Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2024/1

TÜBİTAK ULAKBİM Hakemli Dergi
EBSCOhost

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 106
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 84

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. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Hüsniye Asena ÇOLAK

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

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. Gülsevil ALPAGUT

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

Prof. Dr. E. Murat ENGİN

Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Prof. Dr. Burak HUYSAL

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Prof. Dr. Pınar KARTAL

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Turgut ÖZ

Prof. Dr. Ceren Zeynep PİRİM

Prof. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR

Prof. Dr. Çağla TANSUĞ

Prof. Dr. Ahmet YAYLA

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doç. Dr. Özge AKSOYLU ÜRGER

Doç. Dr. Taylan BARIN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Doç. Dr. Serkan KÖYBAŞI
Doç. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN
Doç. Dr. Berke ÖZENÇ
Doç. Dr. Cenk Yaşar ŞAHİN
Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan ALTUNÇ
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi İhsan Gülçin Pelin IŞINTAN
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN
Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN
Öğr. Gör. Dr. Evrim DURMAZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2024 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

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Ali Hakan EVİK** **3**

BİLGİ BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

THE CRIME OF INFORMATION BASED MARKETING FRAUD

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Aydın ATILGAN**..... **65**

ANAYASAYI SİSTEMİK PERSPEKTİFTEN OKUMAK:
LUHMANN'DA YAPISAL BAĞLANTILAR VE PARADOKSLAR

*READING CONSTITUTIONS THROUGH THE SYSTEMIC PERSPECTIVE:
STRUCTURAL COUPLINGS AND PARADOXES IN LUHMANN'S WORK*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Hulüsi Alphan DİNÇKOL**..... **99**

BELEDİYENİN İMAR PLANLAMA FAALİYETİNDE KATILIM İLKESİ

THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION IN THE MUNICIPALITY'S ZONING PLANNING ACTIVITY

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Nergiz EMİR** **159**

VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE
ANDLAŞMA YÜRÜRLÜĞE GİRMEDEN ÖNCE KONU VE AMACINI
ORTADAN KALDIRMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*OBLIGATION NOT TO DEFEAT THE OBJECT AND PURPOSE OF A TREATY
PRIOR TO ITS ENTRY INTO FORCE WITHIN THE FRAMEWORK VIENNA
CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Muhammed GÖÇGÜN**..... **183**

GERİYE YÜRÜMEZLİK İLKESİ BAKIMINDAN OLAĞAN DIŞI BULGUYA
RASTLANMASI NEDENİYLE ÖSYM TARAFINDAN SINAVIN GEÇERSİZ SAYILMASI

IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY INVALIDATION OF THE EXAM BY OSYM DUE TO UNUSUAL FINDINGS

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Cihan YÜZBAŞIOĞLU**..... **231**

REKABET HUKUKUNDA UZLAŞMA USULÜ, KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE
ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

SETTLEMENT PROCEDURE IN COMPETITION LAW, ENCOUNTERED PROBLEMS AND SOLUTIONS

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. Dr. **Uğur KAYNAKÇIOĞLU** **285**

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DÖNEMİNDEKİ ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE YER ALAN SALDIRI VE SALDIRMA SÖZCÜKLERİ VE KAVRAMLARI ÜZERİNE BİR ANALİZ

AN ANALYSIS ON THE WORDS AND CONCEPTS OF AGGRESSION AND ATTACK IN INTERNATIONAL LAW DOCUMENTS IN THE UNITED NATIONS PERIOD

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. **Osman Can SERTTAŞ** **333**

ABD ANAYASASI'NIN 25. DEĞİŞİKLİĞİ (25TH AMENDMENT): BAŞKANLIK SİSTEMİNİN SAKINCALARINI AŞMA ÇABALARI

THE 25TH AMENDMENT TO THE US CONSTITUTION: EFFORTS TO OVERCOME THE PERILS OF THE PRESIDENTIAL SYSTEM

Araştırma Makalesi

Arif Doğuhan ERKİN **363**

ANTROPOSENTRİK DÜŞÜNCE, DOĞA VE İKLİM: ÇEVRE HAKKINDAN DOĞA ANANIN HAKLARINA

ANTHROPOCENTRIC VIEW, NATURE AND CLIMATE: FROM ENVIRONMENTAL RIGHTS TO THE RIGHTS OF MOTHER NATURE

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **K. Berk KAPANCI** **413**

ŞİRKET BİRLEŞME-DEVRALMA SÜREÇLERİ ÖZELİNDE VARLIK GÖSTEREN "*BREAK-UP FEE*" KLOZLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

REMARKS ON THE LEGAL NATURE OF BREAK-UP FEE CLAUSES USED IN MERGERS AND ACQUISITONS' PROCESSES

Araştırma Makalesi

Dr.Öğr. Üyesi **Ayşe Ledün AKDENİZ** **439**

İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNDE "OTUZ İŞÇİ" EŞİĞİ

THRESHOLD OF "THIRTY EMPLOYEES" IN THE JOB SECURITY SYSTEM

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Kübra DEMİR** **481**

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ UYGULANMASINDA İFA EDİLEBİLİRLİK ÖLÇÜTÜ

THE FACTOR OF PERFORMANCE ABILITY IN THE RETROSPECTIVE IMPLEMENTATION IN COLLECTIVE LABOR AGREEMENT

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. **Mehmet Mert ÖZYILDIRIM -** Arş. Gör. **Damla KAYNAR.....529**

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ROMA HUKUKUNDAKİ İZLERİ

TRACES OF CULPA IN CONTRAHENDO LIABILITY IN ROMAN LAW

Araştırma Makalesi

Ali Suphi KURŞUN 569

İFANIN YANMASI KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF FORFEITURE CLAUSES

ÇEVİRİ

Çeviri

Çeviren: Arş. Gör. Dr. **Burak TAŞ.....613**

ELEKTRONİK DOLANDIRICILIK SUÇUNDA TASARRUF HAKKI TEORİSİ HAKKINDA BİR AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI: CİMİNELLİ/BİRLEŞİK DEVLETLER

A DESICION OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA REGARDING THE RIGHT TO CONTROL THEORY IN WIRE FRAUD: CIMINELLI V. UNITED STATES

MAKALE

Makale

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ 631**

ADALETİN GİYSİSİ CÜBBE

THE GARMENT OF JUSTICE: THE ROBE

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 3-63

BİLGİ BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU(*)

Prof. 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 bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturmaktadır. Suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Suçun mağduru yönünden Kanun'da özel bir belirleme yoktur. Mağdur madde kapsamındaki somut veya olası zarar ile karşı karşıya kalan toplum ve onu oluşturan tüm bireyler ile suçtan doğrudan zarar gören belirli şahıslardır. Suçun hareket unsuru, sermaye piyasası araçlarına yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak ve bu suretle menfaat sağlamaktır. Bu suç, ancak belirli (özel) bir amaçla işlenebilen suçlar arasında yer almaktadır. Kanunda suçu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. Yine Kanunda, teşebbüs, iştirak ve içtima açısından herhangi bir özel düzenleme bulunmadığından, genel kurallar geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası, Suç, Borsa Suçu, Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçları, Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 07.06.2024.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kocaeli - Türkiye,
E-posta: alihakan.evik@kocaeli.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-0032-7754.

THE CRIME OF INFORMATION 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. The subject of this study is information based marketing fraud crime. The perpetrator of the crime can be anyone. There is no specific designation in the Code regarding the victim of the crime. The victim is the society with all individuals who are faced with present or potential damage within the scope of the article, and also specifically a person who are directly damaged by the crime. The behavior of the crime is to give false, wrong or deceptive information, tell rumors, give notices, make comments or prepare reports or distribute them in order to affect the prices of capital market instruments and thereby providing financial benefits. 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 (Manipulation) Cirimes, Information 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 suçlar yer almaktadır. ESerPK'nun genel gerekçesinde; *manipülatif faaliyetler*, SerPK'da ise *piyasa dolandırıcılığı* olarak ifade edilen bu nitelikteki fiiller; SerPK'nun 107'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında farklı birer suç tipi şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmanın konusunu bunlardan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturmaktadır.[3]

SerPK'nun 106'ncı ve 107/1'inci maddelerinde düzenlenen suçlara yönelik önceki çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere[4] sermaye piyasasında önemli olan, borsada işlem yapan tüm tasarruf sahiplerinin, doğru bilgi almaları ile eşit düzeyde yararlanabilmelerinin sağlanmasıdır. İnceleyeceğimiz bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da bunların sağlanması ve sermaye piyasası kurumlarının denetim ve kontrolü sayesinde, tasarruf sahipleri arasındaki eşitliği bozucu hareket ve fiillerin önlenmesi amacını taşımaktadır.

Devletin sermaye piyasasına yönelik beklentilerinin başında birikimlerini borsada değerlendirmek isteyen yatırımcıların sermaye piyasasında daha yaygın ve etkin biçimde faaliyette bulunmalarının sağlanması gelmektedir. Gerek bunu gerek mevzuat ile koruma altına alınan hak ve yararların gözetilmesini sağlayacak güvenli ve verimli bir piyasada işlem yapacak yatırımcıların bu işlemlerden eşit şekilde yararlanılmasını temin için kanun koyucunun yaptığı en önemli şey, mülga kanunda olduğu üzere 6362 sayılı SerPK'da da piyasada dolandırıcılığı gibi borsa suçlarına yer vermiş olmasıdır.

---

1 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete.

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 (Bkz): http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1 (Erişim Tarihi: 10.09.2023).

3 İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik çalışmamız için bakınız: EVİK Ali Hakan, "İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2023a, Beta, İstanbul, ss. 89-168.

4 EVİK Ali Hakan, "Bilgi Suiistimali Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2019, ss. 163-214, Beta, İstanbul, 163 vd.; EVİK, 2023a, s. 91.

Uluslararası literatürde genellikle *manipülasyon* olarak adlandırılan bu suç tipi, Sermaye Piyasası Hukuku dalı bağlamında ortaya çıkan borsa suçlarının birer çeşidini oluşturmaktadır.[5] SerPK'nun genel gerekçesi incelendiğinde, aralarında 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 ve ulaşılabilen Yargıtay içtihatlarına da değinilmek suretiyle ceza özel hukukunda benimsenen suç inceleme metodu çerçevesinde, yeri geldiğinde aralarında bağlantı olduğu için işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik çalışmamıza da değinilerek incelenecektir.

I. GENEL OLARAK

A. Suçla Bağlantılı Terim ve Kavramlar

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun unsurlarına, ayrıntılarına değinmeden önce, suçla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz bazı terim ve kavramları, bunların kapsam ve içerikleri ile işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu arasındaki benzer ve farklı yanlarını açıklayacağız.

1. Manipülasyon-Piyasa Dolandırıcılığı-Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı

Fransızca kökenli bir terim olarak manipülasyon sözlükte, "*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 kont-*

---

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

[6] https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/sermaye-piyasasi-kanunu-2499, (Erişim Tarihi: 05.11.2023).

rol etme, hile karıştırma, beceri ve ustalıkla idare etme"[7] olarak, mecazi olarak da "*bir işe parmak sokma, karıştırma, bir şeyi manevralarla istenilen amaca yönlendirme, dalavere yapma*"[8] şeklinde tanımlanmaktadır.

Yabancı ülke mevzuat, öğreti ve uygulamasında kullanılan "*market manipulation*[9]=piyasa manipülasyonu veya *market abuse*[10]=piyasa suiistimalleri", Türk öğretisi[11] ve mevzuatında[12] kullanılan manipülasyon terimi hukuk sözlüğünde de yukarıdakilere benzer şekilde kısaca; "*oyun, entrika, hile, dalavere, hokkabazlık*"[13] olarak ifade edilmektedir.

Kavram olarak da "*yapay (suni) işlemle pazarı etkilemek*",[14] "*akılcı veya hileli yollardan hisse senetleri fiyatlarını kontrol etmek*",[15] "*yıkama satış yöntemi veya uydurma emirlerle menkul değerlerin fiyatlarının artmasına ya da düşmesine sebep olmak*",[16] "*ajiotaj, borsada hile, alım-satım yaparak piyasanın daha canlı görünmesini sağlayarak fiyatları etkilemek*",[17] "*piyasa canlılığı havasını yaratmak, diğerlerini ticarete teşvik etmek ve piyasayı*

---

7 **WeBasıter's New World College Dictionary**, 3. Bası., Completely Updated, USA, Macmillan, 1997, s. 823; **Longman Dictionary of Contemporary English: The Living Dictionary**, Yeni Bası., Italy, Longman, 2003, s. 1000; **Macmillan English Dictionary (For Advanced Learners)**, Malaysia, 2002, s. 870; **Longman Active Study Dictionary**, Spain, Longman, 2000, s. 403; **English-Turkish Modern Business World Dictionary**, İstanbul, Cem, 1994, s. 557; PÜSKÜLLÜOĞLU Ali, **Türkçedeki Yabancı Sözcükler Sözlüğü**, 2. Bası., Ankara, Arkadaş, 2001, s. 294.

8 English-Turkish Modern, s. 557; PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 294.

9 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; WOOD Philip R., **International Loans, Bonds and Securities Regulation**, Sweet&Maxwell, London, 1995, s. 347.

10 RATNER / HAZEN, s. 434; BLOOMENTHAL / OWEN, 1998, s. 25.

11 TEZCANLI M. Varış, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar**, İMKB Yayınları, İstanbul, 1996, s. 57; YALVAÇ Faruk, **Bankacılık Terimleri Sözlüğü**, 3. Bası, Ekonomik Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 1996, s. 339; YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, Bilgi, İstanbul, 1990, s. 39; YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 1996, s. 518.

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

13 YILMAZ, s. 518.

14 YILDIRIM, s. 39.

15 **Macmillan English Dictionary (For Advanced Learners)**, s. 870.

16 **WeBasıter's New World College Dictionary**, s. 823.

17 English-Turkish Modern, s. 557.

etkilemek amacıyla yapay olarak menkul kıymet alım ve satımı yapmak"[18] anlamlarında kullanılmaktadır.

Ayrıca, sermaye piyasasında işlem gören hisse senetlerine ilişkin bilinçli olarak yönlendirici bir izlenim uyandırmak veya yanıltıcı piyasa yaratmak (borsalarda yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde yanlış, yanıltıcı veya yetersiz öngörü ve açıklamalarda bulunmak suretiyle hisse senedi fiyatlarının yönünü değiştirmek) amacıyla yapılan işlemlerin[19] manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) kapsamında olduğu da belirtilmektedir.

Mülga SerPK'nun genel gerekçesinde *manipülatif faaliyetler*[20] olarak ifade edilen bu nitelikteki fiiller, doktrinde de bazı yazarlarca genel bir üst kavram ve başlık olarak *manipülasyonlar*[21] şeklinde isimlendirilmekte ve genelde; "işleme (harekete) ve bilgiye dayalı manipülasyon"[22] şeklinde sınıflandırılmaktaydı. Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna, *yanıltıcı haber ve yayınlar*[23] diyenler olduğu gibi, *fiyatları etkilemek için yanlış bilgi suçu*[24] ya da *yanlış bilgi verilmesi suçu*[25] diyenler de bulunmaktaydı.

ESerPK döneminde kaleme aldığımız ve kitap olarak yayımladığımız doktora tezimizde, başlık 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.[26] Bu çalışmada ise kanun koyucunun SerPK'daki isimlendirmesi gereği üst başlık olarak piyasa dolandırıcılığı, alt başlık olarak da bilgi

---

18 YALVAÇ, s. 339.

19 TEZCANLI, s. 121.

20 https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/sermaye-piyasasi-kanunu-2499, (Erişim Tarihi: 05.11.2023).

21 KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1999, s. 178; TEZCANLI, s. 57.

22 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).

23 SUMER Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 3. Bası, Alfa, İstanbul, 2002, s. 163.

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

25 KARABABA Serdar, **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2001, s. 172.

26 EVİK, 2004, s. 75 vd.

bazlı piyasa dolandırıcılığı başlıklarını kullanmayı tercih etmekteyiz.[27] Bununla birlikte, piyasa dolandırıcılığı yerine hem yabancı ülke mevzuat ve öğretisinde hem de bizde yerleşmiş bir terim olmasından dolayı "piyasa dolandırıcılığı" yerine, başlık olarak genel gerekçe de bile bahsedilen "manipülasyon" terimi kullanılmış olsa daha yerinde olurdu diye düşünmekteyiz.[28]

2. Piyasa Bozucu Eylemler

SerPK'nun 104'üncü maddesinin başlığı Piyasa Bozucu Eylemler olup, madde şöyledir: "*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.*"

Görüldüğü üzere kanun koyucu burada, incelediğimiz bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da dâhil olmak üzere (kapsamda bilgi suiistimali suçu, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçları da yer almaktadır) esasında suç teşkil edebilecek birtakım eylemleri belirli şartlar uyarınca suç olarak değil, kabahat olarak düzenleme gereği duymuştur.[29]

Suç teşkil etmeyip de kabahat olarak değerlendirilecek bu eylemlerin nelerden ibaret olduğu, SPK'nın, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği[30] başlıklı Seri: VI No: 104.1 tebliğinde yer almaktadır. Tebliğ md.4'te 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.[31]

---

[27] 2004 yılında kitap olarak yayımladığımız doktora tezimizde, "*bu suçun aslında TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçunun özel bir çeşidi olduğunu*" (EVİK, 2004, s. 75 vd.) ifade etmiştik. Bu değerlendirmemizden ve manipülasyon teriminin yabancı kökenli olmasından hareketle, suçun yeni kanunda piyasa dolandırıcılığı şeklinde isimlendirilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur.

[28] Aynı eleştiri bizce, "içeriden öğrenenlerin ticareti" başlığı yerine, SerPK md 106'da kullanılan "bilgi suiistimali" başlığı için de geçerlidir.

[29] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EVİK Ali Hakan, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Piyasa Bozucu Eylemler" Başlıklı 104'üncü Maddesi Üzerine Düşünceler", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2023, Y. 18, S. 52, ss. 263-299, Seçkin, Ankara.

[30] 21.01.2014 tarih ve 28889 sayılı RG.

[31] Tebliğ md.8'de de piyasa bozucu eylem sayılmayan haller yer almaktadır. Madde şöyledir: "*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.*"

Bunlardan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuyla doğrudan ilgili olanlar şunlardan ibarettir:

"*(1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatları, değerleri veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte veya bunlara etki edebilecek piyasa göstergelerine ilişkin olarak yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, özel durum açıklaması yapılması, yorum yapılması veya rapor hazırlanması, bu fiilleri gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra ilgili sermaye piyasası aracında her türlü emir verilmesi ve/veya işlem yapılması halinde piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.*

(2) Birinci fıkrada belirtilen hususların yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğunu bilen yahut bilmesi gerekenler tarafından yayılması, bu fiili gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiilin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra ilgili sermaye piyasası aracında her türlü emir verilmesi ve/veya işlem yapılması halinde piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.

(3) Kurulun özel durumların açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri kapsamında açıklamakla yükümlü olunan, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin açıklanmaması piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.

(4) Sermaye piyasası araçları hakkında gazete, televizyon, internet veya benzer nitelikte kitle iletişim araçları kullanarak yorum veya tavsiyede bulunduktan sonra, yorum veya tavsiyesini değiştirinceye kadar veya her halükârda 5 iş günü içerisinde, alım veya tut tavsiyesi verdiği halde satmak ya da satım tavsiyesi verdiği halde almak piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir."

Sayılan bu eylemler, suç teşkil etmemek kaydıyla kabahat olarak nitelendirilecek ve fail hakkında sadece idari para cezası uygulanacaktır. Konumuz bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu olup, sayılan bu eylemler çok fazla olduğundan, burada bunları tek tek açıklamak gereği duymamaktayız. Ancak, şunu ifade etmek isteriz ki, bu düzenleme özellikle suçta ve cezada yasallık ilkesi ile pek çok ilkeye (yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılamayacağı vs) aykırı bir düzenlemedir. Maddede, sayılan eylemler suç teşkil etmedikçe denilmektedir, ama acaba bunu kim ve nasıl tayin ve takdir edecektir? Bu tayin ve takdir bir keyfiliğe sebebiyet vermeyecek midir? Evet verecektir, çünkü bu konuda yetkili konumdaki SPK isterse failin

eylemi kabahattir deyip idari para cezasına hükmedecek, isterse de bu bir suçtur deyip Savcılığa yazılı başvuruda bulunacaktır.[32]

B. SerPK'daki Düzenleme

Piyasa dolandırıcılığı suçlarının düzenlendiği SerPK'nun 107'nci maddesi yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana 6637 sayılı Kanunla[33] 2015 yılında ve 7222 sayılı Kanunla[34] 2020 yılında yapılan değişikliklerle bugünkü halini almıştır. Maddenin 1'inci fıkrasında işlem bazlı, 2'nci fıkrasında ise inceleme konumuzu oluşturan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçları, 3'üncü fıkrasında da sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından geçerli özel bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yer aldığı 7222 sayılı Kanunla son şeklini alan SerPK 107'nci maddesinin 2'nci fıkrası şöyledir:

> "*Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.*"[35]

Kanundaki düzenlemeden ve yukarıdaki açıklamalarımızdan hareketle bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu, "yatırımlarını sermaye piyasasında değerlendiren tasarruf sahiplerinin kararlarını ve borsada işlem gören menkul kıymetlerin değerini/fiyatını etkilemek amacıyla kamuyu aydınlatma

---

[32] Bu sorunlara yönelik eleştiri, öneri ve değerlendirmelerimiz için bkz: EVİK, 2023b, ss. 263-299.

[33] 07.04.2015 tarih ve 29319 sayılı RG.

[34] 25.02.2020 tarih ve 31050 sayılı RG.

[35] Suçun düzenlendiği ESerPK md.47/A-3; "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan 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*" şeklindeydi. SerPK'nun genel gerekçesinde bu 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 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...*" denilmektedir.

ilkesi düzenlemelerine aykırı olarak gerçek olmayan bilgiler vermek, söylenti çıkarmak, haber veya yorum yapmak ya da bu yönde rapor hazırlamak veyahut da bunları yaymak şeklinde aldatıcı (manipülatif) hareketler yapmak suretiyle menfaat sağlamak" şeklinde tanımlamaktayız.

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.[36] 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/fiyatını etkileyen genel faktörler;[37] iktisadi konjonktür (piyasaya hâkim 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 kârlılık oranlarıdır.[38] 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 hareketlerle normal seyrinde işlemesi gereken bir piyasaya dışarıdan yapay bir şekilde müdahale edilerek (piyasa manipüle ederek) yatırımlarını sermaye piyasasında değerlendiren tasarruf sahiplerinin kararlarının ve borsada işlem gören menkul kıymetlerin değerinin/fiyatının etkilenmesini sağlayarak menfaat elde edilmek amaçlanmaktadır. Bu nedenle, SerPK'da yer alan ve incelemekte olduğumuz suç ile yatırımcı kararlarının ve sermaye piyasası araçlarının değerleri ile fiyatlarının ekonomik kurallar ve piyasa koşulları dışında yapay bir şekilde olumsuz olarak etkilenmesinin, aldatıcı bir görünüme bürünmesinin önüne geçilmek istenmektedir.[39]

---

[36] KARSLI Muharrem, **Sermaye Piyasası-Borsa-Menkul Kıymetler**, y.y., İstanbul, 1989, 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.

[37] 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.

[38] 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.

[39] 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.[40] 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 bilgiler vermek, söylenti çıkarmak, haber veya yorum yapmak ya da bu yönde rapor hazırlamak veyahut da bunları yaymak şeklindeki bilgi bazlı manipülatif faaliyetlerde bulunulmasının ceza yaptırımına bağlanması yoluna gidilmiştir.[41]

İşte incelemekte olduğumuz norm ile hem piyasanın etkinliğinin en iyi şekilde korunmaya hem de sermaye piyasası araçlarının değerine yönelik bilgi bazlı aldatıcı hareketlerin önüne geçilerek, yatırımcılar tarafından gerçekleştirilen işlemlerin şeffaflığı[42] garanti edilerek, piyasaya yönelik manipülatif hareketler kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır.[43]

Sermaye piyasası alanında, yukarıda bahsettiğimiz kontrolü sağlamak için gerek devletin müdahalesini gerekli bulan sistemleri benimseyen ülkeler tarafından yapılan kamusal müdahalelerin, gerekse bu sistemi benimsemeyen ülkelerin gerçekleştirdikleri kendi kendine denetim (öz denetim) veya bağımsız özel kurumlar aracılığıyla yaptıkları denetim amaçlı müdahalelerin esas gayesi; piyasada şeffaflığı sağlamak, bu alanda işlem yapan yatırımcılar aleyhine olarak, diğer bazı yatırımcılar lehine hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek bir sonucun doğmasının önlenmesidir. İşte bunu sağlamaya yönelik yöntemlerin başında da "kamuya açıklık" ilkesinin etkin biçimde uygulanması gelmektedir.[44]

---

[40] ALTINTAŞ Berra, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri**, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1988, s. 167.

[41] 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.

[42] Bkz: EVİK, 2004, s. 125.

[43] **Objectives and Principles of Securities Regulation**, s. 46.

[44] ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku: Ticari Ceza Hukuku**, C. VII, y.y., İstanbul, 1993, s. 134.

Kamuya açıklık ilkesinin bir gereği olarak, yatırımcıların yatırımlarını en doğru şekilde gerçekleştirebilmeleri amacıyla, sermaye piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin tüzel kişilik olarak bizatihi kendilerine ve bu şirketlerin borsa kotuna alınan hisselerine yönelik bilgilerin tüm açıklığıyla ortaya konulması gerekmektedir. Bunun layıkıyla yapılabilmesi için de sadece bu bilgilerin dolaşıma açılması yeterli olmayıp, yatırımcıların yararlanmasına sunulan bilgilerin aldatıcı nitelikte olmaması, bir başka deyişle doğru bilgiyi yansıtıyor olması da gerekmektedir. Ayrıca yine bu amacı gerçekleştirmek bakımından bu nitelikteki bilgilere ulaşmak isteyen yatırımcılara, bunlara erişmek, bunlardan gereği gibi yararlanmak bakımından eşit fırsatların tanınması da gerekmektedir. Bu sayede gerçekleştirilen şeffaf bir sermaye piyasası ile hem yatırımcıların aldatılmasının, yanılgıya düşürülmesinin önüne geçilmiş hem de bu konularda denetim fonksiyonunu yerine getiren organların görevlerini layıkıyla yapmaları sağlanmış olmaktadır.

Sermaye piyasalarına yönelik şeffaflık kavramı; bu alanda faaliyet gösteren kurumların hem faaliyet öncesini hem de sonrasını ifade etmekte (diğer bir deyişle süreklilik anlamına gelmekte) olup, amaç tam zamanlı ve eş zamanlı olarak kamuoyunun tam ve gerçek anlamda bilgilendirilmesidir. Böylelikle yatırımcıların kendi ilgi alanlarını tanımaları ve piyasadaki olası haksız rekabetin önlenmesi sağlanmış, manipülatif nitelikteki aldatıcı hareketler de azaltılmış olmaktadır. Ancak, tüm bunların sağlanması bakımından da kamuya açıklanması gereken özel hallerin yatırımcılara ve ilgililere ulaşması bakımından piyasa aktörlerinin de ellerinden gelenin en iyisini yapmaları gerekmektedir.[45]

Herhangi bir piyasanın bir bölümündeki bir malın fiyatı, o malın piyasasının diğer yarısındaki fiyatını da etkilemekte, böylelikle bir malın fiyatı piyasanın çeşitli kesimlerinde aynı olmaktadır. Bir piyasadaki fiyat farklılıklarının hızla ortadan kalkması halinde bu piyasalara tam rekabet piyasası denilmektedir. Böyle bir piyasanın gerçek ekonomik yaşamdan uzak olmasına rağmen, diğer piyasa koşullarını belirlemede yardımcı olması nedeniyle, yine de önemini koruduğundan,[46] bu amaca yönelik tam ve doğru bilgilenmenin sermaye piyasası alanında, ancak kamuyu aydınlatma ilkesi ile sağlanabileceğini düşünmekteyiz.

---

45 **And Principles of Securities Regulation**, s. 46.

46 İŞGÜDEN Tamer / Turanlı Rona, **Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, 2. Bası, İstanbul, Bilim ve Teknik, 1992, s. 348; ŞAHİN, s. 39.

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.[47] Bu şekilde güvenilir bir sermaye piyasasının oluşturulması sonucunda, birikimlerini çeşitli alanlarda değerlendirmek isteyen yatırımcıların iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın şekilde katılması sağlanmış, mali piyasa içerisinde yer alan sermaye piyasası sayesinde milli ekonomiye büyük bir katkı, destek gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, halkın yatırımlarını daha risksiz gördükleri alanlara nazaran (örneğin altın, döviz, faiz vs.) bu alana doğru yönlendirmek için de bir dizi tedbir almak gerekecektir. Bunların başında da "kamuya açıklık" ilkesinin en iyi şekilde uygulanmasının sağlanarak manipülatif nitelikteki işlem ve hareketlerin suç olarak düzenlenmesi gelmektedir. Bu itibarla, kamuyu aydınlatma ilkesi ile inceleme konumuzu oluşturan suç ile korunmak istenen hukuki değerlerin çok yakından ilgisi bulunmaktadır. Çünkü bizce ancak, bu ilkenin etkinliği sayesinde yukarıda anlatılanlar çerçevesinde sermaye piyasasına yönelik güven tesis edilebilir.

Yapılan bu değerlendirmelerden hareketle incelediğimiz suç ile birden fazla hukuki değerin korunmak istendiğini, bunların; kamuyu aydınlatma ilkesinin tesisi ile öncelikle ve özellikle sermaye piyasasına yönelik güvenin korunması,[48] bunun yanı sıra milli ekonomi ve yatırımcıların mali haklarının korunması olduğunu düşünmekteyiz.[49]

Yukarıda kamuyu aydınlatma ilkesinden zaten bahsetmiş olduğumuzdan[50] aşağıda milli ekonomi ve yatırımcıların mali haklarının korunmasından ne anlaşılması gerektiğini kısaca açıklayacağız:

---

47 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: www.spk.gov.tr/mevzuat/Doc/Spk01.doc, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

48 DUMAN, s. 132.

49 EVİK, 2004, s. 121 vd; 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.

50 İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KABAALİOĞLU Haluk A, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İktisadi, İstanbul, 1985; EVİK, 2004, s. 126-138.

A. Milli Ekonomi

Sözlükte milli ekonomi; "*bir milletin kendine özgü ekonomi siyaseti*"[51] şeklinde tanımlanmaktadır. Sermaye piyasasının milli ekonomi[52] açısından önemi; ekonomi açısından 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. Bu itibarla sermaye piyasası ile milli ekonomiye katkı sağlayabilecek nitelikteki küçük tasarrufların daha süratli ve kolay bir şekilde yatırımlara yönelmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.[53]

Borsada işlem gören, sermaye piyasası araçlarının değerinin manipülatif nitelikteki yapay birtakım yöntemlerle etki altına alınması, ülkedeki mal ve değerlerin fiyatlarına yönelik olumsuz etkiler yaratacağından, dolaylı da olsa en başta milli ekonomiye zarar verecektir.[54] 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, 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.[55]

Bu anlamda piyasa dolandırıcılığı suçları ile korunmak istenen hukuki değer, milli ekonomi bünyesinde yer alan sermaye piyasasındaki yatırımcıla-

---

[51] **Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (K-Z)**, C. II, Yeni Bası, C. II, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara, 1988, s. 1559.

[52] 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).

[53] KARSLI, s. 20.

[54] ERMAN, 1993, s. 134.

[55] 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.

rın, bu nitelikteki hukuka aykırı hareketleri 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,[56] 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*",[57] "*bir başka deyişle ticaret ve sanayi faaliyetlerinin amaçlarına uygun bir düzen içerisinde devamı için, bu düzeni bozabilecek hileli hareketlerin cezalandırılması zaruri görülmektedir*"[58] şeklinde ifadelerin kullanılmış olduğunu görmekteyiz. Bu ifadelerin de söz konusu suçlarla korunmak istenen hukuki değer konusunda varmış olduğumuz neticeyi desteklediğini düşünmekteyiz.

B. 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.[59]

İşte bu nedenle, tıpkı işlem bazlıda olduğu gibi bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun korumaya çalıştığı diğer bir hukuki değer de sermaye pi-

---

56 TEZCANLI, s. 123.

57 SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. II, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1999, s. 3347.

58 GÖZÜBÜYÜK, C: III, s. 647.

59 KARSLI, s. 20-21.

yasası 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.[60]

Bu türden düzenlemelerle yapılmak istenen; sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymetlerin değerinin aldatıcı birtakım hareketlerle 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.[61] Aksi halde kanun maddesinde sayılan şekilde yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vererek, söylenti çıkararak, haber vererek, yorum yaparak veya rapor hazırlayarak ya da bunları yayarak 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 bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile kamuyu aydınlatma ilkesinin tesisi ile öncelikle ve özellikle sermaye piyasasına yönelik güvenin (bu güvenle birlikte milli ekonomiye kaynak yaratan sermaye piyasasının), bunun yanı sıra milli ekonominin ve sermaye piyasasında hâlihazırda faaliyet gösteren veya bu alanda ilerde faaliyet göstermek isteyen yatırımcıların korunması amaçlanmaktadır.

---

60 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.

61 AKSOY Zeki, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 142.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Suçun faili, suçun seçimlik hareketlerinden bir veya birkaçını gerçekleştiren gerçek kişi veya tüzel kişinin yetkilisidir.[62] Sermaye piyasası araçlarına yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, yorum yapmak veya ya da bunları yaymak şeklindeki hareketleri herhangi bir kimse; borsa çalışanı, borsa spekülatörü, elindeki hisselerin değerlenmesini amaçlayan bireysel veya kurumsal bir yatırımcı gerçekleştirebilir. Diğer deyişle fail, bu seçimlik hareketleri yapan herhangi bir kimse olabilir,[63] bu nedenle suç bu seçimlik hareketler bakımından özgü suç niteliğinde değildir.[64] Yabancı ülke düzenlemelerinin de böyle olduğu görülmekte, sebebi de "sermaye piyasası için tam ve geniş kapsamlı, etkili, engelsiz bir korumanın sağlanmak istenmesinin amaçlandığı"[65] şeklinde ifade edilmektedir.

Buna karşılık suç bizce, haber vermek veya rapor hazırlamak seçimlik hareketleri açısından ise özgü suç niteliğindedir: Zira genel anlamda kitle iletişim özelde basın özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan ve Anayasa md.28/2'de de açıkça düzenlenen haber vermek hareketinin, kitle iletişim aracılığıyla gerçekleştirilebileceğini, bunun da ancak, bir medya mensubu tarafından yapılabileceğini değerlendirmekteyiz. Hukuka uygunluk nedenleri arasında yer alan haber verme hakkının Basın-Medya özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı olduğunu,[66] bunun da ancak, bir medya mensubu tarafından gerçekleştirilen hareketlerde ileri sürülebileceğini, bu itibarla incelediğimiz suçun seçimlik hareketlerinden haber vermek açısından özgü suç niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Medya mensubu olmayan biri tarafından da buna benzer bir hareket gerçekleştirilebilir ama böyle bir durumda bu hareket halk arasında "dedikodu yapmak"[67] (SerPK md.107/2'nin deyimiyle "söylenti

---

62 Avrupa Birliği müktesebatında da suçun failinin gerçek ya da tüzel kişi olan herhangi bir kimse olabileceği ifade edilmektedir. Bkz: EVİK, 2004, s. 160.

63 EVİK, 2021, s. 166; ERMAN, 1993, s. 139.

64 DUMAN, s. 183; DURSUN ÖZDEMİR, 2022, s. 226; EVİK, 2004, s. 160.

65 PROCACCIANTI Teresa, **Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari, Dizionario Dei Reati Sontro L'economia a Cura Di Giulio Marini**, Milano, Giuffre, 2000, s. 103.

66 ERMAN / ÖZEK, s. 305.

67 ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 305.

çıkarmak") anlamına gelir ki, bunu haber verme hakkı kapsamında değerlendirmek değildir.

"*Rapor hazırlamak*" hareketi için de benzer değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Çünkü, burada bahsedilen rapor; SerPK md.14/3, 10/2, 32/2 uyarınca bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşlarınca hazırlanması gereken raporlar ile md.14 uyarınca ihraççılar tarafınca hazırlanması gereken finansal raporlardır. Bu itibarla, bunların herhangi bir kimse tarafından hazırlaması mümkün olmayıp, ancak belirli uzmanlığa sahip kimselerce ve yetkili kişilerce hazırlanması gerektiğinden,[68] bu hareketi bu nitelikleri haiz kişiler işleyebilirler. Öyleyse, bu seçimlik hareket açısından da suç, özgü suç özelliği göstermektedir.[69]

Bunun dışında suçun faili, 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.[70] Dolayısıyla bu suç tipinde failin, bizzat tüzel kişi değil, onun yetkilisi, yöneticisi veya temsilcisi olması mümkündür.[71]

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda olduğu gibi bu suçta da failin sıfatı, kişisel özellikleri veya kamu görevlisi olması (örneğin, aracı kurum çalışanı, bir gazeteci olması, İMKB personeli olması gibi) gibi özelliklerin suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.[72]

Aşağıda suça iştirak bahsinde daha detaylı açıklanacak olmakla birlikte suçun faili açısından burada kıs bir değerlendirme daha yapmak isteriz: Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, tek bir faille veya zorunlu olmamakla birlikte birden fazla faille işlenmesi mümkündür. İlkine örnek, elinde hisse senedi olup da bunların fiyat ve değerlerinin yapay bir şekilde artmasını ya da düşmemesini isteyen bir kimsenin önce elindeki sermaye piyasası araçla-

---

68 MEMİŞ Tekin / TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 213.

69 DUMAN, s. 184.

70 ERMAN, 1993, s. 140; KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 45 vd.

71 DUMAN, s. 184. 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, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, s. 1069 vd.

72 DUMAN, s. 183.

rının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verip, söylenti çıkarıp, yorum yapıp ya da bunları yayıp sonra da bu yapay etkilenme sayesinde menfaat elde etmesi verilebilir. İkincisine örnek olarak da elinde hisse senedi olup da bunların fiyat ve değerlerinin yapay bir şekilde artmasını ya da düşmemesini isteyen bir kimsenin önce elindeki sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla bunlar hakkında yalan, yanlış veya yanıltıcı haber verilmesini (bir gazeteci vasıtasıyla) veya rapor yazılmasını (rapor yazmaya yetkili şahıs vasıtasıyla) ya da bunların yayılmasını azmettirdikten veya yardım ettikten sonra bu yapay etkilenme sayesinde menfaat elde etmesi gösterilebilir.

2. Mağdur

Kanaatimizce mağdurun, ekonomik suçlarda kendine has bir özelliği bulunmaktadır. O özellik de bu türden suçlar ile toplum düzeni ihlal edildiğinden ve genel menfaatin ihlali söz konusu olduğundan, suçların mağduru da kamu, toplumdur. İncelediğimiz suç da ekonomik bir suçtur ve suçla korunmak istenen hukuki yarar (milli ekonomi ve yatırımcıların mali hakları) birden fazladır. Bu itibarla 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 toplumu oluşturan herkestir.[73]

Bunun dışında, suçun failindeki gibi mağduru yönünden de maddede özel bir belirleme bulunmamaktadır.

3. Konu

Suçun konusu, sermaye piyasası araçlarıdır.[74] Finansal piyasalara fon akışını sağlayan sermaye piyasası araçlarını kısaca; "sermaye piyasasına özgü hukuk normlarının belirlemiş olduğu araçlar"[75] şeklinde tanımlayabiliriz. Daha geniş şekilde de "menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım

---

[73] AKSOY, s. 177. Mağdurum sadece "toplumu oluşturan herkes olduğu ve güç olsa da suç nedeniyle zarara uğradığı tespit edilebilen yatırımcıların da katılan olarak davaya katılabileceği" yönündeki görüş için bkz: DUMAN, s. 184-185.

[74] DUMAN, s. 134-136; DURSUN ÖZDEMİR, s. 229. "Suçun konusunun, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun aksine sermaye piyasası araçlarından ibaret olmadığı" yönündeki görüş için bkz: DURSUN, s. 311.

[75] EVİK, 2004, s. 103-105; TANÖR Reha, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar**, C. I, Beta, İstanbul, 1999, s. 81.

sözleşmeleri de dâhil olmak üzere SPK tarafından bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları" olarak ifade edebiliriz.

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:[76]

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,

---

[76] Sermaye piyasası araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: https://www.ziraatyatirim.com.tr/documents/sermaye%20araclari%20borsa%20ve%20piyasa%20bilgileri.pdf (Erişim Tarihi: 03.12.2023); EVİK, 2004, s. 142-158.

Tahviller, Bonolar, Kıymetli Maden Bonoları, Paraya Dönüştürülebilir Tahviller, Değiştirilebilir Tahviller birer **Borçlanma Aracı** niteliğindeki,

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.

4. Hareket

SerPK md 107/2'de sayılan hareketler; yalan, yanlış veya yanıltıcı **a)** Bilgi vermek, **b)** Söylenti çıkarmak, **c)** Haber vermek, **d)** Yorum yapmak, **e)** Rapor hazırlamak ya da **f)** Tüm bu sayılanları (bilgiyi, söylentiyi, haberi, yorumu ve raporu) yaymaktır. ESerPK md.47/A-3'teki suçun hareketleri ise *bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamamak*" şeklindeydi. Görüldüğü üzere, her iki suç da seçimlik hareketlidir. Ancak, ESerPK md.47/A-3'teki ihmali seçimlik hareket (bilgileri açıklamamak) SerPK'daki düzenlemeye alınmamıştır.[77]

SerPK md 107/2'den de anlaşılacağı gibi incelediğimiz suç, hareketin önemi bakımından sadece maddede sayılan hareketlerden biri ile işlenebildiğinden bağlı hareketli,[78] hareketin şekli bakımından yine kural olarak sadece maddede sayılan icrai hareketlerle işlenebildiğinden icrai,[79] hareketin sayısı bakımından da seçimlik hareketli bir suç niteliğindedir.

Maddedeki seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterli olup, bu hareketlerden birden fazlası gerçekleştirildiğinde de yine tek bir suç oluşacaktır. Örneğin, fail sadece sermaye piyasası

---

77 Bu ihmali hareket Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği md.8/3'te kabahat olarak düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EVİK, 2023b, ss. 274-276.

78 Bu konuda katılmadığımız aksi görüş ve değerlendirmeler için bkz: DUMAN, s. 185-186.

79 DURSUN ÖZDEMİR, 2022, s. 242.

araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verse, haber veya yorum yapsa ya da bunları yaysa ya da önce yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verse, haber veya yorum yapsa, sonra da bunları yaysa da tek bir bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemekten dolayı sorumlu olacaktır.

Tüm bu seçimlik hareketlerin ortak nitelikleri; yalan, yanlış veya yanıltıcı olmalarıdır. ESerPK'daki bu konuya ilişkin düzenleme, "*yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz*" şeklindeydi. Yani hareketin yalan, yanlış veya yanıltıcının yanı sıra "mesnetsiz"[80] olması da mümkündü. SerPK'ya bunun alınmadığı görülmektedir, bu konuya aşağıda değinilecektir. Bu kısımda önce, seçimlik hareketlerden sonra da bunların bu ortak niteliklerinden bahsedilecektir:

a. Bilgi Vermek

Bu seçimlik hareket ESerPK'da da yer alan bir harekettir. Bilgi sözlük anlamı itibariyle; "insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütününe verilen ad, malumat, gözlem yolu ile elde edilen malumat, insan zekasının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü";[81] bilgi vermek de "düşünce veya bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek, bildirmek"[82] demektir.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tipinde bilgi vermek; genel anlamda borsanın bütünü hakkında veya menkul kıymetleri borsada işlem gören bir şirketin mali, iktisadi durumu hatta bu şirketlerin ortaklarının/yöneticilerinin kişisel, ailevi durumları hakkındaki malumatların başkalarına aktarılması, iletilmesidir.[83]

Bu bilgiler olumlu bir konuya ilişkin olabileceği gibi, olumsuz bir konuya ilişkin de olabilir. Olumlu olabilecek olanlara; şirketin yurt dışından önemli miktarda sendikasyon kredisi alacağı, mali yapısı güçlü başka bir şirketle ortaklık kuracağı ya da birleşeceği, olumsuz olabileceklere de; bu nitelikteki bir şirketin iktisadi durumunun kötüye gittiği, sigorta primlerini,

---

[80] Mesnetsizin sözlükte; "*dayanağı olmayan*" (bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024)), hukuk sözlüğünde de "dayanaksız" (bkz: YILMAZ, s. 540) şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Eş anlamlı olmamakla birlikte, bir şeyin yalan, yanlış veya yanıltıcı olması aynı zamanda dayanaksız olduğu düşüncesinden hareketle bu niteliğin SerPK'ya alınmamış olması mümkün görünmemektedir.

[81] Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

[82] Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

[83] ERMAN, 1993, s. 141; ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 652.

vergilerini dahi ödeyemez hale geldiği, vergi borcu sıralamasında ülkede birinci sıralarda yer aldığı, yöneticilerinden herhangi birinin ölümcül bir hastalığa yakalandığı, şirkette grev ya da lokavt kararı alınmak üzere olduğu, şirket ortak veya yöneticilerinin diğer ticari girişimlerinde başarısız oldukları, borsada veya kumarda büyük paralar kaybettikleri, iflasın eşiğine geldikleri[84] şeklindeki bilgiler örnek olarak gösterilebilir.

b. Söylenti Çıkarmak

Bu seçimlik hareket ESerPK'da yer almayan yeni bir harekettir. Söylenti sözlük anlamı itibariyle; "ağızdan ağıza dolaşan, kesinlik kazanmayan haber; rivayet"[85] demektir. Hukuk sözlüğünde de benzer şekilde; "*rivayet; bir konu hakkında ağızdan ağıza dolaşan ve ancak doğruluğu kesin olmayan haber*"[86] olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, esasında maddede "söylenti çıkarmak" yerine sadece "söylenti" demek de yeterli olabilirdi.

Kanun koyucunun burada, sermaye piyasası araçlarına yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgiyi kastettiğini,[87] bu itibarla bilgi vermek hareketi açısından söylediklerimizin (olumlu ya da olumsuz olabileceği, şirketin iflas edeceği dedikodusunu yaymak gibi) bu hareket için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

c. Haber Vermek

Bu seçimlik hareket ESerPK'da da yer alan bir harekettir. Haber kelimesi sözlük anlamı itibariyle; "bir olay, bir olgu üzerine edinilen bilgi, salık, iletişim veya yayın organlarıyla verilen bilgi",[88] haber vermek de "bir olay, bir olgu üzerine edinilen bilgi anlatan şeyleri başkalarına iletmek, bildirmek"[89] anlamına gelmektedir.

Yukarıda fail kısmında ifade ettiğimiz üzere, haber verme hakkı, dayanağını Anayasa md 28/2'den alan ve Türk Ceza Kanunu (TCK) md.26/1 uyarınca hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinden biri kapsa-

---

84 ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kamunun Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 652; ERMAN, 1993, s. 141.

85 Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

86 YILMAZ, s. 738.

87 DUMAN, s. 191; DURSUN ÖZDEMİR, 2022, s. 243, 245.

88 Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

89 Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

mındaki haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla bizce bu hareket, sadece bir medya mensubu tarafından gerçekleştirilebilir. Yukarıda örnek olarak sıraladığımız bilgilerin (halka açık bir şirketin yurt dışından önemli miktarda sendikasyon kredisi alacağı, mali yapısı güçlü başka bir şirketle ortaklık kuracağı ya da birleşeceği, bu nitelikteki bir şirketin iktisadi durumunun kötüye gittiği, sigorta primlerini, vergilerini dahi ödeyemez hale geldiği, şirket ortak veya yöneticilerinin diğer ticari girişimlerinde başarısız oldukları, borsada veya kumarda büyük paralar kaybettikleri, iflasın eşiğine geldikleri vs) bir medya mensubu tarafından haber konusu yapılması durumunda bu hareket gerçekleşmiş olur.

Medya mensubu dışındaki biri tarafından gerçekleştirilen bu nitelikteki bir hareket ise bizce, "söylenti çıkarmak" seçimlik hareketi olarak değerlendirilmelidir.[90]

d. Yorum Yapmak

Yine bu seçimlik hareket de ESerPK'da yer alan bir harekettir. Yorum Türkçe sözlükte; "*bir yazının ya da sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, bir olayı belli bir görüşe göre açıklama, değerlendirme, gizli veya hayali bir şeyden anlam çıkarmak*";[91] hukuk sözlüğünde de "*tefsir; yasa, tüzük, yönetmelik, karar gibi her türlü belgedeki ifadenin açıklanması ve belirlenmesi*"[92] şeklinde tanımlanmaktadır.

Yorum yapmak hareketinden anlaşılması gereken bizce; herhangi bir şekilde edinilen, öğrenilen belirli bir olay, bilgi, havadis ya da haberin kaynak alınmak suretiyle, bunlar hakkında kişinin kendi görüş ve mütalaasını açıklamasıdır. Maddede yer alan yorum yapmak hareketi de belirli bir olay, bilgi veya haberi kullanarak sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikte yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz özel veya genel nitelikte mütalaa veya kanaat açıklamak anlamına gelmektedir.

Ayrıca kanaatimizce söz konusu bilgi veya haber vermek hareketleri bakımından aktarılan bilginin veya haberin failin kendi kişisel görüşlerini, öznel düşüncelerini, mütalaalarını içermemesi gerekmektedir. Zira aksi halde bilgi veya haber vermek değil "yorum yapmak" şeklindeki hareket söz

---

90 Söylenti çıkarmanın da haber verme kapsamında olduğu yönündeki katılmadığımız görüş için bkz: DUMAN, s. 191.

91 Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

92 YILMAZ, s. 890.

konusu olacaktır.[93] Failin bu hareket şeklini gerçekleştirirken, kendisine ya da bir başkasına ait yalan, yanlış veya yanıltıcı bir yorumu üçüncü kişilere aktarmış olması da mümkün olup, bu ikisi arasında bir fark bulunmamaktadır.[94]

e. Rapor Hazırlamak

Fail kısmında da belirttiğimiz üzere, sermaye piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin denetlenmesi ve başka birtakım nedenlerle zaman zaman hazırlanması gereken raporlar bulunmaktadır. SerPK çerçevesince hazırlanması gereken raporlar; ihraççılar tarafından hazırlanan ve kamuoyuna açıklanan raporlar, bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşlarınca izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporlardır.[95] Bu seçimlik hareket, sayılan bu raporların sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı şekilde hazırlanması ile gerçekleşmektedir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sermaye piyasasında işlem yapacaklar açısından piyasaya, piyasa aktörlerine yönelik bilgi, haber, yorum vs yatırımcıların doğru karar almaları, yatırımlarını bunlara göre değerlendirmeleri açısından büyük öneme sahiptir. Bu durum bahsi geçen raporlar açısından da geçerlidir. Zira yatırımcılar açısından finansal tabloların, bu tablolara yönelik hazırlanan raporların içeriğinin doğruluğu önemli bir etkendir. Bunların yalan, yanlış ve yanıltıcı olması da sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını doğrudan etkileyecek niteliktedir.

f. Yaymak

Yaymak; "birçok kimseye duyurmak, gayri muayyen sayıda kimseye duyurmak"[96] şeklinde ifade edilmektedir. Maddede yer alan yaymak hareketi maddede sayılan bilgi, söylenti, haber, yorum ve raporu da kapsamına alan genel bir harekettir. Diğer bir deyişle, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgiyi,

---

93 Bilgi vermenin aksine yorum yapmada sadece belirli olaylar açıklamakla yetinilmemekte, bu olaylarda adı geçen kişilerin tutum ve davranışları hakkında bir değer hükmü de ortaya konmaktadır. ERMAN / ÖZEK, 1994, s. 318.

94 ERMAN, 1993, s. 142.

95 DUMAN, s. 184; DURSUN ÖZDEMİR, 2022, s. 250.

96 DÖNMEZER Sulhi, "Yalan Haber ve Havadisler Yaymak Suçu", **Tahir Taner'e Armağan**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1956, s. 29; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, C. II, 3. s. 1611-1613, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024); GÖZÜBÜYÜK Abdullah P., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. II, 5. Bası, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 289.

haberi, yorumu, raporu yaymak da suç kapsamındadır. Yani hem bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak ve rapor hazırlamak seçimlik hareketleri ile hem de bunları yaymak hareketi ile aralarında seçimlik hareket ilişkisi bulunmaktadır.[97]

Maddedeki yaymak ile genel veya özel nitelikteki bir haberin, bilginin, yorumun başkaları tarafından öğrenilmesini sağlayacak şekilde herhangi bir biçimde belirsiz sayıda kişiye duyurulması, iletilmesi, aktarılması kastedilmektedir.[98] Diğer deyişle buradaki yaymak, basın yoluyla yani medyanın araç olarak kullanılmasından hususi konuşmalardaki yaymaya kadar tüm şekilleri içermektedir.[99] Yaymak hareketi; sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların kararlarını etkilemeye yönelik bir haber, bilgi, yorum, raporun herhangi bir şekilde, herhangi bir araçla, iletişim veya yayın organları aracılığıyla başkalarına iletilmesi, aktarılması anlamına gelmektedir.[100] Basının araç olarak kullanılması da basın organları olarak süreli, süresiz yayınların, televizyonun, radyonun, internetin[101] kullanılması yani bunların iletilmesinde medyanın araç olarak kullanılmasıdır.[102]

Peki acaba yaymak seçimlik hareketine madde metninde ayrıca yer vermek yerinde mi olmuştur? Birincisi, Dönmezer'in de yerinde bir şekilde belirttiği gibi, "haber veya havadis kelimesi, bizzat kelime anlamı itibariyle zaten bir hadisenin anlatılması, olayın, hadisenin nakledilmiş olması demektir."[103] İkincisi, maddede suç kapsamında olduğu belirtilen bilgi, söylenti, haber, yorum ve raporun özelliği; bunların yayılmasının doğası gereği olmasıdır. Yalan, yanlış veya yanıltıcı haber, bilgi, yorum veya rapor ancak, yayılmalıdır ki sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların ka-

---

97 DUMAN, s. 198.

98 ERMAN/ ÖZEK, 1996, s. 652, Yargıtay 4. CD'nin, 03/02/1961 tarih ve 351/610 sayılı kararı. (Zikr: SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, C: II, s. 1615).

99 DOLCINI Emilio / MARINUCCI Giorgio, **Codice Penale Commentato: Parte Speciale**, C. II, IPSOA, Milano, 1999, s. 2725, MUSCO, s. 330; TOSUN Öztekin, **Fiyat Nizamını İhlal Suçları**, No: 11, İÜHF Yayını, İstanbul, 1960, s. 114; EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi: Özel Hükümler**, C. II, Seçkin, Ankara, 1993, s. 1725.

100 Bir başka deyişle haberin yayılma şeklinin, duyuru vasıtasının (sözlü ya da yazılı olup olmasının) önemi bulunmamaktadır. EREM, C: II, s. 1725, ERMAN / ÖZEK, 1995, s. 241.

101 Tüm bu araçların ortak özelliği, bunların haberleri veya düşünceleri yazı, resim veya ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştıran teknik araçlar durumunda bulunmalarıdır. Bkz: İÇEL Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Beta, 2023, s. 11 vd.

102 **2003/6/CE/European Economic Communities**, md 1/2c, 28/01/2003; MUSCO, s. 330.

103 DÖNMEZER, s. 24-25.

rarlarını etkileyebilsin. Üçüncüsü bunlardan raporun özelliği de özellikle kamuyu aydınlatma ilkesi gereği zaten kamuoyu ile paylaşılması gereklidir. Bu itibarla bizce, maddede ayrıca yaymak ibaresinin tüm bu sayılanları kapsayacak şekilde düzenlenmesi çok da yerinde ve gerekli değildir. Suçun gerçekleşmesi açısından birkaç kişi arasında yapılan bir yorumun, belirli kimselerin haiz olduğu bir bilginin veya ortaya atılan bir söylentinin yayılmasının aranmasının gerekli olduğu söylenebilir. Ancak, verilen haberin veya hazırlanan ve kamuoyu ile açıklanması zorunlu olan bir raporun yayılmasının da ayrıca suç kapsamında belirtilmesi bizce çok da gerekli değildir.[104]

g. Hareketin Nitelikleri

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu incelediğimiz çalışmamızda da belirttiğimiz gibi, adından da anlaşılacağı üzere bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu bizce, dolandırıcılığın özel bir türüdür.[105] Bu itibarla bünyesinde niteliği gereği aldatmayı, hileyi de barındırmaktadır. Bu tarz bir aldatma/hileden söz edebilmek için de netice açısından tehlike suçu olan bu suça sebebiyet verecek seçimlik hareketlerin kanaatimizce, "yalan, yanlış veya yanıltıcı olmak" ve "uygunluk" yönünde iki niteliği bulunmalıdır:

aa. Hareketin Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı Olması

SerPK md.107/2 uyarınca sadece sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla bilgi verilmesi, yorum yapılması, söylenti çıkarılması ile incelediğimiz suçun gerçekleşmesi mümkün değildir.[106] Verilen bilgi veya haberin, yapılan yorumun, çıkarılan söylentinin "yalan, yanlış veya yanıltıcı" olması da gereklidir. ESerPK'daki düzenlemede, suça konu bilgi, söylenti, haber, yorum veya raporun yalan, yanlış veya yanıltıcı olmasının yanı sıra "mesnetsiz" olması da aranmaktaydı. Mesnetsiz sıfatı SerPK md.107/2'ye alınmadığından suça konu bilgi, söylenti, haber, yorum veya raporun artık sadece yalan, yanlış veya yanıltıcı olması gerekli ve yeterlidir.

---

[104] ESerPK'daki "*haber yaymak*" şeklindeki düzenleme de bizce, bu konudaki görüşümüzü destekler niteliktedir.

[105] EVİK, 2021, s. 164.

[106] ÖZEK Çetin, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa, 2000, s. 277 vd.; TOSUN, s. 113; DÖNMEZER, s. 25; ERMAN / ÖZEK, 1995, s. 242. Avrupa Birliği direktifinde aynı doğrultuda düzenlemekte olduğu gibi, bu şekildeki öngörülerin suç olarak düzenlenmemesinin çalışanların hakkını korumak anlamına da geldiği ifade edilmekte. Bkz: **2003/6/CE/European Economic Communities**, par. 22, 28/01/2003.

Ansiklopedi de ve sözlükte yalan, "*gerçek olmayan, asılsız, uydurma*";[107] yanlış, "*bir kurala, bir ilkeye, gerçeğe uymayan, aykırı olan, hatalı, dış dünyada karşılığı olmayan*",[108] yanıltıcı da "*yanıltma özelliği olan, aldatıcı*"[109] şeklinde tanımlanmaktadır.

Tüm bu sıfatlar bakımından ortaya atılan iddialarda, mutlak bir gerçeğe aykırılık durumu da nispi bir gerçeğe aykırılık durumu da söz konusu olabilir. Mutlak gerçeğe aykırılıkta söylenenler tamamen hayal mahsulü, asılsız, uydurmadır. Nispi gerçeğe aykırılık durumunda ise tamamen gerçek dışılık söz konusu olmayıp, belirli bazı konular, olaylar, ilişkiler açısından bir gerçeklik payı bulunmaktadır. Ancak, fail bu gerçeklik payını bilerek ve isteyerek başkalarını hataya düşürmek amacıyla manipüle etmekte, çarpıtmaktadır.[110] Bu itibarla, haber veya bilginin veriliş tarzında, yorumun yapılış biçiminde (abartılı, gereksiz ifadelerin kullanılması gibi) karşıdakini manipüle edecek, aldatacak, hataya düşürecek, başka türlü davranmaya sevk edecek şekilde hareket edilmesi gerekmektedir.[111] Bu yalan, yanlış veya yanıltıcı ifadelerin herhangi bir dayanak olmaksızın kullanılması, hiçbir esasa dayanmaması da mesnetsizlik (asılsızlık)[112] anlamına gelmektedir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu bu sıfatı SerPK'ya almamıştır.

Kanaatimizce, suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketleri niteleyen bu üç sıfat da birbirinden farklı anlama gelmekteymiş gibi gözükmekle birlikte, sonuçta aynı kapıya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, suçun meydana gelmesi için var olması gereken tehlike neticesini yaratmaya uygunluk bakımından bunların aralarında bizce esaslı bir fark bulunmamakta-

---

[107] **Meydan Larousse**, C: XII, İstanbul, Meydan, 1973, s. 705; https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024). Öğretideki benzer tanımlar için de bkz: TOSUN, s. 33; GÖZÜBÜYÜK, C: II, s. 290; DOLCINI /MARINUCCI, s. 2726.

[108] CEVİZCİ Ahmet, **Felsefe Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma, 2002, s. 1104; https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024); Meydan Larousse, s. 719.

[109] Meydan Larousse, s. 717; https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

[110] Yanıltmaca; Yunanca "kurnazca bir düzen" ya da "hile" anlamına gelen Sophisma sözcüğünden türemiştir. (Bkz: ULAŞ Sarp Erk, **Felsefe Sözlüğü**, Ankara, Bilim ve Sanat, 2002, s. 1566.

[111] ERMAN, 1993, s. 144. Carrara'ya göre de yalan tek başına, soyut anlamda suç değildir, suç teşkil edebilmesi için bir sahneye koyma, bir dış olay yaratma yönünde bir takım harici hareketlerde bulunulması da gerekmektedir. Bkz: CARRARA, **Programme del Corso di Diritto Criminale (Parte Speciale)**, 11. Bası., C: I, Floransa, y.y., 1923, s. 524-525; PEDRAZZI C., **Inganno ed Errore nei Delitti Contro Il Patrimonio**, Milano, y.y., 1955, s. 221; SABATINI, **Istituzioni di Diritto Penale: Parte Speciale**, 3. Bası., C: II, Catania, y.y., 1947, s. 314.

[112] EREM Faruk, **Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 4. Bası, AÜHF Yayını, Ankara, 1958, s. 110; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, C: II, s. 1613.

dır, bunlar birbirine yakın, eş-anlamlı sıfatlar olup[113] madde içerisinde ayrı ayrı söylenmesi gereksiz bir tekrardan öteye gitmemektedir. Örneğin yalan veya yanlış bir şey aynı zamanda da zaten yanıltıcıdır,[114] yalan bilgi, yorum veya haberin kısmen veya tamamen yalan olması arasında da bir fark bulunmamaktadır.[115] Diğer bir deyişle bunlar, dilbilgisi kuralları bakımından aynı anlama gelmekte olan "çift terimlerdir" ve farklı anlamlar vermeye gerek olmayıp, birlikte değerlendirilmeleri gerekmektedir.[116]

Kanun koyucu muhtemelen tüm bu sıfatları meydana getirebilecekleri tehlike neticesi bakımından dikkate almıştır.[117] Bu açıdan maddede sayılan hareketlerin bu şekilde değişik sıfat tamlamaları ile nitelendirilmesi ceza hukuku açısından bizce herhangi bir amaca hizmet etmemektedir. Bu nedenle, ESerPK döneminde kaleme aldığımız eserde bu suçun incelenmesi esnasında madde metnindeki gereksiz tekrarlamalar hakkındaki yorumlarımızın aradan bunca yıl geçmiş olmasına karşın aynen SerPK md.107/'deki ifadeler bakımından da geçerli olduğunu değerlendirmekteyiz.[118]

Madde metninden açıkça anlaşılmamakla birlikte, normun yorumundan bu "yalan, yanlış veya yanıltıcı" açıklama ve söylemlerin, sermaye piyasası araçlarının değerinin etkilenme tehlikesi altındaki şirketlerin veya bu niteliğe yol açmak üzere sahipleri, yönetici ya da ortaklarının ekonomik, mali, siyasi, iktisadi veya sosyal durumuna ilişkin bir bilgi, yorum, söylenti veya habere dayalı olması gerektiğini, bir başka deyişle borsada hisse senetleri işlem gören şirketlerin sahipleri veya yöneticilerinin özel hayatına dayalı "dedikodu mahiyetinde"[119] olmaması gerektiği şeklinde bir özelliğinin daha

---

[113] La CUTE Giuseppe, **Le Ipotesi Normative Del Delitto Di Aggiotaggio**, S. Maria, C: V., 1978, s. 33.

[114] ROSSI A., "Insider Trading e Manipolazione del Mercato Mobiliare", **Rivista Penale Dell'economia**, 1993, s. 585; La CUTE, s. 33.

[115] Hatta bazı müelliflere göre yalan için kısmen gerçeğe aykırılık yeterli olduğundan "abartı, mübalağa" da yalan olarak kabul edilmelidir. ERMAN /ÖZEK, 1995, s. 241; SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, C: II, s. 1612. Gözübüyük ise mübalağa durumunda gerçekliğin tam olduğunu, yalanla aynı olmadığını sadece bir şişirmenin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. GÖZÜBÜYÜK, C: II, s. 290. Bunların, "gerçeğe aykırılığın farklı ifade biçimleri" olduğu yönündeki görüş için bkz: DURSUN, s. 318.

[116] PEDRAZZI, s. 225.

[117] PROCACCIANTI, s. 103; EREM, C: II, s. 1725.

[118] TOSUN, s. 103-104, EVİK, 2004, s. 227-228.

[119] ERMAN, 1993, s. 142. Dedikodu; "başkasını çekiştirmek ve kınamak için yapılan konuşma, kılükal". (Bkz: **Meydan Larousse**, C: III, 1970, s. 437; https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin, borsada faaliyet gösteren herhangi bir şirketin ortağının çok çapkın olduğu, homoseksüel olduğu, karısından boşanmak üzere olduğu gibi. Zira bahsi geçen kişilerin tamamen özel hayatlarını ilgilendiren hususlara yönelik konulardaki açıklamaların anılan suçun neticesini oluşturmayacağı kanaatini taşımaktayız.

Failin bizzat kendisinin, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi, haber veya yorumun kaynağı olmasının şart olmadığını da değerlendirmekteyiz. Diğer bir deyişle, failin başkasından duyduğu ve suçun gerçekleşmesi bakımından uygun olan ve bu nitelikleri taşıyan bir haber, bilgi veya yorumu nakletmesi de suçun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir,[120] ancak bu durumda naklettiği, yaydığı, duyurduğu haber, yorum veya bilginin, çıkardığı söylentinin yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğunu bilmesi de gerekmektedir.[121]

Maddede yer alan "bilgi verme, haber yayma veya yorum yapma" hareketleri; sermaye piyasasının kendisine, sermaye piyasası araçlarının bütününe yönelik olabileceği gibi, belirli bir sanayi kolunun veya sadece belir bir şirketin sermaye piyasası araçlarına yönelik de olabilir.[122] Bu özellikleri taşıyan bir haber, bilgi veya yorumun başkalarına aktarılmasının cezalandırılması, ulusal veya uluslararası normların ihlali anlamına da gelmemektedir.[123] Zira gerek Anayasamız gerek ulusal üstü normlar, yalan, yanlış veya yanıltıcı olmayan düşünce ve kanaatlerin açıklanmasını, yorumda bulunulmasını, haberin kamuoyuna duyurulmasını zaten çeşitli maddelerinde koruma altına almış olmakta olup, kimseye yalan, yanlış veya yanıltıcı haber yayma, bilgi verme veya yorum yapma gibi bir imtiyazın tanınması söz konusu değildir.[124]

bb. Uygunluk

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu da tıpkı işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu gibi neticesi bakımından bir tehlike suçudur. Zarar suçlarında,

---

[120] Yargıtay 4. CD'nin, 13/12/1976 tarih ve E: 15116, K: 16641 sayılı kararı. (Zikr: GÖZÜBÜYÜK, C: II, 292.

[121] **2003/6/CE/European Economic Communities**, md 1/2c, 28/01/2003; AZZALI, s. 901; DOLCINI / MARINUCCI, s. 2727; ERMAN /ÖZEK, 1995, 318, s. 241.

[122] ERMAN, 1993, s. 142.

[123] Konuyla ilgili olarak, bu tip düzenlemelerin İtalyan Anayasası'nın 21. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan iptal başvurusunu, İtalyan Anayasa Mahkemesi; "Anayasanın genel ekonomiyi de koruduğu ve bu değeri korumak için bazı sınırlamalar getirebileceği" gerekçesiyle reddetmiştir. İt. AYM, 08/03/1983-CRESPİ-STELLA-ZUCCALA, s. 827. (Zikreden: ERMAN, 1993, s. 142, dn. 16.

[124] MUSCO, s. 349; PATERNITI, 249, ÖZEK, 2000, s. 1999; ERMAN, 1993, s. 142.

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.[125] Kanun koyucunun tehlike suçları ile amacı tehlike neticesini önlemek olduğundan, hareketin suç sayılabilmesi için korunan hukuksal değer açısından hareketin zarar neticesi yaratmaya uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde uygunluk aranmaksızın hareketin cezalandırılması, normun kapsamı dışında kalan hareketlere uygulanması anlamına gelecektir.[126]

Uygunluk, hareketin, ancak somut zarar tehlikesi yaratması durumunda varsayılabilir.[127] Bu bakımdan her somut olayda, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin, normun önlemek istediği tehlike neticesini yaratmaya uygun olup olmadığı değerlendirilmesinin de yapılması gereklidir.[128] Bu itibarla somut olayda, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin, normun önlemek istediği tehlikeyi yaratmaya uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekmekte ve ancak, uygunluğun söz konusu olması halinde suçun gerçekleştiği kabul edilmelidir.[129] Diğer bir deyişle, fail tarafından gerçekleştirilen yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikteki seçimlik hareketin neticeyi meydana getirmeye "*elverişli/uygun*" olması da gerekmektedir.[130]

Bu bağlamda düzenleme gereği "bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak, söylenti çıkarmak, rapor hazırlamak veya tüm bunları yaymak" şeklindeki hareketlerin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemeye yol açabilecek nitelikte olması da şarttır.[131] Diğer deyişle, fail tarafından yapılan bu seçimlik hareket veya hareketlerin sermaye piyasanın bütününü ya da o piyasada işlem gören ve suça konu belirli bir menkul kıymetin değerini etkileme gücü de bulunmalıdır.[132]

---

[125] EVİK, 2004, s. 176.

[126] DARAGENLİ Vesile Sonay, "Tehlike Suçları", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, ss. 163-189, s. 170; ÖZEK Çetin, "Temel Haklar ve Özgürlükler", **Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu I**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1996, ss. 19-36, s. 31.

[127] ÖZEK, 1996, s. 31.

[128] 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.

[129] KUNTER, 1954, s. 124-135; ÖZEK, 1978, s. 362-364.

[130] MUSCO, s. 333; PROCACCIANTI, s. 104.

[131] DOLCINI /MARINUCCI, s. 2726; PEDRAZZI, 1958, s. 52.

[132] BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1977, s. 181.

Aksi takdirde bizce, ortada suçu meydana getirmeye uygun/elverişli bir vasıta söz konusu olmayacaktır.[133]

Failin amacı belirli bir neticeyi gerçekleştirmek olduğundan, bu amaca uygun olmayan bir hareket, anılan suça ilişkin seçimlik bir hareket olarak kabul edilmemelidir. Bunun için, fail tarafından gerçekleştirilen seçimlik hareketin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyecek kudrete, itici bir güce sahip olup olmadığı da araştırılmalıdır.[134] 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 edilememelidir. Madde hükmü ile sağlanmaya çalışılan, sermaye piyasasında panik yaratabilecek ani düşüş ve çıkışlara yol açan dalgalanmaların yapay bir şekilde oluşmasına engel olmaktır.[135] Yoksa amaç kendiliğinden oluşan, işin doğasından kaynaklanan dalgalanmalara engel olmak değildir.[136] Bu bakımdan yapılması gereken şey, her somut olayda fail tarafından yapılan hareketin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemeye elverişli/uygun olup olmadığının, hukuka aykırı tehlike neticesini yaratma imkân ve ihtimalinin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır.[137]

Uygunluğun "bilgi ve haber verme, söylenti çıkarma, yorum yapma veya rapor hazırlama ya da bunları yayma" hareketlerinin yöneldiği kişi sayısı açısından da aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Bir başka deyişle bizce, yayma ve haber verme seçimlik hareketi zaten bünyesinde bunu barındırmakla birlikte, bilginin verilmesi, yorumun yapılması ya da raporun hazırlanması seçimlik hareketlerinin de nispeten geniş bir kitleye nakledilmiş, duyurulmuş, iletilmiş olması da gereklidir.[138] Aksi halde tehlike neticesi yaratmaya uygun bir hareketten bahsetmek mümkün olmayacağından anılan suçun gerçekleştiği söylenemeyecektir.

Erman'a göre, suç aynı zamanda milli ekonomiye zarar verici bir fiil olduğundan, yapılan hareket ile bütünü itibariyle milli ekonominin kötü ve

---

133 ERMAN, 1993, s. 143.

134 BAYRAKTAR, s. 181.

135 EREM, C: II, s. 1725; MUSCO, s. 327.

136 TOSUN, s. 123.

137 FIORE Carlo, **Diritto Penale Parte Generale**, y.y., Torino, 1993, s. 186.

138 MUSCO, s. 330.

olumsuz bir biçimde etkilenmiş olması veya etkilenebilecek düzeyde olması da gerekmektedir.[139] Bu görüşe, işlerliği ve derinliği olan, güvenilir bir sermaye piyasasında yapılan bu türden hareketlerin borsayı paniğe sürüklemek, ani ve kesin düşüşlere sebep olmak gibi sonuçlara sürüklemesinin veya sürükleme tehlikesi yaratmasının kaçınılmaz olmasından ve "bu norm ile amaçlanan şeyin de bu tehlike halinin önlenmek istenmesi"[140] olduğundan katılmamaktayız.[141]

5. Netice

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği SerPK md.107/2 incelendiğinde, suçun tamamlanmış olması bakımından sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının etkilenmiş olması şeklindeki zarar neticesinin gerçekleşmesinin aranmadığı (tehlike neticesinin gerçekleşmesinin yeterli sayıldığı),[142] yani bir tehlike suçu olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır.[143]

Ancak, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun aksine bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi bakımından kanun koyucunun SerPK md 107/2'de, "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" diyerek, failin menfaat sağlamasını da aradığı görülmektedir. Bu ibarenin 6362 sayılı SerPK'nun 107/2'nci maddesinin ilk halinde bulunmadığı, maddeye 6637 sayılı Kanunla eklendiği anlaşılmaktadır. Bu değişiklikle ilgili olarak da 6637 sayılı Kanunun 18'inci madde gerekçesinde, "*6362 sayılı Kanunun 107'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileme amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin somut olay bazında tespiti güç olduğundan, söz konusu amacın, fiili*

---

[139] ERMAN, 1993, s. 145.

[140] MANZINI, 1986, s. 2439.

[141] Mülga 765 sayılı TCK'nın 358'inci maddesi bakımından Tosun'un aynı yöndeki görüşü için bakınız: TOSUN, s. 123.

[142] EVİK, 2004, s. 182; EVİK, 2021, s. 166.

[143] Hatırlanacağı üzere, suç neticesi açısından ESerPK'da tehlike, somut tehlike suçu olarak düzenlenmişti. Zira maddede, yapılan seçimlik hareket veya hareketlerin sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikte olması gerektiği de açıkça ifade edilmekteydi. 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. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: DARAGENLİ, s. 172-183.

gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılması hedeflenmiştir"[144] denilmektedir.

Bu değişiklikle akla, acaba maddeye eklenen bu cümle ile oluşan bu yeni düzenleme ile artık suç neticesi bakımından bir zarar suçu mu olmuştur, sorusunu getirmektedir? Kanaatimize göre, bu yeni düzenleme her ne kadar suçun bir zarar suçu haline getirildiği izlenimi verse de suç neticesi açısından hâlâ tıpkı ESerPK'daki ve işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundaki gibi bir tehlike suçudur.[145] Suçun tehlike suçu olduğu yönündeki görüşümüzün dayanağı da şunlardan ibarettir:

- Suçun oluşumu için kanun koyucu, madde kapsamındaki yasak faaliyetlerin, suç ile korunmak istenen öncelikli hukuki değer (sermaye piyasasına yönelik güven) açısından tehlike oluşturabilecek düzeyde olmasını yeterli kabul etmektedir.[146] Maddede bunun aksini açık veya örtülü bir şekilde ortaya koyan bir cümle, ibare, ifade vs bulunmamaktadır.
- Madde ile öncelikli olarak sermaye piyasasına yönelik güven, sonrasında milli ekonomi ve yatırımcıların mali hakları, diğer bir deyişle bireysel değil toplumsal menfaat korunmak istenmektedir. Dolayısıyla maddede sayılan seçimlik hareketler yapılır yapılmaz bir ihlal zaten gerçekleşecek ama bu ihlal için illaki bir zararın gerçekleşmesi gerekli değildir, zarar tehlikesi de bir ihlaldir.
- Suçla korunmak istenen "sermaye piyasasına yönelik güven" şeklindeki öncelikli değer, soyut bir kavramdır. İnsan öldürme suçundaki yaşam hakkında, hırsızlıktaki mülkiyet hakkında olduğu gibi somut değildir. Bu itibarla, incelediğimiz suçun neticesi açısından tehlike mi yoksa zarar suçu mu olduğunu belirlemek çok da kolay değildir. Ancak, korunan öncelikli hukuki yarardan hareketle bunun tehlike suçu olduğunu söylemek mümkün, hatta hem bu hem de diğer korunan hukuki yararlar (milli ekonomi ve yatırımcıların mali hakları) dikkate alındığında, kanun koyucunun bu değerleri korumak için zarar değil, tehlike neticesinin gerçekleşmesini yeterli saydığını söylemek daha doğrudur.

---

[144] Madde gerekçesi için bkz: https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-a9e3-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6637#step-2 (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

[145] İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin çalışmamızda, "*SerPK md 107/2'de düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun bir zarar suçu olduğunu*" (Bkz: EVİK, 2023a, s. 146, dn. 223) ifade etmiş olmamıza rağmen, bu konuda hata yaptığımızı kabul ederek, bu hatalı değerlendirmeyi burada düzeltmek gereği duymaktayız.

[146] İtalyan mevzuatındaki düzenlemeye yönelik benzer görüş için bkz: PEDRAZZI, s. 639.

- Dikkat edileceği üzere SerPK md 107/2'de sayılan seçimlik hareketler bilgi veya haber vermek, söylenti çıkarmak, rapor hazırlamak ya da bunları yaymaktır. Bu seçimlik hareketlerden biri örneğin, yalan, yanlış veya yanıltıcı rapor hazırlanmış olsa, ancak bu rapor kamuoyunda henüz paylaşılmamış ve bu nedenle somut bir zarar doğmamış olsa suç gerçekleşmiş olmayacak mıdır? Öyleyse kanun koyucu neden hem sadece bu nitelikte bir rapor yazılmasını hem de bu nitelikteki bir raporun yayılmasını ayrıca seçimlik hareketlerden biri olarak saymıştır? Çünkü bizce suç neticesi açısından bir tehlike suçudur.
- SerPK md.107/2'ye sadece "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" ibaresinin eklenmiş olması bizce, suçun zarar suçu olarak kabulü için yeterli bir argüman değildir. Zira kanun maddesinde bir suç neticesinde birilerinin menfaat elde edilmesinin düzenlenmiş ve somut olayda elde etmiş olması, mutlaka bundan kaynaklı bir zararın da söz konusu olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin, dolandırıcılık suçunun aksine zimmet suçunda suçun tamamlanması bakımından failin menfaat elde etmiş olmasının aranmasına karşın, illaki bir zararın meydana gelmesi zorunlu ve gerekli değildir.[147] Zira bilindiği üzere bir şeyi zimmetine geçiren fail sonradan bu şeyi iade etse de (yani herhangi bir zarar var olmasa da) zimmet suçu yine de gerçekleşmiş olmaktadır. Bu itibarla, SerPK md.107/2 açısından menfaat temin edilmiş olmasını suçun unsuru olarak kabul etmek yerinde olacak, ancak bunu, bir zararın da meydana gelmesinin şart olduğu yönünde değerlendirmek doğru olmayacaktır. Özetle, uygun seçimlik hareketin yapılması ile öncelikle korunan hukuki menfaat zaten ihlal edilmiş olacağından, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun seçimlik hareketlerinin herhangi bir veya birkaçının yapılmasının menfaat şartı aranmakla birlikte bir zarara neden olup olmamasının, suçun tamamlanması bakımından bir önemi bulunmamaktadır.[148]

Bu değerlendirmelerden hareketle kanaatimizce suçu neticesi açısından tehlike suçu olarak kabul etmek ve buradaki tehlikeyi, zarar neticesini yaratma imkân ve ihtimali şeklinde anlamak gerekmektedir.[149] Bir başka deyişle fail tarafından yapılan hareketle suçun tamamlandığından bahsetmek için

---

147 TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 295.

148 Zimmet suçuna yönelik benzer değerlendirmeler için bkz: TOROSLU / TOROSLU, s. 295.

149 DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 14. bs., Beta, İstanbul, 1999, s. 345.

sermaye piyasasına yönelik güvenin, milli ekonomi veya yatırımcıların mali haklarının somut olarak etkilenmeleri, zarar görmeleri şart olmayıp, yapay bir biçimde etkilenme ihtimalinin bulunması gerekli ve yeterlidir. Peki bu tehlikenin yanı sıra ya da doğrudan bir zarar (örneğin, belirli bir hissenin fiyatında veya değerinde azalma) meydana gelmiş olsa ne olacaktır? Zarar tehlikesi yeterli olmakla birlikte eğer somut olayda zarar da meydana gelmişse yine suç gerçekleşmiş olacak, ancak bu husus cezanın belirlenmesinde (hâkimin alt sınırdan değil de üst sınırdan ceza vermesi gibi) önem arz edecektir.[150]

Öğretide tehlike suçları çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta olup, genel olarak kabul edilen ayrım somut ve soyut tehlike suçları olarak[151] 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.[152]

SerPK md.107/2'de suçun oluşumu için somut bir tehlikenin gerçekleşmesinin şart koşulduğu yönünde herhangi bir ibare/husus bulunmamaktadır. Bu itibarla bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, soyut bir tehlike suçudur. Burada suçun ESerPK döneminde somut tehlike suçu olarak düzenlendiğini hatırlatmak isteriz. Zira o düzenlemede, yapılan seçimlik hareket veya hareketlerin sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikte olması gerektiği de açıkça ifade edilmekteydi.[153] Ancak kanaatimizce, her ne kadar yürürlükteki maddede somut tehlikenin arandığı hususu açık olarak belirtilmemiş olsa da normun korumak istediği hukuksal değerlere karşı tehlike yaratmaya elverişli olmayan bir hareketin piyasa dolandırıcılığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.[154] Bu nedenle, somut olayda suçun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesini bu somut tehlikenin var olup olmadığına göre belirlemek gerektiğini düşünmekteyiz. Zira aksi takdirde cezalandırma alanının alabildiğince genişleyeceği, bunun da kanunilik ilkesine aykırı olacağını değerlendirmekteyiz.

---

150 Aynı yönde bkz: EREM, C: II, s. 1304-1305; TOROSLU / TOROSLU, s. 295.

151 Bu ayrımlar ve bunlara ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: DARAGENLİ, s. 172-183.

152 DARAGENLİ, s. 59-60.

153 EVİK, 2004, s. 233-234.

154 ERMAN, 1993, s. 140, 144.

Bu etkilenme, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının yapay olarak veya normal seyre aykırı şekilde (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.[155] Yapılan hareketle sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının etkilenmesi, netice bakımından önem arz etmemektedir.

Nedensellik bağına gelince; suçun tamamlanmış olması bakımından sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının etkilenmesi şeklindeki zarar neticesinin gerçekleşmesi aranmadığından, yani elverişli-uygun hareketin yapılması ile tehlike neticesi de gerçekleşeceğinden, nedensellik bağının tespiti bir önem taşımayacaktır.[156] Böylesi bir durumda sebebin tekliğinden bahisle, suçun meydana gelmesi nedensellik bağı gibi bir olaya değil, hareketin sahip olması gereken özelliklere (yalan, yanlış veya yanıltıcı olmaya ve uygunluğa/elverişliliğe) bağlı olacaktır.[157] Bir başka deyişle, elverişli hareket yapılır yapılmaz, netice de kendiliğinden meydana geleceğinden, bu hareket yapıldıktan sonra artık hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılmasına gerek kalmayacak, maddi unsurun gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir.

SerPK md.107/2'ye eklenen "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" ibaresinin niteliği konusunda öğretide farklı görüşler mevcut olup,[158] kanaatimizce bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Ancak, maddeye eklenen "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" ibaresi, farklı bir seçimlik hareket ya da objektif cezalandırılabilirlik şartı değil, suçun netice unsuruna dahil bir ibaredir.[159]

---

155 MANZINI, 1986, s. 2439.

156 BAYRAKTAR, s. 189.

157 BAYRAKTAR, s. 189; DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. Bası., Beta, İstanbul, 1997, s. 472.

158 Bu ibarenin niteliğinin ne olduğu konusundaki (ama net bir sonuca bağlanmayan) değerlendirmeler için bkz: DUMAN, s. 200-207.

159 Bu ibarenin niteliğinin ne olduğu konusundaki değerlendirmeler için bkz: DUMAN, s. 200-207; DURSUN ÖZDEMİR, s. 254. TCK md 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda yer alan "*kişilere haksız bir menfaat sağlayan*" ibaresinin niteliğine yönelik yorum ve değerlendirmeler için bkz: EVİK Vesile Sonay, **Görevi Kötüye Kullanma-Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Özel Ceza Hukuku Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 234-244.

Cümlede yer alan menfaat sözlükte; "*çıkar*",[160] hukuk sözlüğünde de "yarar, çıkar, kâr"[161] şeklinde ifade edilmekte olup, prensip itibariyle menfaatin, mutlaka ekonomik çıkar olması gerekmemektedir.[162] Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yeni düzenlemeye göre; bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleşebilmesi için seçimlik hareketlerden birinin yapılmış olması yeterli olmayıp, failin kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmiş olması da gerekmektedir. Dolayısıyla somut olayda fail, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veya haber vermek, söylenti çıkarmak, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak suretiyle sermaye piyasası işlemleri kapsamında menfaat sağlamalı, yani somut olayda failin hareketi ile menfaat şeklindeki netice arasında nedensellik bağı da olmalıdır.[163] Aksi takdirde suçun tamamlandığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Yukarıda fail bahsinde somut olayın özelliğine göre bu suçun tek faille de birden fazla faille de işlenebileceğini söylemiştik. Birden fazla faille işlenmesi durumu söz konusu olduğunda, örneğin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı haberin bir gazeteci tarafından verilmesi ya da bu nitelikteki bir raporun yetkili kimse tarafından hazırlanması ve/veya yayılması durumunda bundan hem yalan, yanlış veya yanıltıcı haberi yapan ve yayan gazeteci hem de raporu yazan ve yayan kişi de menfaat elde etmiş olacaktır. Bu itibarla bizce, burada söz geçen "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" ibaresi ile kastedilen, hem yalan, yanlış veya yanıltıcı haber vermek veya rapor hazırlamak veya bunları yaymak suretiyle elde edilen bir maddi menfaat (gazeteci veya rapor yazan tarafından elde edilen) hem de portföyünde suça konu hisse senedi bulunduran kimsenin sermaye piyasası araçlarının değer veya fiyatlarının etkilenmesi için verilen bu yalan haber, yazılan bu yanıltıcı rapor ya da bunların yayılması ile yani sermaye piyasası faaliyetleri kapsamında elde ettiği menfaattir.

---

[160] Bkz: https://sozluk.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

[161] YILMAZ, 533.

[162] Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994, s. 380-384; TOROSLU / TOROSLU, s. 186-191.

[163] ÖNDER, s. 384.

Ancak, suçun mağduru dar anlamda suça konu işlemler neticesinde zarar gören bireysel yatırımcılar ile halka açık şirketler, geniş anlamda ise toplumu oluşturan herkes[164] olduğundan dolandırıcılık veya hırsızlık suçunda olduğu üzere mağdur açısından illaki somut olayda bir zararın gerçekleşmiş olması da şart değildir.[165] Yine düzenleme gereği bu maddi yararın bizzat fail tarafından elde edilmiş olması da gerekmemektedir. Zira madde gerekçesinde; "*fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına*"[166] denilmektedir. Esasında maddi nitelikte olmayan, sadece kişinin durumunda iyileşmeye yol açan manevi menfaatler de menfaat kavramı kapsamındadır,[167] ancak menfaat temini açısından bizce kanunda bu açından bir açıklık bulunmamakla birlikte, SerPK md.107/2'de bahsedilen menfaatin, maddi bir menfaat, yarar olması gerektiği aşikardır. Zira suç maddede sayılan seçimlik hareketlerin yapılması neticesinde sermaye piyasası nezdinde elde edilen menfaate bağlı olduğundan, burada bizce, manevi değil, sadece belirli bir maddi yararın elde edilmesi kastedilmektedir.[168] Kaldı ki madde gerekçesinde de bu konuda, "*fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılacağı*" denilmektedir, böylesi somutlaştırma da manevi değil, ancak maddi bir menfaatin tespiti ile mümkündür.

Yine madde gerekçesinde; "*fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına*"[169] denildiği için bu maddi yarar doğrudan fail tarafından da failin bir yakını, arkadaşı olan bir başkası tarafından da elde edilmiş olabilir.[170]

Son olarak madde gerekçesinde, "*doğrudan ya da dolaylı menfaat*" elde edilmesinden bahsedilmektedir ki, bu da bizce, menfaat elde etmenin; hem doğrudan çıkar, kâr elde etmek hem de olası bir zarardan kurtulmak, zararını azaltmak şeklinde olabileceği anlamına gelmektedir.[171] Diğer bir deyişle

---

164 AKSOY, s. 177, EVİK, 2023, s. 114.

165 TOROSLU / TOROSLU, s. 295.

166 Madde gerekçesi için bkz: https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-a9e3-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6637#step-2 (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

167 EVİK Vesile, s. 250.

168 Tıpkı SerPK md.106'de düzenlenen "bilgi suiistimali suçunda" olduğu gibi. Bkz: EVİK, 2019, s. 193.

169 Madde gerekçesi için bkz: https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-a9e3-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6637#step-2 (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

170 EVİK, 2019, s. 192. Aksi görüş için bkz: DURSUN ÖZDEMİR, s. 256.

171 DUMAN, s. 208 TOROSLU / TOROSLU, s. 188.

menfaat temini; failin malvarlığındaki artışla da pasif malvarlığındaki eksilmeyle de gerçekleşebilir.[172] Örneğin fail, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veya haber vermek, söylenti çıkarmak, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak suretiyle elindeki hisselerin değerinin yükselmesini sağlayarak doğrudan kâr da edebilir, elindeki hisselerin değerinin azalmasını önleyerek (yani olası zararını azaltarak) dolaylı şekilde menfaat de sağlayabilir.

Tüm bunlara ek olarak, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu netice bakımından ESerPK'daki ve SerPK md.107/2'nin ilk şeklindeki gibi artık neticesi harekete bitişik bir suç özelliği taşımamaktadır.[173] Zira Kanun maddesinde suçun neticesi yukarıda açıkladığımız üzere ayrı olarak gösterildiğinden, ihlali belirten seçimlik hareket yapılır yapılmaz değil, ancak menfaat neticesi gerçekleştiğinde suç da tamamlanmış olacaktır. Diğer bir deyişle, suç, suça konu (elverişli-uygun) hareketlerden biri veya birkaçı yapıldıktan sonra menfaat elde etme unsurunun da gerçekleşmesi kaydıyla meydana gelecek, yoksa teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

SerPK md.107/2'de yapılan değişiklik kanununun madde gerekçesinde yer alan; "*Bu yeni düzenleme ile söz konusu amacın, fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılacağı*"[174] değerlendirmesinin de yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira, bu şekildeki bir maddi bir menfaatin tayin ve tespiti son derece güç olup, suçu somutlaştırmaktan ziyade uygulanma imkanını son derece azaltacak, bu da suçla etkin mücadele açısından zarar verici olacaktır.

6. Teşebbüs

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, neticesi harekete bitişik bir suç olmadığı gibi manevi unsuru bakımından da kasten işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla, TCK md.35 uyarınca teşebbüse müsaittir. SerPK md 107/2'de suçun tamamlanması bakımından menfaat elde etme şartı arandığından, icra hareketlerinin yarıda kalması ya da seçimlik hareket veya hareketlerden birkaçının yapılmasına (icranın tamamlanma-

---

172 ÖNDER, s. 381.

173 DURSUN ÖZDEMİR, s. 253.

174 Madde gerekçesi için bkz: https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-a9e3-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6637#step-2 (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

sına) rağmen menfaat elde edilememesi durumunda suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin, fail tarafından ekonomi sayfasında yayımlanmak üzere gazeteye gönderilen bir haberin yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğunun anlaşılması üzerine gazetenin yazı işleri müdürü tarafından yayımlanmasının engellenmesi ya da bu türden bir haberin yayımlanmasına karşın maddi bir menfaat temin edilememesi gibi.[175]

B. Manevi Unsur

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı sadece kasten işlenebilen bir suçtur.[176] Ancak, bu suç tipinde, failin, suçun unsuru olarak belirli bir amaçla hareket etmiş olması da aranmaktadır. Bu nedenle failin, maddede sözü edilen amaç ile hareket etmiş, kastının söz konusu amacın neticesinde oluşmuş ve iradesinin bu hususu da kapsamış olması gerekmektedir.[177] Diğer bir ifadeyle, genel kastın yanı sıra hareketi ile sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının olumlu ya da olumsuz bir biçimde etkilenebileceğinin bilinmesi ve istenmesi şeklinde özel kastı da manevi unsur bakımından failde var olmalıdır. Suçun manevi unsurunun gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için failin belirli bir veya birkaç amaçla (özel kastla) hareket etmesi şart olduğundan, tıpkı işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu gibi olası kastla işlenmesi mümkün değildir.[178]

Hatırlanacağı üzere, ESerPK'da suçun gerçekleşmesi bakımından failin herhangi bir amaç, maksat veya saikle hareket etmesi aranmamaktaydı. Yani sadece failin, yaptığı hareketi ve bunun neticesini bilmesi ve istemesi yeterliydi. ESerPK yürürlükteyken kaleme aldığımız eserde bu konuda özetle; "*fail tarafından yapılan hareketin meydana getirdiği tehlikenin cezalandırılmasında, failin zarar yaratma amacının tespitinin önem arz ettiğini, bu bağlamda hareketin zarar neticesine yönelik olarak uygun olup olmadığı değerlendirmesinin salt hareket açısından objektif olarak değil, subjektif açıdan da yapılmasının, bu nedenle failin amacının da araştırılması gerekti-*

---

[175] DUMAN; s. 218; DURSUN ÖZDEMİR, s. 271. "Suçun icrasının tamamlanış olmasına karşın, menfaatin bunları yapan dışında bir başkası tarafından elde edilmiş olması durumunda da suça teşebbüsün söz konusu olacağı" yönündeki katılmadığımız görüş için bkz: DURSUN ÖZDEMİR, s. 271-272.

[176] DUMAN; s. 211 vd; 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.

[177] EVİK, 2004, s. 194 vd.

[178] EVİK, "*İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*", s. 143.

ğini, bunun hareketin hukuka aykırılık alanında olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılabilmesi bakımından önem taşıdığını"[179] ifade etmiştik. Zira, ancak bu şekilde "kişi hak ve özgürlüklerinin layıkıyla güvence altına alınabileceğini"[180] düşünmekteydik. Bu düşüncemizden hareketle SerPK'da suçun gerçekleşmesi bakımından genel kast dışında, belirli amaçların da aranmasın gerekli kılınmasını olumlu bir gelişme olarak görmekteyiz.

Kanun koyucunun suçun gerçekleşmesi bakımından failin genel kastla hareket etmiş olmasıyla yetinmemesinin nedenlerinden biri de bizce, aslında kuralına uygun olarak gerçekleştirilen haber vermek, yorum yapmak, rapor yazmak gibi bir hareketin suç olarak kabulü için failin amacının değerlendirilmesinin de şart olmasındandır. Zira yasal olan-olmayan alan arasındaki ayrımın yapılabilmesi için, failin amacının göz önüne alınması gereklidir.[181]

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 amaçların içeriği gayet açık olup, tek tek açıklamak gereği duymamaktayız.

Genelde uygulamada manipülatif nitelikteki işlemlerin üç temel amaç için yapıldığı görülmektedir: Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını veya değerini yükseltmek, bunları doğal olarak ulaşabileceği yerden daha iyi yere taşımak veya bunların tamamen düşmesini sağlayarak piyasadan düşük fiyatlı yüksek miktarda hisse senedi toplamak.[182] Kanun koyucunun da bu amaçları dikkate alarak yerinde bir düzenleme yaptığını değerlendirmekteyiz.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi bakımından kanun koyucu, son değişiklikle failin bir menfaat temin etmesini de şart koştuğundan, failin kastının ayrıca menfaat elde etmeye yönelik olması da gereklidir.

---

179 EVİK, 2004, 245-246.

180 ÖZEK, 1996, s. 31-32.

181 MUSCO, s. 347; TOSUN, s. 106.

182 TEZCANLI, s. 122-123.

Son olarak ifade etmek isteriz ki; bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, norm ile önlenmek istenen tehlike neticesine yol açabileceğini öngörmeyerek söylenti çıkaran (dedikodu yapan) faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır.[183]

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

ESerPK'da ve yürürlükte olduğu dönemde diğer kanunlarda, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktaydı.[184] Bilgi suiistimali ve işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu incelediğimiz çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere,[185] SerPK md.108/1'de[186] bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları açısından hukuka uygunluk nedeni olabilecek işlemler sayılmıştır.[187] Kanaatimizce sayılan bu işlemler piyasa dolandırıcılığı suçlarından, ancak işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından uygulanabilecek nedenlerdir.[188] Bu nedenle burada bunları açıklamak gereği duymamaktayız.

TCK'da yer alan bir başka hukuka uygunluk nedeninin (örneğin; kanunun hükmünü ifa, ilgilinin rızası vs'nin) de bu suç açısından uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Bununla birlikte hakkın kullanılması kapsamında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden "eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları ve haber verme" hakkı açısından kısa bir değerlendirme yapmak gereği duymaktayız:

---

[183] ERMAN, 1993, s. 145. Suçun taksirle işlenip işlenemeyeceği hususu bakımından bkz: TOSUN, 1960, s. 125-126.

[184] EVİK, 2004, s. 194.

[185] Bkz: EVİK, 2019, s. 195 vd; EVİK, 2023a, s. 143 vd.

[186] SerPK md.108/1 şöyledir: "*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.*"

[187] 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*" denilmektedir. Bkz: http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=12, (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

[188] Aynı yönde bkz: DUMAN, 213.

Maddi unsura yönelik olarak sermaye piyasası araçları hakkında maddede öngörülen "*bilgi vermek, yorum yapmak veya bunları yaymak*" seçim hareketlerinin basın-yayın yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla hukuka uygunluk sebeplerinden "eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları ve haber verme" hakkının söz konusu olabileceği düşünülürse de kanaatimizce yalan, yanlış veya yanıltıcı olan bir hareketin bu hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.[189] Zira bu hakların unsurlarından en önemlisi; bunların hiç değilse görünüşte gerçek olması olup,[190] yalan, yanlış veya yanıltıcı bir haber veya yorumun ise görünüşte dahi gerçek olması mümkün değildir.

D. 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.

E. Etkin Pişmanlık

SerPK'nun 107'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında nedense sadece işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna mahsus, özel bir etkin pişmanlık haline yer verilmiştir.[191] Maddede bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun failinin 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 da geçerli olacak şekilde düzenlenmediğini anlamak ve izah etmek mümkün değildir.[192]

---

[189] Katılmadığımız aksi görüş için bkz: DURSUN, s. 332. İtalyan öğretisine ait, "bu suç bakımından haber verme hukuka uygunluk nedeninin geçerli olamayacağı, bu düşüncenin haber verme hakkını sınırlamadığı, tam tersine kitle iletişim araçlarının, yalan-yanlış, abartılı veya taraflı haberler yaymak için bir araç olarak kullanılmasının engellenerek, gazetecilik mesleğinin ciddiliğinin ve inandırıcılığının perçinlenmesine katkı sağladığı" (bkz: MUSCO, s. 349; PATERNITI, s. 249) şeklindeki değerlendirmeler de görüşümüzü destekler mahiyettedir.

[190] İÇEL, 2023, s. 277; DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, 14. Bası, Beta, İstanbul, s. 43.

[191] SerPK md.107/3 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.*"

[192] Benzer düzenleme SerPK md 110/2'de yer alan örtülü kazanç aktarımı suçu için de düzenlenmiştir. Bakınız: EVİK, 2021, s. 145-148.

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 sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcıların kararlarının etkilenmesini sağlamak amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı haber vermesi, yorum yapması, rapor yazması ya da bunları yayması için korkutulması veya tehdit edilmesi durumunda TCK md.28/1 hükmünün uygulanabilecek olması gibi.

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*"[193] yönündeki görüşüne 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 bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, mili ekonomi ve yatırımcıların mali haklarına yönelik bir tehlike arz ettiğinden, failin bir anlamda kendisinin sebebiyet verdiği iflas gibi bir tehlikeden kurtulmak için suç işlemesini zorda kalma kapsamında değerlendirmek, TCK md.25/2'de aranan orantılılığa da aykırı olacaktır.[194]

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.[195] Buna karşın, failin hareketinin SerPK md.107/2'de yer alan işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamında olduğunu bilmemesi hukuki yanılma olacağından, sorumluluğunu etkilemeyecektir.

---

[193] ERMAN, 1993, s. 156.

[194] 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.

[195] ERMAN, 1993, s. 145.

V. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

A. 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 konuyla ilgili olarak şu değerlendirmeler yapılabilir:

İlk olarak, somut olayda tüm şartları gerçekleşmek kaydıyla bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun TCK md.43/1'de yer alan zincirleme suç hükümleri uyarınca işlenmesi mümkündür.[196] Örneğin, bir gazetecinin katıldığı televizyon programında ya da gazetede yazdığı bir makale dizisinde değişik zamanlarda belirli bir şirketin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı haberler vermesi, yorum yapması veya bunları yayması sonucunda failin menfaat temin etmesi gibi.[197] Aynı şekilde bir gazetecinin katıldığı televizyon programında belirli bir şirketin değil de genel olarak pek çok şirketin (piyasada faaliyet gösteren birden fazla şirketin) sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı haberler vermesi, yorum yapması veya bunları yayması sonucunda menfaat elde edilmesi durumunda da TCK md.43/2'de yer alan zincirleme suçun diğer şekli söz konusu olabilir.

İkinci olarak, TCK md.237'de düzenlenen "fiyatları etkileme suçu"[198] ile bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu arasında özel-genel norm ilişkisi olduğunu düşünmekteyiz.[199] TCK md.237'nin gerekçesinde yer alan; "*Borsalarda kabul edilen belge ve senetler hakkında sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma gibi fiiller 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye*

---

196 DUMAN, s. 213; DURSUN, s. 343; DURSUN ÖZDEMİR, s. 274.

197 İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunda da belirttiğimiz (EVİK, 2023a, s. 150) üzere, aynı suçun icra hareketi niteliğinde olup da tekrarlanan hareketlerin TCK md 43/1 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir medya mensubunun katıldığı farlı televizyon programlarında belirli bir şirketle ilgili yalan, yanlış veya yanıltıcı haberi tekrarlaması gibi. Aynı yöndeki görüş için bkz: DURSUN, 343.

198 TCK md.237 hükmü şöyledir: "*İşçi 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.*"

199 Benzer değerlendirme için bkz: DURSUN ÖZDEMİR, s. 276.

Piyasası Kanununun "Cezaî sorumluluk" başlıklı 47 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde cezalandırıldığı için kıymetli evrakın fiyatlarını etkileme konusunda ayrıca hüküm düzenlenmemiştir."[200] şeklindeki açıklamaların da bu görüşümüzü doğrular mahiyette olduğunu değerlendirmekteyiz. Bu düzenlemeden hareketle diyebiliriz ki, sermaye piyasa araçlarına yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, haber veya yorum yapılması vs hareketleri gerçekleştirildiğinde özel norm olduğu için sadece SerPK md.107/2 uygulama alanı bulacaktır.

Üçüncü olarak, TCK'nın 164'üncü maddesinde yer alan "şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi suçu"[201] ile bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu arasında TCK md 44/1'de yer alan fikri içtima ilişkisinin mevcut olduğunu düşünmekteyiz.[202] Örneğin, halka açık bir şirketin kurucusu, ortağı, yönetim veya denetim kurulu üyesi vs. menfaat karşılığında sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı yorum yapar veya bunları yayarsa hem SerPK md.107/2'deki incelediğimiz suçu hem de TCK md.164'teki suçu işlemiş olur. Böyle durumda fail, TCK md.44/1 uyarınca bu suçlardan sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan (bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan) dolayı cezalandırılır.

Dördüncü olarak akla, TCK md 217/A'da düzenlenen "halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu" ile bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu arasında acaba içtima ilişkisi kurulabilir mi sorusu gelmektedir? TCK md.217/A şöyledir:[203] "*(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir*

---

[200] Madde gerekçesi için bkz: https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1/madde-237, (Erişim Tarihi: 20.03.2024). Madde gerekçesinde, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun "Cezaî sorumluluk" başlıklı 47'nci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinden bahsedilmesinin nedeni, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdiğinde mülga 2499 sayılı SerPK'nun yürürlükte olmasındandır.

[201] TCK md.164 hükmü şöyledir: "*Bir şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirtecek olurlarsa altı aydan üç yıla kadar hapis veya bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.*"

[202] Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz: DUMAN, s. 223; DURSUN, s. 340; DURSUN ÖZDEMİR, s. 276.

[203] Söz konusu madde TCK'ya, 7418 Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenmiştir. Bkz: 18.10.2022 tarih ve 31987 sayılı RG.

bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır." Görüldüğü üzere, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle işlenmesi, yanıltıcı bilginin ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olması, suçun sadece alenen yaymak hareketi ile ve kamu barışını bozmaya elverişli şekilde işlenmesi gerekmektedir.

İki suç bu açılardan ele alındığında, sermaye piyasası araçlarının fiyat ve değerlerinin etkilenmesi amacının halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle örtüşmediği, sermaye piyasası araçlarının fiyat ve değerlerinin etkilenmesine yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi yaymanın ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olmadığı, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenmesi bakımından "kamu barışını bozmaya elverişliliğin" aranmadığı görülmektedir. Bu itibarla bizce, iki suç arasında içtima ilişkisinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Son olarak, hazırlamakla yetkili kimsenin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bir rapor hazırlaması ve/veya bunu yayması durumunda hazırlanan rapor içeriği itibariyle yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğundan sahte bir rapor hazırlanmış olacaktır. Bu durumda "belgede sahtecilik suçu" da gerçekleşmiş olacak ve fail TCK md.212'deki[204] özel düzenleme uyarınca hem belgede sahtecilik hem de bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundan dolayı sorumlu olacaktır.[205]

B. İştirak

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, tek bir faille veya iştirak halinde birden fazla müşterek faille gerçekleştirilmesi prensip itibariyle herhangi bir özellik göstermemekte, suç ortaklığı durumunda TCK'daki genel kuralların uygulanması gerekmektedir.[206] Bununla birlikte suçun failinin

---

[204] TCK md 212 hükmü şöyledir: "*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.*"

[205] DUMAN, s. 223; DURSUN, s. 341.

[206] EVİK, 2004, s. 207. İştirak konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: DUMAN; s. 223-230; DURSUN ÖZDEMİR, s. 277-281.

özelliği gereği iştirakte karşımıza çıkabilecek bazı konulara değinmekte yarar görmekteyiz:

Fail başlığı altında da belirttiğimiz üzere suç, çok failli bir suç değildir. Ancak, suçun birden fazla kimseyle birlikte işlenmesi de mümkündür.[207] Örneğin, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı veriler içeren bir raporun birden fazla kimse tarafından hazırlanması (denetleme şirketinde çalışan kimselerce ortaklaşa rapor hazırlanması);[208] bu nitelikteki bir söylentiyi birden fazla şirket yetkilisinin yapması veya yayması gibi. Tüm bu örneklerde raporu yazan kişiler, söylentiyi çıkaran veya yayan kimseler, bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu TCK md.37/1 uyarınca müşterek fail olarak işlemiş olurlar.

Suç dolaylı faillik kapsamında da işlenebilir.[209] Örneğin, ilgili şirket yetkilisinin bu nitelikte bir haber veya yayın yapması için iyi niyetli bir medya mensubunu kandırması, onu kullanması durumunda şirket yetkilisi suçu TCK md.37/2 uyarınca dolaylı fail olarak işlemiş olur.[210]

Şirket yetkilisinin bu nitelikte bir raporu hazırlaması için raporu hazırlamakla yetkili kimseyi veya haber veya yayın yapması için medya mensubunu menfaat karşılığında azmettirmesi durumunda, şirket yetkilisi de TCK md.38/1 uyarınca azmettiren,[211] azmettirme dışında, somut olayın özelliklerine göre yardım etmenin türlerinden birinin söz konusu olması durumunda ise TCK md.39/2 uyarınca yardım eden olarak sorumlu olur. Örneğin, bu nitelikte bir raporun nasıl hazırlanacağı konusunda yol gösteren kimsenin yardım eden, raporu hazırlayanın ise fail olarak sorumluluğuna gidilmesi gibi.[212]

Son olarak, TCK md.40/2 uyarınca özgü suça iştirak eden diğer kimselerin, ancak suça azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecek olmaları hususu da unutulmamalıdır.[213] Bu itibarla, ilgili şirket yetkilisinin

---

[207] DURSUN, s. 337.

[208] Aynı yönde bkz: DUMAN, s. 224-225; DURSUN ÖZDEMİR, s. 278-279.

[209] DUMAN, s. 227; DURSUN ÖZDEMİR, s. 280.

[210] DURSUN, s. 338.

[211] DUMAN, s. 228; DURSUN, s. 338; DURSUN ÖZDEMİR, s. 280.

[212] DURSUN, s. 338.

[213] DURSUN, s. 338-339.

şirkete ait yalan, yanlış veya yanıltıcı verileri, raporu hazırlayacak kişi veya kişilere vermesi, onların da bu verilere göre bu nitelikte bir rapor hazırlaması; bağımsız denetim kuruluşu yetkilisinin yaptığı denetimde tespit ettiği şirkete ait gerçeğe aykırı bilgi ve verileri şirket yetkisinin yönlendirmesi ile kasten saklayarak yalan, yanlış veya yanıltıcı bir rapor tanzim etmesi; ekonomi sayfasında yazılar yazan bir gazetecinin ya da internet üzerinden yayın yapan bir medya mensubunun ilgili şirket yetkisinin yönlendirmesi ile belirli bir hisse senedi, senedin ihraççısı şirket hakkında yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgiler vermesi, haberler yapması, çeşitli yorumlarda bulunması örneklerinde, raporu hazırlayan veya haberi yapan medya mensubu suçun faili, şirket yetkilisi ise TCK md 40/2 gereği azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabilecektir.

VI. YAPTIRIM VE MUHAKEME

A. Yaptırım

SerPK md 107/2'de yer alan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yaptırımı, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar para cezasıdır. Hem suçun tamamlanması bakımından menfaat şartı getirilmiş hem de işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun aksine hükmedilmesi olası para cezası için bu suçtan dolayı verilecek adli para cezasının miktarının, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamayacağı hüküm altına alınmış değildir.

Hapis cezasının alt sınırı üç yıl olduğundan alt sınırdan da olsa hapis cezasına hükmedilmesi durumunda, para cezasına çevrilmesi veya infazının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olmayacaktır.

SerPK'nun "*Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri*" başlıklı, "*106'ncı ve 107'nci maddelerde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*" şeklindeki 114/1'inci madde hükmü gereği, şartları gerçekleşmek kaydıyla 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.[214]

B. 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[215] benimseyerek SerPK'daki adli suçlara madde (görev) açısından bakacak mahkemeyi özel olarak düzenleme (ihtisas mahkemesi belirleme) gereği duyduğunu anlamaktayız.

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.[216]

Yer bakımından yetkideyse herhangi özel ve farklı düzenleme söz konusu olmadığından genel kurallar geçerli olacaktır. Yani öncelikle CMK'nun 12/1'inci maddesine göre suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacak, genel kuralın uygulanamadığı hallerde; CMK 12/2 uyarınca teşebbüste son icra

---

[214] SerPK'da ayrım yapılmamış olsa da bizce, bu tedbirler daha ziyade işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından uygulanabilecek tedbirlerdir.

[215] EVİK, 2004, s. 249.

[216] 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.

hareketinin yapıldığı yer, zincirleme suçta son suçun işlendiği yer mahkemesi gibi yedek kurallar devreye girecektir.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun yabancı bir ülkede yayımlanan bir gazetede de veya internet üzerinden Borsa İstanbul'da hisseleri işlem gören bir şirketin ekonomik durumu hakkında maddede sayılan şekilde hukuka aykırı olarak haber verilmesi, yorum yapılması, söylenti çıkarılması veya yayılması şeklinde yurtdışından da işlenmesi mümkündür.[217] Bu durumda o şirketin Türkiye'de işlem gören sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, değerlerinin veya yatırımcı kararlarının etkilenmesi tehlikesinin baş gösterip göstermediğine bakılmalı, olumlu neticeye ulaşılması durumunda, tehlike neticesi Türkiye'de gerçekleştiğinden, TCK md.8/1[218] uyarınca suçun Türkiye'de işlenmiş olduğu kabul edilmeli ve muhakeme buna göre yapılmalıdır.

C. 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 (varsa da bunun yayınlanmaması) önemli bir eksikliktir.

Hem mülga hem yürürlükteki SerPK'da yer alan bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna yönelik içtihatlarla ilgili yaptığımız araştırmada, suçun unsurlarından değinmeden sadece SerPK'da bahsi geçen "yazılı başvurunun" niteliğinin ne olduğu, mülga kanun döneminde işlenen suçlar hakkında yürürlükteki mi yoksa mülga kanun hükümlerinin mi uygulanması, bilirkişilerin neye göre tayin edilmesi gerektiği konularına yönelik usule ilişkin içtihatların yayınlandığını tespit ettik.[219]

---

[217] ERMAN, 1993, s. 140-141; TOSUN, s. 107.

[218] TCK md.8/2; "*Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır*" şeklindedir.

[219] Yargıtay 19. CD'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/18395 Esas, 2016/14177 Karar; 09.01.2017 tarih ve 2016 108 Esas, 2017/37 Karar; 18.01.2017 tarih ve 2015/30694 Esas, 2017/400 Karar; 20.05.2019 tarih ve 2019/22848 Esas, 2019/8568 Karar; CGK'nun 22.03.2022 tarih ve 2022/90 Esas, 2022/190 Karar sayılı kararları ve buna benzer diğer kararlar için bkz: https://kararara ma.yargitay.gov.tr/, (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

Doğrudan esasa ilişkin olmasa da esasa yönelik değerlendirmelere değinen sadece şu içtihada ulaşabildik:

"*... Ticaret A.Ş. ile ilgili olarak 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırı eylemleri bulunduğuna dair ihbarlar üzerine, Sermaye Piyasası Kurulu Denetleme Dairesi'nin ... tarihli ve ... Sayılı denetleme raporu hazırlanarak, ... tarihli halka arz izahnamesinde halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının değerini ve yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde ... Ticaret A.Ş.'nin hissedarı bulunduğu ... isimli alışveriş merkezinden elde edilen gelirlere dair eksik ve yanıltıcı bilgi verildiği, yine ... tarihli fiyat tespit raporunun şirketin gelirlerini ve değerini yüksek gösterecek şekilde hazırlandığı ve şirketin gerçek değerini doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmamasına yönelik fiilleri sebebiyle ... tarihli halka arz izahnamesinin tamamından sorumlu şirket yönetim kurulu başkanı ... ve yönetim kurulu başkan vekili ... ile halka arza aracılık eden ... Yatırım A.Ş. Genel müdürü ..., genel müdür yardımcısı ... ve fiyat tespit raporunu hazırlayan araştırma sorumlusu ... haklarında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulduğu, şikayete konu eylemlerin dair olduğu ... alışveriş merkezinin mülkiyetinin %56,77' sinin İller Bankasına, %43,23'ünün de ... isimli şirkete ait olduğu, ... şirketin %19 hissesine ... Ticaret A.Ş.'nin sahip olduğu, Uluslararası finansal raporlama standartları (Ufrs) kayıtlarına göre ... Ticaret A.Ş.'nin ... tarihleri arasında ... alışveriş merkezinin %100' ünü işlettiği, ... tarihleri arasında ise sadece İller Bankası'na ait olan %56,77' sini işlettiği, her iki dönemde ... alışveriş merkezinin hissedarları olan İller Bankasına ve ... Şirkete kira bedeli ödediği ve alışveriş merkezinde bulunan dükkanlardan kira geliri elde ettiği, ancak Uluslararası finansal raporlama standartları kayıtlarında görünen işletmecilik gelirlerinin büyük bir kısmın gerçekte elde etmediği, kira sözleşmesi feshedilen ve boşaltılan dükkanlara dair olarak da halen gelir tahakkuku altında dükkan kiralarını hasılat kaydetmeye devam ettiği, bu şekilde gelirlerini olduğundan fazla göstererek yanıltıcı bilgi verdiği, yine ... tarihli halka arz izahnamesinde yer verilmesi gereken ... alışveriş merkezine dair imar sorunları, satış süreci ve işletme sıkıntıları gibi hususlara yer verilmediği, izahnamenin bir eki olan ve ... Yatırım A.Ş. tarafından hazırlanan ... tarihli fiyat tespit raporunda ... alışveriş merkezinin sorunları nedeni ile alışveriş merkezi içerisinde kira geliri elde ediliyor görünen olan, bölüm ve dükkanların boşaltılmış veya terk edilmiş olduğuna ve*

çoğunluğundan herhangi bir kira geliri tahsilatı yapılamamasına rağmen bu durumun fiyat tespit raporunda dikkate alınmadığı ve sadece kira kontratlarına göre hareket edildiği, bu sebeple fiyat tespit raporunun da gerçeği yansıtmadığı, her ne kadar ... alışveriş merkezinin imar sorunları nedeni ile verilen yıkım kararı sonradan kaldırılmış olsa da önemli olan hususun alışveriş merkezinin yıkılması değil bu sebeple dükkanların boşaltılmış ve ... şirketinin elde edeceğini taahhüt ettiği kira gelirlerini elde edememesi olduğu, yine ... tarihli halka arz izahnamesi Sermaye Piyasası Kurulu tarafından onaylanmış ise de 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 6/1. maddesinin son cümlesinde yer alan "İzahnamenin onaylanması, izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmeyeceği gibi, söz konusu sermaye piyasası araçlarına dair bir tavsiye olarak da kabul edilemez." şeklindeki düzenleme uyarınca izahnamenin onaylanmış olması içeriğinin tamamen doğru olduğu anlamına gelmeyeceği, fiyat tespit raporunun hazırlandığı dönemde ... alışveriş merkezinde bulunan kiracıların bir kısmının sözleşmeleri feshettikleri, bir kısmının habersiz şekilde alışveriş merkezini terk ettikleri, bir kısmının kira faturalarını iade ettikleri ve kira bedellerini ödemedikleri, buna rağmen fiyat tespit raporunda söz konusu dükkanların dolu olduğu varsayılarak değerlendirme yapıldığı, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından aldırılan ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karara dayanak yapılan emekli Sayıştay Uzman Denetçileri tarafından üçlü bilirkişi raporunun bağlayıcı olmayıp somut olayda suç tarihinde yürürlükte bulunan 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu "Piyasa dolandırıcılığı" başlıklı 107/2. maddesinde yer alan "Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar." şeklindeki düzenleme gereğince şüphelilerin üzerine atılı suçu işlediklerine dair kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunduğu gözetilerek, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği... gerekçesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Ankara 5. Sulh Ceza Hakimliğinin ... değişik iş

sayılı kararının CMK'nın 309/4. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına, 09.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..."[220]

Gerek öğretiye gerek uygulamaya ışık tutması bakımından bizce, suçun esasına (özellikle de suçun unsurlarına) yönelik var olan içtihatların bir an evvel kamuoyu ile paylaşılması büyük önem arz etmektedir.

