, s. 5 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, s. 254 vd.; GEISER, Gedanken, s. 716 vd.; SCHWIZER, s. 234 vd.; MEYER, s. 896 vd.

harcama kalemlerini karşılamaya ancak yettiği için, her bir harcama kalemini tek tek kanıtlamanın bir anlamı yoktur. Bu nedenle çift aşamalı, yani soyut yöntem daha tercih edilebilirdir. Zira bu yöntemde tahmini (yaklaşık) değerler esas alınmaktadır[83].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel kararlarına göre[84], kural olarak nafaka hesabında basitleştirilmiş bir yöntem olarak çift aşamalı yöntem kullanılmalıdır. Eğer bu yöntem kullanılmayacaksa neden kullanılmadığı mutlaka hakim tarafından ilgili kararda gerekçelendirilmelidir. Artık hem eşlerin ayrı yaşamaya karar vermeleri hem de boşanma halinde çift aşamalı yöntemi standart yöntem olarak benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi, sadece "*olağanüstü derecede iyi mali koşullar*"ın varlığı halinde standart yöntemden sapılabileceğini kabul etmektedir[85].

III. KONUYA İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN GÜNCEL BİR KARARI (25.03.2022 TARİHLİ, BGER 5A_568/2021 SAYILI KARARI[86])

1. Dava Konusu Olay

Eşler A (1948 doğumlu erkek eş) ve B (1968 doğumlu kadın eş) 2009 yılında evlenmişlerdir. 2011 yılında kızları C doğmuştur. A, Haziran 2012

---

83 MAIER, s. 1297; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 526 vd.; JUNGO, s. 944 vd.; GEISER, Rechtsprechungspanorama, s. 106; Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 23.05.2019, 5A_864/2018 <https://swisslex.ch> E. T.: 03.01.2023.

84 Konuya ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGer, 02.02.2021, 5A_891/2018; BGer, 02.02.2021, 5A_104/2018 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); Konuya ilişkin bilgi için bkz. STOLL, Nr. 13 Bundesgericht, s. 223 vd.; SCHWIZER, s. 234 vd.; MEYER, s. 896 vd.; SCHWIZER/OERI, s. 5 vd.; AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, s. 254 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.

85 Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, E. 6.6.; BGer, 02.02.2021, 5A_891/2018, E. 4.5.; BGer, 09.02.2021, 5A_800/2019, E. 4.3. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023); SCHWIZER, s. 234 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 528; AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, s. 254 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 469; HAEFELI, s. 421 vd.; KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); BÜCHLER/CLAUSEN, s. 23 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 214 vd.; STOLL, Nr. 13 Bundesgericht, s. 223 vd.; MAIER/WALDNER-VONTOBEL, s. 872 vd.

86 Kararın tam metni için bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza%3A%2F%2F25-03-2022-5A_568-2021&lang=de&zoom=YES&type=show_document& (Erişim Tarihi: 02.02.2023).

tarihinde ortak konuttan ayrılmış ve Ekim 2012 tarihinde ayrı yaşamanın düzenlenmesi için mahkemeye başvurmuştur. A, 4 Temmuz 2014 tarihinde ise B'ye karşı boşanma davası açmıştır. Federal Mahkeme (*Bundesgericht*), 14.05.2018 tarih ve 5A_623/2017 sayılı kararıyla boşanmanın yan sonuçları (*Scheidungsnebenfolgen*) hakkında düzenleme yapmadan, taraflar hakkında boşanma kararı vermiştir.

19.03.2020 tarihinde Zürih Eyalet Mahkemesi (*Bezirksgericht*), boşanmanın yan sonuçlarını (eşlerin çocuğa bakımı, velayet, babanın çocuğa bakım süreleri, tarafların aile terapisine katılması gibi konuları, özellikle A'nın B ve C'ye karşı nafaka yükümlülüğünü) karara bağlamıştır. Eyalet Mahkemesi tarafından verilen boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin bu karar, A tarafından Zürih Kantonu İstinaf Mahkemesi'nde (*Obergericht*) temyiz edilmiştir. İstinaf Mahkemesi, 04.06.2021 tarihli vermiş olduğu kısmi kararla, A'nın temyiz talebini kısmen kabul etmiş ve boşanmanın yan sonuçlarını belirli noktalarda yeniden düzenlemiştir. İstinaf Mahkemesi, öncelikle kararında eşler arasındaki evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, taraflar yaklaşık üç yıl birlikte yaşadıkları, altı yıl ise ayrı yaşadıkları için evliliklerini kısa evlilik (*Kurzehe*) olarak nitelendirmiştir. Zira İsviçre yargısının evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olduğunu varsayılmasında, eşlerin fiilen birlikte yaşadıkları süre dikkate alınmaktadır.

Somut olayda davalının iddiaları, kızının doğumundan önceki ve sonraki iş faaliyetleri konusunda yoğunlaşmaktadır. Davalı, kızı doğduğunda 43 yaşındadır, kızı doğana kadar uzun süredir iş hayatında başarılı bir şekilde çalışmış ve iyi bir kazanca sahip olmuştur. Bu durum çocuğun doğumundan sonra da tespit edilemeyen kapsamda devam etmiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre, davalı çalışma hayatından tamamen soyutlanmadığı için, bu durum davalının evliliğe olan güveninin korunmasını gerektirmez. Ancak evlilikten sonra, davalı ve davalıya ait danışmanlık şirketi, davacının şirketlerine ekonomik anlamda daha fazla bağımlı bir hale gelmiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre, bu durum davalıda evliliğin devam edeceğine ilişkin bir güven yaratmıştır. Davalının davacıya olan ekonomik bağımlılığı, tarafların ayrılma kararı sonucunda davacının davalının yetkilerini elinden alması halinde daha da belirgin hale gelmiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre, davalının bekar bir anne olarak danışmanlık şirketini tekrar eski haline getirmesi mümkün görünmemektedir. İstinaf Mahkemesi, evliliği kısa süren bir evlilik olarak kabul etmesine rağmen, davalının evlilikten sonra davacıya ekonomik yönden bağımlı hale gelmesi ve bunun kaynağını evlilik olarak görmesi sebebiyle,

taraflar arasındaki evliliğin "*hayatı şekillendirici*" nitelikte olduğuna karar vermiştir. Netice itibarıyla İstinaf Mahkemesi'ne göre, nafakanın hesaplanmasında, evlilikteki son yaşam standardı göz önüne alınmalıdır.

Böylece İstinaf Mahkemesi'ne göre A, B'ye yoksulluk nafakası olarak boşanma kararının kesinleştiği günden itibaren 31.08.2024 tarihine kadar aylık 11.910 CHF (ortak çocukları C, ortaokula başlayana kadar olmak üzere) ödemelidir. Ayrıca A, okul düzeyi modeli uyarınca, C'nin ortaokula başladığı tarihten (01.09.2024), bittiği tarih 31.10.2027 tarihine kadar aylık 10.350 CHF iştirak nafakası ödemelidir. Bunlara ilaveten B'nin müşterek ev konutundan ayrılmasından itibaren en geç 2027 Ekim ayı sonuna kadar konut masrafları için aylık 4.800 CHF ve konut eşyası sigortası için aylık 350 CHF tutarında B'ye bir miktar daha ödeme yapması gerekmektedir. İstinaf Mahkemesi, tarafların tazminat taleplerini ise kabul etmemiştir. Bunun üzerine A, kısmi kararla verilen evlilik sonrası nafaka miktarına ve tazminata ilişkin İstinaf Mahkemesi kararının bozulması için İsviçre Federal Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur.

2. İsviçre Federal Mahkemesi İlgili Kararının Gerekçesinden Önemli Alıntılar

İlgili alıntılara, İsviçre Federal Mahkemesi kararının kendi hüküm numaralarına göre yer verilmiştir:

3.2.1. Davacının iddiaları şu şekildedir: Davacı, İstinaf Mahkemesi kararının Art. 125/Abs. 1 ve Abs. 2 ZGB'yi ihlal ettiğini savunmaktadır. Değerlendirme noktasında hakimin takdir yetkisi olmakla birlikte, bir evliliğin "*hayatı şekillendirici*" nitelikte olması için uzun süredir devam etmekte olması ve geleneksel rol dağılımının bulunması gerekmektedir. Somut durumda ise davacıya göre bahsi geçen özellikler bulunmamaktadır. Zira davalı, kızının doğumundan sonra doğum iznine rağmen çalışmaya devam etmiştir. Davalı, ekonomik bağımsızlığından evlilik veya çocuk için vazgeçmemiş ve kendini ev hanımı rolüyle sınırlamayı tercih etmemiştir. Dolayısıyla taraflar arasında geleneksel bir rol dağılımı bulunmamaktadır. Haklı olarak İstinaf Mahkemesi, tarafların kızları C.'nin doğumu sebebiyle evliliği hayatı şekillendirici olarak nitelendirmemiştir. İstinaf Mahkemesi'ne göre somut durumdaki evliliğin, hayatı şekillendirici nitelikte olmasının sebebi, kadının kocaya ekonomik bağımlılığıdır. Ancak İstinaf Mahkemesi'nin hayatı şekillendirici evlilik nitelendirmesinin kadının ekonomik bağımlılığından kaynaklandığı varsayımı hatalıdır. Zira davalı, çalışma hayatından asla vazgeçmemiştir. Nitekim davalının

kendi ifadesine göre, ayrılıktan sonraki iki yıl içerisinde davalının şirketini yeniden ayağa kaldırması mümkündür. Ayrılıktan sonra tekrar şirketini eski haline döndüremeyen davalı, kızı anaokuluna başladığında şirketiyle tekrar ilgilenebilmiştir. Bu nedenle davacı tarafından şirket yetkilerine son verilmesi davalının işi açısından geri dönülemez bir durum yaratmamaktadır. Her durum ve şartta, eşler arasında var olan ticari ilişki, eşlerin kişisel alanı ile karıştırılmamalıdır. Ayrıca iyi eğitimli, kalifiye bir ekonomist olarak davalı, iyi ücretli başka bir iş de bulabilirdi. Nitekim davalının, davacının 2011 yılında ortak konuttan ayrılması nedeniyle, evliliğin sürdürülebilirliğinden daha erken bir aşamada şüphe duyması için sebepleri meydana gelmiştir.

3.2.2. Davalı ise iddialarını şunlara dayandırmaktadır: Davalı, İstinaf Mahkemesi'nin somut durumu davacının yanlış beyanlarıyla hatalı tespit ettiğini ve bununla haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. İstinaf Mahkemesi'nin tespitinin aksine, davalı kızının doğumundan sonra sınırlı ölçüde çalıştığını ve çocuğa dışarıdan yardım almadan bizzat kendisinin baktığını iddia etmektedir. Ayrıca taraflar evlenmeden önce kendi evlerini satın almışlardır. Bu durum, davalıyı evlendikten sonra davacının şirketlerine ekonomik yönden bağımlı olması açısından daha da yönlendirici olmuştur. Bu nedenle davalıya göre, bu durum hayatı şekillendirici bir unsur olarak dikkate alınmalıdır. Kızının doğumu ve davacı tarafından tüm ticari ilişkilerinin sona erdirilmesi sonucunda davalı, Aralık 2012'ye kadar çalışmayı durdurmak zorunda kaldığını iddia etmektedir. O tarihlerde geçerli olan 10/16 kuralına göre, küçük bir çocuğu olan bir kadının (çocuk on yaşına gelene kadar) işe başlama zorunluluğu bulunmadığı için, davalı yeni bir iş aramamıştır. Çocuğa ilişkin bakım yükümlülüğü, davalının iş piyasasında uzun süre yokluğu ve şirketinin altyapı eksikliği sebebiyle davalı, ne şirketini yeniden eski haline getirebilmiş ne de başka bir işe girebilmiştir.

4.1. Hakim, nafakanın belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisine sahiptir. İçtihatlar, nafaka miktarının belirlenmesinde, evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olup olmadığını başlangıç noktası olarak alırlar. Hayatı şekillendirici nitelikte kabul edilen evliliklerde, evliliğin ve eşler arasındaki rol dağılımının devam edeceğine duyulan güven, hukuken korunmaya değerdir. Bu nedenle Art. 125/Abs. 1 ZGB, eşlerin evlilik birliğindeki son yaşam standardının korunmasına ve sürdürülmesine yöneliktir. Ancak eşlerin korunmaya değer bir güveninin varlığı somut durumda varsayılamamaktaysa, nafaka miktarının belirlenmesinde eşin evlilik öncesi standardı esas alınmalıdır. Sanki evlilik hiç yapılmamış gibi varsayılmalıdır.

4.2. Evliliğin hayatı şekillendirip şekillendirmediği olgusu, şalter görevi (*Kippschalter*) görmemelidir. Federal Mahkeme tarafından hayatı şekillendirici evliliğe ilişkin şimdiye kadar yapılan varsayımlar elbette dikkate alınmalıdır, ancak bunlar mutlak olarak görülmemelidir. Bunun yerine, Art. 125/Abs. 2 ZGB'de yer alan kriterler esas alınmalıdır. Ancak eşlerden biri, ortak bir yaşam için ev işleri ve çocuk bakımı nedeniyle ekonomik bağımsızlığından vazgeçmişse ve uzun süren evlilikten sonra eski mesleki statüsüne devam etmesi veya benzer bir ekonomik bağımsızlığını sağlayacak başka bir faaliyette bulunması kendisinden beklenemiyorsa, diğer eş ise bu rol paylaşımı sebebiyle kendi mesleki ilerlemesine konsantre olabilmişse, artık söz konusu durumda hayatı şekillendirici bir evliliğin olduğu kabul edilmelidir.

4.3. Evliliğin hayatı nasıl şekillendirdiği şu şekilde ifade edilmelidir:

4.3.1. Evlilik sırasında bir çocuk doğmuşsa, evliliğin hayatı biçimlendirdiği yönünde bir varsayım kabul edilmelidir. Ancak bunun aksi kanıtlanabilir. Davalı esas olarak, çocuğa bakımı bizzat kendisinin gerçekleştirmesi sebebiyle evliliğin hayatı şekillendirici olarak nitelendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Nafaka hukuku ile ilgili revizyondan beri, bir ebeveyn için çocukların bakımından doğan dezavantajlar öncelikle (Art. 276 ve 285 ZGB gereği) nafaka ile telafi edilmektedir. Somut durumda davacının buna ilişkin ödemekle yükümlü olduğu nafaka tartışmalı değildir. Boşanma neticesinde, çocuğa ilişkin gereksinimler, çocuğun velayeti veya himayesi kendisinde olmayan eş tarafından öncelikle devam eden çocuk bakım yükümlülüğü çerçevesinde karşılanmaya çalışılır. Böylece çocuğa ilişkin giderler, esas itibarıyla ebeveynin devam eden bakım yükümlülüğü ile ilgilidir. Eşlerin ortak çocuklarının varlığı, çocuk bakımından kaynaklanan dezavantajların, ne ölçüde evliliği hayat şekillendirici nitelikte kıldığının sorgulanması gerekebilir. Çocuğa bizzat bakan eş açısından meydana getirdiği dezavantajlar, hayatı şekillendiren evlilik ve evlilikteki yaşam standardından bağımsız olarak, Art. 125/Abs. 2, Ziff. 6 gereği karşılanmaktadır. Netice itibarıyla eşlerin müşterek çocuklarının varlığından, evliliğin hayatı şekillendirici niteliği hakkında sonuç çıkarmak artık mümkün değildir. Bu yüzden İstinaf Mahkemesi'nin kız çocuğunun doğumunu tek başına mevcut evliliğin hayatı şekillendirici niteliği için belirleyici ve bundan doğan güvenin korunması için bir kriter olarak görmemesi doğru bir yaklaşımdır.

4.3.2. Tarafların evliliği sadece birkaç yıl sürmüş ve ortak hayat çocuğun doğumundan kısa bir süre sonra sona erdirilmiştir. Davalının iddia ettiği

gibi, çocuğun doğumundan sonra eşler arasında geleneksel bir rol dağılımı olsa bile, çocuğun doğumundan itibaren fiili birliktelik bir yıldan kısa sürmüştür. Her iki eş de, çocuğun doğumu öncesi başarılı bir şekilde mesleki faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Çocuğun doğumundan sonraki dönemde geleneksel rol dağılımının benimsenmesi kısa bir zaman dilimini kapsadığı için, bu tek başına davalının çalışma hayatı üzerinde geri döndürülemez bir etki göstermez. Bu nedenle davalının sorumluluk paylaşımının devamına ilişkin güveni somut durumda korunmaya değer değildir. Ayrıca davalı tarafından iddia edilen evlilik öncesi ortak bir dairenin satın alınması da hiçbir şeyi değiştirmemektedir. Hayatı şekillendirici nitelikteki evlilik, sadece evlilik sırasında yaşanan rol modelinden kaynaklanmaz.

4.3.3. Hem İstinaf Mahkemesi hem de davalı mevcut evliliğin hayatı şekillendirici niteliği haiz olduğundan yanadır. Zira davalının şirketinin evlilik sırasında davacının şirketine ekonomik yönden bağımlı hale gelmesi, ayrılık sonrası davalının iş ilişkilerinin sona ermesi ve artık davalının eski mesleki statüsüne erişememesi söz konusudur. Ancak, davalının davacıya ekonomik yönden bağımlılığı evliliğin doğrudan veya gerekli bir sonucu değildir. Bu sonuç, daha ziyade eşler tarafından kişisel ilişkilerin yanı sıra, yakın ekonomik ilişkilere de girmeye karar verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Davalının şirketini, davacının şirketler grubuna bağımlı hale getirme kararı, evlilikten etkilenmiş ve hatta evlilik buna neden olmuş olabilir. Ancak davalının ekonomik bağımsızlığının zarar görmesi doğrudan evlilikle ilgili görünmemektedir. Netice itibarıyla, davalının bu ekonomik girişime ilişkin kararı, burada varlığı araştırılan hayatı şekillendirici evlilik hususunda dikkate alınamaz.

4.4. Özetle, davalı eşin ekonomik yönden eski haline dönebilmesinin çocuğa bakım yükümlülüğü sebebiyle zorlaşabileceği kabul edilmelidir. Ancak bu durum, evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte kabul edilmesi açısından önem arz etmemektedir. Evlilik sırasında kısa bir süre için rollerin kapsamının değişmesi ve kadının kocasına ekonomik yönden bağımlılığının artmasının belirleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Davacının da belirttiği gibi, davalı kendi iradesiyle ayrılıktan sonra işe geri dönmeye çalışmamış ve kendini tamamen çocuk bakımına adamaya karar vermiştir. Davalının evlilikten sonra herhangi kazanç sağlayıcı bir faaliyette bulunmama kararı, davalının kendi üzerine düşen çocuğa bakım yükümlülüğünden bağımsız olarak, kendi özgür seçiminden kaynaklanmaktadır. Bu şartlar göz önüne alındığında mahkemenin, bu hususta takdir yetkisi bulunmasına rağmen, evlili-

ğin hayatı şekillendirici nitelikte olduğu yönündeki kararı ve sonuç olarak nafaka miktarı hatalıdır. Dolayısıyla davacı tarafından Art. 125 ZGB'nin ihlal edildiği iddiası ve temyiz talebinin haklı olduğu kanıtlanmıştır.

5.1. Eğer somut durumda hayatı şekillendirici nitelikte bir evlilik bulunmamaktaysa, tarafların nafaka talebi evlilik öncesi yaşam standardına göre belirlenir. Bu durumda nafaka talebi, evlilik sanki hiç yapılmamış gibi, taraflar eski konumlarına getirilerek değerlendirilir. Dolayısıyla tarafların ancak evlilik sonrası dayanışma fikrinden kaynaklanan bir tür olumsuz zarar için tazminat talepleri söz konusu olabilir.

5.2. İstinaf Mahkemesi, evliliği hayatı şekillendirici nitelikte kabul ettiği için nafakanın hesaplanmasında mevcut evlilikteki yaşam standardını esas almış, evlilik öncesi koşulları göz ardı etmiştir. Bununla birlikte davacı, davalının nafaka talebinin, boşanma davası süresince yapılan ihtiyati düzenlemeye dayanarak, yapılan katkılar ile büyük ölçüde yerine getirildiğini düşünmektedir. Davalının kesin ayrılık tarihinden itibaren, kişinin kendi geçimini sağlama kapasitesini tamamen tüketmek zorunda olduğu içtihadı[87], kızlarına bakmakla yükümlü olan davalı açısından inkar edilemez bir şekilde geçerli değildir. Bu nedenle davacının bu iddiasına riayet edilemez. Davanın İstinaf Mahkemesi'ne geri gönderilmesi, yargılamanın uzaması ve davacının tüm bu yargılama süresi boyunca belirlenen nafakayı ödemekle yükümlü olması konusunda davacının iddiası belirleyici görünmemektedir. Ayrıca davacının, davalının aile konutunu ayrılıktan sonra bile ivazsız olarak mesken amaçlı kullanmasına izin vermesinin nafakayla bir ilgisi bulunmamaktadır.

5.3. Temyiz talebi kısmen kabul edilerek, temyiz konusu Zürih Kantonu İstinaf Mahkemesi 04.06.2021 tarihli kararının (evlilik sonrası nafakaya ilişkin olan) 1/11 ve 1/12a maddeleri bozmayı gerektirdiğinden ilgili dosyanın İstinaf Mahkemesi'ne bahsi geçen maddelerde tekrar karar verilmesi amacıyla geri gönderilmesine karar verilmiştir.

3. İlgili Kararın İsviçre Hukukuna Getirdiği Yenilikler

İsviçre kanun koyucusu, kanunda hayatı şekillendiren veya şekillendirmeyen evlilik gibi bir ayrıma yer vermemiştir. Kanunun böyle bir ayrıma yer vermemesi sebebiyle, İsviçre Federal Mahkemesi'nin günümüze kadar

---

[87] Konuya ilişkin mahkeme kararı için bkz. BGE 147 III 249 vd. <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

olan evliliğin hayatı şekillendirici niteliği hakkındaki kararları hiçbir zaman mutlak olmamış, sürekli değişkenlik göstermiştir[88].

İsviçre Federal Mahkemesi güncel kararına göre[89], artık nafaka alacaklısı eşin devam eden evliliğe olan güveninin korunması ve evlilikteki son yaşam standardının boşanma halinde de devamının sağlanması için, somut durumda özellikle ekonomik bağımsızlığı kalıcı bir biçimde kısıtlayan uzun süreli bir evliliğin varlığı arandığı görülmektedir. Somut olaydaki gibi evlilik sırasında kısa sayılabilecek bir zaman aralığında var olan geleneksel rol dağılımı veya kadının kocasına ekonomik yönden bağımlılığı evliliğin hayatı şekillendirici bir nitelik kazanabilmesi açısından etkili ve belirleyici olmamıştır. Zira Yüksek Mahkeme'ye göre, artık sadece geleneksel rol modelinin benimsenmesi hayatın şekillendiği varsayımını gerçekleştirmemektedir. Keza somut durumda eşler arasındaki geleneksel rol dağılımı zaten kısa sürelidir ve kişinin çalışma hayatına geri dönülemez zararlar veremez. Ayrıca nafaka talep eden eşin evlilik sebebiyle çalışma hayatına ilişkin vermiş olduğu kararlar, onun kendi kararıdır ve risklerine de kendisi katlanmalıdır.

Somut olayda İstinaf Mahkemesi, taraflar arasındaki evliliği, hayatı şekillendirici nitelikte varsaymıştır. Dolayısıyla nafakanın hesaplanmasında, kadının evlilikteki son yaşam standardı nazara alınmıştır. Zira evlenme tarihinden önce davalının şirketinin müşterileri bulunmaktadır; ancak evlenme tarihinden sonra davacının şirketi davalının şirketinin tek müşterisi haline gelmiştir. Bunun neticesinde mahkemeye göre davalı, davacıya ekonomik yönden bağımlı hale gelmiştir. Tarafların ayrılması ile birlikte ticari ilişkiler de sona ermiştir. Halihazırda tek müşterisi olan davacı ile ticari ilişkileri sona eren davalının şirket faaliyetlerini yeniden inşa etmesi İstinaf Mahkemesi'ne göre mümkün görünmemektedir. İstinaf Mahkemesi'nin kararının aksine İsviçre Federal Mahkemesi, somut olaydaki evliliği hayatı şekillendirici nitelikte görmemektedir. Yukarıda da bahsi geçtiği üzere, Federal Mahkeme'ye göre bir evliliğin hayatı şekillendirici olarak kabul edilmesi için

---

88 Karş. BGE 127 III 136 vd.; BGE 129 III 7 vd.; BGE 130 III 537 vd.; BGE 132 III 598 vd.; BGE 134 III 577 vd.; BGE 135 III 59 vd.; BGE 137 III 102 vd.; BGE 144 III 298 vd.; BGer, 03.11.2020, 5A_907/2018; BGer, 30.06.2020, 5A_641/2019; BGer, 04.08.2020, 5A_443/2019; BGer, 10.08.2020, 5A_67/2020 <https://swisslex.ch> (Erişim Tarihi: 03.01.2023).

89 Konuya ilişkin bilgi için bkz. FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; MAIER/WALDNER-VONTOBEL, s. 889 vd.; GEISER, Gedanken, s. 718 vd.; LUDIN, https://swissblawg.ch/2022/04/5a_568-2021-enge-auslegung-des-begriffs-der-lebenspraegenden-ehe-amtl-publ.html, (Erişim Tarihi: 26.12.2022); MEIER Philippe / HÄBERLI Thomas, "Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Januar bis April 2022)", **ZKE**, 2022, s. 218.

öncelikle mevcut evliliğin uzun sürmesi gerekmektedir. Ancak evlilik üç yılı fiilen birlikte ve altı yılı ayrı olmak üzere toplamda sadece dokuz yıl sürmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi, evliliğin on yıldan az sürmesi halinde hayatı şekillendirici olup olmadığını tespit ederken, yukarıda belirtilen bilgiler ışığında, eşlerin fiilen birlikte yaşadıkları zaman dilimini esas almaktadır. Fiilen üç yıl süren bir evlilik Yüksek Mahkeme'ye göre uzun süren bir evlilik değildir.

İsviçre hukukunda boşanmaya ilişkin hükümler kusur ilkesinden arındırılmıştır, boşanma sebepleri sadeleştirilmiş, esnetilmiş ve boşanma kolaylaştırılmıştır. Aslında Federal Mahkeme, evliliğe olan güvenin korunması için önce taraflar arasındaki evlilik birliğinin kendini kanıtlamasını beklemektedir. Nitekim kanun koyucu tarafından boşanmanın kolaylaştırıldığı bir ülkede, eşler boşanmak yerine evlilik birliğinin devamını sağlamaya çalışmışlarsa, bu durum korunmaya değer olmalıdır. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi için, sadece fiili birlikteliği üç yıl sürmüş bir evlilik, kendini kanıtlayamamış bir evliliktir. Bu yüzden davalının evliliğe olan güveninin korunması meşru görülmemektedir.

Ayrıca ilgili kararda görüldüğü üzere, hayatı şekillendirici nitelikte bir evliliğin varlığı daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Buna göre hayatı şekillendirici nitelikteki bir evliliğin varlığı için, somut durumda eşler geleneksel rol dağılımını benimsemeli, bir diğer ifadeyle nafaka alacaklısı eş ev işlerini yönetmeli ve çocukların bakım görevini üstlenmeli, nafaka talep eden eş kararlaştırılan bu rol dağılımı sebebiyle çalışma hayatından vazgeçmeli, nafaka alacaklısı eşin boşanma halinde eski mesleki pozisyona dönmesi veya benzer gelir getirici başka bir meslekte faaliyet göstermesi makul görülmemeli ve evlilik uzun süren bir evlilik olmalıdır. Ancak somut durumda, davalı mesleğinden tamamen kopmadığı, çocuğu doğduktan sonra dahi yarı zamanlı da olsa çalışmaya devam ettiği, evlilikleri kısa sürdüğü, geleneksel rol dağılımı sadece sınırlı bir zamanda geçerli olduğu için mevcut evliliğin hayatı şekillendirmediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme için davalı kendi geçimini, Okul Düzeyi Modeli doğrultusunda kendi sağlamalıdır. Yüksek Mahkeme için kişilerin tam zamanlı çalışması ana kuraldır. Bu kuraldan sapma, ancak okul düzeyi modelindeki oranlarla mümkündür. Bu oranların somut olaya uygulanması neticesinde halen kişinin kendi geçimini sağlaması makul görünmüyorsa, bu durumda sadece geçici nitelikte (geçiş süreci için) evlilik sonrası nafakaya hükmedilebilir. Bunun da sebebi, nafaka talep eden eşin yeniden çalışma hayatına entegre olmasını sağlamaktır. Zira

geleneksel rol modelini benimsemiş evliliklerde boşanma halinde yeni duruma uyum sağlama fırsatı verilmelidir. Bu da ancak gündelik hayatın parametrelerinin olabildiğince sabit kalmasıyla mümkün görülmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, ilgili kararında evliliğin hayatı şekillendirici nitelikte olmasını sağlayan varsayımların somut duruma mutlak olarak uygulanmasından vazgeçmiştir. Zira bu varsayımlar sürekli değişkenlik göstermektedir. Artık hayatı şekillendirici nitelikte evlilik kavramı, şalter görevi görmemelidir. Bu nedenle hayatı şekillendiren bir evlilik bile, artık otomatik olarak evlilik sonrası nafaka hakkına yol açmamaktadır. Bu kavram yerine, her bir münferit vakanın bireysel özellikleri ortaya çıkarılmalıdır. Nafaka talep eden eşin kendi geçimini sağlamak için çalışmasının makul olarak kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve ne ölçüde beklenebileceği Art. 125/Abs. 2 ZGB'de yer alan kriterler dikkate alınarak, münferit vakanın özelliklerine göre (yaş, sağlık durumu, eğitimi, kişisel yetenekleri, işgücü piyasası durumu gibi) değerlendirilmelidir. Dolayısıyla mahkeme tarafından nafakaya hükmedilip hükmedilmeyeceği, hükmedilecekse miktarı ve süresi, Federal Mahkeme'nin kararlarında şimdiye kadar yer alan varsayımlardan ziyade, Art. 125/Abs. 2 ZGB'de yer alan kriterler ışığında belirlenmelidir. Netice itibarıyla İsviçre Federal Mahkemesi, evlilik sonrası nafaka hakkındaki kararlarında varsayımlardan yola çıkmak yerine, günümüzde somut olay adaletini gerçekleştirmeyi amaçladığı göze çarpmaktadır[90].

Ayrıca Federal Mahkemesi, ilgili kararda yeni bir görüş ortaya atmıştır. Buna göre, bir evlilikte sadece çocuğun doğmuş olması, onu hayatı şekillendirici evlilik olarak nitelendirilmesini sağlamamalıdır. İsviçre Nafaka hukukunun revizyonu sebebiyle, boşanma sonucunda çocuğun nafakası evlilik sonrası nafaka ile değil, ebeveynlerin devam eden bakım yükümlülüğü (*Betreuungsunterhalt*) ile karşılanmalıdır[91]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararlarında ortak çocuğun bulunması hayatı şekillendirici nitelikte bir evliliğin varlığına delalet ederken, somut olaya ilişkin kararında olduğu gibi, güncel kararları tek başına ortak çocuğun bulunmasını yeterli görmemektedir. Somut durumda ne uzun süren bir evlilik ne de evlilik sebebiyle nafaka talep eden eşin ekonomik bağımsızlığını tamamen kaybetmesi söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre davalının Okul Düzeyi Modeli uya-

---

[90] AFFOLTER, s. 839 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; GEISER, Die Ehe, s. 695; HAEFELI, s. 421 vd.

[91] GEISER, Die Ehe, s. 694; STOLL, Sind die Tage, s. 215 vd.

rınca çalışması kendisinden beklenmektedir. Somut durumda Federal Mahkeme'ye göre kısa süren bir evlilik söz konusudur ve tarafların sadece ortak çocuklarının olması kısa süren bir evliliğin hayatı şekillendirici bir evlilik olarak nitelendirilmesine yol açmaz.

Yüksek Mahkeme'ye göre, davalının şirketinin evlilikten sonra neredeyse tamamen davacının şirketler grubuna bağlı olması ve bunun neticesinde davalının ekonomik bağımlılığının doğması evlilikten kaynaklanmamaktadır. Aksine tarafların kişisel ilişkilerinin yanı sıra birlikte ekonomik ilişkilere de girmek istemesinden kaynaklanmıştır. Ekonomik hayattaki riskler, girişimcilere aittir. Bu riskler arasında ekonomik ilişkilerin sona erme ihtimali de bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflar basiretli davranmalı ve bunu önceden öngörebilmelidir. Ekonomik ilişkilerin sona ermesi aile hukukunun konusu değildir ve ona ait kurallarla çözümlenmez. Netice itibarıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararıyla, artık İsviçre Aile hukukunda eşin evlilik sebebiyle mesleğinden vazgeçme kararı tek başına nafaka hakkı sağlamamaktadır. Geleneksel rol dağılımını benimseyen ve çalışma hayatından kendini soyutlayan herkes, bu yaşam planının sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Böyle bir durumda, evliliğin sona emesinden sonra tekrar çalışma hayatına entegre olma amacıyla sadece geçici süreli bir nafaka ödenmesi söz konusu olabilir. Evlilik sonrası nafaka, yıllardır doktrinin de ifade ettiği gibi[92], hiç bir zaman geçim kaynağı görevi görmemelidir. Oysa Türk hukukunda nafakaya süresiz olarak hükmedilmesi, onu geçim kaynağı haline getirmektedir. Yoksulluk nafakasının özellikle süresiz olma özelliği hakkaniyete aykırılığa yol açabileceği cihetiyle halen doktrinde eleştirilmektedir[93]. Zira yoksulluk nafakasının esasen süresiz olması, nafaka talep etmeye hak kazanan eşin hayat boyu çalışmamasına, çalışmakla birlikte kayıt dışı (sigortasız) çalışmasına, yeni bir evlilik yapmaktan kaçınmasına veya fiilen evli gibi yaşanmasına rağmen bunun gizlenmesine sebep olabilmektedir. Ayrıca evlilik kısa sürmüşse ve ortak çocuk da doğmamışsa bu durumda nafakaya hükmedilmesi nafaka yükümlüsü açısından hakkaniyetli görülmemektedir.

---

92 HAEFELI, s. 419 vd.; GEISER, Die Ehe, s. 689 vd.; FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; HAEFELI, s. 421 vd.; AFFOLTER, s. 840 vd.

93 Konuya ilişkin bilgi için bkz. BURCUOĞLU, s. 7 vd.; DEMİRBAŞ, s. 229 vd.; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, s. 41 vd.; YAĞCI, s. 334 vd.; ŞAHİN, s. 83 vd.; KOCABAŞ, s. 367 vd.; KALENDER, s. 241 vd.; DEMİR, s. 63 vd.; YILDIRIM, s. 82 vd.; KULAKLI Emrah, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2018, s. 263 vd.; AKİPEK ÖCAL, s. 206 vd.; RUHİ, s. 49.

Çoğu zaman mesleki başarı ve bunun sonucu olarak ekonomik yönden iyi durumda bulunmak, kişinin eğitimi, niteliği ve yetenekleri gibi kişisel faktörlere bağlıdır. Evlilik sırasında eşler arasında geleneksel bir rol paylaşımı yapılmışsa, bu sayede eşlerden biri (çoğu zaman erkek eş) mesleğine konsantre olabilmişse, evlilik sırasında eve gelir getiren kişinin kazancına ortak olması hakkaniyetlidir. Ancak evlilik sona erdikten sonra eski eş, artık bu gelirin elde edilmesine katkıda bulunmamaktadır. Dolayısıyla boşanma neticesinde de kazanca ortak olmaya devam etmesi hakkaniyetli görülmemektedir. Böyle bir durumda, çalışma hayatından geri kalan eşin, tekrar kendi kendine yetebilmesine kadar, geçici nitelikte bir katkının gerçekleştirilmesi daha makuldür[94].

İlgili kararda Federal Mahkeme, davalının Okul Seviyesi Modeli çerçevesinde çalışmasının makul olduğu konusunda, tıpkı eski kararlarında olduğu gibi, hem fikirdir. Bir diğer ifadeyle, sadece bu noktada önceki kararları doğrultusunda bir karar vermiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, nafaka talep eden eşin, boşanma tarihinde 45 yaşın üstünde olmasını kararına esas almamıştır. Nitekim eski kararlarına nazaran, artık yaş sadece Art. 125/Abs. 2, Ziff. 6 ZGB'den ibarettir, bir diğer ifadeyle özel bir anlamı yoktur. Bunun yerine nafaka talep eden kişinin yaşından yola çıkarak çalışmasının makul olup olmadığını değerlendirmek yerine, somut olayın özellikleri ışığında değerlendirme yapmak daha hakkaniyetlidir.

Federal Mahkeme'ye göre[95], somut durumdaki gibi, bir evliliğin hayatı şekillendirmediği hallerde, nafakanın ne ölçüde menfi (olumsuz) zarar (*das negative Interesse*) doğrultusunda karşılanacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Burada menfi zarar, evliliğin yol açtığı zararların (*Heiratsschaden*) tazmini amacını taşımaktadır. Bu doğrultuda sanki evlilik hiç yapılmamış gibi, eş evlilik öncesi ekonomik durumuna getirilmelidir. Ancak mahkemeye göre, mevcut evlilik hayatı şekillendirici nitelikte ise boşanma halinde eşin müspet (olumlu) menfaati (*das positive Interesse*) korunmalıdır. Burada müspet zarar, boşanmanın yol açtığı zararların (*Scheidungsschaden*) tazmini amacını taşımaktadır. Bu tür evliliklerde, nafaka talep eden eşin, eşlerin birlikte yaşadıkları süre boyunca elde ettikleri yaşam standardının devamına olan güveni korunmalıdır ve bu doğrultuda eş, evlilik birliğindeki son yaşam standardına getirilmelidir[96].

---

94 HAEFELI, s. 419 vd.; MAIER, s. 1286 vd.; GEISER, Die Ehe, s. 689 vd.

95 Konuya ilişkin bilgi için bkz. GEISER, Die Ehe, s. 694; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 192 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.

96 GEISER, Die Ehe, s. 694; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 192 vd.; STOLL, Sind die Tage, s. 213 vd.; AFFOLTER, s. 839; MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2), s. 541 vd.

Özetle, Federal Mahkeme'nin bu kararıyla aile hukukunda evliliğin özellikle kadın için sosyal koruması büyük ölçüde kaldırılmıştır. İsviçre boşanma hukukunun revize edilmesiyle birlikte evlilik kurumu, artık ömür boyu süren bir bağ değil, tek taraflı da sona erdirilebilen bir sözleşme ilişkisi olarak görülmektedir. Netice itibarıyla, evlilik yoluyla kazanılan sosyal statüyü koruyabilme, buna uygun yaşam standardını ömür boyunca sürdürebilme ve buna duyulan güven artık hukuken korunmamaktadır. Okul Seviyesi Modeli çerçevesinde eşlerin çalışması her zaman makuldür ve beklenir. Artık İsviçre hukukunda nafakanın hesaplanmasında şimdiye kadar önemli rol oynayan yaşam standardının belirlenmesinde "*hayatı şekillendirici*" nitelikte evlilik kriteri önemini yitirmiş olarak görülmektedir. Ayrıca ortak çocuğun olması da tek başına belirli bir yaşam standardına olan güvenin korunması açısından bir neden olarak kabul edilmemektedir[97]. Kısacası "*evlilik artık bir hayat sigortası değildir*" ve olmamalıdır[98]. İsviçre Federal Mahkemesi, artık özellikle kadınları çalışma hayatına itmektedir[99].

SONUÇ

İsviçre gibi gelişmiş ülkelerde, çalışma hayatında kadın istihdamını artırma, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı kanuni düzenlemeleri değiştirme, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin maaşları eşitleme gibi politikalar, toplumun en küçük yapı taşı olan aile kurumunu da etkisi altına almıştır. Özellikle Anglo Amerikan hukuk sistemi kaynaklı "*Clean Break*" ilkesinin aile hukukunda benimsenmesiyle birlikte, içtihatlar bu yönde şekillenmeye başlamıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun anılan revizyonundan sonraki kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi ilk başta köklerinden tamamen ayrılmak istememiştir. Bu yüzden "*hayatı şekillendirici evlilik*" kavramına ilgili kararlarında başlarda sıkı sıkıya bağlı kalmıştır. Çoğunlukla kararlarında, kendi geliştirdiği hayatı şekillendirici evlilik varsayımının temel taşlarını somut olayda aramış ve bu sorunun cevabına göre nafakaya hükmetmiştir. Zira mahkemeye göre, evlilikteki yaşam standardına olan güvenin korunması evliliğin hayatı şekillendirmesine bağlıdır. Ancak zamanla Yüksek Mahke-

---

97 FOLLPRACHT-WIETLISBACH, s. 470; GEISER, Die Ehe, s. 695; HAEFELI, s. 421 vd.; AFFOLTER, s. 840 vd.

98 GEISER, Die Ehe, s. 689 vd.; GEISER, Gedanken, s. 714 vd.; HAEFELI, s. 418 vd.

99 GEISER, Die Ehe, s. 689 vd.; ALDER, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022); KÄLIN, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

me, hayatı şekillendirici evliliğin tek başına nafakaya hükmedebilmek için yeterli olmadığını, bunun bir "*anahtar*" görevi görmemesi gerektiğine, aksine evliliğin hayatı şekillendirip şekillendirmediğini her somut olayın özelliklerine göre Art. 125/Abs. 2 ZGB'de yer alan kriterler çerçevesinde tartmak gerektiğine karar vermiştir. Somut olay adaletine vurgu yapan Federal Mahkeme, son kararlarında bu varsayımın son şeklini vermekten yine de vazgeçmemiştir. Buna göre, bir evliliğin hayatı şekillendirdiği gerçeğinin kabulü için, öncelikle uzun bir evlilik söz konusu olmalıdır, bu evlilikte geleneksel rol dağılımı benimsenmelidir, kadın eş çalışma hayatından ev işleri ve çocuk bakımı sebebiyle kendini soyutlarken, erkek eş bu destekle mesleğine odaklanabilmelidir, boşanma halinde kadının bu rol paylaşımı sebebiyle iş hayatına yeniden entegre olabilmesi kendisinden beklenilemez olmalıdır. Dolayısıyla artık bir evliliğin hayatı şekillendirebilmesi için, ortak çocuğun bulunması veya eşin evlilik sebebiyle kültüründen koparılmış olması tek başına yeterli kabul edilmemektedir. Netice itibarıyla, hayatı şekillendirici evlilik kavramının kapsamı oldukça daraltılmıştır. Bunun sonucu olarak da İsviçre yargısında evlilik sonrası nafakaya hükmetmek, artık istisnai bir durumdan ibarettir. Nitekim bu doğrultuda aile mahkemelerinin evlilik sonrası nafakaya hükmetme oranlarının çok düştüğü görülmektedir. Zaten hükmedilen nafakalar da, daha çok hayatı şekillendirici nitelikteki evliliklerin sona ermesinden sonra eşlerin (özellikle kadının) çalışma hayatına yeniden entegre olabilmesi için gereken geçiş süreci için verilmektedir. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi yeni kararlarında, herkesin boşandıktan sonra, hatta evlilik birliğinin tekrardan kurulma olasılığının düşük olduğu ayrı yaşama hallerinde dahi, kendi geçimini sağlaması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Artık evlilik sonrası dayanışma ilkesi yerini, kişinin kendi geçimini sağlaması gerektiği ilkesine bırakmıştır. Böylece çalışmamızdaki güncel kararda da görüldüğü üzere, özellikle kadınların evlilik sebebiyle çalışma hayatından çekilmesi onların kendi kararıdır ve risklerine de kendileri katlanmalıdır. Nitekim yukarıda anılan "*10/16 Kuralı*" yerine "*Okul Düzeyi Modeli*"nin yeni kararlarında benimsenmesi bunun en güzel örneğidir. Yüksek Mahkeme, artık kadınların çocuk bakımını sebep göstererek çalışmamalarını bir dereceye kadar haklı görmektedir. Böylece çocuk, en geç anaokul çağına geldikten sonra kadının çalışmaması makul görülmemektedir. Sağlıklı, eğitimli, ilgili ulusal dili konuşabilen, emeklilik yaşına ulaşmamış herkesin kendi geçimini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Keza eski kararlarında yaş (45 yaş) konusuna özel önem veren Federal Mahkeme, yeni kararlarında yaşa ilişkin bir sınırlama yapmaktan da kaçınmakta, münferit vaka-

daki özelliklere yoğunlaşmaktadır. Ayrıca yıllarca faklı uygulamalara ev sahipliği yapmış kanton mahkemelerinin nafaka hesaplama yöntemlerine ilişkin de bir standart getirmeye çalışan Yüksek Mahkemeye göre, tüm nafaka talepleri "*çift aşamalı (soyut) yöntem*" uyarınca hesaplanmalıdır. Her ne kadar doktrin, bu yöntemin de her somut olaya uygulanmasının adil sonuçlar yaratmayacağı konusunda eleştiri getirse de, homojen bir uygulama konusunda Federal Mahkeme kesin kararlı görünmektedir.

İsviçre yargı kararlarında yoksulluk nafakasına ilişkin olarak meydana gelen bu denli gelişim ve değişime karşın, Türk hukukunda gerek yargı kararlarında gerekse kanuni düzenlemelerde, doktrindeki onca eleştiriye rağmen, henüz köklü bir gelişim ve değişime rastlanılmamaktadır. Halen hukukumuzda, 1998 yılında mülga Türk Medenisi'nde yapılan ve halen kanunumuzda varlığını sürdürmekte olan "*anlaşmaya dayalı boşanma*" ve "*fiili ayrılık nedeniyle boşanma sebepleri*" dışında boşanmaya ilişkin kurulu düzen bozulmamış ve boşanma sistemi ve uzantısı yoksulluk nafakası 1926 yılından beri mevcut yapısını korumuştur. Her ne kadar mevcut durumda evlilik sonrası dayanışma ilkesinden tamamen vazgeçilmesi beklenemese de, en azından eşlerin kendi geçimlerini sağlamak adına makul çaba göstermesinin gerekli olduğunu öngören bir sisteme yaklaşılmalıdır. Ancak tıpkı İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle kadını özgürleştiren, güçlendiren ve onu kendi ayaklarının üzerinde durmaya iten bu kararlara benzer mahkeme kararlarının bir gün ülkemizde de görülebilmesi için elbette sosyal devlet anlayışına uygun bir biçimde kanuni, ekonomik ve sosyal altyapının devlet tarafından oluşturulması şarttır. Aksi halde güncel İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını doğrudan hukukumuza uygulamak, önemli toplumsal, ekonomik ve hukuki sorunlara yol açacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

Abs. : Absatz
AG : Aktiengesellschaft
AJP : Aktuelle Juristische Praxis
Art. : Artikel
BGE : Bundesgerichts-Entscheidungen (Schweiz)
BGer : Bundesgericht (Schweiz)
FamPra.ch : Die Praxis des Familienrechts
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
CHF : İsviçre Frangı
E. : Esas
E. : Erwägung (BGE)
Hrsg. : Herausgeber
i.S. : in Sachen
K. : Karar
Karş. : Karşılaştırınız
m. : madde
Rn. : Randnummer
S. : Sayı
s. : sayfa
SJZ : Schweizerische Juristen-Zeitung
T. : Tarih
TMK : Türk Medeni Kanunu
vd. : ve devamı
Y. : Yıl
YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB : Zivilgesetzbuch
ZKE : Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz

KAYNAKÇA

AESCHLIMANN Sabine / BÄHLER Daniel / SCHWEIGHAUSER Jonas / STOLL Diego, "Berechnung des Kindesunterhalts-Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019", **FamPra.ch**, 2021, s. 251-285.

AFFOLTER Michael, "Das hypothetische Einkommen im Familienrecht-ein Überblick 2020", **AJP**, 2020, s. 833-846.

ALDER Kathrin, "Sicherer Hafen? Die Ehe ist für Frauen keine Lebensversicherungmehr", 2021, https://www.nzz.ch/schweiz/bundesgericht-die-ehe-ist-fuer-frauen-keine-lebensversicherung-ld.1606120?reduced=true, (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

AKİPEK ÖCAL Şebnem, "Yoksulluk Nafakası", **Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri,** (Editör: Tuğçe Tuzcuoğlu / A. Hulki Cihan), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 203-212.

BURCUOĞLU Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2018, s. 1-12.

BÜCHLER Andrea / RAVEANE Zeno, **Scheidung, Band I: ZGB, Kommentar zum Familienrecht,** (Hrsg.: Roland Fankhauser / Ingeborg Schwenzer), 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022.

BÜCHLER Andrea / CLAUSEN Sandro, "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", **FamPra.ch**, 2015, s. 1-40.

DEMİR Mecit, **Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

DEMİRBAŞ Ali, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2018, s. 219-235.

DURGUN ARSLAN Çisil, "Boşanma Sebeplerinden Kusur Esasının Kaldırılmasına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yaklaşımlar", **Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu**, (Editör: Gökhan Antalya), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 121-139.

ERDEM Mehmet / MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

FANKHAUSER Roland, "Steht das Ende der 45-Jahr-Regel bevor?", **FamPra.ch**, 2014, s. 150-158.

FOLLPRACHT-WIETLISBACH Stephanie, "Das neue Unterhaltsrecht", **Anwaltsrevue**, 2021, s. 469-472.

GEISER Thomas, "Die Ehe als Lebensversicherung?", **AJP**, 2022, s. 689-695. (GEISER, Die Ehe)

GEISER Thomas, "Gedanken zu Entwicklungen im Unterhaltrecht", **AJP**, 2021, s. 714-719. (GEISER, Gedanken)

GEISER Thomas, "Rechtsprechungspanorama Eherecht", **AJP**, 2020, s. 104-115. (GEISER, Rechtsprechungspanorama)

HAEFELI Fulvio, "Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell", **SJZ**, C. 112, 2016, s. 417-423.

HAUSHEER Heinz / GEISER Thomas / AEBI-MÜLLER Regina E., **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, Konkubinat)**, 7. Vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2022.

HERMANN Tanja / HOCHSTEIN Lars, "Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht", **Der Familienprozess**, (Hrsg.: Alexandra Jungo / Christiana Fountoulakis), Schulthess Juristische Medien AG, s. 199-224.

HURNI Nora, "Ehelicher Standard als absolute Obergrenze?", **FamPra.ch**, 2020, s. 119-125.

JUNGO Alexandra, "Beweis der nachehelichen Unterhaltsforderung -oder: wer trägt die Beweislast für die (fehlende) Sparquate?", **FamPra.ch**, 2020, s. 939-950.

JUNGO Alexandra / AEBI-MÜLLER Regina Elisabeth / SCHWEIGHAUSER Jonas, "Der Betreuungsunterhalt", **FamPra.ch**, 2017, s. 163-197.

KAÇAK Nazif, **Açıklamalı ve İçtihatlı Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

KALENDER Ahmet, **Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

KÄLIN Kari, "Männer müssen nach der Scheidung weniger Unterhalt bezahlen-das Bundesgericht drängt die Hausfrauen in den Arbeitsmarkt", 2021, https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/das-bundesgericht-schickt-hausfrauen-auf-stellensuche-ld.2112853, (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

KOCABAŞ Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, S. 1, Y. 2013, s. 357-391.

KULAKLI Emrah, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2018, s. 237-268.

LUDIN Jean Michel, "5A_568/2021: Enge Auslegung des Begriffs der lebensprägenden Ehe", 2022, https://www.swissblawg.ch/2022/04/5a_568-2021-enge-auslegung-des-begriffs-der-lebenspraegenden-ehe-amtl-publ.html, (E.T. 26.12.2022).

MAIER Philipp, "Berechnung ehelicher und nachehelicher Unterhaltsbeiträge", **AJP**, 2020, s. 1276-1301.

MAIER Philipp / WALDNER-VONTOBEL Andrea, "Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht aus der Perspektive des erstintanzlichen Gerichts", **FamPra.ch**, 2021, s. 871-895.

MEIER Philippe / HÄBERLI Thomas, "Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Januar bis April 2022)", **ZKE**, 2022, s. 205-235.

MEYER Karin, "Unterhaltsberechnung: Ist jetzt alles klar?", **FamPra.ch**, 2021, s. 896-912.

MORDASINI-ROHNER Claudia Maria / STOLL Diego, "Die Praxisänderungen im (nach-) ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand (1/2)", **FamPra.ch**, 2021, s. 527-547. (MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (1/2))

MORDASINI-ROHNER Claudia Maria / STOLL Diego, "Die Praxisänderungen im (nach-) ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand (2/2)", **FamPra.ch**, 2021, s. 548-568. (MORDASINI-ROHNER/STOLL, Prüfstand (2/2))

ÖZDEMİR Gençer, "Yoksulluk Nafakası Kavramı ve Süresiz Yoksulluk Nafakası Tartışması", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 27, Y. 2020, s. 25-51. (ÖZDEMİR Gençer)

ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", **Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu**, (Editör: Yasemin Güllüoğlu Altun), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 23-42. (ÖZDEMİR Hayrunnisa)

RUHİ Ahmet Cemal, **Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlamlarının Tenfizi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

SCHWENZER Ingeborg, "Das Clean Break Prinzip im nachehelichen Vermögensrecht", **FamPra.ch**, 2000, s. 609-627.

SCHWIZER Angelo, "Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_311/2019 vom 11. November 2020 (zur Publikation vorgesehen), a. gegen B., Entscheidung (Kindesunterhalt von C.)", **AJP**, 2021, s. 234-243.

SCHWIZER Angelo / DELLA VALLE Salvatore, "Kindesunterhalt und Vorsorgeausgleich", **AJP**, 2016, s. 1589-1602.

SCHWIZER Angelo / OERI Hans Peter, "Neues Unterhaltsrecht?", **AJP**, 2022, s. 3-17.

STOLL Diego, "Nr. 13 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 11. November 2020 i.S.A gegen B.-5A_311/2019", **FamPra.ch**, 2021, s. 200-230. (STOLL, Nr. 13 Bundesgericht)

STOLL Diego, "Sind die Tage des nachehelichen Unterhalts gezählt?", **recht**, 2022, s. 213-218. (STOLL, Sind die Tage)

ŞAHİN Mustafa, "Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK. m. 175-ZGB m. 125)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, C. 21, S. 3, Y. 2017, s. 75-107.

ŞIPKA Şükran, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 15-20.

YAĞCI Kürşad, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 1, Y. 2018, s. 323-358.

YILDIRIM Abdulkerim, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 157, Y. 2016, s. 59-88.

YÜKSEL Reyhani, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu", **Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Y. 2021, s. 485-509.

Diğer Kaynaklar

https://www.aargauerzeitung.ch

https://www.bger.ch

http://www.dergipark.org.tr

https://www.nzz.ch

https://swissblawg.ch

https://swisslex.ch

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 681-712

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÜNCEL KARARLARI İLE 7421 SAYILI KANUN İLE KAMULAŞTIRMA KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMAYA DAİR YENİ BİR YAKLAŞIM(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Münevver Kübra BAKIRCI**(**)

Öz: Kamulaştırmasız elatma, idareler tarafından gerçekleştirilen ve malikin mülkiyet hakkından yoksun kalması sonucunu doğuran hukuka aykırı bir uygulamadır. Hukuk devleti ilkesi ile hiçbir hal ve şartta bağdaşmayan bu uygulama Türkiye'de sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. İdareleri bu tür uygulamalardan dolayı sorumlu tutan binlerce yargı kararı bulunmaktadır. Buna rağmen idareler, kamulaştırmasız elatma şeklindeki mülkiyet hakkına haksız müdahaleleri sürdürmektedir. Durum böyle olunca, öyle bir yaklaşım geliştirilmelidir ki, hukuka aykırı bu uygulamaların gerçekleşmesi engellenebilsin. Süreç içerisinde yargı kararlarında ve kanuni düzenlemelerde yapılan değişiklikler dikkat çekmektedir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırmasız elatmaya dayalı davalardaki yargılama giderleri ile ilgili 28.7.2022 tarihli bireysel başvuru kararı (*Kübra Yıldız ve Diğerleri*) ile Harçlar Kanunu'nun 28/1-a ile 32. maddelerini kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davaları için iptal eden 2022/61 E., 2022/101 K. ve 8.9.2022 tarihli kararı ve 7421 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 ve ek madde 4 hükümlerindeki değişiklikler incelenmekte ve kamulaştırmasız elatmaya dair mevcut yaklaşımda nasıl bir değişime yol açtıkları değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırmasız Elatma, Fiili Elatma, Hukuki Elatma, Kamulaştırma Kanunu, Yargılama Giderleri, Adli Yargı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 13.06.2023.

(**) Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-5867-2382; *mkbakirci@fsm.edu.tr*).

A NEW APPROACH TO CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION IN LIGHT OF AMENDMENTS MADE TO THE LAW OF EXPROPRIATION WITH LAW NO 7421 AND THE CURRENT JUDGEMENTS OF CONSTITUTIONAL COURT

Abstract: Confiscation without expropriation is an unlawful practice that is carried out by the administrations that results in the owner's ownership right being deprived. This practice, which completely contradicts constitutional state, is common in Turkey. There are thousands of the judicial judgements that hold the administrations accountable for these kinds of practices. Nevertheless, the administrations have continued to engage in unlawful interferences with ownership rights in the form of confiscation without expropriation. We need to devise a strategy to put an end to these unlawful practices. The changes in the judicial judgements and legal regulations are noteworthy during the process. In this study, the Constitutional Court's judgement on 28 July 2022 of related to litigation expenses in the cases of confiscation without expropriation (*Kubra Yildiz and Others*) and the Constitutional Court's judgement on 8 September 2022 (2022/61 B., 2022/101 D.), which annulled Articles 28/1-a and 32 of the Law of Fees in terms of the price cases due to confiscation without expropriation, are reviewed and it is evaluated how the process caused changes in the current strategy.

Keywords: Confuscation Without Expropriation, De Facto Seizure, Statutory Seizure, The Law of Expropriation, Litigation Expenses, Judicial Judgment.

GİRİŞ

Kamulaştırmasız elatma olarak isimlendirdiğimiz uygulama, Türkiye'de çok sıklıkla karşımıza çıkan bir uyuşmazlık kaynağıdır. Bu uyuşmazlığı diğer hukuki uyuşmazlıklardan ayıran temel özelliklerinin başında, hukuk devleti ilkesi gereği hukuka bağlı olması gereken idareler tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı bir eylem/işlem olmasıdır. Pek çok alanda farklı görünümler ile karşımıza çıkabilen kamulaştırmasız elatmanın tanımı, hukuki niteliği ve bu çerçevede sonuçları ile ilgili çeşitli doktriner görüşler ve yargısal kararlar bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2004/555 E., 2005/17 K., 2.2.2005 T. kararı ile başlayan süreçte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. Kararı, konuyu teorik açıdan detaylı şekilde gerekçelendirerek, yeni tartışmalara yol açmıştır. İdarenin eylemli şekilde elatarak taşınmazın tamamen veya

kısmen kullanılmasına engel olması ile imar uygulamasının gereğini yapmamak suretiyle taşınmazın tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olması arasında sonucu itibariyle bir fark bulunmadığı, her ikisinin de kişinin mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran kamulaştırmasız el koyma olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki bu kararlar ile kamulaştırmasız elatmanın tanımı, hukuki niteliği ve özelde de hukuki elatma olarak isimlendirilen uyuşmazlığın hangi yargı kolu nezdinde çözümleneceği hakkında yoğun tartışmalar başlamıştır. Kamulaştırmasız elatma olgusunu geniş bir perspektiften ele aldığımız doktora çalışmamızda konuya dair kanaatlerimizi bir model önerisi geliştirmek suretiyle sunmuştuk[1]. Süreç içerisinde sunduğumuz görüşler ve öneriler doğrultusunda yargı kararlarının verildiği ve kanuni gelişmelerin yaşandığı gözlemlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 2018/32734 başvuru numaralı *Kübra Yıldız ve Diğerleri* bireysel başvurusu üzerine verdiği 28.7.2022 tarihli kararı ile 2022/61 E., 2022/101 K. ve 8.9.2022 tarihli iptal kararı kamulaştırmasız elatma davaları için önemli bir gelişmedir. Bu kararlar sonrasında 7421 sayılı Kanun[2] ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'ye eklenen "*Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür.*" ifadesi ile imar planındaki tahsislerin gereğinin yapılmaması sonucu ortaya çıkan hukuki elatmadan kaynaklı taşınmaz bedeline ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği kanuni dayanağa kavuşmuştur. Aynı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na eklenen ek madde 4 de Kamulaştırma Kanunu kapsamında açılan davalarda verilen bedel ve tazminat kararlarına ilişkin mahkeme ve icra harçlarının davalı idare tarafından ödenmek üzere maktu olarak belirleneceğini içermektedir. Bütün bu gelişmeler kamulaştırmasız elatma ile ilgili uyuşmazlıklar için yerleşik kanaatte derin bir bakış açısı farklılığı anlamına gelmektedir. Bu değişikliklerin değerlendirilmesi bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları ve Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile idare eliyle gerçekleştirilen açık hukuka aykırılık içeren kamulaştırmasız elatma sorunsalına karşı nasıl bir yaklaşım geliştirildiğinin değerlendirilmesi de gerekir. Bu çerçevede öncelikle güncel gelişmeler de dikkate alınmak suretiyle kamulaştırmasız elatmanın tanımı, hukuki niteliği ile hüküm ve sonuçları ele alın-

---

1 Bkz. Münevver Kübra Bakırcı, **Kamulaştırmasız Elatma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 358-365.

2 RG T. 26.11.2022, S. 32025. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

mıştır. Devamında ise kamulaştırmasız elatmaya dair güncel gelişmeler değerlendirilmiştir. Bu çalışma, kamulaştırmasız elatma sorunsalının yaşanmadığı, mülkiyet hakkının ancak ve ancak hukuk devleti ilkesine uygun, kanunun izin verdiği ölçüde sınırlandırıldığı bir idari işleyişin gerçekleşmesine hizmet etmeyi amaçlamaktadır.

I. KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA KAVRAMININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Kamulaştırmasız Elatmanın Tanımı

Kamulaştırmasız elatma kavramı[3], kapsamı ile ilgili çeşitli yaklaşımları da ortaya koyacak şekilde pek çok farklı tanımlamaya konu olmuştur. Ancak kavramın tanımlanmasından önce kavramsal tercihimizle ilgili bir izahat

---

[3] Ele alacağımız konu ile ilgili olarak literatürde farklı kavramlar (fiili kamulaştırma, dolaylı/dolayısıyla kamulaştırma gibi) kullanılmakla birlikte yerleşik ve kapsayıcı olma özelliği sebebiyle kamulaştırmasız elatma kavramı tercih edilmiştir. Kavram tercihleri için bkz. M. Kemal Oğuzman, "Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İçtihadı Gerektiren Bir Durum), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XIX, Y. 1953, S. 3-4, s. 809, 812, 820; Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Temel Esasları**, III. Cilt, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 1557-1562; Oktay Akkaya, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Lazer Yayınları, 1998, s. 176; Pertev Bilgen, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 97-98; Aydın Gülan, **Türk İmar Hukuku'nda Hamur Kuralı Uygulaması, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım**, İstanbul, 2000, s. 33; Veli Böke, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 29; Yasin Ulusoy, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2004, s. 6; C. Salih Şahiniz, **Teori ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 15-16; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 218; Fatma Ayhan, "Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda 'Dolayısıyla Kamulaştırma' Uygulaması Üzerine Bir Deneme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, Y. 2011, s. 1128; Gürsel Kaplan, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2012, S. 99, s. 128; Mustafa Avcı, "Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme", in International Conference on Eurasion Economies 2014, **Law&JusticeReview**, V. 5, I. 1, June 2014, s. 1 (147) (https://www.avekon.org/papers/1144.pdf, 13.5.2018); Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s. 276-281; Bahtiyar Akyılmaz /Murat Sezginer/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 693; Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 933; Meltem Kutlu Gürsel, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 384-386Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 633-636; Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s. 1014 vd.; Mehmet Çabuk/Nuran Doğan Çakmak/Dilara Şengöz, **Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 40; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 426-428.

yapılması uygun olacaktır. Çalışma konumuz olan olgu için tercih ettiğimiz kavram ve bu kavrama dair tanımlamamız, bu olgulara dair yaklaşımımızı ortaya koymaktadır. Kavramda kamulaştırma kavramından hareket edilmektedir. Bu suretle kamulaştırmanın, Anayasa'da temel ilkeleri ile düzenlenen ve idarenin hukuka uygun olarak maliki taşınmaz mülkiyetinden mahrum bırakabilmesine imkân tanıyan temel bir sınırlandırma aracı olduğuna vurgu yapılmaktadır. Diğer bir deyişle maliki mülkiyet hakkından yoksun bırakıcı içerikteki her türlü müdahalenin Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma için öngörülen kriterleri sağlaması gerekliliğine işaret edilmektedir. "*Kamulaştırmasız*" ifadesi ile kamulaştırma veya kamulaştırma işleminin hukuki sonucunu doğurmaya elverişli hukuka uygun bir işlem ya da eylem yapılmaksızın maliki taşınmazından yoksun bırakacak içerikte "*elatma*" şeklinde müdahalede bulunulduğu ifade edilmektedir. Taşınmazdan yoksun bırakacak müdahale, malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı varlığını korumasına rağmen hakkın sağladığı yetkileri kullanamaması veya aşırı ölçüde kullanımının güçleşmesi sebebiyle mülkiyet hakkının özüne dokunulması anlamına gelmektedir.

Kamulaştırmasız elatma olgusu kamulaştırma veya mülkiyet hakkından yoksun bırakacak hukuki sınırlandırma araçları kullanılmaksızın mülkiyet hakkının hukuka aykırı şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuran idareden kaynaklı bütün olayları kapsayacak bir tanımlamaya ihtiyaç göstermektedir. Vereceğimiz tanımın efradını câmi ağyarını mâni olması büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple kamulaştırmasız elatma, "*İdarenin özel hukuka tabi taşınmaz mülkiyetine*[4] *Anayasa veya ilgili kanunlarda öngörülen taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakma neticesi doğuran sınırlandırma araçlarını hiç veya gereği gibi kullanmaksızın taşınmazdan yoksun bırakma neticesi doğuracak şekilde müdahale etmesi*" olarak tanımlanabilir. Kamulaştırmasız elatma bu tanım ışığında hem eylemli şekilde taşınmaza doğrudan müdahaleyi konu alan fiili elatmayı hem de eylemsiz kalmak suretiyle dolaylı müdahaleyi konu alan hukuki elatma olgularını kapsamaktadır. Ancak Türk Doktrininde kamulaştırmasız elatma kimi yazarlar tarafından[5] salt fiili elat-

---

[4] Uluslararası ve ulusal nitelikteki temel haklara dair metinlerde mülkiyet hakkı ifadesi diğer ayni hakları da kapsayıcı içeriğe sahip olduğu gibi kamulaştırmasız elatma ile ilgili tanımlamada yer verdiğimiz mülkiyet hakkı ifadesi sınırlı ayni hakları kapsayıcıdır.

[5] Onar, s. 1558; Akın Düren, **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 70; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 8; Ali Arcak/ Edip Doğrusöz, **Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992, s. 19; Şahiniz, s. 29; Bö-

ma üzerinden tanımlanırken kimi yazarlar tarafından ise[6] hem fiili hem de hukuki elatmayı kapsayıcı içerikte tanımlanmaktadır.

Fiili elatma, idarenin doğrudan ve eylemli müdahalesi ile hak sahibinin taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyetinin sona ermesi şeklinde ifade edilebilir. Hukuki elatma[7] ise idarenin eylemsizliği sebebiyle, mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin kullanımının mülkiyetten yoksun bırakacak şekilde imkânsızlaşması ya da aşırı derecede güçleşmesi olarak tanımlanabilir. Farklı araçlar kullanılarak mülkiyet hakkı üzerinde aynı neticeyi doğurmaları, mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmeleri hasebiyle her iki müdahalenin de "*kamulaştırmasız elatma*" başlığı altında ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu tanım Kamulaştırma Kanunu'na aykırı şekilde gerçekleştirilen olguları kapsadığı gibi İmar Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu gibi mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan etki doğuran kanuni hükümlere aykırı şekilde özel mülkiyete konu taşınmazdan mahrum kalınması halini de kapsamaktadır. Ancak bu çalışmada hukuki elatma kavramı kapsamında esas itibariyle imar planlarının gereğinin yapılmaması suretiyle gerçekleşen olgular ele alınmıştır.

---

ke, s. 29; Taner Ayanoğlu, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 72; Akkaya, s. 176; Zeki Akar, **En Son Değişikliklerle Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Cilt II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 1613-1614; Ayhan, s. 1129, 1134; Erhan Tutal, "Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 7, Haziran 2016, s. 1108; Turan Çınar, **Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018 s. 3; Günday, s. 276-281; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 693.

6 Sezer Çabri, Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 1-2 2011, s. 87; Avcı, s. 1; Murat Şaşı, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 302; Cemil Temel, **Açıklamalı-İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örnekli) Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atmadan Doğan Davalar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 493, 534, 699-701; Türker Yalçınduran, **Kamulaştırmasız El Koyma**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 23; Mehmet Ali Hayta, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Koyma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s. 384-393; Önder Çetintaş, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 28, 34; İrem Karaca, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019, s. 24; Yavuz Çakır, **Kamulaştırmasız El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 35.

7 Hukuki elatma kavramındaki "*hukuki*" ifadesi, idarenin mülkiyet hakkına yönelik müdahalesinin hukuka uygun olduğu, hukuki meşruiyeti olduğu izlenimini uyandırdığı için aslında "*eylemsiz kalmak şeklindeki dolaylı müdahale suretiyle elatma*" ifadesinin kullanılmasını tavsiye etmekteyiz. Ancak yerleşik bir kullanım olması hasebiyle çalışmamızda "*hukuki elatma*" ifadesinin kullanımına devam edilecektir. Konu hakkında bkz. Bakırcı, s. 157.

2. Kamulaştırmasız Elatmanın Hukuki Niteliği

Kamulaştırmasız elatmanın hukuki niteliğinin belirlenmesi, kavram kapsamındaki olgulara hangi hükümlerin uygulanması gerektiği ve bu çerçevede de hangi yargı kolunun görevli olacağına dair tartışmalarda da belirleyici rol oynamaktadır. Kamulaştırmasız elatma olgusu kapsamındaki taşınmaza eylemli şekilde doğrudan müdahale ile eylemsiz kalmak suretiyle dolaylı müdahale olgularının doktrin ve yargı makamları tarafından farklı nitelendirmelere konu olması sebebiyle çalışmamızda fiili ve hukuki elatma olguları ayrı ayrı ele alınacaktır.

A. Fiili Elatmanın Hukuki Niteliği

Fiili elatmanın hukuki niteliği Yargıtay'ın 16.5.1956 tarihli iki adet içtihadı birleştirme kararı[8] ile 11.2.1959 tarihli diğer bir içtihadı birleştirme kararı[9] uyarınca şekillenmektedir. Yargıtay'ın 16.5.1956 tarihli 1956/1 E. ve 1956/6 K. ile 1956/7 K. numaralı kararlarında olguya ilişkin açık bir hukuki nitelendirme yapılmamış, olgunun hukuki neticeleri ele alınmıştır. Fiili elatma halinde malikin mülkiyet hakkını muhafaza ettiğinden hareketle hem elatmanın önlenmesi davası hem de taşınmaz bedelinin ödenmesi davasının açılabileceğine hükmedilmesi, bu olgunun idarenin özel hukuk hükümlerine tabi faaliyeti olarak görüldüğü anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 tarihli içtihadı birleştirme kararında ise her ne kadar içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında kaldığı belirtilse de, fiili elatma, idarenin özel hukuk hükümlerine tabi haksız fiili olarak nitelendirilmiştir. Fiili elatma halinde idarenin kanuna aykırı hareket ederek kişinin taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirmesi sebebiyle elatmanın önlenmesi veya haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararın tazmini davalarının açılabileceği ve bu çerçevede de adliye mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir.

Türk Hukuk Doktrininde çoğunluk yazarlar, Yargıtay kararlarını dayanak göstermek suretiyle fiili elatmayı, "*idarenin haksız fiili*", "*fiili yol*"[10] ya

---

8 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 1956/1 E., 1956/6 K., 16.05.1956 T. kararı; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 1956/1 E., 1956/7 K., 16.05.1956 T. kararı.

9 YİBHGK 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararı.

10 Bkz. Onar, s. 1558; İştar B. Tarhanlı, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 11, S. 1-3, 1990, 41; Günday, s. 277; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 693; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi,

da salt "*haksız fiil*"[11] olarak nitelendirmektedir. Ancak *bazı yazarlar*[12], taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesi veya üzerinde kamu tesis alanlarının yapılması halinde idarenin müdahalesinin alelade bir müdahale olarak kabul edilemeyeceğini, bayındırlık eseri yaparak kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak için kamu yararı maksadıyla hareket edildiğini, bu sebeple de idarenin eyleminin haksız fiil/fiili yol olarak nitelendirilmeyeceğini ifade etmektedir.

Fiili elatma, idarenin haksız fiili nitelendirmesi gereğince, idarenin idarilik özelliğini taşımayan, idari yargının görev alanı dışında kalan, adli yargı makamları tarafından özel hukuk hükümlerince çözümlenmesini gereken eylem/işlem niteliğine bürünmektedir.

B. Hukuki Elatmanın Hukuki Niteliği

Hukuki elatmanın hukuki niteliği ise gerek yargı makamları nezdinde gerekse de doktrin nezdinde oldukça tartışmalı bir mevzuudur. Yargıtay ile Danıştay arasında hukuki elatma olgusunun hukuki niteliği ve bu çerçevede hangi yargı kolu tarafından çözümleneceği hususunda görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Yargıtay kararlarında[13], hukuki elatma, idarenin, pasif ve suskun kalmak

---

2014, s. 592; Akgüner/Berk, s. 933; Gözler, İdare Hukuku II, 1015-1016; Yayla, s. 218; Bilgen, s. 97; Gürsel, s. 474-476; Şahiniz, s. 29, 38-43; Ayhan, s. 1129-1130; Ömer Faruk Erol, "Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmasız El Atma", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2013, C. 9, S. 105-106, s. 196; Egemen Karaca, "Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2018, Y. 31, S. 137, s. 280; Dilek Karademir, "Kamulaştırmasız El Atma", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 2-12, Mart-Nisan 2016 s. 935-937; Hayrettin Yıldız, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2018, s. 316.

[11] Bkz. Oğuzman, s. 814-817, 820; Düren, s. 70-71, 75-76; Ayanoğlu, s. 60-72; Akkaya, 176; Böke, s. 30; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 9-12; Özkaya, s. 998; Ahu Ayanoğlu Moralı, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Kamulaştırmasız Elatma Uygulamasının Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 1, Ocak 2003, 2003/1, s. 225, 228; Çabri, s. 87; Birgül Yiğit, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmasız El Atma Kavramı", Ankara, 2013, s. 4-5 (http://docplayer.biz.tr/390139-Uyusmazlik-mahkemesi-kararlari-isiginda-adli-yargi-boyutu-ile-kamulastirmasiz-el-atma-kavrami-birgul-yigit-uyusmazlik-mahkemesi-raportoru.html, 16.5.2018); Erol, s. 196; Yalçınduran, s. 29; Ali Rıza İlgezdi, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmasız Elatmada Yeni Dönem)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 31-32; Çetintaş, s. 35-38; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s. 36-38.

[12] Onar, s. 1558-1562; Ayhan, s. 1130; Tarhanlı, s. 41, 45-47; Gözler, s. 1015-1018; Karademir, 935-937; Erol, s. 196-197.

[13] Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; Yargıtay 5. HD 2011/4408 E., 2011/9974 K., 7.6.2011 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/2638 E., 2012/9077 K., 7.5.2012

ve işlem tesis etmemek suretiyle taşınmaza müdahale ettiği, kaynağını ve dayanağını Anayasa ve kanunlardan almayan, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir durum olarak kamulaştırmasız elatma olarak isimlendirilmiş, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı tarafından çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık olarak ele alınmıştır. Danıştay[14] ise hukuki elatmayı mülkiyet hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirmiş, ancak bu hukuka aykırı müdahalenin idari işlem ya da eylemden kaynaklandığını belirterek uyuşmazlığın idari yargı tarafından İdare Hukuku hükümleri uyarınca çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu görüş ayrılığı üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi[15], hukuki elatmaya dayalı taşınmazın bedelinin talep edildiği davalar ile ilgili verdiği kararlarda fiili elatma ile hukuki elatmanın farklı sebeplere dayanarak gerçekleştiğine, hukuki elatma halindeki tazminat taleplerinin İYUK m. 2/1-b uyarınca idari işlem veya eylemden kaynaklanan tam yar-

---

T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/6265 E., 2012/12430 K., 11.6.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD 2012/12193 E., 2012/19328 K., 11.10.2012 T. karar; Yargıtay 5. HD, 2012/19080 E., 2013/32 K., 14.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/19148 E., 2013/315 K., 16.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/20446 E., 2013/664 K., 22.1.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD, 2012/26520 E., 2013/4587 K., 18.3.2013 T. kararı; Yargıtay 5. HD 2013/3618 E., 2013/13509 K., 1.7.2013 T. karar (www.kazanci.com.tr, 12.11.2019).

14 Danıştay 6. D., 2009/10109 E., 2011/3784 K., 18.10.2011 T. karar; Danıştay 2007/2255 E., 2012/801 K., 24.5.2012 T. kararı; Danıştay İİDK, 2010/2108 E., 2013/4577 K., 16.12.2013 T. karar; Danıştay İDDK, 2014/1615 E., 2014/2763 K., 23.06.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/141 E., 2014/770 K., 5.2.2014 T. kararı; Danıştay 6. D., 2009/8736 E., 2013/2 K., 17.1.2013 T. karar; Danıştay 6. D. 2010/6329 E., 2014/1716 K., 6.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/3814 E., 2013/7931 K. 4.12.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/1004 E., 2013/3010 K., 29.4.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/11949 E., 2013/3312 K., 13.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/4533 E., 2013/3705 K., 28.5.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4505 E., 2013/3928 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/8300 E., 2013/3927 K., 4.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5531 E., 2013/3933 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/3183 E., 2013/3934 K., 5.6.2013 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/5426 E., 2014/1113 K., 17.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2010/10570 E., 2014/1474 K., 28.2.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/4240 E., 2014/1969 K., 12.3.2014 T. karar; Danıştay 6. D., 2012/6962 E., 2015/584 K., 17.2.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/3038 E., 2015/3249 K., 21.5.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2011/5174 E., 2015/83 K., 22.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D., 2014/9101 E., 2015/2572 K., 22.4.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2012/6741 E., 2016/1913 K., 19.4.2016 T. karar (www.lexpera.com, 3.6.2020).

15 Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2011/238 E., 2012/63 K., 9.4.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/58 E., 2012/114 K., 21.5.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/69 E., 2012/127 K., 4.6.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/157 E., 2012/182 K., 24.9.2012 T. kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/238 E., 2012/256 K., 5.11.2012 T. kararı (www.kazanci.com.tr, 13.11.2019); Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2012/586 E., 2013/107 K., 14.1.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2013/496 E., 2013/897 K., 4.6.2013 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2014/139 E., 2014/188 K., 3.3.2014 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2018/434 E., 2018/413 K., 25.6.2018 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2020/294 E, 2020/641 K., 26.10.2020 T. karar; Uyuşmazlık Mahkemesi HB 2021/136 E., 2021/265 K., 3.5.2021 T. karar (www.lexpera.com.tr, 4.1.2022).

gı davaları kapsamında idari yargı nezdinde çözümlenmesi gerektiğine dair pek çok karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararları doğrultusunda hukuki elatmanın idari işlem/eylemden kaynaklanan ve İYUK m.2/1-a ve b hükümleri uyarınca iptal ve tamyargı davalarına konu olabileceği kanaati yerleşik bir içtihat haline gelmişti.

Süre içerisinde bu yaklaşım, kanuni bir düzenlemeye bürünmüştür. 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un[16] 21. maddesi ile değişen Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinin 10. fıkrası, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabileceği hükmünü içermekteydi. Ancak bu fıkra, 6745 sayılı Kanun'un[17] 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanunun 33. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na ek madde 1 düzenlemesi eklenmiştir. Bu düzenleme ise uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılmaz/yaptırılmaz veya taşınmaz kamulaştırılmaz ise belli bir idari usul sürecini tüketildikten sonra idare aleyhine idari yargıda dava açılabileceği hükmünü içermekteydi[18]. Ancak söz konusu maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi dışında diğer bütün hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 2016/181 E., 2018/111 K., 20.12.2018 T. kararı ile iptal edilmiştir[19]. AYM'nin iptal kararı sonrası 16.11.2022 tarihli 7421 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile KK ek madde 1'e şu cümle eklenmiştir:

> "*Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür.*".

---

16 RG T. 11.6.2013, S. 28674.

17 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. T. 7.9.2016, S. 29824).

18 KK ek madde 1 düzenlemesi, yürürlükten kaldırılan KK geçici 6. maddenin 10. fıkrasındaki ifadeden daha dar kapsamlıdır.

19 AYM 2016/181 E., 2018/111 K. ve 20.12.2018 T. kararı (RG T. 5.4.2019, S. 30736).

Bu hüküm ile uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılıp kamulaştırılmadığı veya taşınmazın kullanılmasına engel teşkil edecek kısıtlılık kaldırılmadığı takdirde hukuki elatmaya dayalı bedele ilişkin talepler adli yargı nezdinde ileri sürülecektir. Hukuki elatma mahiyetindeki bu tür uyuşmazlıkların adli yargı nezdinde görülecek olması, idarenin eylemsizliğinin bir idari işlem veya eylem olarak değil idarenin haksız fiili olarak görüldüğüne işaret etmektedir.

3. Kamulaştırmasız Elatmanın Hüküm ve Sonuçları

A. Fiili Elatmanın Hüküm ve Sonuçları

Fiili elatma mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı bir müdahale olarak idari işlem ya da eylem değil de fiili yol olarak isimlendirilen idarenin haksız fiili şeklinde nitelendirilmektedir. Bu çerçevede fiili elatma adli yargı makamları tarafından özel hukuk hükümleri uyarınca çözümlenmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere fiili elatmanın hüküm ve sonuçlarına dair içtihadı birleştirme kararları bulunmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/6 Karar ve 16.05.1956 tarihli kararı uyarınca, idarelerin, malikin taşınmazın tamamı veya bir kısmı üzerindeki fiili hâkimiyetini sona erdirerek kendi fiili hâkimiyetini veya başkası adına fiili hâkimiyeti kurması şeklindeki müdahaleleri ile malikin mülkiyet hakkı sona ermemektedir[20]. Malik, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına haksız müdahale edildiği gerekçesiyle Türk Medeni Kanunu m. 683/2 gereğince elatmanın önlenmesi davasını açabilecektir. Elatmanın önlenmesi davası ile haksız zilyet konumundaki idarenin taşınmazı boşaltarak eski hale getirmesi talep edilir.

Malik, elatmanın önlenmesi davası yerine kamu hizmetine özgülenerek kullanım amacı değişen taşınmazın idareye devrine rıza göstererek taşınmazın

---

[20] *Oğuzman* ise, Yargıtay'ın bu kararından önce kaleme aldığı makalesinde, kamulaştırmasız el koyma halinde, taşınmaz malikinin ileri sürebileceği talep ile ilgili olarak şunu söylemektedir: "*Şu halde idare, bir şahsın mülkiyet hakkına son veren fakat kendisinden iade talep edilmesine imkân olmayan gasıb'ın durumunda olduğu veçhiyle ancak bir tazminata mahkum edilecektir. Bu bir haksız fiil tazminatıdır*". Dolayısıyla *Yazar,* taşınmazın fiilen kamu hizmetine özgülendiği an itibariyle malikin mülkiyet hakkını kaybettiğini kabul etmektedir. Bkz. Oğuzman, s. 814-815.

değerinin tahsiline yönelik kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davası da açabilmektedir. Bedel davası özellikle elatmanın önlenmesi davası sonucunda alınan kararın icrasında yaşanabilecek güçlük ve dâhi imkânsızlık sebebiyle hak sahipleri tarafından sıklıkla tercih edilmektedir. Bedel davasında elatmaya konu olan taşınmazın değeri "*dava tarihine*" göre belirlenecektir. Taşınmazın dava tarihindeki değeri, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca Kamulaştırma Kanunu m. 11-12 hükümlerine göre hesaplanmaktadır[21].

Fiili elatmaya konu olan taşınmazın dava tarihindeki değerinin, taşınmazın "*dava tarihindeki nitelikleri*" mi yoksa "*elatma tarihindeki nitelikleri*" mi dikkate alınmak suretiyle hesaplanacağı hususunda farklı içtihatlar bulunmaktadır. Yargıtay kimi kararlarında[22] taşınmaza 9.10.1956-4.11.1983 arasında elatılmış ise Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesi gereği elatma tarihindeki nitelikleri esas alınmak suretiyle, taşınmaza 4.11.1983 tarihinden sonra elatılmış ise dava tarihindeki nitelikleri esas alınmak suretiyle bedelin hesaplanacağına hükmetmiştir. Diğer bazı kararlarında[23] ise taşınmazın değerinin elatma tarihindeki nitelikleri dikkate alınarak belirleneceği yönünde kararlar vermiştir.

Bedel davasında taşınmazın dava tarihine göre belirlenen değerine, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre[24], bedele ilişkin ıslah talebi de bulunsa, dava tarihinden kararın kesinleşme tarihine kadarki süreç için kanuni faiz işletilmektedir.

---

[21] Detaylar hakkında bkz. Şahiniz, s. 145-148; Hayta, s. 426-428; Yücel Özdemir, **Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 180; Yalçınduran, s. 68; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 63-66; Çınar, s. 58-60; Çabuk/Çakmak/Şengöz, s. 78; Mehmet Ali Gölcüklü, **Kamulaştırma Kanunu Şerhi, Fiili ve Hukuki El Atma Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 1246-1254; Arcak/Doğrusöz, s. 57-61.

[22] Yargıtay 18. HD 2015/11478 E., 2016/9080 K., 6.6.2016 T. kararı (www.kazanci.com.tr, 18.11.2019). Benzer içerikteki karar için bkz. Yargıtay 18. HD 2018/10628 E., 2019/5833 K., 28.3.2019 T. karar (www.lexpera.com.tr, 18.10.2021). *Özdemir*, KK geçici 6. madde kapsamındaki bedel tespiti davası ile genel hükümler uyarınca şekillenen bedel davası modelleri arasındaki değerlendirme farklılığına dikkat çekmektedir. Özdemir, s. 178.

[23] Yargıtay 18. HD 2013/2335 E., 2013/5887 K., 9.4.2013 T. karar (www.lexpera.com.tr, 30.4.2021). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD 2017/7936 E., 2018/17372 K., 15.10.2018 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/19948 E., 2015/5317 K., 7.4.2015 T. karar; Yargıtay 18. HD 2014/7978 E., 2014/16403 K., 17.11.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2009/3566 E., 2009/6267 K., 21.4.2009 T. karar (www.lexpera.com.tr, 30.4.2021)

[24] Bkz. Yargıtay 5. HD 2011/770 E., 2011/8307 K., 10.5.2011 T. karar; Yargıtay 5. HD 2012/26655 E., 2013/4494 K., 14.3.2013 T. karar; Yargıtay 18. HD 2013/12300 E., 2014/876 K., 21.1.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2014/5868 E. 2014/16185 K., 5.6.2014 T. karar; Yargıtay 5. HD 2017/34424 E., 2018/5346 K., 26.3.2018 T. karar (www.lexpera.com.tr, 30.10.2020).

Bedel davası, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1956/1 Esas, 1956/7 Karar ve 16.05.1956 T. kararı uyarınca "*mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre, mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak bir dava*" olarak nitelendirilmekte ve herhangi bir zamanaşımı süresine tabi tutulmamaktadır.

Fiili elatma halinde elatmanın önlenmesi davası veya kamulaştırmasız elatma nedeniyle tazminat davası/bedel davası açılabileceği gibi[25] bu davaların yanında veya ayrı olarak tazminat davası ve/veya ecrimisil davası da açılabilmektedir[26]. Fiili elatma sebebiyle tazminat davası, Yargıtay[27] tarafından BK m. 49 vd. kapsamında haksız fiil hükümlerine dayandırılmaktadır. Bu çerçevede de tazminatın koşulları, davacı, davalı, görevli ve yetkili mahkeme, ispat ve zamanaşımı meselelerinde haksız fiil hükümlerine göre değerlendirme yapılmaktadır. Ecrimisil ise bir şeye haksız şekilde zilyet olan kişinin eşyayı bizzat kullanmasının karşılığı mahiyetinde bir tazminat talebi

---

[25] Hak sahibi dilerse elatmanın önlenmesi davası dilerse bedel davası kapsamında hak talebinde bulunabilir. Hak sahibinin bu hususta seçimlik hakka sahip olduğunu belirtmeliyiz. Davacı, iki davadan birini tercih etmek ya da elatmanın önlenmesi davası ile bedel davasını terditli açmak suretiyle bu hakkını kullanabilmektedir. Elatmanın önlenmesi davası açıldıktan sonra da davanın, ıslah yoluyla bedel davasına dönüştürülmesi mümkündür. Hatta elatmanın önlenmesi davası sonucu verilen kararın icrasının sağlanması için cebri icraya başvurmak yerine, elatmanın önlenmesi davası kesinleştikten sonra dahi bedel davası açılabileceği, malikin kesinleşmiş kararın infazı için zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Şahiniz, s. 141-143; Arcak/Doğrusöz, s. 36-37; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 60; Hayta, s. 422; Çınar, s. 13; Özkaya, s. 1001; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s. 100.

[26] Açılabilecek dava türleri ile ilgili olarak bkz. Şahiniz, s. 103; Hayta, s. 419-421; Yalçınduran, s. 59-63; Çetintaş, s. 99-100; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s. 89-90; Özdemir, s. 160-161, 174; Arcak/Doğrusöz, s. 29; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 54-70; Çınar, s. 12-20.

[27] YİBHGK 1958/17 E., 1959/15 K., 11.2.1959 T. kararda, "*İstimlâksız el atma halinde, amme teşekkülü İstimlâk Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle, kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan, dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir*." şeklinde hüküm kurmuştur (www.lexpera.com.tr, 29.10.2019). Bkz. Yargıtay 8. HD 2018/4362 E., 2019/11702 K., 24.12.2019 T. karar; Yargıtay 1. HD 2013/11252 E., 2013/14141 K., 21.10.2013 T. karar (www.lexpera.com.tr, 29.10.2020). Fiili elatma sebebiyle malikin uğradığı zararın tazmini talebinin TBK'daki haksız fiil hükümlerine tabi olduğu görüşü doktrindeki çoğunluk görüş tarafından da paylaşılmaktadır. Bkz. Özdemir, s. 197-198; Hayta, s. 430; Yalçınduran, s. 75-78; Çakır, s. 71; Çetintaş, s. 121-123; Karaca, Kamulaştırmasız El Atma, s. 116; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 68. *Şahiniz*, elatma eylemi ile idarenin haksız zilyet konumunda olduğunu, idarenin bu eylemi sebebiyle uğranılan zararın tazmini şartlarının haksız zilyedin sorumluluğunun düzenlendiği TMK m. 993-995 hükümlerine tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Şahiniz, s. 216-217. *Yalçınduran*, haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerin haksız fiile ilişkin hükümler ile kıyaslandığında malik lehine olduğunu, ancak tazminat davasının haksız zilyetliğe ilişkin hükümlere dayandığının kabulü halinde bedel davasıyla birlikte tazminat davasının açılamayacağını belirtmektedir. Yalçınduran, s. 77-78.

özelliği içermektedir[28]. Elatmanın önlenmesi davasının açılması halinde zamanaşımı süresi dikkate alınarak, bedel davası açılması halinde ise dava açılmadan önceki dönem için zamanaşımı süresi dikkate alınarak ecrimisil talebinde bulunulması kabul edilmektedir.

B. Hukuki Elatmanın Hüküm ve Sonuçları

Hukuki elatma olgusuna dair yerleşik içtihat idarenin eylem ya da işlemi idari işlem/eylem özelliğini muhafaza ettiği yönünde olduğu için bu yöndeki bir uyuşmazlık idari yargı nezdinde İdare Hukuku hükümleri uyarınca çözümlenmekteydi.

Hak sahibi, İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) m. 2 gereğince iptal davası ve/veya tam yargı davası ile hakkını arayabilir. Hukuki elatma sebebiyle menfaatleri ihlâl edilenler tarafından idari işlemin iptali davası açılabileceği gibi kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından zararın tazminini amaçlayan tam yargı davası açılabilmektedir. İdarenin hukuki elatma neticesi doğuran eylemsizliği, kimi Danıştay kararlarında idari işlem[29], kimi Danıştay kararlarında idari eylem[30] olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmeyle bağlantılı olarak İYUK m. 10/1 uyarınca ihtiyari veya İYUK m. 13/1 gereğince dava şartı mahiyetinde idari başvuru süreci gündeme gelebilir.

İptal davasına konu olan idari işlem, mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran imar planı olabileceği gibi kısıtlılığın kaldırılmasını sağlamak amacıyla hak sahibi tarafından yapılan idari başvuruların (imar planının geri alınması, değiştirilmesi veya kamulaştırma talepleri gibi) reddi işlemleri de olabilmektedir.

---

[28] Türk Hukuku'nda ecrimisil Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları üzerinden şekillenmektedir. Bu konuda bkz. Yargıtay İBGK 9.12.1931 T. ve 23/44 sayılı karar (RG T. 9.4.1932, S. 2072); Yargıtay İBGK 1937/29 E., 1938/10 K., 25.5.1938 T. karar (RG T. 15.11.1938, S. 4063); Yargıtay İBGK 1945/22 E., 1950/4 K., 8.3.1950 T. karar (www.lexpera.com.tr, 30.10.2020; RG T. 9.6.1950, S. 7528); Yargıtay İBGK 1958/15 E., 1958/6 K., 4.6.1958 T. karar. Bu kararların her birinin aktarıldığı karar için bkz. Yargıtay HGK 2008/5-170 E., 2008/201 K., 12.3.2008 T. kararı (www.kazanci.com.tr, 18.11.2019); Yargıtay HGK 2008/5-243 E., 2008/246 K., 12.3.2008 T. karar (www.lexpera.com.tr, 30.10.2020). Kamulaştırmasız elatma özelinde konu ile ilgili olarak bkz. Şahiniz, s. 117-120; Hayta, s. 429; Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma, s. 69-70.

[29] Bkz. Danıştay 6. D. 2014/8512 E., 2015/3246 K., 21.5.2105 T. karar (www.lexpera.com.tr, 6.12.2020).

[30] Bkz. Danıştay 6. D. 2011/6762 E., 2015/296 K., 29.1.2015 T. karar; Danıştay 6. D. 2016/2032 E., 2016/1615 K., 12.4.2016 T. karar; Danıştay 6. D., 2013/7180 E., 2017/4464 K., 1.6.2017 T. karar (www.lexpera.com.tr, 6.12.2020).

Tam yargı davası ile elatmaya konu olan taşınmazın bedelinin tahsili ile idarenin idari işlem ya da eylemi sebebiyle uğranılan zararların tazmini talep edilebilmektedir. Tam yargı davası mahiyetindeki taşınmaz bedelinin tahsili istemli dava, gerçek/klasik anlamda idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğramış hakların karşılanması amacıyla açılan tam yargı davalarından özellikle zararın tespiti ve ödenecek miktarın belirlenmesi yönlerinden farklılık gösterir. Bu dava ile taşınmaz üzerindeki mülkiyetten ferağ edilmesi karşılığında taşınmaz bedelinin tahsili talep edilmektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, idari yargı makamlarının, taşınmaz bedelinin ödenmesi halinde taşınmazın idare adına tescil veya terkini yönünde karar vermesi mümkün değildir[31]. Dolayısıyla bu dava sonucunda idare lehine taşınmaz üzerinde kamunun mülkiyeti kurulacağı yönünde yenilik doğurucu bir hüküm verilememektedir. Bu tür tam yargı davalarında hükmedilecek değer, fiili elatmada olduğu üzere, taşınmazın dava tarihindeki Kamulaştırma Kanunu hükümlerine (11. ve 12. madde) göre hesaplanan kamulaştırmaya esas değeridir[32]. Dava dilekçesindeki bedel için dava tarihinden, ıslah edilen kısım için ise ıslah tarihinden itibaren kanuni faiz işletilmektedir.

Hukuki elatma halinde taşınmazın kamulaştırılmaması sebebiyle taşınmaz bedeli dışında diğer maddi zararların tazmini yönünde bir mahkeme kararına rastlanılmamıştır. Ancak bu halde hak sahibinin manevi tazminat taleplerinin kabul edildiği görülmektedir[33].

---

[31] Bkz. Gürsel, s. 618-620, 622-623; Akgüner/Berk, s. 949; Çınar, s. 45; Emrah Kulaklı, "İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 1, Bahar 2015, s. 192-195; Emrah Kulaklı, **İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları**, İstanbul, 2014, s. 66; Hayta, s. 418-419.

[32] *Kulaklı* ve *Gürsel*, hem adli yargı hem de idari yargıda taşınmazın değerinin aynı esaslara göre belirlenmesinin adli yargı-idari yargı ayrımını manasız kıldığını belirtmektedir. Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma, s. 195-197; Gürsel, s. 619-623. *Çabuk/Çakmak/Şengöz* ise Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre hesaplanan değerin, fiili elatma nedeniyle açılan davalardan farklı olarak taşınmazın çevresinin imar durumu dikkate alınarak belirlendiğini ifade etmektedir. Çabuk/Çakmak/Şengöz, s. 82-83.

[33] Danıştay 6. D. 2012/3972 E., 2013/4556 K., 27.6.2013 T. kararda, "*... kamulaştırma talebinin reddi işleminin iptali yolunda verilen yargı kararının uygulanmamak suretiyle yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak çekilen acı ve sıkıntının kısmen de olsa karşılanması amacıyla mahkeme tarafından belirlenecek miktar kadar manevi tazminat talebinin kabulü gerekmektedir.*" şeklinde hüküm verilmiştir (www.lexpera.com.tr, 8.1.2021). Ayrıca bkz. Danıştay 6. D. 2009/6478 E., 2013/979 K., 19.2.2013 T. karar; Danıştay 14. D. 2011/6594 E., 2012/3471 K., 15.5.2012 T. karar; Danıştay 6. D. 2011/2617 E., 2015/2357 K., 15.4.2015 T. karar (www.lexpera.com.tr, 8.1.2021).

İdari davalarda İYUK m. 7, 12 ve 13.'teki dava açma süreleri söz konusudur. Ancak Danıştay uygulaması, tam yargı davalarında hukuki elatma eylemi devam ettiği sürece dava açma süresinin geçmeyeceği yönündedir[34].

Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'deki bedele ilişkin davaların adli yargı makamları nezdinde görüleceği yönündeki düzenlemenin bu süreci nasıl etkileyeceği meselesi büyük bir önem arz etmektedir. İmar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmaz, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içerisinde kamulaştırılmadığı veya taşınmaz üzerindeki kısıtlılık kaldırılmadığı takdirde malik tarafından mülkiyet hakkına dayalı olarak açılacak bedele ilişkin davalar adli yargı nezdinde görülecektir. Bu hüküm uyarınca fiili elatmanın varlığında adli yargı nezdinde açılan kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davası hukuki elatma olguları için de açılabilecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere her iki davada da taşınmazın bedeli aynı usul üzerinden, Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca belirlenmekteydi. Ancak bu suretle dava açma süresi gibi idari yargıya özgü usuli hükümler ile ıslah halinde faizin işlemeye başlayacağı tarih gibi maddi hukuka ilişkin yaklaşım farklılığına son verilmiş olacaktır. Aslında bu düzenlemenin en önemli etkisi, idari yargıda taşınmaz bedelinin tahsili istemli tam yargı davası sonucunda verilen hüküm ile yenilik doğurucu karar verilememesi, idare lehine taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilememesi şeklindeki handikaba son verilecek olmasıdır.

7421 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'e eklenen hüküm, mülkiyet hakkına dayalı bedel davalarının adli yargıda görüleceğini belirtmektedir. Bu ifade, mülkiyet hakkından kaynaklı diğer taleplerin akıbetine ilişkin soru işareti taşımaktadır. Kanaatimizce bu cümleyi geniş yorumlamak mümkündür. Mülkiyet hakkına dayalı salt bedel davaları değil, mülkiyet hakkına dayalı elatmanın önlenmesi davasının, haksız fiilden kaynaklı tazminat ve ecrimisil davalarının da açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu kanuni düzenleme ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı nezdinde görülecek olması, bu uyuşmazlıkların idari işlem/eylem niteliğinde bulunmadığı, idarenin haksız fiili niteliğinde kabul edildiği an-

[34] Danıştay 6. D. 2014/8728 E., 2016/484 K., 10.2.2016 T. karar (www.lexpera.com.tr, 7.8.2020); Danıştay 6. D. 2016/8707 E., 2017/8429 K., 31.10.2017 T. karar; Danıştay 6. D. 2014/3703 E., 2015/1893 K., 1.4.2015 T. karar (www.lexpera.com.tr, 2.11.2020).

lamına gelmektedir. Elbette bu yaklaşım, hukuki elatmaya sebebiyet veren idari işlemler ile ilgili olarak iptal davası ve tam yargı davası açılmasına engel teşkil etmemektedir.

II. GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA OLGUSUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamulaştırmasız elatma olgusu için öyle bir yaklaşım geliştirilmelidir ki, bu yaklaşım, hakkı ihlal edilen kişi açısından tam ve etkin bir hukuki koruma sağlamalı, diğer yandan idareyi bu tarz hukuka aykırı eylem ya da işlemlerde bulunmaktan caydırıcı içeriğiyle bu tür uyuşmazlıkların doğumunu engelleme amacına hizmet etmelidir. İdarelerin özel hukuk hükümlerine tabi taşınmazları kamu mülkiyetine kazandırma yükümlülüklerinin icrasından kaçınarak fiili elatma veya hukuki elatma şeklindeki hukuka aykırı eylemlere tenezzül etmelerini engelleyecek bir model kurgulamamız gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı'nda[35] mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi başlığı altında "*İdarelerin kamulaştırmasız el atma yoluna başvurmalarının önlenmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması*" hususunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı'nın sorumlulukları hatırlatılmıştır. Bu ön bilgiler sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin 2018/32734 başvuru numaralı *Kübra Yıldız ve Diğerleri* bireysel başvurusu üzerine verdiği 28.7.2022 tarihli kararı ile 2022/61 E., 2022/101 K. ve 8.9.2022 tarihli iptal kararı, 7421 sayılı Kanun'un 3. ve 5. maddeleri ile Kamulaştırma Kanunu'nda yapılan değişiklikler özelinde güncel gelişmeler ışığında kamulaştırmasız elatmaya ilişkin yaklaşım değerlendirilecektir.

1. Kamulaştırmasız Elatma Kavramının Kapsamı Açısından

Kamulaştırmasız elatma ifadesini salt fiili elatma olgusu ile sınırlı şekilde anlamlandırmamak gerekmektedir. Kullanılan araçlar farklı olsa da fiili elatmada doğrudan hak sahibinin zilyetliğine, fiili hakimiyetine müdahale edilerek taşınmazın kullanımı imkânsızlaşırken hukuki elatmada idari işlem-

---

[35] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı, s. 32 (RG T. 1.3.2014, S. 28928). Anayasa Mahkemesi *Şevket Karataş* kararında, bu plana atıf yapmış ve kamulaştırmasız el atma uygulamasına son verilmesi bakımından öngörülen tedbirlerin ve düzenlemelerin gerçekleştirilmesinin önemini vurgulamıştır. AYM *Şevket Karataş*, 2015/12554 B. No., 25.10.2018 T. karar, prg. 68-70. (www.lexpera.com.tr, 8.7.2020).

le taşınmaz üzerinde oldukça yoğun sınırlandırmanın uzun yıllar boyunca devam etmesi ile taşınmazın kullanımı imkânsızlaşmaktadır. Her iki halde de mülkiyet hakkının özüne müdahale edilerek hak kullanılmaz kılınmaktadır. Halbuki Anayasa m.46, kamulaştırma başlığı altında özel hukuk kişisini taşınmaz mülkiyetinden yoksun bırakmanın hukuki yolunu göstermekte, kanun ile düzenlenebilecek diğer sınırlandırma araçları için kriterleri sunmaktadır. Diğer bir deyişle idare, hak sahiplerini taşınmazlarından mahrum kılarak kamu yararı doğrultusunda bir tahsis yapmak istiyorsa kamulaştırma ve kamulaştırma usulündeki kriterleri taşıyan diğer kanuni yollara başvurmalıdır. Bu hukuki yollara başvurmaksızın taşınmaz mülkiyetini kullanılamaz hale getirme kamulaştırmasız elatma olarak isimlendirilmelidir.

7421 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile KK ek madde 1'e eklenen "*Bu süre içinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde taşınmazların malikleri tarafından mülkiyet hakkından kaynaklı bedele ilişkin açılacak davalar, adli yargıda görülür.*" ifadesi, hukuki elatma olgularının da daha önce salt fiili elatma olgularına özgü olarak açılan kamulaştırmasız elatma sebebiyle taşınmaz bedelinin tahsili istemine konu olması anlamına gelmektedir. Bu düzenleme vesilesiyle kanun koyucunun hukuki elatmayı kamulaştırmasız elatma kavramı kapsamında telakki ettiğini söylemek mümkündür.

2. Uyuşmazlığın Hukuki Niteliği Açısından

Gerek fiili elatmada gerekse de hukuki elatmada idare ancak anayasal güvencelere riayet ederek gerçekleştirebileceği mülkiyet hakkını sınırlandırma yetkisini kötüye kullanarak mülkiyetten doğan yetkilerin kullanımını imkânsızlaştırarak veya aşırı ölçüde güçleştirerek maliki -her ne kadar tapu sicilinde malik gözükse de- mülkiyetinden yoksun bırakmaktadır[36]. Fiili elatmada idare, aktif bir şekilde eyleme geçerek doğrudan taşınmaz üzerindeki zilyetliğe müdahale etmektedir. Hukuki elatmada ise idare, eylemsiz kalarak dolaylı bir müdahale ile taşınmazı kullanılamaz, tasarruf edilemez kılmaktadır. Fiili elatmada, idarenin taşınmazın zilyetliğine yönelen eylemi, açık ve bariz hukuka aykırılık içerdiği gerekçesi ile idari eylem olarak değil, idarenin haksız fiili olarak değerlendirilmektedir. Hukuki elatmada ise idarenin kanunun emredici hükmüne aykırı şekilde taşınmazı kamu mülkiyetine

[36] Aynı kanaatin paylaşıldığı yargı kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay HGK 2010/5-662 E., 2010/651 K., 15.12.2010 T. karar; Danıştay 6. D 2010/750 E., 2014/718 K., 5.2.2014 T. karar (www.lexpera.com.tr, 2.7.2019); Danıştay 6. D 2016/12699 E., 2017/2603 K., 13.4.2017 T. karar (www.kazanci.com.tr, 12.11.2019).

kazandırmama şeklindeki eylemsizliği, açık ve bariz hukuka aykırı olarak değerlendirilmemekte ve idari eylem/idari işlem kimliğini korumaktadır. Aslında her iki halde de idare, Anayasa ve kanunlarda öngörülen hükümlere açıkça aykırı hareket ederek hak sahibini mülkiyetinden yoksun bırakmaktadır. Mülkiyet hakkı üzerinde aynı sonucu doğuran, her ikisi de açık ve ağır hukuka aykırılık içeren idarenin bu iki eyleminden fiili elatma fiili yol iken hukuki elatmanın idari işlem olarak değerlendirilmesi çelişkili bir bakış açısıdır. Böyle bir çelişkili yaklaşım, temel hak olan mülkiyet hakkına yönelik ağır bir müdahale niteliğindeki kamulaştırmasız elatma olgusunun engellenmesi, bu olgudan etkilenen hak sahiplerinin adil yargılanma hakkı çerçevesinde haklarına kavuşması, karşı karşıya kalınan hukuka aykırı süreç sebebiyle yaşanan mağduriyetlerin giderilmesi ve bu tarz müdahalelerin bir daha yaşanmaması amacının gerçekleşmesinde büyük bir engeldir. Her iki elatma olgusunun da açıkça ve tamamen hukuki temelden yoksun olması (mesnetsizlik) sebebiyle idarenin haksız fiii/fiili yol şeklinde nitelendirilerek, özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargı makamlarınca çözümlenmesinin daha tutarlı bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'deki değişiklik, kanunkoyucunun, imar planlarının gereğinin yapılmaması suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunulması sonucunu doğuran idarenin eylemlerinin adli yargı makamları tarafından değerlendirilmesini öngörmesi, bu eylemlerin idarenin özel hukuk hükümlerine tabi haksız fiili olarak değerlendirildiğine de işaret etmektedir.

3. Uyuşmazlığın Çözümleneceği Yargı Kolu Açısından

Kamulaştırma usulü mülkiyet hakkına ilişkin olması hasebiyle özel hukuk hükümlerine, idarenin bir işlemi olması hasebiyle de kamu hukuku hükümlerine tabi bir süreci barındırmaktadır. Kamulaştırma bedeli ile ilgili uyuşmazlıklar adli yargı nezdinde yürütülürken, kamulaştırma işleminin iptaline ilişkin süreç idari yargı tarafından yürütülmektedir. Kamulaştırma veya diğer bir hukuki yol ile kamu mülkiyetine kazandırılmaksızın elatma anlamında fiili elatma ve hukuki elatma halinde taşınmaz bedelinin ödenmesine ilişkin davalar ayrı yargı kolları tarafından ancak aynı yöntem kullanılmak suretiyle (Kamulaştırma Kanunu'nun kamulaştırma bedelinin belirlenmesine ilişkin 11. ve 12. maddeleri uyarınca) hesap edilmekteydi. Kamulaştırmasız elatma halinde taşınmazın değerinin belirlenmesine ilişkin davaların, mevcut davalarda kullanılan hesaplama yöntemi ile tutarlı şekilde, kamulaştırma bedeli ve tescili davasında uzmanlaşmış adli yargı makamları

tarafından görülmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz[37]. Bu çerçevede Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'de yapılacak bir değişiklik ile idarenin hukuka aykırı müdahalesi sonucu mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar ile ilgili uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda çözümlenmesine dair bir düzenlemenin yapılabileceğini savunmuştuk[38]. Bu kanaatimiz uyarınca bütün hukuki elatma vakaları olmasa da imar planının gereğinin yapılmaması şeklindeki hukuki elatmalardan kaynaklı bedel davalarının Kamulaştırma Kanunu ek madde 1'de yapılan bir değişiklik ile adli yargıda görülecek olması olumlu bir gelişmedir. Ancak bu tür hukuki elatma olgularında elatmanın önlenmesi davasının açılmasının mümkün olup olmadığı yine belirsizliğini korumaktadır. Kanaatimizce hukuki elatma halinde elatmanın önlenmesi davasının açılması mümkün olmalıdır. Nihayetinde hukuki elatma halinde idare, taşınmaza, tamamen hukuki dayanaktan yoksun dolaylı şekilde açıkça elatmaktadır. Mahkeme, fiili elatma halinde idarenin eyleminin, hukuki elatma halinde ise eylemsizliğinin mülkiyet hakkını hukuka aykırı şekilde kısıtladığını tespit edebilmeli ve bu çerçevede mahrumiyet sonucunun kaldırılması için eda kararı niteliğinde hüküm kurabilmelidir.

Belirtmeliyiz ki, hukuki elatma olgusu sadece imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazların belli bir süre içerisinde kamu mülkiyetine kazandırılmaması ile sınırlı bir olgu değildir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 15/1-a kapsamında kısmen veya tamamen gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetine geçmiş olan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarının kamulaştırılmaması, 15/1-f uyarınca sit alanı içerisinde kesin inşaat yasağı getirilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parsellerin Hazine arsa veya

---

[37] Aynı kanaatteki yazarlar için bkz. *Kulaklı*, kamulaştırmasız elatma davalarında idarenin taşınmaza fiili müdahalesinin mülkiyet hakkının ihlali açısından bir ölçüt olmadığını, bu halde mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kısmen ya da tamamen engellenip engellenmediğinin esas alınması gerektiğini, fiili müdahalenin olup olmadığı ayrımı gözetmeksizin her iki modelinin adli yargıda görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma, s. 196-197. *Gürsel* de, her iki halin de mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilmesi ve adli yargı nezdinde görülmesi gerektiği kanaatini paylaşmaktadır. Gürsel, s. 619-620. *Yalçınduran* da, sebepleri aynı olan fiili ve hukuki elatma olgularının farklı yargı mercileri tarafından değerlendirilmesi halinde ortaya çıkabilecek problemlere yer vermek suretiyle her iki olgunun da tek bir yargı teşkilatı tarafından incelenmesi gerektiğini ve bu yargı kolunun da adli yargı olması gerektiğini belirtmektedir. Yalçınduran, s. 233-239; Murat Fatih Ülkü, "Hukuki El Atma Davalarında Yargı Yolu Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 80, Sayı 4, Yıl 2022, s. 431-433.

[38] Bkz. Bakırcı, s. 170.

arazileri ile veya 17/c gereğince belediye ve il özel idaresine ait taşınmazlarla trampa edilmemesi gibi haller de hukuki elatmaya sebebiyet verebilmektedir. Ancak Kamulaştırma Kanunu ek madde 1 hükmü ve bu hükme 7421 sayılı Kanun ile eklenen ifade salt imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazların kamulaştırılması veya kısıtlılığın kaldırılmaması sebebiyle doğabilecek hukuki elatma olgularını kapsamaktadır. Diğer hukuki elatma olgularının hukuki niteliği ve uyuşmazlığın çözümleneceği yargı kolu hakkında yargı makamları ile doktrin nezdinde yaşanan tartışmaların devam edeceği anlaşılmaktadır.

4. Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukuk Açısından

Fiili elatmada doğrudan müdahale, hukuki elatmada dolaylı müdahale suretiyle mülkiyet hakkı üzerinde aynı neticeyi doğuran, mülkiyet hakkını kullanılmaz kılan müdahalelerin birbirinden tamamen bağımsız olgular gibi farklı hukuk sistemlerine ve farklı yargı kollarına tabi tutulmasının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede her iki olgunun da idarenin kullandığı araçların farklı olması sebebiyle mahiyetlerinde birtakım farklılıklar taşısalar da, benzer hüküm ve sonuçlara bağlanması daha uygun olacaktır.

Her iki hal de idarenin haksız fiili olarak nitelendirilmeli ve bu çerçevede özel hukuk hükümlerine tabi tutulmalıdır. KK ek madde 1 hükmü doğrultusunda taşınmazın bedelinin talep edildiği davalarda aynı yargı kolu nezdinde aynı hükümlerin uygulanması kanuni bir düzenleme gereğidir. Buna ek olarak her iki halde idarenin müdahalesinin sona ermesine hizmet edecek şekilde elatmanın önlenmesi davası açılabilmesine de imkân tanınmalıdır.

Elatma sebebiyle uğranılan zararın tazmini maksadıyla ileri sürülebilecek zarar taleplerine, TMK m. 993-995'teki haksız zilyedin sorumluluğu hükümleri kıyasen tatbik edilebilmelidir. İdare bu süreçte sahip olduğu yetkileri kötüye kullanarak taşınmaza müdahale ettiği için kötüniyetli haksız zilyet olarak değerlendirilebilir. Fiili elatma halinde, taşınmaz üzerindeki fiili hâkimiyeti sona erdirecek boyutta zilyetliğe müdahale edilmektedir. Hukuki elatma halinde ise her ne kadar zilyetliğe doğrudan bir müdahale olmasa da taşınmazın kullanılmasına ve ondan yararlanılmasına engel olunması şeklinde yaratılan sonucun fiili elatma ile aynı olmasından hareketle her iki halde de haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Bu suretle idarenin fiilen veya hukuken elatarak sebebiyet verdiği zararların (fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve haksız kulla-

nım bedeli) tazmini, idarenin kusurundan bağımsız şekilde değerlendirilerek daha adil ve etkin bir hukuki koruma sağlanabilecektir. Bu yaklaşım modeli ile bedel davası (gerek fiili elatma gerekse de hukuki elatma halinde), kötüniyetli haksız zilyedin şeyi aynen iadesinin mümkün olmadığı/istenmediği hallerde değerinin tazmin edilmesi şeklindeki sorumluluğunun görünümü olarak da kabul edilebilir.

Bedel davası taşınmazın değerine, tazminat davasında ise zarar miktarına idarenin temerrüt tarihi olan elatma tarihinden itibaren Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca kamu alacakları için uygulanan en yüksek faiz oranının işletilmesi gerektiği kanaatindeyiz[39].

Mahiyeti gereği hukuki elatmaya özgü olarak, tıpkı kamulaştırma usulünde olduğu üzere, idari yargıda iptal davası açma hakkı korunmalıdır. Hukuki elatma, idarenin mülkiyet hakkını sınırlandırma neticesi doğuran idari işlemin, bu idari işlemden kaynaklı yükümlülüklerinin gereğini yapmaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bizatihi idari işlemin kendisi hukuka aykırı olabileceği gibi bu idari işleme bağlı olarak sunulan işlemin geri alınması veya değiştirilmesi talepleri ile arazi ve arsa düzenlemesi veya kamulaştırma yapılmasına ilişkin taleplere verilen cevaplara karşı idari yargıda iptal davası açılmasında da hukuki yarar bulunmaktadır. Bu tür davalarda verilen iptal kararlarının özellikle de idarenin bir işlem tesis etmesini gerektiren kararlarının uygulanma süreci (İYUK m. 28) önem arz etmektedir.

5. Yargılama Giderleri Açısından

Kamulaştırmasız elatma kapsamındaki uyuşmazlıkların adli yargı nezdinde değerlendirilmesi mülkiyet hakkının etkin şekilde korunmasını sağlamak ve oluşan zararın tazmin edilmesi için tek başına yeterli değildir. İdarenin kanuni dayanağı olan yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle taşınmazını kullanamayan malik dava açmak ve dava sürecini bütün mali yükü ile üstlenmek durumunda kalmaktadır. Yargılama giderleri ve ispat yükü davacı hak sahibi üzerinde kalmaktadır. Bu hal de idarenin hukuka aykırı müdahalesi ile hakkı ihlal edilen malikin hem maliyet hem de dava sürecindeki rolünün ağırlığı sebebiyle mağduriyetini artırmakta, maliki aşırı bir yük altında bırakmaktadır. Bu çerçevede kamulaştırmasız elatma ile ilgili davalarda yargılama hukukuna özgü usul kurallarında bazı değişikliklerin yapıl-

[39] Bkz. Bakırcı, s. 360.

ması gerekmekteydi. Bu gereklilik AİHM ve AYM nezdindeki davalarda da gündeme gelmiştir.

Kamulaştırmasız elatma ile ilgili adli yargı nezdinde görülen davalar, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasına benzer şekilde kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında ele alınmalı ve re'sen araştırma ilkesine tabi olmalıdır.

Yargılama giderleri ile ilgili olarak AİHM nezdindeki 12055/17 başvuru numaralı *Musa Tarhan&Türkiye* davasında[40] kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davası sonucunda idare lehine hükmedilen vekalet ücreti mülkiyet hakkı kapsamında ele alınmıştır. AİHM[41], başvuranın, kamulaştırma bedelinin %60'a karşılık gelecek ölçüde kamulaştırmayı yapan idarenin vekâlet ücretini ödemeye mahkûm edilmesini, kamu yararı ile bireysel menfaat arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan bir uygulama olduğuna hükmederek mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir.

AİHM'in bu kararı sonrasında Anayasa Mahkemesi de *Sadettin Ekiz*[42] bireysel başvurusunda kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasında idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesini mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. AYM, kamulaştırma bedelinin %15'ine karşılık gelen idare lehine vekalet ücreti belirlemesini, taşınmazın gerçek değerini karşılaması gereken kamulaştırma bedelini önemli ölçüde azaltan bir uygulama olarak nitelendirmiş ve mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında korunması gereken adil dengenin malik aleyhine bozulduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. AİHM *Musa Tarhan&*Türkiye ve AYM *Sadettin Ekiz* kararları uyarınca, idarenin mülkiyet hakkını ihlal niteliği taşıyan kamulaştırmasız elatma ile ilgili davalarda evleviyetle idare lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekmektedir[43].

Süreç içerisinde AYM kamulaştırmasız elatmaya özgü davalardaki yargılama giderleri mevzuunu da değerlendirmiştir. AYM, *Kübra Yıldız ve Di-*

---

40 AİHM *Musa Tarhan & Türkiye*, B. No. 12055/17, 23.10.2018 T. (https://hudoc.echr.coe.int/, 2.6.2023).

41 AİHM *Musa Tarhan & Türkiye*, prg. 88.

42 AYM *Sadettin Ekiz*, B. No. 2016/9364, 9.5.2019 T. (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 2.6.2023).

43 Bu yöndeki bir kanaat için bkz. Şeyma Akgül Koçer, "Kamulaştırma Bedel Tespit ve Tescil Davalarında Aleyhe Vekâlet Ücreti Uygulamasının Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", **İnsan Hakları Dergisi**, Sayı 10, Ağustos 2022, s. 11-13.

ğerleri[44] bireysel başvurusunda idarenin kamulaştırma usulünü kullanmaksızın başvurucuların maliki olduğu taşınmaz üzerinde hukuka aykırı şekilde fiilen irtifak tesisi sebebiyle açılan kamulaştırmasız elatma davasında idare lehine vekalet ve yargılama giderleri hükmedilmesini ele almıştır. AYM, Kamulaştırma Kanunu'nun 29. maddesindeki kamulaştırma sürecindeki giderlerin kamulaştırmayı yapacak idare tarafından karşılanmasına dair hükmün "*... Anayasa'nın 46. maddesindeki gerçek bedelin ödenmesi güvencesi gözetilerek malike ödenecek kamulaştırma bedelinin malik aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmek suretiyle azaltılmasının önlenmesi amacıyla getirildiği*" kanaatini paylaşmıştır. Mahkeme, bu hükmün kamulaştırmasız elatma davalarının amacı ve işlevi dikkate alındığında bu tür davalarda uygulanmasına hukuki bir engel bulunmadığı, mahkemelerin Anayasa m. 46'daki özel güvenceleri gözeterek Kamulaştırma Kanunu'nun 29. maddesinin kapsamını tespit etmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, "*İdarenin hukuksuz el atarak anayasal yükümlülüğünü yerine getirmediği gözetildiğinde normal şartlarda idare tarafından açılması gereken davanın idarenin Anayasa'yı açıkça ihlal eden tutumu sebebiyle malikler tarafından açılmasından hareketle idarenin olağan kamulaştırma usulündekinden daha avantajlı bir konuma getirilmemesine özen gösterilmelidir*." gerekçesiyle kamulaştırmasız elatma davalarında vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin başvurucuya yükletilmesi hakkında mülkiyet hakkı ihlali yönünde karar vermiştir[45].

Bu kararlar sonrasında Anayasa Mahkemesi 8.9.2022 tarihli kararında[46], Harçlar Kanunu'nun 28/1-a bendi ile 32. maddesinin birinci cümlesinin kamulaştırmasız elatma sebebiyle açılan tazminat davası yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını değerlendirmiştir. Mahkeme, kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davasının kural olarak nispi karar ve ilam harcına tabi olduğu, ancak davanın reddine karar verilmesi hâlinde davacının maktu karar ve ilam harcından sorumlu olduğu, davanın kısmen veya tamamen kabulünde ise davacının ödediği nispi karar ve ilam harcının tamamını geri alabildiği ancak dava sonuçlanana kadar davacının harç olarak ödediği tutardan mahrum kaldığı tespitinde bulunmuştur. AYM, "*Anayasa'ya uygun bir kamulaştırma sürecinde kamulaştırma bedelinde uyuşmazlık yaşanması*

---

44 AYM *Kübra Yıldız ve Diğerleri*, B. No. 2018/32734, 28.7.2022 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, 2.6.2023).

45 Karara ilişkin değerlendirme için Akgül Koçer, s. 13-14.

46 AYM 2022/61 E., 2022/101 K., 8.9.2022 tarihli karar (RG T. 6.10.2022, S. 31975).

durumunda anılan bedelin tespiti talebiyle yargı mercilerine idarenin başvurması gerekirken taşınmazlarına fiilen el atılmak suretiyle mülkiyet haklarına Anayasa'ya açıkça aykırı şekilde müdahale edilen kişiler dava açmak zorunda bırakılabilmektedir. ... Kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası açmak zorunda kalan kişilerin nispi karar ve ilam harcı ödemekle yükümlü olmaları ise mülkiyet hakkına yönelik müdahaleyi daha da ağırlaştırmaktadır. Bu itibarla kamulaştırma bağlamındaki hakları anayasal güvence altında bulunan kişilerin idarenin taşınmazlarına fiilen el atarak gerçekleştirdiği Anayasa'ya açıkça aykırı eylem nedeniyle sürüklendikleri dezavantajlı konumu Anayasa'nın sözüyle bağdaştırmak mümkün değildir." gerekçesiyle dava sonuçlanıncaya kadar geçen sürede harç olarak yatırılan tutardan mahrum kalınması sebebiyle yaşanan değer kaybının taşınmazın gerçek değerinin karşılanmasına engel olunduğunu belirtmiş, davalısı harçtan muaf olan kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davaları yönünden Harçlar Kanunu'nun 28/1-a ile 32. maddesinin birinci cümlesinin iptaline hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin davalı idarenin harçtan muaf olduğu kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davalarında davacının karar ve ilam harcı ödeme yükümlülüğünü içeren Harçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerini iptal etmesi üzerine bu tür davalarda harç ödeme sürecine dair kanuni bir boşluk oluşmuştu. Bu çerçevede Kamulaştırma Kanunu'na 7421 sayılı Kanun ile ek madde 4 eklenmiştir. Ek madde 4/3 düzenlemesine göre "*Bu Kanun kapsamında açılan davalarda verilen bedel ve tazminat kararlarına ilişkin mahkeme ve icra harçları, davalı idare tarafından ödenmek üzere maktu olarak belirlenir.*". Kamulaştırma Kanunu'ndaki bu düzenleme dikkate alındığında, bundan sonraki süreçte idarenin davalı olduğu kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davalarında karar ve ilam harcı, icra tahsil harcı gibi harç kalemlerinin idare tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin *Kübra Yıldız ve Diğerleri* bireysel başvurusunda verdiği karar ile Kamulaştırma Kanunu ek madde 4 hükmü dikkate alındığında kamulaştırmasız elatma sebebiyle bedel davalarındaki harçlar ile vekalet ücretini içerecek şekilde yargılama giderlerinin davacı hak sahibi tarafından ödenmeyeceği, davacıya bu yönde herhangi bir ödeme külfeti yüklenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır[47].

---

[47] Aynı yöndeki kanaat için bkz. Mehmet Ali Gölcüklü, "Hukuki El Atma Davaları", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 81, Sayı 2, 2023, s. 270-271.

SONUÇ

Fiili ve hukuki elatma şeklinde idarenin hukuka aykırı uygulamaları ülkemizin sistematik bir sorunsalıdır. Kamulaştırmasız elatma ile ilgili olarak başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargı makamlarının kararları ile mevcut kanuni değişiklikler tek başına bu sorunu kökünden çözecek nitelikte değildir. Bu tür mülkiyet hakkı ihlallerini önlemek için bütün bir toplum olarak birlikte çok daha büyük bir çaba sarf etmemiz gerekmektedir. Sorunun bu kadar yaygın olmasında, idarenin mülkiyet hakkına dair yaklaşımı bulunmaktadır. Mülkiyet hakkı, ekonomik bir değer ile kişi arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve muhafaza eden temel bir insan hakkıdır. Anayasa'nın 35. maddesinde zikredilen kamu yararı sebebine dayanarak kanun ile Anayasa'nın 13. maddedeki usul ve esaslar uyarınca sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkını sınırlandırmanın meşru amacı olan kamu yararı, idareye, özel mülkiyete konu taşınmazlara kamu menfaatini sağlamak için serbest, sınırsız ve ölçüsüz şekilde müdahale etme yetkisi vermemektedir. Ancak kamu makamları, kamu yararı iddiası ile mülkiyet hakkı üzerinde diledikleri gibi kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunabilecekleri algısını taşımaktadır. Bu algı, ne yazık ki, hak sahipleri tarafından da benimsenmiş durumdadır. Mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması, bireysel mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında adil dengeyi sağlaması gerekmektedir. Bu gereklilik, mülkiyet hakkının, her hal ve şartta kamu yararı uğruna feda edilebileceği anlamına gelmemektedir. Bireysel mülkiyet ile kamu yararı arasında işbirliğini sağlayacak, her iki menfaat kalemini birlikte muhafaza edecek hukuki imkânların çeşitlenmesi gerekmektedir.