SONUÇ

6362 sayılı SerPK'nun 107/2'nci maddesinde düzenlenen bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu; "yatırımlarını sermaye piyasasında değerlendiren tasarruf sahiplerinin kararlarını ve borsada işlem gören menkul kıymetlerin değerini/fiyatını etkilemek amacıyla kamuyu aydınlatma ilkesi düzenlemelerine aykırı olarak gerçek olmayan bilgiler vermek, söylenti çıkarmak, haber veya yorum yapmak ya da bu yönde rapor hazırlamak veyahut da bunları yaymak şeklinde aldatıcı (manipülatif) hareketler yapmak suretiyle menfaat sağlamak" şeklinde tanımlamaktayız.

Suç ile kamuyu aydınlatma ilkesinin tesisi ile öncelikle ve özellikle sermaye piyasasına yönelik güvenin, bunun yanı sıra milli ekonomi ve yatırımcıların mali haklarının korunması amaçlanmaktadır. Hareketin önemi bakımından sadece maddede sayılan hareketlerden biri ile işlenebildiğinden bağlı hareketli, hareketin şekli bakımından yine kural olarak sadece maddede sayılan icrai hareketlerle işlenebildiğinden icrai, hareketin sayısı bakımından da seçimlik hareketli bir suç olup, suç; bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak, rapor hazırlamak ya da bunları yaymak hareketleri ile yapılarak işlenebilir.

Sermaye piyasası araçlarına yönelik yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, yorum yapmak veya ya da bunları yaymak şeklindeki hareketleri herhangi bir kimse gerçekleştirebileceğinden, bu hareketler açısından özgü suç değildir. Buna karşılık, haber vermek veya rapor hazırlamak hareketlerini sadece belirli kimseler yapabilir bu nedenle bu hareketler bakımından özgü suçtur. Suçun mağduru ise dar anlamda suça konu işlemler neticesinde menfaatleri ihlal edilen bireysel yatırımcılar ile halka açık şirketler, geniş anlamda ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir.

---

[220] Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 09.01.2017 tarih ve 2016/108 Esas, 2017/37 Karar sayılı kararı için bkz: www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

SerPK md.107/2'ye 6637 sayılı Kanunla eklenen "*bu suretle menfaat sağlayanlar*" ibaresinin niteliği konusunda öğretide farklı görüşler mevcut olup, kanaatimizce bu cümle maddeye eklenen farklı ve yeni bir seçimlik hareket ya da objektif cezalandırılabilirlik şartı değil, suçun neticesidir. Yapılan bu değişikliğin gerekçesi olarak ileri sürülen; "*Bu yeni düzenleme ile söz konusu amacın, fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılacağı*" değerlendirmesinin, bu şekildeki bir maddi bir menfaatin tayin ve tespitinin son derece güç olup, suçu somutlaştırmaktan ziyade uygulanma imkanını son derece azaltarak, bu suçla mücadeleyi zayıflatacağını düşündüğümüzden, yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

Bu yeni düzenleme her ne kadar suçun bir zarar suçu haline getirildiği izlenimi verse de suç bizce, neticesi açısından hâlâ tıpkı ESerPK'daki ve işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçundaki gibi bir tehlike suçudur. Suç neticesi açısından tehlike suçu ve TCK'da yer alan dolandırıcılık suçunun özel bir türü olduğundan, bünyesinde niteliği gereği aldatma/hileyi de barındırmaktadır. Bu itibarla, suça sebebiyet verebilecek seçimlik hareketin, "yalan, yanlış veya yanıltıcı olmak" ve "uygunluk" yönünde iki niteliği bulunmaktadır.

Maddeye menfaat elde etmiş olmak şartının eklenmesine karşın işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından geçerli olan SerPK md 107/3'teki özel etkinlik pişmanlık düzenlemesinin bu suç açısından geçerli olmadığını görmekte, ancak aynı maddede yer alan bir suç için geçerliyken diğeri açısından neden geçerli olmadığı yönünde, gerekçede de hiçbir açıklama olmadığından tatmin edici bir yorumda bulunamamaktayız.

SerPK md 107/2'deki düzenlemenin bu eleştiriler çerçevesinde yeniden ele alınması, öğreti ve uygulamaya yol göstermesi bakımından Yargıtay'ın bir an evvel özellikle suçun unsurlarına yönelik içtihatları kamuoyu ile paylaşmasının yerinde olacağını değerlendirmekteyiz.

KAYNAKÇA

AKSOY Zeki, **İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu**, Seçkin, Ankara, 2018.

ALTINTAŞ Berra, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri**, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1988.

ANTOLISEI Francesco, **Dritto Penale: Parte Speciale**, C. II, y. y., 1999.

AZZALI Giampiero, **Aggiotaggio**, Enciclopedia del Diritto, C. I, y. y., 1990.

BAYRAKTAR Köksal, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İÜHF Yayını, 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.

BLOOMENTHAL H. Harold / OWEN Roberts, **Securities Law Handbook**, West Group, St. Paul-Minnoseta, 1998.

CARRARA, **Programme del Corso di Diritto Criminale (Parte Speciale)**, 11. Bası, C: I, Floransa, y.y., 1923.

CEVİZCİ Ahmet, **Felsefe Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma, 2002.

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, 14. Bası, Beta, İstanbul, 1999.

DÖNMEZER Sulhi, "Yalan Haber ve Havadisler Yaymak Suçu", **Tahir Taner'e Armağan**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1956.

DUMAN Buminhan, **Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu**, Adalet, Ankara, 2020.

DURSUN ÖZDEMİR Gizem, **Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları**, Seçkin, Ankara, 2022.

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

English-Turkish Modern Business World Dictionary, İstanbul, Cem, 1994.

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 / ÖZEK Çetin, **Kamunun Güvenine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1996.

ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.

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

ERMAN Sahir / ÖZEK Çetin, **Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995.

EVİK Ali Hakan, "Bilgi Suiistimali Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2019, ss. 163-214.

EVİK Ali Hakan, "Hileli İflas Suçunda, "Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 9, S. 2, 2013, ss. 1087-1100.

EVİK Ali Hakan, "İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2023a, Beta, İstanbul, ss. 89-168.

EVİK Ali Hakan, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Piyasa Bozucu Eylemler" Başlıklı 104'üncü Maddesi Üzerine Düşünceler", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2023b, S. 52, Seçkin, Ankara, ss. 263-299,

EVİK Ali Hakan, **Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

EVİK Ali Hakan, **Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları**, Ankara, Seçkin, 2004.

EVİK Vesile Sonay, **Görevi Kötüye Kullanma-Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Özel Ceza Hukuku Cilt IX, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

FIORE Carlo, **Diritto Penale Parte Generale**, y.y., Torino, 1993.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah P., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. II, 5. Bası, Kazancı, İstanbul, 1990.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah P., **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. III, 5. Bası, Kazancı, İstanbul, 1990.

İÇEL Kayıhan / ÜNVER Yener, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul.

İÇEL Kayıhan, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Tebliğlerine Aykırılık Suçu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVI, S. 1-4, 1998, ss. 109-114.

İÇEL Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul, Beta, 2023.

İŞGÜDEN Tamer / Turanlı Rona, **Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü**, 2. Bası, İstanbul, Bilim ve Teknik, 1992.

KABAALİOĞLU Haluk A, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İktisadi, İstanbul, 1985.

KANGAL Zeynel, **Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2003.

KARABABA Serdar, **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2001.

KARGI Nihal, **Ekonomik Kalkınma Tasarruf ve Sermaye Piyasası İlişkileri: Türkiye Örneği**, No: 115, SPK Yayınları, Ankara, 1998.

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.

KUNTER Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket-Netice-Sebebiyet Alakası)**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1954.

KÜÇÜKSÖZEN Cemal, **Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1999.

KÜTÜKÇÜ Doğan, "Halka Açık Şirketlerin Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Etmeleri Nedeniyle Doğan Sorumluluklar", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 78, S. 2004-1, ss. 33-42, 2004.

La CUTE Giuseppe, **Le Ipotesi Normative Del Delitto Di Aggiotaggio**, S. Maria, C: V., 1978.

Longman Active Study Dictionary, Spain, Longman, 2000.

Longman Dictionary of Contemporary English: The Living Dictionary, Yeni Bası, İtalya, Longman, 2003.

Macmillan English Dictionary (For Advanced Learners), 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.

MEMİŞ Tekin / TURAN Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 5. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

Meydan Larousse, C: III, İstanbul, Meydan, 1970.

Meydan Larousse, C: XII, İstanbul, Meydan, 1973.

MUSCO Enzo, **Le Frodi Sul Mercato Dei Valori Mobiliari**, Trattato Dele Societa Per Azioni, y. y., Torino, 1994.

ÖNDER Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994.

ÖZEK Çetin, "Temel Haklar ve Özgürlükler", **Türkiye'nin Demokratikleşme Sorunu Sempozyumu I**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1996.

ÖZEK Çetin, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa, 2000.

ÖZEK Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İÜHF Yayını, İstanbul, 1978.

PEDRAZZI C, **Problemi Del Delitto Di Aggiotaggio**, y.y., Torino, 1958.

PEDRAZZI C., **Inganno ed Errore nei Delitti Contro Il Patrimonio**, Milano, y.y., 1955.

PROCACCIANTI Teresa, **Aggiotaggio Su Strumenti Finanziari, Dizionario Dei Reati Sontro L'economia a Cura Di Giulio Marini**, Milano, Giuffre, 2000.

PÜSKÜLLÜOĞLU Ali, **Türkçedeki Yabancı Sözcükler Sözlüğü**, 2. Bası, Ankara, Arkadaş, 2001.

RATNER L. DAVİD / LEE HAZEN THOMAS, **Securities Regulation (Cases and Materials)**, 5. Bası, West Publishing Co., St. Paul-Minnoseta, 1996.

ROSSI A., "Insider Trading e Manipolazione del Mercato Mobiliare", **Rivista Penale Dell'economia**, y. y., 1993.

ROSSI G., **Insider Trading E Manipolazione Del Mercato Mobiliare**, Rivista Penale Dell'Economia, y. y., 1993.

SABATINI, **Istituzioni di Diritto Penale: Parte Speciale**, 3. Bası, C: II, Catania, y.y., 1947.

SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, C. II, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1999.

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.

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 / 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**, İMKB Yayınları, İstanbul, 1996.

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.

TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.

TOSUN Öztekin, **Fiyat Nizamını İhlal Suçları**, No: 11, İÜHF Yayını, İstanbul, 1960.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük (K-Z), C. II, Yeni Bası, C. II, 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.

ULAŞ Sarp Erk, **Felsefe Sözlüğü**, Ankara, Bilim ve Sanat, 2002.

ÜNAL Targan, **Dünya'da ve Türkiye'de Menkul Kıymet Borsaları**, İstanbul, İTO Yayınları, 1990.

Webster's New World College Dictionary, 3. Bası, Completely Updated, USA, Macmillan, 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.

YILDIRIM Abdurrahman, **Borsanın ABC'si Ayılar, Boğalar ve Paranız**, Bilgi, İstanbul, 1990.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 1996.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 65-98

ANAYASAYI SİSTEMİK PERSPEKTİFTEN OKUMAK: LUHMANN'DA YAPISAL BAĞLANTILAR VE PARADOKSLAR(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Aydın ATILGAN**(**)

Öz: Alman sosyolog Niklas Luhmann (1927-1998), "sistem teorisi" veya "sosyal sistem teorisi" olarak bilinen kapsamlı bir sosyal teori geliştirmiş ve bu teori ile toplumu, her biri kendi operasyonları, iletişim süreçleri ve işlevsel bileşenleri olan farklı sosyal sistemler arasında karmaşık ve birbirine bağlı bir ağ olarak anlamaya odaklanmıştır. Luhmann'ın sistem teorisi, iletişim kavramına ve iletişimin farklı sosyal sistemlerin ortaya çıkmasına ve sürdürülmesine nasıl katkıda bulunduğuna önemli bir vurgu yapmaktadır. Sistem teorisinde siyasal ve hukuksal sistemler arasında bir yapısal bağlantı olarak nitelendirilen "anayasa" ise, teorinin görünürde merkezi bir konusu olmamakla birlikte, günümüzün özellikle "transnasyonel anayasacılık" tartışmaları açısından teorinin önemli ve ciddi bir potansiyele sahip katkılarından birini oluşturmaktadır. Bu makale, Luhmann'ın kendine özgü teorisinin hukuk ve siyaset alanındaki önemli çıktılarından biri olan anayasanın toplumsal sistemler arası bir "yapısal bağlantı" olarak ele alınmasının, anayasa hukuku literatüründeki yerini ve potansiyel katkılarını açıklamayı ve sorgulamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sistem Teorisi, Anayasa, Luhmann, Sistem, Yapısal Bağlantı.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 05.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 12.04.2024.

(**) Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Lefkoşa - KKTC,
E-posta: aydin.atilgan@baucyprus.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-7723-0558.

READING CONSTITUTIONS THROUGH THE SYSTEMIC PERSPECTIVE: STRUCTURAL COUPLINGS AND PARADOXES IN LUHMANN'S WORK

Abstract: Niklas Luhmann, a prominent German sociologist from 1927 to 1998, formulated an extensive social theory referred to as "systems theory" or "social systems theory". The theory aims to comprehend society as an intricate and interrelated network of diverse social systems, each having distinct operations, communication processes, and functional elements. Luhmann's systems theory prioritises the notion of communication and its role in the formation and maintenance of diverse social systems. The "constitution", which is characterized as a structural coupling between political and legal systems in systems theory, is not ostensibly a central topic of the theory, but it constitutes one of the significant and potentially serious contributions of the theory, particularly in today's debates on "transnational constitutionalism". This article seeks to explain and examine the role and potential contributions of the constitution as a "structural coupling", a significant concept derived from Luhmann's distinctive theory in the realm of law and politics, within the constitutional law literature.

Keywords: Systems Theory, Constitution, Luhmann, System, Structural Coupling.

GİRİŞ

Niklas Luhmann, Jürgen Habermas ile birlikte 20. yüzyılın son çeyreğinde Almanya'da sosyal teori alanına damga vuran en önemli düşünürlerden olmakla birlikte, Alman akademik yazın dünyasının dışındaki etkisi sınırlı olmuştur. Bu durumun başlıca sebepleri arasında Luhmann'ın eserlerini genellikle Almanca yazıp yayımlaması gösterilmekle birlikte; teorisinin genişliği ve buna bağlı karmaşıklığı, ampirik verilere pek rağbet göstermeyen anlatımının zorluğu ve metodolojik olarak alışılagelen düşünsel örüntüleri yansıtmamasının daha belirleyici olduğu ileri sürülmektedir. Yaşamı süresince elliden fazla kitap ve çok sayıda makale yazmıştır.[1] Ancak, Luhmann'ın sistem teorisinin siyaset felsefesi ve sosyolojisi alanında çok rağbet görmeyen bir konu olmasının bir başka sebebi olarak politik açıdan normatif perspektifler barındırmaması ön plana çıkmaktadır. Bu sebeple, Luhmann ve sistem teorisi hakkında yapılan çalışmalar hala büyük ölçüde teorinin tefsiri (*exegesis*) üzerinedir.

Luhmann'a göre aydınlanma yanlış yorumlanmıştır; insan aklını merkeze alıp modern dönüşümü insan rasyonelliğinin bir sonucu olarak görmek hatadır. Modern toplumun taşıyıcısı insanlar değil toplumsal sistemlerdir. Bu nedenle de, aşkınsallaşmış insan rasyonalitesi yerine, olumsallığa dayalı, farklı biçimleri bulunan sistem rasyonaliteleri üzerinden toplumsal gelişimi okumak gerekir.[2] Diğer bir deyişle, liberal rasyonel hukuk öznesi olan birey rasyonalitenin kaynağı olarak ele alınamaz. Sistem rasyonalitesinin ise durağan ve değişmez bir formu yoktur; sürekli kendini yenilemektedir. Bu bağlamda, Luhmann insan aklının toplumsal her sorunun çözümünün anahtarı olarak belirlenmesini kabul etmemektedir. Bu tür yaklaşımları, toplumun tüm üyelerinin taşıdığı var sayılan, idealize edilmiş kişilik algıları üzerine kurulu; dolayısıyla indirgemeci ve karşı-olgusal olarak nitelendirmektedir.[3] Bu açıdan, Luhmann'ın nedensellik üzerine kurulu normatif siyaset teorileriyle çatışma içinde olduğu söylenebilir. Ancak bu durumu Luhmann'ın aydınlanma karşıtı olduğu şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Toplumu

---

1 PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS Andreas, **Niklas Luhmann: Law, Justice, Society**, Routledge, Oxford, 2009, s. 29.

2 LUHMANN Niklas, **Die Gesellschaft der Gesellschaft (1. Band)**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998a, s. 183.

3 THORNHILL Chris, "Niklas Luhmann's Political Theory: Politics after Metaphysics?", **Luhmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications**, Routledge, 2006, ss. 75-100.

dini ve metafizik referanslarla anlamayı reddetmek bakımından aydınlanma ile barışık olduğu söylenmelidir. Fakat Luhmann'ın eserleri moderniteyi yeni bir rasyonaliteye oturtma amacını güder. Bu bakımdan, aydınlanma rasyonalitesinin birleştirici ve metafizik biçimler kazanmasına itirazları vardır.[4] Bununla birlikte, Çataloluk'un belirttiği gibi, özne yitimi, toplumun merkezsizliği ve olumsallık gibi teorinin başat unsurlarının postmodern bir eğilimi yansıtmasına karşın, Luhmann postmodern bir evrede yaşadığımız fikrini de reddeder.[5] Modern toplum, aşağıda tartışılacağı üzere, toplumun sistemik işlevsel ayrışmasını imler ve söz konusu işlevsel ayrışma toplum için halen belirleyicidir.

Öte yandan, Luhmann'ın sistem teorisinin kullanım alanını sınırlayan, yalnız deskriptif bir teori olduğu görüşünü gözden geçirmek gerekir. Moeller genel kabulün aksine, Luhmann'ın sistem teorisinin yalnızca deskriptif bir teori olarak ele alınamayacağını, ama Marksizm gibi eleştirel anlamda normatif bir teori olarak da görülemeyeceğini belirtir. Luhmann'ın eleştirelliğinin anlamı, yargı belirten yaygın kullanımından farklı olarak, ortaya koyduğu bu yeni rasyonalite iddiasında yatmaktadır. Bu yaklaşım ise, Moeller'e göre başlı başına radikal bir eylemdir.[6] Luhmann'ın teorisinde, eleştirinin yerini "gözlem" (*observation*) kavramı alır. Bu kapsamda, aynı konunun farklı bağlamlarda gözlemlenmesi söz konusu olabilir. Eleştirel gözlem, ikinci derece gözlemden (ya da gözlemin gözlemlenmesi) farklıdır. Eleştirel gözlem sürecinde gözlemci ikincil gözlem olasılığının koşullarını kendi pozisyonu üzerinden gözlemlemektedir.[7] Sistem teorisinde bu tür bir eleştirellik mevcut değildir. Thornhill ise, sistem teorisinde yeni bir rasyonalite iddiası ile saklı duran bu normatif yaklaşımı "normatif olmayan normatiflik" olarak tanımlamaktadır.[8]

Buradan hareketle, bu makalenin amacı, Luhmann'ın modern topluma dönük farklı bir rasyonalite kurma iddiasını, hukuk ve siyaset alanlarındaki eserlerinde gözlemlemek; sistem rasyonalitesinin anayasa tartışmaları ve devlet kuramları ile kesiştiği alana odaklanarak, onu bir anayasa teorisi ola-

---

4 THORNHILL, 2006, s. 76.

5 ÇATALOLUK Gökçe, **Hukuk Sistemi ve Autopoiesis**, XII Levha Yayıncılık, Istanbul, 2012, s. 217.

6 MOELLER Hans-Georg, **The Radical Luhmann**, Columbia University Press, New York, 2011.

7 PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, s. 21.

8 THORNHILL, 2006, 89.

rak okuma imkanlarını tartışmaktır. Böylece, anayasa hukukçularının geleneksel referans noktalarından birini oluşturmayan sistem teorisinin, aslında merkezi unsurlarından biri de olmayan anayasalar ile ilişkiselliği de ortaya konulmuş olacaktır. Sistem teorisi ve bu teoriyi yeniden inşa etme çabasındaki akademik yaklaşımlar, genel olarak hukukun evrensel anlamda tekliği ve hukukun toplumu entegre edici ve şekillendirici gücünü ön plana çıkaran anlayışı reddetmektedirler. Bu açıdan, günümüzde ulusal ve ulusötesi anayasa tartışmalarına sistem teorisinin sunduğu alternatif rasyonalite imkanlarıyla katılan yeni sistemik yaklaşımların güncelliği de bu metin için destekleyici nitelikte olacaktır.

Türkçe akademik hukuk yazınında son yıllarda Luhmann ve sistem teorisi ile ilgili eserler verilmiş olmakla birlikte,[9] teorinin her bağlamda değişebilen kapsamı ve karmaşıklığı göz önünde bulundurularak, metnin ve bağlamının okunmasını kolaylaştırmak amacıyla, aşağıda öncelikle sistem teorisinin kurucu ve başat unsurlarına yer verilecek, ardından bunların anayasa hukuku problemleri ile birleştiği yer açıklığa kavuşturulacaktır. Sistem teorisi merkezine aldığı olgular ve süreçlere ilişkin özel bir kavramsal dağarcığa sahip olduğu için, bunların teorinin spesifik bağlamı içinde açıklanmasına özellikle dikkat edilecektir. Son olarak, Luhmann'ın sistem teorisinin anayasa hukukundaki güncel birtakım konularda nasıl bir role sahip olabileceği, sistem teorisinden yararlanan bazı yazarların (Teubner, Thornhill) yaklaşımlarıyla beraber tartışılacaktır.

I. ANAYASANIN TANIMLANMASI PROBLEMİ: "KURUCU UNSUR" OLARAK ANAYASA

Aydınlanmadan itibaren, bir anayasanın hukuksal ve siyasal niteliği ve ne gibi işlevlere sahip olduğu konusunda farklı yaklaşımlar mevcut olmuştur. Grimm'in belirttiği gibi, anayasanın hangi işlevsel unsurunun anayasa tanımına neden dahil edildiği ya da edilmediği bugüne kadar netlikle ortaya konulmamıştır.[10] Anayasayı tanımlarken bu tanımları tipolojilere oturtmak, anayasa hukukunun esas amaçlarından olmasa da, başka problemler bağla-

---

[9] Hukuk alanında sistem teorisine ilişkin verilen geniş kapsamlı bir eser için bkz. ÇATALOLUK, 2012; ayrıca hukuk ve güven ilişkisi üzerine, Luhmann'ın ilgili yazınından yararlanılarak yazılmış kavramsal bir çalışma için bkz. ÇATALOLUK Gökçe, **Bir Hukuk Paradoksu olarak Güven**, XII Levha Yayıncılık, Istanbul, 2021.

[10] GRIMM Dieter, "Types of Constitutions", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, Oxford University Press, Oxford, s. 99.

mında ilgili literatürün parçası olmuştur. Bu bakımdan anayasaların üzerine yerleştiği kültürel bağlamlar ve içerikleri dolayısıyla farklı "kimlik"lere sahip oldukları ifade edilebilir.[11] Geleneksel anayasa teorilerine bakıldığında, anayasanın siyasal alanın üzerinde yer alan ve onu sınırlayan, hukuksal niteliğinin ön planda olduğu bir metin olarak anlaşıldığı görülür.[12] Bu bağlamda en önemli yaklaşımın toplum sözleşmesi olduğu söylenebilir. Sözleşmeci bakış açılarında anayasanın siyasal ve hukuksal sistem üzerindeki "kurucu" rolü ön plandadır. Anayasaların söz konusu kurucu rolünü Fransız Devrimi ile vücut bulan ve iktidarın kaynağını dönüştüren halk egemenliği mefhumuyla birlikte düşünmek gerekir.[13] Diğer yandan, anayasanın birçok batı dilindeki karşılığının temelinde yer alan Latince "constiutio" sözcüğünün kökeninin, "kurmak" anlamına gelen "statuo" sözcüğünden geldiğinin altını çizmek yerinde olur.[14]

Bu kurucu işlevi tarihsel bağlamda tamamlayan bir şekilde ifade etmek gerekirse, Grimm'in belirttiği gibi, anayasanın belli tarihsel koşullar altında ortaya çıkmış ve yine belli koşullara bağlı olarak tarihsel süreç içerisinde yok olması söz konusu olabilecek, siyasal iktidarın hukuksallaşması süreci olarak tanımlanması uygun olacaktır.[15] Anayasa kavramı farklı anlamlar içerecek şekilde Antik Yunan'dan beri var olsa da; Fransız ve Amerikan modellerine dayanan modern anayasalar, ortaçağ hükümdarlarının iktidarını sınırlandırmak üzere ortaya çıkan temel yasalardan (*leges fundamentales*) farklı bir işlevi yerine getirmek üzere ortaya çıkmıştır. Bu işlev, iktidarın meşruiyetine bir temel sağlamaktı ve anayasaların diğer tüm hukuk normlarının üzerinde hiyerarşik bir üstünlüğe kavuşmasıyla gerçekleşecekti.[16]

Hukuksal kimliği ile düşünüldüğünde, anayasa yasallık ilkesinin meşru zeminini oluşturmaktadır.[17] Bu bağlamda Kant için anayasa, yasama süreçle-

---

11 ROSENFELD Michel, "Constitutional Identity", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, s. 758.

12 PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, s. 142.

13 BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 161.

14 HASEBE Yasuo / PINELLI Cesare, "Constitutions", **Routledge Handbook of Constitutional Law**, Routledge, Oxford, 2013, s. 9.

15 GRIMM Dieter, **Constitutionalism: Past, Present, and Future**, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 3.

16 GRIMM, 2012, s. 102.

17 LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri** (çev. D.Ç. Sever / K. Turanlı) Dipnot Yayınları, Ankara, 2018, s. 235.

rinin oluşumunda kurucu bir işleve sahiptir. Söz konusu kurucu işlev bağlamında anayasalar üç temel ilkeye dayanmak durumundadır: Tüm insanların özgürlüğü, ortak bir yasama sistemi ile herkesin birbirine bağımlı olması ve herkes için hukuksal eşitlik. Anayasalar hak temelli, saf bir kökene dayanmaktadırlar.[18] Amerikan siyaset kuramcısı Thomas Paine ise anayasayı devletin kurucu unsuru olarak görür. Anayasa devletin bir eseri değil; halk iradesine dayalı olarak oluşturulan, devletin temeli olan somut bir belgedir. Devlet, anayasaya uygun olarak yönetilir. Nasıl ki, yargı organları yasaları değiştiremeyip yalnızca onları uygulamakla yükümlüyse, devlet de anayasa karşısında aynı yükümlülükle karşı karşıyadır.[19] Anayasa olgusunu tarihsel bir bakış açısıyla, geç orta çağdan çıkış sürecinde "anayasal bir programın gerçekleştirilmesi" çerçevesinde ele alan Dieter Grimm, siyasi iktidarın meşru kuruluşu zeminine dikkat çeker: Meşruiyet kaynağını halktan almak zorundadır.[20]

Monarşinin yetkilerini kısıtlama amacı güden ilk anayasalar, bölünmüş bir egemenlik sorunuyla karşı karşıya kalmışlardı. Bu sorunu aşmanın bir yolu olarak anayasanın egemen olduğu, iktidar sahiplerinin ise bu egemene tabi olduğu bir formülü hayata geçirmeyi tercih ettiler. Bu yaklaşım, aynı zamanda devletin egemeninin kişiliğinden bağımsız, hukuki kişiliği olan bir üst kurum olarak yeniden oluşturulmasıyla sonuçlandı.[21] Diğer yandan, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 yılında verdiği ünlü Marbury v. Madison kararıyla yasaların geçerliliği konusunda Yüksek Mahkeme'nin yargısal denetim yetkisinin tanınmasıyla birlikte, anayasaların hukuk sistemi üzerindeki kurucu rolü kabul edilmiş oldu. Böylece, anayasanın diğer tüm hukuk kurallarının üstünde bir "temel yasa" olduğu benimsenirken, siyasal fonksiyonu da ikinci plana itilmiş olmaktaydı. Önemle belirtmek gerekir ki, anayasaların tarihsel açıdan kavramsallaştırılması da öncelikle yargısal süreçlerin belirleyici olduğu bir dönemde söz konusu olmuştur.[22]

Öte yandan, toplum sözleşmesi fikri için anayasalar siyasal ve hukuksal konumlarının ötesinde, toplumsal bir aradalığı sağlayan değerlerin toplandı-

---

18 KANT Immanuel vd., **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Yale University Press, New Haven, 2006, s. 74.

19 PAINE Thomas, **Rights of Man, Common Sense, and Other Political Writings**, Oxford University Press, Oxford, 1995, s. 123.

20 GRIMM, 2016, s. 22.

21 BÖCKENFÖRDE, s. 158.

22 LOUGHLIN, s. 249.

ğı bir alanı ifade etmektedir. Anayasa kimi zaman, Smend tarafından ifade edildiği gibi değerler aracılığıyla toplumsal entegrasyonun bir aracı olarak görülmüştür; kimi zaman Schmitt tarafından belirtildiği gibi, pozitif hukuk normu haline gelmesini önceleyen, siyasi birliğin statik-temel noktasının temsili olarak betimlenmiştir.[23] Anayasaların sözleşmeci anlamda kurucu rolü çerçevesinde bakıldığında, anayasaya kimi zaman "kurtarıcı", kimi zaman ise "muhafazakar" bir işlev yüklenebilmektedir; anayasa değişiklikleri de bu minvalde nitelendirilebilmektedir. Luhmann'ın anayasa teorisi çerçevesinde ele alınabilecek katkısı ise daha ziyade epistemolojiktir. Luhmann'ın anayasa öğretisine katkısını, Durkheim, Weber ve Weimar teorisyenlerini (Smend, Heller, Schmitt) de kapsayan ve genel olarak anayasal meşruiyet arayışlarını yansıtan "anayasa sosyolojisi" çalışmaları altında ele almak gerekir. Bu çalışmalar İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığın belli dönemlerde hız kazanması ve liberal demokratik sistemlerde toplumsal meşruiyetin kurucu unsuru olarak görülmesi ve ayrıca anayasal düzenler arasında yakınsamaların ortaya çıkmasıyla yeniden önem kazanmıştır.[24] Ancak bu makalede ele alınacak olan esas unsur, yukarıda belirtilen isimlerin aksine, Luhmann'ın siyasal meşruiyet için anayasanın kurucu rolünü reddeden alternatif yaklaşımıdır. Bu yaklaşımı anlayabilmek için ise, Luhmann'ın modern toplumu farklı bir rasyonalite üzerinden anlamayı öngören sistem teorisinin başlıca unsurlarına yer vermek gerekecektir.

Luhmann, anayasanın kurucu unsur olarak ele alınmasını geleneksel anayasa doktrinlerinin normatif yaklaşımının ürünü olarak betimler.[25] Anayasayı kurucu unsur olarak ele almak, onun etrafında, ona uygun ve ona karşı sonuçları ortaya çıkaran davranışsal beklentileri meydana getirmektedir. Luhmann'a göre bu durum, 20. yüzyılın doktriner çalışmalarından sonra sosyal bilimlerin anayasa olgusuna yönelik ilgisizliğinin sonucudur. Anayasanın öteden beri geleneksel doktriner yaklaşımlar etrafında anlaşılagelmesi, anayasa metinleri ile gerçekliği arasında bir uçurumun oluşmasına sebep olmaktadır.[26]

---

23 BÖCKENFÖRDE, s. 166.

24 BLOKKER Paul, "Sociology of constitutional law and politics", **Research Handbook on the Sociology of Law**, Edward Elgar Press, Oxford, 2020, s. 230.

25 Bu noktada Jelinek, Smend, Heller, Schindler ve Schmitt'in anayasa teorilerine atıf yapmaktadır. LUHMANN Niklas, "Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems (1. Teil)", **Der Staat**, C. 12, S. 1, 1973, s. 1.

26 LUHMANN, 1973, s. 2.

Burjuva toplumunun doğuşuyla birlikte, devlet ve toplum arasındaki ayrım, siyasetin toplumdaki öncelikli statüsünü ekonomik ilişkilere bırakmasına tepki olarak ortaya çıkmıştır. Toplumun kollektif eyleme geçmesini sağlayan ahlaki bedenini kaybetmesi, harekete geçme yetkisini sahiplenen devletin yeniden inşasını gerektirmekteydi. Fakat Luhmann'a göre bu durum devlet-toplum ayrımını sistemsel bir farklılıkmış gibi ortaya koymayı gerektirmez; böyle bir ayrım yapaydır. Siyaset modern toplumlarda toplumsal sistemin bir alt sistemidir; dolayısıyla onun ekonomik, hukuk, din vb. sistemlerle olan ilişkilerine yoğunlaşmak gerekir. Anayasal doktrinin devlet-toplum ayrımı ile hareket etmesinin başlıca sebebi ise, devlet ve toplumun bu özgün konumlanışını, yani farklılaşmış olanın bütünlüğünü açıklayan bir kavramın mevcut olmamasıdır. Bu nedenle devleti toplumla birlikte içine alan bir sosyal sistem teorisinin gerekliliğine vurgu yapar.[27] Böyle bir yaklaşım içinde, anayasanın hak ve ödevlerden kurulu bir üst düzen olması değil, hangi toplumsal işlevi yerine getirerek bu yüksek konumunu elde ettiği sorgulanmalıdır.[28] Aşağıda ele alınacağı üzere Luhmann, anayasaları toplumsal sistemlerin merkezi bir konusu olmaktan ziyade, sistemler arası iletişimi kolaylaştırmaya yarayan bir "yapısal bağlantı" olarak ele alır. Bu noktada, öncelikle sistem teorisinin son derece özgün yapısal arka planını, sistem-çevre ilişkileri bakımından açıklamak gerekecektir.

II. LUHMANN'IN SİSTEM TEORİSİNDE TOPLUMSAL SİSTEMLER VE ÇEVRE İLİŞKİLERİ

Luhmann'ın sistem teorisi, bir dönem yanında çalışma yürüttüğü Talcot Parsons'tan etkilenmiş olup günümüz işlevsel sosyolojisine önemli bir katkıyı oluşturmaktadır.[29] Sosyal teoriyi insan-merkezli bir teori olmaktan çıkarmayı hedefleyen yönüyle anılsa da, diğer işlevsel sosyoloji teorileri gibi "insansız" bir teori olmasından ötürü eleştiriler almıştır.[30]

Luhmann'ın 1960'larda ortaya koyduğu ilk dönem eserleri daha ziyade, Aydınlanmayı iletişimsel bir rasyonalite çerçevesinde yeniden oluşturmaya çalışan Habermas'a dönük eleştirileri üzerine kuruludur. Habermas ve taraftarlarına göre Luhmann, toplumun sorunlarına yanıt üretmekten uzak, normatif bir

---

27 LUHMANN, 1973, s. 5.

28 LUHMANN, 1973, s. 18.

29 BORCH Christian, **Niklas Luhmann**, Routledge, London, 2011, s. 5.

30 MOELLER, 2011, s. 18; ÇATALOLUK, 2012, s. 210.

içeriği olmayan, teknokratik ve muhafazakar düşünceler üretmekteydi. Luhmann'a göre ise Habermas, günümüzün hızla değişen dünyasında artık geçerli olmayan, baskıcı yapısal oluşumlardan kopuş yoluyla özgürleşme nosyonuna takılmış ve toplumsal düzenin karmaşasını ortaya koymaktan uzakta kalmıştı.[31] Bu tartışma çerçevesinde, 1970'lerden başlayarak uzun bir süre muhafazakar bir sosyoloji teorisyeni olarak nitelenen Luhmann'ın, Habermas etkisinin görece azaldığı 2000'lere gelindiğinde Almanya'daki izleyicileri tarafından avangart ve ilerlemeci bir düşünür olarak nitelenmeye başladığı görülür.[32]

Luhmann'ın temel sorusu toplumsal düzenin nasıl mümkün olduğundan ziyade "sosyal sistemlerin kendilerini nasıl mümkün kıldıklarıdır".[33] Luhmann, kullandığı sistem kavramının çoğu hukuk teorisinde kullanılan koordine edilmiş kurallar bütünü anlamından farklı bir anlam taşıdığını özellikle vurgular. Luhmann'ın teorisinde sistem "olgusal olarak yürürlüğe konulmuş operasyonlar bağlamı"dır. Söz konusu bağlam, normlar ve değerler tipolojisi üzerine değil, sistem ve çevre ilişkileri arasındaki ayrıma dayalıdır.[34] Modern toplumlardaki işlevsel ayrışmanın temelini oluşturan bu sistemlerin Luhmann'ın teorisindeki ayırt edici özelliği *autopoetic* olmalarıdır. Bu çerçevede Luhmann, biyolog Humberto Maturana ve Francisco Varela tarafından canlı organizmaların kendilerini oluşturması ve yaşatmasını açıklamak için kullandıkları *autopoiesis* kavramını sosyoloji alanına taşır. *Autopoesis*, Maturana ve Varela'ya atıfla, sistemlerin etkileşimler yoluyla kendi operasyonel varlıklarını yeniden ve yeniden üretmesi ve aynı zamanda bu operasyonların sınırlarını oluşturmalarıdır.[35]

Luhmann'ın kullandığı tarihsel bağlamıyla açıklanacak olursa, modern öncesi toplumlar tarihsel olarak farklılaşma dinamikleri üzerinden, önce segmenter toplum, daha sonra katmanlı toplum olarak var olmuşlardır. Segmenter toplumda toplumsal ayrışma birbirine eşit klanlar ile meydana gelirken, katmanlı toplumlarda ise ayrışmayı eşitsiz toplumsal zümreler sağlamıştır. Bireyler açısından toplumsal ayrışma bu toplumlarda kesin sınırlar belirler, her bir birey yalnızca bir klana ya da tabakaya aittir. Modern top-

---

31 BORCH, s. 10.

32 BORCH, s. 13.

33 ZIEGERT Klaus A., "The Thick Description of Law: An Introduction to Niklas Luhmann's Theory of Operatively Closed Systems", **An Introduction to Law and Social Theory**, Oxford, 2002, s. 59.

34 LUHMANN, 2004, 78.

35 LUHMANN Niklas, **A Sociological Theory of Law**, Routledge, Oxford, 2014, s. 281.

lumda ise toplumsal sistemler aracılığıyla işlevsel farklılaşma esastır ve birey birden fazla toplumsal sistemle ilişki halindedir.[36] Diğer bir deyişle, modern toplum işlevsel ayrışmanın esas olduğu bir sistemler toplamıdır. Hukuk, ekonomi, siyaset bu sistemler arasındadır. *Autopoietic* niteliklere sahip olan bu toplumsal sistemler "bilişsel olarak açık", ancak "operasyonel olarak kapalı"dır.[37] Başka bir deyişle, sistemler çevreleriyle sürekli iletişim halindedir ve bunun sonucu olarak çevreleriyle sürekli bir bilişsel etkileşim içinde olurlar. Ancak, işleyiş bakımından sistemler bütünüyle dışarıya kapalıdır. Luhmann operasyonel kapalılığı, "kendi operasyonlarının üretimi için yine kendi operasyonel ağlarına dayanmak, böylece sistemin yeniden üretimini sağlamak" olarak tanımlamaktadır.[38] Bu durum sistemlerin özerkliği sonucunu doğurur. Ancak operasyonel kapalılık izolasyon anlamına gelmez, sistem ile çevresi arasındaki karşılıklı nedensel bağımlılık ilişkileri yapısal bir gerekliliktir. Özerklik iletişimseldir. Başka bir deyişle sistemin semantik işleyişine ilişkindir. Örneğin, hukuksal iletişim yalnız hukuk sistemi içinde mümkün olur. Bu bakımdan operasyonel kapalılığın doğrudan sonucu sistemlerin özgönderimsel (*self-referential*) ve özerk oluşu, yani sistem içi ilişkilerin çevre ile kurulan ilişkilerden farklılaşmasıdır.[39] Farklı toplumsal sistemler farklı normatif programlara tabi olabilirler. Ancak *autopoiesis* her zaman sabittir ve sistemin devamlılığını sağlar.[40]

Toplumsal sistemlerin özgönderimselliğini ve özerkliğini yansıtan etmenlerin başında "ikili kod"lar gelir. Her sistem, kendilerine özgü ve tam karşıtlık içeren, pozitif ve negatif kodlar tarafından karakterize edilir. Örneğin hukuk sistemi için bu ikili kodlama "yasal/yasadışı" şeklinde oluşmuştur. Siyasal sistem ise "erkli/erksiz" ikili kodlaması üzerine oluşmuştur. Yani neyin hukuki, neyin hukuk dışı olduğuna ancak hukuk sistemi karar verebilir. Benzer bir şekilde, neyin sağlıklı neyin sağlıksız olduğuna hukuk sistemindeki iletişim ile karar veremeyiz, konu ancak sağlık alanında karara bağlanabilir.[41]

---

[36] BRAECKMAN Antoon, "Niklas Luhmann's Systems Theoretical Redescription of the Inclusion/Exclusion Debate", **Philosophy & Social Criticism**, C. 32, S. 1, 2006, s. 67.

[37] LUHMANN, 1998a, s. 92.

[38] LUHMANN Niklas, **Law as a Social System**, Oxford University Press, Oxford, 2004, 80.

[39] LUHMANN Niklas, **Social Systems**, Stanford University Press, Stanford, 1995, s. 13.

[40] LUHMANN, 2004, s. 80.

[41] MOELLER Hans-Georg, "On the binding nature of constitutions", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016, Routledge, London, s. 66.

Bu bakımdan, Luhmann'ın teorisinde hukuk sistemi, aynı diğer sistemler gibi, pozitivist anlamda bir içsel birliği ve normatif bütünlüğü ifade etmez.[42] Sistem olgusu bir farklılaşma (*differentiation*) konusudur. Bir sistem ancak çevresi ile birlikte var olur. Luhmann'a göre bir sistemin başka bir sistemi yönetmesi mümkün değildir.[43] Fakat sistemler, sistemler arası iletişimin sonucu olarak her zaman birbirlerini *irrite* ederler. İrritasyonların sonucunda da, bir sistemin diğer sistemi ele geçirmesi, kolonize etmesi söz konusu olamaz. İrrite edilen sistemler, diğer sistemlerden aldıkları etkiye kendi dinamikleriyle yanıt verirler.

A. İki Toplumsal Sistem: Siyaset ve Hukuk

Luhmann'ın hukuk ile siyaset arasındaki ilişkinin kuruluşuna ilişkin görüşleri oldukça ilginçtir. Modern toplumda siyaset ve hukuku operasyonel kapalılığı olan iki ayrı sistem olarak ortaya koymakla birlikte, siyasal sistemin hukuku araçsallaştırmadan var olamayacağına ilişkin vurgusu dikkat çekicidir. Burada kastedilen siyasal sistemin hukuk alanını domine etmesi veya kendine bağımlı kılması değil, siyasal sistemin meşruiyetini koruma açısından hukuk sistemine muhtaç olmasıyla ilgilidir. Ancak bu ilişki Kelsenci bir yasallık anlayışını yansıtmaz. Luhmann'a göre, siyasal sistemin meşruiyeti hukuku önceler. Hukuk, modern toplumun karmaşık ilişkiler ağında siyasal iktidarın toplumla iletişiminde sürekliliği sağlayan bir araç görevini görür.[44] Bu durum, bir sistemin diğeri tarafından kolonize edilmesi değil, her iki sistemin işleyişindeki olumsallığın pozitivize edilmiş olması ile açıklanır.[45] Bu noktada King, Luhmann'ın sosyal teoriye en önemli katkılarından birinin, sosyal sistemlerin özünde kaotik ve olumsal olan bir dünyada nasıl düzen, ilerleme ve kontrol edilebilirlik izlenimi verebildiklerini ampirik olarak göstermesi olduğunu belirtir.[46] Luhmann'a göre, "ne gerekli ne de

---

42 VESTING Thomas, **Legal Theory**, Beck, Münih, 2018, s. 63; Çataloluk ise, sistemin tamlığının sistemsel iletişim ile ortaya çıkan "birlik içindeki karmaşıklık" olarak nitelenebileceği yorumunu getirir. Sistemin karmaşıklığının kaynağı ise çevre ile iletişimidir. ÇATALOLUK; 2012, s. 18, 23. Bu durumda Luhmann'ın teorisinde sistemin düzenden ziyade karmaşık bir iletişim ağını işaret ettiğini belirtmek yerinde olur.

43 LUHMANN Niklas, "Limits of Steering", **Theory, Culture & Society**, C. 14, S. 1, 1997, s. 47.

44 THORNHILL Chris, **German Political Philosophy: The Methaphysics of Law**, Routledge, London, 2007, s. 335.

45 THORNHILL, 2007, s. 336.

46 KING Michael, "What's the Use of Luhmann's Theory?", **Luhmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications**, Hart, Oxford, 2006, s. 43.

imkansız olan her şey olumsaldır".[47] Toplumun karmaşık yapısı dahilinde anlam her zaman olumsaldır ve yeniden inşaya tabidir.[48]

Hukuk ve siyaset gibi, sistemler arasındaki iletişimin sorgulanmasına gelince, Luhmann görece daha karmaşık olan "yapısal bağlantı" kavramını geliştirir. Her sistem dışsal çevresiyle bütünlüğünü korumak zorundadır. Bunu gerçekleştirebilmek için de yapısal bağlantılara ihtiyaç duyarlar. Anayasalar hukuksal ve siyasal sistemler arasında bu işlevi görürler. Yapısal bağlantı kavramının anayasa bağlamındaki formülasyonuna aşağıda değinilecektir. Ancak öncesinde hukuksal ve siyasal sistemleri sistemik yaklaşımla daha geniş açıdan ele almak faydalı olacaktır.

Luhmann'ın sistem teorisinin siyasal sistemi merkeze alan yaklaşımlardan uzak olduğu açıktır. Elbette bu durum ekonomi, din vb. sistemler için de geçerlidir. Bu bakımdan Luhmann'ın toplumu ademi merkeziyetçi bir yaklaşımla ele aldığı söylenebilir. Siyasal sistemin merkezi konumunun reddiyesi Luhmann'a göre toplumun kontrol edilemezliğiyle ilişkilidir. Siyasal ütopyalar toplumun bu niteliğinin siyasal alandaki karşılığıdır.[49] Luhmann, refah toplumlarında siyasal sistemin işlevinin "kolektif olarak bağlayıcı kararlar üretmek" olduğunu belirtir. Siyasal alanı geleneksel olarak devlet ve kamusal alan arasındaki iletişim çerçevesinde oluşturan yapının dönüşümünden söz eder. Buna göre, bu yeni oluşumda devlet ile siyasal sistem arasındaki özdeşlik ortadan kaybolmuştur. Siyasal sistem siyaset, idare ve kamudan oluşacak şekilde üçlü bir ayrışmaya tabi hale gelmiştir. Bu dönüşüme bağlı olarak iki önemli gelişmeden söz etmek gerekir. Birincisi, siyasal sistemin kendisini çevresiyle (eğitim, ekonomik sistem vs.) kurduğu ilişkiler ağı içinde var etmesidir. İkincisi ise, siyasal iktidarın yukarıdan aşağı oluşumunun yerini siyasal katılıma dayanan döngüsel dinamiklere bırakmasıdır. Siyasal sistem, sözü edilen üç alt sistemin iletişimiyle, fakat bu üç alt sistem arasında merkeziyetçi ve tahakküme dayalı olmayan bir anlayışla kurulur.[50]

Siyasal sistemin öz-referans noktasını "meşruiyet" oluşturmaktadır. Siyasal sistemde meşruiyet olumsaldır ve ayrıca sistemin kendisi tarafından

---

47 LUHMANN Niklas, **Observations on Modernity**, Stanford University Press, Stanford, 1998b, s. 45.

48 MOELLER, 2011.

49 MOELLER, 2011.

50 LUHMANN Niklas, **Political Theory in the Welfare State**, Walter de Gruyter, Berlin, 1990a, ss. 47-48.

üretilir. Bu durumun doğal sonucu meşruiyetin kesin ve evrensel bir içeriğinin olmamasıdır.[51] Öte yandan, siyasal sistemin meşruiyet kaybının birtakım ortak gerekçeleri vardır. Her şeyden önce işlevsel farklılaşmanın kaybı (*de-differentiation*) meşruiyet kaybı ile sonuçlanır. Sistemler arasındaki asimetrik bir konumlanış ya da diğer sistemlerin iletişim alanlarının ele geçirilmesi bu durumu yaratabilir. Dolayısıyla meşru bir siyasal sistem sistemik iletişimin sorunsuz işlediği bir durumu ifade etmektedir. Buna göre, Thornhill, Luhmann'ın siyasal meşruiyet alanını pratik açıdan bakıldığında oldukça dar bir çerçevede tanımladığını ifade etmektedir. Çünkü Luhmann'ın çizdiği bu çerçevede meşru bir siyasal sistem ancak kuvvetler ayrılığı ile desteklenen demokratik bir sistem için geçerli olabilecektir.[52]

Luhmann iktidar olgusunu nedensellik üzerine kurulu geleneksel yaklaşımlardan daha farklı bir zeminde açıklamaktadır. Bir şey üzerinde iktidar sahibi olmayı, o şeyin belli bir yönde davranmasını sağlamak olarak algılayan bu yaklaşımlar, Luhmann'a göre iktidarı tanımlamada eksik kalmaktadır. İktidar nedensellikler üzerine kurulu olmayan, "sembolik olarak genelleştirilmiş bir iletişim aracı"dır. İktidar ancak, iktidar ilişkisinin tarafları davranışlarını ilgili bir iletişim aracına referansla tanımladıklarında mevcut olabilir.[53] Nedenselliğin kendinden menkul bir varlığı yoktur; söz konusu olan gözlemcinin gözlemleme süreciyle ilgili bir nitelendirmedir. Aksi takdirde iktidarı bu şekilde somutlaştırmak, onu belli bir dönem için elinde tutanlar etrafında tartışmak ve sıfır toplamlı bir oyunun konusu olarak görmek, onu ortaya çıkaran sistemik koşulların göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır.[54] Luhmann "sembolik olarak genelleştirilmiş bir iletişim aracı" olarak iktidarı açıklamak için "negatif yaptırım" şeklinde bir kavramı ileri sürer. Negatif yaptırım, "iktidarın dayandığı normal durumda her iki tarafın da gerçekleştirmek yerine kaçınmayı tercih edeceği bir alternatiftir". İktidar, iktidar sahibinin kendisine tabi olan kişiye kıyasla negatif yaptırımların uygulanmasına karşı koyma olasılığının daha yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. Negatif yaptırımların uygulamaya konması olasılığı iktidar için yaşam kaynağıdır. Bu olasılığın gerçekleşmesi, yani zor aygıtlarının devreye sokulması ise iktidarın varlığının değil, başarısızlığının bir göstergesidir.[55]

---

51 THORNHILL, 2007, s. 332.

52 THORNHILL, 2007, s. 333.

53 LUHMANN, 1990a, s. 157.

54 BORCH, s. 124-25.

55 LUHMANN, 1990a, s. 157.

Luhmann siyasal sistem karşısında hukuk sistemini kolonize edilmiş bir alan olarak görmez. Ancak tam anlamıyla özerk bir yapı da söz konusu değildir. Bu noktada, yukarıda sözü edilen olumsallıkların güdümünde ilerleyen ilişkisel süreçlerden söz etmek gerekir. Sistem teorisi açısından siyaset ve hukuk farklı kodlarla işleyen, birbirine kapalı ama iletişim içinde olmaya mecbur iki sistemdir. Bu gözlemini şöyle ifade eder: "Siyasal ve hukuksal sistemler arasındaki ilişki, sadece birlikte hareket edebilen Siyam ikizlerine değil, sık sık birbirlerine çarpmalarına rağmen tam da bu nedenle ayrı yollarda yuvarlanan bilardo toplarına benzer."[56] Luhmann hukuku tanımlarken hukuk normlarına özel bir konum atfetmekten kaçınır. Hukukun işlevi uyuşmazlıkları çözmenin ötesinde, toplumdaki normatif beklentileri dengelemektir. Hukukun toplumu stabilize etme işlevinin tek dayanağı işlevsel ayrışmanın ürünü olarak hukuk sisteminin ortaya çıkmış olmasıdır.[57]

Luhmann'a göre hukukun olgusal bir tanımı yoktur. Ancak sistemik bir referansla, yani hukuk sistemi ile tanımlanabilir. Hukukun işlevselliğini irdelerken, Luhmann hukuk ile zaman arasındaki ilişkiye vurgu yapar. Hukuk esasen zamana ilişkin bir sorunun çözümünde rol oynar; davranışsal değil bilişseldir. Luhmann, söz konusu bilişselliği "beklenti" kavramıyla ifade eder. Hukuk toplumda beklentileri somutlaştırma işlevini görür. Bu noktada, "beklenti" bireylerin bilinç durumlarından ziyade, iletişimlerin taşıdığı anlamların zamansal boyutuyla ilişkilidir. Buradan hareketle Luhmann, geleneksel hukuk sosyolojisinde hukuka yüklenen "toplumsal kontrol" ve "entegrasyon" gibi işlevleri reddeder. Çünkü her şeyden önce, hukuk sisteminin işlevsel ayrışması ancak profesyonel ve organizasyonel boyutta anlaşılabilir.[58] Her durumda ne olacağı belirsiz olan geleceği belirli kılma çabası hukukun sembollerle ifade edilmesine yol açar. Luhmann, hukuk kurallarının "sembolik olarak genelleştirilmiş beklentiler" olduklarını ifade eder. Bu sembolleştirme çabasıyla, tıpkı dinsel kurallarla olduğu gibi, toplumsal yaşamda istikrar ve duyarlılıklar üretilir.[59]

Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk sistemi diğer toplumsal sistemler gibi işlevsel ayrışmanın ürünü olup *autopoietic* prensiplere tabidir. Hukuk siste-

---

[56] LUHMANN Niklas, "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", **Rechtshistorisches Journal**, C. 9, S. 1, 1990b, s. 204.

[57] LUHMANN, 2004, s. 151.

[58] LUHMANN, 2004, s. 143.

[59] LUHMANN, 2004, s. 146.

mine operasyonel bir kapalılık tanıyan bu yapı aynı zamanda içsel bir işlevsel ayrışmaya da tabidir. Bu durum farklı sistemler arasında bağımlılık ilişkilerinin kurulmasına engel değildir. Hukuksal ve siyasal sistemler arasındaki çevresel ilişkiye de bu açıdan bakmak gerekir. Luhmann'a göre, hukuk ve siyaset arasındaki bağımlı ilişki işlevsel ayrışmayı görmeyi zorlaştıracak denli yoğundur. Hukuk, normlarının uygulanabilmesi için siyasete ihtiyaç duyar. Siyaset için ise, hukuk siyasal iktidara erişim yollarını çeşitlendiren bir araçtır. Luhmann, tam da iki sistem arasındaki böyle bir bağımlılığın işlevsel ayrışmayı zorunlu kıldığını vurgular. Luhmann, tarihsel hukuk-siyaset birliğinin çözülmesinde "direnme hakkı" fikrinin özel bir yeri olduğu kanısındadır. Direnme hakkının ortaya çıkışı ile zoraki bir siyaset-hukuk ikiliği ortaya çıkmış, siyasal iktidarın hukuk alanının bir konusu haline gelmesinin önü açılmıştır.[60] Bunun sonucu olarak da hukuk ve iktidar, Hobbes'tan beri egemen devlet ve temel haklar karşıtlığı çerçevesinde tanımlanagelmiştir.[61]

Diğer yandan, hukuk siyasal alanın modern dönüşümünde çok önemli bir işleve sahip olmuştur. Luhmann'a göre hukukun pozitifleşmesi modern toplumun metafiziği aşması açısından büyük önem taşır.[62] Bu süreçte siyasal iktidar kendini hukuk formuna tahvil etmiş ve siyasal egemenlik hukuk alanına egemenlik anlamı kazanmıştır. Bu dönüşüm, Bodin, Pufendorf, Suarez ve Hobbes gibi zamanın doğal hukukçularının eserlerinde de yansıtılır.[63] Dahası, hukuk ele aldığı sorunların depolitize olmasını sağlar. Modern devletin arzuladığı gibi, iktidarın görünmezlik kazanmasına katkı sunar. Fakat bu durum hukuk sistemi açısından, hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramının bir totolojiyi yansıtmasına sebep olur.[64] Hukuk devleti kavramı, hukuk ve siyaset arasındaki karşılıklı bağımlı ilişkiyi temsil eder. İktidarın görünmezliği için siyaset hukuka ihtiyaç duyarken, hukukun işlemesi için de siyasetin şiddeti etkisizleştirdiği barış ortamına ihtiyaç vardır.[65] Buna bağlı olarak, siyasal sistemin demokratikleşmesi ile hukuk sisteminin pozitifleşmesi arasında zorunlu bir ilişki ortaya çıkar. Siyaset ile hukuk arasındaki bağımlılık ilişkisinin oluş biçimi, iki sistem arasında hiyerarşik bir farklılığın ortaya

60 LUHMANN, 2004, s. 360.

61 LUHMANN, 2004, ss. 162-63.

62 THORNHILL, 2007, s. 329.

63 LUHMANN, 2004, s. 359.

64 THORNHILL, 2007, s. 370.

65 THORNHILL, 2007, s. 371.

çıkmasını da gereksiz kılar.[66] Ancak bu ilişkiyi açıklamak için yalnızca sistemlerin işlevsel farklılaşmasına bakmak yeterli olmaz. Sistemler arasındaki ilişkinin taşıyıcısı olan "yapısal bağlantı"ların rolüne değinmek gereklidir. Bu noktada anayasalar, siyasal sistem ile hukuk sistemi arasındaki yapısal bağlantılar olarak ortaya çıkar.

B. Yapısal Bağlantılar

Sistemlerin operasyonel kapalılığının sonucu olarak sistemler arası iletişimin nasıl gerçekleştirileceği sorunu ortaya çıkar. *Autopoiesis* sistemin çevresiyle olan ilişkileri açısından bir şey ifade etmez. *Autopoiesis*, yalnızca sistemin var olduğunun işaretçisidir.[67] Luhmann'a göre operasyonel kapalılık nedeniyle sistemler çevreleriyle iletişim kuramazlar. Bu ihtiyacı karşılayan mekanizmalar "yapısal bağlantı"lardır. Örneğin, hukuk ile siyaset arasında "anayasa", hukuk ile ekonomi arasında "sözleşme" ya da "mülkiyet" gibi olgular yapısal bağlantı olarak iş görür. Yapısal bağlantılar çevrenin belirli özelliklerinin sisteme ulaşmasını sağlarken bazılarını dışarıda bırakıp filtre görevi görür. Luhmann bunu yalnız belli iyonları alıp diğerlerini dışarıda bırakan hücre zarlarına benzetir. Bu mekanizma sayesinde sistem-çevre ilişkileri kolaylaşır.[68] Ancak belirtmek gerekir ki, yapısal bağlantılar normatif unsurlar olmayıp sistemler arasında doğrudan iletişimin taşıyıcıları değildir. Yapısal bağlantılar, nedensel olmaktan ziyade eşzamanlı ilişki biçimlerini ifade eder.[69] Yapısal bağlantılar her bir sistemde farklı anlamlar taşırlar, bu anlam farklılıkları doğrudan iletişimi etkiler ve dolayısıyla etkileşim kurulan sistemlerde ancak "irritasyon"a sebep olurlar. Bunun anlamı, bir sistemin başka bir sistemi yapısal bağlantılar yoluyla ancak "irrite" edebileceğidir. Söz konusu irritasyon sonucunda sistemde meydana gelen değişiklikler sistemin operasyonel kapalılığı içinde, yani kendi dinamikleriyle gerçekleşir. Aksi takdirde, hukuk açısından bakıldığında, Luhmann diğer sistemlerden gelen baskının hukuk sistemini yozlaştıracağını belirtir, dolayısıyla yapısal bağlantıları aynı zamanda bir koruma sübabı olarak görmek mümkündür.[70]

---

66 THORNHILL, 2007, s. 412.

67 CORSI Giancarlo, "On paradoxes in Constitutions", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016a, Routledge, London, s. 21.

68 LUHMANN, 2004, s. 382.

69 LUHMANN Niklas, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", **Cardozo Law Review**, C. 13, S. 13, 1991, s. 1432.

70 LUHMANN, 2004, s. 385.

İrritasyon ile yakından ilişkili olan bir kavram da "zaman"dır. Sistemler iç işleyişleri bakımından farklı zamanlara tabidir ve sistemler arası zamansal uyumsuzluk modern toplumun açmazlarından birini oluşturur. Zamansal farklılık hukuk ve siyaset arasında da temel bir uyumsuzluk sebebidir. Luhmann bu durumu şöyle açıklar:

> "Siyaset hızlanma ve gecikme ile tepki verir, bu farklılığı içeriden bilgisi ve iktidara olan bağımlılığı ile yönetir. Buna karşılık, hukuk sistemi, yargı yetkisi söz konusu olduğunda, doğruluk ve kanıt gösterme ihtiyacı nedeniyle çok yavaştır."[71]

Hukuk sisteminin zaman kullanımı, sözgelimi ekonomik sistem için de çok yavaş ve dolayısıyla işlevsiz bulunabilir. Bu alana ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gün geçtikçe artıyor oluşu bu durumla ilişkilendirilebilir. Zaman açısından önemli olan nokta ise, yapısal bağlantılarla eşleşen sistemlerin iritasyonlara farklı hızlarda yanıt vermesidir; yani, yapısal bağlantılar sistemleri senkronize etmezler.[72] Bu bakımdan, anayasalar açısından konuşacak olursak, anayasal bir sorun ortaya çıktığında (örneğin, cumhurbaşkanının arka arkaya kaç defa seçilebileceği) hukuk ve siyaset kendi zamanlarına tabi olmayı sürdürürler. Genellikle de, siyaseten aciliyeti olan konularda hukuk atalet gösterdiğinden, krizlerin yaşanması kaçınılmaz olur.

III. ANAYASAYI SİSTEM TEORİSİ PERSPEKTİFİYLE OKUMAK

Sistem teorisinin "sistem" ve "yapısal bağlantı" kavramlarına yüklediği anlamları açıkladıktan sonra, teorinin anayasa kavramını nasıl ele aldığı konusuna geçilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, Luhmann anayasayı hukuk ve siyaset sistemleri arasındaki bir yapısal bağlantı olarak tanımlar. Fakat anayasa, "devlet"in hukuk ve siyaset arasında kurduğu bağlantısal ilişkinin ötesinde bir işleve sahiptir. Luhmann, modern devleti kurgusal bir varlık; siyaset ve hukuk tarafından çeşitli şekillerde kullanılabilen bir "atıf hilesi" olarak tanımlar. Devlete yönelik atıf, siyaset veya hukuk sistemlerinden gelmiş olmasına göre, bakış açılarında bir öznelik değişimine olanak sağlar. Ancak devlet, hukukun siyasal açıdan, siyasetin de hukuksal açıdan sistem-içi gözleme tabi tutulmasını sağlamak için elverişli bir mekanizma değildir.

---

[71] LUHMANN, 2004, s. 371.

[72] LUHMANN, 2004, s. 383.

Çünkü devletin siyasal-hukuksal bir varlık olması, sistemsel ayrışmayı örten bir durumdur. Bu nedenle, anayasalar hukuk ve siyaset arasında sözü edilen iletişim gereksinimini karşılamak üzere ortaya çıkmışlardır.[73]

Anayasalar ile pozitif hukuk siyasal sistem için araçsallaştırılırken, siyasetin disipline edilmesini sağlayan bir hukuksal araç olarak işlev görmesi sağlanır.[74] "Eğer hukuk ve siyaset iki ayrı *autopoetic* sistem ise, anayasa nasıl her ikisine de ait bir kurum olarak görülebilir?" Luhmann'a göre mevcut anayasa teorileri o güne kadar bu soruya yanıt üretememiştir.[75] Sorunun yanıtını ise şu şekilde vermiştir: Yapısal bağlantılar sistemsel olayların taşıyıcısı değildir. Bu, sistemlere ait bir işlevdir. Örneğin, "anayasal bir sorun"dan söz ettiğimizde, aslında hem hukuksal, hem de siyasal olan bir sorunu betimliyoruzdur. Anayasal bir konuyu tek başına ele almak olanaksızdır. Anayasa mahkemelerinin hukuk ve siyaset arasındaki gerilim hattında gördüğü işlev bu durumu açıklamak için örnek olarak kullanılabilir.[76] Luhmann anayasaların siyaset ve hukuk sistemlerine sınırlar getirirken, toplumsal sistemlerin her şeye vakıf olma algılarını bir illüzyon haline getirdiğini ortaya koyar.[77] Bunun bir sonucu olarak da, anayasanın geçerliliğini nereden aldığı da belirsizdir. Luhmann'a göre, anayasanın geçerliliğini sistemden ya da çevreden mi aldığı sorusunu yanıtlamak olanaksızdır. Bu noktada olumsallıklar belirleyicidir.[78] Bu konuyu daha iyi açıklayabilmek için, Luhmann'ın anayasalara atfettiği paradoksallıkları ve anayasaların tarihsel gelişim süreci içinde oluşan "evrimsel kazanım" niteliğini irdelemek gerekir.

A. Anayasanın İşlevi ve Paradoksal Bir Kavram Olarak Anayasa

Anayasa, hukuk ve siyaset sistemleri için olumsallıkların meydana gelmesini sağlar. Ancak iktidar açısından, toplumsal bir kavram olarak toplum dışında bir unsura yaslanması mümkün değildir; otolojik ve paradoksal bir kavramdır.[79] Anayasaların paradoksallığının ne olduğunu açıklamaya geçmeden önce belirtmek gerekir ki, Luhmann'ın sistem teorisinde "paradoks"

---

[73] LUHMANN Niklas, **Die Politik der Gesellschaft**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002, s. 391.

[74] LUHMANN, 2004, s. 404.

[75] LUHMANN, 1990b, s. 194.

[76] ÇATALOLUK, 2012, s. 108.

[77] PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, s. 145.

[78] LUHMANN, 2004, s. 409.

[79] CORSI, 2016a, s. 19.

teriminin özel bir anlamı ve kullanımı bulunmaktadır. Anayasaların paradoksallığını irdelerken bu özel bağlamı da açıklamak gereklidir.

1. Sistem Teorisinde Paradokslar

Sistem teorisindeki kullanımına göre paradoks, bir durumu mümkün kılan bir şeyin aynı zamanda onu imkânsız kılıyor olmasıdır. Öncelikle, sistem teorisinde kullanılan tüm kavramlar paradoksaldır.[80] Luhmann'ın eserlerinde sürekli yer verdiği paradoksların rolü kısaca şu şekilde ifade edilebilir: "sistemlerin operasyonel kapalılığından dolayı dünyayı bilişsel olarak kavramak mümkün değildir, ancak çevreyle kurulan yapısal bağlantılar açısından kesinlikle gereklidir".[81] Başka bir ifadeyle paradokslar iletişim süreçlerinin belirsizliği nedeniyle ortaya çıkar; ancak toplumsal sistemler bu belirsizlikleri göz ardı ederek işlemek zorundadır. Bu bakımdan paradokslar toplumsal sistemlerin işleyişi için elzemdir. Dahası, paradokslar kaçınılmazdır; farklı formlarda da olsa sürekli ortaya çıkmak zorundadır. Burada esas mesele, sistem devamlılığını sağlayacak, mevcut yapılarla uyumlu, doğru formları bulmaktır.[82]

Luhmann'a göre, hukuk sisteminin paradoksal temeli sosyal yapılardaki değişiklikler ile hukuki semantikteki değişiklikler arasındaki korelasyonları görme imkanı sunmaktadır. Sistem paradoksları genel olarak fark edilmez durumdadırlar. Başlangıçta görünür olmayan hukuk sisteminin paradoksları, hukuk sisteminin insicamlı muhakeme ve karar verme süreçleri yaratmaya koyulmasıyla ortaya çıkar.[83] Ancak paradoks, neyin doğru neyin yanlış olduğu hakkındaki görelilik ile ilişkilidir; görünmez kılınmak, kamufle edilmek zorundadır.

Geleneksel toplumlarda paradokslarla başetmek için birtakım semantik stratejiler kullanılmaktaydı. Örneğin, "birlikten doğan çokluk" anlatıları bu işlevi görürdü. Doğal hukuk düşüncesi de bu tür bir işleve sahipti.[84] Modern toplum ise hukuku "normal" olarak kabul ederek pre-modern stratejilerden

---

80 GONZALEZ-DIAZ Emilio, "Paradox, Time, and De-Paradoxication in Luhmann: No Easy Way Out", **World Futures**, C. 60, S. 1-2, 2004, s. 16.

81 GONZALEZ-DIAZ, s. 15.

82 CORSI, 2016a.

83 LUHMANN Niklas, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", **Journal of Law and Society**, C. 15, S. 2, 1988, ss. 154-155.

84 LUHMANN, 1988, s. 156.

ayrılmıştı. Ancak paradoks yeniden kurulmak ve yeni stratejiler bulunmak zorundadır. Modern toplum bunu gelecek vizyonları kurarak başarmıştır:

> "Paradoks şimdi kendini ilahi insanlığın görkemli geleceği, özgürlük ve eşitliğin geleceği, özgürleşmenin ve demokratik anayasaların geleceği ya da en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunun geleceği ve nihayet yeni doğa durumu olarak komünist toplumun geleceği, devletten sonraki devlet, mülkiyetten sonraki devlet, tüm bölünmelerden ve ayrımlardan sonraki devlet olarak gizlemektedir."[85]

Böylece gelecek, hukukun uygulanması için en temel gerekçe haline gelmiştir. Hukuk sistemi açısından, konuyu farklı bir literatürün çerçevesinde ele alacak olursak, Dworkin'in "Hukukun Hükümranlığı" adlı kitabında söz ettiği hayali yargıç *Hercules* söz konusu paradoksal duruma örnek oluşturabilir. Dworkin'in üstün güçlerle donatılmış yargıç *Hercules* alegorisini kullanmaktaki amacı, pozitivistlerin yargısal muhakemesi üzerine düşünürken içine düştükleri bir paradoksa dikkat çekmektir. Hukuk sisteminin kusursuz bütünlüğünü öngören pozitivistler, bu mekanizmada kilit rolü oynayan yargıçları tıpkı alegorik yargıç *Hercules* gibi geçmiş bütün hukuksal olayların ve normların bilgisine sahip paradoksal kişiler olarak kabul etmektedirler.[86] Aslında bu durum Luhmann'ın sözünü ettiği sistemsel paradokslarla yakından ilişkilidir. Hiçbir yargıcın, hayali yargıç *Hercules* gibi yaşam bilgisinin donanımıyla dolu olması mümkün değildir. Sistemsel olarak da hukuk sisteminin diğer sistemleri bütünsel olarak kavraması mümkün değildir. Ancak sistemin devamlılığı açısından, mümkünmüş gibi hareket etmesi gerekir. Kısacası, Luhmann'ın teorisinde, paradokslar kelimenin yaygın kullanımının aksine anomalilere ya da tıkanmalara yol açan durumlar değildir, aksine sistemlerin devamlılığı için gerekli unsurlar olarak görülür.

2. Paradoks Olarak Anayasa

Anayasa kavramının taşıdığı paradoks, anayasanın temel amacında, yani Luhmann'ın bakış açısına göre olanaksız bir amaç olan iktidarın meşrulaştırılmasında bulunur. Zira, birilerinin diğerlerine üstünlüğünün olduğu, eşitsizlikler üzerine kurulu bir yapıyı meşrulaştırmak imkansızdır.[87] Dolayısıyla, iktidarın meşruiyeti kendini meşrulaştırmak şeklinde oluşur. Kendini meşru-

---

85 LUHMANN, 1988, s. 159.

86 DWORKIN Ronald, **Hukukun Hükümranlığı**, (çev. E. Uzun), Nora Kitap, 2018, 2018.

87 CORSI, 2016a, s. 18.

laştırmak ise paradoksaldır. İktidar bu paradoksu gizlemek için bazı semantik yapıntılara başvurur, böylece paradoksları dışsallaştırır. Bu bağlamda, "anayasal devlet", "halk egemenliği" ve benzeri terimler örnek olarak kullanılabilir.[88] Anayasaların daha başka birçok paradoksuna işaret edilebilir. Tıpkı sistemler gibi, yapısal bağlantı olarak anayasalar da kendileri dışındaki dünyayla iletişim kurabilmek için pek çok paradoksal özelliği içinde barındırmak zorundadır. Bu bakımdan, anayasaların aynı anda "katı ve esnek", "kapalı ve açık", "normatif ve bilişsel", "değişken ve kimliksel" özellikleri bir arada bulunur.[89] Moeller'in ortaya koyduğu gibi, anayasa meşruiyet kazandırma çabasında olduğu hukuk sisteminin bir parçasıdır. Anayasa normlarının değişikliğine ilişkin kuralların anayasalarda yer alması da mevcut anayasa normlarının dolaylı olarak etkisizleştirilmesinin önünü açan bir durumdur. Anayasanın kaynağını halktan aldığını ileri sürmesi, ancak bunun gerçekliği yansıtmaması, anayasanın normatif gücünü kendinden alıyor olması, bir başka paradoks olarak görülebilir.[90] Yine, toplum sözleşmeci perspektifleri ele alırsak, anayasaların herkes için kapsayıcı olma iddialarının pratikte gerçekleşmesi zor, paradoksal bir durum olduğunu kabul etmek gerekir. Tüm bu paradokslar aynı zamanda anayasanın Kantçı anlamda aşkınsal kuruluşunu da geçersiz kılmaktadır.[91] Anayasa tüm bu paradoksları uhdesinde bulundurarak var olmak zorundadır, çünkü toplumun işlevsel ayrışması sonucu toplum-dışı herhangi bir kuruluş öğesinden mahrum kalan ve olumsallığa tabi toplumsal sistemler için bir nirengi noktası sunmaktadır.[92]

Tarihsel açıdan bakıldığında, Luhmann modern anayasaların hem haklar için güvence hem de yönetimi düzenleyici iddialarla ortaya çıktığı aydınlanma dönemi ile refah toplumu arasındaki farka dikkat çeker. Bu tarihsel süreç aynı zamanda anayasanın tarihsel anlamında bir kaymaya da yol açmıştır. Luhmann'a göre bireylere aydınlanma döneminde tanınmış (ya da vaat edilmiş) hakların koruyucu gücünden söz etmek artık pek mümkün değildir. Hukukun refah toplumunda ekonomik ve sosyolojik gelişmelere

---

88 CORSI Giancarlo, "The Constitution in the Work of Niklas Luhmann", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016b, Routledge, London, s. 259.

89 FEBBRAJO Alberto, "Constitutionalism and Legal Pluralism", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016, Routledge, London, s. 78.

90 MOELLER, 2016, s. 63; CORSI, 2016a, s. 12.

91 MOELLER, 2016, s. 64.

92 CORSI 2016a, s. 19.

paralel olarak yaşadığı işlev yitimi bunun başlıca sorumlusudur.[93] Luhmann'a göre, tarihsel perspektiften bakıldığında, klasik anayasacılığın temelleri refah devleti koşullarında büyük ölçüde yerinden oynamıştır:

> "Bu, anayasalar olmadan da yapılabileceği anlamına gelmez. Ancak siyasetin kendisini artık eski tarz egemenlik paradoksuna atfedilemeyecek, ancak toplumsal iletişimin dış koşullarına kadar izi sürülmesi gereken karar alma sorunlarıyla karşı karşıya bulacağı ve hukukun da bu baskı altına gireceği ve artık yalnızca çatışmaların düzenlenmesi olarak anlaşılamayacağı, ancak belirli davranışları üretmek için kullanılması gerektiği gerçeğini hesaba katmak zorunda kalacağız. Ve belki de Anayasa ve değerlerine duyulan hayranlık, hiyerarşik olarak garanti altına alınmış bir üst otorite fikri ve bu düzenlemenin günlük kullanımı, bu temelleri çoktan terk etmiş bir yolda ne kadar ilerlediğimiz konusunda bizi yanıltıyor."[94]

Sonuç olarak, toplumsal yapılara ilişkin her gözlem süreci paradokslarla örülü olacaktır. Anayasalar bundan muaf değildir. Paradokslar her ne kadar örtülü olarak her zaman var olsalar da, çözümü zor meseleler, istisnai durumlar olarak karşımıza çıkmaya devam edecektir.[95] Yapısal bağlantı olarak anayasalar, siyasal sistemin hukuka, hukuksal sistemin ise siyasal iktidara referansla kuruluşlarını sağlayarak, paradoksal işleyişlerini örtme işlevini görecektir.[96] Tüm bu paradoksallıklar ise siyasal ütopyalar için var oluş zeminleri yaratmaya devam edecektir.

B. "Evrimsel Kazanım" Olarak Anayasa

Luhmann anayasaları yalnız yazılı metinler olmanın ötesinde "evrimsel kazanımlar" olarak nitelendirir.[97] Böylelikle anayasaları, onları kurgulayıp yürürlüğe sokanların iradelerinin ötesinde, sistem ayrışması içinde köprü işlevini kazandığı bir tarihsel perspektiften okuma imkanı doğar.[98] Anayasalar yüzü geçmişe dönük olan eski yasaların yerine, gelecek için belirlenim

---

93 LUHMANN, 2004, s. 417.

94 LUHMANN, 1990b, s. 215.

95 CORSI, 2016a.

96 GOLIA Angelo Jr / TEUBNER Gunther, "Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates", **ICL Journal**, C. 15, S. 4, 2021, s. 370..

97 LUHMANN, 1990b, ss. 176-220.

98 CORSI, 2016b, s. 261.

yaratmışlardır.[99] Bu bakımdan, her ne kadar öncesinde modern anayasaların nüvelerinin oluşmasına yol açan olaylar olmuşsa da, Fransız ve Amerikan devrimleri modern anayasaların miladını oluşturur:

> "O zamandan beri anayasa, pozitif hukukun kendisini oluşturan ve bu yolla siyasi iktidarın yasal olarak zorunlu sınırlamalarla hukuksal bir biçimde nasıl düzenlenebileceğini ve uygulanabileceğini düzenleyen pozitif yasa olarak anlaşılagelmiştir."[100]

Ancak, anayasanın bir "evrimsel kazanım" olarak ortaya çıkması ancak hukuk ve siyaset sistemlerinin işlevsel ayrışmalarının tamamlandığı ve operasyonel kapalılığının gerçekleştiği durumlarda söz konusu olabilir. Bu aşamaya gelmemiş olan toplumlarda anayasanın yalnızca sembolik kullanımı söz konusu olur; hukuk ve siyaset sistemleri arasında gerçek anlamda bir iritasyon gerçekleşmez.[101] Bu ayrıma dayanarak ilk bakışta Luhmann'ın, tıpkı Karl Loewenstein gibi anayasaları normatif gücü bakımından, "normatif", "nominal" ve "semantik" anayasa olarak sınıflandırmaya tabii tuttuğu düşünülebilir.[102] Ancak Luhmann'ın amacı tam olarak, Loewenstein'ın yaptığı gibi liberal ve gelişmiş ülkeler ile az gelişmiş ülkelerin anayasaları arasındaki farklılığı yansıtmak değildir. Sembolik anayasaların yanı sıra, normatif anayasalar da paradokslar içermektedir. Luhmann'a göre modern anayasalar, siyasal alanın hukuk düzeni biçiminde oluşturulacağı şeklinde ortaya çıkan bir ortaçağ illüzyonunun eseridir. Dahası, bu illüzyon bugün de sürmektedir ve siyasal iktidarı sınırlandıran asıl faktörlerin iktidar mücadeleleri ve siyasal elitlerin birtakım iktidar stratejisi hesaplarının olduğu çoğu zaman göz ardı edilmektedir.[103]

Anayasaların evrimsel oluşumuna geri dönecek olursak, Luhmann 18. yüzyıl sonunda gerçekleşen Amerikan ve Fransız devrimlerinin oluşturucu rolünün altını çizer. Anayasa, belli birtakım siyasal gelişmelerin sonucu olarak aniden ortaya çıkmış bir olgu değildir. Devrimler öncesinde, ortaçağın ileri evrelerinde ortaya çıkmış, anayasalara benzer fonksiyonlar taşıyan

---

99 LUHMANN, 2004, s. 406.

100 LUHMANN, 2004, s. 405.

101 LUHMANN, 2004, s. 410; Bu konuda ayrıca bkz. NEVES Marcelo, **Symbolische Konstitutionalisierung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

102 LOEWENSTEIN Karl, **Political Power and the Governmental Process**, University of Chicago Press, Chicago, 1965.

103 LUHMANN, 2004, s. 410.

temel yasalar (*leges fundamentales*) mevcuttu. Anayasaları bu yasalardan farklı kılan unsur, yasallık ilkesinin belirleyicisi haline gelmeleri, hukuk sistemi içindeki normlar ihtilaflarının çözümleyicisi normlara dönüşmeleridir. Bu bakımdan, anayasalar hukuk sisteminin taşıdığı "yasal/yasadışı" kodlarının geçerliliğinin sorgulanmasını engellemekte, böylece hukuk sisteminin paradokslarının görünmez kılınmasını sağlamaktadır.[104] Amerikan ve Fransız devrimleri bu evrimsel gelişmenin son ayağını oluşturmaktadır.[105] Söz konusu evrimsel gelişim, anayasanın geçerliliği problemini de ortadan kaldırmaktadır. Bu noktada, Luhmann'a göre, en yüksek hukuk normu olan anayasanın geçerliliği için Kelsenci bir temel norm arayışı gereksizdir.[106] Hukuk sisteminin yasal/yasadışı kodları anayasayı meydana getirir, buna karşılık da, anayasa yasal/yasadışı kodlarının yaratıcısı haline gelir. Anayasa, kurduğu bu mekanizmayla siyaset ve hukuk arasındaki asimetrileri gidermiş olur.[107]

IV. GÜNÜMÜZ ANAYASA TEORİSİ TARTIŞMALARINA LUHMANN'IN KATKISI

Luhmann'ın sistem teorisi perspektifini anayasa olgusunu anlamak için kullandığımızda ulaşabileceğimiz ilk sonuç, anayasanın kurucu bir "temel yasa" olduğu fikrinin sorgulanması gerektiği; anayasanın toplumun entegre edilmesi için kullanılabilecek bir normatif plan olamayacağı yönündedir. Dolayısıyla, sosyolojik bir yaklaşım anayasayı norm ve normdan sapma karşıtlığı çerçevesinde ele almamalıdır.[108] Kurucu unsur fikrinin yanlışlığı işlevsel ayrışmanın tamamlandığı batı ülkelerine nazaran daha az gelişmiş -periferi- devletlerde anayasaların taşıdığı işleve bakarak da anlaşılabilir. Bu tür ülkelerde -örneğin Brezilya'da-, yönetici elitler anayasanın yardımıyla anayasaya aykırı rejimler oluşturabilmektedir. Gelişmiş bir işlevsel ayrışmanın yaşandığı ülkelerde anayasalara yüklenen evrensel anlamlar bu açıdan yanıltıcı olabilmektedir.[109] Yukarıda belirtildiği gibi, işlevsel ayrışmanın tam olarak yaşanmadığı periferi toplumlarda siyasal sistem ile hukuk sistemi arasında olması beklenen irritasyonlar gerçekleşmez. İktidar ilişkileri fiili

[104] LUHMANN, 1990b, s. 185.
[105] LUHMANN, 1990b, s. 182.
[106] LUHMANN, 1990b, s. 187.
[107] LUHMANN, 1990b, s. 190.
[108] LUHMANN, 1973, s. 21.
[109] LUHMANN, 2002, s. 428.

olarak siyasal sistemin iç unsurlarınca yürütülür. Bu tür toplumlarda anayasalar sembolik bir nitelik taşır. Bu bakımdan, *autopoietic* bir hukuk sistemi fikri, hukuk kurallarının, yargı kararlarının meşruiyeti ve bağımsızlığı için doğal bir dayanak noktası olarak görülebilir.[110]

Sistemik yaklaşımın güncel anayasacılık tartışmalarında ortaya koyduğu bir sonuç da anayasanın temelini oluşturan "halk" (demos) kavramıyla ilişkilidir. Luhmann'ın ortaya koyduğu anayasanın kavramsal çerçevesinde, metnin başında belirtilen geleneksel anayasa literatüründe sıklıkla ifade edilen konsensusa dayalı meşruiyet tanımına yer yoktur.[111] Buna paralel olarak, seçmenler de siyasal iktidarın kaynağı olarak halkı temsil eden unsurlar değildir. Bu konudaki rolleri yalnızca dönem dönem harekete geçirilen, siyasal karar alma süreçlerine entegre edilmekten ibarettir. Demokratik sistemler, seçmenler ve seçimlerden değil, siyasal örgütler, prosedürler ve kurumlardan oluşmaktadır. Bu bağlamda demokratik sistemlerde "halk" sembolik bir öznedir; demokratik anlatılar bir mitten ibarettir ve siyasal sistemin operasyonel kapalılığına ve dolayısıyla meşruiyetine hizmet eder.[112] Bu yorumu anayasanın siyasal alandaki kurucu rolüne mesafeli yaklaşımın bir sonucu olarak kabul etmek gerekir. Anayasa, hukuk ve siyaset arasındaki ilişkide kurucu değil, düzenleyici bir işleve sahiptir.[113] Anayasa, olağan hukuk normları üzerinde kendi üstün konumunu ve kendi geçerliliğini tesis eden, dolayısıyla da meşruiyeti kendinden menkul bir metindir.[114] Anayasanın tanımına ilişkin problem, onun işleviyle doğrudan ilişkilidir. Buna ek olarak, sistem teorisi perspektifi, modern anayasaların iç toplumsal iktidar (*societas*) temelinde inşa edilmesi için önemli bir entelektüel araç sağlarken, diğer teoriler tipik olarak anayasaların iktidara dışsal dayatmalar olduğunu varsaymaktadır.[115]

Luhmann'ın perspektifi anayasal konular hakkında nedensel kaynaklar sunmamaktadır. Bu açıdan bu alandaki normatif teorilere alternatif bir anayasa okuması ortaya koymaktadır. Anayasaların tarihsel-işlevselci bir okuması, totaliter ve demokratik anayasalar arasındaki çatışmaya ilişkin yaygın normatif okumaların ötesine geçerek, çeşitli anayasal rejimler arasındaki

---

110 PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, s. 34.

111 PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, s. 147.

112 MOELLER, 2011, ss. 108-109.

113 CORSI, 2016a, s. 12.

114 CORSI, 2016a, s. 11.

115 THORNHILL Chris, "Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution", **Journal of Classical Sociology**, C. 10, S. 4, 2010, s. 332.

işlevsel benzerlikleri aydınlatan bir okuma sağlayabilir.[116] Ayrıca böyle bir bakış açısı, anayasaların çok yönlü ve olumsal süreçler aracılığıyla nasıl meşruiyet sağladığının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olabilir.[117] Aynı zamanda böyle bir yaklaşım, hukuk ile siyaset arasındaki ilişkiyi hiyerarşik olarak nitelendiren normatif yaklaşımlara bir alternatif sunmak olarak anlaşılmalıdır. Bu, hukuk ve siyaset sistemlerinin birbirlerine olan bağımlılığını reddetmek anlamına gelmemektedir. İki sistem arasındaki bağımlılık tek taraflı ve istilacı olmak yerine, karşılıklı ihtiyaçlarla oluşan bir bağımlılıktır. Bunu yaratan da sistemlerin birbirlerine karşı otonom konumlanışlarıdır. Anayasa bu bağımlılık ilişkisine hizmet eder, iki sistem arasındaki zorunlu iletişimin yollarını oluşturur. Epistemolojik olarak sistem teorisinden yararlanılarak üretilen anayasa teorilerinin de bu temelden hareketle, Kelsen'in normativizmi ile Schmitt'in kararcılığı arasında tanımlanan, anayasa teorisinin geleneksel düşünsel alanının dışına çıktıkları görülmektedir.[118] Bu yazarlar genel olarak anayasayı siyasal sistemin merkezinde olduğu bir konu olarak görmeyi reddetmektedirler.[119] Bu bakımdan, anayasaların siyasal anayasalar dışında farklı bir tasavvurunun olması gerektiği konusunda hemfikirdirler.[120] Aşağıda, güncel anayasa çalışmalarına sistem teorisi perspektifini kullanarak yaklaşan başlıca iki yazarın geliştirdiği akademik yazına özetle yer verilecektir.[121]

A. Teubner ve "Toplumsal Anayasa"

Söz konusu yazarlar arasında öncelikle Gunther Teubner'den söz etmek gereklidir. Aslında Teubner sistem teorisinin kendine özgü bir yorumunu inşa etmeye çalışmıştır denilebilir. Örneğin, *autopoiesis* kavramını Luhmann'dan daha farklı yorumlar; operasyonel kapalılığının farklı sistemlerde farklı derecelerde ve asimetrik olarak gerçekleştiğini öne sürer.[122] Luhmann'ın sistem

---

[116] PRÍBÁN Jiri, "Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's a Sociology of Constitutions", **Journal of Law and Society**, C. 39, S. 3, 2012, s. 463.

[117] PRÍBÁN, s. 464.

[118] PRÍBÁN, s. 450.

[119] BLOKKER, s. 237.

[120] PRÍBÁN, 442.

[121] Ancak önemle belirtmek gerekir ki, amaç geniş bir yazına sahip bu iki yazarın eserlerini derinlemesine incelemek değildir. Böyle bir amaç ancak iki ayrı makale kapsamında gerçekleştirilebilir.

[122] TEUBNER Gunther, **Law as an Autopoietic System**, Blackwell, Oxford, 1993.

teorisinin anayasa olgusu üzerine gözlemlerini David Sciulli'nin "toplumsal anayasa" (*societal constitution*) fikriyle birleştirir. Toplumsal anayasa, Luhmann'ın ortaya attığı bir kavram olmamakla birlikte, köklerini onun işlevsel ayrışma fikrinden alır.[123] Teubner'e göre, günümüzde toplum yeni toplumsal sorunlara bağlı olarak yeni "anayasa sorunu"yla karşı karşıyadır:

> "Çok uluslu şirketler insan haklarını ihlal etmiş; Dünya Ticaret Örgütü küresel serbest ticaret adına çevreyi ve insan sağlığını tehlikeye atan kararlar almış; sporda doping, tıpta ve bilimde yolsuzluk yapılmış; özel aracı kurumlar internette vicdan özgürlüğünü tehdit etmiş; özel kuruluşlar tarafından veri toplanması yoluyla özel hayatın gizliliğine yönelik kitlesel ihlaller yaşanmış ve son zamanlarda, özellikle de küresel sermaye piyasaları yıkıcı riskleri serbest bırakmıştır. Bu skandalların her biri sadece düzenleyici soruları değil, aynı zamanda tam anlamıyla anayasal sorunları da beraberinde getirmektedir."[124]

18. ve 19. yüzyıllarda anayasaların temel sorunu yeni oluşan siyasal iktidarın enerjisini boşaltmak ve onu sınırlamakken, bugün artık ekonomi, bilim, medya vb. alanlarda benzeri bir enerji yoğunlaşması oluşmuş ve bunların tahrip edici etkilerini sınırlandırmak yeni bir anayasal sorun haline gelmiştir.[125] Anayasa artık özel hukuk ilişkileri içinde, toplumsal iktidar (*societas*) ile bağlantılı bir konu haline gelmiştir. Teubner'in toplumsal anayasa düşüncesi, toplumun işlevsel ayrışması karşısında devlet merkezli siyasal anayasa fikrini geçersiz bulan, anayasanın farklı toplumsal sistemlerde ortaya çıkan çoğul bir kavram olduğu yaklaşımıyla hareket etmektedir. Diğer bir deyişle, Teubner için, anayasa bütüncül değil, sektöreldir. Siyasal sistemin dışında da, özel hukuk rejimlerinin ve ilişki ağlarının oluşturduğu anayasalar mevcuttur. Anayasalar bu sistemlerin operasyonel işleyişlerinde özsınırlama görevini görürler.[126] Siyasal anayasalar, 19. ve 20. yüzyıllarda, iktidar ve güç mekanizmalarının geniş bir yapısal özerklik taşımasından dolayı geçici bir süreliğine merkezi rol oynamışlar, diğer toplumsal anayasaları geri planda bırakmışlardır. Ancak toplumsal anayasa fikri, özellikle küreselleşmenin etkisiyle artan işlevsel ayrışmanın, anayasa kavramını ulusal

---

123 GOLIA / TEUBNER, s. 361.

124 TEUBNER Gunther, **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 1.

125 TEUBNER, 2012, s. 1.

126 TEUBNER, 2012, s. 86.

bağlamın ötesine, "transnasyonel" alana taşıdığını ileri sürmektedir.[127] Özellikle bu bağlamda anayasa kavramı tekil bir normatif yapı olmaktan ziyade; esnek, üst norm niteliği mutlak olmayan ve mahkemelerin merkezi rol oynadığı, İngiliz anayasacılığı kalıplarında kullanılmaktadır.[128] Transnasyonel alan çoğul anayasa düşüncesinin somutlaştığı yerdir, yani burada tekil anayasa olgusuna yer yoktur. Bu alanda "parçalılık" esastır. Bu parçalılığın yarattığı sistemler arası çatışmalar ise, çatışmaların giderilmesinden sorumlu bir üst hukukun varlığını gerekli kılmaktadır. Teubner'e göre, böyle bir üst hukuk transnasyonel alanda bir anayasanın varlığını gerekli kılar.[129]

B. Thornhill ve Siyasal Meşruiyetin Olumsallığı

Anayasaların tarihsel ve fonksiyonel sosyolojisi üzerine eserleriyle bilinen Thornhill ise, sistem teorisinin temel metodolojisini yansıtan çalışmalarında anayasal meşruiyetin olumsallığı üzerinde durur. Luhmann'ın teorisine getirilebilecek bir eleştiri, yazılarında çoğu zaman tarihsel bir örüntünün olmaması olabilir. Bu bakımdan, Thornhill'in tarihsel fonksiyonalizmi, sistem teorisinin tarihsel olarak test edilmesi açısından da bir okuma işlevi sunabilir.

Thornhill çıkış noktası olarak, Luhmann'ın modern siyaset felsefesinin temel sorununun siyasal sistemin meşruiyeti olduğu öngörüsünü alır.[130] Siyasal meşruiyetin kaynağı konusunda çeşitli görüşleri "normatif" ve "tarihsel-sosyolojik" kategorileri altında sınıflandıran Thornhill, bu iki yaklaşım arasındaki gerilimlere vurgu yapar. Thornhill'e göre normatif yaklaşımlar siyasal meşruiyeti, "kendisi için rasyonel olarak genelleştirilmiş gerekçeler sunabilen ve bu gerekçeleri, genellikle bir anayasa ve anayasal haklar aracılığıyla, tüm yasama faaliyetlerine yansıtabilen bir siyasi sistemin niteliği olarak görür".[131] Buna göre, tarihsel-sosyolojik yaklaşımlar ise meşruiyetin "olgusal" yönünü yakaladıkları iddiasındadır. Bu yaklaşımların ortak özelliği ise, meşruiyeti toplumsal inanç kalıplarına ya da toplumsal yapıya referansla sembolik bir nesne olarak görmeleridir. Bu durumda, siyasal iktidarı toplumsal süreçlerden ayrı ele alan normatif görüşlerin "karşı-olgusal" olmaları tarihsel-sosyolojik perspektifler için sorunludur.[132] Thornhill bu gerilimli ilişkiye tam da bu nok-

---

[127] GOLIA / TEUBNER, s. 375.

[128] GOLIA / TEUBNER, s. 378.

[129] GOLIA / TEUBNER, 377.

[130] THORNHILL Chris, "Towards a historical sociology of constitutional legitimacy", **Theory and Society**, C. 37, S. 2, 2008, s. 162.

[131] THORNHILL, 2008, s. 165.

[132] THORNHILL, 2008, s. 165.

tada müdahil olur. İddiası, normatif ve tarihsel-sosyolojik perspektifler arasında zorunlu bir karşıtlık ilişkisinin olmadığı, hatta bu ilişkinin bütünleyici olarak yeniden kurulması gerekliliğidir. Bu görüşün ardında, sistem teorisi temelli, normatif alanın da olgusal sayılması gerekliliği yatar. Zira, normatif alan sistemsel oluşumun bir parçasıdır; kurgusal olarak inşa edilmiş bir nesne olarak anlaşılması hatalıdır.[133] Buna göre, "modern toplumlarda siyasal meşruiyet diskurlarının aşamalı gelişiminin gözlemlenmesi, toplumların olgusal ve normatif siyasal özelliklerini açığa çıkarır."[134] Diğer yandan, toplumların siyasal iktidarın etrafında örgütlendikleri ve onun tarafından domine edildikleri şeklindeki tarihsel yaklaşım da güvenilir değildir. Sistem teorisinin temel argümanı olan işlevsel ayrışmayı tarihsel gelişmede esas alan Thornhill'e göre, devletlerin gelişimi de insan ihtiyaçları ile değil, toplumun işlevsel ihtiyaçları ile ilişkilidir. Devlet, siyasal sistemin diğer toplumsal alanlardan ayrışmasının ve özerkleşmesinin bir ürünüdür.[135] Ancak, bu ayrışma toplumsal içerim (*inclusion*) motivasyonuyla donatılmıştır ki, Luhmann'ın toplumsal içerim üzerine geliştirdiği yazının, bu noktada Thornhill'in siyasal meşruiyete getirdiği normatif tanımın temelini oluşturduğu görülür.[136]

Meşruiyeti hem normatif, hem de tarihsel boyutlarıyla ele alan Thornhill'in vardığı sonuç, modern toplumda devletin meşruiyetini anayasal örgütlenmenin sağladığıdır. Geç ortaçağ döneminde ortaya çıkan, siyasal iktidarı toplumsal etkileşimler yerine normatif bir yapıya bağlı hale getirme çabaları bunun çıkış noktasıdır.[137] Aydınlanma ile birlikte bu yapıya "temel haklar" katılmıştır ve siyasal iktidarın meşruiyeti temel haklar üzerinden toplum merkezli yeni bir zemin kazanmıştır.[138] Sonuç olarak Thornhill, Luhmann'ın sistem teorisinin, paradoksal biçimde, siyasal meşruiyet konusunda toplumsal bir "hukuk devleti" modeli ortaya koymaya yaklaştığını vurgular.[139]

Böylece, günümüzde anayasa sosyolojisi konusunda etkili olan iki yazarın çalışmalarına değinerek, sistem teorisinin anayasa teorisi alanındaki potansiyel katkılarının kapsamını irdelemiş olduk. Van Klink ve Taekema'nın belirttiği

---

133 THORNHILL, 2008, s. 168.

134 THORNHILL Chris, "Political Legitimacy: A Theoretical Approach Between Facts and Norms", **Constellations**, C. 18, S. 2, 2011, s. 143.

135 THORNHILL, 2008, s. 172.

136 THORNHILL, 2011, s. 140.

137 THORNHILL, 2011, s. 148.

138 THORNHILL, 2008, s. 179; THORNHILL, 2011, s. 154.

139 THORNHILL, 2006, 91.

gibi, sistem teorisi ve benzeri fonksiyonalist teorilerin işlevi ele alınan bir sorunsal hakkında karar üretmek değil, daha ziyade karar alma süreçlerini kolaylaştırmaktır.[140] Ziegert, Luhmann'ın sistem teorisinin bir teoriden ziyade, teori oluşturmak için kullanılabilecek sosyolojik bir metodoloji olduğunu ifade eder.[141] King ise, sistem teorisinin ampirik gözlemler için bir çerçeve sağlayabileceğini, ancak bunu hukukçuların ve siyasetçilerin alışılagelen yaşamlarında fark edilmeyen toplumsal olaylar arasındaki yapıları ve ilişkileri tanımlayarak yaptığını ileri sürer.[142] Sistem teorisinin anayasa teorileri arasındaki yerini ve işlevini de tam olarak bu üç yaklaşım doğrultusunda kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Yukarıda vurgulandığı gibi, sistem teorisi açısından incelendiğinde, anayasaların hukuksal ya da siyasal sistemler üzerinde kurucu bir rolü olduğu iddiası şüphe götürür bir hale gelmektedir. Anayasalar, siyaset ile hukuk arasındaki tarihsel ilişkinin niteliği gereği, bir "üst hukuk" konumunda olduklarından, ağırlıklı olarak hukuk alanının çalışma konusu olarak kabul edilmektedirler. Ancak, anayasaların doktriner ve formalist zeminde ele alınmaları, çoğu zaman tarihsel, ekonomik ve sosyal boyutlarının gözden kaçmasına sebep olmaktadır. Diğer yandan, anayasa hukuku alanının en önemli kaynaklarından olan anayasa mahkemesi kararlarının hukuksal bir çerçevede, hukuksal yöntemlerle oluşturulmalarına rağmen, arkaplanında siyasal ve ideolojik referansların ve stratejik kaygıların olduğu yaygın biçimde kabul edilmektedir. Bu olguların ihmali durumunda, "neden" ve "nasıl" sorularının yanıtlarını bulmak güçleşmektedir.[143] Sistem teorisinin moderniteyi anlamaya yönelik sunduğu rasyonalite, anayasa olgusunu yeniden tanımlamak için yeni bir çerçeve oluşturabilir. Bu açıdan sistem teorisi, liberal demokrasilerin aşkınsallaştırılması yerine, öznelliklerden kaynaklı belirsizlikleri gideren, onu toplumsal ve tarihsel dinamikleriyle anlamaya yarayan bir araç olabilir. Bu yönüyle yalnızca deskriptif bir sosyolojik yöntem olarak değil, aynı zamanda normatif bir siyasal teori olarak da ele alınmalıdır.

---

[140] VAN KLINK Bart / TAEKEMA Sanne, "A Dynamic Model of Interdisciplinarity: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law", Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 010/2008, Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History No. 08-02, https://ssrn.com/abstract=1142847 (Erişim tarihi: 21/07/2023).

[141] ZIEGERT, s. 55.

[142] KING, 2006, s. 38.

[143] HIRSCHL Ran, "From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies", **International Journal of Constitutional Law**, C. 11, S. 1, 2013, s. 8.

KAYNAKÇA

BLOKKER Paul, "Sociology of constitutional law and politics", **Research Handbook on the Sociology of Law**, Edward Elgar Press, Oxford, 2020, ss. 230-242.

BORCH Christian, **Niklas Luhmann**, Routledge, London, 2011.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**, Oxford University Press, Oxford, 2017.

BRAECKMAN Antoon, "Niklas Luhmann's systems theoretical redescription of the inclusion/exclusion debate", **Philosophy & Social Criticism**, C. 32, S. 1, 2006, ss. 65-88.

CORSI Giancarlo, "On paradoxes in Constitutions", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016a, Routledge, London, ss. 11-28.

CORSI Giancarlo, "The Constitution in the Work of Niklas Luhmann", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016b, Routledge, London, ss. 259-262.

ÇATALOLUK Gökçe, **Bir Hukuk Paradoksu olarak Güven**, XII Levha Yayıncılık, Istanbul, 2021.

ÇATALOLUK Gökçe, **Hukuk Sistemi ve Autopoiesis**, XII Levha Yayıncılık, Istanbul, 2012.

DWORKIN Ronald, **Hukukun Hükümranlığı** (çev. E. Uzun), Nora Kitap, 2018.

FEBBRAJO Alberto, "Constitutionalism and Legal Pluralism", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016, Routledge, London, ss. 68-97.

GOLIA Angelo Jr / TEUBNER Gunther, "Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates", **ICL Journal**, C. 15, S. 4, 2021, ss. 357-411.

GONZALEZ-DIAZ Emilio, "Paradox, Time, and De-Paradoxication in Luhmann: No Easy Way Out", **World Futures**, C. 60, S. 1-2, 2004, ss. 15-27.

GRIMM Dieter, **Constitutionalism: Past, Present, and Future**, Oxford University Press, Oxford, 2016.

GRIMM Dieter, "Types of Constitutions", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, Oxford University Press, Oxford, ss. 98-132.

HASEBE Yasuo / PINELLI Cesare, "Constitutions", **Routledge Handbook of Constitutional Law**, Routledge, Oxford, 2013, ss. 1-11.

HIRSCHL Ran, "From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies", **International Journal of Constitutional Law**, C. 11, S. 1, 2013, ss. 1-12.

KANT Immanuel vd., **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Yale University Press, New Haven, 2006.

KING Michael, "What's the Use of Luhmann's Theory?", **Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications**, Hart, Oxford, 2006, ss. 37-52.

VAN KLINK Bart / TAEKEMA Sanne, "A Dynamic Model of Interdisciplinarity: Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law", Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 010/2008, Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History No. 08-02, https://ssrn.com/abstract=1142847 (Erişim tarihi: 21/07/2023).

LOEWENSTEIN Karl, **Political Power and the Governmental Process**, University of Chicago Press, 1965.

LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri** (çev. D.Ç. Sever / K. Turanlı) Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

LUHMANN Niklas, **A Sociological Theory of Law**, Routledge, Oxford, 2014.

LUHMANN Niklas, **Die Gesellschaft der Gesellschaft (1. Band)**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998a.

LUHMANN Niklas, **Die Politik der Gesellschaft**, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002.

LUHMANN Niklas, **Law as a Social System**, Oxford University Press, Oxford, 2004.

LUHMANN Niklas, "Limits of Steering", **Theory, Culture & Society**, C. 14, S. 1, 1997, ss. 41-57.

LUHMANN Niklas, **Observations on Modernity**, Stanford University Press, Stanford, 1998b.

LUHMANN Niklas, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", **Cardozo Law Review**, C. 13, S. 13, 1991, ss. 1419-42.

LUHMANN Niklas, **Political Theory in the Welfare State**, Walter de Gruyter, Berlin, 1990a.

LUHMANN Niklas, "Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems (1. Teil)", **Der Staat**, C. 12, S. 1, 1973, ss. 1-22.

LUHMANN Niklas, **Social Systems**, Stanford University Press, Stanford, 1995.

LUHMANN Niklas, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", **Journal of Law and Society**, C. 15, S. 2, 1988, ss. 153-165.

LUHMANN Niklas, "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", **Rechtshistorisches Journal**, C. 9, S. 1, 1990b, ss. 176-220.

MOELLER Hans-Georg, "On the binding nature of constitutions", **Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective**, 2016, Routledge, London, ss. 60-67.

MOELLER Hans-Georg, **The Radical Luhmann**, Columbia University Press, New York, 2011.

NEVES Marcelo, **Symbolische Konstitutionalisierung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

PAINE Thomas, **Rights of Man, Common Sense, and Other Political Writings**, Oxford University Press, Oxford, 1995.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS Andreas, **Niklas Luhmann: Law, Justice, Society**, Routledge, Oxford, 2009.

PRÍBÁN Jiri, "Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner's Constitutional Fragments and Thornhill's a Sociology of Constitutions", **Journal of Law and Society**, C. 39, S. 3, 2012, ss. 441-471.

ROSENFELD Michel, "Constitutional Identity", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, ss. 756-776.

TEUBNER Gunther, **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

TEUBNER Gunther, **Law as an Autopoietic System**, Blackwell, Oxford, 1993.

THORNHILL Chris, **German Political Philosophy: The Methaphysics of Law**, Routledge, London, 2007.

THORNHILL Chris, "Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution", **Journal of Classical Sociology**, C. 10, S. 4, 2010, ss. 315-337.

THORNHILL Chris, "Niklas Luhmann's Political Theory: Politics after Metaphysics?", **Luhmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications**, Routledge, 2006, ss. 75-100.

THORNHILL Chris, "Political Legitimacy: A Theoretical Approach Between Facts and Norms", **Constellations**, C. 18, S. 2, 2011, ss. 135-169.

THORNHILL Chris, "Towards a historical sociology of constitutional legitimacy", **Theory and Society**, C. 37, S. 2, 2008, ss. 161-197.

VESTING Thomas, **Legal Theory**, Beck, Münih, 2018.

ZIEGERT Klaus A., "The Thick Description of Law: An Introduction to Niklas Luhmann's Theory of Operatively Closed Systems", **An Introduction to Law and Social Theory**, Oxford, 2002, ss. 55-76.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 99-157

BELEDİYENİN İMAR PLANLAMA FAALİYETİNDE KATILIM İLKESİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hulüsi Alphan DİNÇKOL**(**)

Öz: Belediye, Anayasa'nın 127. maddesi kapsamında yerel ortak ihtiyaçların sağlanabilmesi amacıyla kurulmaktadır. Belediyenin kamu hizmetlerini yerine getirirken, o yerde yaşayan topluluğun ortak ihtiyacını doğru tespit etmesi gerekir. Ortak ihtiyacın tespit edilebilmesi için belediyeye yardımcı olabilecek en uygun idari usul ilkesi, katılım ilkesidir. İlke sayesinde idare, tesis ettiği işlemle ilgililere en yüksek faydayı sağlayabilmektedir. İlke sayesinde belediyelerin imar planlaması hizmetinde, o bölgedeki herkes için ortak fayda sağlanabilir. Katılım ilkesi, imar planlamasında 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında hüküm altına alınmış çeşitli düzenlemeler ile kendisini göstermektedir. Ancak ilkenin ilgili mevzuat bakımından imar planlamasında uygulanmasının çeşitli engeller ile karşılaştığı görülmektedir. Bu çalışma ile imar planlamasında katılım ilkesine neden ihtiyaç duyulması gerektiği ve katılımın daha da arttırılabilmesi için neler yapılabileceği hakkında düşüncelere ulaşabilmek amaçlanmıştır. Bu amaçlara ulaşmak için emredici hukuk kuralları ile yargı kararları incelenmiş, katılım ilkesinin uygulanması durumunda, olası sakıncaların nasıl bertaraf edilebileceğine ilişkin fikirler geliştirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Katılım İlkesi, Belediye, İmar Planı, Dinlenilme Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 12.09.2023 - Makale Kabul Tarihi: 25.04.2024.

(**) Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: alphan.dinckol@ozyegin.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-5698-4449.

THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION IN THE MUNICIPALITY'S ZONING PLANNING ACTIVITY

Abstract: The municipality is established with Article 127 of the Constitution to meet local common needs. While the municipality performs its public services, it must correctly determine the common needs of the community. The most appropriate administrative procedure principle that can assist the municipality in determining the common need is the principle of participation. The administration can provide the highest benefit to those related the action with this principle. Through the principle, common benefits can be achieved for everyone in that region in the zoning planning. The principle manifests itself in the zoning planning with various regulations such as the Municipal Law No. 5393 and the Zoning Law No. 3194. However, it is seen that the application of the principle in zoning planning encounters various obstacles. This study aims to reach thoughts about why the principle should be needed in zoning planning and what can be done to increase participation even more. Due to achieve these goals, regulations and judicial decisions have been examined and ideas have been tried to be developed on eliminating possible inconveniences related to the application of the principle.

Keywords: The Principle of Participation, Municipality, Zoning Plan, The Right to be Heard, The Right to Information.

I. GİRİŞ

Demokratik toplumlar bakımından idari faaliyetlerin yürütülmesine katılım, hak ve özgürlüklerin korunmasının yanı sıra idarelerin iyi idare ilkesi[1] doğrultusunda karar alabilmelerini doğrudan etkileme aracı olarak kullanıl-

[1] İyi yönetim kavramı, iyi yönetişim kavramı olarak da evrimleşen bir sürece tabidir. Özellikle "yönlendirmek" veya "rehberlik etmek" gibi kelimelerle de ifade edilebilen yönetişim kavramı, tek taraflı karar alarak uygulayan bir yönetim şeklinin ötesinde, yönetilenlerin de yönetime katılmasını ayrıca yönetilenlerle yönetenlerin bir arada karar aldığı yönetim şeklini ifade ettiği doktrinde vurgulanmaktadır. BOZ, Selman Sacit / YURDAER Cihat / ERASLAN Yunus, "İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, ss.497-532, s.501-502. Bu doğrultuda iyi yönetişim kavramı ise Akyılmaz tarafından "*bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tâbi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yönetim*" olarak tanımlanmaktadır. AKYILMAZ, Bahtiyar, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası/Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S.1-2, Haziran-Aralık 2003, ss.143-158, s.144. Ayrıca iyi yönetim kavramının zaman içindeki evrimi için bakınız: KARAKUL Selman, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", **Ombudsman Akademik Dergisi**, Y.2, S.3, Temmuz-Aralık 2015, ss.61-105, s.61-105.

Düzenleme anlamında büyük öneme sahip olan Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası ile iyi yönetim ölçütlerinin kuralsallaştırılması amaçlanmış ve organize edilmiştir; https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510 (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

Türk İdare Hukuku'nda çeşitli yollar ile bu ilke ve hakların normlaştırılması yönünde çalışmalar yapılmıştır. İlk kez, 07.05.2002 tarih ve 12/467 sayılı İyi Yönetimin Geliştirilmesi Yönergesi ile iyi yönetimin geliştirilmesi, düzenleyici bir işleme konu edilmiştir. AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, Ekim 2021, s.544. Sonrasında Kamu Yönetimi Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun (https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5227.html (Erişim Tarihi: 28.02.2024)), Cumhurbaşkanı tarafından Kanunun meclise iade edilmesi ile sonuçlanmıştır. BOZ / YURDAER / ERASLAN, s.509-510. Bu hususta önem arz eden düzenlemelerden bir diğeri ise, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "İyi yönetim ilkeleri" başlıklı 6. maddesidir (RG.28.03.2013-28601 (Mükerrer), https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130328M1-1.htm (Erişim Tarihi: 28.02.2024). Hüküm kapsamında; Kamu Denetçiliği Kurumu, inceleme ve araştırma yaparken; "*idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine*" uymakla yükümlüdür. Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'nda belirlenen ölçütlere bağlı kalındığı açık olan hüküm doğrultusunda Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından İyi Yönetim İlkeleri Rehberi hazırlanmıştır https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/documentuploads/iyi-yonrtim-ilkeleri-turkce/mobile/index.html#p=1 (Erişim Tarihi: 28.02.2024). Kurumun kararlarında iyi yönetim ilkeleri kapsamında inceleme yapıldığı görülmektedir (Kendisinden istenen bilgileri açıklayıcı şekilde sunmayan belediyenin iyi yönetim ilkesini ihlal ettiğine yönelik inceleme için bakınız; KDK., B.2022/5322, 05.10.2022, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 28.02.2024); Tesis edilen işlemde ilgilisine başvuru yolunu göstermemesi nedeniyle iyi yönetim ilkesinin ihlal edildiğine yönelik inceleme için bakınız; KDK., B.2022/1606, 16.06.2022, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

maktadır. Özellikle yerel anlamdaki kararlara katılım, orada yaşayan ve alınacak kararlardan hızlı ve yoğun anlamda etkilenecek toplum açısından büyük önem taşır.[2] Yerel anlamda en güçlü idarelerden biri olan belediyenin, kendi yaptığı faaliyetler üzerinde iç anlamda hiyerarşik ve dış anlamda idari vesayet denetimlerine tabi tutulmasının dışında bir diğer faktör olarak halk katılımı son dönemlerde tartışılan bir diğer husustur.

Belediyelerin önemli hizmetlerinden biri olan imar planlama faaliyeti,[3] belirli bir coğrafyada yerleşik olarak yaşayan ya da bir şekilde ilgili tutulan kimseleri kimi zaman doğrudan kimi zaman ise dolaylı yoldan etkilemektedir. Bu nedenle bu yerlerde yapılacak planlamanın, ilgililerin katılımı ile yapılmasında çeşitli faydaları olacağı açıktır. Her ne kadar faydaların fazlalığı söz konusu olsa da ağırlıklı olarak az sayıdaki sakıncalı olasılıklar, katılım sağlanabilmesinin önünde engel olarak durabilmektedir.

Bu çalışmada, belediyenin imar planlama faaliyetinde halk katılımını nasıl ve ne derecede sağlayabildiği gözlemlenirken, katılımın önemi ve pozitif hukuktaki yeri üzerinde durulmuştur.

---

[2] "*Geçtiğimiz birkaç on yılda "topluluk katılımı" ifadesi, sürdürülebilir kalkınmaya ulaşma çabalarında anahtar bir unsur olarak akademik literatürde, politika oluşturma belgelerinde ve uluslararası konferans belgelerinde giderek artan bir şekilde kullanılmaya başlandı. Topluluk katılımı konusu artık yerleşik bir prensip haline gelmiştir. Katılımı savunanlar, yerel toplulukların karar alma süreçlerine aktif olarak katıldığı aşağıdan yukarıya bir çerçeveyi benimseyen politika ve kalkınmanın, hedeflere ulaşılmasını daha iyi kolaylaştıracağını belirtiyor.*" CHİRENJE, Leonard I. / GİLİBA, Richard A. & MUSAMBA, Emmanuel B., "Local communities' participation in decision-making processes through planning and budgeting in African countries", **Chinese Journal of Population Resources and Environment**, C.11, S.1, 20 June 2013, ss.10-16, s.10.

https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10042857.2013.777198 (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

[3] Danıştay, imar planlaması faaliyeti bakımından imar planının; "*insan, toplum, çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın koruma kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek amacıyla*" hazırlanacağını belirtmektedir. D.6.D., E.2009/10541, K.2009/11645, 08.12.2009, https://www.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 02.03.2024).

Belediyenin imar faaliyetine kapsamındaki görev ve yetkilerine ilişkin olarak Belediye Kanunu'nda çeşitli hükümler yer almaktadır. Kanunun "Belediyenin görev ve sorumlulukları" başlıklı 14. maddesi kapsamında imar faaliyetinin belediye tarafından yapılacağı ile "Meclisin görev ve yetkileri" başlıklı 18. maddesi kapsamında imar planlarının görüşülmesinin ve onaylanmasının belediye meclisi tarafından yapılacağı hususları açık düzenlemelere konu edilmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu, RG.13.07.2005-25874, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5393.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

II. İDARİ USULDE KATILIM İLKESİ VE BELEDİYELER ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. İdare Hukuku Bağlamında Katılım İlkesi Kavramı

İdari faaliyetlere toplumun her ya da belirli kesiminin dahil olabilmesini sağlayan katılım ilkesinin incelenmesinden önce, katılımın kamu yönetimi alanında ne anlama geldiği ve ne gibi bir öneme sahip olduğunun tespit edilmesi şarttır. Zira günümüzde artık tek başına gücünü açıklayamayacağımız demokrasi kavramı artık "çoğulcu" ya da "katılımcı" gibi sıfatlarla anlatılmaya başlanmıştır.[4]

Katılım kavramı, bireylerin kamu yönetiminin faaliyet alanı içindeki konularda söz söyleyebilmeleri, çeşitli araçlarla kamu hizmetlerini yürüten idarelerin karar alma süreçlerine dahil olmaları ve bu idarelerin sorumluluklarını bir nebze de olsa üstlenmeleri şeklinde tanımlanmaktadır.[5] Halkın katılımı, kentsel planlama, kamu politikası ve çevre çalışmaları dahil olmak üzere çeşitli araştırma alanlarında kapsamlı bir şekilde tartışılan geniş ve çok boyutlu bir kavramdır.[6] Çağdaş yönetim ilkeleri bağlamında şeffaflık ve açıklık ilkeleri ışığında idarenin faaliyetlerine ilişkin bilgileri ulaşılabilir kılması,[7] bunları isteyenlere sunması ve faaliyetlere tanıklık ettirmesi, toplumun idareye olan güveninin artmasını sağlayacaktır.[8] Güvenli bir toplu-

---

4 ÖZAY İl Han, "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Üzerine Düşünceler", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: İdarenin Demokratikleştirilmesi Süreci Olarak Saydamlık**, C.7, S.2, Aralık 2008, ss.135-138, s.135.

5 YALÇINDAĞ Selçuk, **Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1996, s.129.

6 SENIOR, Coline / SALAJ, Alenka Temeljotov / JOHANSEN, Agnar / LOHNE, Jardar, "Evaluating the Impact of Public Participation Processes on Participants in Smart City Development: A Scoping Review" **Buildings** 2023, Vol.13, Issue 6, ss.1-19, s.2 https://doi.org/10.3390/buildings13061484 (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

7 "*Katılım, gerekli bilgilere erişimle el ele gitmelidir. Bilgi eksikliği durumunda, daha önce de belirtildiği gibi, yerel halk veya onların temsilcileri manipüle edilecektir. Gerekli bilgilerin hükümet, sivil toplum kuruluşları ve araştırmacılar tarafından sağlanması gerekmektedir.*" NDAGALA, D. K., "Local Participation in Development Decision / An Introduction", **Nomadic Peoples**, June 1985, S.18, ss.3-6, s.4. https://www.jstor.org/stable/43123246 (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

8 SEZER Yasin, "'İyi İdare İçin' Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S.26, 2002, ss.153-172, s.156. "*Yerel halkın kalkınma kararlarına dahil edilmesiyle halk arasında memnuniyet, sorumluluk ve hesap verebilirlik duygusu oluşturulacaktır. Hissedilen ihtiyaçları doğru bir şekilde belirlenecek ve takip edilecektir.*" NDAGALA, s.6. Araçsal argümana göre halkın katılımı, kurumların kurumlara olan güveninin sürdürülmesine katkıda bulunur ve kararlarının gerekçelendirilmesi

mun oluşturulabilmesi için idarenin demokratikleştirilmesi gereklidir. Bu demokratikleşmenin idarenin katılım ve açıklık ilkelerine uygun hareket etmesiyle olacaktır.[9] İdari usulüne sirayet edecek bu ilkelerin uygulanabilirliği, demokratiklik ölçeğinde anlam kazanacaktır. Farklı bakış açılarıyla değerlendirilebilirse de idari usul, idarenin yalnızca hukuka uygunluğuna ilişkin usulî bir sorun değil, bunun ötesinde, idarenin demokratik, açık ve katılımcı olması gibi kamu yönetimi sorunlarıyla da yakından ilişkili bir konudur.[10] Halkın katılımı, vatandaşların karar alma süreçlerine aktif olarak katılmalarına ve bu süreçlerin sonuçları üzerinde gerçek bir etkiye sahip olmalarına olanak tanıyan bir süreçtir. Bu tanım, kamu katılımının vatandaşları güçlendirmenin ve onların çıkarlarının dikkate alınmasını sağlamanın bir aracı olarak hizmet etmesiyle, hükümet ile vatandaşlar arasındaki güç dinamiklerinin önemini vurgulamaktadır.[11] Vatandaşın katılımı artık demokrasinin merkezi bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Zira siyasi elitlerin yurttaş katılımı olmadan izole bir şekilde faaliyet göstermesi düşüncesi kabul edilemez durumdadır. Böyle bir yönetimin doğal olarak ne güveni ne de meşruiyeti olabilir. Vatandaş katılımını daha aktif bir şekilde başlatan bir yönetim, vatandaşların görüşlerine açık ve duyarlı olarak algılanacaktır. Ayrıca bu tür özelliklerin siyasetçilere duyulan güvenin daha yüksek olması anlamına geldiğini de varsayabiliriz çünkü vatandaşlar, temsilcilerinin kendi fikirlerini dinlemeye daha hazır olduğunu hissedeceklerdir.[12]

Katılımcılığın kamu yönetimi bağlamında irdelenmesinde; idarenin planlayarak uygulama ve karar alma aşamalarına, karar alan idarenin dışındaki kurum, kuruluş ya da toplumun herhangi kesiminden ilgililerin dahil olması yaklaşımı

için bir temel sağlar. Paydaşların sahiplenme duygusunu teşvik eder, böylece kararların kabul edilebilirliğini artırır, uygulama ve icraya karşı direnci azaltır ve kararların uygulanmasına katılım için halkın harekete geçmesini teşvik eder. SHARMAN, Nicola, "Objectives of Public Participation in International Environmental Decision-Making", **International & Comparative Law Quarterly**, C.72, S.2, April 2023, ss.333-360, s.336-337, https://doi.org/10.1017/S0020589323000088 (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

9 AZRAK Ali Ülkü, "İdari Usulün İdarede Demokratikleşmeye ve Saydamlığa Katkısı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: İdarenin Demokratikleştirilmesi Süreci Olarak Saydamlık**, C.7, S.2, Aralık 2008, ss.87-91, s.87.

10 OĞURLU, Yücel, "İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?", **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.1-2, 2005, ss.73-88, s.73.

11 SENIOR / SALAJ / JOHANSEN / LOHNE, s.3.

12 HOLUM, Marthe, "Citizen Participation: Linking Government Efforts, Actual Participation, and Trust in Local Politicians", **International Journal of Public Administration**, 2023, C.46, S.13, ss.915-925, s.916 https://doi.org/10.1080/01900692.2022.2048667 (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

ortaya çıkmaktadır.[13] Ayrıca bu durum bireylerin, sadece seçimlerde değil, siyasi kararların oluşmasında yer alması ya da idari yönetim süreci içinde bulunması olarak da yorumlanmaktadır.[14] Ayrıca sadece bireylerin değil, sivil toplum kuruluşlarının da bu sürece dahil olduğunu belirtmek gerekir.[15] Bu açıdan Özay "katılımı", "*kamu hayatında fertler ve sivil toplum kuruluşlarının, özellikle kendileri hakkında alınacak kararlar ve yapılacak işlemlerin oluşması sürecinde aktif bir biçimde yer alabilmeleri*" olarak tanımlamaktadır.[16]

Her ne kadar katılımın ağırlıkla karar alma sürecinin oluşumu sırasında kullanıldığı düşünülse de karar almadan ya da kararın icrasından sonra da katılım sağlanabilmektedir. İdari faaliyetlerin tamamlanmasından sonra ilgililerden şikâyet alma ya da idare tarafından bildirimlerine başvurma gibi çeşitli usuller tatbik edilebilir. Bu sayede ilgili idarenin, yürüttüğü faaliyete ilişkin geri bildirimleri alabilmesi sağlanır ve aynı doğrultuda faaliyetin geliştirilmesi ve iyileştirilmesi çalışmaları yürütülebilir.[17]

Katılımcılık kamu yönetimi bağlamında irdelenirken, pozitif ve negatif anlamda da ele alınmaktadır. Yönetimin ilgililerin ya da toplumun büyük kesiminin bilgisine ulaşmak adına kullandığı oylama, anket gibi araçlar pozitif katılımı, protesto ve gösteri amaçlı yürüyüşler, grev ve benzeri tepki araçları da negatif katılımı içermektedir.[18] Bu çalışmada irdelenecek katılım, pozitif katılım olacaktır.

---

[13] ATEŞ Hamza / BUYRUK Gökçe Ceren, "Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu", **Ombudsman Akademik Dergisi**, Özel S.1, Aralık 2018, ss.81-98, s.85.

[14] ÇUKURÇAYIR Mehmet Akif, **Siyasal Katılma ve Yerel Demokrasi**, 3. Baskı, Çizgi Kitabevi, Konya, 2006, s.78; KÖSEKAHYA Gamze, **Katılımcılık ve İyi Yönetişim (İyi Yönetişimin Temel Unsurları)**, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2003, s.35.

[15] "*Sivil toplumun ve vatandaş gruplarının kaynak yönetimine dahil edilmesi, kamu sektörünün hizmet sunumunun ve hesap verebilirliğinin iyileştirilmesini sağlamıştır. İnsanlara politika oluşturma süreçlerini ve politikaların, programların ve projelerin uygulanmasını etkileme konusunda daha büyük fırsatlar verdi.*" CHİRENJE / GİLİBA & MUSAMBA, s.11. "*Demokratik bir kurum olarak Sivil Girişim (halk), eski bir kuruluştur ve antik Yunanistan'dan beri, demokratik bir ifade biçimi olarak halkın sesi olarak vox populi olarak bilinmektedir.*" FAZLİU, Ramiz, "Direct Participation of Citizen in Democratic Decision Making at the Local Level", **European Journal of Multidisciplinary Studies**, Jan-Apr 2016, C.1, S.1, ss.143-147, s.144. https://revistia.com/files/ articles/ejms_v1_i1_16/Ramiz1a.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023). Sivil toplum kuruluşları, karar alma süreçlerine halkın katılımı konusunda da rol oynarlar; böylece kamu çıkarlarının temsilcisi veya 'vekili' olarak hareket edebilirler. SHARMAN, s.340-341.

[16] ÖZAY, "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Üzerine Düşünceler", s.135.

[17] ATEŞ / BUYRUK, s.85.

[18] KÖSEKAHYA, s.35. Siyasi katılım, temsilciler ve seçmenler arasında iki yönlü bir iletişimi varsayar. Bunlar, periyodik seçimlerde oy vermeyi, iletişim kurmayı ve lobi yapmayı, bireylerin veya grupların yetkilileri ve politika yapıcıları etkileme çabalarını ve kampanya yürütmeyi

İdare hukuku alanında katılım ilkesi kavramının ortaya konulmasında temel özelliklerin vurgulanması gerekir. Zira kamu gücünü kullanan idare, bireylerin hak ve menfaatlerini etkilemeden önce, ilgililerin bazı hak ve yetkiler ile donatılarak idare karşısında menfaatlerini korumalarına olanak sağlamalıdır ve bu kapsamda idari usule[19] ilişkin olarak katılım ilkesi önem arz eder. Bir idari işlemin yapılış usulü olarak da adlandırılan idari usul[20] kapsamında genel amaç, idari işlemlerin tarafsız ve dikkatlice tesis edilecek inceleme ve sorgulama ile bireylerin hak ve menfaatlerinin koruma altına alınmasını sağlamaktır.[21] İdari usulün sağlanması ile de idari faaliyetlerden yararlananların katılımları, görüşlerini ifade edebilmeleri, savunulma haklarının kullanımı ve olabildiğince idareyi denetleyebilme imkanları ortaya çıkabilmektedir.[22] İdari usulün genel olarak tanımsallaştırılmasında da, idari işlemlerin tesisinde ilgilinin savlarının alınması, konuya ilişkin delillerini sunma için fırsat verilmesi ve yargılama usulüne benzer usulü takip edilmesi hususları Azrak tarafından vurgulanmaktadır.[23] Dolayısıyla idari usulün tamamlanabilmesi adına ilgilinin sürece katılmasının öneminin ne denli fazla olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Ayrıca yine Azrak usullerde belirtilen ilgilinin görüşünün alınması süre-

içerebilir; destek ve kaynak sağlamak amacıyla siyasi partiler tarafından yürütülür. Ek olarak, grup eylemi ve protesto, kolektif hedeflere odaklanır ve insanları hükümetten doğrudan talepte bulunma konusunda harekete geçirme açısından önemlidir. GRANT, Ursula, **Local Government Decision-Making: Citizen Participation and Local Government Accountability a Literature Review**, University of Birmingham, March 2002, s.1.

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08d43ed915d3cfd00190a/R80574.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

19 ODYAKMAZ Zehra, "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 1999, ss.1-21, s.3.

20 AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.65. Danıştay'ın idari usulün tanımlanması bakımından yaptığı incelemede doktrinden faydalandığı görülmektedir; "*Doktrinde idari usul; idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır*". D.10.D., E.2001/2814, K.2002/3262, 25.09.2002, https://www.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

21 AZRAK Ali Ülkü, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.33, S.1-2, 1967, ss.66-82, s.73.

22 AZRAK, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", s.73; AKYILMAZ, s.73; ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Usul Hukukunda "Temsil Hakkı"", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y.7, S.2, 2022, ss.297-434, s.399.

23 AZRAK Ali Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1964, s.5.

cinin karar alma üzerinde bağlayıcılığının bulunması durumunda katılımın etkinliğinin arttırılabileceğini belirtmektedir.[24]

Katılımcılık anlamında tek taraflı iradesi ile kamu gücünü kullanan idare, demokratik yönetim anlayışı[25] ile bireyleri faaliyetlere dahil etmesinin yanı sıra kamu yararının doğru tespit edilebilmesini de sağlar. Bu sayede idarenin içe kapanıklığının önüne geçilerek, faaliyetin genel yararı sağlanabilecektir.[26] İçe kapanık idarenin önüne geçilerek iletişim kanallarının açık tutulmasını sağlayan idari usulün gerçekleştirilmesi anlayışı, halkın yönetime olabildiğince katılması ile gerçekleşecektir. Ulusal anlamda idarenin demokratik olma niteliğini kazanabilmesi için idarenin sadece kuruluşu ve oluşumu ile değil, ayrıca işleyişinin de demokratik esaslara dayanarak saydam ve katılımcı olması gerekir.[27]

İdari işlemin oluşumunda ilgililerin bilgilendirilmesinin yanı sıra katkıda bulunmaları ya da kendi haklarını savunmaları, katılım ilkesinin özünde bulunmaktadır.[28] Diğer bir deyişle bu ilke sayesinde henüz idari işlem tesis edilmemişken ilgilinin işleme müdahil olması, menfaatlerini koruması, fikrini belirtmesi veya hakkını savunması ile işlemin oluşmasına katkıda bulunması sağlanmaktadır.[29] İlgililer, idari işlemin tamamlanması sırasında çeşitli olgular ekleyebilirler. Diğer bir deyişle, ilgililer, idare karşısında kendi menfaatlerini savunabilmek adına katılım ilkesini kullanabileceklerdir. Bu sayede ilgililerin sundukları argümanlar ile katılım ilkesi geniş bir açıdan kamu yararının tespiti yönünde etkin bir araç olmaktadır[30] ve maddi olguların ortaya konması bakımından katılımın sağlanması ile kamu yararının doğru orantılı olduğu ortaya çıkmaktadır. İyi bir adalet ve yönetimin gerçekleşti-

---

[24] AZRAK, "İdari Usulün İdarede Demokratikleşmeye ve Saydamlığa Katkısı", s.87.

[25] Her uygun demokratik yerel özyönetim sistemi, fonksiyonlarını yerine getirmek ve belirlenen demokratik ilkeleri karşılamak için, yerel önem taşıyan konularda vatandaşların karar alma sürecine, doğrudan katılım biçimlerini dahil etmekle yükümlüdür. FAZLİU, s.144.

[26] HACIMURATLAR Zeliha, İdari Usule Katılım, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.133.

[27] ÖZAY İl Han, "Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.275-279, s.275.

[28] YILDIRIM Turan / YASİN Melikşah / KAMAN Nur / ÖZDEMİR H. Eyüp / ÜSTÜN Gül / ÇAKIR Hüseyin Melih / OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.679.

[29] DURAN Lütfi, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.31-40, s.37.

[30] HACIMURATLAR, s.139.

rilebilmesi, ilgililerin katılımının faaliyet sürecinde tamamlanması ile olanaklıdır.[31]

İdari işlemin tesis edilmesi esnasında ilgililerin bu işlemin oluşmasına katkıda bulunmasını sağlayan katılım ilkesi, ilgililerin bilgilendirilmesinin yanı sıra kimi zaman idarenin işlemi tamamlama sürecine yön vermeyi de sağlamaktadır. Bu yönüyle de katılım ilkesinin, işlemlerin oluşumunda idarenin takdirini etkileyen fonksiyonu ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmetlerinden faydalananların aktif katılımı sayesinde idarenin kendi içerisindeki hesap verme ve kontrol mekanizmalarının çalışması zorunlu hale gelecektir. Dolayısıyla idari faaliyetlerin yürütülmesi bakımından katılım ilkesinin, usul kurallarına sirayet etmesi sağlanarak kamu yararının tesis edilmesi söz konusu olacaktır. Bu sayede hukuk devleti ilkesi, idari usulün genel fonksiyonunda kendisini gösterebilecektir[32] ve idari usul konusu, ilk bakışta diğer haklara kıyasla önemsizmiş izlenimi veren, fakat gerçekte idare karşısında diğer birçok hakkı kullanılabilir hale getiren, yokluğu halinde ise onları anlamsızlaştıran koruyucu ilke ve kurallardır.[33] Karar alma sürecinde İdare ve vatandaş arasında diyalogun varlığı, bireylerin kararların yanlış ve hukuka aykırı bir şekilde alınması konusunda idareyi uyarmasına imkan tanınması, yani, bir şekilde katılımlarının sağlanması ile mümkündür.[34]

Katılımın hem yönetime hem de topluma birçok yararı bulunmaktadır. Politikalar ile idari faaliyetlerin etkinliğinin benimsenmesi; alınan kararların toplumca kabul edilebilirliğini yüksek seviyede tutma; toplumdaki bireylerin aktifliği ile demokratik düzeyi arttırma gibi olumlu sonuçlar, katılım ilkesinin somutlaşan yararları olarak karşımıza çıkmaktadır.[35] Bu bağlamda toplumda temsiliyetin her kesime ulaşabilmesi söz konusu olacaktır. Toplumun aydınlatılmasının dışında her kesimin sesini duyurması, katılım ilkesiyle gerçekleşmektedir. Bu sayede insanlık onuruna yaraşır hukuk devleti ilkesi varlığını sürdürecektir.[36]

---

31 AKILLIOĞLU Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983, s.136.

32 AKYILMAZ, s.73.

33 OĞURLU, s.84.

34 OĞURLU, s.85.

35 ATEŞ / BUYRUK, s.86.

36 YILDIRIM ve diğ., s.680.

B. Katılım İlkesinin İlgili Temel Haklar ile İlişkisi

Katılım ilkesinin, idari usul ilkeleri arasında sayılabilmesi için kaynağını temel haklardan aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için idareye yol gösterici ve onu herkes tarafından kabul edilecek standartlaşmış kalıplara bağlı davranmasına zorlayıcı idari usul ilke ve kurallarının var olması gerekir.[37] Bunlardan katılım ilkesi kapsamında da çeşitli temel haklar ile bağlılıktan bahsetmek kaçınılmaz olacaktır.[38]

Birçok pozitif hukuk kuralında yer alan bu haklar, idari faaliyetlerin icrası sırasında uygulanacak usullerde toplumun güvencesini oluşturmaktadır.

1. Dinlenilme Hakkının Katılım İlkesi ile İlişkisi

İdari usulde güçlü bir etkiye sahip olan dinlenilme hakkı, idari işlemin tesis edilmesinden önce bu işlemin esasına belirleyici olacak ve önem arz eden olgulara ilişkin, işlemden etkilenecek kimselere görüş ve fikirlerini açıklama fırsatının idari merci tarafından verilmesi yükümlülüğüdür.[39] Usuli bir güvence olarak karşımıza çıkan bu hak, diğer temel haklar ve özgürlükler ile mevcut hukuki durumları sınırlandıran bir idari işlemin yapılması esnasında, ilgiliye kendisini ifade etmesi ve delillerini sunması için fırsat tanır, bu sayede idari usulün temel bir parçası haline dönüşür.[40]

Dinlenilme hakkının kullanımı ile ilgililerin korunması sağlanırken, idari işlemlerin oluşturulması sırasında idare adına olumlu etkiler de ortaya çıkmaktadır. Özellikle idari işlemlerin tesisi sırasındaki katılımın sağlanması, her zaman sadece ilgililerin menfaatlerinin korunmasını sağlamakla kalmaz, kimi zaman ise idari işlemi tesis eden idareye yol gösterici bir fonksiyonu da gerçekleştirir. İlgililere idari işlemin oluşumunda aktif katılımları sayesinde meşru yollar ile idareyi etkileme imkânı sunulmaktadır. İdarenin etkilenmesi kapsamında idarenin işleme dayanak olgularla ilgili yapılan incelemelerde doğru bilgilenmesi ve idarenin bu doğrultuda hukuka uygun bir idari işlem tesis etmesi için yardımcı olunması kastı anlaşılmaktadır.[41]

---

37 OĞURLU, s.85.

38 Katılım kapsamında dinlenilme bağlamında savunulma hakkı ile bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkının kullanılabilmesi, ilgililerin öğrenim, çalışma, girişim, mülkiyet ve diğer birçok hak ve özgürlüğün uygulanabilirliğini sağlayabilecektir. OĞURLU, s.84-85.

39 AKYILMAZ, s.143.

40 ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S.1, 2016, ss.25-46, s.30.

41 EVREN Çınar Can, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.91, 2010, ss.110-145, s.139.

Bu hakkın tüm idari işlemlere uygulanıp uygulanmayacağı konusu da önem arz eder. Genel anlamda ilgilisinin hukuki durumunu aleyhte olarak değiştiren, ilgilisine yükümlülük yükleyen, ilgilisinden bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını isteyen veya fayda getirici bir idari işlemin tesisine yönelik isteğin reddedilmesi niteliğindeki idari işlemlerin, dinlenilme hakkına tabi tutulan idari işlemler sınıfını oluşturduğu kabul edilmektedir.[42] Ayrıca dinlenilme hakkının, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini de belirtmek gerekir.[43]

İdare Hukuku bağlamında genel bir usul yasasının olmaması sebebiyle mevzuatta kendisine yer bulamayan dinlenilme hakkı, idari usul kanununa sahip ülkelerde çeşitli şekillerde düzenleme altına alınmıştır.[44] Bununla beraber hak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında" başlıklı 77/31 sayılı Kararı Ek kısmında "Dinlenilme Hakkı" başlığı altında belirtilmiştir;

> "*1. İlgili kişi, hak, özgürlük veya menfaatlerini olumsuz etkilemesi muhtemel nitelikteki herhangi bir idari işleme dair, idare tarafından dikkate alınmak üzere olgu ve savlarını ortaya koyabileceği gibi, uygun hallerde delil de gösterebilir.*".[45]

Dinlenilme hakkı, Türk İdare Hukuku sistematiği içinde daha çok savunulma hakkına ilişkin olarak özel hükümlerde yer bulabilmektedir. Diğer bir deyişle savunulma hakkının mevzuatta dağınık bir biçimde bulunduğu söylenebilmektedir.[46] Anayasal anlamda dinlenilme hakkının tek dayanağı olarak Anayasa'nın 129/II. maddesi kapsamındaki savunma hakkı karşımıza çıkmaktadır. Hüküm uyarınca; "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*". Buradan da anlaşılacağı üzere, tesis edilecek idari işlemde (ceza verilmesi ya da verilmemesi hakkında kararda) ilgilinin sürece dahil edilmesi, kendisini savunması kapsamında belirlenmektedir. Aynı paralelde kanunlarda da savu-

---

42 AKYILMAZ, s.144.

43 ÇEBİ BUĞDAYCI, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", s.40.

44 HACIMURATLAR, s.217.

45 28.09.1977-275 sayılı toplantı ile kabul edilen 77(31) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı, https://rm.coe.int/cmres-77-31-idarenin-islemleri-kars-s-nda-bireyin-korunmas-hakknda-ka/1680a43b33 (Erişim Tarihi: 09.07.2023).

46 KURT Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, S.1, 2014, s.138.

nulma hakkı bağlamında dinlenilme hakkının düzenlendiği gözlemlenmektedir. Hayata geçirilemeyen Genel İdari Usul Kanunu'nda düzenleme altına alınmaya çalışılan dinlenilme hakkının,[47] diğer mevzuat hükümlerinde de savunulma hakkıyla bağışık tutulmasıyla sınırlı kalmasına neden olmaktadır.[48] Bu savunulma hakkının özellikle disiplin hukuku bağlamında tesis edilen idari işlemlerle sınırlı kaldığı görülmektedir.[49] Birçok idari yaptırım niteliğindeki idari işlemde ise savunulma hakkına ilişkin düzenlemenin bulunmaması nedeniyle ilgili idarelere bu yönde yükümlülük verilmediği görülmektedir.[50] Ancak buna karşın, disiplin hukukuna ilişkin olmayan kimi faaliyet alanlarında verilen idari yaptırımların savunulma hakkına tabi tutulduğuna ilişkin mevzuatta çeşitli hükümlere rastlanmaktadır.[51]

---

47 Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı 2003 yılı taslağı 25. maddesince dinlenilme hakkı; "*ilgililerin, bir idari işlemin yapılmasından önce hakların, özgürlüklerini ya da hukuki yararlarını savunmak üzere kendi tercihleri doğrultusunda yazılı veya idarece düzenlenecek görüşme toplantısında sözlü açıklama yapmalarını, tanık dinletebilmelerini, idareye her türlü bilgi ve belge sunmaları, bilirkişi incelemesi yapılması isteğinde bulunmalarını*" kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. https://jurix.com.tr/article/19723 (Erişim Tarihi: 08.07.2023).

48 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdare Hukuku, s.527.

49 Savunma hakkının disiplin hukuku bağlamında irdelenebilmesini sağlayan birçok örnek bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanunu'nun "Savunma hakkı" başlıklı 130. maddesi uyarınca; "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez*" (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG.23.07.1965-12056, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=657&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 27.02.2024)). Aynı paralelde Yükseköğretim Kanunu'nun yükseköğretim personeline ilişkin "Disiplin soruşturması ve savunma hakkı" başlıklı 53/A. maddesi ile yükseköğretim öğrencileri hakkında bulunan "Öğrencilerin disiplin işleri" başlıklı 54. maddesi ilgililer yönünden savunma hakkını düzenlemiştir (2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, R.G.06.11.1981-17506, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2547.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024)).

50 İmar hukuku mevzuatı kapsamında uygulanan idari yaptırımlara ilişkin ilgililere tanınmış bir savunma hakkı bulunmamaktadır. İmar Kanunu 32. madde kapsamında ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıya uygulanacak yıkım kararı ile idari para cezalarını düzenleyen 42. maddesi kapsamında ilgililere, yaptırım uygulanmadan önce savunma hakkının sunulmadığı görülmektedir. (3194 sayılı İmar Kanunu, RG.03.05.1985-18749, https://www.mevzuat.gov.tr/ MevzuatMetin/1.5.3194.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024)). Benzeri nitelikte Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "İdari yaptırımlar" başlıklı 32. maddesi kapsamında yayın hizmeti ilkelerinin ihlali nedeniyle yapılan incelemelerde savunmanın alınmasına ilişkin hüküm düzenlenmemektedir (6112 sayılı Kanun, R.G.03.03.2011-27863 https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6112.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024)).

51 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 43. maddesi kapsamında ilk yazılı, 44. maddesi kapsamında ise sözlü savunmanın Rekabet Kurulu'nca istenilmesi gerekliliği düzenlenmektedir (4054 sayılı Kanun, R.G.13.12.1994-22140 https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun (Erişim Tarihi: 27.02.2024)). Aynı doğrultuda Bankacılık Kanunu 149. maddesi kapsamında idari para cezasının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kararın savunma alındıktan sonra verilmesi gereği hüküm altına almıştır (5411 sayılı Kanun, R.G.01.11.2005-25983 https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5411.pdf (Erişim Ta-

İncelemeler ışığında dinlenilme hakkının ilgililere tanınması ile birçok faydanın idare lehine sağlanabileceği gibi ilgililer ve toplum üzerindeki etkisi de yadırganamaz. Dolayısıyla ilgilere tanınan bu hakkın idari usulün ve katılım ilkesinin can damarı olduğu düşünülebilmektedir.[52] Dinlenilme hakkı ile idari işlemin tesisi sırasında hem idari mercilerin işlemi yapma saikinden açıklık kapsamında haberdar olunurken hem de ilgililerin bu idari süreç içerisinde yer alması anlamında katılım ilkesine hizmet edilmektedir.[53] Bu sayede idari işlemin ilgilileri bakımından "ikna" edilme sağlanacaktır. Özellikle kollektif idari işlemlerin tesisi sırasında müzakere safhasında ilgililerin katılımın sağlanabilmesi için dinlenilme hakkının kullanılması gerektiği kaçınılmazdır.[54]

2. Bilgi Edinme ve Belgelere Erişim Hakkının Katılım İlkesi ile İlişkisi

İdare faaliyetlerini yerine getirirken birçok kaynağa ulaşmayı amaçlamalıdır. Çeşitli kaynaklardan topladığı bilgiler üzerinde değerlendirme yapan idare bir sonuca ulaşarak hareket etmektedir. Bu doğrultuda idarenin sahip olduğu bilgilenme kaynaklarını, kamu görevinin ifası sırasında edindiği ve idari fonksiyona ilişkin bilgi ve belgeler oluşturmaktadır.[55] Bu bilgilerin kamuoyundan saklı tutulması, her zaman kamu yararını içermeyeceği gibi ilgilileri de korumasız ve pasif bir hale düşürmektedir.[56] Bu durumda bilgi edinme, her zamankinden daha çok önem ifade edecektir.

Katılım ilkesinin yanı sıra dinlenilme hakkıyla da bağlantılı olarak bilgi edinme ve belgelere erişim hakkı[57] karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel süreçte,

---

rihi: 27.02.2024)). Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nu 105. maddesi kapsamında uygulanacak idari para cezasından önce savunma zorunluluğu düzenlenmektedir (6362 sayılı Kanun, R.G. 30.12.2012-28513 https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6362.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024)).

52 ŞAHİN Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda 'Regülasyon'**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.130.

53 AKYILMAZ, s.140.

54 ODYAKMAZ, s.6.

55 KAYA Cemil, "2000 Tarihli İngiltere Bilgi Edinme Hakkı Yasası Üzerine Bir İnceleme, **Galatasaray Üniversitesi Yıldızhan Yayla Armağanı**, İstanbul 2003, ss.327-343, s.327.

56 YILMAZ Harun, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.Özel Sayı, 2015, ss.965-986, s.970.

57 Devlet bilgilerine erişim hakkı bağımsız bir değer ve konum kazanmıştır. İfade özgürlüğü ve müzakereci demokrasi kavramıyla yakından bağlantılı olması nedeniyle iyi yönetişimin gerekli bir bileşeni olarak görülmekte ve dolayısıyla demokrasi ve katılımın temel değerlerini yansıtmaktadır. RİEKKİNEN, Mariya / SUKSİ, Markku, Access to Information and Documents as a Human Rıght, **Institute for Human Rights Åbo Akademi University**, Turku / Åbo, Finland 2015, s.iii. https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2015-Riekkinen-and-Suksi-Access-to-information.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

idarenin faaliyetlerinde gizliliğin ve kapalılığın egemen olduğu gözlenmektedir.[58] Hukuk devleti anlayışının gelişimiyle idare tarafından tutulan belgelerin ulaşıma açılması gereksinimi üzerinde tartışmalar başlamıştır. Diğer bir deyişle idari faaliyetlerin büyük çoğunluğu bakımından aleniyete tabi tutulma anlayışının kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Bu kapsamda şeffaflık ve açıklık doğrultusunda bireylere, idari faaliyetler kapsamında toplanan bilgi ve belgelerin sunulması hakkı ortaya çıkmıştır.[59]

Tanım olarak idarenin karar, eylem ve işlemleri sonucu ilgili belge ve bilgilerin elde edilmesi anlamında kullanılan hak, idari usul süreci içerisindeki bilgiye ulaşımı sağlamaktadır.[60] Bu hak ile ortaya konmak istenen temel amaçlar, idarenin faaliyetlerinde keyfi davranmasının önüne geçilmesi ve kamu hizmetlerinden yararlananlara demokratik yöntemlerle idareden hesap sorabilmesi imkânının tanınmasıdır.[61] Bu doğrultuda demokratik yönetimin saydamlığının sağlanabilmesi için bilgi edinme hakkı olmazsa olmaz koşul olarak karşımıza çıkmaktadır.[62] Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'ne ilişkin tüm belgelere erişim hakkını bir temel hak olarak kabul etmektedir. Bu durum, "*Birliğin herhangi bir vatandaşı ve bir Üye Devlette ikamet eden veya kayıtlı ofisi bulunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, hangi ortamda olursa olsun Birliğin kurumlarının, organlarının, ofislerinin ve dairelerinin belgelerine erişim hakkına sahiptir. Bu hak Temel Haklar Şartı'nın 42. maddesinde yer almaktadır.*"[63] ifadesi ile resmen ortaya konulmuştur.

Doktrinde bilgi edinme ile belgelere ulaşım hakkı birlikte bir hak olarak değerlendirilirken,[64] aksi yönde bilgi edinme hakkı ve belgelere ulaşım hakkının ayrı olarak değerlendirmeye tabi tutulduğu görülmektedir.[65] Kanaatimce de idari belgelere ulaşım hakkı ve bilgi edinme hakkı birlikte değerlendirmelidir. Belge-

---

58 AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.46, S.1-2, 1991, ss.1-12, s.2.

59 ODYAKMAZ, s.7.

60 EKEN Musa, "Bilgi Edinme Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan**, C.17-18, 1995-1996, ss.61-75, s.63; HACIMURATLAR, s.164.

61 EKEN, s.63.

62 TANSUĞ Çağla, "4982 sayılı Kanun Uyarınca Bilgi Edinme Hakkının İçeriği", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.1, Ocak 2023, ss.121-134, s.124.

63 https://commission.europa.eu/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/know-your-rights/citizens-rights/right-access-documents_en (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

64 ÇAPTUĞ Mehpare, **İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 150.

65 AKILLIOĞLU, 1991, s.2.

lere erişim hakkı ile bilgi edinme hak ve özgürlüğü, idari usul bağlamında aynı temel esaslara dayanmakta olup, bu iki hak birbirlerini tamamlar niteliktedir.[66]

İdari faaliyete ilişkin bilgilere erişim hakkının oluşumu ve gelişiminde ulusal hukuki sürecin, uluslararası hukuku izlediği görülmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı Kararı Ek kısmında "Bilgiye erişim" başlığı altında; "*İlgili kişi, talep etmesi halinde, bir idari işlemde bulunulmadan önce, söz konusu işlemde bulunulmasına ilişkin mevcut tüm unsurlardan uygun vasıtalarla haberdar edilir*" ifadesine yer verilmiştir.[67] *AB Temel Haklar Şartı*'nın[68] "*Vatandaş Hakları*" bölümünün 41. maddesinde "*İyi idare Hakkı*" başlığı altındaki bu yöndeki haklar da, "*(a) Her kişinin, kendisini olumsuz yönde etkileyecek herhangi bir bireysel önlem alınmadan önce sesini duyurma hakkı; (b) gizlilik ve mesleki ve ticari sırların meşru menfaatlerine saygı göstererek herkesin kendi dosyasına erişim hakkı; (c) idarenin kararlarının gerekçelerini açıklama yükümlülüğü*" şeklinde oluşturulmuştur.[69] Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden itibaren iyi yönetim hakkı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde, anlaşma tabanının ayrılmaz bir parçası olarak yer almaktadır.[70] Avrupa Birliği Adalet Divanı, içtihatlarında bireysel nitelikteki kararlarda dinlenilme hakkının uygulanmasını tutarlı bir şekilde desteklemiş ve *dinlenilme hakkını* topluluk hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul etmiştir[71] ve kararlarda "*... belirtildiği gibi, Mahkemenin dinlenilme hakkına ilişkin içtihadıyla bağlantılı olarak şu sonuca varılabilir: ... sesini duyurma hakkı AB hukuk düzeni içerisinde genel bir ilke ve temel bir hak teşkil etmektedir.*"[72]

---

66 AKYILMAZ, s.151.

67 https://rm.coe.int/idarenin-islemleri-karsisinda-bireyin-korunmasi-hakkinda-77-31-sayili/1680a4397f#:~:text=II%20Bilgiye%20eri%C5%9Fim%20%C4%B0lgili%20ki%C5%9Fi,boyunca%20yard%C4%B1m%20veya%20temsilden%20yararlanabilir (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

68 https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

69 EU Charter of Fundamental Rights, Title V, **Citizens' rights, Article 41- Right to good administration**, (https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/41-right-good-administration) (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

70 Good administration in European countries, OM OFFENTLIG SEKTOR 2023, Statskontoret, s.15. (https://www.eupan.eu/wp-content/uploads/2023/04/Annex-1.-Good-administration-in-European-countries.pdf) (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

71 BEQIRAJ, Pranvera (Mihani), "The Right to be Heard in the European Union - Case Law of the Court of Justice of the European Union", **European Journal of Multidisciplinary Studies**, Jan-Apr 2016 Vol.1 Nr. 1, ss.264-269, s.264. https://revistia.com/files/articles/ejms_v1_i1_16/Pranvera.pdf (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

72 BEQIRAJ, s.268.

İdari usul bağlamında katılımın oluşturulabilmesi kapsamında dinlenilme hakkı, bilgilere ulaşabilme özgürlüğü ve idari belgelere erişim hakkı gibi birçok hak, pek çok ülkede yasal düzenleme altına alınmıştır.[73] Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde kamu kurumlarının işlem ve eylemlerinde daha şeffaf olmaları bu sayede Amerikan toplumunun daha kolay bir şekilde idarenin içindeki problemleri bulabilmesi ve bu problemleri çözmesi için Kongre'ye, kamu kurumlarına ve Başkanlık makamına baskı yapabilmesi amacıyla harekete geçilmiştir.[74] Bu amacın temelinde toplumun diğer haklarını gerektiği gibi kullanabilmesi için güçlendirilmesi fikri bulunmaktadır. Zira bir toplum ne kadar idarenin elindeki bilgi ve belgelere sahip olursa, o denli güçlü olacaktır.[75] Bu doğrultuda 05.07.1967 tarihinde yürürlüğe giren Freedom of Information Act (Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu) ile kamu, federal kurumların herhangi birinden bilgi ve kayıtlara ulaşabilme hakkına sahip olmuştur.[76] Bu Kanunu, 1976 yılında kamu kurumlarına ilişkin tartışma ya da değerlendirmelerin görüşüleceği toplantıların, topluma açık bir şekilde yapılması usulünü getiren The Government in the Sunshine Act (Günışığında Yönetim Kanunu) takip etmiştir.[77] Aynı kapsamda Kanada'da yürürlükte bulunan "*Bilgiye Erişim Kanunu*" amacını "*Bu Kanunun amacı, açık ve demokratik bir toplumu teşvik etmek ve bu kurumların davranışları hakkında kamuoyunda tartışmaya olanak sağlamak amacıyla federal kurumların hesap verebilirliğini ve şeffaflığını arttırmaktır.*" şeklinde ifade etmektedir.[78]

12 Mayıs 2000 tarihinde onaylanan, Kanada *Kentsel ve Kırsal Planlama Kanunu, SNL 2000 BÖLÜM U-8 - (İlde Şehir ve Kırsal Planlamaya İlişkin*

---

73 AKYILMAZ, s.139.

74 HICKMAN Kristen E. / PIERCE Richard J. Jr., **Federal Administrative Law: Cases and Materials**, 2. Baskı, Foundation Press, St. Paul, Minnesota, 2014, s.122.

75 ÖZAY, "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Üzerine Düşünceler", s.136.

76 Devlet sadece dokuz istisna (özel hayatın gizliliği, ulusal güvenlik, yaptırımlar ve benzeri hususlar) dışında ilgililerin belgelere ulaşma hakkını Kanun ile güvence altına almıştır. Ayrıca Kongre, Başkanlık ve Yüce Mahkeme'nin mutabık olarak Kanunun demokrasi için hayati önemini kabul ettiklerine dair beyanları, Kanunun icrai kapasitesinin üzerindeki güvenliği perçinlemiştir. https://www.foia.gov/about.html. (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

77 https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/10000?s=1&r=24#:~:text=Introduced%20in%20House%20(08%2F03,be%20open%20to%20the%20public. (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

78 ACCESS TO INFORMATION ACT, **Justice Laws Website**, https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-1/page-1.html (Erişim Tarihi: 09.12.2023). Güney Afrika Hükümeti de "*Bilgiye Erişimi Teşvik Yasası*"nın amacının kişilerin herhangi bir bilgiye erişim konusundaki anayasal haklarını kullanabilmelerini sağlamak olduğunu belirtmektedir. https://www.gov.za/services/services-residents/information-government/access-information (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

Yasaların Birleştirilmesi ve Değiştirilmesine Yönelik Yasa)'nın "Halkla İstişare" başlıklı 14.(1) maddesine göre " *... bir planlama alanı oluşturulmuşsa, o alandan sorumlu konsey veya bölgesel otorite, planın ve imar düzenlemelerinin hazırlanması sırasında ilgili kişilere, topluluk gruplarına, belediyeler, yerel hizmet bölgeleri, bölgesel ekonomik kalkınma kurulları ve ilin hükümet daireleri...*" halkın katılımını sağlamak için istişare içinde olacaktır.[79]

İngiliz Hukuku'nda ise bu süreç 2000'li yıllarda kendisini somutlaştırmıştır. 30.11.2000 tarihinde yürürlüğe giren Freedom of Information Act (Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu) ile idarenin elinde tutulan bilgi ve belgelere ulaşma hakkının kanunlaştırılması söz konusu olmuştur.[80] Bu doğrultuda İngiltere'de *iyi idare*[81] ilkelerinden "*açık ve hesap verebilir olmak*" ilkesine göre: "*Kamu yönetimi şeffaf olmalı ve bilgiler kanunun izin verdiği ölçüde açık bir şekilde ele alınmalıdır. Kamu kurumları insanlara bilgi vermeli ve eğer uygunsa açık, doğru, eksiksiz, konuyla ilgili ve zamanında tavsiyelerde bulunmalıdır. ... Kamu kurumlarının politikaları ve prosedürleri şeffaf olmalı, aynı zamanda kanunun gerektirdiği gibi kişisel ve gizli bilgilerin mahremiyetine de saygı göstermelidir.*"[82] İyi idare ilkelerinden "*işleri yoluna koymak*" ilkesi kapsamında da "*... Kamu kurumları, insanların itiraz veya şikâyette bulunabilecekleri yöntemler hakkında açık ve zamanında bilgi sağlamalıdır. Şikayetleri çözmenin uygun kurumsal veya bağımsız yolları hakkında bilgi sağlamalıdırlar. Ayrıca müşteriye (başvurucuya/ilgiliye), özellikle şikayet sürecini yıldırıcı bulan kişilere, olası yardım kaynakları hakkında bilgi vermeyi de düşünmelidirler.*"[83]

---

79 URBAN AND RURAL PLANNING ACT, SNL2000 CHAPTER U-8 - *(An Act to Consolidate and Revise the Law with Respect to Urban and Rural Planning in the Province)* (Assented to May 12, 2000), https://www.assembly.nl.ca/Legislation/sr/statutes/u08.htm#14 (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

80 https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents.

81 İyi idare ilkesi, İngiltere'de, kamu kurumlarının belirlenen ilkeler kapsamında davranmalarını gerektirmektedir. Bu ilkeler özellikle "*doğru yapmak*", "*müşteri / başvurucu odaklı olmak*", "*açık ve hesap verebilir olmak*", "*adil ve orantılı davranmak*", "*işleri yoluna koymak*", "*sürekli iyileştirme arayışı (içinde olmak)*" şeklinde ön plana çıkmaktadır.

Parliamentary and Health Service Ombudsman, **Principles of Good Administration**, Milbank-London, 10 February 2009 https://www.ombudsman.org.uk/sites/default/files/page/0188-Principles-of-Good-Administration-bookletweb.pdf. (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

82 https://www.ombudsman.org.uk/sites/default/files/page/0188-Principles-of-Good-Administration-bookletweb.pdf.

83 https://www.ombudsman.org.uk/sites/default/files/page/0188-Principles-of-Good-Administration-bookletweb.pdf.

Romanya'da ise kanunkoyucu iyi yönetim ilkesi ile iyi yönetim kavramını farklı şekillerde düzenlemektedir. Böylece iyi yönetim ilkesi içtihatların katkısıyla topluluk düzeyinde oluşturulurken, kanunkoyucu da iyi yönetim ilkesini idare işleyişi için bir model olarak oluşturmuştur. İyi yönetim kavramı da onu uygulayan kişinin gerekli özeni ve basireti benimsettiği bir yönetim aracını karakterize etmektedir. Hak eşitliği, adalete serbest erişim, savunma hakkı, *bilgi edinme hakkı*, *dilekçe hakkı* ve *mağdurun kamu otoritesine başvurma hakkına* ilişkin anayasal hükümler, iyi bir yönetim hakkını dolaylı olarak tesis etmektedir.[84] Hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde Polonya Cumhuriyeti Anayasasının kabul edilmesinden önce de bireylere Anayasa Mahkemesi'nce temel haklar elde etme fırsatı verilmiştir. Bu haklar hem sistemik hem de maddi - hukuksal açıdan *iyi idarenin* bir dizi ilkesiyle ilgilidir ve kamu yararı kavramı, insan onuru, *bilgi edinme hakkı*, kazanılmış hakların korunması ve mümkün olan maksimum beklentiler konularında geçerlidir.[85]

Norveç hükümeti Yerel Yönetim ve Bölgesel Kalkınma Bakanlığı, *Belediye Planlama Fonksiyonları* konusunda yerel yönetimleri / belediyeleri bilgilendirirken, "imar planları"nın hukuksal etkisini, imar planı süreçlerine "halkın katılımı"nın önemini vurgulamaktadır: "*Kabul edilen bir imar planı bölgedeki gelecekteki arazi kullanımı için bağlayıcıdır; yani imar planı hangi kullanıma izin verileceği veya yasaklanacağına karar verir. Bu, planla çelişen proje veya faaliyetlere izin verilmediği anlamına gelir. İmar planı, prensip olarak, uygulandığı alandaki mevcut faaliyetlere müdahale etmemektedir. Geriye dönük bir etkisi yoktur. Planın yasal etkisi yeni projelerin uygulanması için geçerli olsa da planlama hükümleri bazı durumlarda mevcut faaliyetler için daha katı gereklilikler de getirebilir. ... İmar planının hukuki etkisi, alanın tamamı veya bir kısmı için yeni bir bağlayıcı plan kabul edilene kadar geçerlidir. Arazi kullanım planlamasından belediye sorumludur ve geliştiriciye inşaat ruhsatı verilmediği sürece belediye yeni imar planları yapabilir veya önceki imar planlarını değiştirebilir. Bazı durumlarda belediye imar planının hukuki sonuçlarından muafiyet de verebilir. İmar*

---

[84] MATEİ Ani / BAİEŞİU Razvan, "Good Administration and Performance of Local Public Administration", **Procedia - Social and Behavioral Sciences**, Vol.109, 8 January 2014, ss.684-687, s.685. https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042813051689?via%3Dihub. (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

[85] ZDYB Marian, "The Right to Good Administration. Axiological Aspects of Good Administration", **Studia Iuridica Lublinensia**, Vol.28, No.2, 2019, ss.107-133, s.111-112 https://journals.umcs.pl/sil/article/view/9329. (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

planları halkın katılımına yönelik özel kurallara uygun olarak işlenecektir. Planlama önerisini sunan kişi halkın katılımını kolaylaştıracak, belediye de bu şartın yerine getirilmesini sağlayacaktır. Belediyenin ayrıca özel kolaylaştırma gerektiren grupları dahil etme konusunda özel bir sorumluluğu vardır. Planlama çalışmalarına duyuru, bireysel bildirim ve halkın katılımına ilişkin kurallar, arazi sahiplerinin ve diğer etkilenen tarafların bilgi almasını ve planlama sürecine katılma fırsatını sağlar. İmar planlarının hazırlanmasına ve uygulanmasına ilişkin kurallar, bireyler için yasal süreci güvence altına alır. Kabul edilen imar planı, arazi kullanımındaki değişikliklerden etkilenen herkes için öngörülebilirlik sağlayacaktır."[86]

Bir hak olarak bilgi edinme hakkının Türk İdare Hukuku sistematiği içerisine girmesi ilk olarak hakkın kavram olarak 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kabul edilmesi ile sağlanmıştır.[87] Konunun Türkiye'de kanunlaştırma kapsamında ele alınmasında batı ülkelerinden geç bir zaman dilimde hareket edildiği görülmektedir. Özellikle seksenli yıllardaki çeşitli resmi evraklarda eksikliğin doğurduğu sonuçlar tespit edilmeye başlanmıştır.[88] Kanunun 4. maddesi kapsamında herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu vurgulanırken, yabancıların karşılıklılık ilkesi çerçevesinde Kanun hükümlerinden yararlanacağı istisnası getirilmiştir. Bu gelişmeleri 2010

---

[86] Ministry of Local Government and Regional Development, **Municipal Planning Functions**, 17.11.2021 https://www.regjeringen.no/en/topics/plan-bygg-og-eiendom/plan_bygningsloven/planning/introduction-to-the-planning-system-and-the-processes/municipal-planning-functions/id2836162/?expand=factbox2888266 (Erişim Tarihi: 28.02.2024). "*Belediye, özel kişilerin plan taslaklarını hazırlarken de halkın planlama çalışmalarına katılımını sağlayacak düzenlemelerin yapılmasını sağlar. Belediye meclisi, planlama sürecinde çocukların ve gençlerin çıkarlarının korunmasına yönelik özel bir düzenleme yapılmasını sağlar. Halkın aktif katılımını kolaylaştırma görevi hem kamu otoriteleri hem de özel teklif sahipleri için aynıdır. Bir planlama makamı olarak belediyenin, diğer makamların ve özel kişilerin planlama teklifini hazırlarken halkın katılımını kolaylaştırma şartına uymalarını sağlamak gibi özel bir görevi vardır. Belediye aynı zamanda çocuklar, gençler ve engelliler gibi görüşleri planlama sürecinde kolayca duyulamayan grupların da halkın katılımını sağlayacaktır. Plan ve projelerin halkın çıkar ve ihtiyaçlarına uygun olmasını sağlamak ve plandan etkilenenlerin hukuki açıdan korunması açısından halkın planlama sürecine katılımı önemlidir. Halkın katılımı, planın hem siyasi hem de yerel toplulukta yüksek düzeyde meşruiyetine ve geniş çapta yerleşmesine katkıda bulunacaktır. Halkın iyi katılımı, planlar kabul edilmeden önce anlaşmazlıkları giderebilir ve eşit muameleye katkıda bulunabilir*." Ministry of Local Government and Regional Development, **Municipal Planning Functions**.

[87] 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, RG.24.10.2003-25269, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

[88] YILDIRIM Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.227-238, s.227.

yılında Anayasa'ya "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlığı ile 74. maddenin 3. fıkrasıyla eklenen "*herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir*" hükmü takip etmiştir.[89]

Günümüzde bilgi edinme bağlamında internetin gücü yadsınamaz. Özellikle çeşitli idari ya da özel organizasyonların etkinlikleri hakkında bilgi edinme aracı olarak sosyal medya hesapları ve benzeri haberleşme araçları kullanılmaktadır. Sosyal medya ve benzeri araçlar pasif de olsa bir siyasal katılım aracı olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır.[90] Bu kapsamda internet, artık bilgi edinme araçlarının en önemlilerinden biri haline gelmiştir. Tabi bu hususta elektronik ortamda yapılan başvurular ya da bilgilendirme işlemlerine uygulanacak usulün alenileştirilmiş kurallar altına alınması gerekecektir.[91] Özellikle elektronik başvuru hakkının kullanımı ile idarenin elektronik hizmet sunma yükümlülüğü kapsamında usul kurallarının öngörülebilir şekilde bulunması, başvuru hakkının yerinde bir biçimde kullanımını sağlayacaktır.

Bürokrasi karşısında bireyleri güçlendirme amacına sahip olan bu hak ile demokratik devlet anlayışının gelişmesini sağlayarak iyi yönetim ilkesine de katkı sunulmaktadır. Hukuksal demokratik yönetim anlayışı içinde az gizliliğin bulunması, demokratik rejimdeki idarenin halka karşı sorumluluğundan kaynaklanmaktadır.[92] Dolayısıyla idari faaliyetlere ilişkin işlemlere ilgililerin dahil olabilmesi için faaliyete ait bilgi ve belgelere ulaşabilmelerinin zorunlu olduğu kesindir. Bu nedenle katılım ilkesi, bilgi ve belgelere ulaşma hakkının tüketilebilmesiyle daha sağlıklı ve iyi şekilde uygulanabilecektir.

C. Katılım İlkesinin Belediyeler Üzerindeki Etkisinin 5393 Sayılı Belediye Kanunu'na Yansıması

Günümüzde özellikle yerel yönetimler için, katılım ilkesinin vazgeçilemez bir ilke olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Kamu yönetiminde etkinlik, geniş ölçüde katılım ilkesine dayandırılmaktadır.[93] Halk katılımı ve

---

89 Anayasa'nın 74. maddesine eklenen 3. fıkra, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf (Erişim Tarihi: 10.07.2023).

90 Dijitalleşmenin katılımcılık ilkesi kapsamındaki etkiler için bakınız: IŞIK Alper, **Dijital Demokrasi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2020, s.116 vd.

91 ÇAĞLAYAN Ramazan, "Genel İdari Usul Tartışmaları, Fransız Genel İdari Usul Kanunu ve Bu Kanunda İdari İşlemlerin Kaldırılması ve Geri Alınması Üzerine Notlar", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S.21, 2023, ss.17-39, s.27.

92 KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.48.

93 ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.281.

saydamlığın gereklerine ilişkin olarak yasal düzenlemelerin giderek arttığı da görülmektedir. Bu durum demokrasi ilkesinin sağlanabilmesi için de önemlidir. Zira demokraside bir kararın, kimi etkileyecekse onlar tarafından ya da onların katılımıyla alınması gerekliliği bulunmaktadır.[94] Yerel siyasette katılımın, belediye görevlilerini ve politikacıları faaliyetlerinden dolayı halka karşı sorumlu tutmada önemli bir rolü vardır. Vatandaşların kamu işlerine daha aktif katılımı, siyasi farkındalığı ve ilgileri artırır, bu da yerel yönetim yetkilileri ve politikacılar üzerinde daha fazla baskıya yol açar. Ancak siyasi katılımın düşük düzeyde olması veya yokluğu, vatandaşların politikacıları aktif olarak izleme motivasyonunu azaltır.[95] Dolayısıyla katılım ilkesi bağlamında yerel halkın kendisi hakkında alınacak kararlarda söz sahibi olması, demokrasi düşüncesinin olağan bir sonucudur. Demokratik yönetim anlayışının oluşmasındaki bu yaklaşım, ağırlıkla kamuoyunun etkin olabildiği yerel yönetimlerde uygulama alanı bulmuştur.[96]

Özellikle yerel yönetimler için yapılan seçimlere ilişkin hazırlık kampanyalarında siyasal partiler, ağırlıkla kamu hizmeti sunuşları üzerinden propaganda yürütmektedirler. Ancak Tekeli, insan onuruna yakışır bir yerel yönetim anlayışının sağlanması için kamu hizmeti sunuşlarının ötesine geçilmesinin gerekliliğini savunmaktadır.[97] Bunun toplumun katılımının arttırılmasından geçtiğini vurgulamaktadır.[98] Diğer bir deyişle katılımcılık ilkesinin yerel yönetimlerde daha yoğun ve somut bir şekilde ele alınması ihtiyacının, kamu hizmetlerinin karşılanması ihtiyacına nazaran günümüzde önemini arttırdığının altı çizilmektedir. Ayrıca Tekeli'nin yerel yönetimlerde katılımı arttırmak için toplumun ve sivil toplum kuruluşlarının kamu hizmetlerinin sunulmasında "birlikte üretim" (co-production) fikri ile özneler hali-

---

94 GÖZLER Kemal, **Mahalli İdareler Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Ocak 2018, s.63.

95 SUZUKİ, Kohei / HAN, Yousueng, "Does citizen participation affect municipal performance? Electoral competition and fiscal performance in Japan", **Public Money & Management**, Cl.39, S.4, 2019, ss.300-309, s.301 https://doi.org/10.1080/09540962.2018.1558554 (erişim Tarihi: 12.12.2023).

96 VARCAN Nezih / TARAKTAŞ Abdurrahman / HACIKÖYLÜ Canatay, **Yerel Yönetimler**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 1. Baskı, Eskişehir, Ocak 2013, s.133.

97 TEKELİ İlhan, "Yerel Yönetimlerde Hizmetin Ötesinde Katılımcılık Bulunuyor", **İnternet Yazısı**, ss.1-9, s.1. https://www.academia.edu/32904957/Yerel_Y%C3%B6netimlerde_Hizmetin_%C3%96tesinde_Kat%C4%B1l%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k_Bulunuyor (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

98 TEKELİ, "Yerel Yönetimlerde Hizmetin Ötesinde Katılımcılık Bulunuyor", s.1.

ne gelmeleri düşüncesine katılmak gerekir.[99] Bu sayede toplum, yapılacak faaliyetleri daha içselleştirmesiyle uyum sağlayabilecek, yeni düzene adaptasyon ve geçiş süreci hızlı gerçekleşecektir.

Yerel yönetimler ile toplum arasındaki ilişki, yönetimin yerel topluluğu etkileyecek kararlarını benimsetebilmesinde de kendisini göstermektedir. Özellikle yerel planlamanın meşruiyet kazanması bakımından halkın kabullenişinin içsel bir kanıksama ile sağlanması faydalı olacaktır. Burada katılım anlayışı ile çatışan menfaatlerin birleştirilerek çözümlenmesi sağlanırken, çoğulcu demokrasi sayesinde fikirler ve düşünceler toparlanabilmektedir.[100] Ayrıca merkezin yerel faaliyetlerdeki ihtiyaç belirleme kriterini tam olarak tespit etmede sorun yaşaması nedeniyle yerel yönetim kararlarının alınması için özerklik tanınması, halkın yönetime ulaşabilmesini hızlandırmaktadır.[101]

Avrupa Kentsel Şartı'nda da vurgulandığı üzere, katılımın demokratik yapı içerisinde bölgesel anlamda önemi büyüktür. Yerel haklardan 12. maddede belirtilen katılım hakkı; "*çoğulcu demokratik yapılarda ve çeşitli katılımcıların arasındaki işbirliği, yerellik ilkesi, bilgi ve aşırı düzenlemeden kaynaklanan özgürlüğün bulunduğu yerel yönetim içinde karakterize bir hak*" olarak tanımlanmaktadır.[102] Bu doğrultuda çağdaş yönetim anlayışı bakımından yerel yönetimde de katılımın olabildiğince sağlanması gerekliliği açıktır.

Amerika Birleşik Devletleri yerel yönetimleri "*arazi kullanım planlamasına halkın katılımı*" konusuna önem vermekte ve gerekli hassasiyeti kurallaştırarak göstermektedir. Kaliforniya Şehirler Birliği[103] kapsamında yerel yönetimler, yerel karar alma süreçlerine halkın katılımını demokrasinin temeli olarak gör-

---

[99] TEKELİ, "Yerel Yönetimlerde Hizmetin Ötesinde Katılımcılık Bulunuyor", s.1-2. Tekeli, özneleşen toplumun katılımının ta anlamıyla sağlanabilmesi için katılım sürecinin katılımcıların zaman ve bütçelerine duyarlı ve özen gösterilerek planlanması gerektiğini de ayrıca vurgulamaktadır. TEKELİ, "Yerel Yönetimlerde Hizmetin Ötesinde Katılımcılık Bulunuyor", s.6.

[100] TEKELİ İlhan, "Yerel Yönetimlerde Demokrasi ve Türkiye'de Belediyelerin Gelişimi", **Amme İdaresi Dergisi**, C.16, S.2, 1983, ss.3-22, s.12; KALABALIK Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s.250.

[101] WADE William / FORSYTH Christopher, **Administrative Law**, 11. Baskı, Oxford Press, Oxford, 2014, s.91.

[102] European Urban Charter, 1992, Strasbourg, Article 12. Citizen participation, urban management and urban planning, https://rm.coe.int/168071923d (Erişim Tarihi: 23.07.2023).

[103] Kaliforniya Şehirler Birliği, Kaliforniya Eyaleti Vilayetler Birliği ve Kaliforniya Özel Bölgeler Birliği, yerel düzeyde iyi yönetimi teşvik edecek, bir eğitim ve öğretim kuruluşu oluşturmuşlardır. https://www.ca-ilg.org/about-institute-local-government (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

mektedirler. Bu kapsamda yerel yönetimlere "*Bir planlama 'commissioner'i olarak halk, hizmetinizi yalnızca kararlarınızın bilgeliğine göre değil, aynı zamanda halkı karar alma sürecine dahil etme konusundaki kararlılığınıza göre de değerlendirecektir.*"[104] uyarısı yapılmaktadır. Arazi kullanım planlamasına halkın katılımı, yerel yönetimlerin "*Kamunun değerlerinin, fikirlerinin ve tavsiyelerinin daha iyi tanımlanması, arazi kullanımı planlamasıyla ilgili faaliyetler için daha fazla topluluk katılımı ve destek, daha iyi karar verme ve daha iyi sonuçlar, konut sakinleri mevcut planlama sorunları ve endişeleri hakkında daha fazla bilgi sahibi, daha az tekrar ziyaret etme ihtiyacıyla daha hızlı proje uygulaması, yerel liderlik ile toplum arasında daha fazla güven, topluluğun daha geniş vizyonunun daha iyi anlaşılması*" hususlarını başarmalarına yardımcı olacaktır.[105] "*Gerçek halk katılımı kapsayıcı, bilinçli, diyaloğa dayalı ve kültürel açıdan yetkindir. Gerçek halk katılımı oluştuğunda, yerel yönetim liderliği halkın nerede durduğunu daha iyi anlar ve bölge sakinlerine girdileri, fikirleri ve eylemleri aracılığıyla çözümlere katkıda bulunma fırsatı verir. Kültürel açıdan yetkin katılım, farklı kültürel geleneklere, iletişim tarzlarına, normlara, tercihlere ve bakış açılarına saygı ve farkındalık gösterir ve toplumun tüm sektörlerinin etkileşimde kendilerini rahat hissetmeleri için fırsatlar yaratır.*"[106]

1201 maddeli, *Pennsylvania Belediyeleri Planlama Kodu*, ilçeleri tek tek veya ortaklaşa planlamak için yetkilendirmek, imar, parselasyon ve arazi geliştirme yönetmelikleri, planlı konut geliştirme ve diğer yönetmelikler, resmi haritalar, belirli arazilerin gelecekteki kamu amaçları için ayrılması ve bu arazilerin satın alınması yoluyla bunları yönetmek; planlama uygulamaları yoluyla enerji tasarrufunu teşvik etmek ve yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin kullanımını teşvik etmek yanında tüm süreci düzenleyen bir yasadır. Yasa yerel yönetimlerin imar planlarının hazırlanması ve toplumun katılımı çerçevesinde oluşabilecek tüm sorunların çözüm yollarını, hukuki süreci ayrıntılı şekilde ortaya koymaktadır.[107]

---

[104] Institute for Local Government, **The Planning Commissioner Handbook**, Chapter 10, (ss.216-225), s.217. https://www.ilgplanninghandbook.org/sites/main/files/10._public_participation.pdf?1650520436 (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

[105] Institute for Local Government, s.217.

[106] Institute for Local Government, s.217-218. Bu yaklaşım aslında Government Code 65583(c)(7) hükmü uyarınca "*Yerel yönetim, toplumun tüm ekonomik kesimlerinin konut unsurunun geliştirilmesine halkın katılımını sağlamak için gayretli bir çaba gösterecektir ve program bu çabayı açıklayacaktır.*" şeklinde tüm yerel yönetimlere bir talimattır. Institute for Local Government, s.220.

[107] Pennsylvanıa Munıcıpalıtıes Plannıng Code, Act of Jul. 31, 1968, P.L. 805, No. 247 C1.53 (Reenacted and amended Dec. 21, 1988, P.L.1329, No.170) https://www.legis.state.pa.us/WU01/LI/LI/US/HTM/1968/0/0247..HTM (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

Türkiye'de yerel yönetimler, katılımın sağlanabilmesi için birçok yöntemi denemektedirler. Kent konseyleri, yerel kamu hizmetlerine gönüllü katılma, yerel yönetim karar organları toplantılarının yayınlanması ve toplantıların kamuya açıklığı, teknolojinin yardımı ile uzaktan çevrimiçi uygulamalar, halkoylaması, bilgi edinme başvuruları ve çeşitli diğer yollar katılım ilkesinin olabildiğince sağlanabilmesi kapsamında hukuk kurallarınca düzenlenmiştir.[108] Bunların birçoğu özellikle 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda kendisini göstermektedir. Katılım anlayışının Kanunun genel ruhuna yansıdığı fark edilirken, özellikle bazı hükümlerde doğrudan irdelendiği görülmektedir. Belediye Kanunu'nda yer almayan ancak yerel yönetimlerce kullanılan başkaca yöntemlerde hala fiilen uygulanmaya devam etmektedir. "Mobil Belediyecilik", "E-Belediyecilik", "Halk Günleri", "Semt Dayanışma Merkezleri", "Gelecek Atölyeleri", "Beyaz Masa" ve benzeri birçok uygulama bu yöntemlere örnek olarak gösterilebilir.[109] Çalışmamız odağının özellikle Belediye Kanunu üzerinde olması sebebiyle Kanun'da açıkça yer verilen katılım yöntemleri ele alınacaktır.

1. Hemşehri Hukuku Kapsamında Katılım

Yerel yönetimlerde karar sürecine katılma ya da faaliyetlere dahil olma isteği hemşehrilik bilincinin oluşmasıyla sağlanabilir. Bu amaçla Belediye Kanunu'nun 13. maddesi düzenlemiş ve herkesin, ikametinin olduğu yerin hemşehrisi olduğu belirtilmiştir. Hemşehriler, "*belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilenme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları*"na ikamet etme ile sahip olmaktadırlar.

Aynı doğrultuda idari yargı, belediyelerin tesis ettiği idari işlemlerin iptali davalarında hemşehriliğin açık bir şekilde menfaat sahipliği anlamına geldiğini çeşitli kararlarında belirtmektedir. Örneğin bir belediye meclisince alınan kamu kullanımına açık cadde ve sokaklarda ücretli otopark uygulaması yapılmasına ilişkin kararın iptali davasında beldede yaşayanların işlem kapsamında dava açma ehliyetiyle ilgili olarak Danıştay; "*5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Hemşehri Hukuku" başlıklı 13. maddesi uyarınca, herkes ikamet ettiği beldenin belediye karar ve hizmetlerine katılma ve belediye*

---

[108] ERDOĞAN Oğuzhan, "Yerel Yönetimlerde Katılımcı Mekanizmalar ve Trabzon Büyükşehir Belediyesi Örneği", **Akademik İzdüşüm Dergisi**, C.4, S.2, 2019, ss.295-310, s.298.

[109] Yöntemlerin temel özellikleri ile diğer benzeri yöntemler hakkında bakınız: ÖZER Mehmet Akif / KARTAL Meryem, "Yerel Demokrasi ve Katılım: Türkiye ve İngiltere Üzerinden Bir İnceleme", **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi**, C.4, S.3, 2021, ss.509-529, s.513-517.

faaliyetleri hakkında bilgilenme hakkına sahip olup, bu hak kapsamında da belediyece tesis edilen işlemde kişisel bir menfaat bağı aramaksızın, o beldede ikamet etmek koşuluyla belediye işlemlerine dava açma ehliyetinin bulunduğu açıktır" kararını vermiştir.[110]

Hemşehrilerin bir belediye kararının alınmasını duyum ya da ilan üzerinden öğrenmelerinden önce belediye meclisi tarafından alınacak karar toplantısına katılım hakları da bulunmaktadır. Belediye Kanunu'nun 20/V. maddesi uyarınca; meclis toplantıları alenidir. Toplantıların açıklığı kimi zaman toplantı salonunun halka açılması, kimi zaman ise toplantıların internet ya da televizyon bağlantılı yayınlarla gerçekleştirilmesi ile sağlanabilmektedir. Gelişen teknolojik araç ve olanaklar ile katılım daha da artabilecektir.

Belirtilen özellikleri ele alındığında hemşehri hukukunun, belediyelerin karar alma sürecinde olduğu gibi, kararın oluşmasından sonra da etkili olduğu görülmektedir. Bu bağlamda belediyenin işlemlerine hemşehriler her aşamada dahil olabileceklerdir.

2. Kent Konseyi Kapsamında Katılım

Dünya çapında sürdürülebilir kalkınma politikasının gelişimiyle Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı çerçevesinde, yerel yönetimler ile toplumu birlikte geliştirmek adına katılımcı demokrasiyi ve çevre ile yaşam kalitesini arttırma amacıyla toplanılan "Yerel Gündem 21" ile kent konseyleri fikri ön plana çıkmıştır.[111] Bu fikir ise, 2004 yılında yerel yönetimlere ilişkin reform çalışmalarının içinde yeni yapılacak kanunlar ile kanun değişikliklerinde kendisine yer bulmuştur.

Belediye faaliyetlerinde katılımı geliştirecek kent konseyi çalışmaları, Belediye Kanunu'nun 76. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Özellikle hemşehrilik hukuku bilinci ile kent vizyonu ve kent yaşamının gelişmesi amacıyla kurulan kent konseylerinin birçok idari fonksiyonu olduğu, Kanunun yanı sıra Kent Konseyi Yönetmeliği'nde de aynı doğrultuda belirtilmek-

---

[110] D.8.D., E.2016/12349, K.2021/4054, 23.09.2021, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 29.07.2023).

[111] https://www.mfa.gov.tr/yerel-gundem-21.tr.mfa (Erişim Tarihi: 10.12.2023); BAYRAKÇI Erdal / KAHRAMAN Selçuk / DİNÇER Selçuk, "Demokratik Yerel Yönetim Anlayışının Güçlendirilmesinde Kent Konseylerinin Rolü: Karşılaşılmalı Analiz ve Öneriler", **Journal of Social & Humanities Sciences Research**, C.5, S.25, 2018, ss.2230-2252, s.2242.

tedir.[112] Yerel düzlemde halkın dayanışma bilincinin oluşması ve kent yaşamındaki kültürel ve benzeri değerlerin korunması amacıyla Yönetmeliğin 6. maddesi kapsamında birçok görevi üstlenmiş olan kent konseyi, yönetimin faaliyetlerinde saydamlığı sağlamaktadır. Ancak burada önemli bir husus olarak görev ve yetkilerin Kanun yerine Yönetmelik ile kent konseyine sağlandığı sorunsalının ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Kanunun 76/III. maddesi 2. cümlesi sadece kent konseyinin çalışma usul ve esaslarının yönetmelik ile belirlenebileceğini belirtmektedir.[113] Diğer bir deyişle kent konseyine ait görev ve yetkileri belirleme hususuna ilişkin açık bir yetkilendirilmenin yönetmeliği tesis edecek Bakanlığa verilmediği görülmektedir. "Kanuni idare ilkesi"nin bir gereği olarak bir konuda düzenleme yapılabilmesi için kanunkoyucu tarafından genel ifadelerle[114] bile olsa ilgili idarenin yetkilendirilmesi zaruridir.[115] Ancak Kanunun burada sadece konseyin çalışma usul ve esasları ile sınırı çizmesi, "genel ifadeler" yerine açık bir konu belirlediğini göstermektedir. Bu nedenle kent konseyine ilişkin görevlerin Kanunla belirlenmesi ya da Kanunun uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin bir

---

[112] Kent Konseyi Yönetmeliği, RG.08.10.2006-26313, https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=10687&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 23.07.2023).

[113] Belediye Kanunu 76/III. maddesinin 2. cümlesi uyarınca; "*Kent konseyinin çalışma usûl ve esasları Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenir*".

[114] "*Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.*" (AYM., E.2013/50, K.2015/38, Tarih 01.04.2015, s.30, R.G.15.04.2015-29327, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-38-nrm.pdf (Erişim Tarihi: 04.03.2024)).

AYM'nin "*yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması*" tespitine ilişkin olarak düzenleme yetkisinin sağlanmasında çeşitli kanunlarda örnekler bulunmaktadır. Somut bir örnek olarak 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5/IV. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu'na; "*birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabil*"me yetkisinin verilmiş olması gösterilebilir.

[115] YILDIRIM ve diğ., s.9.

husus olarak görülebilecek görevleri belirleme yetkisini Bakanlığa açıkça verecek şekilde yeniden elden geçirilmesinin yerinde olacağı düşünülebilmektedir.

Konseyin çalışma ilkelerinin belirtildiği 7. maddede, katılım ilkesinin konseyin çalışmalarının genelinde ön planda tutulduğu görülmektedir. Sivil toplum kuruluşlarını temsil edenlerin de bu mekanizma içerisinde yer bulması, yerel bağlamda katılımın önemini göstermektedir.[116] Bunun yanı sıra yine aynı hükümde katılımcılığın, etkisiyle konseyin tarafsız bir yaklaşım içinde olması, ortak akla dayanan uzlaşı içinde bulunması gerektiği ifade edilmiştir.[117] Hem 6 hem de 7. madde hükümlerinden yola çıktığımızda, kent konseylerinin en önemli fonksiyonlarının kentteki tüm aktörleri bir araya getirerek kentin bütününde müşterek bir forum ya da platform oluşturulması fikrinin yansıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu durumda da demokratik katılım mekanizmasını yaygınlaştırabilme, kente ait ortak ihtiyaç ve problemlerin tespit edilebilme ve bunlara çözüm önerisi getirilebilme, sürdürülebilir kalkınma bakımından kentteki dezavantajlı kesimlere pozitif ayrımcılık içeren faaliyetleri sağlama gibi birçok hususun kent konseyinin görevleri arasında yer aldığı görülebilmektedir.[118]

Kent konseylerinin fonksiyonelliğinin sağlanabilmesi adına belediyenin üzerine düşen yükümlülüklerin bulunacağı açıktır. Danıştay, bir kararında, kent konseylerinin kurulması ve toplanması için gerekli yükümlülüklerin belediye tarafından yerine getirilmesi gerektiği hususunu vurgulamaktadır.[119] Dolayısıyla aktif katılımın sağlanmasında kent konsey toplantılarının yapılması için gerekli olanakların sağlanmasının ve faaliyetin bu doğrultuda yürütülmesinin belediyenin bir görevi olduğu, yargı kararı ışığında açık bir ifade edilmektedir.

---

[116] ÖKMEN Mustafa, "Uyum Sürecinin İdari Politiği: Avrupa Birliği ve Türkiye Perspektifinde Küreselleşme-Yerelleşme Dinamikleri", **Avrupa Perspektifinde Yerel Yönetimler Dergisi**, Nisan 2006, ss.115-162, s.140. Kent Konseyi Yönetmeliği'nin "Kent konseyi üyeliği" başlıklı 8/I-f. maddesi kapsamında kent konseyi üyeleri arasında; "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, noterlerin, baroların ve ilgili dernekler ile vakıfların temsilcileri*" yer almaktadır.

[117] Yönetmeliğin 7/I. maddesi ç ve d bentleri.

[118] BAYRAKÇI / KAHRAMAN / DİNÇER, s.2243.

[119] Danıştay kararda, kent konseyinin kurulup fiilen çalışabilmesi için toplanacak yer sunmayan belediye başkanı hakkında, belediyenin imkanları dahilinde bu faaliyeti sağlamamaları nedeniyle soruşturma açılması gerektiğini vurgulamıştır. D.1.D., E.2013/1627, K.2013/1532, 26.11.2013, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 30.07.2023).

Öte yandan kent konseylerinin faaliyetlerinin uygulamasında sürece etki edebilecek yetkilerinin bulunmaması, bu konseylerin varoluşsal bir sorgulama içerisinde kalacakları gerçeğini de ortaya çıkarmaktadır. Zira belediye karar organlarının alacağı kararlarda bu konseylerin yönlendirici bir etkisinin bulunmaması hususunun, katılım bağlamında zayıf bir etki ile sınırlı kalınacağı yönünde doktrinde fikirler bulunmaktadır.[120]

3. Belediye Hizmetlerine Gönüllü Katılım

Kişilerin bilinçli ve istekli olarak idari işlem ve eylemleri etkilemek amacıyla davranmaları, demokratik sistem için önem arz eden bir kavramdır.[121] Gönüllü katılım ile demokratik hakların sağlam bir şekilde toplumca benimsenebilmesi, aktif vatandaşların varlığı ile sağlanmaktadır. Aktif vatandaşlar sivil toplum kuruluşları ya da doğrudan idare çatısı altında örgütlenmiş yapılar ile formel bir şekilde topluma fayda sağlayacak hizmet alanlarında çalışabileceklerdir.[122] Bu doğrultuda kişiler aktif olarak gönüllü katılımlarını özel ya da kamusal alanda sağlayabileceklerdir.

Gönüllü katılım Belediye Kanunu'nun 77. maddesinde yer almaktadır. Hükümde sayılmış olan faaliyet alanlarında, o bölgedeki dayanışmanın ve katılımın sağlanması için çeşitli programların yürütülmesi ve bu programlar aracılığıyla verimliliğin ve etkinliğin artırılması istenmektedir.[123]

Kanunun 77. maddesi kapsamında belirlenen gönüllü katılım kurumu, idari kararların alınmasından daha çok belediyenin görev alanına giren kamu hizmetlerinin icrasına katkı olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla hemşehrilik bilinci ile Kanun ve Yönetmelik'te belirlenen çalışma alanlarında görev alma, yerel yönetimlerdeki faaliyetlerin icrasını çeşitli açılardan kolaylaştıracak ve faydalar sağlayacaktır. Kamu harcamalarının azalmasını sağlama da bu faydalardan birisidir.[124]

---

[120] KOÇ Taylan, **Yönetişim Sarmalında Bir Kent: Adana Yerel Demokrasi ve Katılım Söylemiyle İktidarın Kullanımı**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2010, s.106vd; ÇUKURÇAYIR Mehmet Akif ve diğerleri, "Yerel Demokrasinin Güçlendirilmesinde Kent Konseyleri Bir Fırsat Olabilir mi?", **Kent Konseyleri Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Bursa Kent Konseyi Bilimsel Yayınlar Dizisi No: 1, Bursa, 2011, ss.291-306, s.303vd.

[121] ÇUKURÇAYIR, s.31.

[122] PALABIYIK Hamit, "Gönüllülük ve Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım Üzerine Açıklamalar", **Yönetim Bilimleri Dergisi**, C.9, S.1, 2011, ss.83-114, s.88.

[123] 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 77. maddesinde bu faaliyet alanları; "*sağlık, eğitim, spor, çevre, sosyal hizmet ve yardım, kütüphane, park, trafik ve kültür hizmetleriyle yaşlılara, kadın ve çocuklara, engellilere, yoksul ve düşkünlere yönelik hizmetler*" olarak sayılmıştır.

[124] VARCAN ve diğ., s.147.

Halkın yararına faaliyette bulunan ve gönüllülük esası ile çalışanlardan oluşan sivil toplum kuruluşlarının devamlılığının sağlanması bağlamında belediyelerin destekte bulunması, kamu harcamalarında yapılan denetimde değerlendirilen bir ölçüt olarak incelenebilmektedir. Danıştay, sivil toplum kuruluşunun belediyenin desteği faaliyetindeki kamu yararı ve hizmetin gerekleri hususlarında yaptığı denetimde, Belediye Kanunu'nun 77. maddesinde yer alan gönüllü katılımı ölçü norm olarak değerlendirmektedir.[125] Gönüllü katılımı, sivil toplum kuruluşlarını da kapsayacak biçimde geniş yorumlayan Danıştay, bu kuruluşlara belediyece destek olunmasının mahalli nitelikte bir kamu hizmetinin sağlanması olduğu yönünde karar vermiştir. Yerel yönetimlerin gönüllü katılımı hem kendi çatısı altında hem de sivil toplum kuruluşları aracılığıyla sağlaması, toplumsal katılım oranın artmasını da sağlayacaktır.

III. İMAR PLANLAMASINDA KATILIM İLKESİ VE BELEDİYENİN KATILIMI SAĞLAMA USULLERİ

A. Katılım İlkesinin İmar Hukukundaki Yeri

Anayasanın 127. maddesi, belediyelerin kurulmasındaki amacın halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda belediyeler, tüm kamu hizmetlerinde olduğu gibi imar planlaması faaliyetinde[126] de o bölgedeki halkın ortak ihtiyacının karşılanması amacıyla hareket etmelidir. Buradan yola çıktığımızda halkın imar planlamasına iştirak etmesi, yönlendiren ve denetleyen bir rol oynayabilmesinin önemini ortaya

---

[125] Kararda, bir taşınmazın bir sivil toplum kuruluşuna kiralanması faaliyetinde; "*... belediyenin ve belediye başkanının görevleri arasında sayılan, belde halkının huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gerekli önlemleri almak görevi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, zira, kiralama işlemi ile bir kişi veya gruba menfaat sağlanmadığı, halkın yararına çalışan ve gönüllülerden oluşan bir sivil toplum kuruluşuna destek olunduğu, dolayısıyla, bu kiralama işi ile kamu yararı ve mahalli nitelikteki bir kamu hizmetinin görülmesinin hedeflendiği*"ni belirtilmektedir. D.2.D., E.2020/1276, K.2020/3883, 30.12.2020, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 01.08.2023).

[126] İmar planları genel olarak belirli bir arazinin işlevsel olarak kullanılmasını sağlayan, nüfus açısından değerlendirmeler yapan, gelecekte düzenli ve sağlıklı bir kentleşme için adım atılmasına yardımcı olan düzenlemelerdir. İmar planları belli bir araziye özel yapılsa da aslında tüm şehrin sağlıklı ve refah içinde olması için bir arazi modeli çizilmektedir. İK çerçevesinde yürütülen imar faaliyetlerinin temeli imar planının hazırlanması ve bu planın belirli bir program dahilinde uygulanmasıdır. TAŞKAYA Selim, "Creating City Based Zoning Plans with Game Theory Approach, Example of 1000 Plans", **International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences**, C.35 S.3, 2023, ss.297-311, s.297 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2892332. (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

çıkarmaktadır.[127] Dolayısıyla imar planlamasında katılım; yerel halkın, planlama sürecinde oy ve söz hakkının bulunması veya bulunmasa bile düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce bilgi sahibi olabileceği duyurulara tabi tutulması anlamına gelmektedir.[128]

İmar planını oluşturma sürecinin demokratik bir biçimde etkin ve verimli olması için de halkın bu sürece katılması gereklidir.[129] Zira kişi ya da kurumların kendilerinin menfaatleri ve haklarına ilişkin ya da onların fiziksel çevrelerini etkileyecek program, plan ya da uygulamaların gerçekleştirilmesinde kendileriyle iş birliğine gidilmesi, beraber yaşama ile demokratik hakların kullanımı bakımından yönetime dahil olmayı gerektirmektedir. Yerel demokrasi, halkın katılımına dayanır ve halkın daha iyi planlama çözümlerine katılmasına ve katkıda bulunmasına olanak tanır. Sürdürülebilir bir toplumda ortak değerlerimizi ve temel yaşam koşullarımızı sağlamak için nüfusun planlama ve karar alma süreçlerine aktif katılımı vurgulanmaktadır. Planlama prosedürlerinin iyi işlediğini ve verimli olmasını sağlamak için halkın planlamaya katılımının iyi bir şekilde kolaylaştırılmasını sağlamak kritik öneme sahiptir. Etkilenen gruplardan ve çıkarlardan yeterli girdi olmadan çok erken başlamak her zaman daha etkili planlama prosedürleriyle sonuçlanmaz. İlgili veya etkilenen kişilerin, sivil toplum gruplarının ve hükümet aktörlerinin, siyasi bir karar alınmadan önce politika oluşturma sürecine dahil olduğu müzakereci bir süreç, halkın katılımı olarak bilinir.[130] Bu açıdan, bireylerin gerek vatandaşlık gerekse mülkiyet hakkı kapsamında kendilerini yakından ilgilendiren imar planlarının yapılmasına belirli usul ve sınırlarla katılmaları engellenmemelidir. Yaşar bu kapsamda imar planlarının yerellik ilkesine bağlılığını ve belediyelerin hemşehrilik ilkesinin ve demokrasi ilkesine uygun hareket etme zorunluluğunun göze alınması sonucunda idare dışında katılımın kesin bir biçimde uygulanması gerekliliğini vurgulamaktadır.[131]

---

[127] YILMAZ Serdar, **İmar Planlarının Hukuki Rejimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.691.

[128] AKILLIOĞLU Tekin, "(Yeni) İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku", **XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması)**, 29-30 Mayıs 1986, SBF Yayınları, Ankara, 1987, ss.29-36, s.30; YILMAZ, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, s.691.

[129] SANCAKDAR Oğuz, **İmar Hukuku Genel Esaslar**, 1. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, Kasım 2020, s.93-94.

[130] AMALINA Farah / KRISHNAN Santhana / ZULARISAM A.W. / NASRULLAH Mohd, "Recent advancement and applications of biochar technology as a multifunctional component towards sustainable environment", **Environmental Development**, Volume 46, 2023, Introduction https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2211464523000192. (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

[131] YAŞAR Hasan Nuri, **İmar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s.123.

Katılım ilkesi kavramı, bir planlama faaliyetinden etkilenecek kimselerin, tüzel kişilerin, sivil toplum örgütlerinin ve kamu kurum ya da idarelerinin ilgili planın süreçleri ile kesinleşmesi aşamasına dahil olması anlamında imar hukuku öğretisinde kullanılmaktadır.[132] Kısa bir ifadeyle katılım müessesi ile toplumun ya da kurumların, çevrelerinin kurulması veya değiştirilmesi etkinliğine katılımları anlatılmak istenilmektedir. Eğer toplum bu değişimin içinde yer alırsa, idarenin planı benimseterek uygulayabilmesi bakımından desteği kazanacağı da bellidir. Bu da planın topluma doğru ve iyi bir biçimde anlatılmasıyla olacaktır.[133] Katılımın ayrıca tek faydası desteğin alınması değildir. Plancının katılım sayesinde bilgilendirilmesi de diğer faydayı oluşturacaktır. Planı yapacak idare, kenttekilerin sorunları ve istekleri hakkında bilgileri topladığında kentin planlanması sürecinde fiziksel bilgilerin yanı sıra sosyal etkenlere ilişkin de bilgilere sahip olacaktır.[134]

Katılımın imar planlaması kapsamında istenilen amaca ulaşmadaki fayda ve fonksiyonun dışında sakıncaları da gözlenebilir. Yerel baskı gruplarının, imar planlarını kendi istekleri doğrultusunda hazırlama yönünde yerel idarelerin karar alma süreçlerine baskı kurabileceği yönündeki ihtimallerin yanı sıra, bu durumun merkezi idare içerisinde oluşan baskı grupları tarafından da gerçekleştirilebileceği söylenebilir.[135] Bu sakıncalı ihtimalin, katılım usulünden farklı yollar ile de gerçekleşebileceği düşünülebilir. Bir diğer sakıncalı ihtimal ise halkın katılımı ile alınan kararların, kamu yararı bağlamında yanlış olabilme ihtimalidir. Katılımın asıl karar alma sürecinde etkisinin arttırılması, uzmanlık isteyen ve teknik bilgi gerektiren konularda halkın yanlış karar alması, beklenen faydaya ulaşılamamasına neden olabileceği gibi, bunun dışında arsa spekülatörleri ve benzeri faaliyette bulunanların kent planlamasını zarara uğratacak bir biçimde kendi menfaatlerine göre şekillendirmeleri nedeniyle kamu yararından uzaklaşılması da bir başka sakınca olarak karşımıza çıkabilmektedir.[136]

İK bakımından yapılan incelemelerde, imar planlaması sürecinde bir zorunlu katılım kuralının yer almadığı görülmektedir. Daha doğru ifade ile

---

[132] AKKAŞ ÇAĞLAR Zeynep, "Karşılaştırmalı Hukukta İmar Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, 2016, ss.321-350, s.339.

[133] TEKELİ İlhan, "Kent Planlaması ve Katılım Üzerine Düşünceler", **Kent Planlaması Konuşmaları**, Türkiye Mühendisler ve Mimarlar Odası Yayınları, Ankara 1991, ss.66-78, s.68.

[134] TEKELİ, "Kent Planlaması ve Katılım Üzerine Düşünceler", s.69.

[135] SANCAKDAR, s.94.

[136] ÜSTÜN Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.308.

Kanun bu konuda sessiz kalmaktadır.[137] Ağırlıkla tek yanlılığın gözlemlendiği bu faaliyetin, Batı ülkelerindeki örneklerinden farklılığı ortaya çıkmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri özelinde inceleme yapıldığında katılımcılığın planlamaya ilişkin değişken şekillere büründüğü gözlemlenebilmektedir. Örneğin arazi kullanım planlamasında bir tür planlama destek sistemi olan PSS (Planning Support System) uygulaması ile haritalandırmada topluma bilgilendirme yapılarak plana olan güvenin arttırılması, çıkar çatışmalarının azaltılması ve kamusal bilgilendirilmenin sağlanması gibi faydalar ile kamu katılımının tamamlanması amaçlanır.[138] Bu katılım usulü dışında gönüllü coğrafi bilgilendirme, çalıştay ve konferans görüşmeleri gibi usuller ile imar planlamasında katılımın olabildiğince sağlanabilmesi amaçlanmaktadır.[139] Yargı erkinin de katılım kapsamında halkoyu gibi uygulamalara değer vererek, planlama üzerinde etkisi olduğu yönünde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin City of Eastlake v. Forest City Enterprises davasında, ormanlık alanın kullanılması ve planlanması bakımından halkoyuna gidilmesinin etkin bir araç olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir.[140] Kaliforniya'da yerel yönetimlerin arazi kullanım planlamasına halkın yoğun katılımını sağlamak için katılımın önündeki engelleri önceden tahmin etmenin ve bunları ortadan kaldırmanın önemine de vurgu yapılmaktadır.[141]

---

[137] YAŞAR, s.123.

[138] GEERTMAN Stan / STİLLWELL John, "Planning support systems best practice and new methods", **Springer Science & Business Media B.V.**, C.95, 2009, ss.1-26, s.2.

[139] BROWN Greg / SANDERS Sara / REED Pat, "Using Public Participatory Mapping to Inform General Land Use Planning and Zoning", **Landscape and Urban Planning**, C.177, 2018, ss.64-74, s.65.

[140] CALLIES David, "Public Participation in the United States", **The Town Planning Review**, C.52, S.3, 1981, ss.286-296, s.293.
https://www.jstor.org/stable/pdf/40103462.pdf?refreqid=fastly-default%3A8b8439deacae5074188f720941d57312&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1 (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

[141] Kapsayıcı bir halk katılımın sağlanması için, bazı faktörlerin gözönünde bulundurulması gerekecektir: "*Anlamlı Katılım Fırsatları: ... İnsanlar yorumlarının bir fark yarattığını hissettiklerinde toplantılara katılma ve fikirlerini paylaşma olasılıkları daha yüksektir... Etkili Sosyal Yardım Stratejileri: Sosyal yardım çabaları, daha fazla kişinin toplantılara katılmasını sağlamaya yardımcı olabilir. ... Arka Plan Bilgisi: Birçok kişi yerel yönetimin yapısı ve işlevlerine aşina değildir. ... İçeriği veya nasıl katılım sağlanacağını anlamayan katılımcılar soru sormayabilir ve toplantıyı hüsrana uğramış bir şekilde bırakabilir, gelecekteki toplantılara veya çabalara katılma konusunda cesaretleri kırılabilir veya sadece projeye/plana karşı çıkabilirler. Mümkün olduğunca aşırı teknik dil ve kısaltmalar kullanmaktan kaçının. ... Toplantı Zamanları ve Yerleri: Ara sıra yapılan toplantıların hafta içi veya hafta sonlarına yeniden planlanması, daha geniş bir katılımcı yelpazesinin ilgisini çekebilir. Ayrıca belediye binası*

1990'lı yıllarda Birleşik Krallık, imar planlaması ile yerel yönetimde katılımın önemini gözlemlemesiyle danışma kurulları organize ederek halka danışma yolunu benimsemiş, ayrıca aktif vatandaşlık anlayışıyla idareye yardımcı olacak çeşitli şehirleşmede planlama fikirleri hakkında öneriler toplamıştır.[142] Daha sonraki yıllarda ise e-katılım, şehiriçi dolaşım yoluyla sorular yöneltilerek katılım, halkla buluşma günleri ve benzeri usuller ile katılımın canlı tutulması ve etkinliğinin artırılması amaçlanmıştır.[143] Demokratik bir kurum olarak kamusal izleyici kitlesi, yalnızca gelişmiş demokrasiye sahip ülkelerde değil, aynı zamanda demokratik geçişi başarıyla geçmiş diğer ülkelerde de yerel düzeyde zorunlu bir yasal hüküm biçimini almıştır. Örneğin Macaristan'daki belediyeler yasasında örgütlenme biçimini ve kamuya açık toplantıların organize edilmesini düzenleyen özel önem taşıyan bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükümle, "*Meclis, yılda bir kez yapılması zorunlu olan yerel yetkililer-belediye başkanlığı toplantılarına, kamuya açık toplantılarda vatandaşları önceden bilgilendirilerek davet eder.*" Kosova Yerel Öz Yönetim Yasası'nda bile halkın katılımı konusu, belediye başkanının yılda iki kez vatandaşlarla projeler ve başarılar hakkında bilgilendirilecekleri, vatandaşların endişeleri ve yerel konulara ilişkin önerilerini dinleyecekleri halka açık toplantılar düzenlemekle yükümlü olduğu 68. madde ile düzenlenmektedir.[144]

---

veya ilçe idare binanızın dışındaki mekanlar da dahil olmak üzere sakinlerinizin erişebileceği ve davet edebileceği yerleri de göz önünde bulundurun. Toplantıları yerel bir kilise veya okul gibi güvenilir mahallelerde düzenleyerek veya yüz yüze toplantı sırasında sanal katılım seçeneğini ekleyerek daha fazla katılım sağlayabilirsiniz... Dil Erişimi ve Okuryazarlık: İngilizce yeterliliği sınırlı olan sakinlere, göçmen topluluklara veya eğitim düzeyi daha düşük olan kişilere ulaşma ve onlarla etkileşime geçme seçeneklerini değerlendirmek önemlidir. ... Ulaşılabilirlik: Halka açık toplantılarınızın Engelli Amerikalılar (ADA) Yasasına uygun olduğundan emin olun. ... Teknoloji: Toplantıları yayınlayarak, kapsamlı sanal katılım platformları kullanarak, elektronik anketler yürüterek ve sonrasında kayıtları ve transkriptleri yayınlayarak sanal katılım fırsatları sunmaya devam etmeyi düşünün. ... Verimli Toplantılar: İyi yürütülen toplantılar genel verimliliği etkileyecektir." Institute for Local Government, s.221-222.

[142] BEDFORD Tracey / CLARK Judy / HARRISON CAROLYN, "Limits to New Public Participation Practices in Local Land Use Planning", **The Town Planning Review**, C.73, S.3, 2002, ss.311-331, s.311-312.

https://www.jstor.org/stable/pdf/40112516.pdf?refreqid=fastly-default%3Aa731134fe33ab97ac5749cfcef3470fd&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1 (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

[143] LAWSON Victoria / PUROHIT Ruchit ve diğerleri, **Public Participation in Planning in the UK**, UK Collaborative Centre for Housing Evidence, CCQOL, 2022, s.28.

https://housingevidence.ac.uk/wp-content/uploads/2022/04/220406-Public-participation-in-planning-in-the-UK_v3.pdf Erişim Tarihi: 15.12.2023).

[144] FAZLİU, s.145.

Katılımın zorunlu tutulabilmesi amacıyla yapılan düzenleme örnekleri bazı örnekleri hukukumuzda da yer almıştır. Örneğin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu[145] ve Kanunun uygulanması için yürürlüğe konulan Koruma Amaçlı İmar Planları ve Çevre Düzenleme Projelerinin Hazırlanması, Gösterimi, Uygulaması, Denetimi ve Müelliflerine İlişkin Usul ve Esaslara Ait Yönetmeliği'nin 6. maddesinde[146] halkın katılımının somutlaştırılabilmesi ve sağlanabilmesi amacıyla zorunluluk ihtiva eden bir hüküm yer almaktaydı. İlgili Yönetmelik hükmünde, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları, üniversitelerin ilgili bölümleri, koruma alanı içinde yaşayan hane halkları ve faaliyet gösteren iş yeri sahipleri ve etkilenen hemşehrilerin katılımı ile asgari iki toplantı düzenleme zorunluluğu bulunmaktaydı. Ancak düzenlenen bu katılım zorunluluğu Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 05.01.2017 tarih ve 299939 Resmi Gazete'de yayımlanan ve hükümde değişiklik yapılmasına ilişkin Yönetmeliğin 4. maddesi ile kaldırılmıştır. İlgili hüküm ile koruma imar planlarının hazırlanmasında değişik grupların katılımının sağlanması amaçlanmaktayken,[147] bu sürecin kaldırılması ile katılım sekteye uğramıştır. Zorunlu olarak katılımın sağlanmaması hususunun Yönetmelik bakımından düzenlenecek idari işlemin şekil unsurunda sakatlığa neden olacak bir şekilde tasarlanması konuya verilen önemi bir kez daha göstermektedir.[148] Ayrıca idare tarafından bu politikadan geri adım atıldığı görülmektedir.

---

[145] 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3/I-a-8. maddesi, koruma amaçlı imar planının, "*katılımcı alan yönetimi modellerini içerecek şekilde*" yapılması gereğini vurgulamaktadır. RG.23.07.1983-18113,
https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2863.pdf (Erişim Tarihi: 14.08.2023).

[146] Koruma Amaçlı İmar Planları ve Çevre Düzenleme Projelerinin Hazırlanması, Gösterimi, Uygulaması, Denetimi ve Müelliflerine İlişkin Usul ve Esaslara Ait Yönetmelik, RG.26.07.2005-25887,
https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=9171&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 14.08.2023).

[147] Koruma amaçlı imar planlarına katılabilecek "konuyla ilgili" sivil toplum kuruluşları için bakınız: YASİN Melikşah, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Süreci", **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S.59, Ocak 2007, parg.40,
http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=KORUMA%20AMA%C7LI%20%DDMAR%20PLANLARININ%20YAPILI%DE%20S%DCREC%DD&kimlik=1168084565&url=makaleler/myasin-1.htm (Erişim Tarihi: 14.08.2023).

[148] YASİN, parg.43.

B. İmar Hukuku Bağlamında Katılım İlkesinin Uygulanma Usulleri

Belediye Kanunu, İmar Kanunu ve hiyerarşik sıralama ile diğer düzenleyici işlemler bakımından imar planlamasında, katılımın sağlanması anlamında halkın kullanılabileceği idari ve yargısal başvuru usullerinin geliştirildiği görülmektedir. Bu usullerin geliştirilmesindeki önemli etkenlerden biri, imar planının bir idari işlem olmasıdır.

İmar planı, şehrin planlanması sürecinde kullanılan bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.[149] Şehirleşmenin geleceğine dair izlenim çıkaran, hemşehrilerin sağlık ve refahını koruma amacına sahip, ihtiyaçların geneline cevap vermeye yönelen, kadastral durumu çizen haritalarca taşınmazların kullanım şeklini göstermeye yönelik düzenlendiği düşünülen[150] imar planı, ülke, bölge ve beldeye ait bilgilerin kullanımı ile ulaşım, yerleşme, çalışma ve dinlenme gibi fonksiyonların göz önüne alındığı en uygun düzenlemeyi tesis etmek için sağlanan yerleşim, yapılaşma ile koruma benzeri faaliyetlere ilişkin, uyulmasında zorunluluk bulunan hukuksal bir belge niteliğine de sahip olduğu söylenebilmektedir.[151]

İmar planı kavramının İK ve bunun paralelinde Mekânsal Plan Yapım Yönetmeliği'nde[152] tanımının yapılmamıştır. Bu durum imar planının idari işlem değerinin ortaya konulmasında zorluk yaratsa da; hem Kanun hem de Yönetmeliği ilgili hükümlerinde imar planı türlerinin tanımlaması yapılarak kural koyucu nitelikteki bu işlemlerin niteliği ortaya konulmuştur. İK'nun 5. maddesi ile MPYY'nin 4. maddesinde paralel niteliklerde tanımlamaya sahip olan nazım imar planı ile uygulama imar planının geniş bir bölgede düzenleyici fonksiyonu ortaya konulmaktadır.[153] Kent planlaması amacına sa-

---

[149] SESLİ, Faik Ahmet / KARADAVUT, Esra, "İmar Planı Değişikliklerinin Plan Bütünlüğüne Etkilerinin İncelenmesi", **TMMOB Coğrafi Bilgi Sistemleri Kongresi 2009**, İzmir, 02-06 Kasım 2009, ss.1-8, s.1, https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/fc66104f8ada625_ek.pdf. (Erişim Tarihi: 14.08.2023).

[150] KARA, Seyfettin, **Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, s.30.

[151] ŞAHİN, Cenk Yaşar, İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 16.

[152] Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, RG.14.06.2014-29030, https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=19788&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 19.12.2022).

[153] MPYY'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesi uyarınca nazım imar planı; "*Mevcut ise çevre düzeni planının genel ilke, hedef ve kararlarına uygun olarak, arazi parçalarının genel kullanış biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, çeşitli kentsel ve kır-*

hip bu planların genel, sürekli, soyut ve objektif niteliklerinden dolayı genel düzenleyici işlem türünde olduğu görülmektedir.[154] Düzenleyici işlemlerin süreklilik arz edebilmesi için Anayasa ve kanunlara aykırı olmamaları kaydıyla soyut, genel ve kişilik dışı kural düzenleyebilme fonksiyona sahip olması,[155] imar planlarının temel özelliğini oluşturmaktadır.

Danıştay, imar planının düzenleyici işlem sınıfında olduğunu açıkça kabul etmektedir. Danıştay'ın imar planlarının üst normlara uygun olması zorunluluğunu ifade ettiği bir kararında; "*... fiziksel mekanların planlanmasının hukuki boyutunu, başta Anayasa olmak üzere İmar Kanunu, diğer ilgili kanunlar ve imar yönetmelikleri ile* ***birer düzenleyici işlem olduğunda kuşku bulunmayan*** *imar planları oluştururken; işlevsel boyutunu ise kamu yararı oluşturmaktadır*"[156] ifadesi ile içtihadını tekrar etmiş bulunmaktadır.[157]

---

sal yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarını, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere, varsa kadastral durumu işlenmiş olarak 1/5.000 ölçekte, büyükşehir belediyelerinde 1/5000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte, onaylı halihazır haritalar üzerine, plan notları ve ayrıntılı raporuyla bir bütün olarak hazırlanan plan" ve uygulama imar planı ise; "*Nazım imar planı ilke ve esaslarına uygun olarak yörenin koşulları ve planlama alanının genel özellikleri, yapının kullanım amacı ve ihtiyacı, erişilebilirlik, sürdürülebilirlik ve çevreye etkisi dikkate alınarak; yapılaşmaya ilişkin yapı adaları, kullanımları, yapı nizamı, bina yüksekliği, taban alanı katsayısı, kat alanı kat sayısı veya emsal, yapı yaklaşma mesafesi, ön cephe hattı, ifraz hattı, kademe hattı, ada ayrım çizgisi, taşıt, yaya ve bisiklet yolları, ulaşım ilişkileri, parkları, meydanları, kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarını, gerektiğinde; parsel büyüklükleri, parsel cephesi ve derinliği, arka cephe hattı, yol kotu ve bu kotun altındaki kat adedi, bağımsız bölüm sayısı gibi yapılaşma ve uygulamaya ilişkin kararları, uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren ve varsa kadastral durumu işlenmiş olarak 1/1.000 ölçekte onaylı halihazır haritalar üzerinde, plan notları ve ayrıntılı raporuyla bir bütün olarak hazırlanan plan*" olarak tanımlanmıştır.

154 YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2010, s.157; KALABALIK, 2017, s.183; YAŞAR, s.28; SANCAKDAR, s.30.

155 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdare Hukuku, s.355.

156 D.6.D., E.2014/10154, K.2015/6291, 26.10.2015, www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

157 İmar planlarının düzenleyici işlem olduğu yönündeki açık görüşünü yansıtan Danıştay'ın içtihadı için ayrıca bakınız; "*... düzenleyici işlem olan imar planının ...*" D. 6.D., E.2005/5815, K.2005/2119, 26.10.2005, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 15.12.2023); "*... imar planı gibi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir düzenleyici işlem olarak ...*" D. 6.D., E.1998/7422, K.2000/226, 19.01.2000, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 15.12.2023); "*... düzenleyici işlem olan imar planının iptali istemiyle Danıştay'da dava açılmış olması nedeniyle düzenleyici işlemin uygulanmasına yönelik işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilerek dava dosyası Danıştay'a gönderilmiş ...*" D. 6.D., E.1996/3315, K.1997/2435, 22.05.1997, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 15.12.2023); "*... İmar planları, imar yönetmeliklerinden önce uygulanması gereken genel düzenleyici işlem niteliğinde olduklarından ...*" D. 6.D., E.1993/1302, K.1994/97, 18.01.1994, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

İmar planının idari işlem kimliğine sahip olması nedeniyle idari usule tabi tutulacağının kesin olduğu açıktır. Dolayısıyla ilgili mevzuat kapsamında çeşitli idari başvuru yollarının geliştirilmesi ile yargısal başvuru haklarının bulunması kaçınılmaz olacaktır.

1. İmar Hukuku Bağlamında İdari Başvuru Kapsamında Katılma Usulleri

İmar planlaması bağlamında İmar Hukukuna ait temel hükümler incelendiğinde, daha önce belirttiğimiz üzere mevzuatta zorunlu yerine ihtiyari başvuruların düzenlendiğini görmekteyiz. Kategorik anlamda imar planlamalarına katılım sağlanabilmesi için Belediye Kanunu ile İmar Kanunu'nda ayrı katılım hükümleri yer almakla beraber, katılımın sağlanmaması durumunda imar planının şekil unsurunda herhangi bir hukuka aykırılığın ortaya çıkmayacağını da baştan vurgulamak gerekir.

Katılım ilkesinin sağlanmasının yasal bir zorunluluğu bulunmaması, imar planı işlemindeki hukuka aykırılıkların katılım usulündeki başvurular ile tespit edilmesine engel olmamaktadır. Katılımın sağlanması ile ortaya çıkacak olgular ışığında imar planındaki kamu yararını irdeleyen amaç unsuru ya da planın yapılma sebep unsurunu etkileyen bilgilerin ortaya çıkmasıyla planın değişime uğraması gerekecektir.

a. 5393 Sayılı Belediye Kanunu 20/V Maddesi Uyarınca Belediye Meclisi Toplantısının Aleni Olması Vasıtasıyla Katılma Usulü

Halkın katılımının sağlanması için öncelikle katılınacak olan faaliyet konusu öğrenilmelidir. Dolayısıyla belediyenin bir imar planına ilişkin gündemi halk tarafından öğrenilerek ilgili oturuma katılım sağlanmalıdır. Belediye Kanunu'nun 20/V. maddesi uyarınca; "*Meclis toplantıları açıktır*". Kanunun 21. maddesi gündem konularının ilanına ilişkin kullanılacak araçları açıkça belirtmemektedir ancak İK'nun 8. maddesinde imar planının ilanında belirlenen araçlar, burada kıyasen kullanılabilir.

Gündem kapsamında imar planının incelenerek karar verileceğini öğrenen ilgililer, toplantıları izleme hakkına sahiptirler.[158] Ancak bu hak sa-

[158] KALABALIK, 2017, s.252. Belediye meclisine katılım, meclis toplantılarının halka açık olması ve genellikle oy hakkı olmaksızın toplantıların izlenebilmesini kapsamaktadır. Aktif katılım açısında bakıldığında meclis gündeminin seçmenler tarafından belirlenebilmesi, yerel seçmenlerin meclise karar taslağı sunabilmesi, meclis kararlarının referanduma götürülebilmesi ve meclis üyeleri hakkında geri çağırma mekanizmasının kullanılabilmesi gibi doğrudan

dece görüşmelerin izlenmesi ile sınırlı kalmakta, o oturumda verilecek kararın değiştirilmesi ya da onama şeklinde bir yetki sağlamamaktadır. Dolayısıyla bu durum ilgililerin daha sonra tüketebilecekleri idari veya yargısal başvuru yollarında kullanabilecekleri imar planı hakkındaki bilgiyi almalarını sağlamaktan öteye geçememektedir. Bu nedenle bu oturumlarda toplumun söz hakkının bulunmaması, etkin bir katılımın oluşmasını da engellemektedir. Ancak yine de İK 9. madde[159] kapsamında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na verilmiş olan imar planı yapma yetkisi usulünde katılıma ilişkin hiçbir unsur bulunmamasına nazaran katılımın pasifte olsa belediyelerce yapılacak imar planında bulunduğunu belirtmek gerekir.[160]

Yerel halkın katılımının Belediye Kanunu kapsamında arttırılması için çeşitli kanun değişikliği başvuruları zaman içerisinde yapılmıştır. Özellikle belediyelerin en küçük idari birimi olan mahalle muhtarlığına, belediye kararlarına karşı başvurulacak çeşitli yollara ilişkin yetkilerin verilmesi amacıyla yapılan kanun değişikliği teklifleri söz konusu olmuştur. Örneğin mahallelerini etkileyecek gündem konularına ilişkin görüşmelere ilgili mahallenin muhtarının görüş bildirme ve oy hakkı verilerek davet edilmesi ilişkin kanun değişikliği önerisi halen Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonu, Adalet Komisyonu ve Plan ve Bütçe Komisyonu'nda bulunmakta-

---

ve yarı doğrudan katılım mekanizmaları da bulunmaktadır... Aktif katılım yurttaşların kentsel sorunları gündeme getirmesini, sorunları kent yöneticileriyle müzakere etmesini, bu tür sorunların çözülmesi noktasında inisiyatif almasını ve kent yönetimleriyle birlikte karar alabilmesini, proje ve hizmetleri hayata geçirebilmesini, referandum ve yurttaş girişimi gibi yarı-doğrudan katılım mekanizmaları ile sorunlara ilişkin doğrudan karar vermesini sağlar. Ancak aktif katılımın etkinliği büyük ölçüde kamusal bilgiye erişim imkanının bulunmasına bağlıdır. KÖSEOĞLU, Özer / AKSOY, Abdulkadir / KÖKTAŞ, Ömer Faruk, "Siyasal Katılma Bağlamında Belediye Meclis Toplantılarına Yurttaş Katılımı Üzerine Bir Araştırma", **Siyasal: Journal of Political Sciences**, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 30(1), 2021, ss.65-88, s.71-73 https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/7409EFD30813470B85310C0B78FF4352 (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

[159] İK'nun "İmar planlarında Bakanlığın yetkisi" başlıklı 9. maddesi uyarınca; "*Bakanlık gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ve enerji tesisleriyle ilgili alt yapı, üst yapı ve iletim hatlarına ilişkin imar planı ve değişikliklerinin, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondu Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin, birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planlarının veya içerisinden veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerlerdeki imar ve yerleşme planlarının tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya yetkilidir*".

[160] YILMAZ, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, s.700.

dır.[161] Öteki taraftan kendi mahallesine ilişkin bir konuda yapılan toplantıya davet edilmesi ve bilgilendirildikten sonra meclis kararı aleyhine mahkemeye başvuran mahalle muhtarından herhangi bir yargılama masrafının alınmamasına ilişkin kanun değişikliği önerisi reddedilmiştir.[162] Bu iki hususun kanunlaştırılması sayesinde toplumsal katılımın sağlanması anlamında muhtarlıklara çeşitli yetkilerin sunulması, halkın oyuyla gelmiş olan muhtarı güçlendirecekken, yasamanın bu hususu kabul edici bir biçimde hareket etmediğini söyleyebiliriz.

Belediye meclisi toplantılarının sadece yerel halka değil, konuya ilgisiz olanlar da dahil olmak üzere herkese açık olması, dinlenilme hakkını engelleyebilecektir. Bu nedenle meclis toplantılarında meclis üyesi dışında kişilerin görüş beyan etmesinin önüne geçme amacıyla sadece dinleyici statüsünde katılım sağlanmaktadır. Ancak dinlenilme hakkının asıl ilgililer tarafından kullanılabilmesi adına özel hükümler geliştirilebilecekken bu alanın kapalı tutulması, hakkın özünü engellemekten öteye gidememektedir.

b. 3194 Sayılı İmar Kanunu 8/I-b Maddesi ile Bu Bağlamda Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği 33/IV, V Maddesi Kapsamında Yürütülecek İlan Üzerine Katılma Usulü

İmar planlaması yapım ve kesinleştirme sürecindeki idari başvurular içinde en fazla etkiye sahip olan başvuru, İK'nun 8. maddesi ile MPYY'nin 33. maddesi kapsamında düzenlenen itiraz başvurusudur. Özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler imar planına ya da imar planı değişikliğine karşı itiraz edebilme hakkına sahiptir. İK 8/I-b. maddesi kapsamında; "*Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar*". İK kapsamında bu başvuru yapılmaksızın idari yargıda ilgili imar planına karşı iptal davası açma yolunun kapatılmamış olması bu itirazı zorunlu tutmamakta, diğer bir deyişle davanın açılması için bir ön şart olarak vurgulamamaktadır.[163] Dolayısıyla bu itiraz, zorunlu bir itiraz olmayıp, ihtiyari bir itirazdır.

---

[161] Yasama Dönemi ve Yasama Yılı: 28/1, E.2/893, TBMM Başkanlığı'na Başvuru Tarihi: 09.07.2018, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=236272 (Erişim Tarihi: 18.08.2023).

[162] Yasama Dönemi ve Yasama Yılı: 27/4, E.2/3492, TBMM Başkanlığı'na Başvuru Tarihi: 18.03.2021, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=290850 (Erişim Tarihi: 18.08.2023).

[163] Kanunun emredici lafzı gereği tüketilmesi zorunlu bir başvuru olarak düzenlenmemesi sebebiyle, buradaki itiraz başvurusunun zorunlu bir idari başvuru olmadığını belirtmek gerekir.

Hükümler uyarınca imar planlarının ilanı için verilen bir aylık askı süresi içerisinde ilgililer itirazda bulunma hakkı kullanabilirler. İdari dava açma yolundan önce tüketilebilen bu başvuruda, ilan süresinin dolmasından itibaren 15 gün içinde karar vermesi için ilgili idareye sunulan itiraz hakkında 30 günlük inceleme süresi bulunmaktadır.[164] İlgili idare imar planının değiştirilmesine karar verebileceği gibi, kararını sabit tutarak başvuruları reddedebilir. Ancak takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi kapsamında değil, kendisine sağlanmış olan plan yapmadaki kamu yararının tespiti üzerinde kullanılacağının belirtilmesi gerekir. Yönetmeliğin 33/VI. maddesi uyarınca askı süresinde yapılan itirazların kabul edilerek planların değiştirilmesi üzerine ilan süresi yeniden başlar.[165] Bu durum eski imar planının kaldırılmasıyla yenisinin yapılması bakımından iki ayrı idari işlem bulunması sebebinden kaynaklanmaktadır.

Burada kullanılan katılım, hükümlerden de anlaşıldığı üzere zorunlu bir şekil şartı olmaktan ziyade bir başvuru hakkı olarak düzenlenmiştir. İmar planına karşı iptal davası önkoşulu olmaması nedeniyle ihtiyari bir başvuru olan imar planına itiraz edilmemesi, iptal davası hakkını düşürmemektedir. Diğer bir deyişle ihtiyari başvuru yolu tüketilmeden ilgili imar planına doğrudan iptal davası açılmasında hiçbir engel bulunmamaktadır.[166]

Zorunlu ve ihtiyari idari başvuru ayrımı hakkında bakınız: AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2021, s.244.

164 MPYY 33/V. maddesi uyarınca; "*İtirazlar; askı süresinin dolduğu tarihten itibaren en geç otuz gün içinde ilgili idare karar merciine gönderilir ve en geç otuz gün içinde karara bağlanarak planlar kesinleşir*".

165 MPYY 33/VI. maddesi uyarınca; "*İlan ve askı süresinde yapılan itirazlar üzerine idarelerce, planlarda değişiklik yapılması halinde planın değişen kısımlarına ilişkin olarak yeniden ilan süreci başlatılır*".

166 Danıştay içtihatlarına göre, askı süresinde itirazda bulunulmayıp kesinleşen imar planlarına karşı da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesi kapsamında başvuru yapılabilmektedir; R.G.20.01.1982-17580, https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2577&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 19.12.2022). "*... planlara karşı askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren 60 günlük yasal idari dava açma süresi içinde 2577 sayılı Yasanın 11.maddesi kapsamında başvuruda bulunulması halinde ise, işlemeye başlayan idari dava açma süresinin duracağı ve 60 gün içinde cevap verilmemesi halinde istek reddedilmiş sayılacağından, 60 günlük yasal idari dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı, bu sürenin son gününe kadar cevap verilmesi halinde ise bu tarihi izleyen günden itibaren yine kalan sürenin işlemeye başlayacağı ve toplam olarak 60 günlük bu süre içinde idari dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır*". D.6.D., E.2013/7711, K. 2014/1706, 06.03.2014, https://www.kazanci.com.tr/ (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

c. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği 7/I-j Maddesi Kapsamında İsmi Geçen Yürütülebilecek Katılma Usulü

İmar planlarının hazırlanmasında halkın katılımın sağlanması, Yönetmeliğin 7/I-j. maddesinde; "*Planların hazırlanmasında plan türüne göre katılım sağlanmak üzere anket, kamuoyu yoklaması ve araştırması, toplantı, çalıştay, internet ortamında duyuru ve bilgilendirme gibi yöntemler kullanılarak kurum ve kuruluşlar ile ilgili tarafların görüşlerinin alınması(nın) esas*" olduğu şeklinde ifade edilmektedir. Hükümden de anlaşıldığı üzere planlamanın yapımında kamuoyunun bilgisinin ve görüşlerinin alınmasında hiçbir engel bulunmamaktadır. Hatta anket[167] ve benzeri araçların kullanımıyla görüşlere ulaşmanın planlamanın esasında olduğu belirtilmektedir.

Yönetmeliğin bu hükmü kapsamında toplumun katılımını sağlamak adına birçok aracın tüketilebileceği görülebilmektedir. Hatta hükümdeki "*gibi yöntemler*" ifadesi ile yenilikçi usullerin de, sayılmamış olmasına rağmen kullanılabileceğini söylenebilmektedir.[168]

Yine aynı doğrultuda Yönetmeliğin 14/I-e maddesi uyarınca; "*Planlamayı etkileyecek ve planlamadan etkilenecek kamu kurum ve kuruluşları, kalkınma ajansları, üniversiteler, yerel yönetimler, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları ve özel sektör temsilcilerinin katılımı ile farklı uzmanlık alanlarını içeren çok disiplinli bir yapıda hazırlanması*" gereği belirtilmektedir. 14. maddede halk katılımın belirtilmediği görülse de planlamanın hazırlanması sırasında çeşitli kamu tüzel kişilerinden ya da özel hukuk tüzel kişilerinden yararlanılması gerekmektedir.

Belirli bir konu hakkındaki eğilimleri, görüşleri, düşünceleri veya tutum ve davranışları tespit etmek amacıyla yapılan araştırmalar şeklinde karşımıza çıkan kamuoyu çalışmaları ve anketler, kamuoyunun düşüncesini yansıtacağı düşünülen belirli statülerdeki bireylerle görüşülerek ya da anket soru

---

[167] Yerel sorunlara karar vermek için belirli konularda çeşitli kamuoyu araştırmaları düzenlenmektedir. Bu anketler aracılığıyla belirli bir konuya yönelik olarak vatandaşlara doğrudan sorular sorulmaktadır. Vatandaşların görüşleri belirli konularda anında sözlü veya yazılı olarak ifade edilebilmektedir. Karar sürecine yurttaş katılımının bu şekli, sıradan veya temsili kategorideki vatandaşların görüşlerini toplamak, herhangi bir siyasi olayı, ekonomik konuyu veya genel çıkarı ilgilendiren diğer konuları açıklığa kavuşturmak amacıyla yapılır. Örneğin belediye meclisinin veya belediyenin yürütme organının bir hukuki işlemin başlatılması, kabul edilmesi, değiştirilmesi veya iptali için kamuoyunun görüşü gereklidir. Yerel konularda karar alma sürecine yurttaş katılımının bir biçimi olarak kamuoyu araştırması, gelişmiş demokrasiye sahip hemen hemen tüm ülkelerde uygulanmaktadır. FAZLİU, s.144.

[168] YILMAZ, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, s.695.

kağıdının cevaplanması için gönderilmesiyle gerçekleştirilebilmektedir. Kamuoyu araştırmaları ile bir coğrafyada yaşayan halkın değerlendirme, görüş, fikir ve istekleri doğru ve olabildiğince güvenilir bir şekilde saptanırken, idarecilerin kararlarının halk tarafından benimsenip benimsenmediğinin de anlaşılması sağlanabilmektedir.[169] Bu nedenle imar planlamalarında da idarecilerin halka yaptıkları planlamalara ilişkin anket[170] ve benzeri kamuoyu çalışmalarını sunmaları sayesinde planlama kapsamında idarecilerin kararlarını etkileyecek bilgiler elde edilebileceğini söyleyebiliriz.