Kamulaştırmasız elatma için öyle bir yaklaşım modeli geliştirmeliyiz ki, hukuki korumaya ek olarak bu tür uyuşmazlıkların doğumunu önleyici içerikte olmalıdır. Taşınmaz mülkiyetinden yoksun kalma sonucu doğuran kamulaştırma dışındaki diğer sınırlandırma araçlarının (DOP, imar haklarının aktarımı gibi), Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma için öngörülen anayasal güvenceler baz alınarak öngörülebilir, elverişli ve orantılı modeller şeklinde kanuni düzenlemeye konu olması, işleyişte en ufak bir aksaklığa mahal vermeyecek şekilde denetim mekanizmalarının işletilmesi gerekmektedir. Sınırlandırma araçlarının tatbikinde yaşanabilecek olası hak ihlallerinin etkin, hızlı ve adil bir içerikte çözümlenebilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bağımsız yapılar tarafından yürütülmelidir. Sınırlandırma araçları ile ilgili usul ve esaslara aykırılık halinde elatna idare ve gerekiyorsa

bu işlem ya da eylemi yapan kamu görevlileri hakkında kanun düzeyinde ağır yaptırımların öngörülmesi caydırıcı nitelikte olacaktır. Hukuki elatma özelinde ise idarelere mülkiyet hakkını kontrol etmek suretiyle sınırlandırma yetkisi veren kanuni düzenlemelerin, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde bu sınırlandırma araçlarının gereklerinin yapılması hususunda idarelere yükümlülük (İK m. 10, 13, KK ek m. 1 gibi) yüklemesi ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde yaptırım öngörmesi gerekmektedir. Yükümlülüklerin, uygulama imar planı gibi idarenin bir başka işleminin yürürlüğe girmesine bağlı olmaksızın[48] doğrudan doğruya mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı tarihten itibaren işleyecek belirli bir süre içerisinde yerine getirilmesi, süre sonunda mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılığın kendiliğinden sona ermesi gibi çareler düşünülebilir[49].

Mülkiyet hakkı üzerindeki baskıyı makul ölçülerde tutabilmek için nazım imar planı ile uygulama imar planlarının eş zamanlı olarak yürürlüğe girmesinin esas olması[50], bu esasa aykırılık halinde süreci hızlandıracak ancak amaçtan da sapılmayacak şekilde üst kademe idari makamlara[51] ya da

---

[48] Mevcut kanuni düzenleme ve uygulamada, sürelerin hesaplanmasında, uygulama imar planının yürürlüğe girme tarihi esas alınmaktadır. Amaca uygun yorum metodu kullanılarak, plan kapsamındaki taşınmaz ile ilgili somut kısıtlama, hangi imar planı ile gerçekleşmekte ise o imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren sürenin işlemeye başladığının kabulü yerinde olacaktır. Sürelerin hesaplanmasında, uygulama imar planının esas alınması yönündeki yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, "Anayasa Mahkemesi Tazminat Davası Açma Hakkını 5 Yıl Öteleyen Kanun Hükmünü İptal Etti", s. 3 (http://blog.lexpera.com.tr/hukuki-el-atma-kamulastirmama-halinde-tazminat-davasi-tam-yargi-yolu-tekrar-acildi/, 30.5.2018).

[49] *Gürsel*, imar planlarının umumi hizmet alanları ile ilgili imar uygulama süresinin İmar Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile yedi yıla çıkarılması ve süre sonunda uygulamanın yapılmaması halinde yeni hazırlanacak planda taşınmazların umumi hizmet alanından çıkarılması önerisini sunmaktadır. Gürsel, s. 620.

[50] Bu teklifimize örnek olarak, Korunan Alanlarda Yapılacak Planlara Dair Yönetmelik'in m.7/5'te düzenlenen, 1/5000 ölçekli koruma amaçlı nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli koruma amaçlı uygulama imar planlarının eş zamanlı olarak hazırlanmasının esas olması kuralı verilebilir. Yine bu çerçevede Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği m. 21/2'de, onay yetkisinin aynı idarede bulunduğu nazım ve uygulama imar planlarının gerekli görülmesi halinde eş zamanlı olarak hazırlanabileceğine dair yetkinin, yükümlülük şeklinde kurgulanması düşünülebilir. *Kasarcı*, İmar Kanunu m. 10'da imar programlarının hazırlanması için gereken üç aylık sürenin kaldırılarak, imar programı hazırlanmaksızın imar planlarının yürürlüğe giremediği bir sistem kurgulanması gerektiğini belirtmektedir. Hakkı Kasarcı, **3194 Sayılı Kanunu'un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 99.

[51] Büyükşehir Belediye Kanunu m.7/2'de, "*...nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak*" şeklindeki büyükşehir belediyesine yüklenen görev ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teş-

vesayet yetkisine sahip idari makama planı hazırlama yetkisi verilmesi[52] suretiyle alternatif çözümlerin geliştirilmesi, aykırılık haline özgü yaptırımların öngörülmesi, bu yaptırımların objektif, adil ve hızlı bir şekilde tatbik edilmesi gibi hususlara dikkate etmek gerekmektedir.

Şehir planlamasıyla birlikte turizm, tarım, sanayi, orman ve koruma alanlarına dair planlamaların önemi çok büyüktür. Sağlıklı planlama, hukuki öngörülebilirliğin teminatı mahiyetindedir. Planlama aşamalarının şeffaf ve bu aşamalarda bilgi paylaşımının sağlıklı olması, planlamaların hayata geçirilmesinde kullanılacak araçların ise belirli ve öngörülebilir olması önem arz etmektedir. Planlama süreçlerinin, konunun uzmanlarından oluşan yerel ihtiyaçları ile merkezi eşgüdümü sağlayacak bağımsız kurullar (İdare Hukuku nezdinde bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumlar şeklinde yapılanmış) tarafından yapılması ve denetlenmesi gibi bir planlama modeli geliştirilmelidir. Bu suretle ihtiyaçlara cevap verebilen ve etkin şekilde uygulanabilen planlamalar aracılığıyla, planların hayata geçirilmemesi şeklindeki hukuki elatma gibi sonuçlar ile karşı karşıya kalmayabiliriz.

kilat ve Görevleri Hakkında KHK m.2/ç'teki *"... her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini resen yapmak, yaptırmak, onaylamak*" şeklindeki düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

52 5393 sayılı Belediye Kanunu m.57 ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m.40'a göre İçişleri Bakanlığı'nın hizmetin aksaması haline özgü yetkileri devreye girebilir.

KAYNAKÇA

AKAR, Zeki, **En Son Değişikliklerle Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Cilt II, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

AKGÜL KOÇER, Şeyma, "Kamulaştırma Bedel Tespit ve Tescil Davalarında Aleyhe Vekâlet Ücreti Uygulamasının Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", **İnsan Hakları Dergisi**, Sayı 10, Ağustos 2022, s. 8-15.

AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2017.

AKKAYA, Oktay, **Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Lazer Yayınları, 1998.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017.

ARCAK, Ali/DOĞRUSÖZ, Edip, **Kamulaştırmasız El Koyma, El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1992.

AVCI, Mustafa, "Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorunu Üzerine Bir İnceleme", in International Conference on Eurasion Economies 2014, **Law&JusticeReview**, V. 5, I. 1, June 2014, s. 147-165 (https://www.avekon.org/papers/1144.pdf, 13.5.2018).

AYANOĞLU, Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

AYHAN, Fatma, "Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukukunda 'Dolayısıyla Kamulaştırma' Uygulaması Üzerine Bir Deneme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, Y. 2011, s. 1125-1148.

BAKIRCI, Münevver Kübra, **Kamulaştırmasız Elatma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

BİLGEN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.

BÖKE, Veli, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

ÇABRİ, Sezer, Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 1-2 2011, s. 77-104.

ÇABUK, Mehmet/ÇAKMAK, Nuran Doğan/ŞENGÖZ, Dilara, **Danıştay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

ÇAKIR, Yavuz, **Kamulaştırmasız El Atmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasal İncelenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ÇETİNTAŞ, Önder, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

ÇINAR, Turan, **Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

DÜREN, Akın, **Devletin Mülkiyete El Atmasından Doğan Tazmin Yükümlülüğü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

EROL, Ömer Faruk, "Yargı Kararlarında İmar Planı Yoluyla Kamulaştırmasız El Atma", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2013, C. 9, S. 105-106, s. 193-228.

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali, **Kamulaştırma Kanunu Şerhi, Fiili ve Hukuki El Atma Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018 (Gölcüklü, Kamulaştırma).

GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali, "Hukuki El Atma Davaları", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 81, Sayı 2, 2023, s. 255-280 (Gölcüklü, Hukuki El Atma).

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Bursa, Ekin Yayınları, 2019.

GÜLAN, Aydın, **Türk İmar Hukuku'nda Hamur Kuralı Uygulaması, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım**, İstanbul, 2000 (Yayımlanmamış Doçentlik Çalışması).

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015.

GÜRSEL, Meltem Kutlu, **Kamulaştırma Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.

HAYTA, Mehmet Ali, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Koyma Davaları**, Ankara, Adalet Yayınları, 2014.

İLGEZDİ, Ali Rıza, **Hukuki El Atma (Kamulaştırmasız Elatmada Yeni Dönem)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Cilt II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

KAPLAN, Gürsel, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2012, S. 99, s. 125-150.

KARACA, Egemen, "Kamulaştırmasız El Koymanın Unsurları ve Kamulaştırmasız El Koymaya Karşı Yargısal Başvuru Yolları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2018, Y. 31, S. 137, s. 273-309 (Karaca, Yargısal Başvuru Yolları).

KARACA, İrem, **Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019 (Karaca, Kamulaştırmasız El Atma).

KARADEMİR, Dilek, "Kamulaştırmasız El Atma", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 2-12, Mart-Nisan 2016, s. 930-960.

KASARCI, Hakkı, **3194 Sayılı Kanunu'un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

KULAKLI, Emrah, "İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 1, Bahar 2015, s. 185-198 (Kulaklı, Kamulaştırmasız El Atma).

KULAKLI, Emrah, **İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları**, İstanbul, 2014 (Yayımlanmamış Doktora Tezi) (Kulaklı, İmar Kısıtlılığı).

MORALI, Ahu Ayanoğlu, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Işığında Kamulaştırmasız Elatma Uygulamasının Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2, S. 1, Ocak 2003, 2003/1, s. 223-241.

OĞUZMAN, M. Kemal, "Bir Gayrimenkulün İstimlak Edilmeden Amme Emlakine Kalp Edilmesi (Tevhidi İçtihadı Gerektiren Bir Durum), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XIX, Y. 1953, S. 3-4, s. 809-820.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Temel Esasları**, Cilt III, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.

ÖZDEMİR, Yücel, **Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

ÖZKAYA, Eraslan, **Açıklamalı-İçtihatlı Elatmanın Önlenmesi Davaları 3**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

ŞAHİNİZ, C. Salih, **Teori ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma, İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2006.

ŞAŞI, Murat, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

TARHANLI, İştar B., "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 11, S. 1-3, 1990, s. 41-47.

TEMEL, Cemil, **Açıklamalı-İçtihatlı (Dilekçe ve Karar Örnekli) Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atmadan Doğan Davalar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.

TUTAL, Erhan, "Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Yargılama Sürecindeki Son Gelişmeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 7, Haziran 2016, s. 1107-1132.

ULUSOY, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019 (Ulusoy, İdare Hukuku).

ULUSOY, Yasin, **Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmasız El Atma**, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2004 (Ulusoy, Kamulaştırmasız El Atma).

ÜLKÜ, Murat Fatih, "Hukuki El Atma Davalarında Yargı Yolu Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 80, Sayı 4, Yıl 2022, s. 423-433.

YALÇINDURAN, Türker, **Kamulaştırmasız El Koyma**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

YILDIZ, Hayrettin, "Fransız Hukukunda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2018, s. 303-336.

YİĞİT, Birgül, "Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Adli Yargı Boyutu ile Kamulaştırmasız El Atma Kavramı", Ankara, 2013, s. 1-26 (http://docplayer.biz.tr/390139-Uyusmazlik-mahkemesi-kararlari-isiginda-adli-yargi-boyutu-ile-kamulastirmasiz-el-atma-kavrami-birgul-yigit-uyusmazlik-mahkemesi-raportoru.html, 16.5.2018).

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 713-741

İSVİÇRE MİRAS HUKUKU REVİZYONU NETİCESİNDE SAĞ KALAN EŞİN MİRASÇILIĞI VE REVİZYONUN TÜRK HUKUKUNA OLASI ETKİLERİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Pelin IŞINTAN**(**)

Öz: Aile hukuku ile miras hukuku birbiriyle yakından ilgilidir. Bunun neticesinde aile ilişkilerinin zaman içindeki değişiminden miras hukuku da kaçınılmaz biçimde etkilenecektir. Geçtiğimiz yüzyılın başındaki bir sosyal ve ekonomik yapıya ait olan İsviçre Medeni Kanununun miras hukuku hükümlerinde modern ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla bir revizyon çalışması yapılmış ve bu çalışmanın bir bölümü 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mirasbırakanın tasarruf oranının arttırılması ve sağ kalan eşin durumunun iyileştirilmesi ekseninde yürütülen bu çalışmaların neticesinde ortaya çıkan düzenlemeler İsviçre hukuk doktrinindeki bazı tartışmalara da son vermiştir. Revizyon bu yönüyle Türk hukukundaki bazı soru ve tartışmalara da yol gösterecek ve belki de bir paradigma değişikliği getirebilecek niteliktedir. Revizyon vesilesiyle bir kere daha görüldüğü üzere sağ kalan eşin durumu açısından mevzuatımız İsviçre'nin gerisindedir. Bu nedenle özellikle sağ kalan eşin durumunu ilgilendiren düzenlemeler bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağ Kalan Eş, Miras, İsviçre Miras Hukuku Revizyonu, Tasarruf Oranı, Saklı Pay.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 29.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.06.2023.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0002-8283-234X; *isintanp@mef.edu.tr*).

INHERITANCE OF THE SURVIVING SPOUSE AS A RESULT OF THE REVISION OF SWISS INHERITANCE LAW AND THE POSSIBLE IMPACT OF THE REVISION ON TURKISH LAW

Abstract: Family law and inheritance law are closely related to each other. As a result, inheritance law will inevitably be affected by the changes in family relations over time. The provisions of the Swiss Civil Code, which belonged to a different social and economic structure at the beginning of the last century, were revised in order to respond to modern needs, and a part of this revision entered into force on 1 January 2023. The regulations that emerged as a result of this effort, which was carried out on the axis of increasing the disposable portion of the *de cujus* and improving the situation of the surviving spouse, put an end to some debates in the Swiss legal doctrine. In this respect, the revision may also lead to some solutions in Turkish law regarding similar discussions and may perhaps bring a paradigm shift. The revision conduced us once again towards seeing that the Turkish legislation regarding the status of the surviving spouse falls behind the Swiss law. For this reason, the regulations in Swiss law concerning the situation of the surviving spouse specifically constitute the subject of this study.

Keywords: Surviving Spouse, Disposable Portion, Swiss Revision of Inheritance Law, Falcidian Portion, Inheritance.

GİRİŞ

Aile hukuku ile miras hukuku arasındaki bağ yadsınamaz. Her şeyden önce mirasbırakanla aynı aileye mensup kişilerin kan bağı esasına dayanan ve kanundan kaynaklanan bir miras hakkı vardır; miras hukukumuza hakim olan zümre sistemi bunu gösterir[1]. Bunun yanı sıra, sağ kalan eş ve evlat edinilen kişiler de kan bağıyla olmasa da hukuki bir bağ ile aileye dahil olduğundan yine kanuni mirasçı sıfatını haizdir. Bu bağlamda, Medeni Kanun'un üçüncü kitabını oluşturan Miras Hukuku'nun, ikinci kitabı oluşturan Aile Hukuku'nun hemen arkasından gelmesi bir tesadüf değildir. Kanun tarafından belirlenen mirasçılardan bazılarının, mirasbırakanın malvarlığından mutlaka belli oranda yararlanması da yine kanun tarafından güvence altına alınmıştır. Bu güvence,

[1] ÖZTAN Bilge**, Miras Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 37 vd.; İMRE Zahit / ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 17 vd.; DURAL Mustafa / ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, §2 I ve §4; SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2022, §2 III 1.

saklı pay kavramıyla kendini gösterir. Böylelikle, mirasbırakana en yakın olduğu düşünülen kişilerin terekeden mutlak surette belirli bir pay almaları kanun koyucu tarafından teminat altına alınmıştır. Mirasbırakan, hayatta iken mal varlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesine rağmen saklı payları etkileyecek tasarrufları tenkise tabi kılınacak ve bu şekilde saklı pay sahiplerinin haklarına kavuşmaları sağlanacaktır[2]. İşte bu şekilde kanuni mirasçılık ve saklı paylı mirasçılığın kanunda yer alması ve kimlerin bu kapsama dahil olabileceği temelde bir hukuk politikası meselesidir ve bu politika sosyal ve ekonomik gelişmelere göre şekillenir. Burada belirleyici olan özellikle toplumdaki üretim ilişkileri ve ailenin yapısıdır[3]. Tarımsal üretimden ticari ve giderek endüstriyel üretime geçiş, mülkiyet ve sermaye ilişkilerini[4] etkilediği gibi aile kavramının da giderek geniş aileden çekirdek aileye dönüşmesine neden olmuştur. Modern devletin ortaya çıkışı ve bunun yüzyıllar içinde sosyal devlete dönüşmesi ile kişilerin daha önce geniş aile içinde karşılamak zorunda oldukları barınma, eğitim, sağlık, güvenlik gibi bazı ihtiyaçları da devlet tarafından üstlenilmiştir. Böylelikle aynı çatı altında yaşayıp birlikte üreten ve bunları paylaşan aile bireylerinin yerini farklı yerlerde yaşayarak tek başına üreten ve bunları da tek başına ya da kendi kurduğu çekirdek ailesi ile tüketen bir yapı ortaya çıkmıştır[5]. Üstelik, aile birliği kavramı da zaman içinde değişmiş, geleneksel aile yapısı dışında aralarında resmi nikah bulunmadan aynı evde yaşayıp

---

[2] Bu durumun kişinin mülkiyet hakkını ciddi bir sekteye uğrattığı ifade edilmiştir. Bkz. BADDELEY Margareta, "La reserve héréditaire: quo vadis?", **Revue de droit des successions (successio)**, 2014, s. 282.

[3] Diğer belirleyici faktörler için bkz. SEROZAN Rona, "Miras Hukukunun Gelişim Süreci, Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri" (çev. Meliha Sermin Paksoy), **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 1, s. 531 vd. Ailenin yapısı ve işlevinin evrimi için ayrıca bkz. SEROZAN Rona / BAŞAOĞLU Başak/ KAPANCI Kadir Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", **İKÜHFD**, 15 (2) 2016, s. 536 vd.

[4] Roma hukukunda ticari ilişkilerin gelişmesi ile aile evlatlarının kendilerine ait malvarlığı olarak değerlendirilebilecek *peculium* sahibi olabilmesi ve zaman içinde bu malvarlığı üzerinde tasarruf ehliyetine kavuşabilmeleri imkanı da bu bağlamda değerlendirilebilir. Ekonomik ilişkilerin gelişmesi neticesinde *pater familias*'ın mallar üzerindeki hakimiyeti de değişmiş ve aile evlatlarının aile reisinin malvarlığına tabi olmayan kendilerine ait bir malvarlığı edinmelerinin önü açılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYAK Sevgi, "Roma Hukukunda Aile Kurumu", **Hacettepe HFD**, 8(2) 2018, s. 284 - 285.

[5] İsviçre'de Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde nüfusun yüzde 26.7'si tarım ve ormancılıkla uğraşırken bu oran 1970 yılında yüzde 7,7'ye düşmüştür. Bkz. Message concernant la révision du code çivil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11.07.1979, s. 1186 (**FF** 1979 II 1179). https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10102596.pdf?id=10102596&action=open 2019 yılında bu oran yüzde 3,1'dir.

çocuk sahibi olan çiftlerin sayısı artmaya başlamıştır. Dünyanın birçok ülkesinde bu çiftlerin farklı cinsiyetten olma gereği de kaldırılmış ve birlikteliklerini resmen kayıt altına alabilme imkanı sayesinde aynı cinsten kişiler de hukuken aile olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Bugün gelinen noktada aynı cinsten kişilerin medeni hukuk anlamında bir evlilik birliği kurmalarının önü de açılmıştır. Nitekim, Medeni Kanunumuzun mehazını oluşturan İsviçre'de, aynı cinsten kişilerin kayıtlı birliktelik imkanı bulunduğu gibi, 1 Temmuz 2022 tarihinden itibaren bu kişilere resmi olarak evlenme imkanı da tanınmıştır[6].

Bu gelişmelerin miras hukukuna yansıması kaçınılmazdır. Eskiden ailenin yerine getirdiği temel işlevlerin devlet tarafından üstlenilmesi, bunun yanı sıra modern hukuklardaki mal rejimi düzenlemeleri ile sağ kalan eşin malvarlığının edinilmesine yönelik katkılarının hukuken koruma altına alınması gibi düzenlemeler karşısında alışılageldik yasal mirasçılık ve saklı pay sisteminin günümüz ihtiyaçlarına verdiği cevap sorgulanabilir[7]. Bu sorgulamada yaşam sürelerinin uzaması ve buna bağlı olarak mirasçıların beklenen mirasa eriştiklerinde kendilerinin de artık hayatın ileri bir noktasına gelmiş bulunmaları[8], bu uzun yaşam sürecinde kişinin birkaç sefer evlenme ve farklı aileler kurma imkanına sahip olması, yüzyılın başında neredeyse ayıp olarak karşılanan boşanma olgusuna yaklaşımın değişmesi, yukarıda ifade edildiği gibi aile kavramının evrilmesi gibi unsurlar da mutlaka dikkate alınmalıdır.

Türkiye'de 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'un mehazını oluşturan ve o dönemde en modern kanun olarak kabul edilen İsviçre Medeni Kanunu 1907'de kabul edilmiş ve 1912'de yürürlüğe girmiştir. Bir başka ifadeyle bu kanun geçtiğimiz yüzyılın başındaki bir sosyal yapıya aittir ve

---

6 **RO** 2021 747. İsviçre kanun koyucusu İsv. MK md. 94'ün lafzında basit bir değişikliğe giderek bu düzenlemeyi sağlamıştır. Buna göre evlenmek için başvuran *kişilerin* on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olmaları aranmaktadır. Başvuranların kadın ve erkek olmaları gerektiği ifadesi kanundan çıkartılınca arzu edilen sonuç kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Herkes için evliliğin mümkün hale gelmesini takiben aynı cinsten çiftler için yeni kayıtlı birliktelik kurma imkanı kaldırılmış ve bu tarihe kadar mevcut olan kayıtlı birlikteliklerin evlilik olarak sicile kaydı mümkün hale gelmiştir.

Aynı cinsten kişilerin aile kurmalarına imkan tanınması ile ilgili diğer bazı ülkelerdeki gelişmeler için bkz. **SEROZAN ve diğ**., sf. 540 vd.

7 Bkz. **SEROZAN**, s. 533; **BADDELEY**, s. 283 vd.

8 Bu durumda mirasçılar artık kendilerine bir hayat ya da iş kuracak yaşı geçmiş, belki kendileri de emekli olacak yaşa gelmiş olabilirler. Buna bağlı olarak artık miras kalan malvarlığının kişiye, bu durumda özellikle mirasbırakanın çocuklarına, kuracağı hayat için bir başlangıç desteği oluşturması eskisi kadar önem arz etmez. Bkz. Message, s. 5871 https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/2131/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2018-2131-fr-pdf-a.pdf (erişim tarihi: 2.3.2023); **BADDELEY**, s. 284.

zaman içinde çeşitli ve önemli reformlara uğrasa da miras hukuku kitabı bazı güncellemeler dışında hemen hiç değişmemiştir[9]. Bu durum şöyle bir soruyu akla getirir: Geçen yüzyılın başındaki aile yapısı ile sosyal ihtiyaçlar aynı olmadığına göre bugün çağdaş ihtiyaçlara cevap veren başka türlü bir miras hukuku kurgulanamaz mı? İsviçre kanun koyucusu bu soruya olumlu cevap vermiş ve 2010 yılında çağdaş bir miras hukuku oluşturmak için çalışmalara başlamıştır[10]. Bu çalışmalar meyvesini vermiş ve İsv. MK miras hukuku kitabında yapılan değişikliklerin bir bölümü[11] 18 Aralık 2020 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir[12].

Revizyon çalışmalarının ana eksenini mirasbırakanın tasarruf serbestisinin arttırılması oluşturur[13]. Amaç, kişinin malvarlığının akıbetini istediği şekilde düzenlemesine izin verecek bir sistem tasarlamaktır. Böylece kişi ölümünden

---

9 EIGENMANN Antoine, "Les Grandes Lignes de la Révision. Nouvelles réserves, conditions de l'action en réduction, cas particuliers et droit transitoire", **Journée de droit successoral 2022** (éd. Maryse Pradervand-Kernen, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Editions SA Berne, 2022, s. 18. Evlilik dışında doğan çocukların ve sağ kalan eşin durumunun iyileştirilmesi, kayıtlı birlikteliklerin miras hukuku açısından değerlendirmeye alınması ve dördüncü zümrenin kanuni mirasçılığı ile kardeşlerin saklı payının kaldırılması bu süreçteki önemli gelişmelerdir. Ancak bunlar dışında miras hukuku düzenlemeleri temelde yirminci yüzyılın başındaki haliyle kalmıştır.

10 Revizyon çalışmalarına ilişkin sürecin gelişimi için bkz. NAR Ahmet, "İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları", **ERÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2019, s. 335.

11 Revizyonla ilgili hazırlanan ön tasarıyı inceleyen Federal Konsey değişikliklerin iki aşamada yapılması kararı almıştır. Revizyonun ilk aşaması genel olarak murisin tasarruf nisabını arttırarak miras hukukunun esnekleştirilmesi amacını taşır ve 1.1.2023'de yürürlüğe giren kısım budur. İkinci aşama ise özel olarak ticari işletmelerin miras yoluyla intikali ile ilgili hükümlerin düzenlenmesini merkeze alır. Buradaki amaç özellikle aile işletmeleri ile küçük ve orta ölçekli işletmelerin murisin ölümünden sonra da sağlam bir yapıyı muhafaza etmelerini sağlamaktır. Revizyonun bu kısmı için ön tasarı incelemeye alınmış ve bir değerlendirme raporu hazırlanmış ancak henüz bu rapor Federal Konsey önüne gelmemiştir. Bkz. https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220049 (erişim tarihi: 15.3.2023). Ön tasarı için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/22/cons_1/doc_1/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-22-cons_1-doc_1-fr-pdf-a.pdf (erişim tarihi: 15.3.2023).

12 **RO** 2021 312, **FF** 2018 5865.

13 Bkz. Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions) du 29 août 2018, **FF** 2018 s. 5866 vd. https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/2131/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2018-2131-fr-pdf-a.pdf (erişim tarihi: 15.3.2023); **EIGENMANN**, s. 19; STEINAUER Paul Henri, "Première approche de la révision du droit des successions", **Journée de droit successoral 2019**, (éd. Paul-Henri Steinauer, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Verlag AG, 2019, s. 210; YILMAZ Canan, 01.01.2023 Tarihinde Yürürlüğe Giren İsviçre Miras Hukuku Revizyonu Çerçevesinde Saklı Paylı Mirasçılar ve Yeni Saklı Pay Oranları", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 33, Y. 2023, s. 8.

sonra, kanunen olmasa da duygusal olarak kendisine daha yakın gördüğü kişilerin çıkarlarını koruyabilme imkanına sahip olacaktır. Mirasbırakana bu şekilde bir hareket alanı sağlamanın yolu ise saklı pay oranlarının azaltılması ile mümkündür[14]. Böylelikle mirastan pay alması gereken kişiler, kanun koyucudan ziyade murisin iradesi ile belirlenmiş olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, yapılan değişiklikler zümre sistemini ve kanuni mirasçıları ya da bunların miras paylarını değiştirmiş değildir. Bununla birlikte murisin ölümünde sağ kalan ana ve babasının saklı payları kaldırılmış; altsoyun saklı payı ise azaltılmıştır[15].

Revizyon çalışmalarında tespit edilen bir başka eğilim de sağ kalan eşin durumunun iyileştirilmesidir. Biz de çalışmamızı bu eğilim ekseninde tutacak ve revizyon kapsamında sağ kalan eşin hukuki durumunu ilgilendiren düzenlemeleri inceleyeceğiz. Bu bağlamda İsviçre'de yapılan değişikliklerin ve bu esnadaki tartışmaların Türk hukuku açısından getirilerinin neler olabileceğini de değerlendireceğiz. Bu amaçla ilk bölümde öncelikle İsviçre hukukunda sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını ele alacak; daha sonra revizyon kapsamında sağ kalan eş açısından önem arz eden değişikliklerin üzerinde duracağız. İkinci bölümde ise, İsviçre'de yüzyıldan sonra yapılan bu değişikliklerin Türk hukukuna olası etkilerini değerlendirmeye çalışacağız.

I. İSVİÇRE HUKUKUNDA SAĞ KALAN EŞİN HUKUKİ DURUMU

1. Sağ Kalan Eş Sıfatı

İsviçre hukuku açısından, Türk hukukunda da olduğu gibi, eş ifadesi resmi nikah ile evlenmiş bir çiftin parçası olmayı ifade eder. Türk hukukundan farklı olarak, yukarıda ifade edildiği üzere 1 Temmuz 2022'de aynı cinsten olan kişilerin de evlenmelerinin önü açılmıştır; dolayısıyla İsviçre hukuku bakımından eş sıfatının kullanılması hem aynı cins hem de farklı cinsten kişilerin oluşturduğu çiftler açısından mümkün hale gelmiştir.

---

[14] **YILMAZ**, s. 10 - 11.

[15] Altsoyun saklı payı İsv. MK md. 471 gereğince kanuni miras payının dörtte üçü iken, bu değişiklik sonrasında miras payının yarısı olmuştur.

Türk hukukunda ise saklı paylar ile ilgili değişiklik 1.1.2002 yılında yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte gerçekleşmiştir. eMK md. 453/b. 1 İsviçre hukukuna paralel şekilde saklı pay oranını dörtte üç olarak düzenlemişken, MK md. 506/b. 1'de altsoy için saklı payı miras payının yarısı olarak öngörmüştür. Maddenin gerekçesinde mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi yönündeki eğilimlerin dikkate alındığı belirtilmiştir. Bkz. MK 506. madde Gerekçesi https://www-lexpera-com-tr.ezproxy.mef.edu.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1# (erişim tarihi: 20.3.2023).

Aynı cinsten olan kişiler için 2007 yılında getirilmiş olan kayıtlı birliktelik imkanı[16], 1 Temmuz 2022 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte bu kişiler için evlenme imkanı getirildiği için ortadan kaldırılmıştır. Bu değişiklikte aynı zamanda kişilerin mevcut kayıtlı birlikteliklerini evliliğe çevirmeleri imkanı tanınmışsa da bu bir zorunluluk değildir. Bu tarihten sonra kayıtlı birliktelik kurma imkanı kalmamışsa da, evliliğe dönüştürülmeyen kayıtlı birlikteliklerin devam etmesi mümkündür. Bu nedenle çalışmamızda tekrara düşmemek ve anlatım kolaylığı sağlamak adına sadece sağ kalan eş terimini kullanmayı tercih ettik. Aksi açıklanmadıkça, bu çalışmada sağ kalan eş bakımından ifade ettiğimiz düzenlemeler kayıtlı birlikteliklerdeki sağ kalan partner için de geçerli olacaktır.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, aile kavramının farklılaşması ile birlikte kişiler, artan oranlarda, resmi bir kılıfa girmeden yani aralarında resmi bir işlem olmaksızın da serbest ya da fiili birliktelik olarak adlandırılan şekillerde bir araya gelerek hayatı paylaşabilmekte ve bu birliktelikler bazen çok uzun soluklu da olabilmektedir. Bu nedenle fiili birlikteliklerin kanun koyucu tarafından tanınması ve özellikle miras payı ya da nafaka ihtiyacının çözüme kavuşturulması için çeşitli görüşler ileri sürülmüş, hatta bu birlikteliklerin evlilikle aynı düzlemde değerlendirilmesi teklif edilmiş; ancak bu konuda İsviçre Parlamentosu net bir tavır sergileyerek bu fikri reddetmiştir[17]. Dolayısıyla, bugün için İsviçre hukukunda geçerli bir evliliğin parçası olmayan kişilerin eş sıfatıyla mirasçı olmaları mümkün değildir.

---

[16] Bkz. Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart), **RS** 211.231.

[17] Avant-projet et rapport explicatif relatifs à une modification du code civil (droit des successions), s. 12 https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6014/33/cons_1/doc_2/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6014-33-cons_1-doc_2-fr-pdf-a.pdf (erişim tarihi: 20.3.2023). Serbest birliktelikleri evlilik ile aynı düzlemde görmek kabul edilmemiş olsa da, belli koşullarla ölen kişinin hayatını paylaşan fiili hayat arkadaşına miras hukuku kapsamında bazı haklar tanınması tartışılmış fakat nihayetinde bu konunun içerdiği belirsizlikler karşısında bu fikirden tamamen vazgeçilmiştir. Bkz. **EIGENMANN**, s. 20; **Rapport**, s. 13; **Message**, s. 5910. Tasarı aşamasında tartışılan hususlar ile ilgili ayrıca bkz. **STEINAUER**, s. 208 vd.; **NAR**, s. 341 vd.

Bununla birlikte tabii olarak ölüme bağlı tasarruf yoluyla fiili hayat arkadaşı lehine bazı kazandırmalar yapılması mümkündür. Özellikle murisin tasarruf özgürlüğünü arttıran son düzenlemeler karşısında bunun daha rahat yapılabileceğine şüphe yoktur. Böylelikle, bir anlamda kanun koyucunun dolaylı yoldan fiili hayat arkadaşı lehine bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Ancak, kanunen bir çiftin hayatta kalan parçası olarak ölenin mirasında hak sahibi olmak, bir başka ifadeyle sağ kalan eş sıfatıyla miras payına sahip olabilmek, eskiden olduğu gibi sadece resmi evlilikler için söz konusudur.

2. Sağ Kalan Eşin Yasal Miras Payı ve Saklı Payı ile İlgili Düzenlemeler

A. Genel Olarak

a. Yasada Düzenlenen Miras ve Saklı Pay Oranları

Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da sağ kalan eşin yasal miras payı birlikte bulunduğu zümreye göre değişiklik gösterir. İsv. MK md. 462 gereğince sağ kalan eş, alt soy ile birlikte mirasçı olduğunda mirasın yarısı; mirasbırakanın ana ve babası ya da onların çocukları ile birlikte mirasçı olduğunda mirasın dörtte üçü ve bunların yokluğunda mirasın tamamına hak kazanır[18].

İsviçre hukukunda sağ kalan eşin saklı payı ise, Türk hukukundan farklı olarak hangi zümreyle birlikte olduğu fark etmeksizin yasal miras payının yarısı olarak düzenlenmiştir (İsv. MK md. 471). Bu hususta esasen miras hukuku revizyonunun sağ kalan eşin yasal miras payı ya da saklı payı bakımından doğrudan bir etkisi olmadığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte, revizyonun temel amacı olan murisin tasarruf serbestisini arttırma düşüncesinin bir yansıması olarak altsoyun saklı payının azaltıldığı ve ana babanın saklı payının ise tamamen kaldırıldığı göze çarpar. Böylece İsv. MK md. 471'de revizyon sonrasında mirasbırakanın alt soyu ve eşi için tek bir saklı pay oranı ön görülmüştür: miras payının yarısı. Bu durumda revizyonla birlikte sağ kalan eşin saklı pay oranı değişmese de altsoyun saklı pay oranı miras payının dörtte üçünden miras payının yarısına inmiştir.

Burada tasarruf özgürlüğünün eş aleyhine azaltılmamış olması dikkat çekicidir. Böylece, İsviçre kanun koyucusu hem saklı payların azaltılması hem de sağ kalan eşin durumunun iyileştirilmesi yönündeki eğilimlere uygun davranmış ve diğer bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi alt soyun payının azaltılmasıyla[19] birlikte miras bırakanın ana ve babasının saklı payını

---

[18] Türk hukukundan farklı bu düzenleme İsviçre'de 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sağ kalan eşin durumunu iyileştirme amacıyla yapılan bu düzenlemede kardeşlerin saklı payları da kaldırılmıştır. Bkz. **RO** 1986 122.

Türk hukukunda sağ kalan eş, mirasbırakanın alt soyu ile birlikte mirasçı olursa mirasın dörtte biri; mirasbırakanın ana ve baba zümresi ile birlikte mirasçı olursa mirasın yarısı; mirasbırakanın büyük ana ve babaları ve onların çocukları ile birlikte mirasçı olursa mirasın dörtte üçüne hak kazanır. Ancak bu son zümrede kimsenin olmaması halinde eş mirasın tamamına hak kazanılabilecektir (MK md. 499).

[19] Altsoyun saklı pay sahibi olmasının sebeplerinden birinin de malvarlığının aile içinde kalmasını sağlamak ve dağılmasını önlemek olduğu düşünüldüğünde bunu tamamen ortadan kaldırmak yerine bu şekilde azaltılmasını kabul etmek daha anlamlıdır. Öğretide altsoyun yaşına göre nafaka ihtiyacı devam ettiği müddetçe daha yüksek bir saklı pay oranına sahip olması yönündeki düşünce için bkz. **YILMAZ**, s. 15.

tamamen kaldırmayı tercih etmiştir[20]. Bunun bir nedeninin sosyal güvenlik sistemindeki gelişmeler olduğu ifade edilirken, bir diğer nedeni de yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi ölüm hadisesi gerçekleştiğinde çoğunlukla murisin alt soyundan ya da ana babasından ziyade sağ kalan eşinin hayatını sürdürmesinde mirastan alacağı payın öneminin daha büyük olmasıdır[21]. Bu sebeple ön tasarıda yer alan sağ kalan eşin saklı payının azaltılarak yasal miras payının dörtte birine indirilmesine yönelik düzenleme kabul edilmemiştir. Mal ayrılığı rejimi haricinde, ölümle birlikte sağ kalan eşin ayrıca mal rejiminin tasfiyesi neticesinde de belli bir pay aldığı düşünüldüğünde diğer mirasçılara göre sağ kalan eşin konumunun önemli derecede iyileştirilmiş olduğu söylenebilir. Her ne kadar bu imkan revizyon öncesinde mevcut idiyse de, kanun koyucunun revizyon esnasında bilinçli bir tercihte bulunarak mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü sağ kalan eş üzerinden değil, altsoy ve ana baba üzerinden arttırma yoluna gitmesi önemlidir.

b. Sağ Kalan Eş Lehine Yapılabilecek Ölüme Bağlı Tasarruflar

Yukarıda ifade edildiği üzere, saklı payların azaltılması neticesinde mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü arttırılmıştır. Buna bağlı olarak, mirasbırakanın bu özgürlüğünü sağ kalan eşi için kullanmak istemesi durumunda onun lehine ölüme bağlı tasarruflar yapabileceği şüphesizdir. Revizyon öncesinde de bu şekilde olan düzenlemede şimdi tasarruf özgürlüğünün artması neticesinde muris daha rahat hareket edebilecek ve ölümünden sonra son arzularının yerine gelmesinin önünde daha az engelle karşılaşacaktır.

Bunun yanı sıra, Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda İsv. MK md. 473 kapsamında mirasbırakan tarafından yapılacak bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla, sağ kalan eş lehine ortak çocuklara kalan miras payının

---

[20] İskandinav ülkeleri, Hollanda, Fransa, Belçika, İskoçya, Avusturya gibi ülkelerde ana babanın saklı payı olmadığı yönünde bkz. Bkz. **Message**, s. 5883 ve 5887. İsviçre'de ölüm yaşının ortalama olarak erkeklerde 80.5, kadınlarda ise 84.8 olduğu ve böylelikle mirasa kavuşma yaşının da ortalama 50 ila 64 yaş olduğuna yönelik istatistikler karşısında, ana ve babaya çocuklarından bir miras intikal etme ihtimalinin düşük olduğu ve bu ihtimal gerçekleşirse de hayatlarının çok ileri bir yaşında olacağı görülmektedir. Kaldı ki, İsviçre Medeni Kanun'u eşlere mal rejimi sözleşmesiyle katılma alacağının tamamını diğer eşe bırakma imkanı vermekte ve bu ihtimalde ana babanın saklı payının ihlal edilmesine göz yummaktadır (İsv. MK md. 216). Dolayısıyla, ana babanın saklı payı olmasını savunan görüşlerin bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. FAVRE Pascal, "Pour une reforme des réserves héréditaires", **L'expert-compatable suisse**, ECS 5/15, Treuhand - Kammer, s. 365; **EIGENMANN**, s. 22. İsv. MK md. 216 düzenlemesi için ayrıca bkz. aşağıda I, 2, C.

[21] **Message**, s. 5883.

tamamı üzerine bir intifa hakkı tanınması imkanı mevcuttur[22]. Bunun nedeni bir yandan malvarlığının bütünlüğünün korunması diğer yandan sağ kalan eşin alışık olduğu hayat düzenini devam ettirmesini sağlamaktır[23]. Buna göre mirasbırakan bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla, tasarruf edilebilir kısımla bağlı kalmadan ortak çocuklarına kalan tüm mirasın üzerinde sağ kalan eşi lehine intifa hakkı tanıyabilir (İsv. MK md. 473/f.1). Bu durumda altsoy mirasçıları sadece kendilerine kalan mirasın çıplak mülkiyetine sahip olur; sağ kalan eşin intifa hakkı ise onun miras hakkını oluşturur. Bu hükümde getirilen imkanın kullanılmasıyla mirasbırakan çocukları karşısında eşinin lehine bir kazandırmada bulunmuş olur; zira çocuklar ancak eşin de ölümünden sonra gerçek anlamda kendi miras haklarına kavuşmuş olurlar. Her ne kadar çocuklar bu şekilde çıplak mülkiyete sahip olsalar da, intifa hakkı sağ kalan anne ya da babalarına ait olduğu müddetçe kullanma ve semerelerinden yararlanma intifa hakkı sahibine ait olacağından, çocukların mülkiyet hakkından tam olarak yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Buna mukabil, bu intifa hakkını kabul eden eş de saklı payından vazgeçmiş olur ve böylelikle çocuklar çıplak mülkiyete kendi saklı paylarını aşan bir oranda sahip

---

22 İsv. MK md. 473 bizim hukukumuza alınmamıştır. Bu madde temelde eş lehine bir intifa vasiyetidir fakat bu kurumu asıl düzenleyen İsv. MK md. 484'e (MK md. 517) nazaran özel bir düzenlemedir.

Türk hukukunda sağ kalan eşin yasal bir intifa hakkına sahip olması imkanı ise eMK md. 444 kapsamında mevcuttu. Hüküm 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Yürürlükte olduğu dönemde bu hüküm sağ kalan eşe mülkiyet ve intifa hakkı arasında bir seçim hakkı tanıyor ve intifa hakkının oranı eşin birlikte mirasçı olduğu zümreye göre değişiyordu. Buna göre sağ kalan eş, mirasbırakanın altsoyu ile birlikte mirasçı olursa dilerse terekenin yarısının intifa hakkını ya da dörtte birinin mülkiyet hakkını seçebilirdi. Burada, bugün İsviçre hukukunda aranan altsoyun ölen eşle ortak olması şartı da aranmıyordu. İkinci zümre ile birlikte mirasçı olması halinde ise eş, terekenin dörtte birinin mülkiyeti ile birlikte yarısının intifa hakkına; üçüncü zümre ile birlikte mirasçı olması halinde ise terekenin yarısının mülkiyeti ile dörtte birinin intifa hakkına sahip oluyordu. Bu hükmün uygulanması ile ilgili olarak bkz. OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku**, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 72 vd.; AYAN Mehmet, "Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1-2, Y. 2002, s. 14 vd. Bu hükmün mehazını oluştran İsv. MK md. 462 hükmü de 1.1.1988'de yürürlüğe girecek şekilde değiştirilmiş (**RO** 1986 122) ve eşin yasal miras payı arttırılarak intifa hakkı seçeneği kaldırılmıştır.

İsv. MK md. 473'de ise eşin intifa hakkını seçebilmesi için mirasbırakanın bu yönde bir tasarrufta bulunmuş olması gerekir; yani yasal bir intifa hakkı söz konusu değildir. Kendisine bu şekilde intifa hakkı tanınan eş bunu kabul ederse terekenin tamamı üzerinde intifa hakkına sahip olur ancak bu durumda saklı payından ve mirasçılık sıfatından vazgeçer. Bkz. STEINAUER Paul-Henri, "L'article 473 du Code Civil", **Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier** (éd. Peter Voser, Michel Mooser, Romand Sandmayr, Raffael Notti, Jürg Schmid), Zürcher Notariatsverein, 84/2003, s. 342.

23 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil National, **FF** 2001 1057, s. 1059 (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/194/fr).

olurlar[24]. Bu nedenle de hükmün uygulanması için sağ kalan eş ve ölen eşin ortak altsoyu olması kanun koyucu tarafından özellikle aranmıştır[25]; zira böyle bir nimet - külfet ilişkisi ancak ortak altsoy ile kurulabilir. İsv. MK md. 473 hükmü sayesinde mirasbırakan saklı pay sınırlarına uymak zorunda kalmadan ve herhangi bir tenkis riskiyle karşılaşmadan eşi lehine bu şekilde bir ölüme bağlı kazandırma yapabilir. Bu anlamda İsv. MK md. 473 hem saklı pay (İsv. MK md. 471) hem belirli mal bırakma (İsv. MK md. 484/f. 2) hem de tenkis (İsv. MK md. 530) hükümleri açısından özel nitelikli bir düzenlemedir[26].

Revizyon ile bu maddenin özü korunmuş fakat değişen saklı pay oranlarına göre yeniden ele alınmıştır. Buna göre mirasbırakanın bu intifa hakkı dışındaki tasarruf edilebilir payı eski hükümdeki ¼ yerine artık mirasın yarısı oranında olacaktır; zira eşin intifa hakkı onun altsoy ile birlikte mirasçı olduğunda sahip olacağı yasal miras payı yerine geçer (İsv. MK md. 473/f. 2) ve bu da yukarıda ifade edildiği üzere mirasın yarısını teşkil eder. Böylelikle mirasbırakanın tasarruf edilebilir kısmını ¼ olarak ifade eden hüküm değişmiş ve revizyonun ana fikrine uygun olarak tasarruf özgürlüğünü arttırmıştır.

Sağ kalan eşin tekrar evlenmesi söz konusu olursa, mirasbırakanın ölümünde saklı pay kuralları gereğince altsoya kalacak ve bir ölüme bağlı tasarrufla üzerinde intifa hakkı kurulamayacak kısım üzerinde kurulmuş olan intifa hakkı ileriye etkili olarak sona erecektir (İsv. MK md. 473/f.3). Bir başka ifadeyle, artık bu özel hükmün uygulanma şartları ortadan kalkacak ve genel kural olan İsv. MK md. 530 devreye girecektir[27].

---

24 **STEINAUER**, L'article 473, s. 334.

25 BURGI Klaus, **Orell Füssli Kommentar**, ZGB art. 473, 4. aktualisierte Auglage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, N. 1. Hem ortak altsoy hem de sadece ölen eşe ait altsoy olması halinde ise mirasbırakan ortak altsoy için İsv. MK md. 473, ortak olmayan altsoy için de İsv. MK md. 530'u dikkate almak zorunda kalacaktır. Bkz. **STEINAUER**, L'article 473, s. 348 vd.

Aynı cinsten kişilerin kayıtlı birliktelik kurmaları ihtimalinde partnerlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi (LPart md. 27a) imkanı yoluyla bu kişilerin de ortak altsoya sahip olması mümkündür. Aynı cinsten kişilerin ortak altsoya sahip olabilmelerinin bir başka imkanı da bu kişilerin üremeye yardımcı tekniklere başvurmak suretiyle çocuk sahibi olmalarıdır. Daha önce yasak olan bu imkan 1.7.2022 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle getirilmiştir (**RO** 2021 747).

26 Bu hükmün ayrıntılı incelemesi ve zikredilen diğer hükümlerle ilişkisi için bkz. **STEINAUER**, L'article 473, s. 335 vd.

27 **STEINAUER**, L'article 473, s. 341.

B. Boşanma ya da Butlan Davası Açılmış Olması Halinde

Boşanma davası açıldıktan sonra, bu davanın görülmesi sırasında eşlerden birinin ölümünün açılmış olan davaya etkisi İsviçre hukukunda ilk defa bu revizyon ile düzenlenmiştir. Revizyon öncesinde boşanma ve miras hakları bağlantısı ile ilgili olarak İsv. MK md. 120/f.2 sadece boşanan eşlerin birbirlerine kanuni mirasçı olamayacakları ve dava açılmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruf yoluyla sahip oldukları tüm hakları da kaybedecekleri yönünde bir düzenleme içeriyordu. Dava açıldıktan sonra evliliğin ölümle sonuçlanması ya da tarafların aksi yönde bir düzenleme yapmak istemeleri hususları ile ilgili bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla revizyon öncesinde, boşanmanın mirasçılığa etki edebilmesi için ölümün, kararın kesinleşmesi sonrasında gerçekleşmesi gerekiyor; bundan önceki aşamada boşanma davası derdest olsa bile evliliğin ölüm ile sona ermesinin sağ kalan eşin mirasçılığına hiçbir etkisi olmuyordu[28]. Bu konudaki eksiklik revizyon ile giderilmiştir.

Konuyla ilgili esas düzenleme İsv. MK md. 472 hükmünde ele alınmıştır. Bu hükümde boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin saklı payını kaybetmesi hususu düzenlenmiştir. Buna göre iki halde sağ kalan eş saklı pay üzerindeki hakkını kaybeder. Bu hallerden ilki eşlerin boşanma davasını ortak talep ile açmış[29] ya da ortak taleple açılan bir davanın usulüne uymuş olmaları[30] (md. 472/f. 1, b.1), ikincisi de eşlerin en az iki yıldır ayrı yaşamaları halidir (md. 472/f. 1, b.2). Getirilen düzenlemeye göre bu ihtimallerden biri gerçekleştiğinde, sağ kalan eş miras payını kaybetmemekle birlikte saklı payını kaybeder ve md. 472/f. 2 gereğince saklı paylar mirasbırakan hiç evlenmemiş gibi hesaplanır. Bir başka ifadeyle, derdest boşanma davası henüz sonuçlanmadan eşlerden biri ölürse

---

[28] BRAZEROL Riccardo, **Orell Füssli Kommentar**, ZGB art. 462, 4. aktualisierte Auglage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, N. 2.

[29] İsviçre'de çok sebepli boşanma sistemi terk edilmiş ve iki ana yol kabul edilmiştir. Buna göre eşler birlikte dava açarak tüm hususlarda anlaşmış olduklarını gösteren bir protokolü hakime sunarlar (İsv. MK md. 111) ya da yine birlikte başvuru yaparak boşanma hususundaki ortak iradelerini ortaya koyar fakat boşanmanın sonuçlarıyla ilgili anlaşma sağlayamadıkları noktaları hakimin çözüme kavuşturmasını talep ederler (İsv. MK md. 112). Eşlerden sadece birinin mahkemeye başvurarak boşanmayı talep etmesi ise iki ihtimalde mümkündür: Ortak hayatın iki yıl boyunca tesis edilememesi (İsv. MK md. 114) ya da bu iki yıllık süre henüz dolmadan taraflardan birine yükletilemeyen ciddi bir sebeple evliliğin devamının kendisi için çekilmez hale gelmiş olması (İsv. MK md. 115).

[30] Bu anlamda eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi söz konusu olacaktır. Bkz. **STEINEAUER**, s. 211.

evlilik ölüm hadisesiyle sona erer. Diğer eş, sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olur, ancak artık saklı paylı mirasçı değildir. Evlilik ölümle sonuçlanmış ve hayatta kalan bir eş olmasına rağmen saklı paylar bu kişi hiç yokmuş gibi hesaplanır (md. 472/f. 2). Aynı şartlar ve sonuç kayıtlı birlikteliğin sona ermesi için açılan dava esnasında partnerlerden birinin ölümü halinde de kıyasen uygulanır (md. 472/f.3).

Bu düzenlemeye paralel olarak İsv. MK md. 120 hükmünde de gerekli değişiklikler yapılmıştır[31]. Buna göre, eşler ancak boşanma gerçekleşirse yasal miras haklarını kaybederler (md. 120/f. 2). Ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan kazandırmalar açısından ise, eşler bu tasarruflar neticesinde elde edecekleri hakları boşanma halinde (md. 120/f. 3/b.1) ya da sağ kalan eşin saklı payını kaybetmesine yol açacak bir boşanma davası derdest iken eşlerden birinin ölümü halinde kaybederler (md. 120/f. 3/b. 2). Fakat, bunun aksi eşler tarafından kararlaştırılabilir. Şu halde, boşanma davası görülürken ölümün gerçekleşmesi ihtimaline binaen sağ kalan eşin mirastan yararlanmasını kısmen ya da tamamen engellemek için diğer eşin, sağ kalan eşinin miras payı üzerinde tasarrufta bulunması gerekecektir[32].

Bu düzenlemelerde dikkati çeken birkaç unsur mevcuttur. Bunlardan ilki boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin miras payının tamamını değil, sadece saklı payını kaybedecek olmasıdır. Böylelikle bir yandan mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü artmış olur, fakat diğer yandan mirasbırakan bu tasarruf özgürlüğünü kullanmazsa sağ kalan eşin tüm miras payına kavuşması imkanı devam eder. Zira, İsv. MK md. 120/f. 2 gereğince mirasçılık sıfatının kaybı için boşanmanın gerçekleşmiş yani boşanma kararının kesinlenmiş olması aranacaktır. Türk hukukunda ise, bilindiği üzere, MK md. 181/f. 2 hükmü ile getirilen imkan sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesini sağlamaktır. Hemen burada dikkati çeken bir ikinci husus boşanma davasını hangi eşin açtığından bağımsız

---

[31] Ayrıca, mal rejimleriyle ilgili olarak da İsv. MK md. 217 ve md. 241 hükümlerinde de gerekli değişiklikler yapılmıştır. İsv. MK md. 217 (MK md. 238) edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında kanundaki artık değere katılmaya yönelik düzenlemeden farklı anlaşmaların evliliğin boşanma, ayrılık, iptal veya mal ayrılığına geçilmesi halinde ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerli olacağını düzenler. Revizyon ile birlikte eklenen ikinci fıkra hükmünde buraya açılan boşanma davası sırasında eşlerden birinin ölümü hali de eklenmiştir. Benzer bir düzenleme mal ortaklığı rejiminde İsv MK md. 241'e (MK md. 276) eklenen dördüncü fıkra ile sağlanmıştır. Bkz. aşağıda C. başlığı altında ele alınan açıklamalar.

[32] Bu yönde **YILMAZ**, s. 21.

olarak bu neticenin gerçekleşecek olmasıdır. Türk hukukundan farklı olarak İsviçre boşanma hukuku kusurdan arındırılmış olduğu ve md. 472'de de eşlerin bizim hukukumuzdaki anlaşmalı boşanma yoluna benzer şekilde[33] ortak taleple boşanma arzularını beyan etmiş olmaları, bir başka ifadeyle birlikte dava açmış olmaları arandığına göre buradaki yaklaşım da tutarlıdır. Taraflar davayı birlikte açmış ve ortak boşanma arzularını beyan etmiş olduklarına göre eşlerden hangisinin öldüğü ya da hangisinin sağ kaldığı da önem arz etmeyecektir. Türk hukukunda da, eşlerden birinin görülmekte olan bir boşanma davası sırasında ölmesi halinde hangi eşin öldüğünün bir önemi yoktur[34]. Bununla birlikte, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunu ispatlaması gereklidir (MK md. 181/f. 2). İsv. MK md. 120'de getirilen düzenleme ile eşlerin boşanma sonunda bile ölüme bağlı tasarruf yoluyla hak sahibi olmalarının da önü açılmış; daha önceki düzenlemede kesin hak kaybı öngörülürken revizyon ile birlikte aksinin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Böylece Türk hukukuna paralel şekilde (MK md. 181/f.1) mirasbırakana boşandığı eşi lehine ölüme bağlı tasarruf yapabilme imkanı tanındığı gibi boşanma davası esnasında ölmesi halinde de mirasbırakanın iradesine göre yapılan tasarrufun ayakta tutulması mümkün olacaktır.

Son olarak, evliliğin butlanı halleri için revizyonda herhangi bir düzenleme öngörülmediğini belirtmek gerekir. Mevcut halinde İsv. MK md. 109/f. 1 butlan davasında hakimin kararının ileri etkili olacağı ve bu karar verilinceye kadar sağ kalan eşin miras hakları istisna teşkil etmek üzere, geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağını düzenlemiştir. Dolayısıyla, butlan davası neticesinde miras haklarını zaten kaybedecek olan sağ kalan eş, but-

---

[33] Buradaki benzerlik maddi hukuk anlamında eşlerin boşanma olgusu ve bunun maddi sonuçları ile varsa çocuklarla ilgili hususlar üzerinde anlaşmış olmaları açısındandır (MK md. 166/f.3). Usul hukuku açısından Türk hukukunda tarafların ortak bir dava açması mümkün değildir. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma da olsa, usul hukuku açısından bu dava çekişmeli bir dava gibi taraflardan birinin davacı diğerinin davalı olmasını gerektirir.

[34] MK md. 181/f. 2'nin daha önce "*Boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*" şeklinde kaleme alınan hükmü içinde yer alan *davacı* ve *davalı* ifadeleri, Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.2010 tarihli kararıyla Anayasa'nın 10 ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş ve kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2008/102, K. 2010/14, 21.01.2010 https://www-lexpera-com-tr.ezproxy.mef.edu.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2008-102-k-2010-14-t-21-1-2010). Oluşan kanun boşluğunun giderilmesi için bu fıkra 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun (RG. 14.04.2011/27905) md. 19 ile değiştirilmiş ve güncel halini almıştır.

lan davası devam ederken diğer eşin ölümü üzerine de miras haklarını kaybedecektir[35].

Bu vesileyle görüldüğü üzere İsviçre hukukunda butlan davasında eşlerin iyi niyetinin rolü yoktur[36]. Halbuki Türk hukukunda MK md. 159 kapsamında butlan davası görüldüğü esnada sağ kalan eşin mirasçılık haklarını ortadan kaldırmak için ölen eşin mirasçılarının açılmış butlan davasını devam ettirerek sağ kalan eşin evlenme sırasında iyiniyetli olmadığını ispat etme yükümlülüğü mevcuttur. Dolayısıyla, Türk hukuku açısından eşin iyiniyetli olması ve butlan sebebini bilmemesi ihtimalinde sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olması ve böylelikle sağ kalan eşe düşen miras payının birden fazla eş arasında bölünmesi mümkündür.

C. Mal Rejimi Sözleşmesi ile Katılma Alacağına Yönelik Özel Bir Düzenleme Olması Halinde

İsv. MK md. 204/f. 1 gereğince evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi mal rejiminin tasfiyesini gerektirir; terekenin paylaşımı bunu takiben yapılacaktır. İsviçre hukukunda taraflar aksine bir düzenleme öngörmedilerse yasal mal rejimi, Türk hukukunda olduğu gibi, edinilmiş mallara katılma rejimidir (İsv. MK md. 196 vd.). Ölüm hadisesinin gerçekleştiği gün itibariyle tasfiye edilecek mal rejiminde artık değer hesaplandıktan sonra, kural olarak bunun yarısı sağ kalan eşe ait olur (İsv. MK md. 215). Bir başka ifadeyle, sağ kalan eşin katılma alacağı tereke açısından bir borç kalemi oluşturur[37]. Bununla birlikte eşler, mal rejimi sözleşmesi ile artık değere katılma oranla-

---

[35] LANZ MUELLER Andrea, **Orell Füssli Kommentar**, ZGB art. 109, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021, N. 2.

[36] **NAR**, s. 349; **BRAZEROL**, OFK, ZGB art. 462, N. 4.

[37] ŞENOCAK Zarife, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", **AÜHFD**, C. 58, S. 2, 2009, s. 387 - 388; AKÇAAL Mehmet, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 6, S. 2, s. 235 vd. Bununla birlikte, ölen eşin katılma alacağı varsa bu da terekenin aktifinde yer almalıdır. Bkz. AYANOĞLU Ahu, "Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması", **Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019** (ed. Şükran Şıpka), On iki Levha, İstanbul, 2019, s. 46. Mirasın tutulacak resmi deftere göre kabulü söz konusu olacaksa sağ kalan eşin katılma alacağının belirlenerek bu değerin duruma göre aktif ya da pasif olarak deftere kaydedilmesi gerektiği yönünde bkz. YAKUPPUR Sendi, **Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü**, Seçkin, Ankara, 2022, s. 95.

Türk hukuku açısından edinilmiş mallara katılma rejiminin terekeye etkisinin kadın eş bakımından hakkaniyete aykırı sonuçları olabileceği yönünde bkz. ERTAŞ Şeref, "Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı", **İÜHFM**, Y. 2013, C. LXXI, S. 1, s. 1365 vd. Ancak bu olumsuz sonuçlar MK md. 237 (İsv. MK md. 216) ile bertaraf edilebilir. Bu yönde bkz. **ŞENOCAK**, s. 389.

rını belirleme hakkına sahiptir (İsv. MK md. 216/f.1)[38]. Mal rejimlerinde kısıtlı da olsa sahip olunan sözleşme serbestisinin bir yansıması bu hususta görülür (İsv. MK md. 182/f. 2; MK md. 203). Özel bir yasaklama olmadığına göre, bu kapsamda eşlerin arzusu artık değerin tamamını sağ kalan eşe bırakmak yönünde de olabilir[39]. Fakat bu serbesti sınırsız değildir. Her ne kadar özel bir yasak olmasa da artık değerin terekeye hiç ya da kanunda öngörülenden daha az eklenecek olmasının mirasbırakanın diğer mirasçılarını, bu kapsamda özellikle çocuklarını ve onların altsoyunu etkileyeceği şüphesizdir. Zira, eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle terekenin içini boşaltmaları ve böylelikle saklı payları zedelemeleri mümkündür[40].

Bu bağlamda en fazla etkilenecek olanlar da, murisin sağ kalan eşinden olmayan çocuklarıdır. Zira, ortak çocuklar daha sonra sağ kalan eşin ileri bir tarihteki ölümünde ona da mirasçı olacak ve en azından bu şekilde haklarına kavuşacaktır. Fakat ortak olmayan çocuklar açısından böyle bir imkan yoktur. Dolayısıyla, mevcut sistemde eşler arasında yapılacak ve artık değere katılma oranını değiştirecek anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocukları ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği İsv. MK md. 216/f.2 hükmü ile düzenlenmiştir[41]. Türk hukukunda da aynı düzenleme MK md. 237/f. 2'de yer almaktadır[42].

---

38 Seçimlik mal rejimlerinden mal ortaklığının eşler arasında geçerli olması ihtimalinde, mal rejiminin sona ermesi halinde her eş veya mirasçılarına ortaklık mallarının yarısı verilir; fakat eşler mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir orana karar verebilir (İsv. MK md. 241). Bu anlamda mal ortaklığı rejiminde de eşlerden birinin ortaklık mallarının tamamını alacağı kararlaştırılabilir. Fakat bu tür anlaşmaların altsoyun saklı paylarını zedelememesi gereklidir (İsv. MK md. 241/f.3). Görüldüğü gibi bu rejim açısından altsoyun ortak olup olmaması önem arz etmez. Revizyonda bu hususta bir değişiklik yapılmamış fakat madde hükmüne bir fıkra eklenmek suretiyle mal rejimi sözleşmesinde aksine hüküm yoksa boşanma davası esnasında meydana gelen ölüm hadisesi karşısında kanuni paylaşımı değiştiren anlaşmaların uygulanmayacağını düzenlemiştir. Bkz. PRADERVAND-KERNEN Maryse / BONDALLAZ Sophia, "Révision du droit des successions et régimes matrimoniaux - Examples Pratiques", **Symposium en droit de la famille - Famille et argent**, (éd. Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo), Schultess Editions romandes, 2022, s. 191 ve 193.
Bu aslında, yukarıda bahsedilmiş olan İsv. MK md. 472 hükmünde getirilen esasın mal rejimlerinin ölüm nedeniyle tasfiyesine bir yansımasından ibarettir. Bkz. dipn. 31 ve bağlı metin.

39 Bu durumda tereke sadece ölen kişinin kişisel mallarının değerinden ibaret olacaktır. Bkz. **Message**, s. 5895. Özellikle kişisel malların az olduğu orta halli ailelerde artık değerin tamamının bu şekilde sağ kalan eşe bırakılmasının, sağ kalan eşin aile konutunu satmak zorunda kalmadan ya da sosyal yardıma muhtaç olmadan alıştığı şekilde yaşamaya devam edebilmesini engellediği tespit edilmiştir. Bkz. **Message**, s. 5897.

40 **PRADERVAND-KERNEN/BONDALLAZ**, s. 190.

41 Revizyonla birlikte bu fıkra üçüncü fıkra haline gelmiş, madde hükmüne yeni bir ikinci fıkra eklenmiştir.

42 Bu düzenlemenin eleştirilebileceği yönünde bkz. **DURAL/ÖZ**, §20 II 1091.

Bununla birlikte, her ne kadar ilk bakışta ortak çocuklar ortak olmayan çocuklara göre daha az etkilenecek gibi görünse de, sağ kalan eşin kendi ölümüne kadar malvarlığını tamamen tüketmesi ya da yeniden evlenmesi de ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla sağ kalan eşe, artık değer üzerinde kanunda öngörülenden fazla bir pay verilmesi halinde ortak olan çocukların da bundan etkilenmeleri mümkündür[43]. Buna rağmen İsviçre kanun koyucusu bu gerçeği görmezden gelerek, sağ kalan eşi ortak çocuklar aleyhine kayırma yolunu tercih etmiştir[44]. Zira, tenkis imkanı sadece ortak olmayan çocuklar lehine tanınmış; revizyon tasarısında var olan ortak çocuklar lehine tanınan tenkis imkanı kabul görmemiştir[45]. Sağ kalan eş, ölen eşin edinilmiş malları üzerinden hesaplanan artık değerinden kanunda öngörülenden fazla pay aldığı gibi, ölen eşin kişisel malları üzerinden de miras payını alacak ve böylelikle ortak çocukların saklı payına bir tecavüz kaçınılmaz olacaktır. Kanun koyucu bu durumu önleyebilecekken revizyon ile İsv. MK md. 216 hükmüne getirdiği düzenleme ile artık değerin yarısından fazla olarak öngörülen katılma alacağının sağ kalan eş ya da ortak çocuklar ve bunların altsoylarının saklı paylarının hesabında dikkate alınmayacağını ifade etmiştir (md. 216/yeni f. 2). Bir başka ifadeyle, artık değerin yarısından fazlaya denk gelen kısmı eş ve çocuklar arasındaki hesaplamada dikkate alınmayacak; ortak çocuğun saklı payının hesabında bu fazla kısım terekeye dahil edilemeye-

---

43 Sağ kalan eşin evlenmesi ve malvarlığının tamamını harcaması ihtimallerinin dışında, saklı payı etkilenen altsoyun sağ kalan ana veya babasından önce ölümü hali de düşünülebilir. Bu durumda çocuk ya da torun hiçbir zaman mirasçı olamayacağı için hakkını alamamış olacak, ancak kendi altsoyunun bu mirastan yararlanma ihtimali devam edecektir. Bunun yanı sıra mirastan çıkarılma ya da yoksunluk ihtimalleri de gerçekleşebilir. Bkz. ACAR Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 129. Benzer şekilde, sağ kalan eşin yeniden evlenip yeni eşiyle mal ortaklığı rejimini kabul etmesi ihtimalinde de altsoyun maddi çıkarları önemli ölçüde zarara uğrayacaktır. Bkz. ZEYTİN Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 226.

44 PIOTET Denis, "L'art. 216 al. 2 CC", **Symposium en droit de la famille - Famille et argent** (éd. Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo), Schultess Editions romandes, 2022, s. 169; **PRADERVAND-KERNEN/BONDALLAZ**, s. 192.

45 Revizyon tasarısında İsv. MK md. 216'ya bir dördüncü fıkra eklenmek suretiyle sağ kalan eşin yeniden evlenmesi üzerine ortak altsoya da bir tenkis imkanı tanınmıştı. Bkz. **NAR**, s. 354 vd.; **STEINAUER**, s. 214 vd. Kanun koyucu bu çözümü kabul etmemiş olsa da mal rejimi sözleşmesine konulacak bir hüküm ile ortak altsoya bu imkanın tanınabileceği yönünde bkz. **PRADERVAND-KERNEN/BONDALLAZ**, s. 212. Aynı şekilde mal rejimi sözleşmesi ile sağ kalan eşin yeniden evlenmesi halinde kanuni paylaşımı aşan kısmın ortak altsoya verilmesi gibi bir yükümlülük de kararlaştırılabilir. Bunun sağ kalan eş bakımından bir evlenmeme şartı olarak öngörülmesi halinde bu şartın geçerliliği ile ilgili bkz. **ZEYTİN**, s. 225 vd; **ŞENOCAK**, s. 393 vd.

cektir[46]. Bu düzenleme hem sağ kalan eş lehine adil olup olmadığı sorgulanabilecek bir avantaj sağlamakta hem de ölen kişinin çocukları arasında bir eşitsizliğe neden olmaktadır. Zira, ortak olan ve olmayan çocukların saklı pay oranları aynı olmakla birlikte, bu oranların üzerine uygulanacağı tereke miktarı farklılık gösterecektir. Böylelikle kanun koyucu, ikili bir sistemi benimsemiş olmaktadır: Bir yanda sağ kalan eş ve ortak altsoy için yapılacak tereke hesabı, diğer yanda ortak olmayan altsoy için yapılacak tereke hesabı[47]. Mirasbırakanın olağan tasarruf oranı İsv. MK md. 216/f. 3, olağanüstü tasarruf oranı ise md. 216/f. 2 kapsamında hesaplanacaktır[48]. Böylelikle, artık değere katılma alacağı olarak kanunun öngördüğünden farklı bir anlaşma yapılması ve bu şekilde sağ kalan eşin fazla bir pay alması nedeniyle ortak olmayan altsoy saklı payına ulaşamıyorsa onlar lehine bir tenkis talebi mümkün olacaktır. Ancak, bu fazla kısım ortak altsoy söz konusu olduğunda hesaplamada dikkate alınmayacağı için onların saklı payları ancak geri kalan tereke değerleri üzerinden hesaplanacak ve onlar bu fazla kısma karşı herhangi bir tenkis talebinde bulunamayacaklardır[49]. Yapılacak

---

46 **PIOTET**, 2022a, s. 169. Tabii olarak bu hükmün anlamlı bir uygulaması olması için sağ kalan eşin kendisine mal rejimi sözleşmesiyle fazladan pay kazandırılan eş olması gereklidir. Eğer fazla pay alması gereken eş ölen eş ise bu hükmün bir önemi olmayacaktır. Bkz. **PIOTET**, 2022a, s. 179.

47 İsviçre doktrini açısından uzun yıllardır var olan bu tartışmadaki farklı görüşler ve bunların sonuçları ile ilgili bkz. **ŞENOCAK**, s. 405 vd. İsviçre'de revizyon ile birlikte kanun koyucunun azınlık görüşünü benimsediği yönünde bkz. **PIOTET**, 2022a, s. 165. Yazar, bu sistemin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması gerektiğini, aksi halde bazı kabul edilemeyecek neticelerin doğabileceğini örneklerle açıklamaktadır (Bkz. **PIOTET**, 2022a, s. 171 vd.) Örneğin bu kabul edilemeyecek sonuçlardan birisi mirasbırakanın tasarruf oranının negatif çıkma olasılığıdır. Bir başka ihtimal, ölen eşin terekesinin tamamen edinilmiş mallardan oluşması halidir. Bu halde sağ kalan eş artık değerin tamamını aldığında ortak olan çocuklar saklı paylarına dahi kavuşamazken ortak olmayan çocukların tenkis davası ile saklı paylarına ulaşabilme imkanı devam eder. Yazara göre, İsv. MK md. 216 hükmünün uygulanmasında tereddüt halinde bu hükmün özünde murisin tasarruf özgürlüğünü arttırmak olduğunu hatırlayarak teleolojik redüksiyon yoluyla sonuca varmak gerekir (Bkz. **PIOTET**, 2022a, s. 176). Ayrıca bkz. **PRADERVAND-KERNEN/BONDALLAZ**, s. 197.

Mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde ise İsv. MK md. 241/f. 3 gereğince tek bir tereke üzerinden hesap yapılacaktır; zira bu rejimin tasfiyesinde yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi ortak olan ve olmayan altsoy ayrımı yapılmamıştır. PIOTET Denis, "L'ordre de réduction de l'art. 532 révisé CC", **Journée du droit successoral 2022**, (éd. Maryse Pradervand-Kernen, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Editions SA Berne, 2022, s. 100.

48 **PIOTET**, 2022a, s. 172.

49 Türk hukuku açısından da altsoy arasında yapılan bu ayrımcılığın denkleştirme hükümleri de göz önüne alınırsa sistemin kendisiyle çeliştiği yönünde bkz. BİRİNCİ UZUN Tuba, "Artık Değere (TMK md. 237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md. 276 f. 3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi", **İnÜHFD**, C. 9, S. 1, 2018, s. 126.

tenkiste sağ kalan eş lehine yapılan kazandırma bir sağlararası kazandırma olarak kabul edilerek tenkis sağlanacaktır[50].

Bu bağlamda İsv. MK md. 532 hükmünde de gerekli değişiklik yapılmış ve tenkiste sırayı düzenleyen bu maddede eşler arasında mal rejimi sözleşmesiyle yapılan ve saklı payın hesaplanmasında dikkate alınması gereken kazandırmalar, tenkis edilecek sağlararası kazandırmaların ilk sırasında yer almıştır[51]. Bu vesile ile İsviçre hukukunda mevcut olan ve sağ kalan eşin artık değerin tamamına sahip olabilmesine yönelik anlaşmaların sağlararası kazandırma mı yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu yönündeki tartışmalar da sonlandırılmış olmaktadır[52]. Buradan da anlaşılabileceği üzere, sağ kalan

---

[50] Bkz. **Message**, s. 5897. Ayrıca bkz. **PIOTET**, 2022a, s. 179; **EIGENMANN**, s. 28.

[51] İsv. MK md. 532 mehazını teşkil ettiği MK md. 570 gibi tenkis sırasını önce ölüme bağlı tasarruflar, bunların yetmediği halde de en yeni tarihlisinden başlamak üzere geriye doğru giderek sağlararası kazandırmalar şeklinde belirliyordu. Revizyon ile İsv. MK md. 532'de ilk sırada mirasçıların kanun gereği elde ettikleri fazladan kazanımlar yer almıştır (md. 532/f.1/b.1). Böylece, mirasçıların kanundaki bir boşluk nedeniyle murisin iradesinden bağımsız şekilde elde ettikleri *ab intestat* kazanımları kanun koyucu tarafından tenkise tabi kılınmıştır. Bu tür kazanımlar ve ilgili tartışmalar için bkz. **EIGENMANN**, s. 25 vd.; **STEINAUER**, s. 215 vd.; **NAR**, s. 360 vd. Türk hukukunda aynı meseleyle ilgili olarak bkz. **SEROZAN/ENGİN**, §3 II 12a vd. Yazarlar buradaki temel sorunun murisin üzerinde tasarruf etmediği kısmın farklı saklı pay oranları dikkate alınmadan sadece yasal miras paylarına göre dağıtılmasından kaynaklandığını ifade eder (Bkz**. SEROZAN/ENGİN**, §3 II 12a ve 12c).

Tenkise tabi kazandırmalar arasında ikinci sırada murisin ölüme bağlı tasarrufları (md. 532/f.1/b.2) ve üçüncü sırada da sağlararası kazandırmalar yer almıştır (md. 532/f.1/b.3). Sağlararası kazandırmaların sıralaması da şu şekildedir (İsv. MK md. 532/f.2): Öncelikle eşler arasında mal rejimi sözleşmesiyle yapılan ve saklı payın hesaplanmasında dikkate alınması gereken kazandırmalar tenkis edilecektir (md. 532/f.2/b.1). Hala eksik kalan paya ulaşmak için ikinci sırada murisin serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yapmış olduğu bağışlama ve özel emeklilik sistemi ödemeleri aynı oranda olacak şekilde (md. 532/f.2/b.2) tenkise tabi olacak; son olarak da diğer sağlararası kazandırmalar en yeni tarihliden eskiye doğru giderek tenkis edilecektir (md. 532/f.2/ b.3). Revizyon sonrasında İsv. MK md. 532 ile ilgili özel bir inceleme için bkz. **PIOTET**, 2022b, s. 91 vd. Yazar, hükmün yeni haliyle de yeni boşluklar oluştuğu görüşünü ileri sürmektedir. Bkz. **PIOTET**, 2022b, s. 106 vd.

[52] Bu tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. **STEINAUER**, s. 213 vd; **ŞENOCAK**, s. 397 vd.; **NAR**, s. 355 dpn. 77'de anılan yazarlar; **PRADERVAND-KERNEN/BONDALLAZ**, s. 195 ve 196 dpn. 14 ve 15'te anılan yazarlar.

Türk hukukunda da her iki yönde görüş belirten yazarlar mevcuttur. Bu yazarlara örnek olarak ölüme bağlı tasarruf yönündeki görüş için bkz. **ACAR**, s. 129; **BİRİNCİ UZUN**, s. 111 ve 112; MK md. 237 kapsamında yapılan anlaşmaların ölüme bağlı tasarruf, MK md. 238 kapsamında yapılan anlaşmaların sağlararası kazandırma olduğu yönünde bkz. ŞIPKA Şükran, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 3. Bası, On iki Levha, İstanbul, 2013, s. 280 vd.; benzer şekilde **ZEYTİN**, s. 227 - 228; SARI Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 240; sağlararası kazandırma olduğu yönünde bkz. **ŞENOCAK**, s. 402.

eş lehine yapılan ve artık değerin yarısından fazlasına tekabül eden kazandırmalar ortak olmayan altsoyun saklı payını elde etmesine mani oluyorsa bu madde hükmüne göre tenkise tabi olacaktır.

II. REVİZYONUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

İsviçre'de miras hukukunu toplumun değişen yapısı ile daha uyumlu hale getirmek ve sosyo-ekonomik ihtiyaçlara daha iyi cevap verebilen bir düzen kurabilmek amacıyla yapılan miras hukuku revizyonunun mehazını oluşturduğu Türk hukukunda da yansıma bulması mümkündür. Bazı açılarıyla bahis konusu revizyon iki medeni kanunu birbirine yaklaştıran yönler barındırmaktadır. Bununla birlikte, revizyon vesilesiyle bir kere daha görüldüğü üzere sağ kalan eşin durumu açısından mevzuatımız İsviçre'nin gerisindedir. Kanaatimizce, öncelikle eşin yasal miras payının bir daha gözden geçirilmesi gerekir. Bu açıdan eşin üçüncü zümreyle birlikte mirasçı olması kaldırılmalı ve üçüncü zümre ancak ölen kişinin eşi ve altsoyu yoksa mirasa hak kazanabilmelidir[53]. Böyle bir değişiklik aslında bizim hukukumuz için çok uzak bir ihtimal değildir. Zira, 1990 yılında eMK'da yapılan değişiklikte üçüncü zümrenin mirasçılığı sınırlanmış; eş ile birlikte murisin amca, dayı, teyze ve halalarının mirasçı olması ortadan kaldırılmıştı[54]. Buna rağmen MK md. 497 hükmü ile bu kişilerin mirasçılığı tekrar gündeme gelmiştir. Türk toplumunun aile yapısında amca, hala, teyze ve dayılar ile yeğenleri arasındaki bağın bunu gerektirmesi ile açıklanmaya çalışılan bu değişiklik şu sorunun cevabını verememektedir: Bu aile bağları 1990 yılında da aynı değil miydi? Arada geçen sürede ne değişti? Doktrinde DURAL/ÖZ tarafından sorulan bu sorunun gerçek bir cevabı yoktur[55]. Bununla birlikte, MK md. 497'nin gerekçesinde kullanılan "*babanın ölümü halinde çoğunlukla bu kişilerin yeğenlerine sahip çıktığı yadsınamaz bir gerçektir*" ifadesi meselenin temelde erkek tarafına ait olan aile servetinin mümkün olduğu kadar kadına geçmemesi ekseninde düşünüldüğü intibaını uyandırmaktadır. Ölen kişinin büyükanne büyükbabası ve onların çocuklarından yani ölen kişinin amca, dayı, halı ve teyzelerinden oluşan

---

[53] Doktrinde İMRE/ERMAN tarafından ifade edilen bu görüşe biz de katılıyoruz (Bkz. **İMRE/ERMAN**, s. 50).

[54] 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, 818 sayılı Borçlar Kanunun 83üncü maddesine Bir Fıkra Eklenmesine, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna Bir Madde Eklenmesine, 2644 sayılı Tapı Kanunun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun md. 10 (RG. 23.11.1990/20704).

[55] Bkz. **DURAL/ÖZ**, §5 III 202; ayrıca **SEROZAN/ENGİN**, §2 V 71.

üçüncü zümredeki bu kişilerin ölen kişinin eşinin miras payını engellemesi anlamlı değildir. Belki de eş miras payının tamamına kavuşabilirse çocuklarına sahip çıkmak için bu kişilerin yardımına da ihtiyaç duymayacaktır.

Türk hukukunun saklı pay konusundaki gelişimlere de açık olduğu söylenebilir. Nitekim yeni Medeni Kanun ile birlikte altsoy, kardeşler, ana ve babanın saklı payları azaltılmış, sağ kalan eşin saklı payı arttırılmış ve kanun yürürlüğe girdikten bir süre sonra da kardeşlerin saklı payı tümüyle kaldırılmıştır[56]. Şu halde, yukarıda İsviçre revizyonu ile ilgili ifade edilen dünyadaki saklı payların azaltılması ve eşin durumunun iyileştirmesi eğilimlerine uygun bir gidişatın Türk hukuku açısından da mevcut olduğu söylenebilir[57]. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce eşin varlığı üçüncü zümrenin mirasçılığına engel olmalıdır. Fakat bu yapılmasa bile, hiç olmazsa dünyadaki eğilime uygun olarak bir adım daha atılması ve sağ kalan eşin üçüncü zümreyle birlikte mirasçı olması halinde de en azından yasal miras payının tamamını saklı pay olarak alması sağlanmalıdır.

Mirasçılara saklı pay tanınmış olmasının temelinde murisin en yakınlarına geçinmeleri için belli bir kaynak tahsis etmek amacı yatar[58]. Bu bir anlamda hayatta iken var olan bakım yükümlülüğünün ölüm sonrasındaki uzantısıdır[59]. Bir başka amaç ise, malvarlığının dağılmadan aile içinde tutulmasını sağlamaktır[60]. Bu bakış açısıyla yaklaşıldığında altsoyun saklı pay sahibi olması uygundur ve gereklidir. Bununla birlikte çağdaş gelişmeler ışığında Türk hukukunda da altsoyun saklı payının azaltılması kabul edilebilir. Böylelikle mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü artacaktır. Aynı şekilde ana ve babanın saklı paylı mirasçı olmaları gerekip gerekmediği de tartışmaya açıktır. Türk aile yapısı, örf ve adetleri gereğince mirasbırakanın ana ve babasının saklı paylı mirasçı olmaya devam etmesi gerektiği görüşü[61] ileri sü-

---

[56] 4.5.2007 tarih ve 5650 sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md. 2 (RG 10.5.2007/26518).

[57] Ancak eşin saklı payının bu şekilde artırılmış olması eleştirilere de konu olmuştur. Bkz. **AYAN**, s. 17; **DURAL/ÖZ**, §20 II 1059.

[58] **BADDELEY**, s. 283; GAILLARD Olivier, « La protection de la réserve héréditaire des descendants à l'aune de l'ordre public », **Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit** (éd. Pascal Pichonnaz), Schultess Editions romandes, 2014, s. 282.

[59] **GAILLARD**, s. 282.

[60] **BADDELEY**, s. 283; **GAILLARD**, s. 282-283.

[61] **NAR**, s. 341; KARASİOĞLU GÜRBÜZ Gökçen, "İsviçre Reformu Işığında Türk Miras Hukuku Alanına İlişkin Değerlendirmeler", **Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1053.

rülebilirse de burada belirleyici olması gerekenin aynı zamanda sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar olması gerektiği kanaatindeyiz. İsviçre'de ana babanın saklı payının kaldırılması sadece zayıflayan aile bağları nedenine değil, hayat süresinin uzaması, devletin sunduğu sosyal imkanların genişlemesi ve ekonomik olarak çocuğundan uzun yaşayan ve onun mirasına ihtiyacı olan ana baba sayısının azalması nedenlerine de dayanmaktadır. Dolayısıyla artık ana babanın saklı pay sahibi olmasının bir anlamı kalmamıştır. Kanaatimizce, böyle bir dönüşüm için İsviçre'de yapıldığı gibi, sosyal ve ekonomik ihtiyaçların derinlemesine incelendiği uzun soluklu araştırmaların ülke çapında yapılması elzemdir. Sosyal gerçeklik ve ihtiyaçlar tespit edildikten sonra kanun koyucunun öngördüğü sistemin bu ekonomik ve sosyal gerçekliğe ne kadar cevap verdiği ortaya çıkacaktır. Şimdilik TÜİK verilerine göre Türkiye nüfusunun da yaşlandığı gözlemlenebilir[62]. Bu verilere göre 65 - 74 yaş aralığındaki bireyler 2017 yılında nüfusun %61.6'sını oluştururken 2022 yılında bu oran %64.5; kişilerin doğuşta beklenen yaşam süresi ise 2018 - 2020 döneminde 78.3 yıl olmuştur[63]. Yine 2022 yılı verilerine göre, eşi ölmüş yaşlıların oranı %31'dir. Türkiye genelinde yaşlı nüfusun yoksulluk oranı ise 2021 yılında %12.6 olarak tespit edilmiştir. Böyle bakıldığında, İsviçre'deki demografik eğilime paralel bir eğilim Türkiye için de tespit edilebilir. Fakat tek başına demografik veriler yeterli değildir. İki ülke arasındaki ekonomik ve sosyal imkanlar da mutlaka değerlendirmeye alınmalıdır. Bizim ülkemizde ileri yaşında bile olsa kalan mirasa ekonomik açıdan ihtiyaç duyabilecek kişiler olabileceği mutlaka dikkate alınmalıdır.

Bununla birlikte, kanun koyucunun ana ve babanın saklı payını muhafaza etmesine rağmen bunun zedelenmesine göz yumduğu bir hal de sistemde mevcuttur. Yukarıda bahsedilen ve mal rejimi sözleşmesiyle eş lehine yapılan tasarruflar bakımından bunun sadece eşlerin ortak olmayan altsoyunun saklı paylarını zedelememesi kuralı (MK md. 237) açısından kanun koyucunun sadece altsoy değil ana baba karşısında da eş lehine bir tercihte bulunduğu anlaşılmaktadır. Zira sadece ortak olmayan altsoydan bahsederek ana babanın saklı paylarının zedelenmesine müsaade edilmiştir. Kanaatimizce,

---

62 Bkz. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Yaslilar-2022-49667 (erişim tarihi: 20.03.2023).

63 Bkz. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hayat-Tablolari-2018-2020-37226 (erişim tarihi: 20.03.2023). Birleşmiş Milletler verilerine göre bu yaş İsviçre'de 2021 yılı için 84'tür (bkz. United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2022). World Population Prospects 2022: Summary of Results. UN DESA/POP/2022/TR/NO. 3, s. 17, www.unpopulation.org erişim tarihi: 20.03.2023).

buradaki tutum kanun koyucu açısından bir tutarsızlık olarak değil fakat ana ve babanın saklı paylarının tamamen kaldırılması açısından bir eğilim olarak yorumlanabilir. Ancak ifade ettiğimiz üzere bu konudaki ihtiyaçların doğru tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir.

MK md. 237 hükmündeki tek sorun bu değildir. Bu hükümde ortak altsoyun saklı payının tamamen göz ardı edilmesi de hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratmaya müsaittir. Özellikle eşin tekrar evlenmesi durumunda yeni eş de mirasçı olacağından ortak çocukların hakkı da bundan etkilenecektir. O nedenle, eşin tekrar evlenmesi ihtimalinde ortak çocukların saklı payına kavuşmasını sağlayacak bir düzenleme yapılarak bu kişilere bir tenkis imkanı getirilmelidir. Revizyon tasarısında MK md. 237'nin mehazı olan İsv. MK md. 216'ya bir dördüncü fıkra eklenmek suretiyle sağ kalan eşin yeniden evlenmesi üzerine ortak altsoya tanınan tenkis imkanının orada kabul görmemesi bir talihsizliktir ve doktrinde de eleştiriye konu olmuştur[64]. Türk hukukuna bu tartışmalar olumlu yönde yansımalı ve bu soruna bir çözüm getirilmelidir[65].

Yukarıda görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda mevcut olan ve sağ kalan eşin artık değerin tamamına sahip olabilmesine yönelik anlaşmaların sağlararası kazandırma mı yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu yönündeki tartışmalar da sonlandırılmış ve bunların sağlararası kazandırma olarak ilk sırada tenkise konu olması hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce de, eşlerin birbirine yaptıkları bu kazandırma terekenin paylaşımına yönelik değil tam tersi terekenin oluşumundan önceki bir aşama ile ilgili olduğundan sağlararası kazandırma olarak nitelendirilmelidir. Sağ kalan eşin artık değerden pay alması zaten kanundan kaynaklanır. Eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile yaptıkları sadece bunun oranını değiştirmekten ibarettir. Dolayısıyla, miras dağıtılmadan hemen önce yapılması gereken tasfiyeyi ilgilendiren bu oranın belirlenmesine yönelik anlaşmalar, kanunun öngördüğünden fazla olan kısım itibariyle en yeni tarihli sağlararası kazandırma olarak kabul edilmelidir. Bu düzenlemenin Türk hukukunda mevcut aynı tartışma açısından yol gösterici olacağını düşünüyoruz. Bununla birlikte eğer İsviçre kanun koyucusunun çözümü benimsenirse İsv. MK md. 532 hükmünün bizdeki karşılığı olan MK md. 570 hükmünde de gereken değişikliğin yapılması şarttır; zira MK md. 570 hükmü emredici bir kuraldır ve yoruma açık değildir[66]. Dolayısıyla

---

64 Bkz. yukarıda dpn. 44 ve ilgili metin.

65 Aynı yönde **NAR**, s. 357.

66 **NAR**, s. 356.

ancak tenkis sırasının tekrardan açıkça düzenlenmesi ile istenilen sonuç elde edilecektir.

Evlilik birliği hayatı paylaşmayı ifade eder; bir kader birliğidir. Bu birlik bozulduğunda beraberinde getireceği bazı ekonomik çıkarların da ortadan kalkması eşyanın tabiatına uygundur. Bu nedenle eşlerin arasındaki ilişki bozulup evlilik çözülme yoluna girdiğinde beklenen miras hakkıyla ilgili bir düzenleme getirilmesi gereklidir. Bu hususta Türk kanun koyucusu İsviçre'den önce davranmış ve MK md. 181/f. 2'de boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halini düzenlemiştir. Bununla birlikte ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri ve diğer eşin kusurunu ispatlama gereği haklı eleştirilere konu olmuştur. Kanaatimizce, İsviçre kanun koyucusunun getirdiği çözüm pratiktir. Boşanma davası açıldıktan sonra eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin saklı payını kaybetmesi yerindedir. Çok nedenli ve kusura dayanan boşanma sistemi devam ettiği müddetçe Türk hukukunda bu konuda genel bir düzenleme yapılması zordur[67]. Ancak eşin davanın açılmasıyla birlikte saklı payını kaybetmesi her boşanma nedeni için geçerli olabilecek bir çözümdür. Böylelikle bir yandan mirasbırakanın tasarruf oranı arttırılmış olacak, diğer yandan da mirasçılık sıfatı kaybedilmediği için mirasbırakan isterse yine eşini terekesinden yararlandırabilecektir.

SONUÇ

Her ailenin yapısı ve ilişkileri birbirinden farklı olduğu için ihtiyaçları da farklıdır. Bu nedenle genel için uygun olan bir uygulama belli bir aile özelinde ihtiyaca cevap vermekten uzak olabilir. Kanaatimizce, uzun yıllar evli kalan ve mevcut malvarlığını birlikte inşa eden eşler söz konusu olduğunda altsoy dahil diğer mirasçılara nazaran sağ kalan eşin ön planda tutulması olması gereken bir yaklaşımdır. Bu bakımdan, sağ kalan eşin aynı zamanda mal rejiminin tasfiyesinden de pay alması nedeniyle miras bakımından onun lehine yapılacak iyileştirmelerin hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki eleştirilere katılmıyoruz. Bununla birlikte, sağ kalan ana babanın ülkemizin ekonomik şartlarında ileri bir yaşta bakımlarının sağlanması için çocuklarının mirasına ihtiyaç duymaları da ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, ana babanın saklı payının kaldırılması fikrini genel olarak yerinde bulmakla

---

[67] Anlaşmalı boşanma davalarında, dava devam ederken eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi gerektiği; diğer boşanma sebepleri bakımından davanın devam etme süresi veya eşlerin dava sürecindeki ayrı yaşama süreleri dikkate alınarak düzenleme yapılması gerektiği görüşü için bkz. **NAR**, s. 352.

birlikte, ülke gerçeklerinin bu konuda şekillendirici olduğunu düşünüyoruz. Öte yandan, uzun süren bir evliliğin ölüm ya da boşanma neticesinde sona ermesi halinde sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ihtimalinde de, bu sefer bu yeni eşin diğer mirasçılara göre daha fazla korunmasının her zaman adilane çözümler sunmayacağı, hatta bazı durumlarda gerçekten hakkaniyete aykırı denebilecek neticeler doğurabileceği de aşikardır. Böyle bir ihtimalin önüne geçmek için de yine aile ve miras hukukuna özgü sistem içi çözümler mutlaka devreye sokulmalıdır. Yukarıda bahsedilmiş olduğu üzere, eşlerin ölüm ve evlilik birliğini sona erdiren diğer halleri göz önüne alacak şekilde katılma alacağına yönelik mal rejimi sözleşmesi yapmaları bu imkanlardan biridir ve bu imkan bizim hukukumuzda da mevcuttur. Yine, yeni eşin miras payı ve saklı payına ilişkin ölüme bağlı tasarruflar yapılabilmesi de sistem içi çözümlerden biri olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, sağ kalan eş lehine getirilecek düzenlemelerin diğer mirasçıları mağdur etmesinin önüne geçmek mümkündür. Fakat, bu bir paradigma kayması ve neticesinde hukuk politikasında yapılacak bir dönüşümü gerektirir. Zira, eş kan hısmı olmadığı için aileye dışarıdan giren ve her an gidebilecek bir kişi gibi değerlendirilmekte ve bu nedenle onun malvarlığına ortak olması mümkün olduğu kadar engellenmeye çalışılmaktadır. Halbuki, eşler bir evlilik birliği kurdukları anda artık kendi ailelerini oluşturur ve MK md. 185 vd. hükümlerine göre de hayatı birlikte göğüsler. Sağ kalan eşin mirasta çocuklar ve ana baba aleyhine korunması bu bakımdan önemli bir algı değişikliği olacaktır. Yukarıda zikrettiğimiz TÜİK verilerine bakıldığında da kanaatimizce, miras hukukunda sağ kalan eş lehine yapılacak düzenlemelere bizim hukukumuz açısından da ihtiyaç olduğu söylenebilir. Bunun yanı sıra MK md. 181, md. 237 ve buna paralel olarak md. 530 hükümleri de tekrar ele alınarak mevcut sorun ve tartışmalar sona erdirilebilir.

KISALTMALAR CETVELİ

art. : Artikel/article
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
çev. : Çeviren
dpn : Dipnot
eMK : 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
ERÜHFD : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FF : Feuille Fédérale
HFD : Hukuk Fakültesi Dergisi
İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İnÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İsv. MK : İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
LPart : Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe
md. : Madde
MK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
OFK : Orell Füssli Kommentar
RO : Recueil Officiel
RS : Recueil Systématique
S. : Sayı
s. : Sayfa
ss. : Sayfa aralığı
TÜİK : Türkiye İstatistik Kurumu
vd. : Ve devamı
ve diğ. : Ve diğerleri
Y. : Yıl
ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

ACAR Faruk: **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

AKÇAAL Mehmet: "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 6, S. 2, ss. 231 - 247.

Avant-projet et rapport explicatif relatifs à une modification du code civil (droit des successions): https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6014/33/cons_1/doc_2/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6014-33-cons_1-doc_2-fr-pdf-a.pdf (Rapport)

AYAN Mehmet: "Saklı Pay Sahibi Mirasçılar ve Saklı Payları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1-2, Y. 2002, ss. 7 - 18.

AYANOĞLU Ahu: "Yasal Mal Rejiminin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesinde Yargıtay Uygulaması", **Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019** (ed. Şükran Şıpka), On iki Levha, İstanbul, 2019, ss. 43 - 49.

BADDELEY Margareta: "La reserve héréditaire: quo vadis?", **Revue de droit des successions (successio)**, 2014, ss. 282 - 291.

BİRİNCİ UZUN Tuba: "Artık Değere (TMK md. 237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md. 276 f. 3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi", **İnÜHFD**, C. 9, S. 1, 2018, ss. 105 - 132.

BRAZEROL Riccardo: **Orell Füssli Kommentar,** ZGB art. 462, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.

BURGI Klaus: **Orell Füssli Kommentar**, ZGB art. 473, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.

DURAL Mustafa / ÖZ Turgut **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

EIGENMANN Antoine: "Les Grandes Lignes de la Révision. Nouvelles réserves, conditions de l'action en réduction, cas particuliers et droit transitoire", **Journée de droit successoral 2022** (éd. Maryse Pradervand-Kernen, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Editions SA, Berne, 2022, ss. 17 - 40.

ERTAŞ Şeref: "Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı", **İÜHFM**, Y. 2013, C. LXXI, S. 1, ss. 1365 - 1368.

FAVRE Pascal: "Pour une reforme des réserves héréditaires", **L'expert-compatable suisse**, ECS 5/15, Treuhand - Kammer, ss. 364 - 366.

GAILLARD Olivier: « La protection de la réserve héréditaire des descendants à l'aune de l'ordre public », **Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit** (éd. Pascal Pichonnaz), Schultess Editions romandes, 2014, s

İMRE Zahit / ERMAN Hasan: **Miras Hukuku**, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.

KARASİOĞLU GÜRBÜZ Gökçen: "İsviçre Reformu Işığında Türk Miras Hukuku Alanına İlişkin Değerlendirmeler", **Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, ss. 1051 - 1062.

KAYAK Sevgi: "Roma Hukukunda Aile Kurumu", **Hacettepe HFD**, 8(2) 2018, ss. 249 - 302.

LANZ MUELLER Andrea: **Orell Füssli Kommentar**, ZGB art. 109, 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2021.

Message concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions) du 29 août 2018: **FF** 2018 5865 https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/2131/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2018-2131-fr-pdf-a.pdf (Message)

Message concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11.07.1979: **FF** 1979 1179 https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10102596.pdf?id=10102596&action=open

NAR Ahmet: "İsviçre'deki Miras Hukukuna İlişkin Revizyon Çalışmaları ve Türk Hukukuna Olası Yansımaları", **ERÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2019, ss. 333-370.

OĞUZMAN M. Kemal: **Miras Hukuku**, Gözden geçirilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

ÖZTAN Bilge **Miras Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

PIOTET Denis: "L'art. 216 al. 2 CC", **Symposium en droit de la famille - Famille et argent** (éd. Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo), Schultess Editions romandes, 2022, ss. 163 - 186. (Piotet 2022a)

PIOTET Denis "L'ordre de réduction de l'art. 532 révisé CC", **Journée du droit successoral 2022**, (éd. Maryse Pradervand-Kernen, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Editions SA Berne, 2022, ss. 91 - 114. (Piotet 2022b)

PRADERVAND-KERNEN Maryse / BONDALLAZ Sophia "Révision du droit des successions et régimes matrimoniaux - Examples Pratiques", **Symposium en droit de la famille - Famille et argent**, (éd. Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo), Schultess Editions romandes, 2022, ss. 187 - 215.

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil National: **FF** 2001 1057 https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2001/194/fr

SARI Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

SEROZAN Rona: "Miras Hukukunun Gelişim Süreci, Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri" (çev. Meliha Sermin Paksoy), **İÜHFM**, C. LXXIII, S. 1, ss. 531 - 560.

SEROZAN Rona / BAŞAOĞLU Başak/ KAPANCI Kadir Berk: "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", **İKÜHFD**, 15 (2) 2016, ss. 531 - 560.

SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkay **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2022.

STEINAUER Paul-Henri: "Première approche de la révision du droit des successions", **Journée de droit successoral 2019**, (éd. Paul-Henri Steinauer, Michel Mooser, Antoine Eigenmann), Stämpfli Verlag AG, 2019, ss. 205 - 221.

STEINAUER Paul-Henri: "L'article 473 du Code Civil", **Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier** (éd. Peter Voser, Michel Mooser, Romand Sandmayr, Raffael Notti, Jürg Schmid), 84/2003, Zürcher Notariatsverein, ss. 333 - 350. (L'article 473)

ŞENOCAK Zarife: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma ile İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", **AÜHFD**, C. 58, S. 2, 2009, ss. 377 - 411.

ŞIPKA Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 3. Bası, On iki Levha, İstanbul.

YAKUPPUR Sendi: **Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü**, Seçkin, Ankara, 2022.

YILMAZ Canan: "01.01.2023 Tarihinde Yürürlüğe Giren İsviçre Miras Hukuku Revizyonu Çerçevesinde Saklı Paylı Mirasçılar ve Yeni Saklı Pay Oranları", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 33, Y. 2023, ss. 3 - 26.

ZEYTİN Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, Seçkin, Ankara, 2008.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 743-768

İSVİÇRE'DE YENİ BİR EĞİLİM: TAPU SİCİLİNDE ALENİYET İLKESİNE FARKLI BİR BAKIŞ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK**(**)

Öz: Başta aleniyet ilkesi olmak üzere çok sayıda ilke tarafından şekillendirilen Türk-İsviçre eşya hukukunda tapu siciline hâkim ilkeler, taşınmazlar bakımından yalnızca teorik nitelikte değil aynı zamanda pratik sonuçlar da üretmektedir. Bu anlamda mutlak tescil ilkesiyle bağlantılı olarak aleniyet ilkesi, ayni hakların varlığını belirlediği gibi kapsamını da belirlemesi bakımından özel bir öneme sahiptir. Kural olarak esas belirleyici olan tapu sicilindeki kayıtlardır ve bir alıcı da tapu sicilindeki kayda iyiniyetle güvenerek hak sahibi olabilmektedir. Her ne kadar kanuni düzenlemelerde tapu sicilinin üstün tutulması öngörülmüş olsa da, İsviçre Federal Mahkemesi son içtihatlarında, tapu sicil kayıtları ile taşınmazın dışarıdan görülebilen fiziki durumu arasında bir çelişki mevcutsa, doğal aleniyet yoluyla tapu siciline güvenin ortadan kaldırılabileceğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme doğal aleniyetine dayanan bu kararlarında tapu sicilindeki yolsuz tescile dayanarak ayni hak iktisap etme şartlarını daraltmakta, kimi durumda ise hakkın kapsamını tescile göre değil doğal aleniyete göre belirlemektedir. Çalışma kapsamında öncelikle aleniyet ilkesi ve etkileri açıklandıktan sonra önemli görülen İsviçre Federal Mahkemesi kararları incelenecek ve doğal aleniyet kavramının, Türk hukuku bakımından aleniyet ilkesi ışığında bir analizi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Doğal Aleniyet, Tapu Sicili, Aleniyet İlkesi, Ayni Hak, Tescil.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 16.01.2023 - Makale Kabul Tarihi: 17.06.2023.

(**) Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kırklareli - Türkiye (ORCID: 0000-0002-9032-1507; *bzenginozkucukparlak@klu.edu.tr*).

A NEW TENDENCY IN SWITZERLAND: A DIFFERENT PERSPECTIVE TO THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

Abstract: The principles that dominate the land registry in Turkish-Swiss property law, which are shaped by many principles, especially the principle of publicity, produce not only theoretical but also practical results in terms of real estate. In this sense, the principle of publicity, in connection with the principle of registration, has a special importance in terms of determining the existence of real rights as well as their scope. As a rule, the main determinant is the records in the land registry, and a buyer can also be entitled by trusting the record in the land registry in good faith. Although it is foreseen in the legal regulations to keep the land registry superior, the Swiss Federal Court states in its latest jurisprudence that if there is a conflict between the land registry records and the physical condition of the real estate, which can be seen from the outside, the trust in the land registry can be eliminated through natural publicity. In these decisions based on natural publicity, the Supreme Court narrows down the conditions for acquiring real rights based on the corrupt registration in the land registry, and in some cases, determines the scope of the right according to natural publicity, not registration. Within the scope of the study, firstly, after explaining the principle of publicity and its effects, the decisions of the Swiss Federal Court, which are considered important, will be examined and an analysis of the concept of natural publicity will be made in the light of the principle of publicity in terms of Turkish law.

Keywords: Natural Publicity, Land Registry, Principle of Publicity, Right in Rem, Registration.

I. GİRİŞ

Bir taşınmazın dışarıdan görülen fiziki durumunu ifade eden doğal aleniyet kavramı, Türk- İsviçre hukuku bakımından kanunda tanımlanmış bir olgu değildir. Doğal aleniyet, Türk Medeni Kanunu[1] ("TMK") ve İsviçre Medeni Kanunu[2] ("ZGB") kapsamında yalnızca mecra irtifaklarına ilişkin olarak bir maddeyle sınırlı olarak düzenlenmiştir. TMK m. 727/3 (ZGB Art. 676) hükmüne göre, dışarıdan görülebilen mecra irtifakı noter tarafından düzenlenecek bir sözleşmeyle kurulabilmektedir. Bu hüküm dışında doğal aleniyete ilişkin başka bir hükme kanunda yer verilmemiştir. Türk- İsviçre hukukunda esas olan bir taşınmazın dışarıdan görülen fiziki durumu değil, tapu sicilinde yer alan bilgi ve kayıtlardır. Temelini Cermen hukukunda

---

1 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu R.G, T. 22.11.2001, S. 24607.

2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

bulan ve Türk-İsviçre hukukunda uygulanan tapu sicil sistemine göre, bütün taşınmazlar devletin sorumluluğunda tutulan sicilde ayrı birer sayfaya kaydedilerek taşınmaza ilişkin tüm bilgiler ve haklar ilgili sayfaya yazılmaktadır[3]. TMK m. 1021 (ZGB Art. 971) ve m. 1022 (ZGB Art. 972) hükümlerinde ifade edilen esasa göre, ayni haklar kural olarak tapuya tescil ile kazanılır ve ayni hakkın içeriği de tescilin sınırları içinde belirlenir. Tescil ilkesinin görünümü olarak da ifade edilebilecek bu hükümlere göre, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmaz eşya üzerinde bir ayni hak kazanımı veya kaybı için, kural olarak bu hakkın tapu siciline kaydedilmesi (tescil edilmesi, şerhi) gerekmektedir. Taşınmaza ilişkin ayni hakların kurulması, devredilmesi ve sona ermesinin kural olarak tapu sicilindeki sayfaya kaydedilmesine bağlı kılınmasına *"tescil ilkesi" (Das Eintragungsprinzip)* denir[4].

Türk-İsviçre eşya hukukunda tescil ilkesi kadar önem taşıyan bir diğer ilke de aleniyet ilkesidir. Bir eşya üzerinde var olan ayni hakların üçüncü kişilere açıklanması, eşya hukukunun ana prensiplerinden birini oluşturmaktadır. Zira mutlak hak niteliğini haiz olan ayni hakları ihlal etmeme yükümlülüğü bulunan kişilerin bu haklara saygı gösterebilmeleri ve işlem güvenliğinin sağlanabilmesi, ancak hak sahipleri veya hakkın durumundaki değişikliklerin ilgilileri tarafından görülebilmesi yoluyla sağlanabilir. Aleniyet, eşya

---

[3] ŞENGÜL, Mehmet, **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Ankara, 2013, s. 23-24; SCHMID, Jürg, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB (Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Aufl., 2010, vor ZGB Art. 942-977 N. 10; TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Aufl., Zürich, 2010, § 92 N. 2; GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 1984, s. 237; AKİPEK, Jale**, Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Ankara, 1972, s. 288-289.

[4] TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID, § 92 N. 2; ALBAŞ, Hakan, "Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu", **DEHFD**, C. 9, S. 2, Y. 2007, s. 1; SCHMID, **Basler Kommentar**, vor ZGB Art. 942-977 N. 10; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 237; HATEMİ, Hüseyin/ ARPACI, Abdülkadir/ SEROZAN, Rona, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1991, s. 475; ŞENGÜL, s. 42. Tescil ilkesi aynı zamanda taşınmaz üzerindeki ayni hakların kural olarak tescil dışında kazanılamayacağını ifade ettiğinden doktrinde "tescilin olumsuz hükmü" olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. ANTALYA, Gökhan, "Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi", **MÜHFHAD**, C. 23, S. 3, Aralık 2017, s. 419-440, s. 432; TEKİNAY, Selahâttin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku**, C.I, 5. Baskı, İstanbul 1989, s. 343. Bununla birlikte kanunda gösterilen istisnai hallerde tescilden önce ayni hak kazanımı mümkün olabilmektedir. Bu haller, TMK m. 705/1'de *"miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâller"* olarak belirtilmiştir. Mülkiyet hakkının tescilsiz kazanıldığı bu istisnai hallerde yapılan tescil açıklayıcıdır. Tescilin kurucu ve açıklayıcı işlevinden yola çıkılarak doktrinde "mutlak tescil ilkesi" ve "nisbi tescil ilkesi" ayırımı yapılmaktadır. Bkz. AKİPEK, s. 378; ŞENGÜL, s. 44; ANTALYA, s. 432.

üzerindeki haklarla ilgili bu hedeflerin gerçekleşmesini sağlayan görünümün yasal bir ifadesidir[5].

TMK m. 1020'ye (ZGB Art. 970) göre tapu sicili herkese açıktır. Buna göre bir eşya üzerinde mevcut olan ayni hakkın ve hak sahibinin, ilgisini inanılır kılan herkes tarafından görülebilmesi mümkün hale gelir[6]. Ayni hakların varlığını belirlediği gibi kapsamını da belirleyen bu ilkeler esas olarak bir kanun hükmünde tanımlanmamakla birlikte, kanunun dayandığı esaslardan yola çıkılarak doktrin tarafından ortaya konulmuştur. Bir taşınmaz üzerinde ayni hak tesis etmek isteyen kimse, ilgisini inanılır kıldığı takdirde, o taşınmaza ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilmektedir.

Her ne kadar kanuni düzenlemelerde tapu sicilinin üstün tutulması öngörülmüş olsa da İsviçre Federal Mahkemesinin son içtihatlarında, tapu sicil kayıtları ile taşınmazın dışarıdan görülebilen fiziki durumu arasında bir çelişki mevcutsa, doğal aleniyet yoluyla tapu siciline güvenin ortadan kaldırılabileceği ifade edilmektedir[7]. Yüksek Mahkeme doğal aleniyetine dayanan bu kararlarında tapu sicilindeki yolsuz tescile dayanarak ayni hak iktisap etme şartlarını daraltmakta, kimi durumda ise hakkın kapsamını tescile göre değil doğal aleniyete göre belirlemektedir. Bu anlamda İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde özellikle irtifak hakları söz konusu olduğunda, sadece tapu kütüğündeki bilgiler yeterli olmayıp taşınmazın dışarıdan görülebilen fiziki ve fiili durumu da belirleyici olmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde aleniyet ilkesi eşya hukuku bağlamında açıklanacak, daha sonra tapu sicilindeki kayıtların etkisi ayrı başlıklar altında incelenecektir. İkinci bölümde ise İsviçre Federal Mahkemesi tarafından son yıllarda verilen ve doğal aleniyeti konu alan önemli kararlar ortaya ko-

---

5 ŞENGÜL, s. 7.

6 SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 36; ŞENGÜL, s. 7-8; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul, 2017, s. 27; AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, s. 94; NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, 2020, s. 4; ANTALYA, s. 420; HURLIMANN-KAUP, Bettina, "Gedanken zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", **Titre du livre Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag** (Ed. Bettina Hürlimann-Kaup, Paul Eitel, Stephan Hartmann, Raphaël Haas), 2019, s. 59-87, s. 63; WIEGAND, Wolfgang, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB (Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Aufl., 2010, ZGB Art. 641 N. 52.

7 BGE 137 III 153; BGer 5C.71/ 2006 vom 19 Juli 2006; BGer 5A_431/ 2011 vom 2 November 2011; 5A 60/ 2011 Urteil vom 1 April 2011; 5A_652/ 2010 Urteil vom 4 March 2011; 5A_652/ 2010 Urteil vom 4 March 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 04.06.2023)

nulacak, ardından bu kararlar ayrı bir başlık altında Türk-İsviçre hukukunda aleniyet ilkesi ve etkileri bağlamında değerlendirilecektir.

II. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA TAPU SİCİLİNDE ALENİYET İLKESİ VE İYİNİYETİN KORUNMASI

1. Eşya Hukukunda Aleniyet İlkesi

Mutlak hak niteliğinde olan ayni haklar, herkese karşı ileri sürülebilme karakterine sahip olduğundan, bunlardan etkilenen veya etkilenebilecek kimselerin, bu hakların gerek varlığını gerekse içeriğini bilebilmesi gerekir[8]. Bu nedenle bir eşyaya ilişkin mevcut ayni haklar aleni olmalıdır. Aleniyet ilkesi tam da bu noktada devreye girer. Bu ilke sayesinde, bir eşya üzerinde mevcut olan ayni hakkın ve hak sahibinin herkes tarafından görülebilmesi mümkün hale gelir[9]. Bu anlamda aleniyet ilkesi ayni hakların varlığını belirlediği gibi kapsamını da belirler[10]. Tapu siciline hâkim ilkelerden biri olan aleniyet ilkesi, Türk-İsviçre hukukunda açık kanun hükümleriyle düzenlenmemiş olmakla beraber, kanuni düzenlemeler göz önüne alınarak doktrin tarafından ortaya konulmuştur.

Bir eşya üzerindeki ayni hakkın varlığının, kapsamının ve sahibinin herkesçe görülebilir olmasını ifade eden aleniyet ilkesi *(Publizitätprinzip, öffentlichkeit des Grundbuches)*, bu özelliği sebebiyle kamuya açıklık ilkesi olarak da adlandırılmaktadır[11]. Eşya üzerindeki ayni hakların aleniyetini sağlayabilmek için eşyanın türüne göre değişen çeşitli kamuya açıklık araçları mevcuttur. Bu kapsamda taşınır eşyada kamuya açıklığı sağlayan araç zilyetlik iken, taşınmazlarda tapu sicilidir[12].

---

8 HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/ GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ VITO, Roberto, **Sachenrecht**, 5. Aufl., Bern. 2017, N. 01.56; ATAR, Eray Aksın, **Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması**, İstanbul, 2021, s. 21; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 229; SİRMEN, s. 36; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 27.

9 ANTALYA, s. 420; HURLIMANN-KAUP, s. 63; WIEGAND, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 641 N. 52; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 27; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 229.

10 MEINRAD, Huser, "Der Aufteilungsplan im Stockwerkeigentum: Neue Darstellung - grössere Rechtsverbindlichkeit?", **RNRF**, 101/ 2020, s. 205- 229, s. 207.

11 AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 94; ANTALYA, s. 420; ATAR, s. 21; SİRMEN, s. 36.

12 SİRMEN, s. 37; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 27; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 101; NOMER/ ERGÜNE, s. 4; WIEGAND, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 941 N.

Taşınır eşyada zilyetliğin aleniyeti sağlama işlevi, kural olarak eşyayı iradi olarak fiilen elinde bulundurmayla sağlanmaktadır[13]. Zira taşınır bir mala malik olanın mülkiyet hakkının başkaları tarafından görünürlüğü, malı elinde bulundurmasıyla mümkün hale gelmektedir[14]. Bununla birlikte malı elinde bulunduran zilyedin, ayni hakkın sahibi olduğu her zaman söylenemezse de, TMK m. 985 (ZGB Art. 930) hükmü gereği bu durum hakkın varlığına karine olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, taşınırın zilyedi karine olarak onun maliki sayılmaktadır. Buna karşılık bir taşınmaz eşya söz konusu olduğunda -*örneğin bir ev üzerinde*- kimin ayni hakka sahip olduğunu dışarıdan bakarak anlama imkanı yoktur.

Taşınmazlar üzerindeki ayni hakların kazanılması TMK m. 1021 (ZGB Art. 971) gereği tapu siciline tescil ile gerçekleştiğinden, bu hakların kamuya açıldığı vasıta da tapu sicilidir. Taşınmaz eşya söz konusu olduğunda tapu sicili aleniyet işlevini yerine getirir. Hatta doktrinde bu hususta *"tapu sicili, var olan en mükemmel aleniyet aracıdır"* denilmiştir[15].

Taşınmaz bir eşya üzerinde geçerli olarak kurulmuş ayni haklar, belgeleriyle birlikte sicilde yer alır. Bir ayni hak kural olarak ancak tapu sicilinde o hakka ilişkin kayıt mevcutsa kazanılmıştır[16]. Tapu kaydında bulunmayan bir ayni hakkın kazanılması kural olarak mümkün değildir. Bu anlamda tescil, kamuya açıklığın yanı sıra işlem güvenliğini de sağlar[17].

Öte yandan TMK m. 1020 uyarınca tapu sicili herkese açıktır ve kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Bununla birlikte tapu kay-

52; ATAR, Eray Aksın/ ESEN, Emre, "İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki Taşınmaz Rehni Türleri ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa İpoteği (Eurohypotec) Kavramına Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, Y., 2022, C. 71, S. 3, s. 1125-1164, s. 1139.

13 ANTALYA, s. 422.

14 Bununla birlikte bazı taşınır eşyaların taşıdığı önem sebebiyle hukuk güvenliğini sağlamak için aleniyet işlevi zilyetlikle değil, taşınır sicili yoluyla gerçekleşmektedir. Taşınır eşya olmasına rağmen aleniyetin, zilyetlikle değil sicile tescille (hayvan rehni, gemi ipoteği vb.) sağlandığı istisnai haller için bkz. ANTALYA, s. 423 vd.

15 *"Das Grundbuch ist die vollkommenste Publizitätseinrichtung, die es gibt."* Bkz. EBERHARD, Philipp, "Die Rechtsfigur der natürlichen Publizität", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, SJZ 117/ 2021, s. 128-137, s. 129.

16 WIEGAND, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 941 N. 55; DEILLON-SCHEGG, Bettina, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, Band 3, Art. 641-977 ZGB (Ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Zürich- Basel- Genf, 2016, ZGB Art. 970 N. 1; KAÇMAZ, Mine, "Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları", **AÜHFD**, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2891-2908, s. 2893; SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 970 N. 1; EBERHARD, s. 129.

17 ATAR, s. 22; SİRMEN, s. 36.

dının açıklığı sınırsız değildir. TMK m. 1020/2 uyarınca yalnızca ilgisini inanılır kılan kimseler tapu kayıtlarının kendisine gösterilmesini veya belge örneklerini talep edebilir. Madde kapsamında tapu sicilinin herkese açık olduğu ve tapu sicil kayıtlarının bilinmediğinin ileri sürülemeyeceği belirtilmekle beraber, ikinci fıkrada ancak ilgisini inanılır kılan kimselerin tapu kaydına erişebileceği düzenlenmiştir. Aleniyetin bu biçimde kısıtlanarak, tapu kütüğündeki bilgilerin herkese değil yalnızca *"ilgisini inanılır kılanlara"* açık olması doktrinde eleştirilmiştir[18]. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 970 hükmüne 2005 yılında gelen kanun değişikliği ile, TMK m. 1020'de olmayan bir fıkra eklenmiştir. Kaynak kanunda yer alan bu fıkraya göre, bir kişi meşru bir ilgisi olduğunu göstermesine gerek olmaksızın, tapu sicilinden taşınmaz malın adını, malın tanımını, mal sahibinin kim olduğunu, ayni hakkın türünü ve edinilme tarihini öğrenebilecektir[19]. TMK m. 1020'nin aksine, meşru bir ilginin bulunduğunu kanıtlamak zorunda olmaksızın herhangi bir taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin bilgilerin rahatlıkla öğrenilebilmesine imkân tanıyan İsviçre Medeni Kanunu düzenlemesinin, bu haliyle aleniyeti sağlama işlevini daha iyi yerine getirdiğini söylemek mümkündür.

2. Tapu Sicilindeki Kaydın Etkisi

A. Ayni Hak Kazandırma

"Mutlak tescil ilkesi" olarak ifade edilen ilkeye göre, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmaz eşya üzerinde bir ayni hak kazanımı veya kaybı için, kural

---

[18] Bu kapsamda ilgisini inanılır kılma şartı olmaksızın tapu bilgilerine ulaşmanın bir ihtiyaç olduğu, taşınmaza ilişkin bilgileri öğrenmenin kamu yararı bakımından da önem taşıdığı doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 970 N. 1-5; BÄNGIZER-COMPAGNONI, Daniela, **Die Öffentlichkeit des Grundbuches (de lege lata-rechtsvergleichend-de lege ferenda)**, Zurich, 1993, s. 31 vd. Öte yandan SCHMID tapu sicilinin aleni olduğunu ilan eden ZGB Art. 970 (TMK m. 1020/1) hükmünün, ikinci fıkrasında bu aleniyeti "ilgisini inanılır kılma" kriteriyle kısıtlamasının çelişkili olarak algılandığını ve bu nedenle tapu sicilinin kamusal niteliğinin böylesi çelişkili bir yorumundan vazgeçilmesini gerektirdiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazara göre Ticaret sicilinin hiçbir ön koşula ihtiyaç duymaksızın herkese açık olması karşısında tapu sicilinin koula bağlı olarak aleni olmasını eleştirmektedir. Bkz. SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 970 N. 1. Benzer şekilde AYBAY'a göre de tapu sicili TMK m. 1020/1 (ZGB Art. 970) gereği herkese açık ise ikinci fıkradaki ilgisini inanılır kılma koşulu gereksiz ve yanıltıcı bir anlatım oluşturmaktadır. Bkz. AYBAY, Rona, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı Mı?", **TBB Dergisi**, S. 53, Y. 2004, s. 216-220, s. 217.

[19] Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. PFAFFLI, Roland, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs Grundsätze und Rechtsprechung zur Einsichtnahme in das Grundbuch", **SUISSE Schweizerischer Treuhänderverband**, ISSN 1662-4416, s. 360-362; HAUSHEER, Heinz, "Öffentlichkeit des Grundbuches Anmerkungen zu Art. 970 ZGB und BGE 112 II 422 ff. = ZBGR 69 S. 27 ff.", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, ZBGR,** 69/ 1988 S. 1, s. 1-13.

olarak bu hakkın tapu siciline kaydedilmesi (tescil edilmesi, şerhi) gerekmektedir. *"Tescilin Etkileri"* başlığı altında yer alan TMK m. 1021 (ZGB Art. 971), *"kurulması kanunen tescile tabi ayni haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz"* hükmünü içermektedir. Kanun koyucu taşınmaz üzerinde ayni hak tesisi için tapu kütüğüne kaydedilmesi gerektiği kuralını olumsuz bir ifadeyle koymuştur[20]. Türk Medeni Kanunu'nun 1022. (ZGB Art. 972) maddesinde de ayni hakkın tapu siciline tescil yoluyla kazanılması zorunluluğu, *"ayni haklar kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır"* şeklinde ifade edilmiştir.

Kurulması için tescil edilmesi gereken ayni haklar, kural olarak tapuya kaydedilmedikçe kazanılamaz. Tapu sicili bu anlamda olumsuz yasal güce sahip olduğundan, tapu sicilindeki kayıtların hak kazandırıcı etkisine *"kaydın olumsuz etkisi"* yahut *"tescilin kurucu etkisi" (konstituve, rechtsbegründende Wirkung)* de denilmektedir[21]. Öte yandan TMK m. 7 (ZGB Art. 9) hükmü resmi sicil niteliğindeki tapu sicilinin, belgelediği olguların doğruluğuna kanıt oluşturduğu karinesini düzenlemiştir. Taşınmazlar bakımından ayni hakların tescil zorunluluğu, aleniyet ilkesinin bir görünümü olup alışveriş yaşamında gerekli olan hukuk güvenliğini sağlamaktadır[22].

Ayni hakların kurulmasına veya bu haklardan faydalanılmasına yönelik sözleşmeler kural olarak tescil edilmeksizin tek başlarına hakkı kurmaya yeterli değildir. Bu anlamda tescil, taşınmazlar bakımından kurucu unsuru teşkil eder[23]. Ayni hakkın devrinin tescil yoluyla gerçekleşmesine ilişkin kural, TMK m. 705/1 (mülkiyet hakkı) ve TMK m. 780/1 (irtifak hakkı),

---

20 SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 971 N. 1.

21 NOMER/ ERGÜNE, s. 142; SCHMID, Jürg, "Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, Vom Sein und Schein im lmmobiliarsachenrecht", **ZBGR,** 90/ 2009, s. 111-177, s. 112; SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 971 N. 5. Sicilin olumsuz etkisine ilişkin örnek kararlar için bkz. Urteile 5C.282/2005 vom 13 Januar 2006; Urteile 5C.301/ 2005 vom 17 Februar 2006; BGE 130 III 306 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 05.01.2022).

22 ANTALYA, s. 432.

23 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 153; NOMER/ ERGÜNE, s. 122; SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 971 N. 5; EBERHARD, s. 129; SİRMEN, s. 36; HRUBESCH-MILLAUER/ GRAHAM-SIEGENTHALER/ VITO, N. 01.59; SCHMID, Jörg/ HURLIMANN-KAUP, Bettina, **Sachenrecht**, 5. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2017, N. 52. Taşınmazlar üzerinde kurulacak ayni hakların tescil yoluyla sağlanması ilkesine getirilmiş bazı kanuni istisnalar da bulunmaktadır. TMK m. 727/ 3 gereği dışarıdan görülebilir nitelikte olan mecra irtifakları tapu siciline tescil edilmeksizin kurulabilir. Hükme göre noterde düzenlenecek bir sözleşme vasıtasıyla aleniyet sağlanabilmektedir. Benzer şekilde TMK m. 744/ 3 hükmünde katlanma yükümlülüğü olarak öngörülen mecra irtifakının tescilsiz olarak kurulabileceği düzenlenmiştir.

TMK m. 795 (intifa hakkı), TMK m. 840/1 (taşınmaz yükü), TMK m. 856/1 (taşınmaz rehni) hükümlerinde de özel olarak düzenlemiştir.

Ayni hakların tescille kazanılacağına ilişkin mutlak tescil ilkesine birtakım kanuni istisnalar getirilmiştir[24]. Kanunda belirtilen istisnai durumlarda ayni hak, tescil olmaksızın kazanılabilmektedir. Bununla birlikte kanunda öngörülen ve ayni hakkın tescilsiz kazanıldığı miras, mahkeme kararı, cebri icra gibi istisnai hallerde dahi TMK m. 705/2 (ZGB Art. 656) gereği ayni hak sahibinin tasarruf işlemi yapabilmesi, o ayni hakkın tapu kütüğüne tesciline bağlıdır. Bu istisnai hallerde tescil, ayni hakkı kurucu değil açıklayıcı nitelik taşır.

Bu arada belirtelim ki tapu sicili, ayni hakların kazanılması bakımından olduğu kadar, kaybedilmesi bakımından da gerekli bir olgudur. TMK m. 717/1 (ZGB Art. 666) hükmüne göre taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, tapu sicilinde terkin yoluyla sona ermektedir.

B. Kaydın Hakkın Sahibini ve İçeriğini Belirlemesi Etkisi

Tapu sicilinde kayıtlı olan taşınmaza ait bir ayni hakkın türü, içeriği, kapsamı ve hak sahibi tapu sicilindeki kayda göre belirlenir. Bu anlamda ayni hakka ilişkin tapu kaydı, ayni hakkın sınırlarını da belirler. Belirlilik ilkesi *(Spezialitätsprinzip)* olarak da ifade edilen tapu sicilinin bu niteliği, mutlak tescil ilkesi ve tapu sicilinin aleniyetiyle de yakından ilişkilidir[25]. Bu ilke sayesinde bir kimsenin belirli bir nesne üzerinde ne tür bir hakka, hangi kapsamda sahip olduğu iyiniyetli üçüncü kişilerce görülebilir hale gelmektedir[26].

"Tescilin Sonuçları" başlıklı TMK m. 1022/ 3'e (ZGB Art. 972) göre, *"Bir hakkın içeriği, tescilin sınırları içinde, dayandığı belgelere göre ve diğer herhangi bir yolla belirlenir"*. Bu hüküm, tapuya kaydedilen ayni hakların içeriğinin belirlenmesi bakımından tapu sicili kayıtlarının esas alınacağını ifade etmesi yönünden önemlidir ve ayni hakkın yalnızca sicil kapsamında var olduğu anlamına gelir[27]. Hakkın içeriği tapu sicilinde açık ve net değilse destekleyici belgeler veya başka bir şekilde gösterilebilir; fakat bu

---

[24] Nisbi tescil ilkesi olarak da ifade edilen bu haller, TMK m. 705/1'de *"miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâller"* olarak belirtilmiştir.

[25] ACAR, Faruk, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, İstanbul, 2017, s. 145.

[26] ATAR, s. 30; ACAR, s. 146.

[27] SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 972 N. 16; ACAR, s. 146; ATAR, s. 30. Ayrıca bkz. BGE 88 II 252; BGE 83 II 122 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 10.01.2022).

belirleme ancak tapu sicili bağlamında yapılabilir. Tapu sicilinin; tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü ve bunların tamamlayıcısı olan yevmiye defteri, belgeler ile planlardan oluştuğunu ifade eden TMK m. 997 (ZGB Art. 942) ışığında tapu kayıtlarının hakkın sahibini ve içeriğini belirleme etkisi, bu belgelerin tamamı bakımından geçerlidir.

TMK m. 1015/1'e (ZGB Art. 965) göre, taşınmaz üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi, *"istemde bulunanın, tasarruf yetkisini ve hukuki sebebi belgelemiş olmasına"* bağlıdır. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise bu belgeleme, istemde bulunanın *"sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu"* ispat etmesiyle gerçekleşir. Tapu sicilinde yer alan kayıtlar, TMK m. 7 (ZGB Art. 9) gereği içerdiği bilgilerin doğru olduğuna kanıt oluşturur.

C. Tapu Siciline Güven ve Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması

Tapu sicilinin olumlu etkisi olarak da ifade edilen ve TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) hükmünde yer alan tapu siciline güven ilkesine göre, tapu sicilindeki tescile iyiniyetle dayanarak ayni hak kazanan kimsenin bu kazanımı korunur. Üçüncü kişilerin iyiniyeti, tapu sicilinde aleni olarak yer alan olgulara dayandığı müddetçe hak kazandırıcı etkiye sahiptir[28]. Bu kapsamda tasarruf yetkisi eksikliği bulunmasına rağmen yapılmış bir tasarruf işlemi sonucunda, tapudaki kayda güvenerek bir ayni hak kazananın üçüncü kişinin bu kazanımı korunmaktadır.

Tapu sicilinin yarattığı görünüme güvenerek hak kazanan üçüncü kişilerin korunmasını öngören tapu siciline güven ilkesi, aleniyet ilkesi ile de yakından ilişkilidir. Esasen iyiniyetli alıcının korunması aleniyet ilkesinin bir sonucudur. Gayrimenkul hukuku bağlamında, tapu sicili tarafından oluşturulan yasal görünüme dayanan iyiniyetli üçüncü kişinin bu görünüme olan güveninin korunması tapu sicilinin, üzerinde geçerli şekilde oluşturulmuş tüm kayıtların doğru biçimde hak sahipliği kazandırdığı ve buna aleniyet sağladığı yönündeki kurucu yasal etkisi nedeniyledir[29].

Tapu siciline güven ilkesi, tapu sicilindeki yanlış bir kayda dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak elde eden iyi niyetli üçüncü kişiyi korur. Burada

---

[28] EBERHARD, s. 129; SCHMID, **ZBGR**, s. 112; SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 973 N. 13; SİRMEN, s. 37.

[29] SCHNYDER, Bernhard, "Der gute Glaube im Immobiliarsachenrecht", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht,** 1985, s. 65-86, s. 76.

belirleyici olan tapu sicilinde mevcut olan görünümdür. Üçüncü kişinin iyi niyeti, üçüncü kişinin ilgili hakkı elde ettiği anda zaten mevcut olmalıdır[30]. Yalnızca bir üçüncü tarafın tapu siciline güven ilkesine başvurabileceği ve TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) kapsamında korunabileceğine dikkat edilmelidir[31].

Tapu siciline olan güvenin korunması için, üçüncü kişinin iyiniyetli olması şarttır[32]. Tapu siciline güvenen üçüncü kişinin iyiniyetinin çerçevesi, gerek Yargıtay kararlarında gerekse İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, ayni hakkın kazanımı sırasında tapu sicilindeki yanlış kaydın varlığının bilinmemesi veya gerekli dikkat gösterilmiş olsaydı dahi bilinemeyecek olması şeklinde ifade edilmektedir[33].

III. İSVİÇRE HUKUK UYGULAMASINDA "DOĞAL ALENİYET" YOLUYLA İYİNİYETİN ORTADAN KALDIRILMASI YÖNÜNDEKİ YENİ EĞİLİM

1. Genel Olarak

Türk-İsviçre eşya hukuku ve bu kapsamda tapu sicil hukuku başta aleniyet ilkesi olmak üzere çok sayıda ilke tarafından şekillendirilmiştir. Aleniyet ilkesi dışında tescilin sebebe bağlılığı ilkesi, taşınmaza sayfa açılması ilkesi, tahsis ilkesi, mutlak ve nisbi tescil ilkesi, tapu siciline güven ilkesi, belirli sayı ve tipe bağlılık ilkesi bu ilkelerin en önemlileri olarak sayılabilir[34]. Söz konusu ilkeler, kanun hükümlerinde açık olarak yazmasa dahi kanun maddelerinin bütününden anlaşılmaktadır[35].

---

30 SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 973 N. 33.

31 İçtihat ve doktrine göre, ayni hakkın tesciline esas teşkil eden hukuki işleme müdahil olanlar bu korumanın dışında tutulmuştur. Örneğin, BGer 5A_412/ 2009 vom 27.10.2009 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 10.01.2022).

32 EBERHARD, s. 130; SCHMID, **Basler Kommentar**, ZGB Art. 973 N. 28; PFISTER, Hans Rudolf, **Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht**, Zürich 1969, s. 53.

33 İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 130 III 306; BGE 107 II 453; BGer 5A_361/2017; BGer 5C_232 / 2003 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 11.01.2022). Yargıtay kararları için bkz. Y. 1. HD., E. 2007/12912 K. 2008/4072 T. 31.3.2008; Y. 23. HD., E. 2017/2892 K. 2019/5214 T. 10.12.2019; Y. 23. HD., E. 2019/407 K. 2019/867 T. 6.3.2019 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 23.11.2021).

34 ŞENGÜL, s. 34 vd.; AKİPEK**,** s. 124 vd.; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 323 vd.; BÄNGIZER-COMPAGNONI, s. 6 vd.; YAKUPPUR, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul, 2016, s. 10 vd.; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 237 vd.; HATEMİ/ ARPACI/ SEROZAN, s. 41 vd.

35 AKİPEK**,** s. 124; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 152.

Tapu siciline hâkim olan ilkeler, taşınmazlar bakımından yalnızca teorik nitelikte değil aynı zamanda pratik sonuçlar da üretmektedir. Örneğin, belirli sayı ve tipe bağlılık ilkesi gereği, ayni hakların sayısı, tipi ve içerikleri kanunla belirlendiğinden kanunun öngördüğü ayni hak tiplerinin dışında tarafların kendi istekleri doğrultusunda yeni bir ayni hak tesis etmeleri mümkün değildir[36].

Yukarıda detaylıca ele aldığımız aleniyet ilkesi ise, ayni hakların varlığını belirlediği gibi kapsamını da belirlemesi bakımından özel bir öneme sahiptir.

Bir taşınmazı satın almayı düşünen potansiyel bir alıcı taşınmaza ilişkin ilgisini göstererek, mülkle ilgili olarak kendisine gereken bilgileri, özellikle de bu taşınmaz üzerinde kendisine etki edebilecek bir ayni hakkın bulunup bulunmadığını görebilmektedir. TMK m. 1022'ye (ZGB Art. 972) göre ayni haklar kural olarak tapuya tescil ile kazanılır ve ayni hakkın içeriği de tescilin sınırları içinde belirlenir. Buna göre yeni malikin sahip olacağı mülkiyet hakkının sınırları da tapu kaydında var olan kayıtlara göre belirlenecektir. Bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, ancak tapuda yer alan bir ayni hakla sınırlandırılabilir. Bu anlamda kural olarak esas belirleyici olan tapu sicilindeki kayıtlardır ve bir alıcı da tapu sicilindeki kayda güvenerek hak sahibi olabilecektir.

Öte yandan Türk Medeni Kanunu m. 1023 (ZGB Art. 973) hükmüne göre ise, bir taşınmaz üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanmak isteyen kimse, bu ayni hakların varlığı ve içeriğiyle ilgili olarak tapu kaydına güvenebilir. Bununla beraber alıcının iyiniyetli olması şarttır. Eğer alıcı iyiniyetli değilse, tapu sicilindeki ayni hakkın varlığına ve içeriğine güvenerek hak sahibi olması da mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu m. 3'ün (ZGB Art. 3) yasal karinesine göre, kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda iyiniyetin varlığı esastır. Hükmün ikinci fıkrasında ise, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bu hükme dayanarak, aşağıda incelenecek bazı hallerde üçüncü kişinin iyiniyetli olamayacağını, tapu sicilindeki kayda güvenemeyeceğini ve alıcının iyiniyetinin göreceli hale geldiğini kabul etmektedir[37].

---

[36] BÄNGIZER-COMPAGNONI, s. 8; ŞENGÜL, s. 40; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 27.

[37] Bkz. aşağıda III, B başlığı.

Taşınmazlar bakımından hak sahipliğinde ve hak sahipliğinin kapsamında belirleyici olan kriter tapu sicilindeki kayıtlar olsa da, bu kurala İsviçre içtihat hukuku bağlamında kanunda yer almayan bir istisna getirilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, son yıllardaki içtihadıyla *"doğal aleniyet" (natürliche Publizität)* kavramını geliştirerek, ilgili taşınmaz üzerinde dışarıdan görülebilen fiziki durumun tapu sicilindeki kayıtlara nazaran üstün tutulabileceğini ve bu kapsamda tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetle hak iktisabının önlenebileceğini ifade etmektedir.

Doğal aleniyet, bir taşınmazın dışarıdan gözle görülebilen fiili durumu olarak tanımlanmaktadır[38]. Türk-İsviçre hukukunda doğal aleniyetin tanımı kanunda yapılmamıştır. Doğal aleniyetin düzenlediği tek hüküm olan TMK m. 727/3'e (ZGB Art. 676) göre dışarıdan görülebilen mecra irtifakları noterde düzenlenecek bir sözleşmeyle kurulabilir. Bu hüküm dışında doğal aleniyeti düzenleyen başka bir hüküm yoktur. Görüldüğü üzere, kanun koyucu yalnızca dışarıdan fiili olarak görülebilen mecra irtifakları için doğal aleniyeti kabul etmiştir[39]. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin aşağıda incelenecek olan doğal aleniyeti esas alan yeni kararlarına bakıldığında, tapu siciline tescil edilen olgular ile fiili durum arasında çelişki bulunan hallerde, tapu sicilindeki tescile güvenerek ayni hak iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunun savunulamayacağını ifade ederek mutlak tescil ilkesinin uygulamasını sınırlandırdığı görülmektedir. Özellikle irtifak hakları bakımından gerek ayni hakkın kazanılmasında, gerekse kapsamının belirlenmesinde mutlak tescil ilkesinin değil, fiili durumun üstün tutulması yönünde bir eğilimi benimseyen Yüksek Mahkeme, tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerinde ayni hak kazanmak isteyen kişinin, sadece tapu sicilini ve burada yer alan belgeleri esas alamayacağını ifade etmektedir. Bu kapsamda önemli görülen İsviçre Federal Mahkemesi kararları aşağıda incelenecek ve daha sonra doğal aleniyet kavramının, Türk hukuku bakımından aleniyet ilkesi ışığında bir analizi yapılacaktır.

---

[38] TEK, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi, İstanbul, 2017, s. 83; LIVER, Peter, "Die Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzip im Grundstücksverkehr", **ZBGR** 60/ 1979, s. 1-22, s. 11.

[39] Liver'e göre, doğal aleniyetin yalnızca dışarıdan görülebilen mecra irtifakları açısından tanınıp, diğer irtifaklar bakımından düzenlenmemiş olması çelişkili bir durum yaratmaktadır. Bkz. LIVER, s. 12.

2. İsviçre Federal Mahkemesi Uygulamasında Ortaya Atılan Doğal Aleniyet Kavramı ve Alıcının İyiniyetini Ortadan Kaldırdığı Durumlar

İsviçre Federal Mahkemesi gayrimenkul hukuku kapsamındaki içtihatlarında, üçüncü kişi alıcının iyiniyetinin *"doğal aleniyet" (natürliche Publizität)* yoluyla ortadan kaldırılabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında bu kavramı, *"mülkün fiziksel durumundaki yasal statüsünün dışarıdan görülebilmesi gerçeği"* olarak tanımlamış ve alıcının tapu sicilindeki iyiniyetinin bu yolla ortadan kaldırılabileceğini ifade etmiştir[40]. Karara konu olan olayda[41]; taraflar maliki bulundukları parseller arasında tünel şeklinde kullanılan bir yapıyı geçit irtifakı olarak tesis etmek üzere 1952 yılında bir sözleşme yapmışlar ve tünelin başlangıç-bitiş noktaları ile diğer detaylarını belirledikleri bu sözleşmeyi tapuya tescil ettirmişlerdir. 1970'lerin ortalarında bazı parsellerin birleşerek yeni parseller oluşturmasıyla, geçidin güzergahı ve kapsamı değişmiş olup eskiden 44 no.lu parselde bulunan tünel, artık 2477 no.lu parselin üzerinden geçmektedir. Bununla birlikte söz konusu değişiklikler parsellerin malikleri arasında ne yazılı olarak sözleşme yoluyla ne de tapuya işlenmek suretiyle kayıt altına alınmıştır. 2477 no.lu parselin yeni malikinin, tapuda görünmeyen bu durumun eski haline çevrilmesi için açtığı dava İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme 2011 yılında yapmış olduğu değerlendirmede; *"alıcının tapu sicilindeki iyi niyetinin mülkün fiziksel durumunun dışarıdan görülebilmesiyle oluşan doğal aleniyet yoluyla ortadan kaldırılabileceğini, alıcının malın gerçekte var olan hukuki durumunu fiilen algılamış olmasının bir önkoşul olmamakla beraber gereken özeni göstermiş olsaydı bunu algılayabilecek olduğunu, geçit hakları söz konusu olduğunda doğal aleniyetin daha fazla gözetilmesi gerektiğini, özellikle alıcının mülkü üzerinde sürekli olarak kullanılan bir geçit hakkının varlığının farkında olması veya bu mülk üzerinde ikamet etmesi, buna müsamaha göstermesi vb. hallerinde, geçiş hakkının varlığına ilişkin bir tapu kaydının bulunmadığına dair olan iyiniyetinin korunamayacağını"* ifade etmiştir. Federal Mahkeme'nin görüşüne göre, tapu kaydı irtifak hakkını yeterince belirlemiyorsa *-örneğin sadece geçit hakkı (Wegrecht) yazıyorsa-* fiili durumdaki geçit hakkı oldukça farklı olabilir ve böyle bir durumda belirleyici olan fiili durum olacaktır. Nite-

---

40 *"...Den guten Glauben des Erwerbers in das Grundbuch zerstören kann namentlich die sog. natürliche Publizität, die darin besteht, dass der Rechtsbestand im physischen Zustand der Liegenschaft nach aussen sichtbar in Erscheinung tritt."* Bkz. BGE 137 III 153, E. 4.1.3 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

41 BGE 137 III 153 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

kim Yüksek Mahkeme, genel yaşam tecrübesine göre hiç kimsenin çevresinde geçit hakkı bulunan bir mülkü önceden incelemeksizin satın almayacağını ifade ederek, -*istisnai durumlar dışında*- hiçbir üçüncü şahıs alıcının bir incelemeyle fark edilebilecek olan ve fakat tapu kaydında gösterilmeyen bir geçit hakkından haberdar olmadığını iyi niyetle iddia edemeyeceğinden bahisle davacının talebini reddetmiştir[42].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2006 yılındaki başka bir kararında[43] ise, araçların geçmesi için tesis edilen bir geçit hakkı *(Fahrwegrechts)* ele alınmıştır. Karara konu olayda, 1978 yılında bir arazi üzerinde bulunan garaja araçların girmesini sağlayacak biçimde, *"3 metre genişliğinde araç geçit irtifakı"* tapuya tescil edilmiştir. Üzerinde geçit hakkı kurulan bu araziye 1995 yılında arsa sahibi Y şirketi tarafından müzikhol şeklinde bir yapı inşa edilmiş ve bunun sonucunda araba geçişi için kullanılan yol daralarak, kamyon gibi geniş araçların geçişine imkan tanımamaya başlamıştır[44]. Fiili durum bu olmakla birlikte, uyuşmazlığın davacısı olan X çifti 1998 yılında komşu parseli satın almış ve daha sonra 2003 yılında kamyonlarının geçitten geçemediğini, bu nedenle tapuda görünen üç metre genişliğindeki geçit hakkının yeniden tesis edilmesi gerektiğini iddia ederek, geçitin bulunduğu arsanın sahibi Y şirketine dava açmıştır. Olayı değerlendiren ilk derece Valais Kanton Mahkemesi'nin 31.01.2006 tarihli kararında; *"ZGB Art. 738/1 (TMK m. 787/1) gereği irtifak hakkından doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescilin irtifak kapsamını belirlemede esas olduğu, buna karşılık ikinci fıkra gereği irtifak hakkının kapsamının tescilden tam anlaşılamadığı hallerde uzun süredir kullanılış biçimine göre belirleneceğini, arsa sahibinin değişmesi duru-*

---

42 İsviçre Federal Mahkemesi, bu kararda ayrıca davacı X çiftinin iddialarını desteklemek için sunmuş olduğu bir başka kararını değerlendirmiştir. Davacıların sunduğu 1972 yılına ait bir kararında (atıf yapılan karar BGE 98 II 191 no.lu karar olup tam metin için bkz. (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 30.01.2022). Yüksek Mahkeme, *"bir mülkün alıcısının, o mülkün gerek fiili gerekse hukuki olarak tam durumunu göstermesi gereken tapu sicil kayıtlarına güvenebileceği ve taşınmazı yerinde incelemek zorunda olmadığı"* yönünde bir değerlendirme yapmıştır. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, atıf yapılan 1972 tarihli bu kararının uyuşmazlığa konu olayla ilgisi olmadığını, çünkü atıf yapılan kararda bir arsa satın alan kişinin, arazide tapu kaydına konu olmayan ve kendisini yapacağı inşaat projesini değiştirmeye mecbur bırakan bir yolun bulunması nedeniyle satıcının OR Art. 197 (TBK m. 219) kapsamında ayıptan sorumlu olup olmayacağına ilişkin olduğunu ifade ederek, eski kararda yapılan değerlendirmelerin bu dava bakımından geçerli olmadığını ifade etmiştir.

43 BGer 5C.71/ 2006 vom 19 Juli 2006 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

44 Fiili durum ile tapuda görünen durum arasında fark bulunan ve tapu sicilindeki kayıt artık gerçek maddi durumla örtüşmediği hallerde, irtifak hakkının kısmen ortadan kalkmış olacağı yönünde bkz. SCHMID/ HURLIMANN-KAUP, **Sachenrecht**, N. 1281b.

munda üçüncü kişinin tescile iyiniyetle güvenebileceğini, fakat makul bir kişinin satın alacağı arsayı görmeden satın almayacağı için tescilde belirtilmese de böyle bir ziyaretin ortaya çıkarabileceği herhangi bir ayrıntı bakımından iyiniyetli olamayacağını, irtifak hakkının kullanımının yol gibi bir yapıyla sağlandığı hallerde irtifak hakkının içeriği ve kapsamını bu yapının belirleyeceğini, bu nedenle arsa üzerindeki geçitin kullanımının, güzergahı ve genişliğinin göründüğü şekliyle devam edeceğinin hesaba katılması gerektiğini" ifade ederek davacının talebini reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yüksek Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmelerde, yerel mahkemenin görüşüne katılarak makul bir kişinin kural olarak satın alacağı taşınmazı ziyaret etmeden satın almayacağını, çok özel durumlar dışında tescilde gösterilmeyen ve fakat fiilen görülebilecek *-örneğin böyle bir ziyaretin kendisine gösterebileceği geçit hakkı, yapılar, yolların daraltılması vb.-* özellikler bakımından iyiniyetli sayılamayacağını, davacıların 1998 yılında arsalarını satın aldıklarında müzikholün yolu daraltan saçaklarından dolayı geçiş hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamaların arsa üzerinde gözle görülebildiğini, arazinin fiili durumundan kaynaklanan bu sınırlamaların arsayı satın alan davacılar açısından irtifak hakkını sınırlandırmış olduğunu, davacılardan beklenen dikkat ve özenle bağdaşmadığı sürece iyiniyetlerinin ileri sürülemeyeceğini ifade ederek yerel mahkeme kararını onamıştır.

Federal Mahkeme 2011 yılında verdiği başka bir kararında ise, dijital hale getirilen kadastro planıyla, orijinal kadastro planı arasındaki tutarsızlıktan doğan bir ihtilafı karara bağlamak zorunda kalmış[45] ve doğal aleniyete ilişkin görüşlerini yine benzer şekilde ifade etmiştir. Söz konusu olayda davalı, üzerinde bir yapının bulunduğu 58 numaralı parselin sahibidir. 1998 yılında *"sayısallaştırma"*[46] ile oluşturulan yeni kadastro haritası yan yana bulunan 57 ve 58 numaralı parsellerin üzerindeki yapılar arasında bulunan duvarın, tüm uzunluğu boyunca bu iki parselin paylı mülkiyetinde olduğunu göstermektedir. 2001 yılında ise uyuşmazlığın davacısı, sayısallaştırılan yeni kadastro

---

[45] BGer 5A_431/ 2011 vom 2 November 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 31.01.2022).

[46] Kadastro haritalarının sayısallaştırılmasına ilişkin bir tanıma, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun m. 47/1 ve Ek m. 1/ 1 uyarınca çıkarılan Kadastro Haritalarının Sayısallaştırılması Hakkında Yönetmelik m. 2'de yer verilmiştir. Buna göre, *"tapulama veya kadastro sonucu üretilen sayısal nitelikte olmayan haritalar ile bunlar üzerinde yapılan değişiklik işlemleri sonucu oluşan haritaların ve ilgili teknik mevzuatın öngördüğü koordinat sisteminin haricinde üretilmiş olan sayısal haritaların sayısallaştırma işlemleri ile sayısallaştırma işlemi sırasında tespit edilen sınırlandırma, ölçü, tersimat ve hesaplamadan kaynaklanan hataların giderilmesi işlemleri"* olarak tanımlanmaktadır.

haritasına güvenerek üzerinde yapı bulunan 57 numaralı arazi parselini satın almıştır. 2002 yılında Kantonun Maliye ve Dış İlişkiler Departmanı, sayısallaştırılan plan ile orijinal plan arasında bir tutarsızlığın bulunduğunu tespit etmiştir. Orijinal plana göre 57 ve 58 numaralı parsellerinin arasındaki duvar -*sayısallaştırılmış planın aksine*- tüm uzunluğu boyunca değil, yalnızca ilk kısmı için paylı mülkiyete tabiydi ve duvarın geri kalanı sadece davalı B'ye ait olan 58 numaralı parsel üzerinde kalıyordu. Kadastro haritalarında meydana gelen bu çelişkiyi dikkate alan Bölge Tapu Dairesi'nin sayısallaştırılmış planı, orijinal plana uygun hale getirmeye karar vermesi üzerine davacı A, yapıları birbirinden ayıran tüm duvarın paylı mülkiyete tabi olduğunu, bu hususun sayısallaştırılmış kadastro planında yer alması sebebiyle kazanımlarının ZGB Art. 973 (TMK m. 1023) kapsamında korunacağı iddiasıyla Bölge Mahkemesine başvuru yaparak, tapu sicilinin paylı mülkiyet şeklinde düzeltilmesini talep etmiştir. Uyuşmazlık temyiz aşamasında Federal Mahkeme önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede; *"fiili durumda davacı A'nın evlerinin duvarı ile davalıya ait binanın duvarının ancak kısmen birbirine bitişik olduğunu, iki evin duvarlarının tamamen değil yalnızca bir noktada birleştiğini ve bu noktadan bir dizi merdivenle açıkça ayrıldığını, sayısallaştırılmış kadastro haritasında tüm duvar paylı mülkiyet olacak biçimde bitişik yer almasına karşın, taşınmazın dışarıdan görülen durumunun açıkça aksini gösterdiğini, bu nedenle dış görünüme uygun olarak orijinal kadastro planında yer aldığı gibi binaları ayıran duvarın yalnızca ilk kısmının paylı mülkiyete tabi olduğu, bunun dışında kalan kısmın davalı B'ye ait olduğunu"* ifade ederek iyiniyetin doğal aleniyet yoluyla ortadan kaldırıldığı sonucuna varmış ve temyiz istemini reddetmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2011 yılında verdiği iki kararında daha doğal aleniyete ilişkin aynı esasları tekrarladığını söylemek mümkündür[47]. Bu anlamda söz konusu olan ilk kararında[48]; *"ZGB Art. 973 (TMK m. 1023) hükmüne göre tapu kütüğündeki tescile yalnızca iyiniyetle dayanan üçüncü kişinin ayni hak kazanımının korunacağı, ZGB Art. 3 (TMK m. 3/2) hükmüne göre ise durumun gereğine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağını, bu bağlamda iyi niyetli bir alıcının bile özel durumların varlığı hakkında şüpheleri varsa bunu daha fazla araştırması gerektiği, alıcının tapu sicilindeki iyiniyetinin, taşınmazın fiziksel durumunun*

---

[47] 5A_60/ 2011 Urteil vom 1 April 2011; 5A_652/ 2010 Urteil vom 4 March 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 31.01.2022).

[48] 5A_60/ 2011 Urteil vom 1 April 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 01.02.2022).

dıştan görülebildiği haliyle oluşan doğal aleniyet etkisiyle ortadan kaldırılabileceğini, her ne kadar görünür fiziki durumu fiilen algılamış olması alıcının iyiniyeti için bir ön koşul olmasa da, daha ziyade gereken özeni göstermiş olsaydı bunu algılayabilecek olmasının iyiniyetin ortadan kalkması için gerekli ve yeterli olduğu" ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme bahse konu diğer kararında[49] da benzer şekilde; *"tapu sicilindeki bir kayda iyiniyetle güvenen herkesin kazanımının korunacağını, tapu siciline bir belge olarak kaydedilen irtifak sözleşmesinin de bu kapsamda korunmaya dahil olduğunu, bununla beraber iyiniyetin mutlak olarak korunmayacağını, iyiniyetli bir alıcının bile irtifak sözleşmesi gibi belgelere ilişkin şüphe söz konusuysa daha fazla araştırma yapması gerektiği, alıcının tapu sicilindeki iyiniyetinin özellikle mülkün fiziki durumunun dışarıdan görünümüyle oluşan doğal aleniyet yoluyla ortadan kalkabileceğini, özellikle geçit hakları söz konusu olduğunda ve irtifak hakkının kullanımı için başka yapıların gerektiği hallerde bunların içeriğinin ve kapsamının esas olarak mülkün dış görünümünden kaynaklanan unsurlar tarafından belirleneceği, bu anlamda Federal Yüksek Mahkemenin genel hayat deneyimlerine göre kimsenin geçit irtifakı tanınan bir mülkü incelemeden satın almayacağını ve -istisnai durumlar hariç- hiçbir üçüncü şahıs alıcının bu hususta iyiniyet iddiasında bulunamayacağını kabul ettiğini, bu anlamda irtifak sözleşmesine ilişkin -tapu belgelerinde yer almasa da bir inceleme sırasında görülebilecek- olgular ve özelliklerin bilinmediğinin söylenemeyeceğini, sonuç olarak geçit hakkının içeriği ve kapsamının herkesin görebileceği fiziki koşullar nedeniyle kısıtlanması halinde alıcının buna katlanması gerektiği"* yönündeki tespitlerini tekrarlamıştır.

3. Değerlendirme

Yukarıda incelendiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi'nin irtifak haklarının kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde taşınmazın fiziksel durumunun dıştan görülebildiği haliyle oluşan doğal aleniyetin belirleyici olduğu yönündeki görüşünü Türk-İsviçre hukuku bağlamında değerlendirdiğimizde, öncelikle bu görüşün TMK m. 787 (ZGB Art. 738) ve TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) hükümleri ile bağdaşmadığını söylemek gereklidir.

Öncelikle TMK m. 787 (ZGB Art. 738) hükmüne bakıldığında, bu düzenlemenin irtifak haklarının içeriğinin belirlenmesinde tapu kütüğüne kaydedilmiş olmayı esas aldığı görülmektedir. Kaynak hüküm ZGB Art. 738'in

---

[49] 5A_652/ 2010 Urteil vom 4 March 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

birebir çevirisi olan TMK m. 787/1'e göre, *"irtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur"*. Bu kuralın istisnası ise hükmün ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, irtifak hakkının kapsamı *"tescilden açıkça anlaşılamıyorsa, tescilin sınırları içinde kalmak koşuluyla irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre"* belirlenecektir. Kanaatimizce doğal aleniyet temelde bu istisnaları karşılamaktan uzaktır. Zira yukarıda incelenen kararlarda ifade edildiği üzere doğal aleniyet kavramı kullanılarak, tescilin belirleyici olacağı ilkesine *"taşınmaz üzerinde dışarıdan gözle görülebilir ve fiilen algılanabilir olan olgular"* bakımından istisna getirilmeye çalışılmaktadır.

TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) hükmüne bakıldığında ise bu hükmün tapu siciline güven ilkesini ifade ettiği görülmektedir. Buna göre tapu sicilindeki yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak ayni hak kazanan kimsenin bu kazanımı korunur. Üçüncü kişilerin iyiniyeti, tapu sicilinde aleni olarak yer alan olgulara dayandığı müddetçe hak kazandırıcı etkiye sahiptir. Bu durum esasen tapu kayıtlarının doğruluğuna ve eksiksizliğine duyulan güvenden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda tapu sicilinin tescile dayalı olarak oluşturduğu bu kurucu etki yolsuz tescil nedeniyle tapu sicilinde gösterilen yasal durumdan farklılaşmış bir hukuki durumu, iyiniyetli üçüncü kişi açısından önemsiz kılmakta ve gerçekte hak sahibi olmayan bir kimseden ayni hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişiyi korumaktadır. Zira TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) temelde gerçekte ayni hakkın sahibi olmayan bir kimseden ayni hak kazananın, tapudaki yolsuz tescile rağmen hak sahibi olmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi tarafından doğal aleniyet olarak ifade edilen olgular tapu sicilindeki yolsuz bir tescile dayanmamakta, yalnızca dışarıdan görülebilen ve fiilen algılanabilen hususlar açısından söz konusu olmaktadır. Yukarıda incelenen uyuşmazlıklarda irtifak hakkının kapsamı zaman içerisinde yapısal olarak değişmiş ve bu durum tapu siciline yansıtılmamıştır. Bu nedenle değişmeden kalan tapu kaydı "yolsuz tescil" değildir. Yalnızca aynı kalmıştır. Bu da TMK m. 1023 (ZGB Art. 973) hükmünün uygulanması için gereken koşulun mevcut olmadığını göstermektedir.

Öte yandan daha önce açıklandığı üzere[50] TMK m. 1021'de (ZGB Art. 971) ifade edilen mutlak tescil ilkesi gereği, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmaz eşya üzerinde ayni hak kazanımı için bu hakkın tapu siciline kaydedilmiş

---

[50] Bkz. yukarıda II, B.

olması gereklidir. Her ne kadar TMK m. 712 ve m 713 (ZGB Art. 661 ve 662) gereği olağan ve olağanüstü zamanaşımlarıyla iyiniyetle hak kazanımı mümkün olsa da, doğal aleniyete ilişkin bir istisna kanun koyucu tarafından tanınmış değildir.

Doğal aleniyetin yasal zeminde bir karşılığının bulunmaması, mutlak tescil ilkesinin kanuni istisnası sayılan TMK m. 727/3 (ZGB Art. 676/3) bakımından da geçerlidir. Türk- İsviçre hukukunda doğal aleniyetin Medeni Kanunda düzenlendiği tek hüküm budur. Bu hükme göre dışarıdan görülebilen mecra irtifakı tapu kütüğüne tescille değil, noterde düzenlenecek bir sözleşmeyle kurulabilmektedir. Burada her ne kadar dışarıdan fiziken görülebilen bir olgu söz konusu olduğundan doğal aleniyetten söz edilebilirse de, bu hüküm yalnızca irtifak hakkının dışarıdan görülebilir olması halinde *"oluşma biçimine"* ilişkin bir düzenlemedir. Başka bir deyişle hüküm, dışarıdan görülen bir mecra irtifakının nasıl oluşacağını düzenlemekten ibarettir. Bu nedenle hükmün, doğal aleniyetin tapu siciline güvenen üçüncü kişi alıcının iyiniyetini ortadan kaldıracağı yönündeki Federal Mahkeme görüşü için bir yasal dayanak olamayacağı açıktır. Taşınmazlar üzerinde kurulan her türlü ayni hakkın tapu sicili vasıtasıyla oluşturulacağına ilişkin mutlak tescil ilkesinin, taşınmazın dışarıdan görülen fiziki durumuna göre şekillenmesi ve hatta bu fiziki durumun tapu sicil kayıtlarından üstün tutulmasının Türk-İsviçre hukukunda herhangi bir kanuni temeli olmadığı kanaatimizce ortadadır.

Tapu sicili ile oluşturulan yasal aleniyet ile İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilen ve fiili koşulların yarattığı doğal aleniyet kavramlarının hangi yasal zeminde ve ne ölçüde birbirinin yerini tutabileceği veyahut birbirleriyle çelişip çelişmedikleri ortaya konulması gereken bir meseledir. Bu kapsamda öncelikle belirlenmesi gereken, tapu siciline herhangi bir kayıt olmaksızın yalnızca doğal aleniyetin sonucu olarak bir irtifak hakkının ortaya çıkıp çıkamayacağıdır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen ve yukarıda incelenen kararlarda, üçüncü şahıs alıcının arazisi üzerinde meydana gelen geçit haklarına arazi sahibinin katlanması gerektiği, üçüncü şahıs alıcının gözle görülebilen fiilen algılanabilen olgular bakımından tapu sicil kayıtlarını değil, fiili durumu esas alması gerektiği, bu anlamda iyiniyetinden bahsedilemeyeceğini kabul etmektedir[51]. Şu halde Yüksek Mahkeme'nin malikin arazi üzerindeki her türlü fiili yapıya katlanması gerektiği yönünde bir sonuca var-

[51] Bkz. yukarıda incelenen 5A_652/ 2010 Urteil vom 4 March 2011 (www.bger.ch) (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

dığı da söylenebilecektir. Oysa bu haller bakımından doğal aleniyet kavramını kullanarak tescil edilmiş kayıtlardan sapmak yerine, TMK m. 725 (ZGB Art. 674) hükmünde düzenlenen taşkın yapılara ilişkin hükümle kanun içinde bir çözüm bulmak daha tutarlı bir yaklaşım olarak görülebilir. Zira bu şekilde tapu sicil kayıtlarına hakim olan en önemli ilkeler olan aleniyet ilkesi ve bu kapsamda mutlak tescil ilkesi de zarar görmemiş olacaktır. Doğal aleniyet kavramının, tescil edilen olguların üstünde tutulmasının kanaatimizce Türk-İsviçre hukukunda geçerli olan tapuya güven ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi, yukarıda incelenen kararlarda ifade edildiği üzere *"genel yaşam tecrübesine göre, hiç kimsenin irtifak hakkına sahip bir taşınmazı önce incelemeden satın almayacağı"* tespitini yaparak buna göre *"yalnızca tapu siciline güvenen üçüncü şahıs alıcının, -fiili olarak algılanabilir olduğu için doğal aleniyet kazanan olgular bakımından-iyiniyetinden bahsedilemeyeceğini"* kabul etmektedir[52]. Halbuki kişilerin bir gayrimenkul üzerinde ayni hak tesis ederken tapu siciline giderek resmi şekli yerine getirmeleri şart olsa da, bu işlemleri yapmadan önce gayrimenkulü fiilen görme yükümlülükleri bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadına bakıldığında, fiili durumun tapu sicilindeki bir kaydı etkileyebilmesi ve iyiniyeti ortadan kaldırabilmesi gibi ciddi sonuçlara yol açtığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu tapu siciliyle taşınmazın fiili durumu arasında fark bulunan her durumda, taşınmazı fiilen gidip görmeyen üçüncü kişinin iyiniyetli olamayacağı sonucuna kadar varabilir ki bu durumda TMK m. 1023'de (ZGB Art. 973) yer alan tapuya güven ilkesinin uygulanması, taşınmazın gidip görülmüş olması şartına bağlanmış olur. Bu anlamda Yüksek Mahkemenin kabulü, satın alınacak her gayrimenkulü gidip görme yönünde kanunen getirilmemiş bir yükümlülüğün alıcıya yüklenmesi anlamına gelmektedir. Kanaatimizce kanunda yer almayan bir şartın içtihatla getirilerek hükmün uygulamasının bu biçimde daraltılmasının, globalleşen günümüz dünyasında neredeyse evden çıkmadan dünyanın dört bir yanında işlem yapılmasını kolaylaştıran teknolojiler bağlamında düşünüldüğünde isabetli bir tercih olmadığını söylemek gerekecektir. Zira tapu sicilinin de dijitalleşmesi süreciyle beraber, yakın gelecekte hiç evden çıkmadan yalnızca çeşitli dijital araçlarla tapu dairesine dahi gitmeden gayrimenkul edinmek, ayni hak tesis etmek söz konusu olabilecektir. Bu anlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin üzerinde irtifak tesis edilmiş bir taşınmazı gidip görmeden satın alan bir alıcının, sırf bu

---

[52] Bkz. yukarıda incelenen BGer 5C.71/ 2006 vom 19 Juli 2006.

taşınmazı yerinde gidip görmediği için, dışarıdan görülebilen ve doğal aleniyet kazanan olgular bakımından iyiniyetli sayılamayacağı görüşünü isabetli bulmamaktayız. Buna karşılık taşınmazın bulunduğu yere giderek fiili koşulların yarattığı doğal aleniyeti görmesine rağmen, tapu sicil kayıtlarına dayanarak doğal aleniyete esas olan olguları reddeden bir alıcının iyiniyetinden bahsedilemeyeceğini de ifade etmek gereklidir. Burada esas olarak TMK m. 2/2 kapsamında çelişkili davranıştan söz etmek mümkündür. Alıcının fiili durumu bilmesine rağmen, bu durumun tapu kaydında yer almamasına dayanarak kendi lehine hak yaratmaya çalışmasını hukuk düzeni korumayacaktır. Başka bir deyişle doğal aleniyet kavramının tapu sicil kayıtlarına üstün tutulması, doğal aleniyetin mevcut olduğu her durumda değil, yalnızca alıcı tarafından fiilin durumun bilinmesi rağmen tapu kaydına dayanarak hakkını kötüye kullandığı hallerde kabul edilebilecek istisnai bir durumdur.

SONUÇ

Pek çok ilke tarafından şekillendirilen Türk-İsviçre eşya hukukunda aleniyet ilkesi, ayni hakların varlığını belirlediği gibi kapsamını da belirlemesi bakımından özel bir öneme sahiptir. TMK m. 1020'de (ZGB Art. 970) görünümünü bulan bu ilkeye göre bir eşya üzerinde mevcut olan ayni haklar ve hak sahibi, ilgisini inanılır kılan herkes tarafından görülebilmektedir. Aleniyet ilkesi gereği ilgili herkese açık olan tapu sicilindeki kayıtlar, ayni hakkın içeriğini ve sahibini de belirlemektedir. TMK m. 1022'de (ZGB Art. 972) ifade edildiği üzere, *"ayni haklar kütüğe tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır"*. Bu anlamda kural olarak esas belirleyici olan tapu sicilindeki kayıtlardır ve bir alıcı da tapu sicilindeki kayda güvenerek hak sahibi olabilmektedir. Nitekim TMK m. 1023'e (ZGB Art. 973) göre, iyiniyetli üçüncü kişinin tapu siciline olan güveni korunmakta ve yolsuz tescile rağmen ayni hak iktisabı kabul edilmektedir.

Taşınmazlar bakımından esas belirleyici olan unsurun tapu sicili olduğunu öngören kanun hükümlerine rağmen, son yıllarda İsviçre Federal Mahkemesi'nin taşınmazın dışarıdan görülebilen fiziki durumuyla oluşan doğal aleniyetin tapu sicil kayıtları ile çelişmesi halinde, tapu kaydına güvenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı yönünde bir içtihat geliştirdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararlarda, üçüncü kişinin tescile iyiniyetle güvenebileceğini, fakat makul bir kişinin satın alacağı arsayı görmeden satın almayacağı için tescilde belirtilmese de böyle bir ziyaretin ortaya çıkarabileceği herhangi bir ayrıntı bakımından iyiniyetli olamayacağını,

özellikle irtifak hakları söz konusu olduğunda bu hakkın kapsam ve içeriğinin tapu siciline göre değil, taşınmaz üzerindeki irtifakın fiili durumuna göre yapılacağını, zira doğal aleniyet yoluyla gerçekleşen sınırlamaların ayni hakkın içeriğini belirlemede esas olduğunu ifade etmektedir.

Kanaatimizce taşınmazın dışarıdan görülebilen fiili durumunu ifade eden doğal aleniyet kavramı, tapu siciline iyiniyetle güvenerek ayni hak iktisabını daraltabilecek bir olgu değildir. Zira en başta bu kavrama Türk Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunu kapsamında yalnızca dışarıdan görülebilen mecra irtifaklarının kurulmasıyla sınırlı olarak yer verilmiş olup tapu siciline üstün tutulmasını gerektiren bir yasal dayanak bulunmamaktadır. Bu yönüyle doğal aleniyetin tapu siciline güvenen üçüncü kişi alıcının iyiniyetini ortadan kaldıracağı yönündeki Federal Mahkeme görüşü için bir yasal dayanak olamayacağı açıktır. Taşınmazlar üzerinde kurulan her türlü ayni hakkın tapu sicili vasıtasıyla oluşturulacağına ilişkin mutlak tescil ilkesinin, taşınmazın dışarıdan görülen fiziki durumuna göre şekillenmesi ve hatta bu fiziki durumun sicil kayıtlarından üstün tutulmasının Türk-İsviçre hukukunda herhangi bir kanuni temeli olmadığı kanaatimizce ortadadır.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadına bakıldığında, fiili durumun tapu sicilindeki bir kaydı etkileyebilmesi ve iyiniyeti ortadan kaldırabilmesi gibi ciddi sonuçlara yol açtığı görülmektedir. Yüksek Mahkemenin genel yaşam tecrübelerine göre kimsenin bir taşınmazı görmeden almayacağı yönündeki kabulü, TMK m. 1023'de (ZGB Art. 973) yer alan tapuya güven ilkesinin uygulamasını neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Buna göre tapu siciliyle taşınmazın fiili durumu arasında fark bulunan her somut olayda taşınmazı fiilen gidip görmeyen üçüncü kişinin iyiniyetli olamayacağı sonucuna varılabilir ki bu durum, hükmün uygulama alanını aşırı biçimde daraltmış olacağından isabetli görülmemelidir. Her ne kadar tapu sicil kayıtlarına güvenin korunabilmesi için taşınmazın fiilen görülmesine gerek olmasa da -*iyiniyetli sayılabilmesi için alıcıya böyle bir yükümlülük getirilemezse de*- alıcı bir şekilde fiili koşulların yarattığı doğal aleniyeti görmüş ve fakat tapu sicil kayıtlarına dayanarak doğal aleniyete esas olan olguları reddediyorsa bu durumda hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu durumun istisnai hallerde söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Doğal aleniyet kavramının tapu sicil kayıtlarına üstün tutulması, doğal aleniyetin mevcut olduğu her durumda değil, yalnızca alıcı tarafından fiilin durumun bilinmesi rağmen tapu kaydına dayanarak hakkını kötüye kullandığı kabul edilebilecek hallerde istisnaen söz konusu olabilir.

KISALTMALAR CETVELİ

Art. : Artikel (Kanun maddesi)

Aufl. : Auflage (Baskı)

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BGE : Bundesgerichts-Entscheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi)

C. : Cilt

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

m. : Madde

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

p. : Page (Sayfa sayısı)

S. : Sayı

s. : Sayfa sayısı

TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

Y. : Yıl

ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, İstanbul, 2017.

AKİPEK, Jale**, Türk Eşya Hukuku, Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, Ankara, 1972.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018.

ALBAŞ, Hakan, "Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu", **DEÜHFD**, C. 9, S. 2, Y. 2007, s. 1-28.

ANTALYA, Gökhan, "Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi", **MÜHFHAD**, C. 23, S. 3, Aralık 2017, s. 419-440.

ATAR, Eray Aksın, **Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması**, İstanbul, 2021.

ATAR, Eray Aksın/ ESEN, Emre, "İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki Taşınmaz Rehni Türleri ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa İpoteği (Eurohypotec) Kavramına Genel Bir Bakış", **AÜHFD**, Y., 2022, C. 71, S. 3, s. 1125-1164.

AYBAY, Rona, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II'yi Yürürlükten Kaldırdı MI?", **TBB Dergisi**, S. 53, Y. 2004, s. 216-220.

BÄNGIZER-COMPAGNONI, Daniela, **Die Öffentlichkeit des Grundbuches (de lege lata-rechtsvergleichend-de lege ferenda)**, Zurich, 1993.

DEILLON-SCHEGG, Bettina, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht**, Band 3, Art. 641-977 ZGB (Ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Zürich- Basel- Genf, 2016.

EBERHARD, Philipp, "Die Rechtsfigur der natürlichen Publizität", **Schweizerische Juristen-Zeitung**, SJZ 117/ 2021, s. 128-137.

GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 1984.

HATEMİ, Hüseyin/ ARPACI, Abdülkadir/ SEROZAN, Rona, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1991.

HAUSHEER, Heinz, "Öffentlichkeit des Grundbuches Anmerkungen zu Art. 970 ZGB und BGE 112 II 422 ff. = ZBGR 69 S. 27 ff.", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, ZBGR,** 69/ 1988 S. 1, s. 1-13.

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/ GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/ VITO, Roberto, **Sachenrecht**, 5. Aufl., Bern. 2017.

HURLIMANN-KAUP, Bettina, "Gedanken zur Öffentlichkeit des Grundbuchs", **Titre du livre Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag** (Ed. Bettina Hürlimann-Kaup, Paul Eitel, Stephan Hartmann, Raphaël Haas), 2019, s. 59-87.

KAÇMAZ, Mine, "Tescile Tabi Olmayan Kanuni İpotek Hakları", **AÜHFD**, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2891-2908.

LIVER, Peter, "Die Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzip im Grundstücksverkehr", **ZBGR** 60/ 1979, s. 1-22.

MEINRAD, Huser, "Der Aufteilungsplan im Stockwerkeigentum: Neue Darstellung - grössere Rechtsverbindlichkeit?", **RNRF**, 101/ 2020, s. 205- 229.

NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Baskı, İstanbul, 2017.

PFAFFLI, Roland, "Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs Grundsätze und Rechtsprechung zur Einsichtnahme in das Grundbuch", **SUISSE Schweizerischer Treuhänderverband**, ISSN 1662-4416, p. 360-362.

PFISTER, Hans Rudolf, **Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht**, Zürich 1969.

SEROZAN, Rona: "Komşunun Arsasına Taşan Yapı", **İÜHFM**, C. 42, S. 1-4, 1976, s. 359-375.

SCHMID, Jürg, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB (Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Aufl., 2010 (SCHMID, Basler Kommentar)

SCHMID, Jürg, "Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, Vom Sein und Schein im lmmobiliarsachenrecht", **ZBGR,** 90/ 2009, s. 111- 177 (SCHMID, ZGBR)

SCHNYDER, Bernhard, "Der gute Glaube im Immobiliarsachenrecht", **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht,** 1985, s. 65-86.

ŞENGÜL, Mehmet, **Tapu Sicilinin Aleniyeti**, Ankara, 2013.

SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2020.

TEK, Gülen Sinem, **Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi**, İstanbul, 2017.

TEKİNAY, Selahâttin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Eşya Hukuku**, C.I, 5. Baskı, İstanbul 1989.

TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 13. Aufl., Zürich, 2010.

WIEGAND, Wolfgang, **Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch II, Art. 457- 977 ZGB (Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Aufl., 2010.

Elektronik Kaynakça

www.bger.ch

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 769-832

ZAMAN ÇARTERİ SÖZLEŞMESİNİN NİTELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ayşegül BUĞRA ŞAR**(**)

Öz: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) zaman çarteri sözleşmelerine yedek hüküm olarak uygulanabilecek özel hükümler ihdas edilmiş ve bu sözleşme türü Fransız hukuku mehaz alınarak tanımlanmıştır. Ancak taraflarca sözleşmede kararlaştırılan veya TTK'da yer alan hükümlerin hukuki uyuşmazlığın çözümünde yetersiz kalabilecek olması, bu tür sözleşmelere uygulanabilecek diğer ilgili kuralların tespitini zorunlu kılmaktadır. Kanunda tanımlanan sözleşmelerde, nitelendirmeye yarayan asli edimler sözleşmenin kanuni tanımından çıktığından, bu çalışmada öncelikle tanımda yer alan hangi unsurların asli edim olarak kabul edilebileceği mehaz Fransız hukuku ışığında tespit edilmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, zaman çarteri sözleşmesinin mehaz hukukta bir tür "gemi tahsisi sözleşmesi" (*contrat d'affrètement*) olarak düzenlendiği göz önünde bulundurulmakta, tahsis sözleşmesinin özellikleri ve tarihsel gelişimi ile "tahsis" kavramı üzerinde durulmaktadır. Bu inceleme sonucunda nitelendirmeye yarayacak edimlerin bir tür *iş görme* teşkil ettiği tespit edilmekte, iş görme borcu doğuran sözleşmeler arasından vekâlet sözleşmesi ile zaman çarteri sözleşmesi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ele alınmaktadır. Sonuç olarak, zaman çarteri sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindekine benzer bir yoğun güven ilişkisinin bulunmamasından hareketle, bu sözleşme bir tür *atipik iş görme sözleşmesi* olarak değerlendirilmekte, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bu sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Zaman Çarteri Sözleşmesi, Ticari Yönetim, Teknik Yönetim, Tahsis, İş Görme Borcu Doğuran Sözleşmeler.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 31.03.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.05.2023.

(**) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0003-2578-5660; *abugra@ku.edu.tr*).

CONSIDERATIONS ON THE LEGAL NATURE OF TIME CHARTER CONTRACTS

Abstract: The Turkish Commercial Code numbered 6102 (Code) provides for special non-mandatory provisions applicable to time charter contracts where these are defined by reference to French law. However, the provisions agreed under the contract or enshrined in the Code may prove inadequate in the resolution of a legal dispute and require the identification of other relevant rules applicable to time charter contracts. Given that, in statutorily defined contracts, principal obligations emanate from the statutory definition of the contract, this paper primarily seeks to ascertain those obligations by reference to the relevant definition and in light of French law. In this regard, the paper takes into consideration that the French law regulates time charters as a type of "contract of placement at disposal" (*contrat d'affrètement*) and elaborates on the characteristics of this contract as well as on the historical evolution of the concept of "placement at disposal". The analysis of the legal obligations necessary for the identification of the legal nature of time charter contracts demonstrates that these obligations constitute a type of *provision of services* as in contracts of mandate and therefore the similarities and differences between these contracts and time charters are respectively appraised. It is suggested that a relationship based on profound trust such as the one appearing in contracts of mandate is not present in time charter contracts and therefore the latter are considered as *atypical contracts for the provision of services* to which provisions on contracts of mandate would apply by analogy.

Keywords: Time Charter Contracts, Commercial Management, Technical Management, Placement at Disposal, Contracts for the Provision of Services.

GİRİŞ

Zaman çarteri sözleşmesi, hem deniz yoluyla yük taşınması, hem de başka amaçların gerçekleştirilmesi için gemilerin tahsis edilmesini konu alan bir tür deniz ticareti sözleşmesidir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun[1] (TTK) yürürlüğü öncesinde, hukukumuzda bu sözleşmeye uygulanan özel hükümler bulunmaması nedeniyle sözleşmenin niteliği öğretide tartışmalara sebep olmuş, TTK ile özel hükümler ihdas edilmiş olması ise bu tartışmaları sonlandırmamıştır[2].

---

[1] RG T: 14.02.2011, Sayı: 27846.

[2] TTK'nın yürürlüğü öncesinde ve sonrasında zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğine değinen eserlerden bazıları için bkz. ÇAKALIR Yalçın, Zaman Çarteri Sözleşmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989, s. 42-66; ILGIN Sezer, **Alt Navlun Sözleşmeleri**, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, 1996, s. 17-21; ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi**, 8. Baskı, Arıkan Yayınları, 2006, s. 8-9; ÜLGENER Fehmi, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zaman

Her ne kadar uygulamada taraflar çoğunlukla "zaman çarteri" (*time charter*) olarak adlandırılan tip sözleşmelere başvurmakta ise de, bu tür tip sözleşme metinleri kullanılmadan akdedilen sözleşmelere de rastlanmaktadır. Her iki durumda da, TTK'da yer alan zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için bu sözleşmelerin hukukumuz uyarınca "zaman çarteri sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi, bunun için de ilgili sözleşmenin TTK m. 1131'de verilen tanıma uygun olup olmadığının araştırılması gerekecektir. İlgili sözleşmelerin tanıma uygun olmaları durumunda, sözleşmeler ile düzenlenmeyen hususlarda TTK'nın yedek hükümleri uygulama alanı bulacak, uyuşmazlığın çözümünde bu hükümlerin de yetersiz kalması hâlinde ise zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesi ve böylelikle tespit edilen hükümlerin ne şekilde uygulanacağının ele alınması gerekliliği ortaya çıkacaktır. Bu çalışmada, tüm bu değerlendirmelerin, "zaman çarteri" (*time charter*) olarak adlandırılan tip sözleşmeler kullanılarak veya bu tür sözleşmeler kullanılmadan akdedilen sözleşmeler bakımından önemi, örnekler üzerinden açıklanacaktır.

Çarteri Sözleşmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LXV, 2, 2007, ss. 353-370, s. 353-363; MURAN Hakan, Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 77-107; ÜNAN Samim, "Bareboat and Time Charters in the New Turkish Code of Commerce (a short comparison to German Draft dated 2011)", **Recent Developments in Maritime Law**, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations held in Hamburg on 25 August 2011 and in Istanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association and German Maritime Law Association, 2012, ss. 25-32, s. 31-32; AKSOY Sami, **Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 47-49; BOZKURT-BOZABALI Banu, "In the Search of Catching the Time: Time Charter According to New Turkish Code of Commerce", **European Transport Law**, L, 6, 2015, ss. 609-624, s. 611; ÖNDER Salih, **Gemi Kira Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 99-101; ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 9-10; ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 20-28; SÖZER Bülent, "Yeni Ticaret Kanunu'nun Navlun Sözleşmelerini Düzenleyen Hükümleri Hakkında Bazı Görüşler", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar XXVIII (Bildiriler - Tartışmalar)**, Bankacılık Enstitüsü, İstanbul, 2018, ss. 71-96 ("Görüşler"), ss. 96-99 ("Bildiriye İlişkin Tartışmalar"), s. 88; KARA Hacı, **Deniz Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 229-230; TAŞKIN Melda, "COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin 'Off-Hire' Klozu Bağlamında İncelenmesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 78, 2, 2020, ss. 333-362, s. 336, dn. 1; YAZICIOĞLU Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 325, dn. 471; KANER İnci Deniz, **Deniz Ticareti Hukuku I-II**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, ss. 305-306; YETİŞ ŞAMLI Kübra, **Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 299; SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku - I,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 376-377 (Yazarın notu: Eserler tarih sırasına göre düzenlenmiştir. Aynı yıl içinde yayımlanmış eserler ise soyadına göre sıralanmıştır.).

TTK'nın yürürlüğü öncesince ve sonrasında kaleme alınan bazı eserlerde, zaman çarteri sözleşmesinin yük taşınması amacıyla akdedilmesi durumunda bir tür navlun sözleşmesi olduğu görüşü benimsenmiştir. Kanun koyucu, bu sözleşmeyi navlun sözleşmesinden ayrı bir kısımda düzenlemek suretiyle, hukuki niteliğinin navlun sözleşmesi olamayacağı yönünde bir irade sergilemiş, ancak niteliğe ilişkin açık bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. Zaman çarteri sözleşmesi, TTK'da tanımlı olması itibarıyla "isimli sözleşme" teşkil etmekte, bu tür sözleşmelerin nitelendirilmesi için tespit edilmesi gereken asli edimler kanuni tanımdan çıkmaktadır. Bu kurala dayanılarak bu çalışmada, zaman çarteri sözleşmesinin tanımının sadece TTK m. 1131/1'de mi yoksa m. 1131/2'yi de içerek şekilde mi yapıldığı tartışılacak, böylelikle ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması, tahsis ücretinin ödenmesi ve teknik yönetim unsurları arasından hangilerinin asli edim olarak düzenlendiği belirlenecektir. Tanım hükmünün ve dolayısıyla da asli edimlerin tespitinde, maddenin gerekçesinde atıfta bulunulan mehaz Fransız hukukundan yararlanılacaktır. Mehaz hukukta zaman çarteri sözleşmeleri, bir şemsiye kavram olarak ifade edilebilecek olan "gemi tahsisi sözleşmeleri" (*contrats d'affrètement*) başlığı altında düzenlenmiş olup, bu düzenleme ilgili hukuk uyarınca zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin belirlenebilmesi için yeterli olmadığı gibi, muğlak yapısı itibarıyla incelenmeye de muhtaçtır. İlgili sözleşme türünün anlaşılabilmesi ve zaman çarteri sözleşmesi ile olan bağlantısının kurulabilmesi için mehaz Fransız hukuku düzenlemelerine etki eden kaynaklar saptanacak, bu kaynaklarda yer alan "tahsis" (*affrètement*) unsuru incelenecektir. Bu unsurun, TTK m. 1131'de yer alan kavramlar ile olan ilişkisinin ortaya konulması sonrasında nitelendirme için temel alınacak edimler tespit edilecek, belirlenen edimlerin genel hükümler anlamında hangi sözleşme ile benzerlikler gösterdiği irdelenecek, bu değerlendirme yapılırken, diğer bazı hukuk sistemlerinde zaman çarteri sözleşmesinin niteliğine ilişkin olarak yapılan çalışmalar ve verilen yargı kararlarına da değinilecektir.

I. ZAMAN ÇARTERİ SÖZLEŞMESİNİN NİTELENDİRİLMESİNİN ÖNEMİ

Zaman çarteri sözleşmesi, TTK'da tanımı yapılmış ve kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme olması itibarıyla bir tür "isimli sözleşme"dir[3]. Her ne kadar bu sözleşme türüne ilişkin olarak TTK'da özel

[3] 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri Bölümü'nde veya özel kanunlarda düzenlenen sözleşmelerin "isimli sözleşme" olduğu hakkında bkz. OKTAY Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LV, 1996, ss. 263-296, s. 263.

hükümler yer alsa da, bu hükümler zaman çarteri sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için yeterli değildir. Bu noktada, ilgili boşlukların genel hukuk düzeninin normları dikkate alınarak doldurulması[4] ve sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Niteliğin belirlenmesi; temelde borca aykırılık bulunup bulunmadığının tespit edilmesi[5], sözleşmenin sona ermesi gibi konulara ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi[6] ve ayrıca kıyasen uygulama alanı bulabilecek olan hükümlerin emredici olması[7] gibi hâllerde özel bir önem taşımaktadır.

Zaman çarteri sözleşmesi gibi isimli sözleşmelerde, sözleşmenin tipini belirleyen esaslı unsurlar (*essentialia negotii - "sözleşmenin birinci derecedeki önemli noktaları"*) kanuni tanımdan çıkmaktadır[8]. Böylelikle somut sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda belirtilen unsurlar ile uyuşması durumunda isimli sözleşme alanında bulunulduğu[9] ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla hukukumuz uyarınca bir sözleşmenin zaman çarteri sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti için, TTK'da yer alan zaman çarteri sözleşmesine ilişkin tanım hükmünün incelenmesi ve hangi borçların asli edim olarak kabul edilebileceğinin belirlenmesi gerekecektir[10].

---

4 "Klâsik yöntem" olarak adlandırılan bu yöntem, kanundaki yedek hukuk kurallarının göz önünde bulundurularak boşlukların tamamlanmasını öngörmektedir, bkz. OKTAY, 1996, s. 286. Ayrıca "tarafların problemi bilselerdi nasıl hareket edeceklerine dair farazi iradeleri"nin araştırıldığı "subjektif yöntem" ve "işin niteliğine göre boşluğun tamamlanması"nı temel alan "objektif yöntem" hakkında bkz. OKTAY, 1996, s. 285. Bu yöntemlerin kullandığı araçların aynı olduğu, ancak ilgili araçların öncelik sırasının farklı olduğu hakkında bkz. OKTAY, 1996, s. 287.

5 KURŞAT Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LXVII, 1-2, 2009, ss. 143-166, s. 163.

6 ÇAKALIR, 1989, s. 22.

7 ÇAKALIR, 1989, s. 22.

8 OKTAY, 1996, s. 265. Sözleşmenin kanunda yer alan tanımında belirtilen zorunlu unsurların objektif esaslı unsurlar olduğu, bunların sözleşmenin tipini belirlediği hakkında bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 249. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabul edilebilmesi için Kanunda ismen belirtilmiş olmasının yeterli olmadığı, sözleşmenin esaslı unsurlarının da Kanunda yer alması gerektiği hakkında bkz. KUNTALP Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 4.

9 OKTAY, 1996, s. 265. Yazar, aynı zamanda esaslı unsurlar dışında kalan unsurların, sözleşmenin isimli veya isimsiz sözleşme olarak sınıflandırılmasında bir etkisinin olmayacağını belirtmektedir, s. 265.

10 Sözleşmenin hukuki olarak nitelendirilmesinin asli edimlere göre yapıldığının savunulduğu, ancak yan edimlerin de uygulanacak hükümlerin tespitinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. KURŞAT, 2009, s. 162.

Asli edimler, "geniş anlamı ile borç ilişkisinin nitelendirilmesini"[11] sağlamakta, o sözleşmeyi diğer sözleşme ilişkilerinden ayırmaktadır[12]. Asli edimlerin tespit edilmesi aynı zamanda bir borç ilişkisinin ani veya sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirilmesi, borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmenin mümkün olup olmaması ve ifa imkânsızlığına bağlanan sonuçların tayini[13] bakımından önemlidir.

1. "Zaman Çarteri" (*Time Charter*) Olarak Adlandırılan Tip Sözleşmelerin Nitelendirilmesinin Önemi

Uygulamada matbu hükümler içeren ve başlığında "zaman çarteri" (*time charter*) ifadesi yer alan sözleşmeler kullanılmaktadır[14]. Zaman çarteri sözleşmesi akdetmek isteyen tarafların neredeyse daima bu tür tip sözleşmelere başvurduğu kabul edilmektedir[15]. Bu sözleşmelerin kuru yük taşınması[16], sıvı

---

[11] OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 4.

[12] Asli edim yükümlülüğünün, bir sözleşmenin tipini belirlediği ve sözleşmeden beklenen esas amacı ifade ettiği hakkında bkz. EREN, 2017, s. 30.

[13] OĞUZMAN / ÖZ, 2018, s. 4, dn. 12.

[14] Uygulamada sıklıkla karşılaşılan matbu sözleşmeler şöyledir:

New York Produce Exchange (NYPE) - Bu matbu sözleşmenin, en sık kullanılan zaman çarteri tip sözleşmesi olduğuna dair bkz. EU Report COMP/2006/D2/002 Fearnley Consultants AS, Global Insight & Holman Fenwick & Willan, Legal and Economic Analysis of Tramp Maritime Services, February 2007, https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/tramp_report.pdf (Erişim tarihi: 23.01.2023), s. 38, para. 190. Bu matbu sözleşme, özellikle kuru yük taşımalarında en fazla kullanılan tip zaman çarteri sözleşmesi olarak kabul edilmektedir, bkz. NIKAKI Theodora / SOYER Barış, "Enhancing Standardisation and Legal Certainty Through Standard Charterparty Contracts: The NYPE 2015 Experience", **Charterparties: Law, Practice and Emerging Legal Issues**, SOYER Barış / TETTENBORN Andrew (Editörler), 1. Bası, Informa Law from Routledge, 2018, para. 5.1. Her ne kadar NYPE sözleşmesinin yeni tarihli metinleri mevcut olsa da (ör: NYPE 2015), uygulamada en sık kullanılan matbu metnin 1946 tarihli NYPE olduğuna dair, bkz. NIKAKI / SOYER, 2018, para. 5.1.

SUPPLYTIME - Açık deniz ikmal gemilerinin yürüteceği iş ve hizmetlerin ifası amacıyla akdedilmekte olup, 1989, 2005, 2017 tarihli matbu metinleri mevcuttur.

BALTIME - Kuru yük taşımaları için akdedilmekte olup, uygulamada 2001 tarihinde değişikliğe uğramış 1939 tarihli matbu metin kullanılmaktadır.

Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (*Baltic and International Maritime Council - BIMCO*) tarafından düzenlenen veya kullanımları teşvik edilen matbu zaman çarteri sözleşmelerine ilişkin genel bilgiler için bkz. HUNTER Grant, "Standard Form - the BIMCO Experience", **Legal Issues Relating to Time Charterparties**, THOMAS D. Rhidian (Editör), Informa Law from Routledge, London, 2008, ss. 1-15, s. 8-15.

[15] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (TTK m. 1131 ilâ 1137'ye İlişkin Genel Açıklamalar); ÜLGENER, 2016, s. 5.

kimyasal, petrol veya gaz yükü taşınması[17], destek gemileri tarafından yürütülecek iş ve hizmetlerin ifası[18] ve yolcu taşınması[19] amacıyla akdedilebildiği göze çarpmaktadır. Bu sözleşmelerin başlığında "zaman çarteri" ibaresinin yer alması[20], sözleşmenin zaman çarteri sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Sözleşmelerin niteliği, ancak hükümlerinin incelenmesi ve sözleşmelere uygulanacak hukuk uyarınca zaman çarteri sözleşmesinin varlığı için gerekli unsurları taşıyıp taşımadıklarının tespit edilmesi suretiyle belirlenecektir.

TTK'nın gerekçesinde bu tür tip sözleşmelerde "*hüküm bulunmayan hâllerde hangi genel hükümlerin uygulanabileceği tereddütlere sebep*" olduğundan zaman çarteri sözleşmesine ilişkin özel hükümler ihdas edildiği belirtilmiştir[21]. Birçok durumda, ilgili ayrıntılı matbu sözleşme hükümleri uyuşmazlığın çözümünde yol gösterecek olsa da, uyuşmazlık konusu olabilecek bazı hâller tip sözleşmelerde düzenlenmeyebilir. Bu durumda öncelikle, Türk hukukuna tabi ve "zaman çarteri sözleşmesi" olarak adlandırılan tip sözleşmenin[22] Türk hukuku uyarınca zaman çarteri sözleşmesi olup olmadı-

---

16 NYPE 1946; NYPE 2015; (2001 yılında değişikliğe uğramış) BALTIME 1939; GENTIME.

17 BIMCHEMTIME 2005; BPTIME3; GASTIME; INTERTANKTIME 80. Yük olarak yakıt taşınmasında en sıklıkla akdedilen zaman çarteri tip sözleşmesinin SHELLTIME olduğu hakkında bkz. BAUGHEN Simon, **Shipping Law**, 7. Bası, Routledge, London and New York, 2019, s. 191.

18 SUPPLYTIME 89, 2005 ve 2017; WINDTIME.

19 ROPAXTIME. Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 557'de "*zaman çarteri sözleşmesinde, zaman üzerine kiraya verenin, belli bir geminin kullanımının belirli bir süreliğine mürettebatı ile birlikte çarterere tahsis etmeyi ve bu gemi ile yük veya yolcu taşımayı veya sözleşmede kararlaştırılan diğer bir edimi ifa etmekle yükümlü olduğunu*"n hüküm altına alındığı hakkında bkz. TAŞKIN, 2020, s. 336, dn. 1.

20 Klâsik zaman çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmelerinin her ikisine ilişkin özellikler içerdiği ileri sürülen, ancak "zaman çarteri" olarak isimlendirilen sözleşmelere de uygulamada rastlandığı görülmektedir. Bu tür sözleşmelere İngilizce'de "*trip time charter*" ("süreye tâbî yolculuk (trip çarter) sözleşmesi" bkz. ÜLGENER, 2016, s. 2) adı verilmektedir. *Ülgener*, bu tür sözleşmelerin zaman çarterinin bir alt türü olduğunu (2016, s. 2), bu sözleşme uyarınca geminin belirli bir sefer gerçekleştirmek için belirli süreliğine tahsis edildiğini ifade etmiştir (2016, s. 5). Bu tür sözleşmelere ilişkin değerlendirmeler için bkz. HJALMARSSON Johanna, "Contracts: Time and Voyage Charterparties and Their Hybrid Forms", **Research Handbook on Maritime Law and Regulation,** CHUAH Jason (Editör), Edward Elgar, 2019, ss. 204-222; HJALMARSSON Johanna, "Trip Charterparties and their Binary Endgames", **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2018, ss. 376-397.

21 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (TTK m. 1131 ilâ 1137'ye İlişkin Genel Açıklamalar).

22 Tip sözleşmelerde uygulanacak hukuk ve tahkim yolu, genellikle seçimlik olarak taraflara sunulmaktadır. Örneğin NYPE 2015, m. 54 (a), (b), (c) sırasıyla Amerika Birleşik Devletleri deniz

ğının belirlenmesi gerekecektir. Bu tespitin yapılmasında, TTK'da isimli sözleşme olarak düzenlenen zaman çarteri sözleşmesinin tanımına başvurulması ve tanımda yer alan edimlerin incelenmesi önem taşımaktadır. Tip sözleşmede kararlaştırılan asli edimlerin, TTK'da düzenlenen zaman çarteri sözleşmesi tanımında belirtilen edimlere uygun olması durumunda TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine uygulanan hükümleri, tip sözleşmede düzenlenmeyen hâller bakımından uygulama alanı bulacaktır. Örneğin tahsis ücreti alacağına ilişkin zamanaşımı süresi bazı tip sözleşmelerde açıkça düzenlenmemektedir.[23] Bu durumda, Türk hukukuna tabi olarak akdedilmiş ve Türk hukuku uyarınca zaman çarteri sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek olan bir tip sözleşmede, TTK'nın zaman çarteri sözleşmeleri bakımından öngörülen zamanaşımı hükmü olan m. 1246 uygulama alanı bulacaktır.

Türk hukukunun uygulandığı bir tip sözleşmede, hem bu sözleşmede hem de TTK'da yer alan bir yükümlülüğün ihlaline ne bu sözleşmede ne de TTK'da sonuç bağlanan durumlar bakımından da zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesi önem taşımaktadır. Örneğin tahsis edenin[24] gemiyi tahsis olunanın kullanımına sunduğu aşamada geminin denize elverişli olması gerekliliği tip sözleşmelerde açıkça belirtilmekle birlikte[25], tahsis edenin kullanıma sunduğu geminin denize elverişsiz olması durumunda tahsis olunanın hangi hukuki yollara başvurabileceği sözleşmede yer almayabilir. Benzer bir borç TTK m. 1133/1(b)'de düzenlenmekle birlikte, bu borca aykırılığın sonuçları TTK'da da açıkça ifade edilmemiştir. Tip sözleşmelerde ayrıca, sözleşme uyarınca kullanıma tahsis edilen geminin yüke elverişli olması gerek-

ticareti hukuku ("*United States maritime law*", tahkim yeri New York), İngiliz hukuku (tahkim yeri Londra) ve Singapur hukuku / İngiliz hukuku (tahkim yeri Singapur) alternatiflerini seçimlik hukuk/tahkim yeri olarak belirtmektedir. Bu sözleşme, seçimlik sunulan hukuklar dışındaki hukukların taraflarca kararlaştırılabilmesini olanaklı kılmaktadır (NYPE 2015, m. 54 (d)). Bu itibarla, NYPE 2015'e göre kurulan bir sözleşmeye, taraf iradeleri uyarınca Türk hukukunun uygulanması mümkün olacaktır. Herhangi bir hukuk seçimi yapılıp bu seçim sözleşmede açıkça belirtilmediyse, NYPE 2015 uyarınca akdedilen bir sözleşme bakımından Amerika Birleşik Devletleri deniz ticareti hukuku uygulama alanı bulacaktır (NYPE 2015, m. 54, "*If no alternative agreed and clearly indicated then Sub-clause (a) shall apply by default*").

23 Ör: NYPE 2015.

24 "Tahsis eden" ve "tahsis olunan" terimlerinin eleştirisi için bkz. ÜLGENER, 2007, s. 366. Bu terimler yerine "donatan" ve "çarterer" (veya "zaman çartereri") ifadelerinin kullanılmasının daha uygun olduğu yönünde ÇETİNGİL Ergon / KENDER Rayegân / ÜNAN A. Samim / YAZICIOĞLU Emine, "TTK Tasarısı'nın 'Deniz Ticareti' Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, **Deniz Hukuku Dergisi**, Özel Sayı, 2006, ss. 1-297, s. 123.

25 Ör: NYPE 2015 m. 2(b).

tiği ile ilgili özel hükümler bulunabilmektedir[26], ancak geminin yüke elverişsiz olması durumunda tahsis olunanın haklarının neler olacağı sözleşmelerde açıkça belirtilmeyebilir. TTK m. 1133/1(b) ise geminin "sözleşmede belirtilen amaca uygun" hâlde bulundurulması borcunu düzenleyerek, sözleşmenin amacının yük taşınması olması durumunda geminin yüke elverişli hâlde bulundurulmasını[27] tahsis edenin borçlarından biri olarak hükme bağlamıştır. Tahsis edenin anılan borçları ifa etmemesi durumunda tahsis olunanın başvurabileceği hukuki yollar, bu borçların sözleşmenin nitelendirilmesindeki rolünün tespit edilmesi ve sözleşmenin nitelendirilmesi suretiyle belirlenebilecektir.

Zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesi, tip sözleşmelerde veya TTK'nın zaman çarteri sözleşmelerine uygulanan özel hükümlerinde yer almayan hususlar bakımından da önem taşımaktadır. Örneğin, geminin ticari yönetiminin tahsis edene erken iade edilmesinin[28] hukuken mümkün olup olmadığı, bu durumda tahsis edenin ne tür yollara başvurabileceği ne TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerinde[29] ne de bazı matbu sözleşmelerde açıkça düzenlenmiştir[30]. Ticari yönetimin erken iadesi, tahsis edenin tahsis ücreti kazanabileceği döneme ilişkin öngörülerinin gerçekleşememesine ve beklediği kazancı elde edememesine neden olabileceğinden, tahsis eden bakımından olumsuz sonuçlar yaratabilecektir. Tahsis

---

[26] Ör: NYPE 2015 m. 2(c).

[27] ÜNAN, 2012b, s. 30; ÜLGENER, 2007, s. 367; ÜLGENER, 2016, s. 8; YAZICIOĞLU, 2022, s. 326.

[28] NYPE gibi matbu zaman çarteri sözleşmelerinde bu kavram "*redelivery*" (iade) olarak anılmakta olsa da, bu ifade geminin fer'i zilyetliğinin iadesi anlamına gelmemektedir. Zaman çarteri sözleşmelerinde geminin zilyetliği tahsis olunana geçmediğinden, "*redelivery*" (iade) sadece geminin ticari yönetiminin tahsis edene iadesi anlamını taşımaktadır.

[29] TTK m. 1137/2 geminin ticari yönetiminin sadece *geç* iade edilmesi durumunda tahsis olunanın yükümlülüklerini düzenlemekte, *erken* iade hâlinde uygulanabilecek bir hüküm içermemektedir. Geminin (ticari yönetiminin değil, kendisinin) erken teslimi ise, TTK'nın gemi kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinde özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu tür sözleşmeler bakımından TTK m. 1130 atfıyla, "Kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesi" başlıklı TBK m. 325'in uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu yapılabilecektir.

[30] NYPE 93 ve 2015 matbu sözleşmelerinde her ne kadar geminin ticari yönetiminin tahsis edene iadesi konusunda hükümler yer alsa da (sırasıyla m. 10 ve m. 4), ticari yönetimin *erken* iade edilmesi durumunda tahsis edenin haklarının neler olacağı belirtilmemiştir. Bununla birlikte, bağımsız bir şart olarak düzenlenen ve tarafların sözleşmelerine ekleyebilecekleri 2017 tarihli "BIMCO Zaman Çarteri Sözleşmeleri İade Şartı" (*BIMCO Redelivery Clause for Time Charterparties 2017*) geminin ticari yönetiminin *erken* iadesine ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir. Bu çalışmada, tarafların matbu sözleşmede *erken* iadeye ilişkin bu tür bir şart derç etmedikleri hâl uyarınca değerlendirme yapılmıştır.

olunanın ticari yönetimi erken iade etmesinin hukuki bir dayanağının olup olamayacağı ve erken iade durumunda tahsis edenin başvurabileceği imkanların neler olabileceğinin tespiti bakımından zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz edebilecektir[31].

2. Tip Sözleşme Metinleri Kullanılmaksızın Akdedilen Sözleşmeler Bakımından Zaman Çarteri Sözleşmesinin Nitelendirilmesinin Önemi

Tip sözleşmeler kullanılmaksızın akdedilen ve Türk hukukunun uygulama alanı bulduğu zaman çarteri sözleşmelerine seyrek olarak rastlanmakta ise de, özellikle demir çelik tesislerine kömür ve demir cevheri maddelerinin taşınmasının amaçlandığı durumlarda bu tür zaman çarteri sözleşmelerinin akdedilebildiği ifade edilmektedir[32]. Tip sözleşme metinleri kullanılmaksızın akdedilen sözleşmeler ile ilgili olarak önem arz eden bir husus, sözleşmenin hangi hâllerde sona erdirilebileceğidir[33]. Söz gelimi, TTK m. 1134/2 uyarınca kaptan kendisine sözleşme çerçevesinde ticari yönetime ilişkin olarak verilen bütün talimatlara uymak zorundadır, ancak TTK'da bu zorunluluğa aykırılığın sonucu düzenlenmemiştir. Benzer şekilde kaptanın tahsis olunanın talimatlarından ayrılmasının mümkün olup olmadığı, mümkün ise bunun hangi hâllerde söz konusu olabileceği; tahsis edenin, kaptanın talimattan ayrılması sonucunda gerçekleşen zararları karşılamakla yükümlü olup olmadığı; bu zararların karşılanmaması durumunda tahsis edenin sözleşmesel borçlarını ifa etmiş sayılıp sayılmayacağı gibi hususlar da zaman çarteri sözleşmesine uygulanan özel hükümlerde düzenlenmemiş olup sözleşmenin nitelendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Sözleşmenin vasıflandırılması, ayrıca, gemide yük taşındığı durumlarda tahsis edenin yüke gelen zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağının, tutulabilecekse bunun hangi hükümler uyarınca söz konusu olacağının saptanmasında da önem taşıyacaktır. Son olarak, sözleşmenin niteliğinin tespiti, yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkide tarafların açık bir hukuk seçimi yapmadıkları durumda, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi

---

31 Erken iade hâlinin İngiliz hukuku uyarınca sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği, donatanın iadeyi kabul etmesi durumunda tazminat talebinde bulunma hakkının yine de saklı olduğu, iadeyi kabul etmemesi durumunda ise "*sözleşmenin en erken sona ereceği tarihe kadar navlun talep edebilme hakkı*" bulunduğu yönünde bkz. ÜLGENER, 2016, s. 256-257.

32 ÜLGENER, 2016, s. 6.

33 Tahsis olunanın, belirli bir miktar tahsis ücretinin ödenmesinde temerrüde düşmesi veya geminin belirli bir süreyi aşan hareketsizliği gibi durumlarda sözleşmenin feshedilmesinin mümkün olup olmadığının TTK'da düzenlenmediği hakkında bkz. ÜNAN, 2012b, s. 32.

konusunda da önem arz edecektir. Zaman çarteri sözleşmesinin, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK)[34] özel olarak düzenlenen sözleşme türlerinden birine girip girmediğinin değerlendirilmesinde sözleşmenin niteliği yol gösterici olacak, özel bir sözleşme türüne girmediğinin tespit edilmesi durumunda ise MÖHUK m. 24/4 ile getirilen genel kurala tabi olacağı sonucuna varılacaktır.

II. TTK HÜKÜMLERİNE DAYANAK TEŞKİL EDEN DÜZENLEMELER IŞIĞINDA ZAMAN ÇARTERİ SÖZLEŞMESİNİN NİTELENDİRİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Zaman çarteri sözleşmesinin niteliği, TTK'nın yürürlükte olmadığı, yani bu sözleşmeye ilişkin özel hükümlerin var olmadığı dönemde çok sayıda eserde ele alınmış[35], bu konu farklı hukuk sistemlerinde de geniş ölçüde tartışılmıştır[36].

TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümleri hazırlanırken farklı hukuk sistemlerinden yararlanıldığı belirtilmiştir[37]. Ayrıca TTK'nın

---

[34] RG T: 12.12.2007, Sayı: 26728.

[35] Sözleşmenin "*bazan gemi kirası, bazan da navlun mukavelesi karakteri ile ortaya çıkmakta*" olduğu hakkında bkz. AKINCI Sami, **Deniz Ticareti Hukuku Dersleri - Navlun Mukaveleleri**, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1961, s. 14; ÇAĞA / KENDER, 2006, s. 8 "*Gemi sahibi tarafından yükün taşınması ön planda geldiğinden sözleşme, gemi adamlarının hizmetlerini temin taahhüdü ile birlikte bir gemi kirası değil, TK 1016 bent 1 anlamında bir navlun sözleşmesidir*"; sözleşmenin "*hukuki niteliğini belirleyen ve onu diğer sözleşme ilişkilerinden ayıran asıl borcun, teknik ve seyir yönetimine bağlanan işleri özenle yapma borcu olduğu*" ve bu nedenle "*sözleşmenin hukuken 'vekâlet sözleşmesi' niteliğinde sayılması gerektiği*" yönünde bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 66; sözleşmenin navlun sözleşmesi olduğu yönünde bkz. ILGIN, 1996, s. 21 ve ÜLGENER, 2017, s. 22; çarterere taşıma taahhüdünde bulunulmadığı için bu sözleşmenin bir "taşıma sözleşmesi" olmadığı yönünde bkz. TEKİL Fahiman, **Deniz Hukuku**, 6. Bası, Alkım Yayınevi, 2001, s. 235.

[36] Sözleşmenin hukuki niteliği hakkında 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce farklı hukuk sistemlerinde belirtilen görüşler için bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 22-40; MURAN, 2008, s. 80-98.

[37] TTK'da yer alan zaman çarteri sözleşmesi hükümleri hazırlanırken, aşağıda belirtilen düzenlemelerin dikkate alındığı belirtilmiştir (bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 55 (Genel Gerekçe no. 179):

- "1966 tarihli Fransız Kanunu" [Kastedilen düzenleme, 18.06.1966 tarih ve 66-420 sayılı Fransız "Gemi Tahsisi Sözleşmeleri ve Deniz Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Kanunu"dur ("*Loi no. 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes*" ((çeviri yazar tarafından yapılmıştır) bundan böyle "1966 tarihli Fransız Kanunu")];

- "31/12/1966 tarihli Gemi Kirası ve Denizde Taşıma Sözleşmesi Hakkında Fransız Kanun Hükmünde Kararnamesi" [Kastedilen düzenleme 66-1078 sayılı Fransız "Gemi Tahsisi Sözleşmeleri ve Deniz Yoluyla Taşıma Sözleşmeleri Kararnamesi"dir ("*Décret no. 66-1078 du 31 Décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes*" (çeviri yazar ta-

genel gerekçesinde, sözleşmenin hukuki niteliğinin tartışmalı olması itibarıyla, Tasarı hükümlerinin "*mümkün olduğunca bu tartışmaya müdahale etmeyen, somut ihtiyaçları karşılayan genel geçerli kurallar içermesine*" özen gösterildiği vurgulanmıştır[38]. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin TTK hükümlerinin kaleme alınmasında kanun koyucu tarafından mehaz olarak esasen Fransız hukuku düzenlemeleri tercih edilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca zaman çarteri sözleşmesi bir tür "gemi tahsisi sözleşmesi" (*contrat d'affrètement*) olarak kabul edilmekte ve navlun sözleşmesi (*contrat de transport*) olarak vasıflandırılmamaktadır. Sözleşmeye TTK'da navlun sözleşmelerinin düzenlendiği kısımdan ayrı bir kısımda yer verilmiş olması itibarıyla, kanun koyucunun iradesinin (iradenin bu yönde kullanılmış olmasına ilişkin olarak ileri sürülebilecek olan görüşler bir yana) zaman çarteri sözleşmesini mehazla uyumlu şekilde düzenlemek yönünde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu bölümde öncelikli olarak, isimli sözleşmelerin asli edimlerinin tespitinde sözleşmeyi tanımlayan hükümlere başvurulması nedeniyle, TTK'da yer alan zaman çarteri sözleşmesinin tanım hükmüne ve bu hükmün yorumuna

---

rafından yapılmıştır) (bundan böyle "1966 tarihli Fransız Kararnamesi")). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda bu kararnameye "Navlun Sözleşmeleri ve Deniz Taşımalarına İlişkin ... Kararname" (s. 14, Genel Gerekçe no. 23) olarak da atıf yapıldığı göze çarpmaktadır. Oysaki "*affrètement*" deyimi, 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda ve Kararname'de geminin "tahsis edilmesi" anlamında kullanılmıştır];

- "01/04/1991 tarihli Hollanda Deniz Ticareti Kanunu" [Kastedilen düzenlemenin esasen 01/04/1991 tarihli Hollanda Medeni Kanunu'nun (*Burgerlijk Wetboek*) zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler de içeren ve taşıma hukukunu düzenleyen 8. kitabı olduğu tahmin edilmektedir. Hollanda Medeni Kanunu'nun taşıma hukukuna ilişkin 8. kitabının İngilizce tercümeleri için bkz. HAANAPPEL Peter P.C. / MACKAAY Ejan, Netherlands Civil Code - Transport Law (French & English) Book 8: Traffic Means and Transport, 1995, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1778425 (Erişim tarihi: 23.01.2023); http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook088.htm (Erişim tarihi: 23.01.2023)];

- 24/06/1994 tarihli Norveç Deniz Ticareti Kanunu ile "uygulamada yaygın olarak kullanılan matbu İngilizce sözleşmelerin hükümleri".

6102 sayılı TTK'nın zaman çarterine ilişkin hükümlerinin; Fransız, Hollanda ve Norveç hukukları ile İngiltere'de verilen mahkeme kararları ve NYPE 93 gibi zaman çarteri tip sözleşmelerinden esinlenilerek hazırlandığının belirtildiği bir eser için ayrıca bkz. ÜNAN Samim, "Some Aspects of Maritime Law in the New Turkish Commercial Code", **Recent Developments in Maritime Law**, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations held in Hamburg on 25 August 2011 and in Istanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association and German Maritime Law Association, 2012, ss. 9-17, s. 11.

38 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, ss. 55-56 (Genel Gerekçe no. 179); ATAMER Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku,** Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 474, para. 1105.

yer verilecektir. Bir sonraki bölümde ise, kanuni tanımda tespit edilen edimlerin hangi sözleşme ile benzerlik gösterdiği ve bu sözleşmeden farkları üzerinde durulacaktır. Bu incelemeler yapılırken mehaz Fransız hukuku düzenlemelerine de yer verilecek, TTK'nın mehazdan farkları da ayrıca belirtilecektir.

1. Zaman Çarteri Sözleşmesinin Tanımı ve Tanımın Yorumu

TTK m. 1131 "Tanım" başlığını taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrası "*Zaman çarteri sözleşmesi, tahsis edenin, donatılmış bir geminin ticari yönetimini belli bir süre için ve bir ücret karşılığında tahsis olunana bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*." hükmünü, 2. fıkrası ise "*Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran tahsis eden, geminin zilyedi sayılır*." hükmünü içermektedir. TTK m. 1131'in yorumunda öncelikli olarak hükmün sözü (lafzı) incelenmeli, ancak bununla yetinilmemeli, kanunun ruhu da araştırılmalıdır[39]. Kanun metninin sözünün yorumu ile ulaşılan sonuçların içinde kanunun ruhuna en uygun olanı esas alınmalıdır[40]. TTK m. 1534, bu Kanun bakımından kenar başlıklarının metne dahil olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle kenar başlığı ile madde metninin birbirine uyumlu olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. TTK m. 1534 uyarınca, zaman çarteri sözleşmesinin tanımının hem TTK m. 1131/1, hem de m. 1131/2 uyarınca yapıldığı ileri sürülebilir. Böylelikle TTK m. 1131/1'de zikredilen ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması borcu ile bunun karşılığı olan tahsis ücreti ödeme borcunun her şekilde asli edim yükümlülüğü olduğu; TTK m. 1131/2'de zikredilen teknik yönetime ilişkin olarak ise, her ne kadar bu fıkrada "teknik yönetim borcu"ndan ziyade "teknik yönetim" kavramı belirtilse de, bu kavramın, esasen TTK m. 1133/1'de kapsamı düzenlenen teknik yönetim borcunu ifade ettiği, böylelikle TTK m. 1131/2'nin teknik yönetim borcunu da kapsadığı ve bu borcu asli edim yükümlülüğü seviyesine yükselttiği savunulabilecektir. Diğer yandan, TTK m. 1131/2'de yer alan "*Geminin teknik yönetimini elinde bulunduran tahsis eden, geminin zilyedi sayılır.*" düzenlemesinin sadece teknik yönetimi elinde bulunduran tahsis edenin zilyet olduğuna (ve böylelikle zilyetliğin el değiştirmediğine) vurgu yaptığı; TTK m. 1131/1 hükmünün ise bir tanım hükmü olarak kaleme alınmış olduğu ve tek başına tanım olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülebilecektir. Görüldüğü üzere,

---

[39] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG T: 08.12.2001, Sayı: 24607) m. 1/1, "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır" hükmünü sevk etmiştir.

[40] OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 73.

kanunun sözünün yorumlanması ile açık bir sonuca ulaşılamaması kanunun ruhunun araştırılmasını zorunlu kılmaktadır.

TTK m. 1131'in ruhunun tespitinde, hükmün TTK sistematiği içindeki yeri, diğer hükümlerle olan ilişkisi, hazırlık çalışmaları ve hükmün amacı ele alınmalıdır[41]. Bu itibarla madde gerekçesinin de yorumda göz önünde bulundurulması ve maddenin kaleme alınmasında dikkate alınan mehaz hukukun araştırılması[42] zorunluluk arz etmektedir. Her ne kadar zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler hazırlanırken farklı hukuk sistemlerinden yararlanıldığı belirtilmiş olsa da, madde gerekçelerinde ve özellikle de sözleşmeye ilişkin tanım hükmünün gerekçesinde 1966 tarihli Fransız Kanunu'na atıf yapılması karşısında, bu düzenlemenin ruhunun yorumunda ilgili Fransız mevzuatına başvurmak gerekmektedir[43]. Ayrıca TTK'da yer alan diğer bazı hükümlerin gerekçelerinde mehaz hukuklara atıf yapılmakla birlikte hangi hususta kanun koyucunun mehaz hukuktan farklı hüküm kurduğu açıkça belirtildiği[44] ve TTK m. 1131 gerekçesinde böyle bir ifade yer almadığı için,

---

41 Kanunun ruhunun araştırılmasında kanunun sistemi, hazırlık çalışmaları ve hükmün amacına başvurulması gerektiği hakkında bkz. OĞUZMAN / BARLAS, 2019, s. 75-79.

42 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1945/13, K. 1945/15, 28.11.1945, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatlari-birlestirme-hgk-e-1945-13-k-1945-15-t-28-11-1945 (Erişim tarihi: 23.01.2023) uyarınca "Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarda ... bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz".

43 Zaman çarteri sözleşmesi hükümleri kaleme alınırken yararlanıldığı belirtilen (bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 55 (Genel Gerekçe no. 179)) Norveç ve Hollanda hukuku düzenlemelerinde yer alan zaman çarteri sözleşmesi tanımları, TTK m. 1131 ile bazı farklılıklar göstermektedir. Örneğin, Hollanda Medeni Kanunu, 8. Kitap, m. 373/1 zaman çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmelerini tanımlamaktadır. Bu tanım uyarınca; hem zaman hem de yolculuk çarteri sözleşmesi, geminin tahsis edildiği birer yük taşıma sözleşmesi (*contract of carriage of goods*) olarak kabul edilmektedir, bkz. HAANAPPEL / MACKAAY, 1995, s. 86-87, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1778425 (Erişim tarihi: 23.01.2023); http://www.dutchcivillaw.com/civilcode book088.htm (Erişim tarihi: 23.01.2023). Ayrıca Norveç Deniz Ticareti Kanunu'nda, tahsis eden, "zaman çarteri taşıyanı" ("*time carrier*", m. 372) olarak anılmaktadır (24/06/1994 tarihli Norveç Deniz Ticareti Kanununun 2013 değişikliklerini içerir İngilizce tercümesi için bkz. SOLVANG Trond (Editör), **The Norwegian Maritime Code, 24 June 1994 no. 39 with amendments including Act 7 June 2013 no. 30, MarIus nr. 435**, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo, Sjørettsfondet, 2014. 2013 tarihli değişiklikler zaman çarteri sözleşmelerine uygulanan hükümleri kapsamamakta olup bu sözleşmeler TTK gerekçesinde atıfta bulunulan 1994 tarihli Kanunda yer alan ve değişikliğe uğramamış hükümlere tabidir). Oysaki TTK m. 1131'in gerekçesinde, zaman çarteri sözleşmesi uyarınca tahsis edenin tahsis olunana karşı yük taşıma taahhüdünde bulunmadığı ifade edilmiştir.

44 Gemi kira sözleşmeleri bakımından ilgili Hollanda hukuku düzenlemesinden yararlanıldığı TTK m. 1119 gerekçesinde, kanun hükümlerinden hangi noktada farklı hüküm kurulduğu da ayrıca TTK m. 1121 gerekçesinde açıkça belirtilmiştir, bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve

bu çalışmada, kanun koyucunun iradesinin sadece ilgili Fransız Kanunu hükmünü mehaz kabul etme yönünde olduğu varsayılmıştır.

TTK m.1131'in gerekçesinde "*1966 tarihli Fransız Kanununun 5 inci maddesinden alınan bu hükümde zaman çarteri sözleşmesi, onu benzer sözleşmelerden ayırt eden unsurlar vurgulanmak suretiyle tanımlanmıştır. Bu sözleşmede gemi kira sözleşmesinden farklı olarak çarterere belli bir süre için geminin zilyetliği değil; ticarî idaresi bırakılmakta, geminin teknik idaresi ise tahsis edence üstlenilmektedir.*" ifadesi yer almaktadır[45]. Fransız Kanunu'nun ilgili maddesi[46] "*Zaman üzerine tahsis sözleşmesi ile, tahsis eden, donatılmış bir gemiyi belirli bir süre için tahsis olunana tahsis etmeyi üstlenir.*"[47] şeklinde olup, ticari yönetim ve teknik yönetim kavramları bu tanımda yer almamaktadır. Fransız Kanunu uyarınca ticari yönetimin tahsis olunanın üzerinde olduğu hususu, ayrı bir madde hükmünden anlaşılmakta[48] ve (TTK m. 1131'in madde gerekçesinde yer almamakla birlikte) açıkça Kararname'de düzenlenmektedir[49]. Benzer şekilde teknik yönetimin tahsis edende kaldığı hususu da yine Kararname'de belirtilmektedir[50]. Görüldüğü üzere, TTK m. 1131'in atıfta bulunduğu Fransız Kanunu'nun ilgili maddesi sadece "tahsis" kavramından bahsetmekte, ticari ve teknik yönetim kavramları bu tanım içinde zikredilmemektedir. "Tahsis" kavramının anlamı ile teknik ve ticari yönetimle olan ilişkisinin belirlenmesi, hukukumuza aktarılan kuralların anlaşılabilmesi ve sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, mehaz Fransız hukuku düzenlemelerine ve bu düzenlemelerin kaynaklarına başvurulması gerekmektedir[51].

Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 339 (Madde 1119 ve 1121 gerekçesi). Ancak zaman çarteri sözleşmesine uygulanan hükümlerin madde gerekçelerinde Fransız hukuku düzenlemeleri dışında bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

45 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (Madde 1131 gerekçesi).

46 m. 7. 1966 tarihli Fransız Kanunu'nun 5. maddesi yolculuk çarteri sözleşmelerine ilişkindir.

47 "*Par le contrat d'affrètement à temps, le fréteur s'engage à mettre un navire armé à la disposition de l'affréteur pour un temps defini*".

48 m. 9 "Tahsis olunan, ticari yönetimi sonucunda geminin uğrayacağı zararlardan sorumludur" ("*L'affréteur est responsable des dommages causés au navire du fait de son exploitation commerciale*").

49 Kararname m. 21, "Geminin ticari yönetimi tahsis olunana aittir" ("*La gestion commerciale du navire appartient à l'affréteur*").

50 Kararname m. 20, "Geminin teknik yönetimi tahsis edende kalır" ("*Le fréteur conserve la gestion nautique du navire*").

51 Bu inceleme elbette ancak Fransız hukukundan aktarılan kavram ve hükümler bakımından söz konusu olacaktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ve deniz ticareti hukukuna ilişkin hü-

Fransız hukuku uyarınca gemi kira sözleşmeleri *(affrètement coque nue)*[52], zaman çarteri sözleşmeleri (*affrètement à temps)* ve yolculuk çarteri sözleşmelerinde (*affrètement au voyage*) geminin kapasitesinin kullandırılması amacıyla tahsisi söz konusu olmaktadır ve bu sözleşmeler 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda "gemi tahsisi sözleşmeleri" (*contrats d'affrètement*) olarak adlandırılmaktadır. Bu Kanun uyarınca navlun sözleşmesi (*contrat de transport*)[53] sadece kırkambar sözleşmesini kapsamaktadır ve gemi tahsisi sözleşmesinden ayrı bir sözleşme türü olarak farklı bir başlık altında düzenlenmiştir[54]. Gemi tahsisi sözleşmesi olarak düzenlenen sözleşmelerin her birine uygulanan özel hükümler bulunmakla birlikte[55] aynı zamanda bu sözleşmeler gemi tahsisi sözleşmelerine ilişkin genel hükümlere tabidir[56].

1966 tarihli Fransız Kanunu uyarınca, gemi tahsisi sözleşmelerinin tümüne uygulanan genel hükümlerde, gemi tahsisi sözleşmesi ile tahsis edenin tahsis olunana bir ücret karşılığında bir gemiyi tahsis etmeyi (*mise à disposition*) üstlendiği düzenlenmektedir[57]. Ne bu tanım ne de gemi tahsisi sözleşmesi olarak kabul edilen münferit sözleşmelerin tanımları[58] teknik ve ticari yönetim ile ilgili

---

kümler içeren önceki tarihli kanunlarımızın 1861 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nun izlerini taşıyor olması itibarıyla, bu Kanun'dan yararlanılarak hazırlanan hükümler bakımından ilgili Kanun'un ve ona dayanak teşkil eden Roma hukuku kaynaklarının da incelenmesi gerektiğine dair bkz. ATAMER, 2017, s. 86-87, para. 187-188.

52 "*Affrètement coque nue*" ifadesinin aynen tercümesi "çıplak gemi tahsisi" olarak yapılabilecek olsa da, 1966 tarihli Fransız Kanunu'nun bu tür sözleşmeleri tanımlayan 10. maddesi uyarınca ilgili sözleşmeler, geminin hem mürettebatsız olarak teslim edildiği, hem de mürettebatının tamamı gemide olmadan teslim edildiği hâlleri kapsamaktadır. Böylelikle, kiraya verenin gemiyi kaptanı ile birlikte teslim ettiği durumlar için akdedilen sözleşme de bu madde kapsamında değerlendirilecektir, bkz. DELEBECQUE Philippe, **Droit Maritime,** 14e édition, Dalloz, 2020, s. 492, para. 665.

53 Bu terimin Türkçe tercümesi "taşıma sözleşmesi" olmakla birlikte, deniz yoluyla yapılan taşımalar bakımından bu tür sözleşmeler TTK'da "navlun sözleşmesi" olarak düzenlendiğinden bu çalışmada "*contrat de transport*", "navlun sözleşmesi" olarak anılacaktır.

54 1966 tarihli Fransız Kanunu m. 15 vd. 2010 tarihli Fransız Taşıma Kanunu'nda (*Code des Transports*) zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümler, 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda olduğu gibi navlun sözleşmesinden ayrı bir bölümde düzenlenen "gemi tahsisi" bölümü altında yer almaktadır, bkz. m. L5423-10 - L5423-12. Bu Kanun uyarınca tahsis edenin, tahsis edilene donatılmış bir geminin kullanımını belirli bir süreliğine bıraktığı sözleşmelerin zaman çarteri sözleşmesi olarak kabul edileceği hükme bağlanmaktadır, bkz. L5423-10.

55 1966 tarihli Fransız Kanunu m. 5-11.

56 1966 tarihli Fransız Kanunu m. 1-4.

57 m.1.

58 Yolculuk çarteri, zaman çarteri ve gemi kira sözleşmelerinin tanımları da bu genel ve çerçeve teşkil eden "tahsis" kavramı üzerinden yapılmıştır. Yolculuk çarteri sözleşmesine ilişkin m. 5, yolculuk çarteri sözleşmesinin geminin bir veya birkaç yolculuk için tahsis edildiği sözleşme olduğunu; m. 7, zaman çarteri sözleşmesinde donatılmış bir geminin (*navire armé*) belirli bir

olarak açıkça herhangi bir ibare içermektedir. Teknik ve ticari yönetimin sözleşme taraflarından hangisince üstlenildiğinin belirlenmesi, gemi kirası, zaman çarteri sözleşmesi ve yolculuk çarteri sözleşmesini birbirinden ayırt etme konusunda önem taşımaktadır. Fransız hukuku uyarınca hem teknik hem ticari yönetimin tahsis olunana devredilmesi durumunda gemi kirası, sadece ticari yönetimin devredilmesi durumunda zaman çarteri sözleşmesi, hem ticari hem teknik yönetimin tahsis edende kalması durumunda ise yolculuk çarteri sözleşmesi akdedilmiş olmaktadır[59]. Bu anlamda, bir gemi tahsisi sözleşmesi türü olarak düzenlenen zaman çarteri sözleşmesinin 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda yer alan tanımının, tahsis sözleşmeleri tanımına ek olarak iki unsura yer verdiği görülmektedir. Bunların ilki, zaman çarteri sözleşmeleri uyarınca geminin "belirli bir süre için" (*un temps défini*) tahsis edilmesi, ikincisi ise tahsis edilen geminin bu sözleşme uyarınca "donatılmış bir gemi" (*un navire armé*) olması gereğidir. Bu ifadeler TTK m. 1131/1'e alınmış ve zaman çarteri sözleşmesinin, böyle bir geminin ticari yönetiminin tahsis olunana bırakıldığı ve onun da karşılığında tahsis ücreti ödeme borcunu üstlendiği sözleşme olduğu düzenlenmiştir. Geminin "donatılmış" olması, TTK m. 1131/1 hükmü dışında aynı zamanda TTK m. 933/2 ve m. 1091/2 hükümlerinde de yer almaktadır ve geminin eşyayı kabule ve korumaya hazır hâlde bulunması ile geminin değerini etkileyebilecek bir unsur olmasını ifade etmektedir. Fransız hukukunda ise bu terimin, geminin kullanımı için gerekli mürettebatın tahsis eden tarafından sağlanmasını[60] veya bununla birlikte geminin, tahsis edilme amacının gerçekleştirilmesi için gerekli teknik donanımı haiz olmasını[61] ifade ettiği belirtilmektedir. İlk görüş, kanaatimizce daha isabetlidir. Zira 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin maddeleri takip eden maddelerde gemi kirası sözleşmesi düzenlenmiş ve bu sözleşmenin tanımında geminin, donatılmadan ve donanımsız olarak (*sans armement ni équipement*) veya kısmi olarak donanımlı ve donatılmış şekilde (*avec un équipement et un armement incomplets*) tahsis edilebile-

süre için tahsis olunduğunu; m. 10 gemi kira sözleşmesinde donatılmış ve donanımlı olmayan (*sans armement ni équipement*) veya tam anlamıyla donatılmış veya donanımlı olmayan (*avec un équipement ou un armement incomplets*) bir geminin bedel (*loyer*) karşılığında belirli süreliğine tahsis olunduğunu düzenlemektedir.

59 RODIÈRE René, **Droit Maritime**, 8e édition, Dalloz, 1979, s. 281; REMOND-GOUILLOUD Martine, **Droit Maritime**, 2ème edition, Etudes Internationales Pedone, 1993, s. 303-304.

60 DELEBECQUE, 2020, s. 499; DU PONTAVICE Emmanuel / CORDIER Patricia, **Transport & Affrètement Maritimes**, 2ème edition, Delmas, Paris, 1990, s. 295.

61 RODIÈRE René, **Traité Général de Droit Maritime: Affrètements & Transports**, **Tome I Introduction - Les contrats d'Affrètement,** Dalloz, Paris, 1967, s. 179; COUDERT Sarah, La Mise à Disposition d'Une Chose, Doktora Tezi, Université Montpellier, 2016, s. 70, para. 116.

ceği ifade edilmiştir[62]. Fikrimizce, zaman çarteri sözleşmesinin tanımında kullanılan ve TTK m. 1131/1'e "donatılmış gemi" olarak tercüme edilen "*navire armé*" ibaresi[63] bu nedenle sadece mürettebatın tahsis eden tarafından sağlanacağını vurgulamak ve bu sözleşmeyi gemi kira sözleşmesinden ayırmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Bu genel yorumlar ışığında, aşağıda, teknik ve ticari yönetim kavramlarının anlamı ile bu tür yönetimlere ilişkin borçların "tahsis" kavramıyla olan ilişkisi ve zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesindeki rolü mehaz Fransız hukuku göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınacaktır.

A. Ticari Yönetimin Tahsis Olunana Bırakılması ve Ticari Yönetim Uyarınca Verilen Talimatlara Uyma[64] Borcu

a. "Ticari Yönetim" Kavramı

TTK m. 1131/1, zaman çarteri sözleşmesinin, tahsis edenin geminin ticari yönetimini belirli bir süre için bırakmayı üstlendiği sözleşme olduğunu hükme bağlamaktadır. Ayrıca TTK m. 1134/1 bu sözleşme uyarınca geminin ticari yönetiminin tahsis olunanda olduğunu, TTK m. 1134/2 ise kaptanın, tahsis olunanın ticari yönetim uyarınca vereceği talimatlara uymak zorunda olduğunu düzenlemektedir. Ancak ne bu maddelerde ne de zaman çarteri sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerde "ticari yönetim" kavramı tanımlanmış, bu kavram TTK m. 1131'in gerekçesinde "*daha ziyade geminin tahsis edildiği veya kullanıldığı ticari gayeyi gerçekleştirmek için görülecek işler*" olarak ifade edilmiştir[65]. Öğretide ise "ticari yönetim", geminin gelir sağlayacak şekilde yönetilmesi ve kullanılması[66], "*geminin yük veya yolcu taşıma ya da tahsis edildiği diğer bir amaca uygun kullanımı ile kazanç elde etmeye yönelik söz-*

---

62 1966 tarihli Fransız Kanunu m. 10.

63 "Donatılmış gemi" ifadesinin tartışmaya açık olduğu, bu şartın TTK m. 1133/1(b) ile birlikte ele alınması gerektiği hakkında bkz. SÖZER, 2018, s. 89. Bu ifadenin geminin "sefere elverişli" olması anlamına geldiği ve TTK m. 1133'te sefere elverişliliğin düzenlenmesi nedeniyle esasen TTK m. 1131'de "donatılmış gemi" ibaresinin bulunmasına gerek olmadığı hakkında bkz. ÇETİNGİL ve diğ., 2006, s. 123. İfadenin, yeterli sayıda gemi adamı olması, geminin donanımının sağlam ve çalışır olması, gemi ile ilgili belgelerin bulundurulması vb. hususları kapsadığına ilişkin olarak bkz. KARA, 2020, s. 231.

64 Ticari yönetimin tahsis olunana bırakılmasının esasen, tahsis olunanın ticari yönetime ilişkin verdiği kararlara uyma ve uyulmasını sağlamayı da gerektirdiğine ilişkin olarak bkz. YAZICIOĞLU, 2022, s. 326; KARA, 2020, s. 231.

65 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (Madde 1131 gerekçesi).

66 SÖZER, 2022, s. 373; ÜLGENER, 2016, s. 156 ("gemiyi kullanma hakkı").

leşmelerin akdedilmesi ve bu sözleşmelerden doğan borçların ifasına yönelik işlerin planlanması"[67] olarak yorumlanmıştır. Bir destek gemisinin hizmet vermesi amacıyla akdedilen sözleşmenin[68] zaman çarteri sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda geminin hangi alanda hangi destek faaliyetini gerçekleştirmesi kararlaştırılmışsa[69] bu faaliyete ilişkin talimatların tahsis olunan tarafından verilmesi ticari yönetim kapsamında değerlendirilecektir.

Uygulamada kullanılan ve zaman çarteri sözleşmesi olarak adlandırılan matbu sözleşme metinlerinde ticari yönetim, "*employment*" kavramı ile ifade edilmektedir[70]. Bu kavram bazı yabancı mahkeme kararlarında, gemi adamları tarafından sunulması için talimat verilen hizmetler[71], gemiden ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi için faydalanılması ve geminin ticari kapasitesinin kullanılması[72] olarak yorumlanmıştır[73]. Ticari talimatlara uygun hareket

---

67 YAZICIOĞLU, 2022, s. 328.

68 Bu tür sözleşmeler uyarınca gemiler ile açık denizlerde yürütülen faaliyetler bakımından türlü hizmetler sunulmaktadır. Bu hizmetler arasında; açık denizlerde enerji kaynaklarına erişim amacı güden faaliyetler bakımından teçhizat taşınması ve temini ile çıkarılan enerji kaynaklarının ve bu projelerde çalışacak işçilerin proje yerine sevki sayılabilir. SUPPLYTIME 2017, bu amaçla akdedilen bir tip sözleşmedir.

69 Bkz. SUPPLYTIME 2017, m. 6(a) ve 17 numaralı kutu (*box 17*).

70 Bkz. NYPE 2015, m. 8(a) "*The Master ... shall be under the orders and directions of the Charterers as regards employment and agency*"; m. 10(a) *"... the Charterers shall pay the Owners ... Expenses properly incurred by the Vessel under the Charterer's employment.*", ayrıca bkz. m. 2(d), m. 4(b), m. 46(a). Bu ibare aynı sözleşmede "istihdam" anlamında da kullanılabilmektedir (NYPE 2015 m. 41 "*employment of the crew*"). Bu nedenle ifadenin kullanıldığı bağlam, ifadenin yorumunda önem taşımaktadır. "*Employment*" ibaresinin "gemi adamlarına talimat verme" anlamı taşıdığı hakkında bkz. KANER, 2021, s. 305.

71 *Larrinaga Steamship Company, Ltd. v. The Crown (The Ramon de Larrinaga)* [1944/45] 78 Ll.L. Rep. 167 (Yüksek Mahkeme - *House of Lords*), s. 173 Lord Wright ("*the word "employment" ... means the services which the ship is ordered to perform such as the voyages to or from particular ports, with particular cargoes or in ballast. In this particular case the order as to employment was the order to go to Cardiff for the off-survey.*").

72 *Whistler International Ltd. v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hill Harmony)* [2001] 1 Lloyd's Rep. 147 (Yüksek Mahkeme - *House of Lords*), s. 159 Lord Hobhouse of Woodborough *(""Employment" embraces the economic aspect - the exploitation of the earning potential of the vessel.*").

73 Bir hususun ticari yönetime mi yoksa teknik yönetime mi ilişkin olduğu belirli hâllerde kolaylıkla ayırt edilemeyebilir (BAUGHEN, 2019, s. 195). *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hill Harmony)* [2001] 1 Lloyd's Rep. 147 (Yüksek Mahkeme - *House of Lords*) kararına konu olayda tahsis olunan, belirli bir limana yapılacak olan seyir bakımından iki güzergâh arasından kısa olanının seçilmesine ilişkin olarak kaptana talimat vermiştir. Kaptan ise, daha önce o güzergâhta geminin sevkine ilişkin sorunlar yaşamış olması nedeniyle tahsis olunanın bu talimatına uymamış ve uzun güzergâhı takip etmiştir. Kaptanın bu seçiminin geminin teknik yönetimine mi ilişkin olduğu, yoksa tahsis olunanın ticari yönetim uyarınca verdiği talimatlara aykırı hareket edilmesi anlamına mı geldiği hususu uyuşmazlık konusu olmuştur. Tahkim yargılamasında hakem

etme borcu ise bu tür sözleşmelerde "*employment clause*"[74] adı verilen şartlar uyarınca üstlenilmektedir[75]. Ticari yönetimin devri ve talimatlara uyma borcunun kapsamı aşağıda ele alınacak olmakla birlikte, bu noktada, ticari yönetim kavramının yorumundan yola çıkılarak, bu borcun ifasının ticari yönetimin gerçekleştirebilmesini sağlaması gerektiği vurgulanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki "ticari yönetim" ifadesi, TTK'da düzenlenen deniz ticareti sözleşmeleri arasından sadece zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerde ve madde gerekçelerinde yer almakta, gemi kira sözleşmesi ile navlun sözleşmesi hakkındaki hükümlerde bu kavrama rastlanmamaktadır. Mehaz Fransız Kararnamesinde ise, ticari yönetimin devredilip devredilmediği hususu, yolculuk çarteri sözleşmesi bakımından açıkça düzenlenmiş[76], gemi kira sözleşmesi bakımından ise, geminin hem ticari hem de teknik yönetiminin tahsis olunana geçtiği öğretide ifade edilmiştir[77].

b. Borcun Kapsamı

Zaman çarteri sözleşmesinde, tahsis eden tarafından teknik yönetim borcunun ifası, tek başına, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi için yeterli değildir. Bu sözleşme ile, geminin ticari kapasitesinin (söz gelimi yük taşınması için) tahsis olunana kullandırılması amaçlandığından, bu amaca ancak tahsis olunanın ticari yönetim ile ilgili vereceği kararların sözleşme süresi boyunca kaptan ve diğer gemi adamları tarafından uygulanması[78] suretiyle ulaşılabilecektir. Dolayısıyla TTK m. 1131/1'de ifade edilen ticari yönetimin tahsis olunana bıra-

heyeti, kaptanın bu hareketinin ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara itaatsizlik teşkil ettiğine karar vermiş, Ticaret Mahkemesi (1. Derece Mahkemesi - *Queen's Bench Division of the High Court of Justice, Commercial Court*) ve İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*) ise kaptanın kararının geminin güvenliğine ilişkin olarak verilmiş olması itibarıyla teknik yönetim ile alakalı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkemece; kaptanın denizciliğe ilişkin mesleki deneyimi kapsamında olan, özellikle gemiyi, mürettebatı veya yükü tehlikeye atacak durumların söz konusu olduğu hâller dışında tahsis olunanın gemiden ticari olarak yararlanma hakkını kullanmasının sağlanması gerektiği (s. 152, Lord Bingham); belirtilen tehlikeli hâllerin karara konu olayda bulunmadığı (s. 160, Lord Hobhouse); kaptanın seçtiği güzergâhın o limana ulaşım bakımından olağan / kullanılagelen bir güzergâh olduğuna ilişkin bir kanıtın mevcut bulunmadığı, tahsis olunanın önerdiği güzergâhın ise olağan bir güzergâh olduğu (s. 157, Lord Hobhouse) gerekçelerine dayanılarak, tahsis olunanın talimatının ticari yönetim kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve kaptanın hareketinin ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara itaatsizlik teşkil ettiğine karar verilmiştir.

74 Bkz. NYPE 2015, m. 8(a) "*The Master ... shall be under the orders and directions of the Charterers as regards employment and agency*".

75 ÜLGENER, 2016, s. 156 ("Geminin ticari fonksiyonlarının devri *"employment ... clause"*").

76 Kararname m. 7 uyarınca tahsis eden, yolculuk çarteri sözleşmesinde geminin hem teknik hem de ticari yönetimini muhafaza etmektedir.

77 Bkz. REMOND-GOUILLOUD, 1993, s. 311.

78 TTK m. 1134/2; NYPE 2015, m. 8(a).

kılması, sadece ticari yönetimin devredilmesi anlamında değil, aynı zamanda bu devir sonrasında sözleşme süresi boyunca ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara uyulmasını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır[79]. Ticari yönetime ilişkin talimatlara uyma borcu tahsis edenin borcu olup, kaptan, bu borcun ifasına yardımcı olması itibarıyla tahsis edenin ifa yardımcısı olarak kabul edilebilir[80]. Hukuki nitelendirme yapılırken, gerçekte iş gören kimsenin tahsis eden ve tahsis olunan ile olan ilişkisi değil, tahsis edenin tahsis olunana karşı olan borcu göz önünde bulundurulmalı ve tahsis edenin ticari yönetimin devri ve talimatlara uyma borcunun asli edim yükümlülüğü teşkil edip etmediği belirlenmelidir.

TTK'da zikredilen bu borcun kapsamı ve niteliğinin belirlenmesinde, Fransız Kanunu m. 7'de anılan "tahsis" kavramı ile bu hukuk uyarınca zaman çarteri sözleşmesinin bir tür "gemi tahsisi sözleşmesi" olması itibarıyla bu kavramın incelenmesi yol gösterici olacaktır. Tahsis, aşağıda değinildiği üzere geminin ticari kapasitesinin kullandırılması anlamına geldiğinden[81], bu tür kullandırmanın, kullandırma ve yararlandırma amacını güden bir sözleşmenin esaslı unsuru olarak mı kabul edilmesi gerektiği, yoksa (veya buna ek olarak) bu borcun gemi adamlarının ifasına yardımcı olduğu bir tür iş görme borcu mu olduğu üzerinde durulmalıdır[82]. Ayrıca kullandırmanın yük taşınması amacıyla yapılmasının yük taşıma taahhüdü sayılıp sayılamayacağı irdelenmelidir.

aa. Mehaz Fransız Hukuku Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Dayanakları Uyarınca "Tahsis" (*Affrètement*) Kavramı ve "Gemi Tahsisi Sözleşmeleri" (*Contrats d'Affrètement)*

Tahsis (a*ffrètement*)[83], gemi tahsisi sözleşmelerinin temelinde yer alan bir kavramdır. Geminin kullandırılması ile alakalı olarak genel bir çerçeve çizen bu kavram, Fransız hukuku düzenlemelerinde tanımlanan bir terim

---

79 Ticari yönetimin devrinin, ticari yönetim uyarınca verilen kararlara uyulmasını ifade ettiği hakkında bkz. YAZICIOĞLU, 2022, s. 326.

80 Kaptan ve diğer gemi adamlarının tahsis edenin yardımcı şahsı/ifa yardımcısı ("Erfüllungsgehilfe") olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunun TTK'da cevap bulmadığına işaret eden bir eser için bkz. ÜNAN, 2012b, s. 31. Bu hususa aşağıda II.2.B bölümünde değinilmiştir.

81 "Tahsis" ifadesi, yolculuk çarterinin tarif edildiği TTK m. 1138/1(a)'da da mevcuttur. Bu unsurun, "çarter sözleşmelerinin ayırt edilmesinde kullanılan genel-geçer bir kriter" olduğu ve kapsamının belirlenmesinde tarafların iradesine bakılması gerektiği hakkında sırasıyla bkz. SÖZER, 2018, s. 72 ve 73. "*Charter*" kelimesinin "en geniş anlamda tahsis anlamına geliyor" olduğu hakkında bkz. SÖZER, 2018, s. 96 ("Bildiriye İlişkin Tartışmalar" bölümünde Prof. Dr. Hakan Karan tarafından ifade edilen görüş).

82 Zaman çarteri sözleşmesi ile, donatanın çarterere hem gemisini tahsis etmeyi hem de gemi adamlarının hizmetlerini vaat ettiğine ilişkin olarak bkz. ÜLGENER, 2016, s. 159.

83 "*Affrètement"* terimi, deniz ticaretinde bir geminin tahsis edilmesi anlamına gelirken, *"mise à disposition"* daha genel anlamda tahsis etmeyi ifade etmektedir.

olmaması itibarıyla[84], farklı hukuki kavramlara benzetilmektedir[85]. Terimin manasına ilişkin belirsizlikler bir yana, birçok durumda tahsis, esasen bir şeyin "kullanımına izin verilmesi" (*autorisation d'utilisation*) hâlidir[86]. Bu anlamda kullanıma izin verilmesi, zaman çarteri sözleşmesi dahil birçok farklı türde sözleşmenin tanımında bulunmakta[87], kullanıma izin verilmesine ilişkin koşullar bir sözleşmeden diğerine değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda zaman çarteri sözleşmesi uyarınca geminin tahsis edilmesi, geminin ticari yönden tahsis olunan tarafından kullanımına izin verilmesi olarak anlaşılmalıdır. Ancak kullanıma izin verilmesi (kullandırma) olgusu, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır. Çünkü kullandırma, gemi kirasında geminin belirli bir süre kullanılması amacıyla kiracıya teslimi hâlinde söz konusu olabileceği gibi[88], zaman çarteri sözleşmesinde olduğu gibi geminin zilyetliği tahsis olunana geçirilmeksizin sadece ticari yönetimin bırakılması yoluyla da mümkün olabilir. O nedenle sözleşme ile ne tür bir kullanım öngörüldüğü ve bu kullanımın nasıl gerçekleştiği, sözleşmenin nitelendirilmesinde önem taşımaktadır.

Fransız hukukuna ilişkin bazı kaynaklarda, gemi tahsisinin, ticari gemilerin en eski kullanım türü olduğu[89] ifade edilmiştir. Modern Fransız hukukunda bir tür gemi tahsisi sözleşmesi[90] olarak düzenlenen zaman çarteri söz-

---

84 Bu terimin kanun koyucu tarafından tanımlanmadığı hakkında bkz. COUDERT, 2016, s. 27, para. 32.

85 "Tahsis" (*mise à disposition*) ifadesinin hangi kavramlar ile benzerlik gösterdiği hakkında bkz. COUDERT, 2016, s. 40, para. 54.

86 COUDERT, 2016, s. 43, para. 61.

87 Örneğin bkz. Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) m. 1709'da düzenlenen mal kirası sözleşmesi (*louage des choses*).

88 TTK m. 1119 ve m. 1123.

89 VIALARD Antoine, **Droit Maritime**, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, s. 331.

90 "Gemi tahsisi sözleşmeleri" kavramı Türk hukuku öğretisinde de yer bulmuştur. Bu tür sözleşmelerin "*doğrudan doğruya belirli bir yükün taşınmasının ... değil, yük taşınması için belirli bir hacmin tahsis edildiği*" sözleşmeler olduğu yönünde bkz. ÜLGENER Fehmi, "Gemi Tahsis Sözleşmelerinin Hukuki Mahiyetleri ve Tarafların Vasıfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının İncelenmesi" ("Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumu"nda Verilen Tebliğlerin Özetleri, IV. Tebliğ), **Deniz Hukuku Dergisi**, 3-4, 1996, ss. 53-55, s. 54. Hukuki nitelik açısından deniz ticareti sözleşmelerinin gemi kirası sözleşmesi ve bir eser sözleşmesi türü olan navlun sözleşmesi olarak ikiye ayrıldığı, navlun sözleşmesinin ise kendi içinde kırkambar sözleşmesi ve çarter sözleşmesi, çarter sözleşmesinin de zaman çarteri sözleşmesi ve sefer çarteri sözleşmesi olarak ayrıldığı eserler için bkz. ÜLGENER, 2016, s. 1; ÜLGENER, 2017, s. 2. Yine aynı eserlerde sözleşmeler "ulaşılan fiili sonuç" bakımından kırkambar sözleşmeleri ve gemi tahsisi sözleşmeleri olarak sınıflandırılmış, gemi tahsisi sözleşmelerinin doğrudan doğruya geminin taşıma kapasitesinin gemi kirası sözleşmesi ve çarter sözleşmesi tahtında tahsis edildiği ve yükün ferdileştirilmediği sözleşmeleri ifade ettiği belirtilmiştir, bkz. sırasıyla s. 31 ve 2.

leşmesinin, 19. yüzyılın ilk yarısında "çıplak gemi kirası sözleşmesi" olarak bilindiği, bu nedenle de günümüzde kullanılan zaman çarteri matbu sözleşmelerindeki "kira" (*hire*), "teslim" (*delivery*) gibi kelimelerin o dönemin etkilerini taşıdığı belirtilmiştir[91]. Zaman çarteri sözleşmesi, Fransız hukuku mevzuatında açıkça 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda, gemi tahsisi sözleşmelerinin bir türü olarak ve navlun sözleşmelerinden ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bu kanun uygulanmadan önce yürürlükte olan 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu (*Code de Commerce*), 1681 tarihli ve o dönemin en önemli deniz hukuku düzenlemelerinden biri olan *Ordonnance de la Marine* ile önemli benzerlikler göstermekteydi. 1807 tarihli Kanun, gemilerin "kullanımının bırakılması"na ilişkin olan ("*toute convention pour louage d'un vaisseau*") ve "çarterparti" (*charte-partie*) veya "gemi tahsisi" (*affrètement* veya *nolissement*) olarak adlandırılan sözleşmelerin[92] yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemiştir[93]. Kanun'da ayrıca, sözleşmede geminin tamamının mı yoksa bir bölümünün mü tahsis edildiğinin belirtilmesinin gerektiği[94] ve geminin kullanımının aylık olarak bırakılması durumunda ücretin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı[95] hükme bağlanmıştır. Kanun'un

---

91 *Sea & Land Securities Ltd v William Dickinson & Co Ltd* [1942] 2 KB 65 (Court of Appeal - İstinaf Mahkemesi) "*A time charter-party is, in fact, a document which is of a very misleading nature, because the real nature of what is undertaken by the shipowner is disguised by the use of language dating from a century or more ago- language which was then appropriate to a contract of a totally different character. A century ago a time charter-party, then known as a demise charter-party, was an agreement under which the charterer was handed over the possession of the ship of the shipowner to put his servants and crew upon her and to sail her for his own benefit... certain phrases surviving in the printed form now used are only pertinent to the older form of demise charter-party*." (s. 162, MacKinnon LJ).

92 1681 tarihli düzenlemede yer alan deniz ticareti sözleşmelerine ilişkin 3. Kitap'ta m. 1 "*Toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée Charte-partie, Affrètement ou nolissement, sera rédigée par écrit, & passée entre le Marchand & le Maitre ou les Propriétaires du Batiment*" hükmünü sevk etmiştir. Hükme ilişkin şerhte, çarterparti, *affrètement* ve *nolissement* (gemi tahsisi) kelimelerinin eş anlamlı olduğu ve geminin kullanımının bırakılmasını (*louage*) kastettiği; *affrètement* kelimesinin okyanus suları, *nolissement* kelimesinin ise Akdeniz sularında seyredecek gemilerin kullanımının bırakılmasına ilişkin olduğu belirtilmiştir, bkz. COLBERT Jean-Baptiste, **Ordonnance de la Marine du Mois d'Aoust 1681, Commentée et Conférée sur les Anciennes Ordonnances, le Droit Romain et les Nouveaux Reglemens**, Charles Osmont, 1714 https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95955s/f2.item (Erişim tarihi: 23.01.2023), s. 187.

93 Bkz. m. 273. Ayrıca bkz. m. 273-280 (gemi tahsisine ilişkin hükümler; m. 275 geminin aylık olarak tahsisinde ücretin, sözleşmede hüküm yoksa, hangi tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini düzenlemektedir), m. 286 (ücret (*frêt*) - bu maddede ücret, geminin kullandırılması durumunda ödenecek ücret olarak ifade edilmektedir).

94 m. 273. Bu konu hakkında bkz. DELEBECQUE, 2020, s. 479.

95 m. 275.

sadece yolculuk çarteri sözleşmelerine ilişkin hükümler içerdiği ve zaman çarteri sözleşmesinin sonradan ortaya çıktığı belirtilmiştir[96].

Gemi tahsisi, önceki asırlarda geminin tamamının tahsisi (*affrètement total*) ve bir bölümünün tahsisi (*affrètement partiel*) olarak ikiye ayrılmakta, sözleşmelerin hukuki niteliklerine ilişkin öne sürülen görüşler de zaman zaman bu ayrımı esas almaktaydı. Fransız hukuku uyarınca navlun sözleşmeleri (kırkambar sözleşmeleri), 1966 tarihli kanun öncesinde, doktrinde, kısmi tahsis sözleşmeleri olarak değerlendirilmiş[97], bunun gerekçesinin Roma hukukunda kabul edilen görüşler olduğu ileri sürülmüştür[98]. Roma hukukunda mal (ayın) kirası sözleşmesi (*locatio conductio rei*), hizmet kirası (hizmet) sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) ve bir eserin meydana getirilmesine ilişkin kira (eser) sözleşmesi (*locatio conductio operis*), "locatio conductio"[99] adı verilen kira sözleşmesi kapsamında yer almaktaydı[100]. Bu hukuk uyarınca kurulan mal kirası (*locatio conductio rei*) sözleşmesinde kiracı kiralanan şeyi kullanma ve o şey üzerinde hakimiyet kurma, hizmet sözleşmesinde bir taraf hizmet sunarken diğer tarafın bu hizmeti kullanma (veya bu hizmetten yararlanma), eser sözleşmesinde ise eserin meydana getirilmesi için talepte bulunan tarafın, eser meydana getirmeyi üstlenen tarafa belirli bir görev tevdi ettiği belirtilmektedir[101]. Hizmet sözleşmesi ge-

---

96 DELEBECQUE, 2020, s. 479.

97 DAUVILLIER Jean, "Le Contrat d'Affrètement dans le Droit de l'Antiquité"**, Mélanges offerts à Jacques Maury,** Tome II, Librarie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, ss. 97-110, s. 103, dn. 33.