Günümüzde artan teknolojik araçlar ile internet ortamında topluma sorulan soruların yanıtlanması, anketlerin yapılması ya da topluma danışma niteliğinde etkinler açılması, katılımın etkisini güçlendirecektir.[171] Kimi zaman bilgilendirme amaçlı duyuru ya da bildirilerin de katılımı etkileyeceğini gözden kaçırmamak gerekir. Şeffaf yönetimi sağlama amacıyla imar planlamaları kapsamında yapılan parselasyon işlemleri ile ilgili bilinçlendirici ve açıklayıcı duyuruların yapılması, katılım ilkesinin uygulanmasını güçlendirecektir. İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından "Urla İskele Mahallesi'ndeki imar planı hakkında açıklama" bunun bir örneğidir. Yapılan planlamanın gerekçelerini şeffaf olarak sunmak isteyen yerel yönetim burada üst ölçekli çevre düzeni planına ilişkin değişiklikler hakkında da bilgilendirme yapmaktadır.[172] Henüz tamamlanmamış nazım imar planının sürecinde toplumun aydınlatılması doğrultusunda hareket edildiği burada görülmektedir.

---

169 YALÇINDAĞ, s.901.

170 Kaliforniya yerel yönetimlerinin, arazi kullanım planlamasına halkın daha kapsamlı katılımı için uygulanacak stratejilerinden birisi de anketlerdir: "*Çevrimiçi ve kağıt üzerinde anketler düzenlemek, kişisel faaliyetlere katılmayan kişilerden bilgi talep edebilir. Anketler, sakinlerden topluluk ihtiyaçlarına öncelik vermelerini, projeler için yer seçmelerini, kişisel deneyimlerini talep etmelerini veya topluluğun yeni gelişme veya projelere olan ilgisini ölçmelerini isteyebilir.*" Institute for Local Government, s.225.

171 ÇAĞLAYAN, s.28.

172 1984 yılında yapılan imar planı ile özel konut alanı olarak tespit edilen bölgenin daha sonra Koruma Bölge Kurulunca 1. Derece Arkeolojik Sit Alanı olarak tescil edilmesi, imar planının yürürlükten kaldırılmasına neden olmuştur. 22.12.2017 tarihindeki Koruma Bölge Kurulu'nca ilgili bölgenin, yapılan arkeolojik sondajlarda herhangi bir kültürel veriye rastlanmadığı gerekçesiyle 3. Derece Arkeolojik Sit Alanı'na dönüştürülmesi sonucunda İzmir Büyükşehir Belediyesi bu bölgede 1/5000 ölçekli İskele Koruma Amaçlı Nazım İmar Planı yapımı için Koruma Bölge Kurulu'nun onayını almak için başvurmuştur. Başvuru süreci ile planın içeriği kapsamında toplumu bilgilendirme amacıyla İzmir Büyükşehir Belediyesi bu husus hakkındaki açıklamasını yayınlamıştır.

https://www.izmir.bel.tr/tr/Haberler/urla-iskele-mahallesi-ndeki-imar-plani-hakkinda-aciklama/47568/156 (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

Bayındırlık faaliyetlerinde toplumun fikrinin alınması, demokratik devlet anlayışı kapsamında önem arz etmektedir. Duran'ın da belirttiği üzere, önceden ilan yoluyla bilgilendirme yapıp, ilgililerin katılımının sağlanması demokratik idare anlayışını gerçekleştirmeyi sağlayacaktır.[173] Zira imar planlarının somutlaşması bağlamında tesis edilen birçok işlemden yararlanacaklar için bilgilendirmenin sağlanması, açıklık ilkesi bakımından da önemlidir.[174] Örneğin imar durum belgesi ile yapı inşaatına başlamak isteyecek malikler, imar planının düzenlenmesini kendi faaliyetlerine başlamadan önce öğrenerek mülkiyet haklarını bu doğrultuda olabildiğince kendi yararlarına kullanmak isteyeceklerdir. Bu nedenle doğrudan mülkiyet haklarını etkileyecek imar planlarına katılma isteklerinin kesin bir şekilde bulunacağı açıktır.

Kamuoyu araştırmaları bakımından çeşitli sakıncalar da söz konusu olabilir. Önyargılı, kasıtlı ve bilgisizce hazırlanan sorulara verilecek cevapların gerçeği yanlış yansıtması, denek grubunun ilgisiz kişilerden oluşturulması, gerçeğe dayanmayan yanıltıcı bilgilere ulaşılması veya ortaya çıkan sonuçların kamuoyundan gizlenmesi ya da yanlış ilan edilmesi gibi olasılıklar ihtimal dahilindedir.[175] Bu olasılıklar henüz icraya dönüşmemiş planlama faaliyetini olumsuz olarak etkileyecektir. Ancak bu olasılıkların demokratik hakların kullanımını etkilememesi için gerekli önlemlerin alınmasındaki sorumluluk, yine imar planlamasını yapacak ilgili idareye ait olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin imar planlarının yapım aşamasında idarelerin halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri ile güvenliği ve sağlığını sağlamak adına bilimsel incelemelerin yanı sıra kamuoyu araştırmalarının da önemini vurguladığı tespitleri bulunmaktadır. İK'nun 18. maddesi doğrultusunda "düzenleme ortaklık payı"nın bedelsiz bir şekilde mülkiyet sahiplerinin taşınmaz mallarından bir miktar oranında kesinti yapılmasına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin incelemede, imar planının yapılmasındaki sebep sonuç ilişkisi bağlamında halka sorulma konusu da ayrıca değerlendirilmiştir. Mahkeme imar planlarının hazırlanmasında; "*planı yapılan yörenin mevcut durumunun, olanaklarının ve ilerideki gelişmesinin gerçeğe en yakın biçimde saptanabilmesi için, coğrafî veriler, beldenin donatımı, malî, sosyal kültürel ve ticarî yönden kullanılışı gibi konularda yapıla-*

[173] DURAN, s.37.

[174] KALABALIK, 2017, s.235.

[175] ÜSTÜN, s.310.

cak anket, araştırma ve incelemeler sonucu elde edilecek bilgiler"in esas alınması gerektiğini vurgulamıştır.[176] Diğer bir deyişle hem coğrafi hem de o coğrafyada yaşayanlara uygun planlamanın yapılmasında o toplumun fikrinin alınması gerekliliği, bir kez de Anayasa Mahkemesi tarafından saptanmıştır.

Bölge idare mahkemelerinin, İmar Hukuku mevzuatında katılımın zorunlu tutulmaması durumunun, imar planında halkın katılımının sağlanmaması yönünde şekil şartı eksikliğini oluşturmadığını belirtmeleriyle; planları diğer unsurlar bakımından inceledikleri de görülmektedir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında mevzuatta; "*... imar planlarının yapımı, değişikliği, revizyonu ve ilavesinde mülkiyet esasına dayanılarak maliki olması sıfatıyla hazinenin veya başka bir kamu kurumu veya kuruluşun, gerçek ve tüzel kişilerin uygun görüşünün alınmasını şart koşan bir düzenlemeye yer verilmemiştir*" denilmekte ve bu husus üzerinde başka değerlendirme yapılmamaktadır.[177] Benzer bölge idare mahkemeleri kararlarında da işlemin şekil şartı ile sınırlı değerlendirmesinin yapıldığı söylenebilir.

Sonuç bakımından imar planlarının hazırlanmasında halkın katılımın sağlanmasının Yönetmeliğin genel esaslarında kendisine yer bulmasına rağmen, bu esasın somut bir planlama unsuruna dönüştürülmemiş olması, esasın uygulanması bakımından bir anlam ifade etmemesine neden olmaktadır. Diğer bir açıdan bu düzenlemenin sadece "moral" bir anlam taşıdığı ve planlama sürecinde hazırlık safhasına bir etkisiz bir katkı sunmaktan öteye geçilemediği de düşünülmektedir.[178] Dolayısıyla imar planlamasının hazırlanışı aşamasında zorunlu katılım şartının bulunmaması sebebiyle, sadece planlamanın tamamlanmasından sonra katılım hakkının daha etkili kullanılabilmesi mümkün olacaktır.

2. İmar Hukuku Bağlamında Yargısal Başvuru Kapsamında Katılma Usulü

İmar planlamasındaki katılım sadece karar alma ve uygulama aşamasında söz konusu değildir. Kimi zaman ilgililer tarafından denetim yapılmaya

---

[176] AYM., E.1990/7, K.1990/11, Tarih 21.06.1990, s.6, R.G.04.02.1991-20776, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1990-11-nrm.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2022).

[177] Ankara BİM 5.İ.D.D., E.2020/148, K.2020/777, 02.10.2020, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 18.12.2022).

[178] YILMAZ, İmar Planlarının Hukuki Rejimi, s.695.

açık olan planlama sürecine idari başvuru dışında yargısal başvuru yolu ile de katılım söz konusu olabilmektedir.[179]

Düzenleyici bir işlem niteliğinde olan imar planlarına karşı menfaati ihlal edilen herkes tarafından iptal davası açılabilmektedir. İlanı takip eden dava açma süresi dışında ayrıca imar planına bağlı bir uygulama işlemi ile de dava konusu edilebilmektedir.[180] Bu kapsamda imar planından etkilenecek olan menfaat sahiplerinin, imar planının kesinleşmesinden sonra yargısal başvuru ile katılım gösterebilecekleri açıktır. Burada ilgililer, taşınmaz malikleri, kiracılar, ayni hak sahipleri gibi, imar planından etkilenebilecek her türlü menfaati bulunan kişilerdir.[181] İK 8. madde doğrultusunda ilgililer, ilanı izleyen bir aylık süre içinde itirazda bulunmadıkları takdirde, son ilan tarihini takip eden 60 gün içinde imar planına karşı iptal davasını açabilirler.[182]

---

[179] ÜSTÜN, s.300.

[180] İYUK'nun 7/IV. maddesi kapsamında ilgililer dava açma süresi geçen düzenleyici işleme karşı düzenleyici işlemin uygulama işlemiyle beraber dava açabilmektedir. İmar planının uygulanmasını sağlayacak işlemler bakımından kamulaştırma, imar durum belgesi, parselasyon işlemi ve benzeri işlemleri ele alan Danıştay, imar planına bağlı alt ölçekli imar planını da uygulama işlem olarak kabul etmektedir. İmar durum belgesinin uygulama işlem niteliğine ilişkin bakınız; "*Uyuşmazlıkta, imar durumunun uygulama imar planının uygulaması niteliğinde bir işlem olduğu, uygulama işleminin tesis edilmesi üzerine dayanağı düzenleyici işlemlere karşı da dava açılabileceği görüldüğünden, 3.10.2012 tarihli yazı ile bildirilen imar durumu üzerine 60 günlük yasal süre içerisinde açılan davada süreaşımı bulunmadığından davanın süreaşımı gerekçesiyle reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamıştır*" D.6.D., E.2013/8625, K.2014/3483, 05.05.2014, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 28.02.2024) ve aynı yönde D.6.D., E.2011/1895, K.2013/3590, 22.05.2013, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 28.02.2024). Alt ölçekli imar planının uygulama işlem olma niteliği kapsamında bakınız; "*1/1000 ölçekli imar planı ve buna bağlı uygulama işlemlerinin idarece ya da yargı kararıyla iptal edilmeksizin üst ölçekli planlar olan 1/25.000 ve 1/5000 ölçekli planların iptal edilmiş olmasıyla kendiliğinden hukuki geçerliliğini yitirdiği dolayısıyla yürürlükten kalktığından söz edilemeyeceğinden, yapı ruhsatının düzenlendiği tarihte yürürlükte herhangi bir 1/1000 ölçekli uygulama imar planı bulunup bulunmadığı, mevcut ise yapı ruhsatının bu plana uygun olup olmadığı, aksi takdirde 1/1000 ölçekli uygulama imar planı olmadan ruhsat verilemeyeceği hususu gözönünde bulundurularak İdare Mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir*" D.6.D., E.2005/3669, K.2007/5774, 24.10.2007, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 28.02.2024).

[181] KALABALIK, 2017, s.229; ÜSTÜN, s.302.

[182] Danıştay, bir ay süreyle ilanı gereken imar planlarına ilişkin dava açma süresinin başlangıç tarihinin ilanın son gününü izleyen gün olduğunu hüküm altına almıştır. Danıştay, incelediği somut olayda; "*İmar planlarına askı süresi içinde bir itirazda bulunulmamış ise davanın, 2577 Sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca imar planının son ilan tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içinde açılması gerekir*" hükmünü vererek imar planına karşı açılacak iptal davasındaki dava süresinin başlangıcı olarak son ilan tarihini izleyen günü göstermektedir (D.6.D., E.2018/1221, K.2021/319, 21.01.2021, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 28.02.2024)). Aynı doğrultuda bakınız: "*... imar planlarına karşı, bir aylık askı süresi içinde 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulması ve bu başvuruya idari dava açma süresinin başlangıç tarihi olan son ilan tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içinde cevap verilmeyerek isteğin reddedilmiş sayılması ha-*

İmar planına karşı, İK 8. madde kapsamındaki itiraz yolunun kullanılması sonucunun olumsuz olması ile açılabilecek iptal davaları, itiraz süresinin dolması üzerine 60 gün içinde açılabilecek iptal davaları ve imar planına dayanan uygulama işlemleri ile birlikte açılabilecek iptal davaları dışında iptal davası açabilmek için bulunan bir yol İYUK 10. madde[183] kapsamında bulunmaktadır. İYUK 10. madde kapsamında bir işlemin yapılabilmesi adına talepte bulunulabilmesi sayesinde imar planının yeniden şekillendirilebilmesi için mülkiyet hakkına dayalı talep haklarının yönlendirilebileceği görülebilmektedir. Dolayısıyla imar planı değişikliği talebi, mülkiyet hakkına dayalı olarak yapılabilecek İYUK 10. madde kapsamında bir başvuru olduğu söylenebilmektedir.[184] Zira Anayasa'nın 74. maddesi kapsamında dilek ve şikayetlerin ilgili makamlara sunulabilmesi kapsamındaki başvuru hakkının bir gereği olarak ilgililerin yeni bir imar planı yapılması ya da mevcut planın değiştirilebilmesi için bu başvuru hakkının kendilerine sağlanması zorunludur. Yerleşik Danıştay içtihadı kapsamında da imar planı değişikliği talebinin, yeni bir başvuru olarak İYUK 10. madde kapsamında değerlendirilerek kabul edildiği görülebilmektedir.[185]

---

linde, bu tarihi takip eden 60 günlük dava açma süresi içinde veya son ilan tarihini izleyen günden itibaren 60 gün içinde cevap verilmek suretiyle isteğin reddedilmesi halinde bu cevap tarihini izleyen günden itibaren 60 günlük dava açma süresi içinde idari dava açılabileceği gibi; planlara karşı askı süresinin son gününü izleyen günden itibaren 60 günlük yasal idari dava açma süresi içinde 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulması halinde ise, işlemeye başlayan idari dava açma süresinin duracağı ve 60 gün içinde cevap verilmemesi halinde istek reddedilmiş sayılacağından, 60 günlük yasal idari dava açma süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı, bu sürenin son gününe kadar cevap verilmesi halinde ise bu tarihi izleyen günden itibaren yine kalan sürenin işlemeye başlayacağı ve toplam olarak 60 günlük bu süre içinde idari dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır" D.6.D., E.2000/5692, K.2001/6248, 10.12.2001, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 28.02.2024); D.6.D., E.2003/5583, K.2005/2994, 23.05.2005'ten aktaran GÜNDAY Metin, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.285. SANCAKDAR, s.237-238.

183 İYUK'nun "İdari makamların sükutu" başlıklı 10. maddesi uyarınca; "*İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler*".

184 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.361; DAVUT Şevki / COŞKUN Şenol, "İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXIX, S.1-2, 2011, ss.1209-1242, s.1232-1235. Aksi yönde imar planı değişikliği talebinin, imar planlarının bütünlüğünün bozulmasına ve imar planlarındaki istikrarın kaybolmasına neden olacağı için İYUK 10. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönündeki eleştiriler için bakınız; ÇELİK Elif Emel / ŞENGÖZ Çağrı, "İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi", **Danıştay Dergisi**, Y.2020, S.152, 2020, ss.39-70, s.58-59.

185 "*Her ne kadar İdare Mahkemesince önümüzdeki uyuşmazlıkta yürürlükteki 1/1000 ve 1/5000 ölçekli planların iptali istemi yönünden süre aşımı nedeniyle ret kararı verilmişse de dava ko-*

Kesinleşen imar planları ile parselasyon planlarına karşı yargı yoluna gidilmesine ilişkin 5 yıllık dava açma süresi sınırının 2020 yılında getirilmesi ile hem İYUK 10. maddesindeki talep hakkının hem de 7/IV. maddesi kapsamındaki uygulama işleme dayanak işlemle birlikte dava açılabilmesi hakkının doğrudan etkilendiği görülmektedir.[186] İK 8/VIII-b-8. madde ile getirilen; "*Kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir*" hükmü doğrultusunda imar planının kesinleşmesinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra ilgili imar planının iptali istemli davaların açılamayacağı kesinleşmiştir. Kanunkoyucunun bu sınırı getirmesindeki amacın imar planlarının olabildiğince istikrarının korunmasının sağlanması olduğu düşünülebilmektedir. Zira İK kapsamında imar programlarının 5 yıllık olarak düzenlenmesi de, bu hususun bir göstergesi olarak sunulabilir.[187] Dolayısıyla düzenleme ile imar planlarının idari istikrara tabi tutulabilmesi amacı görülebilmektedir.

Her ne kadar istikrarın sağlanması amacının ağırlığı görülse de, söz konusu durumun tehlikeli sonuçlara gebe olasılıklar ortaya çıkarabileceği belirtilebilmektedir. Getirilen söz konusu değişiklik ile imar planının kesinleşmesinden itibaren 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra ilgili plana ilişkin uygulama işlemlerine karşı açılacak iptal davalarında İYUK 7/IV. madde hükmüne dayanılarak imar planın da iptali istenemeyecektir. Diğer bir deyişle İK 8. maddedeki söz konusu 5 yıllık süre sonrası kısıtının, "*her halde*" ifadesi kapsamında uygulama işlemleri ile birlikte iptal davasına konu edile-

nusu taşınmazın konut alanına alınması istemiyle 30.01.2019 tarihinde ... Büyükşehir Belediye Başkanlığına ve 16.04.2019 tarihinde ... Belediye Başkanlığına yapmış olduğu başvuruların 2577 Sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında yapılan plan değişikliği talebi olduğundan 2577 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrası gereğince de anılan başvuruların reddi üzerine ret işlemi ile birlikte ya da tek başına düzenleyici işlem niteliğinde olan 1/1000 ve 1/5000 ölçekli planlara dava açılabileceği tabiidir." D.6.D., E.2021/9038, K.2022/10880, 08.12.2022, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 03.03.2024). "*İlgililerin 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi kapsamında başvuru yaparak ancak kendi mülkiyetlerinde bulunan taşınmazlara ilişkin imar planı değişikliği talep edebilecekleri, kendi mülkiyetlerinde bulunmayan taşınmaza yönelik kullanım kararının değiştirilmesini isteyemeyecekleri dikkate alındığında, davacının 10. madde kapsamında başvuru yaparak mülkiyeti kendisine ait olmayan uyuşmazlığa konu taşınmaz için belirlenen kullanım kararının değiştirilmesi üzerine tesis edilen işlem yönünden meşru ve kişisel bir menfaat ihlalinin söz konusu olamayacağı açıktır.*" D.6.D., E.2021/4675, K.2022/6873, 09.06.2022, https://www.kazanci.com.tr// (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

[186] Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ile İK 8. maddesine eklenen hüküm. RG.20.02.2020-31045, https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7221.pdf (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

[187] İK 10. madde uyarınca; "*Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar*".

bilmesi imkânın da sınırlandığı görülmektedir. Bu durumda özellikle imar planının kesinleşmesinden beş yılı aşan bir süreden sonra uygulama işlemin tesis edilmesi dolayısıyla açılacak iptal davasında sadece uygulama işleminin konu edilebilmesi, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve benzeri hak ve özgürlüklere ilişkin olarak tehlikeli sonuçların ortaya çıkabileceği söylenebilmektedir.[188]

Her ne kadar genel kaide bu yönde olsa da, bazı istisnai hallerde imar planına karşı açılacak iptal davası süresinin ve sürecinin farklı olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Örneğin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kararlarına karşı açılacak iptal davalarında uygulanan ivedi yargılama usulü yönünden sürenin azaldığını belirtmek gerekir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İvedi yargılama usulü" başlıklı 20/A. maddesi kapsamında sayılan idari işlemlere karşı açılacak dava süresi 30 gündür. Bu işlemlerden biri olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca hazırlanıp Cumhurbaşkanlığı kararı ile onaylanan imar planlarına karşı açılacak iptal davasının süresinin 30 gün olduğu açıktır.

Danıştay, konuya ilişkin olarak, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca hazırlanarak Cumhurbaşkanlığı kararıyla onaylanan 1/5000 ölçekli nazım imar planı ile buna bağlı olarak yapılan 1/1000 ölçekli uygulama imar planının iptali için açılan davada ivedi yargılama usulüne ilişkin dava süresinin kesin olmasına ilişkin açık bir hüküm vermiştir.[189]

Mevcut düzlemde İmar Kanunu ve Belediye Kanunu kapsamında belirtilen katılımı sağlayıcı idari başvuru hükümlerinin, idari yargı kapsamında imar planının iptaline ilişkin yapılan başvurulara nazaran daha etkisiz kaldığı açıktır.

---

[188] Bu hususta eleştiriler için bakınız; ÇELİK / ŞENGÖZ, s.64-66.

[189] Danıştay, ivedi yargılama usulüne tabi hususun ilgililere ayrıca belirtilmesi gerektiğini hükmünde vurgulamıştır; "*Uyuşmazlık bu çerçevede ele alındığında, Hazine ve Maliye Bakanlığı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanıp 03.02.2021 tarihli ve 3500 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararıyla onaylanan 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişiklikleri 2577 sayılı Kanunun 20/A maddesi uyarınca ivedi yargılama usulüne tabi olup bu işlemlere karşı 30 gün içerisinde dava açılabileceğinin ve 2577 sayılı Kanunun 11. maddesinin uygulanmayacağının Anayasanın 40. maddesi gereğince, ilgililere açıkça bildirilmesi gerekmektedir*". D.6.D., E.2021/7307, K.2022/7603, 05.07.2022, https://www.lexpera.com.tr/ (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

SONUÇ

Demokratik hukuk devleti bağlamında katılım hakkının hukuk kuralları ile sağlanması, idari faaliyetlerin toplumda kabul edilebilirliğini güçlendirmektedir. İmar planlaması faaliyeti bakımından da bu esas aynıdır. Ancak katılımın zorunlu tutulması ile ihtiyari tutulması bakımından yapılan incelemeleri göz önünde bulundurduğumuzda yerel halkın fikir ve düşüncelerinin plana yansıtılması anlamında büyük bir farklılık ortaya çıkmaktadır.

Pozitif hukukumuzda da imar planlamasının hazırlanışı aşamasında zorunlu katılım arayışının bulunmadığı açıktır. İmar hukuku normlarında katılımın, usulde bulunan bir süreç olması yerine, planlamanın tamamlanmasından sonra planlamadaki hususlara karşı başvuru hakkı olarak düzenlendiği görülmektedir.

Pozitif hukuk kurallarındaki katılımın imar planlaması sürecinde ihtiyari usul hükümleri ile düzenlemiş olması, katılım ilkesinin planlama usulüne etkinliğini zayıf tutmaktadır. İlgili planlamada katılımın sağlanmasının idarenin takdir yetkisine bırakılması, katılım ilkesinin uygulanabilirliğini kısıtlamaktadır. Bu durumda başta İmar Kanunu olmak üzere ilgili mevzuat, katılımı zorunlu tutacak hükümlerle donatılmadıkça, planlamalar bağlamında katılımcı demokrasiden bahsedilmesi zor olacaktır. İmar mevzuatı bakımından katılımın icrai etki yaratacak kurallar ile sağlanmaması nedeniyle mevcut hükümler halkın göstermelik bir biçimde katılımını sağlamaktan öteye geçememektedir.

Genellikle hâkim durumdaki meclis üyeleri üstünlüklerini korumaya çalışırken, alt konumdaki vatandaşlar değişim arayışında olup, meclis üyelerinin çıkarlarına inanmamakta bu nedenle yerel yönetim üyeleri ile vatandaşlar arasında çıkar çatışmaları ortaya çıkabilmektedir. Çoğunlukla da gücü elinde bulunduranlar karar alma sürecine dahil olmaktadırlar.[190]

Sakıncaları olsa da katılımın olabildiğince sağlanması, planlamanın yapılacağı bölgedeki halkın müşterek ihtiyacının karşılanması amacına hizmet edecektir. Bu sayede halkın planlamaya katılımı ile Anayasanın 127. maddesi doğrultusunda belediyenin kuruluş amacının, imar hukuku konusu kapsamında sağlanabilmesi için bir adım daha atıldığı görülecektir.

---

[190] MOHAMMADI, Seyed Hamid, / NORAZIZAN, Sharifah / NIKKHAH / Hedayat Allah, "Conflicting perceptions on participation between citizens and members of local government", **Quality & Quantity**, 2018, S.52, ss.1761-1778, s.1766 https://link.springer.com/ article/10.1007/s11135-017-0565-9 (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

İstisnai durumların dışında genel kural olarak katılımın benimsenmesi iki konuda olumlu gelişmeleri sağlayacaktır. Bunlardan birisi, o bölgede yaşan halkın menfaatini savunması anlamında demokratik hakların kullanılmasının gerçekleştirilmesidir; diğeri ise, iyi idare (yönetim) kapsamında idarenin yerinde ve hukuka uygun karar alma sürecinin olumlu yönde etkilenmesidir. Dolayısıyla sakıncalar ve faydalar değerlendirmesi ekseninde, imar planlama sürecine yerel halk ya da toplulukların katılımının sağlanması demokratik hakların kullanılmasının yanı sıra yerel ortak ihtiyaçların karşılanabilmesi adına bir gereksinimin tamamlanmasını sağlayacaktır. Somut düzenlemeler ile imar planının hazırlanış evresinde de zorunlu katılımı mümkün tutacak araçların tespit edilerek kullanılması, idarenin keyfiyetinin dışına çıkarılması bu yönde olumlu katkı sağlayacaktır.

KISALTMALAR

AYM : Anayasa Mahkemesi
BİM : Bölge İdare Mahkemesi
D. : Danıştay
DD. : Danıştay Dergisi
İK : İmar Kanunu
İYUK : İdari Yargılama Usulü Kanunu
KDK : Kamu Denetçiliği Kurumu
MPYY : Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği
RG : Resmî Gazete
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, "(Yeni) İmar Kanunu ve Yönetim Hukuku", **XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması)**, 29-30 Mayıs 1986, SBF Yayınları, Ankara, 1987, ss.29-36.

AKILLIOĞLU Tekin, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.46, S.1-2, 1991, ss.1-12.

AKILLIOĞLU Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983.

AKKAŞ ÇAĞLAR Zeynep, "Karşılaştırmalı Hukukta İmar Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.7, 2016, ss.321-350.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

AKYILMAZ, Bahtiyar, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası/Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S.1-2, Haziran-Aralık 2003, ss.143-158.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, Ekim 2021.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2021.

AMALINA Farah / KRISHNAN Santhana / ZULARISAM A.W. / NASRULLAH Mohd, "Recent advancement and applications of biochar technology as a multifunctional component towards sustainable environment", **Environmental Development**, Volume 46, 2023, Introduction https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2211464523000192.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2012.

ATEŞ Hamza / BUYRUK Gökçe Ceren, "Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu", **Ombudsman Akademik Dergisi**, Özel Sayı 1 (Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri), Aralık 2018, ss.81-98.

AZRAK Ali Ülkü, "İdari Usulün İdarede Demokratikleşmeye ve Saydamlığa Katkısı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: İdarenin Demokratikleştirilmesi Süreci Olarak Saydamlık**, C.7, S.2, Aralık 2008, ss.87-91.

AZRAK Ali Ülkü, "Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.33, S.1-2, 1967, ss.66-82.

AZRAK Ali Ülkü, Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1964.

BAYRAKÇI Erdal / KAHRAMAN Selçuk / DİNÇER Selçuk, "Demokratik Yerel Yönetim Anlayışının Güçlendirilmesinde Kent Konseylerinin Rolü: Karşılaşılmalı Analiz ve Öneriler", **Journal of Social & Humanities Sciences Research**, C.5, S.25, 2018, ss.2230-2252.

BEDFORD Tracey / CLARK Judy / HARRISON CAROLYN, "Limits to New Public Participation Practices in Local Land Use Planning", **The Town Planning Review**, C.73, S.3, 2002, ss.311-331.

BEQIRAJ, Pranvera (Mihani), "The Right to be Heard in the European Union - Case Law of the Court of Justice of the European Union", **European Journal of Multidisciplinary Studies**, Jan-Apr 2016 Vol.1 Nr. 1, ss.264-269.

BROWN Greg / SANDERS Sara / REED Pat, "Using Public Participatory Mapping to Inform General Land Use Planning and Zoning", **Landscape and Urban Planning**, C.177, 2018, ss.64-74.

BOZ, Selman Sacit / YURDAER Cihat / ERASLAN Yunus, "İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.27, S.3, 2019, ss.497-532.

CALLIES David, "Public Participation in the United States", **The Town Planning Review**, C.52, S.3, 1981, ss.286-296.

CHİRENJE, Leonard I. / GİLİBA, Richard A. & MUSAMBA, Emmanuel B., "Local communities' participation in decision-making processes through planning and budgeting in African countries", **Chinese Journal of Population Resources and Environment**, C.11, S.1, 20 June 2013, ss.10-16 https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10042857.2013.777198.

ÇAĞLAYAN Ramazan, "Genel İdari Usul Tartışmaları, Fransız Genel İdari Usul Kanunu ve Bu Kanunda İdari İşlemlerin Kaldırılması ve Geri Alınması Üzerine Notlar", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S.21, 2023, ss.17-39.

ÇAPTUĞ Mehpare, **İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S.1, 2016, ss.25-46.

ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Usul Hukukunda "Temsil Hakkı"", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Y.7, S.2, 2022, ss.297-434.

ÇELİK Elif Emel / ŞENGÖZ Çağrı, "İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresinin Değerlendirilmesi", **Danıştay Dergisi**, Y.2020, S.152, 2020, ss.39-70.

ÇUKURÇAYIR Mehmet Akif / EROĞLU H. Tuğba / AYDINLI H. İbrahim / ÇOLAKOĞLU Elif, "Yerel Demokrasinin Güçlendirilmesinde Kent Konseyleri Bir Fırsat Olabilir mi?", **Kent Konseyleri Sempozyumu Bildiri Kitabı**, Bursa Kent Konseyi Bilimsel Yayınlar Dizisi No: 1, Bursa, 2011, ss.291-306.

ÇUKURÇAYIR Mehmet Akif, **Siyasal Katılma ve Yerel Demokrasi**, 3. Baskı, Çizgi Kitabevi, Konya, 2006.

DAVUT Şevki / COŞKUN Şenol, "İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXIX, S.1-2, 2011, ss.1209-1242.

DURAN Lütfi, "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.31-40.

EKEN Musa, "Bilgi Edinme Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan**, C.17-18, 1995-1996, ss.61-75.

ERDOĞAN Oğuzhan, "Yerel Yönetimlerde Katılımcı Mekanizmalar ve Trabzon Büyükşehir Belediyesi Örneği", **Akademik İzdüşüm Dergisi**, C.4, S.2, 2019, ss.295-310.

EVREN Çınar Can, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.91, 2010, ss.110-145.

FAZLİU, Ramiz, "Direct Participation of Citizen in Democratic Decision Making at the Local Level", **European Journal of Multidisciplinary Studies**, Jan-Apr 2016, C.1, S.1, ss.143-147. https://revistia.com/files/articles/ejms_v1_i1_16/Ramiz1a.pdf.

GEERTMAN Stan / STİLLWELL John, "Planning support systems best practice and new methods", **Springer Science & Business Media B.V.**, C.95, 2009, ss.1-26.

GÖZLER Kemal, **Mahalli İdareler Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, Ocak 2018.

GRANT, Ursula, **Local Government Decision-Making: Citizen Participation and Local Government Accountability a Literature Review**, University of Birmingham, March 2002, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08d43ed915d3cfd00190a/R80574.pdf.

GÜNDAY Metin, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

HACIMURATLAR Zeliha, İdari Usule Katılım, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

HICKMAN Kristen E. / PIERCE Richard J. Jr., **Federal Administrative Law: Cases and Materials**, 2. Baskı, Foundation Press, St. Paul, Minnesota, 2014.

HOLUM, Marthe, "Citizen Participation: Linking Government Efforts, Actual Participation, and Trust in Local Politicians", **International Journal of Public Administration**, 2023, C.46, S.13, ss.915-925 https://doi.org/10.1080/01900692.2022.2048667.

IŞIK Alper, **Dijital Demokrasi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2020.

KALABALIK Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2012.

KALABALIK Halil, **İmar Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

KARA, Seyfettin, **Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016.

KARAKUL Selman, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", **Ombudsman Akademik Dergisi**, Y.2, S.3, Temmuz-Aralık 2015, ss.61-105.

KAYA Cemil, "2000 Tarihli İngiltere Bilgi Edinme Hakkı Yasası Üzerine Bir İnceleme, **Galatasaray Üniversitesi Yıldızhan Yayla Armağanı**, İstanbul 2003, ss.327-343.

KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

KOÇ Taylan, **Yönetişim Sarmalında Bir Kent: Adana Yerel Demokrasi ve Katılım Söylemiyle İktidarın Kullanımı**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖSEOĞLU, Özer / AKSOY, Abdulkadir / KÖKTAŞ, Ömer Faruk, "Siyasal Katılma Bağlamında Belediye Meclis Toplantılarına Yurttaş Katılımı Üzerine Bir Araştırma", **Siyasal: Journal of Political Sciences**, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, C.30, S.1, 2021, ss.65-88 https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/7409EFD30813470B85310C0B78FF4352.

KÖSEKAHYA Gamze, **Katılımcılık ve İyi Yönetişim (İyi Yönetişimin Temel Unsurları)**, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2003.

KURT Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, S.1, 2014, ss.131-178.

LAWSON Victoria / PUROHIT Ruchit ve diğerleri, **Public Participation in Planning in the UK**, UK Collaborative Centre for Housing Evidence, CCQOL, 2022.

MATEİ Ani / BAİEŞİU Razvan, "Good Administration and Performance of Local Public Administration", **Procedia - Social and Behavioral Sciences**, Vol.109, 8 January 2014, ss.684-687 https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042813051689?via%3Dihub.

ZDYB Marian, "The Right to Good Administration. Axiological Aspects of Good Administration", **Studia Iuridica Lublinensia**, Vol.28, No.2, 2019, ss.107-133 (https://journals.umcs.pl/sil/article/view/9329.

MOHAMMADI, Seyed Hamid, / NORAZIZAN, Sharifah / NIKKHAH / Hedayat Allah, "Conflicting perceptions on participation between citizens and members of local government", **Quality & Quantity**, 2018, S.52, ss.1761-1778 https://link.springer.com/article/10.1007/s11135-017-0565-9.

NDAGALA, D. K., "Local Participation in Development Decision / An Introduction", **Nomadic Peoples**, June 1985, S.18, ss.3-6 https://www.jstor.org/stable/43123246.

ODYAKMAZ Zehra, "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 1999, ss.1-21.

OĞURLU Yücel, "İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?", **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.1-2, 2005, ss.73-88.

ÖKMEN Mustafa, "Uyum Sürecinin İdari Politiği: Avrupa Birliği ve Türkiye Perspektifinde Küreselleşme-Yerelleşme Dinamikleri", **Avrupa Perspektifinde Yerel Yönetimler Dergisi**, Nisan 2006, ss.115-162.

ÖZAY İl Han, "Demokratik Yönetim ve Yönetimde Demokrasi", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.275-279.

ÖZAY İl Han, "İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Üzerine Düşünceler", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: İdarenin Demokratikleştirilmesi Süreci Olarak Saydamlık**, C.7, S.2, Aralık 2008, ss.135-138.

ÖZER Mehmet Akif / KARTAL Meryem, "Yerel Demokrasi ve Katılım: Türkiye ve İngiltere Üzerinden Bir İnceleme", **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi**, C.4, S.3, 2021, ss.509-529.

PALABIYIK Hamit, "Gönüllülük ve Yerel Hizmetlere Gönüllü Katılım Üzerine Açıklamalar", **Yönetim Bilimleri Dergisi**, C.9, S.1, 2011, ss.83-114.

RİEKKİNEN, Mariya / SUKSİ, Markku, "Access to Information and Documents as a Human Right", **Institute for Human Rights Åbo Academy University**, Turku / Åbo, Finland 2015 https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2015-Riekkinen-and-Suksi-Access-to-information.pdf.

SANCAKDAR Oğuz, **İmar Hukuku Genel Esaslar**, 1. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, Kasım 2020.

SENIOR, Coline / SALAJ, Alenka Temeljotov / JOHANSEN, Agnar / LOHNE, Jardar, "Evaluating the Impact of Public Participation Processes on Participants in Smart City Development: A Scoping Review" **Buildings** 2023, Vol.13, Issue 6, ss.1-19.

SESLİ, Faik Ahmet / KARADAVUT, Esra, "İmar Planı Değişikliklerinin Plan Bütünlüğüne Etkilerinin İncelenmesi", **TMMOB Coğrafi Bilgi Sistemleri Kongresi 2009**, İzmir, 02-06 Kasım 2009, ss.1-8 https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/fc66104f8ada625_ek.pdf.

SEZER Yasin, "'İyi İdare İçin' Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S.26, 2002, ss.153-172.

SHARMAN, Nicola, "Objectives of Public Participation in International Environmental Decision-Making", **International & Comparative Law Quarterly**, C.72, S.2, April 2023, ss.333-360. https://doi.org/10.1017/S0020589323000088.

SUZUKİ, Kohei / HAN, Yousueng, "Does citizen participation affect municipal performance? Electoral competition and fiscal performance in Japan", **Public Money & Management**, C.39, S.4, 2019, ss.300-309 https://doi.org/10.1080/09540962.2018.1558554.

ŞAHİN Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda 'Regülasyon'**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ŞAHİN Cenk Yaşar, İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.

TANSUĞ Çağla, "4982 sayılı Kanun Uyarınca Bilgi Edinme Hakkının İçeriği", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.1, Ocak 2023, ss.121-134.

TAŞKAYA Selim, "Creating City Based Zoning Plans with Game Theory Approach, Example of 1000 Plans", **International Journal of Advances in Engineering and Pure Sciences**, C.35 S.3, 2023, ss.297-311 https://dergipark.org.tr/tr/download/article- file/2892332.

TEKELİ İlhan, "Kent Planlaması ve Katılım Üzerine Düşünceler", **Kent Planlaması Konuşmaları**, Türkiye Mühendisler ve Mimarlar Odası Yayınları, Ankara 1991, ss.66-78.

TEKELİ İlhan, "Yerel Yönetimlerde Demokrasi ve Türkiye'de Belediyelerin Gelişimi", **Amme İdaresi Dergisi**, C.16, S.2, 1983, ss.3-22.

TEKELİ İlhan, "Yerel Yönetimlerde Hizmetin Ötesinde Katılımcılık Bulunuyor", **İnternet Yazısı**, ss.1-9, https://www.academia.edu/32904957/Yerel_Y%C3%B6netimlerde_Hizmetin_%C3%96tesinde_Kat%C4%B1l%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k_Bulunuyor.

ÜSTÜN Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

VARCAN Nezih / TARAKTAŞ Abdurrahman / HACIKÖYLÜ Canatay, **Yerel Yönetimler**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, 1. Baskı, Eskişehir, Ocak 2013.

WADE William / FORSYTH Christopher, **Administrative Law**, 11. Baskı, Oxford Press, Oxford, 2014.

YALÇINDAĞ Selçuk, **Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1996.

YASİN Melikşah, "Koruma Amaçlı İmar Planlarının Yapılış Süreci", **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S.59, Ocak 2007, http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=KORUMA%20AMA%C7LI%20%DDMAR%20PLANLARININ%20YAPILI%DE%20S%DCREC%DD&kimlik=1168084565&url=makaleler/myasin-1.htm.

YAŞAR Hasan Nuri, **İmar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2010.

YILDIRIM Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, ss.227-238.

YILDIRIM Turan / YASİN Melikşah / KAMAN Nur / ÖZDEMİR H. Eyüp / ÜSTÜN Gül / ÇAKIR Hüseyin Melih / OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

YILMAZ Harun, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.Özel Sayı, 2015, ss.965-986.

YILMAZ Serdar, **İmar Planlarının Hukuki Rejimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

İnternet Kaynakları

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri.

https://www.congress.gov/bill/93rd-congress/house-bill/10000?s=1&r=24#:~:text=Introduced%20in%20House%20(08%2F03,be%20open%20to%20the%20public.

https://www.foia.gov/about.html.

https://commission.europa.eu/aid-development-cooperation-fundamental-rights/your-rights-eu/know-your-rights/citizens-rights/right-access-documents_en.

https://www.eupan.eu/wp-content/uploads/2023/04/Annex-1.-Good-administration-in-European-countries.pdf.

https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/41-right-good-administration.

https://www.gov.za/services/services-residents/information-government/access-information.

https://housingevidence.ac.uk/wp-content/uploads/2022/04/220406-Public-participation-in-planning-in-the-UK_v3.pdf.

www.jstor.org.

https://jurix.com.tr.

https://www.kazanci.com.tr/.

https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-1/page-1.html.

www.legalbank.net.

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents.

https://www.lexpera.com.tr.

https://www.mevzuat.gov.tr.

https://www.mfa.gov.tr/yerel-gundem-21.tr.mfa.

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr.

https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510.

https://www.ombudsman.org.uk/sites/default/files/page/0188-Principles-of-Good-Administration-bookletweb.pdf.

https://www.resmigazete.gov.tr.

https://rm.coe.int/.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 159-182

VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ANDLAŞMA YÜRÜRLÜĞE GİRMEDEN ÖNCE KONU VE AMACINI ORTADAN KALDIRMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Nergiz EMİR**(**)

Öz: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 18. maddesine göre, devletler yürürlüğe girmeden önce andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğüne sahiptir. Bu yükümlülük andlaşma ile bağlanmanın onay ile açıklandığı durumlarda söz konusu devlet tarafından andlaşmanın imzalanması ile ortaya çıkacak ve bu devlet andlaşmaya taraf olmama niyetini beyan edinceye kadar devam edecektir. Öte yandan, bu devletin andlaşma ile bağlanma rızasını açıkladıktan sonra henüz andlaşma yürürlüğe girmemiş olsa da konu ve amacı ortadan kaldırmama yükümü söz konusu olacaktır. VAHS'ın 18. maddesi ile ortaya konulan bu ara yükümlülük, andlaşmaların iyi niyetle uygulanması ilkesinin bir tezahürüdür. Devletlerin andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün aynı zamanda bir uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olduğu da genel kabul görmektedir. Bu makalede, söz konusu yükümlülüğün VAHS çerçevesinde kabul edilmesi süreci, düzenlemenin hukuki niteliği ve uluslararası hukuk uygulamasındaki sonuçları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Andlaşmalar Hukuku, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Andlaşmanın Konu ve Amacı, İyi Niyet İlkesi.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 29.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 06.06.2024.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir - Türkiye,
E-posta: nergizdemirer@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-3307-3885.

OBLIGATION NOT TO DEFEAT THE OBJECT AND PURPOSE OF A TREATY PRIOR TO ITS ENTRY INTO FORCE WITHIN THE FRAMEWORK VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

Abstract: According to Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), states have the obligation to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty. This obligation will emerge with the signing of treaty by the state in question, where binding with the treaty will be expressed by ratification and will continue until this state declares its intention not to be a party to the treaty. On the other hand, after this state declares its consent to be bound by the treaty, it will be obliged not to defeat the object and purpose, even if the treaty has not yet entered into force. This interim obligation, as presented in Article 18 of the VCLT is a manifestation of the principle of application of treaties in good faith. It is generally accepted that the obligation of states to refrain from acts which would defeat the object and purpose of the treaty is also a rule of customary international law. In this article, the process of accepting the obligation in question within the framework of the VCLT, the legal nature of the regulation and its consequences in international law practice will be discussed.

Keywords: International Law, Law of Treaties, Vienna Convention on the Law of Treaties, Object and Purpose of a Treaty, Principle of Good Faith.

GİRİŞ

Uluslararası andlaşmalar, uluslararası hukukun asli kaynaklarından biridir.[1] Uluslararası andlaşmalar hukuku ise, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi[2] (VAHS) çerçevesinde bir belgenin andlaşma niteliğinde olup olmadığının belirlenmesini sağlamakta ve eğer andlaşma ise onun nasıl yapıldığı, yürürlüğe girdiği ve sona erdirildiği gibi genel işleyişe dair kurallardan oluşmaktadır.[3] VAHS'nin 9 ila 17. maddeleri, metnin kabulünden andlaşma ile bağlanma rızasının açıklanmasına kadar olan aşamaları tanımlamış ve buna ilişkin kuralları belirlemiştir. Ancak bir uluslararası andlaşmanın bu aşamaları tamamlayarak yürürlüğe girmesi genellikle uzun bir zaman almakta ve hatta yıllarca devam etmektedir. Bu zaman diliminde ilgili andlaşma yürürlüğe girmediği için uygulanması ve taraflar için bağlayıcılık kazanması mümkün değildir.[4]

VAHS'nin 18. maddesi, yürürlüğe girmeden önce andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümlülüğü getirmektedir. VAHS 18. madde, iki farklı durumda konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bunlardan ilki 18 (a) çerçevesinde, andlaşma metninin resmileştirilmesi amacıyla atılan imzadan sonra taraf olmama niyetini açıklığa kavuşturuncaya kadar imzacı devletin konu ve amacı ortadan kaldırmama yükümlülüğüdür. İkinci ise, 18 (b) çerçevesinde ilgili devlet andlaşma ile bağlanma rızasını açıkladıktan sonra yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla andlaşma yürürlüğe girinceye kadar andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmamaktadır.

VAHS'nin 18. maddesi, andlaşmanın en karmaşık hükümlerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Çünkü andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce-

---

1 Statute of International Court of Justice, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

2 Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 05.02.2024). Türkçesi için: KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

3 AUST Anthony, **Modern Treaty Law and Practice**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 5.

4 VAHS'ın 25. maddesi çerçevesinde, geçici uygulama hükmünün işletilmesiyle andlaşmanın yürürlüğe girmeden uygulanması da mümkün olabilir. DÖRR Oliver, "Article 18: Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force", **Vienna Convention on the Law of Treaties**, Ed. Oliver DÖRR / Kirsten SCHMALENBACH, Second Edition, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018, s. 243.

ki iki ayrı aşama için konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma şeklide muğlak bir ara yükümlülük (*interim obligation*) getirmektedir.[5] Her ne kadar düzenlemenin amacı açık olsa da hukuki çerçevenin ortaya konulmasında zorluklar ortaya çıkmaktadır.[6] Bunun temel nedeni ise andlaşmanın konu ve amacının ne olduğunun ve hangi haraketin bu konu ve amaca aykırı olduğunun tespit edilmesidir.[7] Öte yandan, VAHS madde 18'de hüküm altına alınmış olan düzenlemenin hukuki niteliği daha açık bir deyişle örf ve âdet hukuku kuralı olup olmadığı da üzerinde durulması gereken bir husustur.

Bu makalede, VAHS madde 18'de imzacı devletlere getirilen konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma şeklindeki ara yükümlülüğün incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak 18. madde incelenecektir. Öncelikle maddenin kapsamı ve hukuki niteliği, bunun ardından VAHS hazırlık çalışmalarında maddenin gelişimi üzerinde durulacaktır. İkinci olarak ise, VAHS 18. madde ile ilgili temel sorunlara yer verilecektir. Bu çerçevede öncelikle düzenlemede yer alan yükümlülüğün hukuki niteliği ve daha sonra andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama ifadesi ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle VAHS çerçevesinde andlaşmaların konu ve amacından ve daha sonra konu ve amacı ortadan kaldırmama yükümlülüğünden bahsedilecektir. Üçüncü olarak VAHS 18. madde ile VAHS'nin 25. maddesinde yer alan geçici uygulamanın karşılaştırılmasına kısaca yer verilecektir.

I. VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NİN 18. MADDESİ

A. VAHS Madde 18'in Kapsamı ve Hukuki Niteliği

"Yürürlüğe girmeden önce andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümü" başlıklı VAHS'nin 18. maddesi şu şekildedir:

---

5 GRAGL Paul / FITZMAURICE Malgosia, "The Legal Character of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", **International & Comparative Law Quarterly**, C. 68, S. 3, 2019, ss. 699-717, s. 699.

6 BOISSON DE CHAZOURNES Laurence / LA ROSA Anne-Marie / MBENGUE Makane Moïse, "1969 Vienna Convention Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force", **The Vienna Conventions on the Law of Treaties a Commentary Volume I**, Ed. Olivier CORTEN / Pierre KLEIN, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 370.

7 PALCHETTI Paolo, "Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?", **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**, Ed. Enzo CANNIZZARO, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 25-36, s. 27.

"Bir Devlet, aşağıdaki hallerde bir andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir:

(a) onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak andlaşmayı imzaladığı zaman veya andlaşma teşkil eden belgeleri teati ettiği zaman, andlaşmaya taraf olmamak niyetini açıklığa kavuşturmuş oluncaya kadar; veya

(b) andlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla, andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra."

VAHS'nin 18. maddesi incelendiğinde, konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün iki koşula bağlandığı görülmektedir. Birinci koşul (a) bendinde düzenlenmiş olup andlaşma imzalandıktan sonra geçerli olacaktır. İkinci koşul ise (b) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre andlaşmayla bağlanma rızası açıklandıktan sonra yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla andlaşma yürürlüğe girinceye kadar konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Bu iki farklı koşulu ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

1. Andlaşmanın İmzalanması

Andlaşma, "uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması" olarak tanımlanmaktadır.[8] Ancak bir andlaşmanın uluslararası hukukta içeriği uyarınca hüküm ve sonuç doğurması için pek çok aşamadan geçmesi gerekmektedir. Yetkili kişilerce yapılan görüşmeler sonucunda oluşturulan metnin resmileştirilmesi, daha sonra ilgili andlaşmanın bağlayıcılık güç kazanması ve son olarak yürürlüğe girmesiyle birlikte hüküm ve sonuç doğurması söz konusudur.[9]

Günümüz uluslararası hukuk uygulamasında imza genellikle bir andlaşma metninin resmileştirilmesi işlevini görmekte ve andlaşmanın bağlayıcılık kazanması onay ve benzeri işlemlerin yapılmasıyla mümkün olmaktadır.[10] Bu makalede, VAHS'nin 10. maddesi çerçevesinde yer verilen andlaşma metni-

---

8 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 107.

9 VAHS m.6-25.

10 ÖKTEM Emre, "Uluslararası Andlaşmanın İmza ile Onay Arasındaki Hukuki Rejimi", **Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan**, C. 2, 2014, ss. 461-504, s. 462.

nin resmileşmesini sağlayan imzanın hukuki etkisinden bahsedilmektedir. VAHS'nin ilgili maddesinin (a) bendine göre, andlaşma metninin resmileşmesi tarafların belirleyeceği bir usulle gerçekleşecektir. Andlaşmanın (b) ben göre, eğer böyle bir usul belirlenmemişse imza, ad referandum imza ya da paraf ile andlaşma metninin resmilik kazanmasını sağlayacaktır.

Andlaşma metninin resmileşmesi[11] Türkçe literatürde kesinleşmesi[12] ya da tevsiki[13] olarak da ifade edilmektedir. Her ne şekilde ifade edilirse edilsin imzanın uluslararası hukukta ortaya çıkardığı sonuç önemlidir. VAHS'nin 18. maddesinin (a) bendine göre, andlaşma metninin resmileşmesini sağlayan imzayı atan imzacı devlet andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümü altına girmiş bulunmaktadır. Zira andlaşma metninin imzalanması ile imzacı devlet, metnin hazırlanma sürecine katıldığını ve metinin içeriği üzerinde bir anlaşma sağlandığını beyan etmiştir.[14]

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Soykırım Sözleşmesine Çekinceler[15] Danışma Görüşü'nde imzanın hukuki etkisinden bahsetmiştir. UAD, imzanın bir andlaşmaya katılmanın ilk adımı olduğunu ifade etmiştir. Henüz onay olmadan imzacı devletin andlaşmaya taraf olmasa bile kendi lehine geçici bir hukuki statü elde ettiğini belirtmiştir.[16] UAD'nin, VAHS imzalanmadan çok daha önce imzacı devletlerin statüsüne ilişkin bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. VAHS çerçevesinde imza konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü getirirken UAD konuyu imzacı devlet lehine birtakım haklara sahip olmak bakımından ele almıştır.[17] Bu çerçevede andlaşmaya taraf olmak için gerekli ilk adımı atmış olan imzacı devlet geçici olarak itiraz hakkına sahip olmaktadır. İmzacı devlet, andlaşmayı onaylamadığı takdirde bu durum ortadan kalkarken onaylaması durumunda yürürlük kazanacaktır.[18]

---

[11] AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 152; PAZARCI, s. 124.

[12] SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 34.

[13] KAYA, s. 70; TÜTÜNCÜ Ayşe Nur / ARIKOĞLU Enver / AKÜN Verda Neslihan / BAŞKARACAOĞLU Elif, **Toluner Milletlerarası Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 98.

[14] AKSAR, s. 153.

[15] Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 12.02.2024).

[16] Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, s. 28.

[17] ÖKTEM, s. 496.

[18] Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, s. 28.

Devletin imzasının andlaşmanın konu ve amacını ihlal etmemeye yönelik bir yükümlülük doğurduğunu dolaylı olarak kabul eden yargı kararları bulunmaktadır.[19] Uluslararası Daimî Adalet Divanı, Polonya Yukarı Silezya'daki Bazı Alman Menfaatleri Davası'nda[20] buna ilişkin bir hususu değerlendirmiştir. Almanya, Polonya'ya devretmesi gereken bir mülkü bu bölgedeki malları satın almak amacıyla kurulmuş bir şirkete satış yoluyla devretmiştir. Polonya, Versay Andlaşması'nın 256. maddesinde yer alan "Alman arazilerini devralacak devletler Alman İmparatorluğu'na ait mülklerin tamamını elde edecektir." hükmüne dayanarak bu devir işlemine itiraz etmiştir. Versay Andlaşması 28 Haziran 1919'da Almanya tarafından imzalanmış onay işlemi ise 20 Ocak 1920'de gerçekleşmiştir. Mülkün devrine ilişkin sözleşme ise imza ile onay arasındaki dönemde 24 Aralık 1919'da imzalanmıştır. Devir işlemi ise 28-29 Ocak 1920'de yapılmıştır. Daimî Adalet Divanı bu hususu değerlendirmiş ve bir andlaşmayı imzalayanların, onay gerçekleştiğinde anlaşmanın uygulanmasına müdahale etmesi muhtemel bir davranıştan kaçınma yükümlülüğü altında olup olmadığı sorunun söz konusu olayda incelenmesine gerek olmadığını hükmetmiştir. Çünkü Almanya'nın gerçekleştirdiği işlemde kötü niyetli bir uygulama söz konusu değildir.[21]

Devletin andlaşmaya koyduğu imzanın hukuki etkisini ele alan diğer Uluslararası Daimî Adalet Divanı kararı ise Mavrommatis Filistin İmtiyazları Davası'dır.[22] Bu davada Yunanistan, Lozan Andlaşması ve Ek Protokol uyarınca birtakım haklarını talep etmek için Büyük Britanya'ya dava açmıştır. Yunanistan'ın başvurusunu yaptığı dönemde Lozan Andlaşması hem Büyük Britanya hem de Yunanistan tarafından imzalanmış ancak Andlaşma henüz yürürlüğe girmemiştir. Büyük Britanya, henüz andlaşmanın ilgili taraflarca onaylanmadığını ileri sürerek davanın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Divan, gerekli onay belgelerinin teslimiyle bu durumun ortadan kalkacağını ifade ederek Büyük Britanya'nın talebini reddetmiş ve

---

[19] ROGOFF Martin A., "The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty", **Maine Law Review**, C. 32, S. 2, 1980, ss. 263-300, s. 278.

[20] Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, PCIF, Series A, No. 7, 1926. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 12.02.2024).

[21] Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, PCIF, Series A, No. 7, 1926, s. 33; ÖKTEM, s. 483; ROGOFF, s. 279.

[22] The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIF, Series A, No. 2, 1924. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

imzalanmış ancak henüz onaylanmamış olan andlaşmaya geçici bir hukuki statü kazandırmıştır.[23] Divan, Lozan Andlaşması'nın imzalanmış olmasını daha sonra onaylanarak yürürlüğe gireceğine dair bir karine olarak kabul ederek başvuruyu reddetmemiştir. Gerçekten de Andlaşma daha sonra taraflarca onay belgelerinin depo merciine iletilmesiyle yürürlüğe girmiştir. Divan'ın karar verme aşamasında Andlaşma yürürlüğe girmiş ve taraflar arasından uygulanmaya başlanmıştır. Bu sayede Divan'ın uyuşmazlığa ilişkin hüküm verebilmesi mümkün olmuştur.[24]

VAHS'nin 18. maddesinin (a) bendinde yer alan andlaşma imzalandıktan sonra andlaşmaya taraf olmama niyetini açıklığa kavuşturuncaya kadar konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğüne Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) Roma Statüsü'nden imzasını geri çekmesi de örnek gösterilmektedir.[25] Bill Clinton yönetimindeki ABD 31 Aralık 2000'de Roma Statüsü'nü imzalamış;[26] ancak Bush Yönetimi 6 Mayıs 2002'de BM Genel Sekreteri'ne yazdığı mektupla andlaşmaya taraf olma niyetinde olmadıklarını ve ABD'nin 31 Aralık 2000 tarihindeki imzasından kaynaklanan herhangi bir hukuki yükümlülüklerinin bulunmadığını bildirmiştir.[27] ABD ilgili mektubunda VAHS 18. maddeye ilişkin herhangi bir gönderme yapmamıştır. Esasında ABD, VAHS'yi de 24 Nisan 1970 tarihinde imzalamış olduğu halde onaylamamıştır.[28] ABD'nin VAHS'ye taraf olmadığı halde imzadan kaynaklanan ara yükümlülüklerinden sorumlu olmamak için Roma Statüsü'nden imzasını geri çekmesi, VAHS 18. maddenin örf ve âdet hukuku niteliğinde kabul edildiği şeklinde bir yoruma da neden olmuştur.[29] ABD'nin Roma Statüsü'nden imzasını geri çekmesi hem Sta-

---

23 The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIF, Series A, No. 2, 1924, s. 34; CHARME Joni S., "The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma", **George Washington Journal of International Law and Economics**, C. 25, S. 1, 1981, ss. 71-114, s. 81, 82; ROGOFF, s. 276.

24 The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIF, Series A, No. 2, 1924, s. 33.

25 AUST, s. 107; DÖRR, s. 251; GRAGL / FITZMAURICE, s. 704.

26 AKSAR, s. 154.

27 Silahların Kontrolü ve Uluslararası Güvenlikten Sorumlu Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı John R. Bolton'un BM Genel Sekreteri Kofi Annan'a Mektubu için bakınız; https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

28 https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf (Erişim Tarihi: 16.02.2024).

29 KRITSIOTIS Dino, "The Object and Purpose of a Treaty's Object and Purpose", **Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties**, Ed. Michael J. BOWMAN / Dino KRITSIOTIS, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 271; PALCHETTI, s. 26.

tü'yü onaylayarak taraf olma niyetinin hem de imzadan kaynaklanan Statü'nün konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün ortadan kalktığını göstermektedir.

Sonuç olarak VAHS'nin 18. maddesinin (a) bendi çerçevesinde bir andlaşma metnini resmileştirmeyi sağlayan imzaya bağlanan hukuki sonuç; ilgili andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün ortaya çıkmasıdır. Henüz VAHS yürürlüğe girmeden önceki yıllarda verilen çeşitli uluslararası yargı kararlarında andlaşma metnini resmileştirmek amacıyla atılan imzaya hukuki sonuç bağladığı görülmektedir. Öte yandan, bir andlaşmayı resmileştiren imzayı atan devletin andlaşma ile bağlanmak için gerekli adımları atmadan hareketsiz kalması söz konusu olabileceği gibi ABD'nin Roma Statüsü'nden imzasını geri çekmesi örneğinde olduğu gibi imzanın geri çekilmesiyle konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğünü sona erdirmek de mümkündür.

2. Andlaşmayla Bağlanma Rızasının Açıklanması

VAHS'ın 18. maddesinin (b) bendine göre, andlaşmayla bağlanma rızası açıklandıktan sonra yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla andlaşma yürürlüğe girinceye kadar konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Bu durum andlaşmanın yürürlüğe girmesi için belirli sayıda devletin andlaşmayı onaylamasının ya da bu sayıya ulaşıldıktan sonra belirli bir süre geçmesinin gerekli olduğu çok taraflı andlaşmalar bakımından önem taşımaktadır.[30] Öte yandan bu hüküm yalnızca onay için değil; VAHS madde 11'de yer verilen diğer andlaşma ile bağlanma biçimleri bakımından da geçerlidir.[31] Bu hüküm çerçevesinde bağlanma rızası; imza, bir andlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma veya üzerinde mutabık kalındıysa diğer herhangi bir araçla açıklanabilecektir.

Andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra devletin bu rızasını geri çekip çekemeyeceğine ilişkin bir düzenleme VAHS'nin hiçbir hükmünde yer almamaktadır.[32] Dolayısıyla bir devlet andlaşma ile bağlanma rızasını açıkladıktan sonra bu andlaşma henüz yürürlüğe girmediği takdirde rızasını geri çekebilecektir. Devletin bu işlemi gerçekleştirmesi VAHS'nin 18. mad-

---

30 DÖRR, s. 253.

31 GRAGL / FITZMAURICE, s. 705.

32 DÖRR, s. 254.

desinin ihlali anlamına gelmemektedir.[33] Yine de devletin, andlaşmaya taraf olmak adına tüm işlemleri gerçekleştirip yürürlüğe girmesini beklerken hangi durumlarda konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınmayı ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında konu ve amaca aykırı hareketlerin kapsamı üzerinde durulacaktır.

VAHS 18. maddenin (b) bendinde düzenlenen bu hükümle devletler andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra andlaşma yürürlüğe girinceye kadar konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Ancak yürürlük tarihine kadar konu ve amacı ortadan kaldırmama yükümlülüğü, yürürlüğe girmenin "gereksiz (unduly)" yere geciktirilmemesi şartına bağlanmıştır. Bu ifade, yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirildiği gerekçesini sunan bir devletin konu ve amaca aykırı davranışlarda bulunabileceği şeklinde bir yoruma neden olabilecektir. Dolayısıyla VAHS'nin 18. maddesinin (b) bendinde de muğlak bir düzenleme söz konusudur. Bu bendin düzenlenmesinin amacı, çok taraflı andlaşmalarda andlaşmayla bağlanma iradesini açıklayan birtakım devletler olmasına rağmen andlaşmanın uzunca bir süre yürürlüğe girmemesi durumunda, bağlanma iradesini açıklayan devletler için bir tür iyi niyet yükümlülüğü getirmektir.[34] Elbette bu yükümlülük (a) bendi uyarınca andlaşma metnini resmileştiren imzayı atan devletler bakımından da ortaya çıkmış durumdadır.

VAHS 18. maddenin (b) bendi andlaşmayla bağlanma rızasını ortaya koyarak yürürlüğe girene kadar konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altına giren devletleri yürürlük sürecinin gereksiz yere geciktirilmesi ihtimaline karşı korumaya almıştır. Ancak gereksiz yere geciktirme durumuna ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. VAHS 18 (b) hükmünü muğlak bir hükme dönüştüren de gereksiz yere geciktirilmemesi şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin sürenin değerlendirmesini devletlere bırakmış olmasıdır.[35] Bu sürenin gereksiz yere geciktirilip geciktirilmediğine her bir durumun kendi koşulları dikkate alınarak karar verilmesi uygun olacaktır.[36] Evrensel bir katılımın söz konusu olduğu çok taraflı andlaşmalarda metnin kabul edilmesinden yürürlüğe girmesine kadar beş yılı

---

33 AUST, s. 110.

34 Andlaşmanın geçici olarak uygulanmasına ilişkin bir hüküm söz konusuysa bu durumda henüz yürürlüğe girmeden andlaşmanın içeriği uyarınca davranma yükümlülüğü başlayacaktır. TÜTÜNCÜ / ARIKOĞLU / AKÜN / BAŞKARACAOĞLU, s. 112.

35 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 397.

36 DÖRR, s. 253.

aşkın bir zaman geçmesi söz konusu olabilmektedir. Zira VAHS'nin kendisinin de yürürlüğe girmesi on yıldan fazla zaman almıştır.[37]

B. VAHS Hazırlık Çalışmalarında Madde 18'in Gelişimi

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1948 ve 1969 yılları arasında kendisini andlaşmalar hukukunu düzenleyecek ve geliştirecek taslak maddeleri ortaya çıkarmaya vakfetmiştir.[38] VAHS'nin 18. maddesi çerçevesinde devletlere getirilen andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü, uluslararası andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna dair ilk çalışmalardan itibaren tartışmalıdır.[39] Harvard Andlaşmalar Hukuku Taslak Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, bir andlaşmanın imza sahibinin andlaşma henüz yürürlüğe girmeden önce birtakım yükümlülükleri olduğunu belirtilmiştir. Bu çerçevede, devletin, imzadan sonra makul bir süre boyunca, taraflardan herhangi birinin öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesini imkânsız veya daha zor hale getirecek eylemlerde bulunmaktan kaçınması iyi niyetin bir gereği olarak ifade edilmiştir.[40] Özel Raportör Brierly, 1951 yılında yayınlanmış olan İkinci Rapor[41] kapsamındaki 7. maddede, bir andlaşma yürürlüğe girmeden önce imzacı devletin yükümlülüğü hususunu yorumlamıştır. Brierly, Harvard Tasarısı'nın 9. maddesinde yer alan düzenlemenin hukuki bir yükümlülükten ziyade ahlaki bir yükümlülük olduğunu ifade ederek tartışma amacıyla ilgili hükmün eklendiğini belirtmiştir.

Uluslararası andlaşmalar hukukunun kodifikasyonunda ara yükümlülüğün düzenlenmesi hususunda Brierly'den sonraki Özel Raportör Lauterpacht daha istekli davranmıştır.[42] Lauterpacht, bir andlaşmanın henüz onaylanmadan önceki aşamalarında devletler için getirilen ara yükümlülüğün sadece ahlaki

---

37 DÖRR, s. 253.

38 MCDADE Paul V., "The Interim Obligation between Signature and Ratification of a Treaty: Issues raised by the Recent Actions of Signatories to the Law of the Sea Convention with respect to the Mining of the Deep Seabed", **Netherlands International Law Review**, C. 32, S. 1, 1985, ss. 5-47, s. 21.

39 GRAGL / FITZMAURICE, s. 701.

40 Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur, A/CN.4/23, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1950, s. 243. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_23.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

41 Second Report: Revised Articles of the Draft Convention, by Mr. J. L. Brierly, Special Rapporteur, Document A/CN.4/43, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1951, s. 73. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1951_v2.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

42 GRAGL / FITZMAURICE, s. 702.

değil; aynı zamanda hukuki bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir. Lauterpacht'a göre ara yükümlülüğün amacı, imzacı devletin bir andlaşmadan meşru olarak elde etmeyi umduğu faydadan ilgili devleti kasıtlı olarak mahrum bırakmayı amaçlayan kötü niyetli eylemleri yasaklamaktır.[43] Üçüncü Raportör Fitzmaurice de aynı yaklaşımı sürdürmüş ve önerisini daha dikkatli terimlerle dile getirmiştir.[44] Bu çerçevede Fitzmaurice, imzacı devletin hükümetinin onay işlemine kadar andlaşmanın amaçlarına zarar verecek ya da onları zayıflatacak herhangi bir eylemde bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir.[45]

Uluslararası Hukuk Komisyonu Humphrey Waldock'un raporundan sonra ara yükümlülüğe ilişkin düzenlemeyi daha ciddi bir biçimde ele almıştır.[46] Waldock, andlaşmalar hukukunun kodifikasyonuna ilişkin Birinci Raporu'nda tam imzanın hukuki etkilerine ilişkin çeşitli belirlemelerde bulunmuştur.[47] Bu çerçevede imzacı devlet, andlaşmanın onaylanması veya kabulüne ilişkin kararını diğer devletlere bildirmeden önceki dönemde ya da böyle bir bildirimin olmaması durumundan makul bir süre içerisinde andlaşmanın amaçlarını boşa çıkaracak ya da andlaşmanın nihai uygulamasına zarar verecek her türlü eylemden iyi niyetle kaçınma yükümlülüğü altındadır. Waldock'un önerisi Komisyon tarafından kabul edilmiş ve Genel Kurul'a sunulan Komisyon Raporu'ndaki Taslak Maddeler çerçevesinde 17. maddede yerini almıştır.[48] Buna göre, bir andlaşmanın görüşmelerine katılan ya da onaya tabi bir andlaşmayı imzalayan bir devlet andlaşmaya taraf olmama niyetini belirtmediği sürece andlaşmanın amaçlarını ortadan kaldıracak eylemlerden kaçınma konusunda iyi niyet yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla bağlanma rızasını çeşitli şekillerde açıklayan devletler için de geçerlidir.

---

43 Law of Treaties, Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Document A/CN.4/63, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1953, s. 110. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1953_v2.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

44 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 379.

45 Law of Treaties, Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, Document A/CN.4/101, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1956, s. 113. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2024).

46 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 379.

47 Bu husus Birinci Rapor'un 9. maddesinin 2. fıkrasında ele alınmıştır. First Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Document A/CNA/144, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1962, s. 46. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf (Erişim Tarihi: 13.03.2024).

48 Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session, 24 April-29 June 1962, Document A/5209, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1962, s. 46. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

Waldock, 1965 yılında sunduğu Dördüncü Rapor çerçevesinde 17. maddenin kapsamını değiştirmiştir. Zira hükümet temsilcilerinin yorumlarında ilgili hükmün oldukça geniş bir şekilde ele alındığı ileri sürülmüştür.[49] Henüz andlaşma görüşmelerine katılan bir devletin andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümlülüğü altında olmasına yönelik eleştiri yerindedir. Çünkü andlaşma görüşmelerinin devam ettiği esnada ilgili andlaşmanın konusunun tespit edilmesi zor olduğu gibi devletlere konu ve amacı ortadan kaldırmama yükümlülüğünün getirilmesi için de henüz çok erkendir. Bu çerçevede Waldock düzenlemeyi revize etmiştir. Waldock, andlaşmayı imzalayan ya da bağlanma rızasını açıklayan devletler için ara yükümlülük getirerek çerçeveyi daraltmıştır. Üstelik andlaşmayı imzalayan ya da bağlanma rızasını açıklayan devletin yükümlülüğü andlaşma on yıl içerisinde yürürlüğe girmezse sona erecektir.[50]

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1966 yılında Genel Kurul'a sunduğu Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi[51] kapsamında ara yükümlülüğe 15. maddede yer vermiştir. "Yürürlüğe Girmeden Önce Andlaşmanın Konusuna Engel Olmama Yükümlülüğü" başlığını taşıyan maddede devletin üç durumda ara yükümlülüğe sahip olduğu belirtilmiştir. Bunlardan ilki andlaşmanın akdedilmesi için görüşmelere girmeyi kabul eden devlet için bu görüşmeler devam ederken ara yükümlülük söz konusu olacaktır. İkinci olarak andlaşmayı onay, kabul veya uygun bulma koşuluyla imzalayan devlet için andlaşmaya taraf olmama niyetini açıklığa kavuşturuncaya kadar ve son olarak yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra andlaşma yürürlüğe girince kadar ara yükümlülük söz konusu olacaktır. 1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri henüz görüşmeler devam ederken ara yükümlülüğün söz konusu olmasına yönelik düzenlemeyi içermeye devam etmiştir. Ancak 1969 VAHS'de görüşmeler devam ederken yükümlülüğün devamına ilişkin hüküm VAHS'den çıkarılmıştır.

---

[49] Fourth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/177 and Add.1 & 2, Yearbook of the International Law Commission, Vol II, 1965, s. 43, 44. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_177.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

[50] Fourth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, s. 45.

[51] Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, s. 187-274. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024); Türkçesi: KORKMAZ SÜRER Mukaddes, "1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi", **AndHD**, C. 4, S. 1, 2018, ss. 35-218.

II. VAHS MADDE 18 ÇERÇEVESİNDEKİ TEMEL SORUNLAR

A. Öngörülen Yükümlülüklerin Hukuki Niteliği ve Uygulanması Sorunu

Andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğüne ilişkin hükmün kapsamı ve içeriği VAHS'nin hazırlık çalışmaları boyunca Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından tartışılmıştır. Hazırlık çalışmalarının başında ara yükümlülüğün hukuki değil; ahlaki bir temeli olduğu Brierly tarafından ileri sürülmüştür.[52] Ancak Lauterpacht ile birlikte ara yükümlülük hukuki olarak bağlayıcı bir çerçevede ele alınmıştır.[53] VAHS hazırlık çalışmaları boyunca ara yükümlülük farklı biçimlerde düzenlenmiş ve nihai olarak VAHS madde 18 ortaya çıkmıştır. Konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğünün hukuki niteliği ve uygulanması konusunda birtakım sorunlarla karşılaşılmaktadır.

VAHS madde 18 ile hem andlaşma metninin resmileştirilmesi amacıyla atılan imzadan hem de andlaşma ile bağlanma rızası açıklandıktan sonra konu ve amaca aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede ilgili hüküm henüz yürürlüğe girerek uygulanmaya başlanmamış olsa da andlaşmanın "müstakbel tarafları" arasındaki uzlaşmayı korumayı hedeflemektedir.[54] Zira bir andlaşmaya taraf olmak için görüşmelere katılıp ortaya çıkan metnin resmileşmesi sonucunda imzacı devletler arasında ortaya çıkan somut ve normatif ilişkinin iyi niyet ilkesi çerçevesinde meşru beklentilerinin korunması beklenmektedir.[55] Devletin iyi niyet yükümlülüğü çerçevesinde bekleyebileceği hareketler tespit edilirken meşru beklentilere odaklanmak önerilmekte ve hangi hareketlerin kötü niyetli olduğunun belirlenmesinden kaçınılması gerektiği vurgulanmaktadır.[56]

VAHS madde 18'de öngörülen ara yükümlülüğün kaynağı *pacta sunt servanda* olamaz zira andlaşma henüz yürürlüğe girmemiştir.[57] Ancak iyi niyetin VAHS 18'in hukuken bağlayıcı normatif bir düzenleme olmasını açıklamaktaki gücü de sınırlıdır. Bu bağlamda bir uluslararası andlaşma hükmü olan düzenle-

---

52 GRAGL / FITZMAURICE, s. 701.

53 GRAGL / FITZMAURICE, s. 702.

54 ÖKTEM, s. 470.

55 VILLIGER Mark E., **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 247.

56 MCDADE, s. 20, 21.

57 ÖKTEM, s. 471.

menin uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olup olmadığı da irdelenmelidir. Öncelikle Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin pek çoğunun uluslararası öf ve adet hukuku kuralı oluşturduğu kabul edilse bile madde 18 muğlak olması nedeniyle tartışmalı bir konumdadır.[58] 1969 yılına kadar devletlerin önemli bir çoğunluğu Viyana'da oybirliği ile kabul edilen 18. maddeyi desteklemiştir.[59] Üstelik uluslararası mahkeme kararları ve devlet uygulamalarında geliştirilen hüküm VAHS madde 18 ile uluslararası örf ve âdet hukukunun kodifiye ettiği bir kural olarak değerlendirilmektedir.[60]

VAHS 18. maddenin uluslararası örf ve âdet hukuku olarak değerlendirilmesinde diğer bir argüman ABD'nin 2002 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nden imzasını geri çekmesidir. ABD, VAHS'ye taraf olmadığı halde imzasını geri çekerek Roma Statüsü'ne taraf olmama niyetini açıklamış ve zımnen VAHS madde 18'i uygulamıştır.[61] VAHS 18. maddenin uluslararası örf ve âdet hukuku normu oluşturduğunun kabul edilmesi durumunda ısrarlı itirazcı konumundaki devletler dışındaki tüm devletler için bağlayıcı bir nitelik taşıması söz konusu olacaktır.[62]

VAHS 18 madde kapsamında yer alan andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü bir uluslararası örf ve âdet hukuku kuralıdır.[63] Bu çerçevede bir andlaşmayı resmileştiren imzayı atan veya andlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan devletler ilgili hükümde bahsedilen şartlar çerçevesinde andlaşmanın konu ve amacına aykırı hareketlerden kaçınmalıdır. Andlaşmanın yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkacak olan ara yükümlülük devletlerin iyi niyetle hareket etmesi çerçevesinde uygulanabilecek[64] ve tarafların meşru beklentilerinin korunmasına yardımcı olacaktır. Ne var ki ara yükümlülüğün ihlalinin tespit edilmesi durumunda uygulanabilecek yaptırım konusunda birtakım sorunlar söz konusudur. VAHS 18. madde, uluslararası hukukun tedrici gelişimi bağlamında uluslararası andlaşmaların etkinliğinin arttırılabileceği henüz tam olarak keşfedilmemiş bir hükümdür.[65]

---

58 ÖKTEM, s. 472.

59 VILLIGER, s. 252.

60 ROGOFF, s. 284.

61 PALCHETTI, s. 26.

62 CHARME, s. 85; ÖKTEM, s. 473.

63 DÖRR, s. 245.

64 GRAGL / FITZMAURICE, s. 717.

65 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 403.

B. Andlaşmanın Konu ve Amacın Ortadan Kaldırmama Yükümlülüğünün Kapsamı

1. VAHS Çerçevesinde Andlaşmaların Konu ve Amacı

1969 VAHS andlaşmanın muhtelif kısımlarında yedi kere andlaşmanın konu ve amacı kavramına yer vermiştir. Bunlardan en önemlisi ise 18. madde kapsamında bahsedilen andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü olabilir.[66] Bu çerçevede öncelikle VAHS hükümleri ışığında andlaşmanın konu ve amacı ile neyin kastedildiği tespit edilecek ve bir sonraki başlıkta andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü üzerinde durulacaktır.

Andlaşmanın konu ve amacı ifadesi ile kastedilen devletlerin ilgili andlaşmayı akdetmelerine sebep olan gerekçeler ile andlaşmanın yeri getirmeyi hedeflediği işlevleridir.[67] Bir andlaşmanın ya da andlaşma hükmünün konu ve amacını ortaya çıkarmanın çeşitli yolları vardır. Bazı andlaşmalar amaçlarını özel olarak belirten genel hükümler içermektedir. BM Şartı'nın 1. maddesi buna açık bir örnektir. Andlaşma amaçlarını özel olarak belirten bir hüküm içermiyorsa bu tür bir andlaşmanın konu ve amacı ilgili andlaşmanın şartları, özellikle andlaşmanın başlığı ve giriş kısmı da dikkate alınarak iyi niyetle belirlenmelidir. Ayrıca andlaşmanın hazırlık çalışmalarına, imzalanma koşullarına ve uygun olduğu takdirde tarafların daha sonraki uygulamalarına da başvurulabilecektir.[68] Ancak andlaşmanın konu ve amacının belirlenmesinde andlaşma metninin tamamının okunması doğru olacaktır.[69]

Bir andlaşmanın konusunun ve amacının belirlenmesinde dikkate alınması gereken iki kriter söz konusudur. Bu kriterler; işlevsel kriter ve maddi kriter olmak üzere ikiye ayrılmıştır.[70] Andlaşmanın amacının belirlenmesine yönelik olan işlevsel kriter söz konusu andlaşmanın takip ettiği sonuçları vurgulamaktadır. Maddi kriter ise, andlaşmanın konusunu belirlemeye yönelik olup andlaşmanın amacının gerçekleştirilebilmesi için oluşturulması ge-

---

66 KRITSIOTIS, s. 237.

67 ÖKTEM, s. 476.

68 Guide to Practice on Reservations to Treaties, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two, s. 32. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

69 DÖRR, s. 256.

70 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 387.

reken kuralları bütününe odaklanmaktadır.[71] Dolayısıyla andlaşmanın konu ve amacı birbirini tamamlayan ve birbirine bağımlı iki önemli unsurdur.

Doktrinde andlaşmaların konu ve amacının belirlenebilmesi için çeşitli ölçütler getirilmiştir.[72] Bunlardan ilki olan temel unsurlar ölçütüdür. Bu ölçüte göre, devletler bir andlaşmanın konusunu ve amacını oluşturan en önemli ya da temel kısımlarına uymak zorundadır. Ancak bu ölçüt, andlaşmanın temelini oluşturan kısımlarının belirlenmesi için objektif bir yöntem önermemektedir.[73] İkincisi imkânsız ifa ölçütüdür. Buna göre, bir andlaşmanın uygulanması imkânsız hale gelirse konu ve amacı da ortadan kalkmış olacaktır.[74] İfanın anlamsız hale getirilmesinin de konu ve amacı ortadan kaldırılacağı ileri sürülse de burada önemli olan müstakbel taraflar arasındaki ortak beklentilerin korunmasıdır.[75] İmkânsız ifa ölçütüne ilişkin diğer bir sorun, bu ölçütün iki ya da çok taraflı andlaşmalar arasında bir ayrım yapmamasıdır. Zira bu ölçütün çok taraflı andlaşmalarda uygulanması mümkün değildir.[76] Üçüncü ölçüt, niyetin belirlenmesi ölçütü ya da diğer bir deyişle devletin kötü niyetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkin ölçüttür.[77] Ancak burada kötü niyetli eylemlerin tespit edilmesi ölçütün uygulanmasını zorlaştırmaktadır.[78] Son olarak, kolaylaştırma ölçütü ise devletlerin andlaşma inceleme prosedürlerini kolaylaştırması ve bunu açık ve objektif bir standartla yapmalarıdır.[79]

Bir andlaşmanın konu ve amacının belirlenmesinde birbirinden farklı pek çok yaklaşımın söz konusu olduğu görülmektedir. Konu ve amacın tespit edilmesi her bir andlaşma bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Bu çerçevede Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun önerdiği gibi her bir andlaşmanın

---

71 BOISSON DE CHAZOURNES / LA ROSA / MBENGUE, s. 387; GRAGL / FITZMAURICE, s. 710.

72 JONAS David S. / SAUNDERS Thomas N., "The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 43, S. 3, 2010, ss. 565-610, s. 596-603.

73 GRAGL / FITZMAURICE, s. 710.

74 JONAS / SAUNDERS, s. 598.

75 JONAS / SAUNDERS, s. 599.

76 GRAGL / FITZMAURICE, s. 710; JONAS / SAUNDERS, s. 600.

77 KLABBERS Jan, "How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry into Force: Toward Manifest Intent", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 34, S. 2, 2001, ss. 283-332, s. 291.

78 GRAGL / FITZMAURICE, s. 710.

79 JONAS / SAUNDERS, s. 603.

hazırlık çalışmalarına ve imzalandığı koşullara bakılmalıdır. Andlaşmayı resmileştiren imzanın atılmasından sonra ya da andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra andlaşma yürürlüğe girinceye kadar devletler andlaşmanın özüne aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü altında olacaktır.

2. VAHS'ın 18. Maddesi Çerçevesinde Konu ve Amacı Ortadan Kaldırmama Yükümlülüğü

Andlaşmanın konu ve amacı tespit edildikten sonra VAHS 18. madde çerçevesinde çözümlenmesi gereken diğer bir husus konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerin ve eğer böyle bir durum söz konusuysa bu hareketlerden kaçınılması yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesidir. VAHS 18. madde, iki durum için konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma mecburiyeti getirmiştir. Bunlardan birincisi andlaşma metnini resmileştiren imzanın atılmasından sonra andlaşmaya taraf olmama niyetini açıklığa kavuşturuncaya kadar ve andlaşma ile bağlanma rızası açıklandıktan sonra yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla andlaşma yürürlüğe girinceye kadar söz konusu devlet andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir.

Doktrinde "ortadan kaldırma (*defeat*)" ifadesindeki olumsuz ve güçlü ifadeye dikkat çekilmiştir.[80] Dolayısıyla konu ve amacı ortadan kaldıracak kadar güçlü bir hareketin gerçekleştirilmesinden "kaçınmak (*refrain*)" mecburiyeti söz konusudur.[81] 1966 Taslak Maddeler çerçevesinde 15. maddede yer alan düzenlemede ise, andlaşmanın konusuna "engel olacak (*frustrate*)" hareketlerden kaçınma yükümlülüğü ifadesi kullanılmıştır. 1969 VAHS 18. maddede daha katı bir ifade kullanılmış olsa da kaçınma kelimesi ile cümlenin yumuşatılmış olduğu görülmektedir.[82]

Andlaşmanın hükümlerinden herhangi bir sapma söz konusu olduğunda böyle bir durum VAHS 18. maddenin ihlali sonucunu doğurmayacaktır. Zira bu şekildeki hukuki durum ancak andlaşma yürürlüğe girip içeriği uyarınca uygulanmaya başladığında ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla ara yükümlülüğün ihlal eşiği andlaşmanın kendisinin ihlaline ilişkin eşikten daha yüksektir.[83] Bu hususta verilen diğer bir örnek çekincelerin ileri sürülmesinin kale-

---

80 AUST, s. 108; KRITSIOTIS, s. 266.

81 GRAGL / FITZMAURICE, s. 711.

82 KRITSIOTIS, s. 267.

83 GRAGL / FITZMAURICE, s. 711.

me alındığı 19. maddeye ilişkindir.[84] VAHS 19. maddenin (c) bendi uyarınca, andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşmazlık etmeyen çekinceler ileri sürülebilecektir. 18. madde ise, konu ve amaç ile bağdaşmazlık etmemekten değil; konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma mecburiyetinden bahsetmektedir.

III. KONU VE AMACA AYKIRI HAREKETLERDEN KAÇINMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE GEÇİCİ UYGULAMANIN KARŞILAŞTIRILMASI

VAHS'nin "Geçici Uygulama" başlığını taşıyan 25. maddesi, andlaşmanın kendisi öngörürse ya da görüşmeci devletler başka bir tarzda mutabık kalırlarsa andlaşmanın tamamının ya da bir bölümünün yürürlüğe girinceye kadar geçici olarak uygulanacağını öngörmüştür. İlgili hükmün ikinci fıkrası uyarınca, andlaşmaya taraf olmama niyetini bildiren devlet açısından geçici uygulamaya son verilecektir. Geçici uygulamaya ilişkin önemli bir gelişme Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2021 yılında yayımlanan Andlaşmaların Geçici Uygulanması Rehberi'dir.[85]

Andlaşmaların Geçici Uygulanması Rehberi (Rehber İlkeler), devletler ve uluslararası örgütlerce andlaşmaların geçici uygulanmasına yönelik hazırlanmıştır. Rehber İlkeler'e göre geçici uygulama, bir andlaşmanın yürürlüğe girmeden önce uygulanması anlamına gelmekte olup yürürlüğe girme ile karıştırılmamalıdır. Geçici uygulama ile ilgili en çok tartışılan husus geçici uygulamanın hukuki etkisidir.[86] Bu çerçevede geçici uygulama da ilgililer açısından iyi niyet yükümlülüğü doğurmaktadır. Rehber İlke 6'da andlaşmanın ya da onun bir bölümünün uygulanması konusunda hukuken bağlayıcı bir yükümlülük ortaya çıktığına yer verilmiş ve 8. Rehber İlke'de yükümlülük ihlalinden uluslararası sorumluluğa neden olacağı belirtilmiştir.

Geçici olarak uygulanan bir andlaşma ya da andlaşmanın bir bölümü geçici uygulamayı kabul edenler açısından bağlayıcı kabul edildiği için VAHS'nin 26. maddesinde yer verilen *pacta sunt servanda* ilkesi çerçeve-

---

84 DÖRR, s. 257.

85 Draft guidelines and draft annex constituting the Guide to Provisional Application of Treaties, Yearbook of the International Law Commission, 2021, vol. II, Part Two, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_12_2021.pdf (Erişim Tarihi 28.03.2024). Türkçesi: SARIBEYOĞLU SKALAR, Meltem, **Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, 147-150.

86 SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 139.

sinde devletlerin iyi niyet yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmektedir.[87] VAHS 18. madde çerçevesindeki konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğünde ise *pacta sunt servanda* ilkesinin hukuki bir gerekçe olarak ileri sürümesi mümkün görünmemektedir.

Geçici uygulama, özellikle çok taraflı andlaşmalarda, andlaşmanın kendisinin yürürlüğe girmesinin geciktiği durumlarda uygulanarak önemli konulardaki andlaşmaların bir an evvel uygulanmasını sağlayacak bir önlem niteliğindedir.[88] Geçici uygulama, VAHS 18. madde çerçevesinde devletlerin andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma mecburiyetini güçlendirmektedir.[89] Böylece devletler sadece konu ve amacı ortadan kaldırmama değil; andlaşmanın geçici uygulanan kısımlarına riayet etme yükümü altına da girmiş bulunmaktadır. Geçici uygulama sürecince andlaşma henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan andlaşmayı imzalayan ya da bağlanma rızasını açıklayan devletlerin konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümü de devam etmektedir.

SONUÇ

VAHS'nin 18. maddesinde düzenlenen andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümlülüğü ile henüz yürürlüğe girmemiş bir andlaşma için metni imzalayarak resmileştiren ya da andlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan devletler için iyi niyet ilkesi çerçevesinde meşru beklentilerin korunmasına yönelik bir düzenleme yapılmıştır. Bu ara yükümlülük çerçevesinde, andlaşma henüz yürürlüğe girmeden konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınılması beklenmektedir. VAHS madde 18'de bu kuralın uygulanması açısından iki ya da çok taraflı andlaşmalar arasında bir fark gözetilmemiş olsa da özellikle çok taraflı andlaşmalar bakımından işlevsel bir düzenlemedir. Zira çok taraflı andlaşmalar genellikle belirli sayıda devletin andlaşma ile bağlanma aşamasını (genellikle onay ile) tamamladıktan sonra yürürlüğe girmektedir. Andlaşma henüz yürürlüğe girmeden önceki bu ara dönemde, gerek andlaşma metnini resmileştiren imzayı atan gerekse bağlanma rızasını açıklayan devletler için konu ve amacı ortadan kaldıracak hareketler kaçınma yükümlülüğü söz konusudur.

---

87 SARIBEYOĞLU SKALAR, s. 145.

88 UZUN Elif, "Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2018, ss. 187-210, s 193.

89 UZUN, s. 194.

VAHS madde 18 hazırlık çalışmaları boyunca farklı şekillerde kaleme alınmış ve zamanla hükmün içeriği revize edilmiştir. Hazırlık çalışmalarının başında söz konusu ara yükümlülük, hukuki bir yükümlülük olarak dahi değerlendirilmez iken sonraki aşamalarda görüşmeci devletler de bu yükümlülüğün kapsamına alınmıştır. Ancak VAHS madde 18 nihai olarak sadece metni resmileştiren imzayı atan ve bağlanma rızasını açıklayan devletler için bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin günümüzde örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabul etme yönünde güçlü bir eğilim söz konusudur. Dolayısıyla VAHS'ye taraf olmayan devletleri de bağlayan bir uluslararası hukuk kuralıdır. Ne var ki andlaşmanın konu ve amacının tespit edilip bunu ortadan kaldırabilecek nitelikteki bir hareketten kaçınılıp kaçınılmadığının belirlenmesi oldukça zordur. Buna rağmen ilgili devletler için henüz yürürlüğe girmemiş bir andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketleri engelleme yönündeki bir düzenleme olması olumludur.

VAHS madde 18'in uygulanması söz konusu olduğunda, henüz yürürlüğe girmemiş sadece andlaşma metninin resmileştirildiği bir andlaşmadan bahsedilebileceği için *pacta sunt servanda* ilkesinin bu hususta uygulanması mümkün değildir. Bu yönüyle VAHS madde 25 çerçevesindeki geçici uygulamadan farklı ve fakat onu güçlendiren bir düzenlemedir. VAHS 18. madde çerçevesindeki yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğinin tespitindeki zorluk ve uygulanacak yaptım düzenlemenin normatif gücünü zayıflatsa da iyi niyet ilkesi çerçevesinde devletlere önemli bir yükümlülük getirmiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

AUST Anthony, **Modern Treaty Law and Practice**, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence / LA ROSA Anne-Marie / MBENGUE Makane Moïse, "1969 Vienna Convention Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force", **The Vienna Conventions on the Law of Treaties a Commentary Volume I**, Ed. Olivier CORTEN / Pierre KLEIN, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 369-404.

CHARME Joni S., "The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma", **George Washington Journal of International Law and Economics**, C. 25, S. 1, 1991, ss. 71-114.

DÖRR Oliver, "Article 18: Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force", **Vienna Convention on the Law of Treaties**, Ed. Oliver DÖRR / Kirsten SCHMALENBACH, Second Edition, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018, ss. 243-260.

GRAGL Paul / FITZMAURICE Malgosia, "The Legal Character of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", **International & Comparative Law Quarterly**, C. 68, S. 3, 2019, ss. 699-717.

JONAS David S. / SAUNDERS Thomas N., "The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 43, S. 3, 2010, ss. 565-610.

KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

KLABBERS Jan, "How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry into Force: Toward Manifest Intent", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, C. 34, S. 2, 2001, ss. 283-332.

KORKMAZ SÜRER Mukaddes, "1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi", **AndHD**, C. 4, S. 1, 2018, ss. 35-218.

KRITSIOTIS Dino, "The Object and Purpose of a Treaty's Object and Purpose", **Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties**, Ed. Michael J. BOWMAN / Dino KRITSIOTIS, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, ss. 237-302.

MCDADE Paul V., "The Interim Obligation between Signature and Ratification of a Treaty: Issues raised by the Recent Actions of Signatories to the Law of the Sea Convention with respect to the Mining of the Deep Seabed", **Netherlands International Law Review**, C. 32, S. 1, 1985, ss. 5-47.

ÖKTEM Emre, "Uluslararası Andlaşmanın İmza ile Onay Arasındaki Hukuki Rejimi", **Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan**, C. 2, 2014, ss. 462-504.

PALCHETTI Paolo, "Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?", **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**, Ed. Enzo CANNIZZARO, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 25-36.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

ROGOFF Martin A., "The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty", **Maine Law Review**, C. 32, S. 2, 1980, ss. 263-300.

SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, **Uluslararası Hukukta Antlaşmaların Geçici Uygulanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur / ARIKOĞLU Enver / AKÜN Verda Neslihan / BAŞKARACAOĞLU Elif, **Toluner Milletlerarası Hukuk**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

UZUN Elif, "Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2018, ss. 187-210.

VILLIGER Mark E., **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.

Uluslararası Belgeler ve Mahkeme Kararları

Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, PCIF, Series A, No. 7, 1926. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_ Arret.pdf (Erişim Tarihi: 12.02.2024).

First Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Document A/CNA/144, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1962, s. 46. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, s. 187-274. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

Draft guidelines and draft annex constituting the Guide to Provisional Application of Treaties, Yearbook of the International Law Commission, 2021, vol. II, Part Two, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_ 12_2021.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2024).

Fourth Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/177 and Add.1 & 2, Yearbook of the International Law Commission, Vol II, 1965, s. 43, 44. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_177.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

Guide to Practice on Reservations to Treaties, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_8_2011.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

Law of Treaties, Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Document A/CN.4/63, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1953, s. 110. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1953_v2.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur, A/CN.4/23, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1950. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_23.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session, 24 April-29 June 1962, Document A/5209, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1962, s. 46. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf (Erişim Tarihi: 14.03.2024).

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

Second Report: Revised Articles of the Draft Convention, by Mr. J. L. Brierly, Special Rapporteur, Document A/CN.4/43, Yearbook of International Law Commission, Vol II, 1951. https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1951_v2.pdf (Erişim Tarihi: 05.03.2024).

Silahların Kontrolü ve Uluslararası Güvenlikten Sorumlu Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı John R. Bolton'un BM Genel Sekreteri Kofi Annan'a Mektubu için bakınız; https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

Statute of International Court of Justice, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIF, Series A, No. 2, 1924. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 183-230

GERİYE YÜRÜMEZLİK İLKESİ BAKIMINDAN OLAĞAN DIŞI BULGUYA RASTLANMASI NEDENİYLE ÖSYM TARAFINDAN SINAVIN GEÇERSİZ SAYILMASI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Muhammed GÖÇGÜN**(**)

Öz: Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Başkanlığının (ÖSYM) 6114 sayılı Kanun uyarınca sahip olduğu en önemli yetkilerden biri, sınavın geçersiz sayılmasıdır. ÖSYM'nin, sınav sonuçlarına ilişkin yaptığı analiz ve incelemeler sonucunda ulaştığı bir bulguyu olağan dışı olarak kabul etmesi halinde ilgiliyi eşdeğer sınava çağırma yetkisi mevcuttur. Eşdeğer sınavdan düşük puan alması durumunda ilgilinin sınavının geçersiz sayılması ihtimali ortaya çıkmakta; ayrıca Kanun'daki açık hüküm gereği de eşdeğer sınava katılmayan ilgilinin sınavı geçersiz sayılmaktadır.

Sınavın geçersiz sayılması, ilgilinin bu sınav sonucuna dayalı olarak elde ettiği tüm kazanımlardan mahrum kalması anlamına geldiğinden bu işlemin sonuçları geçmişe etki eder. Sonuçları geçmişe etki eden bir işlem ise geriye yürümezlik ilkesini gündeme getirir. Kanunların yanı sıra idari işlemleri de kapsayan geriye yürüme yasağı, kazanılmış hakların korunması ve idari istikrarın sağlanması bakımından son derece önemli bir ilke olup hukuk devletinin vazgeçilmezleri arasındadır. Bu kapsamda sınavın geçersiz sayılması işleminin hukuka uygunluğu da, geriye yürüme yasağının istisnalarından biri olan idari işlemin geri alınmasına ilişkin ölçütler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

ÖSYM'nin gerek ilgiliyi eşdeğer sınava çağırma kararı alırken gerekse de sınavın geçersiz sayılmasına karar verirken söz konusu işlemlerin doğuracağı sonuçları dikkate alıp detaylı ve titiz bir çalışma yürüterek, takdir yetkisini hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde kullanması gerekir. Bu durumda hukuki güvenlik ilkesi, idarenin takdir yetkisinin bir sınırı olarak karşımıza çıkar.

Anahtar Kelimeler: Geriye Yürüme, Geçersiz Sayma, Olağan Dışı Bulgu, Takdir Yetkisi, Hukuki Güvenlik.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2023 - Makale Kabul Tarihi: 09.01.2024.

(**) Ankara Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: muhammed.gocgun@ankaramedipol.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0003-3918-759X.

IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY INVALIDATION OF THE EXAM BY OSYM DUE TO UNUSUAL FINDINGS

Abstract: One of the most important powers of the Presidency of Measurement, Selection and Placement Center (ÖSYM) under Law No. 6114 is the invalidation of the exam. Since the exam is deemed invalid by ÖSYM, it means that the relevant person is deprived of all the gains he/she has obtained based on this exam result, and the results of this process have a retroactive effect. An action whose consequences affect the past brings up the principle of non-retroactivity. The prohibition of retroactivity, which also covers laws and administrative acts, is extremely important in terms of protecting vested rights and ensuring administrative stability. Therefore, the lawfulness of the invalidation of the exam must be evaluated within the framework of the criteria for the revocation of the administrative action.

ÖSYM must use its discretionary power in accordance with the principle of legal security by taking into account the consequences of these actions and conducting a detailed and meticulous study, both when deciding to invite the relevant person to the equivalent exam and when deciding to invalidate the exam. In this case, the principle of legal security appears as a limit to the discretionary power of the administration.

Keywords: Retroactivity, Deeming Invalid, Unusual Finding, Discretionary Power, Legal Security.

GİRİŞ

Ülkemizde 1974 yılından günümüze kadar farklı isimlerle faaliyet gösteren Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının (ÖSYM) kuruluş ve görevlerine ilişkin düzenlemeler 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde[1] yer almaktadır. ÖSYM'nin; gerek her sene çok sayıda sınav ve yerleştirme işlemi yapıyor olması gerekse yaptığı bu sınav ve yerleştirmeler sonucu milyonlarca kişiyi doğrudan ilgilendiren bir faaliyet yürütmesi nedeniyle ülkemizdeki en önemli kamu kurumlarından biri olduğunu söylemek mümkündür. Bir kamu hizmeti olarak "sınav" ile bir kolluk faaliyeti olarak "sınav güvenliği" kapsamında tesis etmiş olduğu idari işlemler, ÖSYM'nin idare hukuku bakımından da son derece yoğun ve dinamik bir işleyiş içerisinde olduğunu ortaya koyar.

Sınav güvenliğiyle beraber sınava giren adayların her birinin de ayrı ayrı hukuki güvenliğini sağlamak, çok fazla sayıda kişiyi doğrudan ilgilendiren idari işlemler tesis ediyor olmanın doğurduğu ve üstesinden gelmenin kolay olmadığı bir sorumluluktur. Bu sorumluluk, en başta, kanunların uygulanması aşamasında hukuk devleti bilinci çerçevesinde gösterilecek titizlik ve özen sonucu kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekli kılar. Sınav söz konusu olduğunda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için öncelikle; sınavın eşit koşullarda gerçekleştirilmesi, sınav güvenliğine ilişkin tüm tedbirlerin alınması ve sınava ilişkin ölçme ve değerlendirme işlemlerinin objektif şekilde yapılması gerekir. Diğer yandan mevzuata uygun şartlarda gerçekleştirilen bir sınav sonucunda hukuka uygun şekilde elde edilen kazanımların hukuki güvenlik ilkesi[2] doğrultusunda korunması da temel hak ve özgürlükler bakımından bir güvence teşkil eder. Bu yönüyle sınav güvenliğinin hukuki güvenliğin sağlanmasına hizmet ettiği de kolaylıkla söylenebilir.

ÖSYM'nin sınav güvenliği kapsamında sahip olduğu ve ilgililer açısından oldukça önemli sonuçlar doğuran yetkilerinin başında 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun[3,4] ve ilgili yönetmelik uyarınca sınavın geçersiz sayılması gelmektedir. Zira sınavın

---

1 4 sayılı "Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", RG, 15.7.2018.

2 Hukuki güvenlik ilkesi hakkında bkz. KÖKÜSARI İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

3 RG, 3.3.2011.

4 Çalışmada bundan sonra "6114 sayılı Kanun" olarak yer alacaktır.

geçersiz sayılması, geçmişe dönük etki doğuracak nitelikte olup ilgililerin bu sınavdan aldıkları puana dayanarak elde ettikleri tüm kazanımlardan mahrum kalmaları anlamına gelir. ÖSYM tarafından sınavın geçersiz sayılması yönünde tesis edilen işlemler arasında hukuki güvenlik ilkesi bakımından en tartışmalı olan ve iptal talebiyle idari yargı mercilerinin önüne en çok gelen ise 6114 sayılı Kanun'un 9. maddesine 2016 yılında eklenen 8. fıkra doğrultusunda tesis edilen işlemlerdir. Fıkra uyarınca, girmiş olduğu bir sınavda olağan dışı bulguya rastlandığı gerekçesiyle eşdeğer sınava çağrılan kişinin, girdiği eşdeğer sınav sonucuna bakılarak olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavı geçersiz sayılabilmektedir. İlgilinin eşdeğer sınava girmemesi halinde ise sınavının geçersiz sayılması yasal bir zorunluluktur.

Anayasa Mahkemesi, eşdeğer sınava çağırma işleminin eğitim hak ve özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla Özcan Bayrak tarafından 2019 yılında yapılan bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı vermiş;[5] ancak karara konu olan uyuşmazlıkta sınavın geçersiz sayılması işlemi tesis edilmediğinden Mahkemece geriye yürümezlik ya da hukuki güvenlik ilkeleri bakımından bir inceleme yapılmamıştır. Halbuki kazanılmış haklar ve dolayısıyla hukuki güvenlikle doğrudan ilişkili olup kanunlar ve idari işlemler bakımından geçerli temel bir ilke niteliğindeki geriye yürümezlik, sınavın geçersiz sayılması işleminin hukuka uygun bir şekilde tesis edilip edilmediği noktasında dikkat edilmesi gereken en önemli kriterlerdendir. Zira sınavın geçersiz sayılması, idari işlemin geriye yürümezliği ilkesinin bir istisnasını teşkil eden idari işlemin geri alınması niteliğinde olup bu işlemin, idari işlemin geri alınmasına ilişkin Danıştay ve Yargıtay içtihatları ile doktrindeki görüşler çerçevesinde bir değerlendirmeye tâbi tutulması önem arz eder.

Çalışmada; öncelikle, Danıştay kararlarından yararlanılmak suretiyle ve başta puan artışları olmak üzere olağan dışı bulgu olarak kabul edilen durumlara yer verilerek olağan dışı bulgu tespitinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Ardından; Anayasa Mahkemesinin Özcan Bayrak kararında yer verdiği gerekçeler doğrultusunda eşdeğer sınava çağırma işleminin bilhassa sebep unsuru yönünden taşıdığı sakatlıklar ortaya konulmuştur. Çalışmada son olarak; sınavın geçersiz sayılması işlemi; geriye yürümezlik, kazanılmış hak ve müesses durum kavramları çerçevesinde ve hak doğurucu nitelikteki hukuka aykırı birel işlemin geri alınmasına ilişkin kriterler göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik ilkesi bakımından ele alınmıştır.

---

[5] AYM, Özcan Bayrak Kararı, B.N., 2019/14060, 3.11.2022, RG, 11.1.2023.

I. ÖSYM'NİN SINAVI GEÇERSİZ SAYMA YETKİSİ

ÖSYM tarafından yapılan bir sınava giren adayın sınavının geçersiz sayılmasını gerektiren sebepler genel olarak sınava giren adayın daha önceden belirlenmiş olan sınav kurallarına aykırı davranması, kopya çekmesi ya da bu yönde davranışlarda bulunmuş olmasıdır. Bu durumlarda adayın sınav kurallarına uymadığı ya da kopya eylemine katıldığı sabit olup söz konusu durumun sınav evrakı, tutanak ya da kamera kayıtları vb. yöntemlerle ispatı mümkündür. 6114 sayılı Kanun uyarınca adayın sınavının geçersiz sayılması sonucunu doğurabilecek olup bu çalışmanın da konusunu oluşturan bir diğer durum ise, sınav sonuçlarına ilişkin yapılan analizlerde ya da sınav evrakına ilişkin incelemelerde elde edilen bulguların olağan dışı olarak kabul edilmesidir. Belirtmek gerekir ki; olağan dışı bulguya rastlanma kriteri, sınavın geçersiz sayılmasını gerekli kılan diğer sebeplere göre daha özgün ve hukuken tartışmalı bir nitelik taşımaktadır.

A. Adayların Sınav Binasına Girişlerindeki Usulsüzlükler

ÖSYM tarafından 2012 yılında çıkarılan Adayların ve Sınav Görevlilerinin Sınav Binalarına Giriş Koşullarına İlişkin Yönetmelik'in[6] 10/1. maddesinde adayların sınavlarının iptal edileceği[7] durumlara yer verilmiştir. Buna göre; kendisini tanıtıcı kimlik belgesi ve sınava giriş belgesi olmayan adaylar sınav binasına alınmayacak ve sınava giremeyecek olup her ne sebeple olursa olsun sınava alınmış olsalar bile kimlik belgesi ve sınava giriş belgesi yanında olmadığı tespit edilen adayın sınavı geçersiz sayılacaktır. Diğer yandan yönetmelikte sayılan ve sınav binalarında adayların yanlarında bulundurmaları yasak olan eşyaları sınavın yapıldığı bina içerisinde, sınav sırasında ya da sınavdan sonra taşıdığı tespit edilen adayın da sınavı geçersiz sayılacaktır. Son olarak Yönetmelik'te sınav görevlisinin, sınava giren adayın sınava giriş belgesi ile salon tutanağında fotoğrafı bulunan kişi olmadığı konusunda kesin bir yargıya varması halinde de Yönetmelik'te gösterilen usulün uygulanmasının ardından, adayın sınavının iptal edileceği düzenlenmiştir.

---

6 RG, 26.9.2012.

7 Burada belirtilmelidir ki; Yönetmelik'te "sınavın iptali" olarak ifade edilen işlemin, doğurduğu sonuçlar bakımından "sınavın geçersiz sayılması"ndan bir farkı yoktur. Diğer bir ifadeyle ÖSYM, "sınavın iptali" ile "sınavın geçersiz sayılması" kavramlarını aynı anlama gelecek şekilde kullanmaktadır.

B. Kopya Çekmek ya da Bu Yönde Fiillerde Bulunmak

6114 sayılı Kanun'un "Ceza hükümleri" başlıklı 10. maddesinde adli ve idari para cezaları, idari tedbirler ve hapis cezalarının yanı sıra sınavın iptaline ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Bu kapsamda maddenin 5. fıkrasında; sınavda kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayların girdikleri sınavın ve çok oturumlu sınavlarda oturumların herhangi birinde kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayların bu oturumlardan oluşan sınavının iptal edileceği belirtilmiştir. Fıkra uyarınca bu adaylar ve başkasının yerine sınava giren kişiler, sınavın yapıldığı tarihten itibaren iki yıl süreyle Başkanlık tarafından yapılan hiçbir sınava ve yerleştirmeye aday olarak başvuramayacaklar ve giremeyeceklerdir. Fıkranın devamında ise sınavı iptal edilenlerin, iptal kararı verilmeden önce, bu sınavdaki veya yasaklılık süresi içinde girmiş olduğu Başkanlıkça yapılan bir sınavdaki başarılarına dayalı olarak bir kamu görevine atanmış ya da farklı bir hak elde etmiş olmaları halinde görevlerine derhal son verileceği ve kendilerine sağlanan hakların geri alınacağı düzenlenmiştir. Yine bu fıkrada ayrıca; 5. fıkrada yer alan hükümlerin 2., 3. ve 4. fıkrada yer alan fiilleri işleyen adaylar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

10. maddenin 2., 3. ve 4. fıkralarında yer alıp doğrudan kopya çekme, çektirme ya da kopya çekilmesine aracılık edilmesi fiillerini gerçekleştiren kişilerin dışında kalanlar ise; bu Kanun hükümlerine göre gizli olan bilgileri, hukuka aykırı olarak elde eden veya elinde bulunduran ya da bu bilgileri ifşa eden; başka bir adayın yerine sınava giren veya kendi yerine bir başkasının sınava girmesine katkı sağlayan ve sınav sonuçlarını değiştiren kişilerdir. Dolayısıyla bu kişilerin de sınavları iptal edilecek ve bu sınavlara dayalı olarak elde ettikleri haklar ellerinden alınacaktır. Öte yandan bu kişiler de 5. fıkrada düzenlenen 2 yıllık sınava başvurma ve girme yasağına tâbi olacaklardır. Bununla birlikte 10. maddenin 7. fıkrasında; gizlilik ihlali suretiyle soruların elde edilmiş olmasından yararlanarak kopya çektiği için kendisiyle ilgili sınavın iptaline karar verilen adayların, soruların kimler tarafından temin edildiği ve ne suretle ele geçirildiği hususunda bilgi vermeleri halinde, Yönetim Kurulu kararıyla, haklarında uygulanacak sınava giriş yasağının süresinin kısaltılabileceği ya da bu yasağın tamamen kaldırılabileceği hükmü yer almıştır.[8]

[8] Bu düzenlemenin, etkin pişmanlık kurumunun idare hukukundaki uygulamasının bir örneği olduğunu kabul etmek mümkündür.

C. Sınav Kuralларının Düzenlendiği Mevzuata Aykırılık

6114 sayılı Kanun'un 9/5. maddesinde; sınav sırasında veya sınavdan sonra incelenen tutanaklar, kamera ses ve görüntüleri, telefon kayıtları, ihbarlar veya başka yollarla bu Kanun ve sınav kurallarının düzenlendiği yönetmelik veya kılavuz esaslarına aykırılık teşkil eden davranışların tespit edilmesi halinde ilgili adayların sınavlarının geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir. Fıkrada ayrıca, geçersiz sayılan sınav sonucuna dayalı olarak gerçekleştirilen atama ya da yerleştirmeyle ilgiliye sağlanan hakların geri alınacağı hususu da yer almıştır.

Ç. Olağan Dışı Bulguya Rastlanması

6114 sayılı Kanun'un 9. maddesine 15 Temmuz darbe girişiminden sonra eklenen 8. fıkra[9] ile ÖSYM Yönetim Kuruluna önemli bir yetki tanınmıştır. Buna göre; ÖSYM Yönetim Kurulu, sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağan dışı bulgulara rastlaması halinde adayları, maliyeti ÖSYM Başkanlığı tarafından karşılanmak üzere, eşdeğer sınava çağırabilecektir. Düzenlemeye göre; ilgilinin olağan dışı bulgulara rastlanan sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak ÖSYM Yönetim Kurulu tarafından karar verilecektir. 8. fıkranın son cümlesine göre ilgilinin çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmaması durumunda ise sınavı geçersiz sayılacaktır. Bu düzenleme uyarınca eşdeğer sınava çağrılan ve daha sonra sınavları geçersiz sayılan kişilerin açtıkları davalar kapsamında verilen Danıştay kararlarında yer alan veriler esas alınarak ÖSYM'nin olağan dışı bulgu olarak kabul ettiği durumların ele alınması faydalı olacaktır.

1. ÖSYM Tarafından Olağan Dışı Bulgu Kabul Edilen Durumlar

ÖSYM tarafından olağan dışı bulgu kabul edilerek adayın eşdeğer sınava çağrılması sonucu doğuran durumları, idare mahkemesi ve Danıştay kararlarına yansıyan şekliyle üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunların ilki ve daha çok uyuşmazlık konusu olanı, adayların girmiş oldukları sınavlardan aldıkları puanlarda gerçekleşen artışlar; diğerleri ise adayların cevap kağıtlarında meydana gelen desenlerin benzerliği ve soru kitapçıklarında herhangi bir işaretleme ya da karalama bulunmamasına rağmen sınavlardan yüksek puan alınması durumlarıdır.

---

[9] Bkz. 6764 sayılı Kanun, md.71, RG, 9.12.2016.

a. Puan Artışları

ÖSYM'nin 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesi uyarınca olağan dışı bulgu olarak kabul ettiği durumların başında, ilgilinin bir önceki girdiği sınavda aldığı puan ya da daha önce girdiği sınavlardaki puan ortalamaları ile olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavda aldığı puan arasındaki fark gelmektedir. Danıştay kararlarına yansıdığı kadarıyla ÖSYM, söz konusu farklılıkları dikkate alarak olağan dışılık tespiti yaparken; sınavın zorluk derecesini, sınava giren tüm adayların puan ortalamalarını ya da ilgili adayın daha önce kaç defa sınava girdiği gibi hususları dikkate almaktadır.[10]

[10] Bu kapsamda örneğin; sınav genel ortalama puanının "57,59" olduğu 2005 yılı ilkbahar dönemi Kamu Personeli Yabancı Dil Sınavı'ndan (KPDS) "24" puan alan kişinin bu sınavdan 7 ay sonra katılmış olduğu ve genel ortalama puanının "42,22" olduğu 2005 yılı sonbahar dönemi Üniversiteler Arası Kurul Yabancı Dil Sınavı'ndan (ÜDS) "70" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2020/700 K. 2020/1988, 14.4.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); sınav genel ortalama puanının "44,028" olduğu 2009 yılı sonbahar dönemi ÜDS'den "21,25" puan alan kişinin genel ortalama puanının "45,87" olduğu 2010 ilkbahar dönemi ÜDS'den "80" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2021/4596 K. 2021/4144, 28.9.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); 2002 mart dönemi ÜDS'den "20", 2009 ilkbahar dönemi ÜDS'den "2,5" puan alan kişinin bu sınavdan yaklaşık 6 ay sonra girdiği 2009 sonbahar dönemi ÜDS'den "65" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2021/6252 K. 2021/4425, 7.10.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); 2007-2010 yılları arasında katılmış olduğu ÜDS sonuçları "16,25" ile "42,50" puanları arasında değişen ve 2009 sonbahar dönemi ÜDS'den "20" puan alan kişinin bir dönem sonra katıldığı 2010 ilkbahar dönemi ÜDS'den "81,25" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2021/6935, K. 2021/6312, 15.12.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); 2010 yılı ilkbahar dönemi ÜDS'den "53,75" puan alan kişinin aynı yıl yapılan sonbahar dönemi ÜDS'den "83,75" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2021/7078 K. 2021/5612, 24.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); 2002-2008 yılları arasında 13 kez yabancı dil sınavına katılıp bu sınavlardan aldığı en düşük puan "33,75" olan, girdiği sınavların ortalaması "44,9" ve şüpheli bulunan sınavı hariç bu sınavlardan aldığı en yüksek puan "56,25" olan kişinin 2008 mart döneminde girdiği ÜDS'den "78,75" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2021/7450, K. 2022/952, 17.2.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); toplam 10 yabancı dil sınavına giren ve girdiği son 9 sınavın ortalaması "33,3" olup bu sınavlar arasında aldığı en yüksek puan "38,75" olan kişinin 2007 ekim dönemi ÜDS'den "22,5" puan almışken bir dönem sonra yapılan 2008 mart dönemi ÜDS'de "86,25" alması, bkz. D. 8. D., E. 2022/1931, K. 2022/1886, 18.3.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023) ve 2015 yılı ilkbahar dönemi Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından (YDS) "52,5" puan alan kişinin 2015 sonbahar dönemi YDS'den "93,75" puan alması, bkz. D. 8. D., E. 2020/216, K. 2020/449, 4.2.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023) ÖSYM tarafından 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesi doğrultusunda olağan dışı bulgu olarak kabul edilmiştir.

Bu örneklerden yalnızca 2015 yılı ilkbahar dönemi YDS'den aldığı "52,5" puanı bir sonraki dönem yapılan sınavda "93,75"e yükselten adaya ilişkin ÖSYM tarafından yapılan tespit, idare mahkemesi tarafından hatalı bulunarak ilgili işlem iptal edilmiştir. Kararın gerekçesine "Olağan Dışı Bulguya Rastlanmasının Sonuçları" başlığı altında yer verilecektir. Öte yandan vurgulamak gerekir ki; benzer bir iptal gerekçesi, yukarıda verilen örnekler arasında yer alan ve 2010 yılı ilkbahar dönemi ÜDS'den "53,75" puan alıp aynı yıl yapılan sonbahar dönemi ÜDS'den "83,75" puan alan kişi ile girdiği sınavların ortalaması "44,9" ve şüpheli bulunan

b. Cevap Desenlerindeki Benzerlik

ÖSYM tarafından olağan dışı bulgu kabul edilen durumlardan biri de sınava giren adayların cevap kağıtlarında oluşan desenlerdeki benzerliktir. Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta Çukurova Üniversitesi Eğitim Fakültesi İngiliz Dili Eğitimi Bölümünde öğretim üyesi olarak görev yapan davacının katıldığı 2007 ekim dönemi ÜDS'deki cevap deseninin aynı salonda sınava giren bir başka adayın cevap deseniyle %84 oranında benzerlik gösterdiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine bu durum, ÖSYM Yönetim Kurulu kararıyla 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesi kapsamında olağan dışı bulgu kabul edilmiş ve ilgili, eşdeğer sınava çağrılmıştır. Danıştay ise bu işlemin iptali için açılan davada davanın reddi yönünde karar veren ilk derece mahkemesi kararını; adayların yalnızca doğru cevaplandırdığı sorulardaki birleşme oranının yüksekliğinin olağandışı olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle kaldırarak dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir.[11] Dolayısıyla ÖSYM'nin cevap desenindeki benzerlik oranını olağan dışı bulgu olarak nitelemesi, yalnızca doğru cevaplar bakımından gerçekleşen bir yüksek oran söz konusu olduğunda, Danıştay tarafından isabetli bulunmamıştır.

c. Soru Kitapçıklarında İşaretleme ya da Karalama Bulunmaması

6.5.2012 tarihinde gerçekleştirilen Avukatlar İçin Adli Yargı Hakim ve Savcı Adaylığı Yarışma Sınavı'nın ÖSYM tarafından 29.12.2012 tarihinde iptal edilerek bu sınavın eşdeğer bir sınavla tekrarlanmasına ilişkin tesis edilen işlemin iptali için açılan davalarda; bazı adayların soru kitapçıklarına hiçbir işlem, yazılı muhakeme ya da karalama yapmaksızın matematik sorularının tamamını doğru yapmış olmaları, yaptıkları karalamalarda ulaştıkları

sınavı hariç bu sınavlardan aldığı en yüksek puan "56,25" olup 2008 mart döneminde girdiği ÜDS'den "78,75" puan alan kişi hakkında da geçerli olabilir. Her iki örnekte de ilgili kişilerin mevcut puan artışlarına ilişkin ileri sürecekleri somut, ciddi ve doğrulanabilir gerekçeler dikkate alınmadan yalnızca söz konusu artışlar gerekçe gösterilerek eşdeğer sınava çağrılmaları yönünde tesis edilen işlemler sebep ve konu unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır.