98 DAUVILLIER, 1960, s. 103.

99 Bu sözleşmenin Türkçe karşılığını vermenin güçlüğü hakkında bkz. RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 101. Bu sözleşmelerin gemilerin kullanımı bakımından sınıflandırıldığı ve tanımlandığı bir eser için bkz. ARNOULD Joseph, **A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average: With References to the American Cases, and the Later Continental Authorities**, Volume II, W. Benning and Co., London, 1848, s. 834. Yazar, çartererin yüklerinin gemide taşınmasına ilişkin olan "*locatio operis vehendarum mercium*" (eser sözleşmesi), geminin yeterli donanıma sahip olarak (gemi adamları dahil) kullanımının bırakılmasına ilişkin olan "*locatio navis et operarum magistri*" (gemi adamlarının hizmetini içeren gemi kirası) ve son olarak geminin mürettebatsız şekilde çıplak olarak kiralanması konulu "*locatio navis*" (çıplak gemi kirası) sözleşmelerden bahsetmektedir. Bu ayrım, 1857 ve 1981 tarihli birer İngiliz ilk derece mahkemesi kararında da bulunmaktadır (bkz. *Schuster v. McKellar* (1857) 7 EL. & BL. 705, s. 723-724; *Shell International Petroleum Co Ltd. v Caryl Antony Vaughan Gibbs (The Salem)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 316, s. 325).

100 KOSCHAKER Paul / AYİTER Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 237-238.

101 ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, 1st edition, reprinted, Juta & Co. Ltd, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1992, s. 339 (serbest tercüme yapılmıştır).

reği sunulan hizmetin (*operae*) belirli bir sonuç taahhüdü (*opus*) içermediği, böyle bir taahhüt içermesi durumunda ilgili sözleşmenin eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) olarak kabul edildiği ifade edilmiştir[102]. Klasik dönem Roma hukukçuları kısmi tahsisi ekseriyetle bir tür navlun sözleşmesi (*contrat de transport*) ve dolayısıyla da eser sözleşmesi olarak kabul etmiş olup[103], 1966 tarihli Kanun öncesinde kaleme alınan eserlerde bu görüşün izleri bulunmaktadır[104]. 1966 tarihli Kanun'da sadece kırkambar sözleşmelerini içeren navlun sözleşmelerinin gemi tahsisi sözleşmelerinden ayrı olarak düzenlenmesi, bu görüş ile ilişkilendirilebilir.

Roma hukukunda, geminin tamamının tahsis edilmesi durumunda gemi tahsisi için yapılan sözleşmenin mal kirası sözleşmesi (*locatio conductio rei*) olarak kabul edildiği ifade edilmiştir[105]. Orta Çağ'da da bu görüşün mevcut olmasının nedeninin, tacirlerin yükleriyle birlikte gemiye binmeleri ve yüklere varma limanına kadar eşlik etmeleri[106] olduğu ileri sürülebilir. Zira tüccarın gemide yükü ile birlikte yer alması, kimi yazarlara göre[107] gerçekten de tüccarın gemiyi "kiraladığı" izlenimini uyandırmaktadır[108]. Gemi tahsisinin yirminci yüzyıl öncesinde ise bir tür "mal kirası" (*louage de chose*) olarak kabul edilmesinin esas nedeninin 1681 tarihli ve o dönemin en önemli deniz hukuku düzenlemelerinden biri olan *Ordonnance de la Marine* olduğu ileri sürülmüş[109], zaman çarteri sözleşmesi özelinde ise bu sözleşmenin gemi

---

[102] ZIMMERMANN, 1992, s. 384.

[103] DAUVILLIER, 1960, s. 103.

[104] DAUVILLIER, 1960, s. 103.

[105] DAUVILLIER, 1960, s. 102. Roma hukukunda kiracı, kira sözleşmesi sonucunda elde ettiği şeyin zilyedi olmamaktaydı, RADO, 2014, s. 104. Bu kimse, ilgili şeyin sadece "*detentor*"u ("vaziülyedi", bkz. KOSCHAKER / AYİTER, 1977, s. 129) olup zilyedin sahip olduğu haklara sahip değildi, s. 104. Roma İmparatorluğu döneminde, geminin tamamının tahsisinin ayın (mal) kirası olarak değerlendirilmesi ve gemi adamlarının hizmetlerinin sunulmasının sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde bir rol oynamamasının nedeninin, gemi adamlarının köle olmaları nedeniyle "mal" statüsünde bulunmaları ve hizmetlerinin sunulmasının da bir tür mal kirası teşkil etmesi olduğu yönündeki doktriner görüşten bahseden bir eser için bkz. MAGNENAT Henri, **Essai sur la Nature Juridique du Contrat d'Affrètement: Contribution à une Etude de Droit Comparé**, Impr. de l'Ere nouvelle, Lausanne, 1948, s. 167.

[106] MAGNENAT, 1948, s. 53. Bu dönemde tüccarın sefere katılarak donatanın faaliyetine iştirak ettiği hakkında ayrıca bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 3.

[107] MAGNENAT, 1948, s. 53.

[108] Yazar, "kiralama" teriminin (*louer*), teknik anlamda "kira" olarak kullanılmadığını belirtmektedir, s. 53.

[109] MAGNENAT, 1948, s. 65.

adamları tarafından hizmet sunulmasının taahhüt edildiği ve geminin kiralanmadan tahsis edildiği bir sözleşme olduğu vurgulanmıştır[110].

Zaman çarteri sözleşmesi, geminin tamamının tahsis edildiği bir sözleşme olması itibarıyla geminin, zilyetliği geçirilmeden, tahsis olunana kullandırılmasını gerektirmektedir. Ancak bu kullandırma, aşağıda görüleceği üzere, günümüzde ve Türk hukuku uyarınca bir tür kira sözleşmesi (*locatio conductio rei*) tahtında cereyan etmemektedir. Zira Türk hukuku uyarınca kira sözleşmelerinde bir şeyin kullandırılabilmesi için, o şeyin kullanana teslimi gerekmektedir. Bununla birlikte, gemi tahsis sözleşmelerinin kullandırma/kullanıma izin verme yükümlülükleri barındırdığı görüşü, kullandırma amacı güden sözleşmeler yönünden aşağıda incelenecektir. Kullandırma, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve tahsis olunanın ticari talimatlarına uyulması suretiyle gerçekleştiğinden, bu borç devir borcu doğuran sözleşmeler bakımından irdelenecektir.

bb. Geminin Ticari Kapasitesinin Kullandırılmasının Kullandırma Amacı Güden ve Devir Borcu Doğuran Sözleşmeler Yönünden İncelenmesi

Türk hukuku öğretisinde bir görüş, zaman çarteri sözleşmesinin bir tür kira sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerken[111], diğer bir görüş ise bu sözleşmenin kira sözleşmesi niteliğinde olmadığı yönündedir[112].

---

110 MAGNENAT, 1948, s. 170.

111 "*Zaman çarterinde geminin maliki (veya gemi işletme müteahhidi) geminin yüke ait yerlerine ilişkin yararlanma hakkını (kullanma hakkını) çarterere devrettiği için*" bu sözleşmenin gemi kirası teşkil ettiği ifade edilmiştir, bkz. KANER, 2021, s. 305-306. Ancak zaman çarteri sözleşmesinin, hukuk politikası uyarınca, TTK'da olduğu gibi gemi kira sözleşmesine uygulanan hükümlerden ayrı bir bölümde düzenlenebileceği belirtilmiştir (s. 306). Alman hukukunda zaman çarteri sözleşmesinin bir tür kira sözleşmesi olduğuna ilişkin belirtilen görüşler için ayrıca bkz. ÜLGENER, 2007, s. 355. "*Hukuki niteliğini belirleyen ve onu diğer sözleşme ilişkilerinden ayıran asıl borcun, teknik ve seyir yönetimine bağlanan işleri özenle yapma borcu olduğu*" ve "*Türk hukukunda özen borcunu konu alan sözleşmenin vekâlet olması karşısında, tarafların kira veya "taşıma sözleşmesi" yapmak hususunda anlaşmış olmaları dışında, zaman çarteri sözleşmesinin hukuken 'vekâlet sözleşmesi' niteliğinde sayılması gerektiği*" hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 66 (vurgu yazar tarafından yapılmıştır). Belirtmek gerekir ki bu görüş, 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce kaleme alınan bir eserde zikredilmiştir.

112 ÜLGENER Fehmi, "Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıtanın Taşıyana Karşı Olan Yükümlülükleri", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, ss. 599-638, s. 627. Ayrıca zaman çarteri sözleşmesinin, "gemi adamlarının hizmetlerinin sağlanması taahhüdü ile birleşik kira akdi olduğu görüşü"nün yerinde olmadığı hakkında bkz. ÜLGENER, 2007, s. 362; ÜLGENER, 2017, s. 27. İngiliz hukuku uyarınca zaman çarteri sözleşmesinin bir tür kira sözleşmesi olmadığı, geminin zilyetliğinin tahsis olunana devredilmediği yönünde bkz. COGHLIN Terence / BAKER Andrew / KENNY Julian, vd., **Time Charters**, 7th edition, Informa Law from Routledge, 2014, para. I.5; ÜLGENER, 2007, s. 360.

Türk hukukunda bir kimseye bir şeyin kullanılmasının veya kullanılan şeyden yararlanılmasının bırakıldığı ve bunun karşılığında kira bedelinin ödenmesinin üstlenildiği sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu (TBK)[113] m. 299 uyarınca kira sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu tür sözleşmelerde kiraya verenin kiralanan şeyi teslim borcu bulunmakta (TBK m. 301) ve kullanma ile, kiracı kiralanan üzerinde fer'i ve doğrudan zilyet olmaktadır[114]. TBK'da düzenlenen ve bir şeyin kullandırılmasının taahhüt edildiği diğer isimli sözleşmelerde de kullandırmayı taahhüt eden tarafın kullandırmayı taahhüt ettiği şeyi teslim borcu olduğu dikkat çekmektedir[115]. Oysaki zaman çarteri sözleşmesinde gemi, zilyetliği devredilmeksizin, sadece *ticari yönden* kullandırılmaktadır[116]. Geminin tahsisi, bu bağlamda, geminin kapasitesinin kullanımına ilişkin verilen talimatlara (örneğin yük taşınması) uygun hareket edilmesi suretiyle gemiyi kullandırma anlamına gelmektedir ve bu unsur olmadan, geminin zaman çarteri sözleşmesi uyarınca kullandırılması mümkün değildir[117].

---

[113] RG T: 04.02.2011, Sayı: 27836.

[114] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 322, para.1068.

[115] TBK m. 360 (ürün kirası), TBK m. 379 (bu hüküm kullanım ödüncünde ödünç verilen şeyin kullanılması sonrasında geri verilmesi gerekliliğini düzenlemektedir. Ayrıca bu sözleşme türünde ödünç verenin en önemli borcunun malın kullanımının karşı tarafa herhangi bir karşılık olmaksızın devri ve malı o kimsenin zilyetliğinde bulundurma olduğu hakkında bkz. EREN, 2019, s. 497, para. 1668), m. 386 (tüketim ödüncünde ödünç alana devir ve ödünç verilenin iadesi düzenlenmektedir).

[116] Zaman çarteri sözleşmesi bu yönden gemi kira sözleşmesinden ayrışmaktadır. Gemi kira sözleşmesinde geminin zilyetliğinin kiracıya geçmesiyle birlikte teknik ve ticari yönetiminin de devredildiği yönünde bkz. ÜLGENER, 2017, s. 34; ALGANTÜRK LIGHT Didem, "CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Bareboat Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 8, 2005, ss. 149-172, s. 153 (çıplak gemi kirasına ilişkin).

[117] TTK m. 1136/1, tahsis ücretinin, geminin *ticari yönetiminin fiilen tahsis olunana bırakıldığı* günden başlamak üzere ödendiğini hükme bağlamaktadır. 1136. maddenin 1. ve 2. fıkraları, 1966 tarihli Fransız Kararnamesinin 23. ve 24. maddelerinden alınmıştır. Kararnamenin 23. maddesinde, tahsis ücretinin, geminin tahsis olunana *tahsis edildiği* günden başlamak üzere aylık olarak ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun TTK m. 1136'ya ilişkin iradesinin, tahsis kavramını ticari yönetimin devri (ve geminin ticari yönden kullandırılması) ile eşdeğer görme yönünde olduğu gözlemlenmektedir. Zira tahsis ücreti, ticari yönetimin devri ile işlemeye başlayacak ve geminin ticari yönden kullanılabildiği süre boyunca işlemeye devam edecektir. Öğretide, geminin ticari fonksiyonlarının devrinin geminin tahsisi anlamına geldiğinin ifade edildiği bir eser için bkz. ÜLGENER, 2016, s. 157. Geminin tahsisinin, geminin gideceği limanlar ve taşıyacağı yüklere ilişkin olarak tahsis olunanın talimat verebileceği anlamına geldiği hakkında bkz. BAATZ Yvonne, "Charterparties", **Maritime Law**, BAATZ Yvonne (Editör), 5. Bası, Informa Law from Routledge, 2020, ss. 128-195, s. 162.

Tahsis olunanın ticari talimatları, tahsis edenin tahsis konusu gemide istihdam ettiği gemi adamları ve diğer ifa yardımcıları vasıtasıyla yerine getirileceğinden, *ticari yönden* kullandırma, tahsis olunanın talimatlarına gemi adamları ve tahsis edenin diğer ifa yardımcıları tarafından da riayet edilmesini içermelidir. Dolayısıyla kullandırma borcu doğuran bir sözleşmedeki gibi zilyetliğin tahsis olunana devredildiği bir kullandırma, zaman çarteri sözleşmelerinde söz konusu değildir. Ticari talimatlara uyma borcunun ifa edilmediği durumda, borcun ifa edilmediği süre boyunca gemi ticari olarak kullanılamadığından tahsis olunanın ücret ödeme borcu da doğmayacaktır.

Devir borcu doğuran sözleşmeler, bir şey veya hakkı karşı tarafa geçirme borcunun üstlenildiği sözleşmelerdir (örneğin satış, bağışlama ve mal değişim sözleşmeleri)[118]. Devir borcu doğuran sözleşmelerde bir şey veya hakkın karşı tarafa geçirilmesi için ayrıca bir tasarruf işlemi yapılması gerektiğinden[119] ve zaman çarteri sözleşmesinde ise böyle bir işlem söz konusu olmadığından, bu sözleşme, devir borcu doğuran bir sözleşme olarak vasıflandırılamayacaktır.

cc. Geminin Yük Taşınması Amacıyla Kullandırılması

Zaman çarteri sözleşmeleri çoğunlukla deniz yolu ile yük taşınması amacıyla akdedilmektedir. O kadar ki, bazı hukuk sistemlerinde zaman çarteri sözleşmelerinin tanımında dahi deniz yolu ile yük taşınması unsurunun yer aldığı görülmektedir[120]. Yük taşınmasında yolculuk çarteri sözleşmeleri yerine zaman çarteri sözleşmelerinin tercih edilmesi çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Örneğin, tahsis olunanın üçüncü kişilere verdiği taşıma taahhüdünün ifası için tahsis eden ile akdedilen zaman çarteri sözleşmeleri ba-

---

[118] EREN, 2019, s. 21, para. 66-67.

[119] EREN, 2019, s. 21, para. 66.

[120] Yolcu ve yük taşıma unsurlarının zikredildiği bir hüküm için bkz. Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 557; Alman Ticaret Kanunu'nda zaman çarteri sözleşmesi, denizde eşya taşıma sözleşmelerini düzenleyen bölüm altında düzenlenmemiştir. Özellikle yük taşıma unsuruna yer veren bir hüküm için bkz. Hollanda Medeni Kanunu, 8. Kitap, m. 373/1 ((“*A time or a voyage-charter within the meaning of this section is a contract of carriage of goods whereby the carrier binds himself to carriage on board a vessel which he puts at the disposal of the consignor for that purpose, other than by way of a bare-boat charter, in whole or in part, and whether or not on a time basis (time or voyage-chartering)*”. Vurgu, yazar tarafından yapılmıştır. Tercüme için bkz. HAANAPPEL / MACKAAY, 1995, s. 86-87, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1778425 (Erişim tarihi: 23.01.2023); benzer bir tercüme için bkz. http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook088.htm (Erişim tarihi: 23.01.2023)). Ayrıca Norveç Deniz Ticareti Kanunu'nda, tahsis eden, “zaman çarteri taşıyanı” (“time carrier”, m. 372) olarak anılmaktadır, bkz. SOLVANG, 2014, s. 161.

kımından, tahsis süresi boyunca tek sözleşme ile farklı yerlere yük taşınması söz konusu olabilecek, tahsis olunanın her seferinde ayrı bir yolculuk çarteri sözleşmesi akdetmesine gerek olmayacaktır. Tahsis eden açısından ise, özellikle uzun süreli zaman çarteri sözleşmeleri, geminin ticari yönden kullanılabilir olduğu süre boyunca tahsis ücreti ödenecek olması nedeniyle bir güvence teşkil edecektir[121].

Zaman çarteri sözleşmeleri kapsamında yük taşınması hem uygulamada sıklıkla görülmekte hem de çeşitli ülkelerin hukuki düzenlemelerinde yer almakta iken, TTK'nın zaman çarteri sözleşmesinin tanımlandığı 1131. maddesinde yük taşınmasından söz edilmemektedir. Hatta tanım hükmünün gerekçesinde, tahsis edenin tahsis olunana karşı yük taşıma taahhüdünün bulunmaması itibarıyla bu sözleşmenin bir navlun sözleşmesi sayılamayacağı da belirtilmiştir[122]. Öğretide ise, 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra kaleme alınan bir eserde, TTK m. 1131'de yer alan tanım ve zaman çarteri sözleşmesine uygulanan diğer hükümlerden de hareketle tahsis edenin esasen bir sonuç meydana getirmesi gerektiğinin anlaşıldığı, navlun sözleşmesinin de bir tür eser sözleşmesi olması sebebiyle, zaman çarteri sözleşmesi ile navlun sözleşmesi arasında bir fark bulunmadığı ileri sürülmüştür[123]. Birçok eserde, zaman çarteri sözleşmesinin (geminin "*balık avlanması, zemine kablo döşenmesi veya zeminde sondaj yapılması, kurtarma hizmetleri ifa edilmesi*" gibi amaçlar için tahsis edilmesi dışındaki durumlar bakımından[124]) bir tür navlun sözleşmesi olduğu savunulmuştur[125]. Bu sözleşmede

---

[121] EU Report COMP/2006/D2/002 Fearnley Consultants AS, Global Insight & Holman Fenwick & Willan, Legal and Economic Analysis of Tramp Maritime Services, February 2007, https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/tramp_report.pdf (Erişim tarihi: 23.01.2023), s. 38, para. 187; DAVIES Martin / DICKEY Anthony, **Shipping Law**, 4. Bası, Thomson Reuters, 2016, s. 467, para. 14.10.

[122] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (Madde 1131 gerekçesi). TTK'yı hazırlayan komisyonun, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümleri, sözleşmenin bir tür navlun sözleşmesi olmadığı varsayımı ile hazırladığı ve ilgili Fransız Kanunu hükümlerinin "*aynen Türk Ticaret Kanunu'na nakledilmiş*" olduğu hakkında bkz. SÖZER, 2018, s. 98 ("Bildiriye İlişkin Tartışmalar" bölümünde Prof. Dr. Hakan Karan tarafından ifade edilen görüş).

[123] ÜLGENER, 2016, s. 7. Zaman çarteri sözleşmesinin bir nev'i eser sözleşmesi olan navlun sözleşmesinin bir türü olduğu hakkında ayrıca bkz. ÜLGENER, 2000, s. 599; ÜLGENER, 2017, s. 27. TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmaması durumunda eser sözleşmesine (Werkvertrag) ilişkin hükümlerin mi yoksa başka bir sözleşmeye ilişkin hükümlerin mi uygulama alanı bulacağı hususuna ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olabileceğine değinen bir eser için bkz. ÜNAN, 2012b, s. 31-32.

[124] SÖZER, 2022, s. 373.

taşıma taahhüdünün bulunduğu belirtilmiş[126], navlun sözleşmesi olarak nitelendirilemeyen zaman çarteri sözleşmesinin ise tarafların iradeleri uyarınca kira[127] veya eser[128] yahut vekâlet sözleşmesi[129] olarak vasıflandırılmasının mümkün olabileceği vurgulanmıştır. Kanunun, zaman çarteri sözleşmesini, "*ne çoğunluk görüşü ve uluslararası uygulamaya paralel olarak navlun (eşya taşıma) sözleşmesi, ne de azınlık görüşüne uygun olarak gemi kirası olarak*" sınıflandırması, bu sözleşmeye bir tür tahsis sözleşmesi olarak TTK'da yer verilmesi de ayrıca eleştirilmiştir[130].

Mehaz Fransız hukuku uyarınca ise zaman çarteri sözleşmesinin de bir alt türü olduğu gemi tahsisi sözleşmelerinin navlun sözleşmelerinden (*contrat de transport*) farklarının ortaya konulması, zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin anlaşılmasında önemli bir yere sahiptir. Fransız hukuku öğretisinde gemi tahsisi sözleşmelerinin konusunun *yük* değil *gemi* olduğu[131]; bu

---

[125] 6102 sayılı TTK öncesinde bu yönde kaleme alınan bir eser için bkz. ÇAĞA / KENDER, 2006, s. 8; 6102 sayılı TTK sonrasında bu yönde görüşler içeren bazı eserler için bkz. SÖZER, 2018, s. 85; SÖZER, 2022, s. 371; YAZICIOĞLU, 2022, s. 325, dn. 471; ÜLGENER, 2016, s. 10; ÜLGENER, 2007, s. 365 ("*... uluslararası deniz ticareti hukukuna göre zaman çarteri sözleşmesi navlun sözleşmesinin bir alt türü olarak kabul edilmektedir*."). Zaman çarteri sözleşmesinin, sözleşme uyarınca taşınan eşyanın borcun konusuna dahil olmaması sebebiyle (örnek olarak eşyanın zıyaının ifa imkânsızlığına yol açmaması verilmektedir, bkz. dn. 46) ve eşya taşımanın sözleşmenin konusunu değil amacını oluşturması nedeniyle navlun sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. KANER, 2021, s. 305. Ülgener'e göre ise, "*tahsis ilişkisinin hangi amaca yönelik olarak meydana geldiği*" önemlidir, bkz. ÜLGENER, 2007, s. 366.

[126] SÖZER, 2022, s. 372. TTK Tasarısı hükümlerinin "*taşıma taahhüdü unsuruna yer vermemesi itibariyle eksik olduğu*" yönünde bkz. ÇETİNGİL ve diğ., 2006, s. 127. Zaman çarteri sözleşmesinde "*daimi olarak eşya taşıma taahhüdü bulunduğu*", bu sözleşmenin navlun sözleşmesinin bir türü olduğunun en önemli kanıtlarından birinin "*taşıtanın kendine tahsis edilmiş olan taşıma kapasitesinin yine kendine ait olan yükleri taşımak için kullanması*" durumu olduğu, ancak ilgili sözleşmenin "*taşıtanın alt taşıma sözleşmesi yapması halinde*" de navlun sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği, TTK Tasarısı'ndaki düzenin "*yanlış*" olduğu yönünde bkz. ÜLGENER, 2007, s. 354.

[127] SÖZER, 2022, s. 377.

[128] SÖZER, 2018, s. 88; SÖZER, 2022, s. 377.

[129] SÖZER, 2018, s. 88. Ayrıca TTK'nın yürürlüğü öncesinde "*tarafların kira veya "taşıma sözleşmesi" yapmak hususunda anlaşmış olmaları dışında, zaman çarteri sözleşmesinin hukuken 'vekâlet sözleşmesi' niteliğinde sayılması gerektiği*" yönünde ifade edilen görüş hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 66.

[130] ÜLGENER, 2007, s. 365; ÜLGENER, 2016, s. 6-7. Zaman çarteri sözleşmesinin, "*Alman Ticaret Kanunu'nda denizde eşya taşıma sözleşmeleri yerine, gemi tahsis sözleşmeleri başlığı altında"* düzenlendiği ve bu sözleşmenin *"sui generis bir çarter sözleşmesi*" olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. AKSOY, 2015, s. 48-49.

[131] DELEBECQUE, 2020, s. 477; DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 36; REMOND-GOUILLOUD, 1993, s. 298. RODIERE, 1967, s. 53, para. 34'te ise zaman çarteri sözleşme-

tür sözleşmelerde tahsis edenin borcunun sonuç taahhüdü içeren bir borç değil, özen borcu olduğu[132], Fransız hukukunda "*contrat de transport"* (navlun sözleşmesi) olarak ifade edilen ve esasen kırkambar sözleşmelerini ifade eden sözleşmelerde ise taşıyanın bir sonuç meydana getirme taahhüdünde bulunduğu[133] ifade edilmiştir.

Zaman çarteri sözleşmesi uyarınca tahsis olunanın, tahsis edenin gemisinde yük taşınmasını talep etmesi, tahsis edenin ifa yardımcıları tarafından bu talimata uygun şekilde hareket edilmesi ve yükün taşınması, sözleşmenin akdedilme amacının gerçekleştirilmesi anlamına gelmekte ve ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara uyma borcunun ifasının sonucunu teşkil etmektedir. Ancak tahsis eden tarafından sözleşme tahtında yük taşıması yapılması tek başına bu sözleşmenin bir navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu noktada zaman çarteri sözleşmelerinde, navlun sözleşmelerindeki gibi bir yük taşıma taahhüdü bulunup bulunmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir. TTK m. 1131'in gerekçesinde, tahsis edenin tahsis olunana karşı yük taşıma taahhüdünde bulunmadığı, bu taahhüdün ancak tahsis olunan tarafından üçüncü kişilere verilebileceği, bu nedenlerle zaman çarteri sözleşmesinin bir tür navlun sözleşmesi olmadığı ifade edilmiştir[134]. An-

---

sinde sözleşmenin konusunun *gemi* olduğu, yolculuk çarteri sözleşmesi ile ilgili unsurların *gemi ve yük* olduğu, navlun sözleşmesi olarak kabul edilen kırkambar sözleşmesinde ise sözleşme konusunun *yük* olduğu belirtilmiştir.

132 DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 297 ("*obligation de moyens et non pas de résultat*").

133 DELEBECQUE, 2020, s. 477. "*Contrat de transport"* olarak ifade edilen navlun sözleşmesi, bir tür *locatio operis*, yani eser sözleşmesi olarak sınıflandırılmaktadır, bu sözleşme ile taşıyanın belirli bir yükü bir limandan diğer bir limana taşıma taahhüdü altına girdiği belirtilmiştir, bkz. DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 36. Konu ile doğrudan alakalı olmamakla birlikte Fransız hukukunda yolculuk çarteri sözleşmesinin bir tür *contrat de transport* (navlun sözleşmesi) olup olmadığı da öğretide tartışılmıştır, bkz. MONTAS Arnaud, L'Affrètement au Voyage est-il un Contrat de Transport? **Neptunus** (revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes), 16, 1, 2010, ss. 1-6. Bu hukuk uyarınca yolculuk çarteri sözleşmesinde tahsis eden, sadece geminin ilgili yolculuğu gerçekleştirmesi taahhüdü altına girer, yükü varma limanına kadar taşıyıp teslim etme taahhüdü altına girmez. Ayrıca yükün zıyaı, tahsis eden üzerinde olan teknik veya ticari yönetime ilişkin bir nedenden ötürü gerçekleşmediği sürece, kendiliğinden navlun borcuna etki etmez, bkz. PAULIN Christophe, **Droit des Transports**, Litec/LexisNexis, Paris, 2005, s. 288.

134 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (Madde 1131 gerekçesi). Bu görüşün gerekçesi olarak, ticari idarenin tahsis olunana bırakılması nedeniyle, teknik yönetimi elinde bulunduran tahsis edenin taşıma taahhüdünde bulunamayacağı belirtilmiştir, bkz. SÖZER, 2018, s. 96 ("Bildiriye İlişkin Tartışmalar" bölümünde Prof. Dr. Hakan Karan tarafından ifade edilen görüş). Zaman çarteri sözleşmesinin taşıma taahhüdü içermediği yönünde ayrıca bkz. ÖNDER, 2016, s. 101; TOPSOY Fevzi, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 290; tahsis edenin, aldığı talimat gereği, yükü bir limandan diğerine teknik idaresi altında taşıdığı, teknik yö-

cak yük taşıma taahhüdü unsuruna açıkça yer verilmemesi eleştirilmiş, tahsis edenin "*geminin ticari yönetimiyle ilgili olarak kendisine zaman çartereri tarafından verilen talimatı yerine getirdiği (mesela A limanından yüklediği yükü B limanına boşalttığı) takdirde, çarterere olan taşıma taahhüdünü ifa etmiş*" olacağı vurgulanarak TTK m. 1131 gerekçesinde hatalı ifadeler yer aldığı belirtilmiştir[135]. Zaman çarteri sözleşmelerinin çoğunlukla yük taşınması amacıyla yapıldığı aşikardır. Bu kapsamda tahsis edenin, tahsis olunana, ticari talimatlara uyma borcunun ifası kapsamında taşıma taahhüdünde bulunduğu da ileri sürülebilir, ancak bu taahhüdün niteliği navlun sözleşmesinde yer alan taşıma taahhüdünden farklıdır. Zira navlun sözleşmesinde yükün taşınması ve teslimi taahhüdü, eser sözleşmelerinde bulunan *sonuç taahhüdü* ile benzerlik göstermektedir. Eser sözleşmesinde, iş sahibinin bedel ödeme borcu TBK m. 479/I uyarınca eserin teslimi anında, yani eseri meydana getirme borcu altında olan kimsenin eseri teslim etmesi ile muaccel olur. Bu hükmün muadili, navlun alacağının muacceliyetini düzenleyen TTK m. 1197'dir. Bu hükme göre, aksi kararlaştırılmadıkça, navlun alacağı, teslimin istendiği an ve her hâlde boşaltma süresinin sonunda muaccel olur. Yani taşıyanın borcunu ifa etmiş sayılması ve navluna hak kazanması için, taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysaki zaman çarteri sözleşmesinin yük taşınması amacıyla akdedildiği durumlarda, herhangi bir sonuç taahhüdü olmadığından[136], yükler teslim edilmese dahi, tahsis eden tahsis ücretine hak kazanabilecektir. Tahsis edenin ticari talimatlara uyma borcunun ifası, taşıma yapmayı gerektirse dahi, tahsis edenin ücret alacağının doğması sadece geminin ticari anlamda kullanılabilir olmasına bağlıdır. Bu nedenle, zaman çarteri sözleşmelerinde, navlun sözleşmelerinde olduğu gibi taşıma taahhüdünün verildiği kabul edilse dahi[137], bu bir sonuç taahhüdü içermediğinden, sadece taşıma yapma taahhüdünün varlığına dayanılarak ilgili sözleşmenin bir tür navlun sözleşmesi olduğu ileri sürülemeyecektir.

---

netim kapsamında olan bu faaliyetin "*hukuken eşya taşıma taahhüdünün ifası olarak*" kabul edilemeyeceği yönünde bkz. AKSOY, 2015, s. 48.

[135] ÇETİNGİL ve diğ., 2006, s. 123. *"...Donatanın, çartererden aldığı talimat doğrultusunda taşımayı gerçekleştirirken, bunu zaman üzerine çarter sözleşmesinde mevcut bulunan taşıma taahhüdü (borcu) uyarınca yapmadığı düşüncesini benimseme*"nin "*tamamen yapay*" olduğu yönünde bkz. s. 125.

[136] TTK m. 1131'de yer alan tarifin, sözleşmeyi düzenleyen diğer hükümler ile birlikte değerlendirildiğinde "*'tahsis edenin' belirli bir sonucu meydana getirmesine ilişkin bir sonuç doğurmakta"* olduğu hakkında bkz. ÜLGENER, 2007, s. 366.

[137] Deniz yoluyla yük taşıma taahhüdünde bulunulan sözleşmelerin navlun sözleşmesi sayılacağı, TTK m. 1138 lafzından anlaşılmaktadır.

Sözleşme, ister yük taşınması, ister başkaca faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla akdedilsin, ticari yönetim uyarınca verilen kararlara uyulması ve bu surette sözleşmesel amacın gerçekleştirilmesi için tahsis eden ve ifa yardımcıları vasıtasıyla faaliyette bulunulması bir tür *iş görme* olarak değerlendirilmelidir. Türk hukuku bakımından, 6102 sayılı TTK öncesinde, "*zaman çarteri sözleşmesinde borç ilişkisinin çeşidini, hukukî niteliğini belirleyen ve onu diğer sözleşme ilişkilerinden ayıran asıl borcun ..., teknik ve seyir yönetimine bağlanan işleri özenle yapma borcu olduğu... Türk hukukunda özen borcunu konu alan sözleşmenin vekâlet olması karşısında, tarafların kira veya taşıma sözleşmesi yapmak hususunda anlaşmış olmaları dışında, zaman çarteri sözleşmesinin hukuken 'vekâlet sözleşmesi' niteliğinde sayılması gerektiği*"[138] ifade edilmiştir. Ancak bu görüş, sadece teknik yönetim uyarınca sunulan hizmetlerin *iş görme* teşkil ettiğine dayanmakta olup, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ile ilgili herhangi bir değerlendirme içermemekteydi.

Deniz yoluyla yük taşınması amacıyla veya başka bir amaçla akdedilen zaman çarteri sözleşmesinde öne çıkan *iş görme* kavramı, diğer hukuk sistemleri bakımından da yabancı bir kavram değildir. İngiliz hukukunda, öğreti ve yargı kararlarında, zaman çarteri sözleşmesinin yük taşımanın üstlenildiği bir sözleşmeden ziyade, tahsis edenin, çartererin (tahsis olunanın) geminin kullanımına ilişkin kararları vermesini sağladığı bir sözleşme olduğu[139]; bu sözleşmenin bir tür navlun sözleşmesi (*contract of carriage*) sayılmayıp, iş görmeye (*contract for the provision of services*) ilişkin olduğu[140]

---

[138] ÇAKALIR, 1989, s. 66. Bu bağlamda kullanılan "taşıma sözleşmesi" ibaresi, navlun sözleşmesini ifade etmemektedir. Yazar, "*[z]aman çarterinin, mukayeseli hukukta görüldüğü üzere geniş anlamda navlun sözleşmelerinden olduğu, gemi kiralama ve taşıma sözleşmesinden ayırdedilmesi gerektiği, taşıma ve istisna sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi TK.nun 1016. m.sinde tanımlanan 'navlun sözleşmesi' hükümlerinin, özellikle taşıma taahhüdü öngörülerek sevkedilmiş hükümlerin uygulanmasına elvermediği*" görüşündedir, bkz. s. 62.

[139] ROGERS Anthony / CHUAH Jason / DOCKRAY Martin, **Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea**, 5. Bası, Routledge, 2020, s. 173 "*Strictly speaking, the letting of vessels on time charters is not carriage of goods... The owner does not agree to carry cargo; rather, it allows the charterer to make its own decisions about the use of the vessel*".

[140] COGHLIN ve diğ., 2014, para. I.22 "*For a time charter, which is a contract for the provision of services...*", ayrıca bkz. EDER Bernard / BENNETT Howard / BERRY Steven, vd., **Scrutton on Charterparties and Bills of Lading**, 23rd edition, Sweet & Maxwell, 2015, s. 425, para. 17-001 "*A time charter is strictly speaking not a contract of carriage but a contract of hire and services*". *Sea & Land Securities Ltd v William Dickinson & Co Ltd* [1942] 2 KB 65 (Court of Appeal - İstinaf Mahkemesi) kararında günümüzde kullanılan zaman çarteri matbu sözleşmeleri ile, belirli bir süre boyunca tahsis edenin gemi adamları aracılığıyla tahsis olunan tarafından verilen yükün taşınması için belirli işlerin görüldüğü

ifade edilmiştir. Uluslararası kurumlar tarafından büyük ölçüde İngiliz hukuku temel alınarak hazırlanan ve yayımlanan bazı raporlarda da bu görüşün yer aldığı gözlenmektedir[141].

Zaman çarteri sözleşmesinin, iş görme sözleşmeleri (*contract for the provision of services*) ve yük taşıma sözleşmeleri (*contract for the carriage of goods*) sınıflandırmalarından hangisine girdiği hususu, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda uygulama alanı bulacak kanunlar ihtilafı hükümlerinin tespiti bakımından da önem arz etmektedir. Avrupa Birliği'nde uygulanmakta olan Sözleşmeden Doğan

(s. 162, MacKinnon LJ) ve bu sözleşmenin esasen tahsis edenin çarterere karşı belirli bir süre boyunca iş görmeyi üstlendiği bir sözleşme olduğu (s. 163, MacKinnon LJ, "*it is a contract that the shipowners during a certain period of time agree to perform certain services for the charterers"*) ifade edilmiştir. Benzer şekilde, *Hyundai Merchant Marine Co Ltd v Gesuri Chartering Co Ltd (The Peonia)* [1991] 1 Lloyd's Rep 100 (Court of Appeal - İstinaf Mahkemesi) kararında yukarıda açıklanan 1942 tarihli İstinaf Mahkemesi kararına atıf yapılmış ve zaman çarteri sözleşmesinin gemi adamları aracılığıyla tahsis olunan tarafından verilen yükün taşınması amacıyla iş görüldüğü bir sözleşme olduğu yinelenmiş, geminin hangi amaçla kullanılacağına çartererin karar vereceği ifade edilmiştir (s. 107, Bingham LJ). Zaman çarteri sözleşmesinin, tahsis edenin, kendi gemi adamlarının çartererin taşınacak yüklere ve yapılacak yolculuklara ilişkin olan talimatlarına uymak ve gemiyi kullanmak suretiyle iş gördüğü sözleşme olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. *Scandinavian Trading Tanker Co. A.B. v. Flota Petrolera Ecuatoriana (The Scaptrade)* [1983] 2 Lloyd's Rep. 253, 256-257 (Lord Diplock) *"...it is a contract for services to be rendered to the charterer by the shipowner through the use of the vessel by the shipowner's own servants, the master and the crew, acting in accordance with such directions as to the cargoes to be loaded and the voyages to be undertaken as by the terms of the charter-party the charterer is entitled to give to them. Being a contract for services..."*.

İngiliz hukukuna ilişkin bazı eserlerde zaman çarteri sözleşmesinin bir tür "*contract of affreightment*" olarak kabul edildiği, bu kavramın hem deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmelerini (*contract of carriage of goods by sea*) hem de geminin yük taşıması yapılması için çarterere tahsis edildiği sözleşmeleri (*any contract by which a vessel is put at the disposal of the contracting party for the purpose of carriage of goods*) kapsadığı, kavramın belirli bir hukuki düzenlemede tanımlanmadığı ve bu nedenle anlamının çok açık olmadığı, ayrıca bu kavramın zamanla değişime uğrayarak günümüzde miktar sözleşmelerini (*volume contracts*) ifade ettiği, dolayısıyla kullanılan bu kavramın zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlemediği yönünde bkz. ŁOPUSKI Jan, **Maritime Law in the Second Half of the Twentieth Century - Selected Articles**, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Torun, 2008, s. 60.

[141] Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı tarafından yayımlanan 1990 tarihli rapor uyarınca zaman çarteri sözleşmesinin, donatan tarafından, belirli bir süre veya sözleşmede tanımlanmış bir yolculuğun süresi boyunca, yük taşıması yapılması için *kaptan ve gemi adamlarının hizmetlerinin sunulmasının taahhüt edildiği* sözleşme olduğu vurgulanmıştır (United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Charter Parties-A Comparative Analysis, TD/B/C.4/ISL/55, 27 June 1990, https://unctad.org/system/files/official-document/c4isl55_en.pdf (Erişim tarihi: 23.01.2023), s. 4, para. 12. (İtalik vurgu yazar tarafından yapılmıştır.)).

Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü[142] uyarınca[143] eşya taşıma sözleşmesi, tek seferlik çarter sözleşmeleri (*single-voyage charter parties*) ile esas amacı eşya taşıma olan diğer sözleşmeler[144] olarak anılmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde görülen bir davada, bir sözleşmenin esas amacının eşya taşınması olduğunun tespitinde, sözleşmesel ilişkinin amacı ve sözleşmenin karakteristik edimini ifa ile yükümlü olan tarafın tüm borçlarının göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir[145]. Zaman çarteri sözleşmelerinin ise, öğreti ve yargı kararlarında, ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ilişkin olarak eşya taşıma sözleşmelerinden ziyade[146] iş görme sözleşmeleri (*contract for the provision of services*) olarak değerlendirildikleri gözlenmektedir[147].

---

[142] Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü (*Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*).

[143] m. 4/1(b), taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda iş görme sözleşmelerine uygulanacak hukukun; m. 5/1 ise aynı durumda eşya taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hükümler içermektedir.

[144] Roma I Tüzüğü, para. 22: "*single-voyage charter parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods should be treated as contracts for the carriage of goods*". Aynı ifade, Roma I Tüzüğü'nün yerini aldığı 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) m. 4/4'ün son cümlesinde de yer almaktadır.

[145] *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV* (C-133/08) (2009), para. 34. Karardaki uyuşmazlık konusu sözleşme, demiryolu ile taşıma yapılması amacıyla akdedilmiştir.

[146] Zaman çarteri sözleşmesinin Roma Sözleşmesi m. 4/4 bağlamında "*esas amacı eşya taşıma olan diğer sözleşmeler*" olarak görülemeyeceği, bu tür sözleşmelerde karakteristik olarak eşya taşımadan ziyade tahsis unsurunun ön plana çıktığı hakkında bkz. SCHULTZ J. C., "The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the E.E.C. Convention on Carriage of Goods", **Contract Conflicts: the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study,** NORTH Peter Machin (Editör), Amsterdam - New York, North-Holland Publishing Company, 1982, ss. 185-201, s. 192.

[147] *Martrade Shipping & Transport GMBH v. United Enterprises Corporation (The Wisdom C)* [2014] 2 Lloyd's Law Reports 198 (Queen's Bench Division (Commercial Court) - Ticaret Mahkemesi) kararında zaman çarteri sözleşmesinin, tahsis edenin eşya taşıma taahhüdü altına girmediği, tahsis olunanın eşya taşıması amacıyla kullanması ve yararlanması için gemi ve mürettebatın tahsis eden tarafından sağlandığı bir sözleşme olduğu vurgulanmıştır "... *the charterparty is not in nature an undertaking by the owner to carry goods, but an undertaking by the owner to make available to the charterer a vessel and crew for the latter to employ in transporting goods*." (s. 206, para. 28, Popplewell J.). Bu karardaki sözleşme, "süreye tâbî yolculuk üzerine zaman çarteri sözleşmesi" (*trip time charter*) ile alakalı olmakla birlikte bu sözleşme bakımından yapılan değerlendirmenin, klasik "süre üzerine zaman çarteri sözleşmesi" (*term time charter*) bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir, para 29. Bu itibarla, uyuşmazlığa uygulanan Roma Sözleşmesi'nin eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin m.4/4 hükmü yerine, m. 4/2 uyarınca, karakteristik edimi iş görme olan zaman çarteri sözleşmesinin karakte-

5718 sayılı MÖHUK ise, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması ve hâlin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmaması durumunda, "tek seferlik çarter sözleşmeleri ile esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler"e Roma Sözleşmesi hükümlerinde yer alan hükümlere benzer şekilde, belirli ölçütlerin gerçekleşmesi durumunda taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke yeri hukukunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır[148]. Zaman çarteri sözleşmesi, MÖHUK uyarınca bir eşya taşıma sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğinden ve Kanun'da özel olarak düzenlenmiş diğer sözleşme türlerine de girmediğinden, MÖHUK m. 24'te yer alan genel kurala tâbi olacaktır. Bu itibarla, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması ve hâlin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmaması durumunda, karakteristik edim borçlusunun (*iş görme* borcunu üstlenen tahsis edenin) işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

c. Edim Yükümlülükleri ve Yan Yükümlülükler Ayrımı Uyarınca Borcun Niteliği

Yukarıda, isimli bir sözleşmenin nitelendirilmesinde asli edim yükümlülüklerinin kanuni tanımdan çıktığı belirtilmiş[149], zaman çarteri sözleşmesinin tanımının sadece TTK m. 1131/1'de mi yoksa TTK m. 1131/2'yi de içerecek şekilde mi yapıldığı hususuna değinilmişti[150]. TTK m. 1131/1'in sözleşmenin tanımı kapsamında yer aldığı tartışmasızdır. Bu kabul uyarınca, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması (ve tahsis olunanın talimatlarına uyma borcu) ile bunun karşılığında tahsis ücreti ödenmesi borçlarının asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi gerekecektir. Asli edimler, "*alacaklının alacak hakkının nedenini ve borçlu yönünden de tam karşılığını*" ifade eder[151]. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın edimi, "*diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur*"[152]. Edimlerin karşılıklılığı, edimlerin doğuşunda görülebileceği gibi (genetik karşılıklılık), devamında da (kondisyonel kar-

ristik edim borçlusunun (tahsis edenin) faaliyet merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği hakkında bkz. para. 30 ("*The performance which is characteristic of a contract for the supply of services is the performance of the supplier... In the case of a time charter this is the owner*."). Ayrıca zaman çarteri sözleşmesinin bir tür iş görme sözleşmesi olması itibarıyla bu tür sözleşmelere uygulanacak hukukun Roma I Tüzüğü uyarınca tahsis edenin mutat mesken yeri hukuku olduğu hakkında bkz. COGHLIN ve diğ., 2014, para. I.22.

148 Bkz. "Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler" başlıklı 29. maddenin 2. fıkrası.

149 Bkz. I.

150 Bkz. II.1.

151 EREN, 2017, s. 32.

152 EREN, 2017, s. 211.

şılıklılık) söz konusu olabilir[153]. Tahsis olunanın tahsis ücreti ödeme borcu, TTK m. 1131/1 uyarınca geminin ticari yönetiminin tahsis olunana bırakıldığı, yani tahsis edenin ifa yardımcılarının ticari yönetime ilişkin talimatları yerine getirmek için hazır olduğu günden itibaren başlar. Bu durum, ticari talimatlara uyulması borcunun doğmasıyla birlikte, tahsis ücreti ödeme borcunun da doğduğunu ve dolayısıyla bu edimler arasında bir genetik karşılıklılık bulunduğunu düşündürmektedir. Bu nedenle ticari yönetim uyarınca tahsis olunanın verdiği talimatlara uyma borcu ve ücret ödeme borcunun, *zaman çarteri sözleşmesinin tipini belirleyecek olan* ve onu diğer sözleşme türlerinden ayıran asli borçlar olarak kabul edilmesi uygun düşmektedir.

Bu itibarla, ilgili yükümlülüklerin ifasının doğrudan doğruya dava edilmesi mümkün olacağından[154], tahsis edenin ve tahsis olunanın bu borçlarına aykırı davranması durumunda, diğer taraf borcun ifasını dava yoluyla talep edebilecektir. Ayrıca asli edim yükümlülüklerinin ifasında temerrüde düşülmesi durumunda tarafların TBK m. 125'e başvurması mümkün olacağından[155] ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara uyma ve tahsis ücretini ödeme borçlarının ifasında temerrüde düşülmesi hâlinde bu madde uygulama alanı bulacaktır.

B. Teknik Yönetim Borcu

a. Borcun Kapsamı

TTK m. 1131/2 geminin teknik yönetimini elinde bulunduran tahsis edenin geminin zilyedi sayıldığını ifade etmekte[156], ancak teknik yönetim kavramını açıkça tanımlamamaktadır. Bu madde gerekçesinde "*geminin menfaatine yapılacak işlerin tahsis eden tarafından*" üstlenildiği[157], bu tür

---

[153] EREN, 2017, s. 211.

[154] EREN, 2017, s. 32. İstisnai de olsa bazı hâllerde (örneğin eser sözleşmesinde eser meydana getirme yükümü) asli yükümlerin dava edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 45.

[155] EREN, 2017, s. 32.

[156] Bu ifade esasen, zaman çarteri sözleşmelerinde zilyetliğin tahsis olunana devredilmediği, tahsis edende kaldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Tahsis olunanın, geminin zilyedi olmadığı için işleten sıfatını da kazanmadığı yönünde bkz. YETİŞ ŞAMLI, 2021, s. 299.

[157] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 340 (Madde 1131 gerekçesi). Öğretide "teknik kontrol" olarak da adlandırılan bu yönetim şekli, "*geminin teknesi, genel donanımı üzerinde tasarruf hakkı*" olarak ifade edilmiştir, bkz. ÜLGENER, 2016, s. 155. "Teknik yönetim" kavramı ayrıca navlun sözleşmelerine ilişkin TTK m. 1180'de zikredilmektedir.

işlerin teknik yönetim kapsamında addedileceği belirtilmektedir. TTK m. 1133 ise açıkça tahsis edenin "*gemiyi kararlaştırılan tarihte ve yerde hazır bulundurma*"[158] (TTK m. 1133/1.a) ve "*sözleşme uyarınca gemiyi denize ve yola elverişli ve sözleşmede belirtilen amaca uygun bir hâlde bulundurma*" (TTK m. 1133/1.b)[159] borçlarını düzenlemektedir. TTK m. 1133'te belirtilen borçlar, mehaz Fransız mevzuatından aktarılmıştır[160]. Her ne kadar TTK m. 1133 gerekçesinde teknik yönetim borcunun kapsamının düzenlendiği belirtilmiş olsa da[161] bu borç, TTK m. 1131 gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, esasen TTK m. 1133'te belirtilen unsurlara göre daha geniş kapsamlıdır[162]. TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümleri yedek hüküm niteliğinde olduğundan, taraflar sözleşme ile teknik yönetime ilişkin olarak m. 1133'te sayılanlar dışında borçlar da öngörebilirler[163]. Bu noktada tahsis edenin teknik yönetim borcuna aykırılığının, her hâlde m. 1133'te belirtilen borçlara aykırılığın bulunduğu durumlarda ve ayrıca, sözleşme ile teknik

---

158 Fransız hukuku öğretisinde, geminin kararlaştırılan tarihte ve yerde hazır bulundurulması, geminin kullanıma sunulması olarak yorumlanmıştır, bkz. RODIERE, 1967, s. 170.

159 6102 sayılı TTK öncesinde zaman çarteri sözleşmesi uyarınca denize elverişli bir gemi tahsis etme borcundan bahseden bir eser için bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 63-64, s. 89-91. Geminin denize elverişli olmasının sağlanmasına ilişkin borcun bir verme değil yapma borcu olduğu hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 64. TTK m. 1131/1.b hükmünün eleştirisi için bkz. SÖZER, 2022, s. 374.

160 m. 1133'ün gerekçesinde, ilgili maddenin 1966 tarihli Kararnamenin 19. maddesinden alındığı açıkça ifade edilmiştir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 341 (Madde 1133 gerekçesi)). 1966 tarihli Kararnamenin 19. maddesi, tahsis edenin TTK m. 1133/1. a ve 1.b'de belirtilen borçlarını düzenlemektedir. Kararnamenin 20. maddesi ise teknik yönetimin (*gestion nautique*) tahsis eden tarafından ifa edildiğini belirtmektedir.

161 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 341 (Madde 1133 gerekçesi).

162 Örneğin geminin, tahsis olunan tarafından ticari yönetim uyarınca verilen talimatı takiben sevk ve idaresi teknik yönetim kapsamında olup m. 1133'te bu hâl sayılmamıştır. Teknik yönetimin, bu maddede belirtilen unsurlardan ibaret olmayıp, gemiye ve gemi adamlarına ilişkin belgelerin temin edilmesi ve bulundurulması, belirli aralıklarla geminin denetimlerinin yaptırılması, Uluslararası Güvenlik Yönetimi Kodu (International Safety Management Code - ISM Code) uyarınca geminin güvenlik sisteminin tesis edilmesi gibi hususları da kapsadığına ilişkin bkz. YAZICIOĞLU, 2022, s. 327. Fransız hukuku uyarınca ise teknik yönetimin, geminin idaresi (*gestion administrative* - bakım, onarım, tedarik) ile sevkine ilişkin yönetimi (*gestion nautique proprement dite*) kapsadığı yönünde bkz. DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 295.

163 Uygulamada kullanılan ve zaman çarteri sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmelerde geminin teknik yönetimi; geminin sevk ve idaresi, kılavuzların fiillerinden doğan sorumluluk, sigorta, gemi adamlarının istihdamından sorumluluk gibi hususları kapsamaktadır, bkz. NYPE 2015 m. 26 ("*The Owners shall remain responsible for the navigation of the Vessel, acts of pilots and tug boats, insurance, crew and all other matters, same as when trading for their own account*").

yönetime ilişkin başka borçlar kararlaştırılmış ise bu borçlara aykırılık durumunda veya teknik yönetim kavramı içine dahil edilebilecek bir hususun yerine getirilmemesi hâlinde söz konusu olacağı ileri sürülebilecektir.

b. Edim Yükümlülükleri ve Yan Yükümlülükler Ayrımı Uyarınca Borcun Niteliği

Zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesi için, "Tanım" başlıklı TTK'nın 1131. maddesinin 2. fıkrasında zikredilen "teknik yönetim" unsuruna ilişkin TTK m. 1133'te düzenlenen borçların, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımı uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir. Teknik yönetimle ilgili ve TTK m. 1133'te anılan borçların asli edim yükümlülüğü olarak kabulü hâlinde, bu borçların hangi sözleşmenin unsurlarını taşıdığı hususu önem arz edecektir. Böylelikle, bir önceki bölümde bir tür *iş görme* borcu doğurduğu belirtilen ve asli edim yükümlülüğü olarak sınıflandırılan ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve verilen ticari talimatlara uyulması borcu ile birlikte teknik yönetime ilişkin olarak TTK m. 1133'te anılan borçlar da nitelendirmede rol oynayacaktır.

Yukarıda, TTK m. 1131/2'de zikredilen teknik yönetimin ifasının sözleşmenin tanımına dahil olup olmadığı hususuna, maddenin lafzı ve ruhunun tespitine ilişkin kurallar çerçevesinde kısaca değinilmişti[164]. Bu kısımda ise bu ön değerlendirme ele alınacak ve teknik yönetim borcunun edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımında tam olarak nerede durduğu irdelenecektir. Bu borcun yan yükümlülük olarak sınıflandırılması durumunda, borcun sözleşmenin nitelendirilmesine herhangi bir etkisi olmayacak, yan yükümlülüğe aykırılık tahsis olunana ifayı talep hakkı vermeyecek, tahsis olunan ancak yan yükümlülüğe aykırılıktan doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Asli edim yükümlülükleri, alacaklının alacak hakkının nedenini oluşturmaktadır[165]. Tahsis edenin alacağı olan ücret, ancak geminin ticari olarak kullanılabildiği günler bakımından söz konusu olacak ve geminin *ticari yönetiminin tahsis olunana bırakıldığı gün itibarıyla* işlemeye başlayacaktır (TTK m. 1136/2)[166]. Bu hükmün mehazı olan düzenleme uyarınca da tahsis ücreti,

---

[164] Bkz. II. 1.

[165] EREN, 2017, s. 32.

[166] m. 1136/2, uygulamada "*off-hire* klozu" olarak adlandırılan ve tahsis olunanın tahsis ücreti ödeme borcunun istisnasını teşkil eden şartlar ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek amacıyla derç edilmiştir. İlgili madde, 1966 tarihli Fransız Kararnamesi'nin 23. ve 24. madde-

sözleşmede yer alan şartlar uyarınca geminin tahsis olunana *tahsis edildiği* günden itibaren işlemeye başlar[167]. Geminin ticari olarak kullanımının, esasen ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve ticari talimatlara uyulması borcunun ifasına bağlı olduğu, teknik yönetime ilişkin TTK m. 1133'te anılan borçların ise bu borcun ifasına hizmet ettiği ileri sürülebilecektir. Bu görüş uyarınca, teknik yönetimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ancak ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara uyma borcunun ifasını etkilediği durumda tahsis olunan ücret ödeme borcundan kurtulacaktır[168]. Örneğin TTK m. 1133/1(a)'da anılan geminin kararlaştırılan zamanda ve yerde hazır bulundurulması borcu ifa edilmezse, geminin ticari yönetimi tahsis olunana bırakılamayacağından tahsis olunanın ücret ödeme borcu da doğmayacaktır[169]. Bu itibarla, teknik yönetim borcunun TTK'da düzenlenen görünümlerini teşkil eden ve tahsis edenin TTK m. 1133'te sayılan borçlarının, asli edim olan ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve ticari talimatlara uyma borcunun ifasına yardımcı olduğu ifade edilebilecektir. Ancak bu borçlara aykırılığın so-

lerinden alınmıştır (bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), S. Sayısı: 96, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, s. 341 (Madde 1136 gerekçesi)). Uygulamada, zaman çarteri sözleşmelerinde yer alan *off-hire* şartlarına dayanılabilmesi için, tahsis edenin herhangi bir borca aykırılığı veya kendisinin veya sorumlu olduğu yardımcı şahısların herhangi bir kusurunun bulunmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir, bkz. ÜLGENER, 2016, s. 128. Yazar, *off-hire* şartının bu nedenle cezai şart ya da borca aykırılık sebebiyle ödenmesi gereken tazminat olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir, s. 128.

[167] 1966 tarihli Fransız Kararnamesi m. 23 "*Le fret court du jour où le navire est mis à la disposition de l'affréteur dans les conditions du contrat*".

[168] Matbu zaman çarteri sözleşmelerinde, tahsis olunanın ticari talimatlarına uyulmamasının nedeninin, gemi ve/veya teçhizatındaki ve yükün bakımına ilişkin donanımdaki hasar ile geminin ticari sınırlar dahilinde kullandırılması için gemide gereken belgelerin bulunmaması olması durumunda tahsis ücretinin ödenmeyeceğine dair şartlar bulunmaktadır (bkz. BPTIME 3, m. 19). Geminin işler durumda olmaması ticari yönden kullanılamaması anlamına gelmekte, bu da ticari talimatların yerine getirilememesine neden olmaktadır. Böylelikle, teknik yönetime ilişkin yukarıda sayılan hususların ticari yönetime ilişkin borcun ifa edilememesine yol açması, tahsis olunanı ücret ödeme borcundan kurtarmaktadır.

[169] TTK m. 1136/1 uyarınca geminin ticari yönden kullanılamadığı günler için maddedeki koşulların yerine gelmesi durumunda tahsis ücreti ödenmez. Madde, ücretin ödenmeyeceği durumlar bakımından tahsis edenin kusuru, özen yükümlülüğüne aykırılığı, teknik yönetim borcuna aykırılık gibi hâllere dayanan bir ayrım yapmamıştır. Bu nedenle, sözleşmede tahsis ücretinin hangi hâllerde ödenmeyeceğine dair özel bir hüküm olmaması hâlinde, m. 1136/1 gereği geminin ticari yönden kullanılamadığı hiçbir koşulda ve ticari yönden yararlanılamama tahsis olunana atfedilmediği sürece tahsis ücretinin ödenmesine gerek olmayacağı ileri sürülebilir (TTK m. 1136 bakımından mehaz teşkil eden 1966 tarihli Fransız Kararnamesinin 24. maddesine ilişkin olarak Fransız hukuku öğretisinde m. 24'te ticari yönden kullanılamamanın nedeni bakımından bir ayrım yapılmadığı, geminin kullanılamamasının nedeninin tahsis edenin kusuruna dayanması durumunda tahsis ücretinin ödenmeyeceği (RODIERE, 1967, s. 145), tahsis olunanın kusuru nedeniyle geminin kullanılamaması hâlinde tahsis ücretinin yine de ödenmesi gerekeceği belirtilmiştir, bkz. RODIERE, 1967, s. 144.).

nuçları madde metninde belirtilmediğinden[170] hem TTK m. 1133'te anılan borçlara aykırılığın sonuçlarının saptanması hem de teknik yönetime ilişkin bu borçların zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesinde rol oynayıp oynamadığının tespiti için borçların edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımı uyarınca sınıflandırılması gerekmektedir.

Teknik yönetime ilişkin TTK m. 1133'te düzenlenen borçların, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması borcuna yukarıda belirtildiği şekilde bağımlı bir özellik taşımasının, bu borçların bir tür "bağımlı yan yükümlülük" teşkil ettiğini gösterir nitelikte olduğu ileri sürülebilecektir. Yan yükümlülükler, işlevleri itibarıyla ifaya yardımcı ve koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır[171]. İfaya yardımcı yan yükümlülükler "*aslî edimin ifasına yardım eden, ifa hazırlık fiilleriyle ifa fiillerinin, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun bir şekilde gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüklerdir*"[172]. Özenle muhafaza etme[173], hazırlama ve sağlama[174] bu yükümlülüklere örnek olarak verilmektedir. Geminin kararlaştırılan tarih ve yerde hazır bulundurulması "hazırlama"; denize ve yola elverişli veya sözleşme ile belirlenen amaca uygun kullanılabilir hâlde bulundurulması ise "sağlama" yükümlülükleri ile benzerlikler göstermektedir. Bu borçların ifaya yardımcı yan yükümlülük olduğunu destekleyebilecek olan bir başka hususun daha vurgulanması gerekmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, asli edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükleri birbirinden ayıran özelliklerden biri, asli yükümlülüklerinin karşılıklılık ilişkisine dahil olması, yan yükümlülüklerin ise bu ilişkiye dahil olmamasıdır[175]. Zaman çarteri sözleşmesinde, sadece ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması (ve ticari talimatlara uyma) borcu ile bunun karşılığında doğan ücret ödeme borcu karşılıklılık ilişkisine dahil olup, teknik yönetime ilişkin borçların ise doğrudan bu ilişki içinde yer almadığı savunulabilir.

---

[170] TTK'nın zaman çarteri sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinde geminin kararlaştırılan tarih ve yerde tahsis edilmemesi sonucunda sözleşmeden dönmenin (Rücktritt) mümkün olup olmadığı hususunun düzenlenmediği hakkında bkz. ÜNAN, 2012b, s. 32.

[171] EREN, 2017, s. 37.

[172] EREN, 2017, s. 38.

[173] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona, vd., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 12. Muhafaza yükümünün yan yüküm teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. EREN, 2017, s. 38; GÜMÜŞ, 2021, s. 47.

[174] EREN, 2017, s. 38.

[175] Öğretide bu yönde yer alan bir görüşü aktaran bir eser için, bkz. EREN, 2017, s. 30, dn. 10.

Teknik yönetime ilişkin TTK'da anılan borçların bağımlı yan yükümlülük teşkil ettiğinin kabulü durumunda, bağımlı yan yükümlülüklere aykırılık nedeniyle ifa davası açılamayacağından[176], tahsis olunan alacaklı ancak tahsis edenin teknik yönetim ile ilgili yükümlülüklere aykırılığı nedeniyle doğan zararının tazminini talep edebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 1133/1.a'da yer alan borcun ifa edilmemesi, asli edim yükümlülüğü olarak kabul ettiğimiz ticari talimatlara uyma borcunun da ifa edilmemesine neden olacağından, tahsis olunan bu asli borca aykırılık nedeniyle ifayı talep edebilecektir. TTK m. 1133'te düzenlenen borçların ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak değerlendirilmesi, özellikle denize, yola ve sözleşmede belirtilen amaca uygun bulundurma borcuna aykırılığın sonucunda yük zararı meydana gelebilecek olması açısından önem taşımaktadır. Bu durumda yük zararı, ifaya yardımcı yan yükümlülüğün ihlalinin sonucu olacağından tahsis olunana zararın tazminini talep hakkı verecektir[177].

---

[176] EREN, 2017, s. 37.

[177] TTK'nın zaman çarteri sözleşmesi hükümlerine dayanak teşkil eden 1966 tarihli Kanun'da, TTK m. 1133'ün muadili olan maddede yer alan borçlara aykırılığın yük zararı meydana getirmesi durumunda tahsis edenin bu zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir (m. 8/1). Tahsis edenin, gemiyi denize ve yola elverişli hâlde bulundurmamasından doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu, yük zararının doğrudan tahsis edenin tazminat sorumluluğuna yol açmadığı hakkında bkz. DELEBECQUE, 2020, s. 504 "*Le fréteur, de son côté, sera responsable d'une part des conséquences dommageables de l'innavigabilité du navire... le fréteur n'est pas a priori responsable des dommages subis par les cargaisons de l'affréteur...*". Fransız hukukunda ayrıca, zaman çarteri ve gemi kira sözleşmelerinde yük zararı meydana gelmesinin başlı başına tahsis edenin borcunu ifa etmemesi sonucunu doğurmadığı, yük zararının ancak geminin kullanım dışı kalması ile birlikte gerçekleşmesi durumunda tahsis edenin borcunu ifa etmemiş sayılacağı belirtilmiş ve buna mukabil tahsis edenin tahsis ücretini talep hakkına sahip olup olmayacağının tartışma konusu yapılabileceği ifade edilmiştir, bkz. ÇELEBİ Özgün, "Théorie des Risques en Droit Français: Observations sur l'Application de l'Adage Res Parit Debitori", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 69, 1, 2020, ss. 57-106, s. 77. Fransız hukuku uyarınca gemi tahsisi sözleşmesi olarak kabul edilen yolculuk çarteri sözleşmelerinde de tahsis edenin esas borcu bir sonuç taahhüdü içeren yük taşıma değil, geminin tahsisi olduğu için, hem ticari hem de teknik yönetimi üstlenen tahsis edenin yük zararından sorumlu tutulmasının, ancak yük zararının teknik veya ticari yönetim ile alakalı bir olaydan ileri gelmesi sonucunda mümkün olabileceği belirtilmiştir (PAULIN, 2005, s. 288). 1966 tarihli Kanun'da, yüke gelen zararların gemiadamlarının teknik kusuru (*faute nautique*) sonucunda meydana gelmesi durumunda tahsis edenin bu zarardan sorumlu olmayacağı da hükme bağlanmıştır (m. 8/2). Fransız hukuku uyarınca tahsis edenin, gemi adamlarının hareketlerinden, ancak teknik kusur dışında bir kusurun mevcut olması ve tahsis edenin de kusurlu hareket etmiş olması durumunda sorumlu olacağı belirtilmiştir (DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 297). Örneğin istifin yapılışından memnun olmayan tahsis olunanın tahsis edenden kaptan veya diğer gemi adamlarını değiştirmesini talep etmesi, ancak tahsis edenin bu talebe karşılık vermemesi üzerine gerçekleşen istif kusuru, tahsis edenin sorumluluğunu doğuracaktır (DU PONTAVICE / CORDIER, 1990, s. 297). 1966 tarihli Kanun'da yer alan m. 8/1 ve 8/2 hükümlerinin, TTK'nın zaman çarterine ilişkin özel hükümlerine alınmadığı gözlenmektedir.

Bu noktada bir hususun daha vurgulanması gerekmektedir. Teknik yönetim, TTK m. 1133'te sayılan borçlardan daha kapsamlı bir kavram olup, teknik yönetim borcunun kapsamında yer alan, ancak TTK'da sayılmayan bir hususun yerine getirilmesi her zaman ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve ticari yönetim uyarınca verilen talimatlara uygun hareket edilmesinden beklenen menfaati gerçekleştirmeye etki etmeyebilir. Dolayısıyla her teknik yönetime ilişkin husus, bağımlı yan yükümlülük olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin tekne sigortası yaptırılması teknik yönetime ilişkin olmakla birlikte, bu sigortanın yaptırılmamış olması, esasen gemi üzerinde sigortalanabilir bir menfaati bulunan kimse bakımından önem arz etmektedir ve tahsis olunanın gemiden ticari olarak yararlanmasını sekteye uğratan bir unsur olmadığı sürece, ifaya yardımcı yan yükümlülüğün ihlali olarak kabul edilemeyecektir.

Yukarıdaki görüşe ek olarak, teknik yönetime ilişkin TTK m. 1133'te düzenlenen borçların, "Tanım" başlıklı TTK m. 1131 hükmünün ikinci fıkrasında zikredilen "teknik yönetim" kapsamında olduğu, TTK m. 1534 uyarınca madde başlıklarının hükmün yorumuna dahil olduğu, TTK m. 1131/2'nin de tanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve teknik yönetimle ilgili TTK m. 1133'te düzenlenen borçların da dolayısıyla asli edim yükümlülüğü teşkil ettiği de savunulabilecektir. TTK'nın yürürlüğü öncesinde, zaman çarteri sözleşmesinin onu diğer sözleşmelerden ayıran unsurunun ve karakteristik asli edimin "*teknik ve seyir yönetimine bağlanan işleri özenle yapma borcu*" olduğu, bu nedenle de zaman çarteri sözleşmesinin hukuken vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[178]. Bu görüş uyarınca, tahsis edenin veya yardımcılarının bu işi ifa ederken tahsis olunanın talimatını göz önünde bulundurmalarının, tahsis olunana istihdam ilişkisi ile bağlı olmalarından ziyade, "*belki vekâlet sözleşmesinde de görülen bir 'nisbî' bağımlılığın varlığı*"na işaret ettiği ileri sürülmüştür[179]. Böylelikle ticari talimatlara uygun hareket edilmesi, bir asli edim yükümlülüğü olarak değil, teknik yönetimle ilgili işlerin ifasında gözetilmesi gereken bir husus olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar bu görüşün, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması (ve ticari talimatlara uyma) borcunu tanım hükmünde açıkça düzenleyen TTK m. 1131/1 karşısında geçerliliğini yitirmiş olduğu ileri sürülebilirse de, teknik yönetime ilişkin işleri yapma borcuna

---

[178] ÇAKALIR, 1989, s. 66.

[179] ÇAKALIR, 1989, s. 64.

sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyen bir borç olarak vurgu yapılması önem taşımaktadır. Teknik yönetime ilişkin TTK m. 1133'te anılan borçların asli edim olarak kabul edilmesi durumunda, ifa edilmemeleri sonucunda tahsis olunanın ifayı talep etme hakkı olacağı savunulabilecektir. Ancak bu borçların bağımlı yan yükümlülük veya asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin vasıflandırılması bakımından bir fark yaratmayacaktır. Zira hem ticari yönetim uyarınca verilen kararlara uyulması suretiyle geminin kullandırılması, hem de geminin teknik yönetimine ilişkin TTK m. 1133'te düzenlenen borçların ifası bir tür *iş görme* teşkil edecektir.

2. Zaman Çarteri Sözleşmesinin İş Görme Borcu Doğuran Sözleşmeler Bakımından Değerlendirilmesi

Önceki bölümlerde, TTK'da tanımlanmış bir isimli sözleşme olan zaman çarteri sözleşmesinin niteliğinin belirlenebilmesi amacıyla kanuni tanım incelenmiş, bu inceleme sonucunda ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve ticari yönetim uyarınca verilen kararlara uygun hareket edilmesi borcunun asli edim olduğu tespit edilmiştir. Bu borcun, geminin ticari olarak kullandırılması amacına hizmet ettiği, ancak bu kullandırmanın zaman çarteri sözleşmesini kullandırma borcu doğuran bir sözleşme hâline getirmediği vurgulanmıştır[180]. Ayrıca, ticari yönetimin devri ve yönetim talimatlarına uyulmasına ilişkin borcun, bir hakkın diğer tarafa devrinin üstlenildiği devir borcu doğuran sözleşmeleri akla getirmekle birlikte, devir için ayrıca bir tasarruf işleminin gerekmesi ve zaman çarteri sözleşmesinde böyle bir işlemin gerçekleşmemesi nedeniyle, bu sözleşmenin devir borcu doğuran bir sözleşme olarak da nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir[181]. Zaman çarteri sözleşmesinin yük taşınması amacıyla akdedildiği ve tahsis olunanın ticari talimatlarına bu kapsamda uygun hareket edildiği hâllerin ise, sözleşmenin bir tür navlun sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir[182]. Bu değerlendirmeden hareketle, ticari yönetimin tahsis olunana bırakılması ve tahsis olunanın talimatlarına uyulmasına ilişkin borcun bir tür *iş görme* teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Teknik yönetime ilişkin olarak TTK m. 1133'te anılan borçlar ile ilgili olarak ise, bunların bağımlı yan yükümlülük olarak kabul edilmeleri hâlinde nitelendirmeye etki etmeyecekleri, asli edim yükümlülüğü olarak vasıflandırılmaları durumunda ise, bu borçların da

---

[180] Bkz. II.1.A.b.bb.

[181] Bkz. II.1.A.b.bb.

[182] Bkz. II.1.A.b.cc.

yine *iş görme* borcu olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak asli edim ya da edimlerin bir tür *iş görme* borcu teşkil ettiği tespit edildiğinden, zaman çarteri sözleşmesinin iş görme borcu doğuran sözleşmelerden hangisi ile benzerlik taşıdığının incelenmesi gerekmektedir.

İş görme borcu doğuran isimli sözleşmeler TBK'da düzenlenmiştir. Bu sözleşmelere örnek olarak hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesi verilebilir. Geminin, tahsis olunanın verdiği ticari talimatlar uyarınca ticari yönden kullandırılması borcu kaptan aracılığıyla ifa edilmektedir. Ancak kaptan, tahsis eden için çalışmakta olup, talimatlarını yerine getirmekle yükümlü olduğu tahsis olunan ile arasında "bağımlılık" unsurunun[183] var olduğu bir hizmet ilişkisi bulunmamaktadır. Tahsis eden de, tahsis olunandan, kişisel, organizasyonel ve ekonomik anlamda bağımsız[184] olduğundan, ilgili unsur tahsis eden ve tahsis olunan arasında da mevcut değildir. Bu nedenle iş görme ediminin hizmet sözleşmesi uyarınca iş görme olduğundan söz edilemeyecektir. Eser sözleşmelerinde ise bir sonuç taahhüdü bulunduğundan ve zaman çarteri sözleşmesinde iş görme borcu sonuç taahhüdü içermediğinden[185], bu sözleşmenin bir tür eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi de mümkün gözükmemektedir. İş görme sözleşmeleri arasında sayılan vekâlet sözleşmesi ise TBK m. 502/I'de "*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bu tanım, asli edim ya da edimlerin *iş görme* olduğu birçok sözleşmeye uygulanabilecek kadar geniştir[186]. Ancak şayet iş görmenin konusu, kanunda ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmişse, o durumda sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi söz konusu olamayacaktır[187]. TBK m. 502/II uyarınca vekâlete ilişkin hükümler, TBK'da düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine niteliklerine uygun düştükleri ölçüde (kıyasen) uygulanacaktır. Öğretide, bu hükmün, "*isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin -kıyas uygulamasıyla olsa da- vekalet söz-*

---

[183] Hizmet sözleşmesinin bu unsuru için bkz. EREN, 2019, s. 543, para. 1827; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt - I**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 384.

[184] GÜMÜŞ, 2013, s. 384.

[185] Ayrıca zaman çarteri sözleşmesinin konusunun eser meydana getirilmesi olmadığı hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 63.

[186] Bu anlamda vekâlet sözleşmesinin bir "*şemsiye ya da torba (Sammelbecken) işgörme sözleşmesi*" olduğu hakkında bkz. EREN, 2019, s. 716, para. 2412.

[187] YAVUZ Cevdet, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler**¸ 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 603.

leşmesi içerisinde aranması ve bulunan nitelikleri bakımından uygun düşen hükümlerin uygulanması zorunluluğunu öngörmekte" olduğu ifade edilmiştir[188].

Zaman çarteri sözleşmesinin TBK m. 502/I'de yer alan vekâlet sözleşmesi tanımına uyduğu kabulünde, bu sözleşmeye ilişkin hükümlerin zaman çarteri sözleşmelerine uygulanması gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak TBK m. 502/I'de vekâlet sözleşmesine ilişkin verilen tanım hayli geniş olmakla birlikte, öğretide bu sözleşmenin, sözleşmeye uygulanan hükümlerin bazılarının sözleşmenin yapısal unsuru olarak değerlendirilmesi suretiyle de tanımlandığı görülmektedir[189]. Sözleşmenin yapısal unsurları arasında bir işin görülmesi[190]; işin görülmesinde vekilin bağımsız olması[191]; başkasının menfaatine hareket edilmesi[192]; güven ilişkisi[193]; ücretin zorunlu olmaması[194] ve vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun, vekilin değil müvekkilin üzerinde olması[195] sayılmaktadır. Ayrıca bu yapısal unsurlardan vekil ile müvekkil arasındaki güven ilişkisinin, vekâlet sözleşmesi bakımından emredici olduğu ve vekâlet sözleşmesinin diğer yapısal unsurlarını haiz olmakla birlikte güven ilişkisinin bulunmadığı sözleşmelerin ise farklı şekilde nitelendirileceği ifade edilmiştir[196]. Aşağıda, vekâlet sözleşmesinin özellikleri ve yapısal unsurları olarak ifade edilen hususların zaman çarteri sözleşmeleri ile olan benzerlikleri ve farklılıklarına değinilecektir.

---

188 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt - II**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 132.

189 Bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 122 "*Vekalet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekalet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekalet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır*".

190 GÜMÜŞ, 2014, s. 124-125.

191 GÜMÜŞ, 2014, s. 125-126.

192 GÜMÜŞ, 2014, s. 126-127.

193 GÜMÜŞ, 2014, s. 127-129.

194 GÜMÜŞ, 2014, s. 129-130.

195 TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 356; YAVUZ, 2013, s. 602. Bu hususun, tanımda yer almamakla birlikte, değerlendirilmesi gerektiğinin TBK m. 502/II'nin karşıt anlamından çıktığına ilişkin olarak bkz. YAVUZ, 2013, s. 606-607. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 130-131.

196 Bu sözleşmelerin "*sui generis*" sayılacağı hakkında GÜMÜŞ, 2014, s. 127-128.

A. Vekâlet Sözleşmesinin Güven İlişkisi Dışındaki Unsurları Yönünden Değerlendirme

Vekâletin yapısal unsurlarından biri olarak kabul edilen bir işin görülmesi unsuru[197], hem müvekkil adına hukuki işlemlerin yapılmasını hem de maddi eylemlerde bulunulmasını kapsamaktadır[198]. Zaman çarteri sözleşmelerindeki ticari talimatlara uyma borcu, söz gelimi hangi limanlardan ne tür yüklerin yükleneceğine ilişkin talimatlara uyulması bakımından esasen bazı maddi eylemlerin de gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Ticari talimatlara uyma borcunun yanı sıra teknik yönetimin de asli edim olarak kabul edildiği durumda ise, bu yönetim uyarınca üstlenilen ve TTK m. 1133'te anılan borçların ifasının da maddi eylemlerde bulunulmasını gerektirdiği görülmektedir.

Vekâlet sözleşmelerinde vekil, vekâleti nispeten bağımsız olarak ifa etmektedir, yani müvekkilin talimatları ve sözleşme ile sınırlandırılmadıkça vekil, müvekkili menfaatine işi görürken bazı kararlar vermek durumundadır[199]. Bu bağımsızlık, özel uzmanlığı gerektiren işlerde daha da geniş ölçüde söz konusu olmaktadır[200]. Yukarıda zaman çarteri sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden farkı ele alınırken vurgulandığı üzere, tahsis eden sözleşmesel yükümlülüklerini ifa ederken tahsis olunanın iş organizasyonunun bir öğesi olmadan[201], tahsis olunandan "bağımsız" bir şekilde iş görmektedir. Zaman çarteri sözleşmesindeki bu bağımsızlığın sınırının sözleşmeye uygun talimatlar olduğu ileri sürülebilecektir[202].

Ayrıca bu tür sözleşmelerde iş görmenin, müvekkilin *menfaatine* (ve iradesine[203]) uygun olarak yapılması gerekmektedir[204]. Bu noktada başkasının menfaatine iş görme, vekâletle amaçlanan "*sonuçları gerçekleştirmeye ve*

---

[197] GÜMÜŞ, 2014, s. 124-125.

[198] TANDOĞAN, 2010, s. 356; YAVUZ, 2013, s. 603; GÜMÜŞ, 2014, s. 124; ÇAKALIR, 1989, s. 65.

[199] Nispi bağımsızlığa ilişkin olarak bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 375; GÜMÜŞ, 2014, s. 125-126.

[200] TANDOĞAN, 2010, s. 375.

[201] "*[V]ekil ... akdi yükümlülüklerinin ifasında vekalet verenin iş organizasyonunun bir parçasını oluşturmaz*", GÜMÜŞ, 2014, s. 125.

[202] TTK'nın yürürlüğü öncesinde, "*çarteri üstlenenin veya yardımcılarının ... çartererin iradesini, özellikle ... 'talimatını' göz önünde tutmaları"*nın *"belki vekâlet sözleşmesinde de görülen bir 'nisbî' bağımlılığın varlığını gösterebil*"diği hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 64.

[203] Müvekkilin iradesine uygun hareket etmenin TBK m. 505 ve 512 hükümlerinden çıkarılabileceğine ilişkin olarak bkz. YAVUZ, 2013, s. 606.

[204] YAVUZ, 2013, s. 605.

korumaya yönelik faaliyette bulunma"[205] anlamına gelmektedir. TTK m. 1134/2 uyarınca zaman çarteri sözleşmesinde sözleşme ile amaçlanan sonucun gerçekleşebilmesi için tahsis olunanın sözleşme çerçevesinde kaptana verdiği talimatlara uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, geminin kullandırılmasının amacı ne olursa olsun, ifa yardımcısı kaptanın, tahsis olunanın ticari yönetim uyarınca verdiği talimatları kapsamındaki hareketlerinin, tahsis olunanın menfaatine iş görme teşkil ettiği ileri sürülebilecektir. Tahsis olunanın talimatları uyarınca geminin kullandırılması, teknik yönetim uyarınca geminin kararlaştırılan yerde ve tarihte hazır bulundurulması ile geminin sözleşme süresince denize, yola ve sözleşme ile belirtilen amaca uygun bulundurulması suretiyle mümkün olduğundan, bu borçların ifasının da tahsis olunanın menfaatine iş görme teşkil ettiği savunulabilecektir. Bu hususa ek olarak vekil, "*ücret kararlaştırılmamış ve teamül gereği dahi mevcut olmasa bile, vekil, vekaletin tam ve doğru ifası için yaptığı masrafların faiziyle birlikte giderimini*" vekâlet verenden talep edebilir[206]. Zaman çarteri sözleşmesinde ticari yönetim ile alakalı masraflara tahsis olunanın katlanması (TTK m. 1135) bunun bir görünümü olarak kabul edilebilir. Ancak teknik yönetim ile ilgili masraflara tahsis edenin katlanması gerekmektedir.

Vekâlet sözleşmeleri ivazlı veya ivazsız olarak akdedilebilmektedir[207], bu nedenle ücret vekâlet sözleşmesi bakımından yapısal bir unsur olarak kabul edilemeyecektir[208]. Bu sözleşmelerin ücret karşılığında yapılması durumunda, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur[209]. Zaman çarteri sözleşmesi uyarınca, tahsis edenin tahsis olunanın talimatlarına uygun hareket etmesi karşılığında tahsis olunanın tahsis ücreti ödeme borcunun bulunması[210], *ivazlı vekâlet sözleşmesi* ile benzerlik göstermektedir. Ancak vekâlet sözleşmesinden farklı olarak[211] zaman çarterinde kural olarak ücretin peşin olarak ödenmesi gerekir (TTK m. 1136/1) ve ücret, her ay, o döneme ilişkin olarak muaccel olur.

---

[205] GÜMÜŞ, 2014, s. 126.

[206] GÜMÜŞ, 2014, s. 127; ayrıca bkz. TBK m. 510/I.

[207] TBK m. 502/III.

[208] GÜMÜŞ, 2014, s. 129.

[209] EREN, 2017, s. 212.

[210] TTK m. 1131/1.

[211] Vekâlet sözleşmesinde ücret alacağının doğumu için, geçerli bir vekâlet sözleşmesi bulunması ve vekâletin gereği gibi ifa edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 575. Vekilin ücret alacağının, aksine sözleşme veya teamül yoksa, "*işin gereği gibi görülmesinin tamamlanmasıyla*" muaccel olduğu hakkında bkz. TANDOĞAN, 2010, s. 575-576.

Vekâletin bir diğer özelliği, vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun, vekilin değil müvekkilin üzerinde olmasıdır[212]. Öğretideki baskın görüş uyarınca bu sözleşmede "*vekil ... belirli bir sonucun sağlanmasını borçlanmaz*"[213].[214] Bu çalışmada ifade edildiği üzere, zaman çarteri sözleşmesinin söz gelimi yük taşınması amacıyla akdedilmesi durumunda tahsis eden, navlun sözleşmesinde söz konusu olduğu gibi bir sonuç meydana getirme borcu altına girmemektedir. Zaman çarteri sözleşmesinde, gemi ticari olarak kullanılabildiği sürece tahsis edenin borcunu ifa ettiği kabul edilecek, yükün zayi olması tek başına tahsis edenin borcunu ifa etmemiş olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Yük zayi olsa dahi tahsis edenin tahsis ücretine yine de hak kazanabilecek olmasının, vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun, vekilin değil müvekkilin üzerinde olması durumunun bir örneğini teşkil ettiği savunulabilir. Yükün zıyaının, "denize, yola ve sözleşme ile belirlenen amaca uygun bulundurma" borcuna aykırılıktan ileri gelmesi ve bu yükümlülüğün yukarıda da ele alındığı gibi ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak değerlendirilmesi durumunda, tahsis olunan uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir.

B. Vekâlet Sözleşmesinin Güven İlişkisi Unsuru Yönünden Değerlendirme

Zaman çarteri sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi benzeri bir sözleşme olup olmadığı değerlendirilirken, vekil ile müvekkil arasında, kimi yazarlara göre bu sözleşmenin "*emredici yapısal unsurlarından biri*"[215] olan ve diğer sözleşmelere göre çok daha yoğun bir şekilde var olduğu ifade edilen güven ilişkisi[216] üzerinde durulmalıdır. Bu güven ilişkisinin, kendini, vekâleti kişisel olarak yerine getirme borcu (TBK m. 506/III), sadakat borcu (TBK m. 506/II) ve her zaman tek taraflı fesih hakkında (TBK m. 512) gösterdiği[217], vekâlet sözleşmesinin diğer unsurlarını taşıyan ancak güven ilişkisinin bulunmadığı sözleşmelerin ise farklı şekilde nitelendirileceği ifade edilmiştir[218].

---

[212] TANDOĞAN, 2010, s. 356; YAVUZ, 2013, s. 602. Bu hususun, tanımda yer almamakla birlikte, değerlendirilmesi gerektiğinin TBK m. 502/II'nin karşıt anlamından çıktığına ilişkin olarak bkz. YAVUZ, 2013, s. 606-607.

[213] GÜMÜŞ, 2014, s 130.

[214] Bu görüşte olan yazarlar için bkz. GÜMÜŞ, 2014, s 130, dn. 659.

[215] GÜMÜŞ, 2014, s. 127. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. dn. 647.

[216] Bu görüşteki yazarlara ilişkin olarak bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 127, dn. 646.

[217] GÜMÜŞ, 2014, s. 127.

[218] Bu sözleşmelerin "*sui generis*" sayılacağı hakkında GÜMÜŞ, 2014, s. 127-128.

Bu itibarla, güven ilişkisinin bulunmadığı iş görme sözleşmeleri "vekâlet sözleşmesi" olarak nitelendirilemeyecek, ancak TBK m. 502/II uyarınca ilişkinin niteliğine uygun düşen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması zorunlu olacaktır[219]. Bununla birlikte öğretide vekâlet ilişkisinin varlığı için güven ilişkisinin bulunmasına gerek olmadığı görüşünün ağırlık kazanmakta olduğu[220], güven unsurunun bulunmadığı bu tür sözleşmelerde ilgili görüş uyarınca taraflar arasındaki ilişkinin atipik vekâlet olarak değerlendirildiği kaydedilmiştir[221]. Buna bağlı olarak, örneğin, güven ilişkisinin bir görünümü olan ve TBK m. 512'de düzenlenen her zaman tek taraflı fesih hakkının bu tür ilişkilerde emredici olarak uygulanmayacağı ve tarafların bu hakkı sözleşme ile serbestçe ortadan kaldırabilecekleri ileri sürülmüştür[222]. Bu çalışmada, güven ilişkisinin varlığının, bir sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde zorunlu bir unsur olduğu görüşü uyarınca değerlendirme yapılmıştır. Bu itibarla, aşağıda, zaman çarteri sözleşmesinde vekâlet sözleşmesindeki gibi bir güven ilişkisinin var olup olmadığı, vekâleti kişisel olarak yerine getirme borcu ve her zaman tek taraflı fesih hakkı ışığında genel hatlarıyla ele alınacaktır.

Zaman çarteri sözleşmesinde, tahsis olunanın ticari talimatları, tahsis edenin emrinde çalışan gemi adamları ve özellikle de TTK m. 1134/2 uyarınca kaptan tarafından yerine getirilmektedir. Vekâlet sözleşmesinde ise vekil, TBK m. 506/I uyarınca borcunu bizzat ifa etmek zorunda olup, bunun istisnası "*vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün müm-*

---

219 GÜMÜŞ, 2014, s. 132.

220 GÜMÜŞ, 2014, s. 128 ("*... günümüzde hizmet edimlerinin İsviçre-Türk Kanun Koyucularının öngöremeyeceği şekilde ulaştığı çeşitlilik ve buna bağlı uzmanlaşmayla birlikte, birçok hizmet ilişkisinde artık güven ilişkisi aranmamasına paralel olarak, "vekâlet ilişkisinin varlığı için güven ilişkisinin aranmasının gerekli olmadığı" yönündeki görüş de öğretide ağırlık kazanmaktadır*"). Öğretide ağırlık kazanmakta olduğu ifade edilen bu görüşü savunduğu belirtilen yabancı yazarlar için bkz. s. 128, dn. 649. Ayrıca bkz. SARI Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 70 *"... Roma hukukundan beri tipik vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan avukatın veya hekimin iş görmesinden hareketle, bütün vekâlet sözleşmelerinde tarafların arasında özel bir güven ilişkisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir*" (bu görüşü ifade eden yazarlara yapılan atıf için bkz. dn. 24); SEÇER Öz, "TBK m. 512-514", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, Cilt 2: Özel Borç İlişkileri, SEROZAN Rona / ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU H. Murat (Editörler), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, ss. 2185-2239, s. 2193 "*Gerçekten de, vekâlet sözleşmesinin güncel gelişmelere bağlı olarak uygulama alanının genişlemesi ve değişmesi, bu sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkinin her durumda özel bir güvene dayalı olduğunun kabulünü zorlaştırmaktadır*".

221 GÜMÜŞ, 2014, s. 129.

222 Bu görüşte olan yazarlar için bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 129, dn. 651.

kün kıldığı hâllerde" işin başkasına yaptırılmasıdır. Vekilin, vekâlet vereni temsilen, üçüncü kişi ile işi gördürmek amacıyla vekâlet sözleşmesi akdetmesi durumunda üçüncü kişi "ikame vekil" olarak adlandırılmaktadır[223]. Vekil, vekâlet verene karşı üstlendiği işin görülmesini, kendi adına (fakat vekâlet veren hesabına) ve bağımsız bir üçüncü kişi ile yaptığı vekâlet sözleşmesi sonucunda devrederse, bu durumda da alt vekâlet sözleşmesi akdedilmiş bulunmaktadır[224]. Her iki durumda da iş görmenin devredildiği kimse ekonomik ve teknik bağımsızlığa sahip olduğu için[225], kaptan, ikame vekil veya alt vekil olarak nitelendirilemeyecektir. Vekilin, üstlendiği işin görülmesinde ifa yardımcısı kullanması mümkün olup[226], "*vekil üçüncü kişiye kendi menfaatine başvurmuşsa üçüncü kişi vekilin TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı sayılır*"[227]. Her ne kadar kaptan, TBK m. 506/I uyarınca ikame vekil olarak kabul edilemeyecek olsa da, vekilin (tahsis edenin) ifa yardımcısı kullanmasının mümkün olması itibarıyla kaptan, vekilin ifa yardımcısı olarak görülebilecektir. Ancak TBK m. 116 uyarınca, kaptanın işi görmesi sonucunda tahsis olunanın uğradığı tüm zararlardan tahsis edenin sorumlu tutulabilmesi, tahsis eden açısından güçlükler yaratabilecektir[228]. Bu nedenle kaptanın belirli fiillerinden, söz gelimi ağır kusurundan sorumlu tutulmak istemeyen tahsis eden, TBK m.116/II uyarınca sorumluluğunu sözleşme ile sınırlandırılmayı değerlendirebilir. Bu tür bir anlaşmanın geçerli olup olmadığı, tahsis edenin faaliyetinin TBK m. 116/III'ün uygulama alanı içinde olup olmadığının tespiti sonucunda belirlenecektir.

Yukarıda görüldüğü üzere, tahsis edenin ifa yardımcısı kaptan aracılığıyla borcunu ifa etmesi, vekâlet sözleşmesindeki güven ilişkisinin bir görünümü

---

223 EREN, 2019, s. 736, para. 2481.

224 EREN, 2019, s. 736, para. 2482.

225 Alt vekilin bağımsızlığı hakkında bkz. EREN, 2019, s. 737, para. 2483. GÜMÜŞ, 2014, TBK m. 506/I.c.2'de vekâletin görülmesinin devredilebileceği hâllerde işin devredildiği kişiyi "ikame kişi" olarak adlandırmıştır (s.148). Yazara göre üçüncü kişinin ikame kişi mi ifa yardımcısı mı olduğu hususu, üçüncü kişinin, vekilin "borcun ifasına yönelik kendi organizasyonuna" dahil olup olmadığına göre belirlenmektedir, s. 149.

226 "*Vekilin yüklendiği işi görürken TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı kullanması da mümkündür*", GÜMÜŞ, 2014, s. 149. Ayrıca borçlunun, borcunu bizzat ifa etmesi gereken hâllerde yerine birini ikame edemeyeceği, ancak ifa yardımcısı kullanabileceğine ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN / ÖZ, 2018, s. 252.

227 GÜMÜŞ, 2014, s. 150.

228 1966 tarihli Fransız Kanunu m. 8/2'de mürettebatın teknik kusurunun yük zararı meydana getirmesi durumunda tahsis edenin bu zarardan sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükmün TTK'ya alınmadığı yukarıda belirtilmişti (bkz. dn. 177).

olan "vekâleti kişisel olarak yerine getirme borcu"na aykırılık teşkil etmemektedir. Aşağıda ise, güven ilişkisinin bir diğer görünümü olan her zaman tek taraflı fesih hakkının kullanımının zaman çarteri sözleşmesi ile tesis olunan ilişkinin niteliği bakımından uygun olup olmadığı ele alınacaktır.

TBK m. 512, vekâlet sözleşmesinin her iki tarafına da herhangi bir haklı sebebe gerek olmaksızın[229] sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımaktadır[230]. İlgili hakkın niteliğine ilişkin tartışmalar bir yana, konumuz bakımından önem arz eden husus, bu hakkın taraflarca herhangi bir anda ileri sürülebilecek olmasının zaman çarteri sözleşmesi ile tesis edilen ilişkinin niteliğine uygun düşüp düşmediğidir. Yukarıda da belirtildiği üzere[231], söz gelimi sözleşmenin amacının yük taşınması olduğu durumlarda, yolculuk çarteri sözleşmesinin akdedilmesi yerine zaman çarteri sözleşmesinin akdedilmesi çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Zaman çarteri sözleşmesinin, tahsis olunanın üçüncü kişilere verdiği taşıma taahhüdünün ifası için akdedildiği hâllerde, sözleşmede yer alan tahsis süresi boyunca aynı gemi ile ve tek sözleşme tahtında farklı yerlere yük taşınması söz konusu olabilmektedir. Böylelikle tahsis olunan bu süre içinde birden fazla yolculuk çarteri sözleşmesi akdetmek zorunluluğundan kurtulmaktadır. Tahsis eden ise, geminin ticari olarak kullandırıldığı her gün bakımından tahsis ücretine hak kazanmakta olup bu durum tahsis eden bakımından sözleşme süresi boyunca gelir garantisi anlamına gelmektedir. Zaman çarteri sözleşmesi kapsamındaki kullandırmanın amacı ister yük taşınması ister başka bir amaç olsun, bu kullandırmadan sözleşmenin her iki tarafının da menfaat elde edebilmesi sözleşmenin en azından belirli bir süre boyunca sona erdirilmemesini gerekli kılmaktadır. Zaman çarteri sözleşmesi ile tesis edilen ilişkide "istikrar" unsurunun önemini vurgulayan bu durum, vekâlet sözleşmesinin yapısal unsurlarından biri

---

229 Bu hakkın kullanılabilmesi için haklı sebebin varlığına gerek olmadığı hakkında bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 197 (Bununla birlikte GÜMÜŞ, 2014, s. 157'de "*Vekalet verenin vekilin talimatının uygulanmamasına yönelik uyarısına rağmen talimatı üzerinde ısrar etmesi halinde, vekil, TBK m. 512'ye göre ve haklı sebeple sözleşmeyi feshedebilir (istifa edebilir)*" ifadesi yer almaktadır). TBK m. 512/I. c.2 uyarınca sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf, diğer tarafın sona erdirmeden doğan zararını karşılamakla yükümlüdür. Tazminatın şartlarının, sözleşmenin sona erdirilmesinde "*objektif ve haklı bir sebebin bulunmaması*" ve sözleşmenin sona erdirilmesinin, karşı tarafın "*sözleşmenin devam edeceğine ilişkin güvenine aykırı bir zamanda gerçekleştirilmesi*" olduğu hakkında bkz. EREN, 2019, s. 726 para. 2445.

230 Bu hükmün tipik vekâlet sözleşmeleri bakımından emredici, atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından ise emredici olmadığı hususuna ilişkin olarak bkz. EREN, 2019, s. 726, para. 2444. Hükmün emredici olduğu görüşü hakkında bkz. GÜMÜŞ, 2014, s. 197.

231 Bkz. II.1.A.b.cc.

olan sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirme hakkı ile bağdaşmamakta, bu hakkın kullanımının, zaman çarteri sözleşmesinin niteliğine uygun düşmediğini göstermektedir. Bu itibarla zaman çarteri sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki gibi yoğun bir güven ilişkisi bulunmadığı ileri sürülebilecek ve bu nedenle bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak değil, ancak bir tür *atipik iş görme sözleşmesi* olarak değerlendirilebilecektir. TBK m. 502/II uyarınca vekâlet sözleşmesi hükümleri bu tür sözleşmelere kıyasen uygulanacaktır. Bu hükümlerin hangilerinin zaman çarteri sözleşmelerinin niteliğine uygun düşeceğine ilişkin yapılacak olan değerlendirme bu çalışmanın kapsamını aşmakta olup, aşağıda sadece TBK m. 505 üzerinden bir örnek vermekle yetinilecektir.

TTK m. 1134/2'de kaptanın, tahsis olunanın sözleşme hükümleri çerçevesinde verdiği tüm talimatlara uyma zorunluluğu düzenlenmiş, ancak kaptanın hangi durumlarda talimatlardan ayrılmasının mümkün olabileceği TTK'da belirtilmemiştir[232]. TBK m. 505/I ise, vekilin, vekâlet verenin açık talimatlarına uyması gerektiğini, vekilin izin alma imkânı bulunmadığında ve vekâlet verenin durumu bilseydi izin vereceğinin açık olduğu durumlarda talimattan ayrılabileceğini hükme bağlamıştır. Bu itibarla kaptanın, örneğin acil durumlarda tahsis olunanın talimatından ayrılmasının TBK m. 505/I hükmü uyarınca mümkün olacağı ileri sürülebilecektir. Ayrıca kaptanın bu hâl dışında bir nedenden ötürü talimattan ayrılması durumunda, TBK m. 505/II uyarınca tahsis edenin bundan doğan zararı karşılamadıkça borcunu ifa etmiş sayılmayacağı savunulabilecektir.

SONUÇ

Zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışmalı olması itibarıyla bu konu öğretide çok sayıda eserde ele alınmıştır. Kanun koyucu, 6102 sayılı TTK'da, bu sözleşmeyi mehaz Fransız hukuku düzenlemelerini temel alarak ve navlun sözleşmesinden ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun bu yönde bir irade sergilemiş olması öğretide eleştirilmiş ve sözleşmenin hukuki nitelendirilmesine ilişkin tartışmaları sonlandırmamıştır.

---

[232] Mürettebatın, "*teknik ve seyir icaplarıyla bağdaşmayan talimatı*" ile bağlı olmadığı ve "çarterer"den talimat alınamadığında "*en elverişli kararın zamanında uygulanması gibi hususları da özen göstererek ifa etmek borcu altında*" olduğu hakkında bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 64. "Çarterer"in, talimatlarına uymayan mürettebatın değiştirilmesini talep hakkı olduğu yönünde, bkz. ÇAKALIR, 1989, s. 64.

Zaman çarteri sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, hem "zaman çarteri sözleşmesi" olarak adlandırılan matbu formlar kullanılarak, hem de bu tür formlar kullanılmadan akdedilen sözleşmeler bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca niteliğin belirlenmesinde, sözleşmenin isimli bir sözleşme olup olmadığının da özel olarak ele alınması gerekmektedir, zira isimli sözleşmelerde niteliğin tespitinin yapılmasını sağlayacak olan asli edim yükümlülükleri kanuni tanımdan çıkmaktadır. Zaman çarteri sözleşmesi, tanımı TTK'da yapılan bir isimli sözleşmedir, ancak tanımın hangi asli edim yükümlülüklerini içerdiği tartışmaya açıktır. Bir yandan, TTK m. 1131/2'de yer alan düzenlemenin sadece teknik yönetimi elinde bulunduran tahsis edenin zilyet olduğuna (ve böylelikle zilyetliğin el değiştirmediğine) vurgu yaptığı; TTK m. 1131/1 hükmünün ise bir tanım hükmü olarak kaleme alınmış olduğu ve tek başına tanım olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Diğer yandan, TTK m. 1131'in kenar başlığının "Tanım" olmasından hareketle, kural olarak bu maddenin hem birinci fıkrasında yer alan ticari yönetimin devri ve tahsis ücreti ödeme borcunun, hem de ikinci fıkrasında zikredilen "teknik yönetim"in kapsamını oluşturan ve TTK m. 1133'te düzenlenen borçların TTK m. 1534 uyarınca asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim, 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce kaleme alınan bazı eserlerde, zaman çarteri sözleşmesinin niteliğini tespite yarayan borcun teknik yönetimin ifası borcu olduğu savunulmuştur. Görüldüğü üzere tanımın lafzının yorumu farklı yorumlara sebebiyet verebildiğinden yorumda hükmün ruhuna da itibar edilmesi gerekmektedir. Hükmün ruhunun tespiti için, madde gerekçesinde atıfta bulunulan 1966 tarihli mehaz Fransız Kanunu'nun ilgili hükmü yorumlanmalıdır. Bu hükümde, ticari ve teknik yönetim ifadelerinden ziyade *tahsis* (*affrètement*) ibaresi kullanılmaktadır, bunun nedeni, Fransız hukukunda zaman çarteri sözleşmesinin bir tür *gemi tahsisi sözleşmesi* (*contrat d'affrètement*) olmasıdır. Bu sözleşme türünün anlaşılabilmesi ve *tahsis* unsuru ile ticari ve teknik yönetim arasındaki bağlantıların kurulabilmesi için, gemi tahsisi sözleşmelerini düzenleyen mehaz Fransız hukuku ile bu hukukun kaynakları incelenmiştir.

Gemilerin en eski kullanım türü olarak ifade edilen *tahsis* (*affrètement*), esasen geminin kullanımına izin verilmesi anlamına gelen şemsiye bir kavram olup, doğrudan gemi tahsisine ilişkin sözleşmelerin nitelendirilmesinde rol oynamamaktadır. Ancak gemi tahsisi, önceki asırlarda, geminin tamamının tahsisi ve bir bölümünün tahsisi olarak ikiye ayrılmış, tahsis sözleşmelerinin nitelendirilmesi ekseriyetle bu ayrıma göre yapılmış, 1966 tarihli me-

haz Fransız Kanunu da bu ayrımın etkilerini taşıyan düzenlemeler getirmiştir. Kısmi tahsis sözleşmeleri, Roma hukukunda bir tür eser sözleşmesi (*locatio operis*) niteliği taşıdığı kabul edilen navlun sözleşmeleri (*contrat de transport*) olarak görülmüş, modern Fransız hukuku da bu görüşün etkilerini taşıyarak navlun sözleşmelerini sadece kırkambar sözleşmelerini kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Bu sözleşmelerin konusunun *yük* olduğu kabul edilmektedir. Geminin tamamının tahsis edilmesini amaçlayan sözleşmeler ise, Roma hukukunda mal kirası sözleşmesi (*locatio conductio rei*) olarak değerlendirilmiştir. 1966 tarihli mehaz Fransız Kanunu yürürlüğü öncesinde zaman çarteri sözleşmeleri açıkça Fransız hukuku mevzuatında düzenlenmemiş, İngiltere kaynaklı bazı yargı kararlarında ise bu sözleşme türünün 19. yüzyılda çıplak gemi kirası olarak kabul edildiği, matbu sözleşme metinlerinde kira sözleşmesinin etkilerini taşıyan ifadelerin bulunmasının bu durumun bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Fransız hukuku öğretisinde, zaman çarteri sözleşmesinin 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu sonrasında ortaya çıktığına ilişkin ifade edilen görüşler, İngiliz yargı kararlarında söz edilen bu görüşü destekler niteliktedir. 1966 tarihli Fransız Kanunu'nda ise gemi tahsisi sözleşmeleri, hem geminin zilyetliğinin tahsis olunana devredildiği gemi kira sözleşmeleri, hem de geminin kullanımının zilyetliğin devredilmeden bırakıldığı zaman çarteri ve yolculuk çarteri sözleşmeleri olarak düzenlenmiştir.

Zaman çarteri sözleşmesinde geminin tahsisi, geminin ticari kapasitesinin kullandırılması anlamına gelmekte, ancak bu kullandırmanın hukukumuz uyarınca kullandırma amacı güden veya devir borcu doğuran sözleşmeler ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Sözleşmenin nitelendirilmesinde, geminin yük taşınması amacıyla kullandırılması durumuna da özellikle değinmek gerekmektedir. Kanun koyucu, zaman çarteri sözleşmesine ilişkin hükümleri sevk ederken, tahsis edenin tahsis olunana karşı yük taşıma taahhüdünde bulunmadığı, ancak tahsis olunanın üçüncü kişilere karşı böyle bir taahhütte bulunabileceği varsayımına dayanmıştır. Öğretide ise bu görüş eleştirilmiş, zaman çarteri sözleşmesinin çoğunlukla yük taşınması amacıyla yapıldığı ve yük taşıma taahhüdünün bulunması itibarıyla bu sözleşmenin bir tür navlun sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir. Zaman çarteri sözleşmesi tahtında tahsis edenin tahsis olunana taşıma taahhüdünde bulunduğu kabul edilse dahi, ilgili taahhüt navlun sözleşmesindeki gibi bir sonuç taahhüdü içermemektedir. Tahsis ücretinin, geminin ticari talimatlara uyulması suretiyle kullandırıldığı süre bakımından doğması ve kullandırmanın süreye yayılmış olması bu sözleşme tahtında yükün taşınmasına ilişkin bir sonuç ta-

ahhüdü olmadığını, esas taahhüdün geminin belirli bir süre boyunca *ticari talimatlara uyulması suretiyle kullandırılmasına* ilişkin olduğunu göstermektedir. Ticari yönetimin devri ve talimatlara uyma borcu, mehaz Fransız hukukundaki "tahsis" unsuru ile olan ilişkisi ve aynı zamanda TTK m. 1131/1'de yer alması itibarıyla asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmeli, sözleşmenin nitelendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada, ilgili yükümlülük bir tür *iş görme* olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca TTK m. 1131/1'de tahsis olunanın borcu olarak düzenlenen tahsis ücretini ödeme borcu da, tanım hükmünde yer alması itibarıyla asli edim yükümlülüğü olarak vasıflandırılmıştır.

"Tanım" başlığı altında, TTK m. 1131/2'de zikredilen teknik yönetimin kapsamı ise, bir borç olarak "Tanım" maddesi dışında TTK m. 1133'te düzenlenmektedir. Teknik yönetim borcunun ilgili maddede düzenlenen görünümlerini teşkil eden borçlar, asli edim olan ticari yönetimin devri (ve tahsis olunanın talimatlarına uyma) borcunun ifasına yardımcı olmaları itibarıyla "bağımlı yan yükümlülük" olarak kabul edilebilecektir. Diğer yandan, TTK m. 1131/2'de zikredilen teknik yönetimin esasen TTK m. 1133/1'de kapsamı düzenlenen teknik yönetim borcunu ifade ettiği, böylelikle TTK m. 1131/2'nin teknik yönetim borcunu da kapsadığı ve bu borcu asli edim yükümlülüğü seviyesine yükselttiği de savunulabilecektir. Teknik yönetime ilişkin TTK m. 1133'te anılan borçların bağımlı yan yükümlülük olarak kabul edilmesi durumunda, bu borçlar zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesinde herhangi bir rol oynamayacak, bununla birlikte, ilgili borçlara aykırılığın bir zarara sebebiyet vermesi durumunda zarara uğrayan kimse tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu durum, özellikle, gemiyi denize, yola ve sözleşmede belirtilen amaca uygun şekilde bulundurma borcuna aykırılığın yük zararı meydana getirmesi hâli bakımından önem arz edecektir. İlgili borçların asli edim olarak vasıflandırılması durumunda ise, bu borçların ifasının, ticari talimatlara uyma borcunda olduğu gibi bir tür *iş görme* teşkil ettiği ileri sürülebilecek ve bu husus zaman çarteri sözleşmesinin nitelendirilmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Teknik yönetime ilişkin borçlar asli edim olarak kabul edilse de edilmese de, zaman çarteri sözleşmesini nitelendirmeye yarayan borçlar *iş görme* borcu teşkil edecektir. İş görme borcu doğuran ve TBK'da düzenlenen isimli sözleşmeler arasından vekâlet sözleşmesi, tanımı itibarıyla, asli edim ya da edimlerin iş görme olduğu birçok sözleşmeye uygulanacak kadar geniştir. Ancak bu sözleşme, öğretide, belirli yapısal unsurlarına vurgu yapılması

suretiyle ele alınmıştır. Bu yapısal unsurlar; bir işin görülmesi, işin görülmesinde vekilin bağımsız olması, başkasının menfaatine hareket edilmesi, güven ilişkisi, ücretin zorunlu olmaması ve vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun, vekilin değil müvekkilin üzerinde olmasıdır. Bu çalışmada zaman çarteri sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar, öğretideki bu kabul uyarınca, güven ilişkisi unsuru ve diğer unsurlar yönünden değerlendirilmiştir. Vekâlet sözleşmesi ile üstlenilen iş görme kapsamında maddi eylemlerin de bulunabilmesi, vekilin müvekkilden bağımsız olması, iş görmenin müvekkilin iradesine uygun olarak yapılmasının gerekmesi, sözleşme ile ücretin kararlaştırılabilmesi, vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun müvekkilde olması hususları, zaman çarteri sözleşmesi bakımından da anlam ifade etmektedir. Zira geminin ticari kapasitesinin kullandırılması belirli maddi eylemlerde bulunulmasını gerektirmektedir; tahsis eden, ifa yardımcısı kaptan aracılığıyla, tahsis olunanın iş organizasyonunun bir parçası olmadan ondan bağımsız şekilde iş görmektedir; zaman çarteri sözleşmesinde tahsis olunanın ticari yönetim uyarınca ve sözleşme çerçevesinde verdiği karar ve talimatlarına uygun şekilde iş görülmesi ve böylelikle tahsis olunanın menfaatine hareket edilmesi gerekmektedir; tahsis ücreti, vekâlet sözleşmesinde kararlaştırılabilecek olan ücret ile benzerlik göstermektedir ve son olarak zaman çarteri sözleşmesinin akdedilmesi ile güdülen amaç - söz gelimi yükün salimen taşınması - gerçekleşmese dahi, tahsis eden tahsis ücretine hak kazanabilmekte ve bu husus vekâlet ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun müvekkilde olması ile benzerlik göstermektedir.

Ancak vekâlet sözleşmesinin, kimi yazarlara göre emredici yapısal unsuru olan güven ilişkisinin zaman çarteri sözleşmesinde bulunmadığı ileri sürülebilecektir. Her ne kadar güven ilişkisinin bir görünümü olan vekâleti kişisel olarak yerine getirme borcu bakımından, vekilin ifa yardımcısı kullanması mümkün olup, zaman çarteri sözleşmesinde kaptan tahsis edenin yükümlülüklerinin ifası bakımından ifa yardımcısı olarak kabul edilebilecekse de, bu güven ilişkisinin bir diğer görünümü olan her zaman tek taraflı fesih hakkının zaman çarteri sözleşmesine uygulanmasının söz konusu olamayacağı savunulabilecektir. Bu çalışmada ifade edildiği üzere tahsis eden ve tahsis olunanın zaman çarteri sözleşmesinden beklenen menfaati elde edebilmesi, sözleşmenin en azından belirli bir süre boyunca sona erdirilmemesini gerekli kılmaktadır. Taraflar arasında tesis edilen ilişkide "istikrar" unsurunun önemini vurgulayan bu durum, vekâlet sözleşmesinin yapısal unsurlarından biri olan sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirme

hakkı ile bağdaşmamakta ve bu hakkın kullanımının, sözleşmenin niteliğine uygun düşmediğini göstermektedir. Bu itibarla zaman çarteri sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesindeki gibi yoğun bir güven ilişkisi bulunmadığı ileri sürülebilecek ve bu nedenle bu sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak değil, ancak bir tür *atipik iş görme sözleşmesi* olarak değerlendirilebilecektir. TBK m. 502/II uyarınca vekâlet sözleşmesi hükümleri, TBK'da düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine kıyasen uygulanacağından, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin hangilerinin zaman çarteri sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ve uygulama alanı bulabileceği ayrıca ele alınmalıdır. Bu çalışmada vekâlet sözleşmesine ilişkin tüm hükümlerin değerlendirilmesi mümkün olmadığından, münferit bir örnek olarak, vekilin, vekâlet verenin açık talimatlarına uymakla yükümlü olduğu ve izin alması mümkün olmadığında vekâlet verenin durumu bilseydi izin vereceğinin açık olduğu hâllerde talimatlardan ayrılmasını mümkün kılan TBK m. 505/I hükmünün bu bağlamda zaman çarteri sözleşmeleri bakımından uygulanabileceği ifade edilmiştir.

KAYNAKÇA

AKINCI Sami, **Deniz Ticareti Hukuku Dersleri - Navlun Mukaveleleri**, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, İstanbul, 1961.

AKSOY Sami, **Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ALGANTÜRK LIGHT Didem, "CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Bareboat Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 8, 2005, ss. 149-172.

ARNOULD Joseph, **A Treatise on the Law of Marine Insurance and Average: With References to the American Cases, and the Later Continental Authorities**, Volume II, W. Benning and Co., London, 1848.

ATAMER Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku,** Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

BAATZ Yvonne, "Charterparties", **Maritime Law**, BAATZ Yvonne (Editör), 5. Bası, Informa Law from Routledge, 2020, ss. 128-195.

BAUGHEN Simon, **Shipping Law**, 7. Bası, Routledge, London and New York, 2019.

BOZKURT-BOZABALI Banu, "In the Search of Catching the Time: Time Charter According to New Turkish Code of Commerce", **European Transport Law**, L, 6, 2015, ss. 609-624.

COGHLIN Terence / BAKER Andrew / KENNY Julian, vd., **Time Charters**, 7th edition, Informa Law from Routledge, 2014.

COUDERT Sarah, La Mise à Disposition d'Une Chose, Doktora Tezi, Université Montpellier, 2016.

ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegân, **Deniz Ticareti Hukuku II - Navlun Sözleşmesi**, 8. Baskı, Arıkan Yayınları, 2006.

ÇAKALIR Yalçın, Zaman Çarteri Sözleşmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989.

ÇELEBİ Özgün, "Théorie des Risques en Droit Français: Observations sur l'Application de l'Adage Res Parit Debitori", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 69, 1, 2020, ss. 57-106.

ÇETİNGİL Ergon / KENDER Rayegân / ÜNAN A. Samim / YAZICIOĞLU Emine, "TTK Tasarısı'nın 'Deniz Ticareti' Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, **Deniz Hukuku Dergisi**, Özel Sayı, 2006, ss. 1-297.

DAUVILLIER Jean, "Le Contrat d'Affrètement dans le Droit de l'Antiquité"**, Mélanges offerts à Jacques Maury,** Tome II, Librarie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, ss. 97-110.

DAVIES Martin / DICKEY Anthony, **Shipping Law**, 4th edition, Thomson Reuters, 2016.

DELEBECQUE Philippe, **Droit Maritime,** 14e édition, Dalloz, 2020.

DU PONTAVICE Emmanuel / CORDIER Patricia, **Transport & Affrètement Maritimes**, 2ème edition, Delmas, Paris, 1990.

EDER Bernard / BENNETT Howard / BERRY Steven, vd., **Scrutton on Charterparties and Bills of Lading**, 23rd edition, Sweet & Maxwell, 2015.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt - I**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt - II**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

HJALMARSSON Johanna, "Contracts: Time and Voyage Charterparties and Their Hybrid Forms", **Research Handbook on Maritime Law and Regulation,** CHUAH Jason (Editör), Edward Elgar, 2019, ss. 204-222.

HJALMARSSON Johanna, "Trip Charterparties and their Binary Endgames", **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2018, ss. 376-397.

HUNTER Grant, "Standard Form - the BIMCO Experience", **Legal Issues Relating to Time Charterparties**, THOMAS D. Rhidian (Editör), Informa Law from Routledge, London, 2008, ss. 1-15.

ILGIN Sezer, **Alt Navlun Sözleşmeleri**, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Yayınları, 1996.

KANER İnci Deniz, **Deniz Ticareti Hukuku I-II**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

KARA Hacı, **Deniz Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip / HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona, vd., **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

KOSCHAKER Paul / AYİTER Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**¸ Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

KUNTALP Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

KURŞAT Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LXVII, 1-2, 2009, ss. 143-166.

ŁOPUSKI Jan, **Maritime Law in the Second Half of the Twentieth Century - Selected Articles**, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Torun, 2008.

MAGNENAT Henri, **Essai sur la Nature Juridique du Contrat d'Affrètement: Contribution à une Etude de Droit Comparé**, Impr. de l'Ere nouvelle, Lausanne, 1948.

MONTAS Arnaud, L'Affrètement au Voyage est-il un Contrat de Transport? **Neptunus** (revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes), 16, 1, 2010, ss. 1-6.

MURAN Hakan, Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

NIKAKI Theodora / SOYER Barış, "Enhancing Standardisation and Legal Certainty Through Standard Charterparty Contracts: The NYPE 2015 Experience", **Charterparties: Law, Practice and Emerging Legal Issues**, SOYER Barış / TETTENBORN Andrew (Editörler), 1. Bası, Informa Law from Routledge, 2018.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN M. Kemal / Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

OKTAY Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LV, 1996, ss. 263-296.

ÖNDER Salih, **Gemi Kira Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

PAULIN Christophe, **Droit des Transports**, Litec/LexisNexis, Paris, 2005.

RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

REMOND-GOUILLOUD Martine, **Droit Maritime**, 2ème edition, Etudes Internationales Pedone, 1993.

RODIERE René, **Droit Maritime**, 8e édition, Dalloz, 1979.

RODIERE René, **Traité Général de Droit Maritime: Affrètements & Transports**, **Tome I Introduction - Les contrats d'Affrètement,** Dalloz, Paris, 1967.

ROGERS Anthony / CHUAH Jason / DOCKRAY Martin, **Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea**, 5th ed., Routledge, 2020.

SARI Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.

SCHULTZ J. C., "The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the E.E.C. Convention on Carriage of Goods", **Contract Conflicts: the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study,** NORTH Peter Machin (Editör), Amsterdam - New York, North-Holland Publishing Company, 1982, ss. 185-201.

SEÇER Öz, "TBK m. 512-514", **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, Cilt 2: Özel Borç İlişkileri, SEROZAN Rona / ÖZ Turgut / ACAR Faruk / GÖKYAYLA Emre / DEVELİOĞLU H. Murat (Editörler), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, ss. 2185-2239.

SOLVANG Trond (Editör), **The Norwegian Maritime Code, 24 June 1994 no. 39 with amendments including Act 7 June 2013 no. 30, MarIus nr. 435**, Nordisk institutt for sjørett, Universitetet i Oslo, Sjørettsfondet, 2014.

SÖZER Bülent, "Yeni Ticaret Kanunu'nun Navlun Sözleşmelerini Düzenleyen Hükümleri Hakkında Bazı Görüşler", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar XXVIII (Bildiriler - Tartışmalar)**, Bankacılık Enstitüsü, İstanbul 2018, ss. 71-96 ("Görüşler"), ss. 96-99 (Bildiriye İlişkin Tartışmalar).

SÖZER Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku - I,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri Cilt II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TAŞKIN Melda, "COVID-19 Pandemisinin Zaman Çarteri Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin 'Off-Hire' Klozu Bağlamında İncelenmesi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 78, 2, 2020, ss. 333-362.

TEKİL Fahiman, **Deniz Hukuku**, 6. Bası, Alkım Yayınevi, 2001.

TOPSOY Fevzi, **Deniz Ticareti Hukuku I**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ÜLGENER Fehmi, "Gemi Tahsis Sözleşmelerinin Hukuki Mahiyetleri ve Tarafların Vasıfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının İncelenmesi" ("Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumu"nda Verilen Tebliğlerin Özetleri, IV. Tebliğ), **Deniz Hukuku Dergisi**, 3-4, 1996, ss. 53-55.

ÜLGENER Fehmi, "Zaman Çarteri Sözleşmesinde Taşıtanın Taşıyana Karşı Olan Yükümlülükleri", **Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, ss. 599-638.

ÜLGENER Fehmi, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Zaman Çarteri Sözleşmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, LXV, 2, 2007, ss. 353-370.

ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

ÜLGENER Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

ÜNAN Samim, "Some Aspects of Maritime Law in the New Turkish Commercial Code", **Recent Developments in Maritime Law**, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations held in Hamburg on 25 August 2011 and in Istanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association and German Maritime Law Association, 2012, ss. 9-17 (2012a).

ÜNAN Samim, "Bareboat and Time Charters in the New Turkish Code of Commerce (a short comparison to German Draft dated 2011)", **Recent Developments in Maritime Law**, Papers Submitted to the Joint Seminars of the German and Turkish Maritime Law Associations held in Hamburg on 25 August 2011 and in Istanbul on 6 October 2011, Turkish Maritime Law Association and German Maritime Law Association, 2012, ss. 25-32 (2012b).

VIALARD Antoine, **Droit Maritime**, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

YAVUZ Cevdet, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)** 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

YAZICIOĞLU Emine, **Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku**, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

YETİŞ ŞAMLI Kübra, **Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, 1st edition, reprinted, Juta & Co. Ltd, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1992.

İnternet Kaynakları

COLBERT Jean-Baptiste, **Ordonnance de la Marine du Mois d'Aoust 1681, Commentée et Conférée sur les Anciennes Ordonnances, le Droit Romain et les Nouveaux Reglemens**, Charles Osmont, 1714 https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k95955s/f2.item (Erişim tarihi: 23.01.2023)

EU Report COMP/2006/D2/002 Fearnley Consultants AS, Global Insight & Holman Fenwick & Willan, Legal and Economic Analysis of Tramp Maritime Services, February 2007, https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/tramp_report.pdf (Erişim tarihi: 23.01.2023)

Dutch Civil Law, http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook088.htm (Erişim tarihi: 23.01.2023)

HAANAPPEL Peter P.C. / MACKAAY Ejan, **Netherlands Civil Code - Transport Law (French & English) Book 8: Traffic Means and Transport**, 1995, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1778425 (Erişim tarihi: 23.01.2023)

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Charter Parties - A Comparative Analysis, TD/B/C.4/ISL/55, 27 June 1990, https://unctad.org/system/files/official-document/c4isl55_en.pdf (Erişim tarihi: 23.01.2023)

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 833-853

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN HAKLI SEBEBE DAYANMAYAN DEVAMSIZLIĞI NEDENİYLE FESHİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Sedef KOÇ TANGÜN**(**)

Öz: İşçinin iş görme borcunu süreklilik içinde, devamsızlık yapmadan yerine getirmesi gerekir. İşçinin devamsızlığı, işe gelmemek suretiyle iş görme borcuna aykırılık teşkil eden bir davranıştır ve iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine yol açan sebeplerden biridir. İşK m. 25/II'de "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında, işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş olan devamsızlık, *işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi* şeklinde ortaya çıkmalıdır. İşçinin mümkün olan iş görme edimini herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın yerine getirmemesi anlamına gelen bu devamsızlık halinde, işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilmektedir.

İşe gelmemeyi haklı kılan sebepleri önceden tahdidi olarak saymak mümkün değildir, bu sebepleri her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Hangi hallerin haklı devamsızlık nedeni sayılacağı her somut olay özelinde değerlendirilmektedir. İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan ve *işçiye, evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü halinde verilmesi gereken izinler dışında*, işçinin iş görme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceği diğer bazı durumlar da haklı neden kapsamında kabul edilebilmektedir. Bu çalışmada, haklı nedene dayanmayan ve izinsiz devamsızlık kavramları açıklanmakta ve bu nedene dayanan feshin usul ve şartları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesinin Feshi, İşçinin Devamsızlığı, Haklı Nedene Dayanmayan Devamsızlık, İzinsiz Devamsızlık, Manevi İfa İmkansızlığı.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.06.2023.

Bu makale, "İş Sözleşmesinin İşçinin Kusurlu Fiilleri Sebebiyle Feshi" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0001-5053-0585; *skoc@gsu.edu.tr*).

TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO UNJUSTIFIED ABSENCE OF THE EMPLOYEE

Abstract: The employee is obliged to fulfil their work duties continuously without any absenteeism. Absenteeism of the employee is a behavior that is contrary to the obligation of working by not coming to work and is one of the reasons leading to the termination of the employment contract by the employer. Absence is regulated as a just cause for termination in terms of the employer under the title of actions of employee against moral values and goodwill and similar circumstances in Article 25/II. The employer may break the contract, whether for a definite or indefinite period, before its expiry or without having to comply with the prescribed notice periods if, without the employer's permission or a good reason, the employee is absent from work for two consecutive days, or twice in one month on the working day following a rest day or on three working days in any month.

It is not possible to count the reasons that justify absence as a limitation beforehand, these reasons should be evaluated separately in each concrete case. Which situations will be considered as a justified reason for absence are evaluated on a case-by-case basis. Except for the permissions regulated in the Labor Law and which must be given to the employee in the event of his marriage or adoption or the death of his mother or father, spouse, sibling, or child, some other situations in which the employee cannot be expected to perform the job may also be considered within the scope of justifiable reasons. In this study, the concepts of unjustified and unauthorized absence are explained and the procedure and conditions of termination based on this reason are examined.

Keywords: Termination of Employment Contract, Employee Absenteeism in the Workplace, Unjustified Absence, Unauthorized Absence, Unexpected Circumstances in Employment.

GİRİŞ

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu, iş görme borcudur. İşçi, bu borcunu, kanun ve sözleşme ile belirlenen şartlar çerçevesinde ve işverenin talimatlarına bağlı olarak yerine getirmelidir. Bu borcun yerine getiriliş tarzını düzenleyen kurallardan biri de ifanın zamanına ilişkin kurallardır. İşçinin iş görme borcunu süreklilik içinde, devamsızlık yapmadan yerine getirmesi gerekir.

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu işi yerine getirmemesi, iş görme borcuna aykırılık oluşturur. Bu anlamda, işçinin devamsızlığı, işe gelmemek suretiyle iş görme borcuna aykırılık teşkil eden bir davranıştır. Bu davranışın iş sözleşmesine etkisi, iş görme edimini imkansız hale getirip getirmemesine ve de kusura dayanıp dayanmamasına göre değişir.

İşçinin devamsızlığı, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine yol açan sebeplerden biridir. İş Kanunu'nun 25. maddesinde, işçinin devamsızlığına bağlı dört ayrı fesih sebebi öngörülmüştür. İşK m. 25/I'de "Sağlık sebepleri", İşK m. 25/II'de "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri", İşK m. 25/III'te "Zorlayıcı sebepler" başlığı altında devamsızlık halleri ve son olarak İşK m. 25/IV'te işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halindeki devamsızlık düzenlenmiştir. Bu haller dışında, haklı fesih sebebi vermeyen ancak işyerinde olumsuzluklara sebep olan devamsızlıklar da geçerli fesih nedeni olabilir.

Bu çalışmada, devamsızlık kavramı ve İş Kanunu'nda düzenlenen devamsızlık halleri açıklandıktan sonra, işçinin haklı bir sebep olmaksızın ve izin almaksızın devamsızlığı üzerinde durulacak ve bu duruma bağlanan sonuçlar ele alınacaktır.

I. DEVAMSIZLIK KAVRAMI VE İŞ KANUNU'NDA FESİH NEDENİ OLARAK DÜZENLENEN DEVAMSIZLIK HALLERİ

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamaması[1] veya işyerine geç gelmesi[2], işçinin devamsızlık yaptığı anlamına gelmemektedir. İş görme ediminin zamanında yerine getirilmemesi anlamına gelen devamsızlık, işçinin ifası mümkün olan iş görme edimini herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş görme ediminin ifasının imkansız hale gelmesine de dayanabilir. İkinci durumda, imkansızlık işçinin kusurundan kaynaklanabilir veya işçiye yüklenemeyen bir nedenle meydana gelmiş olabilir.