[11] "*(D)avacı ile ... isimli adayın cevap deseni analizinde, her ne kadar doğru ve yanlış cevapların toplamı üzerinden birleşme oranının yüksekliği esas alınarak bir değerlendirme yapılmış ve bu durum olağandışı olarak kabul edilmiş ise de, adayların doğru cevaplandırdığı sorulardaki birleşme oranının yüksekliğinin olağandışı olarak kabul edilemeyeceği, her iki adayın da aynı seçeneği işaretlemek suretiyle yanlış cevaplandırdığı soru sayısı ile davacının yanlış cevaplandırdığı toplam soru sayısı birbirine oranlandığında ise birleşme oranının %42,85 olduğunun görüldüğü açık olup, davalı idarenin işlem tesisinde temel aldığı bulguların Yasanın aradığı anlamda olağandışı bulgu olarak kabul edilebilmesine hukuken olanak bulunmadığı...*" D. 8. D., E. 2019/5197, K. 2019/7313, 13.9.2019, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023). Aynı yönde: D. 8. D., E. 2019/9051, K. 2019/10832, 27.11.2019, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

sonucu değil farklı şıkkı işaretlemiş olmaları ya da yapmış oldukları karalamalar sonucu doğru cevaba ulaşamamalarına rağmen doğru şıkkı işaretlemiş olmalarının da hayatın olağan akışına aykırı olacağı sonucuna varılmıştır.[12] Belirtmek gerekir ki; olağan dışı bulgu olarak kabul edilen söz konusu durumlar, adayların soru kitapçıklarının incelenmesi sonucu tespit edilmiş olmaları ve somut ve objektif veri niteliği taşımaları nedeniyle olağan dışı bulgu tespitinin hukuka uygunluğunu sağlayan gerekçelerdir.

2. Olağan Dışı Bulguya Rastlanmasının Sonuçları

6114 sayılı Kanun uyarınca sınav belgelerinde ya da sınav sonuçlarına ilişkin analizlerde olağan dışı bulguya rastlanmasının ilk sonucu adayın eşdeğer sınava çağrılmasıdır. Adayın girdiği eşdeğer sınavdan düşük puan alması durumunda ise olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavı ÖSYM tarafından geçersiz sayılabilecektir. Kanun uyarınca, eşdeğer sınava girmeyen adayın olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının geçersiz sayılması ise bir zorunluluktur. Aşağıda olağan dışı bulgu tespitinin sonuçları ayrı ayrı ele alınmıştır.

a. Eşdeğer Sınava Çağırma

6114 sayılı Kanun'un "Sınav güvenliği" başlıklı 9. maddesine 2016 yılında eklenen 8. fıkraya göre; "*Sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde adaylar, maliyeti Başkanlık tarafından karşılanmak üzere Yönetim Kurulu kararı ile eşdeğer sınava çağrılabilir. Adayın sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak Yönetim Kurulu tarafından karar verilir. Çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavı geçersiz sayılır.*" Bu düzenlemeye göre, ÖSYM tarafından yapılan sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda ya da yapılan analizlerde olağan dışı bulgulara rastlanması durumunda ÖSYM Yönetim Kurulu, gerekli görmesi halinde, öncelikle adayın eşdeğer sınava çağrılması yönünde bir işlem tesis edecektir. Bu kapsamda, ÖSYM'nin ilgili adayın eşdeğer sınava çağrılmasına yönelik tesis ettiği işlemlerin iptali için açılan davalarda idari yargı mercilerinin verdikleri kararlar, söz konusu işlemlerin hukuka uygun şekilde tesis edilip edilmedikleri

[12] Bkz. D. 12. D., E. 2016/8969, K. 2016/4898, 7.11.2016, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.8.2023); D. 12. D., E. 2016/9196, K. 2016/4879, 7.11.2016, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.8.2023).

hususunda önemli tespitler içermektedir. Örneğin; eşdeğer sınava çağırma işleminin iptali talebiyle açılan dava sonucunda verilen ve Danıştay tarafından da onanan bir kararda Ankara 12. İdare Mahkemesi; davacının sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağan dışı bulguların idarece kanıtlanması ya da bu yönde somut verilerin bulunması gerekirken uyuşmazlıkta böyle bir durumun mevcut olmadığı, tesis edilen işlemde davacının dil kursuna devam etmiş olmasının ve puan artışının bu kursta aldığı dil eğitiminin bir sonucu olduğu gibi hususların gözardı edildiği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.[13]

Mahkeme bu kararında yalnızca YDS puanının kısa sürede "52,5"ten "93,75"e yükselmiş olmasını, bu durumun olağan dışı bulgu olarak kabul edilebilmesi için yeterli görmemiştir. Bu noktada Mahkemenin adayın iki sınav arasında dil eğitimi görmüş olmasına ve bu eğitime yüksek oranda devam sağlamasına işaret etmesi önemlidir. Eşdeğer sınava çağırma işleminin iptaline ilişkin bir diğer ilk derece mahkemesi kararı ise 2005 yılı sonbahar dönemi ÜDS'den aldığı yüksek puan nedeniyle eşdeğer sınava çağrılan bir öğretim üyesi tarafından açılan dava sonucunda verilmiştir. Ankara 3. İdare Mahkemesi, söz konusu kararında ilgilinin hukuka aykırı herhangi bir davranışının bulunmadığını hatırlatarak hukuk devleti ilkesine vurgu yapmıştır.[14] Mahkemenin bu kararına karşı yapılan temyiz başvurusu sonucu

---

[13] "*Sınava giren kişilerin eşdeğer sınava çağrılması için mevzuat gereğince sınavda kopya çekildiğinin sübuta ermesinin gerekmediği anlaşılmakla birlikte, sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulguların idarece kanıtlanması, en azından delil, belirti yahut emarelerle birlikte gösterilmesi gerektiği, bu kapsamda davacının 2015 YDS İlkbahar Dönemi sınavından 52,50 puan aldığı, 2015 YDS Sonbahar Dönemi sınavından ise 93,75 puan aldığı, her iki sınav sonucu arasındaki farkın yaklaşık 40 puan olması sebebiyle bu artışın başkaca etmenler dikkate alınmadığında olağandışı gözükmesine karşın iki sınav arasında yaklaşık 6 aylık bir zaman dilimini bulunduğu, davacının bu esnada Ankara Üniversitesi Yabancı Diller Yüksek Okulunda 6 ay süreyle dil eğitimi gördüğü, dil eğitimini çok başarılı (85-100) seviyesinde yalnızca 35 saat devamsızlık yaparak "tatminkar (+) devam durumu" düzeyinde tamamladığı dikkate alındığında, puan artışının olağan olduğu, öte yandan dava konusu işlemin tesis edilirken 6 ay süreyle görülen dil eğitiminin davalı idarece değerlendirilmediği gibi başkaca olağandışı bir durumun da ortaya konulamadığı görüldüğünden, 2015 YDS Sonbahar Dönemi sınav sonucunun olağandışı olmadığı, eş değer sınava çağırma işleminde ise hukuka uyarlık bulunmadığı...*" D. 8. D., E. 2020/216, K. 2020/449, 4.2.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[14] "*...uyuşmazlıkta 2005 yılı ÜDS Sonbahar Dönemi için davacının sınav sorularını önceden ele geçirdiği veyahut kopya çektiği ya da sınavın tümü ile ilgili soruların önceden alındığı, toplu olarak kopya çekildiği vs. gibi herhangi bir durumun bu sınav bakımından mevcut olmamasına rağmen sadece davacının daha önceden girdiği sınavlarda aldığı notlar kıyaslanarak davaya konu işlemin tesis edildiği, bu şekilde yapılan bir değerlendirme sonucu 6114 sayılı Kanunun 9/8. maddesinde tanınan yetkinin kullanılmasının hukuk devleti ve hukuki güvenlik il-*

kararı kaldıran ve davanın reddine karar veren Danıştay ise yalnızca söz konusu puan artışını olağan dışı bulgu olarak nitelemek hususunda ÖSYM'nin 6114 sayılı Kanun uyarınca takdir yetkisi bulunduğu gerekçesine dayanmıştır.[15]

Diğer yandan eşdeğer sınava çağırma işleminin hukuka uygun olduğu yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Danıştay tarafından da onanan bu kararların biri, öğretim üyesi olan davacının 2010 ilkbahar dönemi ÜDS sonucuna ilişkin olağan dışı bulgu tespiti yapılması nedeniyle eşdeğer sınava çağrılmasına ilişkin başlattığı hukuki sürecin sonucunda verilmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta idare mahkemesi, davacının çok kısa sürede gerçekleştirdiği puan artışının idarenin takdir yetkisi çerçevesine olağan dışı bulgu olarak kabul edilebileceğini ve somut uyuşmazlıkta idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde kullan-

kesini ihlal edeceği anlaşıldığından, uyuşmazlığa konu eşdeğer sınava çağırma işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı..." Bkz. D. 8. D., E. 2020/700, K. 2020/1988, 14.4.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

15 "*Davacının eşdeğer sınava çağrılmasına yönelik tesis edilen dava konusu işleme dayanak 6114 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 8. fıkrası, davalı idarenin sınav güvenliğini sağlamak, gizlilik, tarafsızlık, bilimsellik ilkeleri çerçevesinde adaylara fırsat eşitliği sağlama ve haksız kazancın önüne geçmek amacıyla gerek adli soruşturmalar ve gerekse kurum içinde yapılan analizlerde sınav sonucu kuşkulu bulunan adayların eşdeğer sınava tabi tutulması amacıyla öngörülmüş olup bu yönüyle davalı idare tarafından ülke çapında uygulanan sınav iş ve işlemlerinde kamu yararının ve kamu düzeninin etkin bir biçimde sağlanmasına yönelik getirilmiş bir düzenleme niteliğine sahip olduğu açıktır.*

...Buna göre, 2005 yılı Sonbahar Dönemi ÜDS sınavına göre adayların nispeten daha yüksek genel ortalama puanına sahip bulundukları 2005 İlkbahar Dönemi KPDS sınavında, davacının genel ortalama puanının altında kaldığı; bunun yanı sıra adayların daha düşük genel ortalama puanına sahip bulundukları 2005 yılı İlkbahar Dönemi ÜDS sınavında ise, 7 aylık bir zaman diliminde davacının kişisel başarı oranını genel ortalama puanının oldukça üstüne taşıdığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davacının 2005 İlkbahar Dönemi KPDS sınavından bir dönem sonra katılım sağladığı 2005 Sonbahar ÜDS sınavında, sınavların genel ortalama puanları karşısında göstermiş olduğu başarı artışının, davalı idareye Yasayla verilen takdir yetkisi çerçevesinde olağan dışı bulgu olarak kabul edilebileceği açık olup; davalı idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanıldığı sonucuna varılmaktadır." Bkz. D. 8. D., E. 2020/700, K. 2020/1988, 14.4.2020, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023). Ankara 10. İdare Mahkemesinin eşdeğer sınava çağırma işlemini iptal ettiği benzer bir uyuşmazlıkta ise Danıştay; "*adayın eşdeğer sınava çağrılabilmesi için sınavda kopya çekme ve başka bir kimsenin sınava girmesi gibi somut veri ve tespitlerin bulunması gerekliliğine işaretle dava konusu işlemin iptali yönünde hüküm veren İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.*" gerekçesiyle temyize konu kararı kaldırıp davanın reddine hükmetmiştir. Bkz. D. 8. D., E. 2019/5546, K. 2019/6639, 4.7.2019, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

dığını belirterek davayı reddetmiş[16] ve karar Danıştay tarafından oy çokluğuyla onanmıştır. Danıştay kararına yazılan karşı oyda ise bir sınav sonucunda elde edilen puanın hukuka uygun olup olmadığının tespitinde; sınav belgeleri ya da elektronik kayıtlarda somut bir bulguya rastlanmadığı sürece bu sınavdan yıllar sonra yapılan bir sınav sonucunun esas alınmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı olacağı belirtilmiştir.[17] Bu gerekçeye göre; sınav güvenliğinin ihlali sonucunu doğurabilecek herhangi bir somut ve nesnel bir tespit ortaya konulmamasına rağmen ilgilinin eşdeğer sınava çağrılmış olması, olağan dışı bulgu kriterinin hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle gerekçelendirilememesi anlamına gelir ve hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Karşı oy yazan üyeye göre hakkaniyete aykırı bir başka durum ise kişilerin girdikleri bir sınav sonucu aldıkları puanın hukuki meşruiyetinin yıllar sonra yapılan bir eşdeğer sınavla tartışmaya açılmasıdır. Zira böyle bir durumda kişilerin hukuka uygun şekilde elde ettikleri sınav sonuçlarının somut bir gerekçe ya da isnat olmaksızın yıllar sonra yapılan bir eşdeğer sınavla geçersiz kabul edilme ihtimali hukuk devleti ve hukuki güvenlikle bağdaşmaz.[18]

b. Olağan Dışı Bulguya Rastlanan Sınavın Geçersiz Sayılması

6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde, bu fıkra gereğince eşdeğer sınava çağrılan adayların sınavlarının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak ÖSYM Yönetim Kurulu tarafından karar verileceği belirtilmiştir. Aynı fıkraya göre, yapılan çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayların sınavları ise geçersiz sayılacaktır. Bu kapsamda, Danıştay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar incelendiğinde; eşdeğer sınav hükmünde girdikleri sınavlardan düşük puan almaları nedeniyle veya çağrıldıkları eşdeğer sınava mazeretsiz şekilde ya da kabul edilebilir mazeretleri bulunmadığı halde katılmayıp bunun sonucunda olağan dışı bulguya rastlanan sınavları geçersiz sayılan adayların bulunduğu görülmektedir. Bu noktada ÖSYM'nin merkezi ve ortak bir sınav kapsamında tesis ettiği sınavın

---

[16] Bkz. D. 8. D., E. 2021/4596, K. 2021/4144, 28.9.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023). Aynı gerekçelerle davanın reddi yönünde verilen ve Danıştay tarafından da onanan bir diğer idare mahkemesi kararı için bkz. D. 8. D., E. 2022/3441, K. 2022/3813, 3.6.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[17] D. 8. D., E. 2021/4596, K. 2021/4144, 28.9.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023) Aynı içerikteki karşı oy, D. 8. D.'nin, 3.6.2022 tarih ve E. 2022/3441, K. 2022/3813 sayılı kararına da yazılmıştır. Bkz. www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[18] ÇAĞLAYAN Ramazan, "Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Eşdeğer Sınava Çağırma Yetkisi Üzerine Mülâhazalar", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 3, 2023, ss. 193-228, s. 217-218.

geçersiz sayılmasına yönelik işlemlerin yargısal denetiminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun[19] 20/B maddesinde yer alan yargılama usulüne tâbi olacağı hatırlanmalıdır. Belirtmek gerekir ki; söz konusu maddede öngörülen usulden kaynaklı nedenlerle[20] temyiz incelemesi sonucu

---

[19] RG, 20.1.1982.

[20] Dava açma süresinin 10 gün, savunma süresinin toplamda en fazla 6 gün, temyize başvurma ve temyiz dilekçelerine cevap verme süresinin 5 gün, temyiz isteminin karara bağlanma süresinin 15 gün olduğu, ikinci cevap ve ikinci savunma dilekçelerinin verilemediği, Kanun'un 11. maddesinin uygulanmadığı ve yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itirazın mümkün olmadığı bu usulün eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanması bakımından hukuka aykırı olduğu savunulmuştur. KASAPOĞLU TURHAN Mine, "İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 183-219, s. 210 vd. İvedi yargılama usulüne ilişkin kapsamlı bir diğer inceleme için bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan, "Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 3-4, Aralık 2014, ss. 1-41. Ayrıca: "*Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılabilecek kanıtları mahkeme önüne getirebilmek olduğu gibi, bir isnada karşı savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi ile olanaklıdır. Sav ve savunma birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız olan niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, temel hak niteliği taşıması dışında, diğer hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkin güvencelerden biridir.*

Bu temel saptama karşısında, savunma hakkını üç gün ile sınırlandıran ve savunma dilekçesinde yer alan hususlara karşı ikinci dilekçeyi, ikinci dilekçede yer alan hususlara karşı da ikinci savunma dilekçesi verilmesini yasaklayan itiraz konusu kural temel haklardan olan hak arama özgürlüğünün kullanılmasını engellemektedir.

Buna göre, itiraz konusu kural ile, Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlara karşı açılan davalarda, hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının kısıtlanmasına yol açarak, yargı merciinin de doğru ve adil bir sonuca ulaşabilmesini engelleyeceğinden Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'da özel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiş olan hak arama özgürlüğünün itiraz konusu kuralla sınırlandırılması ile de, Anayasa'nın 13. maddesine de aykırılık oluşmaktadır." D. 12. D., 20.11.2014 (12. Dairenin somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesine başvuru gerekçesi), bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/32?EsasNo=2014%2F189, (Erişim Tarihi: 28.12.2023) Buna karşılık Anayasa Mahkemesi ise aşağıdaki gerekçelerle merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü kapsamındaki düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir:

"*... Bu itibarla, ÖSYM ve MEB tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar hakkında açılan davaların bir an evvel sonuçlandırılması amacıyla kamu yararı gözetilerek savunma yapma süresinin üç günle sınırlandırılması kanun koyucunun takdir yetkisinde olup kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.*

... Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesinin öznesi bireyler ve bireyler tarafından oluşturulan topluluklar olup kamu otoriteleri bu hakkın öznesi değildir. Kamu otoritelerinin hak, yetki, görev ve sorumluluklarının ne şekilde düzenleneceği kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle, merkezî ve ortak sınavlar hakkında açılan davalarda ÖSYM ve MEB'e savunma yapması için verilen sürenin, diğer idari davalara nazaran kısa tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Danıştayın verdiği kararların bazılarında gerekli ve yeterli inceleme yapılamadığından hukuken tatmin edici olmayan kararlara rastlanabilmiştir.

aa. Eşdeğer Sınavdan Düşük Puan Alma

Danıştay kararlarına konu olan üç farklı uyuşmazlıkta; 2006, 2007 ve 2009 yıllarında girdikleri yabancı dil (ÜDS ve KPDS) sınavlarında aldıkları yüksek puanlar sonucu söz konusu sınavlara ilişkin olağan dışı bulgu tespiti yapılan ve bunun üzerine yapılan çağrıya istinaden girdikleri eşdeğer sınavlardan "0 (sıfır)", "23,75" ve "37,5" puan alan adayların sınavları, alınan düşük puanlar nedeniyle geçersiz sayılmıştır. Tesis edilen bu işlemler sonucu açılan iptal davalarında ilk derece mahkemeleri öncelikle ilgili sınavlarda alınan puanların olağan dışılık sergilediğinin açık olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda söz konusu kararlarda öncelikle 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesi gereği ilgili kişilerin ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağrılabilecekleri ve bu hususta idarenin takdir yetkisi bulunduğu vurgulanmıştır. Diğer yandan bu kararlarda; "*idare tarafından olağan dışı bulgu olarak takdir edilen hususun eş değer düşük sınav sonucu ile desteklendiği*" gerekçesiyle sınav sonuçlarının geçersiz sayılmasına dair işlemlerde de hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığına, dolayısıyla davaların reddine hükmolunmuş; söz konusu kararlar Danıştay tarafından onanmıştır.[21] Örneğin; ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönünde verdiği kararın Danıştay tarafından onandığı[22] bir uyuşmazlıkta 2017 yılında girdiği eşdeğer sınavdan "20" puan alması nedeniyle 2006 yılında girdiği mart dönemi ÜDS sonucu geçersiz sayılan kişi hakkında tesis edilen işlem, takdir yetkisinin idare tarafından kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde kullanıldığı gerekçesiyle hukuka uygun bulunmuştur.[23]

...İtiraz konusu kuralla, davacının cevaba cevap hakkı ortadan kaldırılmakla birlikte, idari yargılama usulünde uygulanan resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler uyuşmazlığın çözümüne etki edecek her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan veya üçüncü kişilerden isteme yetkisini haizdir. Bu duruma bağlı olarak, MEB ve ÖSYM tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlara karşı açılan davalarda yargılamanın hızlandırılması amacıyla kamu yararı gözetilerek cevaba cevap hakkı tanınmaması, davacının hak arama özgürlüğünü imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek nitelikte değildir." Bkz. AYM, E. 2014/189, K. 2015/32, 19.03.2015, RG, 21.05.2015.

[21] D. 8. D., E. 2022/3571, K. 2022/4844, 15.9.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); D. 8. D., E. 2021/6873, K. 2022/4605, 4.7.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); D. 8. D., E. 2021/7090, K. 2021/5745, 30.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[22] Bkz. D. 8. D., E. 2022/1327, K. 2022/2768, 15.4.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[23] İdare mahkemesi kararının gerekçesi için bkz. D. 8. D., E. 2022/1327, K. 2022/2768, 15.4.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

İlk derece mahkemesinin davanın reddi yönünde verdiği kararların onandığı Danıştay kararlarının yanı sıra bu gibi durumlarda Danıştayın ilk derece mahkemesi kararlarını kaldırarak dava konusu işlemin iptaline hükmettiği uyuşmazlıklar da mevcuttur. Bu uyuşmazlıkların birinde, girdiği eşdeğer sınavdan "10" puan alan ve bu nedenle 2009 yılında girdiği ÜDS sonucu geçersiz sayılan davacının açtığı davada ilk derece mahkemesi, öncelikle eş değer sınava katılan davacının eş değer sınav sonucu ile daha önce girmiş olduğu ve şüpheli bulunan sınav sonuçları arasında hayatın olağan akışına uygun olmayacak derecede büyük bir fark olduğunu belirtmiştir. Daha sonra ise Mahkeme, sınavın geçersiz sayılması yönünde tesis edilen dava konusu işlemin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde kullanılan bir takdir yetkisine dayandığı gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir.[24] Karara ilişkin yaptığı temyiz incelemesinde Danıştay, davacının daha sonra girdiği TOEFL IBT sınavından aldığı puanın göz ardı edildiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir.[25]

Danıştayın ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dava konusu işlemin iptaline hükmettiği bir diğer uyuşmazlıkta ise 2017 yılında girdiği eşdeğer sınavdan "35" puan alan ve bu nedenle 2006 yılında girdiği ÜDS sonucu geçersiz sayılan davacının açtığı davada ilk derece mahkemesi, davanın reddine hükmetmiştir. Mahkeme, kararında dava konusu işlemi tesis etme konusunda idarenin ilgili mevzuat uyarınca takdir yetkisi bulunduğunu ve somut uyuşmazlık bakımından da idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullandığını vurgulamıştır.[26] Buna karşılık Danıştay, öncelikle 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesiyle getirilen düzenlemenin nihai amacının sınavlarda olağan dışı bulgulara rastlanması durumunda bu olağan dışı bulguların bertaraf edilmesi olduğuna işaret etmiştir. Daha sonra ise dava konusu işlem tesis edilirken ilgilinin eşdeğer sınavdan çok kısa bir

---

[24] Bkz. D. 8. D., E. 2021/6486, K. 2021/5219, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[25] "*Buna göre, 6114 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesiyle getirilen düzenlemede nihai amaç, tespit edilen olağandışı bulguların bertaraf edilmesi olup, eşdeğerliği davalı idarece de kabul edilen TOEFL IBT sınavından davacının 82 puan (YDS eşdeğerliği 68,33 puan) aldığı anlaşıldığından, 2009 ÜDS Sonbahar Dönemi sınav sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*" D. 8. D., E. 2021/6486, K. 2021/5219, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[26] Bkz. D. 8. D., E. 2021/6485, K. 2021/4732, 21.10.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.3.2023).

süre sonra yine ÖSYM tarafından yapılan YÖK-DİL sınavına girerek "56,25" puan almasının ve bu sınavdan aldığı puan sonucunda ilgili mevzuat uyarınca doçentlik için gereken yabancı dil puanı şartını sağlamış olmasının göz önünde bulundurulmadığını vurgulamıştır. Nihai olarak Danıştay, ilgilinin 2006 yılında girdiği sınav sonucuna ilişkin yapılan olağan dışı bulgu tespitini YÖK-DİL sınavından doçentlik için gereken yabancı dil puanını alarak bertaraf etmiş olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.[27]

Eşdeğer sınavdan düşük puan almaları nedeniyle olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavları geçersiz sayılan kişilerin açtığı davaların bazılarında ise ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararları Danıştay tarafından farklı gerekçeyle onanmıştır. Bu kapsamda 2013 yılında girdiği YDS sonucu olağan dışı olarak kabul edilen ve bunun üzerine 2018 yılında çağrıldığı eşdeğer sınavdan "37,5" puan alan kişinin açtığı davada ilk derece mahkemesi, beş yıl gibi uzun bir süre sonra girilen bir yabancı dil sınavında alınan düşük puanın başlı başına önceki sınavda alınan puanın geçersiz sayılması sonucunu doğurmayacağını vurgulamıştır. Kararda eşdeğer nitelikte yapılan sınavın elektronik ortamda yapılmış olmasının sınav sonucunu etkileyebileceğine de değinen mahkeme, son olarak davacının geçersiz sayılan sınavında kopya çektiğine ya da herhangi bir usulsüzlüğe tevessül ettiğine dair her türlü şüpheden uzak, somut, kesin ve net bir bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Bu kararın temyiz incelemesi sonucunda ise işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmederek ilk derece mahkemesi kararını onayan Danıştay, kararında davacının eşdeğer sınavdan sonra girdiği yabancı dil sınavlarında aldığı yüksek puanların dikkate alınmadığı gerekçesine dayanmıştır. Diğer yandan Danıştay, ilk derece mahkemesinin davacının girdiği eşdeğer sınavın elektronik ortamda yapılmasının sınav sonucunu etkileyebileceğine ve geçersiz sayılan sınavda kopya ya da başka bir usulsüzlüğün tespit edilmediğine yönelik tespitlerine katılmamıştır.[28]

---

[27] D. 8. D., E. 2021/6485, K. 2021/4732, 21.10.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[28] D. 8. D., E. 2021/5181, K. 2021/3776, 14.9.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023). Benzer gerekçeyle verilen bir diğer kararda ise Danıştay, davacının 2018 yılında girdiği eşdeğer sınavdan "55" puan alması nedeniyle 2010 yılında girdiği ÜDS sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemi hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay bu kararda davacının daha sonra girdiği YÖK-DİL sınavından aldığı "82,5" puanın dikkate alınmamasının işlemin iptalini gerektirdiğini belirtmiştir. Bkz. D. 8. D., E. 2021/7078 K. 2021/5612, 24.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

Son olarak 2010 yılında girdiği ÜDS sonucunun olağan dışı kabul edilmesi nedeniyle eşdeğer sınava çağrılan ve 2018 yılında girdiği eşdeğer sınavdan "20" puan alması üzerine 2010 yılında girdiği sınav sonucu geçersiz sayılan davacının açtığı davada, ilk derece mahkemesinin verdiği iptal kararını kaldıran Danıştay davanın reddine hükmetmiştir. İlk derece mahkemesi söz konusu kararda, idarenin davacının ani not yükselişini şüpheli bularak davacıyı eşdeğer sınava çağırma hususunda takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmiş; ancak ani not yükselişine ilişkin davacının kopya ya da farklı bir usulsüz davranışının bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğünün de yine idarede olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme, davalı idarenin bu yöndeki yükümlülüğünü yerine getirmeyerek doktorasını tamamlayan ve uzun yıllardır öğretim görevlisi olarak görev yapan davacının 8 yıl sonra girmiş olduğu eşdeğer sınavdan düşük not alması gerekçesiyle tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.[29] Danıştay ise söz konusu kararın temyiz incelemesinde kararda yer verilen hususlara değinmeyerek ÖSYM'nin dava konusu işlemi takdir yetkisi çerçevesinde tesis edebileceğini belirtmiş ve dava konusu işlemi hukuka uygun bulmuştur.[30] Bu noktada Danıştayın ilk derece mahkemesi kararındaki gerekçeleri yok sayarak verdiği kararın tatmin edici olmadığı vurgulanmalıdır. Zira kararda Danıştay, 6114 sayılı Kanun uyarınca sınav güvenliğine ilişkin oldukça önemli yetki ve yükümlülükleri bulunan ÖSYM'nin bu yetki ve yükümlülükleri kapsamında yapması gereken araştırma ya da inceleme sonucunda herhangi somut bir veriye rastlamamasının dava konusu işlemin hukuka uygunluğuna etkisini tartışmamıştır.

bb. Eşdeğer Sınava Sağlık Mazereti Nedeniyle Katılmama

ÖSYM'nin, 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesindeki düzenleme uyarınca çağrıldıkları eşdeğer sınava sağlık mazeretleri nedeniyle katılmayan kişilerin olağan dışı bulguya rastlanan sınavlarının geçersiz sayılması yönünde işlem

---

[29] Bkz. D. 8. D., E. 2021/6935, K. 2021/6312, 15.12.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[30] "*6114 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde adayın olağan dışı bulunan sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak ÖSYM Yönetim Kurulunca karar verileceği kurala bağlanmış, bu hususta davalı idareye takdir yetkisi tanınmıştır.*

Bu durumda, eşdeğer sınavdan 20,00 puan alan davacının, olağan dışı bulunan sınav sonucu dışında diğer sınav sonuçlarının ortalamasının da altında bir puan aldığı anlaşılmakta olup 6114 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde belirtilen olağandışılık bulgusunu ortadan kaldırmaya yeter bir puan alamadığı görüldüğünden, dava konusu işlemde hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık görülmemiştir." Bkz. D. 8. D., E. 2021/6935, K. 2021/6312, 15.12.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

tesis ettiği durumlar da söz konusu olmuştur. ÖSYM'nin bu yönde işlem tesis etmesi sonucu iptal davasına konu olan uyuşmazlıklardan birinde davacı, eşdeğer sınav olarak belirlenen sınava katılmamış ve ÖSYM'ye sunduğu dilekçeyle katılmama gerekçesi olarak istirahat raporunu göstermiştir. Sonrasında ise ÖSYM tarafından ilgilinin eşdeğer sınava çağrılmasına tekrar karar verilmiştir. Bunun üzerine davacının Covid-19 pandemisi nedeniyle ertelenerek 27.9.2020 tarihinde yapılan 2020 e-YDS-1'e de katılmaması üzerine ÖSYM tarafından, olağan dışı bulgu tespiti yapılan 2008 ÜDS mart dönemi sınavı geçersiz sayılmıştır. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi; "*davacının ... sınava katılmamasının hukuken geçerli sayılabilecek bir sebebe dayanıp dayanmadığı hususu incelenmeksizin sırf eşdeğer sınava katılmadığından bahisle 2008 ÜDS Mart Dönemi sınav sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği*" gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Bu karar doğrultusunda ÖSYM tarafından 2008 mart dönemi ÜDS sonucu geçersiz sayılan davacının sınavının geçerli sayılmasına ilişkin yeni bir işlem tesis edilmiştir.

Diğer yandan ÖSYM tarafından söz konusu iptal kararının gerekçesi doğrultusunda; ilgilinin 2022 ocak ayı e-YDS sınavına aday atamasının yapılması, hastalık sebebiyle sınava katılamazsa 2022 şubat ayı e-YDS sınavına atamasının yapılması, hastalık sebebiyle bu sınava da katılamazsa 2022 YDS/1'e katılım sağlaması; atamasının yapıldığı bu üç sınavdan hiçbirine girmemesi halinde ise 2008 ÜDS mart dönemi sınavının geçersiz sayılması yönünde bir karar almıştır. Danıştay, bu karara ilişkin yapmış olduğu incelemede; "*davacının 2022 Ocak e-YDS, 2022 Şubat e-YDS veya 2022 YDS/1 sınavlarından herhangi birine katılım sağlayarak eşdeğer sınava katılma yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı anlaşıldığından iptal kararının gereklerine uygun tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı*" sonucuna varmıştır.[31] Konuya ilişkin bir başka uyuşmazlıkta ise Danıştay, toplamda üç kez eşdeğer sınava çağrılmasına karşın özellikle sınav tarihlerine denk gelen dönemlerde tekrarlayan bir şekilde sağlık mazereti sunan davacının sınav sonucunun geçersiz sayılmasını hukuka uygun bulmuştur.[32]

---

[31] Bkz. D. 8. D., E. 2022/1931, K. 2022/1886, 18.3.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[32] "*Davacının 2008 ÜDS Mart Dönemi sınav sonucunun davalı idarece olağandışı bulunması üzerine 6114 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesinin idareye verdiği yetki kapsamında toplamda üç kez eşdeğer sınava çağrılmasına karşın özellikle sınav tarihlerine denk gelen dönemlerde davacının tekrarlayan bir şekilde sağlık mazereti sunduğu görülmekte olup 12.05.2018 ve 01.12.2019 tarihlerinde yapılan eşdeğer sınavlarda davacının sunduğu mazeretin davalı ida-*

ÖSYM'nin eşdeğer sınava katılmayan davacının olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavını geçersiz saydığı ve bu nedenle ortaya çıkan farklı bir uyuşmazlıkta ise ilk derece mahkemesinin; "*davacının ... rahatsızlığına ve istirahatli olduğuna ilişkin sağlık raporunun bulunduğu, eşdeğer sınavın yapıldığı tarihte hasta ve istirahatli olan davacıdan eşdeğer sınava girmesinin beklenemeyeceği, davacının eşdeğer sınava katılmamasının hukuken kabul edilebilir bir nedene dayandığı*"[33] gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde verdiği karar, Danıştay tarafından onanmıştır.[34]

cc. Eşdeğer Sınava Mazeretsiz Katılmama

İlk derece mahkemesi kararına konu olan bir uyuşmazlıkta; 2012 ilkbahar dönemi ÜDS'den "26,25" puan almışken sadece bir dönem sonra yapı-

rece kabul edilmesine ve yeni sınav tarihi belirlenmesine karşın üçüncü kez belirlenen 27.09.2020 tarihinde yapılan sınava da benzer sebeplerle katılmadığı anlaşılmaktadır.

Buna göre, 6114 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesiyle adayın eşdeğer sınava tabi tutularak olağandışılık tespiti yapılan sınava yönelik şüphenin ortadan kaldırılması amaçlandığından, daha önce bir çok defa idarece mazereti kabul edilmesine ve yeni sınav tarihi belirlenmesine karşın benzer sebeple sınava katılmadığı görülen davacının bu mazeretinin haklı bir mazeret olarak kabulüne olanak bulunmadığı gibi sınav tarihlerine denk gelecek şekilde sağlık mazereti sunmasının eşdeğer sınava girme yükümlülüğünü de ortadan kaldırmayacağı açıktır.

Bu durumda, temyiz incelemesinin yapıldığı tarih itibarıyla da eşdeğer sınav sonucunu dosyaya sunamayan davacının olağan dışı görülen 2008 ÜDS Mart Dönemi sınav sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır." D. 8. D., E. 2021/6728, K. 2021/5216, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023) Benzer yönde: D. 8. D., E. 2021/7734, K. 2021/7138, 29.12.2021, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

Konuya ilişkin farklı bir uyuşmazlıkta ise 2009 ÜDS sonbahar dönemi sınav sonucunun hayatın olağan akışına uygun olmadığı değerlendirilerek eşdeğer sınava çağrılan davacının eşdeğer sınava mazeretsiz olarak katılım sağlamadığı gerekçesiyle ÖSYM tarafından 2009 sonbahar dönemi ÜDS sonucunun geçersiz sayılmasına karar verilmiştir. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesi; "*davacının sınav tarihini kapsayan dönemde sağlık mazeretinin bulunması nedeniyle sınava katılamadığı anlaşıldığından 2009 ÜDS Sonbahar Dönemi sınav sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı*" gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiştir. Bkz. D. 8. D., E. 2022/3441, K. 2022/3813, 3.6.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[33] Bkz. D. 8. D., E. 2021/6555, K. 2021/5215, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

[34] "*Olayda, yukarıda belirtilen yargısal süreç sonucunda davacının yeniden eşdeğer sınava çağrılması üzerine, 14.11.2020 tarihinde yapılacak olan e-YDS 2020/02 sınavına "Akut nazofarenjit nezle" tanısı ile Özel Doğu Anadolu Hastanesi'nden alınmış 7 gün istirahat raporunun bulunması nedeniyle katılamadığı, söz konusu raporun 19.11.2020 tarihinde davalı idare kayıtlarına girdiği, buna göre davacının eşdeğer sınava girememesinin somut olaya özgü geçerli bir mazerete dayandığı anlaşılmakta olup; şüpheli bulunan 2005 ÜDS Sonbahar Dönemi sınavının geçersiz sayılmasına ilişkin davalı idare işleminde bu anlamda hukuka uyarlık bulunmadığı...*" D. 8. D., E. 2021/6555, K. 2021/5215, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

lan 2012 sonbahar dönemi KPDS'den "71,25" puan almasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği değerlendirilen davacı, ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağrılmıştır. Eşdeğer sınava katılım sağlamadığı takdirde olağan dışı olarak değerlendirilen sınavının geçersiz sayılacağı hususu kendisine bildirilen davacının, bu bildirime rağmen mazeretsiz olarak sınava katılım sağlamaması üzerine sınavının geçersiz sayılmasına karar verilmiştir. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, 6114 sayılı Kanun uyarınca çağrıldığı eşdeğer sınava makul ve kabul edilebilir bir mazeret bildirmeksizin katılmayan kişinin sınavının geçersiz sayılmasına yönelik idarenin takdir yetkisi bulunmadığını vurgulamış ve "*çağrıldığı eşdeğer sınava katılım sağlamayan davacının sınavının geçersiz sayılmasının yasal bir zorunluluk olduğu*" gerekçesiyle davayı reddetmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.[35]

2007 yılında girdiği ekim dönemi ÜDS sonucuna ilişkin olağan dışı bulgu tespiti yapılarak ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağrılan davacının bu işleme karşı açtığı davada ise ilk derece mahkemesi iptal kararı vermiş; bu karar Danıştay tarafından kaldırılarak dava reddedilmiştir. Bu karar üzerine davacı, tekrar eşdeğer sınava çağrılmış; ancak 19.1.2019 tarihli e-YDS'ye raporlu olması nedeniyle katılmamıştır. Daha sonra ise ÖSYM, davacının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmış olmasını da dikkate alarak eşdeğer sınava çağrılan ve bu sınava girmeyen kişilerin sınavlarının geçerli sayılıp sayılmayacağı hususunun bekletici mesele yapılmasına karar vermiştir. Öte yandan anılan kararın adayların eşdeğer sınava çağrılması hususunu kapsamadığı gerekçesiyle ilgilinin 2019 nisan ve mayıs aylarında yapılacak e-YDS veya mart ayında yapılacak YDS'ye eşdeğer sınav hükmünde katılmak üzere çağrılmasına karar verilmiştir. ÖSYM son olarak ise bireysel başvuru sürecinin uzaması sebebiyle eşdeğer sınava çağrılan ve sınava girmeyen kişiler hakkında 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesinin uygulanmasına karar vererek ilgilinin 2007 ekim dönemi ÜDS sınav sonucunu geçersiz saymıştır. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, yargı kararının uygulanması amacıyla çağrıldığı eşdeğer sınavlara katılmadığı açık olan davacı hakkında, 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde yer alan ve yapılan çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavının geçersiz sayılacağına ilişkin amir hüküm uyarınca tesis edilen

[35] Bkz. D. 8. D., E. 2021/6427 K. 2021/5213, 10.11.2021, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

işlemin hukuka uygun olduğuna ve davanın reddine hükmetmiş; karar Danıştay tarafından da onanmıştır.[36]

İdare mahkemesi kararına konu olan bir diğer uyuşmazlıkta ise adına sınav giriş belgesi düzenlenmiş olmakla birlikte bu belgeyi görüntülemesi ve çıktı olarak alması sistem tarafından engellenen davacının 2014 sonbahar dönemi YDS sonucu, eşdeğer sınava katılmadığı gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır. Bu işlemin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, Danıştay tarafından da onanan kararında; sistemde geçerli bir fotoğraf bulundurma yükümlülüğünün adaylara ait olduğu, davacının da sınav giriş belgesi düzenlenmediğinden bahisle eşdeğer sınava katılmadığının anlaşıldığı, davacının bu mazeretinin haklı bir mazeret olarak kabulüne olanak bulunmadığı gibi eşdeğer sınava girme yükümlülüğünü de ortadan kaldırmayacağını vurgulayarak davanın reddine hükmetmiştir.[37]

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN EŞDEĞER SINAVA ÇAĞIRMA YETKİSİNİN KULLANIMINA İLİŞKİN YAPTIĞI DEĞERLENDİRME

6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesi uyarınca olağan dışı bulguya rastlanması nedeniyle ilgilinin eşdeğer sınava çağrılması sonucu ortaya çıkan bir

---

[36] D. 8. D., E. 2021/6556, K. 2021/5212, 10.11.2021, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023) Karara yazılan karşı oy gerekçesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

"*Kişilerin bir sınavda aldığı notun yada sonucun kural dışı bir yolla alındığı iddiasının gerçekliğinin tespit ölçüsü bu sınavdan yıllar sonra yapılan bir eşdeğer sınav olamaz. Bunun ancak somut bir olguya dayalı olarak sınav belgeleri üzerinde, elektronik kayıtlarda ya da adli bir tespit ile ortaya konulması gerekir.*

Dava konusu işlem, davacının eşdeğer sınava çağrılmasına rağmen belirtilen sınava katılmadığı gerekçesiyle şüpheli bulunan 2007 ÜDS Ekim Dönemi sınav sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin olup öncelikle davacının eşdeğer sınava çağrılmasını gerektirebilecek maddi ve hukuki olguların somut olayda bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

...Sonuç olarak; sınavların güvenilirlik, gizlilik, tarafsızlık, bilimsellik ilkeleri çerçevesinde ve adaylara fırsat eşitliği sağlayacak biçimde yapılması, uygulanan sınavlarda gerekli her türlü güvenlik önlemlerinin alınması görevinin davalı idarenin sorumluluğunda olduğu, davacının girmiş olduğu 2007 ÜDS Ekim Dönemi sınavında, sınav güvenliğinin ihlali sonucunu doğurabilecek herhangi bir somut ve nesnel bir bulguya rastlanılmadığı, davacının bir önceki sınav sonucuna göre gösterdiği başarı oranının hayatın olağan akışına aykırı bulunmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlal kararında yer alan gerekçeler de nazara alındığında, davacının eşdeğer sınava çağrılması yönünde tesis edilen işlem ile bu sınava katılmadığı gerekçesiyle sınavının geçersiz sayılmasına yönelik işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır."

[37] D. 8. D., E. 2022/912, K. 2022/1163, 24.2.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

uyuşmazlık, 2019 yılında bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır.[38] ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağırma işlemi tesis edilirken gösterilmesi gereken özen ve hassasiyet ile uygulanması gereken usul ve ilkelerin somutlaştırılması bakımından Anayasa Mahkemesinin başvurucu Özcan Bayrak hakkında verdiği bu kararın ele alınması önemlidir.[39]

Anayasa Mahkemesi 6.5.2019 tarihinde yapılan bireysel başvuru sonucunda 3.11.2022 tarihinde verdiği kararda öncelikle başvurucunun eşdeğer sınava çağrılması şeklinde tesis edilen işlemle birlikte başvurucunun doktora diplomasının geçerliliği bakımından yakın ve makul bir risk doğduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, bu gerekçeyle ilk olarak Anayasa'nın 42. maddesi çerçevesinde başvurucunun eğitim hakkına müdahalede bulunulduğunu tespit etmiştir. Bu müdahalenin hak ihlali oluşturup oluşturmadığı yönünde yapılan değerlendirmede ise ilk olarak; "*somut olayda olduğu gibi çeşitli güvenlik tedbirleri çerçevesinde gerçekleştirilmiş, geçerliliği uzun yıllar*

---

38 AYM, Özcan Bayrak Kararı, B.N., 2019/14060.

39 Başvurucunun eğitim hakkının ihlal edildiğine hükmedilen söz konusu kararda yer alan bilgiler doğrultusunda bireysel başvuruya giden süreç özet olarak şu şekilde gerçekleşmiştir: Adıyaman Üniversitesi Rektörlüğünün bir grup akademisyenin yabancı dil sınavlarının şüpheli olduğu yönünde yaptığı ihbar üzerine, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Soruşturma Bürosu 10.11.2017 tarihinde bir soruşturma başlatmıştır. Başsavcılık, soruşturma kapsamında ÖSYM'den ilgili kişilerin girdiği yabancı dil sınavları ile buna ilişkin belgelerin incelenmesini, sınav sonuçlarının önceki sınavlarla karşılaştırılmasını ve varsa tespit edilecek usulsüzlüklere ilişkin bir rapor düzenlenmesini istemiştir. Bu akademisyenlerden biri olan Özcan Bayrak, 2005 yılında girdiği sonbahar dönemi ÜDS'den "70,00" puan almıştır. Bayrak bu sınavdan önce yabancı dil sınavı olarak en son 2004 yılı sonbahar dönemi ÜDS'ye girmiş ve bu sınavdan "26,25" puan almıştır. Bayrak'ın 2004 yılından önce girdiği sınavlarda aldığı en yüksek puan ise 2001 yılında aldığı "41,25"tir. (Bayrak'ın aldığı diğer puanlar, 2001 yılı ilkbahar dönemi ÜDS'den aldığı "31,25" ve 2003 yılında girdiği KPDS'den aldığı "22,00" puandır).

Başsavcılığın yazısı üzerine harekete geçen ÖSYM Başkanlığı, konuyu Olağandışılık Araştırma Komisyonuna ve İhbar Değerlendirme Komisyonuna aktarmıştır. İhbar Değerlendirme Komisyonu, Adıyaman Üniversitesinde görevli 85 akademisyenle ilgili inceleme yapmış; 21 kişinin sınav sonuçlarını şüpheli bulmuştur. 21.2.2018 tarihinde toplanan ÖSYM, aday değerlendirme raporu doğrultusunda, sınav sonucu şüpheli bulunan kişilerden biri olan Özcan Bayrak'ın eşdeğer sınava çağrılmasına karar vermiştir. Bayrak'ın eşdeğer sınava çağrılmasına ilişkin 2.3.2018 tarihli yazı, Özcan Bayrak'a tebliğ edilmiştir. Bayrak, bu işleme karşı açtığı iptal davasında yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuşsa da bu talep Ankara 14. İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret kararına karşı yapılan itiraz ise Ankara Bölge İdare Mahkemesince kabul edilerek 7.6.2018 tarihinde dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. (Kararın gerekçesi için bkz. AYM, Özcan Bayrak kararı, prg. 16). Bölge İdare Mahkemesinin bu kararına rağmen Ankara 14. İdare Mahkemesi davayı reddetmiş; bu ret kararı da Danıştay 8. Dairesi tarafından 8.2.2019 tarihinde oyçokluğuyla onanmıştır. Ayrıca söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının ele alındığı bir çalışma için bkz. ÇAĞLAYAN, 2023.

boyunca tüm kamusal makamlarca kabul edilmiş, kişilere akademik yeterlilik elde etmeleri noktasında önemli hak veya menfaatler sağlamış bir sınavla ilgili olarak kişinin şüpheli sonuçlar elde ettiği yönünde ortaya atılan iddianın ciddi bir şüpheye yol açıp açmadığının" tartışılması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, öncelikle Adıyaman Üniversitesi Rektörlüğü tarafından yapılan ve mevzuat uyarınca ilgilisi hakkında çok önemli sonuçlar doğurabilecek nitelikteki ihbarın içeriğinin ne derece ciddiye alınır, somut ve nesnel veriler ya da gerekçeler içerdiğinin sorgulanması gerektiğini hatırlatmıştır.

Başvurucu Özcan Bayrak, girdiği son iki sınav arasındaki puan farkını sınavlar arasında geçen süre ve bu esnada aldığı yabancı dil kursları sonucu dil yeteneğini geliştirmesiyle açıklamıştır. Buna rağmen Mahkeme, eşdeğer sınava çağırma kararı alınırken başvurucunun katıldığı sınavların ortalamasından ve başvurucunun katıldığı son iki sınavdaki başarı grafiğinden başka bir hususun dikkate alınmadığının üzerinde durmuştur. Mahkeme bu kapsamda, eşdeğer sınava çağırma kararı alınırken başvurucunun soru kitapçıklarının ve cevap anahtarlarının hangi sebeple incelenmediğinin de açıklanamadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu durum, kanunda yer alan olağan dışı bulgu kriterinin karşılanıp karşılanmadığı hususunun idarece yeterince tartışılmadığının bir göstergesidir. Diğer bir deyişle Mahkeme, rastlanılan ve olağan dışı olarak nitelenen bulgunun aslında olağan bir bulgu olabileceği ihtimalinin çürütülmesi için idarece yeterince özenli ve hassas davranılmadığını vurgulamıştır. Mahkemenin üzerinde durduğu bu hususlar çerçevesinde, eşdeğer sınava çağırma kararı alınmadan önce ilgilinin dinlenilmesi[40] ve beyan ettiği hususların doğruluğunun araştırılmasının önemli olduğu vurgulanmalıdır. Bunun yanında soru kitapçıkları, cevap anahtarları ve sınav tutanakları üzerinde kapsamlı incelemelerin yapılarak tüm bu inceleme ve araştırmaların zorunlu kılması halinde ilgili hakkında eşdeğer sınava çağırma yönünde işlem tesis edilmesinin isabetli olacağını söylemek mümkündür.[41]

---

[40] İdari usul kapsamındaki en önemli haklardan biri kabul edilen dinlenilme hakkına ilişkin bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 140 vd.; ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 1, 2016, ss. 26-45.

[41] Zira ÖSYM tarafından kabul edilen 21.2.2018 tarih ve 2018/08 sayılı Eşdeğer Sınav Uygulaması ve Değerlendirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar'da da bu incelemenin yapılması gerekebileceği belirtilmiştir. Özcan Bayrak kararında yer verilen Usul ve Esaslar'ın 5. maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir:

Sınav güvenliğine ilişkin alınacak tedbirlerin devletin yükümlülüğünde olduğunu ve devletin birey nazarında hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebilecek işlemlerden kaçınmakla yükümlü olduğunu hatırlatan Anayasa Mahkemesinin Özcan Bayrak kararında üzerinde durduğu en önemli konulardan biri de başvurucunun olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının üstünden geçen süre olmuştur. Mahkeme, 6114 sayılı Kanun'un ÖSYM'ye tanıdığı eşdeğer sınava çağırma yetkisinin kullanılma usulüne ilişkin öncelikle başvurucunun olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınava 12 yıl önce girdiği ve bu sınav sonuçlarının kamusal makamlarca kabul edildiğine işaret etmiştir. Öte yandan başvurucunun doğrudan ya da dolaylı şekilde dahil olduğu herhangi bir usulsüzlüğün somut olarak ortaya konulmadığı Mahkemece ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki; Mahkemenin yapmış olduğu, "12 yıldan fazla bir süre önce girilen ve bu süre boyunca doğurduğu sonuçlar kamusal makamlar tarafından da kabul edilen bir sınav" ve "başvurucuya sınavda usulsüzlük yaptığına ilişkin açık bir suçlamada bulunulmadığı" vurgusu da eşdeğer sınava çağırma işleminin hukuki istikrar[42] ve dolayısıyla hukuki güvenlikle olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Bu nedenle de Mahkeme, isabetli bir şekilde, olağan dışı bulguya rastlanma kriterinin son derece katı bir şekilde uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, yaptığı bu tespitler sonucunda eşdeğer sınava çağrılma için 6114 sayılı Kanun tarafından aranan olağan dışı bulgulara rastlanması şartının tam manasıyla karşılanmadığı kanaatine ulaşmış ve zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmeyecek nitelikteki bu müdahalenin başvurucunun eğitim hakkının ihlaline yol açtığına hükmetmiştir.

"(5) Olağandışılık Araştırma Komisyonu ve İhbar Değerlendirme Komisyonu, gerektiği durumlarda ilgili sınavın kapalı döneme intikal eden ve baskı öncesi aşamada iptal edilen soruları da göz önünde bulundurarak adayların soru kitapçıklarını ve cevap anahtarlarını inceleyebilir.".

42 Balkar, özel hukuktaki zamanaşımı müessesesinin olduğu gibi hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin kabul edilen prensiplerin de "insan hayatının normal surette muhtaç bulunduğu" istikrar ilkesine dayandığını ifade etmiştir. Bkz. BALKAR Kemal Galip, "İdare Muamelelerinde İstikrar Prensibi ve Devlet Şurasının Bir İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine Bazı Düşünceler", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 7, Ankara, 1952, ss. 300-311, s. 311.

III. SINAVIN GEÇERSİZ SAYILMASININ GERİYE YÜRÜMEZLİK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kişinin daha önce girmiş olduğu bir sınavın geçersiz sayılması geçmişe dönük sonuçlar doğurur. Zira sınavın geçersiz sayılmasıyla söz konusu sınavdan alınan puan ve bu puana dayalı olarak elde edilen tüm kazanımlar tüm sonuçlarıyla beraber ortadan kalkar ve kişi o sınava hiç girmemiş gibi olur. Böyle bir sonuç kuşkusuz kişinin hukuki güvenliği bakımından önemlidir. Bu kapsamda sonuçlarını geçmişi etkileyecek şekilde doğuracak olan, sınavın geçersiz sayılması işleminin geriye yürümezlik ilkesi ve bu ilkenin istisnaları bakımından ele alınması gerekir.

A. Geriye Yürümezlik ve Takdir Yetkisi

Hukuki güvenlik[43] ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendirilebilecek bir ilke olan ve hukuk normunun, kural olarak, geçmişi değil geleceği düzenleyeceği görüşü üzerine inşa edilen geriye yürümezliğin, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin temel ilkelerden biri olduğu kabul edilir.[44] Geriye yürümezliğin, hukuk mantığı çerçevesinde olağan bir durum kabul edilebilecek nitelikte basit bir kural olduğu düşüncesine karşılık uygulamada ortaya çıkan sorunlar bu düşüncenin yanlışlığını ortaya koyar.[45] Geriye yürümezlik hakkında ilk vurgulanması gereken husus, ilkenin gerek anayasa dahil yasal düzenlemeler[46] gerekse idari işlemler bakımından geçerlilik taşıdığıdır. Bu kapsamda, kanunla idari işlem arasındaki ilişki[47] ve idarenin düzenleme yetkisinin türevselliği[48] dikkate alındığında geriye

---

43 AYANOĞLU Taner, "Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 112, 2012, ss. 85-126, s. 110; D. 13. D., E. 2013/1392, K. 2017/1929, 13.6.2017, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023); D. 6. D., E. 2022/5118, K. 2022/7892, 21.9.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

44 DURAN Lutfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 412; AKILLIOĞLU Tekin, "Ekonomik Alanda Yönetsel İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları", **Prof. Dr. Aziz KÖKLÜ'nün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1984, ss. 33-51, s. 33; AYANOĞLU, s. 111; AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 461; D. 13. D., E. 2013/1392, K. 2017/1929, 13.6.2017, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.3.2023).

45 BIYIKLI Hasan İsmet, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Kuralı", **Danıştay Dergisi**, S. 11, 1973, ss. 82-132, s. 86.

46 AKILLIOĞLU Tekin, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman Bakımından Uygulanması", **Anayasa Yargısı**, No: 4, Ankara, 1984, ss. 279-291.

47 GÖÇGÜN Muhammed, **İdari İşlemin Konu Unsuru**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 267-268.

yürüme yasağını ihlal eden bir yasal düzenlemeyi uygulamak amacıyla tesis edilen idari işlemlerin sonuçlarının da doğal olarak geçmişe etkili olacağı tespiti yapılabilir.[49] Buna karşılık doğrudan geçmişe etki doğuracak herhangi bir hüküm ihtiva etmeyen bir kanunun idareye tanıdığı takdir yetkisinin[50] kullanılması neticesinde de geriye yürüme yasağının ihlali ortaya çıkabilir.[51] Dolayısıyla kanun koyucunun idareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarla idarenin kanun koyucunun iradesi sonucu bağlı yetki içerisinde olduğu durumlar farklılık arz eder. Bağlı yetki içinde olan idarenin, kural olarak, kanunda açıkça yer alan bir hükmü somutlaştırarak uygulamaktan başka seçeneği yoktur.[52] Böyle bir durumda idarenin kanunu uygulamaktan başka bir seçeneği olmasa da tesis edilen idari işlemin iptali talebiyle açılan davada uygulanan kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası, davaya bakmakta olan idari yargı merci tarafından Anayasa Mahkemesine taşınabilir. İdare, kanun koyucunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı durumlarda bu yetkiden kaynaklanan iradesini geçmişe etki doğuracak şekilde kullandığında ise bu işlemden dolayı menfaati ihlal edilenler tarafından iptal davası açılarak sebep ve/veya konu unsurları yönünden hukuka aykırı olan bu işlemin iptali sağlanabilir.

Geriye yürümezlik ilkesinin üzerinde durulurken, gerek yasal düzenlemeler gerekse idarenin düzenleyici işlemleri açısından, düzenleyici işlemlerin; genel, soyut ve objektif nitelik taşıyor olması da göz ardı edilmemelidir.[53] Zira düzenleyici işlemler, belirli bir kişi özelinde somutlaşıp birel işlem

---

48 GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 80; ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 68; DURAN Lütfi. "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 4, S. 1-3, 1983, ss. 33-42, s. 39.

49 AYANOĞLU, s. 104. Bu konuda yazar ayrıca, geçmişe etki eden sonuçların gerçekte idari işlem tarafından gerçekleştiğini ve geçmişe etkinin idari işlemin konu unsurunda somutlaştığını belirtmiştir. Bkz. a.g.e., s. 89.

50 Nitekim Güneş, idarenin düzenleme yetkisinin kaynağının takdir yetkisi olduğu görüşündedir. Bkz. Güneş, 87 vd.

51 BIYIKLI, s. 90-91.

52 GÜNEŞ, s. 87.

53 İdarenin düzenleyici işlemleri ve düzenleme yetkisi hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. GÜNEŞ, a.g.e.; ÖZTÜRK K. Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009; SARICA Ragıp, **Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Salahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943; TAN Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, C. III, 1986, ss. 203-216.

olarak uygulanmadığı sürece bu işlemlerin hukuki güvenlik ilkesi bakımından meydana getirdikleri asıl sorun, geçmişe etki doğmasına yol açabilecek nitelik arz etmeleridir. Diğer bir ifadeyle objektif ve soyut bir düzenleyici işlem, esasında, başlı başına subjektif bir durumu etkileyerek belirli bir kişinin hak ve menfaatini ihlal etmez. Ne var ki; geçmişe etki edebilecek hükümler içeren bir düzenleyici işlem, idareye birel işlem tesis etmek suretiyle ilgili kişinin hukuki güvenliğini ihlal etme imkanı veriyor, bu yönde bir kapı aralıyor demektir. Bununla birlikte kanunla idari işlem arasındaki takdir yetkisi-bağlı yetki ilişkisi, düzenleyici işlemle birel işlem arasında da mevcuttur. İdare, bazı durumlarda düzenleyici bir işlemden kaynaklı takdir yetkisine sahip olabileceği gibi düzenleyici işlem, idareyi bağlı yetki içinde bırakmış da olabilir. Bu durumda düzenleyici işlemde doğrudan geçmişe etki edecek bir kural bulunmuyor olsa bile idare, takdir yetkisini kullanmak suretiyle geçmişe etki edecek birel işlemler tesis edebilir.[54] Düzenleyici işlemin idareyi geçmişe etki eden işlemler tesis etme yönünde bağlı yetki içine soktuğu durumlarda ise hem birel işlemin hem de düzenleyici işlemin hukuka aykırılığının iptal davası yoluyla ileri sürülebilmesi mümkündür.

B. Geriye Yürümezlik ve Kazanılmış Hakların Korunması

Kişilerin hukuki düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce hukuka uygun şekilde elde ettikleri kazanımların geçmişe etki eden düzenlemelerin kendilerine uygulanması sonucu ellerinden alınması, hukuki güvenliğin unsurlarından ve hukuk devletinin gereklerinden olan öngörülebilirlik ve istikrar ilkesine aykırı olacağı gibi böyle bir ihtimalde öncelikle kazanılmış hakların korunması meselesi gündeme gelir.[55] Zira geriye yürümezlik ilkesine aykırı kurallar içeren bir düzenlemenin hukuki güvenlik ilkesi bakımından somutlaşacağı asıl nokta kazanılmış hakların ihlal edilmesidir.[56] Nitekim Anayasa Mahkemesine göre kazanılmış hak, "*kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak*"tır ve "*kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur.*"[57] Bununla birlikte kazanılmış hakların korunması ilke-

---

[54] GÖÇGÜN, s. 68.

[55] BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19-20.

[56] AYANOĞLU, s. 92.

[57] AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4.5.2017, RG, 3.8.2017; AYM, E. 2014/61, K. 2014/166, 7.11.2014, RG, 19.6.2015; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015, RG, 11.6.2015; AYM, E. 2011/45, K. 2013/24, 31.1.2013, RG, 13.1.2015.

sinin geriye yürümezliğe göre daha dar kapsamlı olduğu da belirtilmiştir.[58] Dolayısıyla kazanılmış hakların ihlal edildiği her durumda geriye yürümezliğe aykırılıktan söz edilebilirse de geriye yürüyen işlemler her zaman kazanılmış hakları ihlal etmeyebilir.

İdare, ya doğrudan kanundaki bir hükmü uygulayarak ya düzenleyici bir idari işlemin gereğini yerine getirirken ya da takdir yetkisi çerçevesinde bir birel işlem tesis etmek suretiyle kazanılmış hakların ihlaline yol açtığında hukuki güvenlik ve istikrarı zedeleyecek şekilde geçmişe etki doğuran; yani geriye yürümezlik yasağını ihlal eden bir durumla karşı karşıya kalınır.[59] Bu nedenle geriye yürümezlik ilkesine aykırı yasal bir düzenleme ya da düzenleyici bir idari işlemle adeta kazanılmış hakların ihlaline yol açabilecek bir ortam hazırlanmış olurken bunlardan farklı olarak bir birel işlemin geriye yürümezlik ilkesine aykırılığı, doğrudan kazanılmış hakların ihlali anlamına gelir.[60] Bu tespit çerçevesinde gerek kazanılmış hakların ihlaline yol açabilecek bir ortamın doğması gerekse kazanılmış hakların doğrudan ihlali, geriye yürümezliğin son tahlilde kazanılmış hakların korunması amacına hizmet eden bir ilke olduğunu ortaya koyar.

Geriye yürümezliğin mutlak bir ilke olmaması da, büyük ölçüde, kazanılmış hakların korunmasıyla ilgilidir. Geçmişe etki eden hukuki bir düzenleme ya da bir birel işlem, kazanılmış hakların korunması bakımından hukuki güvenliğe aykırı bir sonuç doğurmuyor ise işlemin geriye yürümesinde herhangi bir sakınca olmadığı söylenebilir. Doktrinde ve Danıştay kararlarında geriye yürümezlik ilkesinin istisnaları[61] arasında yer alan bu ihtimal, ilgilisi bakımından lehe sonuçlar doğuracak işlemlerin eşitlik ilkesine aykırı-

---

58 AKILLIOĞLU, 1984b, s. 289.

59 ÖZDEMİR H. Eyüp, "İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Somer'e Armağan**, C. 12, S. 1-3, ss. 1001-1010, s. 1006.

60 BÜLBÜL, s. 56-57.

61 Öte yandan; kanunun açık hükmü, ilgilinin talebi ya da rızası, yargı kararının uygulanma zorunluluğu, kamu yararının, kamu düzeninin ya da kamu hizmetlerinin zorunlu kılması da yine geriye yürümezlik ilkesinin istisnaları olarak kabul edilmiştir. Bkz. AKILLIOĞLU, 1984a, s. 44; BIYIKLI, s. 86, 118 vd.; YAŞAR Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 386; ATAY, s. 515; GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev / AKGÜNER Tayfun vd., **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 1294. "*...Anılan ilkenin, kamu yararı, lehe hükmün geriye yürümesi, idari işlemin geri alınması gibi istisnaları olmakla birlikte, dava konusu düzenleme bakımından bu istisnaların varlığından da söz edilemeyeceği açıktır.*" D. 6. D., E. 2022/5118, K. 2022/7892, 21.9.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 9.9.2023).

lık teşkil etmemesi koşuluyla geçmişe dönük olarak uygulanabilmesi şeklinde karşımıza çıkar.[62]

C. Geriye Yürümezliğin İstisnası Olarak İdari İşlemin Geri Alınması[63]

Geriye yürümezlik, yukarıda da ifade edildiği üzere, her şart ve durumda uygulanması gereken mutlak bir kural olmayıp bazı durumlarda kanunların ya da idari işlemlerin geçmişe etkili sonuçlar doğurması hukukilik sınırları içerisinde kabul edilir.[64] Bu kapsamda geriye yürümezlik kuralının en önemli istisnası, şüphesiz, idari işlemin hukuka uygun şekilde geri alınmasıdır.[65] Zira bir idari işlemin tesis edilmesi sonucu ilgili açısından hukuki ya da fiili açıdan meydana gelen kesin ve yeni durum, ancak hukuk düzenine aykırılığın giderilmesi amacına istinaden ortadan kaldırılabilir.[66] İşte idari işlemin idari yargı merci tarafından iptalinde olduğu gibi geçmişe dönük olarak, doğurduğu tüm sonuçlarıyla beraber ve işlem hiç tesis edilmemiş gibi[67] hukuk aleminden çıkarılması anlamına gelen[68] geri alma, hukuki güvenlik ilkesinden kaynaklanan sınırlar çerçevesinde hukuk düzenine aykırılığın giderilmesini sağlar. Bu durumda idarenin, tesis ettiği bir idari işlemi hukuken gerekli şartlar oluştuğunda, o işlem hiç tesis edilmemiş gibi bir sonuç doğuracak şekilde, "mâkable şamil"[69] bir irade ortaya koyarak geri alması geriye yürümezlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki bu durum, kanuni idare ilkesi çerçevesinde hukuka uygun işlem tesis etme yükümlülüğü bulunan idare açısından aynı zamanda bir zorunluluktur.[70]

---

62 ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 514-515. Farklı yönde: KARAHANOĞULLARI Onur, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 128.

63 ERGUVAN Derya Deviner, **Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

64 ULER Yıldırım, **İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 281, Ankara, 1970, s. 18.

65 İdari işlemin geri alınması hakkında bkz. TAN Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970; GÜNDÜZ F. Ebru, İdari İşlemin Geri Alınması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

66 KARAHANOĞULLARI, 2022, s. 133.

67 ULER, s. 25, 29.

68 TAN, s. 5.

69 Bkz. BALKAR Kemal Galip, "İdari Kararlarda Makable Şümul Meselesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S. 2, 1960, ss. 210-212.

70 KARAHANOĞULLARI, 2022, s. 138.

İdari işlemin geri alınması söz konusu olduğunda, hukuki güvenlik ilkesi bakımından hangi tür işlemlerin, hangi şartlarda ve ne süre içerisinde geri alınabileceği sorularının cevaplanması gerekir. Zira geri alma, idari işlemle ortaya çıkan tüm sonuçların bertaraf edilerek işlemin tesisinden önceki hukuki duruma geri dönülmesini sağlayacak bir irade olduğundan, hukuka aykırı bir geri alma işlemi hukuki güvenlik ve bilhassa idari istikrar ilkesi[71] bakımından vahim sonuçlar doğurabilir. Bu kapsamda, hukuka uygun düzenleyici işlemler ile hukuka aykırı olup ilgilisi bakımından hak doğurucu nitelikteki düzenleyici işlemlerin kural olarak geri alınamayacağı ve fakat bu işlemlerin kaldırılabileceği;[72] hukuka aykırı olup ilgilisi bakımından herhangi bir hak doğurmayan düzenleyici işlemlerinse geri alınabileceği kabul edilir.[73]

Diğer yandan hukuka uygun birel işlemlerin geri alınamayacağı ancak kaldırılabileceği kabul edilirken hukuka aykırı birel işlemler bakımından yine hak doğuran ve hak doğurmayan işlem ayrımı yapılır.[74] Buna göre; ilgilisi bakımından hak doğurucu nitelikte olmayan hukuka aykırı birel işlemlerin geri alınması her zaman mümkünken hak doğuran hukuka aykırı birel işlemler, idari istikrar ilkesi gereğince ancak dava açma süresi içinde;[75] işleme karşı dava açılmışsa dava sonuçlanana kadar ya da makul bir süre[76] için-

---

71 İdari istikrar ilkesi hakkında detaylı bilgi ve inceleme için bkz. EKİNCİ Murat, **İdari İstikrar İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021; YILMAZ Harun, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

72 GÜNEŞ, s. 172. Öte yandan düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılması aşamasında hukuki güvenliğin sağlanması, geçiş hükümleri konulması yoluyla haklı beklentilerin karşılanması şeklinde mümkün olur. Bkz. BÜLBÜL, s. 47; OĞURLU Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 283 vd.; KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 595; GÖÇGÜN, s. 300-301.

73 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 1, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s. 1234 vd.

74 YILDIRIM Turan, "İdari İşlemler", Editör: Turan Yıldırım, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 415-534, s. 470-471; GÖZLER, s. 1245 vd.; GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER vd., s. 1299-1300.

75 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 551; DURAN Lutfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 81; BIYIKLI, s. 106-107; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 490; GÖZLER, s. 1238; GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER vd., s. 1301.

76 "*İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunmaları halinde tesis edildikleri tarihten geçerli olmak üzere geri alınmaları mümkün ise de; bu takdirde; işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun biçimde kazanılmış hakların korunması zorunlu olduğu gibi, geri alma işleminin makul bir süre içinde, hak ve nesafet kurallarını zedelemeyecek bir şekilde yapılması da gerekli bulunmaktadır.*" D. 8. D., E. 2002/4028, K. 2003/1234, 20.3.2003, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 20.8.2023); D. 8. D., E. 1993/2193, K. 1993/4343, 22.12.1993, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 20.8.2023); D. 8. D., E. 1981/1955, K. 1982/1293, 1.11.1982, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 20.8.2023).

de geri alınabilir. Bu kuralın istisnası ise Yargıtay ve Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurullarının içtihatları[77] sonucunda kabul edilen, hak doğuran hukuka aykırı birel işlemlerin her zaman geri alınabileceği durumlardır. Söz konusu içtihatlar çerçevesinde; işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek kadar açık ve ağır hukuka aykırılık içerdiği durumlar ile ilgilinin kötü niyetli hareket ettiği durumlarda idari işlemin her zaman geri alınması mümkündür. Hemen belirtilmelidir ki; ilgilinin kötü niyeti, işlemin tesisi aşamasında hileli davranış, sahte evrak ya da yanlış beyan ile idarenin yanıltılması vb. durumlar sonucu açığa çıkabileceği gibi idarenin açık hata[78] ile bir işlem tesis etmesi halinde, söz konusu hatanın aslında kendisinin de anlayabileceği açıklıkta olmasına rağmen, ilgilinin hareketsiz ya da sessiz kalması durumunda da belirgin hale gelir.[79] Dolayısıyla bu ihtimal gerçekleştiğinde de, yani idare edilenlerin de anlayabileceği açıklıkta bir hata ile işlem tesis edildiğinde ortaya çıkan ağır hukuka aykırılık[80] nedeniyle de işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir.[81]

---

77 Bkz. Yargıtay İBGK, E. 1972/6, K. 1973/2, 27.01.1973, RG, 4.4.1973; Danıştay İBK, E. 1968/8, K. 1973/14, 22.12.1973, **Danıştay Dergisi**, S. 14-15, ss. 182-198; Danıştay İBK, E. 1966/4, 1966/40, K. 1971/36, 2.10.1971, **Danıştay Dergisi**, S. 6-7, ss. 154-158; Danıştay İBK, E. 1987/1, 2, 4, K. 1987/2, 6.7.1987, **Danıştay Dergisi**, S. 70-71, ss. 83-93. Kararlar ve kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. ÖZDEMİR Selman, "İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 2, 2021, ss. 1383-1435; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 491 vd.

78 Her ne kadar 1973 tarihli Danıştay İBK kararında yer almışsa da açık hata kavramının belirsizliği ve açık hatanın tespitinin güçlüğü nedeniyle idari işlemin geri alınması hususunda bu ölçüte yer verilmesinin isabetli olmadığı, bu ölçütün kullanılmasının farklı içtihatların doğmasına yol açtığı vurgulanmıştır. Bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 497-498; Yıldırım da açık hata yerine yokluk ya da hükümsüzlük kavramlarının kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. YILDIRIM, s. 480. "*Diğer taraftan, mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir.*" D. 15. D., E. 2014/2478, K. 2017/6893, 23.11.2017, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 20.8.2023) Ayrıca bkz. ALTINDAĞ Halil, "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 4, 2016, ss. 81-97.

79 TAN, s. 77.

80 Nitekim Sarıca, idarenin çok ağır ve vahim nitelikte hukuka aykırılık içeren tasarrufları söz konusu olduğunda bu aykırılıkların yaptırımının "yokluk" olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. SARICA Ragıp, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", **Ebul'ula Mardin'e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, ss. 1191-1281, s. 1211.

81 YILDIRIM, s. 479. Aynı yönde: ERKUT Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 1-3, Y. 9, İstanbul, 1988, ss. 69-91, s. 78.

İdari işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek durumların işlemin yetki ve konu unsuru bakımından söz konusu olabileceği[82] dikkate alındığında ilgilinin kötü niyetinin daha ziyade işlemin konu unsurunda gerçekleşen açık hata hallerinde ortaya çıkacağı görülür. Böylelikle ilgilinin kötü niyetinin bulunması nedeniyle, konu unsurundaki açık hata sonucu yok hükmünde sayılması gereken işlemler idarece her zaman geri alınabilecektir. Buna karşılık bilhassa idari işlemin yetki unsurundaki sakatlıkların idare edilenler tarafından kolayca anlaşılması mümkün olmayabilir. Dolayısıyla idarenin yetki unsurunda açık hata bulunan bir işlem tesis etmesi halinde, istisnai durumlar dışında, ilgilinin kötü niyetinden söz edilemez. Yetki unsurunda, yok hükmünde sayılmasını gerektirecek denli ağır hukuka aykırılık içeren idari işlemlerin, ilgilinin söz konusu hukuka aykırılıktan haberdar olmasının beklenmeyeceği durumlarda, her zaman geri alınabilmeleri idari istikrar ve hukuki güvenliği zedeler.[83] Dolayısıyla da bu nitelikteki işlemlerden işlemden etkilenen kişilerin sorumlu tutulmamaları ve bu işlemlerin ancak dava açma süresi içinde ya da makul bir süre içinde geri alınabileceğinin kabulü gerekir.[84]

Bu tespitler sonucu, hukuka aykırı birel işlemlerin her zaman geri alınabilmesi bakımından belirleyici asıl ölçütün ilgilinin kötü niyetinin varlığı olduğu görülür. Diğer bir ifadeyle; ilgilinin kötü niyeti sonucu tesis edilen idari işlemler ya da ilgilinin işlemin açıkça hukuka aykırılık barındıran sonuçlarından kötü niyetli şekilde yararlanması durumu söz konusu olduğunda bu işlemler her zaman geri alınabilir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen Özcan Bayrak başvurusunda, başvurucunun olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının üstünden geçen süreye ilişkin değerlendirmesi de bir bakıma bu kapsamdadır. Zira Mahkeme, 6114 sayılı Kanun bakımından olağan dışı bulgulara rastlanması şartının sağlanmış olması için; başvurucunun "*sınavda usulsüzlük yaptığının, yapılan bir usulsüzlüğe ortak olduğunun veya sonuçlarından faydalandığı bir usulsüzlüğün yapılmasına göz yumduğuna ilişkin bulgu*"nun mevcudiyeti koşulunu aramıştır. Belirtilmelidir ki; Mahkemenin aradığı bu koşul, idari işlemin her zaman geri alınabileceği durumlardan biri olan ilgilinin kötü niyetli olması şartının daha somut bir ifadesidir.

---

[82] ERKUT, 1988, s. 75.

[83] "Bilmediği ve çoğu kez öğrenmesinin mümkün olmadığı hataların sorumluluğunu, bireylere yüklemek hakkaniyete uygun düşmeyeceği için açık hata kavramı ya ilgililerin bilebileceği açık hata şeklinde kullanılmalı ya da hiç kullanılmamalıdır." YILDIRIM, s. 479.

[84] YILDIRIM, s. 485.

Diğer yandan kötü niyet sonucu elde edilen kazanımların hukuki bir istikrara dönüşmeyeceği ve dolayısıyla hukuk düzeni tarafından korunmayacağı kabul edilir. Hukuki istikrara dayanak oluşturmayacak bir kazanımın ise kazanılmış hak olarak nitelenemeyeceği açık olduğundan söz konusu kazanımların elde edilmesini sağlayan idari işlemlerin her zaman geri alınabilecek olması, hukuki güvenlik bakımından bir sakınca doğurmaz. Dahası, kazanılmış haklara saygı ilkesi, iyi niyetin korunarak kötü niyetin ödüllendirilmesinin engellenmesi suretiyle hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması amacına hizmet eder.[85] Bu durum, idari işlemler bakımından kabul edilen yokluk teorisiyle[86] birlikte düşünüldüğünde daha anlamlı hale gelir. Zira nasıl ki idari işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek durumlarda yokluğun tespiti her zaman istenebiliyorsa[87] bu işlemlerin, ilgilinin kötü niyetli olmadığı durumlar hariç, idarece her zaman geri alınabilmesi de hukuki güvenlik ilkesi bakımından bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.

İdari işlemin geriye yürümezliği ve geri alınması bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer kavram ise müesses durumdur.[88] Zira geriye yürümezliğin kazanılmış hakları ve müesses durumları koruyarak hukuki istikrar ve güvenin sağlanması amacına hizmet eden bir ilke olduğu vurgulanmıştır.[89] Sözlükte; "kurulu", "kurulmuş", "tesis edilmiş" anlamlarına gelen[90] "müesses" kelimesiyle birlikte kullanılan kavram; subjektif birtakım kazanımların geçmişe dönük olarak korunmasını sağladığından kavramın idari istikrar[91] ve hukuki güvenlik ilkeleriyle sıkı bir ilişkisi vardır. Bu çerçevede; hukuka aykırı şekilde tesis edilen bir idari işlemin ortaya çıkardığı

---

85 OĞURLU, s. 202.

86 Bkz. ERKUT, 1990, s. 149 vd.

87 ERKUT, 1998, s. 85.

88 Müesses durum hakkında bkz. OĞURLU, s. 199 vd.; BOZ Selman Sacit, "Yargı Kararları Işığında Müesses Durum", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 127-157.

89 DURAN, 1964, s. 403; YAŞAR, s. 385.

90 Bkz. Kubbealtı Lugatı, www.lugatim.com, (Erişim Tarihi: 20.8.2023).

91 Bu ilişkiye, aynı zamanda müesses durumlara ilişkin Danıştayın ilk içtihadı olduğu kabul edilen 1952 tarihli İBK kararında işaret edilmiştir: "*Kanunsuz bir terfi işleminin, bundan faydalanan memur lehine müktesep bir hak doğurmadığı aşikâr olmakla beraber bu terfiin de sübjektif bazı tesir ve neticeler hâsıl ettiğinde şüphe edilemez. Böyle olunca kanunsuz bir terfiin İdarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmek, terfiinin kanunsuzluğu dolayısıyle bunun tesir ve neticelerini tehdit eden müphemiyet ve kararsızlığın hudutsuz bir şekilde devamına yol açmak olur ki bu hal idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemez.*" Danıştay İBK, E. 1952/15, K. 1952/244, 26.9.1952, RG, 26.11.1952.

kişisel sonuçların, işlemin yürürlükte kaldığı süre boyunca etkisini devam ettirmiş olması nedeniyle hukuki bir istikrar oluşturduğu ve bu işlem sonucu, ilgilisi bakımından ortaya çıkan subjektif durumların geçmişe dönük olarak korunması gerektiği kabul edilir.[92] Bunun için aranan en önemli şart, işlemin tesisinde ilgilinin kötü niyetinin bulunmamasıdır.[93] Buna ilaveten; işlemle ortaya çıkan subjektif hukuki durumların, işlemin nispeten uzun bir süre uygulanması sonucu artık yerleşmiş, belirli bir istikrarı tesis ve temin etmiş, yani müesses hale gelmiş olması gerekir.[94]

Hukuka aykırı bir işlem sonucu elde edilmesi nedeniyle kazanılmış hak olarak nitelendirilemeyen müesses durumlarda birel nitelikteki idari işlemler, ilgilinin kötü niyeti sonucu tesis edilmiş olmadığından, idari istikrar ilkesinin bir gereği olarak, her zaman değil; ancak belirli bir süre içinde geri alınabilir.[95] Yani müesses durum oluşturan bir işlem söz konusu olduğunda işlemin doğurduğu tüm sonuçlar geçmişe dönük olarak tüm sonuçlarıyla hukuk aleminden kaldırılamamakta; buna karşılık bu işlemin ancak ilgası mümkün olmaktadır. Diğer bir deyişle müesses durum söz konusu olduğunda; hukuka aykırı bir birel işlemin, işlemin tesisi aşamasında kötü niyetle hareket etmeyen ilgilisi bakımından doğurduğu ve belli bir müddet uygulanmış olması nedeniyle artık müesses hale gelen subjektif kazanımların idari istikrar ilkesi doğrultusunda korunması gerekir.[96] İşte hak doğurucu

---

92 Tan, s. 73.

93 OĞURLU, s. 202-203; BOZ, s. 135.

94 OĞURLU, s. 203.

95 Danıştay, yakın tarihli bir kararında müesses durum kavramına yer vermemekle birlikte; ilgilinin kötü niyeti olmaksızın tesis edilen işlemin uzun yıllar yürürlükte kaldıktan sonra geri alınmasının hukuki güvenlik ve istikrar ilkesine aykırı olacağı tespitinde bulunmuştur:

"*Bu itibarla, Kurul'un imkân tanıyan düzenleyici işlemine güven duyularak, işlem tarihinde hukuka uygun olarak yürürlükte bulunan düzenleyici Kurul kararına istinaden, herhangi bir hile veyahut yanıltıcı beyan ya da idarenin açık hatası bulunmaksızın lisansın verildiği, uzun yıllar söz konusu lisans ile sektörde faaliyet gösteren müdahilin lisansının, ortaya çıkan koşullar itibarıyla, hukukî güvenlik ve istikrar ilkeleri de göz önüne alındığında iptal edilmesinin hukûken mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığından, ...*" D. 13. D., E. 2021/393, K. 2022/3017, 6.7.2022, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

96 Anayasa Mahkemesi ise yaklaşık on yedi yıl sonra geri alınan bir idari işlemin hak ihlali doğurduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvuru sonucu verdiği kararında Danıştayın konuya ilişkin yerleşik ve istikrarlı olarak nitelediği içtihadını şu şekilde özetlemiştir: "*63. İdari işlemin hangi şartlarda geri alınabileceğine dair Danıştay içtihadının yerleşik ve istikrarlı nitelikte olduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede Danıştayın tarımsal hak sahipliği belgesinin iptali durumunda uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine dair benzer başvurularla ilgili içtihadının da süreklilik kazandığı görülmüştür. Danıştay içtihadında, hukuka aykırı olarak tesis edilen idari işlemlerden dolayı ilgili yararına hak veya korunması gereken yerleşik bir durum veya hukuki statü doğmuş ise bu*

nitelikteki hukuka aykırı bir birel işlemin hukuka uygun şekilde geri alınabileceği süre de, esasında, işlemle ortaya çıkan sonuçların iyi niyetli ilgilisi bakımından henüz yerleşik hale gelmeyip hukuki bir istikrarı temin etmediği, yani müesses durum oluşturmadığı süredir. Bu sürenin işleme karşı öngörülen dava açma süresi ya da dava açılmış olması halinde davanın sonuçlanmasına kadar geçecek süre olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmekteyse de; her somut uyuşmazlığın özellikleri, kapsamı ya da karmaşıklığı gibi hususlar dikkate alınarak idari yargı merci tarafından belirlenecek makul bir süre olduğu da savunulabilir.[97]

Bu noktada, hukuka aykırı birel işlemlerin hangi sürede geri alınabileceğine ilişkin, idareyi bağlayıcı bir yasal bir düzenleme olmadığı sürece, altmış günlük dava açma süresinin öngörüldüğü bir işlemin, örneğin, altmış birinci gün geri alınamayacağını söylemek makul ve isabetli olmaz. Kaldı ki, bu durumda idari işlemin yargısal denetimini yapan idari yargı mercinin iptal kararı vermesi de gerçekçi olmayan, düşük bir ihtimal olarak belirir. Bu nedenle konunun, daha önce hazırlıkları yapılan ve fakat bir türlü sonuçlandırılamayan[98] genel idari usul kanununda düzenlenerek hak doğurucu nitelikteki hukuka aykırı birel işlemlerin geri alınabileceği sürenin yasal olarak ve kesin bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Ç. Olağan Dışı Bulguya Rastlanan Sınavın Geçersiz Sayılması ve Geri Alma

6114 sayılı Kanun uyarınca sınavın geçersiz sayılması işlemi hakkında idari işlemin geriye yürümezliği ve bu kapsamda idari işlemin geri alınması

---

işlemin ancak yokluk ve mutlak butlan hâlleri ile malul olması durumunda her zaman geri alınabileceği belirtilmiştir. Buna göre kişinin gerçek dışı beyan veya hilesinin ya da idarenin mevzuatta açıkça öngörülen hükmün uygulanmasında hataya düşmesi sonucunda tesis edildiğinin anlaşılması hâllerinde idare tarafından herhangi bir süre şartına bağlı olmaksızın geriye doğru yürür şekilde idari işlem iptal edilebilir. Bununla birlikte aksi durumda hak doğuran idari işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği, bu sürenin geçmesi hâlinde ise idareye güven ve idari istikrar prensipleri gereğince bu tür idari işlemlerin yapay bir kesinlik kazanacağı kabul edilmiştir." AYM, Ahmet Taban ve Diğerleri Kararı, B.N. 2018/22125, 29.9.2022, RG, 1.12.2022. Belirtmek gerekir ki; söz konusu kararda kullanılan "korunması gereken yerleşik bir durum" ifadesi, müesses durum kavramına karşılık gelmektedir.

97 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 178; KARAHANOĞULLARI, 2022, s. 137.

98 2008 yılında hazırlanan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı için bkz. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2008, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Aralık 2008, ss. 187-237; 2003 yılında hazırlanan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı için bkz. Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2003, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Aralık 2008, ss. 159-185.

çerçevesinde isabetli bir değerlendirme yapılabilmesi için eşdeğer sınava çağırma ile sınavın geçersiz sayılması işlemlerinin bir bütün olarak ele alınması gerekir. Zira ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağrılmanın doğurduğu en önemli sonuç, ilgilinin daha önce girmiş olduğu ve olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının geçersiz sayılma ihtimalinin ortaya çıkmasıdır. Diğer bir ifadeyle ilgilinin girmiş olduğu sınavın Kanun'un 9/8. maddesi uyarınca geçersiz sayılabilmesi için bu kişi hakkında eşdeğer sınava çağırma işleminin tesis edilmiş olması bir ön şart niteliğindedir.

6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesine göre, eşdeğer sınava çağrılan kişinin sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak ÖSYM Yönetim Kurulu tarafından karar verilecektir. Bu yasal düzenlemeyle idareye, ilgilinin eşdeğer sınava çağrılması konusunda verilen takdir yetkisinin bir devamı niteliğinde, eşdeğer sınava giren kişinin bu sınav sonucuna bakılarak ilk sınavının geçersiz sayılması hususunda da bir takdir yetkisi tanındığı görülür. Diğer yandan sınavın geçersiz sayılması işlemle ortaya çıkan sonuçların, yani kişinin daha önce girmiş olduğu sınav sonucunda elde ettiği mezuniyet, unvan vb. tüm kazanımların hukuki dayanağının ortadan kalkması anlamına gelir. Bu ise, ilgilinin söz konusu kazanımlarının geçmişe etkili olacak şekilde elinden alınması demektir. Dolayısıyla ÖSYM'nin eşdeğer sınava çağrılan kişinin sınavının geçersiz sayılması yönünde tesis ettiği işlemin, doğurduğu sonuç bakımından bir geri alma niteliğinde olduğu belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde kanun koyucunun, idareye idari işlemi geri alma hususunda bir takdir yetkisi vermesi durumu söz konusudur.

İdareye, bir kişinin elde ettiği kazanımları geçmişe etkili olarak elinden alma, sonuçları geriye yürüyen işlemler tesis etme yetkisi veren yasal düzenlemelerin hukuki güvenlik ilkesine ve dolayısıyla hukuk devletine uygunluğunun denetimi ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabilir. Somut ya da soyut norm denetimi şeklinde gerçekleşecek olan bu denetimde Mahkeme, hukuki güvenlik ilkesinin alt ilkeleri olarak kabul edilen[99] belirlilik,[100] istikrar ve öngörülebilirlik çerçevesinde bir inceleme yapmalıdır. Bunun sonucunda kişilerin kazanılmış haklarının ihlaline yol açabilecek kuralların tespiti halinde Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık gerekçesiyle ilgili yasal

---

[99] KÖKÜSARI, s. 67 vd.

[100] Belirlilik ilkesi hakkında bkz. ÇAĞLAR Selda, **Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

düzenleme iptal edilmelidir. Diğer yandan hukuki güvenliğin gerek yasal düzenlemeler gerekse idari işlemlerle sağlanması gereken bir nitelik arz etmesi karşısında, yürürlükteki bir yasal düzenlemenin ya da düzenleyici bir idari işlemin verdiği takdir yetkisine dayanarak işlem tesis edecek olan idareler de hukuki güvenlik ilkesi doğrultusunda hareket etmek durumundadır.[101] Bu, kuşkusuz, hukuka bağlı idare anlayışının ve Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." hükmünün bir gereğidir.

Daha önce tesis edilen ve hak doğurucu nitelikteki bir işlemin geri alınması sonucunu doğuran bir idari işlemin hukuka uygun şekilde tesis edilmiş olması önemlidir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere geriye yürümezliğin bir istisnası olan geri alma; kazanılmış hak, idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle sıkı bir ilişki içinde olup bu ilkelere aykırı sonuçlar doğuracak bir idari işlem bilhassa konu unsuru yönünden sakatlık barındıracaktır. O halde; olağan dışı bulguya rastlanması nedeniyle eşdeğer sınava çağrılan ve eşdeğer sınav sonucuna bakılarak daha önce girmiş olduğu sınavı geçersiz sayılan kişi hakkında tesis edilen bu işlemin, yani bir bakıma kişinin sınav sonucunun belirlenmesine ilişkin işlemin geri alınmasının, birel nitelikteki idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin ayrım ve ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Birel nitelikteki bir idari işlemin geri alınması bakımından en önemli ayrım, işlemin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Zira vurgulandığı üzere, hukuka uygun bir birel işlemin geri alınması, kural olarak, mümkün değildir. Hukuka aykırı birel işlemlerin ise geri alınabileceği kabul edilmekle birlikte bu işlemlerin hangi süre içerisinde geri alınabileceği, en önemli soru/n olarak belirir. Bu noktada, olağan dışı bulguya rastlanması nedeniyle eşdeğer sınava çağrılan ve eşdeğer sınav sonucuna bakılarak daha önce girmiş olduğu sınavı geçersiz sayılan kişinin geçersiz sayılan sınav sonucunun hukuka aykırılık içerip içermediğinin tespitinin yapılması; yani bu kişinin sınav sonucunda aldığı puanı kötü niyetli bir davranışı sonucunda alıp almadığı ya da açık bir hukuka aykırılığa göz yumup yummadığı hususunun netleştirilmesi gerekir.

---

[101] Takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmasına ilişkin diğer ölçütler hakkında bkz. KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 129 vd.; ARAT Nilay, **Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 137 vd.; AKYILMAZ, s. 174 vd.

Anayasa Mahkemesinin Özcan Bayrak kararı ile Danıştay kararları incelendiğinde ortaya çıkan sonuç, söz konusu uyuşmazlıklarda olağan dışı bulguya rastlanması sonucu geçersiz sayılan sınav sonucunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğine ilişkin ÖSYM tarafından yapılan herhangi bir tespit ya da elde edilen somut bir verinin bulunmamasıdır. ÖSYM, ilgili kişinin kopya çektiğini ya da çektirdiğini, bir kopya olayına karıştığını, hileli bir davranışını, yanlış bir beyanını, sunduğu sahte bir belgeyi ya da açık bir hukuka aykırılığa göz yumduğunu tespit ettiği için değil; yalnızca sınav sonuçları arasındaki farkı olağan dışı bulgu olarak nitelendirdiği için eşdeğer sınava çağrılmasına karar vermektedir. Eşdeğer sınava çağırdığı kişinin bu sınavdan düşük bir puan alması nedeniyle de olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavı geçersiz saymaktadır. Danıştay kararlarına yansıdığı şekliye daha da somutlaştırmak gerekirse; olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınav sonucuyla eşdeğer sınav sonucu arasında önemli bir fark bulunması, ÖSYM tarafından ilgilinin olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının geçersiz sayılması için yeterli kabul edilmektedir.

Belirtilmelidir ki; 6114 sayılı Kanun'da sınav sonuçlarının hukuka aykırı şekilde elde edildiği durumlara ve söz konusu hukuka aykırılıklar için öngörülen yaptırımlara da yer verilmiştir. Kanun'un 9/5. maddesine göre: "*Sınav sırasında veya sınavdan sonra incelenen tutanaklar, kamera ses ve görüntüleri, telefon kayıtları, ihbarlar veya başka yollarla bu Kanun ve sınav kurallarının düzenlendiği yönetmelik veya kılavuz esaslarına aykırılık teşkil eden davranışlarının tespit edilmesi hâlinde adayın sınavı geçersiz sayılır, bu sınav veya yerleştirmeyle kendisine sağlanan haklar geri alınır.*" Düzenlemede açıkça belirtildiği üzere adayın sınavının geçersiz sayılmasının ve elde ettiği hakların geri alınmasının gerekçesi, "Kanun ve sınav kurallarının düzenlendiği yönetmelik veya kılavuz esaslarına aykırılık"tır. Kanun'un "Ceza hükümleri" başlıklı 10. maddesinde ise; "*Sınavda kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayın sınavı ile çok oturumlu sınavlarda oturumların herhangi birinde kopya çektiği veya bu yönde fiiller işlediği tespit edilen adayın bu oturumlardan oluşan sınavı iptal edilir.*" hükmü yer almıştır. Bu düzenlemede de kopya çeken ya da bu yönde fiiller işleyen kişinin söz konusu davranışları, sınavının iptal edilmesinin ve bu sınav sonucu kendisine sağlanan hakların geri alınmasının gerekçesi olarak belirlenmiştir.

Kanun'un gerek 9/5. maddesi gerekse 10. maddesindeki sınavın geçersiz sayılması ve sınavın iptaline ilişkin düzenlemeler, hukuka aykırı şekilde

tesis edildiği anlaşılan hak doğurucu nitelikteki birel işlemlerin geri alınmasına dayanak teşkil eden kurallardır. Altı çizilmelidir ki; olağan dışı bulguya rastlanması üzerine çağrıldığı eşdeğer sınav sonucuna bakılarak sınavı geçersiz sayılan kişi hakkında Kanun'un 9/5. ve 10. maddelerinde yer alan kanun, yönetmelik ya da kılavuza aykırılık veya kopya çekme fiilinde bulunma gibi tespitler yapılmamıştır. Halbuki ÖSYM, eşdeğer sınava çağırma kararından önce 6114 sayılı Kanun'da kendisine tanınan yetkileri kullanarak; ilgilinin girdiği sınavdaki soru kitapçığını ya da cevap anahtarını, ilgilinin sınava girdiği salondaki kamera görüntülerini, sınav tutanaklarını vb. inceleyip sınavda usulsüzlük yapıldığına dair somut, ciddi ve kesin bir bulguya ulaşarak ilgilinin sınav sonucunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğini ortaya koyabilir ve olağan dışı bulgu gerekçesini destekleyebilirdi.[102] Böylece ÖSYM, tesis edeceği idari işlemin sebep unsurunun işlemin hukuka uygunluğunu sağlayacak ölçüde gerçekleşmesini sağlamış olurdu.[103]

ÖSYM'nin bütüncül bir yaklaşımla gerekli tüm inceleme ve araştırmayı yapmaması ya da bu inceleme ve araştırmayı yapmış olsa bile olağan dışı bulgu olarak nitelediği durumun dışında somut, ciddi ve kesin bir veriye ulaşamaması halinde ilgilinin sınav sonucuna ilişkin işlemin hukuka aykırılığına yol açacak herhangi bir gerekçenin de bulunmadığı anlaşılır. Dolayısıyla olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavda gerçekleşen ve ÖSYM tarafından tespiti yapılan herhangi bir hukuka aykırılık mevcut olmadığından eşdeğer sınav sonucuna bakılarak ilgilinin sınavının geçersiz sayılması, hukuka aykırılığı tespit edilememiş bir işlemin geri alınması niteliğindedir. Bu noktada hatırlanmalıdır ki; idari işlemler, iptal ya da yürütmeyi durdurma şeklinde bir mahkeme kararı verilene veya işlemi tesis eden idarece hukuka uygun şekilde geri alınana ya da kaldırılana kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar.[104] Bu karine, kuşkusuz ilgililer bakımından hak doğurucu işlemler söz konusu olduğunda da geçerlidir. Diğer yandan idari yargı merci tarafından verilen iptal veya yürütmeyi durdurma kararının sonucu ve gerekçesi uyarınca işlem tesisinin zorunlu olduğu durumlar, idari işlemin geriye yürümezliği ilkesinin bir başka istisnasını teşkil ettiğinden[105] sınavın

---

[102] Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Özcan Bayrak kararı, prg. 59.

[103] Aynı yönde: ÇAĞLAYAN, 2023, s. 221.

[104] UÇAR İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 3, 2016, ss. 331-373, s. 350.

[105] YILDIRIM Turan, s. 513; KARAHANOĞULLARI, 2015, s. 597-598; ERGUVAN, s. 257.

geçersiz sayılması yönünde tesis edilen işlemlerin gerekçesinin bir mahkeme kararının zorunlu bir sonucu olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle idarece olağan dışı bulgu olarak nitelenen durumun işlemin geri alınması için hukuken yeterli gerekçe teşkil edip etmeyeceği hususunun, idari yargı mercileri tarafından verilen ve geçersiz sayma işlemine meşruiyet sağlayacak bir iptal ya da yürütmeyi durdurma kararı olup olmadığı yönüyle de ortaya konulması gerekir. Zira ancak bu takdirde hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, ilgilinin girmiş olduğu sınav sonucunda elde ettiği kazanımların gerek kazanılmış haklara saygı gerekse lehe sonuç doğuran işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması kapsamında değerlendirilip korunması mümkün olur.

İlgilinin eşdeğer sınava çağrılması ve bu sınav sonucuna bakılarak olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının geçersiz sayılması açısından bir diğer önemli husus ise olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınav tarihi ile eşdeğer sınava çağırma ve sınavın geçersiz sayılma tarihi arasındaki süredir. Zira Anayasa Mahkemesinin Özcan Bayrak kararına ve konuya ilişkin Danıştay kararlarına yansıyan uyuşmazlıklarda, olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavın ardından uzun yıllar geçtikten sonra ilgilinin eşdeğer sınava çağrıldığı ve girdiği eşdeğer sınavdan düşük puan alması nedeniyle de sınavının geçersiz sayıldığı görülmektedir. Danıştayın ağırlıklı olarak davanın reddi yönünde kararlar verdiği dikkate alındığında ÖSYM ve Danıştayın, olağan dışı bulguya rastlanması sonucunda sınavın geçersiz sayılması işleminin her zaman tesis edilebileceği; diğer bir deyişle ilgilinin sınav sonucuna ilişkin işlemin her zaman geri alınabileceği görüşünde olduğu söylenebilir. Bu noktada belirtilmelidir ki; ilgilinin kötü niyeti sonucu tesis edildiğine ilişkin herhangi bir veri olmadığı gibi özellikle konu unsuru yönünden açıkça hukuka aykırılığına ilişkin de herhangi bir tespitin yapılmadığı bir idari işlemin her zaman geri alınabilmesi, idari işlemin geriye yürümezliği ilkesine; dolayısıyla öngörülebilirlik ve idari istikrar ilkelerine aykırı olup hukuki güvenlikle bağdaşmaz.[106] Diğer bir ifadeyle idarenin olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavın geçersiz sayılmasına ilişkin işlemi her zaman tesis edebilmesi için idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından gerekli şartların oluşmadığı vurgulanmalıdır.[107] Nitekim Anayasa Mahkemesinin; "*Nazara alınması gereken bir diğer konu ise başvurucunun incelemeye alınan sınavının üstünden*

[106] ÇAĞLAYAN, 2023, s. 217-218.

[107] ÇAĞLAYAN, 2023, s. 215.

geçen süredir. Başvurucunun 2005 yılı sonbahar döneminde girdiği sınav hakkındaki inceleme işlemleri 19/1/2018 tarihinde, evrakın Komisyona devredilmesiyle başlamıştır. Başvurucunun 12 yılı aşkın bir süre önce katıldığı söz konusu sınava ilişkin sonuç belgesinin bu süreçte sunulan kamusal makamlarca kabul edilerek başvurucunun akademik bir derece olan doktoraya başlamasını sağladığı açıktır."[108] şeklinde ifade ettiği husus da konunun idari istikrar ve hukuki güvenlikle olan bağlantısını ortaya koymaktadır. Öte yandan yine Özcan Bayrak kararında yer verilen Danıştay 8. Dairesinin 8.2.2019 tarihli kararına muhalif kalan üyenin, "*Bir sınavda alınan puan veya sonucun kural dışı bir yolla alındığı iddiasının gerçekliğinin tespit ölçüsünün bu sınavdan yıllar sonra yapılan bir eş değer sınav olamayacağı*" vurgusu da önemlidir. Zira eşdeğer sınav, 6114 sayılı Kanun'da her ne kadar; "*Başkanlık tarafından aynı veya farklı zamanlarda farklı sorularla yapılan, ancak adaylara sağladığı haklar bakımından eşit sonuçlar verdiği Yönetim Kurulu kararı ile belirlenen birden fazla sınav*" olarak tanımlanmışsa da eşdeğer kabul edilen iki sınav arasında geçen sürenin uzunluğu hakkaniyete uygun bir sonucun ortaya çıkmasına engel olur. Kabul edilmelidir ki; eşdeğerliğin sınavlar için söz konusu olduğu kadar sınava giren adayın bilgisi, sınava hazırlanacağı süre ve ortam, yaşı, statüsü ve yoğunluğu vb. etkenler açısından da gerçekleşmediği durumlarda hakkaniyete uygun bir kararın verilmiş olmasından bahsedilemez. Somut bir örnek olarak Özcan Bayrak kararında olduğu gibi 12 yıl sonra yapılan bir eşdeğer sınava giren adayın gireceği bu sınavda, olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavla aynı performansı göstermesini beklemek gerçekçi değildir. Diğer bir ifadeyle ortada 12 yıl önce yapılan bir sınavla eşdeğer kabul edilen bir sınav olsa da 12 yıl önce sınava giren kişiyle, eşdeğer sınava giren kişinin aynı koşullarda olduğunu kabul ederek işlemler tesis etmek hakkaniyetle bağdaşmaz.

Son olarak; 6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesinde olağan dışı bulguya rastlanması sonucunda idarenin bağlı yetki içinde olduğu durum ise ÖSYM tarafından eşdeğer sınava çağrılmasına rağmen bu sınava girmeyen kişinin olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının geçersiz sayılmasıdır. Bununla birlikte eşdeğer sınava girmeyen kişinin sınavının söz konusu hüküm gereği geçersiz sayılması da yine bir idari işlemle gerçekleşecek olup kanunda açıkça düzenlenen böyle bir ihtimalde ÖSYM'nin farklı yönde bir irade ortaya koyması mümkün değildir. Bu noktada, konuya ilişkin yasal bir düzen-

[108] AYM, Özcan Bayrak kararı, prg. 57.

leme yapılmadığı sürece Kanun'daki mezkur hükmün idare tarafından, geçerli mazeretleri nedeniyle eşdeğer sınava giremeyen kişilerin bu mazeretleri göz önünde bulundurularak uygulanması isabetli olacaktır.

SONUÇ

İdarenin sahip olduğu kamu gücünü somutlaştırmak için kullandığı en önemli hukuki araçlardan biri olan idari işlemler tesis edilirken kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin; temelde belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik unsurlarından oluşan hukuki güvenliğin temini yoluyla korunması hukuk devletinin bir gereğidir. Diğer yandan Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup kanunla düzenlenen idarenin, idarenin kanuniliği ilkesi doğrultusunda kanuna bağlı kalarak ve dayanarak kanunu uygulama görev ve yükümlülüğü bulunmaktadır. İdarenin kanun karşısındaki bu konumu, anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle olan bağlılığına kıyasla daha öncelikli olmadığı gibi anayasa ve hukukun temel ilkelerine bağlılık, idarenin kanunla arasındaki ilişkinin bütünleyicisi niteliğindedir.[109] Diğer bir deyişle idarenin kanuniliği, idarenin hukukiliği anlamına da gelir.

Öte yandan idarenin kanun, anayasa ve hukukun temel ilkelerine bağlılık yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, sebep ve/veya konu unsurları bakımından takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemler söz konusu olduğunda bağlı yetki kapsamında tesis edilen işlemlere nazaran daha özenli ve titiz şekilde hareket etmesi sonucu mümkün olur. Zira takdir yetkisinin hukuka uygunluğu, bir yandan doktrinde ifade edildiği şekliyle; kamu yararı, hizmet gerekleri, eşitlik ve ölçülülük gibi ölçütler çerçevesinde hareket edilmesi durumunda gerçekleşirken diğer yandan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinde idarenin takdir yetkisinin bir başka önemli sınırını oluşturur. Takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen bir idari işlemin sebep ve konu unsurları yönünden hukuki güvenlik ilkesine uygunluğunun sağlanması ise ancak idarenin hukuk devletine uygun davranma bilincini taşıması halinde söz konusu olabilir.

İdari işlemin sebep ve/veya konu unsurları bakımından bağlı yetki söz konusu olduğunda ise idare, kanunda gösterilen şartlar gerçekleştiğinde kanunun öngördüğü sonucu doğurmaktan başka bir imkana sahip olmasa da bu durumlarda da yine hukuk devleti bilinci içerisinde hareket etmelidir. Bu

[109] Aynı yönde: AKILLIOĞLU, 1984a, s. 38.

çerçevede idare, bağlı yetki içinde olduğu durumlarda dahi ilgili yasal düzenlemeyi, mümkün olduğu ölçüde, anayasa ve temel hak ve özgürlükler lehine yorumlayıp idari işlemin hukuki güvenlik ilkesine uygun sonuçlar doğurmasını sağlayabilir.

ÖSYM, 6114 sayılı Kanun uyarınca sınavlara ilişkin yaptığı analiz ve incelemeler sonucunda elde ettiği ya da rastladığı bulguları olağan dışı olarak nitelemesi durumunda takdir yetkisini kullanarak ilgiliyi eşdeğer sınava çağırabilmektedir. ÖSYM'nin bu yönde tesis ettiği idari işlemlerde sebep unsuru olarak, ağırlıklı biçimde, ilgilinin girmiş olduğu sınavlardaki puan farklılıklarını esas aldığı görülmektedir. Eşdeğer sınava çağırma işleminin 6114 sayılı Kanun uyarınca doğurduğu önemli sonuçlar dikkate alındığında yalnızca puan artışları üzerinden yapılan bir olağan dışılık tespiti, isabetli bir sonuca varmak için yeterli olmaz. Bu nedenle ÖSYM'nin; öncelikle idari usul kapsamında ilgiliye dinlenilme hakkı tanıyarak ilgilinin konuya ilişkin beyanını alması gerekir. ÖSYM, söz konusu beyanın doğruluğunun teyidine ek olarak ilgiliye ait sınav soru kitapçığı ve cevap anahtarı gibi sınav evrakı üzerinde yapacağı incelemenin ardından, ancak durumun zorunluluk arz etmesi halinde ilgiliyi eşdeğer sınava çağırmalıdır. Böylece Anayasa Mahkemesinin Özcan Bayrak kararında ortaya koyduğu gerekçelere de uygun hareket edilerek eşdeğer sınava çağırma işleminin sebep ve konu unsuruna ilişkin takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanılması sağlanmış olur.

ÖSYM'nin 6114 sayılı Kanun'a istinaden ve eşdeğer sınava çağırma yetkisinin devamı niteliğinde kullandığı bir diğer yetki ise ilgilinin sınavının geçersiz sayılmasıdır. Eşdeğer sınavdan düşük puan alan ya da bu sınava girmeyen kişinin sınavının geçersiz sayılması, ilgilinin söz konusu sınav sonucuna dayanarak elde ettiği tüm kazanımlardan mahrum kalması sonucunu doğuracağından bu işlem tesis edilirken eşdeğer sınava çağırma işlemine nazaran çok daha hassas davranılmalıdır. Zira idareye "olağan dışı bulgu"ya rastlanması gerekçesiyle ve sebep unsurunda geniş takdir yetkisi bırakılarak tanınan eşdeğer sınava çağırma yetkisinin devamı niteliğinde, kanunla verilen böyle bir yetkinin hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde kullanılması hukuk devleti bakımından son derece önemlidir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak somut norm denetimi sonucunda ilgili hüküm iptal edilmediği sürece idarenin, kanunu hukuki güvenlik ilkesine uygun şekilde uygulamak bakımından büyük bir sorumluluğu bulunacaktır.

İlgilinin eşdeğer sınavdan düşük not alması ya da bu sınava girmemesi neticesinde olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavının ÖSYM tarafından

geçersiz sayılması, ilgilinin bu sınav sonucuna dayanarak elde ettiği tüm kazanımların elinden alınmasını beraberinde getirir. Dolayısıyla işlem, geçmişe etki doğurur; yani "geriye yürür". Sınavın geçersiz sayılması, bu yönüyle kazanılmış hakların korunması, idari istikrar ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi açısından önemli sonuçlar doğurur. Diğer yandan belirtilmelidir ki; sınavın geçersiz sayılması, esasında, ilgilinin sınav sonucunda aldığı puanın belirlenmesine ilişkin işlemin geri alınması niteliğindedir. Geriye yürümezlik ilkesinin istisnalarından biri olan idari işlemin geri alınmasına ilişkin ölçütler göz önünde bulundurulduğunda ise sınavın geçersiz sayılması yönünde tesis edilen işlemin konu unsuru bakımından hukuka aykırılığı ileri sürülebilir. Zira olağan dışı bulgu tespiti yapılan ve geçersiz sayılan sınavda ÖSYM tarafından bir hukuka aykırılık tespit edilmediği gibi ilgilinin kötü niyeti ya da işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Diğer bir deyişle ÖSYM, aslında hukuka aykırılığını ortaya koyamadığı hak doğurucu bir işlemi yıllar sonra geri almaktadır. Hukuk devletinde hukuki güvenliğin bir unsuru olan idari istikrar ilkesi karşısında böyle bir durumun kabul edilemeyeceği açıktır.

Sınav güvenliğine ilişkin; sınav öncesi, sınav esnası ve sınav sonrasını kapsayacak şekilde önemli yetkileri bulunan ÖSYM'nin başka herhangi bir hukuka aykırılık tespit etmeksizin yalnızca sınavlardaki puan artışlarını gerekçe gösterip ilgiliyi eşdeğer sınava çağırması ve bunun sonucunda aradan çok uzun süre geçtikten sonra ilgilinin sınavını geçersiz sayması idari işlemin geriye yürümezliği ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bu nedenle ÖSYM'nin 6114 sayılı Kanun'daki "olağan dışı bulgu" kriterini "incelenen sınavda gerçekleştiği somut ve objektif şekilde tespit edilen bir hukuka aykırılıkla desteklenebilen olağan dışılık" olarak uygulamadığı sürece kazanılmış hakların korunması ve idari istikrar ilkelerine aykırı sonuçların doğması kaçınılmazdır. Bu nedenle 6114 sayılı Kanun'da yapılacak değişiklikle, olağan dışı bulgu tespiti yapılan sınavın üzerinden geçen süre de dikkate alınacak şekilde ÖSYM'nin eşdeğer sınava çağırma yetkisine ilişkin sebep unsurundaki takdir yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmalıdır. Diğer yandan olağan dışı bulgu tespiti karşısında ilgilinin dinlenilme hakkı kapsamında beyanının alınmasını zorunlu kılacak etkili bir usuli güvence ihdas edilmelidir. Son olarak, eşdeğer sınavdan düşük puan alınmasına rağmen ÖSYM tarafından eşdeğerliği kabul edilen farklı bir sınavda alınan puanların da dikkate alınacağı ve geçerli mazeretleri nedeniyle eşdeğer sınava giremeyen kişilerin de haklarının korunacağı bir uygulamaya geçilmesi hukuk devletinin bir gereği olarak düşünülmelidir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU Tekin, "Ekonomik Alanda Yönetsel İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları", **Prof. Dr. Aziz KÖKLÜ'nün Anısına Armağan**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, ss. 33-51.

AKILLIOĞLU Tekin, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman Bakımından Uygulanması", **Anayasa Yargısı**, No: 4, Ankara, 1984, ss. 279-291.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

ALTINDAĞ Halil, "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 4, 2016, ss. 81-97.

ARAT Nilay, **Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

AYANOĞLU Taner, "Kanunlar ve İdari İşlemler Bakımından Geriye Yürümezlik İlkesi", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 112, 2012, ss. 85-126.

BALKAR Kemal Galip, "İdare Muamelelerinde İstikrar Prensibi ve Devlet Şurasının Bir İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine Bazı Düşünceler", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 7, Ankara, 1952, ss. 300-311.

BALKAR Kemal Galip, "İdari Kararlarda Makable Şümul Meselesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S. 2, 1960, ss. 210-212.

BIYIKLI Hasan İsmet, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği Kuralı", **Danıştay Dergisi**, S. 11, 1973, ss. 82-132.

BOZ Selman Sacit, "Yargı Kararları Işığında Müesses Durum", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 2, 2018, ss. 127-157.

BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ÇAĞLAR Selda, **Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

ÇAĞLAYAN Ramazan, "Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 3-4, Aralık 2014, ss. 1-41.

ÇAĞLAYAN Ramazan, "Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Eşdeğer Sınava Çağırma Yetkisi Üzerine Mülâhazalar", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 3, 2023, ss. 193-228.

ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 1, 2016, ss. 26-45.

DURAN Lutfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DURAN Lutfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.

DURAN Lutfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.4, S. 1-3, 1983, ss. 33-42.

EKİNCİ Murat, **İdari İstikrar İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ERGUVAN Derya Deviner, **Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ERKUT Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 1-3, Y. 9, İstanbul, 1988, ss. 69-91.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2003, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Aralık 2008, ss. 159-185.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı-2008, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Aralık 2008, ss. 187-237.

GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev / AKGÜNER Tayfun vd., **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

GÖÇGÜN Muhammed, **İdari İşlemin Konu Unsuru**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 1, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜNDÜZ F. Ebru, İdari İşlemin Geri Alınması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KÖKÜSARI İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

OĞURLU Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

ÖZDEMİR H. Eyüp, "İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Somer'e Armağan**, C. 12, S. 1-3, ss. 1001-1010.

ÖZDEMİR Selman, "İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 2, 2021, ss. 1383-1435.

ÖZTÜRK K. Burak, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

SARICA Ragıp, "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", **Ebul'ula Mardin'e Armağan**, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, ss. 1191-1281.

SARICA Ragıp, **Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Salahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943.

TAN Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

TAN Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, C. III, 1986, ss. 203-216.

TURHAN KASAPOĞLU Mine, "İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2015, ss. 183-219.

UÇAR İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 3, 2016, ss. 331-373.

ULER Yıldırım, **İptal Kararlarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 281, Ankara, 1970.

YAŞAR Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

YILDIRIM Turan, "İdari İşlemler", Editör: Turan Yıldırım, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, ss. 415-534.

YILMAZ Harun, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

www.lugatim.com (Erişim Tarihi: 20.8.2023).

www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 8.9.2023).

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 231-284

REKABET HUKUKUNDA UZLAŞMA USULÜ, KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Cihan YÜZBAŞIOĞLU**(**)

Öz: Ülkemizde rekabet hukuku kurallarına aykırı işlem ve eylemlerde bulunan teşebbüsler hakkında Rekabet Kurulunca soruşturma yapılmakta ve yaptırım uygulanmaktadır. Maddi gerçeğin tespitini ve teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamak amacıyla, bu soruşturmanın tabi olduğu usul ve aşamalar mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kapsamlı incelemeleri gerektiren ve uzun bir sürece yayılan soruşturma usulü bir yandan Rekabet Kurulu'nun iş yükünü arttırırken, diğer yandan teşebbüs hakkındaki hukuki belirsizliğin devamına yol açmaktadır. Uzlaşma usulü, bu olumsuzlukların giderilmesine yönelik olarak 2020 yılında rekabet hukukumuza girmiştir. İhlalin varlığı ile kapsamının kabul edilmesine karşılık olarak verilecek cezada indirim sağlanmasını öngören uzlaşma usulü pratik faydalar sağlasa da uygulamada farklı hukuki problemlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Usul ekonomisinin sağlanması adına maddi gerçeğin araştırılması ve masumiyet karinesi gibi temel hukuki güvencelerden mahrum kalınmasına yol açan uzlaşma usulünde, uzlaşma ile sonuçlandırılan soruşturmalara karşı yargı yolunun kapalı olması, eşitlik ilkesine aykırı neticelerin de ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma, Uzlaşma, Rekabet Hukuku, Maddi Gerçeğin Araştırılması, Usul Ekonomisi.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 10.06.2024.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: cyuzbasioglu@gsu.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-7740-5677.

SETTLEMENT PROCEDURE IN COMPETITION LAW, ENCOUNTERED PROBLEMS AND SOLUTIONS

Abstract: In Turkey, the Competition Board conducts investigations and imposes sanctions on enterprises that engage in transactions and actions contrary to the rules of competition law. In order to determine the material truth and to ensure the protection of fundamental rights of enterprises, the procedures and stages of this investigation are regulated in detail in legislation. The investigation procedure, which requires extensive examinations and extends over a long period of time, not only increases the workload of Competition Board, but also leads to the continuation of legal uncertainty about the enterprise. The settlement procedure was introduced to our competition law in 2020 in order to overcome these problems. Although the settlement procedure, which envisages a reduction in the fine to be imposed in return for the acceptance of existence and scope of the infringement, provides practical benefits, it leads to emergence of different legal problems in practice. In settlement procedure, which leads to the deprivation of basic legal guarantees such as the investigation of material truth and the presumption of innocence to ensure procedural economy, the fact that the judicial remedy is closed against the investigations concluded by settlement also leads to emergence of results contrary to the principle of equality.

Keywords: Investigation, Settlement, Competition Law, Investigation of Material Truth, Procedural Economy.

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de "*serbestleşmenin*" yol açacağı olası olumsuzlukların önlenmesi ve giderilmesi bakımından Devlet'e birtakım görev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Yine bu amaçla, Devlet'e ekonomi alanında politikalar belirleme, piyasaları düzenleme, kamu yararının korunması amacıyla piyasa aktörlerinin serbestliğine sınırlama getirme gibi yetkiler tanınmıştır. Bu doğrultuda, 1982 Anayasası'nın 166. maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını planlamak Devlet'e görev olarak verilmiştir. Benzer şekilde, 172. maddede tüketicinin korunması Devlet'in yükümlülüğü olarak öngörülmüştür.