---

1 "*Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 25/II-h bendi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.*" Y9HD, 22.03.2010, 2008/23004, 2010/7504, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

2 "*Somut uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesi 01.12.2014 ve 02.12.2014 tarihlerinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Fesih bildiriminde davacı işçinin 01.12.2014 tarihinde hiçbir mazeret göstermeksizin işe gelmediği belirtilmiş ise de, davalı işyerinde tutulan 01.12.2014 tarihli tutanakta davacının Arnavutköy şubesine geç giriş ve erken çıkış yaptığı yazılmıştır. Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde mesai saatlerine uymayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmaz. Buna göre fesih bildirimi ile buna dayanak gösterilen devamsızlık tutanağının çeliştiği, devamsızlık olgusunun usulünce kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır.*" Y9HD, 13.04.2017, E. 2017/19816, K. 2017/6531, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

İşK m. 25/I/a'da "*Sağlık sebepleri*" başlığı altında, "*İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi*" kıdem tazminatına hak kazandıran bir derhal fesih hali olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, işçinin kusuru ile hastalık veya sakatlığa uğraması sonucu ortaya çıkan devamsızlık halini ifade etmektedir[3]. Ancak buradaki kusurlu hareket, sayılan üç hal ile sınırlıdır. Sadece belirtilen üç halde işçinin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkan sağlık engeli kısa süreli de olsa devamsızlığa sebep olduğunda derhal fesih yetkisi vermektedir. Bunun dışındaki kusurlu ya da kusursuz tüm hastalık veya kaza hallerinde, işçinin işe devamına engel olan sağlık engeli iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmakta, kanunda belirtilen askı süresi bitiminde işverenden iş sözleşmesine devam etmesi beklenmemekte ve derhal fesih hakkı doğmaktadır[4].

İşK m. 25/I'e göre, "*(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez*". Kanun koyucu, anılan maddede düzenlenen kusursuz ifa engellerini, bildirim süresinin ardından geçecek altı haftanın sonunda sürekli ifa engeli kabul ederek işverene haklı fesih hakkı tanımaktadır.

İşçinin sağlık nedenleriyle İşK m. 25/I'de belirtilen sürelere ulaşmayan devamsızlığı, haklı fesih nedeni teşkil etmeyeceği gibi işveren açısından geçerli fesih nedeni de olmaz. İşK m. 18/3'te özellikle fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlar sayılmış ve bunlar arasında "*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*" haline de yer verilmiştir. Bununla birlikte,

---

[3] OĞUZMAN M. Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, İstanbul 1955 (Fesih), s. 60.

[4] SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul 2021 (İş Hukuku), s. 693; ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat/ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2022, s. 618; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, Ankara 2022, s. 857.

İşK m. 25/I'de belirtilen sürelere ulaşmayan, daha kısa süreli ancak sık sık tekrarlanan devamsızlıkların işyerinde olumsuzluk yaratması halinde geçerli fesih nedeni olabileceği kabul edilmektedir[5]. İş Kanunu'nun 18. madde gerekçesinde "sık sık hastalanma" işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnek olarak sayılmıştır[6].

İşK m. 25/III, "Zorlayıcı sebepler" başlığı altında, "*işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması"* halini işveren açısından haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. İşçinin alanında bir zorlayıcı neden meydana gelmekte, bunun sonucunda işçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkansızlığı sebebiyle iş görme borcunu yerine getirememekte ve iş sözleşmesi askıya alınmaktadır[7]. Zorlayıcı sebe-

---

5 "*İşveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3. f maddesi uyarınca aynı kanunun 25/I.b maddesi uyarınca önele ilaveten altı haftalık bekleme süresi içinde işçinin iş sözleşmesini feshedemez. Ancak işçinin aralıklı olmak üzere sık sık rapor alması bu kapsama girmez. Sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bekleme süresi içinde kalsa bile, sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, işçinin iş sözleşmesi bildirimli veya süreli olarak feshedilebilir. Bu durumda fesih geçerli nedene dayanmaktadır.*" Y9HD, 14.01.2013, 2012/22940, 2013/117, Legalbank Hukuk Bankası; SAVAŞ Burcu, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, İstanbul, 2012, s. 112.

6 Yargıtay, işçinin sık sık rapor almasını 2007 yılında verdiği bir kararda işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden kapsamında değerlendirmiş, sonraki tarihli kararlarında yetersizliğe dayanan bir neden olarak kabul etmiştir: "*Dosya içeriğine göre, işyerinde üretim işinde çalışan davacının 2000 yılında iş kazası geçirdiği, işverenin iş güvenliği önlemleri kapsamında maske takılması gerektiğini bildirdiği, davacıya 2000 ve 2002 yıllarında maske takmaması nedeni ile disiplin cezası verildiği, davacının 02.07.2005 tarihine kadar sık sık rahatsızlığı nedeni ile 31 kez toplam 502 gün istirahat raporu aldığı, bu tarihten sonra da tedavi için doktora gittiği ve en son 23.01.2006 tarihli rapor ile Meslek Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulunca 63 gün istirahat verildiği ve Kurşun İntoksikasyonuna bağlı plinoropati tanısı konulduğu, kurşunsuz bölümde çalışması gerektiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Meslek hastalığının tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığı belirlenmemiştir. Ayrıca davacının son istirahatlı günleri önel süresi ve ilave olarak 6 haftayı geçmediğinden, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1.b maddesince feshi, anılan kurala uygun değildir. Ancak davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında, iş görme ediminden davalı işverenin yararlanamadığı ve sonuç olarak işyerinde olumsuzlukların yaşandığı sabittir. 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler mevcuttur. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenemez hal almıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.*" Y9HD, 09.04.2007, 35881/9896, Kazancı İçtihat Bankası. Kararın değerlendirmesi için bkz. SÜMER Haluk Hadi, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi", **SİCİL**, S. 8, Aralık 2007, s. 66-73. "*Davacının sık sık rapor alması nedeni ile önceden hazırlanan uçuş programlarının aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez hale getirmiştir. İşverenin feshi, davacının yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir.*" Y9HD, 14.01.2013, 2012/22940, 2013/117, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

7 SÜZEK, İş Hukuku, s. 707; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 640; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 774; SAVAŞ, s. 132.

bin bir haftadan fazla sürmesi halinde, işveren haklı sebeple derhal fesih hakkını kullanabilmektedir. Bu bent uyarınca yapılan haklı nedenle fesihlerde işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır.

İşK m. 25/IV, "*işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması*" halini haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Düzenlemeye konu olan durum, gözaltına alınma veya tutuklanma sebebiyle devamsızlık halidir. İşçinin işyeri dışında suç işlemesi ve bunun iş ilişkisine etkisi, bu hüküm kapsamında değildir.

Anılan bentte düzenlenen gözaltına alınma ve tutukluluk hali, 1475 sayılı İş Kanunu'nda hükme bağlanmamıştı ve işçinin işyeri ile ilgili olmayan bir suç sebebiyle tutuklanması halinde tutukluluk halinin bir zorlayıcı neden teşkil edip etmediği doktrinde tartışmalıydı. Yargıtay, bu durumu bir mazeretsiz devamsızlık değil, eski İşK m. 17/III anlamında zorlayıcı neden sayıyor ve işçinin kıdem tazminatına hak kazandığını hükme bağlıyordu[8].

Son olarak, İşK m. 25/II'de "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında "*İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*" işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Aşağıda, işçinin haklı sebebe dayanmayan devamsızlığı ve bu nedenle işveren tarafından yapılan feshin şartları incelenecektir.

II. İŞÇİNİN İZİN ALMAKSIZIN VEYA HAKLI BİR SEBEBE DAYANMAKSIZIN DEVAMSIZLIĞI

İşçinin işe gelmemesi, hiçbir haklı gerekçeye dayanmıyor olabilir. Bu durumda, işçi ifası mümkün olan iş görme edimini yerine getirmemektedir. Eğer işverenden izin de alınmamışsa, devamsızlığın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü sürmesi işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir (İşK m. 25/II/g). Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller arasında kabul edilen bu ihtimalde işverenin feshe bağlı tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

---

8 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 641.

1. İfası Mümkün Olan İş Görme Ediminin Yerine Getirilmemesi

Borçlar hukukunda, muaccel ve yerine getirilmesi mümkün bulunan edimin zamanında yerine getirilmemesi sonucu borçlunun içine düştüğü sorumluluk durumu, borçlu temerrüdü olarak ifade edilir (TBK m. 117 vd.)[9]. Sürekli borç ilişkilerinde temerrüdün söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar sürekli borçlarda temerrüdü kabul etmemektedir. Bu yazarlara göre, borçlu sözleşmede öngörülen sürede borcunu ifa etmezse, temerrüt değil ifa imkansızlığı söz konusu olur. Borçlunun temerrüde düştüğünden bahsedebilmek için yerine getirilmemiş olan borcun sonradan ifasının mümkün olması gerekir. Sürekli borç ilişkilerinde zaman unsuru, ani edimli borç ilişkilerinde olduğundan daha önemli bir role sahiptir; doğrudan doğruya borç konusu edimin içeriğini oluşturur. Sürekli edimler, zaman süreci içinde her an ifa edilmelidirler. İfa dönemi içinde yerine getirilmeyen edimin, o an geçmiş olduğu ve tekrarlanması mümkün olmadığı için sonradan ifa edilerek telafi edilmesi kural olarak mümkün olmaz[10].

Ayrıca, konuya sürekli edimlerin niteliği açısından yaklaşıldığında borçlu temerrüdünün yaptırımının uygulanması ile ilgili sorunlar gündeme gelmektedir. Borçlu temerrüdünde asıl yaptırım, aynen ifadır. Bu yaptırımın uygulamaya geçirilmesi, cebri icra yolu ile olur. Yapma ve yapmama borçlarının cebri icrası ise ciddi sorunlar yaratır. Yapma ve yapmama edimlerinde, ifanın sonradan telafisinin mümkün olmaması ve kimsenin bir eyleme ve tutuma zorlanamamaması nedeniyle borçlu temerrüdü değil ifa imkansızlığı ortaya çıkar[11].

---

[9] OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2022, s. 474; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 911; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku**, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 903; SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016, s. 216; BARLAS Nami, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul 1992, s. 15; KARAHASAN Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, İstanbul 2003, s. 198-199; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku**, Genel Bölüm, İstanbul 2021, s. 292.

[10] OĞUZMAN, Fesih, s. 78, dn. 152; SÜZEK Sarper, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara 1989 (Askı), s. 32; SEROZAN, s. 223. "*Ancak bu görüşe göre ifa zamanının tamamı geçmemişse, sürekli borçlarda da temerrüt söz konusu olabilir. (...) Görülüyor ki bu görüşe göre ifanın gelecekte yapılması henüz mümkün olan kısmı için temerrüt; zamanında yapılmayan ve mazide kalan kısmı için ise imkansızlık söz konusu olmaktadır.*" EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, Ankara 2017, s. 1118.

[11] OĞUZMAN/ÖZ, s. 475, 459 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 222.

Diğer bir görüş ise, sürekli edimin kararlaştırılan zamanda ifa edilmeyen kısmının, bu zaman geçmiş, maziye karışmış olduğu için artık telafisinin mümkün olmadığını kabul etmekte ancak bu durumun ani edimli borç ilişkilerinde de geçerli olduğunu ifade etmektedir. Temerrütte ifası henüz mümkün olan bir edimin zamanında yerine getirilmemesi söz konusudur. Edimin ifası gelecekte mümkün olduğuna göre, imkansızlıktan söz edilemez. Borçlar Kanunu da temerrüt yönünden ani borç-sürekli borç ayrımı yapmadığına göre, sürekli borçlarda da temerrüt hükümleri uygulanır[12].

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, işçinin iş görme edimini geçici olarak ifa edememesinin sonradan telafisi kural olarak mümkündür çünkü bu tür sözleşmelerde işverenin menfaati iş görme ediminin önceden belirlenmiş kesin bir zaman dilimi içinde değil, genel olarak sözleşme ilişkisi içinde sürekli yerine getirilmesi suretiyle gerçekleşir. Dolayısıyla işçinin iş görme edimini kendisine yüklenemeyen bir nedenle geçici olarak yerine getirememesi temerrüt sonucunu doğurur[13].

İşçinin bu şekilde temerrüde düşmesi halinde, işveren belirli şartlarla haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir[14]. İş Kanunu, işçinin belli bir süre devamsızlık yapmasını işveren için haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Buna göre, izin almaksızın veya haklı sebebe dayanmaksızın iki gün üst üste işe gelmemek, haklı feshe yol açar. Bunun dışındaki haller, örnek olarak işçinin bir gün işe gelmemesi, bu düzenleme kapsamında değildir. Bu ihtimalde de, işçi, iş görme edimini zamanında yerine getirmeyerek temerrüde düşmekte ancak bu durum işverene haklı fesih yetkisi tanımamaktadır. Ancak bu bir günlük devamsızlığın, geçerli fesih nedeni teşkil edip etmediği tartışılabilir[15].

2. Haklı Sebebe Dayanmayan Devamsızlık

İşK m. 25/II/g'de haklı fesih sebebi olarak düzenlenen devamsızlık, işçinin kusurundan kaynaklanmalıdır: İşçi işverenden izin almamış olmalı *veya* devamsızlığı haklı bir sebebe dayanmıyor olmalıdır[16]. Bu düzenleme

---

12 EREN, s. 1118-1119.

13 SÜZEK, Askı, s. 34.

14 SÜZEK, Askı, s. 35.

15 Bkz. aşağıda III- Haklı Sebebe Dayanmayan Devamsızlık Nedeniyle Fesih Hakkının Kullanılması.

16 "*İş Kanununun 17/II. maddesi, işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmayan belirli sürelerdeki devamsızlık halinde iş akdinin ihbarsız ve tazminatsız feshini kabul etmiştir. İşverenden izin almamış olmasına rağmen devamsızlık haklı nedene dayanıyorsa artık ih-*

uyarınca, geçerli bir mazerete dayanan devamsızlık feshi haklı kılmaz. Yargıtay, 1967 yılında verdiği bir kararda, ardı ardına iki gün işe gelmemenin yalnız başına önelsiz ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshetme hakkı vermediğini, işe gelmemenin meşru bir sebebe dayanmaması gerektiğini belirtmiştir[17]. Bununla birlikte, doktrinde, kıdemli bir işçinin, bir mazerete dayanmasa da, ardı ardına iki işgünü devamsızlığı nedeni ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sonucu, emeğinden ve kıdem tazminatından yoksun kalmasının hakkaniyete uygun olmadığı görüşü savunulmaktadır[18]. Gerçekten de, geçerli sebeple fesih düzenlemesi ile uyumlu hale getirilmeye ihtiyacı olan haklı fesih sebeplerinin bu açıdan da gözden geçirilmesi gerekmektedir[19].

İşK m. 25/II-g, "*İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*" halini haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. İşe gelmemeyi haklı kılan sebepleri önceden tahdidi olarak saymak mümkün değildir, bu sebepleri her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekir[20].

---

barsız fesihten bahsedilemez. O takdirde ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Haklı sebebin koşullarına göre objektif ölçüler içinde takdiri gerekir." Y9HD, 14.05.1982, 4239/4843, SÜMER Haluk Hadi, "Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", **Prof.Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Ankara 1998 (Devamsızlık), s. 212, dn. 47; SAVAŞ, s. 112.

17 Y9HD, 23.05.1967, 4898/4415, ÇENBERCİ Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 1978, s. 421; Yargıtay, kararda, devamsızlığın meşru bir sebebe dayanmaması ilkesini belirttikten sonra davacı işçinin özelliklerini vurgulamış ve işverenin hakkını afakî iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanması gerektiğini belirtmiştir: "*Davacı, yirmi bir yıllık işçidir. İş hayatında başarı gösterdiği, aldığı takdirnamelerinden açık ve seçik surette anlaşılmaktadır. Bu yetenek ve kıdemdeki işçinin anılan şartlar çerçevesinde işe gelmemesinden dolayı sözleşme bozularak haklarından yoksun bırakılması afakî iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Herkesin haklarını kullanmakta ve borçlarını yerine getirmekte afakî iyi niyet kurallarına uymakla yükümlü olduğu ise, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gereğidir.*" Doktrinde SÜZEK tarafından, Yargıtay'ın bu kararda haklı sebeple fesih hakkının objektif iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılmadığı sonucuna vardığı ancak burada bir haksız feshin söz konusu olduğu ve iki kurumun karıştırıldığı haklı olarak belirtilmiştir, Fesih Hakkı, s. 21-22.

18 SÜZEK, İş Hukuku, s. 610; KAR Bektaş, **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Ankara 2009, s. 267.

19 TOLU Hazal, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta, 2017, İstanbul, s. 161-162.

20 OĞUZMAN, Fesih, s. 59; SAYMEN, s. 579; EKONOMİ Münir, İş Hukuku C.I, Ferdî İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 210; SÜZEK, İş Hukuku, s. 703; SÜMER, Devamsızlık, s. 213-216; ODAMAN Serkan, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara 2003, s. 164; ODAMAN Serkan, Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları, **Çimento İşveren Dergisi,** Mart 2004, s. 10; SAVAŞ, s. 112. "*İşçinin işe devamsızlığı her durumda işverene haklı fesih imkanı vermemektedir. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal*

Kanunun açıkça haklı neden olarak kabul ettiği devamsızlık, kanuni grev halinde yapılan devamsızlıktır. Grev, iş sözleşmesinin feshi için bir sebep teşkil etmez ve grev süresince çalışmayan işçilerin iş sözleşmesi askıda kalır. 6356 sayılı Kanun'un konuyu düzenleyen 66/2 maddesine göre, "*Kanuni bir grev kararının alınmasına katılma, teşvik etme, greve katılma veya greve katılmaya teşvik etme nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesi feshedilemez.*" Kanun dışı bir greve katılan işçinin durumu ise, haklı bir sebebe dayanmayan devamsızlık teşkil eder ve işverene haklı sebeple fesih imkanı verir[21]. 6356 s. Kanun'un 70/1 maddesi, bu sonucu açıkça düzenlemiştir: "*Kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir.*"

Aynı şekilde, işçinin mevzuatta tanınan iş görmekten kaçınma hakkını kullanması da, haklı sebebe dayanmayan bir devamsızlık olmadığı için işveren açısından haklı fesih nedeni teşkil etmez. İşçi, şartları oluşmuş ise İşK m. 34 veya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir ve bu nedenlerle çalışmadığı için iş sözleşmesi feshedilemez.

Bu hallerin dışında da, her somut olayda, işçinin devamsızlığının haklı sebebe dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. İşçinin işe devam etmemesinin haklı görüldüğü ve işveren tarafından kendisine izin verilmesi gerektiği düşünülen durumlar, İş Kanunu'nda mazeret izinleri olarak düzenlenmiştir. 4857 s. İş Kanunu'na 6645 s. Kanun ile 04.04.2015 tarihinde eklenen "Mazeret izni" başlıklı Ek m. 2'ye göre, "*İşçiye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir.*"[22] Aynı maddenin ikin-

ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır, işçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir." Y9HD, 22.03.2010, 2008/23004, 2010/7504, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

21 Kanundışı iş bırakma eylemi de, bu çerçevede kabul edilerek aynı şekilde haklı fesih sebebi teşkil eder. Y9HD, 28.09.2004, 8546/20828, Legal İHSGHD, 6/2005, 781-782.

22 6645 s. Kanun ile ek madde olarak getirilen düzenlemeden önce, bu izinler İş Kanunu'nun 46 ve 55. maddelerinde yer almaktaydı. İşK m. 46'da "Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri"nin hafta tatiline hak kazanma bakımından çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı ifade edilmişti. Aynı süreler, İşK m. 55'te de yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller arasında düzenlenmişti. 6645 s. Kanun ile mazeret izinleri ek m. 2'de belirtilmiş ve 46 ve 55. maddelerde "Ek 2 nci maddede sayılan izin süreleri" ifadesiyle bu düzenlemeye atıf yapılmıştır.

ci fıkrası uyarınca da, "*İşçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süreğen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveynden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir.*" Bu hüküm, işverenin vermek zorunda olduğu izinleri düzenlemektedir. Belirtilen haller dışında, mesela işçinin çocuğunun evlenmesinde, yakınlarının hastalanmasında, taşınması sırasında işverenden izin talep edilmesi durumunda işverenin bu talebi kabul etmesi kanuni bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. Bu durumlar, İşK m. 46 ve 55'te belirtilen "*diğer izinler*" kapsamında değerlendirilmektedir.[23] Bu maddelerde, "*Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri*"nin de çalışılmış gibi sayılacağı ifade edilmektedir.

İşçinin özellikle ailevi nedenlerle işe gelemediği, çalışmasının imkansız olmadığı ancak kendisinden iş görme edimini yerine getirmesinin beklenemez olduğu bu durumlar, manevi ifa imkansızlığı olarak ifade edilmiştir.[24] İşçinin bu hallerde iş görme edimini yerine getirmesi dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenemeyecek ise iş sözleşmesinin bu süre boyunca askıya alındığı kabul edilir.[25] İş Kanunu'nda bu gibi hallerde, işçinin geçici olarak iş görememesini düzenleyen genel bir kural bulunmamakla birlikte, yukarıda belirtilen durumlara benzer başka durumlarda da, işçinin işe gelememesinin geçerli bir kişisel mazerete dayandığı kabulüyle işveren açısından İşK m. 25/II-g uyarınca haklı fesih sebebi doğmayacağı, ancak uzun süren devamsızlığın iş ilişkisine devamı beklenemez kılması halinde işverenin bu fesih hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir.[26] Yargıtay, işçinin eşinin doğum yapmış olması[27], eşinin, çocuğunun ya da anne-babasının hastalığı[28] gibi halleri, bu anlamda devamsızlık için haklı sebep olarak kabul etmektedir[29].

---

[23] KAR/GÖKTAŞ, işçinin çocuğunun evlenmesinin de izin verilmesi gereken bir mazeret olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler, KAR Bektaş/GÖKTAŞ Seracettin, "Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri", **SİCİL**, S. 6, Haziran 2007, s. 28.

[24] SÜZEK, Askı, s. 52A; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 772. AKDENİZ Ayşe Ledün**, İş İlişkilerinde İmkansızlık**, İstanbul 2018, s. 163 vd.

[25] SÜZEK, Askı, s. 52.

[26] SÜZEK, Askı, s. 54.

[27] Y9HD, 14.10.1999, 12769/15861, GÜNAY Cevdet İlhan, **İş Kanunu Şerhi**, C.: 2, Ankara 2003, s. 1780-1781.

[28] "*Davacı tanıklarının ifadeleri ve hastane kayıtlarından davacının eşinin hastalığı sebebiyle iki yıllık ücretli iznini kullandıktan sonra çocuğu ve eşinin hastalığı nedeniyle devamsızlığının haklı bir sebebe dayandığı halde işverence hizmet akdinin feshi haklı sayılmaz.*" Y9HD, 14.05.1998, 6425/8900, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

İş görme borcunun yerine getirilmesinin manevi sebepler yüzünden beklenememesi haline verilen bir diğer örnek, iş görme edimi ile işçinin inancı arasındaki çatışmadır. İşçinin sözleşme ile üstlendiği edimin inançlarına, değerlerine veya vicdanına ters düşmesi halinde, anayasal din ve vicdan özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğünün çatıştığı görülmektedir[30]. İşçinin din ve vicdan özgürlüğünün, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlara uyma borcunu yerine getirmesini beklenemez kılıp kılamayacağı sorusunun her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekse de, genel olarak işçinin inanç özgürlüğünün uğrayacağı ihlal ile işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesindeki menfaatinin karşılaştırıldığını söylemek mümkündür.[31]

3. İzinsiz Devamsızlık

İşçinin işverenden izin almaksızın devamsızlık yapması da, haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. İşçiye işveren tarafından izin verilmiş olması durumunda, devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi yoktur. İşverenin işçinin izin talebine olumsuz cevap vermesi halinde ise,

---

"*Davacı işçinin eşinin uzun bir süreden beri kanser hastası olup tedavi altında bulunduğu ve daha sonra da hastalığının ağırlaştığı ve 30.11.1993 fesih tarihinden kısa bir süre sonra öldüğü tanık anlatımlarından ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. 10.11.1993 tarihinden 30.11.1993 tarihine kadar davacı kadın işçinin anılan nedenle işyerine gelemediği açık seçik ortadadır. Davacının bu devamsızlığının haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Bu konuda ayrıca belirtmek gerekir ki dosya içerisinde bulunan raporda hastanın genel durumu itibarı ile devamlı bakıma ihtiyacı olduğu ve bunun ailesi tarafından yapılması icap ettiği açıklanmış bulunmaktadır. Bir kimsenin en yakınının ölümcül derecede hasta olması halinde onun yanında bulunması kadar doğal bir şey olamaz.*" Y9HD, 31.03.1997, 22729/6451, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

"*Uzun süre tedavi altında kalan bir kimsenin çocuğunun üç, dört gün annesinin sağlık ve tedavi sorunlarıyla ilgilenmesi kadar doğal bir şey olamaz. Böyle olunca feshin haklı nedene dayandığının kabulü hatalıdır.*" Y9HD, 20.03.1997, 22598/5558, GÜNAY, s. 1808.

"*İnceleme konusu olayda; davacının Valilik Konağında bahçıvan-kaloriferci olarak çalışan babasının bir iş kazası sonucu gözünden yaralandığı, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları Servisinde 3.6.2005-6.6.2005 tarihleri arasında yatarak tedavi gören ve 30 gün istirahat verilen babasına davacının refakat ettiği anlaşılmaktadır. 75.Yıl Merkez 5 No.lu Sağlık Ocağı tarafından 27.5.2005 tarihinde verilen raporda hastanın tetkik ve tedavisi yapılmak üzere oğlu refakatinde sevkinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Mevcut delillere göre davacının feshe konu yapılan devamsızlığı haklı bir mazerete dayanmaktadır. Böyle olunca feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.*" Y9HD, 05.05.2008, 35834/11440, Kazancı İçtihat Bankası.

29 Ayrıca karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. AKDENİZ, s. 167.

30 ERTÜRK Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara 2002, s. 137 vd.

31 ERTÜRK, s. 139; karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. AKDENİZ, s. 179 vd. ve 189 vd.

işverenin yönetim hakkının sınırları gündeme gelmekte ve aslında yine izin talebine konu olan nedenin devamsızlık için haklı sebep teşkil edip etmediği tartışılmaktadır.

İşçinin izni yetkili olan kişiden ve gerekli prosedüre uyarak almış olması gerekir[32]. İşçinin usulüne uygun olarak yapılmış izin talebinin işverence reddedilmesi halinde, işverenin yönetim hakkı ile işçinin özel alanının çatıştığı bir durum söz konusu olur. İşçinin izin talebinde bulunması ve bu talebi reddedilmesine rağmen işe gelmemesi hali ile ilgili olarak, Yargıtay'ın somut olayın özelliklerine göre, farklı yönde kararlar verdiği görülmektedir. Bu konuda, Yargıtay, işyerinin çalışma düzenini kurma yetkisinin işverene ait olduğunu, işverenin işyerindeki iş durumuna göre çalışan işçilere izin verme yetkisine sahip bulunduğunu belirtmekte ve işverenin izin vermediği halde işçinin izin verilmiş gibi işyerinden ayrılmasını İş Kanunu'nun 25/II-g maddesi kapsamında değerlendirmektedir[33].

İşçinin kardeşinin düğünü nedeniyle yıllık izin talebinde bulunduğu ve işverence bu istek kabul edilmediği halde işyerini terk ederek kendi düşüncesine göre izin kullandığı bir olayda[34], işverenin feshini haklı bulan Yargıtay, bir başka olayda, yurtdışından gelen bir haber üzerine miras ve veraset gibi acil bir işinin takibi gerektiğine dair bir durumun ortaya çıkması nedeniyle işverene başvurarak birkaç günlük ücretsiz izin isteyen işçinin talebinin reddinin hakkaniyet ve adalet kurallarına uygun düşmediği gerekçesiyle feshin haklı sebebe dayanmadığı sonucuna varmıştır:

> "*Mahkemece işin düzenlenmesi ve yönetiminin işverene ait olduğu şeklindeki iş hukukunun temel kuralının olayda düşünülmesi isabetlidir.*

---

[32] MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 872; SAVAŞ, s. 115. "*Her ne kadar davacı, devamsızlık yapıldığı belirtilen tarihler için işverenden izin aldığını iddia etmişse de dosyada davacının işverenden izin aldığını gösteren bir belge bulunmamaktadır. Ayrıca davacı tanıkları da davacı iddialarını destekleyen bir beyanda bulunmamışlardır. Bu hali ile davacının devamsızlık yaptığı sabit olup işverenin feshi haklı nedene dayandığından kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır*" Yarg. 9.HD., 7.12.2020, 33292/17467, Kazancı İçtihat Bankası.

[33] Y9HD, 16.03.1995, 18109/8455, GÜNAY, s. 1837; Y9HD, 30.11.1998, 15055/16955, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; "*Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olmaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.*" Yarg. 9.HD., 01.07.2008, 21656/18647, Kazancı İçtihat Bankası.

[34] Y9HD, 30.11.1998, 15055/16955, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası. Aynı şekilde, işçinin nişanlısının anneannesinin ölümü de geçerli mazeret olarak kabul edilmemiştir, Y9HD, 03.10.2000, 9309/12891, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Ne var ki, ani olarak ortaya çıkan ve işin yürütülmesini olumsuz etkileyecek bir unsurun söz konusu olmadığı birkaç günlük sürede iyiniyetli olan ve işlerini yürütmek zorunda bulunan davacının bu isteğinin olumlu karşılanması hakkaniyet ve adalet kurallarına uygun düşerdi. Böyle olunca hizmet aktinin feshinin haklı bir nedene dayanmadığı kabul" edilmiştir[35].

İşçinin, işverenden usulüne uygun olarak izin alması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, her somut olayın özelliğinin dikkate alınması gerekir. Acil durumlarda, işçinin izin talebini yetkili kişilere ulaştıramadan işyerinden ayrılmak ya da işyerine hiç gelememek durumunda kalması haklı fesih sebebi olarak değerlendirilemez. Bu gibi durumlarda, devamsızlık haklı bir nedene dayanmaktadır.

Yargıtay, görevi gereği bir kongreye katılmak için izinsiz devamsızlık yapan işçinin bu davranışını geçerli fesih sebebi olarak değerlendirmiştir[36]. Kararda, devamsızlıkla birlikte başka olaylar da gerekçe gösterilmiş olsa da, "*en son izin almadan tıp kongresine katılarak*" yapılan devamsızlığın feshi geçerli kıldığı belirtilmiştir. Davacı işçinin, "*tıp alanındaki kongreye gitmenin görev gereği ve edimin yerine getirilmesi olduğu*" yönündeki iddiası, yetkili kişiden izin alınmamış olması karşısında dikkate alınmamıştır.

İşçinin, üç hafta tatilinde de çalıştırıldığı gerekçesiyle üç gün izne hak kazandığını ileri sürerek işverenden izin istediği ve bu talebinin olumlu karşılanmaması üzerine işyerinden ayrıldığı bir başka olayda, Yargıtay, işçinin bu davranışının işverene haklı fesih hakkı verdiğini belirtmiştir[37]. Yargıtay'a göre;

---

35 Y9HD, 27.04.2000, 2299/6356, GÜNAY, s. 1769-1770.

36 "*Somut uyuşmazlıkta davalı şirketin ortağı olan ve aynı zamanda iş sözleşmesi ile çalışan davacının şirket ortakları ile sorunlar yaşadığı, bu soruna rağmen kongreye katılmak için davalı şirketi temsile yetkili kişiden izin almadığı, en azından bu konuda yazılı bir başvuruda bulunmadığı, bu şekilde devamsızlık yaptığı sabittir. Aslında dosya içeriğine göre, davacı vekili, tıp alanındaki kongreye gitmenin görev gereği ve edimin yerine getirilmesi olduğunu iddia ederek, davacının izin almadan gittiğini kabul etmektedir. Belirtilen somut maddi olgulara göre, ortaklık nedeni ile işverenle sorun yaşayan, daha önce hastalara davranışı nedeni ile uyarılan ve hakkında şikayet bulunan ve en son izin almadan tıp kongresine katılarak devamsızlık yapan davacının bu davranışları ile işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, bu durumda iş sözleşmesi ilişkisini sürdürmenin davalı işveren açısından beklenmez bir hal aldığı, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından (...).*" Y9HD, 24.12.2007, 23652/38315, Çimento İşveren, Mayıs-Haziran 2008, s. 45-46.

37 Yarg. 9. HD., 20.03.2000, 298/2934, Kazancı İçtihat Bankası.

"*işçinin kendi başına izin kullanacağından bahisle işyerinden ayrılması tasvip edilemez. İşin düzenlenmesi ve yönetimi işverene aittir. Bu itibarla bu yetki çerçevesinde iş durumuna göre işçilerin izinlerinin belirlenmesi ve elverdiği ölçüde mevzuata aykırı olmamak şartıyla izinlerin kullandırılması tespit edilerek taleplerin karşılanması kaçınılmazdır. Ancak, somut olayda olduğu gibi iznin kullanılacağı ileri sürülerek işyerinden ayrılma haklı görülemez.*"

İşverenin yönetim hakkı ile işçinin dinlenme hakkının çatıştığı bu olayda, işçinin kendi kararıyla izin kullanamayacak olması doğru olmakla birlikte, kanundan doğan bir hakkın kullanılmasının engellenmesi de haklı görülmemelidir. Olayda, işçinin davranışını haklı fesih sebebi olarak kabul etmek, işverenin kusurunu dikkate almayan bir çözüm yaratmaktadır.

III. HAKLI SEBEBE DAYANMAYAN DEVAMSIZLIK NEDENİYLE FESİH HAKKININ KULLANILMASI

İşK m. 25/II-g, "*İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi*" halini haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir.

İşverenin işçinin devamsızlığına dayanarak iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmesi için bu devamsızlığın en az kanunda belirtilen süreler kadar olması gerekir[38]. Ardı ardına iki iş günü[39] veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç iş günü devamsızlık yapılmış olmalıdır.

---

[38] "*Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.*" Y9HD, 22.03.2010, 2008/23004, 2010/7504, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

[39] 1475 sayılı İş Kanununda "*ardı ardına iki gün*" ifadesi yer almaktaydı ve maddedeki "*gün*" ifadesi doktrinde iş günü olarak anlaşılmaktaydı. OĞUZMAN, Fesih, s. 59; EKONOMİ, s. 208; KAPLAN Emine Tuncay, **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara 1987, s. 157, OCAK Saim, İşçinin Ardı Ardına İki İşgünü Devamsızlığı (Yargıtay Kararı Tahlili), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2014, 20 (1), **Prof.Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan**, s. 210.

Yargıtay'a göre;

"*İş günü tabiri, kanunen iş günü kabul edilen günler yanında sözleşmeyle iş günü kabul edilen günleri ve buna göre de toplu iş sözleşmeleriyle çalışılacağı öngörülen genel tatil günlerini de kapsar.*"[40]

Bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü şeklinde ifade edilen devamsızlığın değerlendirilmesinde, *"bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçıncı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.*"[41] Buna göre, tatil gününden sonraki devamsızlık tarihinden geriye doğru bir ay içinde bir kez daha devamsızlıkta bulunulmuş olması, fesih için haklı sebep teşkil eder. Aynı şekilde, bir ayda üç iş günü devamsızlıkta da, son devamsızlıktan geriye doğru bir ay içinde iki iş günü daha devamsızlık bulunmalıdır[42].

İşçinin bu sürelere ulaşmayan ama işyerinde olumsuzluklara yol açan devamsızlıkların ise geçerli sebep olarak kabul edilebildiği görülmektedir. Yargıtay bir kararında, işçinin bir ay içinde iki gün devamsızlığını geçerli fesih sebebi olarak kabul etmiş[43]; bir diğer kararında, bir gün mazeretsiz devamsızlığın, işyerinde işin akışını olumsuz etkilediği gerekçesiyle geçerli sebep sayılması gerektiğine karar vermiştir[44].

---

40 YHGK, 16.05.2019, 2015/3352, 2019/569, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; aynı yönde Y9HD, 22.02.2016, 2014/30472, 2016/3413, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: "*İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. İş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır. İşyerinde Cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir.*"

41 Y9HD, 22.02.2016, 2014/30472, 2016/3413, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

42 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 872; SÜMER, Devamsızlık, s. 210-211 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 633. SAVAŞ, s. 111.

43 Y9HD, 05.12.2005, 35871/38686, ÇİL Şahin, **İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Ankara 2007 (I), s. 1037-1038.

44 "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının 31.03.2005 tarihinde çalışmak üzere işyerine geldiği halde güvenlik personeli ve çalıştığı bölümündeki amirinin direktifi ile işe alınmaması karşısında, izinsiz ve mazeretsiz devamsızlığının bir gün de kalması, ayrıca davacının 01-12.04.2005 tarihlerinde tekrar çalıştırılması karşısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.g maddesindeki haklı fesih koşullarının oluşmadığı, ancak davacının bir gün işe mazeretsiz gelmesinin işyerinde işin akışını etkiledi-*

Kanunda aranan şartları taşıyan devamsızlığın mevcut olması halinde, işverenin bu devamsızlığa dayanan fesih hakkını, kanunda belirtilen süre içinde kullanması gerekir. İşK m. 26'ya göre;

> "*24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.*"

Altı işgünlük hak düşürücü sürenin başlangıcı, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışın öğrenildiği tarihtir. Failin ve fiilin öğrenilmesi bir araştırma veya soruşturmayı gerekli kılıyorsa, bu süre araştırma ya da soruşturmanın bitiminden itibaren başlar.[45] Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranış devam ettiği sürece hak düşürücü süre işlemez. Konumuza ilişkin olarak, işçinin devamsızlığı devam ettiği sürece hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemez.[46]

ği, olumsuzluklara yol açtığı, davacının davranışlarından kaynaklanan neden bulunduğu anlaşılmaktadır." Y9HD, 29.01.2007, 26016/1002, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası. Aynı yönde: "*Fakat fesih anı itibari ile davacının 24-25 Temmuz gecesi nöbetine gelmediği ve işe bir gün devamsızlık yaptığı da sabittir. İşe bir gün mazeretsiz olarak devamsızlık yapmak ise olsa olsa geçerli fesih sebebi yapılabilir. Davacının bir gün işe devamsızlığı sebebi ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*" Y22HD, 10.02.2014, 2014/1185, 2014/1786, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası. Kararın eleştirisi için bkz. ENGİN E. Murat, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara 2016, s. 134.

45 SÜZEK, s. 718; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 653; SAVAŞ, s. 186; TOLU, s. 127; ARSLAN Seda, **İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı**, İstanbul 2012, s. 150.

46 "*Bunun yanı sıra devamsızlık olgusu temadi eden bir durum olduğu için 6 iş günlük sürenin geçtiğinin kabulü mümkün değildir.*", Y9HD, 04.04.2016, 2014/37250, 2016/8192, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; "*Öncelikle iş sözleşmesinin feshi davacının 22.8.2005 günü ve sonraki tarihlerde devamsızlığına dayandırılmış olup, iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibariyle devamsızlık devam etmiştir. Bu durumda 6 iş günlük sürenin geçtiğinden söz edilemeyeceği gibi, İş Kanunu'nun 26.maddesinde belirtilen 6 iş günlük ve 1 yıllık süreler feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulamaz.*", Y9HD, 27.03.2006, 2006/5580, 2006/7865, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

IV. İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞINA DAYANAN İŞVEREN FESHİ İLE İŞÇİNİN EYLEMLİ FESHİNİN AYRIŞTIRILMASI

Uygulamada, bazı durumlarda işçinin işe gelmemesi, devamsızlık iradesini değil de bir sebeple işyerini terk suretiyle "eylemli fesih" iradesini yansıtmaktadır[47]. Böyle durumlarda, iş sözleşmesinin kimin tarafından, ne şekilde feshedildiğinin tespitinde zorluk yaşanabilmektedir. Feshin işçi veya işveren tarafından yapılmasına bağlanan sonuçlar farklı olduğu için, feshin kim tarafından yapıldığının belirlenmesi önem taşımaktadır. İki tarafın da sözleşmeyi kendilerinin feshettiği yönündeki iddiaları karşısında da, fesih hakkını önce kullanarak sözleşmeyi sona erdirmiş olan tarafın tespiti gerekmektedir.[48]

İşçinin herhangi bir sebeple işe gelmemesi, fesih iradesini yansıtıyor ise, işverenin işçinin işe gelmemesi üzerine tuttuğu devamsızlık tutanaklarına itibar edilmeyecek ve buna dayanarak yaptığı feshe sonuç bağlanmayacaktır. Yargıtay, çalıştığı işyerinin değiştirilip başka bir yere naklini kabul etmeyerek hem daha önceden çalıştığı işyerine hem de naklen gönderildiği işyerine gitmeyen işçinin davranışını, terk suretiyle iş sözleşmesinin feshi olarak değerlendirmiştir. İş sözleşmesinin işçi tarafından eylemli fesih yöntemiyle sona erdirilmiş olması nedeniyle işverenin tuttuğu devamsızlık tutanakları ile gerçekleştirdiği feshin sonuca etkisi olmadığını belirtmiştir.[49] Karara konu olayda, işçinin çalışmakta olduğu işyerine de naklen gönderildiği işyerine de gitmeyerek fesih iradesini göstermiş olduğu söylenebilir. Ancak özellikle işyeri değişikliklerinde esaslı değişikliği kabul etmeyerek yeni işyerine gitmemesi ama mevcut işyerinde iş görmeye hazır şekilde bulunması halinde İşK m. 22 uyarınca iş sözleşmesinin mevcut şartlarla devam ettiğinin tespit edilmesi önem arz eder.

Bu gibi durumlarda, işçinin işe gelmeme sebebi önem kazanmaktadır. Ücretinin ödenmemesi, sigorta primlerinin eksik yatırılması, mobbing teşkil eden davranışlara maruz kalması gibi haklı fesih nedenleri bulunmasına rağmen bu nedenlere dayanarak yazılı bir fesih bildiriminde bulunmaksızın işe gelmemesi halinde, yargılama sürecinde bu hususların değerlendirilmesiyle bir sonuca varılabilecektir.

---

47 İş sözleşmesinin eylemli feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL Ali, İş Sözleşmesinin "Eylemli" Feshi ve Uygulama Sorunları, **Çalışma ve Toplum**, 2022/4, S. 75, s. 2485-2508.

48 YHGK, 01.02.2015, 2013/1881, 2015/1124, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

49 Y9HD, 03.10.2019, 2016/6151, 2019/17309, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

İşçinin iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshedildiğini ileri sürdüğü, işverenin ise işçinin istifa ettiğini savunduğu bir olayda, Yargıtay iş sözleşmesinin tazminat gerektirmeyecek şekilde feshedildiğinin işveren tarafından ispat edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[50]

SONUÇ

İşK m. 25/II'de "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında, işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş olan devamsızlık, *işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi* şeklinde ortaya çıkmalıdır. İşçinin mümkün olan iş görme edimini herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın yerine getirmemesi anlamına gelen bu devamsızlık halinde, işveren iş sözleşmesini derhal feshedebilmektedir.

İşe gelmemeyi haklı kılan sebepleri önceden tahdidi olarak saymak mümkün değildir, bu sebepleri her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. İşçinin işe devam etmemesinin haklı görüldüğü ve işveren tarafından kendisine izin verilmesi gerektiği düşünülen durumlar, İş Kanunu'nda mazeret izinleri olarak düzenlenmiştir. İşK ek m. 2'de *evlenme veya evlat edinme ya da ana veya babanın, eşin, kardeşin, çocuğun ölümü halinde ve eşin doğum yapması halinde* verilmesi gereken izinler dışında, hangi hallerin haklı devamsızlık nedeni sayılacağı her somut olay özelinde değerlendirilmektedir. İşçinin iş görme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceği diğer bazı durumlar da haklı neden kapsamında kabul edilebilmektedir.

Devamsızlığın haklı nedeni bulunup bulunmadığı veya Kanunda aranan sürelere ulaşmayan devamsızlıkların geçerli fesih sebebi teşkil edip etmediği hususlarında, işverenin iş görme ediminin sürekli ve gereği gibi ifasına ilişkin menfaati ile işçinin iş ilişkisi boyunca arada iş görme edimini yerine getiremediği bazı hallerin sürekli borç ilişkisinin devamına engel olmamasına ilişkin menfaati arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmalıdır.

---

[50] YHGK, 19.09.2018, 2015/3097, 2018/1339, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

KAYNAKÇA

AKDENİZ Ayşe Ledün, İş İlişkilerinde İmkansızlık, İstanbul 2018.

ARSLAN Seda, İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.

BARLAS Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.

ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat/ÖZKARACA Ercüment, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022.

ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1978.

ÇİL Şahin, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007.

EKONOMİ Münir, İş Hukuku C.I, Ferdî İş Hukuku, İstanbul 1984.

ENGİN E. Murat, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2017.

ERTÜRK Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.

GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.: 2, Ankara 2003.

GÜZEL Ali, İş Sözleşmesinin "Eylemli" Feshi ve Uygulama Sorunları, Çalışma ve Toplum, 2022/4, S. 75.

HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2021.

KAPLAN Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987.

KAR Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009.

KAR Bektaş/GÖKTAŞ Seracettin, "Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri", SİCİL, S. 6, Haziran 2007.

KARAHASAN Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2022.

OCAK Saim, İşçinin Ardı Ardına İki İşgünü Devamsızlığı (Yargıtay Kararı Tahlili), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2014, 20 (1), Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan

ODAMAN Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.

ODAMAN Serkan, Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2004.

OĞUZMAN M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2022.

SAVAŞ Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.

SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm III, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016.

SÜMER Haluk Hadi, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi", SİCİL, S. 8, Aralık 2007.

SÜMER Haluk Hadi, "Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998 (Devamsızlık)

SÜZEK Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı)

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2021 (İş Hukuku)

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TOLU Hazal, İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, İstanbul 2017.

TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 855-898

INTELLECTUAL PROPERTY - RELATED INVESTMENT DISPUTES BASED ON INDIRECT EXPROPRIATION: AN OVERVIEW OF PHILIP MORRIS V URUGUAY(*)

Dr. **Banu Fatma GÜNARSLAN**(**)

Abstract: IP rights are incorporated as a type of investment in international investment agreements. These agreements provide foreign investors with extensive protection which ensures direct recourse to investor-state arbitration. When an IP right holder is protected as a foreign investor under investment agreement, the right holder becomes entitled to use investment protection provisions to sue domestic regulations which may be seen as a breach of the investment agreement. Thus, inclusion of IP rights in investment definition grants a new forum for right holders to challenge domestic measures affecting their rights.

In recent years, IP right holders have challenged host states' regulatory measures before investor-state arbitration by utilizing protection standards provided under international investment agreements. One of the most contentious investment protection standards is expropriation. It is widely debated that to what extent a regulatory measure amounts to expropriation under international investment law. In this respect, several approaches have been adopted by arbitral tribunals in determining indirect expropriation. It is even more controversial to decide expropriation where an IP right is treated as an investment, particularly considering public policy objectives. *Philip Morris v Uruguay* is one of the first IP-related investment cases addressing expropriation claim. This article aims to discuss expropriation, particularly focusing on IP allegations brought within the context of investor-state arbitration. In this sense, it will initially examine the concept of expropriation in general sense, subsequently methods in determining indirect expropriation with the help of leading arbitral cases, thirdly analyse *Philip Morris v Uruguay* in terms of the expropriation claim. Eventually, it will conclude taking notes of crucial aspects of the article.

Keywords: Intellectual property, International investment arbitration, Expropriation, Indirect expropriation, Philip Morris v Uruguay.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 28.06.2022 - Makale Kabul Tarihi: 25.04.2023.

(**) Türkiye Adalet Akademisi, Hakim, Ankara - Türkiye (ORCID: 0000-0003-3033-5533; *banugunarslan@gmail.com*).

DOLAYLI KAMULAŞTIRMAYA DAYALI FİKRİ MÜLKİYET BAĞLANTILI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI: PHILIP MORRIS V URUGUAY DAVASINA GENEL BIR BAKIŞ

Öz: Fikri mülkiyet hakları, uluslararası yatırım anlaşmalarına bir yatırım türü olarak dahil edilmiştir. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara, yatırımcı-devlet tahkimine doğrudan başvurmayı sağlayan kapsamlı bir koruma sunar. Bir fikri mülkiyet hakkı sahibi, yatırım sözleşmesi kapsamında yabancı yatırımcı olarak korunduğunda, hak sahibi, yatırım sözleşmesinin ihlali olarak görülebilecek yerel düzenlemeleri dava etmek için yatırım koruma hükümlerini kullanma hakkına sahip olur. Bu nedenle, fikri mülkiyet haklarının yatırım tanımına dahil edilmesi, hak sahiplerine, haklarını etkileyen yerel önlemlere itiraz etmeleri için yeni bir forum sağlar.

Son yıllarda, fikri mülkiyet hakkı sahipleri, uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında sağlanan koruma standartlarını kullanarak yatırımcı-devlet tahkiminde ev sahibi devletlerin düzenleyici önlemlerine itiraz etmişlerdir. En tartışmalı yatırım koruma standartlarından biri kamulaştırmadır. Uluslararası yatırım hukuku kapsamında bir düzenleyici önlemin ne ölçüde kamulaştırma anlamına geldiği oldukça tartışmalıdır. Bu bağlamda, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde hakem heyetleri tarafından çeşitli yaklaşımlar benimsenmiştir. Fikri mülkiyetin bir yatırım olarak değerlendirildiği durumlarda, özellikle kamu politikası hedefleri göz önüne alındığında, kamulaştırmaya karar vermek daha da tartışmalı hale gelmektedir. *Philip Morris v Uruguay*, kamulaştırma iddiasını ele alan ilk fikri mülkiyetle ilgili yatırım davalarından biridir. Bu makale, kamulaştırmayı, özellikle de yatırımcı-devlet tahkimi önüne getirilen fikri mülkiyet iddialarına odaklanarak, tartışmayı amaçlamaktadır. Bu anlamda makale, öncelikle genel anlamda kamulaştırma kavramını, ardından önde gelen tahkim davaları yardımıyla dolaylı kamulaştırmanın belirlenmesinde kullanılan yöntemleri inceleyecek, üçüncü olarak *Philip Morris v Uruguay* davasını, kamulaştırma iddiası yönünden analiz edecektir. Sonunda makale, önemli yönlerinin notlarının alınmasıyla sonuçlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet, Uluslararası yatırım tahkimi, Kamulaştırma, Dolaylı kamulaştırma, Philip Morris v Uruguay.

I. INTRODUCTION

International investment agreements provide broad assurance to foreign investors by giving them right to apply directly to investor-state arbitration. Intellectual property (IP) rights are generally included in investment agreements as a form of investment. Therefore, IP right holders, who are accepted as foreign investors, have the power to challenge host state's domestic measures within the context of international investment arbitration.

The inclusion of IP rights in the definition of investment has provided IP right holders with possibility to use guarantees afforded in investment agreements. Investment agreements generally offer wide range of investment protection standards such as protection of investment against expropriation. This gives IP right holders opportunity to sue host states' regulatory measures which could affect their IP rights[1], and accordingly be considered as expropriation.

When and to what extent a regulatory measure could be deemed to a violation of expropriation provision of an investment agreement? Interpretation of expropriation by arbitral tribunals is highly debated and thereby attracting considerable scholarly interest. In particular, when an investment intersects with IP rights, it becomes even more conflicting. IP right holders have recently litigated several high-profile disputes within the context of investor-state arbitration. *Philip Morris v Uruguay*, one of the initial investment disputes regarding IP rights, analysed whether domestic regulations restricting presentation of trademarks amounted to expropriation. This case underlined the relationship between investments and IP rights, more precisely trademarks. It made a critical analysis on the indirect expropriation claim against the state's measures, namely plain package tobacco laws implemented on the investor's trademarks.

This article will endeavour to answer the question when a regulatory measure regarding IP may constitute expropriation under international investment law. In this respect, initially expropriation as an investment protection standard and subsequently approaches adopted by arbitral tribunals in ascertaining expropriation will be discussed in the light of leading cases. This article will further try to examine the expropriation analysis of *Philip Morris v Uruguay* in order to assess crucial perspectives derived from combination of IP rights with investment. Eventually, the article will conclude, assessing critical aspects of the topic.

II. EXPROPRIATION

One of the most crucial standards of protection as regards IP - related investment disputes seems to be expropriation. The meaning and the scope

---

[1] GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Challenging Compliance with International Intel-lectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement", **Journal of International Economic Law**, Vol. 19, 2016, p. 250.

of the term "expropriation" are both ambiguous and contentious. This vagueness leaves host states at the risk of being sued by multinational corporations claiming large amount of compensation[2].

It is generally accepted that intangible property could be expropriated[3]. In the same vein, investment arbitration cases such as *Phillips Petroleum Co Iran v Iran*[4] have adopted that "[e]xpropriation applies whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as the contractual rights involved in the present case." This case was concerning contractual rights of the claimant. Phillips Petroleum Co. Iran initiated a claim against the Islamic Republic of Iran and the National Iranian Oil Co. The claimant sought compensation for taking of its rights under a contract for exploration and exploitation of the petroleum resources in the Persian Gulf. The tribunal held that the claimant had been deprived of its property by the actions of the Government of Iran. Similarly, in *Wena Hotels LTD v Egypt,* it has been held that expropriation extends to intangible property rights[5]. Under the agreements between Wena, a British company, and the Egyptian Hotels Company owned by the Egyptian Government, two hotels were leased to Wena. Following the Egyptian Hotels Company took possession of the hotels by force, the hotels were returned to Wena as a result of legal procedures but in damage. Wena initiated ICSID arbitration against Egypt asserting that Egypt's actions constituted an unlawful expropriation. The tribunal decided the award of prompt, adequate and effective compensation.

---

[2] HALPERN Michaela Brett Samuel, "The Great Battle of Intellectual Property versus State Sovereignty: Is Philip Morris v Uruguay a Good Referee? (Part I)" (Kluwer Arbitration Blog, 29 June 2018) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/29/great-battle-intellectual-property-versus-state-sovereignty-philip-morris-v-uruguay-good-referee-part/> (accessed 10 July 2019).

[3] SCHREUER Christoph, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", **Transnational Dispute Management**, Vol. 5, 2005; CHAISSE Julien; NAGARAJ Puneeth, "Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment" **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol. 37, Issue 2, 2014, p. 253; POTOČNIK, Metka, **Arbitrating Brands International Investment Treaties and Trade Marks**, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 141-142.

[4] *Phillips Petroleum Co Iran v Iran*, 21 Iran-United States CTR (29 June 1989) https://jusmundi.com/en/document/decision/en-phillips-petroleum-company-iran-v-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-award-award-no-425-39-2-friday-16th-june-1989 (accessed 18 March 2022).

[5] *Wena Hotels Ltd v Egypt*, 41 ILM 896 (2002) para 98, https://www.italaw.com/cases/1162 (accessed 18 March 2022). See also *CME v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001) para 591-609, https://www.italaw.com/cases/281 (accessed 18 March 2022).

Expropriation is not forbidden *per se.* Nonetheless, it has to be meet particular requirements. In this respect, it must be non-discriminatory; adopted for a public purpose; in line with due process of law; followed by a prompt, adequate and effective compensation[6].

Expropriation can arise in two different forms: direct and indirect expropriation. Transferring a private property to the state or a state-mandate third party by the government constitutes a direct expropriation[7]. States are mostly not willing to take the investor's property directly. In the last few decades, expropriation law has turned its attention from direct expropriation to indirect expropriation. Direct expropriation has become a less common method, as states do not wish to threaten investors with expropriation[8]. Indirect expropriation, also called as 'de facto' expropriation, deprives investors of using their property in an appropriate way[9]. In this regard, indirect expropriation undermines the investment through regulatory interventions even though the investor's ownership remains[10]. Indirect expropriation stems from a measure affecting an investor indirectly, but which is actually equivalent to direct expropriation as it significantly impairs investor's rights. Thus, indirect expropriation arises where the intervention is substantial and deprives the investor of all or most of the advantages of the investment[11]. In other words, the crucial factor of whether the measure is tantamount to an expropriation is the impact of the state's intervention on the investment.

Investment agreements mostly regulate indirect expropriation widely, including regulatory measures which are equivalent to an expropriation. Almost all international investment agreements incorporate an expropriation clause with similar words. For instance, Article 4 of the Investment Agreement between Turkey and Kuwait states that "Investments shall not be expropriated ... directly or indirectly, to measures of similar effects ... that

---

6 DOLZER Rudolf; SCHREUER Christoph, **Principles of International Investment Law**, 2nd edn, Oxford University Press, 2012, p. 99-101.

7 VANHONNAEKER Lukas, **Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration**, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 39.

8 Ibid.

9 DOLZER; SCHREUER, p. 101.

10 COLLINS David, **An Introduction to International Investment Law**, Cambridge University Press, 2016, p. 162.

11 VANHONNAEKER, p. 40.

may result in depriving the investor from his ownership or control over his investment ..."[12]

Since the determination of the conditions constituting expropriation needs a case-by-case assessment, majority of the international investment agreements have left open on this issue[13]. The exact meaning of indirect expropriation is generally formed by arbitration decisions. Tribunals frequently evaluate indirect expropriation by considering as to whether there are changes in the investor's control upon the investment or in the investment's value[14]. In *Parkerings v Lithuania*, indirect expropriation was defined as follows: "De facto expropriation (or indirect expropriation) ... can be understood as the negative effect of government measures on the investor's property rights, which does not involve a transfer of property but a deprivation of the enjoyment of the property."[15] This case concerned an agreement under which company would design and operate a parking system in the Lithuanian City of Vilnius. The Municipality of the City of Vilnius entered into an agreement with the Egapris Consortium (a group of entities that included the Parkerings' subsidiary). Under this agreement, Egapris Consortium would create a modern, integrated parking system for the City. The agreement allowed the Egapris Consortium to collect local charges and penalties for parking. The National Government adopted a decree limiting municipalities' authority to enforce parking violations. Following negotiations, the City terminated the Agreement. Accordingly, the claimant, Parkerings, initiated ICSID arbitration claiming that Lithuania breached its obligations while negotiating, performing and terminating the Agreement. The claimant sought compensation for indirect expropriation. The tribunal rejected Parkerings' claims. In the assessment of indirect expropriation, it was stated that the termination of the agreement must lead to a substantial decrease of the value of the investment.

---

[12] Agreement between Republic of Turkey and the Government of the State of Kuwait Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/01/20120120-1-1.pdf (accessed 18 March 2022). This Agreement also includes IP rights under the definition of the term investment, see at the Article 1-d: "industrial and intellectual property rights such as patents, industrial designs, technical processes, as well as trademarks, goodwill, know-how and other similar rights".

[13] GIBSON Christopher S, "Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights?" **Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010**, 2010, p. 448.

[14] COLLINS, p. 164-165.

[15] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 437, https://www.italaw.com/cases/812 (accessed 18 March 2022).

It is worth noting that temporary deprivation will not give rise to expropriation. In this regard, generally three criteria should be assessed so as to decide whether there is an indirect expropriation: the economic value of the investment has to be reduced by the measure; the measure has to deprive the investor of controlling on the investment; the deprivation has to be permanent[16]. It is also important to underline that in determining indirect expropriation, tribunals assess if the measures are proportional to the public interest and to the investment protection, taking into consideration that the measure's effect on the investment has a significant role on determining proportionality[17]. Several methods have been applied by tribunals in deciding indirect expropriation.

III. METHODS IN DETERMINING INDIRECT EXPROPRIATION

Arbitration tribunals have developed a number of methods in deciding whether regulatory measures constitute indirect expropriation. Generally speaking, the intensity of intervention of measures to the investment is a critical factor when deciding indirect expropriation.

As is indicated in *PSEG v Turkey*, "... none of the measures adopted envisaged the taking of property, which is still the essence of expropriation, even indirect expropriation. ... it does require a strong interference with clearly defined contract rights ..."[18] The dispute was regarding the model of Build-Operate-Transfer ("BOT") projects under which Turkey privatized the energy sector and amendments in legislation regulating this model. In 1994, BOT projects were rendered to be in the scope of private law by the enactment of Law 3996 in its Article 5. In 1994, the claimant, a U.S. company PSEG applied to build a coal-fired power plant in Ilgın, Konya and was given an authorization to make a feasibility study. Turkish Ministry of Energy and Natural Resources approved the feasibility study in 1995, following which in August 1996 an implementation contract was signed. Meanwhile, the Article 5 of Law No. 3996

---

[16] UPRETI Pratyush Nath, "Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice", **Journal of World Intellectual Property**, Vol. 19, Issue 1-2, 2016, p. 65.

[17] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States*, Case no ARB(AF)/00/02, Award (29 May 2003) para. 122, https://www.italaw.com/cases/1087 (accessed 18 March 2022).

[18] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), para. 279, https://www.italaw.com/cases/880 (accessed 18 March 2022).

was invalidated by the Turkish Constitutional Court. Following this invalidation, PSEG applied to the Council of State for approval as a concession contract and the concession contract was approved in March 1998. PSEG prepared a revised mine plan, upon which the parties started renegotiation and did not lead to an agreement on the revised terms of the contract[19]. The claimant commenced an arbitration against Turkey asserting that several protections, including expropriation, covered under the Turkey - United States BIT were breached. Citing *Pope & Talbot*, the tribunal stated that for the existence of indirect expropriation, there should be "some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to day-operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part."[20] The tribunal concluded that despite some lapses with regard to the manner of Turkish government, they did not constituted an indirect expropriation[21].

Intensity of interference was also underscored in *Sempra v Argentina*. It was stated that a determination of indirect expropriation would require that the value of the business has almost been destroyed or that the investor has not had control on its business activities any longer[22]. The claimant, Sempra, initiated ICSID arbitration against Argentina asserting that Argentina's measures changed the legal framework on which Sempra relied when making its investment. The claimant argued that the measures were enacted against the contractual rights derived from the License regime and the specific commitments made to the investors under the Argentina-U.S. BIT thereby having constituted expropriation. The tribunal held that interventions that had a negative impact on the investment were not sufficient to create indirect expropriation. Accordingly, it was found by the tribunal that the measures did not lead to an expropriation[23].

---

[19] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), para. 13-21.

[20] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), para. 278.

[21] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), para. 278-80.

[22] *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), para. 285, https://www.italaw.com/cases/1002 (accessed 18 March 2022).

[23] *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), para. 286.

In *Enron v Argentina*, the tribunal also adopted the existence of substantial deprivation as a key element in the determination of indirect expropriation. In this case, the claimants initiated arbitration claim against Argentina asserting that the measures adopted under the Emergency Law were contrary to the contractual obligations related to the tariff regime of the License and the specific guarantees granted under the Argentina-United States bilateral investment treaty. Hence, the claimants stated that the respondent expropriated their rights to tariff adjustment. The tribunal concluded that the measures did not give rise to an expropriation[24]. Similarly, in *Parkerings v Lithuania*, it was found that the breach of the agreement must result in a substantial decrease in the value of the investment so as to constitute expropriation[25].

The indirect expropriation doctrine is highly controversial as it concerns two opposite interests. One of the opposite interests is that investors require to be protected against the host states' regulatory power. The other is the necessity for states to act in line with their powers to regulate and maintain public welfare[26]. This thorny debate was discussed in *S.D. Myers v Canada*. The tribunal contemplated that regulatory measures does not seem to be the subject of a legitimate claim under Article 1110 of the NAFTA[27], though the tribunal does not leave out the possibility[28]. In this case, the claimant asserted that the Interim Order and the Final Order which banned the export of Polychlorinated biphenyls (PCBs) from Canada constituted an expropriation. The tribunal argued that rights other than property rights could also be

---

[24] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (22.05.2007), para. 246, https://www.italaw.com/cases/401 (accessed 18 March 2022).

[25] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 455.

[26] VANHONNAEKER, p. 40.

[27] Article 111O (1) of NAFTA reads in relevant part as follows:

No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment [...] except

(a) for a public purpose;

(b) on a non-discriminatory basis;

(c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and

(d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

[28] *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Partial Award, (13.11.2000), para. 281, https://www.italaw.com/cases/969 (accessed 18 March 2022).

expropriated. It was held that the Interim Order and the Final Order were regulatory actions restricting the claimant's investment. It was stated that the claimant's initiative into the Canadian market was delayed for nearly eighteen months and the closure of the border was not permanent. In this case, the Interim Order and the Final Order curbed the claimant's initiative, but only for a time. The tribunal, thus, found that the measure was not characterized as an expropriation[29]. With respect to this debated issue, in *Santa Elena* the arbitral tribunal argued that environmental reasons behind the expropriation do not affect the nature of taking that compensation to be paid for. In 1970 the claimant, Compañia del Desarrollo de Santa Elena, S.A, bought a property known as 'Santa Elena' for tourism development. In 1978, the respondent, Costa Rica, issued an expropriation decree for Santa Elena Property to make it a national park, however did not pay compensation to the claimant. The Santa Elena case was regarding the amount of compensation for the expropriation by the Government of Costa Rica. The tribunal stated that "[e]xpropriatory environmental measures-no matter how laudable and beneficial to society as a whole-are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains."[30]

The tension between the contradictory interests requires an analysis of how the indirect expropriation will be construed and how the arbitral tribunals will assess the states' measures. In this context, arbitral tribunals have developed three analytical methods in order to establish whether the measures amount to an expropriation[31]. The purpose of the 'sole effects doctrine' is to protect the interests of the investor while the 'police powers doctrine' aims to protect the public interest. Between these two extreme doctrines, the arbitral tribunals also adopted the 'moderate police powers doctrine' by applying proportionality test which requires to examine both the impact of the relevant measure on the investment and the purpose behind it[32].

---

[29] *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Partial Award, (13.11.2000), para. 279-88.

[30] *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, (17.02.2000), para. 72, https://www.italaw.com/cases/3413 (accessed 18 March 2022).

[31] VANHONNAEKER, p. 42.

[32] Ibid.

1. Sole Effects Doctrine

Arbitration tribunals often consider the effect of measures on investment as the decisive element in deciding indirect expropriation[33]. This method is recognised as the 'sole effects doctrine' in academic literature[34].

This doctrine, which mainly gives importance to investors' interests, considers the duration and intensity of economic deprivation when deciding the presence of indirect expropriation, and does not concern the aim of the measure[35]. However, as to this approach, a measure causing a sole decrease in the value of the investment is insufficient to establish an indirect expropriation. Accordingly, it is generally argued that in order to constitute an indirect expropriation, a measure must destroy the economic value of the investment and its impact must be long-lasting[36]. Arbitral tribunals adopting this doctrine seek existence of a substantial deprivation in the economic value of the investment. That is to say, the degree of the deprivation requires to be substantial for the constitution of an indirect expropriation[37].

A number of formulas have been developed regarding the intensity of deprivation. In this regard, a measure that eliminates any use of property; deprives of all or a substantial part of the economic benefit reasonably expected from the property; radically deprives of an investment's economical use can amount to indirect expropriation[38].

Sole effects doctrine is explicitly adopted in some investment cases. Particularly, in *Metalclad v Mexico*, the tribunal opined that expropriation

---

[33] *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Interim Award, (26.06.2000), para. 102, https://www.italaw.com/cases/863, (accessed 18 March 2022); *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Partial Award (13.11.2000), para. 287; *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, (03.02.2006), para. 173, https://www.italaw.com/cases/393 (accessed 18 March 2022).

[34] DOLZER Rudolf, "Indirect Expropriations: New Developments?", **New York University Environmental Law Journal**, Vol. 11, Issue 1, 2002, p. 79; KLOPSCHINSKI Simon; GIBSON Christopher; GROSSE RUSE-KHAN Henning, **The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law**, Oxford University Press, 2021, p. 422; OKE Emmanuel K, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, Edward Elgar Publishing, p. 166; VANHONNAEKER, p. 43.

[35] VANHONNAEKER, p. 43.

[36] KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 422.

[37] OKE, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, p. 167.

[38] KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 422.

incorporates both deliberate takings of private property and governmental interference causing deprivation in the economic value of the property[39]. This case included two different governmental measures. One of the measures was regarding the municipality's rejection of permit to operate a hazardous-waste landfill. The second was an Ecological Decree which transformed the property to an ecological reserve preventing Metalclad's use of its property. The claimant, Metalclad Corporation, purchased a Mexican subsidiary to build a hazardous-waste landfill in Guadalcazar. The respondent, Mexico, had told that all necessary permits would be granted to the claimant for the landfill. However Guadalcazar's town council denied to issue a municipal construction permit, stating that the Project had negative environmental effects. The Claimant, initiated an arbitration against the respondent alleging that Mexico interfered with its development and operation of a hazardous waste landfill. Metalclad asserted that this interference was a breach of investment provisions of the NAFTA. The tribunal concluded that Mexico indirectly expropriated Metalclad's investment without providing compensation to Metalclad for the expropriation[40]. With respect to the Ecological Decree, it was stated that the tribunal did not require to argue the rationale or motivation behind the enactment of the governmental measure (Ecological Decree) however it took into account that the exercise of the measure *per se* amounts to expropriation[41].

In *ADM v Mexico*, the tribunal similarly referred to this doctrine, holding that the severity and duration of the economic effect is the decisive factor in determining whether there is an indirect expropriation. An interference depriving the investor of all or most of the benefits of the investments constitutes an indirect expropriation[42]. This case was regarding an amendment of tax legislation bringing a 20 percent excise tax on soft drinks and syrups. Mexico amended the articles regulating a 20 percent excise tax on soft drinks and syrups. The claimant asserted that the excise

---

[39] *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), para. 103, https://www.italaw.com/cases/671 (accessed 18 March 2022).

[40] *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), para. 107, 112.

[41] *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), para. 111.

[42] *ADM v Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), para. 240, https://www.italaw.com/cases/91 (accessed 18 March 2022).

tax measures adopted by the respondent, Mexico, affected claimants' investment directly and therefore breached the expropriation provision of NAFTA. The claimants alleged that the amendment deprived them of economic use of their investment in Mexico. The respondent contended that the tax amendment was made in accordance with legitimate reasons and that the alleged economic harm was not substantial[43]. In the tribunal's view, "Mexico's conduct, by enacting the Tax, is not tantamount to expropriation of the enterprise as such, within the approach endorsed in *Metalclad*"[44]. The tribunal concluded that "no expropriation occurs unless the measure's degree of interference is substantial, which is not the case in the present situation, where the Claimants remained at all times in control of their investment, producing and distributing HFCS (their products) in Mexico"[45].

In *Pope & Talbot Inc. v Canada*, the tribunal likewise stated that it may be difficult to ascertain whether an interference with investor's business operation is considered expropriation however it requires an interference that causes the investor to be unable to use, enjoy or dispose of the property. Accordingly there needs a substantial deprivation in identifying indirect expropriation[46]. This case was derived from the claimant's allegation that Canada's manner to implement the U.S.-Canada Softwood Lumber Agreement breached its obligation under NAFTA provisions including provision on expropriation. According to the Agreement, Canada was bound to collect a fee on exports to the U.S. of softwood lumber in excess of a certain number of board feet. The claimant asserted that "Canada's Export Control Regime implementing the SLA (Agreement) has deprived the Investment of its ordinary ability to alienate its product to its traditional and natural market"[47]. The tribunal concluded that the degree of Canada's interference with the investment did not constitute an expropriation[48].

In the same vein, in *Vivendi v Argentina*, the tribunal relied on the sole effects doctrine. The tribunal asserted that the intent of the state behind a measure is not a requirement in addressing expropriation, the crucial

---

43 *ADM v Mexico,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), para. 1-4, 230, 234.

44 *ADM v Mexico,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), para. 247.

45 *ADM v Mexico,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), para. 251.

46 *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Interim Award, (26.06.2000), para. 102.

47 *Pope & Talbot Inc. v. Canada,* Interim Award, (26.06.2000), para. 81.

48 *Pope & Talbot Inc. v. Canada,* Interim Award, (26.06.2000), para. 105.

element is the impact of the measure on the investment[49]. This case arose out of a concession agreement under which the claimant had right to provide water and sewage services of the Province of Tucumán in Argentina. The claimant asserted breach of obligations of Argentina under the Argentina - France BIT, particularly arguing that the provincial authorities used their regulatory powers to impose unilaterally modified tariffs, contrary to the provisions of the agreement. Regarding the expropriation claim the tribunal held that "the provincial measures rendered the concession valueless"[50] and concluded that "the Province expropriated Claimants' right of use and enjoyment of their investment under the Concession Agreement"[51].

Whether an intervention that creates an effective deprivation of investment by itself automatically establishes an indirect expropriation has been a controversial issue. It is mostly accepted that an effective and substantial deprivation is a necessary requirement but does not suffice. Nowadays, some countries have included statements that limit the application of sole effects doctrine by investment tribunals in their model investment agreements[52]. By virtue of the debated meaning of the indirect expropriation and its effect upon the host state's sovereignty, policymakers have sought to limit the scope of the expropriation in recent investment agreements. For instance, the 2012 US Model BIT clearly expresses that "the fact that an action or series of actions ... has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred."[53] In the same vein, the 2016 Indian Model BIT states that "determination of whether a measure or a series of measures have an effect equivalent to expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry."[54]

---

49 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.20, https://www.italaw.com/cases/309 (accessed 18 March 2022).

50 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.28.

51 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.34.

52 KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 422-423.

53 2012 US Model BIT, Annex B, 4(a)(ii), https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (accessed 18 March 2022).

54 2016 Indian Model BIT, art. 5.3(b)(i), https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT%20_Annex_0.pdf (accessed 18 March 2022).

2. Police Powers Doctrine

The 'police powers doctrine' focuses on public purpose of the measure as the criterion for deciding whether indirect expropriation has taken place. As regards police powers doctrine, where a measure interfering with an investment serves a legitimate public purpose, this interference does not amount to an indirect expropriation, regardless of how severe it is[55].

The police powers doctrine has been adopted in *Methanex v USA*. The claimant alleged that California's measures which banned on the sale and use of the gasoline additive known as "MTBE" (methyl tertiary-butyl ether) violated expropriation provision of NAFTA. The claimant, Methanex Corporation was a methanol producer, marketer and distributor company, originally incorporated under the laws of Alberta, Canada. The claimant's allegation arose out of the measures enacted by the State of California. Methanex asserted that "California intended to discriminate against and thereby harm Methanex and all foreign methanol producers"[56]. The tribunal opined that a non-discriminatory measure which is in line with due process and adopted for public purposes does not amount to expropriation unless the government had given specific commitments to the foreign investor that the government would avert from such measure[57]. It was concluded that "the California ban was made for a public purpose, was non-discriminatory and was accomplished with due process. ... From the standpoint of international law, the California ban was a lawful regulation and not an expropriation"[58].

With respect to police powers doctrine as interpreted in the *Methanex*, the mere presence of a public purpose behind the relevant measure would be sufficient to be non-expropriatory, regardless of the impact of this measure on the investment. That is to say, this doctrine converts "public purpose", "non-discrimination" and "due process" criteria for the legality of an expropriation into factors of deciding whether there is an expropriation[59].

---

55 VANHONNAEKER, p. 44.

56 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), Part II, Chapter C, para. 6, https://www.italaw.com/cases/683 (accessed 18 March 2022).

57 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), Part IV, Chapter D, para. 7.

58 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), Part IV, Chapter D, para. 15.

59 VANHONNAEKER, p. 45.

The tribunal in *Suez v Argentina* has also applied this doctrine, stating that "in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State's legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation."[60] In 2003, the claimants, Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A., and AWG Group Ltd initiated an ICSID arbitration against the Argentine Republic. Aguas Argentinas S.A. was a company incorporated in Argentina. Suez and Vivendi were incorporated in France, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. was incorporated in Spain, and AWG Group Ltd incorporated in the United Kingdom, which were shareholders in Aguas Argentinas S.A. In 1993, Argentina signed a concession contract with the claimants to provide water and wastewater services in Buenos Aires. This case arose out of claimants' allegation as regards Argentina's acts refusing to implement previously agreed adjustments to the tariffs in spite of the obligations in the concession contract[61]. This case underscored the 'police powers doctrine' in determining indirect expropriation, in particular referring to the *Methanex*[62]. The tribunal concluded that "in analyzing the measures taken by Argentina to cope with the crisis, the tribunal finds that, given the nature of the severe crisis facing the country, those general measures were within the general police powers of the Argentine State, and they did not constitute a permanent and substantial deprivation of the Claimants' investments"[63].

In some cases, this doctrine has been rejected. Although the *Suez* and the *Methanex* highlighted the police powers doctrine, some cases adopted a two-step approach. For instance, in *Parkerings v Lithuania*, the two-step approach has been applied unlike the *Suez* and the *Methanex* cases. As mentioned above, in the *Suez*, in order to support its decision, the tribunal also stated that the measures did not substantially deprive the claimants of their investments. However, the *Suez* tribunal did not apply the two-step approach in

---

60 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 139, https://www.italaw.com/cases/1057 (accessed 18 March 2022).

61 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 1.

62 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 139.

63 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), para. 141.

determining expropriation. On the other hand, in *Parkerings v Lithuania*, the tribunal opined that "the expropriation is *legitimate* if done for public interest and under domestic legal procedures; if not discriminatory; and if done against compensation. Therefore, the Arbitral Tribunal will first determine if an indirect expropriation occurred. If the answer is positive, it will analyse if the expropriation is *legitimate*."[64] The tribunal concluded that if an expropriation has not occurred in the first place, legitimacy of the expropriation is irrelevant and does not require to be analysed[65].

Similarly in *Vivendi v Argentina*, it was evaluated that the tribunal firstly needs to examine whether the measures constitutes expropriation, and subsequently to question whether they are in accordance with certain requirements, ie. public purpose, non-discriminatory and specific commitments[66].

While the 'police powers doctrine' may seem highly attractive to host states, it seriously impairs the fundamental purpose of international investment law which is to protect investment and investor[67]. As is delineated in *Vivendi v Argentina* "[I]f public purpose automatically immunises the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose."[68] In other words, this doctrine may create a paradox which transforms public interest factor necessary for the legality of expropriation into a determining criteria for the existence of expropriation, automatically exempting the state from paying compensation[69].

---

[64] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 441-42 (emphasis original).

[65] *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), para. 456.

[66] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.21.

[67] VANHONNAEKER, p. 45.

[68] *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), para. 7.5.21.

[69] OKE, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, p. 173; also see *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14.07.2006), para 311: "According to it, the BIT would require that investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose." https://www.italaw.com/cases/118 (18 March 2022).

3. Moderate Police Powers Doctrine

A moderate version of police powers doctrine relies mainly on the impact of the interference, but also contemplates criteria such as legitimate expectations or the purpose of the measure[70]. This doctrine considers both the impact of the measure on the investment and the legitimate purpose behind it[71].

Under this doctrine, the proportionality between the public interest of the regulatory measure and its effect on the foreign investment is evaluated in the determination of indirect expropriation. In the proportionality analysis, the arbitral tribunal articulates whether the means serving the public interest are proportional to the purpose, and whether less restrictive measures can be taken to achieve the same purpose[72].

In *Tecmed v Mexico*, the tribunal adopted moderate police powers doctrine. In February 1996, the claimant, Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. (Tecmed), bought a hazardous waste landfill from a Mexican agency. The claimant got a renewable one-year permit from the Environmental Protection Agency of Mexico to operate the landfill[73]. After the first year of Tecmed's operation, the agency renewed the permit, extending it to November 1998[74]. However in November 1998, the agency rejected the claimant's second renewal application and further requested to close the facility[75] on the grounds that the wastes at the landfill far exceeded the limits covered by the permit[76]. The claimant initiated an arbitration case, alleging that the Environmental Protection Agency's decision to reject renewal of the permit and to request to close the facility breached respondent's bilateral investment treaty obligations including expropriation provision[77]. The tribunal

---

70 VANHONNAEKER, p. 46.

71 OKE, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, p. 176.

72 KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 425.

73 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 36.

74 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 38.

75 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 39.

76 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 99.

77 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 93.

started its indirect expropriation analysis with looking at the measure's effect on the investment, stating that expropriation has been occurred if "the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed"[78]. After citing *Santa Elena v Costa Rica*[79], the tribunal contemplated that if the measure had such negative economic impacts then it should be analysed whether the measure was proportional. The tribunal stated that it should be assessed whether the measures are proportional to the public interest and to the investment protection legally given to investors, considering that the significance of the effect plays a critical role in the proportionality analysis[80]. The tribunal found that although the Environmental Protection Agency's decision seemed to be legitimate under the domestic law, it permanently deprived the claimant of the economic value of its investment. With regard to the proportionality assessment the tribunal concluded that environmental concerns were not sufficiently weighty to require non-renewal of the permit and closure of the landfill[81]. The tribunal, hence, held that the measures amounted to an expropriation[82].

Particularly with regard to public health matters, it has been held in some investment cases that states' margin of appreciation can also be taken into account in evaluating whether the measures at issue are reasonably necessary for the public interest[83]. In the *Chemtura v Canada* regarding

---

78 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 116.

79 Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID case No. ARB/96/1, para. 192: "Expropriatory environmental measures - no matter how laudable and beneficial to society as a whole - are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains."

80 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 122.

81 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 139.

82 *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para. 151.

83 KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 426; see *Continental Casualty v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/03/9 (05.09.2008), para. 187, https://www.italaw.com/cases/329 (accessed 18 March 2022); *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 399, https://www.italaw.com/cases/460 (accessed 18 March 2022).

public health matters, it was found that the measures did not constitute a substantial deprivation of the investment. More significantly, the tribunal underlined that irrespective of the presence of a deprivation, where a measure constituted a legitimate exercise of the state's police powers, it did not establish an expropriation[84]. In this case, the claimant, Chemtura Corporation, is a United States Corporation producing lindane-based products used for canola treatment. The Pest Management Regulatory Agency, the federal agency authorized to regulate pest control products in Canada, decided that registration for lindane-based products to be terminated owing to health considerations. In 2001 the agency terminated licences for lindane products due to the health risks. Upon the claimant's request, the agency conducted a re-assessment of lindane and decided similar conclusion. The claimant initiated an arbitration against Canada alleging that Agency's termination of the registration of the lindane-based products violated expropriation provision of NAFTA. The tribunal held that as the sale of lindane-based products was a relatively small share of the investor's business, Agency's measures did not substantially deprive the investor of the investment[85]. The tribunal further found that irrespective of a deprivation, as Agency's decisions were not discriminatory given to protect public health and the environment, they established a legitimate exercise of Canada's police powers. Therefore, it was held that they did not give rise to an expropriation[86].

Non-discriminatory and reasonable measures concerning public health would be considered within the scope of the state's police powers[87]. In this sense, recent investment agreements have brought safeguard clauses in order to guide evaluation of indirect expropriation. For instance, CETA between Canada and the EU provides that "[F]or greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect

---

84 *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 266, https://www.italaw.com/cases/249 (accessed 18 March 2022).

85 *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 263.

86 *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 266.

87 KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 427.

legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations."[88]

The moderate police powers doctrine applying proportionality test falls between the 'sole effects doctrine' and the radically applied 'police powers doctrine', making a nuanced analysis and a more flexible assessment in determining whether a regulatory measure gives rise to an indirect expropriation[89]. While 'sole effects doctrine' gives no room for tribunals to take into account the public interest behind the alleged measures, proportionality test enable the tribunals to evaluate the public policy concerns and the rationale behind the measure. Compared to the police powers doctrine, proportionality test also considers the foreign investor's legitimate interest, articulating whether the public interest is sufficiently weighty to justify the measure. Accordingly, this approach, unlike the other two doctrines, aims to balance the state's power to regulate in the public purpose and the impact of measures on the investment[90]. This doctrine may provide a better balance between foreign investor's interest and public concerns. Therefore, although these three doctrines have been adopted in arbitral tribunals, the 'moderate police powers doctrine' emerges as the most appropriate approach to the understanding of international investment law[91].

Different doctrines adopted in the determination of indirect expropriation indicate that indirect expropriation is far from being resolved and that there may be changes in the future. These changes will be shaped by both the arbitral tribunals' decisions and the treaty practices of the states[92].

IV. EXPROPRIATION ANALYSIS OF *PHILIP MORRIS V URUGUAY*

IP-related investment claims generally rely on indirect expropriations[93]. As the meaning of the indirect expropriation is immensely conflicting, it is

---

88 CETA, Annex 8-A, Section 3.

89 VANHONNAEKER, p. 46.

90 OKE, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, p. 180.

91 VANHONNAEKER, p. 46.

92 KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 427.

93 See also *Eli Lilly and Company v. the Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), https://www.italaw.com/cases/1625 (accessed 18 March 2022); *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), https://www.italaw.com/cases/4475 (accessed 18 March 2022).

not straightforward for an arbitral tribunal to differentiate indirect expropriation from a legal regulatory measure. More precisely, where there is an intersection between investment and IP, it is even harder to decide if a regulatory measure establishes an indirect expropriation. Taking this ambiguity into account, expropriation claim against regulatory measures on investor's IP rights is seen as one of the most debated issues of the international investment law[94].

The complexity derived from the intersection of IP rights with investment has been come to light by recent cases[95]. In this section, in order to comprehend the problematic issues of challenging IP rights through investor-state arbitration, *Philip Morris v Uruguay* with regard to the expropriation claim will be analysed as it addressed public policy concerns.

Philip Morris v Uruguay is an important investment case since it is the first intellectual property claim initiated by a tobacco company within the context of the investment arbitration. This case demonstrates how an intersection between investment and trademark may impact a state's public health regulations such as plain packaging tobacco laws.

1. Facts

In 2010, Philip Morris initiated an investment arbitration against Uruguay within the context of the ICSID pursuant to the Switzerland-Uruguay Bilateral Investment Treaty. The claim involved two governmental regulation on the plain packaging. These tobacco control laws regulated that each trademark was only allowed to make one type of packaging (single presentation requirement), and health warning graphics must be displayed on 80% of the cigarette package (80/80 Regulation). Philip Morris alleged that these measures were tantamount to expropriation[96].

---

[94] MERCURIO Bryan, "Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements", **Journal of International Economic Law**, Vol. 15, Issue. 3, 2012, p. 904.

[95] See *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016); *Eli Lilly and Company v. the Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017); *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017).

[96] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para 11-12.

Trademarks that Philip Morris asserted to have been expropriated were simultaneously investment assets and IP rights of the claimant. Against the expropriation claim, Uruguay contended that Philip Morris did not have rights to be expropriated since a trademark only confers a negative right which excludes third parties from the use of trademark, and does not give a positive right to use it[97]. Philip Morris, on the contrary, argued that they had the right to use their trademarks in the field of commerce and hence the trademarks could be subject to expropriation[98].

2. Decision of the Tribunal

One of the critical issues that the arbitral tribunal sought to answer was as to whether the claimant had a right to be subject to expropriation. In this respect, the arbitral tribunal made an assessment by considering rights of a trademark holder regulated in international law texts such as the Paris Convention and the TRIPS Agreement. The tribunal underlined that there is no provision in both the Paris Convention and the TRIPS Agreement that explicitly grants a positive right to use trademarks[99].

---

[97] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 181.

[98] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 168.

[99] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 260-262. Also see WTO, European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (US), Panel Report, WT/DS174/R (15.03.2005) para. 7.210: "These principles reflect the fact that the TRIPS Agreement does not generally provide for the grant of positive rights to exploit or use certain subject matter, but rather provides for the grant of negative rights to prevent certain acts. This fundamental feature of intellectual property protection inherently grants Members freedom to pursue legitimate public policy objectives since many measures to attain those public policy objectives lie outside the scope of intellectual property rights and do not require an exception under the TRIPS Agreement." https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/174R.pdf&Open=True (accessed 18 March 2022); in the same vein see WTO, Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Appellate Body Report, WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R (9.6.2020) para 6.586: "neither the TRIPS Agreement nor the provisions of the Paris Convention (1967) that are incorporated by reference into the TRIPS Agreement confer upon a trademark owner a positive right to use its trademark or a right to protect the distinctiveness of that trademark through use. ... Rather, in accordance with Article 1.1 of the TRIPS Agreement, Members are required to give effect to Article 16.1 by ensuring that, in the Members' domestic legal regimes, the owner of a registered trademark can exercise its "exclusive right to prevent" the infringement of its trademark by unauthorized third parties." https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/435_441abr_e.pdf (accessed 18 March 2022).

However, it was evaluated that the dispute was, indeed, related to the absolute and relative right to use. The tribunal pointed out that the trademark right may include the right to use under certain conditions, but this is an exclusive right against others, and not an absolute right to use that can be contended against the state. At this point, the tribunal held that although the parties emphasized the question whether a trademark grants a right to use or a right to protect, it may be more beneficial to ask if it is an absolute or relative right to use. The tribunal accordingly noted that "ownership of a trademark does, in certain circumstances, grant a right to use it. It is a right of use that exists *vis-à-vis* other persons, an exclusive right, but a relative one. It is not an absolute right to use that can be asserted against the State *qua* regulator."[100] It was further underscored by the tribunal that there must be a reasonable expectation that trademarks do not confer absolute right to use, particularly in the tobacco industries[101].

Following the evaluation of whether trademarks can be subject to expropriation, the tribunal then assessed whether the alleged measures were tantamount to an expropriation. The tribunal consequently held that alleged tobacco control laws did not constitute an expropriation since they did not give rise to a substantial deprivation of the investment and they were a valid exercise of the state's police powers.

3. Legal Analysis

With respect to the issue of whether a trademark grants a right to use or a right to protect, some commentators have argued that trademark holders solely have the right to prevent third parties from the use of their trademarks[102]. On the other hand, some authors have suggested that the

---

[100] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 267.

[101] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 269.

[102] See MITCHELL Andrew, "Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility" **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, Vol. 5, Issue 2, 2010; GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation" **Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law** (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014. https://ssrn.com/abstract=2463711 (accessed 06 Feb 2021); VOON Tania; MITCHELL Andrew, "Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products", **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues** (Andrew Mitchell, Tania Voon and Jonathan Liberman eds), Edward Elgar, 2012, https://ssrn.com/abstract=1874593

provisions in the TRIPS Agreement do not mean that the trademark holders cannot have the right to use them[103]. From this view, trademarks are registered to use them in commerce, not just to obtain a government certificate[104]. At this point the *Philip Morris v Uruguay* tribunal highlighted that "under Uruguayan law or international conventions to which Uruguay is a party the trademark holder does not enjoy an absolute right of use, free of regulation, but only an exclusive right to exclude third parties from the market so that only the trademark holder has the possibility to use the trademark in commerce, subject to the State's regulatory power."[105]

It can be concluded from the analysis of the tribunal that a trademark owner does not have an absolute right to use it. In other words, a trademark can be subject to the state's right to regulate[106]. This approach is in line with Article 8 of the TRIPS Agreement, which permits to take the necessary measures for the protection of public health[107]. As was delineated by the arbitral tribunal, "[I]f a food additive is, subsequent to the grant of a trademark, shown to cause cancer, it must be possible for the government to legislate so as to prevent or control its sale notwithstanding the trademark."[108] Intersection of a trademark with an investment should not mean that the trademark is immune from state regulatory power. In this

(accessed 18 March 2022)., 115-19; see also VADI Valentina, "New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes", **International Lawyer**, Vol. 49, Issue 2, 2015, p. 184: "intellectual property rights are not positive rights; rather they are negative rights, which prevent other competitors from exploiting a given invention for a limited time."

[103] FRANKEL Susy; GERVAIS Daniel, "Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 46, Issue 5, 2013, p. 1188.

[104] Ibid 1212. For the view that the right to use the trademark does not arise from the registration, it is a feature of the freedom to engage in commercial activities, see BONADIO Enrico, "Plain Packaging of Tobacco Products under EU Intellectual Property Law", **European Intellectual Property Review**, 2012, p. 4.

[105] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 271.

[106] GABRIEL Vivian Daniele Rocha; MESQUITA Alebe Linhares, "Repacking Intellectual Property Protection in International Investment Law: Lessons from The Philip Morris v. Uruguay Case", **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 49, Issue. 3, 2018, p. 1140; OKE Emmanuel K, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset" **Scripted**, Vol. 15, Issue. 2, 2018, p. 330.

[107] OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 330.

[108] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 269.

sense, the approach of the arbitral tribunal is in harmony with the principle of territoriality[109].

After the analysis that a trademark holder does not have an absolute right to use, free from regulation, the tribunal concluded that alleged measures did not establish an expropriation. In reaching this conclusion, the tribunal examined both the effect of the measure on the investment and the state's police powers.

A. The Effect of the Measure on the Investment

The arbitral tribunal found that the 80/80 Regulation did not establish an indirect expropriation. It was held that a regulation limiting the space of trademarks to %20 on the packages did not have a substantial impact on the investor's business as it comprised merely a limitation provided by the law. Therefore, the claim 80/80 Regulation breached the expropriation provision of the treatment fails[110]. The arbitral tribunal also noted that the single presentation requirement (SPR) did not substantially deprive the claimants of the value of the investments and their use[111].

Philip Morris alleged that "while Abal has grown more profitable since 2011, Abal would have been even more profitable if Respondent had not adopted the challenged measures."[112] Regarding this allegation, the tribunal pointed out that so long as sufficient benefit remains after the measures are applied, expropriation does not occur, and a partial loss of the profits does not give rise to an expropriation[113].

---

[109] OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 331. The principle of territoriality states that IP rights granted by a state are limited to the territory of that state, which allows the state to shape its national IP laws according to the level of technological and economic circumstances, see in OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 315.

[110] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 276.

[111] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284.

[112] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284.

[113] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 286.

Consequently, tobacco control laws were not considered to be indirect expropriations, as these measures did not lead to a substantial deprivation of the use, value and enjoyment of the investment[114].

B. State's Police Powers

In addition to the finding that the regulatory measures in question did not constitute a substantial deprivation of investments, the arbitral tribunal stated that the adoption of the alleged regulations was a valid exercise of Uruguay's police powers[115]. In this regard, the tribunal argued that article 5 of the bilateral investment treaty, which regulates expropriation, should be construed in line with article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties allowing reference to customary international law[116].

The arbitral tribunal's assessment focused on Uruguay's legitimate purpose behind the measures and the impact of the measures on public health. In this regard, it was emphasized that Uruguay has legal obligations in its national law and in the WHO Framework Convention on Tobacco Control to protect its people from the harmful effects of tobacco[117]. The tribunal opined that "The Challenged Measures were taken by Uruguay with a view to protect public health in fulfilment of its national and international obligations."[118] The tribunal went on to acknowledge that it was difficult to indicate the individual effect of the measures on the protection of public health. Nonetheless, it was stressed that the measures taken by Uruguay were introduced for the purpose of declining the tobacco consumption and were a valid exercise of state's police powers. Challenged measures were underlined to be potentially effective tools in the protection of public health[119].

---

[114] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 284-286.

[115] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 287.

[116] OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 332.

[117] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 302-304.

[118] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306.

[119] *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 306; FOSTER Caroline E, "Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris v Uruguay Tobacco Plain Packaging Case", **Review of European Comparative & International Environmental Law**, Vol. 26, 2017, p. 294.

The tribunal rejected expropriation claims on the grounds that the regulations in question did not lead to substantial deprivation of the investments and were exercise of the state's regulatory police powers. The approach with regard to the police powers doctrine seems important for the principle of territoriality as states may impose regulations on the use of trademarks for the protection of public health pursuant to Articles 8 and 20 of the TRIPS Agreement[120].

Would the result have been the same if regulatory measures had produced a substantial deprivation of foreign investment? In other words, one can question whether police powers doctrine would have sufficed not to constitute indirect expropriation in spite of the existence of substantial deprivation[121].

It has been argued that if regulatory measures do not result in a substantial and permanent deprivation of foreign investment, state's regulatory powers serve as an extra argument or justification against indirect expropriation claims. If the police powers argument is accepted as an extra reason, it would not be sufficient to defeat the expropriation claim[122].

In analyzing the expropriation claim, the tribunal in *Philip Morris v Uruguay* referred to *Methanex v USA*, *Saluka v Czech Republic*, *Chemtura v Canada* and *Tecmed v Mexico*.

In *Methanex v USA*, the tribunal held that the determination of whether a measure constitutes expropriation depends on whether it has been introduced in accordance with due process, for public purposes, in a non-discriminatory manner. Indirect expropriation can only exist if there are specific commitments made to the investor in a way that prevents the state from enacting the regulatory measure[123].

If a regulatory act meets the conditions considered in the Methanex case but leads to a substantial deprivation of foreign investment, would it still not require compensation?[124]

---

[120] OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 334.

[121] RANJAN Prabhash, "Police Powers, Indirect Expropriation in International In-vestment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay", **Asian Journal of International Law**, Vol. 9, 2019, p. 108.

[122] Ibid.

[123] *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA-UNCITRAL, Award (03.08.2005), Part IV, Ch D, 4, para. 7.

[124] RANJAN, p. 114.

In *Saluka v Czech Republic*, the tribunal pointed out that the state is not obligated to compensate the foreign investor for non-discriminatory, bona-fide measures adopted for the purpose of general welfare, even if "the measure had the effect of eviscerating" foreign investment[125]. This case arose out of the privatization of the one of the Czech Republic's major banks, IPB (Investicní a Postovní banka a.s.). In 1998, the respondent, Czech Republic, sold state's shares of IPB to Nomura Company, following which the Nomura Company transferred them to Saluka which was a Nomura subsidiary constituted in the Netherlands. The IPB, along with three large banks, lacked sufficient capital and was suffered from significant non-performing loans, risking the banking sector in Czech Republic. In 2000, the Czech National Bank consequently put the IPB into forced administration and further sold it to another bank. Saluka commenced an arbitration claim in 2001 against the Czech Republic under the Netherlands-Czech Republic BIT, alleged that the respondent deprived Saluka of its investment unlawfully and without paying fair compensation. With respect to the expropriation claim, the tribunal held that the respondent did not violate expropriation provision of the BIT[126] as the measures in question "can be justified as permissible regulatory actions."[127] It was stated that "it is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare."[128] In the analysis of the *Saluka* tribunal, a non-discriminatory,

---

[125] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 276 https://www.italaw.com/cases/961 (accessed 18 March 2022).

[126] Article 5 of the Netherlands-Czech Republic BIT reads as follows:

Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with:

(a) the measures are taken in the public interest and under due process of law;

(b) the measures are not discriminatory;

(c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without undue delay, to the country designated by the claimants concerned and in any freely convertible currency accepted by the claimants.

[127] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 265.

[128] *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 255. The tribunal underscored that "the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when

bona-fide measure adopted for public purposes does not constitute expropriation despite adverse effect on the investment[129].

In the same vein, in *Chemtura v Canada*, the tribunal found that measures adopted with a non-discriminatory understanding against increased health risks did not amount to an expropriation. It was clearly underlined that even in the presence of substantial deprivation, a legitimate exercise of a state did not lead to an indirect expropriation. The tribunal stated that the Respondent adopted the challenged measures for human health and the environment, in a non-discriminatory way, within its mandate. A measure taken under these conditions is a valid exercise of the state's police powers, and thus, does not result in an expropriation, irrespective of the presence of deprivation[130].

On the other hand, with regard to the analysis in *Tecmed v Mexico*, measures taken within the scope of the state's regulatory powers may amount to an expropriation where they neutralize the value of the investment. The tribunal opined that there is no principle indicating that regulatory measures which are beneficial to society, such as environment protection, are exempted from the expropriation particularly where the effect of such measures neutralizes the value or use of the investment without paying any compensation to the investor[131]. However, the tribunal emphasized the proportionality test by assessing both the purpose of the measure and its impact on the investment while determining whether the measure is considered indirect expropriation. Accordingly, the tribunal contemplated that "in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality."[132]

---

it adopts general regulations that are 'commonly accepted as within the police power of States' forms part of customary international law today" see in *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), para. 262.

[129] RANJAN, p. 115.

[130] *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), para. 266.

[131] *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para 121.

[132] *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, (29.05.2003), para 122.

Some argue that in the *Philip Morris* case, it was not necessary to discuss the police powers doctrine which focused on the public purpose behind the measure. In this view, the 'substantial deprivation' test is a high threshold which presents enough free space to the host state in order to introduce measures without worrying about investment claims. Therefore, 'substantial deprivation' analysis must be sufficient so as to determine indirect expropriation[133]. However, in the examination of indirect expropriation claims, interests of foreign investors and host states ought to be balanced. In this regard, a balanced approach could be to apply the moderate police powers doctrine, which includes the proportionality analysis, adopted in the *Tecmed* case. If a regulatory measure does not give rise to a substantial deprivation on investment, it will not establish indirect expropriation even though there is an adverse impact on the investment. Does it suffice to constitute an indirect expropriation where the measure lead to a substantial deprivation on the investment? In some cases, particularly where there is a private actor's interest on the one hand, and public health issues on the other hand, it would not be fair to interpret that the regulatory measures establish indirect expropriation simply because they cause a substantial deprivation on the investment. If a regulatory measure creates a substantial deprivation on investment, the nature and the public purpose behind the regulation could be analysed. In this regard, under the proportionality test, the questions whether the measure serves a legitimate public purpose, whether it is necessary, whether the public interest intended by the measure balanced and proportional to the negative impact on the investment should be examined[134]. Therefore, whether a measure constitutes an expropriation needs a fact-based examination. This approach seems more sensible and thoughtful in determining indirect expropriation.

Notwithstanding the fact that only parties are bound by arbitral tribunals' decisions, arbitral tribunals are frequently influenced by former decisions in their reasoning of the award. Hence, it is possible to argue that the *Philip Morris* case may affect potential IP-related investment disputes by tobacco companies. The award in *Philip Morris v Uruguay* puts forward an assessment that recognizes the right to regulate public health issues, even

---

[133] RANJAN, p. 123.

[134] GATHII James; HO Cynthia, "Regime Shift of IP Lawmaking and Enforcement from WTO to the International Investment Regime", **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Vol. 18, Issue 2, 2017, p. 498.

though the regulations have an adverse impact on IP and investment[135]. Tobacco control measures should not be considered a violation of the provisions of investment agreements which protect trademarks if they are introduced to control tobacco products, if they do not lead to a substantial deprivation of the investment, and if they are enacted in line with other international agreements and national public health purposes. *Philip Morris* award demonstrates that host states, within their policy space, enable to enact regulatory measures to control public health issues[136].

It is noteworthy that the *Philip Morris* tribunal stated that legitimate expectations of investors should not affect the sovereign regulatory powers of the state[137]. It is likely to be fair that investors may not expect that laws will stay unchanged. Accordingly, the tribunal acknowledged that host states would be able to adopt regulatory measures and these measures would not establish an indirect expropriation so long as they are proportionate, non-discriminatory and adopted for the purpose of public welfare[138]. This assessment of the tribunal is crucially important in terms of indicating the extent to which a state could leave its sovereignty by means of investment agreements.[139] In this sense, a host state should have sovereign powers to enact regulatory measures with the aim of public health and welfare provided that they are in accordance with its international obligations.

The approach adopted by the arbitral tribunal allows host states to exercise their legitimate regulatory powers in the pursuit of public policy goals. Although the protection of foreign investments is significant in international law, investment protection standards are not absolute and may be restricted for legitimate reasons. Tobacco control measures could be considered as a reflection of the police powers of the state where they are non-discriminatory and proportionate. An arbitral tribunal has to set a

---

135 VIVIAN; MESQUITA, p. 1139-40.

136 VIVIAN; MESQUITA, p. 1141-42.

137 *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 422.

138 *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), para. 305.

139 LENCUCHA Raphael, "Philip Morris versus Uruguay: Health Governance Challenged", **The Lancet**, Vol. 376, Issue 9744, 2010 <https://www.researchgate.net/publication/46219787_Philip_Morris_versus_Uruguay_Health_governance_challenged> (accessed 25 January 2023).

thoughtful balance between different rights and interests when determining indirect expropriation[140].

As is understood from the *Philip Morris v Uruguay*, the inclusion of IP rights in the investment definition under the investment agreements introduces a new way for settling IP disputes since it allows investors to sue host states directly within the context of investor-state arbitration[141]. Hence, this opens gates for investors to challenge regulatory measures which may affect their IP rights, even though these measures regulate public health and welfare[142]. Although investment agreements offer such a unique opportunity for IP right holders, investor-state arbitration gives rise to public policy concerns and sovereignty considerations for host states[143]. In other words, the fact that the IP rights are regarded as an investment has an impact upon the capacity and control of host states to regulate foreign right holders' acquisition and use of IP rights[144].

IP rights being considered within the concept of investment, and accordingly being challenged at the investor-state arbitration leads to serious concerns. The crux of the concern is that national IP regime of a state, which is closely related to public policy, is left to the private actors' hands[145]. With regard to the sovereignty concerns, states play a major role so as to protect public health and safety. Considering that protecting public health is one of the primary

---

[140] VADI Valentina S, "Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law", **Stanford Journal of International Law**, Vol. 48, Issue 1, 2012, p. 110; also see VADI Valentina S, "Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes", **European Journal of International Law**, Vol. 20, Issue 3, 2009, p. 803.

[141] VADI Valentina S, "Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investment", **New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law**, Vol. 5, Issue 1, 2015, p. 118.

[142] GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Challenging Compliance with International Intel-lectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement", **Journal of International Economic Law**, Vol. 19, 2016, p. 250.

[143] GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Challenging Compliance with International Intel-lectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement", **Journal of International Economic Law**, Vol. 19, 2016, p. 241.

[144] CORREA Carlos, "Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 26, Issue 1, 2004, p. 335.

[145] OKEDIJI Ruth, "Is Intellectual Property "Investment"? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 35, Issue 4, 2014, p. 1122.

duties of states, a critical question arises to what extent an IP right holder as a foreign investor could utilize investment protection standards to sue regulatory measures enacted in pursuance of public objectives. From this standpoint, *Philip Morris v Uruguay* is likely to be seen as an example of how an investor attempted to affect a state's IP regime and public health policy.

IP rights has close relationship with public health and safety as it is seen in *Philip Morris v Uruguay* and also *Eli Lilly v Canada*[146] which is an investment arbitration case analysing whether a national court decision on a pharmaceutical patent invalidation constitutes an indirect expropriation. Although IP rights protection is paramount for a state's development, it is different from traditional societal priorities. To illustrate, patent protection could give rise to unaffordable drugs[147]. Accordingly, an absolute protection for pharmaceutical patents may have a negative impact upon public welfare[148]. In this respect, invalidation of pharmaceutical patents may enable consumers to receive medicine. On the other hand, patent protection incentivises pharmaceutical research and development, which could be even much better for public purposes in the long run. Taking into account that this is a sensitive and thorny policy approach, it becomes more debated how an arbitration tribunal consisting of private actors would decide it[149]. Given that setting a balance on an equitable basis between a state's sovereignty and a foreign investor's interest could be hard, one might ask as to whether investment arbitration provides an appropriate forum for IP disputes particularly where public health issues are at stake[150].

Even it is controversial whether or to what extent IP rights should be considered as investment. This was delineated in *Bridgestone v Panama*, which was another IP-related investment case. In the analysis of whether the trademarks are regarded as investment, the tribunal clearly pointed out that "the mere registration of a trademark in a country manifestly does not

---

[146] Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017).

[147] OSENGA Kristen J, "Get the Balance Right!: Squaring Access with Patent Protection", **Global Business & Development Law Journal**, Vol. 25, 2012, p. 312.

[148] OSENGA Kristen J, "Get the Balance Right!: Squaring Access with Patent Protection", **Global Business & Development Law Journal**, Vol. 25, 2012, p. 315.

[149] HO Cynthia M, "Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 30, Issue 1, 2015, p. 268.

[150] VADI Valentina, "New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes", **International Lawyer**, Vol. 49, Issue 2, 2015, p. 162.

amount to, or have the characteristics of, an investment in that country."[151] It was further stated that if the trademark is exploited, it could be investment[152]. The tribunal concluded that "a registered trademark will be a qualifying investment on the part of the owner, provided that the owner carried out the activities that are normally involved in the exploitation of the investment."[153] This approach is likely to be in accordance with the principles of IP law and international investment law regimes. This would also mitigate the concerns arising out of the foreign investors' potential abuse of the system.

It is important to remark that no country is immune from the potential investment disputes. It is generally known that investment disputes or even their threat have a 'chilling effect' on regulatory actions of states[154]. Although Uruguay has been successful in *Philip Morris* case, even developed states may hesitate to adopt some regulations to avoid investment disputes[155]. To illustrate, it is claimed that New Zealand intentionally

---

[151] *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 171.

[152] *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 172: "The picture is, however, transformed if the trademark is exploited. A trademark is exploited by the manufacture, promotion and sale of goods that bear the mark. The exploitation accords to the trademark, by the activities to which the trademark is central, the characteristics of an investment. It will involve devotion of resources, both to the production of the articles sold bearing the trademark, and to the promotion and support of those sales. It is likely also to involve after-sales servicing and guarantees. This exploitation will also be beneficial to the development of the home State. The activities involved in promoting and supporting sales will benefit the host economy, as will taxation levied on sales. Furthermore, it will normally be beneficial for products that incorporate the features that consumers find desirable to be available to consumers in the host country. That was not the case in the Philip Morris case where the products in question were cigarettes, but the tribunal nevertheless found that the activities that included marketing the cigarettes under the trademark constituted a qualifying investment."

[153] Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), para. 174.

[154] TIENHAARA Kyla, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011, https://ssrn.com/abstract=2065706 (accessed 06 Feb 2021); KELSEY Jane, "Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law", **QUT Law Review**, Vol. 17, Issue. 2, 2017; HO Cynthia M, "Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 30, Issue 1, 2015, p. 233.

[155] HO Cynthia M, "The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities", **Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law**, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, p. 216.

postponed plain package laws[156]. Thus, states should not ignore concerns created by the investor-state arbitration and should be vigilant against it[157].

IP law needs flexibility to catch social and technological developments. Thus, states should have adequate policy space to bring new IP measures in accordance with public priorities and local circumstances. Although it is hard to substantiate the chilling effect, it seems to carry a risk of negative influence of enforcing IP rights through investment arbitration on a state sovereignty. This negative influence could be worrying if it causes freezing IP policy.

Given that investment arbitration deals with disputes between a private entity and a sovereign power stemming from a democratic societal commitment, decisions given by the tribunals composed of private arbitrators have an influence on a state and accordingly its citizens. Thus, in order to equilibrate between investor's interest and public policy issues, tribunals have to give a weight to the sovereign power of a state where the measure is *bona fide* and non-discriminatory, particularly considering a clash between IP right and investment may have a significant impact upon the state's public policy and IP regime.

Notwithstanding the concerns arising out of the international investment law, it undeniably stands out as a dynamic structure. In spite of the significant expenses, the number of investment arbitration cases is still reasonably high[158]. This situation seems to show the need of investors for international investment arbitration. Therefore, it could be foreseen that

---

[156] CROSBIE E; THOMSON G, 'Why Did It Take 53 Months for NZ to Introduce Plain Cigarette Packs?,' Noted, 14.06.2018, https://www.noted.co.nz/health/health/plain-cigarette-packs-introduction-delayed-in-nz/ (accessed 18 March 2022); Ho, "The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities", p. 217; see also Physicians for Smoke-Free Canada, "The Plot Against Plain Packaging: How Multinational Tobacco Companies Colluded to Use Trade Arguments They Knew Were Phoney to Oppose Plain Packaging. And How Health Ministers in Canada and Australia Fell for Their Chicanery" 2008, http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1%27.pdf (accessed 18 March 2022), p. 28. As of 2022, Australia, France, the UK, New Zealand, Norway, Ireland, Thailand, Uruguay, Saudi Arabia, Slovenia, Türkiye, Israel, Canada, Singapore, Belgium and the Netherlands have introduced plain package laws. See, CRAWFORD Moodie; HOEK Janet; HAMMOND David et al., "Plain tobacco packaging: progress, challenges, learning and opportunities", **Tob Control** 2022, https://tobaccocontrol.bmj.com/content/tobaccocontrol/31/2/263.full.pdf (accessed 27 June 2022).

[157] HO Cynthia M, "The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities", **Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law**, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, p. 217.

[158] See UNCTAD, "World Investment Report 2019", p. 73, https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2022 (accessed 29 January 2023).

international investment treaties and international investment arbitration will remain at least in the near future[159]. As regards IP rights, it is not straightforward to foresee whether IP right holders would frequently utilize investment protection standards or attempt to shape states' IP regime through investment arbitration in the future. In any case, with regard to the IP-related investment disputes, investment arbitration tribunals should not interfere with a state's policy space given by the IP treaties and required for the adaption of national IP laws to the changing circumstances.

V. CONCLUSION

Today, developing countries, being aware of the contribution of IP rights on socio-economic and cultural development, participate in the activities of multilateral organizations such as the World Trade Organization. Developed countries, on the other hand, seek alternative avenues for broader IP protection. Since IP plays a crucial role in the assets of companies, investment agreements have included IP as a type of investment[160]. IP rights are embedded under the definition of investment in almost all international investment agreements. Classification of IP rights as a form of investment under the relevant investment agreement opens a door for IP right owners to utilize investment standards in order to challenge regulatory measures having an effect on their investments within the context of investor-state arbitration.

While IP is essentially subject to private law, investment law provides protection against government interference[161]. It is generally argued that right holders have a negative right to exclude others from the use of IP. Traditionally, IP protection does not involve protection against host state's interventions. Nevertheless, the rejection of an IP application, invalidation of an IP right or limitation of use of an IP right by the host state can be considered as a violation of the investment agreement from the perspective of the investors. Such decisions of the host state are not immune from being subject to an investment claim. However, it should be remarked that these rights are created by the domestic law of the host state. International investment arbitration should not be viewed as an appellate body reviewing national IP law[162].

---

[159] KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 502; POTOČNİK, p. 258.

[160] JOZWIK Katarzyna, "Investment Regulation and Intellectual Property" **Global Trade and Customs Journal**, Vol. 6, Issue 7-8, 2011, p. 351-352.

[161] KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 502.

[162] KLOPSCHINSKI; GIBSON; GROSSE RUSE-KHAN, p. 503.

Expropriation is one of the most widely invoked protection standards in investment disputes. Investors generally challenge measures by relying on expropriation provision under the investment agreement. However, the concept of expropriation, particularly indirect expropriation is highly controversial in doctrine and arbitration practices. Tribunals should take into account that the intersection of IP and investment may impact public policy issues such as public health and welfare. In this respect, it is necessary for arbitral tribunals not to ignore the principle of territoriality and to consider substantial deprivation, public purpose and proportionality analyses while evaluating expropriation claims.

IP right holders have recently utilized protections afforded by international investment agreements to allege various state measures affecting their rights. *Philip Morris v Uruguay* is one of the initial IP related-investment disputes. This case was brought against domestic legislation which was enacted to comply with the WHO Framework Convention on Tobacco Control. The crucial point in the award is that a trademark can be subject to the state's regulatory authority, and that a bona-fide, non-discriminatory and proportionate regulatory measure does not create an expropriation. This case recognizes state's regulatory powers where there is a clash between investors' rights and public health protection. This approach is also in line with Article 8 and 20 of the TRIPS Agreement, which permit to take necessary measures for the public health in the regulation of national IP law. Simply since a trademark is an investment asset, it should not deemed to be immune from state's regulatory power. In this sense, the approach of the arbitral tribunal is in harmony with the principle of territoriality[163].

Notwithstanding the fact that the tribunal rejected the claims alleged by Philip Morris, this case may pave the way for subsequent investment claims regarding IP since international investment agreements provide right holders a direct recourse to investor-state arbitration. Investment arbitration claims may also deter states from bringing new regulations. Tribunals need give sufficient weight not solely to protection of IP but also to public interest in order to ensure a sensitive balance between them, acknowledging that an award may impact state's regulatory authority and IP principles.

---

[163] OKE, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", p. 334.

BIBLIOGRAPHY

BONADIO Enrico, "Plain Packaging of Tobacco Products under EU Intellectual Property Law", **European Intellectual Property Review**, 2012, p. 1-15.

CHAISSE Julien; NAGARAJ Puneeth, "Changing Lanes: Intellectual Property Rights, Trade and Investment" **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol. 37, Issue 2, 2014, p. 223-270.

COLLINS David, **An Introduction to International Investment Law**, Cambridge University Press, 2016.

CORREA Carlos, "Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 26, Issue 1, 2004, p. 331-354.

CRAWFORD M; HOEK J; HAMMOND D et al., "Plain tobacco packaging: progress, challenges, learning and opportunities" **Tob Control** 2022, https://tobaccocontrol.bmj.com/content/tobaccocontrol/31/2/263.full.pdf (accessed 27 June 2022).

CROSBIE E; THOMSON G, 'Why Did It Take 53 Months for NZ to Introduce Plain Cigarette Packs?,' **Noted**, 14.06.2018, https://www.noted.co.nz/health/health/plain-cigarette-packs-introduction-delayed-in-nz/ (accessed 18 March 2022).

DOLZER Rudolf, "Indirect Expropriations: New Developments?", **New York University Environmental Law Journal**, Vol. 11, Issue 1, 2002, p. 64-93.

DOLZER Rudolf; SCHREUER Christoph, **Principles of International Investment Law**, 2nd edn, Oxford University Press, 2012.

FOSTER Caroline E, "Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris v Uruguay Tobacco Plain Packaging Case", **Review of European Comparative & International Environmental Law**, Vol. 26, 2017, p. 287-297.

FRANKEL Susy; GERVAIS Daniel, "Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 46, Issue 5, 2013, p. 1149-1214.

GABRIEL Vivian Daniele Rocha; MESQUITA Alebe Linhares, "Repacking Intellectual Property Protection in International Investment Law: Lessons from the Philip Morris v. Uruguay Case", **Georgetown Journal of International Law**, Vol. 49, Issue. 3, 2018, p. 1117-1142.

GATHII James; HO Cynthia, "Regime Shift of IP Lawmaking and Enforcement from WTO to the International Investment Regime", **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Vol. 18, Issue 2, 2017, p. 427-515.

GIBSON Christopher S, "Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights?" **Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010**, 2010, p. 397-476.

GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Challenging Compliance with International Intel-lectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement", **Journal of International Economic Law**, Vol. 19, 2016, p. 241-277.

GROSSE RUSE-KHAN Henning, "Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation" **Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law** (SIEL) Working Paper No. 2014-21, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-13, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 52/2014, 2014. https://ssrn.com/abstract=2463711 (accessed 06 Feb 2021).

HALPERN Michaela Brett Samuel, "The Great Battle of Intellectual Property versus State Sovereignty: Is Philip Morris v Uruguay a Good Referee? (Part I)" (Kluwer Arbitration Blog, 29 June 2018) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/29/great-battle-intellectual-property-versus-state-sovereignty-philip-morris-v-uruguay-good-referee-part/> (accessed 10 July 2019).

HO Cynthia M, "Sovereignty under Siege: Corporate Challenges to Domestic Intellectual Property Decisions", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 30, Issue 1, 2015, p. 213-304.

HO Cynthia M, "The Intersection of ISDS and TRIPS Flexibilities", **Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law**, (Ed. Christophe Geiger), Edward Elgar Publishing, 2020, p. 207-217.

JOZWIK Katarzyna, "Investment Regulation and Intellectual Property" **Global Trade and Customs Journal**, Vol. 6, Issue 7-8, 2011, p. 351-359.

KELSEY Jane, "Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law", **QUT Law Review**, Vol. 17, Issue 2, 2017, p. 21-45.

KLOPSCHINSKI Simon; GIBSON Christopher; GROSSE RUSE-KHAN Henning, **The Protection of Intellectual Property Rights Under International Investment Law**, Oxford University Press, 2021.

LENCUCHA Raphael, "Philip Morris versus Uruguay: Health Governance Challenged", **The Lancet**, Vol. 376, Issue 9744, 2010 <https://www.researchgate.net/publication/46219787_Philip_Morris_versus_Uruguay_Health_governance_challenged> (accessed 25 January 2023).

MERCURIO Bryan, "Awakening the Sleeping Giant: Intellectual Property Rights in International Investment Agreements", **Journal of International Economic Law**, Vol. 15, Issue 3, 2012, p. 871-915.

MITCHELL Andrew, "Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility" **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**, Vol. 5, Issue 2, 2010, p. 399-419.

OKE Emmanuel K, **The Interface Between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis**, Edward Elgar Publishing, 2021.

OKE Emmanuel K, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset" **Scripted**, Vol. 15, Issue 2, 2018, p. 313-348.

OKEDIJI Ruth, "Is Intellectual Property "Investment"? Eli Lilly v. Canada and the International Intellectual Property System", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 35, Issue 4, 2014, p. 1121-1138.

OSENGA Kristen J, "Get the Balance Right!: Squaring Access with Patent Protection", **Global Business & Development Law Journal**, Vol. 25, 2012, p. 309-321.

POTOČNIK Metka, **Arbitrating Brands International Investment Treaties and Trade Marks**, Edward Elgar Publishing, 2019.

RANJAN Prabhash, "Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay", **Asian Journal of International Law**, Vol. 9, 2019, p. 98-124.

SCHREUER Christoph, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", **Transnational Dispute Management**, Vol. 5, 2005.

TIENHAARA Kyla, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science", **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Cambridge University Press, 2011, https://ssrn.com/abstract=2065706 (accessed 06 Feb 2021).

UPRETI Pratyush Nath, "Enforcing IPRs Through Investor-State Dispute Settlement: A Paradigm Shift in Global IP Practice", **Journal of World Intellectual Property**, Vol. 19, Issue 1-2, 2016, p. 53-82.

VADI Valentina, "New Forms of Dialectics between Intellectual Property and Public Health: Pharmaceutical Patent-Related Investment Disputes", **International Lawyer**, Vol. 49, Issue 2, 2015, p. 149-198.

VADI Valentina S, "Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health and Foreign Direct Investment", **New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law**, Vol. 5, Issue 1, 2015, p. 113-195.

VADI Valentina S, "Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes", **European Journal of International Law**, Vol. 20, Issue 3, 2009, p. 773-803.

VADI Valentina S, "Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law", **Stanford Journal of International Law**, Vol. 48, Issue 1, 2012, p. 93-130.

VANHONNAEKER Lukas, **Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration**, Edward Elgar Publishing, 2015.

VOON Tania; MITCHELL Andrew, "Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products", **Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues** (Andrew Mitchell, Tania Voon and Jonathan Liberman eds), Edward Elgar, 2012, https://ssrn.com/abstract=1874593 (accessed 18 March 2022).

Cases

ADM v Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), https://www.italaw.com/cases/91 (accessed 18 March 2022).

Azurix v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14.07.2006) https://www.italaw.com/cases/118 (18 March 2022).

Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/16/34, Decision on Expedited Objections (13.12.2017), https://www.italaw.com/cases/4475 (accessed 18 March 2022).

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, (02.08.2010), https://www.italaw.com/cases/249 (accessed 18 March 2022).

CME v The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001), https://www.italaw.com/cases/281 (accessed 18 March 2022).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, (20.08.2007), https://www.italaw.com/cases/309 (accessed 18 March 2022).

Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, (17.02.2000), https://www.italaw.com/cases/3413 (accessed 18 March 2022).

Continental Casualty v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/03/9 (05.09.2008), https://www.italaw.com/cases/329 (accessed 18 March 2022).

Eli Lilly and Company v. the Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, (16.03.2017), https://www.italaw.com/cases/1625 (accessed 18 March 2022).

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, (03.02.2006), https://www.italaw.com/cases/393 (accessed 18 March 2022).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, (22.05.2007), https://www.italaw.com/cases/401 (accessed 18 March 2022).

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, (30.08.2000), https://www.italaw.com/cases/671 (accessed 18 March 2022).

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (03.08.2005), https://www.italaw.com/cases/683 (accessed 18 March 2022).

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, Award (11.09.2007), https://www.italaw.com/cases/812 (accessed 18 March 2022).

Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (08.07.2016), https://www.italaw.com/cases/460 (accessed 18 March 2022).

Phillips Petroleum Co Iran v Iran, 21 Iran-United States CTR (29 June 1989) https://jusmundi.com/en/document/decision/en-phillips-petroleum-company-iran-v-the-islamic-republic-of-iran-the-national-iranian-oil-company-award-award-no-425-39-2-friday-16th-june-1989 (accessed 18 March 2022)

Pope & Talbot Inc. v. Canada, Interim Award, (26.06.2000), https://www.italaw.com/cases/863, (accessed 18 March 2022)

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, (19.01.2007), https://www.italaw.com/cases/880 (accessed 18 March 2022).

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17.03.2006), https://www.italaw.com/cases/961 (accessed 18 March 2022).

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Partial Award, (13.11.2000), https://www.italaw.com/cases/969 (accessed 18 March 2022).

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, (28.09.2007), https://www.italaw.com/cases/1002 (accessed 18 March 2022).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30.07.2010), https://www.italaw.com/cases/1057 (accessed 18 March 2022).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States, Case no ARB(AF)/00/02, Award (29.05.2003), https://www.italaw.com/cases/1087 (accessed 18 March 2022).

Wena Hotels Ltd v Egypt, 41 ILM 896 (2002), https://www.italaw.com/cases/1162 (accessed 18 March 2022)

WTO, Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, Appellate Body Report, WT/DS435/AB/R, WT/DS441/AB/R (9.6.2020), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/435_441abr_e.pdf (accessed 18 March 2022).

WTO, European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs (US), Panel Report, WT/DS174/R (15.03.2005), https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/174R.pdf&Open=True (accessed 18 March 2022)

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 899-973

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS DÜZENLEMELERİ PERSPEKTİFİNDEN SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN YAYIMLANAN "YEŞİL BORÇLANMA ARACI, SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARACI, YEŞİL KİRA SERTİFİKASI, SÜRDÜRÜLEBİLİR KİRA SERTİFİKASI REHBERİ"NE BAKIŞ(*)

Arş. Gör. **Emre Ali DELİKTAŞ**(**)

Öz: Avrupa Birliği çevresel, sosyal ve yönetimsel sorunların çözümü için sürdürülebilir finans düzenlemelerini kabul etmektedir. Avrupa Birliği'nin sürdürülebilir finans düzenlemeleri tüm dünyada dikkatle takip edilmektedir. Sürdürülebilir finans, ortaklıklar hukukunda ve sermaye piyasası hukukunda birtakım yenilikler getirmektedir. Söz konusu yeniliklerden biri de, sürdürülebilirlik temalı sermaye piyasası araçlarıdır. Bu kapsamda Sermaye Piyasası Kurulu, 24.02.2022 tarihinde, "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"ni yayımlamıştır. İşte bu makalenin konusu Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"nin, Avrupa Birliği'nin sürdürülebilir finans düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilir Finans, Yeşil Borçlanma Araçları, Yeşile Boyama, Çift Taraflı Önemlilik, Taksonomi.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 05.12.2023 - Makale Kabul Tarihi: 15.06.2023.

(**) TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye (ORCID: 0000-0002-7569-1219; *edeliktas@etu.edu.tr*).

AN OVERVIEW OF "THE GUIDE ON GREEN BOND, SUSTAINABILITY BOND, GREEN LEASING CERTIFICATE, SUSTAINABILITY LEASING CERTIFICATE" PUBLISHED BY CAPITAL MARKETS BOARD IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION'S SUSTAINABLE FINANCE REGULATIONS

Abstract: European Union accepts sustainable finance regulations for the solution of environmental, social and governance problems. The sustainable finance regulations of European Union are carefully followed all over the world. Sustainable finance brings some reforms in corporate law and capital market law. One of these reforms is sustainability-themed securities. In this context Capital Markets Board has published "The Guide on Green Bond, Sustainability Bond, Green Leasing Certificate, Sustainability Leasing Certificate" on 24.02.2022. The subject of this article is to overview "The Guide on Green Bond, Sustainability Bond, Green Leasing Certificate, Sustainability Leasing Certificate" published by Capital Markets Board in the light of European Union's sustainable finance regulations.

Keywords: Sustainable Finance, Green Bonds, Greenwashing, Double Materiality, Taxonomy.

I. GENEL OLARAK SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS KAVRAMI

1. Sürdürülebilir Finans Kavramının Ortaya Çıkmasında ve Gelişmesinde Etkili Olan Uluslararası Çabalar

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından 27.03.2000 tarihinde yayımlanan "21. Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Rolü" başlıklı Bin Yıl Raporu[1]'nda *("Millenium Report")* insanların büyük bir bölümünün sağlık, eğitim ve ekonomik bakımdan geçmişe kıyasla daha iyi koşullarda yaşadığı; ancak kıtlık, hastalık ve yaşamsal faaliyeti destekleyecek kaynaklar konusunda bazı sorunların hâlâ varlığını sürdürdüğü ifade edilmiştir[2]. Söz konusu

---

1 Rapor No: A/54/2000. Bin Yıl Raporu'na erişim için bkz. https://www.un.org/en/conferences/environment/newyork2000 (Çalışmamızdaki bütün linkler 25.06.2023 tarihi itibariyle etkin durumdadır).

2 Bin Yıl Raporu, s. 3, p. 4-5.

sorunların, toplumların göstereceği ortak bir çaba[3] ve "yaptığımız her şeyde insanın merkeze alınması" prensibiyle hareket edilmesi sayesinde çözülebileceği vurgulanmıştır[4].

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'nce yayımlanan Bin Yıl Raporu'nda açıklanan sorunlar, Birleşmiş Milletler tarafından 06-08.09.2000 tarihlerinde New York'ta düzenlenen Bin Yıl Zirvesi'nde *("The Millenium Summit")* değerlendirilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Bin Yıl Raporu'nda bahsedilen sorunların çözülmesi amacıyla 08.09.2000 tarihinde Bin Yıl Deklarasyonu[5]'nu *("Millennium Declaration")* kabul etmiş ve Deklarasyon'da, Bin Yıl Kalkınma Hedefleri'ni *("Millennium Development Goals"/"MDGs")* açıklamıştır.

Birleşmiş Milletler, 2015 yılında yayımladığı Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor[6]'da *("Millennium Development Goals Report")* on beş yıllık süreçte Bin Yıl Kalkınma Hedefleri ile ilgili meydana gelen gelişmeleri incelemiştir[7]. Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor'da, söz konusu hedefler bakımından önemli bir yol kat edildiği, ancak özellikle cinsiyet eşitliği, yoksulluk, açlık, silahlı çatışmalar, iklim değişikliği ve çevresel konularla ilgili sorunların devam ettiği belirtilmiştir[8].

Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor'da hâlen sürdüğü açıklanan sorunlar, Birleşmiş Milletler tarafından 25-27.09.2015 tarihlerinde New York'ta düzenlenen Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi'nde *("Summit on Sustainable Development")* görüşülmüştür. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 27.09.2015 tarihinde, Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor'da bahsedilen sorunların çözülmesi amacıyla Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası[9]'nı *("The 2030 Agenda for Sustainable Development")* kabul etmiştir.