Bu çalışmada tartışma konusu yapılacak olan faaliyetlerin anayasal dayanağı olan 167. maddede ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek Devlet'e görev olarak verilmiştir. Buna göre, piyasalarda serbest rekabet ortamının sağlanması Devlet'in anayasal yükümlülüğüdür.[1] Devlet bu yükümlülüğü 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunla ["*Kanun*"] kurulmuş bir bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurulu ["*Kurul*"] eliyle yerine getirmektedir.

Bu kapsamda Kurul, rekabet hukukunda düzenleme ve denetim yapma yetkisinin yanında, Kanun'un 4 ila 6. maddelerinde yasaklanan faaliyetlerin gerçekleştirildiğini resen yahut şikâyet üzerine öğrenmesi durumunda soruşturma yapma, rekabet kurallarının ihlal edildiğinin tespiti halinde gerekli tedbirleri alma ve yaptırım uygulama yetkisini haizdir.[2] Bu yetki doğrultusunda, rekabet hukuku alanında piyasa aktörlerinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan nitelikte kararlar alabilme yetkisine sahip olan Kurul'un karar alma sürecinin tabi olduğu usul Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öyle ki, Rekabet Kurulu'nun izleyeceği usuller özelinde bir idari usul düzenlemesi olan Kanun bu yönüyle dikkat çekici bir örnektir.[3]

---

1 AYM., E. 1994/43, K. 1994/42, 09.12.1994; AYM., E. 1985/21, K. 1986/23, 06.10.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bankası.

2 Bunun yanında Kurul, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi ya da hiç bilgi verilmemesi, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması gibi usule yönelik ihlal niteliğinde fiiller sebebiyle de idari yaptırım kararı verebilmektedir.

3 Özge Aksoylu, **4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 3.

Rekabet Kurulu tarafından yürütülen izin, denetim ve yaptırım faaliyetlerinde izlenen usuller öğretide daha önceden kapsamlı çalışmalara konu olmuştur.[4] Bu çalışmanın konusu olan uzlaşma usulünün incelenmesi ve değerlendirilmesi bakımından ise rekabet hukukunda yaptırım usulünün aşamalarını hatırlamakta yarar bulunmaktadır.

Kanun'un 40. maddesine göre Kurul, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verir.[5] Ön araştırma yapılmasının temel amacı, başvurunun ya da iddiaların ciddi olup olmadığının değerlendirilmesiyle sınırlıdır.[6] Kurul tarafından görevlendirilen uzmanlarca yapılan ön araştırmanın otuz günlük sürede tamamlanması zorunludur.[7] Ön araştırma raporu kendisine sunulan Kurul on gün içerisinde soruşturma açılmasının gerekli olup olmadığına karar verir. İddia ve delillerin ciddi ve yeterli bulunması üzerine soruşturmaya başlanmasına karar verilmesi durumunda Kanun'un 43. maddesi uyarınca Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde ilgili taraflara bildirerek ilk yazılı savunmalarını otuz gün içinde göndermelerini ister. Kurul tarafından belirlenen raportörlerce yürütülen soruşturma en geç altı ay içerisinde tamamlanır. Soruşturma aşamasında aktif taraf Kurul olup bu safhada Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisi kullanılarak maddi gerçek araştırılır. Bu aşamada soruşturulan teşebbüsler tarafından da dosyaya bilgi, belge ve deliller ikame edilebilir. Soruşturmanın tamamlanması üzerine hazırlanan rapor Kanun'un 45. maddesi uyarınca, Kurul tarafından soruşturmanın taraflarına tebliğ edilerek yazılı savunmalarını sunmaları için otuz günlük süre verilir. Tarafların gönderecekleri savunmalara karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler

---

4 Yusuf Sinan Canatar, "Temel Haklar ve Güvenceler Işığında Rekabet Kurulu Tarafından Uygulanan İdari Para Cezaları" in **İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması**, Ed. Melikşah Yasin, Memduh Cemil Şirin, On İki Levha Yayıncılık, 2023, ss.203-258.

5 Buna karşılık, soruşturma öncesinde ön araştırma safhasının gerçekleştirilmesinin bir ilke olarak Kurul tarafından benimsenmiş olduğu görülmektedir (Aksoylu, s. 12).

6 Aksoylu, s. 14.

7 Ancak Danıştay yerleşik içtihadında bu sürenin disipliner nitelikte olduğunu; bu süreye uyulmamasının esasa etkili olmayan bir usul sakatlığı oluşturacağını kabul etmektedir (Dan.13. D., E. 2015/3553, K. 2019/4244, T. 11.12.2019; Dan. 13. D., E. 2007/15436, K. 2011/2605, 01.06.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 04.04.2024). Buna karşılık, bu sürelere uyulmaması durumunda teşebbüslerin uğrayacakları maddi kayıpların idarenin sorumluluğuna sebep olacağı öğretide kabul edilmektedir (Canatar, s. 242).

on beş gün içinde ek yazılı görüş bildirir; taraflar otuz gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Bu süreler dolduktan sonra sunulan iddia ve savunmalar dikkate alınmaz.

Kanun'un 44. maddesi ile Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin ["*Rekabet Yönetmeliği*"] 61. maddesi uyarınca, soruşturmaya taraf olan teşebbüs veya teşebbüsler, soruşturmanın başladığı tarihten sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrak ve delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir. Öyle ki, Kurul tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz. Bu bakımdan, bilgi, belge ve delillerin Kurul kararına dayanak oluşturabilmesi için teşebbüsün bilgisine sunulması; gerekiyorsa savunmalarının alınması zorunludur.

Soruşturmanın yukarıda açıklanan yazılı aşamasını takiben sözlü savunma aşaması başlatılabilir.[8] Sözlü savunma yapılmasına talep üzerine yahut resen Kurul karar verir. Kanun'un 46. maddesine göre, sözlü savunma toplantısının soruşturma safhasının bitiminden en az otuz gün en çok altmış gün içinde yapılması gerekir. Kural olarak açık şekilde yapılan sözlü savunma toplantısına, soruşturmanın tarafı olan teşebbüs veya teşebbüslerin yanında rekabet ihlalinden doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu ispatlayanlar da katılabilir. Sözlü savunmada ilgili taraflar her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilir. Sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesi ile birlikte on beş gün içinde karar verilir. Kurul gizli görüşme üzerine aldığı kısa kararı alenen tefhim eder.

Bu ayrıntılı usulün işletilmesi yoluyla piyasaların korunmasına yönelik tedbir alınması yahut rekabet ihlallerinde bulunanlara karşı yaptırım uygulanması çoğu zaman oldukça uzun bir sürece yayılmaktadır.

Rekabet Kurulu bakımından ihlalin mümkün olan en kısa süre içerisinde tespit edilmesi ve bir an önce sonlandırılması, bu yolla piyasalarda düzenin sağlanması temel amaçtır.[9] Bu doğrultuda, rekabet ihlallerine yönelik karar-

---

[8] Kanun'un 48. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurulun da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihaî karar dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir.

[9] Metin Pektaş, **Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2008, s. 1; Gönenç Gürkaynak, "AB Rekabet uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh", **Rekabet Dergisi**, C. 5, S. 1, 2004, s. 69.

ların kısa sürede alınması, piyasa düzeninin geri tesis edilmesini hızlandıracak ve kolaylaştıracaktır. Ayrıca piyasaya derhal müdahale edilmesinin sonucu olarak ihlalden kaynaklanan kamusal zararın büyümesi de engellenecektir. Diğer yandan, rekabet ihlallerine yönelik iddiaların soruşturma usulüne nazaran daha basit ve pratik usullerle çözümlenmesi Kurul'un iş yükünde de önemli bir azalma sağlamaktadır.[10] Tasarruf edilen zaman ve kaynaklarla diğer rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılabilmesine yahut daha kapsamlı inceleme ve araştırmalar yapılabilmesine katkı sağlanacaktır.

Soruşturma aşamasının uzun sürmesine bağlı olarak teşebbüsler ise uzun süre ceza tehdidi altında kalmakta, bu durum özellikle onların piyasadaki bilinirliği, ticari itibarı ve hatta maddi değeri bakımından olumsuz neticeleri beraberinde getirebilmektedir.[11] Soruşturma sürecinin uzaması hukuki belirsizliğin devamına yol açmaktadır.[12] Hukuki belirsizliğin devamı idare bakımından da olumsuzluklara yol açabilmektedir. Şöyle ki, özellikle dinamik ve teknolojik yönü ağır basan pazarlarda kararın derhal alınmaması, bu kararın maddi gerekçelerinin geçmişte kalmasına yol açabilmektedir.[13] Bunun yanında, özellikle enflasyonun yüksek seyrettiği ülkemizde soruşturmanın süresine bağlı olarak yaptırım miktarı bakımından da teşebbüs aleyhine sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, soruşturmanın -özellikle de sözlü savunma aşamasının- aleniliği, başta ticari sırlar ile şirket bilgilerinin korunması olmak üzere gizliliğin sağlanması adına bazı endişeleri beraberinde getirebilmektedir.

Soruşturma usulünün sebep olduğu bu ihtiyaçlar, rekabet hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik bir arayışa sebep olmuştur. Avrupa Birliği (AB), Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başta olmak üzere pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de rekabet hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uzlaşma usulü benimsenmiştir.[14] Rekabet

---

[10] Hatta bu durum, soruşturma sonucunda verilecek kararlara karşı açılacak davalarda da azalma sağlayacağından, yargının iş yükü bakımından da birtakım olumlu sonuçları beraberinde getirebilecektir.

[11] Aksoylu, s. 23.

[12] Gürkaynak, s. 70.

[13] Sevda Yaşar Coşkun, "Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Müessesesine Eleştirel Bir Bakış", **Yorum-Yönetim-Yöntem, Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi**, C. 8, S. 2, 2020, s. 83.

[14] Nitekim T. C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Dokuzuncu Kalkınma Planı'nın Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporunda da 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalara yönelik olarak, daha hızlı ve basit usullerle uyuşmazlıkların çö-

hukukunda uzlaşma, *teşebbüslerin inceleme konusu ihlali gerçekleştirdiklerini kabul etmeleri ve kendilerine tanınan birtakım haklardan vazgeçerek incelemenin erken sonlandırılmasına olanak sağlamaları karşılığında cezada indirim elde* etmeleri veya birtakım tedbirlerin uygulanması üzerinde uzlaşılması olarak tanımlanmıştır.[15] Farklı ülkelerde ayrık uygulamalar benimsenmekle beraber, uzlaşmanın iki temel öğesi bulunmaktadır. Bunlar ihlalin kabulü ve cezada indirimdir.[16]

Rekabet hukukunda uzlaşma usulü, Kanun'un 43. maddesine 16.06.2020 tarihli ve 7246 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle eklenen beşinci fıkra ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Uzlaşma usulüne yönelik ayrıntılı düzenlemeler Kanun'un 43. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca çıkartılan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik[17] ["*Uzlaşma Yönetmeliği*"]'te hükme bağlanmıştır.[18]

I. UZLAŞMA USULÜ VE AŞAMALARI

4054 sayılı Kanun ve Uzlaşma Yönetmeliği uyarınca, rekabet hukukunda uzlaşma usulü aşamalardan oluşmaktadır. Bunların uzlaşma usulünün başlatılması aşaması **(A)**, uzlaşma görüşmeleri aşaması **(B)**, ara karar aşaması **(C)** ve nihai karar aşaması **(D)** olarak tasnifi mümkündür.

A. Uzlaşma Usulünün Başlatılması Aşaması

Rekabet hukukunda uzlaşma, Kurul tarafından resen yahut hakkında ön araştırma veya soruşturma başlatılmış olan teşebbüsün veya teşebbüslerin başvurusunun Kurulca kabulü ile başlatılmaktadır. Birden fazla teşebbüsün aynı soruşturmanın tarafı olması durumunda, uzlaşma usulünün tüm teşeb-

zümünü sağlayacak ayrı bir uzlaşma usulünün düzenlenmemiş olması, Kanun'daki bir eksiklik olarak nitelendirilmiştir (T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2007, s. 38).

15 Pektaş, s. 14.

16 Ebru İnce / Neyzar Ünübol, "Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk", **Rekabet Dergisi**, C. 16, S. 4, 2015, s. 31.

17 Resmî Gazete, T. 15.07.2021, S. 31542.

18 Rekabet hukukunda uzlaşma usulünün, mehaz mevzuatı olan Avrupa Birliği ("*AB*") Hukuku'nda 622/2008 sayılı AB Komisyonu Tüzük'ü ile değişik 773/2004 sayılı AB Komisyonu Tüzük'ünde düzenlenmektedir.

büsler hakkında işletilmesi mümkün olduğu gibi, yalnızca bazı teşebbüslerin uzlaşma sürecine girmeleri, diğerleri hakkındaki soruşturmanın devam etmesi de mümkündür.[19]

Uzlaşma usulünün talep üzerine başlatıldığı hallerde, bu usulün işletilmesi soruşturmaya taraf olan teşebbüsler bakımından hak niteliği taşımamaktadır. Uzlaşma usulünün başlatılması hususundaki takdir Kurul'un yetkisindedir.[20] Bu durum sayesinde uzlaşmanın teşebbüslerce ceza indirimi sağlama aracı olarak görülmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.[21] Teşebbüslerin uzlaşma usulünü başlatma başvurusunu yazılı şekilde yapması gerekmektedir.

Teşebbüs tarafından yapılan uzlaşma usulünü başlatma başvurusu Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kurul tarafından, "*soruşturma taraflarının sayısı, soruşturma taraflarının önemli bir kısmının uzlaşmaya başvurup başvurmadığı, ihlalin kapsamı ile delillerin niteliği, soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığı*" hususları dikkate alınarak kabul edilebilir; reddedilebilir ya da diğer tarafların da uzlaşma görüşmelerine davet edilmesine karar verilebilir. Kurul uzlaşma sürecini başlatırken iki hususa göre değerlendirme yapar: soruşturmanın hızlı şekilde bitirilmesinden doğacak usulü faydalar ve ihlalin varlığına yönelik görüş farklılıkları. Ancak belirtmek gerekir ki, bu koşullar tahdidi olarak sayılmamış olduğundan, Kurul başka sebeplere dayanarak da karar alabilir.[22]

Öncelikle hatırlatmak gerekir ki, rekabet hukukunda yaptırıma yönelik olağan usul soruşturmanın yapılmasıdır. Başka bir ifadeyle, rekabet hukuku ihlalleri hakkında ilgili teşebbüslerin tümü aleyhine soruşturma başlatılıp tamamlanarak yaptırım uygulanması esastır. Uzlaşma, soruşturmanın hızlı şekilde bitirilmesinden kaynaklanan faydalar ile usul ekonomisini sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Bu sebepledir ki, uzlaşmanın usul ekonomisi sağ-

---

[19] Uzlaşma usulünün işletilebilmesi için soruşturmanın taraflarının tümünün katılımının zorunlu olmadığı bu usul öğretide hibrit uzlaşma olarak da adlandırılmaktadır. Buna karşılık, uzlaşma sürecine katılmayan diğer teşebbüsler aleyhine soruşturma devam etmekte olduğundan, bu usul uzlaşma usulünden beklenen usul ekonomisini sağlamak bakımından yetersiz kalmaktadır (Deniz Tanlı, "Rekabet Hukukunda Uzlaşma Kurumu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 81, S. 1, 2023, s. 25; İnce / Ünübol, s. 51 vd.).

[20] Tanlı, s. 24.

[21] Pektaş, s. 18.

[22] Tanlı, s. 34.

lamadığı hallerde temel usul olan soruşturmanın devam etmesi ve karara bağlanması gerekir. Dolayısıyla soruşturmanın ortak veya karşılıklı eylemler nedeniyle birden fazla teşebbüs aleyhine yürütülmesi halinde, az sayıdaki teşebbüsün uzlaşma usulünü başlatma başvurusunda bulunmak yahut Kurul'un davetini kabul etmek suretiyle uzlaşma sürecine katılması halinde, ortak veya karşılıklı eylemler sebebiyle esas soruşturma devam edeceğinden, uzlaşma yapılması pratikte usulü fayda sağlamayacaktır.[23]

Bunun yanında, soruşturmanın taraflarının mevcut tutumunun uzlaşmaya elverişli olup olmadığının da Kurulca değerlendirilmesi gerekir. Aksi durumda, uzlaşma yalnızca soruşturma sürecinin uzamasına sebep olacaktır. Buradaki değerlendirme yapılırken, soruşturmanın tarafı olan veya uzlaşma usulüne katılan teşebbüs sayısı, ihlalin kapsamı, mevcut deliller, soruşturmanın taraflarıyla ortak kanaate varmanın mümkün olup olmadığı hususları dikkate alınmalıdır.[24]

Ayrıca, Kurul'un uzlaşma sürecini başlatması için elindeki mevcut bilgi ve deliller doğrultusunda ihlalin mevcut bulunup bulunmadığına yönelik görüş ayrılığı içerisinde olması gerekir. İhlalin varlığının veya yokluğunun açıkça anlaşıldığı yahut ihtilaf konusu olmadığı hallerde uzlaşma işletilmeyecek olup soruşturmanın sonuçlandırılması gerekir. Bu bakımdan eldeki mevcut deliller ile bunların ihlali ortaya koyma gücü de uzlaşmanın başlatılıp başlatılmamasında belirleyicidir.[25]

Diğer yandan Kurul, teşebbüsler tarafından yapılan uzlaşma usulünü başlatma başvurusunu belli inceleme ve araştırmalar yapıldıktan sonra da sonuca bağlayabilir. Bu durumda, uzlaşmanın başlatılması hakkında karar verilmesi ertelenir.

Kanunun 43. maddesinin beşinci fıkrasına göre uzlaşma usulünün rekabet ihlaline yönelik olarak ön araştırma sonrasında veya doğrudan soruşturmanın başlatılmasından sonra, soruşturmanın tamamlanmasına kadar başlatılabilmesi mümkündür. Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kurul, başlattığı soruşturmaları soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını otuz gün içinde göndermelerini ister. Bu bildirim üzeri-

---

[23] Tanlı, s. 25.

[24] İnce / Ünübol, s. 50.

[25] İnce / Ünübol, s. 50.

ne yahut başka bir surette hakkında soruşturma başlatıldığını öğrenen teşebbüsün uzlaşma usulünü başlatma başvurusunda bulunabilmesi mümkündür. Ön araştırma aşamasında ise uzlaşma başvurusunda bulunulabilmesi mümkün değildir.

Soruşturma aşamasının soruşturma raporunun hazırlanması ile nihayete erdiği kabul edilmektedir.[26] Bu sebeple, uzlaşma usulüne soruşturma raporunun Kurul'a sunulmasına kadar başvurulması gerekir. Kanun'un 43. maddesinde raporun, soruşturmanın başlamasından itibaren altı ay içerisinde hazırlanması öngörülmüştür. *Aksoylu* ise, soruşturma aşamasının ikinci savunmanın alınması veya Kurul'un ek beyanlarına verilecek cevap üzerine tamamlandığını ileri sürmektedir.[27] Bu durumda, uzlaşma usulünün işletilebileceği zamansal aralığın genişleyebileceği düşünülebilir. Ancak, Uzlaşma Yönetmeliğinin 4. maddesinin üçüncü fıkrasında Kurul'un soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabileceği açıkça kurala bağlanmıştır.[28]

Uzlaşma usulüne soruşturmanın başlatıldığının taraflara bildirilmesini takiben, henüz soruşturma sürecinin başında başvurulması ihtimalinde; Kurul'un elinde yalnızca otuz günlük ön araştırma aşaması sonucunda elde edilmiş olan bilgi, belge, beyan ve deliller bulunacaktır. Keza bu safhada, tekemmül etmiş ya da ilerlemiş bir soruşturma dosyasından da bahsedilemeyecektir. Nitekim, uzlaşma başvurusunun soruşturmanın erken bir safhasında yapılması halinde, Kurul'un elinde yeterli bilgi ve belgenin bulunmadığı muhtemel olduğundan, "*ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığı*" hususunun değerlendirilmesi için, belli bir süreye ihtiyacının olması muhakkaktır.

Uzlaşmanın işletilmesine, Kurul tarafından resen karar verilmesi durumunda ise, teşebbüslere on beş günlük süre verilerek uzlaşma görüşmelerine çağrılır. Soruşturmanın taraflarının tümü veya bir kısmı uzlaşmaya çağırabileceği gibi, hiçbiri çağrılmadan da soruşturma sürdürülebilir. Teşebbüslerin görüşmeye gelmemesi halinde bu davetten doğan haklar sona erer.

---

[26] Bu hususa yönelik değerlendirmeler için bkz. İlmutluhan Selçuk, "4054 Sayılı Kanun'un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler", **Rekabet Dergisi**, C. 4, S. 2, 2003, s. 61 vd.

[27] Aksoylu, s. 41.

[28] Coşkun, s. 89.

B. Uzlaşma Görüşmeleri Aşaması

Uzlaşma usulünün başlatılması kararı üzerine, görüşmeler Kurul tarafından yürütülür. Uzlaşmaya birden fazla teşebbüsün başvurması durumunda, süreç her bir teşebbüs için ayrı şekilde işletilir.[29] Böyle bir durumda, uzlaşmaya ilişkin bilgi ve belgeler diğer taraflarla paylaşılmaz. Uzlaşmanın tarafı olmayan diğer taraflar, teşebbüse ilişkin uzlaşma dosyasına erişemez.

Uzlaşma görüşmelerinin kaç oturum halinde ve hangi sürede gerçekleştirileceğini belirleme yetkisi Kurul'a aittir. Görüşmelerin tamamlanması gereken süre mevzuatta öngörülmemiştir. Öğretide bu sürenin, soruşturma için öngörülen azami altı aylık sürenin üzerinde olamayacağı savunulmaktadır.[30] Buna karşılık, AB hukukunda uzlaşma görüşmeleri kapsamında üç defa ikili toplantı yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Her bir toplantıda uzlaşma sürecine yönelik farklı usulü işlemler sırasıyla yürütülmektedir.[31] Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre, uzlaşma görüşmelerine başlanmış olması, tarafların kendileri hakkında isnat edilen ihlali kabul ettikleri anlamına gelmez. Aksi durumda, hiçbir teşebbüsün uzlaşma görüşmelerine katılmak istememesi muhtemeldir.

Uzlaşma görüşmelerinde ilgili teşebbüse; hakkında ileri sürülen iddiaların içeriği, isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, deliller, uzlaşma ihtimalinde uygulanacak indirim oranı, verilecek idari para cezasının aralığı hususlarında bilgi verilir.[32] Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, uzlaşma görüşmelerinde taraflar, bu hususlar hakkında görüşlerini bildirir. Uzlaşma görüşmeleri sonunda verilecek ara kararda yer alacak bu hususların daha sonradan müzakere edilemeyeceği dikkate alındığında, teşebbüsün burada sunacağı görüş Kurul'un vereceği uzlaşma ara kararını etkileme bakımından son savunma niteliğindedir.[33]

Ancak, Kurul'un bilgi verme yükümlülüğünü eksik yerine getirmesi veya hiç yerine getirmemesi durumuna bağlanan yaptırım Kanun ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenmemiştir. Belirtmek gerekir ki, Kurul'un elinde bulunan deliller ile yaptığı değerlendirmeler ve alabileceği kararlar hakkında

---

[29] Buna karşılık mehaz AB hukukunda uzlaşma görüşmelerinin teşebbüslerle tek tek yahut birlikte gerçekleştirilebileceği benimsenmiştir (Coşkun, s. 87).

[30] İnce / Ünübol, s. 56.

[31] İnce / Ünübol, s. 46-47.

[32] Bu hususlarda bilginin verileceği zamanın belirlenmesi Kurul'un takdirindedir (Tanlı, s. 59).

[33] Tanlı, s. 37.

bilgi sahibi olan ve bu sayede hem uzlaşma hem de uzlaşamama durumunda karşılaşacağı yaptırımı öngören teşebbüslerin bu konudaki kararlarını daha sağlıklı şekilde vereceği açıktır.[34]

Uzlaşmadan farklı olarak temel usul olan soruşturma bakımından Kanun'un 44. maddesinde, haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların "*sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini*" isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Aynı hükmün son fıkrasında Kurul'un, "*tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları*" kararlarına dayanak yapamayacağı açıkça öngörülmüştür.

Bu hususun soruşturma usulü bakımından açıkça öngörülmüş olmasına karşın uzlaşma için düzenleme yapılmamasının bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir. Buna göre, uzlaşma görüşmeleri sırasında taraflara sunulmamış olan bilgi, belge ve delillerin uzlaşma sonucunda veya soruşturmanın tamamlanması üzerine verilecek nihai karara dayanak teşkil etmesi mümkündür. Oysa ki, uzlaşma görüşmelerinden beklenen amaç, idare ile teşebbüs arasında diyalog ortamının oluşması, delillerin tespiti ve ihlalin varlığının, kapsamının doğru tespitine yönelik karşılıklı işbirliği yapılması; piyasanın düzeninin ve rekabetin sağlanması, ihlalin önlenmesi bakımından en elverişli, yaratıcı çözümün taraflarca uzlaşılarak benimsenmesidir.[35] Bu amaç özellikle hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin soruşturmalarda teşebbüslerin eylemlerinin doğru değerlendirilebilmesi bakımından önem arz eder.[36]

Uzlaşma görüşmeleri, görüşmelere katılanlarca mutabık kalınan bir tutanak ile kayıt altına alınır. Bu tutanak kurum içi yazışma olarak saklanır. Uzlaşma görüşmelerine ilişkin tutanaklara soruşturmanın yahut uzlaşmanın tarafı olan diğer teşebbüslerin veya Kurul'a şikayet başvurusunda bulunanların erişim imkanı olmayacaktır.[37]

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca teşebbüs, uzlaşma metninin sunulmasına kadar uzlaşma sürecinden gerekçe gös-

---

[34] Pektaş, s. 18.

[35] Pektaş, s. 20.

[36] Coşkun, s. 83.

[37] Tanlı, s. 36.

termeden çekilebilir. Ancak, usulüne uygun şekilde sunulan uzlaşma metni geri çekilemez. Buna karşılık, Uzlaşma Yönetmeliğinin 4. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, uzlaşma nihai kararının verilmesine kadar Kurul'un yürütülmekte olan uzlaşma sürecinden beklenen usulü faydanın sağlanamayacağının veya soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olmadığı veya delillerin karartılması tehlikesinin bulunduğu yahut gizlilik yükümlülüğünün yerine getirilmediği kanaatine varması durumunda uzlaşmayı tek yanlı sonlandırması mümkündür. Bunlardan özellikle, *uzlaşma sürecinden beklenen usulü faydanın sağlanamayacağının anlaşılması* hali Kurul'a geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

C. Uzlaşma Ara Kararı ve Uzlaşma Metni Aşaması

Uzlaşma görüşmelerinin tamamlanmasını takiben, Kurul uzlaşma ara kararını verir. Bu karar uzlaşma sürecini sonlandırmamakta olup uzlaşma nihai kararının hazırlık işlemi mahiyetindedir. Uzlaşma ara kararında Kurul tek yanlı olarak; isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, hesaplanan azami ceza oranı, uygulanacak indirim oranı, verilecek azami idari para cezası oranı ve miktarı ile uzlaşma metninin hazırlanarak Kurum'a sunulması için verilen on beş günlük kesin süreyi belirtir.

Kanun'un 43. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, uzlaşma sağlanması durumunda ilgili teşebbüse verilecek idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanır. İndirim oranının belirlenmesi Kurul'un takdirindedir. Kanun'da uygulanacak indirim oranı bakımından üst sınır düzenlenmişse de alt sınır öngörülmemiştir. Buna karşılık, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin dördüncü fıkrasında uzlaşma sonucunda idari para cezasında yüzde ondan yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabileceği düzenlenerek, indirim oranına alt sınır getirilmiştir.[38] Öngörülen bu alt sınırın teşebbüsleri uzlaşmaya teşvik edeceği açıktır.[39] Diğer yandan, ceza miktarında öngörülebilirlik sağlaması bakımından, Kurul'un uygulanacak cezalara ilişkin çerçeveyi belirleyen kılavuzlar düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.[40]

---

[38] AB uygulamasında ise indirim oranının belirlenmesinde Komisyon'a takdir yetkisi tanınmadığı, maktu indirim olan yüzde on oranın uygulandığı görülmektedir (Ann O'Brian, "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", **13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop**, Florence, 2008, http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf, (Erişim: 15.04.2024), s. 7.

[39] Tanlı, s. 30.

[40] İnce / Ünübol, s. 41.

Kurul uzlaşma ara kararında Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik[41] kapsamında hesaplayacağı azami idari para cezasını belirler. Bu ceza teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin uzlaşma nihai kararından bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa uzlaşma nihai kararı tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerine göre hesaplanır. Bu bakımdan uzlaşmanın tamamlandığı tarih, cezanın miktarının belirlenmesinde etkili olmaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, uzlaşma süreci ile birlikte pişmanlık başvurusunda da bulunulması halinde, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik[42] kapsamında belirlenen indirim oranı ile uzlaşma için belirlenen indirim oranı toplanarak birlikte uygulanır.[43] Ancak bunun için söz konusu pişmanlık ve aktif işbirliği başvurusunun uzlaşma nihai kararından önce yapılması zorunludur.[44] Benzer şekilde, Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen peşin ödeme indiriminin uzlaşma halinde uygulanması da mümkündür.[45]

Uzlaşma ara kararı uzlaşmanın yapılabilmesi için teşebbüse sunulan azami koşulları içermektedir. Nitekim, uzlaşma ara kararında teşebbüse verilecek azami idari para cezası belirtilmekte olup cezanın nihai tutarı Kurul'un vereceği nihai kararda kesinleşir. Ancak, nihai kararda Kurul ara kararda öngörülenden daha yüksek bir tutarı para cezası olarak belirleyemez. Mehaz AB hukukunda, uzlaşma ara kararı aşaması bulunmamakta olup uzlaşma görüşmelerini takiben, bu görüşmelerdeki beyanlara uygun olarak uzlaşma metni teşebbüs tarafından düzenlenerek Komisyon'a sunulmaktadır.

Uzlaşma ara kararını onaylayan teşebbüs tarafından yazılı uzlaşma metni hazırlanır. Ancak, yukarıda belirtilen unsurları içerir beyan, şifahi olarak da Kurul'a sunulabilir. Bu durumda, verilen beyan görevli meslek personeli tarafından yazılı hâle getirilerek uzlaşan teşebbüsü temsile yetkili kişilere teyit ettirilir.

---

41 RG. 15.02.2009, S. 27142.

42 RG. 16.12.2023, S. 32401.

43 Rekabet Kurulu, T. 14.04.2022, Dosya No: 2021-2-041, Karar No: 22-17/283-128, www.rekabet.gov.tr. (Erişim: 01.05.2024).

44 Tanlı, s. 43.

45 Tanlı, s. 30.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, uzlaşma ara kararında yer verilen hususlar uzlaşma taraflarınca müzakere konusu yapılamaz. Dolayısıyla, teşebbüsün uygulanacak idari para cezasının oranının belirlenmesinde olduğu gibi, uygulanacak indirim oranı hususunda da pazarlık imkanı bulunmamaktadır.[46] Bu bakımdan, uzlaşma metni esasında Kurul tarafından ara kararda sunulan koşulların teşebbüs tarafından kabulünden ibarettir. Ara kararda geçen, ihlalin varlığı, kapsamı ve para cezasının kabulü uzlaşma metninin esasını oluşturur. Uzlaşan taraf ihlalin varlığı, kapsamı veya süresi ya da uygulanacak azami idari para cezası yahut indirim oranı bakımından karşılıklı diyalog ya da pazarlık yapamaz. Keza, uzlaşma metninde ihlale konu maddi olguların varlığı değil; doğrudan ihlalin varlığı kabul edilmektedir.[47] Bu durum, uzlaşma sonucunda verilen kararın yargısal denetimine başlı başına engel oluşturabilmektedir.[48] Bunun yanında uzlaşma metninde, bu metinde yer alan konularda dava açılamayacağı da açıkça belirtilir. Uzlaşan tarafın ihtirazi kayıt koymak suretiyle uzlaşma sonucunda verilen karara karşı kanun yolunu açık tutabilmesi olasılıklar dahilinde değildir. Uzlaşma metninde Kurul'un bir eksiklik bulması halinde bu eksikliğin giderilmesi için ilgili teşebbüse bir defaya mahsus olmak üzere yedi günlük süre verilir.

Uzlaşma metni teşebbüs tarafından sunulduktan sonra, teşebbüsün uzlaşmadan yahut uzlaşma koşullarından vazgeçmesi ya da çekilmesi mümkün değildir. Uzlaşma metninin sunulmasından itibaren uzlaşma süreci on beş gün içinde Kurul tarafından sonuçlandırılarak nihai karar verilir.

D. Nihai Karar Aşaması

Ara karar üzerine, ilgili teşebbüsün uzlaşma metnini usulüne uygun ve eksiksiz olarak sunması durumunda, Kurul tarafından nihai karar alınır. Uzlaşma sağlanmasında olduğu gibi uzlaşmanın olumsuz sonuçlanması durumunda da Kurul nihai karar alır. Uzlaşma sürecinin teşebbüsün çekilmesi

---

[46] Buna karşılık Rekabet Kurulu, *Olka Marlin* kararında uzlaşma metninde teşebbüs tarafından talep edilen indirim oranını kabul etmek suretiyle nihai kararı vermiştir (; Rekabet Kurulu, T. 30.06.2022, Dosya No: 2021-5-056, Karar No: 22-29/488-197, www.rekabet.gov.tr. (Erişim: 01.05.2024). Bu karar, uzlaşma usulünde müzakere yönteminin pekâlâ uygulanabileceğine işaret etmektedir.

[47] Mehaz AB uygulamasında ise, uzlaşan teşebbüsün ihlalin varlığı ve kapsamının yanında sorumluluğu da kabul etmesi öngörülmüştür (2008/C 167/01 sayılı Duyuru, par. 20).

[48] İnce / Ünübol, s. 32.

veya Kurul'un sonlandırması yoluyla uzlaşamama yönünde sona ermesi halinde de nihai kararın alınması mecburidir.

Uzlaşma yönündeki nihai kararda, teşebbüs hakkında ileri sürülen iddiaların içeriği, ihlalin niteliği ve kapsamı, mevcut deliller, uygulanan indirim oranı ve verilen nihai para cezası ile teşebbüsün ihlalin varlığı ve kendisine verilen idari para cezasını kabul ettiğine yönelik beyanı yer alır. Bu durumda nihai karar hem uzlaşma usulünü hem de soruşturmayı sonlandırır. Uygulamada Kurul'un nihai kararda, belirlenen cezanın hesaplanmasına yönelik ayrıntılı gerekçeler ortaya koyduğu,[49] buna karşılık uygulanan indirim oranını haklılaştırmaya yönelik açıklamada bulunmadığı görülmektedir.[50]

Soruşturmanın birden fazla teşebbüs hakkında başlatılması ve fakat teşebbüslerin tümünün soruşturmayı uzlaşma yoluyla sonuçlandırmaması durumunda, soruşturma diğer teşebbüsler bakımından devam edeceğinden, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uzlaşan taraf hakkında verilen gerekçeli karar soruşturma sonucunda verilecek nihai karardan önce taraflara tebliğ edilmemektedir. AB hukukundan farklı olarak uzlaşma sonucunda verilen kararlar yayınlanmamaktadır. Buna karşılık, özellikle içtihat zenginliğinin sağlanması adına, gizli bilgilerden arındırılmak suretiyle yayınlanmalarının yararlı olacağı savunulmaktadır.[51]

Kanun'un 43. maddesinin sekizinci fıkrasına ve Yönetmelik'in 4. maddesinin beşinci fıkrasına göre, uzlaşma sağlanması halinde idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan diğer hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz. Buna göre, dava açılamayacak konular ihlalin varlığı ve kapsamı, verilen idari para cezası ve uygulanan indirim oranıdır. Öte yandan, salt uzlaşmanın taraflarının bu hususları dava konusu yapamayacağı öngörüldüğünden uzlaşma sonucunda verilen kararda menfaati bulunan üçüncü kişiler nihai karara karşı dava açabilmektedir.[52]

---

[49] Can Yıldız, "Türk Rekabet Hukukunda İlk Uzlaşma Kararı", Nisan 2022, www.erdem-erdem.av.tr (Erişim: 15.03.2024).

[50] Rekabet Kurulu, T. 05.08.2021, Dosya No: 2020-2-013, Karar No: 21-37/524-258; Rekabet Kurulu, T. 14.04.2022, Dosya No: 2021-2-041, Karar No: 22-17/283-128; Rekabet Kurulu, T. 30.06.2022, Dosya No: 2021-5-056, Karar No: 22-29/488-197, www.rekabet.gov.tr. (Erişim: 01.05.2024).

[51] Tanlı, s. 41.

[52] Reşit Gürpınar, "Türk Rekabet Hukukunun Üvey Evladı: Şikâyetçi", **Nurkut İnan'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 540.

Uzlaşamama yönündeki nihai karar doğrudan ya da ilgili teşebbüsün bu yöndeki iradesi üzerine Kurul tarafından verilebilir. Kurul Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen gerekçelerden birini ileri sürmek suretiyle uzlaşma nihai kararının tesis edilmesine kadar uzlaşmayı sonlandırabilir. Bu ihtimalde uzlaşma sürecinin sonlandırılmasının gerekçeleri de nihai kararında ortaya konulur.

Uzlaşma sağlanamaması durumunda, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 11. maddesi uyarınca, uzlaşma usulü sırasında sunulmuş yahut eklenmiş bulunan bilgi ve belgeler dosya kapsamından çıkarılır. Bu bilgi ve belgeler, soruşturmanın tamamlanması sonucunda alınacak karara dayanak oluşturamaz. Ancak, söz konusu bilgi, belge ve delillerin soruşturma sonucunda verilecek karar üzerine açılması olası iptal davasında kullanımını kısıtlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Benzer şekilde, uzlaşma sırasında elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda, başka bir ihlal için soruşturma yapılmasını, diğer bir ifadeyle soruşturmanın genişletilmesini engelleyen bir düzenleme de mevzuatta yer almamaktadır.[53] Sürecin uzlaşma ile sonuçlandırılamaması veya uzlaşma usulünü başlatma davetinin Kurul ya da ilgili teşebbüs tarafından kabul edilmemesi durumunda tekrar uzlaşma talebinde bulunulamaz.

II. UZLAŞMA USULÜNÜN İŞLETİLMESİNDE ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

Uzlaşma usulünün, soruşturma aşamasındaki pek çok işlemin yapılmaması ve ihlalin kapsamı ile verilen idari para cezasının hukuka uygunluk yönünden yargı mercileri önüne taşınamaması sebebiyle usul ekonomisi ve yargının iş yükünün hafiflemesi bakımından önemli yararlar sağladığı düşünülebilse de rekabet hukuku uyuşmazlıklarının uzlaşma yoluyla çözümlenmesi idare hukukunun tabi olduğu bazı anayasal ilkelerin **(A)** yanında idari yaptırımların tabi olduğu ceza hukuku prensipleri **(B)** ile de bağdaşmayan sonuçları beraberinde getirmektedir.

A. Rekabet Hukukunda Uzlaşma Müessesesinin İdare Hukukunun Tabi Olduğu İlgili Anayasal İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi

Rekabet hukukuna yönelik soruşturmalarda uzlaşma usulünün işletilmesinin, özellikle verilecek cezada indirim yapılması sebebiyle teşebbüs bakımından; soruşturma aşamasındaki ayrıntılı usulü işlemlerden kaynaklanan iş

---

[53] İnce / Ünübol, s. 38.

yükünü hafifletmesi nedeniyle de Kurul için önemli yararları bulunmaktadır. Buna karşılık, uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla çözümlenmesi gerek ihlalin varlığı ve kapsamı gerekse verilecek idari para cezası yönünden anayasal eşitlik ilkesine aykırı neticeleri beraberinde getirebilmektedir **(1)**. Uzlaşma sonucunda verilen kararlara karşı yargı yolunun kapatılması ise, söz konusu Anayasa'ya aykırılıkların yargı önüne taşınmasına engel teşkil etmektedir **(2)**.

1. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10. maddesine göre ayırım gözetilmeksizin herkes kanun önünde eşittir. İdare bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadır. Tesis edilecek işlemlerin muhatablarına karşı eşitlik ilkesine uygun davranılması idarenin anayasal yükümlülüğüdür. İdarenin eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğü hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 2. maddesinin de gereğini oluşturmaktadır. Özellikle takdir yetkisinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlerde, bu yetkinin idare tarafından aynı veya benzer hukuki durumda bulunanlara aynı şekilde kullanılması, eşitlik ilkesinin yanında hukuki belirlilik ilkesinin de bir gereğidir.

Hukuki belirlilik ilkesi, düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya veya kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır olmasını, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesini gerektirir. Kişi, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Buna karşılık aynı fiil karşısında idarenin farklı yönde işlemler tesis etmesi hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Anayasal bir ilke olan eşitlik, özellikle idari yaptırımlarda önemli etkiler yaratmaktadır. Buna göre, idarenin uygulayacağı cezayı seçmede, cezanın miktarını belirlemede takdir yetkisini eşitlik ilkesine uygun kullanması gerekmektedir. Aynı veya benzer durumda olanlara aynı işlemin uygulanması gerekmekte olup aynı şartlar altında bulunan yahut aynı fiili işleyenlere farklı cezalar verilmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır.[54] Nitekim Danıştay, ceza

[54] Çınar Can Evren, **Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 299-300.

verilip verilmemesi yahut verilecek cezanın miktarının tespiti hususunda idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmasının dahi eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalı sonuçlar yaratabileceğini ortaya koymuştur.[55]

Bir kararında ise Danıştay, "*... davalı idarece aynı tutanak esas alınarak bayiye ceza uygulanmamasına karşın davacı şirkete ceza uygulanmasının sebebinin ortaya konulmadığı dikkate alındığında, dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı*" yönünde hüküm kurmak suretiyle, aynı hukuka aykırı işlem ya da eylemde bulunan taraflara aynı veya benzer yaptırımın uygulanmasının kural olduğunu, farklı bir yaptırımın benimsenmesi durumunda mutlaka bunun gerekçesinin ortaya konulması gerektiğini ortaya koymuştur.[56]

Eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak, sübjektif bir değerlendirme yapılan ve eşit konumda bulunan taraflar arasında pazarlık yapılmasını gerektiren alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idare hukukunda ve özellikle idari yaptırım hukukunda uygulaması oldukça dardır.[57] Zira, başta yaptırım hukuku olmak üzere idare hukukunda, hukuki ve fiili yönden taraflar arasında idarenin üstün konumda olduğu bir ilişki bulunduğu gibi, uyuşmazlıkların çözümü, taraflar arasındaki ihtilafın çözülmesinden öte kamu yararına yönelik sonuçlar yaratmaktadır.[58]

Yalnızca basit şüphenin oluşmasına dayanak teşkil edebilecek bilgi, belge ve delillerden hareketle rekabet ihlali isnadında bulunulan uzlaşma usulünün anayasal eşitlik ilkesine aykırı sonuçları beraberinde getirmesi mümkündür. Şöyle ki, yasaklanmış olan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem faaliyeti Kanun'un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıt-

---

[55] Dan. 13. D., E. 2011/4071, K. 2015/3721, 02.11.2015, Danıştay Bilgi Bankası (Erişim: 30.04.2024).

[56] Dan. 13.D., E. 2014/1025, K. 2014/3042, 30.09.2014, Danıştay Bilgi Bankası (Erişim: 30.04.2024).

[57] K. J. de Graaf / A. T. Marseille / H. D. Tolsma, "Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective" in **Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law**, Ed. Dacian C. Dragos / Bogdana Neamtu, Springer Verlag, 2014, s. 595; Nilay Arat, **Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, s. 220.

[58] Nilay Arat, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 896.

lama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri olarak tanımlanmıştır. Kanun'un lafzından anlaşıldığı üzere uyumlu eylem faaliyeti tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilemeyen, birden fazla teşebbüsün ortak bir amaç ve saikle bir araya gelerek işleyebileceği fiillerdir. Benzer şekilde, Kanun'un 6. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılması faaliyetinin birden fazla teşebbüsün anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Uygulamada kartel niteliğindeki faaliyetler çoğunlukla birden fazla teşebbüs tarafından ortak bir irade ile birlikte görülmektedir. Bu düzenlemelerden hareketle, rekabet hukukunda soruşturma konusu edilen işlem ve eylemlerin çoğu zaman birden fazla teşebbüs tarafından işlenebilecek olduğu anlaşılmaktadır.

Birden fazla teşebbüs hakkında soruşturma açılması ve fakat bunlardan biri ya da birkaçının uzlaşma usulünü işletmesi ve mevcut bilgi, belge ve delillerden hareketle uzlaşma yaparak ihlalin varlığı ve kapsamı ile idari para cezasını kabul etmesi, diğer teşebbüsler hakkında ise soruşturmanın devam etmesi ve ihlalin gerçekleştirilmediğinin ya da kapsamının farklı olduğunun tespit edildiği yahut işlem veya eylemlerin rekabet hukukuna aykırılık olarak nitelendirilmediği hallerde çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.[59] Gerçekten de ön araştırma sonucunda soruşturma başlatmaya yönelik yeterli şüphe oluşturmaya imkân sağlayan bilgi ve belgeler doğrultusunda ihlalin varlığı veya kapsamına yönelik değerlendirmenin, soruşturma aşamasında elde edilen bilgi, belge ve deliller ile daha kapsamlı araştırmalar sonucunda değişebilmesi mümkündür. Keza, soruşturma aşamasında, ihlal gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüslerin tümü tarafından sunulan iddia ve savunmalar birlikte incelenmekte; teşebbüsler de dosyada yer alan bilgi ve belge, iddia ve savunmaların tümüne vakıf olabilmektedir. Soruşturmanın erken bir safhasında, yalnızca ön araştırma üzerine elde edilen bilgi ve delillere dayanılarak ihlalin tespit edilmesi ve uzlaşmaya varılması, esasında teşebbüsün hukuka aykırı bir işlem veya eylemi olmaksızın yaptırıma maruz kalmasına yol açabilecektir.

Kanun'un 43. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususların uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamayacağı dikkate alındığın-

[59] Aynı yönde görüş için bkz. Pektaş, s. 23.

da, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre, uzlaşma nihai kararı ile (teşebbüs bakımından uzlaşma metninin Kurul'a sunulması ile) ihlalin varlığı ve kapsamı kesinleşmekte, soruşturmanın diğer teşebbüsler bakımından devam etmesi üzerine ihlalin bulunmadığının yahut kapsamının farklı olduğunun tespit edilmesi halinde dahi uzlaşan teşebbüsün hukuki durumunda bir değişiklik olmamaktadır.[60] Uzlaşma yapılması durumunda ihlalin varlığının ve kapsamının dava konusu yapılamaması, aynı fiilin uzlaşma yapan teşebbüsler için hukuka aykırı addedilerek yaptırım konusu yapılması, uzlaşma yapmayan teşebbüsler için ise hukuka uygun kabul edilerek yaptırım uygulanmaması gibi eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

Benzer şekilde, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir. Dolayısıyla yıllık gayri safi gelirinin yüzde onunu geçmemek üzere verilecek ceza oranını belirleme yetkisi Kurul'a aittir. Kurul buradaki takdir yetkisini kullanırken, rekabet ihlaline uygulanacak ceza oranının belirlenmesinde, ihlalin kapsamı ve süresini dikkate almaktadır.[61]

Rekabete aykırı fiillerde bulunduğunu düşünen ve Kanun'un 43. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca yüzde yirmi beş oranında indirimden yararlanmak isteyen, bu sebeple de uzlaşan teşebbüs bakımından ihlalin kapsam ve süresinin daha ağır belirlenmesi ve bu sebeple indirime tabi tutulan matrahın daha yüksek olması ve fakat soruşturma sonucunda ihlalin kapsam ve süresinin daha düşük olduğunun anlaşılarak daha düşük bir tutar üzerinden yaptırıma karar verilmesi durumunda da benzer bir durum oluşabilecektir. Şöyle ki, esasında daha hafif bir ceza almak niyetiyle soruşturmanın devamı ile maddi gerçeğin araştırılmasından feragat eden teşebbüs nihayetinde daha ağır bir ceza ödemek durumunda kalabilmektedir. Bu durum ise yine, aynı fiilin uzlaşma yapan teşebbüsler için daha ağır bir hukuka aykırılık addedilerek daha yüksek bir orandan cezanın belirlenmesi, uzlaşma yapmayan teşebbüsler için ise daha hafif bir hukuka aykırılık olarak kabul edilerek düşük bir

---

60 Aynı yönde görüş için bkz. Tanlı, s. 68.

61 Tanlı, s. 31.

orandan ceza verilmesi gibi eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.[62]

Esasında bu son ihtimalle paralel olarak, ceza oranının uygulanacağı matrahın belirlenmesi bakımından da yani yaptırım miktarının tespitinde de Kurul'un eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi bir diğer gerekliliktir. Anayasa Mahkemesi tarafından yakın tarihli bir kararda eşitlik ilkesinden hareketle ortaya konulduğu üzere, rekabet hukuku ihlallerinde gayrisafi gelir miktarının yani ceza oranının belirlenmesinde esas alınacak tutarın tespitinde bütçe ayrıştırması yahut belli kalemlerin dışarıda tutulması esasının benimsenmesi durumunda, idarenin bu yöndeki tutumunu tüm teşebbüsler bakımından sergilemesi gerekmektedir.[63] Somut uyuşmazlıkta Mahkeme, ceza matrahında bazı teşebbüsler için yurt dışı gelirler dikkate alınırken diğerleri bakımından hesaplanmamasının farklı muamele teşkil edebileceğine işaret etmiştir. Buna göre, aynı hukuka aykırı fiil sebebiyle uzlaşma yapan teşebbüsler için gayrisafi gelirinin tümü üzerinden yaptırım miktarının hesaplanması, uzlaşma yapmayan teşebbüsler için ise gayrisafi gelirin bazı kalemler ayrıştırılarak bu miktarın belirlenmesi eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.[64]

Kanaatimizce, eşitlik ilkesi ile bağdaşmayan bu durum uzlaşmanın uygulanmasının değil; uzlaşma yapılması durumunda ihlalin varlığı ve kapsamının yargısal denetiminin yapılamıyor olmasının bir sonucudur.[65] Nitekim, bu ihtimalde soruşturma sonucunda yeni bir maddi ve hukuki durumun ortaya çıkmasına karşın, teşebbüs hakkında yeni bir işlem tesis edilememekte;

---

[62] Nitekim Rekabet Kurulu tarafından uzlaşma yoluyla sonuçlanan bir soruşturmada böyle bir durum meydana gelmiştir (Rekabet Kurulu, T. 14.04.2022, Dosya No: 2021-2-041, Karar No: 22-17/283-128, www.rekabet.gov.tr. (Erişim: 01.05.2024).

[63] AYM., *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.*, T. 23.03.2023, B. No: 2019/40991, RG. 20.06.2023, S. 32227.

[64] Gayrisafi gelirin hesaplanmasında ortaya çıkabilecek ayrışık durumlara yönelik değerlendirmeler için bkz. Canatan, s. 228.

[65] Söz konusu kısıtlama Kanun'un 43. maddesinde yalnızca uzlaşmanın tarafları için öngörülmüş olup ihlalin varlığı ve kapsamı ile uygulanan idari para cezası ve indirim oranına karşı menfaati bulunan üçüncü kişilerin dava açma imkânı bulunmaktadır.

Öğretide *Tanlı* ise, diğer teşebbüsler hakkında devam eden soruşturma üzerine verilen karar hakkında açılacak davanın sonucunun, iptal kararlarının objektifliği ve genelliği sebebiyle uzlaşma yapan teşebbüsleri de bağlayacağını ileri sürmektedir (Tanlı, s. 68). Bu durumda, diğer teşebbüsler hakkında soruşturmanın devam etmesi ve yaptırım kararı verilmesi halinde, bu kararın iptal davasına konu edilerek, ihlalin bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptali yönünde hüküm kurulması durumunda, uzlaşma işlemi de kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir.

maddi gerçeğin tespit edilmesine yönelik yargısal denetimin de önü kapatılmaktadır.[66]

2. İdarenin Yargı Denetimine Tabi Olması İlkesi

Rekabet hukukundaki idari uyuşmazlıkların uzlaşma usulü ile çözümlendiği hallerde, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesi uyarınca, uzlaşma nihai kararı ile birlikte ihlalin varlığı ve kapsamının idari yönden kesinleşmesi ve Kanun'un 43. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, bu hususların uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaması -yukarıda izah edilen- eşitlik ilkesine aykırı sonuçların ortaya çıkabilmesine sebep olmaktadır.[67] Bu durumun, esas sebebi, diğer teşebbüsler bakımından devam eden soruşturma sonucunda maddi gerçeğin tespit edilmesi halinde, uzlaşan teşebbüs hakkında halihazırda kesinleşmiş yaptırım kararının düzeltilemiyor veya değiştirilemiyor olması, hukuka aykırılığın yargı önüne taşınamamasıdır.[68]

Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının uzlaşma yoluyla çözümlenmesi ihtimalinde, maddi ve hukuki gerçeğin araştırılmasına yönelik incelemeler sonucunda yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması ve uzlaşma kararında yer alan, ihlalin varlığı veya kapsamına yahut ceza miktarına yönelik değerlendirmelerin eksik, hatalı veya hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi halinin yargısal denetime kapalı olması, uzlaşma usulünün hukuki niteliği de dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak adil yargılanma hakkına sahiptir. Mahkemeye erişim hakkı olarak tanımlanan bu

---

66 Buna karşılık, rekabet ihlalin yönelik soruşturmanın taahhüt sunma yoluyla sonlandırıldığı hallerde yeni bir maddi veya hukuki durumun ortaya çıkması durumunda yeniden soruşturma açılabilmesi suretiyle kararın değiştirilebilmesi imkânı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, taahhüt yoluyla soruşturmanın sonlandırılmasına karar verdikten sonra kararın alınmasına temel teşkil eden herhangi bir unsurda esaslı değişiklik olması veya kararın taraflarca sunulan eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayanılarak verilmiş olduğunun anlaşılması durumunda yeniden soruşturma açabilmektedir. Kanun'un aynı usulü uzlaşma halinde öngörmemesinin bilinçli bir tercih olduğu düşünülmektedir.

67 Öğretide *Tanlı* ise, mevzuattaki düzenlemelerden, yalnızca ihlalin varlığı ve kapsamına ilişkin olarak yargı yolunun kapatılmış olduğunun; buna karşılık ihlalin süresi, sonuçları ve sorumluluğu bakımından yargı yoluna başvurulmasının mümkün olduğunun anlaşıldığını ileri sürmektedir (Tanlı, s. 31).

68 Aynı yönde görüş için bkz. Pektaş, s. 24.

hak, uyuşmazlığın tarafı olanlar için mahkemede dava açabilme ve dava sonucunda karar verilmesini isteme hakkını ifade eder.[69] İdarenin işlem veya eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu düşünen yahut bunlar sebebiyle zarara uğrayan kişilerin yargı yoluna başvurabilmesi de mahkemeye erişim hakkının bir gereğidir. Nitekim bu hakkın kullanılmasına yönelik olarak, Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlet'in "*işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini*" belirtmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Mahkemeye erişim hakkı sınırsız nitelik taşımayıp, başta usulü şartlar olmak üzere, bu hakka yönelik sınırlamalar getirilebilir.[70] Bir hak olması dolayısıyla, gerek usulüne uygun olarak, süresi içerisinde başvurmamak ve gerek açıkça beyan etmek suretiyle kişinin kendisinin de mahkemeye erişim hakkından feragat etmesi mümkündür. Uyuşmazlıkların alternatif yollarla giderilmesi yoluyla da mahkemeye başvuru hakkından feragat edilebilir.[71] Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması veya bu haktan feragat edilmesi tek başına Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır.[72]

Diğer yandan, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Anayasa'da açıkça belirtilen haller dışında idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılamaz. Bunun yanında, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü ilkesi yargısal korumanın varlığını ve etkinliğini gerekli kılmaktadır. İdarenin faaliyetlerinin yargısal denetime tabi tutulması, idarenin hukuk kurallarıyla bağlı kılınması hukuk devletinin de bir gereğini oluşturmaktadır. İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yalnızca ilgililerin mahkemeye erişimini değil; idareyi hukuk sınırlarına çekmek suretiyle aynı zamanda kamu yararını da sağlamaktadır. Bu sebeple, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık

---

69 Gökhan Çayan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, s. 240.

70 AİHM, *Jones ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, B. No: 34356/06 ve 40528/06, 02.06.2014, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 06.05.2024).

71 Nitekim, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz. Bu yöndeki karar için bkz. Yar. 9. HD., E. 2020/2649, K. 2020/10704, T. 06.10.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 03.04.2024).

72 Gökhan Çayan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, s. 260.

olması hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.[73] Nitekim Anayasa Mahkemesi idari işlemlerin yargısal denetimini kapatan kanuni düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermektedir.[74] Yargıya alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin ise, ancak yargısal denetimin mümkün olması durumunda hukuka uygun addedilebileceği ortaya konulmuştur.[75]

İdare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin prensiplerin düzenlendiği Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2001/9 sayılı tavsiye kararında idari uyuşmazlığın taraflarının haklarının korunması adına, alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin işletildiği hallerde yargı yolunun kapatılmaması gerektiği açıkça kurala bağlanmıştır.[76] Karşılaştırmalı hukukta uzlaşma yoluyla sona eren soruşturmalarda tarafların ya yargı yolu hakkını bütünüyle muhafaza ettikleri ya da yargı yolu hakkından tümüyle feragat edilmesinden ziyade, kararın kurulmasına esas olan tartışmasız unsurlar bakımından yargı yoluna başvurulmasına sınırlama getirilebileceğinin benimsendiği görülmektedir.[77]

Buna göre, her ne kadar mahkemeye erişim, sınırlanabilen ve feragat edilebilen bir hak niteliği taşısa da idarenin işlem ve eylemleri bakımından yargısal denetimin kapatılmaması, Anayasa'nın 125. maddesindeki açık düzenlemenin yanı sıra uluslararası hukuk ve yargı kararları uyarınca da bir zorunluluktur.

Uzlaşma sonucunda alınan nihai karara karşı yargı yolunun taraflar için kapatılmasının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından öncelikle bu kararın hukuki niteliğinin incelenmesi, başka bir deyişle Anayasa'nın 125. maddesine tabi olup olmadığının irdelenmesi gerekecektir.[78] Uz-

---

[73] Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, **Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 107.

[74] AYM., E.2008/112, K.2010/31, 04.02.2010, RG. 28.04.2010, S. 27565. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan düzenlemeleri Sözleşme'ye aykırı bulmuştur (AİHM, Pudas / İsveç, B. No: *10426/83*, 27.10.1987, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 05.05.2024).

[75] AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017; AYM., E. 2013/96, K. 2014/118, 03.07.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 03.05.2024).

[76] EC Recommendation Rec (2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, www.rm.coe.int. (Erişim: 06.05.2024).

[77] İnce / Ünübol, s. 60.

[78] Rekabet Kurulu tarafından yürütülen faaliyetlerin idari niteliğine yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Melikşah Yasin, "İdare Hukuku Rekabet İlişkisi Üzerine Notlar" in **İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması**, Ed. Melikşah Yasin / Memduh Cemil Şirin, On İki Levha Yayıncılık, 2023, ss.1-6.

laşma kararının idari işlem olarak nitelendirilmesi durumunda, yargısal denetime kapalı tutulması doğrudan Anayasa'ya aykırılık yaratacaktır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, Rekabet hukukunda uzlaşma her ne kadar çift taraflı, eşitler arasında tesis edilmiş bir ilişki izlenimi yaratsa da Uzlaşma Yönetmeliği'ndeki düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde uzlaşma sonucunda alınan nihai karar idari işlem olmaya daha yatkındır. Şöyle ki, uzlaşma usulünün her bir aşamasında Kurul'un üstün ve ayrıcalıklı statüsü açıkça öngörülmüştür. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre, uzlaşma sürecinin başlatılıp başlatılmamasında Kurul'un mutlak takdir yetkisi bulunmaktadır. Uzlaşma usulünün işletilmesi teşebbüs için bir hak olmayıp, somut koşullara göre Kurul'un uzlaşma usulünün işletilmesine yahut soruşturmanın devamına karar vermesi mümkündür. Uzlaşma görüşmelerinin düzenlendiği Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin beşinci fıkrasında her ne kadar Kurul'a görüşmeler sırasında, iddiaların içeriği, isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, ihlal isnadına dayanak teşkil eden başlıca deliller hususunda uzlaşma tarafına bilgi verme yükümlülüğü öngörülmüşse de söz konusu düzenlemede bu yükümlülüğün tam ve eksiksiz şekilde yerine getirilmemesine bir yaptırım öngörülmediği gibi, uzlaşmanın tarafının iddia ve savunmalarını sunma, dosya kapsamındaki bilgi ve belgelere erişim hakkına açıkça yer verilmediği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, uzlaşma görüşmeleri sırasında Kurul tarafından resmin tamamı görülebilmekte iken teşebbüs yalnızca Kurul'un kendisine sunduğu bilgi, belge ve delillere vakıf olabilmektedir. Bu bakımdan eşitler arasındaki bir diyalog ortamının bulunduğunun kabulü mümkün gözükmemektedir. Benzer şekilde, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca uzlaşma metnini teşebbüs düzenlenmekte ise de bu metnin içeriğinin uzlaşma ara kararında Kurul tarafından tek taraflı belirlenen şekilde düzenlenmesi gerekmekte olup teşebbüsün bu içerikte değişiklik yapma veya değişiklik talep etme yetkisi bulunmamaktadır.[79] Uzlaşma ara kararında ihlalin varlığı ve kapsamı ile verilecek azami idari para cezası ile uygulanacak indirim oranı gibi hususların yer aldığı dikkate alındığında, uzlaşmanın içeriğinin Kurul tarafından tek yanlı olarak belirlendiği, teşebbüsün elinde ise yalnızca bu koşulları kabul ederek uzlaşma metnini sunma veya etmeyerek soruşturmaya devam etme imkanının bulunduğu ortadadır. Uzlaşmanın son aşamasında ise nihai karar Kurul tarafından tek yanlı olarak verilmektedir. Teşebbüs tarafından uzlaşma metninin sunulmasından sonra ve

[79] Bu husus Uzlaşma Yönetmeliğinin 7. maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, uzlaşma ara kararında yer verilen hususlar uzlaşma taraflarınca müzakere konusu yapılamaz.

fakat nihai kararın verilmesinden önceki aşamada Kurul'un uzlaşma nihai kararını vermesi zorunlu olmayıp uzlaşma sürecini uzlaşmama yönünde sonlandırabilmesi mümkündür. Diğer yandan, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddelerine göre, uzlaşma ara kararında Kurul tarafından belirlenerek uzlaşma metninde teşebbüs tarafından kabul edilen husus verilebilecek azami idari para cezasıdır. Buna karşılık, idari para cezasının tutarı nihai kararda Kurul tarafından belirlenmektedir. Başka bir deyişle teşebbüs, kendisine verilecek idari para cezasının miktarını bilmeden uzlaşmayı kabul etmekte, bu tutar daha sonra Kurul tarafından nihai kararda tek yanlı olarak belirlenmektedir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, uzlaşma nihai kararının eşitler arası bir ilişki içerisinde, iradelerin karşılıklı uyumu doğrultusunda alınmış olduğunun kabulü güçtür. Uzlaşma sürecine her ne kadar teşebbüs de katılmakta ise de süreç boyunca Kurul'un tek yanlılığa varan baskın bir konumunun olduğu ortadadır.[80] Bu sebeple, uzlaşma nihai kararının Kurul tarafından tek yanlı tesis edilmiş bir işlem olduğunun kabulünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda, uzlaşma sonucunda alınan kararın yargı denetimine açık olması anayasal bir zorunluluktur.[81]

Yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçelere karşın, teşebbüs iradesinin de bulunması sebebiyle Kurul kararının idari işlem olarak addedilmemesi durumunda dahi, ortada yine de idariliğini koruyan bir faaliyet bulunduğunun savunulması mümkündür. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesine göre, iptal davalarının ancak kesin ve yürütülmesi gereken işlemlere karşı açılması mümkündür. İdarenin işlem niteliğinde olmayan faaliyetlerinin iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, idarenin işlem niteliğinde olmayan faaliyetlerine karşı tam yargı davası açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.[82] Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca, idarenin işlemlerinin yanı sıra eylemlerinin de yargısal denetime açık olması bir zorunluluktur.

Kurul'un özellikle uzlaşma görüşmeleri sırasında idari işlem niteliğinde olmayan beyanlarda bulunduğu, tutum ve davranışlar sergilediği ortadadır. Kurul, uzlaşma görüşmeleri sırasında teşebbüs hakkındaki iddia ve delilleri sunmanın yanı sıra uzlaşma ara kararında ihlalin varlığı ve kapsamı hususunda iradesini ortaya koymaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesi

---

80 Aynı yönde görüş için bkz. Tanlı, s. 70.

81 Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. İnce / Ünübol, s. 57.

82 Dan.10. D., E. 2008/9661, K. 2011/4363, 24.10.2011, yayınlanmamıştır.

uyarınca uzlaşma görüşmelerinin her bir teşebbüs bakımından ayrı olarak yapıldığı ve teşebbüsün kendi elindekilerin yanı sıra yalnızca Kurul tarafından kendisine sunulan bilgi, belge ve delillerle sınırlı bir değerlendirme yapmak suretiyle uzlaşma hususundaki iradesini oluşturduğu dikkate alındığında, uzlaşma sürecinin Kurul tarafından sunulan beyanlar ile bilgi ve belgeler esas alınarak tamamlandığı görülmektedir. Uygulamada Kurul veya raportörler tarafından ağır bir ihlale işaret edilmesi durumunda teşebbüsler yaptırım endişesiyle uzlaşma yapma yönünde hareket etmektedir.

Böyle bir durumda, Kurul'un ihlalin varlığı ve kapsamına ilişkin olarak uzlaşma sırasında ortaya koyduğu beyanların, diğer teşebbüsler hakkında soruşturma sonucunda verilen kararlarla çelişkili olması, bu beyanların eksik veya hatalı, yani kusurlu olduğunu ortaya koyacaktır. Kurul'un gerçeğe aykırı, kusurlu beyanları sonucunda uzlaşma yapmaya yönlendirmiş olduğu teşebbüsün uğramış olduğu zarardan sorumlu tutulması Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının yanında son fıkrasının da gereğidir. Zira idare, eylem ve işlemleri sonucunda ilgililerin uğramış oldukları zararı ödemekle yükümlüdür.

Bu sebeplerle, idari niteliği açık olan Kurul'un tesis ettiği nihai kararın uzlaşmanın taraflarınca yargı denetimine kapatılması Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık oluşturur.[83] Buna karşılık, uygulamada idareler uzlaşma sonucunda verilen nihai kararın dava konusu edilebilir bir idari işlem olmadığı gerekçesiyle, uzlaşma sonucunda verilen nihai kararların İYUK madde 11 başvurusuna konu edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Mahkemeler de idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlendiği hallerde yargı yolunun kanunla kapatıldığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde hüküm kurmaktadır.[84] Kanaatimizce bu yaklaşım başta 125. madde olmak üzere Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır.

Kaldı ki, uzlaşmanın idari vasfı bulunmayan bir özel hukuk işlemi olarak kabul edildiği hallerde dahi durum değişmemektedir.[85] Şöyle ki, rekabet hukukunda uzlaşma yoluyla oldukça benzer özellikler taşıyan mahkeme dışı sulh sözleşmesinin uygulandığı ve uyuşmazlığın anlaşma yoluyla sonuçlan-

---

83 Aynı yönde Tanlı, s. 32.

84 AYM., İbrahim Arda Gezgin Başvurusu, B. No: 2019/20425, 01.03.2023, RG. 04.04.2023, s. 32169.

85 Söz gelimi OECD, uzlaşmanın rekabet otoriteleriyle teşebbüsler arasında yapılmış bir sözleşme niteliği taşıdığını kabul etmektedir (OECD, "*Plea Bargaining*", Policy Roundtables 2006, DAF/COMP, 2007, www.oecd.org (Erişim: 13.03.2024).

dırıldığı hallerde, irade fesadı yoluyla anlaşmanın yapıldığının daha sonradan anlaşıldığı durumda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 315. maddesinde, sulhun iptalinin istenebileceği öngörülmüştür.[86] Uzlaşmada olduğu gibi sulh de kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. İrade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hâllerinde sulhun iptali istenebilir. Eksik bilgi, belge ve deliller uyarınca uzlaşmaya karar verilmesinin teşebbüs bakımından saik hatası olarak nitelendirilebileceği açıktır. Benzer şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde irade fesadının öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olunmadığının bildirilmesi imkânı öngörülmüştür.[87] Nitekim, öğretide sulh sözleşmesinin veya arabuluculuk görüşmeleri üzerine verilen kararın mutlak surette dava konusu edilememesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı ileri sürülmüştür.[88] Bu bakımdan, uzlaşma kararının bir özel hukuk işlemi olduğunun kabul edildiği hallerde dahi, yargı yolunun bütünüyle kapatılması mümkün olmayacaktır.

B. Rekabet Hukukunda Uzlaşma Usulünün İdari Yaptırım Hukukunun Tabi Olduğu İlgili Ceza Hukuku Prensipleri Bakımından Değerlendirilmesi

Rekabet hukukunda uzlaşma, rekabet ihlallerine yönelik yaptırımların tesis edilmesinde yürütülen soruşturmalara alternatif bir usul niteliği taşımaktadır. Nitekim, uzlaşma usulünün işletilmesi üzerine teşebbüsler hakkında yaptırım uygulanmaktadır. Bu bakımdan uzlaşma usulü esasında idari yaptırım hukukuyla ilişkilidir. İdari yaptırım hukuku ise niteliği gereği yalnızca idare hukuku kurallarına tabi olmayan ceza hukukuna ilişkin temel prensiplerin de uygulama bulduğu bir alana tekabül etmektedir.[89] Teşebbüs-

---

[86] Benzer şekilde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin beşinci fıkrasında, yargılama öncesi başvurulan arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamayacağı düzenlenmiştir. Yargıtay arabuluculuk görüşmeleri sonucunda uyuşmazlığın çözümlenmesine yönelik tutanağın sulh sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir (Yar. 9. HD., E. 2015/15597, K. 2018/8359, 11.04.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 20.04.2024).

[87] İstanbul BAM. 31. HD., E. 2023/892, K. 2023/1638, 17.07.2023, yayınlanmamıştır.

[88] Süha Tanrıver, **Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makalelerim I**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 48; Cenk Akil, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 4, 2012, s. 8.

[89] Ali Cem Budak, "AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I**, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, 2003, s. 138; Koç, s. 240.

ler hakkında idari yaptırım uygulanmasına yol açan uzlaşma usulünde bazı ceza hukuku prensiplerinin geçerli olması kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik hale gelmiş içtihadında, Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezanın niteliği hususunda ayrım yapılmadığından hareketle, bu maddede öngörülen güvencelerin hem suçlar hem de idari yaptırımlar hakkında yapılacak işlemlerde uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.[90] İçtihadında idari yaptırım, idari tedbir ayrımı yapan Mahkeme, idari tedbirlerin idare hukuku kurallarına tabi olduğunu ve bunlar hakkında Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen güvencelerin uygulanmasının zorunlu olmadığını kabul ederken; ceza niteliği taşıyan idari yaptırımların bu güvencelere tabi olduğunu ortaya koymuştur.[91] Buna karşılık Mahkeme, korunan hukuki değerin ve sonuçlarının farklılığına işaret ederek Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalar için öngörülen ilkelerin aynı boyut ve kapsamda uygulanmaması gerektiğini bazı kararlarında ortaya koymuştur.[92]

AİHM de suç isnadı kavramını geniş yorumlamak suretiyle, rekabet hukuku ihlallerine yönelik soruşturmaların Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen güvencelerden yararlanması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.[93] Buna karşılık, söz konusu güvencelerin idari yaptırım hukukunda daha esnek yorumlanmak suretiyle uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.[94]

Yukarıda farklı başlıklarda değinildiği üzere uzlaşma usulünün işletilmesi uygulanacak ceza indirimine karşılık olarak teşebbüslerin maddi gerçeğin araştırılması **(1)**, silahların eşitliği **(2)** ve masumiyet karinesi **(3)** gibi esasında ceza hukukuna ilişkin olan güvencelerden feragat etmesine yol açmaktadır. Bu durum ise ayrı tartışmaları beraberinde getirmektedir.

1. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Rekabet hukukunda uzlaşma müessesesiyle ulaşılmak istenen amaçların başında, ihlallere yönelik soruşturma sayısının azaltılması; bu sayede daha

---

90 AYM., E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016, RG. 29.01.2016, S. 29608; AYM., E. 2014/52, K. 2014/139, 11.09.2014, RG. 09.04.2015, S. 29321.

91 AYM., E. 2019/110, K. 2021/85, 11.11.2021, RG. 01.03.2022, S. 31765.

92 AYM., E. 2015/85, K. 2016/3, 13.01.2016, RG. 29.01.2016, S. 29608.

93 AİHM., A. Menarini Diagnostics S.R.L. / İtalya, B. No: 43509/08, 27.09.2011; AİHM., Zadeva Produkcıja Plus Storıtveno Podjetje D.O.O. Proti Slovenıjı / Slovenya, B. No: 47072/15, 23.10.2018, www.hudoc.echr.coe.int. (Erişim: 16.04.2024).

94 AİHM., Jussila / Finlandiya, B. No: 73053/01, 23.11.2006, www.hudoc.echr.coe.int. (Erişim: 16.04.2024).

özgün, karmaşık nitelikte olan, teknik inceleme gerektiren hallere Kurulca daha fazla zaman ayrılabilmesi ve usul ekonomisi sağlanması yer almaktadır.

Nitekim ulusal hukukumuzdaki uzlaşmanın mehaz kaynağı olarak nitelendirilen Avrupa Birliği hukukunda bu usul yalnızca kartel soruşturmaları bakımından öngörülmüştür.[95] Rekabeti bozucu uyumlu işlem ve eylemlere yönelik soruşturmalarda uygulanmaması sebebiyle uzlaşma usulünün AB hukukunda ülkemize nazaran konu bakımından daha dar bir uygulaması bulunmaktadır. AB hukukunda düzenlenen uzlaşmanın amacı, teşebbüslerin inceleme konusu ihlali gerçekleştirdiklerini ve sorumlu olduklarını kabul ederek soruşturma usulünde yer alan birtakım haklarından vazgeçmeleri, buna bağlı olarak cezada indirim elde etmelerinden ibarettir.[96] Buna karşılık, uzlaşma sonucunda verilen karara karşı yargı yolu açıktır. Dolayısıyla, AB düzenlemesinde uzlaşmanın varlık sebebi idare bakımından usul ekonomisi sağlanmasıyla sınırlıdır.[97]

Rekabet hukukunda ihlal iddialarının uzlaşma yoluyla çözümlenmesi, Kanun'da soruşturma usulüne özgü olarak öngörülen güvencelerin, teknik ve uzmanlık içeren inceleme ve araştırmaların dışında kalarak çözümlenmesine sebep olmaktadır. Bu durum ise, usul ekonomisinin sağlanması adına maddi gerçeğin araştırılması ilkesinden ödün verilmesine yol açabilmektedir.[98] Zira, soruşturma maddi vakıaların ve mevzuat ihlalinin tespiti amacına hizmet eden, delillerin toplanması, savunmaların alınmasına yönelik bir usuldür.[99] AİHM kişilerin ancak açık kayıt ve şartlar altında, birtakım haklar korunmaya devam edilerek bu usulü haklardan vazgeçmelerinin mümkün olduğunu kabul etmektedir[100]

---

95 Commission Regulation (EC) No: 622/2008 of 30.06.2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, www.eur-lex.europa.eu, (Erişim: 30.03.2024).

Buna karşılık, kartel dışında kalan ihlaller bakımından iş birliği prosedürü uygulanmaktadır (Tanlı, s. 54).

96 İnce / Ünübol, s. 44. Nitekim rekabet hukukunda uzlaşma yolu, ABD'de yaygın bir uygulaması bulunan ve yargılamanın bir an önce sonuçlandırılmasına yönelik olan ve itiraf pazarlığı (plea bargaining) usulünün bir görünüm biçimi olarak kabul görmektedir (Pektaş, s. 51).

97 Tanlı, s. 54; Coşkun, s. 86.

98 Pektaş, s. 19.

99 Selçuk, s. 57.

100 AİHM., *Hermi v. Italy*, B. No: 18114/02, 18.11.2006, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 13.04.2024).

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerini hukuk kurallarına uygun olarak tesis etmesini gerektirir. İdare, işlemin sebep unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, bu doğrultuda maddi gerçeğin araştırılması için gerekli inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığı idari yaptırım hukukunda daha büyük bir önem taşımaktadır. Buna göre, belli bir konu veya sorun hakkında önceden verilmiş bir prensip kararına veya emsal karara dayanarak benzer durumda olanlara formül kararlar uygulamak mümkün değildir. Maddi gerçeğin her somut olayın özelinde araştırılması gerekir.[101]

Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi farklı unsurların birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Bu ilke kapsamında öncelikle, maddi olayın tüm yönleriyle araştırılması, soruşturulan teşebbüsün aleyhine olanların yanında lehe olan delillerin de toplanması,[102] soruşturmanın gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaya elverecek kapsam ve nitelikte olması gerekir.[103]

Usul ekonomisini sağlamak için işletilen uzlaşma usulüne çoğu zaman soruşturmanın başlatılmasını takiben, erken bir safhada başvurulmaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre, uzlaşma usulünün başlatılması kararı, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usulü faydalar ile ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıkları dikkate alınarak serbestçe verilmektedir. Kurul bu kararı verirken, ihlalin kapsamı ile mevcut delillerin niteliğini ve soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığını göz önünde bulundurur. Düzenlemenin mefhumu muhalifinden, soruşturma aşamasının ilerleyen aşamalarında, özellikle de gerekli bilgi ve belgeler toplandıktan, araştırmalar yapıldıktan sonra uzlaşma usulünün işletilmesinin usulü bir yarar sağlamayacağı ve Kurul'un bu usulü işletmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Soruşturmanın ilerlemiş, gerekli bilgi, belge ve delillerin toplanmış olduğu bir aşamada sürecin askıya alınarak uzlaşma usulünün işletilmesi halinde, usulü süreç kısalmayacak, usul ekonomisi bakımından fayda oluşmayacaktır. Bunun yanında, ihlalin varlığı ve kapsamına ilişkin görüş farklılıklarının bulunması, uzlaşma usulünün işletilmesinin bir diğer koşuludur. Bu

---

[101] Evren, s. 251.

[102] Danıştay 13. Dairesi, E. 2005/9085, K. 2005/6139, 23.12.2005, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Erişim: 04.05.2024).

[103] Danıştay 13. Dairesi, E. 2005/10139, K. 2007/7327, 18.11.2007, yayınlanmamıştır.

bakımdan, soruşturma aşamasındaki gelişmelere bağlı olarak görüş farklılıklarının azalması Kurul'un uzlaşma usulünü işletme ihtimalini de zayıflatmaktadır.

Uzlaşma usulünün işletilmesinin, soruşturmanın tarafı olan teşebbüs için hak niteliği taşımadığı, Kurul'a tanınmış bir yetki olduğu dikkate alındığında, bu yetkinin kullanılmasına yönelik olarak teşebbüslerin soruşturmanın henüz başlangıç safhasında harekete geçmesi son derece beklenen bir sonuçtur. Nitekim, uygulamada teşebbüsler, yukarıda sayılanların yanı sıra, piyasadaki imajın korunması, enflasyon ve diğer ekonomik kaygılarla hukuki belirsizliğin derhal sonuçlandırılması adına uzlaşma usulünü soruşturmanın henüz başında işletme yönünde eğilim sergilemektedir.

Bu pratik durum ise, uzlaşmanın soruşturmanın başında, yalnızca ön araştırma aşamasında elde edilen bilgi, belge ve verilerden hareketle yürütülmesine sebep olmaktadır.[104] Ön araştırma aşaması, henüz soruşturma başlatılmadan önce, soruşturma başlatılmasının gerekip gerekmediğinin tespiti amacıyla yürütülür.[105] Diğer bir ifadeyle, ön araştırma aşamasının amacı rekabet hukukuna aykırı işlem ve eylemlerin değil; bu hususta şüphe yaratabilecek yeterli halin bulunup bulunmadığının tespitinden ibarettir.[106] Nitekim bu sebepledir ki, soruşturma aşaması için öngörülen altı aylık süreye karşın ön araştırmanın otuz gün içerisinde tamamlanması kurala bağlanmıştır. Ön araştırma aşamasında teşebbüsün savunmasının alınmasına yönelik bir zorunluluk bulunmamaktadır.[107] Keza, maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik olarak soruşturma aşamasında kullanılan yazılı savunmaların alınması, dosyaya erişim ve sözlü savunma toplantısı gibi yetkiler ön araştırma aşamasında bulunmamaktadır. Diğer yandan, soruşturma aşaması için öngörülen süre gözetildiğinde, Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisinin daha etkili şekilde kullanılabileceği ortadadır. Dolayısıyla, ön araştırmanın teşebbüs hakkında isnat edilen rekabet hukukuna aykırı fiillerin işlendiğinin tespiti bakımından yeterli güvenceyi kapsadığı düşünülemeyecektir.[108] Buna karşılık, mehaz AB

---

[104] Tanlı, s. 35.

[105] Emin Koç, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 98, 2012, s. 241.

[106] Selçuk, s. 56-57.

[107] Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Denetimi ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s. 119.

[108] İnce / Ünübol, s. 37.

hukukunda uzlaşma görüşmeleri sırasında maddi gerçeğin tespitine yönelik inceleme ve araştırmalar yapılmakta ve esasında sadece sözlü savunma aşamasından feragat edilmektedir.[109]

Uygulamada, yalnızca ön araştırma aşamasında elde edilen bilgi, belge ve delillere dayanılarak itham edilen, uzlaşma görüşmeleri sırasında ve uzlaşma ara kararında yaptırım tehdidi altında bırakılan teşebbüsler uzlaşmayı kabul etmektedir. Diğer yandan, ön araştırma aşamasının gizlilik ilkesine bağlı olarak yürütüldüğü, bilgi ve belgelere erişim bakımından soruşturma aşaması için öngörülen güvencelerin uzlaşma usulü bakımından düzenlenmemiş olduğu dikkate alındığında, teşebbüsün Kurul'un elinde bulunan bilgi, belge ve delillere tam anlamıyla vakıf olduğu da söylenemeyecektir.

Diğer yandan, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi bakımından idarenin resen yaptığı inceleme ve araştırmalar yetersiz kalmakta, bunun yanında teşebbüsün savunmasının alınması, bu savunmanın etkili olabilmesi için gerekli bilgi ve belgelere erişim imkânı sağlanması şarttır. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinde uzlaşma görüşmelerinin yapılış usul ve esasları düzenlenmektedir. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında, görüşmelere katılanlarca mutabık kalınan hususların tutanak altına alınacağı; beşinci fıkrasında ise, uzlaşma görüşmelerinde ilgili teşebbüse, ileri sürülen iddiaların içeriği, isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, ihlal isnadına dayanak teşkil eden başlıca deliller, sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde uygulanabilecek indirim oranı, verilebilecek idari para cezası aralığı hususlarında bilgilendirme yapılması öngörülmüştür. Her ne kadar, uzlaşma kavramsal olarak iradelerin karşılıklı uyuşmasını gerektirmekteyse de özellikle ihlalin kapsamı ve delilleri ile belirlenecek idari para cezasına yönelik savunmalar bakımından mevzuatta ayrı bir usul düzenlenmemiştir. Bu durum, maddi gerçeğin tespiti bakımından zorunlu nitelik taşıyan savunma imkanının bulunup bulunmadığı, bulunuyor olması durumunda nasıl kullanılacağı sorularının yanıtsız kalmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan, uzlaşma usulünün işletildiği hallerde, soruşturma açılan teşebbüse savunma imkanının verilip verilmeyeceği ile bu imkânın kullanılış biçimi neredeyse tümüyle Kurul'un takdirinde kalmaktadır. Ancak etkin bir uzlaşma için, görüşmelerin yapılış usulünün şeffaf ve öngörülebilir olması gerekir.[110]

---

[109] Coşkun, s. 87.

[110] OECD, "Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases", **Policy Brief**, 2008, www.oecd.org. (Erişim: 01.04.2024), s. 2.

Yönetmelik'in 7. maddesinde, uzlaşma görüşmeleri sonucunda Kurul tarafından tek yanlı olarak alınan uzlaşma ara kararında yer verilen hususlarda taraflarca müzakere yapılamayacağı açıkça öngörülmüştür. Uzlaşma ara kararında, isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, azami idari para cezası oranı, uygulanacak indirim oranı, verilecek azami idari para cezası oranı ve miktarı hususlarının yer aldığı gözetildiğinde, savunma hakkının korunması bir yana, ara karar sonrası için bu imkânın tümüyle kapatıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu düzenlemenin, teşebbüsü Kurul tarafından belirlenen koşulları kabul etmek yahut soruşturma aşamasına geri dönmek arasında seçim yapmak durumunda bırakacağı açıktır.[111]

Diğer yandan, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, birlikte işlemiş oldukları ihlallere yönelik olarak birden fazla teşebbüs hakkında yürütülen soruşturmalarda, teşebbüslerle uzlaşma görüşmeleri ayrı ayrı yürütülecektir. Bu durumda, teşebbüsün, yukarıda değinilen sebeplerle Kurul'un elinde bulunan bilgi, belge ve delillere erişememesi söz konusu olduğu gibi, aynı ihlal sebebiyle soruşturmanın tarafı olan diğer teşebbüslerin uzlaşma görüşmeleri kapsamında sunmuş oldukları iddia, savunma, bilgi ve belgelere de erişimi mümkün olmamaktadır. Oysa ki, rekabet hukukunda iddia ve savunmaların ortaya konulabilmesi çoğu zaman diğer teşebbüslerin bilgi ve belgelerine erişerek çapraz inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Mevcut durum, uzlaşmaya taraf olan teşebbüsün yalnızca kendi elindekilerle sınırlı olarak delil ileri sürebilmesine yol açmakta; savunma hakkını daraltmaktadır.

Maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir diğer yansıması ispat koşullarının sağlanması gerekliliğidir. İdari yaptırım uygulanabilmesi için eylemin teşebbüs tarafından işlenmiş olduğunun ispatlanması gerekir.[112] İdari yaptırım hukukunda hukuka aykırı fiilin işlendiğinin ispat külfeti idareye aittir.[113] Rekabet hukukunda ön araştırma aşaması basit şüphe ile başlatılabilmekteyken; soruşturma aşamasına geçilebilmesi için, basit şüphenin yerini yeterli şüpheye bırakması gerekir. Yeterli şüphenin varlığından söz edilebilmesi için eylemin işlenmiş olduğunun işlenmemiş olduğuna nazaran daha fazla

---

[111] Rekabet Kurulu, Olka-Marlin Kararı, T. 30.06.2022, Dosya No: 2021-5-056, Karar No: 22-29/488-197.

[112] Anayasa Mahkemesi, E. 2012/93, K. 2013/8, 10.01.2013, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

[113] Evren, s. 289.

emare ile desteklenmiş olmalıdır.[114] Yeterli şüphe ile başlatılan soruşturmanın araştırmalar ve delil ikamesi sonucunda yerini hukuki kesinliğe bırakması beklenir.

Uzlaşma usulünün soruşturmanın erken bir safhasında işletilmesi, ön araştırma aşamasında elde edilen bilgi, belge ve deliller doğrultusunda uzlaşılarak soruşturmanın sonlandırılmasına sebep olmaktadır. Ön araştırma, soruşturma öncesi aşamaya tekabül etmektedir. Nitekim bu aşama başlangıç şüphesi olarak da adlandırılan basit bir şüphenin varlığı halinde yürütülmektedir. Ön araştırmanın amacı, soruşturma başlatmak için yeterli delil olmayan ve fakat hukuka aykırı fiilin işlendiğine yönelik şüphenin bulunduğu hallerde soruşturma açılmasının gerekli olup olmadığına karar verilmesidir.[115] Dolayısıyla, ön araştırma aşamasında hukuka aykırı eylemin işlenmiş olup olmadığına yönelik kapsamlı değerlendirmeler yapılmamaktadır.[116] Soruşturma ise, araştırma sonucunda hukuka aykırı eylemin işlendiğinin kesin bir şekilde ortaya konulması adına gerçeğin tespiti için yapılmaktadır.[117] Bu bakımdan ön araştırma ve soruşturmanın kapsamı ve amacı birbirinden farklıdır. Nitekim, Kanun'un 41. maddesinde olduğu gibi, ön araştırma sonucunda hukuka aykırılık tespit edilmiş olması her zaman soruşturma başlatılmasını gerekli kılmamaktadır. Dolayısıyla ön araştırma ve soruşturma neticesinde elde edilen delil ve bulguların yaratacağı sonuçlar da farklı olmalıdır. Bu sebeple, salt ön araştırma sonucunda elde edilen bilgi, belge ve delillere dayanılarak yaptırım uygulanması, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sağlanması bakımından yetersiz kalacaktır.

2. Tarafsızlık ve Silahların Eşitliği İlkesi

Maddi gerçeğin tespitiyle doğrudan bağlantılı olan ve bu ilkenin yerine getirilmesi bakımından önem taşıyan bir diğer unsur, özellikle yaptırım hukukunda, idarenin tarafsız olması, bunun sağlanmasına yönelik olarak da soruşturmanın ceza hukukunda uygulama bulan silahların eşitliği ilkesine uygun yürütmesidir. Yargılama faaliyetine benzer nitelik taşıyan idari yaptırımlarda idarenin nesnel bir değerlendirme yapması gerektiği kabul edilmek-

---

[114] Murat Balcı, "Delillerin Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması CMK m.170/2", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 7, S. 72, 2012, s. 11.

[115] Danıştay 13. Dairesi, E. 2008/8249, K. 2011/1525, 12.04.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 15.04.2024).

[116] Evren, s. 259.

[117] Evren, s. 258.

tedir.[118] Danıştay da idari yaptırım uygulayan idarenin kullanmakta olduğu yetkileri yansızlık ve tarafsızlık içerisinde icra etmesi gerektiğini kararlarında ortaya koymuştur.[119]

Belirtmek gerekir ki, işlemlerin tek yanlı olarak idarece tesis edildiği idare hukukunda kural olarak eşitler arasında bir ilişkiden söz edilemez. Diğer bir deyişle, idari işlemin muhatabına mevzuatta öngörülen usulü hakların kullanımı dışında işlemin tesis edilme sürecine aktif bir katılım imkânı tanınmamaktadır. İşlemlerin tesis edilmesinde idare üstün bir konumda bulunmaktadır. Ancak, özellikle niteliği gereği ceza yargılamasıyla benzerlikler içeren disiplin ve yaptırım hukukuna dair işlemlerde, silahların eşitliği ilkesinin uygulama bulacağı kabul edilmektedir.[120]

En genel anlamıyla silahların eşitliği ilkesi, bir tarafı diğer taraf karşısında dezavantajlı duruma düşürmeyerek, taraflar arasında iddia, savunma ve delillerin ortaya konulmasına ilişkin adil bir dengenin gözetilerek korunmasıdır.[121] Silahların eşitliği ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, "*... silahların eşitliği ilkesi ... hakkaniyete uygun yargılamanın da temelini oluşturmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu ilke, bir tarafı diğer tarafın karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir konuma düşürmeyen koşullar altında, her bir tarafa deliller de dahil olmak üzere davasını sunmasına yönelik makul bir imkanın sağlanmasını gerekli kılmaktadır.*" şeklinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak nitelendirilmiştir.[122] AİHM de silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olduğunu kararlarında ortaya koymuştur.[123]

---

[118] İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme)**, Özdem Kardeşler Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1985, s. 92.

[119] Dan. İDDK., YD. İtiraz: 2005/278, 26.05.2005, yayınlanmamıştır. Nitekim, bu yaklaşımdan hareketle Danıştay, soruşturmayı yürüten kurul üyesinin karar toplantısına katılarak oy kullanmasının tarafsızlığa aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir (Dan. 13. D., E. 2005/135, K. 2006/3902, 11.10.2006, Danıştay Bilgi Bankası).

[120] AYM., Yunus Acar, B. No: 2020/34667, 24.05.2023, RG. 03.10.2023, S. 32328.

[121] Harun Yılmaz, "İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 19, 2021, s. 29.

[122] AYM. E. 2015/53, K. 2016/26, 07.04.2016, RG. 28.07.2016, S. 29784.

[123] AİHM., Neumeister v. Avusturya, B. No: 1936/63, 27.06.1968, ww.hudoc.echr.coe.int. (Erişim: 10.04.2024).

Silahların eşitliği ilkesi ilk olarak çelişmeli yargılama yapılmasını gerektirmektedir.[124] Bu doğrultuda taraflar iddia ve savunma haklarını etkin bir şekilde kullanabilmelidir. Maddi gerçeğin tespitine yönelik eşit imkânın sağlanması, dezavantajlı bir konum oluşturulmaması silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.[125] İlgili aleyhine olan delilleri değil, lehine olanları da incelemeli; incelemeye alınmayan delillerin neden değerlendirmeye tabi tutulmadığı ortaya konulmalıdır.

Rekabet hukukunda uzlaşma usulü her ne kadar kavramsal olarak eşitler arasında, özel hukuktaki arabuluculuk benzeri bir görünüme sahipse de gerek taraflardan birinin kamusal bir otorite olması ve gerek Uzlaşma Yönetmeliği'ndeki düzenlemeler uzlaşma sürecinde tarafların eşit imkanlara sahip olmadığına işaret etmektedir. Şöyle ki, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca, uzlaşmayı kabul eden teşebbüs tarafından düzenlenerek nihai karar verilmek üzere Kurul'a sunulan uzlaşma metninde Kurul'un uzlaşma tarafına ihlal nedeniyle verebileceği azami idari para cezası oranı ve miktarı ile tarafın uzlaşma usulü çerçevesinde bu ceza oranını ve miktarını kabul ettiğine dair beyanın yer alması gerekmektedir. Görüleceği üzere uzlaşmanın tarafı, uzlaşmanın son aşamasında, hangi hususta uzlaştığını dahi tam ve net olarak bilmediği bir konumda iken uzlaşmayı kabul etmekte olup nihai koşullar Kurul tarafından tek yanlı olarak belirlenmektedir.[126] Dolayısıyla, uzlaşmanın karara bağlanması bakımından eşitler arasındaki bir ilişkiden söz edilemeyecektir. Uzlaşma usulünün tercih edilebilir olması için verilecek cezanın ve indiriminin öngörülebilir olması önem taşır[127]

Bu ilkenin bir diğer gereği olarak, tarafların sürece aktif katılım imkânının bulunması kritik rol oynamaktadır.[128] Anayasa Mahkemesi bu hususu, "*taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliği sağlanması ve bu dengenin yargı-*

---

[124] Nitekim Anayasa Mahkemesi ağırlıklı içtihadında, silahların eşitliği ilkesini, çelişmeli yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirme konusu yapmıştır (AYM, Ramazan Tosun, T. 07.11.2013, B. No: 2012/998; AYM, Yüksel Hançer, B. No. 2013/2116, 23.01.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 13.03.2024)).

[125] Dan. İDDK., E. 2016/401, K. 2016/444, 13.04.2016, Danıştay Bilgi Bankası (15.03.2024). Aynı yönde, AYM, Bülent Karataş, B. No: 2013/6428, 26.06.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 17.03.2024).

[126] Tanlı, s. 38.

[127] İnce / Ünübol, s. 69.

[128] Yılmaz, s. 38.

lamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup bu usul güvencesi gereğince uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır." ifadeleriyle ortaya koymuştur.[129] Deliller ancak taraflarca değerlendirilmiş, tartışılmış ise verilecek karara esas alınabilir.[130]

Silahların eşitliğinin ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından temel nitelikte olan etkin savunma yapabilme hakkının ayrılmaz bir unsuru da soruşturma kapsamında değerlendirilen bilgi ve belgelere erişim imkanıdır. Zira, söz konusu bilgi ve belgelerden haberdar olmayan tarafın kendini etkili şekilde savunabilmesi mümkün olmayacaktır. Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 61. maddesinde, haklarında soruşturma başlatılan taraflara sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve delilin bir nüshasının verilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Öyle ki, Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konular karara dayanak oluşturmaz. Kurul ön araştırma ve soruşturma aşamasında resen temin etmiş olduğu bilgi ve belgeleri teşebbüsle paylaşmakla yükümlüdür. Teşebbüs, kendi elindeki bilgi ve belgelerin yanı sıra Kurul'un elindekilere de vakıf olmak suretiyle savunma yapabilmektedir.

Buna karşılık, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinde Kurul'un resen elde etmiş olduğu delilleri teşebbüse sunma yükümlülüğü öngörülmüşse de bu yükümlülüğün tam ya da hiç yerine getirilmemesi durumuna herhangi bir hukuki veya usulü sonuç bağlanmamıştır. Bu boşluğun, Kurul'u elindeki delilleri sunmamaya teşvik etmesi olasıdır. Nitekim, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, birden fazla uzlaşma tarafı ile uzlaşma görüşmelerine başlanması halinde, görüşmelerin ayrı ayrı yürütülmesi esastır. Bu durumda, uzlaşma görüşmelerine katılan teşebbüslerin diğer teşebbüslerin Kurul'a sunmuş oldukları savunma ve delillere vakıf olmaları da mümkün olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, teşebbüsün yalnızca kendisine sunulmuş ve çoğunlukla aleyhine olan deliller doğrultusunda uzlaşarak sonuçlandırması muhtemeldir.

---

[129] AYM, Ömer Özen, B. No: 2016/14291, 13.06.2019, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 17.03.2024).

[130] AYM, Ahmet Erbek, B No: 2013/3197, 17.02.2016, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 17.03.2024).

3. Masumiyet Karinesi

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden olan masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.[131] Buna göre, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Bu ilke, hakkında suç isnadı bulunan kişinin yargılama sonunda suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır.[132]

Esasında bir ceza hukuku prensibi olan masumiyet karinesinin, cezalandırma amacı içeren idari yaptırım hukukunda da uygulanması gerektiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir.[133] Buna göre, idari yaptırımlara yönelik soruşturma boyunca devam eden masumiyet karinesi, soruşturma sonunda yaptırım kararının verilmesiyle ortadan kalkmaktadır.[134]

Masumiyet karinesi içerisinde birtakım alt unsurları barındırmaktadır. Buna göre öncelikle, yaptırıma konu olan fiilin işlenmiş olduğunun ispat yükü kural olarak idareye aittir.[135] Başka bir ifadeyle, mevzuatta aksi düzenlenmedikçe, hukuka aykırı fiilin işlenmiş olduğunun idare tarafından ispatlanamadığı hallerde idari yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır.[136] Ancak kanunda açıkça öngörülmesi koşuluyla ispat karineleri öngörülebilir.[137] Böyle bir durumda, ancak aksinin soruşturulan tarafça ispat edilebilmesi imkanının tanınması koşuluyla, ispat karineleri uygulanabilecektir.

---

[131] AYM., Adem Hüseyinoğlu, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

[132] AYM., E.2013/133, K.2013/169, 26.12.2013, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

[133] Danıştay 12. Dairesi, E. 2015/1008, K. 2015/4473, 02.07.2015, **Danıştay Dergisi**, S. 139, 2015, s. 88; Danıştay 13. Dairesi, E. 2005/9801, K. 2007/1707, 27.03.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

[134] AYM., Ahmet Altuntaş ve Diğerleri, B. No: 2015/19616, 17.05.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

[135] Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 5, S. 9, s. 495 vd.

[136] AİHM., Telfner/Avusturya, B. No: 33501/96, 20.03.2001, www. hudoc.echr.coe.int. (Erişim: 10.04.2024).

[137] Kanun koyucu -4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi- bazı fiillerin gerçekleştirilmiş olduğuna işaret eden emarelerin mevcut olduğu hallere ilişkin olarak kusur karinesi öngörmek suretiyle ispat yükünü ters çevirebilmektedir. Bu hallerde, kusursuzluğun yahut hukuka aykırı işlem ve eylemlerin gerçekleştirmediğinin soruşturulan tarafından ispatlanamadığı durumunda idari yaptırım uygulanabilmektedir.

Masumiyet karinesinin bir diğer alt unsuru, idarenin hakkında soruşturma yaptığı gerçek veya tüzel kişilerin, masum oldukları düşüncesinden hareketle inceleme ve araştırma yapmamasıdır. Hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.[138] Ayrıca idarenin soruşturma kapsamında delil elde ederken temel hak ve hürriyetlere uygun davranması, mevzuattan kaynaklanan gereklilikleri yerine getirmesi gerekir. Bunun yanında idare, delilleri gerekçelendirmek suretiyle incelemeli; dayanaksız, sübjektif değerlendirmelerden kaçınmalıdır.

Diğer yandan, yaptırım uygulanmasına yer olmadığına karar vermesi durumunda, kararında idarenin soruşturulan tarafı suçlayıcı herhangi bir ibareye yer vermemesi, neden ceza verilmediğini açıkça ortaya koyması gerekmektedir.

İdari yaptırım hukukunda da uygulama bulan masumiyet karinesinin bu gereklerinin sağlanıp sağlanmadığı, görüşmeler sonucunda uzlaşma sağlanması **(a)** ihtimalinde olduğu gibi uzlaşmaya varılamaması **(b)** durumunda da tartışma yaratmaktadır.

a. Uzlaşma Sağlanması Durumunda Masumiyet Karinesi

Rekabet hukukunda yasaklanan eylemler Kanun'un 4 ila 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri; 6. maddesinde ise, bir veya birden fazla teşebbüsün mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi, kararlarında ispat yükünü ters çeviren kanun hükümlerinin tek başına masumiyet karinesine aykırılık oluşturmayacağına hükmetmiştir (AYM., E.2013/38, K.2014/58, 27.03.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024)). Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hukuki karinelerin düzenlenebileceğini, Sözleşme'nin kural olarak bu karineleri yasaklamadığını ifade etmiştir. (AİHM., Salabiaku/Fransa, B. No: 10519/83, 07.10.1988, www. hudoc.echr.coe.int. (Erişim: 10.04.2024).

[138] AYM., Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13.06.2013, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

Kanun metninin lafzından da açıkça anlaşılabildiği gibi rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ancak birden fazla teşebbüsün ortak iradesi doğrultusunda birlikte yahut karşılıklı fiiller ile işlenebilir. Dolayısıyla uyumlu eylem niteliğindeki fiillerin teşebbüs tarafından tek başına işlenmesi mümkün olmaz. Diğer yandan, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik fiiller de çoğu zaman birden fazla teşebbüsün bir araya gelmesi yoluyla işlenebilmektedir. Başka bir ifadeyle, rekabet hukukuna aykırılık oluşturan ve hakkında soruşturma başlatılabilen fiiller çoğunlukla ancak birden fazla teşebbüs tarafından anlaşma yahut uyum içerisinde gerçekleştirilebilir.

Kurul'un aynı rekabet ihlali niteliğindeki eylem nedeniyle birden fazla teşebbüs hakkında soruşturma başlatması ve fakat bu teşebbüslerden yalnızca bazılarının uzlaşma görüşmelerine taraf olması yahut soruşturmayı uzlaşma yoluyla sona erdirmesi durumunda, uzlaşma kararının diğer teşebbüsler hakkında devam eden soruşturma üzerinde yaratacağı etki, masumiyet karinesi yönünden ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.[139]

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesine göre, uzlaşma görüşmelerinin sonunda teşebbüs tarafından düzenlenen uzlaşma metninde, hakkındaki iddialar konusunda yeterli derecede bilgilendirildiği, kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için yeterli imkân tanındığı beyan edilerek, ihlal konusu fiilin varlığı ve kapsamı kabul edilir. Diğer bir deyişle, teşebbüs uzlaşma görüşmeleri sonunda rekabete aykırı fiilin işlendiğini ikrar etmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere, söz konusu fiiller çoğunlukla ancak karşılıklı olarak ya da birlikte işlenebildiğinden, bu ikrar aynı zamanda diğer teşebbüsler üzerinde de etki yaratmaktadır.[140] Uzlaşma görüşmelerine katılmayan ya da uzlaşmayan teşebbüsler hakkında devam eden soruşturmalarda Kurul'un uzlaşma kararının etkisi altında kalması, usulü işlemleri peşin hüküm vererek yerine getirmesi, bu teşebbüsler açısından masumiyet karinesiyle bağdaşmayacaktır.

Böyle bir durumun önlenmesine yönelik olarak, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin üçüncü fıkrasında, birden fazla teşebbüs hakkında soruşturma yapılması durumunda, soruşturmanın en az bir teşebbüs veya teşebbüs birliği bakımından devam ettiği hallerde, gerekçeli uzlaşma nihai kararının, soruşturma sonunda verilecek nihai kararın alınmasından önce

[139] Aynı yönde bkz. Tanlı, s. 26.

[140] Pektaş, s. 43; Tanlı, s. 28.

uzlaşma tarafına tebliğ edilmeyeceği öngörülmüştü. Bu hüküm uzlaşmada masumiyet karinesinin korunması için kararların aynı anda yayımlanmasını öngörmekteydi.[141] Ancak söz konusu düzenleme 2022 yılında yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenlemeyle, soruşturmanın uzlaşma sonucunda verilen nihai karar ile bu kararın gerekçesinden bağımsız olarak, yansız şekilde yürütülmesi amaçlanmışsa da kanaatimizce bu hüküm uzlaşmayan teşebbüslerin masumiyet karinesinin korunması adına tek başına yeterli değildir. Zira, nihai kararın gerekçesi açıklanmamış olsa dahi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca ihlalin varlığının ve kapsamının kabulünün uzlaşmanın zorunlu bir koşulu olduğu gözetildiğinde, görüşmelerin uzlaşma ile sona erdiği tüm hallerde ihlal konusu fiilin işlendiğinin kabul edilmiş olması kaçınılmazdır. Bu durum, özellikle az sayıda teşebbüs hakkında yürütülen soruşturmalarda, diğer teşebbüsler bakımından peşin bir hükmün ortaya çıkmasını beraberinde getirecektir.

Rekabet hukuku soruşturmalarında uzlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin masumiyet karinesinin tartışıldığı, Avrupa Birliği Adalet Komisyonu'nun *Yen Interest Rate Derivatives Kararı*'nda başvurucu şirket, diğer teşebbüslerin taraf olduğu uzlaşma kararında belirtilen gerekçelerle, kendisi hakkında devam eden soruşturmada iddia ve savunmalarının dikkate alınmadığını ileri sürmüştür. Uzlaşmayan teşebbüsler hakkında devam eden soruşturmada önyargılı tutum sergilenmesinin, soruşturmanın taraflarından birinin uzlaşmaya başvurmasının diğer teşebbüsleri de uzlaşma yapmaya güdüleyeceğini vurgulayan Adalet Komisyonu, bu durumun maddi gerçeğin araştırılması ve masumiyet karinesiyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir.[142]

Başka bir kararında da aynı konuyu değerlendiren Adalet Komisyonu, uzlaşmaya katılmayan ya da uzlaşmayan tarafın masumiyet karinesinin korunması gerektiğini vurgulamış, uzlaşmayan tarafın adının mümkün olduğunca uzlaşma kararında geçmemesi gerektiğini ve fakat uzlaşma sonucunda verilen kararda, uzlaşmayan tarafla ilgili bazı olgu ve davranışlara değinilmesinin tek başına soruşturmayı sakat hale getirmeyeceğini ortaya koymuştur. Buna göre, uzlaşma sonucunda verilen kararda, ancak hukuka aykırılığın tanımlanması ve uzlaşan tarafın sorumluluğunun yansıtılması bakamından zorunlu olması durumunda diğer teşebbüslere ilişkin referansların bulunması

---

[141] Tanlı, s. 42.

[142] EC., Yen Interest Rate Derivatives, D. 04.12.2013, AT. 39861, www.ec.europa.eu (Erişim: 04.05.2024).

hukuka uygun kabul edilmektedir. Ancak söz konusu referansların, diğer teşebbüslerin rekabet hukukuna aykırı eylemlerde bulunduğuna yönelik erken bir tespite yol açmasının engellenmesi için gerekli tedbirlerin alınması zorunlu olup uzlaşmayan tarafın hukuki durumu hakkında değerlendirmeler içermemesi gerekir.[143]

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "*somut olgular yerine aksi ispat edilemeyecek fiilî karineden yararlanılarak eylemler ile başvurucular arasında bağ kurulmuş ve kabahatin işlendiğine karar verilmiştir. Başvuruculara kendilerini savunma bakımından idare ile aralarında önemli bir dezavantaj oluştuğu ve böylelikle ispat bakımından kullanılan karinenin masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaştığı anlaşılmıştır.*" demek suretiyle başvuruculara masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[144]

Buna göre, Kurul'un soruşturmaya taraf olan ve fakat uzlaşma yapmamış olan teşebbüslerin hukuki durumu ile ilgili herhangi bir tespitte bulunmaması; uzlaşma nihai kararında yer verilen delillerde uzlaşmayan tarafların geçtiği kısımların gizlenmesi gerekmekte olup aksi durum diğer teşebbüslerin masumiyet karinesi bakımından aykırılık oluşturacaktır.[145]

b. Uzlaşma Sağlanmaması Durumunda Masumiyet Karinesi

Uzlaşma usulünün işletildiği hallerde masumiyet karinesi bakımından tartışma yaratabilecek bir diğer konu uzlaşma görüşmelerine katılan ve fakat süreci uzlaşma ile tamamla(ya)mayan teşebbüsler hakkında devam eden soruşturmaların durumudur.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca uzlaşma görüşmelerine katılan teşebbüsün uzlaşma metnini Kurul'a sunmasına kadarki süreç içerisinde uzlaşmayı sona erdirebilmesi ve soruşturmaya dönmesi mümkündür. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesi uyarınca da Kurul, uzlaşma sürecinden beklenen usulü faydanın sağlanamayacağına kanaat getirmesi yahut delillerin karartılması tehlikesinin bulunması halinde nihai karara kadar her aşamada uzlaşma sürecini sona erdirebilir. Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, uzlaşma görüşmeleri sonucunda ihlalin varlığının ve

---

[143] EC. 4th Chamber, Pometon, D. 18.03.2021, C. 440/19P, www. eur-lex.europa.eu. (Erişim: 04.04.2024).

[144] AYM., Ahmet Altuntaş ve Diğerleri, B. No: 2015/19616, 17.05.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 10.04.2024).

[145] Aynı yönde görüş için bkz. Tanlı, s. 42.

kapsamının teşebbüs tarafından kabul edilerek uzlaşma metninin sunulmasından sonra uzlaşmanın yapılmasının Kurul bakımından yükümlülük oluşturmadığı, nihai karara kadar uzlaşmanın sonlandırılarak soruşturmaya devam edilmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Bunun yanında, uzlaşma metninin sunulmasından önce uzlaşmanın sonlandırılması durumunda da özellikle uzlaşma görüşmeleri sırasında teşebbüse yahut ihlal konusu eyleme ilişkin bilgiler de Kurul ile paylaşılabilmektedir. Gerek ihlal konusu fiil bakımından ikrar niteliğinde olan uzlaşma metninin ve gerek teşebbüsün uzlaşma görüşmeleri sırasında sunmuş olduğu bilgi ve belgelerin devam eden soruşturmada Kurul'u etkilemesi, usulü işlemlerin peşin hüküm vermek suretiyle yerine getirilmesi, masumiyet karinesiyle bağdaşmayacaktır.

Böyle bir durumun önlenmesine yönelik olarak, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, uzlaşma sürecinin sona erdirilmesine karar verilmesi veya uzlaşma tarafının uzlaşma sürecinden çekilmesi halinde, ilgili taraf bakımından sürecin uzlaşma ile sonuçlanmadığı kabul edilerek olağan soruşturma usulünün takip edileceği, uzlaşma görüşmeleri kapsamında uzlaşma tarafınca sunulan bilgi ve belgelerin dosya kapsamından çıkarılacağı ve soruşturma sonucunda alınacak nihai karara dayanak yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecindeki beyan ve belgelerin kullanılamaması ilkesinin rekabet hukukundaki yansıması niteliğindedir.[146]

Anılan düzenlemenin teşebbüslerin, daha sonradan aleyhlerine delil olacağı kaygısına kapılmadan uzlaşma prosedürünü başlatmalarını, bu sayede uzlaşma usulünün daha yaygın işletilmesini sağlamayı amaçladığı kuşkusuzdur. Buna karşılık, öngörülen güvencenin yalnızca soruşturma aşamasıyla sınırlı tutulması kanaatimizce yeterli olmamıştır. Şöyle ki, soruşturma sonunda uzlaşma tarafınca sunulan bilgi ve belgeler dosya kapsamından çıkarılarak, farklı bilgi ve belgeler ile delillere dayanılarak teşebbüs aleyhine yaptırım kararı verilmesi ve bu kararın iptali için idari yargıda dava açılması durumunda, dosya kapsamından çıkarılan ve soruşturma sonucunda nihai karara esas alınamayan bilgi ve belgelerin mahkeme önünde delil olarak sunulması önünde engel bulunmamaktadır.

---

[146] Tanlı, s. 43.

Bilindiği gibi iptal davalarında mahkemenin sebep ikamesi yapması mümkündür. Sebep ikamesi, idari işlemin sebep unsuru yönünden ileri sürülen iptal sebeplerinin geçersiz bulunduğu hallerde gerçekleşen bir uygulamadır.[147] Sebep ikamesi kavramı Danıştay tarafından, "*... davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenebilmesi*" olarak tanımlanmıştır.[148] Nitekim, sebep ikamesinin söz konusu olması için işlemin tesis edilmesine dayanak teşkil etmeyen ve fakat dosyaya daha sonradan giren bilgi ve delillerin değerlendirme konusu yapılması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ancak idarenin dayanak göstermediği bir sebebin ikame edilebilmesi mümkündür.[149]

Sebep ikamesi uygulaması Uzlaşma Yönetmeliği'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, teşebbüs hakkında yaptırım kararı verilmesi ve yeterli bilgi, belge ve delil bulunmadığı gerekçesiyle bu kararın hukuka aykırı olduğu yönünde kanaat oluşması durumunda mahkemenin uzlaşma görüşmeleri sonunda nihai karara esas alınmayan bilgi ve belgelerden yararlanarak yaptırım kararını ayakta tutabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum ise uzlaşma görüşmelerine katılan ve fakat uzlaşamayan teşebbüsün masumiyet karinesi ile bağdaşmamaktadır.

SONUÇ YERİNE

Rekabet ihlallerine dair soruşturmalara yönelik olarak gerek 4054 sayılı Kanun ve gerek bu Kanun'a dayanılarak çıkartılan mevzuatta belli bir sürece yayılan, kapsamlı ve ayrıntılı usuller öngörülmüştür. Soruşturmanın tarafı teşebbüslerin haklarının korunması ve maddi gerçeğin belirlenmesi bakımından oldukça yararlı olan bu düzenlemeler ülkemizde henüz genel geçer düzeyde kodifiye edilmemiş olan idari usule oldukça iyi bir örnek teşkil etmektedir. Buna karşılık, soruşturma işlemlerinin uzun bir sürece yayılması, serbest piyasa koşullarında meydana gelen hızlı gelişmeler karşısında

---

147 Burkay Can Kara, **İptal Davasında Sebep İkamesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 37.

148 Dan. İDDGK., E. 1999/775, K. 1999/1200, 03.12.1999, Danıştay Bilgi Bankası (Erişim: 10.05.2024).

149 Yasin Söyler, "İdari Yargılama Usulü Hukukunda Sebep İkamesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 31, 2017, s.541.

Kurul'un harekete geçmede hantallaşmasına, ayrıntılı usulü işlemler neticesinde ağır bir iş yükü altında kalmasına; bunun sonucu olarak da daha az ihlale yönelik inceleme yapılabilmesine sebep olmaktadır. Diğer yandan, uzun süre soruşturma tehdidi altında kalınması, teşebbüslerin enflasyondan kaynaklanan kaygılarının yanı sıra hukuki durumlarındaki belirsizlik sebebiyle ticari itibar kaybına uğramasına da yol açmaktadır.

Soruşturma usulünün işletilmesinden kaynaklanan bu olumsuzlukların giderilmesi adına mehaz AB rekabet hukukunda da uygulanan uzlaşma müessesesi 2020 yılına 4054 sayılı Kanun'da yerini almıştır. Kısaca, rekabet ihlalinin varlığının ve kapsamının teşebbüs tarafından kabul edilmesi karşılığında verilecek idari para cezasında indirim uygulanması olarak tanımlayabileceğimiz uzlaşma usulünün soruşturmanın hızlı sonuçlanması ve Kurul'un iş yükünün hafiflemesi bakımından yararları bulunmaktadır.

Buna karşılık, uzlaşma usulünün işletilmesi hususunda Kurul'a tanınmış olan takdir yetkisi ile bu yetkinin kullanımına yönelik mevzuattan kaynaklanan sınırlamalar nedeniyle bu usul uygulamada kaçınılmaz olarak soruşturma aşamasının çok erken safhalarında işletilmiştir. Bu durum ise, çoğu zaman teşebbüslerin yalnızca önaraştırma aşamasında yapılan incelemelere bağlı olarak uzlaşma ya da uzlaşmama yönünde karar vermesine sebep olmuştur.

Gerek önaraştırma ve soruşturma aşamalarının niteliksel farkları, gerek bu aşamalarda yapılan inceleme ve araştırmaların kapsamı ile kullanılan usulü imkanlar ve gerek uzlaşma usulünün işletildiği hallerde iddiada bulunma ve savunma hakkının kullanılabilirliği birlikte değerlendirildiğinde, uzlaşma usulüne başvurulan hallerde yapılan incelemelerin maddi gerçeğin tespiti bakımından oldukça yetersiz kaldığı görülmektedir. Düzenlemenin mevcut halinde, verilecek cezada indirim sağlamak adına teşebbüsler ihlalin varlığı, kapsamı ve süresine yönelik maddi gerçeğin araştırılmasından feragat etmektedir. Rekabet hukuku ihlallerine yönelik soruşturmaların yalnızca uzlaşmaya taraf olan teşebbüsün hukuki statüsünü ilgilendirmediği, çoğu zaman ekonomik kamu düzeni ve kamu yararıyla da doğal ilişki içerisinde olduğu gözetildiğinde,[150] bu soruşturmalarla ulaşılmak istenen maddi gerçeğin tespitinin, teşebbüsün inisiyatifine bırakılması gerek uzlaşan teşebbüsün

[150] Zehreddin Aslan, "Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 23, 1996, s. 4.

ve gerek diğer teşebbüslerin hukuki statüsünde olumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Usul ekonomisinin sağlanması adına maddi gerçeğin araştırılması geri plana alınarak soruşturmanın şekli olarak uzlaşma sonucunda verilen karara göre sonuçlandırılması, savunma hakkı, masumiyet karinesi, bilgi ve belgelere ulaşabilme gibi birçok usulü güvencenin dışlanması söz konusu olmaktadır. Nitekim bu çalışmada söz konusu sakıncaların ayrı ayrı ortaya konulması murad edilmiştir.

Mehaz AB hukukundaki usulden farklı olarak hukukumuzda uzlaşma salt soruşturma sürecini kısaltmak suretiyle Kurul'un iş yükünü hafifletmemekte, ayrıca uzlaşma sonucunda verilen kararlar -yargı yolunun kapalı olması nedeniyle- kesin hüküm niteliği taşımaktadır. Uzlaşma nihai kararında yer alan; ihlalin varlığı ve kapsamı, verilecek para cezası ile uygulanan indirim oranı yargı denetimine taşınamamaktadır. Bu durum, yukarıda açıklanan gerekçelerle, maddi gerçek eksik ya da hatalı tespit edilerek uzlaşma yapılan hallerin yargı mercileri önüne taşınamamasına sebep olmakta; uzlaşan teşebbüs için dezavantajlı, eşitlik ilkesine aykırı sonuçları beraberinde getirmektedir.

Bu açıklamalar, rekabet hukukunda uzlaşmanın faydalı bir müessese olduğunu ve fakat mevcut mevzuattan kaynaklanan uygulamanın birtakım olumsuzlukları beraberine getirdiğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın muhtelif hükümlerinin yanında yaptırım hukukuna ilişkin temel ilkelerle de bağdaşmayan bu olumsuzluklara yönelik olarak, mevzuat değişikliği veya mevcut mevzuatın hukukla aşılması çözüm önerisi olarak değerlendirilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, ortaya çıkan olumsuzlukların temelinde uzlaşma usulünde maddi gerçekler gerektiği şekilde tespit edilmeden soruşturmanın sonlandırılması yatmaktadır. Bu nedenle, maddi gerçeğin tespitine yönelik usulü işlemler -belli düzeyde de olsa- yapıldıktan sonraki bir aşamada uzlaşma usulünün işletilebilmesini sağlamaya yönelik mevzuat değişikliği yapılması isabetli bir çözüm olacaktır. Uzlaşmanın soruşturma raporunun sunulmasından sonra yapılabildiği İngiliz ve Fransız hukukunda olduğu gibi[151] maddi gerçeğin araştırılmasından ödün vermeden bazı usulü haklardan feragat edilmesi usul ekonomisi sağlamak adına makul bir orta yol sağlayabilecektir.

Bir diğer çözüm önerisi ise, uzlaşmanın uygulamasının AB hukukunda olduğu gibi salt kartellere yönelik soruşturmalarla sınırlı tutulmasıdır. Kartellere yönelik soruşturmaların erken safhalarında, ihlalin varlığı ve kapsa-

[151] İnce / Ünübol, s. 36. - Tanlı, s.37.

mının tespiti bakımından rekabet otoriteleri teşebbüse nazaran dezavantajlı bir konumdadır. Başka bir deyişle, rekabet otoritesinden daha fazla bilgiye sahip olan teşebbüsler maddi gerçeğin tespitine daha yakın bir konumda yer almaktadır. Uyumlu eylem karnesinin geçerli olduğu hallerden farklı olarak,[152] eylem ve işlemlerin kartel oluşturduğunun ispatlanması idarenin yükümlülüğüdür.[153] Bu bakımdan, soruşturmanın erken bir safhasında uzlaşma sağlanması ihlalin varlığı ile kapsamının tespiti adına teşebbüs lehine bir sonuç yaratacaktır. Ancak, soruşturma yapılarak bulgular ile bunlara yönelik analiz net olarak ortaya konulmadan, dolayısıyla her ne kadar rekabet otoritesinin elinde bulunan asimetrik bilgilerle uzlaşma kurulması zaman kazandırıcı olsa da rekabet otoritesi aleyhine asimetrik bilgi varlığı altında, uzlaşma kurulması her ne kadar zaman kazandırıcı olsa da teşebbüsün ihlale neden olan eylemleri ve ihlaldeki rolü tam olarak ortaya konulamayacağından soruşturmanın etkinliğini yine de azalacaktır[154]

Mevzuat değişikliği bağlamında sunulabilecek son öneri ise, uzlaşma üzerine verilen kararların yargı denetimine konu edilebilirliğinin sağlanmasıdır. Mehaz AB hukukunda uzlaşma sonucunda verilen kararlar, taraflarca -konu bakımından sınırlı da olsa- yargı denetimine tabi tutulabilmektedir. Nitekim Alman Hukukunda da uzlaşma anlaşmalarında yargı yolu hakkından feragat edilmesi şartının yer alamayacağı kabul edilmektedir.[155] Bu çalışmada incelendiği üzere, uzlaşma kararının idari işlem olduğu yahut en azından uzlaşma faaliyetinin idari niteliği kabul edildiğinde bu kararların yargısal denetiminin açık olması Anayasa'nın 125. maddesinin bir gereğidir. Ayrıca, uzlaşmanın irade serbestisine dayanan bir özel hukuk işlemi olduğunun kabulünde dahi, irade fesadının ortaya konulduğu hallerin yargı denetimine açık tutulması söz konusu ilişkinin bir gereğidir. Bu sebeple, uzlaşma usulünün niteliği önem taşımaksızın yargı denetiminin açık tutulması gerektiğini savunmaktayız.

Uzlaşma usulünün yol açtığı mevcut sorunların mevzuat değişikliği yapılmadan ve fakat hukuk yoluyla aşılması da bir diğer çözüm önerisi olacak-

---

[152] Gönenç Gürkaynak / K. Korhan Yıldırım / M. Hakan Özgökçen / Buğra Aydın, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, C. 12, S. 4, 2011, s. 91 vd.

[153] Asım Kaya, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 43.

[154] İnce / Ünübol, s. 37.

[155] Ulrich SCHNELLE / Volker SOYEZ, "Germany: Cartels", **European Antitrust Review** 2015, www.globalcompetitionreview.com/ (Erişim: 31.03.2024).

tır. Bunun için 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülen idari başvurudan enstrüman olarak yararlanılması mümkündür.[156] Buna göre ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Başvurunun açıkça yahut zımnen reddedilmesi durumunda ilgililerin altmış gün içerisinde idari yargıda dava açabilmesi mümkündür.

Soruşturma aşamasının erken bir safhasında yürütülen uzlaşmada, eldeki mevcut bilgi, belge ve deliller uyarınca Kurul'un ihlalin varlığını ve kapsamına yönelik iddialarını kabul eden ve uzlaşan teşebbüsün, birlikte veya karşılıklı gerçekleştirilmiş fiil sebebiyle diğer teşebbüsler hakkında devam eden soruşturma sonucunda rekabet ihlalinin bulunmadığının veya ihlalin kapsamının farklı olduğunun anlaşılması halinde maddi ve hukuki durumda değişikliğin ortaya çıktığı açıktır. Zira, bu hallerde Kurul tarafından yapılan kapsamlı soruşturmalar sonucunda maddi gerçek tespit edilerek, ihlalin oluşmadığı yahut kapsamının farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Danıştay, yerleşik içtihadında meydana gelen maddi ve hukuki gelişmelere bağlı olarak ilgililerin İYUK madde 10 başvurusu yapmak suretiyle idareden kendileri hakkında yeni bir işlem tesis etmesini talep edebileceklerini kabul etmektedir.[157] Nitekim Fransız hukukunda da hukuka aykırı işlemlerin düzeltilmesine yönelik olarak bu işlemleri tesis eden idareye başvurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.[158] Buna göre, soruşturmanın erken bir aşamasında uzlaşan teşebbüslerin, diğer teşebbüsler hakkında devam eden soruşturma sonucunda ihlalin varlığı yahut kapsamına ilişkin tespitler üzerine Kurul'a başvurarak maddi gerçeği yansıtmayan mevcut durumun değiştirilmesini veya düzeltilmesini talep edebilmeleri gerekir.[159] Vurgulamak gerekir ki, maddi gerçekle örtüşmeyen, kusurlu işlemleri düzeltmek hukuka uygun davranmakla yükümlü olan idare için aynı zamanda bir görevdir.[160] Böyle bir başvurunun Kurul tarafından reddedilmesi üzerine, uz-

---

156 Tanlı, s. 72.

157 Dan. 11. D. E. 2006/6610, K. 2007/1246, T. 16.02.2007, Danıştay Bilgi Bankası (Erişim: 15.03.2024).

158 Olivier Gohin / Florian Poulet, **Contentieux administratif**, 9e édition, LexisNexis, Paris, 2015, s. 21.

159 Abdulgani Güngördü / Tuğçe Koyuncu, **İdari Yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 65.

160 Erdoğan Bülbül, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 76; Turgut Tan, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 91.

laşma sonucunda verilen karar değil ve fakat buradaki red işlemi dava konusu edilebilecektir. Yargı mercii tarafından yapılan denetimde, uzlaşma sonucunda uygulanan idari yaptırımın sebep unsurunu oluşturan ihlalin varlığı ve kapsamının değerlendirme konusu yapılması kaçınılmazdır.

Diğer yandan, uzlaşma üzerine verilen kararın hukuki niteliği bakımından görüş birliği bulunmamaktadır. Uzlaşma kararının, idari işlem olarak kabulü durumunda, ihlalin varlığı ve kapsamına yönelik maddi gerçekleri soruşturmanın tamamlanması sonucunda öğrenen teşebbüslerin 2577 sayılı Kanun'un (İYUK) 11. maddesinde öngörülen üst makama başvuru usulünden de yararlanabilmeleri mümkündür. Söz konusu düzenlemeye göre ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, dava açma süresi içinde istenebilir. Kurul'un üst makamı bulunmadığından bu başvurunun yine Kurul'a yapılması gerekir. Ancak belirtilmelidir ki, buradaki başvurunun reddi üzerine dava konusu edilebilecek işlem, başvuruya konu olan ilk işlem, yani uzlaşma nihai kararı olacaktır. Kanun'un 43. maddesinin sekizinci fıkrasında sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususların dava konusu yapılamayacağı açıkça öngörüldüğünden, bu ihtimalde uzlaşma nihai kararına karşı açılan davanın İYUK madde 14 uyarınca idari davaya konu olacak bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi muhtemeldir. Bu ihtimalde, ancak İYUK madde 11 başvurusu üzerine Kurul'un yeni bir işlem tesis etmesi durumunda bu yeni işleme karşı dava açılabilecektir.

Usul ekonomisinin sağlanması adına maddi gerçeğin araştırılması ve hukuki güvencelerden mahrum kalınmasına, uzlaşan teşebbüs için dezavantajlı, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlara yol açan uzlaşma usulünden doğan olumsuzlukların aşılmasına için farklı çözümlerin benimsenmesi mümkündür. Her ne kadar, bu olumsuzlukların mevcut hukuki imkanlarla aşılabileceğini savunsak da uzlaşma usulünün mehaz AB hukuku ile karşılaştırmalı hukuktaki örnekler dikkate alınarak revize edilmesinin isabetli bir çözüm oluşturacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

AKİL Cenk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 4, 2012, ss. 1-18.

AKSOYLU Özge, **4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu Tarafından İzlenen İdari Usuller**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

ARAT Nilay, **Türk İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009.

ARAT Nilay, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 891-906.

ASLAN Zehreddin, "Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 23, 1996, ss. 1-6.

BALCI Murat, "Delillerin Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması" CMK m.170/2, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 7, S. 72, ss. 10-15.

BUDAK Ali Cem, "AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I**, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, 2003, ss. 137-158.

BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

CANATAR Yusuf Sinan, "Temel Haklar ve Güvenceler Işığında Rekabet Kurulu Tarafından Uygulanan İdari Para Cezaları" in **İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması**, Ed. Melikşah Yasin / Memduh Cemil Şirin, On İki Levha Yayıncılık, 2023, ss.203-258.

COŞKUN Sevda Yaşar, "Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Müessesesine Eleştirel Bir Bakış", **Yorum-Yönetim-Yöntem, Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi**, C. 8, S. 2, 2020, ss. 79-94.

ÇAYAN Gökhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 28, 2016, ss. 235-271.

EĞERCİ Ahmet, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Denetimi ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.

EVREN Çınar Can, **Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.

GOHIN Olivier / POULET Florian, **Contentieux administratif**, 9e édition, LexisNexis, Paris, 2015.

GRAAF K. J. / MARSEILLE A. T. / TOLSMA H. D., "Mediation in Administrative Proceedings: A Comparative Perspective" in **Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law**, Ed. Dacian C. Dragos / Bogdana Neamtu, Springer Verlag, 2014.

GÜNGÖRDÜ Abdulgani / KOYUNCU Tuğçe, **İdari Yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

GÜRKAYNAK Gönenç / YILDIRIM K. Korhan / ÖZGÖKÇEN M. Hakan / AYDIN Buğra, "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", **Rekabet Dergisi**, C. 12, S. 4, 2011, ss. 75-125.

GÜRKAYNAK Gönenç, "AB Rekabet uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh", **Rekabet Dergisi**, C. 5, S. 1, 2004, ss. 35-76.

GÜRPINAR Reşit, "Türk Rekabet Hukukunun Üvey Evladı: Şikâyetçi", **Nurkut İnan'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 539-541.

İNCE Ebru / ÜNÜBOL Neyzar, "Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk", **Rekabet Dergisi**, C. 16, S. 4. 2015, ss. 27-73.

KARA Burkay Can, **İptal Davasında Sebep İkamesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

KAYA Asım, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

KOÇ Emin, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 98, 2012, ss. 231-282.

O'BRİAN Ann, "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", **13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop**, Florence, 2008, http://www.justice.gov/atr/public/speeches/235598.pdf, (Erişim: 15.04.2024).

OECD, "Plea Bargaining", **Policy Roundtables 2006**, DAF/COMP, 2007 www.oecd.org (Erişim: 13.03.2024).

OECD, "Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases", **Policy Brief**, September 2008, www.oecd.org. (Erişim: 01.04.2024).

ÖZAY İl Han, **İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme)**, Özdem Kardeşler Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1985.

PEKTAŞ Metin, **Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2008.

SCHNELLE Ulrich / SOYEZ Volker, "Germany: Cartels", **European Antitrust Review** 2015, www.globalcompetitionreview.com/ (Erişim: 31.03.2024).

SELÇUK İlmutluhan, "4054 Sayılı Kanun'un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler", **Rekabet Dergisi**, C. 4, S. 2, 2003, ss. 53-76.

SÖYLER Yasin, "İdari Yargılama Usulü Hukukunda Sebep İkamesi", **Türkiye Adalet Akademisi Derg**isi, Y. 8, S. 31, 2017, ss. 533-566.

TAN Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

TANLI Deniz, "Rekabet Hukukunda Uzlaşma Kurumu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 81, S. 1, 2023, ss. 21-79.

TANRIVER Süha, **Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Makalelerim I**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005.

T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, **Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2007.

YASİN Melikşah, "İdare Hukuku rekabet İlişkisi Üzerine Notlar" in **İdare Hukuku Perspektifinden Rekabetin Korunması**, Ed. Melikşah Yasin / Memduh Cemil Şirin, On İki Levha Yayıncılık, 2023, ss.1-6.

YILDIRIM Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 5, S. 9, ss. 491-517.

YILDIZ Can, "Türk Rekabet Hukukunda İlk Uzlaşma Kararı", Nisan 2022, www.erdem-erdem.av.tr (Erişim: 15.03.2024).

YILMAZ Harun, "İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 19, 2021, ss. 27-46.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 285-332

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DÖNEMİNDEKİ ULUSLARARASI HUKUK BELGELERİNDE YER ALAN SALDIRI VE SALDIRMA SÖZCÜKLERİ VE KAVRAMLARI ÜZERİNE BİR ANALİZ(*)

Arş. Gör. Dr. **Uğur KAYNAKÇIOĞLU**(**)

Öz: Uluslararası hukuk terminolojisinde yer alan kuvvet kullanma, silahlı çatışma, savaş gibi konularla ve uluslararası ceza hukukuyla ilişkili olan saldırı ve saldırma sözcükleri gerek uluslararası toplumdaki kavramsallaşma süreçlerinin gerekse Türkçe dilindeki yıllara yayılan değişimin etkisiyle Fransızca ve İngilizce dillerindeki karşılıklarını sağlamak üzere yeterince tutarlı şekilde tercüme edilememiştir. Bu makale Birleşmiş Milletler dönemindeki uluslararası hukuk belgelerinde yer alan saldırı ve saldırma sözcüklerinin Türkçede çeşitli farklı sözcüklerle tercüme edilmesi yerine yeknesak bir şekilde tercüme edilebileceğini; uluslararası hukukta bu sözcüklerle ilişkili olan çeşitli kavramların tanımlanmasında devletlerin siyaseten farklı pozisyonlarda daha rahat konumlanabilmeleri adına ortaya çıkardıkları bazı zorlukların Türkçe tartışmalar ve çalışmalar açısından daha rahat bir şekilde aşılabileceğini ortaya koymaktadır. Böylece gelecekte uluslararası hukukun belki de en hassas konularını çalışacak kişilerin saldırı ve saldırma sözcükleri ve kavramları açısından ellerindeki yol haritalarında ortak bir başlangıç noktasına sahip olmaları sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Saldırı, Saldırma, Uluslararası Hukuk, Birleşmiş Milletler, Dilbilim.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 12.06.2024.

(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli - Türkiye,
E-posta: ugurkaynakcioglu@gmail.com,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-6346-9816.

AN ANALYSIS ON THE WORDS AND CONCEPTS OF AGGRESSION AND ATTACK IN INTERNATIONAL LAW DOCUMENTS IN THE UNITED NATIONS PERIOD

Abstract: The words aggression and attack, which are related to issues such as use of force, armed conflict, war and international criminal law in international law terminology, have not been translated consistently enough to provide their equivalents in French and English, due to the impact of both the conceptualization processes in the international community and the change in the Turkish language over the years. This article shows that the words aggression and attack in international law documents of the United Nations period can be translated uniformly in Turkish instead of being translated with various different words. It reveals that some of the difficulties posed by states in defining various concepts related to these words in international law to be more easily positioned in different political positions can be overcome more easily in terms of discussions and studies in Turkish. In this way, it will be ensured that those who will study perhaps the most sensitive issues of international law in the future will have a common starting point on their road map in terms of the words and concepts of aggression and attack.

Keywords: Aggression, Attack, International Law, United Nations, Linguistics.

GİRİŞ

Hukuki metinleri yorumlarken dilbilimin önemli bir yere sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Her ne kadar diller zaman içerisinde değişime uğrayarak sözcüklere atfedilen anlamlar değişse bile bir metni yorumlarken o metnin neyi içerdiğini öncelikli olarak metin içerisindeki sözcüklerden ve cümlelerden anlamaya çalışırız. Buna ek olarak sözcükler zaman zaman kendi öz niteliklerinin dışında ilgili alanlardaki kavramlar olarak teknik terimler halini alsa da sözcüklerin asli dilbilimsel karşılıkları ve metinlerdeki kullanımı, ilgili kavramların karşılamaya çalıştığı anlamı değerlendirmede, öncelikli göz önüne alınan hususlardan biridir. Metinlerde yer alan hukuki kavramların karşılıkları her ne kadar teknik hukuk dilinin bir parçası olsa da dilbilimsel bir köken üzerinden teknik terimler halini alarak kavramsal bir bağlama oturmaktadır. Özellikle değişik dillerde kaleme alınmış uluslararası hukuk belgelerinin yorumunda ise bu dilbilimsel köken üzerinden tanımlanan lafzi yorum önem kazanmakta; sıklıkla kullanılmaktadır.[1]

Günümüz uluslararası hukuk terminolojisine hakim olup Birleşmiş Milletler (BM) [*Nations Unies - NU (fr.) / United Nations - UN (ing.)*] örgütünün organlarında resmî diller ve çalışma dilleri statüsü kazanmış olan diller Arapça, Çince, Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusçadır.[2] Bu altı dil Uluslararası Ceza Divanı'nın (UCD) [*Cour pénale internationale - CPI (fr.) / International Criminal Court - ICC (ing.)*] resmî dilleri olarak kabul edilse bile[3] gerek BM'nin temel yargı organı Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) [*Cour internationale de justice - CIJ (fr.) / International Court of Justice - ICJ (ing.)*] resmî dilleri olarak kullandığı,[4] gerekse UCD'nin karar-

---

1 GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2023, s. 303.

2 İlgili dillerin belirlenmesi konusundaki kararlar ve tarihçe için bkz. United Nations, "What are the official languages of the United Nations?", **Dag Hammarskjöld Library**, https://ask.un.org/faq/14463 (Erişim Tarihi: 5.3.2024).

3 Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (Roma Statüsü) [*Statut de Rome de la cour pénale internationale (fr.) / Rome Statute of the International Criminal Court (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 2187, s. 3 vd.} m.50/1.

Türkiye Roma Statüsüne taraf değildir.

4 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (UAD Statüsü) [*Statut de la cour internationale de justice (fr.) / Statute of the International Court of Justice (ing.)*] {United Nations, **Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice**, San Francisco, 1945, https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf (Erişim Tarihi: 5.3.2024)} m.39.

Türkiye onay işlemlerini 28.9.1945 tarihinde tamamlayarak UAD Statüsüne taraf olmuştur. UAD Statüsünün Resmî Gazetede yer alan çevirisi için bkz. 15.8.1945 tarihli 4801 sayılı Sanfransisko'da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler

larını verdiği ve çalışma dilleri olarak kullandığı[5] Fransızca ve İngilizce uluslararası ceza hukuku ile uluslararası hukukta kuvvet kullanma [*usage de la force (fr.) / use of force (ing.)*],[6] silahlı çatışma [*conflit armé (fr.) / armed conflict (ing.)*][7] ve savaş [*guerre (fr.) / war (ing.)*][8] konularında bir çalışma yaparken diğer dillerden bir adım öne çıkmaktadır. Saldırı ve saldırma sözcükleri de uluslararası hukuk terminolojisinde yer alan kuvvet kullanma, silahlı çatışma, savaş ve uluslararası ceza hukuku gibi konularla ilişkili olarak kullanılmış sözcüklerdir.

Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün onanması hakkında kanun (RG, T. 24.08.1945, S: 6092).

5 Roma Statüsü m.50/2.

6 Kuvvet kullanma kavramı ise, BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafıyla getirilen kuvvet kullanma yasağı üzerinden doğmuş; savaş ve silahlı çatışma kavramları ile bağlantılı ancak bu iki kavramdan daha geniş bir kavramdır. BM Şartı'nın girişinde yer alan "*sonraki nesilleri, hayatımızda iki kez insanlığa anlatılmamış keder getiren savaş belasından kurtarmak*" yönündeki iradeye hizmet etmek için kullanılan bu kavram yoluyla savaş ve silahlı çatışma kavramından daha kapsayıcı bir alanı içerecek şekilde bir yasak getirilmeye çalışılmıştır. BM Şartı için bkz. dn. 61.

7 Teknik anlamda savaşın başlamasını sağlayamayan durumların zaman içerisinde çoğalması nedeniyle savaş ilanı olmadan devletler arasında gerçekleşen silahlı çatışmalara da cevap vermek adına ortaya çıkan gereksinimle birlikte uluslararası hukukta irade unsuruna bağlanarak kısıtlanan savaş kavramının terk edilmeye başlandığı; savaş kavramının yerini silahlı çatışma kavramının almaya başladığı belirtilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri - 4. Kitap**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, ss. 152-153.

1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 2. maddesinde bu hususa yönelik önlem olarak taraflardan ikisi veya daha fazlası arasında savaş ilan edilen durumlar, savaş ilan edilmese bile silahlı çatışma olduğunda ve silahlı direniş olmasa da kısmi veya tamamen işgal halinde ilgili Sözleşme kurallarının uygulanacağı belirtilerek savaşın dışında silahlı çatışma kavramı altında bazı haklar güvence altına alınmaya çalışılmıştır. (1949 Cenevre Sözleşmeleri m.2.) 1949 Cenevre Sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz. dn. 56.

8 Günümüzde savaş kavramı çok farklı boyutlardan incelenebilecek bir hal almıştır ve tanımlanması hayli zordur. *Dinstein*'e göre savaş kavramı kısaca şu şekilde tanımlanabilir: "*Savaş, teknik veya maddi anlamda iki veya daha fazla devlet arasında meydana gelen düşmanca bir etkileşimdir. Teknik anlamda savaş, bir savaş ilanıyla üretilen resmî bir durumdur. Maddi anlamda savaş, en az bir savaşan tarafı kapsayacak şekilde silahlı kuvvetin fiili kullanımıyla üretilir.*" (DINSTEIN Yoram, **War, Agression and Self - Defence**, 5. baskı, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 15.) Bu tanım maddi anlamda savaşı silahlı çatışma kavramıyla bütünleştirmektedir.

Teknik anlamda bir savaşın başlaması için 1907 tarihli Muhasamatın Başlamasına Dair III Numaralı La Haye Sözleşmesi [*La Haye Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités (fr.) / The Hague Convention (III) relative to the Opening of Hostilities (ing.)*] 1. maddesine göre koşulsuz ve hemen etki doğurucu bir ilanın veya bir koşulun gerçekleşmesine bağlı bir ültimatom şeklinde ilanın bulunması gerekmektedir. İlgili andlaşma için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=BD56907463617993C12563CD002D6774&action=openDocument (Erişim Tarihi: 14.3.2024).

Saldırının savaşların bir parçası olarak saldırı fiiline [*acte d'agression (fr.) / act of aggression (ing.)*] bağlanması, uluslararası hukukta saldırı sözcüğünün kavramsal bağlamını oluşturan temelin "saldırı savaşı [*guerre d'agression (fr.) / war of aggression (ing.)*]" üzerine kurulması sonucunu doğurmuştur. Böylece saldırı savaşına yol açan eyleme bağlı olarak ortaya çıkan suç tipi olan ve barışa karşı suç olarak da adlandırılan saldırı suçunun [*crime d'agression (fr.) / crime of aggression (ing.)*] geniş anlamda savaş konulu suçlar arasında yer alarak[9] ortaya çıkması doğal bir sonuç olarak görülebilir. Saldırı [*agression (fr.) / aggression (ing.)*], tarih boyunca birbiriyle çekişen çeşitli güçlerin karşılıklı olarak saldırma ve savunma eylemlerinde bulunduğu pek çok olayın yorumlanması ve zaman içerisinde hukuki düzleme aktarılmasıyla kavramsal bir bağlama oturtulmaya çalışılan ve daha az fiili içerecek şekilde üzerine haksızlık yüklenilen gerek devletlerin gerekse bireylerin sorumluluğunu doğuran bir terimdir. Saldırma [*attaque (fr.) / attack (ing.)*] ise terimsel olarak daha fazla fiili içeren ve hem "*ius ad bellum*" hem de "*ius in bello*" kurallarında yer bulan daha kapsayıcı bir kullanıma sahiptir. Bu nedenle saldırı ve saldırma sözcüklerinin kavramsal bağlamının uluslararası hukuk terminolojisindeki oluşum süreci de bu konulara yönelik tarihî, felsefi ve askeri terminolojiler içerisinden bu sözcüklerin dilbilimsel karşılığını oluşturan anlamlarına yapılan pek çok farklı atıf ve yorum üzerinden şekillenerek BM sistemindeki ve günümüzdeki halini almıştır. Ancak BM dönemindeki uluslararası hukuk belgelerinde dahi saldırı ve saldırma sözcüklerinin içeriğini ve kavramsallaşmasını sağlayacak net bir tanımın yapılması; ilgili sözcüklerin benzer kavramlardan ayrılması zor olmuştur. Kaldı ki gerek uluslararası hukuk belgelerinde gerekse öğretide saldırı ve saldırma ile bu sözcükler dışındaki pek çok farklı benzer sözcüğün de birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu çalışmada saldırı ve saldırma sözcüklerinin uluslararası hukuk terminolojisindeki yeri Fransızca ve İngilizce dilleri üzerinden Türkçeye çevrilerek analiz edilecektir.

I. SALDIRI VE SALDIRMA SÖZCÜKLERİ İLE BU SÖZCÜKLERİN ÇEKİMLERİNİN FRANSIZCA VE İNGİLİZCE DİLBİLİMSEL KARŞILIKLARI

Çalışmanın konusunu oluşturan Türkçedeki saldırı sözcüğünün Fransızca ve İngilizce dillerindeki karşılığına bakıldığında "*aggression (ing.) / agression (fr.)*" sözcüklerinin karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir.[10] İlk kez 1611

[9] PAZARCI, s. 376.

[10] Roma Statüsü m.5(d).

yılında kullanılan Latince kaynaklı bu sözcüklerin köken olarak "*adgredi, aggredi*" fiillerine getirilen ek yoluyla isim olan "*aggressio*"[11] sözcüğünden türetildiği; "*adgredi, aggredi*" fiillerinin ise "*karşı, -e doğru veya yönünde*" anlamlarına gelebilecek "*ad*" ile "*ilerlemek veya yürümek*" anlamlarına gelebilecek "*gradi*" sözcüklerinin birleşiminden oluştuğu belirtilmektedir.[12] Bunun yanı sıra "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin ilk kullanımına bakıldığında kışkırtma olmadan yapılan saldırmanın [*attaque (fr.) / attack (ing.)*] bir örnek olarak gösterilebileceği de belirtilerek, "*özellikle hükmetme veya hâkim olma niyetinde olduğunda yapılan kuvvetli bir hareket veya usul*" anlamının öne çıktığı ifade edilmiştir.[13] Saldırı sözcüğünün uluslararası hukuk içerisinde kavramsallaşmasında da klasik uluslararası hukuk kişileri olarak niteleyebileceğimiz devletlerin veya bu devletlerin hükümdarlarının belirtilen anlam yani özellikle hükmetme ve hâkim olma yönündeki hareketleri ve usulleri ile benzer bir ilişkilendirmenin etkili olduğu söylenebilir.

Saldırı sözcüğünün karşılığı olarak kullanılan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin sözlüklerdeki diğer anlamlarına bakıldığında ise Fransızcada "*birisine veya bir ülkeye karşı kışkırtma olmadan, haksız ve hoyrat saldırma (attaque)*" anlamına geldiği;[14] İngilizcede ise "*bir kişinin başka bir kişiye veya bir ülkenin başka bir ülkeye şiddetli saldırması (attack) veya tehditleri*"[15] veya "*özellikle bir ülkenin diğer bir ülkenin toprak bütünlüğünü kışkırtma olmadan ihlal etmesinden oluşan saldırma (attack) ve tecavüz (encroachment) uygulamaları*"[16] gibi tanımların kullanıldığı görülmektedir. Bu kullanımlarda ise benzer bir anlam, hükmetme veya hâkim olma niyeti dışarıda tutularak, muhafaza edilmiştir. Bu durum tarihsel süreçte saldırı olarak

---

[11] Latince terimlerin Türkçe karşılıklarını içeren bir eserde "*aggressio*" sözcüğünün karşılığı olarak "*-hukuka aykırı- saldırı*" tanımının yapılabileceği belirtilmiştir. (ERDOĞMUŞ Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler - Özlü Sözler**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 11).

[12] Sözcüklerin kökeni hakkında bilgi için bkz. **Larousse**, "agression", https://www.larousse.fr/ dictionnaires/ francais/agression (Erişim Tarihi: 1.3.2024); **Merriam-Webster Dictionary**, "aggression", https://www.merriam-webster.com/dictionary/aggression#etymology (Erişim Tarihi: 1.3.2024).

[13] Sözcüğün karşılaşılan ilk kullanımındaki anlamı bu yöndedir. [**Merriam-Webster Dictionary**, "aggression", https://www.merriam-webster.com/dictionary/aggression (Erişim Tarihi: 1.3.2024)].

[14] **Larousse**, "agression".

[15] **Oxford Learner's Dictionary**, "aggression", https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/ definition/english/ aggression (Erişim Tarihi: 1.3.2024).

[16] **Merriam-Webster Dictionary**, "aggression".

nitelendirilen devlet hareketlerinin hükmetme ve hâkim olma dışında daha geniş bir bakış açısıyla saldırılan ülkeye zarar verme veya bu ülkeye karşı çatışmada üstünlüğü ele geçirme niyetini içermesi üzerinden yorumlanabilir. Her iki dildeki diğer anlamlarda "saldırı"nın içerisinde bir ülkeye karşı girişilen bir "saldırma" eyleminin bulunması gerektiği ifade edilirken; "saldırı" kapsamına girecek saldırma eyleminin "*kışkırtma olmadan*" veya "*haksız ve hoyrat / ihlal niteliğinde*" ya da "*kuvvetli / şiddetli*" gerçekleşmesi üzerinde durulmuştur. "*Kışkırtma olmadan*" kavramı saldırı eylemi açısından saldırmaya ilk başvuran taraf olmaya; "*haksız ve hoyrat / ihlal niteliğinde*" gerçekleşme eylemdeki hukuka aykırılığa ve kural tanımazlığa; "*kuvvetli / şiddetli*" gerçekleşme ise eylemin güç olarak belli bir eşiğin üzerinde olmasına işaret etmektedir. Bu durumda "*kışkırtma olmadan*" veya "*haksız ve hoyrat / ihlal niteliğinde*" ya da "*kuvvetli / şiddetli*" gerçekleşmeyen saldırma eylemleri bir "saldırı" oluşturma konusunda yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla ilgili tanımlardan yapılacak dilbilimsel çıkarım "saldırı" sözcüğü "saldırma" eylemini içerse bile her "saldırma" eyleminin bir "saldırı" doğurmayacağı olacaktır. Bu nedenle saldırma ve saldırı sözcüklerinin birbiriyle bağlantısı bulunsa bile içerik ve anlam olarak farklı iki sözcükten söz edildiği belirtilmelidir. İki sözcüğün Türkçedeki kullanımının gerek Fransızcaya gerekse İngilizceye göre terimleri oluşturan ilgili sözcükler ve bu sözcüklerin çeşitli çekimleri açısından incelenmesi aynı zamanda çalışma kapsamında yapılacak sözcük tercihlerinin belirlenmesi ile çalışmanın geri kalanındaki kullanımlarda sözcüklerin yerli yerine oturtulabilmesi açısından önemlidir. Üstelik Türkçede "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" ve "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" terimlerinin ikisinin de saldırı olarak çevrilmesi mümkün olsa bile farklı sözcükler üzerinden tanımlanması sözcüklerin hem dilbilimsel hem de hukuki olarak birbirinden daha rahat bir şekilde ayrılabilmesini sağlayacaktır. Fransızca ve İngilizce terminolojideki bu iki sözcüğün ve sözcüklerin çeşitli çekimlerinin sözlüklerde yer alan Türkçe çevirilerine bakıldığında ve hepsi karşılaştırıldığında ortaya şu şekilde bir tablo çıkmaktadır:[17]

---

[17] Fransızca-Türkçe sözlük için bkz. SARAÇ Tahsin, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, Beşinci Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 1994.

İngilizce-Türkçe sözlükler için bkz. **Cambridge Dictionary İngilizce-Türkçe Sözlük**, https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/ (Erişim Tarihi: 1.3.2024) ve **Redhouse Büyük Elsözlüğü (İngilizce-Türkçe Turkish-English)**, Otuz Üçüncü Baskı, SEV Matbaacılık ve Yayıncılık Eğitim Ticaret A.Ş., İstanbul, 2011.

Fransızca-İngilizce sözlük için bkz. **Dictionnaire Cambridge Klett Poche**, 5. Baskı, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Fransızca	**Fransızca>Türkçe**	**Fransızca>İngilizce**	**İngilizce>Türkçe**
attaque (isim)	saldırış, saldırı	attack	saldırı, taarruz, atılma, hücum
attaquer (fiil)	saldırmak	(to) attack	saldırmak, hücum etmek, vurmak, tecavüz etmek
attaquant (isim)	saldıran, saldırı yapan	attacker	saldırgan
agression (isim)	saldırı, saldırganlık, çatma, sataşma, sataşkanlık	attack, aggression	saldırganlık, nedensiz kavga
agressive-agressif (sıfat)	çatıcı, sataşıcı, sataşkan, saldırgan	aggressive	saldırgan, kavgacı, agresif
agressivité (isim)	saldırganlık, sataşkanlık	aggression	saldırganlık
agresseur (sıfat ve isim)	saldırgan, saldıran, çatan, sataşan	aggressor	saldırgan, saldıran, saldırganlığı, savaşı başlatan

Bu tabloda dikkat çeken pek çok husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki tablonun Türkçe karşılıkların bulunduğu kısımlarından da görüldüğü üzere kaynak dillere göre yapılan çevirilerde iki sözcük grubunun çekimleri açısından ortak olarak günümüz Türkçe kullanımlarında "*sal-*" kökeninden türeyen "*saldır-*" fiil kökünün temel alındığı görülmektedir.[18] Dolayısıyla ilgili sözcüklerin Türkçeye çevrilmesinde bu fiil kökü üzerinden getirilen eklerle bir karşılık bulunmaya çalışılmıştır.

Dikkat çeken ikinci bir husus "*aggression (ing.)*" sözcüğünün eş sesli olarak İngilizcedeki anlamı açısından içinde bulunulan bir durum (eğilim) veya davranma (eylem) haline göre değişkenlik içeren ikili bir kullanıma sahip olmasıdır.[19] Halbuki "*aggression (ing.)*" sözcüğünün Fransızca karşılı-

[18] NİŞANYAN Sevan, **Nişanyan Sözlük**, "sal-" ve "saldır", https://www.nisanyansozluk.com/kelime/sal- ve https://www.nisanyansozluk.com/kelime/saldır (Erişim Tarihleri: 3.3.2024).

[19] Türkçe açısından gerek saldırgan sözcüğü gerekse saldırganlık sözcüğü açısından aynı İngilizcedeki gibi bir durum (eğilim) veya davranma (eylem) olarak değerlendirme yoluyla iki farklı anlamın bulunabileceği görülmüştür. Bkz. Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "saldırgan" ve "saldırganlık", https://sozluk.gov.tr/?kelime=saldırgan ve https://sozluk.gov.tr/?kelime= saldırganlık (Erişim Tarihleri: 3.3.2024).

ğında yer bulan ve bir durum olarak değerlendirilebilecek "*agressivité (fr.)*" sözcüğünün İngilizcede yer alan ancak tabloda yer bulamayan başka bir sözcük olan "a*ggressiveness (ing.)*" sözcüğü ile de karşılanmasının mümkün olabileceği belirtilmelidir.[20] Kaldı ki "*agressive (fr.)*" sözcüğünün saldırgan olarak çevrilmesi halinde "*aggressiveness (ing.)*" sözcüğü ile karşılanabilecek bir durumu ifade eden "*agressivité (fr.)*" sözcüğünün saldırganlık olarak çevrilmesi daha yerinde görünmektedir. Böylece uluslararası hukuk açısından saldırı davranışını oluşturan saldırganlık durumunun bir eğilimden daha çok bir eylemi ifade etmekte kullanıldığı da düşünüldüğünde bu iki kullanımın dışında kalarak davranmayı yani eylemi içeren "*agression (fr.)*" ve "*aggression (ing.)*" kullanımlarının Fransızca-Türkçe çevirideki saldırı sözcüğüyle karşılanması daha yerinde olacaktır.

Üçüncü bir husus olarak ise Fransızcadaki "*agression (fr.)*" sözcüğünün İngilizceye hem "*aggression (ing.)*" hem de "*attack (ing.)*" olarak çevrilebildiği görülmektedir.[21] İngilizcedeki bu sözcüklerin Fransızca karşılıkları açısından tek sözcükle karşılanabilmesi nedeniyle saldırı sözcüğünün hem köken olarak hem de anlamsal yönden İngilizce yerine Fransızca temel alınarak Türkçeye çevrilmesi iki sözcük grubunu ayırabilmek açısından daha uygun görünmektedir. Ancak Fransızca temel alınsa bile tabloya göre gerek "*attaque (fr.)*" sözcüğünün gerekse "*agression (fr.)*" sözcüğünün karşılığında Türkçede saldırı sözcüğünün tercih edilebileceği belirtilmektedir. Bu durum uluslararası hukuk terminolojisindeki iki farklı sözcüğün karşılığı olarak tek bir sözcüğün kullanılması sonucunu doğuracağı için bazı karışıklıklara neden olabilir. Karışıklıktan kaçınmak için bahsi geçen terimleri birbirinden ayırarak Türkçe uluslararası hukuk terminolojisinde de farklı sözcüklerle ifade etmek uluslararası hukuk terminolojisiyle birleştirici olacağından bu konularda yapılacak Türkçe öğreti incelemeleri açısından da yararlı olacaktır.

---

[20] Bu konuda ayrıca bkz. **Cambridge Dictionary İngilizce-Türkçe Sözlük**, "aggressiveness", https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/aggressiveness (Erişim Tarihi: 3.3.2024).

[21] Fransızca-İngilizce sözlükte buradaki "*attack (ing.)*" sözcüğünün "*attaque (fr.)*" sözcüğünün karşılığı olarak kullanıldığı; "*aggression (ing.)*" sözcüğünün ise askeri terminolojide kullanıldığı belirtilmiştir.

Buna ek olarak Türkçe'deki saldırganlık, saldırı ve saldırma (saldırım, saldırış) sözcüklerinin hem "*attack (ing.)*" hem de "*aggression (ing.)*" sözcüklerinin karşılığı olarak kullanılabileceği üzerinde de durmak gerekir. Bu konuda bkz. MORAN A. Vahid, **Büyük Türkçe-İngilizce Sözlük**, Yedinci Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 2003, s. 800.

Uluslararası hukukla ilgili Türkçe öğretide "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin karşılığında saldırı sözcüğünün ağırlıklı olarak kullanıldığı görülmektedir.[22] Ancak yine de saldırganlık,[23] saldırış,[24] saldırma[25] ve tecavüz[26] olarak farklı kullanımların bulunduğunu da belirtmek gerekir. Öğretide "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin karşılığı olarak ise saldırı,[27]

---

22 ACER Yücel, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Roma Yayınları, Ankara, 2004; AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk - II**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, ss. 149-151; AKSAR Yusuf, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 261-274; ALBAYRAK Gökhan, **Uluslararası Hukukta Hedef Alarak Öldürme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 45; AYBAY Rona / ORAL Elif, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 445; BAŞAK Cengiz, **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, ss. 249-254; CAŞIN Mesut Hakkı, **Uluslararası Andlaşmalar Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 236, 244 ve 247; ERDAL Selcen, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, Ankara, s. 71 vd.; GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Reşat Volkan GÜNEL (Editör), 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 110, 116, 119 ve 141; GÜNEYSU Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 160; KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 12, 28, 34 ve 618; KURAN Selami / AYDIN OKUR Derya / SARIBEYOĞLU Meltem / GÜNEL Reşat Volkan, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 3, 12, 16, 169 ve 170; ÖKTEM A. Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 211-218; PAZARCI, s. 141 ve 377; SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 315-317 ve s. 319; TÖNER ŞEN Semin, **Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 271 vd.; TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 548 vd; TOLUNER Sevin, "Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşrû Müdafaa Hakkı", **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s. 355.

23 GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 1595-1600; GÜNDÜZ, s. 140, 141 ve 151.

24 GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Devletlerarası Ceza Hukuku**, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi, No: 22, Ankara, 1959, s. 77.

25 ÇELİK Edip F., **Milletlerarası Hukuk - Birinci Cilt**, Yenilenmiş 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2768, Hukuk Fakültesi No: 624, İstanbul, 1980, s. 612, 622 ve 626; LÜTEM İlhan, **Devletler Hukuku Dersleri II**, Fakülteler Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 115, İstanbul, 1958, s. 710, 719 ve 722; SOYSAL İsmail Soysal, **Türkiye'nin Dış Münasebetleriyle İlgili Başlıca Siyasi Andlaşmaları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1965, s. 300, 311 ve 316.

26 BELİK Mahmut R., **Harp Salâhiyetinin Tahdidi ve Müeyyideleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1954, s. 52, 53, 74 ve 80; ÇELİK, s. 419; GÜNDÜZ, s. 141; KUL Muhammet Celal, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırı) Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 37 vd.

27 AKSAR (2013), s. 152 ve 156; AKSAR (2022), s. 197, 198, 203, 204, 215 ve 216; AYBAY / ORAL, s. 445; CAŞIN, ss. 1095-1098; KUL, s. 27 ve 29; ÖKTEM, s. 163; PAZARCI, s. 381; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 506, 509, 511 vd., 529 ve 537; TOLUNER, s. 355.

saldırma,[28] hücum[29] ve taarruz[30] kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere Türkçe öğretide her iki sözcüğün karşılığında farklı sözcüklerin kullanılmasının yanı sıra aynı yazar tarafından zaman içerisinde ve hatta aynı eser içerisinde değişen kullanımlar da bulunmaktadır. Bu bilgilerden özetle Türkçe öğretide bu konuda tam bir uzlaşının sağlanmamış olduğu ve iki sözcük grubu açısından da saldırı sözcüğünün ağırlıklı olarak tercih edildiği görülmektedir. Ancak bu durum uluslararası hukuka ilişkin Türkçe terminolojide "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" ile "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcükleri arasındaki çizgiyi ayırmayı son derece zor hale getirmektedir.

Başlık altında yapılan tüm bu değerlendirmelerin sonucu olarak hem sözcüklerin Türkçeye çevrilmesinde pek çok farklı sözcüğün kullanılabilmesinin mümkün olması, hem de saldırı sözcüğü ile bu sözcüğün içinde barınan saldırma sözcüğünün karşılığının Türkçeye aynı şekilde saldırı olarak çevrildiği görülmektedir. Ancak çalışmadaki sözcüklerin birbirinden ayrılması için yapılan incelemeler doğrultusunda bir tercihte bulunularak çalışmanın geri kalanında "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" karşılığında "saldırı" sözcüğü kullanılırken, "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" karşılığında "saldırma" sözcüğü kullanılmaktadır. Böylece en azından bu çalışma kapsamında uluslararası hukuk kaynaklarında kullanılan Fransızca ve İngilizce sözcüklerin karşılığı açısından bir bütünlük ve belirlilik sağlanmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda yukarıda yer alan tablo da temel alınarak çalışmada kullanılacak kavramların Fransızca'dan Türkçe'ye çevirisi de şu şekilde yapılacaktır: "*attaque* > saldırma, *attaquer* > saldırmak, *attaquant* > saldıran, *agression* > saldırı, *agressive-agressif* > saldırgan, *agressivité* > saldırganlık, *agresseur* > saldırıcı". Dilbilimsel olarak tespit edilen bu karşılıkların uluslararası hukukun sözcükleri kavramsallaştırmasına göre bazı eksiklikleri olabilir.[31] Ancak uluslararası hukuk terminolojisindeki uluslararası andlaşmalara, örgüt ve yargı kararlarına kaynak olan dillerde yapılan etimolojik ayrım açısından Türkçe'de de bu yönde bir kavramsal ayrıma gitmenin faydalı olacağı düşünülmektedir.[32]

---

[28] AKSAR (2013), s. 157; AKSAR (2022), s. 265; BAŞAK, s. 251; GÜNDÜZ, s. 142; PAZARCI, s. 389.
Bu eserlerde *Aksar (2013)*, *Başak* ve *Gündüz* "saldırma" sözcüğünü kullanmışken, *Aksar (2022)* ve *Pazarcı* "saldırılma" olarak edilgen kalıp kullanmıştır.

[29] BAŞAK, s. 251; GÜNDÜZ, s. 141; KAYA, s. 618.

[30] AKSAR (2022), s. 264.

[31] Örneğin, Güncel Türkçe Sözlük'te yer alan saldırı tanımında uluslararası hukukun aksine silahsız eylemlere de yer verilmesi BM Genel Kurulunun saldırı tanımıyla uyumsuz olacaktır. Bkz. dn. 33 ve 83.

[32] Türkçe içerisinde "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" ve "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin karşılıklarının "saldırı" olarak belirlenmesinin uluslararası hukuk terminolojisi açısın-

II. SALDIRI VE SALDIRMA SÖZCÜKLERİNİN SESTEŞLERİNDEN, BENZER, EŞ VE KARŞIT ANLAMLI DİĞER SÖZCÜKLERDEN AYRILMASI

"Saldırı" sözcüğünün sözlükteki anlamına ve karşılığına bakıldığında "*Kötülük yapmak, yıpratmak amacıyla doğrudan doğruya silahlı veya silahsız bir eylemde bulunma, hücum, taarruz, tecavüz.*" olarak tanımlandığı görülmektedir.[33] Bu tanıma göre saldırının tanımı dışında anlamını karşılayan benzer veya eş anlamlı üç sözcük bulunduğu görülmektedir.

Bunlardan ilki olan Arapça kökenli "hücum" sözcüğü, konu ile alakalı olarak düşünüldüğünde, hem saldırı sözcüğü ile eş anlamlı hem de "*üşüşme, bir yere toplanma*" olarak kullanılmakta; sözcüğün mecazen "*sert eleştiri*", sporda "*atılım*" ve "*gol atmak veya sayı kazanmak amacıyla yapılan akın, hamle, ofans*" anlamlarını içeren Fransızca "*attaque*" kökenli "*atak*" ve ünlem olarak "*'İleri' anlamında kullanılan bir seslenme sözü*" gibi kullanımlarının mevcut olduğu görülmektedir.[34] Hücum sözcüğünün kullanımının kökeninde ayrıca "*üstüne varma*" ve "*saldırma*" gibi anlamların bulunduğu belirtilmektedir.[35] Bu bilgilerin yanı sıra aynı kaynakta "*saldırma*" sözcüğünün anlamına ve karşılığına bakıldığında "*saldırmak işi; tehacüm.*" olarak tanımlandığı görülmekte; Arapça kökenli tehacüm sözcüğünün ise hücumun da karşılığı olarak verilen "*saldırma*" ve "*üşüşme, bir yere toplanma*" eskimiş anlamlarının bulunduğu görülmektedir.[36] Tehacüm sözcüğünün hücum sözcüğünden türeyen ve birlikte hücum etme anlamını içeren yapısı nedeniy-

---

dan da farklı bir anlayışı yansıtacak şekilde bu iki sözcük grubunun kuvvet kullanma kuralları açısından birbirine yakınsaması gerektiği yönündeki bir görüşe zemin hazırlamakta kullanılabilmesi de mümkündür. Bu görüşün son derece geçerli bir mantığı bulunsa bile kaynak dillerdeki etimolojik farklılıkların göz önünde bulundurulması yönündeki görüş Türkçe uluslararası hukuk terminolojisinin geliştirilmesine katkı sağlayacaktır. Belki de bu çalışmadaki yer alan kaynak dildeki farklı kavramların Türkçe öğreti açısından benzer şekilde kullanılmasının, aynı kaynak dillerde olduğu gibi, kuvvet kullanma konusuna özgü ve silahlı çatışmalara ilişkin kurallar ile geçişken bir niteliğe sahip olan uygun bir terminolojinin gelişmesine katkısı olabilir.

[33] Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "saldırı", https://sozluk.gov.tr/?kelime=saldırı (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[34] Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "atak", https://sozluk.gov.tr/?kelime=atak; Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "hücum", https://sozluk.gov.tr/?kelime=hücum (Erişim Tarihleri: 10.3.2024).

[35] NİŞANYAN Sevan, **Nişanyan Sözlük**, "hücum", https://www.nisanyansozluk.com/?k=hücum (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[36] Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "saldırma", https://sozluk.gov.tr/?kelime= saldırma; Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "tehacüm", https://sozluk.gov.tr/?kelime=tehacüm (Erişim Tarihleri: 10.3.2024).

le saldırma sözcüğünün hücumla kuvvetli bağlantısının bulunduğu belirtilebilir.[37]

İkinci ve yine Arapça kökenli bir sözcük olan "taarruz" sözcüğü sadece saldırı sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.[38] Taarruz sözcüğünün kullanımının kökeninde "*yolunu kesme*", "*el atma*" ve "*müdahale etme*" gibi anlamların bulunduğu; 20. yüzyılın başına doğru kullanılan Yeni Osmanlı Türkçesinde sözcüğün "*düşmanın toprağına girip birinci olarak harbe girişme ve harbe sebebiyet verme*" anlamında kullanıldığı belirtilmektedir.[39]

Üçüncü ve yine Arapça kökenli bir sözcük olan "tecavüz" ise, konu ile alakalı olarak düşünüldüğünde, saldırı sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanılması dışında "*zor kullanarak ırzına geçme*", "*başkasının hakkına el uzatma*" ile eskimiş bir anlam olan "*aşma, ötesine geçme*" anlamlarında kullanılmaktadır.[40] Diğer bir kaynak tarafından da "*aşma, aşım, geçit, geçiş izni*" gibi benzer anlamları olan cevaz sözcüğü ile ilişkili olan tecavüz sözcüğünün kullanımında "*geçme*", "*aşma*", "*haddini veya ölçüsünü aşma*", "*azma*" gibi anlamların bulunduğu belirtilmektedir.[41] BM öncesi dönemde bu konularla ilgili yapılan bazı uluslararası andlaşmaların Resmî Gazete'de yer alan çevirilerinde "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" yerine tecavüz[42] sözcüğü-

---

[37] DEVELLİOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 31. Baskı, Aydan Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 1236.

[38] Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "taarruz", https://sozluk.gov.tr/?kelime=taarruz (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[39] NİŞANYAN Sevan, **Nişanyan Sözlük**, "taarruz", https://www.nisanyansozluk.com/?k=taarruz (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[40] Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "tecavüz", https://sozluk.gov.tr/?kelime=tecavüz (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[41] NİŞANYAN Sevan, **Nişanyan Sözlük**, "tecavüz", https://www.nisanyansozluk.com/?k=tecavüz (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

[42] 2357 sayılı Tecavüzün tarifi hakkında Türkiye ile Romanya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri İttihadı, Çekoslovakya ve Yugoslavya arasında Londrada 4 temmuz 1933 tarihinde imza olunan mukavelename ile üçüncü maddesinin lahikasının tasdikına dair kanun (RG, T. 28.12.1933, S: 2590).

2358 sayılı Tecavüzün tarifi hakkında Türkiye ile Estonya, Letonya, Lehistan, Romanya, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri İttihadı, İran ve Afganistan Devletleri arasında Londrada 3 temmuz 1933 tarihinde imza olunan mukavelename ile üçüncü maddesinin lahikasının ve ayni tarihli imza protokolünün tasdikına dair kanun (RG, T. 28.12.1933, S: 2590).

Bu iki andlaşmanın çevirisinde de tecavüz sözcüğü tercih edilmiş; andlaşmaların 2. maddelerinde "*1 - Diğer bir Devlete harp ilânı; 2 - Müsellâh kuvvetleri tarafından harp ilân edilmeksizin bile diğer bir Devlet arazisinin istilâsı; 3 - Kara, deniz veya hava kuvvetleri tarafından, harp ilân edilmeksizin bile diğer bir Devlet arazisine, gemilerine veya tayyarelerine hücum edilmesi; 4 - Diğer Devletin sahil veya limanlarının denizden abluka edilmesi; 5 - Arazisinde*

nün tercih edildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, sadece bu konuda değil diğer birçok konuyla ilgili olarak da Resmî Gazete kayıtları incelenecek olursa, Resmî Gazete'de yer alan uluslararası andlaşma çevirilerinin kavramsal bütünlükten yoksun olduğu ve aynı kavramlar için zaman içerisinde değişen farklı sözcük kullanımlarının bulunduğu görülecektir.[43]

Saldırı sözcüğü hakkında Güncel Türkçe Sözlük tarafından yapılan tanımda yer alan üç sözcük hakkında yapılan incelemenin de gösterdiği üzere saldırı sözcüğünün birbirine yakın olan, ancak anlam olarak farklı sonuçlar doğurabilecek üç farklı sözcük üzerinden tarif edildiği söylenebilir. Nitekim Arapça kökenli bu üç sözcüğün her biri birbiriyle eş anlamlı olarak değerlendirilse dahi birbiriyle eş olmayan ve yalnızca benzerlik içeren ama farklı anlamları da bulunduğu görülmüştür. İlgili sözcüklerin anlam kaymalarına uğrayabileceği düşünülerek, mevcut coğrafyadaki hukuki düzenin selef devleti olan Osmanlı İmparatorluğu'nun yazışma dili olan Osmanlı Türkçesinden günümüz Türkçesine nasıl çevrilebileceklerine de dikkat etmek yerinde olacaktır. Bu kapsamdaki çeviriye bakıldığında hücum sözcüğünün "*saldırış, saldırma*" anlamında kullanıldığı;[44] taarruz sözcüğünün "*ilişme, sataşma, takılma*" ile "*düşmana saldırma*" anlamlarında kullanıldığı;[45] tecavüz sözcüğünün ise "*ötesine geçme, sınırı aşma,*

teşekkül ederek diğer bir Devletin arazisini istilâ eden müsellâh çetelerin himaye edilmesi veya istilâ edilen Devlet tarafından vaki talebe rağmen bu çeteleri bilûmum muavenet ve himayeden mahrum bırakmak için kendi arazisinde iktidarı dahilinde olan bütün tedbirlerin ittihazından imtina olunması." gibi eylemler tecavüz olarak addedilmiştir.

Saadabad Paktı olarak bilinen uluslararası andlaşmanın çevirisinde de tecavüz sözcüğü tercih edilmiştir. Bkz. 3324 sayılı Türkiye Cümhuriyeti ile Afgan, İran ve Irak Devletleri arasında tanzim olunan Ademi Tecavüz ve Müşavere Muahedenamesinin tasdikına dair kanun (RG, T. 27.01.1938, S: 3819, s. 9300). Bu andlaşmanın 4. Maddesinde "*1 - Harb ilânı; 2 - Harb ilân edilmeksizin dahi olsa, bir Devletin silâhlı kuvvetleri tarafından diğer bir devlet arazisinin istilâsı; 3 - Bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetleri tarafından, harb ilân edilmeksizin dahi olsa, diğer bir Devletin, arazisine, gemilerine veya tayyarelerine taarruz; 4 - Mütecavize doğrudan, doğruya veya bilvasıta yardım veya müzaheret.*" hareketleri tecavüz kapsamında sayılmıştır.

Bu andlaşmalarda bahsedilen eylemlerin ve hareketlerin BM döneminde yapılan saldırının tanımı ile benzerlikleri söz konusudur.

[43] İnsan hakları konusunda Türkçe çeviri meselesini yalnızca Resmî Gazete için değil genel olarak ele alan örnek bir makale için bkz. ŞİRİN Tolga, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2021, ss. 1-64.

Bunun yanı sıra yeni yapılan uluslararası andlaşmalarda Dışişleri Bakanlığı tarafından çağın değişimine göre yeniden yorumlanan, yeni ortaya çıkan ya da içeriği değişen kavramlara uygun şekilde çeviriler yapılarak yıllar boyunca kullanılmış kavramların da güncel kullanıma göre değişebildiği belirtilmelidir.

[44] DEVELLİOĞLU, s. 446.

[45] DEVELLİOĞLU, s. 1177.

atlama", "*saldırma, sataşma, sarkıntılık*", "*el uzatma, başkasının hakkına dokunma*" ve hukuk terminolojisinde "*kullanılacak bir hakkın üçüncü bir kişi tarafından zorlaştırılması*" anlamlarında kullanıldığı[46] belirtilmiştir. Tüm bu benzer anlamlı Arapça kökenli sözcüklerin karşılıklarına bu yönden bakıldığında tanımlamalarda saldırı sözcüğünün yer almadığı; ancak saldırma sözcüğünün tercih edildiği görülmektedir. Böylece aslında dilbilimsel yönden saldırı ile saldırma sözcüklerinin günümüz Türkçesinde birbirinin yerine kullanıldığı söylenebilir. Buna rağmen iki sözcük de yapılan tanımlarında birbirine yer vermemektedir. Her ne kadar saldırma sözcüğü hücum sözcüğü ile karşılanabilir görülse de uluslararası ceza hukukundaki saldırı sözcüğü yerine Arapça kökenli bu sözcüklerden herhangi birinin seçilmesi ile tamamen tutarlı bir karşılığa ulaşmak mümkün görünmediği için saldırı sözcüğü yerine bu sözcüklerin kullanımından kaçınmak yerinde olabilir. Bu yöndeki tercihin sebepleri şu şekildedir:

- Tecavüz sözcüğünden kaçınmanın sebebi tecavüzün kökeninde saldırıdan daha geniş bir anlamda hakka el atmayı ifade eder şekilde kullanılmasıdır.
- Taarruz sözcüğünden kaçınmanın sebebi taarruzun her zaman hukuka aykırı veya haksız olarak değerlendirilemeyeceği ihtimalidir. Nitekim her düşmana saldırma hali (örneğin tarihimizde de yer alan Büyük Taarruz gibi) saldırının kışkırtma olmadan, haksız ve hoyrat yönünü karşılamamaktadır.
- Hücum sözcüğünden kaçınmanın sebebi hücumun bir olgu olan saldırıdan daha çok bir yöntem veya şekil içeren saldırma sözcüğüne yakın bir anlamda kullanılmasıdır.

Tüm bu çıkarımlar ve sözcüklerin anlamları ile saldırı kavramının uluslararası hukuktaki tarihsel ve kavramsal bağlamı bir arada düşünüldüğünde "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" kavramını karşılamakta kullanılacak olan "saldırı" eyleminin tecavüz içeren taarruzu ifade etmekte kullanıldığı belirtilebilir.[47] Hücum ise daha çok "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" kavramını karşılamakta kullanılacak olan "saldırma(k)" ile özdeşleşmiştir.[48]

---

[46] DEVELLİOĞLU, s. 1224.

[47] Taarruz sözcüğü İngilizce açısından değerlendirildiğinde "*aggression*" ve "*attack*" sözcüklerinin yaygın dilde kullanılan anlamı karşıladığı; tecavüz sözcüğünde ise bu sözcüklerin askeri terminolojide kullanıldığı not edilmiştir. Bunun dışında gerek taarruz sözcüğü gerekse tecavüz sözcüğü açısından askeri terminolojide "*offensive*", "*charge*" ve "*assault*" gibi sözcüklerin de kullanılabileceği belirtilmiştir. Bkz. MORAN, s. 889 ve 921.

[48] Hücum sözcüğünün İngilizce karşılığının "*attack*" olarak ikame edilebileceği hakkında bkz. MORAN, s. 386.

Saldırı ve saldırma sözcükleri konusunda bu başlıktaki ve bir önceki başlıktaki çıkarımların aksine ve ilginç bir durum saldırı sözcüğünün karşıt anlamlısı olarak değerlendirilebilecek "savunu" sözcüğünün tanımında bulunmaktadır. Nitekim saldırı ile saldırma aynı anlamda değerlendirilmezken savunu sözcüğünün anlamının "*savunma*" olduğu belirlenmiştir.[49] Savunma sözcüğü ise atak ve hücum anlamlarını ihtiva eden saldırmanın karşıt anlamlısı olarak "*müdafaa*" ve "*bir kişiyi, bir düşünceyi doğru, haklı göstermeyi amaçlayan yazı veya konuşma; savunu, müdafaaname*" ile sporda "*bir takımın, kalesini korumak için gösterdiği çaba; defans*" ve "*kalecinin önünde yer alan, kaleyi savunan oyuncular; defans*" olarak tanımlansa bile neredeyse saldırının karşıt bir eylemi gibi "*saldırıya karşı koyma*" olarak da tanımlanmıştır.[50] Bu durum savunu ve savunma sözcükleri açısından saldırı ve saldırma sözcükleri arasında yapılan ayrım gibi bir ayrımın yapılmadığını göstermektedir.

III. ULUSLARARASI HUKUK METİNLERİNDE SALDIRI VE SALDIRMA SÖZCÜKLERİ VE KAVRAMLARI

A. Uluslararası Andlaşmalar

Birleşmiş Milletler döneminde uluslararası hukuk terminolojisinde konuyla ilgili temel uluslararası andlaşmalarda da saldırı ve saldırma sözcüklerinin birbirinden ayrı kullanımları bulunmaktadır.

Saldırı sözcüğü, UCD'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü içerisinde 2010 yılında gerçekleştirilen Kampala Değişiklikleri ile içeriği belirlenen bir suç tipi olan saldırı suçuna ilişkin madde içerisinde saldırı suçu ve saldırı fiili kavramları için kullanılmışken;[51] saldırma sözcüğü, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçuna ilişkin maddeler içerisinde yer alan tipe uygun eylemleri tanımlamada yer bulmuştur.[52] Kampala Değişiklikleri de göz önüne alındığın-

---

49 Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "savunu", https://sozluk.gov.tr/?kelime=savunu (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

50 Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "savunma", https://sozluk.gov.tr/?kelime=savunma (Erişim Tarihi: 10.3.2024).

Belirtmek gerekir ki Arapça kökenli "müdafaa" hukuk dilinde de kullanılan, genel ve geniş bir kapsamda "*savunma*" anlamına gelmekteyken Fransızca kökenli "defans" yalnızca spor açısından ve dar bir kapsamda "*savunma*" anlamındadır. Bkz. Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, "defans" ve "müdafaa", https://sozluk.gov.tr/?kelime=defans ve https://sozluk.gov.tr/?kelime=müdafaa (Erişim Tarihleri: 10.3.2024).

51 Roma Statüsü m.8bis/1 ve 8bis/2.

52 Roma Statüsü m.7/1, 7/2(a), 8/2(b)(i), 8/2(b)(ii), 8/2(b)(iii), 8/2(b)(iv), 8/2(b)(v), 8/2(b)(ix), 8/2(b)(xxiv), 8/2(e)(i), 8/2(e)(ii), 8/2(e)(iii), 8/2(e)(iv), 8bis/2(a) ve 8bis/2(d).

da günümüzde uluslararası hukuk kapsamında saldırı suçunun son hali, "*bir devletin siyasi veya askeri bir eylemi üzerinde etkin kontrole sahip ya da bu eylemi yönetme pozisyonunda bulunan bir kişi tarafından niteliği, ağırlığı ve ölçeği itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'na açık bir ihlal teşkil eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya uygulanması*" olarak tanımlanmıştır.[53] Bu tanıma kapsamına girerek saldırı suçuna konu olacak saldırı fiillerinin Roma Statüsü 8bis maddesindeki içeriği ise 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararındaki metinden alınmıştır.[54] Ancak Uluslararası Hukuk Derneği (UHD) [*International Law Association - ILA (ing.)*] tarafından 2018 yılında yapılan ve kuvvet kullanma konusunun ele alındığı Sidney Konferansı'nda hazırlanan Kuvvet Kullanma başlıklı rapor metninde saldırı suçunun tanımında yer alan nitelik, ağırlık ve ölçek kriterlerine bağlı eşik nedeniyle bu suçun BM Şartı'nda yer alan saldırı fiilinden ayrılarak bazı saldırı fiillerinin bu eşiği oluşturan kriterleri karşılamaması halinde suç konusu olamayacağından bahisle; bu iki kavramın birbirlerinden ayrıldığı ifade edilmektedir.[55] Kaldı ki Roma Statüsü'nde yer bulan açık [*manifest (ing.)*] bir ihlalin neyi ifade ettiğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

İnsanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının değerlendirilmesi konusunda başvurulan ve silahlı çatışmaların gerçekleşmesi sırasındaki eylemler açısından yol gösterici kaynaklar olan 1949 Cenevre Sözleşmelerinde[56] ve 1949

---

53 Roma Statüsü m.8bis/1.

54 İlgili karar konusunda bkz. dn. 83.

55 Raporda bu durumun birçok açıdan eleştirildiği belirtilmektedir. Eleştirilerden bir görüş, getirilen eşiğin belirsizliği ve yorumlanmasının zor olduğunu; bir görüş, getirilen eşiğin saldırı suçuna bağlı uluslararası teamül hukukunun gelişimindeki amacın bu yolla doğru bir şekilde yansıtılmayacağını ve saldırı savaşı kavramı ile sınırlı bir anlayış içereceğini; diğer bir görüş ise saldırı suçunun uluslararası teamül hukukundaki gelişiminden bağımsız olarak BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafıyla getirilen kuvvet kullanma yasağını tam olarak kapsaması gerektiğini belirtmiştir. Bu konu hakkında bkz. International Law Association (ILA), **Use of Force**, Sydney Conference (2018), https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sydney-2018-7 (Erişim Tarihi: 14.3.2024), s. 28.

56 İlgili uluslararası andlaşmalar için bkz. Harp Halinde Silahlı Kuvvetlerin Karadaki Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İyileştirilmesi Sözleşmesi (I Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des maladies dans les forces armees en campagne du 12 Aout 1949(fr.) / Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 31 vd.}; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının İyileştirilmesi Sözleşmesi (II Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses, des maladies et des naufrages des forces armees sur mer du 12 Aout 1949(fr.) / Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded, sick and shipwrecked members of the armed forces at sea of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 85 vd.}; Harp Esirleri Hakkında Uygulanacak

Cenevre Sözleşmelerine ek olarak yapılan 1977 tarihli Ek Protokol II[57] içerisinde yalnızca saldırma sözcüğü yer bulmuşken saldırı sözcüğüne yer verilmemiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri için I Numaralı Sözleşmenin 19, 20, 36 ve 37. maddeleri ile Sağlık Bölge ve Mahallerine Mütaallik Anlaşma Taslağı Ek I 11. maddesi; II Numaralı Sözleşmenin 22, 23, 39 ve 40. maddeleri; IV Numaralı Sözleşmenin 18, 22 ve 27. maddeleri ile Sağlık ve Emniyet Mıntıkaları ve Mahallerine Mütaallik Anlaşma Taslağı Ek I 11. maddesi saldırma sözcüğünün karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüğüne yer vermiştir. Resmî Gazetede bu kullanımlardan I Numaralı Sözleşmenin 19. maddesinde "tecavüz" sözcüğü karşılık olarak yer bulmuşken geriye kalan kullanımların hepsinde "taarruz" sözcüğü karşılık olarak yer bulmuştur. Ek Protokol II'nin 11/1, 13/2, 14 ve 15. maddelerinde saldırma sözcüğünün karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" kullanılmıştır. 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek olarak yapılan 2005 tarihli Ek Protokol III[58] içerisinde iki sözcük de bulunmamaktadır. 1949 Cenevre Sözleşmelerine ek olarak yapılan 1977 tarihli Ek Protokol I[59] içerisinde ise Başlangıç bölümünün

---

Muameleye İlişkin Sözleşme (III Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 Aout 1949(fr.) / Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 135 vd.}; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (IV Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve relative a la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 Aout 1949(fr.) / Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 287 vd.}

Türkiye bu dört sözleşmenin onay işlemlerini 10.8.1954 tarihinde tamamlayarak sözleşmelere taraf olmuştur. Sözleşmelerin Resmî Gazetede yer alan çevirisi için bkz. 21.1.1953 tarihli 6020 sayılı Harb Felâketzedelerinin Himayesine dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin onanması hakkında Kanun (RG, T. 30.1.1953, S: 8322).

[57] Milletlerarası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin Protokol (Ek Protokol II) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (fr.) / Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II) (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 1125, s. 609 vd.}

Türkiye Ek Protokol II'ye taraf değildir.

[58] Ek Bir Ayırt Edici Amblemin Kabulüne İlişkin Protokol (Ek Protokol III) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) (fr.) / Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (Protocol III) (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 2404, s. 261 vd.}

Türkiye Ek Protokol III'e taraf değildir.

[59] Milletlerarası Nitelikte Olan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin Protokol (Ek Protokol I) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (fr.) / Protocol addi-*

dördüncü paragrafında saldırı sözcüğünün karşılığı olan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" saldırı eylemi bağlamında ve "*Bu Protokoldeki veya 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerindeki hiçbir şeyin, Birleşmiş Milletler Şartı ile bağdaşmayan herhangi bir* ***saldırı*** *eylemini veya başka herhangi bir kuvvet kullanımını meşrulaştırdığı veya buna izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağına dair inançlarını ifade ederek...*" metniyle silahlı çatışmalara başvurma yolları açısından kullanılan bir kavram olan kuvvet kullanma türü olarak değerlendirilmiştir. Saldırma sözcüğünün karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*", 1977 tarihli Ek Protokol I 12/1, 12/4, 27/2, 28/1, 31/2, 39/2, 41/1, 42/1, 42/2, 44/3, 44/5, 49/1, 49/2, 49/3, 51/2, 51/4, 51/5, 51/6, 51/7, 52/1, 52/2, 54/2, 55/2, 56/1, 56/2, 56/3, 56/5, 57/2, 57/3, 57/5, 59/1, 85/3, 85/4 maddelerinde yer bulmuş; 1977 tarihli Ek Protokol I içerisinde silahlı çatışmaların gerçekleştirilmesi açısından yani "*ius in bello*" için "saldırma"nın kavramsal tanımına da yer verilmiştir. 1977 tarihli Ek Protokol I 49/1 maddesinde yer alan kavramsal tanımda "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüğünün çoğulu olarak "*attaques (fr.) / attacks (ing.)*" kavramının silahlı çatışma yöntemleri olarak hücuma yönelik (saldırmaya yarayan) [*offensif (fr.) / offence (ing.)*] ya da savunma için yapılan [*defensif (fr.) / defence (ing.)*] ve düşmana karşı yöneltilen şiddet eylemleri (saldırmalar) anlamına geldiği belirtilmiştir. Bu durumda dilbilimsel olarak hücuma daha yakın olan saldırmanın "*ius in bello*" açısından kavramsallaştırılmasında savunmaya yönelik eylemlerin de kapsama alındığı; düşmana karşı yöneltilen şiddetin yeterli bir eşik olarak kabul edildiği görülmektedir. İngilizce yönünden değerlendirme yapılarak ortaya koyulan bir görüşe göre, biri kuvvet kullanmaya ilişkin kurallar olarak adlandırılabilecek "*ius ad bellum*" ve diğeri silahlı bir çatışma sırasında askeri operasyonların nasıl yürütüleceğine ilişkin kurallar olan "*ius in bello*" konularında "*attack*" sözcüğünün kavram olarak farklı kullanımlarının bulunacağı belirtilmekte ancak bu iki kullanımın aralarındaki farkın ayırdında olarak yapılması gereği ifade edilmektedir.[60]

---

tional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) (ing.)] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 1125, s. 3 vd.}

Türkiye Ek Protokol I'e taraf değildir.

[60] Bkz. SCHMITT Michael N., "'Attack' as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context", **2012 4th International Conference on Cyber Conflict**, C. Czosseck / R. Ottis / K. Ziolkowski (eds.), NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012; https://www.ccdcoe.org/uploads/2012/01/5_2_Schmitt_AttackAsATermOfArt.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

BM Şartı'nda [*Charte des Nations Unies (fr.) / Charter of the United Nations (ing.)*][61] devletlerin savaşa başvurmaları ve saldırı fiilleri açısından kuvvet kullanma kavramı ön plana çıkmasına rağmen saldırı sözcüğünün de yer bulduğu görülmektedir. Saldırı sözcüğünün karşılığı olan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcükleri BM Şartı İngilizce ve Fransızca metinlerinin içerisinde "Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Fiili Halinde Yapılacak Eylem" isimli 7. bölüm başlığının yanı sıra BM'nin amaçlarının yer aldığı 1/1 maddesinde, uluslararası barışın ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için Güvenlik Konseyi tarafından alınacak tedbirlere yönelik genel bir hüküm olan 39. maddede ve Güvenlik Konseyi tedbirlerinin bölgesel anlaşmalar veya kuruluşlar tarafından uygulanması hakkındaki 53. maddede yer almaktadır.

Saldırı sözcüğü BM'nin amaçlarının sayıldığı 1/1 maddesinde şu şekilde geçmektedir:

> "*... Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak,* ***saldırı*** *ya da barışın başka yollarla bozulması fiillerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek;*"

"Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Fiili Durumunda Alınacak Tedbirler" başlıklı 7. Bölüm içerisinde yer alan 39. maddede saldırı sözcüğü şu şekilde ele alınmıştır:

> "*Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir* ***saldırı*** *fiili olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi tedbirlerin alınacağını kararlaştırır.*"

---

[61] Birleşmiş Milletler Şartı (BM Şartı) {United Nations, **Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice**, San Francisco, 1945, https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf (Erişim Tarihi: 5.3.2024)}.

Türkiye onay işlemlerini 28.9.1945 tarihinde tamamlayarak UAD Statüsüne taraf olmuştur. BM Şartının Resmî Gazetede yer alan çevirisi için bkz. 15.08.1945 tarihli 4801 sayılı Sanfransisko'da 26 Haziran 1945 tarihinde yapılmış ve imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün onanması hakkında kanun (RG, T. 24.08.1945, S: 6092).

Güvenlik Konseyi'nin bölgesel anlaşmalarla ilişkisine yönelik 8. Bölüm içerisinde 53. maddede ise saldırı sözcüğü şu şekilde ele alınmıştır:

> "*Güvenlik Konseyi, gerekirse kendi yetkisi altında alınan zorlayıcı tedbirlerin uygulanması için bölgesel anlaşmalardan ya da kuruluşlardan yararlanır. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın bölgesel anlaşmalar uyarınca ya da bölgesel kuruluşlar tarafından hiçbir zorlama eylemine girişilmeyecektir; bu maddenin 2. fıkrasında verilen tanıma göre düşman devlet sayılan tüm devletlere karşı 107. madde uyarınca alınan ya da böyle bir devletin saldırgan politikasına yeniden girişmesine karşı bölgesel anlaşmalar çerçevesinde yöneltilen tedbirler, ilgili hükümetlerin isteği üzerine örgütün böyle bir devlet tarafından girişilecek yeni bir* ***saldırı****yı önleme görevini üstlenmesi mümkün oluncaya dek, bunun dışındadır.*"

Yine de saldırı fiiline kaynaklık edecek olan saldırı kavramına atıf yapılan maddeler iki tane -BM Şartı'nın 1 ve 39. maddeleri- olarak değerlendirilmelidir.[62] Saldırı sözcüğünün kullanıldığı 1 ve 39. maddelerinde dikkat çeken husus saldırının kavramsal olarak barışın tehdit edilmesi ve bozulması kavramlarıyla bir arada değerlendirilmiş olmasıdır. BM Şartı'nın 1. maddesinde de saldırı fiili barışı tehdit eden bir eylem olarak değil, barışı bozan bir eylem olarak değerlendirilmiştir. Ancak BM Şartı'nın 39. maddesinde saldırı fiilinin barışın tehdit edilmesi ve barışın bozulması ile aynı seviyede mi yoksa barışın tehdit edilmesi, barışın bozulması ve saldırı fiili olarak hafiften ağıra olacak şekilde kademeli olarak mı sıralandığının tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir.[63] İki farklı görüşe yol açabilecek bu durum saldırı fiilinin BM Şartı açısından nerede konumlandırılacağını daha da zorlaştırmaktadır. BM Şartı'ndaki tüm bu kullanımların Resmî Gazete'de yer alan çevirisinde "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" karşılığında "saldırma" sözcüğü kullanılmıştır. Saldırma sözcüğünün karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcükleri ise BM Şartı'nın kendi başına veya ortaklaşa olarak kendini (meşru) savunma hakkına yönelik düzenlenmiş olan 51. maddesinin yalnızca İngilizce metninde yer alırken; Fransızca metninde yer almamaktadır. Uluslararası hukuk terminolojisindeki karışıklığa da işaret eden bu hususla 51.

---

[62] Bunun sebebi BM Şartı'nın 51. maddesinde yer alan kavramın meşru savunma kapsamında değerlendirilecek olması ile sadece İkinci Dünya Savaşı'nın düşman devletlerine karşı eylem alma yetkisini içeren BM Şartı'nın 53. maddesinde geçen saldırı kavramının ise günümüzdeki saldırı kavramına göre yorumlanmasının mümkün görünmemesidir.

[63] DINSTEIN, s. 305.

madde kapsamındaki silahlı eylemlere ilişkin olarak İngilizce metinde yer alan "*armed attack*" kavramının Fransızca metinde "*agression armée*" kavramının karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu durum iki sözcük grubu arasında kavram olarak bir farkın olup olmadığı ya da bu sözcük gruplarının birbiri yerine kullanılıp kullanılamayacağının yanı sıra uluslararası hukuk terminolojisindeki farklı konular açısından aynı sözcüklerin farklı anlamları bulunup bulunmadığı üzerine yapılan tartışmaları da ortaya çıkarmıştır. Türkçe öğretide BM Şartı'nın 51. maddesindeki bu kullanım açısından çeşitli yazarlar tarafından saldırı,[64] saldırma[65] ve tecavüz[66] sözcükleri tercih edilse bile BM Şartı yapıldığı zaman saldırının karşılığı olan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinden doğan kavram uluslararası hukukta henüz tanımlanmadığı için bu husus son derece tartışmalı bir hal almıştır. Ancak 1974 yılında BM Genel Kurulu tarafından yapılan saldırı tanımında kavramın içeriğinin zaten silahlı kuvvet kullanımını içermesi[67] sebebiyle yeniden silahlı olmaya atıf yapacak şekilde "*armée (fr.) / armed (ing.)*" olarak nitelenmesi mantıklı görünmemektedir. Üstelik saldırının bağlamsal olarak daha sınırlı ve yüksek bir eşiğe sahip eylemleri içermesi nedeniyle saldırının meşru savunma kapsamında değerlendirilecek eşik olması halinde devletlerin meşru savunma hakkını kullanması son derece zorlaşacak ve meşru savunmaya başvurma ancak çok yüksek eşikteki silahlı saldırmalar sonrasında mümkün olabilecektir. Bu nedenle BM Şartı 51. maddesinde aslında saldırmanın karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" kavramına atıf yapılıyor olması daha muhtemel görünmekte; günümüzdeki gelişmelere göre daha tutarlı bir sonuç vermektedir.

BM Şartı 51. maddesindeki ortak meşru savunma hakkından doğan bölgesel uluslararası andlaşmalarda da saldırı ve saldırma sözcüklerinin farklı kullanım şekillerine rastlanıldığı söylenebilir.

Örneğin 1949 yılında kurulan Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü [*Organisation du traité de l'atlantique nord - OTAN (fr.) / North Atlantic Treaty*

---

64 CAŞIN, s. 247; GÜNDÜZ, s. 118, 148 ve 149; KAYA, s. 32; KURAN / AYDIN OKUR / SARIBEYOĞLU / GÜNEL, s. 15; PAZARCI, s. 140; SUR, s. 294 ve 295; TOLUNER, ss. 359-363.

65 ÇELİK, s. 625; LÜTEM, s. 721; SOYSAL, s. 315.

66 BELİK, s. 52, 53 ve 83; ÇELİK, s. 441; LÜTEM, s. 684 vd.

67 İlgili tanımı içeren BM Genel Kurulu kararı için çalışma içerisinde bkz. dn. 83.

Organization - NATO (ing.)] kurucu andlaşmasında[68] "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcükleri yer bulmasa bile ilgili andlaşmanın 3, 5 ve 6. maddelerinde yer alan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin İngilizcedeki "*armed attack*" ve Fransızcadaki "*attaque armée*" kavramları ile bağlantılı olarak yer aldığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki Kuzey Atlantik Andlaşmasının Resmî Gazetedeki çevirisinde saldırma sözcüğünün karşılığı olan "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" yerine "tecavüz" sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir.[69]

Bunun aksine iki sözcüğün birden yer aldığı kullanıma örnek olarak gösterilebilecek 1948 yılında kurulan Amerikan Devletleri Örgütü [*L'Organisation des États Américains - OEA (fr.) / Organization of American States - OAS (ing.)*] kurucu andlaşması ilk halinin[70] 25 ve 43. maddelerinde[71] "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin yine İngilizcede "*armed attack*" ve Fransızcada "*attaque armée*" kavramları ile bağlantılı olarak yer aldığı görül-

---

[68] İsmi Kuzey Atlantik Andlaşması [*Trait de l'Atlantique Nord (fr.) / North Atlantic Treaty (ing.)*] olan bu andlaşma için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 34, s. 243 vd.

[69] Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü'nün internet sitesinde yer alan kurucu andlaşma metninin Türkçe çevirisinde "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin "saldırı" olarak çevrildiği görülse de [https://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=tr (Erişim Tarihi: 21.3.2024)] Resmî Gazete'de yer alan çeviride bu kavram karşılığında "tecavüz" sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Bkz. 18.02.1952 kabul tarihli 5886 sayılı Kuzey Atlantik Antlaşmasına Türkiye Cumhuriyetinin katılmasına dair Kanun (RG, T. 19.02.1952, S: 8038).

[70] İsmi Amerikan Devletleri Örgütü Şartı [*Charte de l'Organisation des États américains (fr.) / Charter of the Organization of American States (ing.)*] olan bu andlaşma için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 119, s. 3 vd.

Amerikan Devletleri Örgütü Şartı 1967, 1985, 1992 ve 1993 yıllarında olmak üzere 4 kez değiştirilmiştir. Şartın son hali için bkz. İngilizce: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp ve Fransızca: http://www.oas.org/dil/french/traites_A-41_Charte_de_l_Organisation_des_Etats_Americains.htm (Erişim Tarihleri: 21.3.2024).

[71] 1967 yılında yapılan Buenos Aires Protokolü (*Protocol of Buenos Aires*) [http://www.oas.org/dil/treaties_B-31_Protocol_of_Buenos_Aires.htm (Erişim Tarihi: 21.4.2024)] 7. maddesine göre, "Ortak Güvenlik" başlıklı 5. Bölümde yer alan 25. maddenin numarası aynı başlık altında 6. Bölüm ile 28 olarak değiştirilmişken; 14. maddesine göre 43. maddenin numarası 63 olmuştur.

Daha sonra 1985 yılında yapılan Cartagena Protokolü (*Protocol of Cartagena de Indias*) [https://www.oas.org/dil/treaties_A-50_Protocol_of_Cartagena_de_Indias.htm (Erişim Tarihi: 21.3.2024)] 6. maddesine göre, 63. maddenin numarası 64 olarak değiştirilmiştir.

En son 1992 yılında yapılan Vaşington Protokolü (*Protocol of Washington*) [https://www.oas.org/dil/treaties_A-56_Protocol_of_Washington.htm (Erişim Tarihi: 21.3.2024)] 3. maddesine göre, 28. maddenin numarası 29 olarak; 64. maddenin numarası 65 olarak değiştirilince yukarıda bahsedilen ilgili maddeler içerikleri de korunarak Amerikan Devletleri Örgütü Şartı'nın güncel halinde 29 ve 65. maddeler halini almıştır.

mekte; "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin ise 4(c), 5(e), 5(f), 24, 25 ve 46. maddelerinde[72] kullanıldığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki İngilizce metnin 4(c) ve 46 maddelerinde yalnızca saldırı (*aggression*) sözcüğü yer alırken; 5(e) maddesinde saldırı savaşı (*war of aggression*) kavramıyla 5(f), 24 ve 25. maddelerinde saldırı eylemi (*act of aggression*) kavramı bulunmaktadır. Fransızca metnin 4(c) ve 46 maddelerinde de saldırı (*agression*) sözcüğü yer alırken; 5(e) maddesinde İngilizce metindeki gibi saldırı savaşı (*guerre d'agression*) kavramı yer almaktayken 24. maddede iki kez geçen saldırı terimlerinden yalnızca birinde saldırı eylemi (*acte d'agression*) kavramı yer almaktadır. Bunun dışında Fransızca metinde 5(f) ve 25. maddeyle ve 24. maddede iki kez geçen saldırı sözcüklerinden birinde de yalnızca saldırı (*agression*) sözcüğünün kullanımıyla yetinilmiş; ancak Fransızca metnin son halinde 24. maddedeki tek kalan saldırı eylemi kavramının saldırı olarak sadeleştirildiği, böylece saldırı ile saldırı eyleminin tekleştirildiği ve saldırı eylemi (*acte d'agression*) kavramının Fransızca metinde hiç kalmadığı, görülmektedir. Amerikan Devletleri Örgütü Şartı'nın dikkat çeken yönü 25. maddede yer alan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin kullanılmasında ise silahlı saldırma "*attaque armée (fr.) / armed attack (ing.)*" eylemi ile bu eylemi oluşturmadığı belirtilen saldırı/saldırı fiili "*agression (fr.) / an act of aggression (ing.)*" arasında açık bir ayrım yapıldığı görülmektedir.

Yine 1954 yılında kurulup 1977 yılında dağılan Güneydoğu Asya Andlaşması Örgütü [*Organisation du traité de l'Asie du Sud-Est (fr.) / South East Asia Treaty Organization - SEATO (ing.)*] tarafından yapılan ortak savunma andlaşması[73] metninin 2, 4/1 ve 4/2 maddelerinde saldırmanın karşılığı olan

---

[72] Buenos Aires Protokolü 2. maddesine göre, "Yapı ve Amaç" başlıklı 4. maddenin numarası 2 olarak; 3. maddesine göre, "İlkeler" başlıklı 5. maddenin numarası 3 olarak; 7. maddesine göre, "Ortak Güvenlik" başlıklı 5. Bölümde yer alan 24. madde ve 25. maddenin numarası aynı başlık altında 6. Bölüm ile 27 ve 28 olarak; 14. maddesine göre, 46. maddenin numarası ise 66 olarak değiştirilmiştir. Daha sonra Cartagena Protokolü 2. maddesine göre, 3. maddede yer alan e bendi ve f bendi içerikleri korunarak f ve g bendi olmuş; yine bu Protokolün 6. maddesine göre, 66. maddenin numarası 67 olarak değiştirilmiştir. En son 1992 yılında yapılan Vaşington Protokolü 2. maddesine göre, 2. maddede yer alan içerikler korunarak c bendi d bendine dönüşürken; 3. maddede yer alan f bendi ve g bendi g ve h bendi olmuştur. Yine bu Protokolün 3. maddesine göre, 27. madde ve 28. maddenin numaraları 28 ve 29 olarak; 67. maddenin numarası 68 olarak değiştirilince yukarıda bahsedilen ilgili maddeler içerikleri de korunarak Amerikan Devletleri Örgütü Şartı'nın güncel halinde 2(d), 3(g), 3(h), 28, 29 ve 68. maddeler halini almıştır.

[73] Pasifik Şartı [*Charte du Pacifique (fr.) / Pacific Charter (ing.)*] olarak adlandırılsa bile Manila Paktı [*Southeast Asia Collective Defense Treaty (Manila Pact)*] olarak da anılan bu andlaşma için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 209, s. 23 vd.

"*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcüklerinin silahlı saldırmanın karşılığı olan "*attaque armée (fr.) / armed attack (ing.)*" kavramları bağlamında yer aldığı; saldırının karşılığı olan "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" sözcüklerinin ise yalnızca 4/1 maddesinde bulunduğu görülmektedir. Andlaşmanın 4/1 maddesinde kullanılan sözcüklerin seçimine bakıldığında silahlı saldırmanın saldırıyı sağlayan bir araç olarak kurumsallaştırılmaya çalıştığı söylenebilir.

Bir başka bölgesel savunma iş birliği örgütü olan Varşova Andlaşması Örgütü [*L'Organisation du Traité de Varsovie (fr.) / Warsaw Treaty Organization (ing.)*][74] kurucu andlaşmasında {Varşova Paktı [*Pacte de Varsovie (fr.) / Warsaw Pact (ing.)*]} da İngilizce metnin 3 ve 4. maddelerinde "*attack (ing.)*" sözcüğüne "*armed attack*" bağlamında yer verirken; 5. maddesinde yer verdiği "*aggression (ing.)*" sözcüğü ile taraf devletler arasındaki iş birliğinin bir kısmının bu yöndeki olası duruma karşı bu devletlere koruma sağlamak için önlemler almayı da içerdiğini belirtmiştir. Andlaşmanın Fransızca metninde ise sadece 4. maddede "*attaque (fr)*" sözcüğüne "*attaque armée*" bağlamında yer verilirken, 3, 4 ve 5. maddede "*agression (fr.)*" sözcüğü yer almaktadır. Paktta "*agression (fr.)*" sözcüğünün 3. madde içerisinde aynı BM Şartı'nın 51. maddesindeki gibi "*agression armée*" kavramına atıf yapılarak kullanıldığı,[75] ancak 4. madde[76] ve 5. maddede sade olarak ve silahlı olmaya atıf yapılmadan tek başına yer aldığı görülmektedir.

Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer bölgesel iş birliği andlaşması olan Şangay İşbirliği Örgütü [*Organisation de coopération de Shanghai (fr.) / Shanghai Cooperation Organization (ing.)*] kurucu andlaşmasının[77] 2. maddesinin Rusya Başkanlığı tarafından yapılan İngilizce çevirisinde ise "*attack (ing.)*" sözcüğüne yer verilmemekle birlikte[78] "*aggression (ing.)*"

---

[74] Varşova Andlaşması 1955'te yapılmış; 1991'de sonlanmıştır. Andlaşma metni için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 219, s. 3 vd.

[75] Paktta yer alan 3. madde ve 4. madde ile BM Şartı'nın kuvvet kullanmayı ve tehdidini yasaklamasına benzer şekilde sırasıyla ve birbirinden ayrı olarak tehdit ile olayın gerçekleşmesi halleri temel alınmıştır.

[76] Burada 4. madde ile ilgili bir not olarak İngilizce metinde yer alan "saldırmaya uğrayan (*attacked*)" devlet ya da devletler vurgusunun Fransızca metinde saldırıya uğrayan devlet ya da devletler açısından "saldırı mağduru (*victimes de l'agression*)" olarak kullanıldığı belirtilmelidir.

[77] İsmi Şangay İşbirliği Örgütü Şartı [*Charte de l'Organisation de coopération de Shanghai (fr.) / Charter of the Shanghai Cooperation Organization (ing.)*] olan bu andlaşma için bkz. United Nations, **Treaty Series**, vol. 2896, s. 209 vd.

[78] Ancak "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" kavramının Şangay İşbirliği Örgütü'nün kuruluşunda öncü bir rolü bulunan ve 1996 yılında yapılan Sınır Bölgelerinde Askeri Güvenin Derinleşti-

sözcüğü ile bağlantılı olarak andlaşmanın tarafları arasında saldırmazlığa işaret eden "*non-aggression*"[79] kavramı kullanılmıştır.

B. Birleşmiş Milletler Kararları

BM Şartı kuvvet kullanma kavramını ön plana çıkarsa bile BM Şartı yapıldıktan sonraki dönemde de saldırının ve saldırmanın nasıl tanımlanacağı ve tespit edileceğine yönelik uluslararası çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmalarla birlikte ilgili sözcüklerin BM Genel Kurulu ve BM Güvenlik Konseyi kararlarındaki kullanımlarının BM Şartı'ndaki kavramlarla karıldığı ortamda saldırı ve saldırmanın kavramsallaşma süreçlerinde tartışmalar yoğunlaşsa bile sözcüklerin farklılığı bazı istisnai durumlar haricinde sözcüklerin anlamlarına göre Türkçe kullanımlarındaki dilbilimsel tespitlerin sürdürülmesinin mümkün olduğunu göstermektedir.

1. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu

BM kapsamında saldırı sözcüğünün tanımı hakkındaki çalışmaların başlangıç noktası olarak 1952 yılında BM Genel Kurulu tarafından saldırının tanımı üzerinde çalışması için kurulan Özel Komite gösterilebilir.[80] Özel Komite'nin 1953 yılının Ağustos ve Eylül ayları arasında yaptığı ilk çalışmalarda bir sonuca ulaşılamamış; daha sonra bu çalışmaları sürdürmek için kurulan iki komite tarafından 1956 yılının Ekim ve Kasım aylarında ve 1957 yılından 1967 yılına kadar yapılan diğer çalışmalardan da uluslararası toplumdaki gergin atmosfer nedeniyle

---

rilmesi Anlaşması (*Agreement between the Russian Federation, the Republic of Kazakstan, the Kyrgyz Republic, the Republic of Tajikistan and the People's Republic of China on confidence building in the military field in the border area*) 1. maddesinin Fransızca ve İngilizce çevirilerinde yer aldığı görülmektedir. Bu anlaşma Çin, Kazakistan, Kırgızistan, Rusya ve Tacikistan temsilcileri tarafından 13.05.1996 tarihli mektupla BM Genel Kurulu'na iletilmiştir. Bkz. United Nations General Assembly, Letter dated 13 May 1996 from the representatives of China, Kazakstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation and Tajikistan to the United Nations addressed to the Secretary-General, **A/51/137**, 17.05.1996; İngilizce metin için bkz. https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/960426_AgreementConfidenceBuildingMilitaryFieldinBorderArea.pdf; Fransızca metin için bkz. https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/960426_AgreementConfidenceBuildingMilitaryFieldinBorderArea%28fr%29.pdf (Erişim Tarihleri: 10.3.2024).

79 Saldırmazlık olarak çevrilen bu kavram özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesindeki bazı uluslararası andlaşmalarda yer almaktadır.

80 United Nations General Assembly, "Question of defining aggression", **A/RES/688 (VII)**, 20.12.1952.

Aslında BM kapsamında Genel Kurul tarafından Güvenlik Konseyi'ne yol göstermek üzere yapılan çalışmaların 1952 yılının başına dayandığını belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. United Nations General Assembly, "Question of defining aggression", **A/RES/599**, 31.1.1952.

sonuç alınamamıştır.[81] Uzlaşmaya varılamaması üzerine BM Genel Kurulu'nun, 1967 tarihli bir kararına istinaden Saldırıyı Tanımlama Sorunu Hakkında Özel Komite [*Special Committee on the Question of Defining Aggression (ing.)*] adında bir diğer komite kurulmuştur.[82] Bu Komitenin çalışmalarında BM Şartı'nın kuvvet kullanma konusunda getirdiği yasaklama da düşünüldüğünde 39. maddede yer alan saldırı fiilinin hala belli bir tanım içerisine alınmayışından duyulan rahatsızlık bir çözüme ulaştırılarak BM Genel Kurulu tarafından 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurul kararı kabul edilmiştir.[83] Bu kararın ekinde saldırı kavramının içeriği sekiz madde halinde açıklanmıştır. 1974 yılı için kavramın bir uluslararası andlaşma yerine bir BM Genel Kurulu kararı ile belirlenmiş olması kavramın niteliğinin hukuki bağlayıcılık gücü açısından daha zayıf olmasına neden olmuştur; ancak bu tanım gelecekteki uluslararası andlaşmalardaki saldırı tanımına başlangıç noktası oluşturmuştur.

Muhtemel bir saldırıcının cesaretini kırmak, saldırı fiillerinin belirlenmesi kolaylaştırarak bunlara karşı tedbirler uygulanması sağlamak ile mağdurların hak ve çıkarlarını korumak üzere[84] ele alınan 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararı ekine göre saldırının tanımını oluşturan 1. madde şu şekildedir:

> "*Saldırı, bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Şartı ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır.*"

Böylece saldırı sözcüğü uluslararası hukuk açısından BM sistemi içerisinde bir tanıma kavuşturularak kavramsal bir bağlama alınmıştır. Nitekim 2010 yılında gerçekleştirilen Kampala Değişiklikleri ile Roma Statüsü'ne eklenen saldırı suçuna ilişkin 8bis/2 maddesinde yer alan saldırı fiilinin tanımlanmasında da bu içerik kullanılmıştır.[85] Ancak 3314 sayılı "Saldırının

---

[81] ALBAL Eymir, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 44.

[82] United Nations General Assembly, "Need to expedite the drafting of a definition of aggression in the light of the present international situation", **A/RES/2330 (VII)**, 18.12.1967.

[83] United Nations General Assembly, "Definition of Aggression", **A/RES/3314**, 14.12.1974.

[84] Bu konudaki tespitler için 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının ekinin giriş bölümünün dokuzuncu paragrafına bakılabilir.

[85] 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının 1. maddesindeki bu tanım hem bu karara atıf verilerek hem de sözcükleri aynı şekilde korunarak Roma Statüsü 8bis/2 maddesi içerisine aktarılmıştır.

Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararı ekinin 5/2. maddesinde yapılan ayrımla "saldırı savaşı" uluslararası barışa karşı suç, "saldırı" ise uluslararası sorumluluğa yol açacak bir fiil olarak nitelendirilmiştir. Bu durum fiillerin saldırı kavramına bağlanmasında bir derecelendirme olduğunu gösterse bile gerek BM Genel Kurulu kararındaki gerekse Roma Statüsü 8bis/2 maddesindeki içerikten görüleceği üzere, saldırı kavramı öncelikle bir silahlı kuvvet kullanma [*use of armed force (ing.)*] olarak tanımlanmıştır. Ancak saldırının bu tanımının içeriğinde saldırmaya yer verilmemiştir.

Saldırı sözcüğünün kavramsallaştırılarak tanımlanmasında hem kuvvet kullanma olduğunun belirtilmesi hem de BM Şartı'na bağdaşmazlığın aranması saldırı kavramına konu olan fiilin BM Şartı'nın 2/4 maddesiyle getirilen kuvvet kullanma yasağı ve bu yasağın istisnaları (kuvvet kullanmayı hukuki hale getiren durumlar) ile doğrudan bağlantılı olmasını sağlamaktadır.[86] Aslında BM Şartı öncesinde de saldırı kavramı ile kuvvet kullanma yasağının istisnası olan meşru savunmanın birbiriyle bağlantılı olduğu belirtilmektedir.[87] Öte yandan BM Şartı'na aykırı olmayan herhangi bir silahlı kuvvet kullanımının aksiyle ispat yolundan 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurul kararı ekinin 2. maddesi kapsamında saldırı olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir yoruma zemin hazırlandığı görülmektedir.

Saldırının kuvvet kullanma ile ilişkisini tespit edebilmek için öncelikle kuvvet kullanmanın neyi ifade ettiğini belirlemek gerekir. Uluslararası hukuk kapsamında kuvvetten kastın ne olduğu meselesi öğretide tartışmalara neden olsa da; hakim görüş, kuvvetin aksi belirtilmedikçe silahlı ya da fiziki

---

[86] Bu bağlantılar da düşünüldüğünde saldırının tanımı için belki de İkinci Dünya Savaşı sonucunda yapılan Nürnberg (*Nuremberg*) yargılamalarında ABD Ordusu Başsavcısı olarak görev almış *Benjamin Berell Ferencz* tarafından yapılan "*kaçınılmaz olarak çok sayıda masum sivili öldüreceği bilinmesine rağmen yapılan meşru savunma kapsamına girmeyen ve Güvenlik Konseyi tarafından onaylanmamış silahlı kuvvet kullanma*" şeklindeki halinin bazı yönleriyle bir şablon olarak kullanılabileceği söylenebilir. İlgili tanım için bkz. FERENCZ Benjamin B., "A Nuremberg Legacy: The Crime of Aggression", **Washington University Global Studies Law Review**, Volume: 15, Number: 4, 2016, s. 556 ve 557.

Ancak bu tanımın kullanılması, çok sayıda masum sivilin ölmeyeceği durumları saldırı kapsamından çıkartacaktır ve yine tartışmaya açık bir nitelik oluşturacaktır.

[87] Bu dönemde meşru savunma ile saldırının birbirleriyle bağlantılı kavramlar olduğu; kuvvete başvurmanın ya meşru savunma kapsamında haklı bir eylem olarak ya da hukuka uygun olarak değerlendirilemeyecek olan saldırı olarak anlamlandırıldığı yönünde görüşler olduğu belirtilmektedir. Bkz. RUYS Tom, **'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 128.

bir gücü ifade etmek için kullanılacağı yorumu üzerine olmuştur.[88] Bu yöndeki yorumun BM Genel Kurulu tarafından 1970 yılında alınan 2625 sayılı "Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri" başlıklı kararda da verilen birçok örnek üzerinden güçlendiği görülmektedir.[89] Kuvvet kullanmanın içeriği hakkındaki bu tespit aslında fiziki güç kullanma yolu açısından saldırma kavramı ile kuvvet kullanma arasındaki bir benzerliğe de işaret etmektedir.[90] Saldırı açısından ise her saldırının kuvvet kullanma olarak değerlendirileceği rahatlıkla belirtilebilirken, her silahlı kuvvet kullanımının saldırı olarak tanımlanması mümkün görünmemektedir. Her ne kadar BM Şartı tarafından getirilen kuvvet kullanma yasağında hukuka aykırılığın tespitinde kullanılacak "*bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Şartı ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda*" yapılma kriteri kuvvet kullanma ve saldırı kavramları açısından bir yönden ortak bir paydaya işaret etse bile, saldırı kavramı silahlı kuvvet kullanmanın da ötesinde görülmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararı ekinin 2. maddesinde bir devletin BM Şartı'na aykırı olan ilk silahlı kuvvet kullanımının bir saldırı fiilinin "ilk bakışta (*prima facie*)" kanıtını oluşturacağı belirtilmiştir.[91] Saldırı fiilinin kanıtının bu şekilde ilk silahlı kuvvet kullanımında aranması bir soruna kapı aralamaktadır.

---

88 Aynı yönde bkz. TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 13.

Yoruma yönelik tartışmalarda bir görüş, kuvvet kavramından silahlı ve fiziki kuvvetin anlaşılması gerektiğini ileri sürerken, diğer bir görüş ise kuvvet kavramının silahlı ve fiziki kuvvetten daha geniş kapsamda askeri, iktisadi, mali ve siyasi tedbirlerin de kuvvet kapsamına girecek şekilde düşünülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. BELİK, s. 42 ve 43.

89 İlgili kuvvet kullanma örnekleri için bkz. United Nations General Assembly, "The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations", **A/RES/2625**, 24.10.1970.

Burada sayılan örnekler arasında saldırı savaşı ve saldırı savaşı propagandası da bulunmaktadır. Bildiriye göre saldırı savaşı barışa karşı suç teşkil etmekte ve uluslararası hukuk açısından sorumluluk doğurmakta iken; devletlerin BM amaçları ve ilkelerine göre saldırı savaşının propagandasından kaçınma ödevi bulunmaktadır.

90 Bu durumda silahlı eylemler açısından İngilizcedeki "*armed attack*" kavramı ile "*use of armed force*" da benzerlik sağlayacaktır.

91 Madde içeriğinde fiilin Güvenlik Konseyince daha sonra başka şekilde nitelendirilme durumu hariç tutulmuştur.

Nitekim ilk silahlı kuvvet kullanımının kimin tarafından yapıldığının tespitinde aslında saldıran/saldırıcı ve saldırılan olarak belirlenecek taraflara ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla saldıranın ve saldırıcının belirlenmesi için BM Şartı'na aykırı olan silahlı kuvvet kullanımının ilk olarak kimin tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Gerçekleşen ilk fiilin BM Şartı'na aykırılığının tespitinin kimin tarafından yapılacağı belli değildir. "İlklik sorunsalı" olarak da adlandırabileceğimiz bu durumda saldırının öznesi olacak saldırıcı tarafın akılcı yöntemle bir yorum yapıldığında silahlı saldırmayı ilk olarak yapan taraf olması gerekmektedir. Böylece aslında özetle kuvvet kullanma kuralları açısından saldıran ve saldırıcının belirlenebilmesi için iki taraf arasındaki olaylarda en başta, silahlı saldırma yapan taraf ile savunma yapan tarafın birbirlerinden ayrılarak belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar BM Şartı'na aykırı silahlı kuvvet kullanımına karşı silahlı kuvvet kullanılmasında saldırma ve savunma cephelerini belirlemek daha kolay olsa da saldırma yapan taraf ile savunma yapan tarafın birbirinden ayrılması uygulamada her zaman pek kolay olmamaktadır.

Bu noktada bir tarafın diğerine karşı silahlı kuvvet kullanımının olmadığı saldırgan eylemlere karşı olarak silahlı kuvvet kullanılması durumu sorun teşkil etmektedir. Nitekim bu durumda silahlı kuvvet boyutuna ulaşmayan gücü ilk kullanan tarafa karşı silahlı kuvvet kullanan taraf ahlaken savunma konumunda olsa bile hukuken saldırıcı konumuna gelebilmektedir.[92] Bu nedenle gerçekleşen çatışmalarda tarafların kendi pozisyonlarını savunma cephesinin hukuki meşruiyetine çekmeye çalıştıkları söylenebilir. Bu yöndeki çabaların "önleyici [*preventive (ing.)*] meşru savunma" ve "ön-alıcı [*preemptive (ing.)*] meşru savunma" teorileri tartışmaları çerçevesinde vücut bulduğu görülmektedir. Bu teoriler kuvvet kullanma yasağının istisnası olan meşru savunma hakkının kullanılabilmesi için kuvvete başvurmanın gerekliliği [*necessity (ing.)*] ve verilen karşılığın saldırma ile orantılılığı [*proportionality (ing.)*] konularından farklı olarak tarafların kendilerine yönelik herhangi bir saldırma gerçekleşmeden önce gelecek/gelebilecek saldırma tehditlerine yönelik bir eylemde bulunup bulunamayacaklarının yoğun bir şekilde tartışıldığı alandır. Bu teorilerin kabul edilmesi yoluyla tarafların kendilerini savunma tarafında yer alacak şekilde konumlandırma olanağı genişletilmeye çalışılmaktadır. Bu durum saldıranın ve saldırıcının kim olduğunun belirlenmesinde zorluklar yaratmaktadır.

---

[92] Bu konuda ayrıca bkz. BBC, "Who is the aggressor?", **Ethics guide**, https://www.bbc.co.uk/ethics/war/overview/aggressor.shtml (Erişim Tarihi: 22.3.2024).

Görüldüğü üzere sadece saldırı kavramının tanımını ele alarak kuvvet kullanma ile saldırma ve saldırı sözcüklerinin ilişkilerinin belirlenmesi kolay görünmemektedir. Bu nedenle saldırı sözcüğünün tanımının yanı sıra saldırıyı oluşturan fiillerin de önem kazandığı söylenebilir. Dolayısıyla bu sefer saldırı kavramının hangi fiilleri içerdiği sorusu ortaya çıkmaktadır. 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının ekinin 3. maddesinde bu husus düzenlenmiş; saldırı kavramı, içerdiği fiiller açısından şu şekilde ele alınmıştır:[93]

"*a. Bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona* ***saldırma****sı (hücum etmesi) veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya* ***saldırma****dan (hücum etmeden) ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet kullanma yoluyla başka bir devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhakı;*

b. Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c. Bir devletin liman veya kıyılarının diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d. Bir devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına ***saldırma****sı (hücum etmesi);*

e. Bir devletin başka bir devlette alıcı devletle yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f. Ülkesini başka bir devletin emrine veren bir devletin, ülkesinin o devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı saldırı fiili işlemek amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g. Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillerin ağırlığına varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması (müdahil olunması)."

---

[93] Ancak 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının ekinin 4. maddesine göre burada sayılanlar dışındaki fiillerin de Güvenlik Konseyi tarafından saldırı olarak değerlendirilebileceği belirtilmelidir.

Bu Genel Kurul kararı, saldırı fiilinin unsurlarının belirlenmesi açısından önemli içeriklerden birini oluşturan ve 2010 yılında gerçekleştirilen Kampala Değişiklikleri ile Roma Statüsü'ne eklenen saldırı suçuna ilişkin 8bis maddesinin de temelini oluşturmaktadır.[94] Karar içerisinde saldırı fiilinin devlet tarafından doğrudan [*direct (ing.)*][95] ya da dolaylı [*indirect (ing.)*][96] olarak gerçekleştirebileceğinin ortaya koyulması önemlidir.[97] Ancak devlet tarafından ya da devlet adına silahlı kuvvetler yoluyla işlenebileceği belirtilen saldırı fiilinin kararın fıkralarında sayılan istila, işgal, ilhak, bombardıman, abluka vb. pek çok durumun yanı sıra saldırma kavramı ile ilişkilendirildiği de görülmektedir. Nitekim 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararına atıf verilmese de benzer diğer sözcük ve kavramların kullanıldığı kararlara rastlandığı gibi BM Şartı'ndaki saldırı ve saldırma sözcüğü arasındaki ilişki konusuna değinilen BM Genel Kurulu kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin bir BM Genel kurulu kararında hem Fransızca hem de İngilizce metinde "*... İsrail'in saldırı fiilinin Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'na karşı bir saldırma teşkil ettiği...*" ifade edilmiştir.[98] Yine başka bir kararda saldırı fiili, saldırma ve silahlı saldırma kavramlarının birlikte kullanıldığı ve anlamlarının net olarak ayrıştırılmadığı görülmektedir.[99] Bu durum devletlerin eylemleri açısından kuvvet kullanma, saldırma ve saldırı kavramları arasındaki ilişkinin meydana gelen olaylarda hangi eşiğe göre belirleneceği sorununu daha da derinleştirmiştir. Ancak

---

94 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının 3. maddesinde yer alan fiiller Roma Statüsü 8bis/2 maddesinde aynı şekilde sayılmıştır. Saldırı suçunun tanımının yapıldığı Roma Statüsü 8bis/1 maddesinde yer alan saldırı fiilinin belirlenmesinde de bu kriterler kullanılmaktadır.

95 Doğrudan saldırı (*direct aggression*) kavramı, bir devletin düzenli askeri kuvvetlerinin katılımıyla gerçekleştirdiği saldırı fiilini belirtmektedir.

96 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının ekinin 3. maddesinin (g) fıkrasındaki fiiller dolaylı saldırı (*indirect aggression*) kavramını tanımlamaktadır. Bu kavram, bir devletin düzenli askeri kuvvetleri dışındaki yollarla gerçekleştirdiği saldırı fiilini belirtmektedir.

97 Böylece kararda saldırı fiilinin devlet tarafından ya da devlet adına işlenmesine yönelik olduğu görülmekte; bu yolla devlet dışı aktörlerin fiillerinin de bu kapsama girebilmesini mümkün kılmaktadır.

98 United Nations General Assembly, "Armed Israeli aggression against the Iraqi nuclear installations and its grave consequences for the established international system concerning the peaceful uses of nuclear energy, the non-proliferation of nuclear weapons and international peace and security", **A/RES/36/27**, 13.11.1981.

99 United Nations General Assembly, "Armed Israeli aggression against the Iraqi nuclear installations and its grave consequences for the established international system concerning the peaceful uses of nuclear energy, the non-proliferation of nuclear weapons and international peace and security", **A/RES/37/18**, 10.11.1982.

2022 yılına kadar BM Genel Kurulu yalnızca iki olay özelinde 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararına atıfta bulunmuştur.[100] Bu atıflar dışında 2022 yılı ve sonrasındaki kararlar içerisinde Ukrayna'daki silahlı çatışmalar kapsamında bu yönde atıflara ve saldırı kavramına Ukrayna'ya karşı girişilen eylemler kapsamında yer verildiği görülmektedir.[101] BM Şartı'ndaki saldırı fiili kapsamındaki fiiller BM Genel Kurulu kararı ile tanımlandıktan sonra saldırıya yapılan atıflar zamanla azalmıştır. Saldırma kavramı ise daha sık kullanılmaktadır.[102]

2. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi

Meydana gelen olayların niteliğinin saldırı, saldırma veya kuvvet kullanma olarak değerlendirilmesi konusunda başvurulabilecek diğer kaynaklar olan BM Güvenlik Konseyi kararlarındaki[103] durum da kafa karıştırıcıdır. Nitekim saldırının ve saldırı fillerinin BM Genel Kurulu tarafından tanımlanmasının hem öncesi hem de sonrasında meydana gelen olayların BM Güvenlik Konseyi kararlarında değerlendirilmesinde saldırı kavramına başvurmak yerine, barış [*pea-*

---

[100] Bu kararlar şunlardır: United Nations General Assembly, "The Situation in the Middle East", **A/RES/37/123**, 16.12.1982; United Nations General Assembly, "Question of Namibia", **A/RES/39/50**, 12.12.1984.

[101] Nitekim bu yönde bir atıf Ukrayna'daki olaylar hakkında 2 Mart 2022 tarihinde verilen acil özel oturumdaki "Ukrayna'ya karşı Saldırı" başlıklı karar içerisinde yer almaktadır. Bkz. United Nations General Assembly, "Aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/1**, 2.3.2022.

Diğer acil özel oturumlarda her ne kadar 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararına yer verilmese de konuyla ilgili saldırı kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. United Nations General Assembly, "Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/2**, 24.3.2022; United Nations General Assembly, "Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council", **A/RES/ES-11/3**, 7.4.2022; United Nations General Assembly, "Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations", **A/RES/ES-11/4**, 12.10.2022; United Nations General Assembly, "Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/5**, 14.11.2022; United Nations General Assembly, "Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine", **A/RES/ES-11/6**, 23.2.2023.

Hem saldırıya hem de saldırmaya yer verilen Ukrayna hakkında örnek bir karar için ayrıca bkz. United Nations General Assembly, "Situation of human rights in the temporarily occupied territories of Ukraine, including the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol", **A/RES/78/221**, 19.12.2023.

[102] Bkz. United Nations General Assembly, "Terrorism and human rights", **A/RES/78/210**, 19.12.2023; United Nations General Assembly, "Measures to combat Islamophobia", **A/RES/78/264**, 15.3.2024.

[103] Bunun nedeni 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının 4. maddesinde 3. maddede belirtilen saldırı fiillerinin sınırlı sayıda olmadığının ve Güvenlik Konseyi'nin hangi fiillerin saldırı oluşturduğuna ilişkin ek tespitler yapabileceğinin belirtilmesidir.

ce (ing.)] kavramına bağlı olarak barışın tehdidi ve barışın bozulmasının yanı sıra güvenlik [*security (ing.)*] kavramı için de aynı kalıpların kullanıldığı; yine şiddet [*violence (ing.)*], düşmanlık [*hostility (ing.)*], izinsiz girme [*intrusion (ing.)*], kavga [*fighting (ing.)*], silahlı kuvvet [*armed force (ing.)*], askeri kuvvet [*military force (ing.)*], baskı [*repression (ing.)*], durum [*situation (ing.)*], askeri faaliyet [*military activity (ing.)*], fetih [*conquest (ing.)*], çatışma [*conflict (ing.)*], terörizm [*terrorism (ing.)*], kuvvet kullanma, saldırma, silahlı saldırma, işgal [*occupation (ing.)*], istila [*invasion (ing.)*], bombardıman [*bombardment (ing.)*] gibi kavramlara da atıflarda bulunarak çok farklı şekillerde nitelediği belirtilmiştir.[104] Ancak, özellikle saldırının ve saldırı fiillerinin tanımlandığı 1974 yılına yakın bir tarih olan 1973 yılından 1990 yılına kadar verilen otuz dört tane kararda[105] saldırı fiiline atıf yapıldığı belirtilmekte; 1990 yılından sonra ise siyasi

---

[104] Güvenlik Konseyi tarafından kararlarda kullanılan veya değinilen kavramlar hakkında bilgi için bkz. KLABBERS Jan, "Intervention, Armed Intervention, Armed Attack, Threat to Peace, Act of Aggression, and Threat or Use of Force: What's the Difference?", **The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law**, Marc WELLER (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2015, ss. 491-498.

[105] Bu kararlar şu şekilde sayılmıştır: United Nations Security Council, "concerning Provocation by Southern Rhodesia", **S/RES/326**, 2.2.1973; United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/328**, 10.3.1973; United Nations Security Council, "concerning Mozambique and Southern Rhodesia", **S/RES/386**, 17.3.1976; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/387**, 31.3.1976; United Nations Security Council, "concerning Benin", **S/RES/405**, 14.4.1977; United Nations Security Council, "concerning Mozambique and Southern Rhodesia", **S/RES/411**, 30.6.1977; United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/418**, 4.11.1977; United Nations Security Council, "concerning Benin", **S/RES/419**, 24.11.1977; United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/423**, 14.3.1978; United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia and Zambia", **S/RES/424**, 17.3.1978; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/428**, 6.5.1978; United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/445**, 8.3.1979; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/447**, 28.3.1979; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/454**, 2.11.1979; United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia and Zambia", **S/RES/455**, 23.11.1979; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/475**, 27.6.1980; United Nations Security Council, "concerning Seychelles", **S/RES/496**, 15.12.1981; United Nations Security Council, "concerning Seychelles", **S/RES/507**, 28.5.1982; United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/527**, 15.12.1982; United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/535**, 29.6.1983; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/546**, 6.1.1984; United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/554**, 17.8.1984; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/567**, 20.6.1985; United Nations Security Council, "concerning Botswana and South Africa", **S/RES/568**, 21.6.1985; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/571**, 20.9.1985; United Nations Security Council, "concerning Botswana and South Africa", **S/RES/572**, 30.9.1985; United Nations Security Council, "concerning Israel and Tunisia", **S/RES/573**, 4.10.1985; United Nations Security

nedenlerle daha çok barışın ve güvenliğin tehdidi ya da bozulması kavramlarının tercih edildiği belirtilmektedir.[106] Bunun sebebinin siyasi bir organ olan BM Güvenlik Konseyi'nin kendini bir yasama veya yargı organı yerine koymaktan ve mevcut gerginlikleri saldırı gibi olumsuz bir kavram altında değerlendirerek daha da şiddetlendirmekten kaçınması olduğu ifade edilmektedir.[107] Ayrıca saldırı fiilinin ağırlığı nedeniyle gerçekleşen bir olayın saldırı olarak nitelendirilmesine BM Güvenlik Konseyi üyelerinin siyaseten veto verme ihtimali çok daha yüksektir. Böylece zaman içerisinde gerçekleşen olaylarda BM Güvenlik Konseyi tarafından saldırı fiiline atıf yapılması yerine saldırı fiili kavramından kaçınan bir anlayışın bulunduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Saldırma sözcüğü ise BM Güvenlik Konseyi kararlarında sıklıkla görülmekte; hatta 2024 yılı içerisinde verilen kararlarda dahi yer almaktadır.[108] Bu durum BM Genel Kurul kararlarına benzer şekilde zamanla BM Güvenlik Konseyi'nde saldırı ile saldırma kavramlarının ağırlığı arasında bir fark görüldüğüne ve saldırı kavramının kullanımından kaçınıldığına işaret etmektedir.