---

3 Bin Yıl Raporu, s. 3, p. 7.

4 Bin Yıl Raporu, s. 4, p. 16.

5 Bin Yıl Deklarasyonu'na erişim için bkz. https://www.un.org/en/conferences/environment/newyork2000.

6 Rapor'a erişim için bkz. https://www.unep.org/resources/report/millennium-development-goals-report.

7 Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor, s. 4-7. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor, s. 14-69.

8 Bin Yıl Kalkınma Hedeflerine İlişkin Rapor, s. 8.

9 Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'na erişim için bkz. https://sdgs.un.org/2030agenda.

Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nda on yedi adet Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi *("Sustainable Development Goals"/"SDGs")* ve bu hedefler kapsamında gerçekleştirilmesi amaçlanan toplamda yüz altmış dokuz adet alt hedef açıklanmıştır[10]. Bin Yıl Kalkınma Hedefleri temel alınarak hazırlanan Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ve bunlara ait alt hedefler aracılığıyla Bin Yıl Kalkınma Hedefleri ile çözülemeyen (aşılamayan) sorunların olumlu bir şekilde sonuçlandırılması arzu edilmektedir[11]. Ayrıca Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nda, sürdürülebilir kalkınmanın *ekonomik, sosyal ve çevresel* boyutlarının bulunduğu; sürdürülebilir kalkınmanın, söz konusu boyutlar arasında denge ve uyum sağlanarak gerçekleştirilmek istendiği vurgulanmıştır[12].

Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nın kabulünden yaklaşık iki ay sonra, 12.12.2015 tarihinde, Birleşmiş Milletler tarafından Paris'te düzenlenen İklim Değişikliği Konferansı'nda Paris Anlaşması[13] imzalanmıştır[14]. Paris Anlaşması'nın uzun dönemli amacı, küresel sıcaklık artışının 2°C'nin -hatta mümkünse 1,5°C'nin- altında tutulmasıdır[15]. Sözü edilen uzun dönemli amacın yanı sıra, gıda üretiminin zarar görmemesi koşuluyla iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine karşı uyum kabiliyetinin ve iklim direncinin arttırılması, düşük sera gazı emisyonlu[16] kalkınmanın temin edilmesi; düşük emisyonlu ve iklim dirençli kalkınma yolunda *finans akışının istikrarlı hale getirilmesi* hedeflenmektedir[17].

---

10 Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası, s. 14-27.

11 Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası, s. 1 ve s. 3, p. 2.

12 Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası, s. 3, p. 2.

13 Paris Anlaşması, evrensel anlamda kabul edilen ortak hedef ve eylemleri ortaya koymak suretiyle, ulusal ve uluslararası seviyede alınacak kararlara bir çerçeve sunduğu için uluslararası hukukta önem arz eden bir anlaşmadır (GEHRING Markus, "Legal Transition to the Green Economy", **MIJSDLP**, Vol. 12, No. 2, 2016, s. 145-146). Paris Anlaşması'na erişim için bkz. https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement.

14 Türkiye tarafından 22.04.2016 tarihinde imzalanan Paris Anlaşması, 7335 sayılı Paris Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG. 07.10.2021, S. 31621) ile yürürlüğe girmiştir.

15 Paris Anlaşması m. 2/1-a ve m. 4/1.

16 Sera gazı emisyonu, kızıl ötesi radyasyon emen ve yeniden salan gazları ve gaz benzeri diğer atmosfer bileşenlerini ifade etmektedir [Sera Gazı Emisyonlarının Takibi Hakkında Yönetmelik (RG. 17.05.2014, S. 29003) m. 4/1-g]. Sera gazı emisyonunun azaltılması için, insan faaliyetleri neticesinde açığa çıkan karbon gazı miktarının en düşük seviyeye indirilmesi ve mevcut emisyonların dengelenmesi -örneğin ağaçlandırma faaliyetinin artırılması- amaçlanmaktadır. Bu hedef, "İklim-Nötr" *("Climate-Neutral")* hedefi olarak adlandırılmaktadır (https://www.consilium.europa.eu/en/5-facts-eu-climate-neutrality/).

17 Paris Anlaşması m. 2/1-b ve m. 2/1-c. Belirtmek gerekir ki, Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilirlik ile ilgili faaliyetleri bu çalışmada sayılanlarla sınırlı değildir. Çalışmamız, "sürdürülebilir finans"

Avrupa Birliği, tıpkı Birleşmiş Milletler gibi, çevresel ve sosyal sorunların ortadan kaldırılmasına önem vermekte ve Birleşmiş Milletler'in yukarıda izah edilen çabalarını destekleyecek ve geliştirecek adımlar atmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği Konseyi, 05.10.2016 tarihli ve 2016/1841 sayılı kararı ile Paris Anlaşması'nı onaylayarak yürürlüğe koymuştur[18]. Avrupa Komisyonu, Paris Anlaşması'nın yürürlüğe girmesini takiben 22.10.2016 tarihinde yayımladığı Sürdürülebilir Bir Avrupa Geleceği İçin Atılacak Adımlar *("Next Steps for a Sustainable European Future")* başlıklı bildiride[19], Avrupa Birliği'nin bundan sonra izleyeceği politikalarda ve gerçekleştireceği eylemlerde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nı ve bu belgenin temelini oluşturan Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ni esas alacağını belirtmiştir[20]. Keza Avrupa Birliği Konseyi, 20.06.2017 tarihli Konsey Sonuçları belgesinde[21] Avrupa Birliği'nin ve üye devletlerin, Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nı tam, tutarlı, kapsamlı ve etkili bir şekilde, ortaklar ve diğer paydaşlar ile yakın işbirliği içinde uygulayacağını taahhüt etmiştir[22].

Avrupa Birliği Konseyi, Paris Anlaşması'nı onaylayarak yürürlüğe koymasından yaklaşık iki ay sonra, 2016 yılının Aralık ayında, sürdürülebilir finans hakkında çalışma yapmak üzere Üst Düzey Uzmanlar Grubu'nu *("High Level Expert Group"/"HLEG")* kurmuştur. Konsey tarafından Üst Düzey Uzmanlar Grubu'nun kurulmasını nedeni, Paris Anlaşması'nın ve Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nın uygulanabilmesi için Avrupa Birliği'nde finansal sistemin tamamını kapsayacak bir dönüşüme ihtiyaç duyulmasıdır. Avrupa Birliği Konseyi sürdürülebilir bir finans stratejisi ortaya koymak amacıyla, Üst Düzey Uzmanlar Grubu'ndan yatırım zincirlerine ilişkin detaylı bir reform paketi hazırlamasını talep etmiştir.

---

kavramının ortaya çıkmasında etkili olan ve Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilirlik konusundaki güncel yaklaşımını ortaya koyan faaliyetlerle sınırlı tutulmuştur. Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilirlik ile ilgili diğer faaliyetleri için bkz. https://www.un.org/en/conferences/environment.

18 *Council Decision (EU) 2016/1841 of 5 October 2016 on the Conclusion, on Behalf of the European Union, of the Paris Agreement Adopted Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, OJ L. 282/1-18.

19 Bildiriye erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0739.

20 Bildiri, p. 1.2.

21 Konsey Sonuçları belgesine erişim için bkz. https://www.consilium.europa.eu/media/23989/st10370-en17.pdf.

22 Konsey Sonuçları belgesi, s. 6, p. 17.

Üst Düzey Uzmanlar Grubu, iki yıllık bir çalışmanın ardından 31.01.2018 tarihinde raporunu yayımlamıştır[23]. Raporda, sürdürülebilirliğin Avrupa Birliği'nin finans sistemi ile nasıl bütünleştirileceği, finansal sistemdeki istikrarın çevresel risklerden nasıl korunabileceği, fon akışının sürdürülebilir yatırıma ve büyümeye nasıl yönlendirilebileceği hakkında Avrupa Birliği Konseyi'ne önerilerde bulunulmuştur[24].

Avrupa Birliği Konseyi, Üst Düzey Uzmanlar Grubu'nun önerilerini dikkate alarak hazırladığı Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı başlıklı eylem planını *("Action Plan: Financing Sustainable Growth")* 08.03.2018 tarihinde açıklamıştır[25]. Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nın amacı; (1) sürdürülebilir ve kapsayıcı kalkınmanın gerçekleşmesi için fon akışının sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi, (2) iklim değişikliği, kaynakların azalması, çevresel bozulmalar ve sosyal konulardan kaynaklanan finansal risklerin yönetilmesi, (3) finansal ve ekonomik faaliyetlerde şeffaflığın ve uzun vadeci[26] anlayışın *("long-termism")* teşvik edilmesi olarak belirtilmiştir[27]. Ayrıca, sözü edilen amaçların gerçekleşmesi için yapılacak on adet eylem listelenmiştir[28].

Avrupa Birliği Konseyi, 11.12.2019 tarihinde yayımladığı Avrupa Yeşil Mutabakatı[29]'nda *("European Green Deal")*; Avrupa Birliği'nin, vatandaşlarının sağlık ve refah seviyesini artıracak, Avrupa'nın 2050 yılında iklim-

---

23 Rapora erişim için bkz. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf. Söz konusu rapor, çalışmanın devamında "Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu" olarak anılacaktır.

24 Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 95.

25 Eylem planına erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0097. Söz konusu eylem planı, çalışmanın devamında "Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı" olarak anılacaktır.

26 Uzun vadecilik, geniş bir zamana yayılmış finansal amaç ve sonuçları olan kararlar almaktır (Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1). Böylelikle, yakın vadedeki kazançlara değil, uzun vadede sonuç verecek stratejik hedeflere ve kazançlara odaklanılmaktadır (Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 10 ve s. 45). Çevresel, sosyal ve ekonomik boyutuyla (bkz. yuk. I-1) sürdürülebilirliğe ulaşmak yıllar alacağı için, "uzun vadecilik" ve "sürdürülebilirlik" daima birbirini desteklemektedir (Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1; Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 45; MOSLEIN Florian/SØRENSEN Karsten Engsig, "Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective", **CJEL**, Vol. 24, No. 2, 2018, s. 393).

27 Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1.

28 Bkz. aşa. III-1.

29 Avrupa Yeşil Mutabakatı, Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nın ve Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin uygulanmasını esas alan bir metindir (bkz. Avrupa Yeşil Mutabakatı, p. 1). Avrupa Yeşil Mutabakatı'na erişim için bkz. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/european-green-deal-communication_en.pdf.

nötr[30] bir kıta olmasını sağlayacak ve Avrupa'nın doğal kaynaklarını ve biyoçeşitliliğini koruyacak ve artıracak bir kalkınma stratejisi benimsediğini açıklamıştır[31]. Avrupa Yeşil Mutabakatı kapsamında belirtilen eylemler aracılığıyla ulaşım, enerji, sanayi, inşaat, finans, tarım dâhil olmak üzere Avrupa Birliği ekonomisini yeniden şekillendirilmesi ve her geçen yıl ivme kazanacak bir dönüşümün temellerinin atılması amaçlanmaktadır[32]. Avrupa Birliği ekonomisinin yeniden şekillenmesine rehberlik etmek üzere, Avrupa Komisyonu tarafından 14.01.2020 tarihinde Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı[33] *("European Green Deal Investment Plan")* yayımlanmıştır.

Avrupa Birliği, izleyeceği politikalarda ve gerçekleştireceği eylemlerde Paris Anlaşması'nı ve Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nı uygulamayı taahhüt ettiği için, 30.09.2015 tarihinde yayımlamış olduğu Sermaye Piyasaları Birliği'ne yönelik eylem planını güncellemek durumunda kalmış ve yeni eylem planını[34] *("Capital Markets Union for people and businesses-new action plan"/"CMU action plan")* 24.09.2020 tarihinde yayımlamıştır. Avrupa Birliği, Sermaye Piyasaları Birliği planını uygulayarak Avrupa Birliği bölgesi içinde yer alan sermaye piyasalarının tamamını bir çatı altında toplamayı hedeflemektedir. Böylece, yatırımcılar Avrupa Birliği sınırları içerisindeki ortaklıklara kolayca yatırım yapabilecek; benzer şekilde ortaklıklar da Avrupa Birliği sınırları içerisindeki yatırımcılardan fon toplayabileceklerdir[35]. Avrupa Birliği'nin, Sermaye Piyasaları Birliği'ni oluşturarak ulaşmak istediği hedeflerden biri de sermaye piyasalarının derinliğini artırarak sürdürülebilir projelere finansman sağlamak ve Avrupa Yeşil Mutabakatı kapsamında belirtilen eylemleri desteklemektir[36].

Avrupa Komisyonu, 21.04.2021 tarihinde yayımladığı Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi *("Directing Finance Towards the*

---

30 Avrupa Yeşil Mutabakatı'nın ana amacı Avrupa kıtasını 2050 yılında "iklim-nötr" bir kıta haline getirmektir (https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2050-long-term-strategy_en). "İklim-Nötr" hedefi hakkında bkz. yuk. dn. 16.

31 Avrupa Yeşil Mutabakatı, p. 1.

32 Avrupa Yeşil Mutabakatı, p. 2.1.

33 Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı'na erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0021.

34 Eylem planına erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A590%3AFIN. Söz konusu eylem planı, çalışmanın devamında "Sermaye Piyasaları Birliği'ne İlişkin Eylem Planı" olarak anılacaktır.

35 Sermaye Piyasaları Birliği'ne İlişkin Eylem Planı, p. 1.

36 Sermaye Piyasaları Birliği'ne İlişkin Eylem Planı, p. 1.2 ve p. 1.3.

European Green Deal") başlıklı bildiride[37], Avrupa Birliği Sınıflandırması *("EU Taxonomy")*, şirketlerin sürdürülebilirlik raporlama faaliyetleri, sürdürülebilirlik tercihleri ve güven ilişkisinden doğan sorumluluklar konularında yapılması planlanan hukuki değişiklikleri ve yenilikleri açıklamıştır.

Avrupa Komisyonu, 06.07.2021 tarihinde yayımladığı Sürdürülebilir Ekonomiye Geçişin Finansmanı *("Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy")* başlıklı strateji belgesinde[38], finansal sistemin sürdürülebilir ekonomiye geçişi tam olarak destekleyebilmesi için Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda belirtilen eylemlere ek olarak dört yeni eylem açıklanmıştır. Strateji Belgesi'nde sırasıyla; sürdürülebilir ekonomiye geçişte finans piyasasındaki aktörlere yeni araçların ve politikaların sunulması, bireysel yatırımcılar ile küçük ve orta büyüklükteki ortaklıkların sürdürülebilir finansa erişim sağlaması, finans sektörünün sürdürülebilirlik bakımından dayanıklılığının ve katkısının artırılması için "çift taraflı önemlilik perspektifi[39]"nin *("double materiality perspective")* kabulü ve sürdürülebilir finans için küresel çalışma isteğinin artırılması konularında yapılması planlanan eylemler açıklanmıştır[40].

2. Sürdürülebilir Finans Kavramı

Yukarıda bahsedilen faaliyetler esasen "sürdürülebilirlik" *("sustainability")* ve "sürdürülebilir kalkınma" *("sustainable development"/"sustainable growth")* kavramlarına dayanmaktadır. Dolayısıyla, sürdürülebilir finans kavramını incelemeden önce söz konusu kavramların açıklanması yararlı olacaktır.

Sürdürülebilirlik kavramı, günümüzden iki yüz yıl önce kullanılan bir kavram olsa da, ilk defa 1972 yılında Birleşmiş Milletler tarafından organize

---

37 Bildiriye erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52021DC0188. Söz konusu bildiri, çalışmanın devamında "Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi" olarak anılacaktır.

38 Strateji belgesine erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0390 (27.06.2022). Söz konusu strateji belgesi, çalışmanın devamında "Strateji Belgesi" olarak anılacaktır.

39 Çift taraflı önemlilik perspektifi, sürdürülebilirlik ile ilgili risklerin ortaklıkların faaliyetlerini nasıl etkilediğinin raporlanması *(dıştan içe raporlama/"outside-in report")* ile ortaklık yönetiminin, ortaklık faaliyetlerine ilişkin aldığı kararların insanları ve çevreyi nasıl etkilediğinin raporlanmasıdır *(içten dışa raporlama/"inside-out report")* (Strateji Belgesi, p. 3; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1806).

40 Strateji Belgesi, p. 1-4.

edilen İnsan Çevre Konferansı[41]'nda *("Conference on the Human Environment")* gündeme alınmıştır[42]. Sürdürülebilirlik kavramına ilişkin olarak öğretide çeşitli tanımlar yapılmaktadır[43]. Kanaatimizce, Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu'ndaki sürdürülebilirlik tanımına değinmek bu çalışma için yeterli olacaktır. Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu'na göre sürdürülebilirlik, ekonomik refahın; uzun süreli, sosyal açıdan daha kapsayıcı ve sınırlı kaynaklar ile doğal çevrenin tükenmesine daha az bağımlı hale getirilmesidir[44].

Sürdürülebilir kalkınma kavramı bakımından ise, Birleşmiş Milletler'ce görevlendirilen Çevre ve Kalkınma Komisyonu tarafından 04.08.1987 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan "Ortak Geleceğimiz" *("Our Common Future")* başlıklı raporda yer alan tanım, evrensel anlamda kabul edilmektedir[45]. Rapora göre sürdürülebilir kalkınma, gelecek nesillerin ihtiyaçlarından ödün verilmeden bugünün ihtiyaçlarının karşılanmasıdır[46]. Eklemek gerekir ki, sürdürülebilir kalkınma kavramı Türk hukukunda Çevre Kanunu[47]'nda da tanımlanmıştır. Kanun'a göre sürdürülebilir kalkınma, bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler[48] arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade etmektedir[49].

---

41 Konferansta alınan kararlar, "Stockholm Deklarasyonu"nda yayımlanmıştır. Stockholm Deklarasyonu'na erişim için bkz. https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972.

42 MOSLEIN Florian/SØRENSEN Karsten Engsig, "The Commission's Action Plan for Financing Sustainable Growth and Its Corporate Governance Implications", **ECLJ**, Vol. 15, No. 6, 2018, s. 221-222.

43 Öğretideki tanımlar için bkz. MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 223; SHEEHY Benedict, "Sustainability, Justice and Corporate Law: Redistributing Corporate Rights and Duties to Meet the Challenge of Sustainability", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 277-278; BIRKMOSE Hanne, "From Shareholder Rights to Shareholder Duties - A Transformation of EU Corporate Governance in a Sustainable Direction", **JIEL**, Vol. 5, No. 2, 2018, s. 71.

44 Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 3.

45 GEHRING, s. 142; PARK Stephen Kim, "Social Bonds for Sustainable Development: A Human Rights Perspective on Impact Investing", **BHRJ**, Vol. 3, No. 2, 2018, s. 236; MITTWOCH Anne-Christin/WETENKAMP Leah/BLEIER Annika, "Unternehmensrechtliche Nachhaltigkeit und ESG", **NJW**, H. 50, 2022, s. 3602; BECK Lukas, "Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht", **ZIP**, H. 30, 2022, s. 1471-1472.

46 Rapor, p. 27. Rapor' a erişim için bkz. http://www.un-documents.net/a42-427.htm.

47 RG. 11.08.1983, S. 18132.

48 Söz konusu hedefler, Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nda "sürdürülebilir kalkınmanın boyutları" olarak nitelendirilmektedir (bkz. yuk. I-1).

49 Çevre Kanunu m. 2.

Sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleşmesi, küresel boyutta önemli bir maliyete neden olmaktadır. Nitekim, Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nda belirtilen Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ne ulaşılması için gerekli olan sermayenin, kamu kaynaklarından karşılanamayacak kadar fazla olduğu tespit edilmiştir[50]. Örneğin Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü *("Organisation for Economic Co-operation and Development"/"OECD")* tarafından 2017 yılında yayımlanan raporda, 2016-2030 tarihleri arasındaki küresel kalkınma ihtiyacının karşılanması için yılda ortalama altı buçuk milyar Dolar tutarında "altyapı yatırımı" gerekmektedir[51]. Keza Uluslararası Enerji Ajansı *("International Energy Agency")*, küresel ısınmanın 2035 yılına kadar iki derecenin altında tutabilmesi için toplamda elli üç milyar Dolar enerji yatırımı yapılması gerektiğini belirtmiştir[52].

Bu durum karşısında, Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan sermayenin, kamu maliyesinin yanı sıra finans sektöründen de kaynak sağlanması suretiyle karşılanabileceği kabul edilmiştir[53]. Sürdürülebilir finans[54] kavramı, bu kabulden hareket edilerek, finansal

---

[50] Sermaye Piyasaları Birliği'ne İlişkin Eylem Planı, p. 1; Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 3; TAN Celine, "Private Investments, Public Goods: Regulating Markets for Sustainable Development", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 242 ve s. 246; PARK Stephen Kim, "Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution", **SJIL**, Vol. 54, No. 1, 2018, s. 3-4; MEZZANOTTE Félix, "The EU Policy on Sustainable Finance: A Discussion on the Design of Esg-Fit Suitability Requirements", **RBFL**, Vol. 40, 2020, s. 252; LENZI Diletta, "Corporate Social Bonds: A Legal Analysis", **ECFR,** Vol. 18, No. 2, 2021, s. 293; BERRADA Tony/ENGELHARDT Leonie/GIBSON Rajna/KRUEGER Philipp, "The Economics of Sustainability Linked Bonds", **ECGI**, Working Paper No: 820/2022, 2022, s. 1; LIN Lin/HONG Yanrong, "Developing a Green Bonds Market: Lessons from China", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 174; VAN OOSTRUM Chris, "Sustainability Through Transparency and Definitions: A Few Thoughts on Regulation (EU) 2019/2088 and Regulation (EU) 2020/852", **ECLJ**, Vol. 18, No. 1, 2021, s. 15.

[51] Rapor, s. 15. Rapor'a erişim için bkz. https://www.oecd-ilibrary.org/economics/investing-in-climate-investing-in-growth_9789264273528-en.

[52] SJAFJELL Beate, "Redefining the Corporation for a Sustainable New Economy", **JLS**, Vol. 45, No. 1, 2018, s. 44.

[53] Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri, Hedef No: 17.3 ve 17.17; Avrupa Yeşil Mutabakatı, p. 2.1.1; Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 3; Strateji Belgesi, giriş paragrafı; TAN, s. 242; MÖLLERS Thomas, "European Green Deal: Greenwashing and the Forgotten Good Corporate Citizen as an Investor", **CJEL**, Vol. 28, No. 2, 2022, s. 206; CHIU Iris, "The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 87.

[54] Bazı kaynaklarda "sürdürülebilir finans" kavramı yerine "yeşil finans" kavramı kullanılmaktadır (bkz. Komisyon Tavsiye Kararları, s. 13; ARRIBA-SELLIER Nathan, "Turning Gold Into Green: Green Finance in the Mandate of European Financial Supervision", **CMLR**, Vol. 58, No. 4, 2021, s. 1098). "Sürdürülebilir finans" ve "yeşil finans" kavramlarının birbiri yerine kullanılmasının belirsizlik yarattığı yönünde bkz. LENZI, s. 293, dn. 3.

piyasalardaki uygulamalarda, ürünlerde, politikalarda çevresel[55], sosyal[56] ve yönetimsel[57] (ÇSY) *("enviromental, social, governance"/"ESG")* faktörlerin dikkate alınması şeklinde tanımlanmaktadır[58]. Finansal piyasalarda yatırım kararları verilirken çevresel, sosyal ve yönetimsel faktörlerin dikkate alınması sağlanarak, sermayenin (fonun) uzun vadeli ve sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi hedeflenmektedir[59]. Nitekim, Türkiye'nin ve Avrupa Birliği'nin taraf olduğu Paris Anlaşması'nın amaçları arasında, düşük emisyonlu ve iklim dirençli kalkınma yolunda *finans akışının istikrarlı hale getirilmesi*[60] yer almaktadır[61]. Benzer şekilde İklim Şûrası'nda, finans sektö-

---

55 Çevresel faktörler arasında; iklim değişikliği, karbon emisyonu, çevre kirliliği, enerji etkinliği, atık yönetimi, biyolojik çeşitlilik, ormanların yok edilmesi ve su kıtlığı gibi konular bulunmaktadır (GARY Susan, "Best Interests in the Long Term: Fiduciary Duties and ESG Integration", **UCLR**, Vol. 90, No. 3, 2019, s. 734, dn. 3).

56 Sosyal faktörler arasında; insan hakları, işçilerin çalışma koşulları, işçilerin iş yeri yönetimine katılması, cinsiyet çeşitliliği, halkla ilişkiler, çocuk işçiler, modern kölelik gibi konular bulunmaktadır (GARY, s. 734, dn. 3).

57 Yönetimsel faktörler arasında; ortaklık yönetiminde cinsiyet eşitliği, ortaklıklarda yöneticilere ödenen ücretler, pay sahipleri ve diğer menfaat grupları için denetleme ve şeffaflık, ortaklıkların rüşvet ve yolsuzluk politikaları, lobi faaliyetleri, politik eylemler gibi konular bulunmaktadır (GARY, s. 734, dn. 3).

58 Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 9; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1; LENZI, s. 293; BIRKMOSE, s. 71; VAN OOSTRUM, s. 15. Çevresel, sosyal ve yönetimsel faktörlerin böylesine geniş bir kapsamda ele alınmasının nedeni, sürdürülebilir finansa geçişin tek seferde değil de bir sürece dayalı olarak gerçekleşecek olmasıdır (Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, p. 4).

59 Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 9; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1. Sürdürülebilir finans ile birlikte, sürdürülebilir projelere aktarılan fon miktarları artış göstermiştir. Örneğin, ABD'de 1995 yılında sürdürülebilir projelere altı yüz otuz dokuz milyar Dolar aktarılmışken; bu tutar 2020 yılında on altı buçuk trilyon Dolar'a çıkmıştır (MYERS Colin/CZARNEZKI Jason, "Sustainable Business Law? The Key Role of Corporate Governance and Finance", **EL**, Vol. 51, No. 4, 2021, s. 1028). Keza Avrupa Birliği, Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı'na göre sürdürülebilir projelere bir trilyon Euro aktarmayı hedeflemektedir (Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 1).

Sürdürülebilir finansın, sürdürülebilir projelerin fonlanmasından başka faydaları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, finansal sistemin kısa vadeli durağanlıktan, uzun vadeli değer yaratmaya yönlendirilmesidir (Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 9; GEHRING, s. 139). İkincisi, sürdürülebilir finans piyasalardaki fon akışının yönünü değiştirdiği için sürdürülebilir finansı benimseyen ekonomilerin diğerlerine kıyasla güçlenmesidir (Sermaye Piyasaları Birliği'ne İlişkin Eylem Planı, p. 1). Üçüncüsü, çevresel, iklimsel sorunların finansal sistem için yaratması muhtemel sistemik riskin engellenmesidir [PARK Stephen Kim, "Green Bonds and Beyond: Debt Financing as a Sustainability Driver", **Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability (Ed. SJÅFJELL, Beate/BRUNER, Christopher)**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, ch. 42, s. 8].

60 Sürdürülebilir finansın, Paris Anlaşması'ndan sonra küresel anlamda ivme kazandığı yönünde bkz. ARRIBA-SELLIER, s. 1124.

ründeki faaliyetlerde çevresel, sosyal ve yönetimsel konuların göz önünde bulundurulmasına yönelik tavsiye kararlar alınmıştır[62].

3. Sürdürülebilir Finans Kavramı ile İlgili Türkiye'deki Çabalar

Türkiye'nin 2019-2023 yıllarını kapsayacak şekilde hazırlanan On Birinci Kalkınma Planı[63]'nın hedef ve politikaları, sürdürülebilirlik anlayışı ile hazırlanmıştır. On Birinci Kalkınma Planı'nda istikrarlı ve sürdürülebilir bir ekonomik büyüme ile Türkiye'nin rekabet gücünün ve refah seviyesinin artırılması hedeflenmektedir[64].

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 02.10.2020 tarihinde yayımlanan Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliği[65] (II-17.1.a) ile, Kurumsal Yönetim Tebliği'ne sürdürülebilirliğe ilişkin hükümler eklenmiş ve kurumsal yönetim ilkelerine tabi halka açık ortaklıklar[66] aynı zamanda "sürdürülebilirlik ilkelerine" tabi tutulmuştur.

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 12.03.2021 tarihinde yayımlanan Ekonomi Reformları Eylem Planı[67]'nda, "cari açık" başlığı altında "sanayide yeşil dönüşümü destekleyecek eylemler"; "finansal sektör" başlığı altında ise "sermaye piyasalarının güçlendirilmesine ilişkin eylemler" açıklanmıştır. Sanayide yeşil dönüşümü destekleyecek eylemler arasında Ulusal Döngüsel Ekonomi Eylem Planı'nın hazırlanması, yeşil finansmanın gelişimini sağlayacak ekosistemin güçlendirilmesi ve uluslararası yeşil finansmandan ülkemizin alacağı payın artırılması için çalışmalar yürütülmesi bulunmaktadır[68].

---

61 Paris Anlaşması m. 2/1-c. Paris Anlaşması'nda belirtilen finans akışının kamu maliyesi ile sınırlı olmadığı, aynı zamanda özel sektörden sağlanacak finansmanı da kapsadığı yönünde bkz. ARRIBA-SELLIER, s. 1098.

62 Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 113, 114, 115, 117 ve 118.

63 RG. 23.07.2019, S. 30840.

64 On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), s. 26, p. 164.

65 RG. 02.10.2020, S. 31262.

66 a) Payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar, b) Payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem gören ortaklıklar, c) Paylarının ilk defa halka arz edilmesi ve/veya borsada işlem görmeye başlaması için Kurula başvuran/başvurulan ortaklıklardan; payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem görecek olanlar ve ç) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar'a göre dışarıda yerleşik sayılan ortaklıklar Kurumsal Yönetim Tebliği'nde belirtilen kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin hükümlere tabi değildir (Kurumsal Yönetim Tebliği m. 1/2).

67 Ekonomi Reformları Eylem Planı'na erişim için bkz. https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomi-Reform-Takvimi.pdf.

68 Ekonomi Reformları Eylem Planı, s. 24-25.

Sermaye piyasalarının güçlendirilmesine ilişkin eylemler arasında ise, çevreye duyarlı yatırımların finansmanı amacıyla uluslararası standartlarla uyumlu bir rehber hazırlanarak, yeşil tahvil ve sukuk ihraçlarının teşvik edilmesi yer almaktadır[69].

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından 21-25.02.2022 tarihlerinde Türkiye'nin ilk İklim Şûrası gerçekleştirilmiştir[70]. İklim Şûrası, Türkiye'nin yeni iklim değişikliği vizyonunu gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde ele alarak, yeşil dönüşüm anlayışını katılımcı bir şekilde ortaya koymak amacıyla oluşturulmuştur. İklim Şûrası'nda, İklim Kanunu taslağı ve diğer düzenlemeler için politika önerilerinin geliştirilmesi, sera gazı emisyonlarının azaltılması ve iklim değişikliğine uyum bağlamındaki sektörlerin stratejik hedefleri ile kurumların öncelikli eylemlerinin belirlenmesi için Komisyon Tavsiye Kararları alınmıştır[71]. Komisyon Tavsiye Kararları'nda toplamda iki yüz on yedi adet tavsiye kararı bulunmaktadır. Söz konusu tavsiye kararlarının on bir tanesi yeşil finansmanla ilgilidir[72].

II. SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS VE ORTAKLIKLAR HUKUKU

1. Genel Olarak

Sürdürülebilir finans, sürdürülebilirlik ve finans piyasalarının hukuki zeminde bir araya getirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Söz konusu ihtiyaç birkaç nedene dayanmaktadır. Bunlardan ilki, finans piyasalarında sürdürülebilir finans hakkında hukuki öngörülebilirlik sağlamaktır. Sürdürülebilir finansın tutarlı ve anlaşılır bir hukuki çerçeveye yerleştirilmesi, sermayenin sürdürülebilir projelere yönlendirilmesinde herkes için geçerli ve ortak bir anlam üzerinden hareket edilmesini sağlayacaktır[73]. Böylelikle, finans piya-

---

69 Ekonomi Reformları Eylem Planı, s. 15.

70 İklim Şûrası, Çevre ve Şehircilik Şûrası ile Çalışma Gruplarının Oluşumu ve Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG. 05.09.2012, S. 28402) hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir.

71 Komisyon Tavsiye Kararları'na erişim için bkz. https://iklimsurasi.gov.tr/public/images/sonucbildirgesi.pdf.

72 Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 111-121.

73 Strateji Belgesi, giriş paragrafı; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1; Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 15. Gerçekten de, piyasalarda sürdürülebilirlik ile ilgili farklı terimler *("sustainable investing"*, *"ethical investing"*, *"impact investing"*, *"responsible investing"* gibi) kullanılmakta ve bu durum bir karmaşa yaratmaktadır (VAN OOSTRUM, s. 16; MYERS/CZARNEZKI, s. 996).

salarının sürdürülebilirliğe geçişi için müşterek bir yol haritası oluşturulması amaçlanmaktadır[74].

İkincisi, finans piyasalarından sürdürülebilir projelere fon aktarılabilmesi ancak hukuki düzenlemelerle desteklenmiş finans piyasalarıyla mümkündür[75]. Kanun koyucunun sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemeler öngörürken izleyeceği politika, yatırımcı ve ihraççıları bu alana teşvik etmeli ve onlara gerekli finansal altyapıyı sunmalıdır[76]. Aksi halde yatırımcıların ve ihraççıların çoğunluğunun, ekonomik çıkarlarını düşünmeye devam edeceği değerlendirilmektedir[77].

Üçüncüsü, sürdürülebilir finansın hukuki bir çerçeveye oturtulması, yatırımcılara güven verecektir. Yatırımcılar, tasarruflarını kendilerini güvende hissettikleri piyasalara emanet etmek, diğer bir ifadeyle güven duydukları piyasalarda yatırım yapmak isterler. Sürdürülebilir projelere ihtiyaç duyulan sermayenin sağlanabilmesi için yatırımcıların öncelikle hukuken korunduklarını hissetmeleri gerekmektedir[78].

Dördüncüsü, finansal piyasaları ilgilendiren mevcut düzenlemelerin önemli bir kısmı sürdürülebilirliği destekleyecek nitelikte değildir[79]. Örneğin, ortaklıklarının ekonomik (ticarî) bir amaca erişmek için kurulması[80]; ortaklıkların denetiminin, ortaklığın malvarlıksal ve finansal durumuna ilişkin olarak yapılması[81]; yatırım hizmet ve faaliyetleri kapsamında sunulan yatırım danışmanlığı faaliyeti öncesinde müşterilere uygulanan yerindelik testinin asgari içeriğinin[82] müşterinin kazanç/kayıp tercihine odaklı olması göstermektedir ki, ortaklıklar hukuku ile sermaye piyasası hukukundaki bazı

---

74 Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, giriş paragrafı.

75 Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, giriş paragrafı.

76 LIN/HONG, s. 148; GEHRING, s. 145.

77 BIRKMOSE, s. 85.

78 LIN/HONG, s. 176.

79 SHEEHY, s. 274; SJAFJELL Beate, "How Company Law Has Failed Human Rights - And What to Do About It", **UOFLS**, Research Paper Series No. 2020-07, 2020, s. 3.

80 Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) (RG. 14.02.2011, S. 27846) m. 211/1, m. 304/1, m. 331, m. 573/3. Ortaklara para ile ölçülebilir bir fayda sağlanması hedeflendiği için ortaklıklarda ekonomik amacın varlığından söz edilmektedir (KENDİGELEN Abuzer/KIRCA İsmail, **Şirketler Hukuku Cilt I: Giriş Adi Şirket Ticaret Şirketleri Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 12; POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, B. 15, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 28).

81 Bkz. TTK m. 398.

82 Yerindelik testine ilişkin asgari içeriğe erişim için bkz. https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1090.

kurumlar ve uygulamalar sürdürülebilirliğe -ve dolayısıyla kamu yararına- fon akışı sağlamaya yönelik değildir[83].

2. Sürdürülebilir Finansta Ortaklıklar Hukukuna Odaklanılmasının Nedenleri

A. Hukukun Diğer Dallarındaki Mevcut Düzenlemelerin Sürdürülebilir Finansa Yönelik Olmaması

Sürdürülebilirlik; çevre hukuku, iş hukuku, ceza hukuku, anayasa hukuku, uluslararası kamu hukuku, insan hakları hukuku başta olmak üzere hukukun birçok alanında yer almaktadır. Örneğin, Anayasa[84]'nın 56. maddesine göre; *"herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir"*. Keza, Türk Ceza Kanunu[85]'nun amaçlarından biri de *"kamu sağlığını ve çevreyi korumak"*tır[86]. Ancak söz konusu düzenlemeler sürdürülebilirliğin finansmanına yönelik değildir. Bu yüzden, ortaklıklar sürdürülebilir finans ile ilgili çalışmalara dâhil edilmiştir[87].

B. Ortaklıkların Sürdürülebilirlikle İlgili Sorunların Kaynağı Olması

Ortaklıkların, sürdürülebilir kalkınma ile aşılması amaçlanan sorunların kaynağı olduğu vurgulanmaktadır[88]. Gerçekten de, sanayi devrimi ile yeni buluşların üretimdeki etkisi keşfedilmiş ve sanayide makineleşmeye geçilmiştir. Üretimde makinelerin gücünden yararlanma isteği, büyük miktarda sermayenin bir araya getirilmesi ihtiyacını doğurmuş ve bu yüzden 19. yüzyılda yatırımcılar tarafından en çok tercih edilen hukuki araç "ortaklıklar" olmuştur.

---

83 SHEEHY, s. 274; CHIU, s. 91; MIGLIONICO Andrea, "The Use of Technology in Corporate Management and Reporting of Climate‑Related Risks", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 131.

84 RG. 09.11.1982, S. 17863.

85 RG. 12.10.2004, S. 25611.

86 Türk Ceza Kanunu m. 1.

87 MOSLEIN/SØRENSEN, 2018b, s. 451. Öğretide, ortaklıkların sürdürülebilir finansta önemli bir role sahip olduğu belirtilmektedir (SJAFJELL, 2020, s. 3; STRAMPELLI Giovanni, "Can Blackrock Save the Planet? The Institutional Investors' Role in Stakeholder Capitalism", **HBLRO**, Vol. 11, 2021, s. 7). Sürdürülebilir finanstan önce, sürdürülebilirlik yaklaşımında ortaklıklara yeteri kadar rol/sorumluluk verilmediği yönünde bkz. SJAFJELL Beate, "Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business", **ECFR**, Vol. 18, No. 2, 2021, s. 202-203.

88 SJAFJELL, 2018, s. 36; LOPUCKI Lynn, "Repurposing the Corporation Through Stakeholder Markets", **UCDLR**, Vol. 55, No. 3, 2022, s. 1447.

Ortaklıkların, sanayi devriminden günümüze kadar geçen dönemde mal ve hizmet üretiminde kullandıkları fosil yakıt miktarı, dünya genelinde kullanılan fosil yakıtların tamamı içerisinde en büyük paya sahiptir[89]. Hal böyle olunca ortaklıklar, çevresel sorunlar başta olmak üzere sürdürülebilirlikle ilgili birçok konuda problemin kaynağı olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla söz konusu sorunların aşılmasında ortaklıkların sorumluluk almaları gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum "kirleten öder prensibi" *("polluter pay principle")* olarak adlandırılmaktadır[90].

C. Ortaklıkların Ekonomik Gücü

Ortaklıkların sahip oldukları ekonomik güç, ortaklıkların sürdürülebilir finansın merkezine alınması nedenlerinden bir diğeridir. Sürdürülebilir kalkınmanın tartışıldığı ilk dönemlerde sürdürülebilirliğin devletler (kamu maliyesi) aracılığıyla gerçekleştirilmesi düşünülmüş, ancak devletlerin ekonomik gücünün sürdürülebilirliğin sağlanmasında yeterli olmayacağı fark edilerek[91] ortaklıkların sürdürülebilir eylemlere yönlendirilerek sürdürülebilir kalkınmayı desteklemesi kararlaştırılmıştır[92]. Gerçekten de yapılan araştırmalara göre, dünyanın en büyük 100 ekonomik biriminin 49 tanesi devlet, 51 tanesi ise ortaklıktır[93].

D. Ortaklıkların Sürdürülebilirlikle İlgili Sorunlardan Kaynaklanan Risklere Maruz Kalması

Sürdürülebilir finansta ortaklıklara odaklanılması nedenlerinden bir diğeri de, sürdürülebilir kalkınma ile çözülmesi hedeflenen sorunların, aynı zamanda ortaklıkları -ve dolayısıyla pay sahipleri ile ortaklıkla ilgili diğer menfaat gruplarını- ekonomik olarak etkilemesidir. Ortaklıklar, sürdürülebi-

---

89 SHEEHY, s. 274-275; MCDONNELL Brett/OSOFSKY Hari/PEEL Jacqueline/FOERSTER Anita, "Green Boardrooms?", **CLR**, Vol. 53, No. 2, 2021, s. 348. Nitekim, Lahey Bölge Mahkemesi *("Hague District Court")* 26.05.2021 tarihli *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell Public Limited Company (Shell PLC)* kararında, yüz altmış ülkede bin yüz ortaklık ile hizmet veren *Shell PLC*'nin dünya genelindeki fosil yakıt tüketiminde ana oyunculardan biri olduğunu, hatta bir ortaklık olarak sera gazı emisyonunun artmasında dünyadaki bazı ülkelere kıyasla daha fazla paya sahip olduğunu belirtmiştir (Karar No: C/09/571932/HA ZA 19-379, p. 4.4.16).

90 SJAFJELL, 2018, s. 43.

91 Bkz. yuk. I-2.

92 SHEEHY, s. 275. Böylelikle, sürdürülebilir kalkınmanın finanse edilememesi riski kamu ve özel sektör arasında paylaştırılmaktadır (Strateji Belgesi, p. 2).

93 PASLI Ali, "Kurumsal Yönetim", **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 227.

lir kalkınma ile aşılması hedeflenen sorunlarla bağlantılı çeşitli finansal risklere maruz kalmaktadır.

Ortaklıkların karşılaşabilecekleri risklerden ilki *fiziksel risk*tir. Gerçekten de, doğal afetler (fırtına, yangın, sel ve kuraklık gibi) ve değişen iklim koşullarının neden olduğu diğer sorunlar (deniz seviyelerinin yükselmesi, toprak ve okyanusların asitlenmesi, kirlilik, biyoçeşitliliğin azalması gibi) ortaklıkların sahip olduğu varlıkların değerlerini, piyasaya arz ettikleri mal ve hizmetlerin maliyetini ve fiyatını, ortaklık bünyesinde çalışan işçilerin verimliliğini etkilemektedir[94].

İkincisi, sürdürülebilirliğe geçişte *uyum sağlayamama riski*dir[95]. Sürdürülebilir kalkınma, alışılmış (klasik) bazı üretim-tüketim faaliyetlerini değiştirmektedir. Örneğin, Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nden biri de ulaşımda fosil yakıt yerine elektriğin kullanılmasıdır[96]. Bu durum enerji ve hammadde kullanımında bir takım değişikleri beraberinde getirecektir. Ortaklıkların söz konusu değişikliklere uyum sağlayamaması -otomobil üreticisi bir ortaklığın, hâla fosil yakıt tüketen otomobiller üretmesi-, ortaklıklarca üretilen mal ve hizmetlerin müşteriler tarafından tercih edilmemesine ve dolayısıyla söz konusu ortaklıkların kazançlarının azalmasına -veya zarar etmelerine- yol açacaktır[97]. Bu durumda ortaklıklar pay sahiplerine kâr dağıtamayacak ve/veya kredi kuruluşlarına borçlarını ödeyemez duruma geleceklerdir.

Üçüncüsü, ortaklıkların sürdürülebilir nitelikte olmayan eylemleri nedeniyle *hukuki sorumluluk riski* ile karşı karşıya olmasıdır[98]. Ortaklıklar, yürüttükleri faaliyetler neticesinde çevresel zarara neden olduklarında, tazminat davaları ile karşılaşmaktadırlar[99]. Özellikle son zamanlarda sürdürülebilir

---

[94] ALEXANDER Kern, "Banking Regulation and Environmental Sustainability", **AC**, No. 104, 2015, s. 3. Örneğin, deniz seviyelerinin yükselmesi turizm faaliyetinde bulunan ortaklıkları; aşırı yağış, tarımsal ürün üreten ortaklıkları etkilemektedir. Ortaklıkların maruz kaldıkları risklerin artması ise sigortacılık faaliyetinde bulunan ortaklıkları etkilemektedir (ARRIBA-SELLIER, s. 1132).

[95] ALEXANDER, s. 3.

[96] Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri, Hedef No: 7.a ve 11.2.

[97] ARRIBA-SELLIER, s. 1133-1134.

[98] ALEXANDER, s. 3.

[99] Örneğin, *BP Exploration & Production Incorporated* şirketi 20.04.2010 tarihinde Meksika Körfezi'nde petrol arama faaliyetinde bulunurken petrol sızıntısı sorununa neden olmuştur. Tarihin en büyük çevre felaketlerinden biri olarak nitelendirilen sızıntıda, dört milyon varil petrolün Meksika Körfezi'ne karıştığı ifade edilmektedir (https://www.epa.gov/enforcement/deepwater-horizon-bp-gulf-mexico-oil-spill). *BP Exploration & Production Incorporated* şir-

olmayan faaliyetleri nedeniyle ortaklıklara karşı açılan davalarda artış gözlemlenmektedir[100]. Belirtmek gerekir ki, ABD'de 2000'li yılların başında ortaklıklara karşı açılan davaların, çevreye verilen zararlarda ortaklıkların paylarının tespitinde yaşanan zorluklar nedeniyle reddedildiği; günümüz teknolojisinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak ortaklıkların çevreye verdikleri zararın tespitinin kolaylaştığı ve ortaklıkların söz konusu davaları artık kaybetmeye başladığı ifade edilmektedir[101]. Nitekim sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemeler, ortaklıkların sürdürülebilirlik konusunda bilinçli davranmasını sağlayarak, onların sürdürülebilir olmayan eylemlerde bulunmasını (zararın meydana gelmesini) engellemeyi amaçlamaktadır[102]. Böylelikle, telafisi zor ve zaman alan çevresel zararlar ortaya çıkmadan önlenmektedir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN SÜRDÜRÜLEBİLİR FİNANS DÜZENLEMELERİ

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği, Paris Anlaşması'nı ve Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Ajandası'nı uygulamak için hazırladığı Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda üç tane amaç açıklamıştır. Bu amaçlar;

(1) Sürdürülebilir ve kapsayıcı kalkınmanın gerçekleşmesi için sermaye (fon) akışının sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi,

(2) İklim değişikliği, kaynakların azalması, çevresel bozulmalar ve sosyal konulardan kaynaklanan finansal risklerin yönetilmesi,

(3) Finansal ve ekonomik faaliyetlerde şeffaflığın ve uzun vadeciliğin teşvik edilmesi olarak belirtilmiştir[103].

Ayrıca, Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda belirtilen üç amaca erişmek için yapılması planlanan on adet eylem aynı belgede listelenmiştir. Buna göre, ilk amacın gerçekleştirilebilmesi için;

---

keti söz konusu zarar nedeniyle toplamda 53.8 milyar Dolar tazminat ve idari para cezası ödemek zorunda kalmıştır (https://www.reuters.com/article/us-bp-gulfmexico-settlement-idUSKCN0PC1BW20150702).

[100] SJAFJELL, 2021, s. 217; MCDONNELL ve diğ., s. 338; SHEEHY, s. 287.

[101] FOERSTER Anita, "Climate Justice and Corporations", **KLJ**, Vol. 30, No. 2, 2019, s. 308, 309 ve 313.

[102] FOERSTER, s. 307.

[103] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1.

- Sürdürülebilir eylemler için ortak bir sınıflandırma sistemi kurulması (1 No.lu Eylem),
- Sürdürülebilir finans ürünleri için standartlar ve etiketlerin belirlenmesi (2 No.lu Eylem),
- Sürdürülebilir projelere yatırımın teşvik edilmesi (3 No.lu Eylem),
- Yatırım danışmanlığı faaliyetinde müşterinin sürdürülebilirlik tercihlerinin dikkate alınması (4 No.lu Eylem),
- Sürdürülebilirlik göstergelerinin geliştirilmesi (5 No.lu Eylem) planlanmıştır[104].

İkinci amaca ulaşılabilmesi için;

- Sürdürülebilirliğin kredi derecelendirmesi faaliyetine dâhil edilmesi (6 No.lu Eylem),
- Kurumsal yatırımcıların ve portföy yönetim şirketlerinin, yatırım kararı verirken sürdürülebilirlik faktörlerini ve risklerini dikkate alması için sorumluluklarının yeniden düzenlenmesi (7 No.lu Eylem),
- Bankaların ve sigortacılık faaliyetinde bulunan ortaklıkların sürdürülebilir olmayan eylemler nedeniyle maruz kaldıkları risklerin ihtiyatlılık düzenlemeleri içerisinde değerlendirilmesi (8 No.lu Eylem) planlanmıştır[105].

Üçüncü amaca ulaşılabilmesi için;

- Sürdürülebilirliğe ilişkin açıklama ve muhasebe standartlarının güçlendirilmesi (9 No.lu Eylem),
- Sermaye piyasalarında sürdürülebilir kurumsal yönetimin teşvik edilmesi ve kısa vadeciliğin azaltılması (10 No.lu Eylem) planlanmıştır[106].

2. Düzenlemeler

A. Sürdürülebilirliğin Sınıflandırılmasına İlişkin Düzenlemeler

Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda belirtilen eylemleri gerçekleştirmek için Avrupa Birliği'nde yürürlüğe konan - ve yürürlüğe konması planlanan- hukuki düzenlemeler üç ana başlık altında

---

[104] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.

[105] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 3.

[106] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 4.

toplanmaktadır[107]. Bunlardan ilki, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin tespitine ilişkin sınıflandırma sisteminin açıklandığı düzenlemelerdir.

a. Sürdürülebilir Ekonomik Faaliyetlerin Tespiti: Sürdürülebilirliğin Sınıflandırılması

Avrupa Birliği finans sistemi ile sürdürülebilirliği bütünleştirmek için bir takım önerilerin sunulduğu Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu'ndaki ilk öneri, sürdürülebilirliğe ilişkin teknik bir sınıflandırma sisteminin kurulmasıdır. Sınıflandırma sistemi sayesinde, finans piyasalarında "sürdürülebilirlik" ile neyin kast edildiği sorusuna bir açıklık getirilmesi amaçlanmaktadır. Keza, Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda sermayenin sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere kanalize edilebilmesi için sürdürülebilirlik konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşılması gerektiği; sınıflandırma sistemi ile sürdürülebilirliği destekleyen ekonomik faaliyetlerin açıklığa kavuşacağı ifade edilmiştir[108].

Sınıflandırma sisteminde, sürdürülebilir kalkınmaya katkı sağlayan yatırımların ve finansal ürünlerin belirlenmesinde aranan koşullar ortaya konulmaktadır. Böylelikle, sermayenin sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunan varlıklara yönlendirilmesi; finansal ürünler, etiketler ve standartlar arasında kıyaslamanın yapılabilmesi; piyasa katılımcılarının daha güvenli ve kolay bir şekilde sürdürülebilirliğe yatırım yapması hedeflenmektedir[109].

Sürdürülebilirliğe ilişkin sınıflandırma sisteminin kurulması, Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda belirtilen on adet eylem içerisindeki en önemli ve en acil eylem olarak nitelendirilmektedir[110]. Sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemelerde, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin tespitine yönelik bir sınıflandırma sisteminin kurulmasına öncelik verilmesinin nedeni, sürdürülebilir finansla ilgili diğer hukuki düzenlemelerin sınıflandırma sistemi üzerine kurgulanması, başka bir deyişle sınıflandırma sisteminin diğer hukuki düzenlemelerin dayanak noktası olmasıdır[111].

---

[107] Bkz. Strateji Belgesi, giriş paragrafı; VAN OOSTRUM, s. 16.

[108] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1.

[109] Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 15.

[110] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1.

[111] ZETZSCHE Dirk/ANKER-SØRENSEN Linn, "Regulating Sustainable Finance in the Dark", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 50. Nitekim, AB hukukundaki sürdürülebilir finans düzenlemelerinin adeta tek bir düzenleyici metnin içerisinde yer aldığı izlenimini uyandıracak şekilde birbiriyle uyumlu olduğu ifade edilmektedir (ARRIBA-SELLIER, s. 1100).

b. 2020/852 Sayılı Avrupa Birliği Sınıflandırma Tüzüğü'nün Genel Özellikleri

Avrupa Birliği, 18.06.2020 tarihinde, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin tespit edilmesine ilişkin koşulları gösteren 2020/852 sayılı Sürdürülebilir Yatırımların Hızlandırılmasına İlişkin Çerçevenin Oluşturulması ve 2019/2088 sayılı AB Tüzüğü'nde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Tüzüğü[112] *(Sınıflandırma Tüzüğü/"Taxonomy Regulation")* kabul etmiştir.

Avrupa Komisyonu, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin belirlenmesine ilişkin sınıflandırma sisteminin geliştirilmesinin karmaşık ve teknik bir konu olması nedeniyle, sınıflandırma sistemini oluştururken adım adım ilerlemeyi tercih etmiştir[113]. Sınıflandırma Tüzüğü'nde ilk olarak, "çevresel" amaçlara katkı sağlayan, başka bir deyişle "çevresel bakımdan sürdürülebilir" nitelikte olan ekonomik faaliyetlerin belirlenmesine ilişkin koşullar ele alınmıştır[114]. Nitekim Sınıflandırma Tüzüğü'nün konusu, "bir yatırımın çevresel bakımdan sürdürülebilir olma derecesini belirlemek amacıyla, bir ekonomik faaliyetin çevresel sürdürülebilir olarak nitelendirilmesine ilişkin koşulların ortaya koyulması" şeklinde ifade edilmiştir[115].

Sınıflandırma Tüzüğü, ortaklıklardan ve finansal ürünlerden ziyade yatırım yapılması planlanan ekonomik faaliyetleri kapsayan bir düzenlemedir[116]. Bu durum, sürdürülebilir finans ile ulaşılmak istenen hedefle uyumludur;

---

[112] *Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the Establishment of a Framework to Facilitate Sustainable Investment, and Amending Regulation (EU) 2019/2088*, OJ L. 198/13-44, 22.06.2020. Söz konusu tüzük, çalışmanın devamında "Sınıflandırma Tüzüğü" olarak anılacaktır. Sınıflandırma Tüzüğü'ne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0852.

[113] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1. Sınıflandırma sistemi oluşturulurken izlenecek olan konu sırası için bkz. Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 18.

"Sosyal" amaçlara katkı sağlayan ekonomik faaliyetlerin tespit edilmesine ilişkin çalışmalar devam etmektedir (CHIU, s. 97; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/finance-events-210226-presentation-social-taxonomy_en.pdf).

[114] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1; Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 6.

[115] Sınıflandırma Tüzüğü m. 1/1.

[116] MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 224. Belirtmek gerekir ki, Sınıflandırma Tüzüğü'nde ekonomik faaliyetlerin sınıflandırılmasının yanı sıra piyasa katılımcılarının, faaliyetlerinin sürdürülebilirlikle ilişkisi hakkında bilgi verme yükümlülüklerini açıklayan kurallar da bulunmaktadır. Bunun nedeni, Sınıflandırma Tüzüğü ile diğer AB düzenlemeleri arasında uyum sağlamaktır (Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 19, m. 36 ve m. 55). Sınıflandırma Tüzüğü'nde esasen sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin tespitine yönelik kurallar bulunduğu için diğer kurallar çalışmanın devamında incelenecektir (bkz. aşa. III-2-B-a ve III-2-B-b).

çünkü sürdürülebilir finansta, finansal piyasalarda yatırım kararı verilirken çevresel, sosyal ve yönetimsel faktörlerin dikkate alınması sağlanarak, sermayenin (fonun) uzun vadeli ve sürdürülebilir yatırımlara (ekonomik faaliyetlere) kanalize edilmesi hedeflenmektedir[117].

Sınıflandırma Tüzüğü'ne göre, bir ekonomik faaliyetin çevresel bakımdan sürdürülebilir olarak kabul edilebilmesi için aşağıda açıklanan dört koşulu kümülatif şekilde sağlaması gerekmektedir[118]:

1) Sınıflandırma Tüzüğü m. 9'da belirtilen çevresel amaçlardan[119] en az bir tanesine katkı sağlaması[120] (Sınıflandırma Tüzüğü m. 3-a),
2) Sınıflandırma Tüzüğü m. 9'da belirtilen diğer çevresel amaçlara önemli ölçüde zarar vermemesi[121] (Sınıflandırma Tüzüğü m. 3-b),
3) Sınıflandırma Tüzüğü m. 18'de belirtilen asgari güvenceler[122] ile uyumlu bir şekilde icra edilmesi (Sınıflandırma Tüzüğü m. 3-c),

---

[117] Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 9; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1.

[118] Sınıflandırma Tüzüğü m. 3.

[119] Sınıflandırma Tüzüğü m. 9'da açıklanan çevresel amaçlar sırasıyla; (a) iklim değişikliğinin azaltılması, (b) iklim değişikliğine uyum, (c) su ve deniz kaynaklarının sürdürülebilir şekilde kullanımı ve korunması, (d) döngüsel ekonomiye geçiş, (e) kirliliğin önlenmesi ve kontrolü, (f) biyolojik çeşitliliğin ve ekosistemlerin korunması ve yenilenmesi şeklindedir.

[120] Ekonomik faaliyetin çevresel amaçlara nasıl katkı sağlayabileceği, Sınıflandırma Tüzüğü m. 10-16 arasında detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Örneğin bir ekonomik faaliyetin, "iklim değişikliğinin azaltılması" amacına katkı sağladığının kabul edilebilmesi için söz konusu ekonomik faaliyetin; Paris Anlaşması'nın uzun dönemde ulaşmayı amaçladığı sıcaklık hedefiyle (bkz. Paris Anlaşması m 2/1-a ve m. 4/1) uyumlu olacak şekilde, atmosferdeki sera gazı yoğunluğunun iklim sistemi için tehlike yaratmayacak seviyede istikrarlı bir biçimde kalıcı olması için sera gazı emisyonunu azaltacak veya emisyonun artmasını engelleyecek bir katkı sağlaması gerekmektedir (Sınıflandırma Tüzüğü m. 10/1). Söz konusu katkı çeşitli yollarla sağlanabilmektedir. Örneğin bir ortaklık, ekonomik faaliyetlerinde yaptığı bir yenilik neticesinde enerji sistemlerinde karbon üretimini azaltan bir enerji alt yapısı kurmuşsa (Sınıflandırma Tüzüğü m. 10/1-g) veya yenilebilir ya da karbon nötr kaynaklardan temiz yakıt üretiyorsa (Sınıflandırma Tüzüğü m. 10/1-h) sözü edilen ekonomik faaliyetin, "iklim değişikliğinin azaltılması" amacına katkı sağladığı kabul edilmektedir.

[121] Ekonomik faaliyetin çevresel amaçlara önemli ölçüde zarar vermiş sayılacağı haller, Sınıflandırma Tüzüğü m. 17'de açıklanmıştır. Örneğin bir ekonomik faaliyetin, "iklim değişikliğine uyum" amacına önemli ölçüde zarar vermiş sayılabilmesi için söz konusu ekonomik faaliyet nedeniyle mevcut veya gelecekteki iklim koşullarının, faaliyetin kendisi veya insanlar, doğa ya da varlıklar üzerinde artan bir olumsuz etkiye yol açması gerekmektedir (Sınıflandırma Tüzüğü m. 17/1-b). Ekonomik faaliyetin çevresel amaçlara önemli ölçüde zarar verip vermediğine ilişkin yapılan değerlendirmede, ekonomik faaliyetin hem kendisi hem de ekonomik faaliyet neticesinde piyasaya arz edilen mal ve hizmetlerin -özellikle malların- yaşam döngüleri (üretim-taşıma-tüketim-yok olma gibi aşamaların tamamı) dikkat alınmaktadır (Sınıflandırma Tüzüğü m. 17/2).

[122] Söz konusu asgari güvenceler; OECD'in yayımladığı Çok Uluslu Şirketler İçin İlkeler *("OECD Guidelines for Multinational Enterprises")*, Birleşmiş Milletler'in yayımladığı İş

4) Sınıflandırma Tüzüğü'nün ilgili maddeleri (m. 10/3, m. 11/3, m. 12/2, m. 13/2, m. 14/2 ve m. 15/2) uyarınca Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan teknik izleme kriterleriyle[123] uyumlu olması (Sınıflandırma Tüzüğü m. 3-d).

Sınıflandırma Tüzüğü'nde belirtilen söz konusu dört koşul, ihraççılar tarafından piyasaya arz edilen sermaye piyasası araçlarında "sürdürülebilir" etiketinin kullanılmasında, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere ilişkin standartların belirlenmesinde ve sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere ilişkin raporlamalarda kullanılmak üzere öngörülmüştür[124]. Örneğin bir anonim ortaklık, ortaklığın "çevresel sürdürülebilir" nitelikteki ekonomik faaliyetini finanse etmek üzere borçlanma aracı ihraç edecekse, borçlanma aracının satışından elde edilecek fonun kullanılacağı ekonomik faaliyetin Sınıflandırma Tüzüğü m. 3'teki dört koşulu birlikte sağlaması gerekmektedir[125]. Böylelikle ihraççıların yapacakları yatırımların, belli bir standardı sağlamış çevresel sürdürülebilir projelere kanalize edilmesi amaçlanmaktadır.

Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri *("UN Guiding Principles on Business and Human Rights")*, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yayımladığı İşyerinde Temel İlkeler ve Haklar Deklarasyonu'nda *("Declaration of the ILO on Fundamental Principles and Rights at Work")* belirtilen sekiz temel anlaşmada düzenlenmiş olan ilke ve haklar ile Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi'nde *("International Bill of Human Rights")* açıklanmış olan haklardan oluşmaktadır (Sınıflandırma Tüzüğü, m. 18/1).

[123] Teknik izleme kriterleri; ekonomik faaliyetlerin, Sınıflandırma Tüzüğü m. 9'da belirtilen çevresel amaçlara katkı sağlayan ve diğer çevresel amaçlara önemli ölçüde zarar vermeyen nitelikte kabul edilebilmesi için aranan teknik koşullardır. Diğer bir ifadeyle, dn. 120 ve dn. 121'deki açıklamaların teknik bakımdan gerektirdikleridir. Teknik izleme kriterleri, ekonomik faaliyetlerin çevresel etkisinin ölçülmesinde kullanılmaktadır (Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 38). Söz konusu kriterler, bilimsel kanıtlara dayandırılarak hazırlanmıştır ve bilimsel gelişmelere paralel olarak güncellenmektedir (Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 40).

Avrupa Komisyonu, yayımladığı 2021/2139 sayılı AB Yönetmeliği ile "iklim değişikliğinin azaltılması" ve "iklim değişikliğine uyum" çevresel amaçları için teknik izleme kriterlerini açıklamıştır [*Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139 of 4 June 2021 supplementing Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council by Establishing the Technical Screening Criteria for Determining the Conditions Under Which an Economic Activity Qualifies as Contributing Substantially to Climate Change Mitigation or Climate Change Adaptation and for Determining Whether That Economic Activity Causes No Significant Harm to Any of the Other Environmental Objectives*, OJ L. 442/1-349, 09.12.2021. 2021/2139 sayılı AB Yönetmeliği'ne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_del/2021/2139/oj]. Diğer çevresel amaçlara ilişkin kriterlerin sırayla hazırlanarak yayımlanması planlanmaktadır (Sıra için bkz. yuk. dn. 113).

[124] Sınıflandırma Tüzüğü m. 4.

[125] Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. aşa. III-2-C-b.

c. Sürdürülebilir Ekonomik Faaliyetlerin Sınıflandırılmasının Faydaları

Sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin tespiti için geliştirilen sınıflandırma sisteminin birçok faydası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, finans piyasalarında -ihraççılar, yatırımcılar, sermaye piyasası kurumları gibi- piyasa katılımcılarının sürdürülebilirlik konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşmasıdır[126]. Sınıflandırma sistemi bu konuda asgari bir standart ortaya koyarak, piyasa katılımcılarını sürdürülebilir ekonomik faaliyetleri tercih etmeye yönlendirmektedir[127].

---

[126] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.1; MYERS/CZARNEZKI, s. 1019. Bölgesel veya ülkesel olarak değil de küresel boyutta ortak bir anlam üzerinde anlaşmanın sürdürülebilir finanstan beklenen verimin alınabilmesini sağlayacağı yönünde bkz. MIGLIONICO, s. 132; GEHRING, s. 145; PARK, 2018b, s. 3; Strateji Belgesi, giriş paragrafı. Uluslararası örgütler/birlikler ve devletler, finans piyasalarında sürdürülebilirlik konusunda küresel boyutta ortak bir anlam üzerinde buluşmak için müşterek çalışmalar yürütmektedir. Örneğin, Çin Halk Cumhuriyeti ortak bir sınıflandırma kataloğu geliştirmek için AB ile işbirliği içinde olduğunu 21.03.2021 tarihinde açıklamıştır (LIN/HONG, s. 165). Keza, 2021 yılının Kasım ayında Roma'da gerçekleştirilen G20 zirvesinde, küresel boyutta tanınacak bir sınıflandırma sisteminin geliştirilmesi konusu görüşülmüştür (LIN/HONG, s. 165). Gerçekten de, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin sınıflandırılmasında uluslararası bir standarda ihtiyaç duyulmaktadır; çünkü, sürdürülebilirlik ile ilgili sorunların kaynağı olduğu düşünülen ortaklıkların büyük bir kısmı uluslararası piyasalarda faaliyet göstermektedir. Uluslararası bir standart getirilmediği takdirde, söz konusu ortaklıklar farklı ülkelerde farklı standartlara tabi tutulacaktır. Dolayısıyla, uluslararası anlaşmalarda genel bir çerçeve koymak yerine, özellikle standartların belirlenmesi gerekmektedir. Zira, uluslararası anlaşmalarda ortaya konan çerçevenin ulusal hukuk ile bütünleştirilmesi ve ülke bazında uygulanması aşamasında ülkeler birbirlerinden farklı yollar izleyebilmektedirler (HO Kong Shan, "Regulating Environmental, Social, and Governance Disclosure by Listed Companies: A Comparison of Major Financial Markets", **JCL**, Vol. 15, No. 1, 2020, s. 138).

Avrupa Birliği, başta Sınıflandırma Tüzüğü olmak üzere sürdürülebilir finansa ilişkin hukuki düzenlemeleri ile, uluslararası alanda örnek olmak için çaba göstermektedir (Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, p. II-3). Diğer bir ifadeyle, Avrupa Birliği sürdürülebilir finans konusundaki hukuki düzenlemelerinin diğer ülkelere yayılmasını arzu etmektedir (ECKERT Sandra, "The European Green Deal and the EU's Regulatory Power in Times of Crisis", **JCMS**, Vol. 59, 2021, s. 81-82). Nitekim, Avrupa Birliği'nin bu yaklaşımı öğretide desteklenmekte ve AB Sınıflandırma Tüzüğü'nün ileriki yıllarda uluslararası bir standart haline geleceği ifade edilmektedir (LIN/HONG, s. 165). Benzer şekilde ABD'nin, AB'nin sürdürülebilir finansa yönelik hukuki düzenlemelerini kılavuz olarak izlemesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir (MYERS/CZARNEZKI, s. 1017).

[127] CHIU, s. 95; MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 224; BURAND Deborah/TUCKER Anne, "Legal Literature Review of Social Entrepreneurship and Impact Investing (2007-2017): Doing Good by Doing Business", **WMBLR**, Vol. 11, No. 1, 2019, s. 27. Söz konusu standartların piyasa katılımcılarına getirdiği yükümlülükler çok fazla olursa, piyasa katılımcıları sürdürülebilir ekonomik faaliyetleri tercih etmeyebilirler. Bu yüzden kanun koyucu, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere ilişkin standartları belirlerken piyasa katılımcılarının yükümlülükleri konusunda hassas bir denge sağlamalıdır (CHIU, s. 95).

İkinci olarak, sürdürülebilir ekonomik faaliyetler bakımından asgari standartların öngörülmesi hukuki öngörülebilirliği sağlamaktadır. Bu sayede, piyasalarda belirsizliğin önüne geçilerek yatırımcılara güven verilmektedir[128]. Gerçekten de sınıflandırma sisteminin önceden belirlenmiş standartlara dayalı olması, yatırımcıların, yatırımlarının sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde kullanıldığını hissetmesini sağlayarak onlarda güven duygusu uyandırmaktadır[129]. Ayrıca, yatırımcılar ekonomik faaliyetleri birbirleri ile kıyaslarken söz konusu standartlardan yararlanarak daha etkili ve daha kolay bir karşılaştırma yapmaktadırlar[130]. Sürdürülebilir finansta hukuki öngörülebilirliğin temin edilmesinin diğer bir faydası da, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının, sürdürülebilirliğe uyum sağlamak amacıyla gerçekleştireceği faaliyetler nedeniyle katlanacakları maliyetlerin azaltılmasıdır[131].

Üçüncüsü, çevresel sürdürülebilirlik bakımından asgari bir standardın sağlanması sayesinde piyasalarda yeşile boyamanın[132] *("greenwashing*[133]*")* önüne geçilmektedir[134]. Gerçekten de çevresel sürdürülebilirlikte asgari bir standart öngörülmediği takdirde; ihraççılar, temel çevresel standartları sağlamadıkları halde, piyasaya arz ettikleri sermaye piyasası araçlarını çevre dostu etiketiyle -yeşile boyayıp- pazarlayarak haksız yarar sağlayabilirler[135].

---

[128] Yatırımcıların sürdürülebilir finansa karşı yaşayacakları güven kaybı, sürdürülebilir yatırımlar üzerinde büyük bir sakınca yaratmaktadır (Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 13).

[129] Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 6.

[130] LIN/HONG, s. 163; VAN OOSTRUM, s. 16; Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 13.

[131] VAN OOSTRUM, s. 16; PARK, 2018b, s. 7 ve s. 36; SJAFJELL, 2018, s. 43.

[132] Öğretide "yeşil yıkama" (bkz. SAPMAZ VERAL Evren, "Yeşil Yıkama ile Mücadele: Avrupa Birliği'nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi", **Sayıştay Dergisi**, C. 33, S. 124, 2022, s. 101) veya "yeşil göz boyama" (ÖZER Işık, **Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 47) olarak da ifade edilmektedir. İklim Şûrası'nda alınan tavsiye kararlarda "yeşile boyama" terimi kullanıldığı için bu çalışmada "yeşile boyama" terimi tercih edilmiştir (bkz. Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 119).

[133] AB hukukunda *"greenwashing"* terimi kullanılmaktadır (Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 11; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 2.5; Avrupa Yeşil Mutabakatı, s. 8; Strateji Belgesi, giriş paragrafı). Keza, öğretide de *"greenwashing"* terimi kullanılmaktadır (CHIU, s. 88; VAN OOSTRUM, s. 16; MACNEIL Iain/ESSER Irene-Marie, "From a Financial to an Entity Model of ESG", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 18; LIN Lin, "Venture Capital in the Rise of Sustainable Investment", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 204).

Eklemek gerekir ki, "sosyal" sürdürülebilirlikte asgari standardın sağlanması ile "beyaza boyamanın" *("whitewashing")* önüne geçileceği öğretide ifade edilmektedir (PARK, 2018a, s. 234).

[134] Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 11; MACNEIL/ESSER, s. 18; CHIU, s. 88; LIN, s. 204; VAN OOSTRUM, s. 16.

[135] Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 11; LIN, s. 204.

Nitekim 2020 yılında yapılan bir araştırmada, yirmi büyük ESG[136] yatırım fonunun portföyünde bulunan elli ortaklığın yalnızca iki tanesinin gerçekten "çevreci/yeşil" olduğu tespit edilmiştir[137]. Bu durum, hem yatırımcıların piyasalara olan güvenini kırmakta hem de ihraççılar arasındaki rekabetin bozulmasına neden olmaktadır[138].

Dördüncüsü, sürdürülebilirlik konusunda rapor hazırlamak zorunda olmayan ancak gönüllü olarak sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde bulunmak isteyen ortaklıklara söz konusu standartlardan yararlanma fırsatı sunulmaktadır[139].

B. Piyasa Katılımcılarına Yönelik Düzenlemeler

a. 2019/2088 Sayılı Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlikle İlgili Açıklamalara İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü

aa. Kapsam ve Amaç

Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı'nda belirtilen eylemleri gerçekleştirmek üzere Avrupa Birliği tarafından yürürlüğe konan hukuki düzenlemelerin bir kısmı bazı piyasa katılımcıları için, faaliyetlerinin sürdürülebilirlik ile ilişkisi hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirmektedir[140]. Söz konusu düzenlemelerden ilki, 2019/2088 sayılı Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlikle İlgili Açıklamalara İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü[141]'dür *("Sustainable Finance Disclosure Regulation"/"SFDR")*.

Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'nde; finans piyasası katılımcılarının ve finans danışmanlarının, faaliyetlerinde sürdürülebilirlik risklerinin bütünleştirilmesi ve olumsuz sürdürülebilirlik etkilerin

---

136 "ESG" ve "sürdürülebilirlik" terimleri birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir (JEBE Ruth, "The Convergence of Financial and ESG Materiality: Taking Sustainability Mainstream", **ABLJ**, Vol. 56, No. 3, 2019, s. 646, dn. 3).

137 MÖLLERS, s. 217.

138 Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 11; Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 27-28.

139 Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 15.

140 Bkz. Strateji Belgesi, giriş paragrafı.

141 *Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on Sustainability-Related Disclosures in the Financial Services Sector*, OJ L. 317/1-16, 09.12.2019. Söz konusu tüzük, çalışmanın devamında "Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü" olarak anılacaktır. Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'ne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02019R2088-20200712.

dikkate alınması ile finansal ürünler[142] hakkında sürdürülebilirlikle ilgili bilgi sağlanması suretiyle şeffaflığın temin edilmesine[143] yönelik kurallar bulunmaktadır[144]. Diğer bir ifadeyle, Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü finansal ürün ve hizmetlerin sürdürülebilirlik özelliklerinde şeffaflığın öne çıkarılmasına yöneliktir[145].

Finans piyasası katılımcılarına ve finans danışmanlarına yönelik böyle bir düzenleme öngörülmesinin nedeni, söz konusu sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinde sürdürülebilirliğin kavranmasını ve takip edilmesini kolaylaştırmaktadır[146]. Böylelikle, tasarruflarını sözü edilen sermaye piyasası kurumlarına emanet eden yatırımcılara daha yeknesak bir koruma sağlanmakta[147] ve yatırımcıların bilgilendirilmiş şekilde yatırım kararı alarak geniş finansal ürünler yelpazesinden yararlanması kolaylaştırılmaktadır[148]. Nihai olarak, sürdürülebilirlikle ilgili sorunların çözülmesi için ihtiyaç duyulan sermayenin bir kısmının finansal hizmetler sektöründen karşılanması amaçlanmaktadır. Nitekim, kurumsal yatırımcı *("institutional investor")* statüsünde olan finans piyasası katılımcılarının ve finans danışmanlarının, yönettikleri/danışmanlık yaptıkları portföyler[149] aracılığıyla sürdürülebilir yatırımlara önemli miktarda fon sağlayabilecekleri[150] belirtilmektedir[151].

---

[142] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'ne göre "finansal ürün" *("financial product")*; yatırım fonlarını, emeklilik yatırım fonlarını ve yatırım ortaklıklarını kapsamaktadır (bkz. Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 2/12).

[143] Böylelikle yatırımcılar, sermaye piyasası kurumlarına aktardıkları tasarrufların sürdürülebilirlik üzerindeki etkisini öğrenmektedirler (Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 28; Sınıflandırma Tüzüğü, Dibace m. 18).

[144] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 1. Avrupa Parlamentosu, finans piyasası katılımcılarına ve finans danışmanlarına yönelik böyle bir düzenlemeyi Birlik düzeyinde ele almıştır, diğer bir ifadeyle üye ülkelerin inisiyatifine bırakmamıştır. Avrupa Parlamentosu'nun bu yaklaşımı, üye ülkelerin finansal hizmetler sektöründe sürdürülebilirlik konusunda ulusal düzenlemelerinde birbirinden farklılaşmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Aksi halde, bahsedilen kurumların sürdürülebilirlik hakkında bilgi verme yükümlülüklerinin kapsamı ve şekli aynı olmayacağı için hem rekabet ortamı zarar görecek hem de yatırımcıların yatırım yapmayı düşündüğü finansal ürünleri kıyaslaması zorlaşacaktır (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü, Dibace m. 9).

[145] VAN OOSTRUM, s. 16.

[146] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü, Dibace m. 4; Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 21-23.

[147] Yatırımcılar aynı zamanda "yeşile boyama"ya karşı korunmaktadır (VAN OOSTRUM, s. 16).

[148] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü, Dibace m. 4; VAN OOSTRUM, s. 16.

[149] Örneğin, ABD'deki kurumsal yatırımcıların 2018 yılında yönettikleri portföylerindeki varlıkların toplam değeri beş trilyon Dolar'dır (HARPER HO, Virginia/PARK Stephen Kim, "ESG Disclosure in Comparative Perspective: Optimizing Private Ordering in Public Reporting",

bb. Genel Özellikler

Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü, finans piyasası katılımcılarının ve finans danışmanlarının faaliyetlerinde sürdürülebilirlikle ilgili şeffaflığın sağlanması amacıyla, söz konusu kurumların bazı konular hakkında kamuyu aydınlatmasına ilişkin yükümlülükler[152] öngörmektedir.

Yükümlülüklerden ilki, finans piyasası katılımcılarının ve finans danışmanlarının internet sitelerinde yapacakları bilgilendirmeye yöneliktir. Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'ne göre finans piyasası katılımcıları/finans danışmanları;

(1) Sürdürülebilirlik riski[153] *("sustainability risk")* ile yatırım kararı verme süreçlerini/ yatırım danışmanlığı hizmetini bütünleştirme politikalarını[154],

(2) Kurumun büyüklüğünü, faaliyetlerinin yapısı ve ölçeğini, piyasaya arz ettiği finansal ürün çeşidini göz önüne alarak, kurumun yatırım kararla-

---

UPJIL, Vol. 41, No. 2, 2019, s. 252). Ayrıca, sermaye piyasası kurumları tarafından yönetilen finansal varlıkların küresel düzeydeki toplam değerinin 2025 yılında yüz kırk beş trilyon Dolar'a ulaşacağı tahmin edilmektedir (CHIU, s. 90).

150 Örneğin, ABD'de 2019 yılında sürdürülebilir fonlara yaklaşık yirmi iki milyon Dolar; 2020 yılının sadece ilk yarısında ise yirmi bir milyon Dolar para girişi olmuştur (MYERS/CZARNEZKI, s. 1029). ABD ve AB merkezli sürdürülebilir fonların sayısı 2014 yılından 2018 yılına kadar %44 artmıştır (LOPEZ-DE-SILANES Florencio/MCCAHERY Joseph/PUDSCHEDL Paul, "ESG Performance and Disclosure: A Cross-Country Analysis", **SJLS**, Vol. 2020, No. 1, 2020, s. 218).

151 PARK, 2018a, s. 234; STRAMPELLI, s. 10. Nitekim sürdürülebilir finansa geçiş, -kurumsal-yatırımcıların portföylerinin çevresel performansının zaman içinde artırılması anlamına gelmektedir (Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, p. 4). Yapılan bir araştırmada kurumsal yatırımcıların, pay sahibi oldukları ortaklıklarda sürdürülebilir yatırım yapılması yönünde taleplerde bulunmasının, ortaklıkların sürdürülebilirlik performanslarını artırdığı gözlemlenmiştir (LOPEZ-DE-SILANES ve diğ., s. 221).

152 Söz konusu yükümlülükler, portföy yöneticilerinin yatırım kararı alırken çevresel, sosyal ve yönetimsel faktörleri dikkate alma zorunluluğu bulunmadığı yönündeki genel algıyı tersine çeviren "radikal" nitelikte yükümlülüklerdir (MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 228). Sözü edilen yükümlülükler aracılığıyla, finans piyasası katılımcıları ve finans danışmanları ile bu kurumlara tasarruflarını aktaran yatırımcılar arasındaki ilişkiden *("principal-agent relationship")* kaynaklanabilecek bilgi asimetrisinin azaltılması amaçlamaktadır (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü, Dibace m. 10 ve m. 19; VAN OOSTRUM, s. 16).

153 Sürdürülebilirlik riski; gerçekleşmesi halinde yatırımın değeri üzerinde olumsuz bir maddi etkiye neden olabilecek çevresel, sosyal ve yönetimsel olayları ve koşulları ifade etmektedir (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 2/22).

154 Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 3/1 ve m. 3/2.

rının/yatırım danışmanlığı hizmetinin sürdürülebilirlik faktörleri[155] *("sustainability factors")* üzerindeki olumsuz sürdürülebilirlik etkilerinin tespiti politikalarına ilişkin beyanı[156],

(3) Kurumun ücretlendirme politikasının sürdürülebilirlik riskinin bütünleştirilmesi ile nasıl uyumlu olduğunu[157];

(4) Kurum, bir finansal ürünün çevresel veya sosyal karakterini ön plana çıkarıyorsa, söz konusu finansal ürünün çevresel veya sosyal karakterini ya da sürdürülebilir yatırım[158] *("sustainable investment")* amacını ve bu finansal ürünün çevresel veya sosyal karakterinin ya da sürdürülebilir yatırım etkisinin hangi yöntemle, hangi bilgiye dayanılarak ölçüldüğü ve takip edildiğine ilişkin bilgiyi[159] internet sitelerinde açıklamakla yükümlüdürler.

İkinci yükümlülük, finans piyasası katılımcılarının ve finans danışmanlarının sözleşme yapmadan önce karşı tarafı (müşterilerini) aydınlatmasına ilişkindir. Buna göre, finans piyasası katılımcıları/finans danışmanları sürdürülebilirlik risklerinin, yatırım kararları/yatırım tavsiyeleri ile nasıl bütünleştirildiğini ve sürdürülebilirlik risklerinin, kurumun piyasaya arz ettiği/hakkında yatırım tavsiyesinde bulunduğu finansal ürünlerin getirileri üzerindeki muhtemel etkilerinin değerlendirilmesine ilişkin sonuçları[160] açıklamakla yükümlüdürler[161].

Üçüncü yükümlülük, finans piyasası katılımcılarının hazırladıkları dönemsel raporlarda, piyasaya sundukları finansal ürünlerin sürdürülebilirlik özellikle-

---

[155] Sürdürülebilirlik faktörleri; çevresel, sosyal ve işçi konularını, insan haklarına saygıyı, yolsuzlukla ve rüşvetle mücadele konularını ifade etmektedir (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 2/24).

[156] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 4/1, m. 4/5 ve m. 7.

[157] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 5/1.

[158] Sürdürülebilir yatırım; ekonomik faaliyeti itibariyle çevresel veya sosyal amaca katkı sağlayan, katkı sağladığı amaç dışındaki diğer amaçlara önemli ölçüde zarar vermeyen ve özellikle yönetim yapısı, çalışan ilişkileri, çalışanların ücretlendirilmesi ve vergi uyumu gibi konularda iyi yönetim uygulamaları sergileyen ortaklıklara yapılan yatırımı ifade etmektedir (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 2/17).

[159] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 10.

[160] Eğer finans piyasası katılımcıları sürdürülebilirlik risklerinin faaliyetleri ile ilgili olmadığını düşünüyorsa, buna ilişkin nedenleri, anlaşılır bir şekilde açıklamakla yükümlüdür (Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 6/2).

[161] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 6/1, m. 6/2, m. 6/3 ve m. 8/1; Sınıflandırma Tüzüğü m. 5 ve m. 6.

rini açıklamasına yöneliktir. Finans piyasası katılımcıları, finansal ürünlerinin sürdürülebilirlik etkilerini raporlarında açıklamakla yükümlü tutulmaktadırlar[162].

b. Yatırım Kuruluşlarının, Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Sürdürülebilirliği Bütünleştirmesine Yönelik 2021/1253 Sayılı Avrupa Birliği Yönetmeliği

Fon akışının sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi amacıyla yürürlüğe konan diğer bir düzenleme Yatırım Kuruluşlarının, Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Sürdürülebilirliği Bütünleştirmesine Yönelik 2021/1253 sayılı Avrupa Birliği Yönetmeliği[163]'dir.

2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği, yatırım kuruluşlarının *("investment firms")* organizasyon yapısında ve faaliyetlerinde sürdürülebilirliği bütünleştirmeyi amaçlamakta ve bu kapsamda yatırım kuruluşlarının organizasyon yapısını ve faaliyetlerini düzenleyen 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği[164]'ne bazı hükümler eklemektedir. Böylelikle, yatırım kuruluşlarının müşterilerine karşı sorumluluklarını yerine getirirken Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'nde açıklanan sürdürülebilirlik faktörlerini[165] ve sürdürülebilirlik risklerini[166] dikkate alması amaçlanmaktadır[167].

---

[162] Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü m. 11/1-a ve 11/1-b. Belirtmek gerekir ki, finans piyasası katılımcıları ve finans danışmanları için öngörülen bu yükümlülükler neticesinde açıklanan bilgilerin, yatırımcıların değerlendirmesi bakımından çok fazla olabileceği ve bu sebeple söz konusu bilgilerin açıklanmasında beklenen faydanın alınamayabileceği ifade edilmektedir (MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 226). Nitekim, tasarruflarını emeklilik yatırım fonlarına aktaran yatırımcılar arasında yapılan bir araştırmada; yatırımcıların %76'sının tasarruflarının ne kadarlık bir kısmının etik amaçlar için kullanıldığını merak etmediği tespit edilmiştir (KATELOUZOU Dionysia/MICHELER Eva, "Investor Capitalism, Sustainable Investment and the Role of Tax Relief", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 217-239; https://www.churchtimes.co.uk/articles/2018/28-september/news/uk/savers-blind-to-how-pensions-invested). Bu yüzden, yatırımcılara "temel bilgilerin" açıklanması ve bu bilgilerin yatırımcılar tarafından "anlaşılır" olması gerekmektedir.

[163] *Commission Delegated Regulation (EU) 2021/1253 of 21 April 2021 amending Delegated Regulation (EU) 2017/565 as Regards the Integration of Sustainability Factors, Risks and Preferences Into Certain Organisational Requirements and Operating Conditions for Investment Firms*, OJ L. 277/1-5, 02.08.2021. 2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği'ne erişmek için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32021R1253.

[164] *Commission Delegated Regulation (EU) 2017/565 of 25 April 2016 supplementing Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council as Regards Organisational Requirements and Operating Conditions for Investment Firms and Defined Terms for the Purposes of That Directive*, OJ L. 87/1-83, 31.03.2017. 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği'ne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017R0565-20220802.

[165] Bkz. yuk. dn. 155.

[166] Bkz. yuk. dn. 153.

[167] 2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği, Dibace m. 3.

2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği ile 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği'ne eklenen hükümlerin bir kısmı, yatırım kuruluşlarına, müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini *("sustainability preferences")* öğrendikten sonra yatırım danışmanlığı ve/veya portföy yöneticiliği hizmeti sunma yükümlülüğü getirmektedir[168]. Gerçekten de, yatırım kuruluşlarının müşterilerinin yararına hareket etmesi için öncelikle müşterilerine uygun olacağını değerlendirdikleri finansal araçları önermeleri ve/veya müşterilerinin portföylerine onların tercihlerine uygun olan varlıkları almaları gerekmektedir. Bu durumda, yatırım kuruluşlarının müşterileri için doğru olan finansal araçları/varlıkları seçebilmesi amacıyla müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini öğrenmesi lazımdır[169]. Ayrıca, yatırım kuruluşları müşterilerine sundukları yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinden kaynaklanabilecek çıkar çatışmalarını tespit ederken, müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini de dikkate almakla yükümlü tutulmuştur[170].

2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği ile 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği'ne eklenen diğer hükümler ise, yatırım kuruluşlarına, organizasyon yapılarında sürdürülebilirlik risklerine karşı tedbir alma zorunluluğu öngörmektedir[171]. Söz konusu hükümlerde yatırım kuruluşlarının sürdürülebilirlik riskleri ile karar verme süreçlerini, risk yönetim süreçlerini, iç kontrol mekanizmalarını, iç raporlarını ve çalıştırdıkları personellerde aradıkları nitelikleri bütünleştirmesi beklenmektedir[172].

c. Belirli Büyüklükteki Ortaklıkların ve Grupların Finansal Olmayan ve Çeşitliliğe İlişkin Bilgileri Açıklamaları İçin 2013/34 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2014/95 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi

Avrupa Birliği'nin 2013/34 sayılı Bazı Kuruluşlara İlişkin Yıllık Finansal Raporlar, Konsolide Finansal Raporlar ve Bağlantılı Raporlar Direktifi[173]

---

[168] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 2/7, m. 2/8, m. 2/9, m. 54/2-a, m. 54/5, m. 54/10 ve m. 54/12.

[169] 2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği, Dibace m. 5.

[170] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 33 ve 2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği, Dibace m. 4.

[171] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 21/1 ve m. 23/1-a.

[172] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 21/1.

[173] *Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the Annual Financial Statements, Consolidated Financial Statements and Related Reports of Certain Types of Undertakings*, OJ L 182/19-76, 29.06.2013. Söz konusu Direktif'e erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0034.

esasen, ortaklıklarda[174] yıllık finansal tabloların, bilançoların, gelir tablolarının, yıllık faaliyet raporlarının; gruplarda[175] ise; konsolide finansal tabloların ve raporların içeriği, hazırlanışı, yayımlanması ve denetlenmesine ilişkin kurallar ve ilkeleri düzenlemekteydi[176]. Diğer bir ifadeyle, 2013/34 sayılı AB Direktifi yürürlüğe girdiğinde ortaklıkların ve grupların finansal tablolarına ve yıllık faaliyet raporlarına yönelik kurallar öngörmekteydi.

Avrupa Birliği, bazı ortaklıkların sürdürülebilirlik hakkında bilgi paylaşmalarını sağlamak amacıyla 15.11.2014 tarihinde Belirli Büyüklükteki Ortaklıkların ve Grupların Finansal Olmayan ve Çeşitliliğe İlişkin Bilgileri Açıklamaları İçin 2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2014/95 sayılı Avrupa Birliği Direktifi[177]'ni yayımlayarak 2013/34 sayılı AB Direktifi'ne iki madde eklemiştir. 2013/34 sayılı AB Direktifi'ne m. 19a ve m. 29a hükümlerinin eklenmesinin nedeni; ortaklıkların ve grupların, faaliyetleriyle ilgili açıkladıkları sosyal ve çevresel bilgiler için AB düzeyinde asgari bir standart getirerek AB'de kalkınmanın hızlandırılmasını ve AB vatandaşlarının (yatırımcıların) piyasaya duydukları güveninin artırılmasını sağlamaktır[178].

---

[174] Söz konusu Direktif kapsamında bulunan ortaklıklar, Direktif'in 1 ve 2 No.lu eklerinde gösterilmektedir (bkz. 2013/34 sayılı AB Direktifi m. 1 ve Dibace m. 5).

[175] 2013/34 sayılı AB Direktifi'ndeki "grup" *("group")* terimi, TTK m. 195 ila 209 arasında düzenlenen "ortaklıklar topluluğu" terimine karşılık gelmektedir. Kanun koyucu, TTK'nın ortaklıklar topluluğu bölümüyle ilgili olarak kanun gerekçesinde yaptığı genel açıklamada "grup" kavramına şu şekilde değinmiştir: *"Tasarı "şirketler topluluğu" terimini tercih etmiş, çeşitli hükümlerinde ise aynı kavramı ifade etmek üzere sadece "topluluk" sözcüğünü de kullanmıştır. Bu kavramı Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre "konzern" diye adlandırmakta; İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya'da "grup/topluluk"; Amerika Birleşik Devletleri ise "bağlı şirketler/bağlı topluluk" sözcüklerini uygun bulmaktadır (affiliated company/affiliated group). Forum Europeum, "konzern" sözcüğünün, Almanya'nın çok güçlü olan "konzern hukuku" düzenlemesinin hakimiyeti altında bulunduğu gerekçesiyle "konzern" sözcüğü yerine "group"u önermiştir"* [bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayı No: 96, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf, s. 134].

[176] 2013/34 sayılı AB Direktifi, Dibace m. 3, m. 6 ve m. 21.

[177] *Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as Regards Disclosure of Non-Financial and Diversity Information by Certain Large Undertakings and Groups*, OJ L 330/1-9, 15.11.2014. Söz konusu Direktif, öğretide *"Non-Financial Reporting Directive"/"NFRD"* olarak da adlandırılmaktadır (MIGLIONICO, s. 128; SJAFJELL, 2021, s. 203; MYERS/CZARNEZKI, s. 1017; MCDONNELL ve diğ., s. 340, dn. 22; ROSINI Monica, "From CSR to HRDD: An Overview of Approaches, Initiatives and Measures Adopted by the European Union", **ICLR**, Vol. 24, No. 1-2, 2022, s. 68-69; Strateji Belgesi, p. 3, dn. 55). Direktif'e erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095.

[178] 2014/95 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 1, m. 2, m. 4 ve m. 5.

2013/34 sayılı AB Direktifi m. 19a'ya göre, beş yüz ve daha fazla çalışanı olan halka açık ortaklıklar, bankalar, sigortacılık faaliyetinde bulunan ortaklıklar ve AB üyesi ülkeler tarafından işletme konusu veya işletmenin büyüklüğü ya da çalışan sayısı nedeniyle kamu hizmetleriyle önemli derecede ilişkili kabul edilen ortaklıklar; yıllık faaliyet raporlarında "finansal olmayan beyanda" *("non-financial statement")* bulunmakla yükümlüdürler[179]. Söz konusu beyan; asgari olarak çevresel, sosyal ve çalışanlarla ilgili konuların ve insan haklarına saygı, yolsuzlukla ve rüşvetle mücadele konularının ortaklığın gelişimi, performansı, konumu ve faaliyeti üzerindeki etkisinin anlaşılması için gerekli olan bilgileri içermelidir[180]. Beyanda özellikle, ortaklığın iş modeli; bu konularla ilgili olarak, uygulanan durum tespiti süreçleri

---

[179] Ayrıca bkz. Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 28.08.2012, S. 28395) m. 4/3. Küresel anlamda yatırımcıların, ortaklıklardan, faaliyetleriyle ilgili finansal olmayan (sürdürülebilirlikle ilgili) bilgiler sunmasına yönelik taleplerinin arttığı yönünde bkz. HARPER HO/PARK, s. 252; JEBE, s. 650; HO, s. 19; GARY, s. 767; LOPUCKI, s. 1470. Keza, 2020 yılında ABD'de yapılan bir araştırmada, ortaklıkların yayımladığı sürdürülebilirlikle ilgili bilgilerin yatırımcıların %91'inin yatırım kararı almasında önemli bir etkiye sahip olduğu tespit edilmiştir (MYERS/CZARNEZKI, s. 1014).

[180] Yaşanan küresel ekonomik krizler, ortaklıklar tarafından sunulan raporlardaki finansal bilgiler üzerinden yapılan değerlendirmelerin, ortaklığın performansına ve geleceğine ilişkin tüm resmi sunmakta yetersiz kaldığını açıkça ortaya koymuştur. Dünyanın herhangi bir yerinde yaşanan doğal afetlerin diğer yerlerdeki üretimi durdurması, çevreye zarar veren uygulamaların veya insan hakları ihlallerinin boykotlara yol açması, azalan doğal kaynakların hammadde arzına yönelik tehlike oluşturması ve benzeri gelişmeler ortaklıkların finansal tablolarında yer almayan risklerin finansal sonuçlara yol açabildiğini göstermiştir. Dolayısıyla tüm bu gelişmeler, ortaklıkların raporlamalarında ileriye dönük ve finansal olmayan bilginin önemi arttırmıştır [KURT Emine Serap/CAVLAK Hakan, "Türkiye'deki Kurumsal Raporlama Ekosistemi Üzerine Değerlendirmeler", **Denetişim Dergisi**, C. 13, S. 25, 2022, s. 9; YEOH Peter, "The Sustainability of Environmental, Social and Governance (ESG) Reporting in the US and the UK", **BLR**, Vol. 42, No. 6, 2021, s. 273; KATELOUZOU Dionysia/KLETTNER Alice, "Sustainable Finance and Stewardship: Unlocking Stewardship's Sustainability Potential", **ECGI**, Working Paper No: 521/2020, 2020, s. 7; FOERSTER, s. 315].

Ekonomik (ticarî) bir amaca erişmek için kurulması nedeniyle ortaklıkların, sürdürülebilir faaliyetlerde bulunmaması gerektiği; diğer bir ifadeyle, ortaklıkların çevresel, sosyal ve yönetimsel faaliyetlerde bulunmakla yükümlü olmadığı düşünülebilir. Ancak dünyamızda yaşanan/yaşanması beklenen çevresel ve sosyal sorunlar yalnızca gerçek kişileri değil, aynı zamanda tüzel kişi niteliğindeki ortaklıkların varlığını da tehdit etmektedir (SJAFJELL, 2021, s. 197). Gerçekten de, yukarıda izah edildiği üzere ortaklıklar finansal risklerin yanı sıra sürdürülebilirlikten kaynaklanan risklerin yarattığı finansal sonuçlarla da karşı karşıyadır (Bkz. yuk. II-2-D). Hal böyle olunca, ortaklıkların çevresel, sosyal ve yönetimsel sorunları dikkate almaması düşünülemez. O halde, ortaklıklar hukuku uygulamasında ön planda olan anonim ortaklıklarda, yöneticilerin ortaklığın yönetimi için aldıkları kararlarda tedbirli yönetici özeniyle hareket ettiklerinin kabul edilebilmesi için, yöneticilerin söz konusu kararları alırken sürdürülebilirlikten kaynaklanan riskleri de dikkate almış olmaları gerekmektedir (MYERS/CZARNEZKI, s. 1004; FOERSTER, s. 308 ve s. 317-318).

de dâhil olmak üzere, ortaklık tarafından izlenen politikalar; politikaların sonuçları; bu konulardan kaynaklanan ve ortaklığın faaliyetleriyle ilişkili olan temel riskler; iş alanına özgü finansal olmayan kilit performans göstergeleri hakkında açıklamalara yer verilmektedir[181].

Keza 2013/34 sayılı AB Direktifi m. 29a hükmü de, ortaklıklar için belirtilen finansal olmayan beyanda bulunma yükümlülüğünü, gruplar için hazırlanan konsolide faaliyet raporları bakımından öngörmektedir[182].

Eklemek gerekir ki Sınıflandırma Tüzüğü m. 8'e göre, 2013/34 sayılı AB Direktifi m. 19a ve m. 29a hükümlerine tabi ortaklıklar ve gruplar, finansal olmayan beyanlarında, ortaklığın faaliyetlerinin Sınıflandırma Tüzüğü m. 3 ve m. 9'a göre çevresel sürdürülebilir olarak nitelendirilen ekonomik faaliyetlerle nasıl ve ne ölçüde ilişkilendirildiğini de açıklamakla yükümlüdürler.

Ayrıca Avrupa Komisyonu, ortaklıkların yayımladıkları finansal olmayan bilgilerin kullanılabilir, kaliteli, uygun ve karşılaştırılabilir olması için, 05.07.2017 tarihinde -ortaklıklar için bağlayıcılığı bulunmayan- bir kılavuz yayımlamıştır[183].

---

[181] 2013/34 sayılı AB Direktifi m. 19a.

[182] Ortaklıklar ve gruplar finansal olmayan beyanlarını, 2017 yılına ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı 2018 yılı faaliyet raporlarıyla birlikte yayımlamaya başlamıştır (2014/95 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 4).

[183] Finansal Olmayan Bilginin Raporlanmasına Yönelik Kılavuz'a *("Guidelines on Non-Financial Reporting")* erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XC0705(01). Belirtmek gerekir ki, birtakım özel kuruluşlar da ortaklıkların, faaliyetlerinin sürdürülebilirlik ile ilişkisi hakkında sunacakları raporlara yönelik çeşitli standartlar geliştirmiştir. Söz konusu kuruluşlardan bazılarının yayımladıkları standartlar diğerlerine göre daha fazla tercih edilmektedir. Bunlar sırasıyla; (1) özellikle Avrupa Birliği bölgesindeki ortaklıklar tarafından tercih edilen Evrensel Raporlama Girişimi *("Global Reporting Initiative"/"GRI")*, (2) özellikle ABD'deki ortaklıklar tarafından tercih edilen Sürdürülebilirlik Muhasebesi Standartları Kurulu *("The Sustainability Accounting Standards Board"/"SASB")*, (3) Karbon Saydamlık Projesi *("Carbon Disclosure Project"/"CDP")*, (4) Uluslararası Bütünleştirilmiş Raporlama Konseyi *("International Integrated Reporting Council"/"IIRC")*, (5) İklim Bilgilendirme Standartları Kurulu'dur *("Climate Disclosure Standards Board"/"CDSB")*. Söz konusu kuruluşların geliştirdikleri standartlar çeşitli konularda birbirinden farklılaşmaktadır. Örneğin, hazırlanan bu standartlar farklı sürdürülebilirlik konuları için oluşturulabilmekte veya standartların ölçtüğü bilgiler yalnızca pay sahiplerine yönelik olabileceği gibi diğer menfaat gruplarına yönelik de olabilmektedir. Söz konusu kuruluşlar ve bu kuruluşların geliştirdikleri standartların özellikleri ve farklılıkları hakkında bkz. LOPUCKI, s. 1450-1451; HARPER HO/PARK, s. 264-266; JEBE, s. 661-665; GARY, s. 772-778; LOPEZ-DE-SILANES ve diğ., s. 223; MCDONNELL ve diğ., s. 359-360; OKUYUCU Deniz, **Anonim Şirketin Sosyal Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 92-110.

d. Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi

AB hukukunda ortaklıkların ve grupların çevresel, sosyal ve çalışanlarla ilgili konularda açıklama yapma yükümlülükleri, sürdürülebilir finans kavramı ortaya çıkmadan önce, 2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 19a ve m. 29a'da düzenlenmiştir[184]. 2013/34 sayılı AB Direktifi'nde yer alan 19a ve 29a maddeleri Kurumsal Sosyal Sorumluluk[185] (KSS) *("Corporate Social Responsibility"/"CSR")* esasıyla hazırlanmıştır[186]. Ancak Paris Anlaşması'ndan sonra AB, finansal piyasalardaki uygulamalarda çevresel, sosyal ve yönetimsel (ÇSY) faktörlerin dikkate alınmasını sağlamak için ortaklıkların ve grupların yıllık faaliyet raporlarında finansal olmayan beyanda bulunma yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin geliştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır[187].

Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan Finansal Olmayan Bilginin Raporlanmasına Yönelik Kılavuz, özel kuruluşlar tarafından yayımlanan standartlardan yararlanılarak hazırlanmıştır (Finansal Olmayan Bilginin Raporlanmasına Yönelik Kılavuz, p. 1).

184 Bkz. yuk. III-2-B-c.

185 Avrupa Komisyonu, 18.07.2001 tarihinde yayımladığı Kurumsal Sosyal Sorumluluk İçin Avrupa Çerçevesinin Teşvik Edilmesi başlıklı Yeşil Kitap'ta Kurumsal Sosyal Sorumluluk kavramını; ortaklıkların gönüllü olarak çevresel ve sosyal kaygıları, ortaklığın faaliyetlerinde ve ortaklık ile ortaklığı ilgilendiren menfaat grupları arasındaki iletişimde bütünleştirmesi şeklinde tanımlamıştır (Yeşil Kitap, s. 3, p. 7). Kurumsal Sosyal Sorumluluk İçin Avrupa Çerçevesinin Teşvik Edilmesi başlıklı Yeşil Kitap'a erişim için bkz. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_en.pdf.

186 2014/95 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 3.

187 Avrupa Yeşil Mutabakatı, s. 17; Avrupa Birliği Konseyi'nin 05.12.2019 tarihli Sermaye Piyasaları Birliği'nin Derinliğinin Artırılması *("the Deepening of the Capital Markets Union")* başlıklı Konsey Sonuçları belgesi, s. 11. Konsey Sonuçları belgesine erişim için bkz. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14815-2019-INIT/en/pdf.

ÇSY ve KSS her ne kadar birbirine yakın kavramlar olsa da, aralarında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. KSS, ortaklık yönetim organlarını esas almakta ve ortaklıkların hesap verilebilirlik anlayışı ile etik bir şekilde hareket ederek kazanç sağlamasını teşvik etmektedir. Buna karşılık ÇSY'de, ortaklıklara yatırım yapan yatırımcılara odaklanılmakta ve yatırımcıların çevresel, sosyal ve yönetimsel faktörlerin yatırımdan doğan risk ve yatırımdan beklenen kazanç üzerindeki etkisine dikkat ederek yatırım kararı almasını amaçlamaktadır. KSS'de ortaklık yönetim organının, ortaklığın yönetimi için alacağı kararlarda izleyeceği politikalar üzerinden sürdürülebilirliğe katkı sağlanırken; ÇSY'de ise, ortaklıklara fon sağlayan yatırımcıların -özellikle kurumsal yatırımcıların- yatırım davranışları değiştirilerek sürdürülebilirliğin desteklenmesi hedeflenmektedir. Öncelikle yatırımcıların, fonlarını sürdürülebilir faaliyetlere kanalize etmesi; sonrasında ise, pay sahibi sıfatıyla yatırım yaptıkları ortaklıkların yönetimini sürdürülebilirliğe teşvik etmesi ve yönetimin faaliyetlerini bu anlamda denetlemesi beklenmektedir. Böylelikle yatırımcılar, ortaklıkların sürdürülebilir faaliyetlerde bulunmasına katkı sağlamaktadırlar (MOSLEIN/SØRENSEN, 2018a, s. 225).

Avrupa Komisyonu, bu kapsamda hazırladığı Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde[188] Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi[189]'ni 21.04.2021 tarihinde yayımlamıştır. Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu, taslak üzerinde bazı değişiklikler yapmış ve üzerinde geçici olarak anlaşma sağlanan taslağın son halini 30.06.2022 tarihinde yayımlamıştır[190].

Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi ile 2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde yapılması planlanan değişiklikler şu şekildedir:

- m. 19a ve m. 29a'nın başlığında yer alan "finansal olmayan beyan" ("non-financial statement") ifadesinin "sürdürülebilirlik raporlaması" ("sustainability reporting") olarak değiştirilmesi[191]*,*

Kavramlar arasındaki söz konusu farklılıklar nedeniyle, ortaklıkların hazırlayacakları raporların içeriği, sunuş şekli ve raporların denetimi de değişiklik göstermektedir (MACNEIL/ESSER, s. 16-19). Örneğin bir ortaklık, uygulayacağı yeni tedbirler sayesinde ortaklığın karbon ayak izini düşürmeyi hedeflediğini ilan edebilir. KSS'ye göre yapılan raporlamalarda, ortaklığın uygulayacağı tedbirlerin ve bunun sonuçlarına ilişkin yapılacak açıklamaların içeriğini belirlemek ortaklığın yönetim organının tercihine kalmıştır. ÇSY'ye göre yapılan raporlamalar, bu durumu bir adım ileri götürerek, ortaklığın ilan ettiği hedefler doğrultusundaki faaliyetlerin ve söz konusu faaliyetlerin sonuçlarının teknik olarak ölçülmesini sağlamaktadır. Böylelikle hem ortaklıkların sorumlulukları artırılmakta hem de yeşile boyamanın önüne geçilmektedir (MACNEIL/ESSER, s. 18; MYERS/CZARNEZKI, s. 997-998; LOPUCKI, s. 1449-1450). Ayrıca, KSS gönüllülük esasına dayalı olarak ortaya çıkmasına rağmen, gelinen süreçte ÇSY'nin bir zorunluluğa dönüştüğü ve söz konusu zorunluluğa dâhil olan ortaklık türlerinin arttığı gözlemlenmektedir (ROSINI, s. 63-76; HARPER HO Virginia, "Comply or Explain and the Future of Nonfinancial Reporting", **LCLR**, Vol. 21, No. 2, 2017, s. 319).

188 Taslakta, 2013/34 sayılı AB Direktifi'nin yanı sıra 2004/109 sayılı sayılı AB Direktifi, 2006/43 sayılı AB Direktifi ve 537/2017 sayılı AB Tüzüğü'nde de değişiklikler yapılması öngörülmektedir.

189 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting*. Taslak metne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0189&from=FR. Söz konusu Direktif, öğretide *"Corporate Sustainability Reporting Directive"/"CSRD"* olarak da adlandırılmaktadır (ROSINI, s. 72; CHIU, s. 109; Finansın Avrupa Yeşil Mutabakatı'na Kanalize Edilmesi Bildirisi, giriş paragrafı)

190 Taslak metnin güncel haline erişim için bkz. https://www.consilium.europa.eu/media/57644/st10835-xx22.pdf. Çalışmanın devamında Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun yayımladığı güncel taslak metin esas alınacaktır.

191 Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 7.

- Mikro ölçekte olmamak koşuluyla halka açık ortaklıkların tamamının ve büyük ölçekteki halka kapalı ortaklıkların tamamının sürdürülebilirlik raporlaması yükümlülüğü altına alınması[192]*,*

- Bağlı ortaklığın Avrupa Birliği bölgesinde, hâkim ortaklığın ise üçüncü bir ülkede bulunduğu gruplar için sürdürülebilirliğin raporlanması[193]*,*

- Sürdürülebilirliğin raporlanmasında ortaklıklar ve gruplar tarafından daha ayrıntılı bilgi verilmesi[194]*,*

- Sürdürülebilirliğin raporlanmasında çevresel, sosyal ve yönetimsel (ÇSY) faktörlere ilişkin bilgilerin verilmesi[195]*,*

- Sürdürülebilirliğin raporlanmasına ilişkin standartlar getirilmesi[196]*,*

---

[192] Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi m. 1/1 ve Dibace m. 15-17.

[193] Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi m. 1/10a ve m. 1/10b ve Dibace m. 17a.

[194] Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi m. 1/3.

[195] Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi m. 1/2.

[196] Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi m. 1/7a ve m. 1/7b.

Küresel olarak toplamda dört yüzden fazla kuruluşun, sürdürülebilirliğin raporlanmasına yönelik standart geliştirdiği ifade edilmektedir (ALEXANDER, s. 5; bkz. yuk. dn. 181) Bu durum karşısında öğretide, ortaklıklar tarafından açıklanacak sürdürülebilirlik raporlarına yönelik uluslararası bir standart getirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi halde, ortaklıkların yayımladıkları raporlardaki bilgilerin birbiriyle kıyaslanamayacağı ve bu durumun ortaklıkların denetlenmesindeki etkinliği azaltacağı ifade edilmektedir (MIGLIONICO, s. 126; LIN, s. 208; HARPER HO/PARK, s. 255; ALEXANDER, s. 5; SJAFJELL, 2018, s. 40; GARY, s. 767; RICHARDSON Benjamin, "Diffusing Environmental Regulation through the Financial Services Sector: Reforms in the EU and Other Jurisdictions", **MJECL**, Vol. 10, No. 3, 2003, s. 243). Gerçekten de, sermaye piyasalarının doğru bir şekilde işleyebilmesi, sermaye piyasası araçlarının gerçek değerine ulaşabilmesi ve piyasaya aktarılan fonun etkili bir biçimde kullanabilmesi için ihraççılar tarafından yayımlanan bilgilerin güvenilir ve karşılaştırılabilir olması gerekmektedir (RICHARDSON, s. 261).

Belirtmek gerekir ki, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları Vakfı *("International Financial Reporting Standards Foundation"/"IFRS")* sürdürülebilirliğin raporlanmasında uluslararası standartların geliştirilmesi için, bünyesinde Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu'nu *("International Sustainability Standards Board"/"ISSB")* kurmuştur. Böylelikle, vakıf bünyesindeki kurul sayısı ikiye çıkmıştır [Ortaklıkların finansal raporlarına ilişkin standartları belirleyen ve geliştiren Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu *("International Accounting Standards Board"/"IASB*") ve ortaklıkların sürdürülebilirlikle ilgili raporlarına ilişkin standartları belirleyen ve geliştiren Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu]. Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu 26.06.2023 tarihinde "IFRS S1

- Sürdürülebilirlik raporlarının yetkilendirilmiş bağımsız kuruluşlar tarafından doğrulanması[197].

C. Sürdürülebilir Yatırımın Geliştirilmesine İlişkin Araçlar Hakkındaki Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Sürdürülebilir finans, yeni finansal araçları da beraberinde getirmiştir[198]. Gerçekten de, piyasalarda sürdürülebilirliğe yönelik yeni karşılaştırma ölçütleri, standartlar ve etiketler kullanılmaya başlanmıştır[199]. Piyasaların sağlıklı bir şekilde işlemesi ve yatırımcıların korunması için söz konusu finansal araçların hukuken düzenlenmesine (ele alınmasına) ihtiyaç duyulmuştur[200].

AB hukukunda, sürdürülebilir finansla ilgili finansal araçları konu alan iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sürdürülebilir yatırımlarda kullanılan karşılaştırma ölçütlerine yönelik standartlar öngören 2019/2089

Sürdürülebilirlikle Bağlantılı Finansal Bilgilerin Açıklanması İçin Genel Gereksinimler" standardını *("General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information")* ve "IFRS S2 İklimle Bağlantılı Açıklamalar" standardını *("Climate-related Disclosures")* yayımlamıştır. 01.01.2024 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan standartlara erişim için bkz. https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/.

Keza Avrupa Komisyonu, 05.07.2017 tarihinde yayımladığı Finansal Olmayan Bilginin Raporlanmasına Yönelik Kılavuz'un bağlayıcı olmaması nedeniyle (bkz. yuk. III-2-B-c), ortaklıkların yayımladıkları bilgilerin tam ve karşılaştırabilir olmadığını belirterek, Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi'nde sürdürülebilirlik raporlaması hazırlamakla yükümlü ortaklıklar için bağlayıcı (zorunlu) olacak şekilde raporlama standardı uygulamayı tercih etmiştir. Ortaklıkların sürdürülebilirlik raporlarında standartlaşmanın sağlanmasıyla, raporların denetlenmesinin ve raporlama uygulamalarının geliştirilmesi hedeflenmektedir (Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 32). AB Sürdürülebilirlik Raporlama Standarları'nın *("European Sustainability Reporting Standards"/"ESRS")* belirlenmesi ve geliştirilmesi için Avrupa Finansal Raporlama Danışma Grubu (*"European Financial Reporting Advisory Group"/"EFRAG")* görevlendirilmiştir (Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 34). Avrupa Finansal Raporlama Danışma Grubu'nun sürdürülebilirlik raporlaması hakkındaki çalışmaları için bkz. https://www.efrag.org/Activities/2105191406363055/Sustainability-reporting-standards-interim-draft#.

[197] 2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde, finansal olmayan beyanların bağımsız kuruluşlar tarafından doğrulanmasına ilişkin bir zorunluluğun getirilip getirilmemesi üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır (2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 19a-6 ve 2014/95 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, Dibace m. 16).

[198] PARK, 2019, s. 7.

[199] Bkz. Strateji Belgesi, giriş paragrafı.

[200] Bkz. Strateji Belgesi, giriş paragrafı.

sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü[201] iken; ikincisi, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü[202]'dür. 2019/2089 sayılı AB Tüzüğü, konusu itibariyle bu çalışma kapsamında olmadığı değerlendirildiğinden, makalenin devamında yalnızca Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü incelenecektir.

b. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü

aa. Genel Olarak Yeşil Borçlanma Aracı Kavramı

Yeşil borçlanma aracı kavramı, ihraçtan elde edilen gelirlerin yalnızca yeni veya mevcut yeşil projelerin tamamını veya bir kısmını finanse etmek veya yeniden finansını[203] sağlamak üzere kullanılan borçlanma araçlarını ifade etmektedir[204].

İlk yeşil[205] borçlanma aracı, 2007 yılında Avrupa Yatırım Bankası tarafından yenilenebilir enerji projelerini finanse etmek için ihraç edilmiştir. Sonrasında 2008[206] yılında, Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası yeşil borçlanma aracı ihraç etmiştir[207]. Ortaklıklar tarafından ihraç edilen ilk yeşil

---

[201] *Regulation (EU) 2019/2089 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Regulation (EU) 2016/1011 as regards EU Climate Transition Benchmarks, EU Paris-aligned Benchmarks and sustainability-related disclosures for benchmarks*, OJ L. 317/17-27, 09.12.2016. 2019/2089 sayılı AB Tüzüğü'ne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R2089.

[202] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Green Bonds*. Taslak metne erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0391.

[203] Yeniden finans, ihraççının mevcut borcuna ilişkin sermaye giderlerini azaltmak veya mevcut borcu için ek finans kaynağı sağlamak üzere borçlanma aracı çıkarılmasını ifade etmektedir (PARK, 2019, s. 9-10).

[204] BERRADA ve diğ., s. 1; LIN/HONG, s. 144; PARK, 2018b, s. 4; FLAMMER Caroline, "Green Bonds: Effectiveness and Implications For Public Policy", **NBER Working Paper Series**, Working Paper No: 25950, 2019, s. 2; AB Teknik Uzmanlar Grubu'nun *("EU Technical Expert Group"/"TEG")* AB Yeşil Borçlanma Araçları Standartları hakkında 2019 yılında yayımladığı rapor *("Report on EU Green Bond Standard")*, s. 57 (Rapora erişim için bkz. https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-06/190618-sustainable-finance-teg-report-green-bond-standard_en.pdf).

[205] Borçlanma araçları, finanse ettikleri konulara (temalara) göre adlandırılmaktadır. "Yeşil" borçlanma araçları *("green bonds")* terimi çevresel projeleri, "sosyal" borçlanma araçları *("social bonds")* terimi sosyal amaçlı projeleri, "sürdürülebilir" borçlanma araçları *("sustainability bonds")* terimi ise hem çevresel hem de sosyal amaçlı -hibrit- projeleri finanse etmek için ihraç edilen borçlanma araçları için kullanılmaktadır (PARK, 2018a, s. 239).

[206] 2008 yılında ihraç edilen yeşil borçlanma araçlarına toplam bir milyar Dolar aktarılmışken; bu tutar 2018 yılında yüz kırk üç milyar Dolar'a çıkmıştır (FLAMMER, s. 2).

[207] LIN/HONG, s. 146; PARK, 2018b, s. 14; FLAMMER, s. 2.

borçlanma aracı ise 2013 yılında İsveç merkezli *Vasakronan Limited Ortaklığı* tarafından ihraç edilmiştir[208].

bb. Yeşil Borçlanma Araçları ile Klasik Borçlanma Araçları Arasındaki Farklar

Yeşil borçlanma araçları, klasik borçlanma araçlarına kıyasla bazı farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklardan ilki, borçlanma araçlarının vadesine ilişkindir. Yapılan bir araştırmada, ihraç edilen yeşil borçlanma araçlarının vadesinin (ortalama yedi yıl), klasik borçlanma araçlarının vadesinin (ortalama üç buçuk yıl) iki katı olduğu tespit edilmiştir. Yeşil borçlanma araçlarının vadesinin uzun olmasının nedeni, yeşil projeler ile ulaşılması amaçlanan çevresel hedeflerin ancak uzun bir vadede gerçekleşmesidir[209]. Nitekim sürdürülebilir finansta, sermayenin (fonun) *uzun vadeli* ve sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi hedeflenmektedir[210].

İkincisi, borçlanma araçlarının finanse ettiği projeler ve faaliyetler bakımındandır. Yeşil borçlanma aracı ihracıyla yalnızca çevresel projeler ve faaliyetler finanse edilirken, klasik borçlanma araçları bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır[211].

Üçüncüsü, borçlanma araçlarının hukuken düzenlenmesine ilişkindir. Hukuk kurallarının yeşil borçlanma araçları için geliştirilmesi ve güncellenmesi, klasik borçlanma araçlarına kıyasla, daha kapsamlı ve zordur; çünkü, farklı sektörlerdeki yeşil projelerin çevresel etkilerinin değerlendirilmesine ve izlenmesine yönelik teknik kuralların belirlenmesi daha geniş bir çalışmayı gerektirmektedir[212].

Dördüncüsü, borçlanma araçları sahiplerinin ihraççıların faaliyetlerini ve performansını izleyebilmesiyle ilgilidir. Klasik borçlanma aracı sahiplerinin, ihraççıların faaliyetlerini ve performansını takip edebileceği kaynaklar sınırlıyken; yeşil borçlanma aracı sahipleri bakımından ihraççıların yeşil borçlanma aracı ihraç ederken ve ihraç ettikten sonra yayımlaması gereken birtakım ek belgeler[213] bulunmaktadır. Bu durum, yeşil borçlanma aracı sa-

---

208 PARK, 2018b, s. 16.

209 FLAMMER, s. 9-10. Ayrıca bkz. yuk. dn. 26.

210 Üst Düzey Uzmanlar Grubu Raporu, s. 9; Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, p. 1.

211 PARK, 2019, s. 1.

212 LIN/HONG, s. 173.

213 Bkz. aşa. III-2-C-b-dd.

hiplerinin ihraççıların faaliyetlerini ve performanslarını takip etmesini kolaylaştırmaktadır[214].

Beşincisi, yeşil borçlanma araçlarının klasik borçlanma araçlarına kıyasla daha fazla yatırım toplayabileceği ifade edilmektedir[215]. Gerçekten de, yatırımcıları yeşil borçlanma araçlarını tercih etmeye yönlendiren iki neden vardır. Bunlardan ilki, yatırımcıların yatırım yaparken aynı zamanda sürdürülebilirlik üzerinde olumlu etki yaratmak istemeleridir[216]. İkincisi yatırımcıların, sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde bulunan ortaklıkları "kaliteli" olarak kabul ederek onlara güven duyması ve dolayısıyla, fonlarını "kaliteli" ortaklıklara aktarmayı tercih etmeleridir[217].

Altıncısı, yeşil borçlanma araçlarının ikincil piyasalardaki likiditesi klasik borçlanma araçlarına kıyasla daha düşüktür. Yeşil borçlanma araçlarına fon aktaran yatırımcıların çoğunluğu, belli çevresel hedeflere ulaşmayı amaçladıkları için yeşil borçlanma araçlarını vade sonuna kadar ellerinde tutmaktadırlar. Hal böyle olunca, yeşil borçlanma araçlarının ikincil piyasalardaki likiditesi azalmaktadır[218].

cc. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nün Kapsam ve Amacı

AB hukukunda, sürdürülebilir ve kapsayıcı kalkınmanın gerçekleşmesi için fon akışının sürdürülebilir yatırımlara kanalize edilmesi amacıyla planlanan eylemlerden biri de, sürdürülebilir finans ürünlerine yönelik standartların ve etiketlerin belirlenmesidir[219]. Söz konusu plan doğrultusunda, Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı'nda yeşil borçlanma araçlarına ilişkin standartların belirlenmesi için Avrupa Komisyonu'na çağrıda bulunulmuş-

---

[214] PARK, 2018b, s. 13.

[215] LIN/HONG, s. 173.

[216] GARY, s. 763-764: MÖLLERS, s. 214; KATELOUZOU/MICHELER, s. 220-221; PARK, 2018b, s. 5; LOPEZ-DE-SILANES ve diğ., s. 224-225; STRAMPELLI, s. 13. Yapılan araştırmalarda yatırımcıların büyük bir kısmının, yatırım kararı verirken aynı zamanda sürdürülebilirliğe olumlu katkı sağlamaya dikkat ettiği tespit edilmiştir (JEBE, s. 647; LENZI, s. 292; STRAMPELLI, s. 5). Hem kazanç sağlamayı hem de olumlu sürdürülebilir etki yaratmayı amaçlayan yatırımcılar için "hibrit yatırımcı" ifadesi kullanılmaktadır (LENZI, s. 303).

[217] LOPEZ-DE-SİLANES ve diğ., s. 225.

[218] TURAN Nilüfer, "Yeni Bir Borç Enstrümanı Olarak Yeşil Tahviller: Global Piyasalar ve Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Tespitler", **Sayıştay Dergisi**, C. 33, S. 125, 2022, s. 325-328.

[219] Sürdürülebilir Kalkınmanın Finansmanı'na İlişkin Eylem Planı, 2 No.lu Eylem. Ayrıca bkz. yuk. III-1.

tur[220]. Bu durum karşısında Avrupa Komisyonu, borçlanma araçlarının ihracında "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" *("European green bond"/"EuGB")* etiketinin kullanılmasına ilişkin koşulları belirleyen[221] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nü 06.07.2021 tarihinde yayımlamıştır.

Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nün iki amacı bulunmaktadır. İlki, ihraççılar tarafından satışa sunulan borçlanma araçlarında "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketinin kullanılabilmesi[222] için gereken koşulların düzenlenmesidir. İkincisi, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara yönelik sicil sistemi ve denetim mekanizması kurmaktır. Sözü edilen amaçlar, hem yatırımcıların ve ihraççıların korunmasına[223] hem de çevresel sürdürülebilir yatırımlara fon akışının sağlanmasına[224] yöneliktir[225].

"Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketini kullanacak olan ihraççılar bakımından herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır[226]. Diğer bir ifadeyle borçlanma aracı ihraç etmeye yetkili kişiler, "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi ile piyasaya borçlanma aracı arz edebilecektir. Dolayısıyla, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde belirtilen kurallar yalnızca ortaklıkları kapsamamaktadır[227].

---

220 Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 4.1.

221 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 1.

222 Etiket kullanılan borçlanma araçları diğer borçlanma araçlarına kıyasla daha cazip hale gelmektedir; çünkü, etiket kullanımı sayesinde hem piyasada bir bütünlük sağlanmakta hem de borçlanma araçları sahipleri, ihraççılara aktardıkları fonlar aracılığıyla olumlu bir çevresel etki doğuracaklarını bilmektedirler (LENZI, s. 305). Bununla birlikte, etiket kullanımı yatırımcıların, sürdürülebilir finans faaliyetleri hakkındaki farkındalığını artırmaktadır (PARK, 2019, s. 10-11).

223 Yeşil borçlanma araçları bakımından farklı kuruluşların geliştirdiği çeşitli standartlar bulunmakta, bu durum yatırımcıların Paris Anlaşması ile uyumlu olan borçlanma araçlarını tespit etmesini, borçlanma araçlarını kıyaslamasını zorlaştırırken aynı zamanda yatırımcıların piyasaya duyduğu güveni kırmaktadır (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 3, m. 4 ve m. 5). Bununla birlikte, farklı standartların geliştirildiği piyasalar ihraççıların, faaliyetlerinde daha çevresel iş modellerine geçmesini güçleştirmektedir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 4 ve m. 5). Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan sermayenin, kamu maliyesinin yanı sıra finans sektöründen de karşılanabilmesi için yeşil borçlanma araçlarına ilişkin kuralların belirlendiği bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır (Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 1).

224 Küresel ölçekte, yeşil borçlanma aracı ihracından elde edilen gelirlerin 2016 yılından 2019 yılına kadar geçen sürede üç kat artarak iki yüz yirmi beş milyar Euro'ya ulaştığı tespit edilmiştir (Avrupa Yeşil Mutabakatı Yatırım Planı, p. 1).

225 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 37.

226 PARK, 2018a, s. 241.

227 PARK, 2018b, s. 8; FLAMMER, s. 2. Nitekim, 2007 ila 2018 yılları arasında yeşil borçlanma aracı ihraç eden ihraççılar hakkında yapılan bir araştırmada, söz konusu dönemde en çok yeşil

dd. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nün Genel Özellikleri

Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'ne göre, "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi kullanılarak ihraç edilen borçlanma araçlarından elde edilen gelirlerin, çevresel anlamda olumlu etkiye sahip ekonomik faaliyetlerde kullanılması gerekmektedir[228]. Çevresel olumlu etkinin farklı biçimlerde meydana gelebileceği düşünülerek, borçlanma araçlarından elde edilen fonun duran varlıklarda, finansal varlıklarda, sermaye giderlerinde ve operasyon giderlerinde kullanılabileceği kabul edilmiştir[229]. Ancak hemen belirtelim ki "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi kullanılarak ihraç edilen borçlanma araçlarından elde edilecek fonun, yalnızca -Sınıflandırma Tüzüğü m. 3'te belirtilen koşulları sağlayarak[230]- çevresel bakımdan sürdürülebilir nitelikte kabul edilen ekonomik faaliyetlerle *veya* sınıflandırma uyum planında[231] *("taxonomy-alignment plan")* belirtilen sürede[232] çevresel bakımdan sürdürülebilir nitelikte olması planlanan ekonomik faaliyetlerle ilgili duran varlıklar, finansal varlıklar, sermaye giderleri ve operasyon giderleri için kullanılması gerekmektedir[233].

Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde ikinci olarak, şeffaflık ve dış değerlendirme hizmetine ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Buna göre, "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi ile borçlanma aracı ihraç edecek olan ihraççı, ihraçtan önce borçlanma aracına ilişkin bilgi formu[234] *("factsheet")* doldurmalı ve söz konusu bilgi formu, dış değerlendirme hiz-

borçlanma aracı ihraç eden ihraççıların kamu tüzel kişileri oldukları tespit edilmiştir (FLAMMER, s. 3).

228 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 9.

229 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 4/1.

230 Bkz. yuk. III-2-A-b.

231 Sınıflandırma uyum planında, bir ekonomik faaliyetin Sınıflandırma Tüzüğü m. 3'te belirtilen koşulları sağlaması için yapılacak olan eylemler ve giderler açıklanmaktadır (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 6/1).

232 Süre, kural olarak, borçlanma aracının ihracından itibaren beş yıldır (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 6/1).

233 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 4, m. 5, m. 6, m. 7 ve Dibace m. 9. Belirtmek gerekir ki, ihraççının yeşil borçlanma aracı ihraç etmesi, ihraççının faaliyetlerinin tamamının çevreye faydalı olduğu anlamına gelmemektedir; çünkü, ihraççı borçlanma aracından elde ettiği geliri yalnızca yeşil proje(ler) için kullanırken, aynı zamanda diğer faaliyetlerine de devam etmektedir. Keza yapılan bir araştırmada, yeşil borçlanma aracı ihraç eden ortaklıkların, karbon yoğunluğunun azaltılmasındaki etkisinin az olduğu tespit edilmiştir (MYERS/CZARNEZKI, s. 1038).

234 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü Ek-1.

meti veren kuruluşların[235] ihraç öncesi değerlendirmesine[236] *("pre-issuance review")* tabi tutularak olumlu görüş almalıdır[237]. Ayrıca, "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi ile ihraç edilecek borçlanma araçlarının izahnamesinde, borçlanma aracının Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde belirtilen kurallara göre ihraç edildiği açıkça ifade edilmelidir[238].

"Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" etiketi ile borçlanma aracı ihraç edildikten sonra ihraççı, ihraçtan elde edilen fonun tamamının kullanıldığı tarihe kadar, söz konusu fonun nasıl değerlendirildiğine ilişkin kullanım raporunu[239] *("allocation report")* her yıl için hazırlamalı ve sözü edilen kullanım raporu, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların ihraç sonrası değerlendirmesine[240] *("post-issuance review")* tabi tutulmalıdır.

İhraççı, ihraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra, borçlanma aracının vadesi içerisinde en az bir kere etki raporu *("impact report")* düzenlemek zorundadır. Söz konusu rapor, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nün üç numaralı ekinde belirtilen şablona uygun bir biçimde hazırlanmalı ve bu raporda, ihraçtan elde edilen gelirlerin kullanılması neticesinde meydana gelen *çevresel*[241] etki açıklanmalıdır[242].

---

[235] Avrupa yeşil borçlanma araçları hakkında dış değerlendirme hizmeti verecek olan kuruluşların Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi *("European Securities and Markets Authorities"/"ESMA")* nezdinde tutulan sicile kayıt yaptırmış olmaları gerekmektedir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 14/1 ve m. 15/2). Dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlarda sicile kayıt zorunluluğunun öngörülmesi, kuruluşların karar alma süreçlerinde şeffaflığın sağlanmasını, kuruluşlarda çalışan kişilerin yeterli niteliğe ve tecrübeye sahip olmasını ve çıkar çatışması riskinin en aza indirilmesi suretiyle yatırımcıların korunmasını amaçlamaktadır (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 21).

[236] Bu değerlendirme, bilgi formunun Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 4 ila 7'de belirtilen kurallarla ve Tüzüğün 1 numaralı eki ile uyumlu olup olmadığına yöneliktir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 8/3-a).

[237] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 8.

[238] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 12/1.

[239] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü Ek-2. İhraççı, bilgi formunda, ihraçtan elde edilen gelirin nasıl kullanmayı planladığını açıklarken; kullanım raporunda ise, ihraçtan elde edilen gelirin gerçekten nasıl kullanıldığını açıklamaktadır (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 13).

[240] Bu değerlendirme, borçlanma aracının ihracından elde edilen gelirlerin; Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 4 ila 7'de belirtilen kurallara, bilgi formunda belirtilen kullanım amaçlarına ve Tüzüğün 4 numaralı ekinde belirtilen unsurlara uyumlu olarak kullanılıp kullanılmadığına yöneliktir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 9/7).

[241] Sosyal borçlanma araçları (bkz. yuk. dn. 205) için hazırlanacak etki raporlarında, sosyal etkinin hesaplanmasının ve raporda gösterilmesinin zor olacağı yönünde bkz. PARK, 2018a, s. 246.

İhraççı, internet sitesinde "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" başlığı altında; bilgi formunu, ihraç öncesi değerlendirme raporunu, yıllık kullanım raporlarını, ihraç sonrası değerlendirme raporlarını ve etki raporunu yayımlamak zorundadır[243]. Keza, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar da ihraç öncesi ve ihraç sonrası değerlendirmede bulundukları borçlanma araçlarına ilişkin raporları internet sitelerinde yayımlamakla yükümlüdürler[244].

İhraççı, yukarıda açıklanan yükümlülükleri[245] yerine getirmezse, yetkili idari kuruluş tarafından idari yaptırımlara *("administrative sanctions")* tabi tutulmaktadır[246]. İdari yaptırımlar; ihlalin kamuya açıklanması, ihlalin durdurulması talebinde bulunulması ve idari para cezası olarak belirtilmiştir[247]. Yetkili idari kuruluş, uygulayacağı idari yaptırım türünü belirlerken; ihlalin ağırlığı ve süresi, ihlalin küçük yatırımcıların çıkarları üzerindeki etkisi ve ihlalden elde edilen kazanç miktarı gibi çeşitli etkenleri değerlendirmektedir[248].

Benzer şekilde, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar[249] da ESMA tarafından denetlenmektedir[250]. ESMA yaptığı denetimler neticesinde, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 52/2'de belirtilen ihlallerden birini gerçekleştirdiklerini tespit ederse, ihlali gerçekleştiren dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar hakkında denetim tedbirleri *("supervisory measures")* uygulayabilmektedir. Denetim tedbirleri; dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşun sicilden silinmesi, geçici olarak faaliyetten men edilmesi, ihlalin durdurulması talebinde bulunulması, para cezası ve ihlalin kamuya açıklanması şeklinde belir-

---

242 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 10. Değerlendirme için kullanılan ölçümler, yöntemler ve varsayımlar etki raporunda açıkça belirtilmelidir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 18).

243 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 13/1.

244 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 30/1.

245 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 8-13 ve m. 37'de belirtilen yükümlülükler.

246 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 41/1.

247 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 41/2.

248 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 42/1.

249 Dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşların organizasyon yapısı ve yönetim süreçleri hakkındaki kurallar için bkz. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 18-28). Bu kurallar, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların sundukları ihraç öncesi ve ihraç sonrası değerlendirme hizmetlerinin bağımsız, nesnel ve kaliteli bir biçimde gerçekleşmesi için öngörülmektedir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 23).

250 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 46-50.

tilmiştir[251]. ESMA, uygulayacağı denetim tedbirinin türünü belirlerken -tıpkı yetkili idari kuruluşlarda olduğu gibi- ihlalin ağırlığı ve süresi, ihlalin küçük yatırımcıların çıkarları üzerindeki etkisi ve ihlalden elde edilen kazanç miktarı gibi çeşitli etkenleri değerlendirmektedir[252].

IV. SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN YAYIMLANAN "YEŞİL BORÇLANMA ARACI, SÜRDÜRÜLEBİLİR BORÇLANMA ARACI, YEŞİL KİRA SERTİFİKASI, SÜRDÜRÜLEBİLİR KİRA SERTİFİKASI REHBERİ"NE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

1. Avrupa Birliği'nin Sürdürülebilir Finans Düzenlemeleri Kapsamında Türk Hukukuna Genel Bir Bakış

A. Sürdürülebilirliğin Sınıflandırılması Bakımından

AB hukukunda, Sınıflandırma Tüzüğü'yle "çevresel" amaçlara katkı sağlayan, başka bir deyişle "çevresel[253] bakımdan sürdürülebilir" nitelikte olan ekonomik faaliyetlerin belirlenmesine ilişkin koşullar ele alınmıştır. Türk hukukunda ise, henüz bir sınıflandırma sistemi bulunmamaktadır. İklim Şûrası'nda alınan Komisyon Tavsiye Kararları'nda "ulusal yeşil taksonomi mevzuatının hazırlanması amacıyla bir Teknik Uzman Grubu oluşturulması ve mevzuat hazırlıklarının 2023 yılı sonuna kadar tamamlanması" önerilmiştir[254].

B. Piyasa Katılımcıları Bakımından

a. Ortaklıklar Bakımından

AB hukukunda, ortaklıklar için 2013/34 sayılı AB Direktifi m. 19a ve m. 29a ile Sınıflandırma Tüzüğü m. 8 hükümleri hali hazırda uygulanıyor olsa da; Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu, 30.06.2022 tarihinde yayımladığı Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi ile 2013/34 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde önemli deği-

---

251 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 51/1.

252 Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 51/3.

253 Sosyal ve yönetimsel bakımdan sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerin özelliklerinin belirlenmesine ilişkin çalışmalar devam etmektedir (Bkz. yuk. III-2-A-b).

254 Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 112.

şiklikler (rapor hazırlama yükümlülüğünde bulunan ortaklıkların kapsamının genişletilmesi, sürdürülebilirliğin raporlanmasına ilişkin standartlar getirilmesi, sürdürülebilirlik raporlarındaki bilgilerin doğrulanması gibi) yapmayı planlamaktadır[255].

Ayrıca, Avrupa Finansal Raporlama Danışma Grubu'nun, AB Sürdürülebilirlik Raporlama Standarları'nın belirlenmesi ve geliştirilmesine yönelik çalışmaları devam etmektedir. Benzer şekilde, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları Vakfı sürdürülebilirliğin raporlanmasında kullanılmak üzere hazırladığı uluslararası standartları yayımlamaya başlamıştır[256].

Türk hukukunda ise, Kurumsal Yönetim Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliği ile birlikte, kurumsal yönetim ilkelerine tabi halka açık ortaklıklar aynı zamanda "sürdürülebilirlik ilkelerine" tabi tutulmaya başlanmıştır. Buna göre, sürdürülebilirlik ilkelerinin halka açık ortaklıklar tarafından uygulanması gönüllülük esasına dayanmaktadır[257]. Halka açık ortaklıklar yıllık faaliyet raporlarında ya Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi[258]" kapsamında açıklamalarda bulunmaktadırlar ya da sürdürülebilirlik ilkeleri uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli bir açıklama yapmaktadırlar[259] *(uy ya da açıkla ilkesi[260]/"comply or explain principle")*. Bununla birlikte, yaptığımız araştırmalarda BİST-30 endeksinde yer alan halka açık ortaklıkların[261] çoğunluğunun, yıllık faaliyet raporlarında "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi" kapsamında yaptıkları açıklamaların yanı sıra, "GRI standartlarından[262]" yararlanarak "yıllık sürdürülebilirlik raporları" hazırladıkları ve internet sitelerinde yayımladıkları tespit edilmiştir.

---

255 Bkz. yuk. III-2-B-d.

256 Bkz. yuk. dn. 196.

257 Kurumsal Yönetim Tebliği m. 8/3 ve Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi, p. 2.

258 Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ilan edilen "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi"ne erişim için bkz. https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1332.

259 Kurumsal Yönetim Tebliği m. 1/5. Bu uygulama, 2020 yılı verilerini içerecek şekilde 2021 yılı faaliyet raporlarından itibaren yürütülmektedir (Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi, p. 3).

260 Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi, p. 2. Uy ya da açıkla ilkesi hakkında bkz. HARPER HO, s. 329-331.

261 Söz konusu ortaklıklara erişim için bkz. https://www.kap.org.tr/tr/Endeksler.

262 Bkz. yuk. dn. 183.

İklim Şûrası'nda alınan Komisyon Tavsiye Kararları'nda, *"Finansal kuruluşlar dâhil olmak üzere belirli büyüklükteki işletmeler için iklim, çevre, sosyal ve yönetişim konularına ilişkin finansal ve finansal olmayan bilgilere ait yüksek kaliteli, karşılaştırılabilir ve güvenilir raporlamayı sağlayacak, uluslararası standartlarla uyumlu Türkiye Sürdürülebilirlik Standartları'nın belirlenmesi ve yayımlanması"* önerilmiştir[263].

Söz konusu öneriyi takiben, 7408 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[264]'un yürürlüğe girmesiyle TTK m. 88'e yeni bir fıkra (altıncı fıkra) eklenmiştir. TTK m. 88/6 hükmüne göre;

> *"Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, belirlediği işletmeler ve kuruluşlar için uygulamada birliği ve sürdürülebilirliğe ilişkin raporlamaların uluslararası alanda geçerliliğini sağlamak amacıyla uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını belirlemeye ve yayımlamaya yetkilidir. Belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kanunla kurulan kurum ve kurullar, Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarına uygun olmak şartıyla, kendi alanları için geçerli olacak standartlarla ilgili olarak ayrıntıya ilişkin düzenlemeler yapabilir[265]".*

---

[263] Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 118.

[264] RG. 04.06.2022, S. 31856.

[265] TTK m. 88/6'ya ilişkin madde gerekçesi şu şekildedir: *"Finansal piyasaların etkin bir şekilde faaliyet göstermesi için yatırım kararları alınırken sürdürülebilirlikle ilgili risklere ve fırsatlara ilişkin kaliteli ve karşılaştırılabilir bilgiye ulaşılması günümüzde çok önemli hale gelmiştir. Küresel sürdürülebilirlik standartlarına yönelik yoğun talebe yanıt olarak İskoçya'nın Glasgow şehrinde 31 Ekim - 12 Kasım 2021 tarihleri arasında küresel ısınma ve sera gazı salınım oranlarını azaltma amacıyla 197 ülkenin katılımıyla gerçekleştirilen 2021 Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansında (COP26) Uluslararası Muhasebe Standartları Vakfı tarafından Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulunun kurulduğu ilan edilmiştir.*

Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulunun temel amacı, UFRS Sürdürülebilirlik Açıklama Standartları adıyla kamu yararını gözeterek finansal piyasalar için kapsamlı bir küresel sürdürülebilirlik standart seti geliştirmektir. Bu kapsamda, UFRS Sürdürülebilirlik Açıklama Standartları vasıtasıyla yatırımcıların işletme değerini belirlemesi, işletmelerin çevresel, sosyal ve kurumsal yönetime ilişkin sorunlara nasıl karşılık verdiğini anlaması ve yatırım kararı alırken sürdürülebilirliğe ilişkin ihtiyaca uygun bilgiye ulaşması kolaylaşacaktır. Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu ile birlikte Uluslararası Muhasebe Standartları Vakfı bünyesinde yer alacak ve onunla yakın bir şekilde çalışacaktır.

Bu kapsamda, Uluslararası Muhasebe Standartları Vakfı tarafından yayımlanan söz konusu standartların Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından belirlenmesi ve yayımlanması amacıyla anılan Kuruma yetki verilmesi amaçlanmaktadır" (Sanayi, Ti-

Kanaatimizce, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları Vakfı'nın sürdürülebilirliğin raporlanması için hazırlayacağı uluslararası standartları açıklamasını takiben, TTK 88/6 hükmü uyarınca Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu söz konusu uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını yayımlayacaktır. Hangi tür ortaklıkların, Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'na tabi olarak sürdürülebilirlik raporu hazırlamakla sorumlu olacağı hususu önem arz etmektedir. Zira, Türk hukukundaki mevcut uygulama yalnızca halka açık ortaklıkları kapsamaktayken; AB hukukunda yürürlüğe girmesi planlanan Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi hem halka açık ortaklıkları hem de büyük ölçekteki halka kapalı ortaklıkları kapsamaktadır[266].

Bununla birlikte, Kurumsal Yönetim Tebliği'nde belirtilen sürdürülebilirlik ilkelerinin halka açık ortaklıklar tarafından uygulanması, gönüllülük esasına dayalı olmasına rağmen; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'nın yayımlanmasından sonra ortaklıklar, sürdürülebilirlik raporlarını Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'na uygun bir şekilde hazırlamakla yükümlü olacaktır. Nitekim, TTK m. 88/6'da Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'nın, uygulamada birliği ve sürdürülebilirliğe ilişkin raporlamaların uluslararası alanda geçerliliğini sağlamak amacıyla hazırlanacağı ifade edilmiştir. Bu durum, AB hukukunda yürürlüğe girmesi planlanan Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlaması İçin Bazı Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Değişiklikler Yapılmasına İlişkin Taslak Avrupa Birliği Direktifi ile getirilmek istenen standartlara ve söz konusu standartlara uygun şekilde rapor hazırlama yükümlülüğüne paraleldir[267].

b. Sermaye Piyasası Kurumları Bakımından

AB hukukunda, Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'nde finans piyasası katılımcıları ve finans danışmanları için[268]; 2021/1253

---

caret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, Dönem: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayı No: 335, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss335.pdf, s. 10).

266 Bkz. ve karş. yuk. III-2-B-d.

267 Bkz. yuk. III-2-B-d.

268 Finansal Hizmetler Sektöründe Sürdürülebilirlik Tüzüğü'ndeki "finans piyasası katılımcıları" ve "finans danışmanları" terimleri ile ifade edilen kurumların özellikleri incelendiğinde, "finans piyasası katılımcıları" teriminin Türk sermaye piyasası hukukunda portföy yöneticiliği ve/veya portföy işletmeciliği hizmeti sunan sermaye piyasası kurumlarını; "finans danışman-

sayılı AB Yönetmeliği ile 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği'ne eklenen hükümlerde ise, yatırım kuruluşları için birtakım yükümlülükler öngörülmüştür[269].

Türk hukukunda ise, halka açık ortaklıklar için düzenlenen kurumsal yönetim ilkeleri ve bu kapsamdaki "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi", sermaye piyasası kurumları bakımından kıyasen uygulanmaktadır[270]. Ancak Türk hukukunda sermaye piyasası kurumlarına ilişkin mevcut durum, AB hukukundaki uygulama ile uyumlu değildir; çünkü AB hukukunda, sermaye piyasası kurumları için sürdürülebilir finansa ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır[271].

Kanaatimizce, Türk hukukunda sürdürülebilir finans konusunda sermaye piyasası kurumları bakımından, tıpkı AB hukukundaki gibi ayrı bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira, ihraççı konumunda olan halka açık ortaklıklar piyasadan fon talep etmekteyken; yatırım hizmet ve faaliyetinde bulunan sermaye piyasası kurumları, -fon talep eden- ihraççılar ile -fon arz eden- yatırımcılara yardımcı olmaktadırlar[272]. Halka açık ortaklıklar ile sermaye piyasası kurumlarının sermaye piyasalarındaki konumlarının birbirin-

ları" teriminin ise, yatırım danışmanlığı hizmeti sunan sermaye piyasası kurumlarını ifade ettiği anlaşılmaktadır.

269 Bkz. yuk. III-2-B-a ve yuk. III-2-B-b.

270 SPKn m. 36/2 ve m. 17/1-2.

271 Bkz. yuk. III-2-B-a ve III-2-B-b. Keza Anglo-Sakson hukukunda da benzer bir durum vardır. Şöyle ki, 2000'li yıllarda yaşanan finansal krizlerin ardından İngiltere, kurumsal yatırımcıların, pay sahibi oldukları ortaklıkların yönetimlerinde daha katılımcı olmaları ve faaliyetlerinde şeffaflığa daha fazla önem vermelerini sağlamak amacıyla, 2010 yılında Kurumsal Yatırımcılar İçin Kurumsal Yönetim İlkeleri'ni *("Stewardship Code")* kabul etmiştir (SERGAKIS Konstantinos, "The UK Stewardship Code: Bridging the Gap between Companies and Institutional Investors", **RJT**, Vol. 47, No. 1, 2013, s. 122; ROACH Lee, "The UK Stewardship Code", **JCLS**, Vol. 11, No. 2, 2011, s. 464; CHEFFINS Brian, "The Stewardship Code's Achilles' Heel", **MLR**, Vol. 73, No. 6, 2010, s. 1014). Finans piyasaları ile sürdürülebilirliğin bir araya gelmesini takiben İngiltere, 2020 yılında Kurumsal Yatırımcılar İçin Kurumsal Yönetim İlkeleri'ni güncellemiştir (Kurumsal Yatırımcılar İçin Kurumsal Yönetim İlkeleri metninin güncel haline ulaşmak için bkz. https://www.frc.org.uk/getattachment/5aae591d-d9d3-4cf4-814a-d14e156a1d87/Stewardship-Code_Final2.pdf). Sürdürülebilirliği desteklemek amacıyla, Kurumsal Yatırımcılar İçin Kurumsal Yönetim İlkeleri'ne yedi numaralı ilke eklenmiştir. Yedi numaralı ilkeye göre, kurumsal yatırımcıların ESG faktörlerini, yatırımlarında ve yatırım yaptıkları ortaklıkların yönetimlerine katılımlarında bütünleştirmeleri ve raporlamaları; ayrıca, kurumsal yatırımcıların yatırım kararlarının, müşterilerinin yararına nasıl en iyi şekilde hizmet ettiğini açıklamaları beklenmektedir (KATELOUZOU/KLETTNER, s. 20).

272 TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1982, s. 78-79; TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası, C. 1, Taraflar**, B. 2, Beta, İstanbul, 1999, s. 69-71.

den farklı olması; halka açık ortaklıklar için öngörülen "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi"nin, sermaye piyasası kurumları bakımından kıyasen uygulanmasını zorlaştırmaktadır[273].

Örneğin AB hukukuna göre, sermaye piyasası kurumları yatırım danışmanlığı/portföy yöneticiliği hizmeti sunmadan önce, müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini öğrenmekle[274] ve müşterilerine sundukları yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinden kaynaklanabilecek çıkar çatışmalarını tespit ederken, müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini dikkate almakla[275] yükümlüdürler. Türk hukukunda ise, ne "sürdürülebilirlik ilkeleri uyum çerçevesi"nde ne de anılan sermaye piyasası kurumlarına ilişkin diğer düzenlemelerde buna yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Kanaatimizce, portföy yöneticiliği hizmeti ve yatırım danışmanlığı hizmeti sunulmadan önce müşterilere yapılan yerindelik testlerinin[276] içeriği, müşterilerin sürdürülebilirlik tercihlerini öğrenmeye ilişkin soruları barındıracak şekilde yeniden düzenlenmelidir. Ayrıca, anılan sermaye piyasası kurumlarının, faaliyetleri sebebiyle meydana gelebilecek çıkar çatışmaları için öngörülen yükümlülükleri[277] içerisinde müşterilerinin sürdürülebilirlik tercihlerini de dikkate almalarını sağlayacak hükümler getirilmelidir.

2. Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberine Genel Bir Bakış

Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan Ekonomi Reformları Eylem Planı'nda, "finansal sektör" başlığı altında açıklanan "sermaye piyasalarının güçlendirilmesine ilişkin eylemler" arasında "yeşil tahvil ve sukuk[278] ihraçları-

---

[273] Nitekim, sürdürülebilir finans halka açık ortaklıklar bakımından, faaliyetlerinde sürdürülebilirliğe öncelik vermesine; kurumsal yatırımcılar bakımından ise hem himayelerindeki fonları sürdürülebilir faaliyetlere kanalize etmelerine hem de pay sahibi sıfatıyla yatırım yaptıkları ortaklıkların, yönetim organlarını sürdürülebilir faaliyetlere teşvik etmelerine ve yönetimin faaliyetlerini bu anlamda denetlemelerine odaklanmaktadır (Bkz. yuk. dn. 151, dn. 187 ve dn. 271).

[274] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 2/7, m. 2/8, m. 2/9, m. 54/2-a, m. 54/5, m. 54/10 ve m. 54/12.

[275] 2017/565 sayılı AB Yönetmeliği m. 33 ve 2021/1253 sayılı AB Yönetmeliği, Dibace m. 4.

[276] Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ m. 40 ve m. 48/1.

[277] Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ m. 41/1-e ve m. 49/1-ç.

[278] "Sukuk" ve "kira sertifikası" terimleri birbirleri yerine kullanılmaktadır. Kira sertifikasının islami finanstaki karşılığı sukuktur (KARACAN Ali İhsan/ERİŞİR KARACAN Esra, **Sermaye Piyasası Araçları**, Legal, İstanbul, 2021, s. 325). Kira sertifikaları, her türlü varlık veya hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haklardan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan, nitelikleri Kurul'ca belirlenen sermaye piyasası araçlarıdır (SPKn m. 61/1).

nın teşvik edilmesi" yer almaktadır[279]. Benzer şekilde, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen İklim Şûrası'nda alınan tavsiye kararlarından biri de "yeşil ve sürdürülebilir yatırımların finansmanının artırılabilmesini teminen yeşil ve sürdürülebilir tahvil, kira sertifikası ve diğer sermaye araçları piyasalarının geliştirilmesine yönelik çalışmalar" yapılmasıdır[280].

Sermaye Piyasası Kurulu bünyesinde bulunan Kurul Karar Organı[281], sürdürülebilirliğe olumlu katkı sağlayacak yatırımların finansmanının teşvik edilmesi için, SPKn m. 1 ve m. 128/1-e hükümleri uyarınca "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi[282]"ni i-SPK 128.18 sayılı İlke Kararı ile kabul ederek 24.02.2022 tarihinde yayımlamıştır[283].

Rehber, beş ana başlıktan oluşmaktadır; (A) amaç, kapsam ve dayanak, (B) tanımlar, (C) yeşil borçlanma aracına ilişin genel esaslar, (Ç) yeşil borçlanma aracı temel bileşenleri, (D) dış değerlendirme ve (E) yurt dışı ihraçlar. Söz konusu ana başlıklar altında, yeşil borçlanma araçlarına[284] ilişkin ilke ve yükümlülükler belirlenmiş olup; sürdürülebilir borçlanma araçları[285], yeşil kira sertifikası[286] ve sürdürülebilir kira sertifikası bakımından da aynı ilke ve yükümlülüklerin geçerli olduğu ifade edilmiştir[287].

---

279 Bkz. yuk. I-3.

280 Komisyon Tavsiye Kararları, Karar No: 117.

281 Kurul Karar Organı'nın yapısı ve görevleri için bkz. SPKn m. 117/1, m. 118/1 ve m. 122.

282 Çalışmanın devamında "Rehber" olarak anılacaktır. Rehber'e erişim için bkz. https://spk.gov.tr/surdurulebilirlik.

283 Ayrıca çevreye/sürdürülebilirliğe olumlu etki edecek yatırımların sermaye piyasası yoluyla finansmanının teşvik edilmesi için, Kurul Karar Organı'nın i-SPK 128.18 sayılı İlke Kararı'nda Rehber kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının ihracında sermaye piyasası mevzuatının ilgili hükümleri uyarınca alınacak Kurul ücretlerinde %50 oranında indirim uygulanmasına karar verilmiştir (https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20220224/0).

284 Yeşil borçlanma aracı; Rehber'in dört temel bileşeni ile çerçevelenen, ihracından elde edilecek fonun münhasıran elverişli yeşil proje tanımına uygun yeni ve/veya mevcut yeşil projelerin kısmen ya da tamamen finansmanı veya yeniden finansmanında kullanılacak olan borsada işlem gören veya görmeyen her türlü borçlanma araçlarını ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-ğ].

285 Sürdürülebilir borçlanma aracı/sürdürülebilir kira sertifikası; ihracından elde edilecek fonun münhasıran çevresel ve toplumsal olumlu etkileri birlikte içeren projelerin kısmen ya da tamamen finansmanı veya yeniden finansmanında kullanılacak olan borsada işlem gören veya görmeyen her türlü borçlanma araçlarını/kira sertifikasını ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-g].

286 Yeşil kira sertifikası; Rehber'in dört temel bileşeni ile çerçevelenen, ihracından elde edilecek fonun münhasıran elverişli yeşil proje tanımına uygun yeni ve/veya mevcut yeşil projelerin kısmen ya da tamamen finansmanı veya yeniden finansmanında kullanılacak olan borsada işlem gören veya görmeyen her türlü kira sertifikasını ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-h].

287 Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 3.

Rehber, yeşil ve sürdürülebilir sermaye piyasası araçlarına özgü "proje seçimi", "ihraçtan elde edilen fonun kullanımı", "ihraçtan elde edilen fonun yönetimi" ve "raporlama"ya ilişkin kamuyu aydınlatma, raporlama yükümlülükleri ve dış değerlendirme hizmeti sunumu konularını, "yükümlülük" ve "tavsiye" niteliğindeki kurallar ile düzenlemektedir[288].

Rehber, ICMA'nın oluşturduğu Yeşil Tahvil İlkeleri, Haziran 2021 *("Green Bond Principles, June 2021")* esas alınarak hazırlanmıştır. ICMA Yeşil Tahvil İlkeleri'nin yanı sıra Rehber kapsamındaki konuların uygulamasına dair ICMA tarafından yayımlanan diğer İlke Setleri[289]'nin de tamamlayıcı olarak esas alınabileceği belirtilmiştir. Nitekim, sürdürülebilirlik[290] borçlanma aracı ihracında ICMA'nın Sürdürülebilir Tahvil İlkeleri'nin *("Sustainability Bond Guidelines")* dikkate alınması açıkça tavsiye edilmiştir[291].

Rehber'de "yeşil" terimi çevresel bakımdan etkili olan sermaye piyasası araçları için kullanılmışken; "sürdürülebilir" terimi hem çevresel hem de sosyal etkiye sahip sermaye piyasası araçları için kullanılmıştır[292].

3. Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberine İlişkin Değerlendirmeler

A. Amaç Bakımından

Rehber; yeşil borçlanma aracı, sürdürülebilir borçlanma aracı, yeşil kira sertifikası ve sürdürülebilir kira sertifikası ihraçlarının uluslararası finansal piyasalardaki en iyi uygulamalar ve standartlarla uyumlu şekilde yürütülmesi, çevresel sürdürülebilirliğe katkı sağlayabilecek yeşil projelerin finansmanında, şeffaflık, dürüstlük, tutarlılık ve karşılaştırılabilirliğin artırılması amacıyla hazırlanmıştır. Bu amaca erişilebilmesi için yeşil projelerin finansmanı sürecinde uyulacak temel ilkeler Rehber'de belirtilmiştir[293].

---

[288] https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20220224/0.

[289] İlke setlerine erişim için bkz. https://www.icmagroup.org/sustainable-finance/the-principles-guidelines-and-handbooks/.

[290] Rehber'in iki numaralı dipnotunda her ne kadar "sürdürülebilirlik" borçlanma aracı ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifade "sürdürülebilir" borçlanma aracı olarak anlaşılmalıdır. Nitekim Rehber'in başlığı ve ilgili tanım maddesinde "sürdürülebilir" borçlanma aracı ifadesi kullanılmaktadır [Karş. Rehber, dn. 2 ve Rehber, (B) bölümü, p. 1-g].

[291] Bkz. Rehber, dn. 2.

[292] Bkz. Rehber, dn. 1; Rehber, (B) bölümü, p. 1-g ve p. 1-ğ; yuk. dn. 205.

[293] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 1.

Kanaatimizce, Rehber ile Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü aynı amaç doğrultusunda hazırlanmıştır. Her iki düzenleme de hem yatırımcıların ve ihraççıların korunmasına hem de sürdürülebilir yatırımlara fon akışının sağlanmasına yöneliktir.

B. Kapsam Bakımından

Kapsam bakımından belirtmek gerekir ki, Rehber'in adı ile içeriği tam olarak örtüşmemektedir. Rehber'in adı "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi" olarak belirlenmişse de, Rehber yalnızca "yeşil" ve "sürdürülebilir" temalı sermaye piyasası araçlarını kapsamamaktadır. Rehber'de, "yeşil" borçlanma araçlarının ihraçlarında uyulması gereken ilke ve yükümlülüklerin belirlendiği[294]; "sürdürülebilir" borçlanma araçları, "yeşil" kira sertifikası ve "sürdürülebilir" kira sertifikası bakımından da aynı ilke ve yükümlülüklerin geçerli olduğu ifade edilmiştir[295]. Ancak Rehber'de ayrıca "mavi" borçlanma araçlarının da tanımı yapılmış olup[296], mavi borçlanma araçlarının ihracının da Rehber'de belirtilen esas ve ilkelere uygun bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir[297].

Keza, Rehber'de belirtilen nitelikleri taşıması ve Rehber'de belirtilen yükümlülüklerin ihraççılar tarafından yerine getirilmesi koşuluyla, varlık ve ipotek teminatlı menkul kıymetler, varlığa ve ipoteğe dayalı menkul kıymetler ve projeye dayalı menkul kıymetler, gayrimenkul sertifikası "gibi" sermaye piyasası araçlarının da "yeşil/sürdürülebilir temalı" sermaye piyasası

---

[294] Rehber kapsamında ihraç edilen sermaye piyasası araçları aynı zamanda genel esaslar ve ihraç süreçleri bakımından Kurul'un ilgili tebliğlerine tabi olmaya devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle, ihraççılar "yeşil/sürdürülebilir" temalı olarak ihraç edecekleri sermaye piyasası araçlarında Kurul'un ilgili tebliğlerinde belirtilen yükümlülüklere ek olarak Rehber'de belirtilen ilke ve yükümlülüklere de tabidirler [Rehber, (A) bölümü, p. 7].

[295] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 3.

[296] Mavi borçlanma aracı; deniz ve okyanus gibi su yaşam alanlarında olumlu çevresel, ekonomik ve iklimsel fayda sağlayan projelere kaynak bulmak amacıyla ihraç edilen borçlanma araçlarını ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-f]. Rehber'de "mavi" kira sertifikasının tanımı yapılmamıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, su ve deniz kaynaklarının sürdürülebilir şekilde kullanımı ve korunmasına ilişkin ekonomik faaliyetlere fon aktaran borçlanma araçları, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde "yeşil" borçlanma aracı olarak nitelendirilmektedir (Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 2/4, m. 6/1 ve m. 7). Zira, su ve deniz kaynaklarının sürdürülebilir şekilde kullanımı ve korunmasına ilişkin ekonomik faaliyetler Sınıflandırma Tüzüğü m. 9'da çevresel amaçlar arasında sayılmaktadır (Bkz. yuk. dn. 119).

[297] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 4.

aracı olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir[298]. Rehber'in anılan hükmünde "gibi" ifadesinin kullanılması, Rehber'in "borçlanma araçları" ve "kira sertifikaları" dışındaki diğer sermaye piyasası araçlarını da kapsadığını göstermektedir. Bu durumda da, Rehber'in adı ve içeriği örtüşmemektedir; çünkü, Rehber daha fazla sayıda sermaye piyasası aracını kapsamasına rağmen, Rehber'in adında yalnızca "borçlanma araçları" ve "kira sertifikalarına" yer verilmiştir.

Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü yalnızca borçlanma araçlarını kapsayacak şekilde düzenlenmişken; Rehber borçlanma araçlarına ek olarak diğer sermaye piyasası araçlarını da kapsamaktadır. AB hukukunda borçlanma araçlarına yönelik özel bir düzenleme yapılmasının nedeni, borçlanma araçlarının sürdürülebilir ekonomik faaliyetleri finanse edecek temel araçlardan biri olarak kabul edilmesidir[299]. Tespit edebildiğimiz kadarıyla AB hukukunda diğer sermaye piyasası araçları bakımından benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Sınıflandırma Tüzüğü'ne paralel bir biçimde, yalnızca *çevresel* bakımdan sürdürülebilir nitelikte kabul edilen ekonomik faaliyetleri finanse etmek için ihraç edilecek *yeşil* temalı borçlanma araçları için düzenlenmişken; Rehber hem *yeşil* hem de *sürdürülebilir* temalı sermaye piyasası araçlarını kapsamaktadır.

Rehber kapsamında ihraç edilmeyen sermaye piyasası araçları için "yeşil borçlanma aracı", "sürdürülebilir borçlanma aracı", "yeşil kira sertifikası", "sürdürülebilir kira sertifikası" veya bunlara *eşdeğer* ifadeler kullanılamamaktadır[300]. Kanaatimizce bu kuralı geniş yorumlamak gerekmektedir. Çünkü

---

[298] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 5. Rehber'de yeşil/sürdürülebilir borçlanma araçlarının tanımlarının yanı sıra "mavi borçlanma araçları"nın da tanımı yapıldığı için, bu tanıma uyan diğer sermaye piyasası araçlarının da "mavi temalı" olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

[299] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 3. Nitekim yapılan bir araştırmada, 2020 yılında küresel düzeyde "sürdürülebilir", "yeşil" veya "sosyal" etiketleriyle ihraç edilen borçlanma araçlarının yaklaşık 1,7 trilyon Dolar yatırım aldığı tespit edilmiştir (TAN, s. 245).

[300] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 6. Bu kural Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'ndeki uygulamaya benzemektedir; çünkü Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde, borçlanma araçlarının ihracında "Avrupa Yeşil Borçlanma Aracı" *("European green bond"/"EuGB")* etiketinin kullanılmasına ilişkin kurallar belirlenmektedir (Bkz. yuk. III-2-C-b-cc).

Belirtmek gerekir ki, Rehber'in yayımı öncesinde Kurul'ca onaylanmış bir ihraç tavanı uyarınca gerçekleştirilen yeşil/sürdürülebilir olduğu ihraççı tarafından beyan edilmiş ihraçlara Rehber hükümleri uygulanmamaktadır [Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 8]. Kanaatimizce, Rehber'in yayım tarihinden önce gerçekleştirilen ve yeşil/sürdürülebilir olduğu ihraççı tarafından beyan edilen ihraçlarda, yatırımcıların doğru bir şekilde bilgilendirilmesi ve yeşile boyamanın

Rehber, "yeşil" veya "sürdürülebilir" temalı borçlanma araçları ve kira sertifikalarının yanı sıra "mavi" borçlanma araçlarını da kapsamaktadır. Hatta, Rehber yalnızca "borçlanma araçlarını" ve "kira sertifikalarını" değil, Rehber'de belirtilen koşulları sağlayan sermaye piyasası araçlarının tamamını kapsamaktadır. Bu durumda ihraççıların; "yeşil", "sürdürülebilir", "mavi" veya bunlara *eşdeğer* ifadeler kullanarak "sermaye piyasası aracı" ihraç etmeleri için Rehber'de belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; "yeşil", "sürdürülebilir", "mavi" veya bunlara *eşdeğer* ifadeler yalnızca *sermaye piyasası araçlarında* değil, aynı zamanda *sermaye piyasası kurumu* niteliğindeki[301] "yatırım fonlarının", fonlarına verdikleri adlarda da kullanılmaktadır. Gerçekten de, işbu çalışmayı hazırlarken yaptığımız araştırmalarda on üç adet yatırım fonunun adında "ESG[302]" ve/veya "sürdürülebilirlik" ifadelerinin kullanıldığı tespit edilmiştir[303]. Söz konusu fonların ortak özelliği, portföylerine en az %80 oranında, yurt içinde[304] veya yurt dışında "Sürdürülebilirlik" ve/veya "ESG" temalı endekslere dâhil olan ihraççıların sermaye piyasası araçları ile para piyasası araçlarını veya diğer ihraççılar tarafından "Sürdürülebilirlik" ve/veya "ESG" temasıyla ihraç edilen sermaye piyasası araçları ile para piyasası araçlarını almalarıdır. Rehber, sermaye piyasası araçlarına ve ihraççılara yönelik olarak düzenlendiği için, söz konusu yatırım fonlarının kullandıkları adları kapsamamaktadır. Ancak kanaatimizce, adında "Sürdürülebilirlik" ve/veya "ESG" ya da *eşdeğer*[305] ifadeler bulunan yatırım fonlarının izahnamelerin-

---

önüne geçilmesi için ihraççıların söz konusu sermaye piyasası araçlarının ihracında Rehber hükümlerinin uygulanmadığını kamuya açıklaması yararlı olacaktır.

301 SPKn m. 35/1-b ve m. 3/1-m.

302 "ESG" terimi "sürdürülebilirlik" terimi ile eşdeğerdedir (Bkz. yuk. dn. 136).

303 Söz konusu yatırım fonlarına erişim için bkz. https://www.kap.org.tr/tr/YatirimFonlari/YF.

304 Türkiye'de ve özellikle Borsa İstanbul (BİST) ortaklıkları arasında sürdürülebilirlik konusundaki anlayış, bilgi ve uygulamaların artması amacıyla Borsa İstanbul'da işlem gören ve kurumsal sürdürülebilirlik performansları üst seviyede olan şirketlerin paylarının yer alacağı "BIST Sürdürülebilirlik Endeksi" 4 Kasım 2014 tarihinden itibaren hesaplanmaya ve yayınlanmaya başlamıştır. 2021 yılı değerlemelerinden itibaren, BIST Sürdürülebilirlik Endeksi'nde yer alacak ortaklıkların belirlenmesinde Borsa İstanbul ile "Refinitiv Enformasyon Limited Şirketi" *("Refinitiv")* arasında yapılan anlaşma kapsamında *Refinitiv*'in sürdürülebilirlik değerleme sonuçları kullanılmaktadır (https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/165/bist-surdurulebilirlik-endeksi).

305 Yaptığımız araştırmalarda, "temiz enerji", "yenilenebilir enerji", "temiz su", "alternatif enerji" ve "iklim değişikliği çözümleri" ifadelerinin de yatırım fonlarının adları içerisinde kullanıldığı tespit edilmiştir (bkz. https://www.kap.org.tr/tr/YatirimFonlari/YF). Söz konusu ifadelerin "yeşil", "sürdürülebilir" ve "mavi" temalarıyla eşdeğer sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir.

de[306] ve yatırımcı bilgi formlarında[307], fon portföyüne alınacak varlıkların Rehber kapsamında ihraç edilen "yeşil", "sürdürülebilir" veya "mavi" temalı sermaye piyasası araçlarını kapsayıp kapsamadığının ayrıca açıklanması, yatırımcıların doğru bir şekilde bilgilendirilmesini sağlayacaktır.

C. İhraççılar Bakımından

Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'ndeki uygulamaya[308] paralel bir şekilde, Rehber'de, "yeşil" veya "sürdürülebilir" etiketini kullanarak sermaye piyasası aracı ihraç edecek olan ihraççılar bakımından herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Türk hukukunda, anonim ortaklıklar dışında kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler de borçlanma aracı ihraç edebilmektedirler[309]. O halde, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler de Rehber'de ihraççılar için belirtilen yükümlülükleri yerine getirerek "yeşil/sürdürülebilir" temalı borçlanma aracı ihraç edebileceklerdir.

D. Sınıflandırma Sistemi Bakımından

AB hukukunun sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemelerinde Sınıflandırma Tüzüğü'nde açıklanan sınıflandırma sistemi esas alındığı için, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde de Sınıflandırma Tüzüğü'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 bakımdan sürdürülebilir nitelikte kabul edilen ekonomik faaliyetlerde *veya* sınıflandırma uyum planında belirtilen sürede çevresel bakımdan

---

306 İzahname; fonun özelliklerine ve buna bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesini ifade etmektedir [Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1) (RG. 09.07.2013, S. 28702) m. 3/1-f].

307 Yatırımcı bilgi formu; fonun yapısını, yatırım stratejisini ve risklerini gösteren özet formu ifade etmektedir (Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği m. 3/1-u).

308 Bkz. yuk. III-2-C-b-cc.

309 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG. 18.06.1984, S. 18435) 62. maddesinde, Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu kararı ile tahvil çıkarma yetkisi verilen teşebbüslerin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanın izni ile tahvil ihraç edebilecekleri belirtilmiştir. Keza, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun (RG. 04.03.2005, S. 25745) 51. maddesi, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun (RG. 23.07.2004, S. 25531) 28. maddesi ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun (RG. 13.07.2005, S. 25874) 68. maddesi uyarınca il özel idareleri, büyükşehir belediyeleri ve belediyeler de yatırım programlarında yer alan projelerin finansmanı için tahvil ihraç edebilmektedirler.

sürdürülebilir nitelikte olması planlanan ekonomik faaliyetlerde kullanılması gerekmektedir[310].

Türk hukukunda ise, sürdürülebilir finansa ilişkin bir sınıflandırma sistemi henüz bulunmamaktadır[311]. Rehber'de, "yeşil" etiketiyle ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarından elde edilecek fonun kullanılabileceği yeşil projeler[312], sınırlı sayıda olmayacak şekilde açıklanmıştır[313]. Ancak Rehber'de belirtilen yeşil proje türlerinin, Sınıflandırma Tüzüğü'ne kıyasla geliştirilmesi/detaylandırılması gerekmektedir. Örneğin Rehber'de yeşil projelere yönelik teknik izleme kriterleri bulunmamaktadır[314].

Ayrıca Rehber'de belirtilen yeşil proje türlerinin yanı sıra başta Avrupa Birliği Taksonomisi (Sınıflandırma Tüzüğü) olmak üzere, uluslararası kabul görmüş diğer taksonomilerin de ihraççılar tarafından kullanılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte, ihraççılar Paris Anlaşması hedefleri ile uyumlu net sıfır emisyon stratejisini uygulamaya dönük projeleri finanse ediyorlarsa, ihraççıların kamuyu aydınlatma esasları ve iklim dönüşüm stratejileri bakımından ICMA İklim Dönüşümü Finansmanı El Kitabı'ndan yararlanılabilecekleri de Rehber'de ifade edilmiştir[315].

Rehber'de yeşil proje türlerinin belirlenmesi bakımından tercih edilen bu yaklaşım birçok açıdan eleştiriye açıktır. İlk olarak belirtmek gerekir ki, sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemelerde ortak bir sınıflandırma sistemi kullanılması gerekmektedir; çünkü ortak sınıflandırma sistemi, piyasa katılımcılarının sürdürülebilirlik konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşmasını sağlamaktadır[316]. Ancak Rehber'de hem sınırlı sayıda olmayacak şekilde bir sınıflandırma yapılmış hem de Sınıflandırma Tüzüğü'nden veya uluslararası kabul görmüş diğer taksonomilerden (sınıflandırma sistemlerinden)

---

310 Bkz. yuk. III-2-C-b-dd.

311 Bkz. yuk. IV-1-A.

312 Yeşil proje; iklim değişikliği etkilerinin azaltılması, iklim değişikliğine uyum, doğal kaynakların korunması, biyoçeşitliliğin korunması ve kirliliğin önlemesi ve kontrolü gibi çevresel amaçlara katkı sağlayan projeleri ifade etmektedir [Bkz. Rehber, dn. 3 ve Rehber, (B) bölümü, p. 1-ı]. Yeşil proje, bir veya birden fazla tür ve/veya çevresel amaçla ilişkili olabilir ve yeşil proje ile ilgili araştırma geliştirme ve diğer destekleyici harcamaları içerebilir [Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 1 numaralı başlık, p. 3].

313 Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 1 numaralı başlık, p. 5.

314 AB hukukundaki teknik izleme kriterleri hakkında bkz. yuk. III-2-A-b.

315 Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 1 numaralı başlık, p. 6.

316 Bkz. yuk. III-2-A-c.

yararlanılabileceği belirtilmiştir. AB hukukunda tek bir sınıflandırma sistemi (Sınıflandırma Tüzüğü) tercih edilmişken ve hatta uluslararası alanda tek bir sınıflandırma sisteminin geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktayken[317], Rehber'de farklı sınıflandırma sistemlerinden yararlanılmasına izin verilmiştir.

İkinci olarak, Rehber'de tek bir sınıflandırma sisteminin tercih edilmemesi hukuki öngörülebilirliği azaltmaktadır. Bu durum, piyasalarda belirsizlik yaratarak yatırımcıların piyasaya duydukları güveni kıracaktır[318]. Ayrıca piyasada, farklı sınıflandırma sistemleri esas alınarak ihraç edilmiş "yeşil/sürdürülebilir" sermaye piyasası araçları bulunacağından, yatırımcıların söz konusu "yeşil/sürdürülebilir" sermaye piyasası araçlarını ve bu araçların finanse ettiği projeleri kıyaslaması zorlaşacaktır[319]. Bu durum aynı zamanda, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının, sürdürülebilirliğe uyum sağlamak amacıyla gerçekleştirecekleri faaliyetler nedeniyle katlanacakları maliyetleri artıracaktır[320].

Üçüncüsü, Rehber'de ortak bir sınıflandırma sisteminin tercih edilmemesi piyasada "yeşile boyamayı" artıracaktır. Gerçekten de sürdürülebilirliğin sınıflandırılmasında asgari standartlar öngörülmediği takdirde; ihraççılar piyasaya arz ettikleri sermaye piyasası araçlarını çevre dostu etiketiyle - yeşile boyayıp- pazarlayıp haksız yarar sağlayabilirler. Örneğin, Rehber'de uluslararası kabul görmüş diğer taksonomilerin ihraççılar tarafından kullanılabileceği ifade edilmiştir. Ancak bir sınıflandırma sisteminin uluslararası anlamda kabul gördüğünün nasıl ve kim tarafından tespit edileceği hususu belirsizdir. Söz konusu belirsizlik ihraççıların, uygulanması düşük maliyetle sonuçlanacak sınıflandırma sistemlerini tercih etmeleri ihtimalini artırmaktadır. Bu durum, hem yatırımcıların piyasalara olan güvenini kıracak hem de ihraççılar arasındaki rekabetin bozulmasına neden olacaktır[321].

Dördüncüsü, Rehber'de "yeşil" sermaye piyasası araçlarının yanı sıra "sürdürülebilir" sermaye piyasası araçları da düzenlenmiş olmasına rağmen; Rehber'de yalnızca "yeşil projelerin" belirlenmesine yönelik bir açıklama yapılmıştır. Rehber'de yeşil proje türleri için verilen örneklerin kıyasen sür-

---

[317] Bkz. yuk. dn. 126.

[318] Bkz. yuk. III-2-A-c.

[319] Bkz. yuk. III-2-A-c.

[320] Bkz. yuk. III-2-A-c.

[321] Bkz. yuk. III-2-A-c.

dürülebilir proje türleri için uygulanması da mümkün değildir[322]. Buna karşılık, AB hukukunda Sınıfladırma Tüzüğü'nde öncelik *çevresel (yeşil)* sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere verilmiş olup, "sosyal" ve "yönetimsel" sürdürülebilir ekonomik faaliyetlere ilişkin koşulların belirlenmesi çalışmaları devam etmektedir[323].

E. İhraç Süreci Bakımından

Rehber kapsamında sermaye piyasası aracı ihraç etmek isteyen ihraççı, hem genel esaslar ve ihraç süreçleri bakımından Kurul'un ilgili tebliğlerine hem de Rehber'de belirtilen yükümlülüklere tabidir. İhraççı, ihraç edeceği sermaye piyasası aracında "yeşil" veya "sürdürülebilir" etiketlerini kullanmak istiyorsa, Kurul'a yapacağı başvuruda ayrıca *çerçeve belgesini*[324] ve çerçeve belgesinin Rehber'in dört temel bileşeniyle uyumlu olduğuna ilişkin *ikinci taraf görüşünü*[325] Kurul'a iletmelidir[326].

İhraççı, çerçeve belgesinde dört konu (dört temel bileşen) hakkında bilgi vermelidir. Rehber'e göre ihraççı, ihraçtan elde edilen fonun kullanımı[327], proje değerlendirme ve seçme süreci, ihraçtan elde edilen fonun yönetimi ve

---

322 Bkz. ve karş. yuk. dn. 55-57.

323 Bkz. yuk. III-2-A-b.

324 Çerçeve belgesi; ihraççının yeşil borçlanma aracının Rehber'de belirtilen temel bileşenler ile uyumlu olduğunu açıklayan ve yönetim kurulunca karara bağlanmış belgeyi ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-b]. Anılan hükümde "yönetim kurulunun" karar almasından bahsedilmişse de, Rehber kapsamında ihraçta bulunabilecek ihraççılar yalnızca anonim ortaklıklarla sınırlı değildir (Bkz. yuk. IV-3-C). Bu yüzden, hükümde geçen "yönetim kurulu" ifadesini, diğer ihraççılar bakımından "yönetim/karar organı" olarak kabul etmek gerekmektedir.

İhraççı, çerçeve belgesi kapsamında yapılabilecek ihraçların Rehber'de belirtilen esaslara uygun olarak gerçekleştirileceğini çerçeve belgesinde taahhüt etmelidir [Rehber, (C) bölümü, p. 1]. Çerçeve belgesine ilişkin örnek şablon Rehber'de paylaşılmıştır (Bkz. Rehber, Ek 1a ve Ek 1b).

325 İkinci taraf görüşü; çevre/sürdürülebilirlik ile ilgili konularda uzmanlaşmış bağımsız bir kuruluş tarafından çerçeve belgesinin Rehber ile uyumlu olup olmadığını değerlendiren ve ayrıca ihraççıların çevre/sürdürülebilirlikle ilgili temel hedefleri, stratejileri, politikaları ve fonun kullandırılacağı öngörülen proje türlerini, proje ile hedeflenen fayda ve etkileri ile varsa çevresel riskleri hakkında inceleme ve değerlendirmelerini de içerebilecek dış değerlendirme hizmetini ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-d].

326 Bkz. Rehber, (C) bölümü, p. 1 ve p. 5. KAP'taki bildirimleri inceleyerek, kamuya açıklandığını tespit ettiğimiz çerçeve belgesi ve ikinci taraf görüşü örnekleri için bkz. https://www.kap.org.tr/tr/Bildirim/1074105 ve https://www.kap.org.tr/tr/Bildirim/1073038.

327 İhraçtan elde edilen fondan toplam proje tutarı kadar tutar düşüldükten sonra kalan tutarın başka amaçlarla kullanılmadığının takibi, ihraççı tarafından yazılı hale getirilmiş dahili izleme yöntemi ile gerçekleştirilmektedir [Rehber, (Ç) bölümü, 3 numaralı başlık, p. 3].

raporlama başlıkları altında söz konusu sermaye piyasası aracına ilişkin bilgileri çerçeve belgesinde açıklamalıdır[328].

İhraççı, ihraç tarihinden itibaren yılda bir defa ve her durumda ihraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra, fon kullanımına dair güncel bilgileri ve ayrıca varsa önemli gelişmeleri *fon kullanımı raporu* kapsamında Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde ihraççının KAP üyesi olması durumunda KAP'ta ve internet sitesinde kamuya açıklamakla yükümlüdür[329]. Fon kullanımı raporlaması, fon tutarının tamamı kullanılana kadar yapılmaktadır[330]. İhraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra hazırlanacak olan fon kullanım raporuna ve fonun kullanımına dair dahili izleme yöntemine ilişkin *doğrulama görüşü*[331], ihraççının KAP üyesi olması durumunda KAP'ta ve internet sitesinde kamuya açıklanmaktadır[332].

İhraççılar, ihraç tarihinden itibaren yılda bir defa ve ihraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra, tahmin edilen ve/veya gerçekleşen çevresel etkileri *etki raporu* kapsamında ihraççının KAP üyesi olması durumunda KAP'ta ve internet sitesinde kamuya açıklamakla yükümlüdürler[333]. Etki raporlamasında şeffaflığın sağlanması amacıyla projelerin tahmini ve/veya gerçekleşen olumlu ve/veya olumsuz etkisinin toplu şekilde açıklanmasında, niteliksel performans göstergelerinin ve mümkün olduğunda, niceliksel performans ölçütlerinin (örneğin; enerji kapasitesi, elektrik üretimi, azaltı-

---

[328] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü. Bu bilgilere ek olarak ihraççı, iklim değişikliği etkilerinin azaltılması, iklim değişikliğine uyum, doğal kaynakların korunması, biyoçeşitliliğin korunması, kirliliğin önlemesi ve kontrolü konularındaki genel sürdürülebilirlik stratejisi ve politikası kapsamında ilgili bilgileri de çerçeve belgesinde özet olarak verebilir [Bkz. Rehber, (C) bölümü, p. 4].

[329] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 1.

[330] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 3.

[331] Doğrulama; ihraççının fonun kullanımına dair dahili izleme yöntemine, yeşil borçlanma aracından elde edilen fonun kullanımına ve Rehber ile uyumuna ilişkin güvence içeren, bağımsız denetim kuruluşları tarafından verilen dış değerlendirme hizmetini ifade etmektedir [Rehber, (B) bölümü, p. 1-ç]. Belirtmek gerekir ki, Rehber'in "tanımlar" başlıklı (B) bölümünde "ikinci taraf görüşü"nün ve "doğrulama"nın tanımına yer verilmiştir. Ancak Rehber'in "dış değerlendirme" başlıklı (D) bölümünde de, ICMA Dış Değerlendirme Rehberi'nde açıklanan dış değerlendirme hizmet türlerinin (ikinci taraf görüşü, doğrulama, sertifikasyon ve yeşil borçlanma aracı puanlama/derecelendirme) tanımına ayrıca yer verilmiştir. Hal böyle olunca, Rehber'de aynı dış değerlendirme hizmetlerine (ikinci taraf görüşü ve doğrulama) yönelik iki ayrı tanım bulunmaktadır.

[332] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 4.

[333] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 2.

lan/önlenen sera gazı emisyonları, temiz enerjiye erişim sağlanan kişi sayısı, su kullanımında azalma, araba sayısındaki azalma vb.) kullanılması, niceliksel tayinde kullanılan temel metodolojinin ve/veya varsayımların açıklanması, niceliksel performans ölçütlerinin bulunmaması halinde, bu durumun açıklanması ve diğer değerlendirmelerle desteklenmesi gerekmektedir[334].

İhraççı, ihraçtan elde edilen fonun tamamı kullanıldıktan sonra hazırlayacağı fon kullanım raporu için dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlardan doğrulama görüşü almakla yükümlüyken; etki raporu bakımından böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Rehber'de, etki raporunun dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi yalnızca tavsiye edilmektedir[335].

İhraççılar, piyasa katılımcılarının bilgi sahibi olmasını teminen, gerekli gördüklerinde yeşil borçlanma aracının temel özelliklerini ve Rehber'in dört ana bileşeni ile uyumunu gösteren *özet raporu* kamuya açıklayabilirler[336].

Rehber kapsamında ihraç edilecek sermaye piyasası araçları için hazırlanacak olan raporlar ve söz konusu raporlar için dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlardan alınan görüşler; Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'ndeki uygulamaya paraleldir[337]. Ancak Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde fon kullanım raporuna ve etki raporuna ilişkin örnek şablonlara yer verilmişken; Rehber'de fon kullanım raporu için herhangi bir şablon sunulmamış, etki raporu bakımından ICMA tarafından yayımlanan Harmonize Etki Analizi Kriterleri *("Harmonised Framework for Impact Reporting June 2021")* başlıklı kitaptaki[338] şablonlardan yararlanılabileceği ifade edilmiştir[339]. Söz konusu raporların, ihraççılar tarafından farklı şekillerde hazırlanması, yatırımcılara sunulacak bilgilerin ve bu bilgilerin sunuş şekillerinin farklı olması ihtimalini artıracağından, yatırımcıların sermaye piyasası araçlarını kıyaslaması zorlaşacaktır[340].

---

[334] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 5.

[335] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 7.

[336] Bkz. Rehber, (Ç) bölümü, 4 numaralı başlık, p. 8. Özet rapora ilişkin örnek şablon Rehber'de paylaşılmıştır (Bkz. Rehber, Ek 2a ve Ek 2b).

[337] Bkz. yuk. III-2-C-b-dd.

[338] Söz konusu kitaba erişmek için bkz. https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Handbook-Harmonised-Framework-for-Impact-Reporting-June-2021-100621.pdf.

[339] Karş. yuk. III-2-C-b-dd.

[340] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 18.

F. Dış Değerlendirme Hizmeti Veren Kuruluşlar Bakımından

Rehber'de; danışmanlık, bağımsız denetim ve derecelendirme kuruluşlarının aynı zamanda dış değerlendirme hizmeti verebilecekleri belirtilmiştir. Söz konusu kuruluşların, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluş niteliğini kazanabilmesi için; ICMA ve CBI gibi uluslararası kabul görmüş dış değerlendirme listesi açıklayan kuruluşların listesinde yer alması *veya* ICMA ve CBI listesinde yer alan kuruluşların üyelik anlaşmasına sahip olduğu yabancı şirketlerle yapılan lisans, know-how ve benzeri sözleşmeler çerçevesinde faaliyette bulunması *ya da* sürdürülebilirlik ile ilgili konularda uzmanlaşarak Rehber'in (D) bölümünde belirtilen dış değerlendirme hizmetlerini verebiliyor olması gerekmektedir[341]. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde ise, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar için ESMA nezdinde sicil oluşturulması ve ancak sicile kayıtlı kuruluşların dış değerlendirme hizmeti vermesi öngörülmüştür[342]. Rehber'de dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara ilişkin özel bir sicil kurulmadığı gibi farklı uluslararası kuruluşlar tarafından tutulan listelere kayıtlı olmanın yeterli olacağı belirtilmiştir. Ancak bu durum, farklı kriterlere göre farklı listelere kaydolan kuruluşların Türkiye'de dış değerlendirme hizmeti sunmasına neden olacaktır.

Ayrıca, Rehber kapsamında dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşların, teknik yeterlik, uzmanlık ve donanıma sahip olduklarını gösterir bilgi ve belgeleri Kurul'a sunmaları ve sunulan belgeler çerçevesinde Kurulca dış değerlendirme hizmeti vermelerinin uygun bulunması gerekmektedir[343]. Bununla birlikte, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların; faaliyetlerine yönelik elverişli bir organizasyon yapısı ve iş süreçleri oluşturmaları, sunulan hizmetin gerekleri ile uyumlu nitelik ve tecrübeye sahip yeterli sayıda çalışan istihdam etmeleri ve gerektiğinde mesleki sigorta yaptırmaları *tavsiye edilmektedir*[344]. AB hukukunda ise ESMA, sicile kayıt başvurusu yapan kuruluşların başvurularının değerlendirilmesinde kullanılmak üzere teknik standartlar hazırlamak ve başvuruları karara bağlamakla görevlendirilmiştir[345]. Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde, bir kuruluşun sicile kaydedilebilmesi için yöneticilerinin ve çalışanlarının eğitim, tecrübe

---

[341] Bkz. Rehber, (B) bölümü, p. 1-c.

[342] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 4/1.

[343] Bkz. Rehber, (B) bölümü, p. 1-c.

[344] Bkz. Rehber, (D) bölümü, p. 4.

[345] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 15/4, m. 15/5, m. 15/6, m. 18/3, m. 19/2, m. 20/3, m. 21/4, m. 22/3, m. 23/3 ve m. 25/7.

gibi konularda yetkin olmaları ve aynı zamanda kuruluşun organizasyon yapısının, iş süreçlerinin ve raporlama faaliyetlerinin Tüzük'te öngörülen esas ve kurallara uygun olması gerekmektedir[346]. Rehber'de dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar için tavsiye niteliğinde düzenlenen bu konular, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde söz konusu kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

Rehber'de, dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlarda aranan niteliklere yönelik teknik bir standart belirlenmemiş olup, kuruluşların dış değerlendirme hizmeti vermek için teknik yeterlik, uzmanlık ve donanıma sahip olduklarını gösterir bilgi ve belgeleri Kurul'a sunmaları ve Kurul'un söz konusu bilgi ve belgeler çerçevesinde uygun bulma kararı alması yeterli görülmüştür. Kurul'un, başvuruları hangi esaslara göre değerlendireceği Rehber'de açıklanmamıştır.

Kanaatimizce, Rehber kapsamında dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlarda aranacak niteliklere yönelik standartlar geliştirilmelidir. Aksi halde, dış değerlendirme hizmeti verecek kuruluşlar için farklı standartların esas alındığı bir ortam yaratılacak ve bunun neticesinde, kuruluşların faaliyetlerinden kaynaklanan maliyetler artacak, yatırımcıların piyasalara duydukları güven azalacak ve hukuki belirsizlik artacaktır. Nitekim, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara yönelik kuralların açıkça belirlenmesinin ve söz konusu kurallara uyum zorunluluğu getirilmesinin nedeni, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların farklı uygulamalardan yararlanmasını (hukuki arbitraj riskini) engelleyerek, eşit şartlarda yarışmasını sağlamaktır[347].

G. Yaptırım Bakımından

Rehber'de yer alan hususların Kurul Kararı hükmünde olduğu belirtilmiştir[348]. Rehber'de belirtilen kurallara aykırı davranışta bulunan kişiler, Kurul Kararı'na aykırı hareket etmiş sayılacak, SPKn m. 103/1 ve m. 103/2 gereği *idari para cezası* ile cezalandırılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, Rehber'deki düzenlemelerin bir kısmı "yükümlülük" niteliğindeyken, bir kısmı ise "tavsiye" niteliğindedir. Tavsiye niteliğindeki düzenlemelere aykırılıklar, Kurul Kararı'na aykırı hareket olarak değerlendirilemeyecek ve do-

---

[346] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü m. 15/2.

[347] Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü, Dibace m. 25.

[348] Bkz. Rehber, (A) bölümü, p. 9.

layısıyla söz konusu hallerde idari para cezası uygulanmayacaktır. Buna karşılık, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde yer alan düzenlemelerin tamamı "yükümlülük" niteliğinde olduğu için, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'ndeki kurallara uyulmaması durumunda yetkili idari kuruluşlar tarafından *idari yaptırımlar* uygulanacaktır[349].

Ayrıca, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü'nde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlar hakkında ESMA tarafından *denetim tedbirleri* (sicilden silme, geçici olarak faaliyetten men, ihlalin durdurulması talebinde bulunulması, para cezası ve ihlalin kamuya açıklanması) uygulanacağı belirtilmiştir[350]. Rehber'de ise dış değerlendirme hizmet veren kuruluşlar için hem yükümlülük hem de tavsiye[351] niteliğinde düzenlemeler yer almaktadır. Rehber'de belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşları için yalnızca idari para cezası uygulanacak, tavsiye niteliğindeki düzenlemelere aykırılıklarda ise herhangi bir yaptırım uygulanmayacaktır.

SONUÇ

Kamu maliyesinin yanı sıra finansal piyasaların da sürdürülebilir kalkınmaya fon aktarması gerekmektedir. Aksi halde küresel ölçekte yaşanan önemli nitelikteki çevresel ve sosyal sorunların üstesinden gelinemeyecektir. Söz konusu gereklilik, piyasalar ve piyasa katılımcıları bakımından bazı önemli yenilikleri beraberinde getirmektedir. Gerçekten de, sürdürülebilir finans ortaklıkların, sermaye piyasası kurumlarının ve yatırımcıların piyasalardaki varoluş amaçlarını yeniden sorgulamakta ve onlara adeta yeni sorumluluklar vermektedir. Piyasaların ve piyasa katılımcılarının sürdürülebilir finans ile bütünleştirilmesi ancak hukuki düzenlemelerle mümkündür.

Avrupa Birliği'nin sürdürülebilir finansa uyum sağlayabilmek için göstermiş olduğu çaba tüm dünyanın dikkatini çekmektedir. Avrupa Birliği, sürdürülebilirlik ile finansal piyasaların bir araya gelmesi için yeni hukuki düzenlemeler yapmakta ve/veya mevcut hukuki düzenlemeleri değiştirmektedir. Avrupa Birliği, sürdürülebilir finansı hukuken üç ana başlık altında ele

---

349 Bkz. yuk. III-2-C-b-dd.

350 Bkz. yuk. III-2-C-b-dd.

351 Örneğin, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların, faaliyetlerini yerine getirirken Rehber'de belirtilen bazı mesleki standart ve endüstri kodlarına uymaları tavsiye edilmektedir [Rehber, (D) bölümü, p. 3].

almaktadır. Bunlar sırasıyla; sürdürülebilirliğin sınıflandırılması, piyasa katılımcıları ve sürdürülebilir yatırıma ilişkin araçlardır.

Sürdürülebilirliğin sınıflandırılmasında, piyasa katılımcılarının sürdürülebilirlik konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşması sağlanarak finansal piyasalarda hukuki öngörülebilirliğin temin edilmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle, yeşile boyamanın önüne geçilerek yatırımcıların sürdürülebilir nitelikte olduğu belirtilen ekonomik faaliyetlere güven duyması ve ihraççılar arasındaki rekabetin korunması hedeflenmektedir.

Piyasa katılımcılarına yönelik düzenlemeler hem ortaklıkları hem de sermaye piyasası kurumlarını kapsamaktadır. Sürdürülebilir finansta ortaklıklar, çift taraflı önemlilik perspektifine göre sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde bulunmaya ve yıllık faaliyet raporlarında sürdürülebilirlik raporlama standartlarına uygun bir şekilde açıklamalarda bulunmaya yönlendirilmektedirler. Sermaye piyasası kurumları ise, yönettikleri/danışmanlık yaptıkları portföyleri sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde bulunan ortaklıklara kanalize etmeye; pay sahibi oldukları ortaklıkların yönetim organlarını sürdürülebilir ekonomik faaliyetlerde bulunmaya teşvik etmeye ve yönetim organlarının faaliyetlerini bu kapsamda denetlemeye; yayımladıkları raporlarda sürdürülebilirlik konusundaki faaliyetlerine ilişkin açıklamalarda bulunmaya yönlendirilmektedirler. Piyasa katılımcılarına yönelik düzenlemeler, piyasa katılımcılarının, faaliyetlerinde ve organizasyon yapılarında sürdürülebilirliği bütünleştirmelerini; piyasa katılımcılarının, raporlarını sürdürülebilirlik raporlama standartlarını dikkate alarak hazırlamalarını; piyasalarda şeffaflığın temin edilmesini amaçlamaktadır.

Sürdürülebilir yatırım araçlarına yönelik düzenlemeler, sürdürülebilir finans ile birlikte ortaya çıkan yeni finansal araçları kapsamaktadır. Yeni finansal araçlar, piyasaların sağlıklı bir şekilde işlemesi ve yatırımcıların korunması için hukuken düzenlenmektedir. "Yeşil" veya "Sürdürülebilir" temalı borçlanma araçları sürdürülebilir finansın piyasalara kazandırdığı yeni finansal araçlardan biridir. AB hukukunda, borçlanma araçları vasıtasıyla sürdürülebilir kalkınmaya önemli miktarda fon aktarılabileceği kabul edilerek, Avrupa Yeşil Borçlanma Araçları Taslak Tüzüğü hazırlanmıştır.

Türk hukukunda ise, Sermaye Piyasası Kurulu 24.02.2022 tarihinde "Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi"ni yayımlamıştır. Sermaye Piyasası Kurulu, Rehber aracılığıyla "yeşil"/"sürdürülebilir" temalı sermaye

piyasası araçlarının ihracını düzenlemektedir. Rehber, ICMA'nın oluşturduğu İlke Setleri esas alınarak hazırlanmıştır.

Rehber'de eleştirilebilecek birkaç husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Rehber'in kapsamıyla ilgilidir. Rehber'in adı, içeriğini tam olarak karşılamamaktadır. Şöyle ki, Rehber'in adından, "yeşil" ve "sürdürülebilir" temalı borçlanma araçlarının ve kira sertifikalarının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak Rehber'de ayrıca "mavi" temanın tanımı da yapılmıştır. Buna ek olarak, Rehber'de belirtilen yükümlülüklerin ihraççılar tarafından yerine getirilmesi koşuluyla, varlık ve ipotek teminatlı menkul kıymetler, varlığa ve ipoteğe dayalı menkul kıymetler ve projeye dayalı menkul kıymetler, gayrimenkul sertifikası "gibi" sermaye piyasası araçlarının da "yeşil/sürdürülebilir temalı" sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Rehber'in adı hem tema bakımından hem de sermaye piyasası aracı bakımından Rehber'in içeriğini tam olarak yansıtmamaktadır.

İkincisi, Rehber'de yeşil/sürdürülebilir nitelikte ekonomik faaliyetlerin belirlenmesinde farklı sınıflandırma sistemlerinden (taksonomilerden) yararlanılmasına izin verilmiştir. Halbuki, piyasa katılımcılarının sürdürülebilirlik konusunda ortak bir anlam üzerinde anlaşması ve yeşile boyamanın önüne geçilmesi için yalnızca bir sınıflandırma sisteminin kullanılması gerekmektedir. Nitekim, AB hukukunda AB sınıflandırma sistemi geliştirilmiş ve sürdürülebilir finans düzenlemelerinin tamamı söz konusu sınıflandırma sisteminde belirtilen esaslara dayandırılmıştır.

Üçüncüsü, ihraççıların "yeşil"/"sürdürülebilir" temalı sermaye piyasası aracı ihraç etme süreçleriyle ilgilidir. İhraççıların, ihraç sürecinde, fon kullanım raporu ve etki raporu hazırlamaları gerekmektedir. AB hukukunda, ihraççıların hazırlayacağı raporlara ilişkin örnek şablonlar hazırlanmışken, Rehber'de söz konusu raporlara yönelik standart bir şablon sunulmamıştır. Bu durum ihraççıların farklı şekillerde ve içeriklerde rapor hazırlamasına neden olacaktır. Bunun sonucunda, hem ihraççılar eşit şartlarda ihraçta bulunamayacak hem de yatırımcıların söz konusu raporları kıyaslaması zorlaşacaktır.

Dördüncüsü, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlarla ilgilidir. Rehber'de farklı kriterlere göre farklı listelere kaydolan kuruluşların Türkiye'de dış değerlendirme hizmeti sunmasına izin verilmektedir. Buna karşılık AB hukukunda, dış değerlendirme hizmet veren kuruluşlar için özel bir sicil

hazırlanması; kuruluşların sicile kaydolmaları için önceden belirlenmiş teknik standartlara uygun niteliklere sahip olmaları ve kuruluşların ancak bu sicile kaydolmak suretiyle dış değerlendirme hizmeti vermeleri öngörülmüştür. Böylelikle, dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşların farklı uygulamaların yaratacağı boşluklardan yararlanması engellenerek, eşit şartlarda yarışması sağlanmaktadır.

Beşincisi, Rehber'deki yaptırımlar bakımındandır. Rehber'de, ihraççılar ile dış değerlendirme hizmet sunan kuruluşlar için öngörülen kuralların bir kısmı "yükümlülük" bir kısmı ise "tavsiye" niteliğindedir. AB hukukundaki düzenlemelerde belirtilen kurallar ise "yükümlülük" niteliğindedir. Hal böyle olunca, AB hukukunda yükümlülük niteliğinde düzenlenen konuların bir kısmı Rehber'de tavsiye niteliğinde düzenlenmiş olmakta ve tavsiyelere uyma tercihi ihraççılara ve dış değerlendirme hizmeti sunan kuruluşlara bırakılmaktadır.

Kanaatimizce, Türk hukukunda sürdürülebilirliğin sınıflandırılmasına yönelik bir sınıflandırma sistemi oluşturulmalı ve sürdürülebilir finansa ilişkin düzenlemelerin tamamı bu sınıflandırma sistemindeki esaslara dayandırılmalıdır. Hatta, öğretide bazı yazarlar tarafından örnek alınabileceği önerilen AB sınıflandırma sisteminin, Türk hukukunda geliştirilecek olan sınıflandırma sisteminde örnek alınması değerlendirilmelidir. Türk hukukunda uygulanacak olan sınıflandırma sistemi belirlendikten sonra, Rehber kapsamındaki temaların ve sermaye piyasası araçlarının yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Ayrıca piyasalardaki rekabeti korumak ve piyasa katılımcılarına eşit şartlarda yarışma imkânı sunmak için, ihraççılar ile dış değerlendirme hizmeti veren kuruluşlara yönelik kuralların/standartların geliştirilmesi ve bu kurallara uyum zorunluluğunun getirilmesi gerekmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

AB : Avrupa Birliği
ABLJ : American Business Law Journal
AC : Amicus Curiae
aşa. : Aşağıda
B. : Bası
BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BM : Birleşmiş Milletler
bkz. : Bakınız
BLR : Business Law Review
C. : Cilt
CBI : Climate Bonds Initiative
CJEL : Columbia Journal of European Law
ch. : Chapter
CLR : Connecticut Law Review
CMLR : Common Market Law Review
CSREM : Corporate Social Responsibility and Environmental Management
CUP : Cambridge University Press
ÇSY : Çevresel, Sosyal ve Yönetimsel
BHRJ : Business and Human Rights Journal
dn. : Dipnot
EBLR : European Business Law Review
EBOLR : European Business Organization Law Review
ECFR : European Company and Financial Law Review
ECGI : European Corporate Governance Institute
ECLJ : European Company Law Journal
Ed. : Editör
EL : Environmental Law
ESMA : European Securities and Markets Authorities
JCMS : Journal of Common Market Studies
JCL : Journal of Comparative Law
JCLS : Journal of Corporate Law Studies

JIEL : Journal for International and European Law
JLS : Journal of Law and Society
JWT : Journal of World Trade
H. : Heft
HBLRO : Harvard Business Law Review Online
ICLR : International Community Law Review
ICMA : International Capital Market Association
KAP : Kamuyu Aydınlatma Platformu
Karş. : Karşılaştırınız
KGK : Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
KLJ : King's Law Journal
KSS : Kurumsal Sosyal Sorumluluk
L. : Legislation
LCLR : Lewis & Clark Law Review
MIJSDLP : McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy
MJECL : Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR : Modern Law Review
NBER : National Bureau of Economic Research
NJW : Neue Juristische Wochenschrift
No. : Number
OJ : Official Journal
p. : Paragraf
RBFL : Review of Banking & Financial Law
RG. : Resmi Gazete
RJT : Revue Juridique Themis
s. : Sayfa
S. : Sayı
SJIL : Stanford Journal of International Law
SJLS : Singapore Journal of Legal Studies
SPKn : 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UCDLR : University of California Davis Law Review

UCLR : University of Colorado Law Review
UOFLS : University of Oslo Faculty of Law Legal Studies
UPJIL : University of Pennsylvania Journal of International Law
v. : Versus
vb. : ve benzeri
Vol. : Volume
WMBLR : William and Mary Business Law Review
yuk. : Yukarıda
ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

KAYNAKÇA

ALEXANDER Kern, "Banking Regulation and Environmental Sustainability", **AC**, No. 104, 2015, s. 2-9.

ARRIBA-SELLIER Nathan, "Turning Gold Into Green: Green Finance in the Mandate of European Financial Supervision", **CMLR**, Vol. 58, No. 4, 2021, s. 1097-1140.

BECK Lukas, "Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht", **ZIP**, H. 30, 2022, s. 1471-1478.

BERRADA Tony/ENGELHARDT Leonie/GIBSON Rajna/KRUEGER Philipp, "The Economics of Sustainability Linked Bonds", **ECGI**, Working Paper No: 820/2022, 2022, s. 1-50.

BIRKMOSE Hanne, "From Shareholder Rights to Shareholder Duties - A Transformation of EU Corporate Governance in a Sustainable Direction", **JIEL**, Vol. 5, No. 2, 2018, s. 69-96.

BURAND Deborah/TUCKER Anne, "Legal Literature Review of Social Entrepreneurship and Impact Investing (2007-2017): Doing Good by Doing Business", **WMBLR**, Vol. 11, No. 1, 2019, s. 1-76.

CHEFFINS Brian, "The Stewardship Code's Achilles' Heel", **MLR**, Vol. 73, No. 6, 2010, s. 1004-1025.

CHIU Iris, "The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 87-123.

ECKERT Sandra, "The European Green Deal and the EU's Regulatory Power in Times of Crisis", **JCMS**, Vol. 59, 2021, s. 81-91.

FLAMMER Caroline, "Green Bonds: Effectiveness and Implications For Public Policy", **NBER Working Paper Series**, Working Paper No: 25950, 2019, s. 1-46.

FOERSTER Anita, "Climate Justice and Corporations", **KLJ**, Vol. 30, No. 2, 2019, s. 305-322.

GARY Susan, "Best Interests in the Long Term: Fiduciary Duties and ESG Integration", **UCLR**, Vol. 90, No. 3, 2019, s. 731-802.

GEHRING Markus, "Legal Transition to the Green Economy", **MIJSDLP**, Vol. 12, No. 2, 2016, s. 135-176.

HARPER HO Virginia, "Comply or Explain and the Future of Nonfinancial Reporting", **LCLR**, Vol. 21, No. 2, 2017, s. 317-356.

HARPER HO Virginia/PARK Stephen Kim, "ESG Disclosure in Comparative Perspective: Optimizing Private Ordering in Public Reporting, **UPJIL**, Vol. 41, No. 2, 2019, s. 249-328.

HO Kong Shan, "Regulating Environmental, Social, and Governance Disclosure by Listed Companies: A Comparison of Major Financial Markets", **JCL**, Vol. 15, No. 1, 2020, s. 133-156.

JEBE Ruth, "The Convergence of Financial and ESG Materiality: Taking Sustainability Mainstream", **ABLJ**, Vol. 56, No. 3, 2019, s. 645-702.

KARACAN Ali İhsan/ERİŞİR KARACAN Esra, **Sermaye Piyasası Araçları**, Legal, İstanbul, 2021.

KATELOUZOU Dionysia/KLETTNER Alice, "Sustainable Finance and Stewardship: Unlocking Stewardship's Sustainability Potential", **ECGI**, Working Paper No: 521/2020, 2020, s. 1-32.

KATELOUZOU Dionysia/MICHELER Eva, "Investor Capitalism, Sustainable Investment and the Role of Tax Relief", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 217-239.

KENDİGELEN Abuzer/KIRCA İsmail, **Şirketler Hukuku Cilt I: Giriş Adi Şirket Ticaret Şirketleri Genel Hükümler ve Şahıs Şirketleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

KURT Emine Serap/CAVLAK Hakan, "Türkiye'deki Kurumsal Raporlama Ekosistemi Üzerine Değerlendirmeler", **Denetişim Dergisi**, C. 13, S. 25, 2022, s. 5-26.

LENZI Diletta, "Corporate Social Bonds: A Legal Analysis", **ECFR,** Vol. 18, No. 2, 2021, s. 291-319.

LOPEZ-DE-SILANES Florencio/MCCAHERY Joseph/PUDSCHEDL Paul, "ESG Performance and Disclosure: A Cross-Country Analysis", **SJLS**, Vol. 2020, No. 1, 2020, s. 217-241.

LOPUCKI Lynn, "Repurposing the Corporation Through Stakeholder Markets", **UCDLR**, Vol. 55, No. 3, 2022, s. 1445-1512.

LIN Lin, "Venture Capital in the Rise of Sustainable Investment", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 187-216.

LIN Lin/HONG Yanrong, "Developing a Green Bonds Market: Lessons from China", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 143-185.

MACNEIL Iain/ESSER Irene-Marie, "From a Financial to an Entity Model of ESG", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 9-45.

MCDONNELL Brett/OSOFSKY Hari/PEEL Jacqueline/FOERSTER Anita, "Green Boardrooms?", **CLR**, Vol. 53, No. 2, 2021, s. 335-410.

MEZZANOTTE Félix, "The EU Policy on Sustainable Finance: A Discussion on the Design of Esg-Fit Suitability Requirements", **RBFL**, Vol. 40, 2020, s. 249-313.

MIGLIONICO Andrea, "The Use of Technology in Corporate Management and Reporting of Climate‐Related Risks", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 125-141.

MITTWOCH Anne-Christin/WETENKAMP Leah/BLEIER Annika, "Unternehmensrechtliche Nachhaltigkeit und ESG", **NJW**, H. 50, 2022, s. 3601-3605.

MÖLLERS Thomas, "European Green Deal: Greenwashing and the Forgotten Good Corporate Citizen as an Investor", **CJEL**, Vol. 28, No. 2, 2022, s. 203-238.

MOSLEIN Florian/SØRENSEN Karsten Engsig, "The Commission's Action Plan for Financing Sustainable Growth and Its Corporate Governance Implications", **ECLJ**, Vol. 15, No. 6, 2018, s. 221-231.

MOSLEIN Florian/SØRENSEN Karsten Engsig, "Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective", **CJEL**, Vol. 24, No. 2, 2018, s. 391-454 *(Regulatory Instruments)*.

MYERS Colin/CZARNEZKI Jason, "Sustainable Business Law? The Key Role of Corporate Governance and Finance", **EL**, Vol. 51, No. 4, 2021, s. 991-1040.

OKUYUCU Deniz, **Anonim Şirketin Sosyal Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

ÖZER Işık, **Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

PARK Stephen Kim, "Social Bonds for Sustainable Development: A Human Rights Perspective on Impact Investing", **BHRJ**, Vol. 3, No. 2, 2018, s. 233-256.

PARK Stephen Kim, "Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution", **SJIL**, Vol. 54, No. 1, 2018, s. 1-48.

PARK Stephen Kim, "Green Bonds and Beyond: Debt Financing as a Sustainability Driver", **Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability (Ed. SJÅFJELL, Beate/BRUNER, Christopher)**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, ch. 42, s. 1-21.

PASLI Ali, "Kurumsal Yönetim", **Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 225-247.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, B. 15, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

RICHARDSON Benjamin, "Diffusing Environmental Regulation through the Financial Services Sector: Reforms in the EU and Other Jurisdictions", **MJECL**, Vol. 10, No. 3, 2003, s. 233-264.

ROACH Lee, "The UK Stewardship Code", **JCLS**, Vol. 11, No. 2, 2011, s. 463-494.

ROSINI Monica, "From CSR to HRDD: An Overview of Approaches, Initiatives and Measures Adopted by the European Union", **ICLR**, Vol. 24, No. 1-2, 2022, s. 57-78.

SAPMAZ VERAL Evren, "Yeşil Yıkama ile Mücadele: Avrupa Birliği'nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi", **Sayıştay Dergisi**, C. 33, S. 124, 2022, s. 101-109.

SERGAKIS Konstantinos, "The UK Stewardship Code: Bridging the Gap between Companies and Institutional Investors", **RJT**, Vol. 47, No. 1, 2013, s. 109-156.

SJAFJELL Beate, "Redefining the Corporation for a Sustainable New Economy", **JLS**, Vol. 45, No. 1, 2018, s. 29-45.

SJAFJELL Beate, "How Company Law Has Failed Human Rights - And What to Do About It", **UOFLS**, Research Paper Series No. 2020-07, 2020, s. 1-22.

SJAFJELL Beate, "Reforming EU Company Law to Secure the Future of European Business", **ECFR**, Vol. 18, No. 2, 2021, s. 190-217.

SHEEHY Benedict, "Sustainability, Justice and Corporate Law: Redistributing Corporate Rights and Duties to Meet the Challenge of Sustainability", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 273-312.

STRAMPELLI Giovanni, "Can Blackrock Save the Planet? The Institutional Investors' Role in Stakeholder Capitalism", **HBLRO**, Vol. 11, 2021, s. 1-20.

TAN Celine, "Private Investments, Public Goods: Regulating Markets for Sustainable Development", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 241-271.

TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası, C. 1, Taraflar**, B. 2, Beta, İstanbul, 1999.

TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1982.

TURAN Nilüfer, "Yeni Bir Borç Enstrümanı Olarak Yeşil Tahviller: Global Piyasalar ve Türkiye'deki Mevcut Durum Üzerine Tespitler", **Sayıştay Dergisi**, C. 33, S. 125, 2022, s. 311-341.

VAN OOSTRUM Chris, "Sustainability Through Transparency and Definitions: A Few Thoughts on Regulation (EU) 2019/2088 and Regulation (EU) 2020/852", **ECLJ**, Vol. 18, No. 1, 2021, s. 15-21.

YEOH Peter, "The Sustainability of Environmental, Social and Governance (ESG) Reporting in the US and the UK", **BLR**, Vol. 42, No. 6, 2021, s. 272-281.

ZETZSCHE Dirk/ANKER-SØRENSEN Linn, "Regulating Sustainable Finance in the Dark", **EBOLR**, Vol. 23, 2022, s. 47-85.

Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2023; 1: 975-1031

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN ANONİM ORTAKLIKLARDA SERMAYE, PAY, ANASÖZLEŞME İLE SERMAYE DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN 1 OCAK 2023 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN BAZI DÜZENLEMELERİ ÜZERİNE NOTLAR(*)

Arş. Gör. **Onur GÖRMEZ**(**)
Arş. Gör. **Ahmet ABUT**(***)

Öz: İsviçre anonim ortaklıklar hukukunun yirmi yıla yakın bir süredir gündeminde olan revizyon süreci, İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapan kapsamlı düzenlemelerin çok büyük kısmının 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesiyle sonuçlanmıştır. Bu revizyonun amaçlarından birisi, anonim ortaklıkların kuruluşuna ve sermayesine ilişkin hükümlerin daha esnek hale getirilmesidir. Çalışmada, öncelikle, yapılan değişikliklerin gerekçesi ile kapsamı ve yasalaşma süreci aktarılacaktır. Ardından, yukarıda aktarılan revizyon gerekçesinin kapsamına temas eden İsviçre Borçlar Kanunu'nun anonim ortaklık tanımına, sermaye ve sermaye koyma borcuna, paya, anasözleşmeye ve sermaye değişikliklerine dair yeni hükümlerinde önemli addedilen hususların ve müesseselerin, gerekli görülen yerlerde Türk anonim ortaklıklar hukukunun mevcut durumuyla karşılaştırılarak, tanıtılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre Borçlar Kanunu, Anonim Ortaklıklar, Paylar, Sermaye ve Sermaye Değişiklikleri, Anasözleşme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 12.06.2023.

(**) Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı;
İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0003-0057-8235; *onur.gormez@khas.edu.tr*).

(***) Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı;
Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye (ORCID: 0000-0003-0853-4392; *ahmet.abut@khas.edu.tr*).

NOTES ON CERTAIN PROVISIONS OF THE SWISS CODE OF OBLIGATIONS ON SHARE CAPITAL, SHARES, ARTICLES OF ASSOCIATION AND ALTERATION OF SHARE CAPITAL IN JOINT STOCK COMPANIES, ENTERED INTO FORCE ON 1 JANUARY 2023

Abstract: The revision process of Swiss joint stock companies law, which has been on the agenda for nearly twenty years has resulted in the entry into force of the provisions amending the Swiss Code of Obligations on 1 January 2023. One of the purposes of the revision is to make the provisions regarding the foundation and capital of joint stock companies more flexible. In this article, scope and rationale of this revision and the latter's legislation process are explained. Following these, it is aimed to provide an introduction to the new provisions of the Swiss Code of Obligations on definition of joint stock company, shares, share capital, articles of association and alteration of share capital by comparing them, where deemed necessary, with the current situation of Turkish law.

Keywords: Swiss Code of Obligations, Joint Stock Companies, Shares, Share Capital and Alteration of Share Capital, Articles of Association.

KONUNUN TAKDİMİ

Yirmi yıla yakın bir süredir İsviçre anonim ortaklıklar hukukunun gündeminde olan revizyon süreci, kapsamlı yenilik ve değişiklikler öngören düzenlemelerin 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesiyle sonuçlanmıştır. Bu düzenlemeler, pay, sermaye, anasözleşme, kuruluş, sermaye koyma borcu, sermaye değişiklikleri, yedek akçeler, pay sahiplerinin hakları, pay sahiplerinin genel kurula katılımı (özellikle genel kurulda temsil), organların yapısı ve işleyişi, yönetim kurulunun yükümlülükleri, finansal zorluk yaşayan ortaklıklarda alınacak tedbirler, yöneticilerin ücretlendirilmesi, haksız menfaatlerin iadesi, sorumluluk davası, ortaklıklar hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi gibi anonim ortaklıklar hukukunun neredeyse tüm başlıklarına etki etmiştir. Oldukça kapsamlı ve farklı konulara temas eden değişiklik ve yeniliklerin tamamının bu nitelikteki bir çalışmada incelenmesi mümkün görülmediğinden çalışmamızda kapsam sınırlı tutulmuştur. Konu bütünlüğünü bozmamak maksadıyla bu çalışmada,

pay, sermaye, sermaye değişiklikleri ile bunlarla yakın bağlantılı gördüğümüz diğer düzenlemelere odaklanılmıştır. Bununla beraber, öncelikle yasalaşma sürecine dair genel açıklamalarda bulunulmuştur.

I. REVİZYONUN GEREKÇESİ VE KAPSAMI

Anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK) 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla tamamı yürürlüğe giren kapsamlı değişiklik ve yeniliklerden oluşan yasa revizyonu[1], dört ana konuda İsviçre anonim ortaklıklar hukukunu yenilemeyi hedeflemektedir. Bunlar,

i) 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren Borsaya Kote Ortaklıklarda Fahiş Ücretlendirmeye Karşı Kararnamenin (BFÜK)[2] yasaya aktarılması,

ii) Anonim ortaklıklara ilişkin genel mevzuatın modernleştirilmesi ve bu kapsamda,

   a) özellikle borsa dışı ortaklıklarda, kurumsal yönetimin iyileştirilmesi,

   b) kuruluş ve sermayeye ilişkin hükümleri daha esnek hale getiren değişikliklerin yanı sıra

   c) anonim ortaklıklar mevzuatının yeni muhasebe mevzuatıyla uyumlaştırılması,

iii) Ortaklık yönetiminde cinsiyet temsilini sağlayacak kotalar öngörülmesi ve

iv) Hammadde çıkaran [maden, petrol, doğal gaz üreten ya da bakir orman (*forêts primaires*) işleten - İBK m.964d] işletmeler bakımından daha geniş şeffaflık yükümlülükleri getirilmesi

olarak özetlenebilir[3].

---

1 Aşağıdaki açıklamalar, İBK'ye ilişkin Fransızca metinler dikkate alınarak yapılmıştır.

2 *Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse*, İsviçre'de Fransızca metinlerde kısaca ORAb olarak ifade edilmektedir. Recueil Officiel (RO) 2013 4403, Recueil Systématique (RS) 221.331.

3 Bkz.: Feuille Fédérale (FF) 2017 355.

II. YASALAŞMA SÜRECİ

İsviçre hukukunda bu çaba yeni değildir. 2007 yılı sonunda anonim ortaklıklar hukukunu da ilgilendiren kapsamlı bir değişiklik tasarısı[4] oluşturulmuş; ancak bu tasarının anonim ortaklığa ilişkin değişiklikler içeren hükümleri yasalaşmamış olup ilgili taslağın muhasebeye ilişkin çeşitli hükümleri ise yasalaşmıştı[5].

İsviçre Federal Konseyi, anonim ortaklıklar hukukunun yenilenmesi konusunda 2007 tasarısının temel noktalarından yola çıkan bir başka tasarı taslağını[6] 28 Kasım 2014'te görüşe açmıştır[7,8].

İsviçre Federal Konseyi, 2015 yılı sonunda anonim ortaklıklar hukuku revizyonunun ana hatlarını ortaya koymuş; nihayetinde tasarıyı 23 Kasım 2016'da meclise sunmuştur[9].

Yasama organında geçen meşakkatli bir süreç sonunda[10] 19 Haziran 2020'de tasarı çeşitli değişikliklere de uğrayarak Federal Meclis'te kabul edilmiştir[11]. Kabul edilen metnin 8 Ekim 2020'ye kadar halk oylamasına sunulması mümkünken bu tarihe kadar söz konusu metin halk oylamasına sunulmamış ve bu tarihin geçmesiyle de yasa metni kesinleşmiştir[12].

---

4 Federal Meclise sunulan mesaj ve tasarının gerekçesi için bkz.: FF 2008 1407. Hükümler için bkz.: FF 2008 1571.

5 RO 2011 5863, RO 2012 6679.

6 Kavramın tam çevirisi öntasarı (*avant-projet*) olmakla birlikte çalışma boyunca tarafımızdan hukukumuzdaki terminolojiye uygun olarak tasarı taslağı ifadesi tercih edilmiştir.

7 Yasa tasarısı taslağı için bkz.: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14/vorentw-f.pdf.download.pdf/vorentw-f.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023). Gerekçe taslağı için bkz.: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023). Federal Konsey duyurusu bkz.: https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2014/2014-11-28.html (Erişim tarihi: 15/03/2023).

8 Bu tasarı taslağı öğretimizde derhal ilgi çekmiştir. Bkz.: ERDEM H. Ercüment, "İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı", **Hukuk Postası 2015**, ed.: Prof. Dr. H. Ercüment Erdem, 1. Baskı, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2016, s. 3 v.d.. İlgili çalışma, Mayıs 2015'te internet ortamında yayınlanmıştır. Bkz.: ERDEM H. Ercüment, **İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı**, https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgibankasi/isvicre-sirketler-hukukuna-iliskin-kanun-taslagi (Erişim tarihi: 15/03/2023).

9 Parlamentoya sunulan mesaj ve tasarının gerekçesi için bkz.: FF 2017 353; tasarı için bkz.: FF 2017 625; Federal Konsey duyurusu için bkz.: https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64622.html (Erişim tarihi: 15/03/2023).

10 İnceleyiniz: https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43617 (Erişim tarihi: 15/03/2023).

11 FF 2020 5409, RO 2020 4005.

12 RO 2020 4005, 4063.

Bu kapsamlı revizyon yasasının yürürlüğe girmesi ise hemen olmamıştır. İlk olarak, yasanın ortaklık yönetiminde cinsiyet temsiline yönelik ve hammadde işletmelerinin şeffaflığına ilişkin hükümleri 1 Ocak 2021'de yürürlüğe girmiştir[13]. Kalan hükümlerin 2022 yılında yürürlüğe girmesi beklenirken bu gerçekleşmemiştir[14].

1 Ocak 2022'de ise, yine 19 Haziran 2020 günü kabul edilen bir başka yasa yürürlüğe girmiştir. Bu yasaya ilişkin süreç 10 Ekim 2016'da yüz binin üzerinde imzayla sunulan "Sorumlu işletme - insanları ve çevreyi korumak için" (*Entreprises responsables - pour protéger l'être humain et l'environnement*) başlıklı halk inisiyatifi tasarısı ile ortaya çıkmıştır. Söz konusu tasarıya karşı, Parlamento'nun "dolaylı karşı-tasarı"sı yasama organında 19 Haziran 2020'de kabul edilmiş, halk inisiyatifi tasarısının referandumda 29 Kasım 2020'de reddedilmesi sonucunda[15] karşı-tasarı geçerlilik kazanmış[16]; ancak derhal yürürlüğe girmemiştir. İlgili yasanın 1 Ocak 2022'de yürürlüğe girmesi[17] ile İBK m. 964a, İBK m. 964b ve İBK m. 964c olarak eklenen hükümler, belli nitelikteki işletmelere finansal olmayan konulara dair bir raporlama yükümlülüğü öngörmektedir[18].

Yasanın 2021'de yürürlüğe giren hükümleri dışında kalan tüm hükümlerinin 1 Ocak 2023'te yürürlüğe gireceği ise 2 Şubat 2022'de Federal Konsey

---

[13] RO 2020 4005, 4063. Hammadde işletmelerinin şeffaflığına ilişkin Federal Konsey tarafından 3 Aralık 2021'de kabul edilmiş ve 1 Ocak 2022'de yürürlüğe girmiş bir kararname (*Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants*, İsviçre'de Fransızca metinlerde kısaca ODİTr olarak ifade edilmektedir) de bulunmaktadır. Bkz.: RS 221.433, RO 2021 847.

[14] 2022 yılında yürürlüğe gireceği beklentisine yönelik olarak bkz.: https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html (Erişim tarihi: 15/03/2023).

[15] Bkz.: FF 2021 891.

[16] RO 2021 849.

[17] RO 2021 846.

[18] Fransız hukukunda getirilen benzer raporlama yükümlülüğüne dair bkz.: GÖRMEZ Onur, **Fransız Hukukunda Ortaklık Çıkarı ile Toplumsal ve Çevresel Çıkarların Kesişimi Üzerine Kısa Bir İnceleme**, KHAS Hukuk Bülteni, 2 Aralık 2022, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/103 (Erişim tarihi: 15/03/2023). Ayrıca bkz.: BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukukunun İklim Zararlarının Tazminindeki Gücü Üzerine Bir Deneme**, KHAS Hukuk Bülteni, 25 Kasım 2022, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/102 (Erişim tarihi: 15/03/2023). Fransız hukukunda getirilen ihtiyat yükümlülüğü (*devoir de vigilance*) kavramı ve bu raporlama yükümlülüğü hakkında ayrıca bkz.: PIETRANCOSTA Alain, **Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives**, ECGI-Law Working Paper No. 639/2022, October 2022, s. 1 v.d., https://ssrn.com/abstract=4083398 (Erişim tarihi: 15/03/2023).

tarafından kararlaştırılmıştır[19]. Federal Konsey aynı tarihte, yine 1 Ocak 2023'te yürürlüğe girecek şekilde Ticaret Sicili Kararnamesinde (TSK)[20] de kapsamlı değişiklikler yapmıştır[21]. Böylelikle, 2007 tasarı taslağının görüşe açıldığı Aralık 2005[22] başlangıç kabul edilirse[23] İsviçre anonim ortaklıklar hukukunu kapsamlı şekilde yenilemeye yönelmiş neredeyse 20 yıllık revizyon süreci, *şimdilik* tamamlanmış gözükmektedir.

III. ANONİM ORTAKLIK TANIMI

Anonim ortaklığın tanımının, unsurlarının ve temel özelliklerinin düzenlendiği İBK m. 620 hükmünün ifadesi değiştirilmiştir. Gerekçede, hükmün önceki halinin hem gereksiz unsurlar barındırdığı hem de önemli nitelikteki yapısal hususlara vurgu yapmadığı şeklinde eleştiriler yapılmıştır[24].

İlk fıkrada anonim ortaklık "bir veya daha fazla kişi ya da ticaret ortaklığı[25] tarafından oluşturulabilecek bir sermaye ortaklığı" olarak oldukça yalın bir şekilde tanımlanmıştır.

---

19 Bkz.: RO 2022 109.

20 *Ordonnance sur le registre du commerce*, İsviçre'de Fransızca metinlerde kısaca ORC olarak ifade edilmektedir. RS 221.411, RO 2007 4851.

21 RO 2022 114.

22 Değişiklik önerileri için bkz.: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-f.pdf.download.pdf/entw-f.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023). Tasarı taslağı gerekçesi için bkz.: https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023). Federal Konsey duyurusu için bkz.: https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2005/2005-12-051.html (Erişim tarihi: 15/03/2023).

23 Bu taslağa yönelik çalışmalar 2002 yılında başlamış olduğundan başlangıç pekâlâ 2002 de kabul edilebilir. Nitekim bu yönde bkz.: MONTAVON Pascal / JABBOUR Ivan, "La révision du droit de la SA complétée des modifications du droit des Sàrl et SCoo au 1er janvier 2023", **TREX**, 1S/2023, s. 18.

24 FF 2017 431.

25 İsviçre hukukunda ticaret ortaklıkları altındaki kişi ortaklıkları olan İBK m. 552 v.d. düzenlenen kollektif ve İBK m. 594 v.d. düzenlenen komandit ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı yönünde kollektif ortaklık için bkz.: VULLIÉTY Jean-Paul, "Art. 552", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 128, N. 3 ve komandit ortaklık için bkz.: VULLIÉTY Jean-Paul, "Art. 594", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 260, N. 4, burada ayrıca d.n. 7. Ticari ortaklıklar içerisinde kişi ortaklığı olduklarına dair bkz.: ROUILLER Nicolas / BAUEN Marc / BERNET Robert / LASERRE ROUILLER Colette, **La Société Anonyme Suisse**, 3. Baskı, Schulthess Editions, Zürih, 2022, s. 24, N. 21c. Bununla birlikte bu ortaklıkları, tüzel kişilere yaklaştıran kimi özelliklerin bulunduğu yönünde bkz.: **VULLIÉTY**, Art. 552, s. 128-129, N. 4 ve **VULLIÉTY**, Art. 594, s.

Anonim ortaklığın "*sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş bir ortaklık olduğu*" ifadesi tanımdan çıkarılmıştır. Bu husus, zaten İBK m. 626'dan anlaşılmaktadır.

Gerçek kişiler, tüzel kişiler ve diğer ticaret ortaklıklarının kurucu olabileceğini düzenleyen İBK m. 625 hükmü ilga edilip tüzel/gerçek ayrımına gidilmeden "kişiler" ve ticaret ortaklıkları tarafından anonim ortaklığın oluşturulacağı[26] İBK m. 620/1 hükmündeki tanıma eklenmiştir. Tasarı taslağında kurucular çevresi, adi ortaklık gibi tüzel kişiliği bulunmayan hukuki toplulukları (*communauté de droit*) kapsayacak şekilde genişletilmişken; yasalaşan metinde tüzel kişiliği bulunmayan hukuki topluluklar (*communauté de droit*) açıkça kurucu olabilecek kişiler arasında sayılmamıştır. Öte yandan gerekçede, bu toplulukların da kurucu olabileceği açıklaması korunmaktadır[27].

İBK m. 620/2'de pay sahiplerinin ortaklık borçlarından sorumlu olmadığı hükmü çıkarılmış olmakla birlikte m. 620/1'de ortaklık borçlarının güvencesinin yalnızca ortaklık aktifi olduğu hükmü ilk fıkranın ikinci cümlesi haline getirilerek korunmuştur. Gerekçede de bu cümle karşısında anasözleşmede pay sahibine kişisel sorumluluk ya da ek ödeme yükümlülüğü getiren hükümler öngörülemeyeceği ifade edilmiştir[28].

İBK m. 620'nin yeni üçüncü fıkrasındaysa pay sahibi sıfatının kazanılması için en az bir adet ortaklık payının elde bulundurulması gerektiği hükme bağlanmıştır.

260-261, N. 5. Tanımda ticaret ortaklıklarının özel olarak belirtiliyor olması bu ortaklıkların hukuki durumlarıyla ilişkilendirilebilir. Nitekim İBK m. 620'nin gerekçesinde ticaret ortaklıkları ifadesinin yanında parantez içerisinde özel olarak ve yalnızca kollektif ve komandit ortaklık sayılmıştır. Bkz.: FF 2017 431.

26 Fransızca yasa metinlerinde, mülga İBK m. 625'te kurmak anlamındaki *fonder* eylemi kullanılmaktayken yeni İBK m. 620'de oluşturmak anlamını içeren *former* eylemi tercih edilmiştir. Kurucu anlamındaki *fondateur* terimi ise İBK'de korunmuştur (m. 629 v.d.). Gerekçede de hükmü açıklarken *fonder* eylemi kullanılmıştır. Bununla birlikte, İBK m. 625 hükmünün ilga edilmesiyle söz konusu hükmün lafzından yola çıkarak kurucuların kimler olduğunu doğrudan tespit etme olanağı artık yasada bulunmamaktadır. Terim bütünlüğü yönünden İBK m. 620'de tercih edilen *former* eyleminin isabeti bir an için sorgulanabilir. Ancak, hüküm tanım maddesidir ve ortaklığa sonradan katılanlar da olabilir; bu durumda ortaklık "oluşumu" içerisinde bu sonradan katılanlar da bulunacaktır. Dolayısıyla, lafzın yalnızca kuruluş anını değil, ortaklığın tüm varlık sürecini kapsayacak şekilde ortaklığı (kurup veya sonradan katılıp) oluşturabilecekler çevresini tanımlaması daha yerindedir. Nitekim İBK m. 620'nin İtalyanca metninde katılmak anlamı barındıran *participare* eylemi tercih edilmiştir.

27 FF 2017 431.

28 FF 2017 431.

İBK m. 620'nin eski üçüncü fıkrasındaki ortaklığın ekonomik olmayan bir amaç da güdebileceğine ilişkin hüküm kaldırılmış olmakla birlikte gerekçede, diğer tüzel kişilerde olduğu gibi ortaklığın ekonomik olan veya olmayan bir amaç gütmesinin mümkün olduğunu zikretmenin anlamsız olduğu, ilgili fıkranın kaldırılmasının esasa yönelik hiçbir değişiklik getirmediği ifade edilmiştir[29].

IV. SERMAYE VE SERMAYE KOYMA BORCU

1. Yabancı Para Cinsinden Belirlenebilmesi

Asgari sermayenin[30] 100.000 İsviçre frangı olmasına ilişkin İBK m. 621/1 hükmü değiştirilmemekle birlikte, İBK m. 621/2 hükmü ile sermayenin yabancı para cinsinden belirlenebilmesine izin verilmiştir.

Bunun için gerekçenin birlikte arandığını ifade ettiği üç koşulun yerine gelmesi gerekir[31]:

---

[29] FF 2017 432. İBK m. 626/1/2 uyarınca ortaklığın amacının anasözleşmede belirtilmesi gerekir. Ortaklığın ekonomik olmayan bir amaç güdebileceğinin, tanımda ekonomik amacın açıkça zikredilmemesinden çıkarılabileceği; uygulamada, anonim ortaklıkların ekonomik amaç gütmüyorlarsa bunu anasözleşmelerinde belirttiği; kamu menfaatine (*intérêt général*) ya da saf kamu yararına (*pure utilité publique*) bir amaç gütmelerinin vergisel anlamda sonuçları olabileceği yönünde bkz.: **ROUILLER ve diğ**., SA 2022, s. 42, N. 30, d.n. 125.

[30] Hükmün Fransızca metninde *capital-actions* terimi kullanılmaktadır ve sözcüğü sözcüğüne çevrildiğinde "pay sermayesi"ni ifade eder. Pay sermayesi, ortaklık mal varlığına pay sahiplerinin getirmeyi taahhüt ettiği asgari tutar olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 112, N. 145. Pay sermayesi yanında, "katılma senedi" (*bon de participation*) karşılığı ortaklığa getirilen sermayeyi ifade etmek üzere İBK m. 656a v.d. düzenlenen "katılma sermayesi" (*capital-participation*) de bulunmaktadır. İBK m. 656b/3-4-5-6'da, katılma sermayesinin pay sermayesi ile ilişkisi ve sonuçları düzenlenmektedir. Değişiklik öncesi dönemde, İBK eski m. 620'de katılma sermayesinden bahsedilmemekle birlikte, pay sermayesi ile katılma sermayesi toplamının ortaklık sermayesini oluşturduğu yönünde bkz.: LOMBARDINI Carlo, "Art. 620", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 316, d.n. 3; BOYER Dominique / RUBIDO Jose-Miguel / VALINCIUTE FAIVRE Vilma, "Bon de participation ou de jouissance: questions choisies en matière commerciale", **REPRAX**, 4/2019, s. 137-138. Ayrıca bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 6, N. 30 ve s. 112, d.n. 336. Katılma sermayesine ilişkin olarak bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 168, N. 194a v.d.. TTK m. 329'da anonim ortaklık tanımlanırken sermayenin paylara bölünmesi düzenlendiğine göre TTK yönünden sermayenin doğrudan pay kavramıyla ilişkilendirildiği söylenebilir. *Capital-actions* terimi, TTK yönünden sermaye kavramına karşılık gelmekte olduğundan çalışmamızda, İsviçre hukukunda bu terimin geçtiği yerlerde "pay sermayesi" yerine yalnızca "sermaye" terimini kullanmayı tercih ettik. "Katılma senedi" kavramı için bkz.: aşağıda d.n. 173.

[31] FF 2017 432.

i) Hükmün lafzında da ifade edildiği üzere, işletmenin faaliyetleri için en çok önem arz eden yabancı para birimi sermayeyi ifade etmek üzere seçilebilir.

ii) Kuruluşta sermaye yabancı para cinsinden belirlenmişse, ilgili yabancı para cinsinden tutar, asgari 100.000 İsviçre frangına karşılık gelmelidir[32].

- Tasarı taslağında kuruluş (*constitution*) yerine ticaret siciline tescil (*inscription*) anı esas alınmıştı[33]. Gerekçeye göre bunun, kuruluş anı olarak değiştirilmesinin nedeni, tescil başvurusu ile tescil olgusunun gerçekleşmesi arasında geçen sürede kurda yaşanabilecek değişikliklerle kurucuların aleyhine sonuç doğmasını önlemek olarak açıklanmıştır[34].

- Gerekçede, kurucu işlemin yapıldığı (İBK m. 629/1[35]) anın esas alınacak olup bu tarihteki değişim kurunun uygulanacağı ifade edilmiştir[36]. Yine gerekçeye göre sicil, yalnızca belirtilen kur ile yabancı para cinsinden sermayenin karşılanıp karşılanmadığına dair basit bir kontrol yapacak olup sicilin tescil anında ikinci bir kontrol yapma yetkisi ve sorumluluğu olmadığı gibi değişim kurunun doğruluğunu kontrol yükümlülüğü de yoktur. Değişim kurunun doğruluğundan sorumluluğun yalnızca kuruculardа olduğu ifade edilmiştir. Sicilin, yalnızca, değişim kurunun yanlış olduğunun açıkça ortada olduğu olasılıklarda müdahale edebileceği de belirtilmiştir.

iii) Defterlerin yabancı para cinsinden tutulması ve finansal tabloların yabancı para cinsine göre hazırlanması gerekir[37].

---

[32] Kuruluşta sermayenin asgari 50.000 İsviçre frangının ödenmiş olması gerektiğine dair İBK m. 632/2 hükmü, asgari 50.000 İsviçre frangı ya da sermaye yabancı para cinsinden belirlenmişse 50.000 İsviçre frangına tekabül eden tutar şeklinde değiştirilmiştir.

[33] Tescil anının kabul edilmesine yönelik getirilen eleştiriler için bkz.: YÜCE Aydın Alber, "İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2017, s. 59-61.

[34] Böylece kuruluş sonrası, kurlardaki değişiklik dolayısıyla yabancı paranın karşılığının 100.000 İsviçre frangının altına düşmesi tescile engel olmayacaktır. Bkz.: FACINCANI Nicolas / SUTTER Reto, "Les points forts du projet de révision du droit de la SA", **TREX**, 1/2018, s. 46.

[35] İBK m. 629/1: "Ortaklık, kurucuların anonim ortaklık kurma iradelerini beyan ettikleri, anasözleşmeyi kabul ettikleri ve organları tayin ettikleri resmi şekildeki bir işlemle kurulur."

[36] FF 2017 433. İBK m. 629/3'e göre sermaye yabancı para olarak belirlenmişse, uygulanabilir değişim kurunun kurucu işlemde belirtilmesi gerekmektedir.

[37] Zorunluluk arz ettiği yönünde bkz.: FF 2017 432. Gerekçede, örnek olarak sermayenin avro belirlenip dolar veya frank üzerinden defterlerin tutulamayacağı ve finansal tabloların hazırlanamayacağı belirtilmektedir.

İlgili fıkranın son cümlesine göre sermayenin belirlenmesine izin verilen yabancı para cinslerinin hangileri olduğu hakkındaki kararı Federal Konsey alacaktır. Ticaret Sicili Kararnamesinde kapsamlı değişiklikler getiren RO 2022 114 sayılı Kararname ile TSK'ye eklenen ve 1 Ocak 2023'te yürürlüğe giren Ek 3 uyarınca İngiliz sterlini (GBP), avro (EUR), ABD doları (USD) ve Japon yeni (JPY) para birimlerinin sermayeyi belirtmek üzere kullanılabilecek yabancı para birimi olarak belirlenmesine izin verilmiştir[38].

İBK m. 621/3 ile genel kurula, hesap döneminin başında sermayenin belirlendiği para birimini değiştirme yetkisi tanınmıştır[39]. Genel kurulun bu yönde bir karar alması İBK m. 704/1/9 uyarınca nitelikli yeter sayıya tabi olup genel kurul kararının akabinde anasözleşmenin duruma uygun hale getirilebilmesi için gerekli değişiklik İBK m. 621/3 c.2 uyarınca yönetim kurulu tarafından yapılacaktır. Yönetim kurulu, f. 2'de getirilen koşulların sağlandığını tespit edecek[40] ve uygulanacak değişiklik oranını belirleyecektir. Fıkranın son cümlesine göre genel kurulun ve yönetim kurulunun ilgili kararları resmi şekle (*acte authentique*)[41] tabidir. Gerekçeye göre[42], ilgili hesap döneminin başında geriye dönük olarak yeni bir para birimi belirlenebileceği gibi takip eden hesap döneminde uygulanmaya başlanacak şekilde de yeni bir para birimi kararlaştırılması da mümkündür.

Bu nitelikteki bir para birimi değişikliğinin bir sermaye artırımı ya da azaltımı anlamına gelmemesi gerektiği gerekçede[43] belirtilmektedir. Dö-

---

38 Sermaye yabancı para cinsinden belirlenip defterlerde ve finansal tablolarda bu para kullanılacak olmakla birlikte İsviçre'de doğan vergi yükümlülüğü kural olarak İsviçre frangı olarak ödenecektir. Bu yönde ve yabancı para tercihinin vergisel sonuçlarına dair bkz.: BALABAN Branko / METZGER Markus, "Les aspects fiscaux du nouveau droit de la société anonyme", **TREX**, 2/2021, s. 96.

39 Muhasebenin ve finansal planlamanın yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden olmasına rağmen anasözleşmenin değiştirilmesinde kural olarak genel kurulun yetkili olduğu, dolayısıyla para birimini değiştirmenin de genel kurulun yetkisi dahilinde kaldığı yönünde bkz.: FF 2017 433.

40 Tasarı taslağında, bu şekilde yapılacak bir değişiklikte sermayenin tamamen karşılandığına dair bir uzman raporu da aranmış (Taslak 621/3/2 hükmü) olmakla birlikte bu husus tasarı metnine alınmamıştır. Gerekçede bunun nedeni olarak kuruluşta yabancı para birimi belirlenirse bu raporun aranmamış olması karşısında değişikliğin daha zor koşullara tabi tutulmaması gerektiği şeklinde açıklanmıştır (FF 2017 434).

41 İlgili ifade Fransızca metinde *acte authentique* olarak belirtilmektedir. Bu ifadenin dilimize birebir çevirisi, hukuk terminolojisi de göz önünde tutulduğunda "resmi işlem" olacaktır; bununla birlikte ifade, hukukumuzdaki yaygın kullanımla uyumlu olması için "resmi şekil" olarak çevrilmiştir. Çalışmamızda, "resmi şekil" ifadesi kullanıldığında Fransızca metindeki karşılığı özel olarak belirtilmiştir.

42 FF 2017 433.

43 FF 2017 434.

nüşüm sonucu çıkacak değer yuvarlanmak isteniyorsa genel kurul, sermaye artırımı ya da azaltımı için gerekli kararı almalıdır. Aşağıda değinilecek olan[44] sermaye dalgalanma marjı sistemini kabul eden ortaklıklarda, yönetim kurulu bu noktada daha esnek hareket etme imkânına sahip olacaktır[45].

2. Nakdi Sermaye

Nakdi sermaye getirilmesini düzenleyen İBK m. 633 hükmüne üçüncü fıkra eklenmiştir[46]. Bu hüküm uyarınca sermayenin belirlendiği para cinsinden veya serbestçe dönüştürülebilir (*librement convertible*) diğer bir para cinsinden ödemeler[47], sermayenin nakden getirilmesi kabul edilmiştir.

Bu fıkra uyarınca yabancı para cinsinden nakdi sermaye getirilmesi olanağı ile İBK m. 621/2'deki sermayenin izin verilen yabancı para cinsinden bir para birimi olarak belirlenmesi olanağının karıştırılmaması gerekir. İBK m. 633/3 karşısında söz gelimi sermaye İsviçre frangı dışında bir para birimi olarak belirlenmemiş olsa bile nakdi sermaye, yabancı bir para biriminden olmak üzere getirilebilir.

Nakdi sermaye olarak getirilebilirlik kıstası, ilgili paranın serbestçe dönüştürülebilir olmasından ibarettir. Bu yönüyle, İBK m. 633/3'te nakdi sermaye olarak getirilebilecek para birimleri çevresi, İBK m. 621/2 uyarınca Federal Konsey'in belirlemiş olduğu sermayenin belirlenebileceği şimdilik dört para biriminden ibaret para birimi çevresinden çok daha geniştir. Söz gelimi, Türk lirası, İBK m. 621/2 ve TSK Ek 3 uyarınca bir İsviçre anonim ortaklığının sermayesinin belirlendiği para birimi olamayacaktır; ancak serbestçe dönüştürülebilir olduğuna göre nakdi sermaye olarak bir İsviçre anonim ortaklığına getirilebilecektir.

3. Ayni Sermaye

İBK m. 634/1 hükmü yeniden düzenlenerek, İsviçre'de 2001 yılından beri baskın olan uygulamayı yansıtacak şekilde ayni sermaye olarak getirile-

---

44 Bkz.: aşağıda VII.5.

45 FF 2017 434.

46 İBK m. 633 hükmünün birinci ve ikinci fıkralarının lafzında da değişiklikler olmakla birlikte bunların esasa etki etmediği gerekçede ifade edilmektedir. Bkz.: FF 2017 440.

47 Diğer para cinsinden ödemelere ilişkin bu kısım 1999 yılından beri olan sicil uygulamasının yasaya aktarılması niteliğindedir. Bkz.: FF 2017 441.

cek değerlerin taşımaları gereken nitelikler sayılmıştır[48]. Aranan nitelikler, getirilen mal varlığı unsurunun

i) Bilançoya aktif olarak kaydedilebilmesi,

ii) Ortaklığın mal varlığına aktarılabilmesi,

iii) Ticaret siciline tescil edildiği anda ortaklığın ilgili değer üzerinde malik olarak (*propriétaire*) serbestçe tasarruf edebilir olması veya taşınmazlar özelinde tapu sicilinde tescili talep edebilecek olması ve

iv) Üçüncü kişilere devredilerek paraya çevrilebilir olmasıdır (*réalisé par transfert à un tiers*).

Ayni sermaye getirilmesinde şekil şartına ilişkin İBK m. 634/2 hükmü önceki m. 634/1'in karşılığı olup İBK m. 634/3'te ise taşınmazların farklı kantonlarda bulunması durumunda resmi şekil (*acte authentique*) şartının nasıl yerine getirileceği düzenlenmektedir.

İBK m. 634/4'te de ayni sermaye olarak getirilen unsurun, bunun değerlemesinin, getirenin, karşılığında verilen payların ve pay dışı bir karşılık sağlanıyorsa[49] onun anasözleşmeye işlenmesi gereği düzenlenmiştir. Genel kurul, anasözleşmeye işlenen bu hususu on yıl geçtikten sonra anasözleşmeden kaldırabilecektir.

4. Sermaye Koyma Borcunun Takas Yoluyla İfası

İsviçre hukukunda değişiklik öncesi, bakiye sermaye borcunun (önceki İBK m. 634a/2) ve sermaye artırımında sermaye koyma borcunun (önceki İBK m. 653e/2) takas yoluyla sona erdirilebileceğinden söz edilmekle birlikte, takas yoluyla ifayı doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı[50].

---

[48] Gerekçede ilgili açıklama için bkz.: FF 2017 441. Oldukça önemli olmasına rağmen ayni sermaye unsurunun "getirilebilir olması" için hangi kıstasları taşıması gerektiğinin bu değişikliğe kadar yasada düzenlenmemiş olduğu, yasanın bu önemli eksikliği giderdiği yönünde bkz.: HORISBERGER Loïc, "La suppression des règles sur la reprise de biens sans allégement des règles sur les apports en nature - une incohérence?", **REPRAX**, 4/2017, s. 194.

[49] Getirilen ayni sermaye unsurunun bedelinin, karşılığında verilen payların çıkarma bedelinden fazla olması durumunda ortaklık pay dışında bir karşılık önerebilir. Bu durumda karma bir işlem söz konusu olacaktır. Bkz.: FF 2017 443.

[50] AUS DER AU Roman, "La libération par compensation selon le droit révisé de la société anonyme", **TREX**, 1/2022, s. 48-49; YÜCE Aydın Alber, **Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi "Şirket Borçlarının Şirket Sermayesine Dönüştürülmesi"**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 22.

Öğreti ve uygulamada kabul edilen sermaye koyma borcunun takas yoluyla sona erdirilmesi hususu, değişiklikle birlikte İBK'ye eklenmiştir. Sermaye koyma borcunun ifasını düzenleyen ilgili kısımda, "nakden" başlıklı İBK m. 633 ve "aynen" başlıklı İBK m. 634 hükümlerini takiben İsviçre yasa koyucusu takas yoluyla sermaye koyma borcunun ifasını İBK m. 634a hükmünde ayrı bir madde olarak somutlaştırmıştır[51].

İBK m. 634a/1 hükmünde, sermaye borcunun takas yoluyla ifa edilebileceği düzenlenmektedir. Takas edilecek alacağın çekişmeli olmaması gerektiği, zira ilgili alacağın bu durumda İBK m. 634'te ifade edilen üzerinde serbestçe tasarruf edilebilme kıstasını sağlamadığı gerekçede[52] ifade edilmektedir.

İBK m. 634a/2'de takas edilecek alacağın ortaklık aktifleriyle karşılanamıyor olması halinde de takas yoluyla sermaye koyma borcunun sona erdirilebileceği düzenlenmektedir. Gerekçede bu olanağın, ortaklığın finansal durumunun iyileştirilmesi yönünden anlam ifade edebileceği; zira takas sonucunda ortaklığa likidite sağlanmamış olsa da ortaklığın borçlarının azalması sonucunun doğacağı, takas suretiyle oransal olarak yabancı kaynaklar azalırken ortaklığın iç/kendi kaynaklarının artmasının ortaklığın ekonomik durumunu düzelten bir sonuç olduğu belirtilmektedir[53].

İBK m. 634a/3 uyarınca takas edilen alacağın miktarı, alacağını takas eden pay sahibinin kim olduğu ve bunun karşılığında çıkarılan paylar anasözleşmede belirtilecektir; genel kurul tarafından bu hususlar on yıl sonra anasözleşmeden kaldırılabilir. Bu yükümlülüğün alacaklı ve borçluları korumaya faydasının olacağı, zira eski mevzuatta ayni sermaye yönünden anasözleşmeden tespit yapılabilirken takas yönünden bu tespitin yapılamadığı ve aradaki farkın anlamsız olduğu, yeni düzenlemede ayni sermaye ile takas yoluyla sermaye konulması arasındaki bu farklılığın giderildiği gerekçede ifade edilmektedir[54].

---

[51] Türk hukukunda takasın ortaklığın kuruluşu aşamasında uygulanıp uygulanamayacağı hakkında değerlendirme için bkz.: ÖZDİN Funda, "Sermaye Artırımında Sermayenin 'Takas' Suretiyle Sağlanması İşleminin Hukuki Niteliği ve Takas Konusu Alacağın 'Değerlendirilmesi' Meselesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 18, S. 208, 2020, s. 1597-1599.

[52] FF 2017 444.

[53] Bkz.: FF 2017 416 ve 443. Takasa konu alacağın değerlemesine ilişkin bu hükme dair tasarı aşamasında yapılan açıklamalar ve konunun Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz.: **ÖZDİN**, s. 1603-1605 ve 1609-1613.

[54] FF 2017 444.

5. Bakiye Sermaye Borcunun İfası

Daha önce İBK m. 634a'da bulunan hüküm[55] İBK m. 634b'ye alınmış olup hükmün ikinci fıkrasına daha önce yasada olmayan bir ek yapılmıştır. Söz konusu eke göre, ortağın bakiye sermaye borcu "ortaklığın serbestçe tasarruf edebileceği iç kaynakların dönüştürülmesi" (*par la conversion de fonds propres dont la société peut librement disposer)* suretiyle de ödenebilecektir. Söz konusu hususun değişiklik öncesi hüküm kapsamında yapılıp yapılamayacağı öğretide tartışmalıydı[56]. Gerekçe, ilgili hususun yasada açıkça zikredilmesinin hukuk güvenliğini artırdığını belirtmektedir[57].

6. Iskat Usulü

İBK m. 682/1'de düzenlenen ıskat usulü ortaklık lehine kolaylaştırılmıştır. Değişiklik öncesi, sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahibi hakkında ıskat kararı alınabilmesi (veya anasözleşmede öngörüldüğü takdirde ceza koşulu istenebilmesi) için yönetim kurulunun en az üç defa İsviçre Ticaret Resmî Gazetesinde (İTRG) yayımlanacak bir ilanla ve anasözleşmede öngörülen usulde pay sahibini ödemeye davet etmesi, bu davetin yapıldığı son tarihten itibaren pay sahibine asgari bir aylık süre vermesi gerekmekteydi. Değişiklikle, pay sahibinin ıskatı hakkında karar alınabilmesi için en az üç defa ilan yapılması zorunluluğu tek ilana düşürülmüştür[58]. Ayrıca bir aylık süre de otuz gün olarak düzenlenmiştir.

Hükmün İBK m. 653k'de olağan sermaye azaltımında alacaklılara yapılacak çağrıda da aranılan ilan sayısını üçten bire düşürdüğü ve bir ay olarak öngörülen süreyi de otuz gün olarak değiştirdiği göz önünde tutulduğunda, yasa koyucunun ilan ve süreler konusundaki yaklaşımının ıskat usulüne de uygulandığı ve yasa sistematiğinde uyum sağlandığı söylenebilir.

---

55 Hükmün hem önceki hem mevcut halinde borcun nakden ve aynen ifası yanında takas yoluyla ödenebileceğini de açıkça zikredilmektedir.

56 Bu suretle İBK m. 680/2 (değişiklik yoktur) hükmünde düzenlenen sermayenin iadesi yasağının dolanıldığı ileri sürülebilir. Öte yandan ilgili nitelikli yeter sayılar ile genel kurulun karar alıp yönetim kurulunu yetkilendirmesi suretiyle bu olanağın kullanılabileceği de savunulabilecektir. Tartışma için bkz.: LOMBARDINI Carlo / CLEMETSON Caroline, "Art. 634a", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 372 N. 16.

57 FF 2017 444.

58 Türk hukukunda TTK m. 483/1 uyarınca ıskat usulünde bir defa ilan yapılması gerektiği öngörülmüştür.

Gerekçede ıskat usulünde sürenin değiştirilmesine ilişkin özel bir neden belirtilmemiş[59] olmakla birlikte İBK m. 653k'de yapılan, teknolojik gelişmeler sonucunda tek ilanın yeterli olacağına işaret eden açıklamaların[60] bu hüküm yönünden de geçerli olduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla, kanaatimizce, sicilde yapılan ilanlara elektronik olarak ulaşılabiliyor olması karşısında üç yerine tek ilanın, ıskat tehdidi altındaki pay sahibinin haklarına halel getirmeyeceği varsayımı İsviçre yasa koyucusu tarafından kabul edilmiş gözükmektedir.

V. PAYLAR

1. Asgari İtibari Değer

İBK m. 622/4 uyarınca payların itibari değerinin sıfırdan büyük olması gerekli ve yeterlidir. Değişiklik öncesi İsviçre hukukunda payların itibari değerinin asgari bir *centime* (0,01 CHF)[61] olması gerektiği düzenlenmişti. Bu şekilde payların itibari değerini belirlemede ortaklıkların serbest bırakılmasına bağlı olarak payın itibari değerinin düşürülmesi yoluyla sermaye azaltımında hükmün kolaylaştırıcı bir etki gösterebileceği gerekçede belirtilmektedir[62]. Payın itibari değerinin sıfırdan büyük herhangi bir değer olmasının önü açılarak pratikte gerçek olmayan itibari değerden yoksun paylar (*action sans valeur nominale improprement dite*)[63] çıkarılması olanağıyla, İsviçre

---

[59] FF 2017 480. İBK m. 653k'nin, tasarı aşamasında da süre otuz gün olarak öngörülmüş olmakla birlikte hükmün gerekçesinde sürenin iki aydan bir aya indirildiği ifade edilmektedir. Bkz.: FF 2017 457. İBK m. 77/1/3 karşısında bir aylık sürenin hesabıyla otuz günlük süre hesabının aynı olmaması karşısında gerekçedeki ifadenin yanlış anlaşılmaya müsait olduğu belirtilmelidir.

[60] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz.: aşağıda d.n. 152.

[61] Payın minimum nominal değerinin tarihsel süreçte İsviçre'de ciddi şekilde azaltıldığı görülmektedir. 1936 tarihli yasada 100 İsviçre frangı belirlenmiş, 1991 revizyonunda bu 10 franga düşürülmüş, 2001 değişikliğiyle de 1 *centime* değerine indirilmiştir.

[62] FF 2017 599; ayrıca bkz.: **YÜCE**, Revizyon Tasarısı, s. 64-65.

[63] Türk hukukunda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 50/2 c. 2'de değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının paylarının itibari değerinin bulunmadığı düzenlenmektedir. Konuya ilişkin bkz.: NOMER ERTAN Füsun, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermaye Yatırım Ortaklığı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 140; ALTAY Sıtkı Anlam, "Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklıkları", **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu**, ed.: Prof. Dr. Korkut Özkorkut, BTHAE, Ankara, 2017, s. 209-210. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu döneminde menkul kıymet yatırım ortaklıklarının paylarının itibari değerinin bulunması zorunluluğunun bu ortaklıkların amacıyla uyumlu olmadığı ve itibari değerden yoksun pay çıkarabilmeleri gerektiği ifade

hukukunda bu yönde köklü bir değişikliğe gidilmesine gerek kalmadan aynı sonucun elde edildiği de gerekçede ileri sürülmektedir[64].

2. Payların Dönüştürülmesi ve Pay Senetlerinin İmzalanması

İBK m. 622/3'te eski fıkranın ifadesi yalınlaştırılarak "nama yazılı payların hamiline, hamiline yazılı payların ise nama dönüştürülebileceği" düzenlenmiştir. Gerekçede, anasözleşmede öngörülmek şartıyla dönüştürmenin yapılabileceği ifade edilmektedir. Ancak eski hüküm uygulaması da açıkla-

edilmekteydi. Bkz.: FRANKO Nisim, "Sermaye Piyasası Kanununun Yeni Bir Müessesesi Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklığı", **BATİDER**, C. XIII, S. 2, 1985, s. 26-27. Mülga 2499 sayılı Kanun öncesi sermaye piyasası mevzuatına ilişkin tasarıların hazırlandığı dönemde bu nitelikteki payların düzenlenmesi şeklinde önerilerin bulunduğu yönünde bkz.: TEOMAN Ömer, "Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim (İtibari=Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi", **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 84, d.n. 15. Karşılaştırmalı hukukta itibari değerden yoksun pay kavramı için bkz.: KARAMANLIOĞLU Argun, Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunmasına Yönelik Önlemler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 32, d.n. 166. Ayrıca bu konuda bkz.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 22-23, N. 61-64. Erişim için: http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023).

İtibari değerden yoksun pay (*share with no par value/no par value share*) kavramına Birleşik Krallık ve diğer *common law* ülkelerinin yaklaşımı için bkz.: FERRAN Eilis / HO Look Chan, **Principles of Corporate Finance Law**, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 71-74.

Payın itibari değeri belirtilmediği için ilk bakışta itibari değerden yoksun olduğu izlenimi oluşturan ancak sermayenin belirli olması ve bunun pay adedine bölünmesi yoluyla paya atfedilen değerin hesaplanabildiği durumda aslında itibari değerden yoksun paydan söz edilemeyecektir. Belçika modelini esas alan 2012/30/EU sayılı AB Yönergesi m. 8'deki (yürürlükteki 2017/1132 sayılı AB Yönergesi m. 47) bu yaklaşımın, AB dışında anlaşıldığı haliyle itibari değerden yoksun pay kavramını karşılamadığı yönünde bkz.: **FERRAN / HO**, s. 74.

Belçika hukukunda, Belçika Ortaklıklar ve Dernekler Yasası m. 7:14/1/4 ve m. 7:178/2'den de anlaşılabileceği üzere, "itibari değerden yoksun" pay (*actions sans valeur nominale*) çıkarılabilecektir. Bu paylarda, paya bakıldığında payın itibari değeri görülmemekte ancak karşılığı sermayenin pay adedine bölünmesiyle hesaplanabilmektedir. Bkz.: MALHERBE Jacques / DE CORDT Yves / LAMBRECHT Philippe / MALHERBE Philippe / CULOT Henri, **Droit des Sociétés**, 5. Baskı, Larcier, Brüksel, 2020, s. 532, N. 955. Bu durumda, paya atfedilen itibari değer olmaması nedeniyle "itibari değerden yoksun" fakat değeri sermayenin pay sayısına bölünmesiyle hesaplanabildiğinden "gerçek olmayan" bir itibari değerden yoksunluk söz konusu olup Belçika hukukundaki bu tür paylar, "gerçek olmayan" itibari değerden yoksun pay kavramını karşılamaktadır.

Lüksemburg hukukunda ise benzer bir olanak bulunmakla birlikte daha ihtiyatlı ve aslında isabetli bir terminolojik tercihte bulunulmuştur. Ticaret Ortaklıklarına İlişkin 10 Haziran 1915 tarihli Değiştirilmiş Yasa (*Loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*) m. 430-1 uyarınca, anonim ortaklık paylarının "değeri belirtilmeden" (*sans mention de valeur*) çıkarılması mümkündür. Benzer bir olanak, Lüksemburg limited ortaklıklarının esas sermaye payları (*part sociale*) için m. 710-5'te de öngörülmüştür.

64 FF 2017 384-385 ve 435.

narak bunun için anasözleşmede başından beri bu yönde bir hüküm olması gerekmediği, uygulamada dönüştürme kararıyla birlikte dönüştürülebilirliğe ilişkin hükmün anasözleşmeye eklenmesi şeklinde bir yolun izlendiği, dahası dönüştürülebilirliğin anasözleşmeye işlenmesi için alınacak kararın nitelikli yeter sayıya tabi olmadığı; dönüştürme kararının[65] da başlı başına bir anasözleşme değişikliği olması karşısında dönüştürülebilirliğin önden anasözleşmeye işlenmesinin bir anlamı olmadığı ifade edilmiştir[66].

İBK m. 622/5'te ise, değişiklik öncesinde olduğu gibi, çıkarılan pay senetlerinde en az bir yönetim kurulu üyesinin imzasının olması gerektiği düzenlenmektedir. Hükmün lafzı değişmiş olup bu değişikliğin, payların fiziki olarak çıkarılması zorunluluğu olmadığını[67] açıklığa kavuşturduğu hükmün gerekçesinde[68] belirtilmektedir[69].

---

65 İBK m. 704a'da genel kurulda, kullanılan oyların çoğunluğu ile hamiline yazılı payların nama yazılı paylara dönüştürülmesi kararının alınabileceği, anasözleşmenin dönüştürme koşullarını ağırlaştırmaması gerektiği ifade edilmektedir. Dönüştürme kararının, devir kısıtlaması getiren bir düzenleme de yapılıyor olması hariç (önceki İBK m.704/1/3, mevcut 704/1/7), nitelikli yeter sayıya tabi olmadığı yönünde bkz.: LOMBARDINI Carlo, "Art. 622", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 329, N. 14.

66 FF 2017 435. Gerekçede, hamiline yazılı payların bağlı nama yazılı paylara dönüştürülmesi durumunda yönetim kurulunun ilgili çıkarlar yönünden ayrıntılı bir inceleme yapması gerektiği, pay sahibinin ise ortaklığın çıkarlarının açıkça önde olduğu haller hariç böyle bir değişikliği kabul etmek zorunda olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: FF 2017 435. Ayrıca bkz.: **LOMBARDINI**, Art. 622, s. 328, N. 16.

67 Türk hukukunda pay senetlerinin bastırılması hakkında payların türüne göre farklı esaslar belirlenmiştir. TTK m. 486/2 uyarınca hamiline yazılı paylar için pay bedelinin tamamen ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde yönetim kurulunun pay senetlerini bastırıp pay sahiplerine vermesi zorunludur. Nama yazılı paylar bakımından ise kural olarak pay senedi bastırılması zorunlu değildir. Nama yazılı paylar için pay senetlerinin bastırılması, azınlığın talepte bulunması şartına bağlanmıştır. TTK m. 486/3'e göre azınlık talepte bulunduğu takdirde nama yazılı pay senetleri bastırılıp tüm nama yazılı payların sahiplerine dağıtılacaktır. Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ise pay senetlerinin bastırılması zorunluluğu öngörülmemekteydi. Bu yöndeki tercih hakkında bkz.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, Madde Gerekçeleri, s. 178.

68 FF 2017 435.

69 İsviçre hukukunda, hukukumuzdaki kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçlarına kimi yönleriyle benzeştiği söylenebilecek kavram "*titre intermedié*"dir ve bu kavramın esasları RO 2009 3677 sayılı *Loi Fédérale sur les Titres Intermédiés*'de düzenlenmekte olup yasanın üçüncü maddesinde *titre intermedié* tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz.: THÉVENOZ Luc / EINGENMANN Antoine, "Introduction à la Loi fédérale sur les titres intermédiés", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 3485 v.d..

3. Payların Birleştirilmesi

Değişiklik öncesinde İBK m. 623/2 hükmünde payların birleştirilmesi için "pay sahibinin" rızası aranmaktaydı. Değişiklik sonrasında İBK m. 623/2 uyarınca "borsaya kote olmayan payların" birleştirilmesi için "ilgili tüm pay sahiplerinin" rızası gerekmektedir.

Gerekçede, borsaya kote ortaklıklarda, pay sahipliğinin dağınık olması dolayısıyla ilgili onayın alınmasının oldukça zor olduğu belirtilerek söz gelimi ortaklığın iyileştirilmesi kapsamında yaratabileceği sorunlara dikkat çekilmekte; dolayısıyla hükmün yeni halinin borsaya kote olmayan paylara özgülendiği ifade edilmektedir[70].

Payları borsaya kote ortaklıklarda ise payların birleştirilmesi kararı, ilgili pay sahiplerinin rızası aranmaksızın İBK m. 704/1/2 uyarınca nitelikli yeter sayıya tabi olarak genel kurul tarafından alınabilecektir[71].

İlgili tüm pay sahiplerinin rızasının aranması gerekçede (sermayeye) katılımın korunması müktesep hakkıyla (*droit acquis à la préservation de la participation*) ilintilendirilerek açıklanmıştır. Çoğunluk ile kararın alınması durumunda bu durumun azınlığı ortaklıktan çıkarmak için kullanılabileceği, payın itibari değerinin çok yüksek belirlenmesi durumunda pay sahiplerinin ciddi biçimde ortaklığa yatırım yapmak ya da katılımlarından vazgeçmek seçeneklerinden birini seçmeye itilebilecekleri, genellikle pay sahiplerinin paylarını satabileceği bir pazar olmaması dolayısıyla paylarını gerçek değerinden satma olanaklarından da yoksun olduğu, dolayısıyla ilgili tüm pay sahiplerinin rızasının aranmasının yerinde olduğu belirtilmektedir[72].

4. Ortaklığın Borsaya Kote Nama Yazılı Payları Devralan Kişiyi Pay Sahibi Olarak Tanımaktan Kaçınabilmesi

İBK m. 685d/2 hükmünde borsaya kote nama yazılı payları devralan kişinin, pay sahibi olarak tanınması istemiyle ortaklığa başvurduğu takdirde bulunması gereken beyanın kapsamında değişiklik yapılmıştır[73]. Değişiklik ön-

---

70 FF 2017 436.

71 FF 2017 436.

72 FF 2017 436. Aynı yönde bkz.: LOMBARDINI Carlo / CLEMETSON Caroline, "Art. 623", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 333-334, N. 8.

73 İsviçre ve Türk hukuklarında bağlı nama yazılı payların devrinde, devre onay verilmesi istemi ile pay sahibi olarak tanınma istemi arasındaki farklılık için bkz.: UZEL Necdet, **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 51-53.

cesi hükümde, ortaklığın istemi üzerine devralanın payları kendi ad ve hesabına iktisap ettiğini beyan etmesi gerektiği, aksi takdirde ortaklığın pay defterine kaydı reddedebileceği öngörülmekteydi[74]. Devralanın beyanının kapsamının genişletildiği ikinci fıkra aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir[75]:

> "Ortaklık, talebine rağmen, payları kendi adına ve hesabına aldığını, söz konusu payların geri alınması veya iadesine ilişkin herhangi bir sözleşme akdedilmemiş olduğunu ve paylara bağlı ekonomik riski üstlendiğini[76] açıkça beyan etmeyen bir alıcıyı da reddedebilir. Salt talebin devralanın bankası tarafından yapıldığı gerekçesiyle kaydı reddedemez."

Gerekçede[77], genel kuruldaki kararları ve seçimleri etkilemeye yönelmiş ödünç ve benzeri işlemlerin kötüye kullanımını azaltmak amacıyla hükmün öngörüldüğü ifade edilmekte[78], söz konusu durum oy hakkıyla ilişkilendirilerek açıklanmaktadır[79]. Buna göre, paylar devir sınırlandırmasına konu olup

---

[74] İsviçre ve Türk hukuklarında borsaya kote nama yazılı paylar bakımından ortaklığın pay defterine kayıt yapmaktan kaçınma imkânının hukuki niteliği ve kullanımı için bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 177, N. 207; **UZEL**, s. 184-188; AKIN Murat Yusuf, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 148-149; BOZKURT Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung-**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 311.

[75] 2007 tasarısında, "paylara bağlı ekonomik riski üstlenme" ibaresi dışında benzer bir düzenleme öngörülmekteydi. Bkz.: FF 2008 1590. 2007 tasarısında yer alan hükme ilişkin açıklamalar ve hükmün Türk hukuku yönünden değerlendirilmesi için bkz.: **UZEL**, s. 182, d.n. 201.

[76] Pay sahiplerinin paya yatırım yapmanın beraberinde getirdiği ekonomik riskleri çeşitli finansal araçlara başvurarak sınırlandırmaları ya da ortadan kaldırmaları ile birlikte hukuken pay sahibi konumunu (ve beraberinde getirdiği hakları) elde bulundurmaları (*negative risk-decoupling*) global sermaye piyasalarında karşılaşılan bir olgu olup bu durumun (pay sahiplerinin, taşıdıkları ekonomik riski aşan ölçüde hukuken ortaklığı etkileme gücüne sahip olmasının) beraberinde getirdiği sakıncalar ve yarattığı sorunlar, özellikle 2008 finansal krizi sonrasında kurumsal yönetim perspektifinden incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: RINGE Wolf-Georg, **The Destruction of Equity -Activist Shareholders, Decoupled Risk, and Corporate Governance-**, 1st edition, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 22-25 ve 28 v.d.. Pay ödünç işlemlerinin (*share lending*) bu amaçla başvurulan araçlardan biri olduğu; ödünç ifadesinin bu işlemlerin hukuken nitelendirilmesi bakımından nispeten aldatıcı olduğu yönünde bkz.: **RINGE**, s. 36-37.

[77] FF 2017 480. Gerekçede, pay defterine kaydın, hukuki durumun değerlendirilmesi yönünden kurucu olmadığı da ilgili yerde vurgulanmaktadır.

[78] Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden pay ödünç işlemleri yoluyla ortaklık üzerindeki etkinin artırılmasına ilişkin yaklaşım, örnekler ve bu durumun olası sonuçları hakkında bkz.: **RINGE**, s. 37-43.

[79] FF 2017 480. Bununla birlikte, ödünç işlemlerinin yalnızca oy hakkıyla ilgili olarak yapıldığı düşünülmemelidir. Karşılaştırmalı hukuk uygulamasında bu işlemlerin, belirli bir orana ulaşarak genel kurulun toplantıya çağrılması, gündeme madde eklenmesi, bilgi alma hakkının kullanılması, dava açma gibi pay sahipliği haklarını kullanmak amacıyla yapılabildiği görülmektedir. Bu konudaki açıklamalar ve örnekler için bkz.: **RINGE**, s. 38.

devralanın hükümde aranan (kapsamı genişletilmiş) beyanı yapmaması durumunda ortaklık, borsaya kote nama yazılı payları devralanın oy hakkını kullanmasını engelleme olanağına kavuşmaktadır.

Hükümde ortaklığa, devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddetme *olanağı* verilmektedir. Gerekçede, ödünç veya benzeri işlemleri genelleyerek bir yasak getirmenin yerinde olmayacağı, ortaklığın kendisinin karar vermesine olanak tanınması gerektiği dile getirilmektedir[80]. Bu noktada, gerekçenin de haklı olarak vurguladığı üzere ortaklık tarafından pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesinin gözetilmesi gerekeceği unutulmamalıdır[81].

5. Pay Defterine Kayıt İsteminin Elektronik Yollarla Yapılabilmesi

İBK m. 686/2bis hükmü yasaya yeni eklenmiştir[82]. Söz konusu hüküm de şöyledir:

> "Payları borsaya kote ortaklıklar, (payları) elinde bulunduranların veya (paylar üzerinde) intifa hakkı sahiplerinin pay defterine kayıt başvurularını elektronik yolla yapabilmelerini sağlar."

Kayıt işlemini kolaylaştıran söz konusu olanağın özellikle İsviçre'de yerleşik olmayan kişiler yönünden faydalı olacağı kuşkusuzdur[83].

6. Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı

A. Şartları ve Sınırları

İBK m. 659 hükmünde ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesinin *şartları* bakımından esaslı bir değişiklik olmamakla birlikte, hüküm sistematik yönünden farklılık arz etmektedir.

---

80 FF 2017 480.

81 Ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarını devrinde, bu payların ortaklıkça geri alınması veya ortaklığa iadesi öngörülmüşse ilgili paylardan doğan oy hakları İBK m. 659a/2 uyarınca donacaktır. Bu hüküm yönünden ortaklığın bir takdir yetkisi yoktur. Bkz.: aşağıda V.6.B.

82 Tasarıda bu imkân, 686b hükmünde düzenlenmekte ve yalnızca devralan bakımından öngörülmekteydi. Bkz.: FF 2017 646. Hüküm, Ulusal Konsey'in (*Conseil National*) önerisiyle mevcut yerine alınarak intifa hakkı sahiplerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bkz.: 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı (*Décision du Conseil des Etats*), s. 62-63, https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-33%20F.pdf (Erişim tarihi: 15/03/2023).

83 Aynı yönde bkz.: FF 2017 481.

Önceki İBK m. 659'un birinci fıkrası, iki ayrı fıkraya bölünerek yeni birinci fıkrada, ortaklığın yalnızca iktisap değerini karşılayacak tutarda[84] serbestçe tasarruf edilebilir iç kaynaklarının (*fonds propres*) bulunması şartıyla, kendi paylarını iktisap edebileceği; ikinci fıkrada ise ortaklığın iktisap edebileceği payların ticaret sicilinde tescil edilmiş sermayenin yüzde onuna karşılık gelecek kadar olduğu düzenlenmektedir.

Yüzde onluk üst sınır yerine istisnaen yüzde yirmilik üst sınırın uygulanacağı halleri düzenleyen önceki ikinci fıkra, değişiklikle birlikte hükmün üçüncü fıkrasına alınmıştır. Bu fıkraya göre, ortaklığın kendi paylarını iktisabı, i) pay devir sınırlandırmaları ya da ii) fesih davası ile bağlantılıysa, üst sınır yüzde yirmi olarak uygulanacaktır. Bu durumda, yüzde onu aşan payların iki yıl içinde elden çıkarılması ya da sermayenin azaltılması yoluyla itfası gerekir.

Hükümdeki dikkat çeken yenilik, fesih davası ile bağlantılıdır. Fesih davası sonucunda ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi gerektiği takdirde, uygulanacak üst sınırın, yüzde on yerine yüzde yirmi olacağı değişiklikle birlikte öngörülmüştür[85]. Gerekçede, fesih davasında ortaklığın daha büyük ölçüde pay geri alımına izin vermek ve halka kapalı ortaklıklarda azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan çıkmasını kolaylaştırmak amacıyla hükmün esnetildiği belirtilmektedir[86].

İBK m. 659 hükmündeki şart ve sınırlamalar, bir veya daha fazla işletmeyi kontrol eden (İBK m. 963) ortaklıkların paylarının, kontrol edilenler tarafından iktisabında kıyasen uygulanacaktır (İBK m. 659b).

---

[84] Tasarı taslağında "iktisap değeri ya da çıkarma bedeli" şeklinde bir ifade tercih edilmiş; bu tasarıya alınmamıştır. Tasarı taslağında ilgili hüküm için bkz.: Tasarı taslağı, s. 17. Gerekçede, ifadenin yanlış anlaşılmaya neden olabileceği gerekçesiyle tasarı metnine alınmadığı bununla birlikte ortaklığın, sermaye artırımında kendi paylarını iktisabının önünde hiçbir engel olmadığı ve bu durumda iktisap değerinin, çıkarma bedeli olacağı açıklanmıştır. Bkz.: FF 2017 469.

[85] Türk anonim ortaklıklar hukukunda pay devir sınırlandırması ya da haklı sebeple fesih davası ile bağlantılı olarak ortaklığın kendi paylarını iktisabında yüzde onluk genel kuralın (TTK m. 379/1) uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır (limited ortaklıklar için ayrıca bkz.: TTK m. 612/2). Tartışmalar hakkında pay devir sınırlandırmaları için bkz: **UZEL**, s. 328-339; **AKIN**, s. 85-86; **BOZKURT**, s. 165-169; haklı sebeple fesih davası için bkz.: ŞAHİN Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 448-451; NOMER ERTAN Füsun, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Fesih Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 431; İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 300-305 ve 312; ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 292-295.

[86] FF 2017 469.

B. Sonuçları

Ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesinin sonuçlarını düzenleyen İBK m. 659a'ya iki yeni fıkra eklenmiştir.

Hükme yeni eklenen İBK m. 659a/2 uyarınca ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesinde olduğu gibi, ortaklığın kendi paylarını diğer bir kişiye devrettiği ancak payların ortaklık tarafından geri alınacağına (*reprise*) veya ortaklığa geri verileceğine (*restitution*) ilişkin sözleşmelere konu olan paylardan doğan oy hakkı ve diğer bağlantılı haklar kullanılamayacaktır[87]. Gerekçede, dayandıkları saik ne olursa olsun, iktisadi bakış açısıyla ödünç niteliğinde değerlendirilebilecek tüm hukuki işlemler bakımından aynı sonuçların kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[88].

Hükme eklenen diğer yeni fıkra olan m. 659a/3'te ise donmaya rağmen oy hakkının kullanılması halinde genel kurula yetkisiz katılmaya ilişkin İBK m. 691 hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir.

Değişiklikten önceki İBK m. 659a/2 ise son fıkraya alınmış olmakla birlikte iki hükmün lafzı birbirinden bir ölçüde ayrışmaktadır. İBK m. 659a/4 hükmünde, İBK m. 959a/2/3/e'ye işaret edilerek, kendi sermayesinin eksilmesi olarak payların iktisap değerini karşılayan bir miktara ortaklık bilançosunda yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Önceki İBK m. 659a/2 hükmünde ise, ortaklığın payların iktisap değerini karşılayan bir miktarı yedek akçe olarak ayırması gerektiği düzenlenmektedir. Gerekçede değişikliğin, hali hazırda muhasebe hukuku ile anonim ortaklıklar hukuku arasında uygulamada var olan uyumun yasaya aktarılması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir[89].

VI. ANASÖZLEŞME

1. Zorunlu İçerik

A. Başlık ve Tüm Anonim Ortaklıkların Tabi Olduğu Zorunlu İçerik

Anasözleşmenin zorunlu asgari içeriğini düzenleyen İBK m. 626 hükmüyle birlikte hükmün başlığı "E. Anasözleşme I. Zorunlu düzenleme-

---

87 Bkz.: yukarıda d.n. 76. Ortaklık yönetimlerinin ortaklığın elinde bulunan kendi paylarından doğan oy hakkını kullanma yasağını, payları dost ve müttefik kişilere pay ödünç işlemleri ile devrederek dolanma (*soft parking*) stratejisi ve özellikle devralma girişimlerini püskürtme örnekleri için bkz.: **RINGE**, s. 43-44.

88 FF 2017 469.

89 FF 2017 470.

ler"den "D. Anasözleşmenin kanunen aranan içeriği" (*contenu des statuts exigé par la loi*) şeklinde değiştirilmiştir.

İBK m. 626/1'de yapılan değişikliklerin gerekçesi, yasadaki diğer değişikliklerle uyum sağlamak ve madde metninin düzeltilmesi olup kanaatimizce hükümde esaslı bir değişiklik yapıldığı söylenemez.

Genel kurulun toplantıya çağrılması usulü ve pay sahiplerinin oy hakları (önceki İBK m. 626/1/5); yönetimle ve denetimle görevli organlar (önceki İBK m. 626/1/6) anasözleşmenin zorunlu asgari içeriğinden çıkarılmıştır. Gerekçede, uygulamada ortaklıkların anasözleşmelerinde bu hususları, yasanın konulara ilişkin kapsamlı düzenlemelerinden aynen aktararak düzenlenmeyi tercih ettikleri tespiti yapılmış ve anasözleşmelerin yalınlaştırılması (hafifletilmesi - *alléger*) amacıyla bu iki hükmün kaldırıldığı belirtilmiş, İBK m. 626/1 hükmünde anasözleşmelerde bulunması gerekli hususların asgariye indirildiği ifade edilmiştir[90].

İBK m. 626/1/7'de ise anasözleşmede "ortaklığın ilanlarının (*publications*) yapılacağı şekle" dair hüküm bulunması zorunluluğu, "ortaklığın pay sahiplerine yapacağı bildirimlerin (*communications*) şekline" dair hüküm bulunması zorunluluğu olarak değiştirilmiştir. Hükmün değişiklik öncesi hali, ortaklar dışındaki kişilere, söz gelimi alacaklılara, yapılacak ilanların da anasözleşmede düzenlenmesini kapsamaktaydı[91]. Oysaki, üçüncü kişilere yapılacak ilanların şekli yasada belirtildiğinden[92] bu hususların anasözleşmede belirtilmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün pay sahipleriyle kurulacak iletişime özgülenerek değiştirildiği gerekçede ifade edilmektedir[93].

B. Payları Borsaya Kote Anonim Ortaklıklarda

İBK m. 626'ya ikinci fıkra eklenmiştir. Bu fıkrada, payları borsaya kote ortaklıkların anasözleşmelerinde bulunması zorunlu olan hususlar özel ola-

---

90 FF 2017 436.

91 Pay sahipleri ve alacaklılara yapılacak duyurularla açıklamanın sınırlandırılması için bkz. ve karş.: LOMBARDINI Carlo, "Art. 626", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 345, N. 42. Gerekçede alacaklılar, üçüncü kişiler grubu içerisinde örnek olarak verilmiştir. Bkz.: FF 2017 436.

92 İBK m. 936a/2'de "yasanın aradığı tüm ilanların elektronik olarak İTRG yapılacağı" düzenlenmiştir. Dolayısıyla, yasa alacaklılara bir duyuru yapılması gerekliliğini arıyorsa, bu duyuru mutlaka İTRG'de yapılacaktır.

93 FF 2017 436-437.

rak düzenlenmiştir. İBK'ye getirilmesi yönünden esaslı gözükse de ilgili değişiklik genel hatlarıyla, BFÜK m. 12/1'de dört bent halinde sayılanların İBK'ye aktarılmasından ibarettir[94].

İBK m. 626/2 hükmüyle, payları borsaya kote ortaklıkların anasözleşmelerinde aşağıda yer alan hususların düzenlenmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür:

i) İcra, yönetim kurulu ve danışma kurulu üyelerinin (*les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif*), ekonomik amaç güden[95] diğer işletmelerde[96] benzer görevleri yerine getirebilecekleri faaliyetlerin sayısı[97,98],

ii) İcra, yönetim kurulu ve danışma kurulu üyelerinin ücretlendirilmesini öngören sözleşmelerin süresi ve sözleşmeler süresiz ise fesih ihbarının süresi[99],

iii) Ücretlendirme komitesinin görev ve yetkilerine dair kurallar[100] ve

iv) İcra, yönetim kurulu ve danışma kurulu üyelerinin ücretlendirilmesine dair genel kurul oylamasının tabi olduğu usul (*modalité*[101], *Einzelheiten*, *dettagli*)[102].

---

94 **MONTAVON / JABBOUR**, s. 20.

95 Gerekçe, ortakları yararına ekonomik menfaat sağlanmaya yönelinmişse, ortada ekonomik amaç olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: FF 2017 437.

96 İBK m. 626/3 uyarınca ortaklığın bağlı olduğu işletmeler veya ortaklığa bağlı olan işletmeler, diğer işletme kavramına dâhil değildir.

97 İBK m. 734e ücretlendirme raporunda bu faaliyetlerin belirtilmesi gerektiğini öngörmektedir.

98 Mülga BFÜK m. 12/1/1'e karşılık gelmekle birlikte görev ve görevin alınabileceği işletme çevresi yönünden lafız değiştirilmiştir.

99 Bendin sonunda parantez içerisinde İBK m. 735b yazmaktadır. İki fıkradan ibaret ilgili hükmün, ilk fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirilmesine ilişkin sözleşmelerin süresinin yönetim kurulu üyesinin görev süresini aşamayacağı; ikinci fıkrada, icranın ya da danışma kurulunun ücretlendirilmesini öngören belirsiz süreli sözleşmelerin fesih ihbar süresinin ve belirli süreli sözleşmelerin süresinin bir yılı aşamayacağı düzenlenmektedir.

100 İBK m. 733'te ücretlendirme komitesi düzenlenmiş olup f.5'te anasözleşmede ücretlendirme komitesinin görev ve yetkilerini düzenleyen kurallara ilişkin hüküm bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

101 Tasarıda *principes* ifadesi tercih edilmişken Ulusal Konsey tarafından önerilen değişiklik sonucunda *modalité* sözcüğünün tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bkz.: 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 6. Yasanın terim tercihi, BFÜK m. 12/1/4 ile aynıdır.

102 Genel kurulun ücretlendirmeye dair oylaması İBK m. 735'te düzenlenmektedir.

2. Anasözleşmede Düzenlenmesi Öngörülen Diğer Hususlar

Bağlayıcı olmaları için anasözleşmede düzenlenmeleri gereken hususlara dair genel düzenleme niteliğindeki İBK m. 627 hükmü kaldırılmıştır. Değişikliğin gerekçesi, İBK m. 627 hükmünde listelenen hususların, yetersiz olması ve eksik kalması; ayrıca, anasözleşmede düzenlenmesi gerekli olan hususlara zaten ilgili yasa maddelerinden ulaşılabilecek olmasıdır[103].

Anasözleşmede düzenlenmesi gereken ayni sermaye, aynın devralınması ve özel menfaatlere ilişkin hükümler içeren İBK m. 628 de kaldırılmıştır. İlgili hükümde,

i) Ayni sermaye getirilmesinde ayni sermayenin türünün, öngörülen değerinin (*estimation*), getirenin adının ve karşılığında çıkarılan payların;

ii) Pay sahiplerinden veya bunların yakınlarından ayın devralındığı takdirde, bunun niteliğinin, değerinin, devredenin adının ve ortaklığın verdiği karşılığın,

iii) Ortaklığın kuruluşunda kuruculara ve diğer kişiler lehine menfaatler tanınmışsa, bu menfaatlerin kapsam ve değeriyle menfaatin tanındığı kişilerin adlarının

anasözleşmede düzenlenmesi gerektiği öngörülmekteydi. Bu hükümlerin, on yıl sonra genel kurul kararıyla anasözleşmeden kaldırılması mümkün olmakla birlikte aynın devralınmasından vazgeçilmesi olasılığında, bu vazgeçmeyle birlikte ilgili hükmün de kaldırılabileceği İBK m. 628/4'te düzenlenmekteydi.

Mülga İBK m. 628 hükmünde düzenlenen hususların yeni yasada bir ölçüde karşılıklarının bulunduğu söylenebilir. Zira İBK m. 634/4'e göre ayni sermaye olarak getirilen şeyler, değerlemesini (*évaluation*), getiren kişi ve ayni sermaye karşılığında çıkarılan payların; İBK m. 636'ya göre kuruluşla ilgili olarak kuruculara ve diğer kişilere özel bir menfaat tanınmışsa, sağlanan menfaatin niteliği ve değerinin anasözleşmede düzenlenmesi aranmıştır.

---

[103] FF 2017 437-438. 2007 tasarısında bu hükmün 25 bent olacak şekilde genişletilmesi önerilmişti. Bkz.: FF 2008 1571, 1572-1573. 2017 tasarısının gerekçesinde bu yaklaşım eleştirilmiş ve hükmün tüm hususları kapsaması için yaklaşık 50 bentten oluşması gerekeceği ve bunun da okunamaz ve kullanışsız olacağı; böyle bir listenin TSK'de düzenlenmesinin ya da sicil tarafından hazırlanmasının düşünülebileceği ve bunun da yasa değişikliklerini işlemek yönünden kolaylık sağlayabileceği belirtilmiştir. Bkz.: FF 2017 438.

Bununla birlikte, ortaklığın pay sahiplerinden ve yakınlarından ayın devralmasına ilişkin yaklaşımın İsviçre hukukunda köklü biçimde değiştiği söylenebilir. Bu yaklaşım değişikliğinin nedeni, söz konusu durumun artık "nitelikli bir kuruluş veya sermaye artırım şekli" olarak kabul edilmemesi; bunun sonucunda, ticaret sicili ile anasözleşmede belirtilme zorunluluğuna ve ilgili özel koruyucu önlemlere tabi tutulmamasıdır[104].

Tasarının genel gerekçesinde, İBK mülga m. 628/2 hükmünün kapsamlı bir eleştirisi yapılmakta ve değişikliğin gerekçesi ayrıntılandırılmaktadır[105]. Bu bağlamda, kuruluştan ne kadar süre sonraya kadar gerçekleşen devralmaların bu hükmün kapsamında olduğu sorunu, devralma yerine kiralama gibi özel bir koruma öngörülmemiş işlemlerle hükmün dolanılması olanağı, hükme aykırılık olduğuna karar verilmesi durumunda devralma işleminin geçersizliğinin hukuk güvenliğini zedelemesi gibi gerekçeler ortaya konulmuş; hükmün kaldırılmasının sermayenin kırılganlaşması gibi bir sonuç doğurmasından korkulabilirse de ortaklık mal varlığının korunması ve sorumluluğa ilişkin düzenlemelere, mal varlığı devralınan ortağın ve yakınlarının tabi olduğu vurgulanmıştır. Sermayenin iadesi yasağının devreye girebileceği de yine hatırlatılmaktadır. Muhasebe hukukuna dair yeni düzenlemelerin ve aynı zamanda İsviçre Ceza Yasasındaki bazı hükümlerin de belirli bir koruma sağlayacağı vurgulanmakta, ayrıca alacaklıların icra iflâs hukuku düzenlemelerinden yararlanabileceği ifade edilmektedir. Bu hukuki olanakların sermayenin korunması için yeterli olduğu ve ilgili hükmün kaldırılmasını haklı kıldığı belirtilmektedir.

VII. SERMAYE DEĞİŞİKLİKLERİ

1. Olağan Sermaye Artırımı

A. Genel Olarak

İBK m. 650'de düzenlenen olağan sermaye artırımı (*augmentation ordinaire du capital-actions*)[106] kararı alınması usulünde esaslı bir değişiklik

---

[104] FF 2017 386, 438 ve 545. Tasarı için sermaye artırımı bakımından aynı yönde bkz.: ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 650", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 408, N. 20. Konuyu düzenleyen eski hükümler için bkz.: Ticaret siciline tescil arayan mülga İBK m. 642, sermaye artırımına ilişkin değişiklik öncesi İBK m.650/1/5, kuruluştan sorumluluğa ilişkin değişiklik öncesi İBK m. 753/1/1.

[105] FF 2017 385-388. Ayrıca bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 73-74, N. 77.

[106] Hukukumuz yönünden esas sermaye sisteminde yapılan artırıma karşılık gelmektedir. İsviçre hukukunda olağan artırım, İBK m. 650/2 hükmünden anlaşılabileceği üzere, iç veya dış kaynaklardan olabileceği gibi nakdi, ayni veya takas yoluyla sermaye getirilmesini kapsamaktadır.

yapılmadığı; diğer yasa maddelerindeki değişiklikler göz önüne alınarak uyumlaştırma amacıyla çeşitli değişikliklerin yapılması gerektiği, bunun yanında sistemin bazı eksikleriyle yanlışların giderilmiş olduğu gerekçede belirtilmektedir[107].

B. Genel Kurul Kararının Tescilinde Süre

Değişiklik öncesi İBK m. 650/1 hükmünde genel kurulun sermaye artırımı kararı alabileceği ve yönetim kurulunun genel kurulun artırım kararını üç ay içerisinde icra etmekle yükümlü olduğu; İBK m. 650/3 hükmünde ise "üç ay içerisinde tescil edilmediği takdirde sermaye artırımına dair genel kurul kararının geçersiz olacağı" düzenlenmişti.

Değişiklikle birlikte, İBK m. 650/1 hükmünde genel kurulun sermaye artırımı hakkında karar alabileceği; İBK m. 650/3 hükmünde ise "sermaye artırımı kararını izleyen altı ay içerisinde, sermaye artırımının tescili için ticaret siciline başvurulması gerektiği; bu süreden sonra sermaye artırımı kararının geçersiz olacağı" düzenlenmiştir.

İBK m. 650/3'ün yeni lafzıyla, tescil için öngörülen sürenin başlangıç tarihinin genel kurulun sermayenin artırılmasına karar verdiği tarih olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Aynı zamanda, değişiklik öncesi hükümde, belirtilen sürede sermaye artırımının tescili öngörülürken, hükmün yeni haliyle tescil başvurusunun yapılmasının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Gerekçede, eski sürenin kısa olması dolayısıyla sürenin uzatıldığının vurgulanmasının yanında sürenin sonunda artırım kararının geriye etkili olarak ortadan kalkacağı ve genel kurulun ilgili süreyi kısaltabileceği ancak uzatamayacağı da belirtilmiştir[108].

C. İç Kaynaklardan Artırım

İç kaynaklardan (*fonds propres*) sermaye artırımını düzenleyen İBK m. 652d'nin ikinci fıkrasında değişiklik öncesinde, artış miktarının karşılığının getirildiğinin gösterilmesinde i) yıllık hesaplara (*comptes annuels*) veya ii) ara bilançoya dayalı bir sistem öngörülmüştü. İki ayrı cümlede ifade edilen

---

[107] Bağlantılı yasa hükümleri hakkındaki açıklamalar için bkz.: FF 2017 447-448. Tasarı aşamasında maddeye eklenmesi öngörülmüş olan dördüncü fıkra yasalaşmamıştır; ilgili fıkrada, i) İBK m. 626/1 anlamında yalın anasözleşmelere sahip ortaklıklarda, ii) sermaye İsviçre frangı ise ve iii) pay bedellerinin tamamı ödenmişse artırımın yazılı şekilde yapılabilmesi olanağı genel kurula verilmek istenmekteydi. Tasarının ilgili hükmü için bkz.: FF 2017 631.

[108] FF 2017 447-448.

bu ayrım maddenin yeni metninde iki bent şeklinde düzenlenmiş olup ara bilanço (*bilan intermédiaire*) ifadesi ara hesap (*comptes intermédiaires*) olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, hükmün önceki lafzından ara hesabı denetleyecek denetçinin lisanslı olması gerektiğinin anlaşılmadığı, bunun düzeltildiği belirtilmektedir[109].

Hükme yeni bir fıkra olarak eklenen İBK m. 652d/3'te ise "anasözleşmede sermaye artırımının serbestçe değerlendirilebilir iç kaynakların dönüştürülmesi suretiyle yapıldığının belirtilmesinin gerektiği" belirtilmiştir. Gerekçede, ayın veya takas yoluyla sermaye getirilmesinde, bunun anasözleşmede belirtilmesi aranırken nitelikli bir sermaye artırım hali olan iç kaynaklardan artırımın anasözleşmede belirtilmiyor olmasının bir eksiklik olduğu, dolayısıyla bu hükmün eklendiği açıklanmaktadır[110].

2. Rüçhan Hakkı ve Çıkarma Bedeli

A. Hükmün Başlığı

İBK m. 652b/2 hükmünün "Rüçhan Hakkı" olan başlığı "Rüçhan Hakkı ve Çıkarma Bedeli" olarak değiştirilmiştir. Tasarıda başlıkta bu yönde bir değişiklik öngörülmemekle birlikte[111] Ulusal Konsey'in önerisiyle "çıkarma bedeli" (*prix d'émission*) ifadesinin de başlığa eklendiği görülmektedir[112].

B. Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması

İBK m.652b hükmünde değişiklik öncesinde yalnızca kaldırma ifadesi geçmekte olup sınırlandırma kavramına yer verilmemişken, Ulusal Konsey'in önerisiyle kaldırma ifadesinin geçtiği yerlerde ayrıca sınırlandırma kavramı da belirtilmiştir[113].

Hükmün ikinci fıkrasının ilk cümlesindeki "genel kurulun aldığı sermaye artırımı yönündeki karar yalnızca haklı sebeplerle rüçhan hakkını kaldırabilir" şeklindeki hüküm aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

> "Genel kurulun aldığı sermaye artırımı yönündeki karar yalnızca haklı sebeplerle rüçhan hakkını *sınırlandırabilir* veya kaldırabilir."

---

[109] FF 2017 450.

[110] FF 2017 450.

[111] FF 2017 632.

[112] 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 22.

[113] 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 22.

Değişiklik öncesi İBK m. 652b/2 hükmünün son cümlesi olan "(h)iç kimse, rüçhan hakkının kaldırılması ile haklı görülmeyecek şekilde yarar sağlayamaz ya da kayba uğratılamaz" hükmü[114] de ifadesi değiştirilerek İBK m. 652b/4 haline getirilmiştir. İBK m. 652b/4 hükmü şu şekildedir:

> "Hiç kimse, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması ya da çıkarma bedelinin belirlenmesi suretiyle haklı görülmeyecek şekilde yarar sağlayamaz ya da kayba uğratılamaz."

Tasarıda, eski hükümde olduğu gibi yalnızca kaldırma ifadesi bulunmakta, hakkın kısıtlanma[115] hallerinden olan sınırlandırma ifadesine yer verilmemekteydi[116]. Benzer şekilde, bu yönde bir ek çabası, tasarı taslağında[117] ve 2007 tasarısında[118] da yoktu.

Bununla birlikte artırım prosedüründe, değişiklik öncesi İBK m. 650/2/8'de genel kurul kararına, m. 652e/1/4'te yönetim kurulu raporuna, m. 704/1/6'da nitelikli yeter sayılara ilişkin hükümlerde rüçhan hakkının hem kaldırılması hem sınırlandırılması olasılıklarını kapsayan düzenlemeler öngörülmüşken[119], eski m. 652b'de yalnızca kaldırılmadan bahsedilmekteydi. Rüçhan hakkının sınırlandırılması kaldırmaya kıyasla daha dar, yani pay sahibinin haklarına daha az zarar veren bir olasılıktır. Artırım sürecinde diğer hükümlerde sınırlandırma açıkça zikredilirken sınırlandırmanın m. 652b'de belirtilmemesi ve daha az zarar veren bir olasılık olduğu göz önünde tutulduğunda, ortaklığın sınırlandırma yönünden haklı sebep arama gereği olup olmadığı, devamında haksız zarar/yarar hükmüne tabi olup olmadığı sorusu akla gelebilirdi[120]. Kanaatimizce yapılan değişiklikle bu yönde ortaya

---

[114] Değişiklikten önceki İBK m. 652b'nin Türkçe çevirisi için bkz.: GÖRMEZ Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 7, d.n. 32.

[115] Çalışmada, kısıtlama kavramı, kaldırma ve sınırlandırma kavramlarını kapsayan çatı kavram olarak kullanılmıştır. Aynı yönde bir terminolojik tercih ve bunun gerekçelendirilmesi için bkz.: **GÖRMEZ**, Rüçhan Hakkı, s. 2.

[116] FF 2017 632.

[117] Tasarı taslağı, s. 7.

[118] FF 2008 1577.

[119] Değişiklikle birlikte ilgili konuları düzenleyen hükümler sırasıyla İBK m. 650/2/9, m. 652e/1/4 ve m. 704/1/4'tür.

[120] Yukarıdaki soruyu aksi yönde yanıtlar nitelikte, değişiklik öncesi İBK m. 652b/2 hükmünde rüçhan hakkının kaldırılmasında esasa ve şekle yönelik koşullar getiren düzenlemenin sınırlandırma halinde de uygulanacağını yönünde bkz.: ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 652b", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 431, N. 7.

çıkabilecek soru işaretleri giderilerek hukuk güvenliği bakımından daha doğru bir sonuç ortaya konulmuştur[121].

Bu değişikliklerle İBK, TTK m. 461/2 c.1 ve 3'te açıkça belirtildiği gibi hem kaldırma hem sınırlandırma olasılığını kapsar hale gelmiştir. TTK m. 461/2'nin esin kaynağı olan[122] İBK m. 652b'de, TTK m. 461/2 c.1 ve 3'ün lafzında hali hazırda kapsanan bir olasılığın bu değişiklikle hükmün lafzına yeni işlendiğini görmek de TTK tasarısını hazırlayan bilim komisyonu ve Türk yasa koyucusunun hukuk güvenliğini sağlama yönündeki yerinde öngörüsünü ortaya koymaktadır.

C. Çıkarma Bedeli

Hükümde yapılan bir diğer değişiklik ise, hiç kimsenin haksız yere yarar sağlayamayacağı veya kayba uğratılamayacağı hususlar arasında çıkarma bedelinin de öngörülmesidir[123]. Tasarı taslağında dördüncü fıkra olarak ek-

---

[121] Gerekçe, tasarı aşamasında hazırlanıp yayınlandığından tasarı üzerinde yapılan değişikliklere dair bir açıklama gerekçe metninde haliyle bulunmamaktadır; dolayısıyla bu eke dair de gerekçe bir yorum içermemektedir.

[122] Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, Madde Gerekçeleri, s. 164; **GÖRMEZ**, Rüçhan Hakkı, s. 7 ve 126.

[123] Paylarının gerçek değeri, itibari değerinden yüksek olan bir ortaklıkta çıkarma bedelinin gerçek değer üzerinden belirlenmesi gerekip gerekmediği hususu İsviçre Federal Mahkemesince tartışılmıştır. Gerçek değer üzerinden çıkarma gereği bulunmadığı yönündeki bir karar için bkz.: ATF 99 II 55 - JdT 1973 I 618 v.d., www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 15/03/2023). Kararın eleştirisi için bkz.: HIRSCH Alain, "Note", **JdT I**, 1973, s. 631 v.d.. Kararın Türkçe çevirisi için bkz.: TEOMAN Ömer, "İsviçre Federal Mahkemesinin Anonim Ortaklıklara İlişkin 3 Nisan 1973 Tarihli Kararı - (BGE 99 II 55 i.s.) - [Genel Kurul Kararlarının İptali - Sermaye Artırımı - Yeni Pay Alma Hakkı - Eşitlik İlkesi - Hakkın Kötüye Kullanılması]", **İktisat ve Maliye**, C. XX, S. 9, 1973, s. 342-350. Aynı yönde bir diğer karar için bkz.: ATF 102 II 265 - JdT 1977 I 102 v.d., www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 15/03/2023). Söz konusu kararın Türkçe çevirisi için bkz.: TEOMAN Ömer, "İsviçre Federal Mahkemesinin Anonim Ortaklıklara İlişkin 22 Eylül 1976 tarihli Kararı (BGE 102 II 265) - (Sermaye Artırımı ve Pay Sahiplerinin Eşitliği ilkesi - Genel Kurul Kararlarının İptali)", **İktisat ve Maliye**, C. XXIV, S. 4, 1978, s. 176-179. Federal Mahkeme yeni tarihli sayılabilecek (20 Şubat 2018) bir kararında ise uyuşmazlığın esasına girmeden ihtiyati tedbir istemi kapsamında payların itibari değerinin üzerinde çıkarılması olasılığının değerlendirilmesi gereğine işaret ederek yukarıda zikrolunan kararlarında uygulamaktan imtina ettiği hakların en az zarar verecek şekilde (sakınılarak) kullanılması ilkesine dayanmıştır. Bkz.: 4A_531/2017, www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 15.03.2023). İlgili kararla, Federal Mahkeme'nin söz konusu ilke yönünden bir paradigma değişikliğine gitmiş gibi gözüktüğü yönünde bkz.: WILHELM Christophe / VARRIN Océane, **L'« exercice mesuré des droits » et l'abus de majorité en droit suisse de la société anonyme**, Schulthess Editions, Zürih, 2022, s. 45. Söz konusu karar, karar tarihinde tasarı halindeki İBK m. 652b/4 hükmünün adeta bir erken uygulaması niteliğindedir. Benzer yönde bkz.: HÄNNİ Lino: "Le principe de l'exercice mesuré des droits - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_531/2017 du 20 février 2018", **GesKR**, 3/2018, 2018, s. 394. Bu kararla-

lenmesi öngörülen "(ç)ıkarma bedeli, payın gerçek değerinden önemli ölçüde düşük olamaz; meğerki rüçhan hakkı devredilebilir (*négociable*) veya genel kurulda temsil olunan tüm pay sahipleri çıkarma bedelini onaylamış olsun" hükmü[124] tasarıya alınmamıştır. Tasarı taslağının gerekçesinde bu hüküm öngörülerek, artırıma katılamayacak ya da katılmak istemeyen pay sahiplerinin, paylarının özünün sulanması önlenerek, mülkiyet haklarının korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir[125].

Gerekçede rüçhan hakkının kaldırılması ile çıkarma bedelinin belirlenmesinin ayrı hükümlerle değil de aynı hükümde düzenlenmesinin nedeninin yeni ve belirsiz hukuki kavramlar yaratmaktan ve hukuk güvenliği sorunu ortaya çıkmasından kaçınmak olduğu belirtilmiştir[126]. Bununla birlikte, İBK m. 652b/4'ün öngörülme nedeni olarak, yukarıdaki paragrafta zikredilen tasarı taslağı gerekçesinin ifadesi değiştirilmeden tekrarlanmıştır[127].

---

ra dair kapsamlı açıklamalar ve İsviçre hukukunun değerlendirilmesi için bkz.: KIRCA İsmail, "Halka Açık Olmayan Anonim Şirketler ile Limited Şirketlerin Paylarını Gerçek Değerinden İhraç Etmeleri Zorunlu Mudur?", **BATİDER**, C. XXXVI, S. 1, 2020, s. 16 v.d.; **WILHELM / VARRIN**, s. 45 v.d..

[124] Tasarı taslağı, s. 7. Özü itibarıyla aynı nitelikte bir hüküm 2007 tasarısında 652b maddesinin beşinci fıkrası olarak önerilmişti. Bkz.: FF 2008 1577. İlgili hükmün çevirisi için bkz.: **KIRCA**, s. 21. Bununla birlikte, 2007 tasarısındaki hüküm gerçek değerden sapılmasına yönelik pay sahibi onayına ilişkin istisnada tüm pay sahiplerinin onayını ararken tasarı taslağındaki hüküm genel kurula katılan bütün pay sahiplerinin onayını aramış; bu yönüyle daha yumuşak bir yeter sayı düzenlemesi öngörmüştü. 2007 tasarısındaki katı yeter sayı hükmünün eleştirisi hakkında bkz.: BEKTAŞ İbrahim, **Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri,** BTHAE, Ankara, 2023, s. 312, d.n. 659.

[125] Tasarı taslağı gerekçesi, s. 78. Bu açıklamanın devamında ise bu hüküm anlamında rüçhan haklarının devredilebilirliğinde, hakların gerçek değerine karşılık gelen bir fiyatın oluşması için yeterince büyük bir pazarın varlığının arandığı; dolayısıyla, birkaç kişinin rüçhan haklarını düşük bir bedelle almak için teklifte bulunmasının yeterli olmadığı, öte yandan bir açık artırma (*une vente aux enchères*) düzenlenmesinin öngörülebileceği ifade edilmiş, genel kurulda tüm pay sahiplerinin onayıyla gerçek değerden daha düşük bir bedel belirlenmesine izin verilmesinin nedenininse küçük ve orta ölçekli işletmelerin gereksinimlerinin göz önünde bulundurulması olduğu belirtilmiştir. Hükümde geçen devredilebilirlik, gerekçedeki açıklamalar da göz önünde tutulduğunda piyasada tedavül edebilirlik, ticareti yapılabilirlik olarak anlaşılmaya müsaittir. Nitekim bu yönde bkz.: **BEKTAŞ**, s. 312.

Bu gerekçe metninde ilgili açıklamaların beşinci fıkra için yapıldığı belirtilmekle birlikte ilgili fıkra tasarı taslağındaki 652b maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Bkz.: Tasarı taslağı, s. 7. Bu yanlış atıf, ilgili metindeki açıklamanın 2007 tasarısının gerekçesinden alınmasından (bu tasarıda ilgili fıkra beşinci fıkraya karşılık gelmekteydi, bkz.: FF 2008 1577) kaynaklanmaktadır. Bkz.: FF 2008 1464. Ayrıca bkz.: **KIRCA**, s. 21-22.

[126] FF 2017 449. Önerilen hükmün İsviçre öğretisinde uğradığı eleştirilere dair açıklamalar için bkz.: **KIRCA**, s. 22.

[127] 2007 tasarısının gerekçesinin, tasarı taslağının gerekçesinin ve nihayet tasarının gerekçesinin Fransızca metninde *une dilution de la substance de leurs actions* tamlamasında, sulandığı be-

Gerekçede, genel kurulun kötüye kullanma (*abusive*) teşkil edecek şekilde rüçhan hakkının kullanılmasının koşullarını ya da çıkarma bedelini belirlemesi halinde İBK m. 706 uyarınca iptal davası açılabileceği vurgulanmıştır[128]. Bununla birlikte, İBK m. 653u uyarınca sermaye dalgalanma marjı sistemi kapsamında yönetim kurulunun rüçhan hakkına ya da çıkarma bedeline dair aldığı kararlara karşı pay sahibinin harekete geçemeyeceği, böyle bir düzenlemenin İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda sistem değişikliği anlamına geleceği belirtilmiştir[129].

3. Şarta Bağlı Sermaye Artırımı

İBK m. 653 ilâ 653i arasında düzenlenen şarta bağlı sermaye artırımında çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bununla birlikte gerekçenin de işaret ettiği

---

lirtilen *substance de leurs actions* tarafımızdan doğrudan bir çeviri tercih edilerek payın özü olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Almanca metinde geçen *Substanzwert* ifadesinin teknik terminolojiyi yansıtacak şekilde net aktif değer olarak dilimize çevrildiğine işaret etmek isteriz. Bkz.: **KIRCA**, s. 21 ve 22, d.n. 34.

[128] FF 2017 449. Pay bedeli dolayısıyla hiç kimseye haklı görülmeyecek bir şekilde kayıp yaşatılamayacağı veya yarar sağlanamayacağını öngören hüküm uyarınca yeni payların, gerçek değer üzerinden çıkarılmaması somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilerek bir iptal nedeni teşkil edebilecektir.

İsviçre öğretisinde, yeni payların, ortaklığın paylarının hak ettikleri değerde çıkarılması ve artırım sonucu toplanan kaynakların ortaklığın kârlılığını (kesin olmamakla birlikte) artırmaya yaraması karşısında, oy haklarının sulanmasını umursamayan bir pay sahibinin rüçhan hakkını kullanmasının önemsiz olabileceği; özellikle borsaya kote paylarda, satış fiyatının genellikle az çok piyasa fiyatına karşılık geldiği, ayrıca "zarar gören" pay sahibinin portföyünü pay piyasasından tamamlayarak ortaklıktaki haklarını yerine koyabileceği ifade edilmiş; dolayısıyla rüçhan hakkının genellikle halka kapalı anonim ortaklıklar için bir anlam ifade ettiği vurgulanmıştır. Bkz.: BÉNÉDICT Jérôme / JAQUIER Jérôme, "Les Actionnaires Face aux Risques et aux Conséquences d'Une Dilution de Leurs Droits en Cas d'Augmentation de Capital", **Aspects Actuels du Droit de la Société Anonyme - Travaux Réunis pour le 20ème Anniversaire du CEDIDAC**, ed.: François Dessemontet ve diğ., CEDIDAC, Lozan, 2005, s. 156. Bu bakış açısı takip edildiğinde, payları borsaya kote bir ortaklıkta, yeni çıkarılacak pay bedellerinin belirlenmesinde mevcut pay sahipleri zarara uğrarsa bu durumu piyasa mekanizması çoğu zaman derhal cezalandıracağı için pay bedellerinin hak ettikleri değerden düşük belirlenmesi riski de halka kapalı ortaklıklarda daha yüksektir ve paylarını bir piyasası olmaması dolayısıyla satma olanağından yoksun pay sahiplerinin olası zararlarını piyasa mekanizması üzerinden telafi etme olanakları da genellikle oldukça kısıtlıdır. Dolayısıyla, İBK'de yapılan bu değişikliğin de özellikle halka kapalı anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin korunmasına hizmet edeceği söylenebilir.

[129] FF 2017 449. İlgili yerde, tazminat davası açma olanağının saklı olduğu da hatırlatılmaktadır. Yönetim kurulu kararlarının, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin olanları hariç, İsviçre hukukunda iptalinin mümkün olmadığı yönünde 2020 yılında yasalaşan değişiklikler öncesi dönem için bkz.: ROUILLER Nicolas / BAUEN Marc / BERNET Robert / LASSERE ROUILLER Colette, **La Société Anonyme Suisse**, 2. Baskı, Schulthess Editions, Zürih, 2017, s. 391, N. 476; PETER Henry / CAVADINI Francesca, "Art. 714", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 1074, N. 2. Değişiklikler sonrası dönem için aynı yönde bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 549, N. 476.

üzere söz konusu değişiklikler, esasa etki edecek hususlar değil; düzeltme ve açıklık amaçlıdır[130]. Aşağıda, hukukumuz yönünden de önem arz edebileceğini düşündüğümüz değişikliklerden bahsedilmekle yetinilecektir.

A. Dönüştürme ve Alım Hakkı Tanınabilecekler Çevresi

TTK m. 463'ün kaynağı olan İBK m. 653 hükmünün ilk fıkrasında[131] yapılan değişiklikle, şarta bağlı sermaye artırımı kapsamında ortaklık tarafından değiştirme ve alım hakkı (*droits de conversion et d'option*) tanınabilecekler arasında sayılanlara pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri de eklenmiştir[132]. Yasada yapılan bu değişiklik öncesinde, yönetim kurulu üyelerine, ortaklıkla aralarında bir iş sözleşmesi olmasa bile bu hakların tanınabileceği kabul edilmekteydi[133]. Pay sahipleri yönünden ise konunun tartışılabileceği ifade edilmekle birlikte sicil uygulaması bu olanağın pay sahiplerine tanınabileceği yönündeydi[134].

Tasarıda, İBK m. 653/1'de bu hakların tanınabileceği kişiler çevresinin sınırlı sayıda olmadığını belirtmek için sayımın başına eklenmek istenen "özellikle" ibaresi[135], Ulusal Konsey'in teklifiyle metinden çıkarılmıştır.

B. Anasözleşmede Öngörülmesi Gerekenler

TTK m. 465'in kaynağı olan İBK m. 653b'de f. 1 b. 4 değiştirilmiştir. Önceki hükümde pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırıldığının anasöz-

---

130 FF 2017 452.

131 TTK m. 463 ilâ 472'nin kaynağının değişiklik öncesi İBK m. 653 ilâ 653i olduğu yönünde bkz.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, Madde Gerekçeleri, s. 166.

132 TTK m. 463/1 hükmünün gerekçesinde sınırlı sayı olarak belirli kişilere tanındığı ifade edilmektedir. Bkz.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Genel Gerekçe, Madde Gerekçeleri, s. 167. TTK m. 463/1 hükmünde kişi yönünden yapılan sayımının tahdidi olup olmadığının, İsviçre hukuku ile karşılaştırılarak incelenmesi için bkz.: BİÇER Levent, **Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 198-200; DEMİR Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 37-39; KAYA Mustafa İsmail, **Şartlı Sermaye Artırımı**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 94-99.

133 ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 653", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 473, N. 18a. Bu konuda ayrıca bkz.: URBEN Luca, **La Rémunaration des Dirigeants en Droit Suisse de la Société**, CEDIDAC, Lozan, 2015, s. 244-245.

134 Pay sahibi opsiyonlarına sicil uygulamasının izin verdiği yönünde bkz.: **ZEN-RUFFINEN / URBEN**, Art. 653, s. 473-474, N. 21. Gerekçe de uygulamanın bu yönde olduğuna işaret etmektedir. Bkz.: FF 2017, 452.

135 FF 2017 633. Gerekçe de bu hususa dikkat çekmektedir. Bkz.: FF 2017 452. Öte yandan, tasarı taslağında bu vurgu yoktu; dolayısıyla hükmün tasarı taslağındaki öneriye uygun şekilde yasalaştığını belirtmeliyiz. Bkz.: Tasarı taslağı, s. 8.

leşmede belirtilmesi aranmıştı[136]. Yeni hükme göre mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılması ya da sınırlandırılması durumu anasözleşmede belirtilmelidir; meğerki pay sahiplerine alım hakkı (*droits d'option*) tanınmış olsun.

İBK m. 653b/1'e yeni bir bent eklenmiş, söz konusu b. 7 ile anasözleşmelerde "dönüştürme veya alım haklarının kullanım ya da bu haklardan feragatin şekli"nin düzenlenmesi öngörülmüştür[137]. Gerekçede, bu hüküm öncesi dönemde hakların ancak yazılı bir bildirim ile kullanılabileceği (önceki İBK m. 653e/1)[138], bununsa güncel duruma uygun olmadığı, yeni hüküm kapsamında anasözleşmede ilgili işlemler için elektronik araçların öngörülebileceği belirtilmiştir[139].

C. Pay Sahiplerinin Korunması

TTK m. 466'nın kaynağı olan İBK m.653c'nin ilk fıkra olarak eklenen yeni düzenleme ile rüçhan hakkına ilişkin m. 652b ile bağlantı yasaya işlenmiştir. İlgili fıkra şu şekildedir:

---

[136] Önceki İBK m. 653/1/4'ün hukukumuzdaki karşılığı TTK m. 465/1/d hükmüdür. Şarta bağlı sermaye artırımıyla pay sahiplerinin yasal rüçhan hakkı arasındaki ilişki öğretimizde irdelenmiştir. Şarta bağlı sermaye artırımında bu hakkın kaldırılmasının mantıki bir zorunluluk olduğu yönünde bkz.: SARAÇ Tahir, **Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı**, Asil Yayınları, Ankara, 2009, s. 50. Şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakkının bulunmadığı, şarta bağlı sermaye artırımına gitmenin rüçhan hakkının kaldırılmasını zorunlu olarak gerektirdiği için bu hususun anasözleşmede gösterilmesinin anlamsız olduğunun söylenebileceği ancak bunun pay sahiplerinin bilgilenmesini sağlayacağı yönünde bkz.: **BİÇER**, s. 86-87; **KAYA**, s. 38-39 ve s. 117-118. Rüçhan haklarının kaldırıldığı beyanının şarta bağlı sermaye artırımına yönelik anasözleşme hükmünün asgari zorunlu içeriğinden olduğu yönünde bkz.: **DEMİR**, s. 50-51. Şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakkının kural olarak söz konusu olmadığı ve bu tür artırımın temel işlevi gereği olan bu durumun ayrıca TTK m. 465/1/d hükmünde de vurgulandığı yönünde bkz.: MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 414-415. Yeni çıkarılacak payların tamamen belirli amaçlara özgülenmiş olması dolayısıyla rüçhan hakkının bertaraf edilmesinin doğal olduğu yönünde bkz.: BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 32. Şarta bağlı sermaye artırımının pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılmasını gerektirdiği, diğer sermaye artırımlarından farklı olarak rüçhan hakkının baştan kaldırıldığı, şarta bağlı sermaye artırımı ile haklı sebebin kendiliğinden doğduğu yönünde bkz.: ADIGÜZEL Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 38. Konunun rüçhan hakkı ekseninde ele alınması için ayrıca bkz.: **GÖRMEZ**, Rüçhan Hakkı, s. 117-120.

[137] Hakkın kullanılmasına ilişkin bildirimin şekli yönünden İBK m. 653e/1'de getirilen koşullara da uyulması gerekmektedir.

[138] Bkz.: TTK m. 468/1.

[139] FF 2017 452.

"Şartlı sermaye kapsamında pay sahiplerine alım hakları tanınması halinde sermayenin olağan artırımında rüçhan hakkını düzenleyen hükümler kıyasen uygulanır."

Gerekçeye göre, söz konusu yollama, rüçhan hakkının kullanılması ve çıkarma bedelinin belirlenmesini de kapsamaktadır[140]. Kimi yönlerden rüçhan hakkına benzetilebilecek alım hakkının[141], açık bir hükümle kıyasen de olsa rüçhan hakkı ile bağlantısının kurulması kanaatimizce yerinde bir sistematik tercih olarak gözükmektedir. Şarta bağlı sermaye kapsamında değiştirme ya da alım hakkı tanıyan tahvillerin veya benzeri borçlanma araçlarının öncelikle pay sahiplerine önerileceği İBK m. 653c/2'de öngörülmektedir.

Önerilmeye muhatap olma hakkının kısıtlanması, İBK m. 653c/3'te iki bent halinde yeniden düzenlenmiştir. Haklı sebebin varlığı (önceki m. 653c/2) söz konusu ise hakkın kısıtlanabileceği ilgili fıkranın birinci bendinde tekrar edilmiş; ortaklığın "paylar(ı) borsaya kote ise ve tahviller veya benzeri borçlanma araçları adil (*équitable*) koşullarda çıkarılmışsa" bu durum ikinci bentte yeni bir kısıtlama gerekçesi olarak sayılmıştır[142].

İki bent birbirine "veya" bağlacı ile bağlandığından haklı sebep ve bu bentte düzenlenen hususlar kısıtlama için kümülatif olarak aranmayacaktır. Devamında, payları borsaya kote ortaklıklar, bentte sayılan diğer koşulu yerine getiriyorsa, haklı sebep olmadan da pay sahibinin önerilmeye muhatap olma hakkını kısıtlayabilecektir. Gerekçeye göre, pay sahiplerinin ilgili menkul kıymetleri borsadan adil şartlarda alabildiği müddetçe haklı sebep aranmasına gerek yoktur; zira pay sahiplerinin hakları piyasa mekanizması ile korunmaktadır[143].

Değişiklik öncesi İBK rejiminde eski m. 652b'de rüçhan hakkı ve eski m. 653c'de şarta bağlı sermaye artımında pay sahiplerinin korunma-

---

[140] FF 2017 453.

[141] Hukukumuz yönünden rüçhan hakkı ile şarta bağlı sermaye artırımında alım ile değiştirme haklarının karşılaştırılması için bkz.: **GÖRMEZ**, Rüçhan Hakkı, s. 87-90.

[142] Türk hukukunda TTK m. 466/2'de önceki İBK m. 653c/2 ile aynı şekilde yalnızca haklı sebebin varlığı bir sınırlandırma veya kaldırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak somut olayın koşulları çerçevesinde piyasa mekanizması çerçevesinde tahviller veya benzeri borçlanma araçlarının adil koşullarda çıkarılmasının haklı sebep oluşturduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, bu durum bir sonuç teşkil edip aslında kararın alındığı ana tekabül eden bir haklı sebep bulunduğunun yorum yoluyla kabul edilmesi güçlük teşkil eder. Yasa koyucunun piyasa mekanizmasına ilişkin hukuk politikası tercihi bu yöndeyse bunun açıkça düzenlenmesi tercihe şayandır.

[143] FF 2017 453.

sında kurulan yapı kısıtlama için haklı sebebe vurgu ve haksız kayba uğratma/yarar sağlama yasağı bakımından aynılık arz ederken[144], değişiklikler sonrasında ortaya çıkan yapının farklılaştığı görülmektedir. Yeni sistemde önerilmeye muhatap olma hakkı yönünden çıkarılan borçlanma araçlarının çıkarılma koşulları ve bu arada bedelinin "adil" olması, payları borsaya kote ortaklıklar yönünden haklı sebep aranmadan söz konusu hakkın kısıtlanabilmesi için bir gerekçe arz eder şekilde düzenlenerek hakkın kısıtlanması ile ilişkilendirilmiştir. Rüçhan hakkında ise haklı sebep kavramına istisna getirilmemiş, çıkarma bedelinin belirlenmesi suretiyle hiç kimseye haksız olarak kayıp yaşatılamayacağı veya yarar sağlanamayacağı öngörülerek çıkarılacak payların bedeli hakkın kısıtlanması olanağı haline getirilmemiştir. Oysaki payları borsada işlem gören bir ortaklıkta, yeni çıkarılacak paylar, payın borsa değeri üzerinden çıkarılıyorsa, mevcut pay sahibi zarara uğramadan payları borsadan alabilecek, bu durumda kendisinin rüçhan hakkının kısıtlanması pay sahibi üzerinden olumsuz bir etki kural olarak yaratmayacaktır[145]. Yeni sistemde, payları borsada işlem gören bir ortaklık olağan sermaye artırımında pay sahiplerinin rüçhan haklarını kısıtlamak için haklı sebep testine tabi olacakken şarta bağlı sermaye artırımında, sonuç itibarıyla paya dönüşebilecek ve pay sahibi yönünde paylarının sulanması riskini doğuran borçlanma araçları yönünden pay sahibinin önerilmeye muhatap olma hakkında bu testi bertaraf edebilecektir. Bu suni ayrışmanın başkaca hukuki tartışmaları beraberinde getirmesi olasıdır.

D. Diğer Hususlar

TTK m. 470'in kaynağı olan şartlı sermaye artırımı sonucunda anasözleşmenin uygun duruma getirilmesine ilişkin İBK m. 653g'nin başlığında ve ilk fıkrasının lafzında değişikliğe gidilmiştir. "Anasözleşmenin uygun duruma getirilmesi" (a*daptation des statuts*) şeklindeki madde başlığı, "Anasözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulunun tespitleri" (*Modification des statuts et constatations du conseil d'administration*) olarak değiştirilmiştir. Eski fıkrada yönetim kurulunun anasözleşmeyi uygun duruma getireceği

---

144 TTK m. 461/2 ve m. 466/2-3 arasında da aynı uyum söz konusudur.

145 Ayrıca bkz.: STOFFEL Walter A., "Droits des actionnaires dans les procédures de financement des sociétés", **La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires**, ed.: Gaétan Bohrer, CEDIDAC, Lozan, 2001, s. 25-26. Yazar, halka açık ortaklıkların finansman sağlamasında haklı sebebin varlığının daha kolay kabul edilebileceğini, piyasa şartlarına uygunluğun en önemli kıstas olduğunu ifade etmektedir.

düzenlenmişken değişik hükümde, yönetim kurulunun "anasözleşmeyi değiştireceği" (*modifie les status*) düzenlenmiştir[146].

İsviçre'de yeni getirilen sermaye dalgalanma marjı sistemi kapsamında, şartlı sermaye artırımından yararlanılıp yararlanılamayacağı sorusu akla gelebilir. İsviçre yasa koyucusu İBK m. 653g/2'de, bu sistemde şarta bağlı sermaye artırımının anasözleşmeye işlenmesine ilişkin esaslar öngörmek suretiyle[147] soruyu olumlu yanıtlamıştır.

TTK m. 472'nin İsviçre hukukunda karşılığı olan İBK m. 653i hükmü de değiştirilmiştir. İBK m. 653i/1'in yeni haline göre yönetim kurulu, şartlı sermaye artırımına ilişkin anasözleşme hükmünü şu üç bent uyarınca anasözleşmeden çıkarabilecek ya da hükmü uyarlayabilecektir[148]: i) Dönüştürme ya da alım hakları(nın süresi) sona erdiyse (ilgili haklar söndüyse - *se sont éteint*), ii) Bu hakların hiçbiri sağlanmadıysa ya da iii) Dönüştürme ya da alım hakkı sahiplerinin bir kısmı veya tamamı haklarından feragat etmişse. Hükmün önceki halinde, ilgili hakların tükenmesi (*extinction*) durumunda, anasözleşmeden söz konusu hükmün yönetim kurulunca çıkarılabilmesi düzenlenmişken; yeni hükümle, uyarlama olanağı da getirilmiş; özellikle hak sahiplerinin bir kısmının haklarından feragat etmemesi durumunda, sözleşmenin güncel duruma getirilebilmesi olanağı yönetim kuruluna tanınmıştır.

4. Sermayenin Azaltılması

A. Genel Olarak

Sermayenin azaltılması konusu, değişiklik öncesinde ayrı bir bölüm (dördüncü bölüm) olarak İBK m. 732 ilâ m. 734 arasında toplam dört maddede düzenlenmişken[149]; değişiklikle birlikte, anonim ortaklığın genel hükümlerinin düzenlendiği birinci bölümünün "Sermayesinin artırılması ve azaltılması" (*Augmentation et réduction du capital-actions*) üstbaşlığı altına

---

[146] İBK m. 653i/1-2'de yönetim kurulunun anasözleşmeden şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmü çıkarması ya da bu hükmü uygun duruma getirmesi, "anasözleşme değişikliği" olarak tanımlanmıştır. İBK m. 653g'deki tercih de yönetim kurulunun "anasözleşmeyi değiştirebileceği" yönündedir. Yönetim kurulunun anasözleşmeyi değiştirebileceği sermaye dalgalanma marjı sisteminde de açıkça zikredilmektedir (İBK m. 653u/4).

[147] İlgili sistemde şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin bir başka düzenleme de İBK m. 653v/2'de bulunmaktadır.

[148] Hükmün ikinci fıkrasında da anasözleşmenin, lisanslı uzman denetçi ilgili vakaları yazılı olarak tespit etmedikçe değiştirilemeyeceği öngörülmektedir.

[149] Sistematik açıdan farklılık arz etmekle birlikte bu hükümler TTK m. 473 ilâ 475'in kaynağıdır.

alınmıştır[150]. Azaltım türü yönünden yasada üçlü bir ayrım yapılmıştır: i) olağan azaltma (*réduction ordinaire*), ii) Bilanço zararının kapatılması amacıyla yapılacak azaltma (*réduction du capital-actions en cas de bilan déficitaire*) ve iii) eş zamanlı sermaye azaltımı ve artırımı.

Olağan azaltma, İBK m. 653j ilâ 653o arasındaki altı maddede yeniden düzenlenmiştir. Bu maddelerde sırasıyla, ilkeler (653j)[151], alacaklılara çağrı (653k)[152,153], ara hesap düzenlenmesi (653l), lisanslı uzman denetçinin onayı

---

[150] Gerekçede sermayenin değiştirilmesine ilişkin hükümlerin aynı yere toplandığına işaret edilmektedir. Bkz.: FF 2017 455. Sermayenin azaltılmasına dair kurallarda esasın aynı kalmakla birlikte bazı hususların eklendiği ve açıklığa kavuşturulduğu yönünde bkz.: BLANC Mathieu / DEMIERRE Rafaella, "Nouveautés du futur droit de la société anonyme", **Not@lex**, 2021, s. 137.

[151] İBK m. 653j'de, i) sermayenin azaltılmasına genel kurulun karar vereceği, yönetim kurulunun azaltımı hazırlayıp uygulayacağı, ii) sermayenin payların itibari değerin düşürülmesi veya itfası ile azaltılabileceği, iii) sermayenin 100.000 İsviçre frangının altına ancak eş zamanlı olarak en az bu tutara kadar artırılması şartıyla indirilebileceği; sermaye, yabancı bir para birimi olarak belirlenmişse en az 100.000 İsviçre frangına karşılık gelmesi gerektiği, iv) sermaye azaltımı kararının ticaret siciline tescili isteminin, genel kurul kararından itibaren altı ay içerisinde yapılması gerektiği, aksi takdirde kararın geçersiz olacağı öngörülmektedir. Son fıkrada öngörülen süre, olağan sermaye artırımının tescil istemine yönelik İBK m. 650/3'te aranan süre ile uyumludur. Bkz.: yukarıda VII.1.B.

[152] İBK m. 653k/1 ile 2 uyarınca İTRG'de yapılacak bir ilanla alacaklılara çağrı yapılması ve haklarını güvence altına almak isteyen alacaklıların İTRG'de yapılan çağrıyı takip eden otuz gün içerisinde yazılı olarak ortaklığa başvurmaları gerekmektedir. Değişiklik öncesinde, İBK m. 733 uyarınca alacaklılara İTRG ve anasözleşmede öngörülen usulde asgari üç çağrı yapılması ve haklarını güvence altına almak isteyen alacaklıların İTRG'de yayımlanan son ilandan itibaren iki ay içerisinde ortaklığa başvurması gerekmekteydi. Gerekçede, İTRG'ye çevrimiçi olarak ulaşılabiliyor olması, abonelikler suretiyle belli aralıklarla yeni içeriklerin tamamının ya da abonenin istediklerinin iletilebiliyor olması karşısında üç kere ilan prosedürünün izlenmesine gerek kalmadığı, alacaklıların korunmasına bu değişiklik ile halel gelmeyeceği ifade edilmektedir. Bkz: FF 2017 456. İTRG kayıtlarına ulaşmak için bkz.: www.fosc.ch. İBK m. 653k/3 hükmünde ise ortaklığın alacağı ödediği ya da azaltma neticesinde alacağın ödenmesinin tehlikeye düşmediğini ispatladığı takdirde ortaklığın teminat altına alma yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmekte; denetçinin onayı (doğrulama belgesi - *attestation de verification*) bulunması halinde alacağın ödenmesinin tehlikeye düşmeyeceği karinesi öngörülmektedir. Gerekçenin üçüncü fıkraya dair açıklamalarında, Birleşme Kanunu [*La loi fédérale sur la fusion, la scisson, la transformation et le transfert de patriomine (Loi sur la fusion, LFus)*] m. 25 hükmüne işaret edilmektedir. Bkz.: FF 2017 456.

Hukukumuzda TTK m. 474'te alacaklılara Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'de (TTSG) üç defa çağrı yapılması aranmaktadır. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 71 ile 17.01.1957 tarihli ve 9511 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Ticaret Sicili Gazetesi Nizamnamesi m. 2'ye dayanarak çıkarılan 09.08.2004 tarihli ve 25548 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Yönetmeliği m. 5/1 uyarınca TTSG'nin çıkarılmasına ilişkin esasları tespit, yayım işlerini sevk ve idare etmek, denetlemek ve Bakanlık ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği arasındaki çalışmaları koordine etmek üzere kurulmuş olan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Komitesi'nin 21.12.2021'de gerçekleştirdiği toplantıda aldığı karar uyarınca halihazırda elektronik ortamda ulaşılabilen TTSG'nin kağıt baskısının 01.01.2022 itibarıyla sona erdirilmesine ve bu tarihten

(653m), genel kurul kararı (653n)[154], anasözleşmenin değiştirilmesi, yönetim kurulunun tespitleri ve ticaret siciline tescil (653o)[155] hususları düzenlenmiştir.

Bilanço zararının kapatılması amacıyla yapılacak azaltma, ayrı bir madde halinde İBK m. 653p hükmünde düzenlenmiş; lisanslı uzman denetçinin azaltılacak sermaye tutarının, kaldırılacak aşkın pasif tutarını (*le montant de*

---

itibaren TTSG'nin tamamen dijital ortamda yayınlanmasına karar verilmiştir. TTSG'ye elektronik ortamda kolayca ulaşılabiliyor olması karşısında İsviçre yasa koyucusunun İBK'de alacaklılara yapılacak çağrıyı üçten bire düşürmesinde ileri sürdüğü gerekçenin hukukumuz yönünden de geçerli kabul edilebileceği ve dolayısıyla çağrı sayısının hukukumuzda da üçten bire düşürülmesi düşünülebilir.

[153] Hükmün Fransızca metninde bir yazım hatası da bulunmaktadır; sermaye azaltımını ifade etmek üzere *la réduction du capital* ifadesi kullanılması gerekirken yasalaşan metinde *la réduction du cpital* yazmaktadır. Bkz.: RO 2020 4005, 4016. Herhalde bu hatalı yazımın "*capital*" olarak ve dolayısıyla sermaye azaltımı olarak anlaşılması gerekir.

Söz konusu hüküm Ulusal Konsey'in önerisiyle yasaya girmiş olmakla birlikte ilgili öneri metninde bu yazım hatası bulunmamaktadır. Bkz.: 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 34.

[154] İBK m. 653n'de sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul kararının resmi şekle (*acte authentique*) tabi olduğu ve şu hususları içereceği düzenlenmektedir: i) Sermaye azaltımının, nominal miktarı veya şayet tercih edilirse azami nominal miktarı, ii) kararın icrası usulü, özellikle azaltımın payların itibari değerinin düşürülerek mi veya payların itfası yoluyla mı yapıldığı, iii) azaltılan sermayenin kullanımı (*affectation, impegio, Verwendung*). Gerekçede, sermayenin azaltılabileceği azami nominal miktarın belirlenmesi yönteminin halihazırda kısmen kabul edildiği, bunun genellikle ortaklığın paylarının geri alım programı kapsamında, ne kadar payın iktisap edileceğinin henüz bilinmediği hallerde faydalı olduğu; ayrıca, sermayenin payların itibari değerinin düşürülmesi, payların itfası veya ikisi birlikte kullanılarak azaltılabileceği ve azaltılan sermayeye karşılık gelen fonun pay sahiplerine iade edilebileceği, mevcut sermaye koyma borcuna sayılabileceği, yabancı kaynağa (*capitaux étrangers*, kapsamı için İBK m. 959/5) çevrilebileceği ya da yedek akçelere ayrılabileceği ifade edilmektedir. Bkz.: FF 2017 459. Sermayenin azaltılması dolayısıyla ortaya çıkacak defter kârının nereye tahsis edilmesi gerektiğini öngören İBK m. 732/4 hükmü yasaya alınmamıştır. Bu hüküm öğretide eleştirilmekteydi. Bkz.: HEINZMANN Michel, "Art. 732", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 1344, N. 19. İBK mülga m. 732/4 hükmü ve Türk hukukuna (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396/3 ve TTK m. 473/4) yönelik değerlendirme için bkz.: ÇAĞLAR Hayrettin, **Anonim Şirketlerde Sermayenin Azaltılması,** 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 100-101, özellikle d.n. 316.

[155] İBK m. 653o/3, "sermaye azaltımı sonucunda sağlanan fonlar, ancak işlemin ticaret siciline tescili sonrasında pay sahiplerine dağıtılabilir" hükmünü içermektedir. Bu hükümle hangi andan itibaren fonların dağıtılabileceği İsviçre hukukunda açıklığa kavuşturulmuştur. Bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 224, N. 268b. Bu konu, hükmün yürürlüğü öncesinde İsviçre öğretisinde tartışmalıydı. Bkz.: HEINZMANN Michel, "Art. 734", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 1353, N. 8 ve orada d.n. 7'de sayılan yazarlar. Yazar, ticaret siciline tescilin kurucu olduğu, dolayısıyla bu andan önce fonların dağıtılmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Bu tartışma için ayrıca bkz.: **ÇAĞLAR**, Sermayenin Azaltılması, s. 99. Hükmün yürürlüğü öncesi dönem için ayrıca bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2017, s. 138, N. 271.

l'excédent passif à supprimer) geçmediğini teyit etmesi durumunda, alacaklılara çağrı, ara hesap düzenlenmesi, denetçiden onay alınmasına (İBK m. 653m'deki doğrulama belgesi - *attestation de verification*) dair hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca, eş zamanlı sermaye azaltımı ile artırımı durumuna özel olarak İBK m. 653q hükmünde ilkeler, İBK m. 653r hükmünde ise payların itfası ve bunun sonuçları düzenlenmektedir. Böylelikle eski İBK m. 732'de zikredilen bu olanak, kendi sistematik düzenlemesine kavuşturulmuştur[156].

B. Eş Zamanlı Azaltım ve Artırım

Önceki İBK m. 732/1 ve f.5 hükümlerinde sermayenin eş zamanlı azaltılıp artırılması imkânına değinen düzenlemeler bulunmaktaydı. Konunun sistematik bir şekilde düzenlenmediği gerekçesiyle, İBK m. 653q hükmünde ilgili konu yeniden ele alınmıştır[157].

İBK m. 653q/1'e göre şayet artırılan sermaye işlem öncesindeki sermayeye eşit veya daha yüksekse ve ödenmiş pay bedelleri azaltılmamışsa (*les apports effectués ne sont pas réduits*), (olağan) sermaye azaltım prosedürüne dair çeşitli düzenlemelerin uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bunlar, i) alacaklılara çağrı, ii) ara hesap, iii) uzman denetçiden onay alınması ve iv) yönetim kurulunun tespitleri düzenlemeleridir[158]. İBK m. 653q/2'de ise bu durumda olağan sermaye artırımı hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür.

İBK m. 653q/1'e, önceki m. 732/1 ve m. 732/5'te eş zamanlı artırılan sermayenin tamamının ödenmesi zorunluluğu öngören düzenlemeler alınmamış; yalnızca ödenmiş sermaye tutarının azaltılmaması, bu hükmün uygulanma şartı olarak düzenlenmiştir[159].

---

[156] FF 2017 461.

[157] FF 2017 461. Türk hukukunda sermayenin eş zamanlı azaltımı ve artırımı hakkında bkz.: **ÇAĞLAR**, Sermayenin Azaltılması, 120 v.d..

[158] Gerekçede, eş zamanlı azaltım ve artırım sonucunda sermaye, işlem öncesi sermayeden düşük olursa İBK m. 653j'deki olağan sermaye azaltımı hükümlerinin uygulanacağı, bu azaltım ortaklığın iyileştirilmesine yönelikse İBK m. 653p'nin uygulanacağı belirtilmektedir. Bkz.: FF 2017 461.

[159] Bu yönde bkz.: FF 2017 461. Türk hukukunda eş zamanlı artırılan sermayenin peşin ödenmesi gerektiği yönünde bkz.: **ÇAĞLAR**, Sermayenin Azaltılması, s. 127-128 ve 136; **DEMİR**, s. 108. Ayrıca bkz.: Ticaret Sicili Yönetmeliği (TSY) m. 81/1/b: "Sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı ve *aynı miktarda yapılan sermaye artırımında artırılan sermayenin tamamen ödendiğine*; daha yüksek sermaye artırımı yapılması halinde ise, aşan kısmın dörtte birinin de ödendiğine dair banka mektubu."

İBK m. 653q/3 hükmünde payların sayısı ve itibari değeri ile ödenmiş sermaye paylarında bir değişiklik olmamışsa yönetim kurulunun anasözleşmeyi değiştirmesine gerek olmadığı açıklanmıştır. Böylece eş zamanlı artırım ve azaltımda, yapılacak işlemler yönünden bir kolaylık sağlanmış olmaktadır.

Eş zamanlı azaltım ve artırım yapıldığında payların akıbeti İBK m. 653r hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm önceki İBK m. 732a ile ayniyet arz etmektedir. İBK m. 653r/1 uyarınca sağlığa kavuşturma maksadıyla sermayenin sıfıra indirilip tekrar artırılması durumunda[160], pay sahiplerinin mevcut hakları azaltım anında sona erecek ve çıkarılan paylar itfa edilecektir. Bu durumda, İBK m. 653r/2'ye göre sermaye artırımı yapıldığında, pay sahiplerinin yoksun bırakılamayacakları rüçhan hakları bulunmaktadır[161,162].

5. Sermaye Dalgalanma Marjı Sistemi[163]

Sermaye dalgalanma marjı sistemi, "Sermayenin artırılması ve azaltılması" üst başlığı altında sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümlerden sonra gelecek

---

[160] TTK m. 473/5'te "(s)ermayenin hiçbir suretle 332 nci madde ile belirlenen en az tutardan aşağı indirilemeyeceği" düzenlemekle birlikte, Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 82/2'de ise "(y)eniden yapılandırma amacıyla esas sermayenin *sıfıra indirilip* tekrar artırılabilme" olasılığı öngörülmektedir. Sermayenin TTK m. 332'deki asgari miktarın aşağısına indirilemeyeceği, "(b)u durumda TK m. 473, f.l ile TSYön'nin m.82, f.2 hükmünü bağdaştırmak için, sıfıra indirilmiş sermayenin en az TK m. 332'de belirlenen asgari tutara yükseltilmesinin doğru olacağı" yönünde bkz.: POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 266-267, N. 1441, 1442 ve 1442a. Eş zamanlı azaltım ve artırımın "esas veya çıkarılmış sermayenin yeri geldiğinde *sıfıra kadar indirilmesi*, payların tamamının ya da önemli bir miktarının bedelsiz olarak itfası ve hemen akabinde yeni paylar çıkarılarak eski sermaye rakamına tekrar ulaşılmasını" ifade ettiği ve sermayenin eş zamanlı azaltılması ve artırılmasının TTK m. 473/5'in istisnası olduğu yönünde bkz.: **DEMİR**, s. 107 ve 110.

[161] Hükmün Fransızca metni *les actionnaires*, İtalyanca metni *gli azionisti* ifadeleri ile yalnızca pay sahiplerine işaret etmekle birlikte; Almanca metinde *den bisherigen Aktionären* ifadesi tercih edilerek "önceki" pay sahipleri şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca pay sahipliği haklarının sona erdiği ve payların itfa edildiği düşünüldüğünde, pay sahiplerinin "önceki" sıfatıyla anılması isabetli gözükmektedir.

[162] Türk hukuku bakımından ortakların bu hakkına ilişkin açıklamalar için bkz.: **ÇAĞLAR**, Sermayenin Azaltılması, s. 139-141 özellikle d.n. 433.

[163] Hukukumuzda henüz karşılığı bulunmayan ve düzenlendiği takdirde yasa koyucunun ne şekilde ifade edeceği de henüz belli olmayan söz konusu terimin Türkçeleştirilmesinde İBK'nin Fransızca terminolojisinin birebir çevirisi tercih edilmiştir. Benzer şekilde, kavramın "sermayenin dalgalanması (*fluctuation du capital*) sistemi" olarak nitelendirilmesi için bkz.: **ERDEM**, Kanun Taslağı, s. 5. Türk literatüründe konuya ilişkin önceki çalışmalarda, *marge de fluctuation du capital/kapitalband/margine di variazione del capitale* terimi için farklı ifadeler tercih edilmiştir. "Sınırlı esnek sermaye sistemi" için bkz.: ÇAĞLAR Hayrettin, "Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi (Kapitalband) İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Bir Müessese", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 353 v.d.; aynı yönde **YÜCE**, Revizyon Tasarısı, s. 65; "esnek sermaye sistemi" için bkz.: CENKCİ Esra, "Türk Hukukunda Sermaye Değişikliğinin Kolaylaştırılması İçin Bir Öneri", **BATİDER**, C.

şekilde İBK m.653s ilâ İBK m. 653v hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kabul edilen bu yeni sisteme bağlı olarak kayıtlı sermaye sisteminin düzenlendiği İBK m. 651 ve İBK m. 651a hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır[164].

İBK m. 653s/1 uyarınca sermaye dalgalanma marjı sisteminde, belirli bir aralıkta sermayenin değiştirilebilmesi hususunda anasözleşmeyle yönetim kuruluna yetki verilmektedir[165]. Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yalnızca sermayeyi artırma yetkisi tanınabilirken, bu sistemde yönetim kuruluna sermayeyi artırma ve/veya azaltma yetkisi verilebilerek (İBK m. 653s/3) daha esnek bir sisteme geçilmiştir[166].

İBK m. 653s/1'in birinci cümlesinde yönetim kuruluna verilecek yetkinin beş yılı aşamayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla yönetim kuruluna yetkinin ancak sınırlı bir süreyle tanınabilmesi bakımından sermaye dalgalanma marjı sistemi, kayıtlı sermaye sistemi ile ayniyet arz etmektedir. Bununla birlikte, mülga İBK m. 651/1 hükmünde kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna verilecek artırım yetkisinin iki yılı aşamayacağı düzenlenmekteydi[167]. Bu yönüyle, yalnızca yapabileceği işlemler bakımından değil bu işlemleri (sınırları dahilinde) yapabileceği süreler yönünden de yönetim kuruluna tanınabilecek yetki esnekleştirilmiştir.

XXXIII, S. 2, 2017, s. 71; "kayıtlı sermaye bandı" için bkz.: PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 2600. Terim tercihi tartışmasına katkıda bulunmak için ayrıca şu üç öneriyi getirebiliriz: i) Fransızca metinden etkilenen ve hali hazırda hem aşağı hem yukarı değişiklik olabileceği anlamını taşıyan marj sözcüğünü kullanarak "sermaye marjı sistemi", ii) Marj ifadesinin öz Türkçe bir karşılığını kullanmak suretiyle "sermaye aralığı sistemi" ve iii) Fransızca terim tercihinden ve söz konusu değerin hem aşağı hem yukarı değişebileceği anlamını barındıracak ve ülkemiz uygulamasında hali hazırda yerleşmiş "dalgalı kur rejimi"nden esinlenerek "dalgalı sermaye sistemi".

164 FF 2017 462.

165 Kayıtlı sermaye sisteminde olduğu üzere ilgili genel kurul kararı İBK m. 704/1/5 uyarınca nitelikli yeter sayıya tabidir. Kuruluşta ilk anasözleşmede bu yetkinin verilebilmesi mümkündür. Bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 229, N. 270j.

166 Yönetim kurulunun yalnızca artırım yapabildiği kayıtlı sermaye sistemi yerine sermaye dalgalanma marjı ile yönetim kurulunun artırım ve/veya azaltım yapılabildiği bir sisteme yasada yer verilmesinin getirdiği "esnekliğin" yasa değişikliğinin amacının temel noktası olduğu ve yasa hükümleri yorumlanırken değişikliğin özündeki bu "esneklik" amacına göre hareket edilmesi gerektiği yönünde bkz.: GERICKE Dieter / MADANI Daniel, "La marge de fluctation du capital (art. 653s-653v P-CO)", **SJZ/RSJ**, C. CXVII, S. 15, 2021, s. 740. İBK'daki "büyük" revizyonun nedenlerinden birinin sermaye yapısının yönetiminin daha esnek hale getirilmesi olduğu ve bu kapsamda yasada sermaye dalgalanma marjı sisteminin düzenlendiği yönünde bkz.: TERCIER Pierre / LEVRAT Jérôme, "Introduction générale au droit commerciale suisse" **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 22-23 ve orada özellikle N. 106.

167 TTK m. 460/1'de ise kayıtlı sermaye sisteminde yetkinin beş yıllığına verilmesine izin verilmektedir.

Yönetim kurulunun artırma ve azaltma yetkisini hangi sınırlar çerçevesinde kullanabileceği anasözleşmede düzenlenecektir (İBK m. 653t/1/1). İBK m. 653s/2 hükmünde üst sınırın ticaret sicilinde tescil edilmiş (*inscrit au registre du commerce*) sermayenin[168] bir buçuk katını aşamayacağı; alt sınırın ise, ticaret sicilinde tescil edilmiş sermayenin yarısından az olamayacağı öngörülmüştür[169]. Basit bir örnekle açıklamak gerekirse hem artırım hem azaltım yönünden tam sınırlarda yetki verildiğinde, sicilde tescil edilmiş sermaye 200.000 İsviçre frangı ise, sermaye 100.000 İsviçre frangına kadar azaltılabilecek ve 300.000 İsviçre frangına kadar artırılabilecektir. Böylece, ticaret sicilinde gözüken sermaye miktarı kadar bir dalga boyuna izin verilmiş olmaktadır[170].

Yönetim kuruluna sermayede değişiklik yapma yetkisinin bir bütün halinde verilmesi zorunluluk arz etmemektedir. İBK m. 653s/3'e göre yönetim kurulunun yetkisi anasözleşmede sınırlandırılabilecek, yönetim kuruluna sermayeyi yalnızca artırma ya da azaltma yetkisi tanınabilecektir.

Sermaye dalgalanma marjı kabul edilirken anasözleşmede hangi hususların düzenlenmesi gerektiği İBK m. 653t/1 hükmünde on bent halinde sayılmıştır: i) Sermayenin değiştirilebileceği üst ve alt sınır; ii) Yönetim kuruluna verilen yetkinin sona ereceği tarih[171]; iii) Verilen yetkinin sınırları, yükümlülükleri ve tabi olduğu koşullar[172]; iv) Çıkarılacak payların sayısı, itibari değeri ve türü ile birlikte belirli paylara veya katılma senetlerine (*bons de*

---

[168] İBK'de "ticaret siciline kayıtlı olan sermaye" kavramının kullanılması tercihi hakkında bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 76, d.n. 33. "Ticaret sicilinde tescil edilmiş sermaye" kavramının çok sınırlandırıcı şekilde yorumlanmaması gerektiği, genel kurulda ilk olarak olağan sermaye artırımı kararı alınıp akabinde ikinci bir kararla sermaye dalgalanma marjı sisteminin kabul edildiği bir durumda, yönetim kuruluna yetki tanınacak alt ve üst sınırın hali hazırda ticaret sicilinde tescil edilmemiş sermayeye göre belirlenmesine izin verilmesi gerektiği, aksi takdirde ikinci bir genel kurul toplantısı yapılması gerekeceği ve bunun da hükmün özündeki esneklik amacıyla bağdaşmayacağı öğretide haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz.: **GERICKE / MADANI**, s. 741-742.

[169] Sınırların oran şeklinde belirlenemeyeceği yönünde bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 77.

[170] Sicilde belirtilen sermaye 200.000, artırım ve azaltımın yasal sınırları (sırasıyla 300.000 ve 100.000) arasındaki fark da 200.000'dir. O zaman, sisteme geçerken sicilde kayıtlı sermaye ile dalga boyu eşittir.

[171] İBK m. 653t/1/2 uyarınca yönetim kuruluna verilen yetkinin sona ereceği tarihin düzenlenmesi gerektiği öngörüldüğünden yönetim kuruluna verilen yetkinin yalnızca yıl olarak belirtilmesi yeterli olmayacaktır. Bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 79. Sürenin genel kurul kararı tarihinden itibaren başladığı yönünde bkz.: **GERICKE / MADANI**, s. 742.

[172] Genel kurulun yönetim kuruluna tanınacak yetkiyi sınırlandırma bakımından yetkisinin sınırsız olduğu yönünde bkz.: **GERICKE / MADANI**, s. 742. Yetkinin hangi kapsamda ve ne ölçüde sınırlandırılabileceğine ilişkin tartışma için bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 80-81. Ayrıca bkz.: **ÇAĞLAR**, Kapitalband, s. 360-361.

participation)[173] tanınacak imtiyazlar[174]; v) Tanınacak özel menfaatlerin kapsamı ve değeri ile menfaat tanınacak kişilerin kimler olacağı; vi) Yeni çıka-

[173] İsviçre hukukunda katılma senetlerinin tarihi gelişimi, yasalaşma süreci hakkında ve katılma senetlerinin pay sahipleri ve katılma senedi sahipleri arasında eşitlik ve kader birlikteliği düşünceleriyle *oydan yoksun pay gibi* şekillendirildiği yönünde bkz.: **BOYER ve diğ.**, s. 133-134. Yazarlar, katılma senetlerinin dar anlamıyla paylardan ayrı bir menkul kıymet olduğunu ve finansman araçları içerisinde ayrı bir kategori oluşturduğunu, yasa koyucunun oydan yoksun payı düzenlemekten bilinçli olarak kaçındığını ifade etmektedirler. Bkz.: **BOYER ve diğ.**, s. 137 ve özellikle d.n. 41. 1991 revizyonunun gerekçesinde açıklanan oydan yoksun pay yerine katılma senedi düzenlemesinin tercih edilmesinin nedenleri için bkz.: FF 1983 II 817-818. Kavramın adında açıkça belirtilmese de, ayrı bir başlıkta düzenlense ve İBK m. 709 anlamında yasa koyucu tarafından pay kategorisinde değerlendirilmese de katılma senetlerinin gerçekte oydan yoksun pay olduğu yönünde bkz. ve karş.: TRINDADE Rita Trigo, "Art. 656a", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, s. 522, N. 7. Yazar, İsviçre hukukunda katılma senetlerinin, "katılımcı" (*participant*) olarak adlandırılan katılma senedi sahiplerine, anonim ortaklığın "ortağı" (*associé*) sıfatını sağladığını ifade etmektedir. Bkz.: **TRINDADE**, s. 521, N. 2. Kavrama dair ayrıca bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 168, N. 194 v.d.. İsviçre'de Almanca olarak *Partizipationsscheine* şeklinde ifade edilen kavramın Türk literatürüne aktarılması yönünde yapılan tartışmalar, niteliği ve tarihsel gelişimi konusunda bkz.: TEKİNALP Ünal, "Katılma İntifa Senetleri ('Partizipationsschein')", **BATİDER**, C. VI, S. 2, 1971, s. 297 v.d.; TEOMAN Ömer, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul Üniversitesi Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 200 v.d., özellikle s. 201-202. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu döneminde Seri: III, No: 1 sayılı Katılma İntifa Senetleri İhracına İlişkin Esaslar Tebliği ile katılma intifa senetlerinin düzenlendiği döneme ilişkin olarak bkz.: TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 575 v.d.; TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasasının Bir Aracı Olarak Katılma İntifa Senetleri", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 1117-1120; TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Değer: KİS", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 1125 v.d.. Söz konusu tebliğ, 1992'de aynı başlıklı Seri: III, No: 10 sayılı Tebliğle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu son tebliğ ise 2013'te çıkarılan VII-128.1 sayılı Pay Tebliği ile kaldırılmıştır. Pay Tebliği m. 4/1/k'de katılma intifa senetleri "(o)rtaklıklar tarafından nakit karşılığı satılmak üzere ihraç edilen, net kardan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanıyan pay benzeri menkul kıymetler" olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz.: ÖZER Işık, "Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 369 v.d.. Ayrıca mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 14/A ve 21/1/2009 tarihli, 27117 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan Seri: I, No: 36 sayılı Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliğ ile oydan yoksun pay kavramı hukukumuzda açıkça düzenlenmişti. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda oydan yoksun payları düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır ve Seri: I, No: 36 sayılı Tebliğ de VII-128.1 Pay Tebliği m. 51/f.1 b.b ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda, Türk sermaye piyasası hukukunda "oydan yoksun pay" kavramını doğrudan konu alan genel nitelikte bir düzenlenme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sermaye piyasası ikincil mevzuatında düzenlenen çeşitli hükümlerden hareketle oydan yoksun pay çıkarılıp çıkarılamayacağı Türk hukukunda tartışılmaktadır. Tartışma hakkında bkz.: GÖKDEMİR TAMER Tülay, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 55-58, özellikle d.n. 209-210.

rılacak paylara ilişkin devir sınırlandırmaları[175]; vii) Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması ya da yönetim kurulunun rüçhan hakkını sınırlandırmasına veya kaldırmasına izin veren haklı sebepler[176], ayrıca kullanılmayan ya da kaldırılan hakların akıbetini; viii) Sözleşmeyle edinilen rüçhan haklarının kullanılmasına dair şartlar; ix) Yönetim kuruluna şarta bağlı sermaye artırımı yapabilme konusunda verilmiş yetkiyi ve İBK m. 653b'de aranan bilgileri; x) Yönetim kuruluna katılma sermayesi (*capital-participation*)[177] oluşturulma konusunda verilmiş yetki. Yetkilendirildiği süre dolduğunda, yönetim kurulunun sermaye dalgalanma marjına ilişkin hükümleri anasözleşmeden kaldıracağı İBK m. 653t/2'de düzenlenmiştir[178].

İBK m. 653u/1 uyarınca yönetim kurulu, genel kurulun verdiği yetkide belirlenen sınırlar çerçevesinde sermayeyi artırabilecek ya da azaltabilecektir. İBK m. 653u/2'ye göre genel kurulun yetkilendirme kararında belirtilmemişse, sermayenin artırılması veya azaltılması işlemleri ile ilgili gerekli düzenlemeler yönetim kurulu tarafından karara bağlanarak yayınlanır (*édicter*).

---

174 Bkz.: **GERICKE / MADANI**, s. 742-743.

175 Konuya dair bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 82.

176 Değişiklik öncesi İBK'de, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna rüçhan hakkını kısıtlama yetkisi verilebileceğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktaydı. İsviçre Federal Mahkemesinin, yetkinin yönetim kuruluna verilebileceği, sonra da bu kararda haklı sebeplerin soyut olarak sayılması gerektiği yönündeki kararları ile çözülmüştü. Uygulamaya yön veren söz konusu kararlar için bkz.: ATF 117 II 290 ve ATF 121 III 219 - JdT 1996 I 162, www.swisslex.ch (Erişim tarihi: 15/03/2023). Kararlara ilişkin açıklamalar için bkz.: **GÖRMEZ**, Rüçhan Hakkı, s. 176-177, özellikle d.n .326. Değişiklik öncesi İsviçre hukukunda yönetim kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz.: CENKCİ Esra, "Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı", **TBB Dergisi**, Y. 29, S. 122, 2016, s. 325-327; anılan ikinci karar yönünden özellikle s. 326. Ayrıca bkz.: **ZEN-RUFFINEN / URBEN**, Art. 652b, s. 429-430, N. 5 ve s. 431, N. 10 v.d.. İBK m. 653t/1/7 hükmü, yukarıda açıkladığımız Federal Mahkeme uygulamasının yasaya aktarılması niteliğindedir. Bu yönde bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 83. Benzer yönde bkz.: **ZEN-RUFFINEN / URBEN**, Art. 652b, s. 439-440, N. 37.

177 İBK m. 656b uyarınca katılma sermayesi, borsaya kote ortaklıklarda sicilde tescilli pay sermayesinin (*capital-actions*) on katını, diğer ortaklıklarda iki katını aşamaz. Tasarı metninde borsaya kote ortaklıklar yönünden bir sınır öngörülmemişti. Bkz.: FF 2017 641. On katlık sınır, Ulusal Konsey'in önerisiyle metne işlenmiştir. Bkz.: 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 43.

178 İsviçre hukukunda yönetim kurulunun, yetki süresinin dolması dolayısıyla anasözleşmeye yönelik yaptığı işlemin anasözleşme değişikliği değil anasözleşmenin uyarlanması niteliğinde olduğu yönünde bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 78.

İBK m. 653u/3 hükmünde yönetim kurulu, sermayenin azaltılmasına karar verirse[179]; olağan sermaye azaltımındaki alacaklılara çağrı (İBK m. 653k), ara hesap düzenlenmesi (İBK m. 653l), uzman denetçi onayı (İBK m. 653m) hükümlerinin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir[180]. Bu hüküm, tasarı aşamasında bulunmamakta; bu sistemde sermaye azaltımına ilişkin olarak "alacaklıların korunması" başlıklı m. 653w[181] ile bir düzenleme getirilmesi önerilmekteydi[182,183]. Ulusal Konsey'in önerisiyle, 653w hükmü yasalaşan metinden çıkarılmış; İBK m. 653u/3 metne eklenmiştir[184].

İki düzenleme arasındaki önemli fark, alacaklıların korunmasına yönelik tedbirlerin devreye gireceği an bakımındandır. Tasarıdaki 653w hükmünde, kuruluştan sonra genel kurul tarafından sermayenin azaltılabileceği alt sınırın belirlenip yönetim kurulu yetkilendirilirken alacaklıları korumaya yönelik alacaklılara çağrı ve denetçi onayı tedbirlerinin devreye gireceği öngörülmüşken; İBK m. 653u/3 hükmünde sistem içerisinde yönetim kurulunun alacağı azaltım kararları sırasında, olağan sermaye azaltımındaki yukarıda

---

179 İBK m. 653s/4 uyarınca yönetim kuruluna sermayeyi azaltma yetkisi verilebilmesi için ortaklığın hesaplarının sınırlı denetiminden (*contrôle restreint* - İBK m. 727a) vazgeçilmemiş olması şarttır.

180 Sermaye dalgalanma marjı sisteminde, yönetim kurulunun sermayenin bilanço zararını kapatmak amacıyla azaltılmasına ya da sermayenin eş zamanlı azaltılması ve artırılmasına karar verdiği takdirde, genel kurul tarafından alınacak bu doğrultudaki sermayenin azaltılması kararlarında olduğu gibi alacaklıları korumaya yönelik bu hükümlerin uygulanmaması gerektiği yönünde bkz.: CANAPA Damiano, "Marge de fluctuation du capital (art. 653s ss nCO): de la sauvegarde de créanciers et des actionnaires, en particulier lors de l'acquisition par la SA de ses propres actions", **SZW/RSDA**, 3/2022, s. 234.

181 Madde 653w:

1 Genel kurul, dalgalanma marjının alt sınırını, ticaret sicilinde tescilli sermaye tutarının altında yalnızca aşağıdaki koşullarda belirleyebilir:

1. Sermaye dalgalanma marjı ortaklık kurulurken kararlaştırılmışsa veya

2. Alacaklılar, 653k maddesi uyarınca alacak taleplerini sunmaya davet edildiyse ve 653m maddesinde atıfta bulunulan doğrulama belgesi (*attestation de vérification*) düzenlendiyse.

2 Yönetim kurulu pay sermayesini dalgalanma marjı sınırları içinde azalttığında alacaklılara çağrı ve doğrulama belgesi gerekli değildir.

3 Yönetim kurulu, alacakların icrasını tehlikeye atmadıkça sermaye dalgalanma marjı dahilinde sermayeyi azaltabilir.

182 Tasarıda önerilen 653u ve 653w hükümleri için bkz.: FF 2017 639-640.

183 Sistemin kabulü sırasında, sermaye azaltımı sırasında ve sermaye azaltımı sonrasında alacaklıların korunmasına yönelik tedbirlerin düzenlendiği yasalaşmayan 653w ve 653x hükümlerine ilişkin değerlendirmeler için bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 87-93.

Tasarı taslağında bulunan fakat tasarıda yer almayan 653x hükmü için bkz.: Tasarı taslağı, s. 16.

184 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 41-42.

zikredilen hususların kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu atıf dolayısıyla uygulanacak İBK m. 653k hükmü uyarınca, sermaye azaltımı öngörülüyorsa yönetim kurulunun alacaklılara çağrı yapması aranmıştır. Böylelikle, tasarıda sisteme geçişte genel kurul kararı aşamasına ilişkin aranan ama sistem içinde yönetim kurulu kararıyla yapılacak azaltımlarda aranmayacak alacaklılara çağrı prosedürü yerine sisteme geçişte değil, yönetim kurulunun azaltım kararlarında alacaklılara çağrı yapılmasını öngören bir sisteme geçilmesi, İsviçre yasa koyucusu tarafından uygun bulunmuştur[185].

Her bir artırım veya azaltım kararı ardından yönetim kurulunun gerekli düzenlemeleri yayınlaması ve anasözleşmeyi değiştirmesi gerektiği[186]; ayrıca değişiklik ve tespitlerin resmi şekilde (*forme authentique*) yerine getirileceği İBK m. 653u/4'te belirtilmektedir[187]. Diğer tüm hallerde olağan sermaye artırımı, şarta bağlı sermaye artırımı ve sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı da İBK m. 653u/5 hükmünde öngörülmüştür. Bu bağlamda, anasözleşme değişikliğinin ticaret siciline tescili (İBK m. 647) gerekir ve tescili için başvuru kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içerisinde yapılmadığı (kıyasen İBK m. 650/3 ve İBK m. 653j/4) takdirde ilgili karar geçersiz olur[188].

Yönetim kuruluna yetki verilen süre içerisinde genel kurulun ortaklığın sermayesinde sermayenin artırılması veya azaltılması yoluyla değişiklik yapma yetkisini koruduğu kabul edilmiştir[189]. İBK m. 653v/1 uyarınca yöne-

---

185 Alacaklıların korunması bakımından yasa koyucunun bu tercihinin daha yerinde olduğu yönünde bkz.: **CANAPA**, s. 234.

186 Yönetim kurulunun İBK m. 653u1/1 uyarınca aldığı sermaye değişikliği kararının hukuki niteliği itibarıyla bir anasözleşme değişikliği olduğu yönünde ve bunun sonuçları hakkında bkz.: **CENKCİ**, Öneri, s. 86; yönetim kurulunun yetki süresinin dolması halinde anasözleşmenin uyarlanması hakkında bkz.: yukarıda d.n. 178. Türk hukukunda kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun alacağı artırım kararının anasözleşme değişikliği niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışma ve konunun değerlendirilmesi için bkz.: BAHTİYAR Mehmet, "Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin İki Sorunun Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 3, 2022, s. 90-97.

187 Ayrıca bkz.: **ROUILLER ve diğ.**, SA 2022, s. 229-230, N. 270k-270l.

188 Hükmün tasarı aşamasındaki sistematiği için bkz.: FF 2017 639-640. Bkz. ve karş.: **CENKCİ**, Öneri, s. 86.

189 Türk hukukunda kayıtlı sermaye sisteminde genel kurulun sermaye artırım yetkisini kullanabileceği yönünde bkz.: TEKİNALP Ünal, "Sermayeyi Artırmada 'Çift Usulün' Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu", **BATİDER**, C. XVIII, S. 4, 1996, s. 6-7; CENKCİ Esra, **Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 191-192. Kayıtlı sermaye sistemindeki bir anonim ortaklıkta, yönetim kurulunun yetkisi devam ederken, genel kurulun sermaye artırımı kararı alamayacağı yönünde bkz.: MANAVGAT

tim kuruluna yetki verilen süre içerisinde genel kurul sermaye artırımı veya azaltımı ya da sermayenin belirlendiği para biriminin değiştirilmesi kararı aldığı takdirde yönetim kuruluna verilen yetki hükümsüz hale gelecek[190] ve anasözleşmenin bu doğrultuda uyarlanması gerekecektir.

İBK m. 653v/2'ye göre genel kurul tarafından şarta bağlı sermaye oluşturulmasına karar verilmesi halinde, artan sermaye miktarına göre dalgalanma marjının alt ve üst sınırları da artacaktır. Bunun yerine genel kurul, mevcut dalgalanma marjı sınırları içinde, sonradan yönetim kuruluna şarta bağlı sermaye ile sermaye artırımı yetkisi verilmesine de karar verebilir[191].

SONUÇ

İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda pay ve sermayeye ilişkin yapılan değişiklik ve getirilen yeniliklerin amacı, ortaklığın kuruluşunu yalınlaştırmak ve finansal durumunu korumaya ya da güçlendirmeye yönelik hukuki araçları esnekleştirmektir. Bu amaç doğrultusunda hareket eden İsviçre yasa koyucusu, öğretide ve yargı kararlarında tartışmalı olan hususlar hakkında bir hukuk politikası tercihinde bulunarak bu hususları kodifiye etmek suretiyle bunlara dair iradesini ortaya koymuştur. Bununla birlikte yasalaşan hususlar, yalnızca yasada boşluk olduğu veya yasa farklı yorumlandığı için uygulanması tartışmalı hususlarla sınırlı değildir. Yasada karşılığı olmamakla birlikte uzun yıllardır İsviçre'de uygulaması bulunan yerleşik bazı hususlar da yasaya eklenerek hukuki belirlilik sağlanmıştır. Son olarak, bazı "yeni" kurumlar, İsviçre hukukuna getirilmiştir.

Mehaz yasada yapılan değişikliklerin ve yürürlüğe yeni giren düzenlemeler ile bu değişiklik ve düzenlemelere ilişkin İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşlerin, şüphesiz yakın gelecekte Türk anonim ortaklıklar hukuku üzerinde etkisi olacaktır.

Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C. XXIX, S. 1, 2013, s. 56-57; kayıtlı sermaye sisteminden çıkmadan veya çıkarılmadan genel kurulun sermaye artırımı kararı alamayacağı yönünde bkz.: TÜRKOĞLU UTKU Ferah, **Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 86-87. Kayıtlı sermaye sisteminde, artırım kararına ilişkin ayrıca bkz.: **BAHTİYAR**, Kayıtlı Sermaye, s. 100, s. 106, d.n. 28, s. 150, d.n. 184, s. 153, 168, 169-170, 185.

190 Bunun hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla düzenlendiği yönünde bkz.: FF 2017 465.

191 Tasarıda olmayan bu fıkra, Ulusal Konsey'in önerisiyle eklenmiş gözükmektedir. Tasarı için bkz.: FF 2017 650. Ulusal Konsey'in önerisi için bkz.: 19 Haziran 2019 tarihli Devletler Konseyi Kararı, s. 41-42.

KISALTMALAR CETVELİ

AB : Avrupa Birliği

ATF : Arrêt du Tribunal Fédéral

b. : Bent

bkz. : Bakınız

BFÜK : Borsaya Kote Ortaklıklarda Fahiş Ücretlendirmeye Karşı Kararnamenin (Fransızcası için bkz. ORAb)

C. : Cilt

d.n. : Dipnot

ed. : Editör(ler)

f. : Fıkra

FF : Feuille Fédérale

GesKR : Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

İBK : İsviçre Borçlar Kanunu

İTRG : İsviçre Ticaret Resmî Gazetesi

JdT : Journal des Tribunaux

m. : Madde

karş. : Karşılaştırınız

N. : Numara

ODİTr : Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants

ORAb : Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse

ORC : Ordonnance sur le registre du commerce

REPRAX : Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht / Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique

RO : Recueil Officiel

RS : Recueil Systématique

S. : Sayı

SZW/RSDA : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht / Revue suisse de droit des affaires et du marché financier

SJZ/RSJ **:** Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence

TREX **:** L'expert Fiduciaire - Der Treuhandexperte

TSK **:** Ticaret Sicil Kararnamesi (Fransızca karşılığı için bkz. ORC)

TSY **:** Ticaret Sicil Yönetmeliği

TTK **:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TTSG **:** Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi

s. **:** Sayfa

v.d. **:** ve devamı

ve diğ. **:** ve diğerleri

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 1, 2014, ss. 1-48.

AKIN Murat Yusuf, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

ALTAY Sıtkı Anlam, "Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklıkları", **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu**, ed.: Prof. Dr. Korkut Özkorkut, BTHAE, Ankara, 2017, ss. 197-230.

AUS DER AU Roman, "La libération par compensation selon le droit revise de la société anonyme", **TREX**, 1/2022, ss. 48-51.

BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996. (Anılış: Kayıtlı Sermaye)

BAHTİYAR Mehmet, "Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin İki Sorunun Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 3, 2022, ss. 83-100.

BALABAN Branko / METZGER Markus, "Les aspects fiscaux du nouveau droit de la société anonyme", **TREX**, 2/2021, ss. 96-99.

BEKTAŞ İbrahim, **Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri**, BTHAE, Ankara, 2023.

BÉNÉDICT Jérôme / JAQUIER Jérôme, "Les Actionnaires Face aux Risques et aux Conséquences d'Une Dilution de Leurs Droits en Cas d'Augmentation de Capital", **Aspects Actuels du Droit de la Société Anonyme - Travaux Réunis pour le 20ème Anniversaire du CEDIDAC**, ed.: François Dessemontet ve diğ., CEDIDAC, Lozan, 2005, ss. 151-189.

BİÇER Levent, **Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

BLANC Mathieu / DEMIERRE Rafaella, "Nouveautés du futur droit de la société anonyme", **Not@lex**, 2021, ss. 133-147.

BOYER Dominique / RUBIDO Jose-Miguel / VALINCIUTE FAIVRE Vilma, "Bon de participation ou de jouissance: questions choisies en matière commerciale", **REPRAX**, 4/2019, ss. 132-160.

BOZKURT Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung-**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

CANAPA Damiano, "Marge de fluctuation du capital (art. 653s ss nCO): de la sauvegarde de créanciers et des actionnaires, en particulier lors de l'acquisition par la SA de ses propres actions", **SZW/RSDA**, 3/2022, ss. 229-240.

CENKCİ Esra, **Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

CENKCİ Esra, "Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı", **TBB Dergisi**, Y. 29, S. 122, 2016, ss. 315-336.

CENKCİ Esra, "Türk Hukukunda Sermaye Değişikliğinin Kolaylaştırılması İçin Bir Öneri", **BATİDER**, C. XXXIII, S. 2, 2017, ss. 69-119. (Anılış Öneri)

ÇAĞLAR Hayrettin, **Anonim Şirketlerde Sermayenin Azaltılması,** 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. (Anılış: Sermayenin Azaltılması)

ÇAĞLAR Hayrettin, "Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi (Kapitalband) İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Yeni Bir Müessese", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 353-370. (Anılış: Kapitalband)

DEMİR Koray, **Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ERDEM H. Ercüment, "İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı", **Hukuk Postası 2015**, ed.: Prof. Dr. H. Ercüment Erdem, 1. Baskı, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2016. (Anılış: Kanun Taslağı)

ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

FACINCANI Nicolas / SUTTER Reto, "Les points forts du projet de révision du droit de la SA", **TREX**, 1/2018, ss. 46-50.

FERRAN Eilis / HO Look Chan, **Principles of Corporate Finance Law**, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.

FRANKO Nisim, "Sermaye Piyasası Kanununun Yeni Bir Müessesesi Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklığı", **BATİDER**, C. XIII, S. 2, 1985, ss. 17-45.

GERICKE Dieter / MADANI Daniel, "La marge de fluctation du capital (art. 653s-653v P-CO)", **SJZ/RSJ**, C. CXVII, S. 15, 2021, ss. 739-752.

GÖKDEMİR TAMER Tülay, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

GÖRMEZ Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017. (Anılış: Rüçhan Hakkı)

HÄNNİ Lino: "Le principe de l'exercice mesuré des droits - Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_531/2017 du 20 février 2018", **GesKR**, 3/2018, ss. 390-394.

HEINZMANN Michel, "Art. 732", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 1339-1345.

HEINZMANN Michel, "Art. 734", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 1348-1353.

HIRSCH Alain, "Note", **JdT I**, 1973, ss. 631-634.

HORISBERGER Loïc, "La suppression des règles sur la reprise de biens sans allégement des règles sur les apports en nature - une incohérence?", **REPRAX**, 4/2017, ss. 183-197.

İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KARAMANLIOĞLU Argun, Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunmasına Yönelik Önlemler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

KAYA Mustafa İsmail, **Şartlı Sermaye Artırımı**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

KIRCA İsmail, "Halka Açık Olmayan Anonim Şirketler ile Limited Şirketlerin Paylarını Gerçek Değerinden İhraç Etmeleri Zorunlu Mudur?", **BATİDER**, C. XXXVI, S. 1, 2020, ss. 5-28.

LOMBARDINI Carlo, "Art. 620", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 315-324.

LOMBARDINI Carlo, "Art. 622", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 326-332. (Anılış: Art. 622)

LOMBARDINI Carlo, "Art. 626", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 338-345.

LOMBARDINI Carlo / CLEMETSON Caroline, "Art. 623", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 332-334.

LOMBARDINI Carlo / CLEMETSON Caroline, "Art. 634a", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 370-373.

MALHERBE Jacques / DE CORDT Yves / LAMBRECHT Philippe / MALHERBE Philippe / CULOT Henri, **Droit des Sociétés**, 5. Baskı, Larcier, Brüksel, 2020.

MANAVGAT Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **BATİDER**, C. XXIX, S. 1, 2013, ss. 45-78.

MONTAVON Pascal / JABBOUR Ivan, "La révision du droit de la SA complétée des modifications du droit des Sàrl et SCoo au 1er janvier 2023", **TREX**, 1S/2023, ss. 18-30.

MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

NOMER ERTAN Füsun, "6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermaye Yatırım Ortaklığı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 131-143.

NOMER ERTAN Füsun, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Fesih Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss. 421-440.

ÖZDİN Funda, "Sermaye Artırımında Sermayenin 'Takas' Suretiyle Sağlanması İşleminin Hukuki Niteliği ve Takas Konusu Alacağın 'Değerlendirilmesi' Meselesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 18, S. 208, 2020, ss. 1573-1637.

ÖZER Işık, "Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, ss. 369-399.

PETER Henry / CAVADINI Francesca, "Art. 714", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 1073-1076.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

RINGE Wolf-Georg, **The Destruction of Equity -Activist Shareholders, Decoupled Risk, and Corporate Governance-**, 1st edition, Oxford University Press, Oxford, 2016.

ROUILLER Nicolas / BAUEN Marc / BERNET Robert / LASSERE ROUILLER Colette, **La Société Anonyme Suisse**, 2. Baskı, Schulthess Editions, Zürih, 2017. (Anılış: SA 2017)

ROUILLER Nicolas / BAUEN Marc / BERNET Robert / LASERRE ROUILLER Colette, **La Société Anonyme Suisse**, 3. Baskı, Schulthess Editions, Zürih, 2022. (Anılış: SA 2022)

SARAÇ Tahir, **Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı**, Asil Yayınları, Ankara, 2009.

STOFFEL Walter A., "Droits des actionnaires dans les procédures de financement des sociétés", **La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires**, ed.: Gaétan Bohrer, CEDIDAC, Lozan, 2001, ss. 1-35.

ŞAHİN Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

TEKİNALP Ünal, "Katılma İntifa Senetleri ('Partizipationsschein')", **BATİDER**, C. VI, S. 2, 1971, ss. 297-312.

TEKİNALP Ünal, "Sermayeyi Artırmada 'Çift Usulün' Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu", **BATİDER**, C. XVIII, S. 4, 1996, ss. 3-7.

TEOMAN Ömer, "İsviçre Federal Mahkemesinin Anonim Ortaklıklara İlişkin 3 Nisan 1973 Tarihli Kararı - (BGE 99 II 55 i.s.) - [Genel Kurul Kararlarının İptali - Sermaye Artırımı - Yeni Pay Alma Hakkı - Eşitlik İlkesi - Hakkın Kötüye Kullanılması]", **İktisat ve Maliye**, C. XX, S. 9, 1973, ss. 342-350.

TEOMAN Ömer, "İsviçre Federal Mahkemesinin Anonim Ortaklıklara İlişkin 22 Eylül 1976 tarihli Kararı (BGE 102 II 265) - (Sermaye Artırımı ve Pay Sahiplerinin Eşitliği ilkesi - Genel Kurul Kararlarının İptali)", **İktisat ve Maliye**, C. XXIV, S. 4, 1978, ss. 176-179.

TEOMAN Ömer, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul Üniversitesi Kitabevi, İstanbul, 1978.

TEOMAN Ömer, "Anonim Ortaklıklar Hukukunda Payın Birim (İtibari=Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanılmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi", **Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 79-92.

TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasası Kurulunun Tebliğine Göre Katılma İntifa Senetleri", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 575-588.

TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasasının Bir Aracı Olarak Katılma İntifa Senetleri", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 1117-1120.

TEOMAN Ömer, "Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Değer: KİS", **Tüm Makalelerim Cilt I-II (1971-2001)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 1125-128.

THÉVENOZ Luc / EINGENMANN Antoine, "Introduction à la Loi fédérale sur les titres intermédiés", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 3485-3544.

TERCIER Pierre / LEVRAT Jérôme, "Introduction générale au droit commerciale suisse" **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 1-53.

TRINDADE Rita Trigo, "Art. 656a", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 520-525.

TÜRKOĞLU UTKU Ferah, **Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

URBEN Luca, **La Rémunaration des Dirigeants en Droit Suisse de la Société**, CEDIDAC, Lozan, 2015.

UZEL Necdet, **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

VULLIÉTY Jean-Paul, "Art. 552", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 127-146. (Anılış: Art. 552)

VULLIÉTY Jean-Paul, "Art. 594", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 259-271. (Anılış: Art. 594)

WILHELM Christophe / VARRIN Océane, **L'« exercice mesuré des droits » et l'abus de majorité en droit suisse de la société anonyme**, Schulthess Editions, Zürih, 2022.

YÜCE Aydın Alber, "İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Revizyon Tasarısının Şirket Sermayesi ve Paylar Bakımından Getirdiği Bazı Yenilikler", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2017, ss. 55-79. (Anılış: Revizyon Tasarısı)

YÜCE Aydın Alber, **Anonim Şirketlerde Sermaye Borcunun Takas Yoluyla Ödenmesi "Şirket Borçlarının Şirket Sermayesine Dönüştürülmesi"**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 650", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 402-412.

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 652b", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 427-440. (Anılış: Art. 652b)

ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle / URBEN Luca, "Art. 653", **Commentaire Romand - Code des Obligations II**, ed.: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Rita Trigo Trindade, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, ss. 469-475. (Anılış: Art. 653)

Çevrimiçi Kaynaklar

BAYSAL Başak, **Haksız Fiil Hukukunun İklim Zararlarının Tazminindeki Gücü Üzerine Bir Deneme**, KHAS Hukuk Bülteni, 25 Kasım 2022, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/102.

ERDEM H. Ercüment, **İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslağı**, https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/isvicre-sirketler-hukukuna-iliskin-kanun-taslagi.

GÖRMEZ Onur, **Fransız Hukukunda Ortaklık Çıkarı ile Toplumsal ve Çevresel Çıkarların Kesişimi Üzerine Kısa Bir İnceleme**, KHAS Hukuk Bülteni, 2 Aralık 2022, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/103.

PIETRANCOSTA Alain, **Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives**, ECGI-Law Working Paper No. 639/2022, October 2022, s. 1-69, https://ssrn.com/abstract=4083398.

İnternet Kaynakları

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64622.html>.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14/vorentw-f.pdf.download.pdf/vorentw-f.pdf>.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf>.

<https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2014/2014-11-28.html>.

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-80358.html>.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/entw-f.pdf.download.pdf/entw-f.pdf>.

<https://www.bj.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/news/2005/2005-12-051.html>.

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>.

<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision/vn-ber-f.pdf.download.pdf/vn-ber-f.pdf>.

<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43617>.

<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-33%20F.pdf>.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>.

<www.swisslex.ch>.