C. Uluslararası Adalet Divanı Kararları

Uluslararası hukukta bu yöndeki benzer kavramlar arasındaki ilişkiyi açıklayan bir kaynak olan Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası'nda verilen esas hakkında kararda (Nikaragua Kararı)[109] "müdahale [*intervention (ing.)*]",[110] "kuvvet kullanma", "sal-

Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/574**, 7.10.1985; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/577**, 6.12.1985; United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/580**, 30.12.1985; United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/581**, 13.2.1986; United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/602**, 25.11.1987; United Nations Security Council, "concerning Israel and Tunisia", **S/RES/611**, 25.4.1988; United Nations Security Council, "concerning Iraq and Kuwait", **S/RES/667**, 16.9.1990.

106 STRAPATSAS Nicolaos, "The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression", **The Crime of Aggression: A Commentary**, Claus KREß / Stefan BARRIGA (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 180 ve 181.

107 KLABBERS, s. 500 ve 504.

108 Örneğin bkz. United Nations Security Council, "Maintenance of international peace and security", **S/RES/2722**, 10.1.2024; United Nations Security Council, "The situation in Cyprus (UNFICYP)", **S/RES/2723**, 30.1.2024; United Nations Security Council, "Reports of the Secretary-General on the Sudan and South Sudan (Panel of Experts)", **S/RES/2725**, 8.3.2024; United Nations Security Council, "The situation in the Middle East, including the Palestinian question", **S/RES/2728**, 25.3.2024; United Nations Security Council, "Reports of the Secretary-General on the Sudan and South Sudan (UNMISS)", **S/RES/2729**, 29.4.2024.

109 International Court of Justice, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)-Judgment of 27 June 1986", **Re-**

dırma" ve "saldırı" gibi kavramlar arasındaki ilişki üzerine günümüzde de atıf yapılan bazı tespitler yer aldığı görülmektedir. Bunlardan birinde kuvvet kullanma yasağının ihlalinin müdahale yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir.[111] Bir başka tespitte ise silahlı saldırmanın hukuka aykırı kuvvet kullanmanın en ağır biçimi olduğu ifade edilmiştir.[112] Daha sonra bu iki tespit birleştirilerek tüm silahlı saldırmaların hem kuvvet kullanma yasağını hem de müdahale yasağını ihlal eden eylemler olduğu belirtilmiştir.[113] Böylece silahlı saldırma eyleminin bulunduğu durumlarda kuvvet kullanma yasağının ve müdahale yasağının ihlali söz konusu olabilecekken, her müdahalenin ya da kuvvet kullanmanın bir silahlı saldırma oluşturmayacağı da ortaya konulmuş olmaktadır.[114] Ancak Nikaragua Kararı'nda bir saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde herhangi bir tespit yapılmamıştır. Nikaragua Kararı'ndan daha yeni tarihli ve yine bu konuda değinilebilecek bir başka karar olan Kongo Sınırında Silahlı Eylemler Davası'nda verilen esas hakkında karar (Kongo Kararı)[115] içerisinde ise bir saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu ayrıca dava konusunda yer almış; ancak karşı tarafın bir saldırı gerçekleştirdiğinin ya da silahlı saldırmada bulunduğunun tespiti yapılmamıştır.[116] Bunun yanı sıra gerek Nikaragua Kararı'nda gerekse Kongo Kararı'nda etimolojik farklılığına daha önce değinilen saldırma ve saldırı terimle-

ports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-BI.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

110 Uluslararası hukuk açısından müdahale, BM Şartı'nın 2. maddesinin 7. paragrafında yer alan müdahale yasağı ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde bir devletin kendi yetki alanındaki işlere dahil olunması anlamına gelir. Hangi eylemlerin müdahale oluşturup hangilerinin oluşturmadığının yanı sıra müdahale oluşturan eylemlerin müdahale yasağına istisna olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği uzun zamandır tartışılan bir mesele olmuştur. Müdahale kavramı ile ilgili bilgi için bkz. SELLERS, M. N. S., "Intervention under International Law", **Maryland Journal of International Law**, Volume: 29, Issue: 1, 2014.

111 **Nikaragua Kararı**, s. 98, p. 205.

112 **Nikaragua Kararı**, s. 91, p. 191.

113 **Nikaragua Kararı**, s. 117, p. 247.

114 Bu durum kuvvet kullanma açısından yukarıda 90 numaralı dipnotta silahlı eylemler açısından verilen "*armed attack*" kavramı ile "*use of armed force*" arasındaki benzerliğe uygun düşecek bir sonuç olarak da görünmektedir.

115 International Court of Justice, "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)-Judgment of 19 December 2005", **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders**, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-BI.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

116 Bunun nedenlerinden biri Kongo'nun bu yönde bir tespitin yapılmasını özellikle 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararına atıf da yaparak istediği talebini (**Kongo Kararı**, s. 16, p. 23) daha sonra genelleştirerek kuvvet kullanma yasağı ve saldırı yasağına aykırılık olarak değiştirmiş olmasıdır (**Kongo Kararı**, s. 17, p. 24 ve s. 23, p. 25).

rinin birbirleriyle iç içe hatta zaman zaman birbirlerinin karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir.[117] Üstelik kararlar içerisinde silahlı saldırmaya yönelik bazı tespitlerde bu kavramın saldırı kavramıyla aynı anlamda kullanılmasına örnek olarak da ileri sürülebilecek bir örnek olarak BM Genel Kurulu'nun 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurul kararına atıf yapıldığı görülmektedir.[118] *Klabbers* tarafından bu konuda kanımızca yerinde bir tespit yapılmıştır: Bu tespite göre UAD, kendisini ilgilendiren meseleyi bir silahlı saldırma ile saldırı arasındaki farkı araştırmak olarak görmemekte; olayda kuvvet kullanma gerçekleşmişse, bunun hukuki olup olmadığıyla ilgilenmektedir.[119] Bu nedenle UAD bir kuvvet kullanmanın ne zaman saldırı boyutuna ulaştığına ilişkin bir eşiği belirleme yoluna gitmemiş; tam aksine bundan kaçınmıştır. Böylece aslında saldırıdan daha çok saldırma eylemleriyle ilgilenmiştir. *Toluner*'e göre UAD, kuvvet kullanma şekilleri arasında bir ciddiyet farkı değerlendirmesi yapmış ve "daha az ciddi" gördüğü BM Genel Kurulu'nun 2625 sayılı "Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri" başlıklı kararında da verilen örneklerden bazılarını Nikaragua Kararı'nda sayarak bunun dışında kalan saldırı savaşı ve saldırı savaşı propagandası yapılması gibi durumları "ciddi" bularak ve hatta "en ciddi" kuvvet kullanma durumları olarak belirlediği silahlı saldırma içerisine katarak UAD'nin saldırı kavramını silahlı saldırma kapsamında değerlendirme yoluyla aynı zamanda silahlı saldırmanın varlığını doğrulamakta kullandığını belirtmiştir.[120] Yine de saldırmanın ağır biçimi olan silahlı saldırma ile saldırı arasındaki ilişkinin net bir şekilde kurulması imkansız olmamakla birlikte kolay da görünmemektedir. Kuvvet kullanma açısından temel sorun tam da bu noktadan kaynaklanmaktadır. Etimolojik olarak farklı olan iki kavramın BM Şartı 51. maddesinin de etkisiyle birbiriyle iç içe kullanıldıkları görülmektedir. 3314 Sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararının ekinin 3. maddesinin (d) fıkrasındaki

---

[117] Kararların İngilizce ve Fransızca metinlerinde "*agression (fr.) / aggression (ing.)*" ve "*attaque (fr.) / attack (ing.)*" sözcük grupları farklı bağlamlarda yer bulmuştur.

[118] İki kararda da 3314 sayılı "Saldırının Tanımı" başlıklı BM Genel Kurulu kararına yapılan atıflar bu kararın ekinin saldırı fiillerini içeren 3. maddesinde yer alan (g) fıkrasınadır. Bkz. **Nikaragua Kararı**, s. 93, p. 195; **Kongo Kararı**, s. 59, p. 146.

[119] *Klabbers* bu durumu saldırı, silahlı saldırma, istila vb. tüm eylemlerin zaten hukuka uygun olmaması nedeniyle bu eylemler arasındaki farka UAD tarafından daha az önem verilmesine bağlamaktadır. Bkz. KLABBERS, s. 501 ve 502.

[120] TOLUNER, ss. 359-363.

fiilleri silahlı saldırma olarak değerlendirme yoluyla devletler arasındaki fiiller açısından bu bağlantının kurulması mümkün görülebilse bile, Nikaragua Kararı'nda bazı sınır eylemlerinin [*frontier incidents (ing.)*] yeterli etkiye ve ölçeğe ulaşmadıkları için silahlı saldırma olarak değerlendirilmemesi gibi bir çıkarımın da mevcut olduğunun hatırda tutulması gerekmektedir.[121]

SONUÇ

Türkçe uluslararası hukuk belgelerinin çevirilerinde ve öğretide birbiri yerine kullanılan saldırı ve saldırma sözcükleri İngilizce ve Fransızca karşılıklarına ve klasik anlamlarına göre birbirinden ayrılabilir sözcüklerdir. Nitekim saldırma ve saldırı sözcüklerinin anlamları bir yandan dilbilimsel olarak birbirinden farklıdır; öte yandan saldırı sözcüğünün anlamının "kışkırtma olmadan" veya "haksız ve hoyrat / ihlal niteliğinde" ya da "kuvvetli / şiddetli" saldırmayı içerdiği görülmüştür. Yani iki sözcük arasında bir geçiş de bulunmaktadır. Ek olarak saldırı ve saldırma sözcüklerinin yerine hücum, taarruz ve tecavüz gibi sözcüklerin kullanıldığı görülse bile günümüzde bu üç sözcüğün anlamlarına bakıldığında saldırının hem tecavüzü hem taarruzu içeren bir yapıya sahip olduğu; saldırmanın ise daha çok hücumun karşılığı olarak kullanılabileceği tespit edilmiştir.

BM dönemindeki uluslararası hukuk belgelerinde saldırı ve saldırmanın yer bulduğu temel belgelere bakıldığında saldırının daha çok uluslararası ceza hukuku ve kuvvet kullanma konularında öne çıktığı; saldırmanın ise aynı iki alanda, ek olarak silahlı çatışmalar hukukunda hem saldırma hem de savunma eylemlerini kapsayacak ve daha yaygın şekilde ele alındığı söylenebilir. Bu nedenle iki sözcük arasındaki ilişki ve karşılaştırma daha çok uluslararası ceza hukuku ve kuvvet kullanma hukuku açısından ele alınabilmektedir.

Saldırı ve saldırma sözcükleri uluslararası hukuk belgelerinde tanımları yapılarak kavramsallaştırılmıştır. Kuvvet kullanma kuralları ve uluslararası ceza hukuku açısından saldırı, özetle BM Şartı ile bağdaşmayan bir silahlı kuvvet kullanma olarak tanımlanmışken saldırma, saldırı fiillerine örnek olarak gösterilebilecek eylemler içerisinde bulunmaktadır. Ancak iki sözcüğün birbirine benzer kullanımlarının bulunduğu örnekler mevcuttur ve saldırının silahlı saldırma içerisinde yer aldığı yönünde değerlendirmeler de bu-

[121] Bu konuda bkz. **Nikaragua Kararı**, s. 93 ve 94, p. 195.

lunmaktadır. Belirtmek gerekir ki saldırının tanımı yapıldıktan sonra BM sistemi tarafından şekillendirilen uluslararası hukukta yargı gücü ve yürütme gücü konusunda en kapsayıcı iki organının (UAD ve BM Güvenlik Konseyi) ve hatta saldırı kavramını tanıma kavuşturan organın (BM Genel Kurulu) saldırı kavramını kullanmaktan kaçınan bir anlayış içinde bulunduğu görülmektedir. Bu durum saldırı kavramının BM Şartı sonrası dönemde kuvvet kullanma konusu açısından fazla etkin olamaması sonucunu doğurmuştur.[122] Burada kavramların hepsi bir arada düşünüldüğünde sözcükler arasında doğrudan bir hiyerarşi kurmak mümkün görünmese de saldırı kavramının ve fiillerinin devlet açısından hukuka aykırı bir şekilde kuvvet kullanmanın en ağır biçimini içerdiğini söylemek mümkün görünmektedir.[123] Ancak saldırmanın ağır biçimi olan silahlı saldırma ile saldırı arasındaki hiyerarşinin net bir şekilde kurulması kolay görünmemektedir. Nitekim uluslararası hukuk terminolojisinde, -devletlerin siyaseten de farklı pozisyonlarda daha rahat konumlanabilmeleri için- saldırı ve silahlı saldırma kavramlarını belirgin olarak tespit etme yerine bu kavramları daha esnek bir şekilde ele alarak değerlendirdiği söylenebilir.[124] Bu durum saldırma ve silahlı saldırma kavramının kuvvet kullanma terminolojisi açısından ne anlama geldiğinin açık bir şekilde ortaya konulmasında zorluğa neden olmaktadır. Yine de uluslararası hukuk belgelerindeki bu belirsizlik sözcüklerin kullanımını etkileyecek seviyede görülmemeli; saldırı ve saldırma sözcüklerinin dilbilimsel karşılıkları arasındaki net ayrım gözden kaçırılmamalıdır. Bu net ayrıma uyulması yoluyla İngilizce ve Fransızca dilleri üzerinden yapılan güncel tartışmalar ve tespitler Türkçe öğretiye daha rahat aktarılabilecektir.

---

[122] KLABBERS, s. 502.

[123] Saldırı fiilinin hukuka aykırı kuvvet kullanmanın en ağır biçimi olduğuna ilişkin aynı yönde görüş için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 548.

[124] *Klabbers* kavramlardaki bu esnekliği devletler arasındaki çatışmaları hızlı bir şekilde sona erdirme ve daha fazla acı çekmeyi önleme önceliğinin uluslararası toplum tarafından daha önemli görülmesine bağlamış; kavramları oluşturan davranışlarla ilgili sorumluluğa ilişkin hukuki sonuçlar çarpıcı şekilde farklı değilse, bir davranışın uluslararası hukuka göre gerçekten haklı olup olmadığını belirlemenin kesin bir sınıflandırma sunmaktan daha önemli olduğunu belirtmiştir. Bkz. KLABBERS, s. 505 ve 506.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ACER Yücel, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Roma Yayınları, Ankara, 2004.

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk - II**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

AKSAR Yusuf, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

ALBAYRAK Gökhan, **Uluslararası Hukukta Hedef Alarak Öldürme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

AYBAY Rona / ORAL Elif, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.

BAŞAK Cengiz, **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

BELİK Mahmut R., **Harp Salâhiyetinin Tahdidi ve Müeyyideleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1954.

CAŞIN Mesut Hakkı, **Uluslararası Andlaşmalar Hukuku**, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020.

ÇELİK Edip F., **Milletlerarası Hukuk - Birinci Cilt**, Yenilenmiş 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2768, Hukuk Fakültesi No: 624, İstanbul, 1980.

DINSTEIN Yoram, **War, Agression and Self - Defence**, 5. baskı, Cambridge University Press, New York, 2011.

ERDAL Selcen, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ERDOĞMUŞ Belgin, **Hukukta Latince Teknik Terimler - Özlü Sözler**, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - II. Cilt: Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2023.

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Devletlerarası Ceza Hukuku**, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi, No: 22, Ankara, 1959.

GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Reşat Volkan GÜNEL (Editör), 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

GÜNEYSU Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

KAYA İbrahim, **Uluslararası Hukukta Temel Belgeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

KUL Muhammet Celal, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecâvüz (Saldırı) Suçu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KURAN Selami / AYDIN OKUR Derya / SARIBEYOĞLU Meltem / GÜNEL Reşat Volkan, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

LÜTEM İlhan, **Devletler Hukuku Dersleri II**, Fakülteler Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 115, İstanbul, 1958.

ÖKTEM A. Emre, **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri - 4. Kitap**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

RUYS Tom, **'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice**, Cambridge University Press, New York, 2010.

SOYSAL İsmail, **Türkiye'nin Dış Münasebetleriyle İlgili Başlıca Siyasi Andlaşmaları**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1965.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

TÖNER ŞEN Semin, **Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Kitap Bölümleri

KLABBERS, Jan, "Intervention, Armed Intervention, Armed Attack, Threat to Peace, Act of Aggression, and Threat or Use of Force: What's the Difference?", **The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law**, Marc WELLER (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2015, ss. 488-506.

STRAPATSAS Nicolaos, "The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression", **The Crime of Aggression: A Commentary**, Claus KREß / Stefan BARRIGA (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss. 178-213.

TOLUNER Sevin, "Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşrû Müdafaa Hakkı", **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, ss. 347-388.

Makaleler

FERENCZ Benjamin B., "A Nuremberg Legacy: The Crime of Aggression", **Washington University Global Studies Law Review**, Volume: 15, Number: 4, 2016, ss. 555-558.

ŞİRİN Tolga, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2021, ss. 1-64.

SELLERS, M. N. S., "Intervention under International Law", **Maryland Journal of International Law**, Volume: 29, Issue: 1, 2014, ss. 1-11.

Uluslararası Andlaşmalar

1907 tarihli Muhasamatın Başlamasına Dair III Numaralı La Haye Sözleşmesi [*La Haye Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités (fr.)/The Hague Convention (III) relative to the Opening of Hostilities (ing.)*] https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=BD56907463617993C12563CD002D6774&action=openDocument (Erişim Tarihi: 14.3.2024).

Amerikan Devletleri Örgütü Şartı [*Charte de l'Organisation des États américains (fr.)/Charter of the Organization of American States (ing.)*] {United Nations, Treaty Series, vol. 119, s. 3 vd.}, İngilizce: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-41_charter_OAS.asp ve Fransızca: http://www.oas.org/dil/french/traites_A-41_Charte_de_l_Organisation_des_Etats_Americains.htm (Erişim Tarihleri: 21.3.2024).

Birleşmiş Milletler Şartı (BM Şartı) {United Nations, **Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 1945**, https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf (Erişim Tarihi: 5.3.2024)}

Buenos Aires Protokolü (*Protocol of Buenos Aires*) [http://www.oas.org/dil/treaties_B-31_Protocol_of_Buenos_Aires.htm (Erişim Tarihi: 21.3.2024)]

Ek Bir Ayırt Edici Amblemin Kabulüne İlişkin Protokol (Ek Protokol III) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) (fr.)/Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the adoption of an additional distinctive emblem (Protocol III) (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 2404, s. 261 vd.}

Harp Esirleri Hakkında Uygulanacak Muameleye İlişkin Sözleşme (III Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 Aout 1949(fr.)/Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 135 vd.}

Harp Halinde Silahlı Kuvvetlerin Karadaki Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İyileştirilmesi Sözleşmesi (I Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses et des maladies dans les forces armees en campagne du 12 Aout 1949(fr.)/Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 31 vd.}

Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (IV Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve relative a la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 Aout 1949(fr.)/Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 287 vd.}

Kartagena Protokolü (*Protocol of Cartagena de Indias*) [https://www.oas.org/dil/treaties_A-50_Protocol_of_Cartagena_de_Indias.htm (Erişim Tarihi: 21.3.2024)]

Kuzey Atlantik Andlaşması [*Trait de l'Atlantique Nord (fr.)/North Atlantic Treaty (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 34, s. 243 vd.}

Milletlerarası Nitelikte Olan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin Protokol (Ek Protokol I) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (fr.)/Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 1125, s. 3 vd.}

Milletlerarası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin Protokol (Ek Protokol II) [*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (fr.)/Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II) (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 1125, s. 609 vd.}

Pasifik Şartı [*Charte du Pacifique (fr.)/Pacific Charter (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 209, s. 23 vd.}

Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Durumlarının İyileştirilmesi Sözleşmesi (II Numaralı Sözleşme) [*Convention de Geneve pour l'amelioration du sort des blesses, des maladies et des naufrages des forces armees sur mer du 12 Aout 1949(fr.)/Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded, sick and shipwrecked members of the armed forces at sea of August 12, 1949 (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 75, s. 85 vd.}

Şangay İşbirliği Örgütü Şartı [*Charte de l'Organisation de coopération de Shanghai (fr.)/Charter of the Shanghai Cooperation Organization (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 2896, s. 209 vd.}

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (UAD Statüsü) [*Statut de la cour internationale de justice (fr.)/Statute of the International Court of Justice (ing.)*] {United Nations, **Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice**, San Francisco, 1945, https://treaties.un.org/doc/source/docs/charter-all-lang.pdf (Erişim Tarihi: 5.3.2024)}

Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü (Roma Statüsü) [*Statut de Rome de la cour pénale internationale (fr.)/Rome Statute of the International Criminal Court (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 2187, s. 3 vd.}

Varşova Andlaşması [*L'Organisation du Traité de Varsovie (fr.)/Warsaw Treaty Organization (ing.)*] {United Nations, **Treaty Series**, vol. 219, s. 3 vd.}

Vaşington Protokolü (*Protocol of Washington*) [https://www.oas.org/dil/treaties_A-56_Protocol_of_Washington.htm (Erişim Tarihi: 21.3.2024)]

Yargı Kararları

International Court of Justice, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)-Judgment of 27 June 1986", **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders**, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-BI.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

International Court of Justice, "Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)-Judgment of 19 December 2005", **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders**, https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-BI.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

BM Genel Kurulu Kararları

United Nations General Assembly, "Question of defining aggression", **A/RES/599**, 31.1.1952.

United Nations General Assembly, "Question of defining aggression", **A/RES/688 (VII)**, 20.12.1952.

United Nations General Assembly, "Need to expedite the drafting of a definition of aggression in the light of the present international situation", **A/RES/2330 (VII)**, 18.12.1967.

United Nations General Assembly, "Definition of Aggression", **A/RES/3314**, 14.12.1974.

United Nations General Assembly, "The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations", **A/RES/2625**, 24.10.1970.

United Nations General Assembly, "Armed Israeli aggression against the Iraqi nuclear installations and its grave consequences for the established international system concerning the peaceful uses of nuclear energy, the non-proliferation of nuclear weapons and international peace and security", **A/RES/36/27**, 13.11.1981.

United Nations General Assembly, "Armed Israeli aggression against the Iraqi nuclear installations and its grave consequences for the established international system concerning the peaceful uses of nuclear energy, the non-proliferation of nuclear weapons and international peace and security", **A/RES/37/18**, 10.11.1982.

United Nations General Assembly, "The Situation in the Middle East", **A/RES/37/123**, 16.12.1982.

United Nations General Assembly, "Question of Namibia", **A/RES/39/50**, 12.12.1984.

United Nations General Assembly, "Aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/1**, 2.3.2022.

United Nations General Assembly, "Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/2**, 24.3.2022.

United Nations General Assembly, "Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council", **A/RES/ES-11/3**, 7.4.2022.

United Nations General Assembly, "Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations", **A/RES/ES-11/4**, 12.10.2022.

United Nations General Assembly, "Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine", **A/RES/ES-11/5**, 14.11.2022.

United Nations General Assembly, "Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine", **A/RES/ES-11/6**, 23.2.2023.

United Nations General Assembly, "Terrorism and human rights", **A/RES/78/210**, 19.12.2023.

United Nations General Assembly, "Situation of human rights in the temporarily occupied territories of Ukraine, including the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol", **A/RES/78/221**, 19.12.2023.

United Nations General Assembly, "Measures to combat Islamophobia", **A/RES/78/264**, 15.3.2024.

BM Güvenlik Konseyi Kararları

United Nations Security Council, "concerning Provocation by Southern Rhodesia", **S/RES/326**, 2.2.1973.

United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/328**, 10.3.1973.

United Nations Security Council, "concerning Mozambique and Southern Rhodesia", **S/RES/386**, 17.3.1976.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/387**, 31.3.1976.

United Nations Security Council, "concerning Benin", **S/RES/405**, 14.4.1977.

United Nations Security Council, "concerning Mozambique and Southern Rhodesia", **S/RES/411**, 30.6.1977.

United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/418**, 4.11.1977.

United Nations Security Council, "concerning Benin", **S/RES/419**, 24.11.1977.

United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/423**, 14.3.1978.

United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia and Zambia", **S/RES/424**, 17.3.1978.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/428**, 6.5.1978.

United Nations Security Council, "concerning Southern Rhodesia", **S/RES/445**, 8.3.1979.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/447**, 28.3.1979.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/454**, 2.11.1979.

United Nations Security Council, concerning Southern Rhodesia and Zambia, **S/RES/455**, 23.11.1979.

United Nations Security Council, concerning Angola and South Africa, **S/RES/475**, 27.6.1980.

United Nations Security Council, "concerning Seychelles", **S/RES/496**, 15.12.1981.

United Nations Security Council, "concerning Seychelles", **S/RES/507**, 28.5.1982.

United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/527**, 15.12.1982.

United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/535**, 29.6.1983.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/546**, 6.1.1984.

United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/554**, 17.8.1984.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/567**, 20.6.1985.

United Nations Security Council, "concerning Botswana and South Africa", **S/RES/568**, 21.6.1985.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/571**, 20.9.1985.

United Nations Security Council, "concerning Botswana and South Africa", **S/RES/572**, 30.9.1985.

United Nations Security Council, "concerning Israel and Tunisia", **S/RES/573**, 4.10.1985.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/574**, 7.10.1985.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/577**, 6.12.1985.

United Nations Security Council, "concerning Lesotho and South Africa", **S/RES/580**, 30.12.1985.

United Nations Security Council, "concerning South Africa", **S/RES/581**, 13.2.1986.

United Nations Security Council, "concerning Angola and South Africa", **S/RES/602**, 25.11.1987.

United Nations Security Council, "concerning Israel and Tunisia", **S/RES/611**, 25.4.1988.

United Nations Security Council, "concerning Iraq and Kuwait", **S/RES/667**, 16.9.1990.

United Nations Security Council, "Maintenance of international peace and security", **S/RES/2722**, 10.1.2024.

United Nations Security Council, "The situation in Cyprus (UNFICYP)", **S/RES/2723**, 30.1.2024.

United Nations Security Council, "Reports of the Secretary-General on the Sudan and South Sudan (Panel of Experts)", **S/RES/2725**, 8.3.2024.

United Nations Security Council, "The situation in the Middle East, including the Palestinian question", **S/RES/2728**, 25.3.2024.

United Nations Security Council, "Reports of the Secretary-General on the Sudan and South Sudan (UNMISS)", **S/RES/2729**, 29.4.2024.

Tezler

ALBAL Eymir, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Sözlükler

Cambridge Dictionary İngilizce-Türkçe Sözlük, https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce-türkçe/.

DEVELLİOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 31. Baskı, Aydan Yayıncılık, Ankara, 2015.

Dictionnaire Cambridge Klett Poche, 5. Baskı, İstanbul: Dünya Yayıncılık, 2008.

Larousse, https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue.

Merriam-Webster Dictionary, https://www.merriam-webster.com.

MORAN A. Vahid, **Büyük Türkçe-İngilizce Sözlük**, Yedinci Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 2003.

NİŞANYAN Sevan, **Nişanyan Sözlük**, https://www.nisanyansozluk.com.

Oxford Learner's Dictionary, https://www.oxfordlearnersdictionaries.com.

Redhouse Büyük Elsözlüğü (İngilizce-Türkçe Turkish-English), Otuz Üçüncü Baskı, SEV Matbaacılık ve Yayıncılık Eğitim Ticaret A.Ş., İstanbul, 2011.

SARAÇ Tahsin, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük**, Beşinci Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 1994.

Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, https://sozluk.gov.tr.

İnternet Kaynakları

BBC, "Who is the aggressor?", **Ethics guide**, https://www.bbc.co.uk/ethics/war/overview/aggressor.shtml (Erişim Tarihi: 22.3.2024).

International Law Association (ILA), **Use of Force**, Sydney Conference (2018), https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sydney-2018-7 (Erişim Tarihi: 14.3.2024).

SCHMITT Michael N., "'Attack' as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context", **2012 4th International Conference on Cyber Conflict**, C. Czosseck / R. Ottis / K. Ziolkowski (eds.), NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012; https://www.ccdcoe.org/uploads/2012/01/5_2_Schmitt_AttackAsATermOfArt.pdf (Erişim Tarihi: 21.3.2024).

United Nations, "What are the official languages of the United Nations?", **Dag Hammarskjöld Library**, https://ask.un.org/faq/14463 (Erişim Tarihi: 5.3.2024).

United Nations General Assembly, "Letter dated 13 May 1996 from the representatives of China, Kazakstan, Kyrgyzstan, the Russian Federation and Tajikistan to the United Nations addressed to the Secretary-General", **A/51/137**, 17.05.1996; https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/960426_AgreementConfidenceBuildingMilitaryFieldinBorderArea.pdf; https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/960426_AgreementConfidenceBuildingMilitaryFieldinBorderArea%28fr%29.pdf (Erişim Tarihleri: 10.3.2024).

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 333-361

ABD ANAYASASI'NIN 25. DEĞİŞİKLİĞİ (25TH AMENDMENT): BAŞKANLIK SİSTEMİNİN SAKINCALARINI AŞMA ÇABALARI(*)

Arş. Gör. **Osman Can SERTTAŞ**(**)

Öz: ABD Anayasası'nda yapılan 25. Ek Değişikle ABD siyasal tarihinde karşılaşılan başkanın ölümü, başkanın komaya girmesi veya görevini yapamayacak durumda olduğundan şüphelenilmesi gibi durumlara kesin çözümler getirilmek istenmiştir. Bu değişikliğin 4. fıkrasıyla getirilen mekanizma oldukça ilginç ihtimallere kapı aralamaktadır. Donald Trump'ın başkanlık dönemiyse bu mekanizmayı daha farklı şekilde gündeme getirmiştir. Donald Trump'ın Başkanlığını bu maddeyi kullanarak sonlandırmak yaygın şekilde önerilmiştir. Bu öneriler ise bu mekanizmanın işlevinin başkalaştırılması sonucunu doğuracaktır. Bu mekanizmanın başkalaştırılması arayışlarına iten sebepse başkanlık sisteminin katı yapısıdır.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık sistemi, Ek 25. Değişiklik, Donald Trump, Siyasal sorumluluk, ABD Anayasası.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 31.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 13.05.2024.

(**) İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye,
E-posta: can.serttas@gedik.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0003-3472-0850.

THE 25TH AMENDMENT TO THE US CONSTITUTION: EFFORTS TO OVERCOME THE PERILS OF THE PRESIDENTIAL SYSTEM

Abstract: The 25th Amendment to the US Constitution seeks to provide definitive solutions to the situations encountered in the US political history, such as the death of the President, the President's coma or the suspicion that the President is incapacitated. The mechanism introduced by paragraph 4 of this amendment opens the door to very interesting possibilities. Donald Trump's presidency has brought this mechanism to the public agenda in a different way. It has been widely suggested to terminate Donald Trump's presidency by using this article. These proposals, on the other hand, would result in the metamorphosis of the function of this mechanism. The reason for the search for the metamorphosis of this mechanism is the rigid structure of the presidential system.

Keywords: Presidential System, 25th Amendment, Donald Trump, Political Responsibility, US Constitution.

GİRİŞ

Başkanlık sisteminin temel özelliklerinden biri yasama organı ve yürütmenin birbirlerinin görevine son verememesidir.[1] Bu durum sabit süre ilkesi olarak adlandırılmaktadır.[2] Başkanlık sisteminin tasarımı, seçimi kazanan başkanın anayasada belirlenen süre boyunca görevde kalmasına dayanmaktadır. Ancak iki tür ihtiyaçtan dolayı sabit süre ilkesine ilişkin istisnalar ve çözümler kurgulanmaktadır. Bu çözümler kimi zaman seçilen başkanın ölmesi veya sağlık sorunları nedeniyle görevini yapamayacak hale gelmesi tehlikesine karşı geliştirilmektedir. Bu çözümler, hayatın doğal akışının yarattığı bir tehlikeye karşı geliştirilmektedir ve başkanlık sistemiyle çelişen bir yönü olduğunu söylemek mümkün değildir. Kimi zamansa bu çözümler, seçilen ama siyasal olarak görev süresini tamamlamasına katlanılamayacak olan başkanların süresinden önce görevden alınmasını sağlamak için geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bu yönüyle bu çözümler sabit süre ilkesine ve başkanlık sisteminin temel kurgusuna meydan okumaktadır. Başkanlık sisteminin katılığının yol açtığı sorunları gidermeye çalışmaktadır. Başkanlık sistemlerinde, *impeachment* mekanizması dışında bu tür çözümler kabul edilmemektedir. ABD Anayasası'ndaki Ek 25. Değişiklik aslında önceki tür tehditlere karşı geliştirilmiş bir çözümdür. Ancak güncel siyasal gelişmeler karşısında ikinci tür tehlikelere karşı da uygulanabilir bir çözüm haline getirilmeye çalışılmaktadır.

Ek 25. Değişikliğin uygulanma ihtimali ABD'nin son iki başkanı için de konuşulmuştur. Joe Biden için konuşulması 25. Değişikliğin orijinal amacıyla uygundur. ABD'nin seçildiğinde en yaşlı başkanı olan Joe Biden'ın ölümü kadar görevini yapamayacak hale gelmesinin de diğer başkanlara göre daha yüksek ihtimalli olduğunu kabul etmek gerekir. Bir önceki başkan olan Donald Trump içinse Ek 25. Değişiklik daha çok ikinci türden bir arayışa işaret etmektedir.

Bu çalışmada; öncelikle Ek 25. Değişikliğin kökeni, bu değişikliğin öngördüğü mekanizmalara neden ihtiyaç duyulduğu incelenecektir. İkinci bölümdeyse 25. Değişikliğin nasıl bir düzenleme öngördüğü, uygulamaları ve değişikliğe ilişkin eleştiriler değerlendirilecektir. Çalışmanın son bölümün-

---

1 LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference", **The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives Volume 1**, LINZ Juan / VALENZUELA Arturo (Editör), The John Hopkins University Press, Baltimore-London, 1994, s. 1; ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, **Dünyada Başkanlık Sistemleri**, 1. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 101.

2 LINZ, s. 8.

deyse Donald Trump'ın başkanlığı döneminde 25. Değişikliğe ilişkin tartışmaların farklı bir boyut kazandığı gösterilecektir. Bu dönemde 25. Değişikliğin 4. bölümüne adeta bir siyasal sorumluluk mekanizması işlevi kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde, bu yöndeki görüşler ele alınacak ve 25. Değişikliğin bu şekilde uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler yapılırken başkanlık sistemi de eleştirel şekilde ele alınacak, hem 25. maddenin doğuşuna hem de bu maddenin amacının başkalaştırılması arayışına yol açan ihtiyaçların başkanlık sisteminin doğasından mı kaynaklandığına yanıt aranacaktır.

I. 25. DEĞİŞİKLİKTEN ÖNCEKİ DURUM

Donald Trump'ın başkanlığı öncesinde de Ek 25. Değişikliğin mahiyetine ve niteliğine ilişkin tartışmalar yürütülmekteydi. Ancak önce, bu Değişikliğin getirdiği mekanizmaya niye ihtiyaç duyulduğunu ele almak faydalı olacaktır. Bunu yaparken tarihsel arka planın yanında 25. Değişiklik ile bağlantılı konular olan başkan yardımcısı makamı ile halefiyet kurallarına da yer verilecektir. Daha sonra, 25. Değişikliğin öngördüğü mekanizma ele alınacaktır.

A. 25. Değişikliğin Yapılmasına Yol Açan Tarihsel Arka Plan

ABD başkanları, kendilerini geçici veya kalıcı olarak görevlerini devam ettiremeyecek hale getiren hastalıklardan azade olmadıkları gibi olağan bir suikast hedefidir.[3] Görevi sırasında vefat eden başkanların dördü kurşun yarasından ölmüştür. En az 14 başkanın da görevi sırasında önemli bir hastalık geçirdiği bilinmektedir.[4] 25. Değişikliğin öncesinde başkanın görevini yapamayacak hale gelmesi durumunda ne olacağı Anayasa'da düzenlenmişti. Anayasa'nın "Yürütme"yi düzenleyen ikinci maddesinin ilk bölümünün beşinci fıkrasına göre başkanın ölümü, istifası veya bu makamın getirdiği görev ve yetkileri yerine getirme kabiliyetini kaybetmesi halinde bunlar başkan yardımcısına geçecekti.

25. Değişiklik yapılana kadar bu düzenlemede sayılan durumların çeşitli seferlerde gerçekleştiği görülmektedir. Bunların ilki, 1841'de Başkan Harrison'ın zatürre nedeniyle ölümüdür. Bunun ardından bu madde uygulanmış ve Harrison'ın yerine yardımcısı Tyler geçmiştir. Bu durum, Anayasa'ya göre

---

[3] ABD Başkanlarına yönelik suikast girişimlerinin bazı örnekler için bkz; ABRAMS Herbert L., "The Vulnerable President and the Twenty-Fifth Amendment, with Observations on Guidelines, A Health Commission, and the Role of the President's Physician", **Wake Forest Law Review**, C. 30, S. 3, 1995, ss. 452-55.

[4] ABRAMS, 1995, s. 461.

başkanlık ofisinin mi, başkanlık yetki ve sorumluluklarının mı Tyler'a geçtiği; Tyler'ın sıfatının başkan vekili mi başkan mı olduğu gibi çeşitli tartışmalar doğurmuştur.[5] Ancak, Tyler başkan olduğu konusunda ısrar etmiştir. Tyler'ın iddiaları ülkece kabul edilmiş ve başkanların görevleri sırasında öldüğü daha sonraki durumlarda da başkan yardımcıları tarafından takip edilen bir öncül oluşturmuştur.[6] Bu durum "Tyler emsali/öncülü" olarak adlandırılmıştır.[7]

ABD, başkanın uzun süre görevini yapamayacak durumda olması vakasıyla ise ilk defa 1881'de karşı karşıya kalmıştır. Başkan Garfield, suikast girişimine uğradıktan sonra, sonunda hayatını kaybetmeden önce 80 gün boyunca ölümle yaşam arasında gidip gelmiştir. Başkan yardımcısı olan Arthur'sa bu süreçte Anayasa'daki düzenlemeyi işletmekten kaçınmıştır. Hatta, Kabine'deki bazı üyeler tarafından başkanlığı üstlenmesi yönündeki teklifleri reddetmiştir. Bunun sebebi olarak, bir gaspçı olarak anılmaktan, hatta Garfield'ı öldürmekle itham edilmekten çekinmesi olarak gösterilmektedir. Zira, Garfield ve Arthur arasında sıkı bir dostluk olmadığı gibi Cumhuriyetçi Parti'nin farklı hiziplerine mensupturlar. Ayrıca, Garfield'a yönelik suikast girişiminin Arthur'un başkan olmasını sağlamak için yapıldığı yönündeki iddialar da hâlihazırda kamuoyunu Arthur aleyhine döndürmüştü.[8]

Başkanın görevini yapamayacak durumda olmasıyla ilgili birkaç örnek, başkanlık hükümet sisteminin yürütmeyi ne denli kişiselleştirdiğini göstermektedir. Başkanlık sisteminin bu özelliği, bir kişiyi bir ulusun kaderi için tek tayin edici noktaya getirmektedir. Bu sebeple de başkanlar, görevlerini yerine getirme kabiliyeti hususunda şüphe yaratabilecek özellikle sağlıklarıyla ilgili problemleri saklama eğilimi içine girmişlerdir. Bu konudaki belki en çarpıcı örnek Başkan Cleveland'ın vakasıdır. Doktorları, Başkan Cleveland'ın ağzında büyüyen kötü huylu bir tümör teşhis etmiştir. Ancak bu teşhis konulduğunda, ülke Büyük Bunalım'dan önceki en büyük ekonomik krizi olan "1893 Paniği"nin[9] sancılarını yaşamaktadır. Cleveland ekonomi-

---

5 FEERICK John D., **The Twenty-Fifth Amendment: Its Complete History and Applications**, 3rd edition Fordham University Press, New York, 2013, ss. 5-7.

6 FEERICK John D., "The Twenty-Fifth Amendment: Its Origins and History", **Managing Crisis: Presidential Disability and the Twenty-Fifth Amendment**, GILBERT Robert E. (Editör), Fordham University Press, New York, 2000, s. 5.

7 ABRAMS Herbert L., "Shielding the President from the Constitution: Disability and the 25th Amendment", **Presidential Studies Quarterly**, C. 23, S. 3, 1993, s. 535.

8 FEERICK, 2013, ss. 8-9.

9 TIMBERLAKE JR. Richard H., "Panic of 1893", **Business Cycles and Depressions : An Encyclopedia**, GLASNER David (Editör), Garland Pub., New York, 1997, ss. 516-18.

nin hassas durumunu da göz önünde bulundurduğunda, hastalığını açıklaması halinde kendisine yönelik bütün desteği kaybedeceğinden korkmuştur. Bu nedenle Başkan Cleveland, denizde sefer halindeki bir yatta 6 doktor tarafından gizlice ameliyat edilmiştir. Amerika halkıysa bu ameliyatı ancak Cleveland'ın ölümünden 9 yıl sonra öğrenmiştir.[10]

Başkanın görevini yapamayacak halde olmasına ilişkin örneklerden en ünlü olanıysa Başkan Woodrow Wilson'ın vakasıdır. Wilson'a vücudunun sol tarafını felçli bırakan bir inme inmiştir. Bundan sonraki süreçteyse kamuoyu Wilson'a ilişkin gelişmelerden habersiz bırakılmıştır. Hatta gerçekler sadece halktan saklanmamış; Kongre'den, Kabine'deki bazı üyelerden ve Wilson'ın "küçük kalibreli bir adam" olarak tanımladığı Başkan Yardımcısı Marshall'dan da gizlenmiştir. Marshall, ancak ikincil kaynaklardan veya gazetelerden yararlanarak Wilson'ın durumunu takip edebilmiştir.[11] Bu süreçte Başkan Wilson'la ilgili bütün bilgi akışını; doktoru, eşi ve başkan sekreteri kontrol etmiştir. Hatta, kimileri Wilson'ın eşinin başkan vekili rolünü icra ettiğini ileri sürmektedir.[12] Kabine'nin bir üyesinden gelen, doktoru veya sekreteri tarafından başkanın görevini yapamayacak halde olduğunun ilan edilmesi önerisi ise her ikisi tarafından sertçe reddedilmiştir.[13] Bir başkanın veya başkan vekilinin liderliğinden yoksun olunmasının bazı önemli sonuçları olmuştur. Wilson'un savunduğu ABD'nin Milletler Cemiyeti'ne katılma girişimi Senato tarafından reddedilmiş, birçok boş kadroya atama yapılamamış, 28 yasaya karşı Başkan tarafından herhangi bir işlem yapılamamış,[14] Beyaz Saray'a yazılan mektuplar ya cevapsız kalmış ya da Wilson'un eşi tarafından cevap verilmiş ve birçok yönetim işi durmuştur.[15]

---

10 FEERICK, 2013, ss. 11-14.

11 Linz, Başkan yardımcılarının ya Başkan'la güç çekişmesine girecek hırslı kişiler olabileceğini ya da böyle bir çekişmeyi önlemek için Başkan'ın silik kişileri yardımcısı olarak seçeceğini iddia etmiştir. Ancak bu durumda da otomatik verasetle Başkan yardımcısının başkan olacağının öngörüldüğü hallerde başkan yardımcısının yetersiz bir kişi olacağı ifade edilmiştir. Bu örnekte, ikinci durum yaşanmış gibi görünmektedir.

12 ANGLIM Christopher, "The 25th Amendment: A Selective Annotated Bibliography", **Legal Reference Services Quarterly**, C. 37, S. 3-4, 2018, s. 4.

13 FEERICK, 2013, s. 15.

14 Bu yasaların akıbeti duruma göre değişecektir. Başkan'ın Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından kabul edilen yasa tasarılarına karşı yapabileceği iki işlem vardır. Tasarıyı imzalamak ya da veto etmek. Kural olarak yasa tasarıları Başkan tarafından veto edilmezse on günlük süre sonunda kendiliğinden kanunlaşacaktır. Ancak bu on günlük süre içinde Kongre'nin tatile girmesi halinde önüne gelen tasarıyı imzalamazsa tasarı yürürlüğe giremeyecektir. Bu duruma "cep vetosu" adı verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAHÇECİ Barış, **Devlet Başkanının Veto Yetkisi**, Yetkin, Ankara, 2008, s. 36 vd.

15 FEERICK, 2013, s. 16.

Dwight Eisenhower'ın geçirdiği kalp krizi bir kez daha dikkatleri "başkanın görevini yapamayacak durumda olması"na çekmiştir. Eisenhower'ın geçirdiği kalp krizi sonrasında bu hüküm işletilmemiştir. Ancak, 2 saat anestezi altında olsa dahi bu süre boyunca ülkenin yürütme başının, ordunun başkomutanın olmayacağından rahatsız olan Eisenhower bir kez daha hastalanması halinde istifa edeceğini söylemiştir. Eisenhower ayrıca, Adalet Bakanlığı'ndan Başkan'ın görevini yapamayacak olması halinde nasıl bir prosedür işletilmesi, özellikle bu duruma kimin karar vereceği sorunu üzerinde çalışmalarını istemiştir. Bu konuda gelen önerilerden biri başkan yardımcısının karar vermesi ancak bu kararın Kongre'ce denetlenmesi, bir diğeri Yüksek Mahkeme başkanı ve uzman doktorlardan oluşan bir komitenin karar vermesidir.[16]

Bu yöndeki son ve Ek 25. Değişikliğin yapılması için belirleyici olan son olaysa Kennedy suikastıdır. Bu olay, başkanın günlerce, haftalarca veya aylarca bilinçsiz kalması halinde hangi prosedürlerin izleneceğinin belirli olmadığını göstermiştir.[17]

B. Başkan Yardımcılığı Makamının Oluşturulması

Başkan yardımcısı makamı Anayasa'nın hazırlanması sırasında geç bir dönemde gündeme gelmiştir. Başkan yardımcısı makamının oluşturulma sebebi başkanlık makamının boşalması halinde başkanın yerini alacak kişiyi belirlemektir. Başkanlık ofisinin boşalması halinde halef olarak önce Senato üyeleri arasından seçilecek bir Senato başkanı düşünülmüştür. Ancak, Senato üyeleri arasından seçilen bir Senato başkanının bulunması halinde bir üyenin sürekli olarak oy hakkından mahrum kalacağı çekincesi ileri sürülmüştür. Başkan yardımcılığı ile ilgili tartışmalar aynı makamın hem yasamada hem yürütmede görevli olmasının kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği üzerinde dönmüştür. Ancak bu tartışma Senato başkanlığı da olmadığı takdirde başkan yardımcısının hiçbir amacı olmayan "uydurulmuş" bir pozisyona sahip[18] ve "işsiz" olacağı endişesi ileri sürülerek aşılmıştır. Bunun dışında makam üzerinde fazla bir tartışma dönmemiştir.[19]

---

16 FEERICK, 2013, s. 23.

17 FEERICK, 2013, s. 25.

18 LARSON Edward, "A Constitutional Afterthought: The Origins of the Vice Presidency, 1787 to 1804", **Pepperdine Law Review**, C. 44, S. 3, 2017, s. 520.

19 FEERICK, 2013, ss. 26-27.

Bu yönleriyle Başkan yardımcısının iki görevi vardır. Senato'ya başkanlık etmek ve Başkan'ın ölümü, istifası, görevden alınması veya görevini yapamayacak halde olması durumunda Başkan'ın görev ve yetkilerini kullanmak. Başkan yardımcısının mevcut durumu ile ileride ne konumda olabileceği konusundaki devasa farkı Başkan Yardımcısı John Adams şöyle ifade etmiştir: "Şu an hiçbir şeyim. Ama her şey olabilirim. Ama ayrıca da Senato'nun başkanıyım."[20]

Bununla birlikte, ilk dönemlerinde başkan yardımcılığı makamı başkanlık için bir sıçrama tahtası gibi görülmüştür. İlk iki başkan yardımcısı da daha sonra başkan seçilmiştir. Başkan yardımcısının orijinal seçim yöntemi de başkan yardımcısının başkana denk niteliklerde biri olmasının, bir nevi bir yedek başkan seçilmesinin arandığını göstermektedir. Bu seçim yönteminde ikinci seçmenler iki oy kullanmaktadır[21] ve en çok oyu alan başkan, ikinci en çok oyu alan başkan yardımcısı olmaktadır.[22] Ancak ikinci seçmenlerin bir oylarını başkan olarak bir oylarını başkan yardımcısı olarak düşündükleri kişi için kullanmaya başlamaları sonucu bu amaçtan sapılmıştır. Daha sonra siyasal partilerin yükselişi ve 1803 yılında 12. değişikliğin yapılmasıyla başkan yardımcısı pozisyonunun önemi, siyasetteki etkisi ve prestiji 20. yüzyılda tekrar yükselene kadar düşmüştür. 12. değişikliğe göre başkan ve başkan yardımcısı için ayrı oylar kullanılmaktadır. 20. yüzyılda bu makam oldukça önemli bir hale gelmiştir.

C. Halefiyet Sırasının Yeniden Düzenlenmesi

Başkanlık sistemleri doğal olarak başkanın ölümü veya farklı bir sebeple makamın boşalması halinde halefiyet sırasının nasıl takip edileceği konusunda düzenlemeler yapma ihtiyacı duymaktadır. Bu konuda genellikle başkan yardımcısının halef olacağı düzenlenmekte ancak bu makamda da boşluk olması halinde seçime gidilmektedir. ABD'de ise seçim ihtimali göz ardı edilmekte ve uzun bir halefiyet sırası oluşturulması yoluna gidilmektedir. ABD anayasal düzeni başkanlar için 4 yıllık seçim süresine olabildiğince sadakat göstermektedir.

Halefiyetin, başkan yardımcısının ötesinde nasıl ilerleyeceği ABD Anayasası'nda düzenlenmemiş, yasaya bırakılmıştır. İlk olarak, sırasıyla *President pro Tempore*[23] ve Temsilciler Meclisi başkanı halefler olarak düzen-

---

20 FEERICK, 2013, s. 30.

21 Bu düzenlemenin ardında yatan sebebin ikinci seçmenleri en azından oylarından birini eyaletlerinden olmayan bir Başkan adayı için kullanmaya zorlamak olduğu söylenmektedir. LARSON, 2017, s. 519.

22 FEERICK, 2013, s. 28.

23 ABD Anayasası'nın 1. maddesinin 3. bölümüne göre Senato başkanına *President pro Tempore* denmektedir.

lenmiştir. Bu düzenlemeye başta kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu ve bu makamdaki kişilerin Anayasa'daki düzenlemede belirtilen anlamıyla "görevli" sıfatını taşımadıkları olmak üzere çeşitli itirazlar getirilmiştir.[24] Ayrıca, Kongre'nin muhalefet partisinin kontrolünde olması durumunda izlenen politika ve idare konusundaki devamlılığın bozulacağından endişe edilmiştir.[25] Daha sonraki bir yasayla halefiyet sırası değiştirilmiştir. Bu yasayla başkan yardımcısını takiben Kabine üyeleri halefiyet sırasına alınmıştır. Bu düzenlemeye de başkanın kendi haleflerini belirlemesinin demokrasinin seçim ilkesine aykırı olduğu itirazı yöneltilmiştir.[26] Ancak bu sıralamada 1947 yılında tekrar değişiklik yapılmış, bu sefer önce Temsilciler Meclisi Sözcüsü, daha sonra *President pro Tempore*'nin başkan yardımcısının ardından gelmesi öngörülmüştür. Sözcünün öne alınmasının sebebiyse bu kişinin halka daha yakın olmasıdır. Kongre'nin değişikliği görüştüğü sırada Başkan Truman tarafından da savunulan, her iki makamın da boşalması halinde seçime gidilmesi önerilmiş ancak bu teklif reddedilmiştir.[27]

Garfield dönemi; "görevini yapamayacak durumda olma"nın ne anlama geldiği, görevi devralan başkan yardımcısının statüsü ve "görevi yapamayacak durumda olduğu" halinin varlığını belirleme yetkisinin kimde olduğu konularının belirsiz olduğunu göstermiştir. Bu sorular üzerinde birçok tartışma yapılmıştır.[28] Kennedy suikastı sonrasında bu konular üzerindeki belirsizliği giderme ihtiyacının ciddiyeti hissedilmiştir. Zira, yeni Başkan Johnson daha önce kalp krizi geçirmiştir, bir başkan yardımcısı yoktur ve halefiyet sırasındaki Temsilciler Meclisi sözcüsü de 71 yaşındadır.[29] Ayrıca başkan yardımcısı makamının boşalması halinde ne olacağı için yeni düzenleme aranmıştır. İki başkan yardımcısının seçilmesi ve Seçmenler Kurulu'nun yeni bir başkan yardımcısı seçmesi gibi önerilerin ardından[30] Ek 25. Maddedeki çözüme ulaşılmıştır.

---

[24] SILVA Ruth C., "The Presidential Succession Act of 1947, **Michigan Law Review,** C. 4., S. 47, 1949, ss. 457-458.

[25] FEERICK, 2000, s. 7.

[26] FEERICK, 2013 ss. 39-40.

[27] FEERICK, 2000, s. 8.

[28] FEERICK, 2013, s. 49.

[29] ANGLIM, s, 5.

[30] FEERICK, 2013, ss. 67-69.

II. EK 25. DEĞİŞİKLİĞİN GETİRDİĞİ ÇÖZÜM

A. Ek 25. Madde Düzenlemesi

1967 yılında yapılan Ek 25. Değişiklik 4 bölümden oluşmaktadır.

Bölüm 1

"Başkan'ın görevden alınması, ölümü, ya da istifası halinde, Başkan Yardımcısı, Başkan olacaktır."

Böylece başkanın görevden alınması, ölümü veya istifası halleriyle "görevini yapamayacak durumda olması" hali birbirinden ayrılmıştır. Bölüm 1'de sayılan hallerde başkan yardımcısının başkan olacağını düzenlemesiyle Tyler emsali de anayasallaşmıştır.

Bölüm 2

"Başkan Yardımcısı makamında bir boşluk olduğunda, Başkan, Kongre'nin her iki meclisinde çoğunluk oyu ile onaylanarak göreve başlayacak bir Başkan Yardımcısı atayacaktır."

Bu düzenleme ile ABD tarihinde daha önce 16 kere yaşanan başkan yardımcılığı makamının boş kalmasının önüne geçilmiştir.[31] Buna göre başkan yardımcılığı makamında bir boşluk olduğunda başkanın yeni bir başkan yardımcısı ataması zorunludur. Kongre'nin onayının aranmasıyla ABD siyasal düzeni için çokça bahsedilen Kongre'nin "tavsiye verme ve rıza gösterme" rolü burada da gündeme gelmiştir. Ancak alışıldık "tavsiye verme ve rıza gösterme" kuralından bazı farklılıklar gözetilmiştir. Başkanca yapılan atamaları onaylamakla Senato görevli olduğu halde yeni başkan yardımcısının atanmasında Temsilciler Meclisi'ne de aktif rol verilerek, Kongre'nin her iki kanadının da katılımı sağlanmıştır. Ayrıca başkanın diğer atamaları için kullanılan "tavsiye ve rıza" ifadesi yerine "onaylama" kelimesi kullanılarak ikinci bir ayrım amaçlanmıştır. Başkanca atanan yeni başkan yardımcısı Kongre tarafından onaylanıncaya kadar bu unvanı kullanamayacaktır. Yine, başkanın Senato'nun rıza gösterdiği kişiyi atamakla yükümlü olmadığı kuralı başkan yardımcısının atanması için geçerli olmayacaktır.[32] Yeni başkan yardımcısının Meclislerin üçte ikisinin oyuyla onaylanması önerilse de başkanın muhaliflerine çok fazla güç vereceği gerekçesiyle reddedilmiştir.[33]

---

31 ANGLIM, s. 2.

32 FEERICK, 2013, s. 110.

33 FEERICK, 2013, s. 111.

Bölüm 3 ise başkanın görevini yapamayacak durumda olduğuna kendisinin karar vermesi halini düzenlemektedir. Buna göre, Başkan, makamının yetki ve görevlerini yerine getiremeyeceğini Senato geçici başkanı ile Temsilciler Meclisi başkanına yazılı olarak bildirdiğinde ve bunun tersini onlara yine yazılı olarak bildirinceye kadar, bu gibi yetkiler ve görevler başkana vekâleten başkan yardımcısı tarafından yerine getirilecektir. Bu madde, başkanın görevini yapamayacak durumda olması halinde başkan yardımcısının makamı devralmayacağını sadece başkanın yetkilerini kullanacağını ve görevlerini yerine getireceğini açıklığa kavuşturmuştur. Başkan yardımcısı aynı konumda kalacak ancak başkan vekili olarak başkanlık yetkilerini kullanacaktır. Başkanın görevini yerine getirememesinden ne anlaşılacağına ilişkin bir tanımaysa yer verilmemiştir. Bunun bilinçli bir karar olduğu ve bazı durum veya koşulların başkanın yetki ve görevlerini yerine getirmesini engellediği ve kamu işlerinin başkanın görevden alınmasını gerektirdiği tüm durumları kapsamasının amaçlandığı ileri sürülmektedir.[34] Genel anestezi gerektiren küçük ameliyatların, önceden planlanmış önemli ameliyatların, teşhisi konmuş ciddi hastalıkların bu maddenin uygulanmasına konu olabileceği kabul edilmektedir. Hatta başkanın yakın ailesinden birinin ölümü veya ciddi bir hastalığa yakalanması halinde de başkanın bu maddeyi uygulayabileceği ileri sürülmektedir.[35] Bu düzenlemenin, başkanın kendi rızasıyla geçici bir süre için geri çekilmesi ve işleri başkan yardımcısına bırakmasına izin verecek kadar geniş kapsamlı olup olmadığı ise tartışmalıdır.[36]

Bölüm 4 ise yetersizlik hallerinin en zorunu düzenlemektedir. Zira bu durumda başkan ya görevini devretmeye razı değildir ya da bunu yapmaya ehil durumda değildir.[37] Buna göre;

başkan yardımcısı ile yürütme organının veya Kongre'nin yasa ile belirlediği başka bir kurumun başlıca yetkililerinin çoğunluğu Senato geçici başkanı ve Temsilciler Meclisi başkanına, başkanın yetki ve görevlerini yerine getiremeyecek bir durumda olduğunu yazılı olarak bildirdiklerinde, başkan

---

[34] FEERICK, 2013, s. 133.

[35] ABRAMS, 1995, 463; Buna, Woodrow Wilson'ın eşinin ölümü sonrasında girdiği derin depresyon örnek olarak gösterilmektedir. Başkan Wilson, bir yakınına "Başkanlık yapmaya uygun olmadığını çünkü düzgün düşünemediğini" söylemiştir. bkz. WEINSTEIN Edwin A., **Woodrow Wilson: A Medical and Psychological Biography. Supplementary Volume to the Papers of Woodrow Wilson**, Princeton University Press, 2016, 258.

[36] FEERICK, 2013, s. 113.

[37] BAYH Birch, "The Twenty-Fifth Amendment: Dealing with Presidential Disability", **Wake Forest Law Review**, C. 30, S. 3, 1995, s. 441.

yardımcısı derhal başkana vekâleten bu makamın yetki ve görevlerini üstlenecektir. Daha sonra, başkan, görev yapamayacak bir durumun artık bulunmadığını Senato geçici başkanı ve Temsilciler Meclisi başkanına yazılı olarak bildirdiğinde, başkan yardımcısı ve yürütme organının veya Kongre'nin yasa ile belirlediği başka bir kurumun başlıca yetkililerinin çoğunluğu başkanın yetki ve görevlerini yerine getiremeyeceğini dört gün içinde yazılı olarak bildirmediği takdirde, başkan yetki ve görevlerini yeniden üstlenecektir. Böyle bir durum olduğunda, Kongre bu meseleyi karara bağlayacak, eğer tatilde ise de bu konuya istinaden en geç 48 saat içinde toplanacak ve karar verecektir. Şayet Kongre ikinci yazının kendisine teslim edilmesinden sonraki 21 gün içinde, ya da eğer toplantı halinde değilse, toplanması gereken tarihten başlayarak 21gün içinde, her iki meclisin üçte iki çoğunluğu ile başkanın yetki ve görevleri yerine getiremeyeceğini saptarsa, başkan yardımcısı başkan vekili olarak yetki ve görevleri üstlenecektir; aksi takdirde, başkan görev ve yetkilerini yeniden üstlenecektir.

Akli yetersizlik, başkanın kaçırılması, görme veya duyma kayıpları bu madde kapsamına gireceğine örnek olarak gösterilen durumlardır.[38] Ayrıca bu düzenlemenin başkanın fiziksel veya mental yetersizliği ile ilgili olduğu, başkanın sevilmeyen bir karar vermesinin onu otomatikman görevini yerine getiremez kılmayacağı ifade edilmiştir.[39] Tembellik, zayıf muhakeme yetisi gibi durumların da bu madde kapsamında kalmadığı ileri sürülmektedir.[40] Bir temsilci, bu maddenin düzenlediği durumları ikiye ayırmıştır: başkanın herhangi bir sebeple bilinçsiz veya felç olması dolayısıyla bir karar verebilecek veya iletebilecek durumda olmaması ya da akli zayıflığı nedeniyle rasyonel bir karar, özellikle de görevden çekilme kararı, veremeyecek durumda olması.[41]

Bu maddenin öngördüğü usul, başkan ile yardımcısı ve kabinesinin farklı fikirlerde olması halinde ilginç ihtimallere kapı aralamaktadır. Görevini yapabilecek durumda olduğu kanaatinde olan başkan, bunu Temsilciler Meclisi başkanı ve *President pro tempore*'ye uygun bir dille ilettikten sonra görev ve yetkilerini geri kazanmadan önce -başkan yardımcısı ve Kabine Başkan'ın yetkilerini daha erken kazanmasını bildirmediği sürece- dört gün bekleyecektir. Bu dört günlük süreçte başkan yardımcısı vekalet etmeye

38 FEERICK, 2013, s. 115.

39 FEERICK, 2013, s. 126.

40 FEERICK, 2000, s. 18.

41 FEERICK, 2013, s. 117.

devam edecektir. Bu dört gün içinde başkan yardımcısı ve Kabine'nin itiraz etmesi halinde meseleyi toplanmasından itibaren 21 gün içinde Kongre çözümleyecektir. Ancak bu sürede de başkan yardımcısı vekalet etmeye devam edecektir. Bunun gerekçesinin başkanlık yetki ve görevlerini akli kapasitesi konusunda ihtilaf olan birinin eline bırakmamak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca böylece yetkilerin başkan ve başkan yardımcısı arasında gidip geldiği bir "masa tenisi" durumunun önlenmiş olduğu belirtilmiştir.[42] Kongre'den 21 gün içinde bir karar çıkmaması halinde yetkiler başkana geri dönecektir. Lakin, kötü niyetli bir başkan yardımcısı, Kabine[43] ve Kongre'nin bulunması halinde 25 gün süreyle tamamen sağlıklı bir başkanın yetkilerini kullanması engellenebilecektir. Ayrıca, başkan yardımcısı ve Kabine'nin de bu süreci tekrar tekrar işletmesinin önünde bir engel yoktur. Kongre'den üçte iki çoğunlukla başkan yardımcısı lehine bir karar çıkması başkanın görevden alınması sonucunu doğurmadığından başkanın da yetkilerin kendisine dönmesini sağlayacak süreci yeniden işletmesi mümkündür. Bu usul ile Başkan'ın yetkilerini kullanmasını engellemesi *impeachment*'tan daha zor şartlara tabidir. *Impeachment* usulünde suçlama için Temsilciler Meclisi'nin çoğunluğu ve mahkûmiyet için Senato'nun üçte iki çoğunluğu aranırken bu usul için her iki meclisin üçte iki çoğunluğu aranmıştır. Böylece değişikliği hazırlayanlar Başkan'ın görevini kullanmaktan alıkonmasını zor bir çoğunluğa bağlayarak ve kararı Başkan'ı koruması daha olası kişilere vererek Başkanlık makamını korumuştur.[44] Bu maddeye göre Kongre, Kabine dışında başka bir kurumu da yetersizliğe karar verme konusunda yasa ile yetkilendirebilir. Kongre bu yetkisini bir yetersizlik tartışmasının ortasında dahi kullanabilir. Örneğin, başkanın yetersiz olduğu kanısında olmayan bir Kabine'ye karşı süreci işletebilmek için bu yetkisini kullanabilir. Ancak bu durumda da başkanın yasayı veto yetkisi söz konusu olacaktır.

---

42 FEERICK, 2013, s. 119.

43 ABD Anayasası'nda "Kabine" isimli bir organa yer verilmemiştir. Kabine kelimesi esas olarak İngiltere'de ortaya çıkmış olup "Bakanlar Kurulu" yerine kullanılmaktadır. bkz. GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2020, ss. 258-260. Bununla birlikte ABD siyasal yaşamında "kabine" kavramı kullanılmaktadır. Örneğin Beyaz Saray resmî sitesinde "Kabine",15 yürütme departman başından oluşan danışma kurulu olarak tanımlanmıştır. bkz. The Executive Branch, https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-executive-branch/#:~:text=White%20House%20compound.-,The%20Cabinet, often%20the%20President's%20closest%20confidants (Erişim Tarihi: 31.03.2024). Bu çalışmada da "Kabine" terimi parlamenter hükümet sistemindeki Bakanlar Kurulu anlamıyla değil, ABD siyasal hayatındaki yerleşik anlamıyla kullanılmıştır. Bu konuda bir çalışma için bkz. BENNETT Anthony J, **The American President's Cabinet**, Macmillan, New York, 1996.

44 ANGLIM, s. 44.

B. 25. Değişikliğin Uygulaması ve Eleştiriler

25. değişiklik ilk olarak, yürürlüğe girmesinden 6 yıl sonra 2. fıkrası aracılığıyla uygulanmıştır. Nixon'ın başkan yardımcısı, eyalet yöneticisiyken karıştığı yolsuzluk nedeniyle hakkında soruşturma başlatılınca istifa etmiştir. Nixon, Gerald Ford'u yardımcısı olarak atamış ve bu atama Kongre'yi oluşturan her iki meclis tarafından onaylanmıştır. Daha sonra, Nixon'ın istifasıyla da 1. madde uygulanmış ve Ford başkan olmuştur. Ford'un 2. maddeyi kullanarak Nelson Rockefeller'i başkan yardımcısı olarak atamasıyla da ABD tarihinde ilk kez başkan da başkan yardımcısı da ulusal bir seçimle bu görev için seçilmemiş kişilerden oluşmuştur.[45] Bu durum bazı yazarlardan ciddi tepki çekmiştir. Gerald Ford'u başkanlığa, Nelson Rockefeller'i de başkan yardımcılığına getiren sürecin ciddi bir hata olduğu ve hem Anayasa'nın ruhuna hem de Amerikan demokrasinin temel gereklerine aykırı olduğu ifade edilmiştir.[46] Halkın başkan ve başkan yardımcısı[47] olarak seçmediği kişilerin bu makamlara gelmesinin önüne geçmek için bu maddede değişiklikler önerilmiştir. Örneğin, Los Angeles Baro Başkanı; 1975 senesinde, bir daha böyle bir durumun yaşanmaması için başkanın görev süresini tamamlamasına 1 yıldan fazla süre kalmışken ölmesi, istifa etmesi ve görevden alınması halinde 90 gün içinde başkanlık seçimi yapılmasını önermiştir.[48]

Üçüncü madde de çeşitli durumlarda -özellikle ameliyata girecek başkanlarca- kullanılmıştır. Reagan, birkaç yıl sonra ciddi bir ameliyata girerken Başkan Yardımcısı Bush'u vekil başkan olarak belirlediğini ama ameliyatının 25. değişikliğin 3. bölümünün kapsamında bulunmadığını düşündüğünü Kongre'ye bildirmiştir. Ancak, bunu yapabilmesine olanak sağlayan

---

45 ANGLIM, s. 15.

46 ANGLIM, s. 39.

47 Hatta kimilerine göre başkan yardımcılarının bile tam anlamıyla seçilmiş görevliler olduğu şüphelidir. Zira başkan adayı, başkan yardımcısının kim olacağını kendi başına belirlemektedir. Başkan yardımcısı adaylığında başkan adaylığı sürecindeki gibi bir seçmen katılımı söz konusu olmamaktadır. Bunun sonucu olarak seçmenler başkan yardımcısı için oylarını kullanırken sadece oy verdikleri başkan adayının bu yöndeki seçimini onaylamaktadır. Bu eleştirileri getirenler, başkan yardımcısı makamının başkandan daha bağımsız bir pozisyona dönüştürülmesini savunmaktadır. MOTLEY Jace, "Losing the Veepstakes: How the Contemporary Vice Presidencies of Mike Pence and Kamala Harris Renew the Case for Vice-Presidential Independence", **Arkansas Law Review**, C. 75, S. 4, 2023, ss. 969-71; USCINSKI Joseph, "Smith (and Jones) Go to Washington: Democracy and Vice-Presidential Selection", **PS: Political Science & Politics**, C. 45, S. 1, 2012, ss. 59-60.

48 ANGLIM, s. 39.

tek hukuk kuralı 25. değişikliğin 3. bölümüdür.[49] Reagan'ın bu muğlak durumu dışındaysa iki kere George W. Bush, bir kere Joe Biden tarafından olmak üzere dört defa kolonoskopiye girmeden önce yetkilerini yardımcılarına devretmek için kullanılmıştır.[50]

Dördüncü bölüm ise hiç uygulanmamıştır.[51] Ancak Reagan'ın başkanlığı sırasında maddenin uygulanması iki defa gündeme gelmiştir. Bunlardan ilki Ronald Reagan'a suikast girişimidir. Reagan suikasti üçüncü ve dördüncü maddeyi uygulamak için ilk fırsattır. Ancak, iki madde de işletilmemiştir.[52] Reagan'ın bilinci yerinde değilken başkan yardımcısı olan Bush, başkanın yetkilerini gasp etmeye giriştiği yönünde anlaşılması ve sadakatsiz yahut güce aç görüneceği endişesiyle 25. Değişikliği işletmekten çekinmiştir.[53] Daha sonradan Başkan'ın doktorunun ve Beyaz Saray çalışanlarının bu dönemde 25. Değişikliğe hâkim olmadıkları, hatta bu değişikliğin getirdiği mekanizmaları bilmedikleri ortaya çıkmıştır.[54] 1 ay boyunca Kabine'ye Bush başkanlık etmiştir. 1987'deyse Reagan'ın özel kalem müdürü Başkan'ın akli kapasitesindeki gerilemeden ve başkanlık görevini yerine getiremeyecek durumda olmasından endişe etmiştir. Hatta 25. Değişikliği gündeme getirmesi tavsiye edilmiştir. Reagan görev süresini tamamladıktan 5 sene sonra Alzheimer teşhisi konmuştur. Ancak, kimileri bu hastalığın görevdeyken de bulunduğunu ileri sürmektedir.

Bir görüş, ne kadar belirsizliği ve demokratik olmayan süreçleri uygulatması nedeniyle 25. Değişikliği eleştirse de bu değişiklik sayesinde başkanlık ve başkan yardımcılığı makamlarında ulusal kriz zamanlarında etkili ve düzenli bir halefiyet sağlandığı yönündedir. Özellikle, ilk iki maddenin en az kere başarılı şekilde işlediği[55] ve amacını sağladığı ileri sürülmektedir. Ancak üçüncü ve dördüncü maddelerin amaçlandığı şekilde harekete geçi-

---

49 BAYH, s. 443.

50 17 List of Vice-Presidents Who Served as Acting President Under the 25th Amendment | The American Presidency Project, https://www.presidency.ucsb.edu/documents/presidential-documents-archive-guidebook/list-vice-presidents-who-served-acting-president (Erişim Tarihi: 14.01.2024); MOTLEY, s. 973. Ayrıca bu sayede Kamala Harris Başkanlık yetkilerini kullanan ilk kadın olmuştur.

51 ANGLIM, s. 12.

52 ABRAMS, 1995, ss. 461-62.

53 ABRAMS, 1995, s. 461.

54 BAYH, s. 442.

55 John Feerick, "Twenty-Fifth Amendment: An Explanation and Defense", **Wake Forest L. Rev**, C. 30, 1995, s. 503.

rilmediği ifade edilmiştir. Lakin, burada başarısız olanın 25. Değişiklik değil, yetkililer olduğu da ileri sürülmektedir.[56]

Değişikliğin üç büyük kusur içerdiği ileri sürülmektedir. Bunlar, (1) başkanın en yakın danışmanları olan görevde kalmaya engel olacak bir hastalığın varlığına karar vereceklerin pozisyonlarının, görevdeki kişinin iktidarda kalmasına bağlı olması; (2) başkan yardımcısı ve kabine tarafından verilecek siyasal bir kararın, başkanın görevinin bir kısmını veya tamamını yerine getirmesini engelleyecek derecede bir engelin olduğuna dair sağlam bir tıbbi tespite dayanmasının gerekmesi; ve (3) başkanın sağlığı hakkında tarafsız ve doğru bilgi sağlayan prosedürlerin hiçbir zaman resmi olarak belirlenmemiş olmasıdır.[57] Özellikle, Başkan'ın görevini yapamayacak durumda olmasına karar verme işini siyasal hale getirmesi eleştirilmektedir. Ayrıca bu kararın verilmesinin Başkan'ın en yakınındaki kişilere bırakılması da sorunlu görülmektedir. Bu kişiler, hastalığı gizleme konusunda başkanla iş birliği yapabileceği gibi başkanı bu konuda manipüle de edebilecektir.[58] Başkan yardımcısının bu maddeyi işletmesi, başkanın yetkisini gasp ettiği yönünde anlaşılabilecek ve şüpheyle karşılanabilecektir.[59] Başkanın görevini yapamayacak durumda olduğunu fark eden bir başkan yardımcısının, başkanın Kongrede de destek görüyor olması halinde siyasi ikbali ve ülkenin iyi yönetimi arasında tercihini ilkinden yana kullanması olasıdır. Bu nedenle, başkan yardımcılığı seçiminin başkanlık seçiminden bağımsız olarak yapılması halinde başkan yardımcılarının başkanın görevini yapamayacak durumda olduğunu tespit etme görevini daha iyi ve objektif biçimde yerine getirebileceği de söylenmektedir.[60]

Trump'a kadar 25. Değişiklik üzerindeki temel tartışma, bu maddenin Alzheimer gibi mental hastalıklar için yetersiz kaldığıdır. Bu eksikleri gidermek için getirilen başlıca öneriyse doktorlardan oluşan bir kurul oluşturulması ve kararı bu kurulun vermesidir.[61] Zira Değişikliğin hazırlık çalışmalarında bu yönde tavsiye vermeye yetkili kişi olarak gösterilen başkan doktorunun bu hususta çıkar çatışması içinde olduğu ileri sürülmektedir. Böyle

---

56 ABRAMS, 1995, s. 479.

57 ANGLIM, s. 23.

58 BROWN Teneille, "Double Helix, Double Standards: Private Matters and Public People", **Journal of Health Care Law and Policy**, C. 11, S. 2, 2008, s. 350.

59 ABRAMS, s. 464.

60 MOTLEY, s. 980.

61 ABRAMS, ss. 464-65.

bir durumda doktor, tarihte örnekleri görüldüğü üzere başkanın hastalığını gizleyebilecektir.[62] Örneğin Başkan Roosevelt, doktorunun sağlığının harika olduğunu açıklamasından 6 hafta sonra hayatını kaybetmiştir.[63] Ancak böyle bir kurulun yetkilendirilmesinin hem kuvvetler ayrılığı ilkesini hem de başkanın görevini yerine getiremeyeceğine en yakınındaki ve kamusal sorumluluğu olan kişilerin karar vermesine dayanan[64] 25. Değişikliğin ruhunu ihlal edeceği ileri sürülmüştür.

Dördüncü maddeyle ilgili bir eleştiriyse sınırlı bir süre için dahi olsa iki başkanın aynı anda olmasına olanak tanımasıdır. Bu ihtimale kapı aralaması düzenlemenin aşil topuğu olarak nitelendirilmiş ve bu üç haftalık süreçte ülke siyasetinin korkunç bir hale bürüneceği ileri sürülmüştür. Özellikle başkanın, Kongre'nin çoğunluğunun oylarını görevini yapamayacak halde olduğu yönünde kullanması, ancak bu çoğunluğun üçte ikiye erişmemesi nedeniyle görevine dönmesi halinde, yaşanacak güçlüklerin üstünden gelinmesinin çok zor olacağı ifade edilmiştir.

III. EK 25. DEĞİŞİKLİĞİN İŞLEVİNİ DEĞİŞTİRME ARAYIŞLARI

Ronald Reagan suikastı döneminde Beyaz Saray çalışanlarının dahi bu 25. Değişiklikten ve bu değişikliğin öngördüğü mekanizmadan haberdar olmadığı görülmüştür. Ancak Donald Trump'ın başkanlık dönemi sonrasında böyle bir ihtimalden bahsetmek mümkün değildir.

Trump'ın başkanlığı sırasında 25. Değişiklik ve bilhassa 4. bölümü sık sık gündeme gelmiştir. Bu durum anayasa hukukçuları veya siyaset bilimcilerle sınırlı değildir. Köşe yazarlarının sık sık gündeme getirdiği 25. Değişiklik özellikle Donald Trump'ın COVID-19 ile mücadele etmek için dezenfektan enjekte etmeyi önermek gibi "tartışmalı" söylemlerinin ardından *Twitter* (şimdiki adıyla X) isimli sosyal medya sitesinde dahi zaman zaman gündem konular arasına girmiştir.[65]

ABD siyasal yaşamı içinde Donald Trump'a muhalifler tarafından Trump'ın görevden alınması veya seçilememesi için birçok farklı mekaniz-

---

62 ABRAMS, s. 470.

63 ABRAMS, s. 474.

64 BAYH, s. 448.

65 KALT Brian C, "The Many Misconceptions About Section 4 of the Twenty-Fifth Amendment", **Ohio Northern University Law Review**, C. 47, t.y., s. 355.

ma gündeme getirilmiştir. Örneğin, Russiagate olarak bilinen, 2016 seçimlerine Rusya tarafından müdahale edildiği iddiası ve bu müdahaleyi soruşturmak için FBI'ın bir özel danışmanının görevlendirilmesi bir süre gündemi meşgul etmiştir. 2024 seçimleri öncesinde de çeşitli suç iddiaları ve yargılamalarıyla Trump'ın adaylığının önüne geçilmek istenmektedir.[66] Örneğin, 2023 Aralık'ında Colorado Yüksek Mahkemesi, 14. Değişikliğe göre hükümete karşı isyan edenlerin başkanlık yeterliliği olmadığı gerekçesiyle Donald Trump'ın Cumhuriyetçilerin ön seçim pusulasında yer alamayacağına karar vermiştir.[67] 25. Değişiklik de Trump'ın görev süresi boyunca ancak özellikle görev süresinin sonuna doğru bu bağlamda gündeme gelmiştir.

A. 25. Değişikliğin Donald Trump'ı Görevden Almak İçin Kullanılabileceği Yönündeki Görüşler

25. Değişikliğin 4. bölümünün "siyasal yetersizlikleri" kapsamına alacak şekilde genişletilebileceği ihtimaline Trump dönemi öncesinde de dikkat çekilmiştir. Bu yönde ileri sürülen bir görüşe göre 4. bölümün amacı Başkanların siyasal yetersizlikler nedeniyle görevden alınması olmasa da lafzı buna cevaz vermektedir. 25. Değişikliğin 4. bölümünde öngörülen süreçteki siyasal aktörlerin kararlarının yargısal denetime tabi tutulması ihtimalinin zayıflığına özellikle dikkat çekilmiştir. Dördüncü bölümün bu şekilde genişletilerek uygulanmasının Anayasaya aykırı olmadığı ancak büyük tehlikeler içerdiği ileri sürülmüştür. Bu yönde bir uygulama yasama ve yürütme güçleri arasındaki dengeyi bozacağı gibi hükümet sisteminin işleyişini etkileyecektir. Bu görüşe göre, siyasal sebeplerle 25. Değişikliğin uygulanma tehlikesi başkanlar üzerinde uygun olmayan bir baskı yaratacak ve başkanlığın otoritesi ile ülkenin siyasi yapısının istikrarını sarsacaktır.[68] Donald Trump dönemindeyse, 25. Değişikliğin 4. bölümünün "siyasal" yönde genişlemesi bir tehlike olarak algılanmamış hatta bunun 25. Değişikliğin kapsamında ve amacına uygun olduğu gösterilmeye çalışılmıştır.

---

[66] ERDÖLEN Yunus Emre, Amerika'nın kızılcık şerbeti: Trump'ı yargılamak, https://t24.com.tr/yazarlar/yunus-emre-erdolen/amerika-nin-kizilcik-serbeti-trump-i-yargilamak,4130, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

[67] Instead of Taking Trump Off the Ballot, Democrats Should Run a Better Candidate, https://jacobin.com/2023/12/donald-trump-2024-presidential-election-democrats-liberalism, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

[68] GANT Scott E, "Presidential Inability and the Twenty-Fifth Amendment's Unexplored Removal Provisions", **Law Review of Michigan State University Detroit College of Law**, C. 1999, 1999, ss. 801-5.

Trump, 2015 senesinde adaylığını açıkladığında çoğu kişi tarafından bir reklam kampanyasından ibaret görülmüştür. Adaylığını açıklamasından sonra da aylarca siyasal yorumcularca bir tür şaka gibi davranılmıştır. Sonuçta, Trump daha önce hiçbir kamusal görev icra etmemiş, hiçbir seçime girmemiş, 70 yaşında, bu görev için yetersizliği ortada bir kişidir.[69] Linz'in başkanlık sistemi ile ilgili eleştirilerinden biri, özellikle güçlü bir parti sisteminin yokluğunda "sistem dışı adayların" iktidarı elde etmesine olanak tanımasıdır. "Sistem dışı adaylar" ifadesiyle; herhangi bir siyasi partiyle ilişkisi olmayan, siyaset veya yönetim tecrübesi bulunmayan kişilerin partilere ve politikacılara beslenen olumsuz duygulara popülist biçimlerce hitap eden adaylar kastedilmektedir.[70] Linz, kurumsallaşmış bir parti sisteminin bulunmasının yabancıların başkanlık rekabetinin içine girmesini zorlaştıracağını belirtse[71] de ABD gibi yerleşik bir parti sistemi olan bir ülkede dahi Trump gibi bir popülist rekabete dahil olup kazanabilmiştir. Bunda, ABD'deki ön seçim yönteminin ve ön seçimlerin medya tarafından manipüle edilmeye müsait yapısının[72] büyük etkisi olduğu söylenebilir.

Trump, birçok kişi tarafından ABD demokrasisine tehdit olarak görülmektedir. Görev süresindeyken yaptığı birçok eylem, söylemleri de bu tehdit algısını desteklemektedir. Trump'ın demokrasiye karşı oluşturduğu tehdit 6 Ocak 2021 günü, Trump'ın seçim sonuçlarını reddetmesi ve seçime hile karıştırıldığı iddialarının sonucu olarak *Capitol* binasının basılması ve 5 kişinin ölümüyle sonuçlanmasıyla doruk noktasına varmıştır. Trump için 25. maddenin işletilmesi önerileri 2019'da başlamıştır. Hatta Trump da *Twitter*'dan bu tartışmalara yanıt vermiş ve Alan Dershowitz'ten alıntı yaparak kendisi için 25. maddenin kullanılmasının ancak üçüncü dünya ülkelerinde görülebilecek bir Anayasa'ya aykırı yetki gaspı olacağını ve herkesin hukuka uymakla yükümlü olduğunu söylemiştir.[73] Trump kendisi için sadece 25.

---

69 CAMPOS Paul, "A Constitution for the Age of Demagogues: Using the 25th Amendment to Remove an Unfit President", **Denver Law Review**, S. 87, 2019, ss. 102-3, doi:10.2139/ssrn.3346582.

70 LINZ, s. 27.

71 LINZ, s. 28.

72 SARTORI Giovanni, **Comparative Constitutional Engineering**, 2nd edition, NYU Press, New York, 1997, s. 15.

73 TRUMP Donald J, '"Trying to use the 25th Amendment to try and circumvent the Election is a despicable act of unconstitutional power grabbing...which happens in third world countries. You have to obey the law. This is an attack on our system & Constitution." Alan Dershowitz. @TuckerCarlson, https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1096246820097966080 (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

Değişikliğin 4. bölümünün uygulanmasına karşı değildir. Kolonoskopiye girerken de *COVID-19* virüsüne yakalanması nedeniyle hastaneye kaldırıldığında da yetkilerini devretmemiştir. Hatta, iddiaya göre Başkanlık yetkilerini devretmemek için kolonoskopi sırasında anesteziyi reddetmiştir.[74] Ama özellikle 6 Ocak *Capitol* Baskını sonrası, bu maddenin kullanılması, Kongre'nin 21 gün beklemesi halinde başkanlık süresi sona erene kadar Trump'ı yetkilerini kullanmaktan alıkoyacağı için daha şiddetli şekilde önerilmiş, bu konuda özellikle Trump'ın Başkan Yardımcısı Pence'e baskı yapılmıştır.

Bu niteliklerde bir başkanla 4 sene geçirmek zorunda olan Amerikan demokrasisinin geleceğinden endişeli olanlar da Trump'ın başkanlığını sabit süresini tamamlamadan sonlandırmak için çeşitli yöntemlere ve araçlara bel bağlamıştır. Ancak ABD demokrasisinin seçilmiş bir başkana karşı demokrasiyi veya siyasal yaşamın sağlıklı ilerlemesini, rasyonel kararlar alınmasını sağlayacak kurumları içerdiği oldukça tartışmalıdır. Trump için gündeme getirilen araçların da bu amaca ulaşmaya hizmet edeceği ayrıca şüphelidir. *Impeachment*'la birlikte en fazla gündeme getirilen mekanizma[75] da 25. Değişikliğin 4. maddesi olmuştur. Zira *impeachment* cezai sorumluluk için öngörülmüş bir mekanizmayken, 25. Değişikliğin 4. maddesi siyasal sorumluluğa yaklaşan bir şekilde kullanılmak istenmektedir. Donald Trump'ın hangi eyleminin hangi *impeachment*'a konu suçu veya suçları teşkil ettiğini belirleme konusundaki güçlük 25. Değişikliğe olan ilgiyi artırmıştır.[76] 25. Değişiklik o kadar popüler bir konu olmuştur ki *New York Times* gazetesi tatil hediyesi olarak "Başkan'ın yetersizliği" konulu kitapları önerdiği bir yazı yayınlamıştır.[77] 25. Değişikliğin *impeachment*'a göre bir diğer avantajı da *impeachment*'ın aksine bu mekanizmanın işletilmesiyle Başkan'ın yetkilerini kullanmasının engellenmesidir.[78]

Trump için dördüncü maddenin kullanılmasını savunan görüşleri ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki, Trump'ın 25. Değişikliğin 3. ve 4. bölümdeki anlamlarıyla Trump'ın görevini yapamayacak halde olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre; siber tehlikelerin arttığı, birkaç dakika içinde uygarlığı

---

74 MOTLEY, ss. 973-74.

75 Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. GOLDSTEIN Joel, "Talking Trump and the Twenty-Fifth Amendment: Correcting the Record on Section 4", **All Faculty Scholarship**, 2018, ss. 77-83.

76 BOWMAN III Frank O., **High Crimes and Misdemeanors: A History of Impeachment for the Age of Trump**, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 286.

77 GOLDSTEIN, s. 85.

78 CAMPOS, s. 101.

yok edebilecek silahların kullanılabildiği bir çağda "görevini yapabilecek durumda olma"nın eşiğinin yükseltilmesi gerekmektedir. Dünya, Wilson'ın eşinin aylarca hangi bilgilerin Wilson'a gideceğine ve nelerin imzasına sunulacağına karar verdiği dünya ile aynı değildir.[79] Bu görüşü savunanlar doktorların Trump'ta mental hastalıkların, özellikle patolojik narsisizm belirtilerinin görüldüğü yönündeki görüşlerine atıf yapmakta ancak Başkanların mental sağlığını takip edecek mekanizmaların bulunmamasından yakınmaktadır.[80] Örneğin, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Jeannie Suk Gersen, "*Duty to Warn*" isimli doktorlardan oluşan organizasyonun Trump'ın, kendisini görev ve yetkileri kullanamayacak hale getiren "iyileştirilemez narsisizm"den muzdarip olduğu görüşüne dayanarak Trump için bu nedenle 25. Değişikliğin 4. bölümünün işletilmesinin "çok da çılgınca bir fikir olmadığı" görüşünü ileri sürmektedir.[81]

Diğer görüşlerin temel argümanı, 25. Değişikliğin 4. fıkrasındaki görevini yapamayacak durumda olma halini dar yorumlamamak gerektiği, seçildiği göreve uygun olmadığı ortaya çıkan başkanlar için işletilebileceğidir. Bu görüşü savunanlara göre 25. Değişiklik "politik yetersizlik" halinde de başkanın yetkilerinin alınmasına izin vermektedir ve bu şekilde geniş yorumlanmalıdır.[82] Buna göre, Dünyadaki en önemli iş olan ABD başkanlığını yerine getirmeye ehil olmadığı ortaya çıkan birinin görev süresini tamamlaması beklenemez. Bu makamın önemi, bu makamdaki değişikliklerin sadece 4 yılda bir yapılan seçimler veya cezai bir yargılama olan *impeachment* yoluyla yapılabilmesini imkânsız kılar. Zaten 25. Değişikliğin 4. bölümü de ABD halkının temsilcileri aracılığıyla başkanlarına "kovuldun" diyebilmesi için getirilmiştir. Zaten, maddenin yorumlamaya açık dili de 25. Değişikliğin bu biçimde uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Buna göre, ABD başkanlığının niteliği ve konumunun "görevi yapabilecek durumda" olmanın ne anlama geldiğine dair daha geniş bir yorum yapılmasını gerektirdiği savunulmaktadır. Örneğin, herkes bir Major League Ba-

---

79 TRAUTMAN Lawrence, "The Twenty-Fifth Amendment: Incapacity and Ability to Discharge the Powers and Duties of Office?", **Cleveland State Law Review**, C. 67, S. 3, 2019, s. 418.

80 TRAUTMAN, ss. 420-25.

81 GERSEN Jeannie Suk, How Anti-Trump Psychiatrists are Mobilizing Behind the Twenty-Fifth Amendment, https://www.newyorker.com/news/news-desk/how-anti-trump-psychiatrists-are-mobilizing-behind-the-twenty-fifth-amendment (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

82 Trump Could be Removed for Political Incompetence - Using the 25th Amendment, https://www.washingtonpost.com/opinions/trump-could-be-removed-for-political-incompetence--using-the-25th-amendment/2017/09/12/b6c62380-9718-11e7-82e4-f1076f6d6152_story.html (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

seball maçına çıkabilir. Ancak herkes, MLB oyuncusu olmanın asgari kabul edilebilir standartlarını taşımaz. Bu benzetmeden yola çıkılarak "görevini ve yetkilerini kullanabilecek olma"nın asgari kabul edilebilir bir yeterlilik olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.[83] Ek 25. Değişikliği kaleme alanlar öngörülü davranarak başkanlık yapmaya uygun olmayan kişilerin ABD'ye vereceği zararların önüne geçilmesini sağlamıştır.[84] Bu yöndeki görüşlere göre Ek 25. Değişiklik, ABD kurucu babalarının öngördüğü Seçmenler Komitesi, Senato ve federalizm gibi kurumların bu yöndeki etkilerini kaybetmelerinin ardından Anayasa'da demagogları alt etmek için elde kalan tek araçtır.[85] Buna göre, *impeachment*'a tabi tutulması zor olan, bu suçları işlediği yönünde delil eksikliği olan ve demokrasiye tehdit oluşturan bu "çocuksu başkan" bu madde kullanılarak durdurulmalıdır.[86] Trump'ın görevde yaptıklarıyla Birleşik Devletler'e etkili bir şekilde liderlik etmek için gerekli olan denge ve yeterlilikten yoksun olduğu ileri sürülmüştür.

B. Ek 25. Değişikliğin Trump'a Karşı Kullanılamayacağı Yönündeki Görüşler

Trump'ın başkanlık yetkilerinin Ek 25. Değişikliğin dördüncü maddesiyle elinden alınamayacağı yönünde karşı görüşler ileri sürülmüştür. Bunların temel argümanı, ileri sürülen görüş ve tavsiyelerin fahiş hatalar içermekte olduğudur. Örneğin aralarında hukuk profesörlerinin de olduğu çeşitli yazarlar sanki bir gensoru mekanizmasıymış gibi "25. Değişiklik vasıtasıyla Trump'ın görevden alınması"ndan bahsetmiştir.[87] Öğretideki birçok yazar, hem bu hatalara hem 25. Değişikliğin Trump için uygulanmasının şartlarının oluşmadığına hem de Ek 25. Değişikliğin bu şekilde genişletilmesinin tehlikelerine dikkat çekmektedir.

Dördüncü maddenin kötüye kullanılması ve kapsamını anayasaya aykırı şekilde genişletilmesi kimi yazarların başlıca endişelerinden olmuştur.[88] Dikkat çekilen noktalardan biri, Ek 25. Değişikliği bu şekilde gündeme ge-

---

83 CAMPOS, s. 97.

84 CAMPOS, s. 99.

85 CAMPOS, ss. 110-14.

86 Ross Douthat, "Opinion | The 25th Amendment Solution for Removing Trump", https://www.nytimes.com/2017/05/16/opinion/25th-amendment-trump.html (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

87 Bu yöndeki beyanlara örnekler için; GOLDSTEIN, s. 121.

88 GUSTAFSON Adam, "Presidential Inability and Subjective Meaning", **Yale Law & Policy Review**, C. 27, S. 459, 2009, ss. 495-496.

tirmenin kötüye kullanma için bir temel oluşturabileceğidir. En temel yanlışlardan biri de bu değişikliğin gensoru gibi bir siyasal sorumluluk mekanizması olmadığı halde buna dönüştürülmek istenmesidir.[89] Ayrıca, bu düzenlemenin görevi sırasında akıl hastalığı yaşayan başkanlar için getirildiği, zaten seçilirken bu nitelikte olan bir başkan için kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, bu değişiklik Amerikalıları kendi muhakeme hatalarından korumayacaktır.[90] Bu görüşe göre, Trump detaylara dikkat edebilme yeteneği olmayan, gerçekle ilişkisi sorunlu olan, aşırıya kaçan biridir ve bu sonradan oluşmamıştır.

Bir başka görüşe göre Trump başkanlık için uygun olmasa da yetersiz değildir. Hatta tam tersine "söylediği korkunç şeyleri yapmak için gayet yeterlidir."[91] Bir başka görüş Ek 25. Değişikliğin amacına aykırı bir biçimde Trump için kullanılmasının "darbe" olacağını belirtmiştir.[92]

Bununla birlikte, kanaatimizce Ek 25. Değişikliğin "siyasal yetersizlik" olarak adlandırdıkları durumları kapsamına alacak şekilde kullanılması mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 25. Değişikliğin 3. bölümündeki "görevini yapamayacak durumda olma" kavramı ile 4. bölümdeki "görevini yapamayacak durumda kavramı" lafzen aynıdır. Her iki bölümde de "*inability*" kavramı kullanılmıştır. Bu nedenle, 3. bölümdeki "görevini yapamayacak durumda olma" halinin kapsamına neler giriyorsa 4. bölümdekine de aynı hallerin girdiğini kabul etmek gerekir.[93] Dördüncü bölüm, başkanın fiziksel veya mental hastalığı nedeniyle bu durumunu bildiremeyecek olduğu veya bildirmek istemediği durumlar için düzenlenmiştir. Yani, bu düzenlemeyle başkanın komada olması gibi, kendi iradesiyle yetkilerini devretmesinin mümkün olmaması ihtimaliyle daha önce örnekleri görüldüğü gibi başkanın görevini yapamayacak durumda olmadığını saklaması tehlikelerine karşı başkanlık makamı ve makamın sürekliliği güvence altına alın-

---

89 GOLDSTEIN, s. 117.

90 Why the 25th Amendment Doesn't Apply to Trump-No Matter What He Tweets, https://www.politico.com/magazine/story/2018/01/10/25th-amendment-trump-216267/, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

91 BLINDER Alan, "How the 25th Amendment Came to Be, by the People Behind It", https://www.nytimes.com/2018/09/07/us/what-is-25th-amendment.html, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

92 DAVIDSON John Daniel, "The Elites' Dangerous Fantasy About Removing Trump From Office", https://thefederalist.com/2017/05/17/media-elite-indulging-dangerous-fantasies-removing-trump-office/ (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

93 Farklı yönde bir görüş için bkz. GUSTAFSON, s. 469.

mak istenmiştir. İlk üç bölümün kaygısının başkanlık makamının herhangi bir şekilde boşalmasının önüne geçmek olduğu açıkken dördüncü bölümde -kullanılan kelimeler de değiştirilmeden- başkanın siyasal sorumluğunun önünü açmanın da amaçlandığının kabul edilmesi güçtür. Bu bölüme ilişkin hazırlık çalışmaları da bunu göstermektedir. Bu düzenlemenin popülaritesi düşen başkanlara karşı kullanılacak bir "gensoru" olmadığı bir senatörce açıkça ifade edilmiştir.[94] Bu şekilde bir siyasal sorumluluk oluşturulması çifte meşruluk ilkesine, sabit süre esasına ve "katı kuvvetler ayrılığı"na dayanan ABD Anayasası'nın ruhuna da aykırı olacaktır. Seçilen başkanın görev süresini tamamlamadan en azından yetkilerini kullanmasının önüne geçilmesi arayışları anlaşılır olsa da pratik olarak da 25. Değişikliğin Trump için işletilmesi zaten zordu. Bu düzenleme yüksek bir bariyer belirlemişken Trump'ın tutumu da işleri zorlaştırıyordu. Trump kendisini sorgulayan veya kendisine muhalefet eden birçok kişiyi görevden almıştır. Kabine'nin böyle bir hazırlığa girişmesi halinde bu kişileri de değiştirecektir. Ayrıca, 4. madde başkanın sürekli bir biçimde görevden alınmasını sağlamamaktadır. Trump'ın sürekli görevini yapabilecek durumda olduğunu beyan ederek bu maddenin öngördüğü süreci tekrar tekrar işletmesi de mümkündür. Bu nedenle 25. Değişikliği amacından saptırarak kullanmaya ilişkin önerilerin sonuç vermesi oldukça güçtür. Bu nedenle *impeachment* mekanizması başkanları görev süreleri tamamlamadan önce görevden almak için ABD'lilerin elindeki tek yöntemdir.[95]

SONUÇ

Bu çalışmada ABD Anayasası'nın karşılaştığı bir sorunu aşmak için oluşturduğu ve son dönemde güncel siyasal tartışmalarda kendisine sıklıkla yer bulan özgün bir mekanizma ele alınmıştır. Başkanın ölümü veya görevini yapamayacak durumda kalmasıyla sıkça karşılaşan ABD siyasal elitleri bunun yarattığı sakıncaların üstesinden Ek 25. Değişiklik'le gelmeye çalışmıştır. Ancak bu mekanizmanın orijinal işlevinden saptırılarak başkanlık sistemine içkin temel bir sakıncanın da "ilacı" olarak kullanılmaya çalışıldığı tespit edilmiş ve hem bu yönde hem de karşısındaki görüşlere yer verilmiştir. Kanaatimizce Ek 25. Değişikliğin işlevinin saptırılmasına ilişkin arayışlar sadece Donald Trump'ın şahsından kaynaklanmamaktadır. Temelinde

---

94 GOLDSTEIN, s. 117.

95 ANGLIM, s. 45.

başkanlık sisteminin özünde bulunan katı yapısının doğurduğu sakıncalar yatmaktadır. Bu nedenle çalışmada Ek 25. Değişiklik sadece Trump için uygulanabilirliği yönünden değil, başkanlık sistemiyle ilişkisi açısından da ele alınmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmamız bağlamında üç sonuca ulaşılmıştır. Birincisi, ABD başkanlık sisteminin tasarımı erken seçim mekanizmasına her koşulda yabancıdır. Bu yönüyle diğer başkanlık sistemlerinden ayrılmaktadır. Başkanlık sisteminin uygulandığı bazı ülkelerde başkanlık makamının boşalması halinde seçimlere gidilmektedir.[96] ABD'de ise başkan veya başkan yardımcılığı makamının boşalması halinde bu pozisyonu doldurma usulünü düzenlemek ve uzun bir halefiyet silsilesi belirlemek, erken seçim yoluna gitmeye yeğlenmiştir. Başkanlık için erken seçim çeşitli vesilelerle önerilse de rağbet gösterilmemiştir.

Ek 25. Değişikliğin ve özellikle dördüncü bölümünün siyasal sorumluluğa yaklaştırılır şekilde "siyasal yetersizlik" halleri için işletilmesi mümkün değildir. Gerek 25. Değişikliğin lafzi, sistematik ve amaçsal yorumu gerek hazırlık çalışmaları bu sonucu doğrulamaktadır. Dördüncü bölümün öngördüğü usulün güçlüğü zaten bu yönde işlemesini pratikte oldukça zorlaştırmaktadır. Ancak, dördüncü bölümün bu yönde işletilmesinin güçlüğü zayıflığından değil zaten güç işletilecek ve siyasal sorumluluğu harekete geçirmeyecek şekilde tasarlanmasından kaynaklanmaktadır.

Son olaraksa, 25. Değişikliği bu yönde kullanmaya yönelik arayışlar anlaşılırdır. *Impeachment* seviyesine varan eylemleri, suçları bulunmasa da çeşitli sebeplerle görevdeki başkanın görevine devam edememesi istenmektedir. Başkanlık sisteminde bu yönde kabul edilmiş olan tek mekanizma olan *impeachment*'a alternatif yeni bir usul aranmıştır. ABD'lilerin başkanı görev süresi bitmeden görevden almaya ilişkin aşina oldukları ve ellerinde bulunan tek mekanizma budur. Bununla birlikte siyasal sorumluluk mekanizmasına ihtiyaç olduğu özellikle Donald Trump döneminde kendini göstermiştir. Başkanlık sistemini özünü oluşturan sabit süre ilkesi ise bunu engellemektedir. Trump'a ilişkin tecrübeler yerleşmiş bir demokrasiye sahip olsa dahi başkanlık sisteminin demokrasiyi ortadan kaldırma ya da zayıflatma potansiyeli olan -mücadeleci demokrasi anlayışının kurumları da yoksa- başkanlara karşı sistemi korumak için sabit süre ilkesinden sapmalar için arayışlara

[96] Örneğin Şili Anayasası'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında Başkanlık makamının kalıcı olarak boşalması halinde 90 gün içinde seçimlere gidilmesini düzenlemektedir.

sokmaktadır. Bu arayışsa başkanlık sisteminin ruhuna aykırıdır. Başkanlık sisteminin ruhunda bulunan sabit süre ilkesi ve bunun sonucu olarak gensoru, siyasal sorumluluk mekanizması gibi mekanizmaların yoksunluğu Anayasalarında yer alan çeşitli mekanizmaları bu ihtiyaca cevap verecek şekilde başkalaştırma arayışına sokmuştur. 25. Değişikliğe ilişkin bu arayışlar ve tartışmaların bize gösterdiği en önemli husus sistemin sağlıklı işlemesi açısından yürütmenin sürekli olarak parlamentonun güvenine dayanmasının ne kadar gerekli olduğudur. Parlamenter sistemde ne hükümet başkanının görevine son verilmesi ne bu kadar sınırlı koşullarda mümkün olacaktı, ne de hükümet başkanını görevden almak bu kadar yüksek bir kabul yeter sayısı aranacaktı. Başkanlık sistemine dayanan ABD'de ise "ne kadar hasara yol açarlarsa açsınlar bir sonraki seçime kadar korkunç başkanlara dayanmaları" gerekmektedir. Bütün bunlar, hem bazı başkanlar söz konusu olduğunda bir sonraki seçime kadar dayanmanın çok zor olduğunu hem de Linz'in çalışmamızda da yer yer bahsedilen başkanlık sisteminin katılığına ilişkin yaptığı eleştirilerin haklılığını göstermektedir. Örneğin, parlamenter sisteme sahip olan İngiltere'de Donald Trump gibi tartışmalı bir figür olan Boris Johnson kendi siyasal partisi tarafından görevinden alınmıştır.

KAYNAKÇA

ABRAMS Herbert L., "Shielding the President from the Constitution: Disability and the 25th Amendment", **Presidential Studies Quarterly**, C. 23, S. 3, 1993, ss. 533-53.

---, "The Vulnerable President and the Twenty-Fifth Amendment, with Observations on Guidelines, A Health Commission, and the Role of the President's Physician", **Wake Forest Law Review**, C. 30, S. 3, 1995, ss. 453-80.

ANGLIM Christopher, "The 25th Amendment: A Selective Annotated Bibliography", **Legal Reference Services Quarterly**, C. 37, S. 3-4, 2018, ss. 159-203.

BAHÇECİ Barış, **Devlet Başkanının Veto Yetkisi**, Yetkin, Ankara, 2008.

BAYH Birch, "The Twenty-Fifth Amendment: Dealing with Presidential Disability", **Wake Forest Law Review**, C. 30, S. 3, 1995, ss. 437-52.

BENNETT Anthony J, **The American President's Cabinet**, Macmillan, New York, 1996.

BOWMAN III Frank O., **High Crimes and Misdemeanors: A History of Impeachment for the Age of Trump**, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

BROWN Teneille, "Double Helix, Double Standards: Private Matters and Public People", **Journal of Health Care Law and Policy**, C. 11, S. 2, 2008, s. 295.

CAMPOS Paul, "A Constitution for the Age of Demagogues: Using the 25th Amendment to Remove an Unfit President", **Denver Law Review**, S. 87, 2019.

FEERICK John D., "Twenty-Fifth Amendment: An Explanation and Defense", **Wake Forest L. Rev**, C. 30, 1995, s. 481.

---, **The Twenty-Fifth Amendment: Its Complete History and Applications**, 3rd edition, Fordham University Press, New York, 2013.

---, "The Twenty-Fifth Amendment: Its Origins and History", **Managing Crisis: Presidential Disability and the Twenty-Fifth Amendment**, GILBERT Robert E. (Editör), 1st edition., Fordham University Press, New York, 2000, s. 5-7.

GANT Scott E., "Presidential Inability and the Twenty-Fifth Amendment's Unexplored Removal Provisions", **Law Review of Michigan State University Detroit College of Law**, C. 1999, 1999, s. 791.

GOLDSTEIN Joel, "Talking Trump and the Twenty-Fifth Amendment: Correcting the Record on Section 4", **All Faculty Scholarship**, 2018.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. II, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2020,

GUSTAFSON Adam, "Presidential Inability and Subjective Meaning", **Yale Law & Policy Review**, C. 27, S.459, 2009.

KALT Brian C, "The Many Misconceptions About Section 4 of the Twenty-Fifth Amendment", **Ohio Northern University Law Review**, C. 47, t.y.

LARSON Edward, "A Constitutional Afterthought: The Origins of the Vice Presidency, 1787 to 1804", **Pepperdine Law Review**, C. 44, S. 3, 2017, ss. 515-34.

LINZ Juan, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference", **The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives Volume 1**, LINZ Juan / VALENZUELA Arturo (Editör), The John Hopkins University Press, Baltimore-London, 1994.

MOTLEY Jace, "Losing the Veepstakes: How the Contemporary Vice Presidencies of Mike Pence and Kamala Harris Renew the Case for Vice-Presidential Independence", **Arkansas Law Review**, C. 75, S. 4, 2023.

ÖZSOY BOYUNSUZ Şule, **Dünyada Başkanlık Sistemleri**, 1. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

SARTORI Giovanni, **Comparative Constitutional Engineering**, 2nd edition, NYU Press, New York,1997.

SILVA Ruth C., "The Presidential Succession Act of 1947, **Michigan Law Review**, C. 4., S. 47, 1949.

TIMBERLAKE JR. Richard H., "Panic of 1893", **Business Cycles and Depressions : An Encyclopedia**, GLASNER David (Editör), Garland Pub., New York, 1997.

TRAUTMAN Lawrence, "The Twenty-Fifth Amendment: Incapacity and Ability to Discharge the Powers and Duties of Office?", **Cleveland State Law Review**, C. 67, S. 3, 2019.

USCINSKI Joseph, "Smith (and Jones) Go to Washington: Democracy and Vice-Presidential Selection", **PS: Political Science & Politics**, C. 45, S. 1, 2012.

WEINSTEIN Edwin A., **Woodrow Wilson: A Medical and Psychological Biography. Supplementary Volume to the Papers of Woodrow Wilson**, Princeton University Press, 2016.

İnternet Kaynakları

17 List of Vice-Presidents Who Served as Acting President Under the 25th Amendment | The American Presidency Project, https://www.presidency.ucsb.edu/documents/presidential-documents-archive-guidebook/list-vice-presidents-who-served-acting-president, (Erişim Tarihi: 14.01.2024).

BLINDER Alan, How the 25th Amendment Came to Be, by the People Behind It, https://www.nytimes.com/2018/09/07/us/what-is-25th-amendment.html, (Erişim Tarihi: 15.01.2024.

DAVIDSON John Daniel, The Elites' Dangerous Fantasy About Removing Trump From Office, https://thefederalist.com/2017/05/17/media-elite-indulging-dangerous-fantasies-removing-trump-office/, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

ERDÖLEN Yunus Emre, Amerika'nın kızılcık şerbeti: Trump'ı yargılamak, https://t24.com.tr/yazarlar/yunus-emre-erdolen/amerika-nin-kizilcik-serbeti-trump-i-yargilamak,41301, (Erişim Tarihi: 14.01.2024).

DOUTHAT Ross, Opinion | The 25th Amendment Solution for Removing Trump", https://www.nytimes.com/2017/05/16/opinion/25th-amendment-trump.html, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

GERSEN Jeannie Suk, How Anti-Trump Psychiatrists are Mobilizing Behind the Twenty-Fifth Amendment, https://www.newyorker.com/news/news-desk/how-anti-trump-psychiatrists-are-mobilizing-behind-the-twenty-fifth-amendment, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

Instead of Taking Trump Off the Ballot, Democrats Should Run a Better Candidate", https://jacobin.com/2023/12/donald-trump-2024-presidential-election-democrats-liberalism (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

The Executive Branch, https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-executive-branch/#:~:text=White%20House%20compound.-,The%20Cabinet,often%20the%20President's%20closest%20confidants, (Erişim Tarihi: 31.03.2024).

Trump Could be Removed for Political Incompetence - Using the 25th Amendment, https://www.washingtonpost.com/opinions/trump-could-be-removed-for-political-incompetence--using-the-25th-amendment/2017/09/12/b6c62380-9718-11e7-82e4-f1076f6d6152_story.html, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

TRUMP Donald J, Trying to use the 25th Amendment to try and circumvent the Election is a despicable act of unconstitutional power grabbing...which happens in third world countries. You have to obey the law. This is an attack on our system & Constitution." Alan Dershowitz. @TuckerCarlson, https://twitter.com/realDonald Trump/status/1096246820097966080 (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

Why the 25th Amendment Doesn't Apply to Trump-No Matter What He Tweets, https://www.politico.com/magazine/story/2018/01/10/25th-amendment-trump-216267/, (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 363-409

ANTROPOSENTRİK DÜŞÜNCE, DOĞA VE İKLİM: ÇEVRE HAKKINDAN DOĞA ANANIN HAKLARINA(*)

Arif Doğuhan ERKİN(**)

Toprak Ana'nın evladı insan, anne katli suçunu işlerse,
bundan paçayı sıyırmaya gücü yetmeyecektir.
Bunun cezası, kendi kendini imha olur.(***)

Öz: İklim değişikliği, sıcaklık ve hava durumunda meydana gelen uzun süreli değişimler olarak tanımlanmıştır. Günümüzde meydana gelen aşırı hava olayları ve sıcaklığa bağlı ölümler, iklim krizinin bir sonucudur. İklim kriziyle mücadele konusunda ortaya çıkan en önemli üstyapı kurumlarından birisi de hukuktur. Bu bağlamda günümüzün pozitif hukuku, iklim kriziyle mücadele konusunda yetersiz kalmaktadır. Doğanın korunması ve iklim krizini yavaşlatmak adına ortaya atılan bir teori, doğayı hak öznesi konumuna getirmeyi önermektedir. Bu teorinin uygulanabilirliği tartışma konusudur. Avrupa uygulaması, çevre hukukunu insan merkezli olarak ele alırken Küresel Güney'de doğaya haklar tanıyan örneklerin gözlenmesi mümkündür. Makalede doğayı hak öznesi konumuna getirmenin uygulanabilirliği, Avrupa uygulaması ile Küresel Güney uygulaması ekseninde karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İklim Krizi, Antroposentrizm, Haklar, Doğa Ananın Hakları, Çevre Hukuku.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 02.05.2024.

Bu makale, 2023 yılında Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, Hollanda Büyükelçiliği ve Bilkent Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi ortaklığıyla düzenlenen "Çevre Hukuku, İklim Adaleti ve Afet Hukuku" konulu makale yarışmasında ikincilik ödülü kazanmıştır. Yarışmanın sonuçlandırılmasından sonra makale, yazar tarafından gözden geçirilmiş ve metne çeşitli eklemeler yapılmıştır.

(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dördüncü Sınıf Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: doguhan_erkin@hotmail.com,
Orcid Id: http://orcid.org/0009-0008-4259-4560.

(***) TOYNBEE Arnold, **Mankind and Mother Earth: a Narrative History of the World**, Oxford University Press, New York, 1976.

ANTHROPOCENTRIC VIEW, NATURE AND CLIMATE: FROM ENVIRONMENTAL RIGHTS TO THE RIGHTS OF MOTHER NATURE

Abstract: Climate change is broadly defined as long-term alterations in temperature and weather patterns. Extreme weather phenomena and heat-related deaths occurring today are consequences of the climate crisis. Accordingly, law is emerging as a superstructure institution in combating the effects of the climate change. However, contemporary positive law is insufficient to address it. In this regard, a recent theory, proposed to protect nature and mitigate the effects of the climate crisis, recommends granting legal rights to nature. Nevertheless, applicability of this theory is controversial. Whilst the European practice addresses environmental law from an anthropocentric perspective, Global South includes instances of granting rights to nature. This article examines the applicability of it, comparing practices in the European and Global South contexts.

Keywords: Climate Crisis, Anthropocentrism, Rights, Rights of Mother Nature, Environmental Law.

GİRİŞ

Dünya, sahip olduğu iklim koşulları ve yaşama olan elverişliliği sayesinde şimdiye kadar üzerinde yaşam keşfedilebilmiş tek gezegendir. Doğanın içerisinde bulunduğu evrimsel süreç, öncelikle canlılığı ortaya çıkarmış, sonrasında canlılığın da çeşitlenerek evrimleşmesini sağlamıştır. Doğal denge, bu evrimde merkezi bir role sahiptir. Öyle ki doğal dengede meydana gelen küçük çaplı değişimler, bir ekosistemi yok edecek sonuçlara yol açabilmektedir.

Birleşmiş Milletlerin (BM) tanımına göre iklim değişikliği, sıcaklık ve hava durumunda meydana gelen uzun süreli değişimlerdir.[1] Bu değişimler, doğal dengeyle de yakından ilişkilidir. Bu çerçevede iklim değişikliği, biyoçeşitlilik kaybı ve çevre kirliliği ile dönüşümlü bir döngü içerisinde bulunmaktadır. Örneğin otoriteler tarafından kritik eşik olarak belirlenen "*1.5*" derecelik küresel sıcaklık artışının artık kaçınılmaz olduğu; hatta birkaç yıl içerisinde aşılacağı belirtilmektedir;[2] küresel çapta sıcaklık artışı bakımından rekor kıran son 50 senelik süreçte ise omurgalı hayvan popülasyonlarının büyüklüğünde ortalama olarak yaklaşık üçte ikilik devasa bir azalış gerçekleşmiştir.[3] Bunun yanı sıra 2022 yılında Avrupa'da kaydedilen ortalama sıcaklığın, endüstri öncesi dönemden "*2.3*" derece yüksek olduğu ve 2023 yılı içerisinde 16 bin kişinin iklim krizinin etkileri nedeniyle hayatını kaybettiği raporlanmıştır.[4] Öte yandan 3-10 Temmuz 2023 haftasında yeryüzündeki en yüksek ortalama sıcaklık rekoru, 3 Temmuz'da "17.01", 4 Temmuz'da "17.18" ve 6 Temmuz'da "17.23" santigrat derece ile tam üç kez kırılmıştır.[5] Dolayısıyla iklim değişikliğinin yakın gelecekte doğal dengeyi

---

1 BM İklim Hareketi, What is Climate Change, https://www.un.org/en/climatechange/what-is-climate-change (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

2 CARRINGTON Damian, "Climate Limit of 1.5C Close to Being Broken, Scientists Warn", The Guardian, https://www.theguardian.com/environment/2022/may/09/climate-limit-of-1-5-c-close-to-being-broken-scientists-warn (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

3 BENLİSOY Foti, "İklim Krizi ve Yaklaşan İçsavaş", **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği**, (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, s. 168; ANGUS Ian, "Biodiversity Crisis: Industrial Farming Has Killed Billions of Birds", Climate&Capitalism, https://climateandcapitalism.com/2023/06/06/industrial-farming-kills-billions-of-birds/ (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

4 Rapor: Avrupa Geçen Yıl İklim Krizinden En Fazla Etkilenen Kıta Oldu, Yeşil Gazete, https://yesilgazete.org/rapor-avrupa-gecen-yil-iklim-krizinden-en-fazla-etkilenen-kita-oldu/ (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

5 CHINNI Dante, "Summer Heat Wave Sends Temperatures and Economic Costs Soaring", NBC News, https://www.nbcnews.com/meet-the-press/data-download/summer-heat-wave-sends-temperatures-economic-costs-soaring-rcna94478 (Erişim Tarihi: 19.07.2023).

bozarak ekosistemleri hatta gezegeni yok etme potansiyelinin bulunduğunu söylemek distopik bir geleceği betimlemekten öte, bir realitedir.[6]

Doğal dengenin bozulmasına neden olan iklim değişikliği, çoğunlukla beşeri faaliyetlerin doğurduğu olumsuz sonuçlar ile ortaya çıkmaktadır. Antroposentrik (insan merkezci) düşüncenin yarattığı kültür-doğa dikotomisi ekseninde insan, kendi yaratımı kültür ile birlikte evrimleşmektedir. İşte "insanlaşmayı" sağlayan kültür evrimi, doğası gereği doğaya karşıttır ve insan da bu süreçte doğayı aşmaya yönelmiş, bunun için "üretim" denilen mekanizmayı kullanmıştır.[7] Üretimin maksimize edilmesi sonucunda ise insan-öteki şeklinde yeni bir dikotomi ortaya çıkmıştır. Bu eksende insanın doğa ile olan ikircikli yapısı, bir efendi-köle metaforu üzerinden şekillenmekte ve bu çerçevede insanın doğa üzerindeki efendiliği yeniden üretilmektedir.[8] Bu efendi-köle ilişkisi, doğanın nesneleştirilmesine yol açmakta ve bu nesneleştirme, sömürüyü yasallaştırmakla birlikte iki tarafın da hak öznesi olduğu bir hukuk sistemi düşüncesini engellemektedir.[9] Öte yandan yine bu nesneleştirme, doğayı bir üretim merkezi olarak görmekle onu adeta "şeyler sahası" konumuna indirgemektedir.[10] Böylece ekonomik yapı ile ekoloji arasındaki çelişkiler süreklileşmiş ve doğa, üretimin nesne ve araçlarını sağlamakla kalmamış aynı zamanda üretimin bir uzantısı hâline gelmiştir.[11] Doğanın hem öznesi hem nesnesi olduğu eşitsiz üretim süreci ise doğal dengeyi bozmaktadır. Doğal dengenin değişmesi, insanın bizzat kendisini de olumsuz yönde etkilemektedir. Bu gerçek, *Donna Harraway*'in bir

---

6 WHEELER Tim / VON BRAUN Joachim, "Climate Change Impacts on Global Food Security", **Science**, C. 341, 2013, s. 510; KARL Thomas R. / TRENBERTH Kevin E., "Modern Global Climate Change", **Science**, C. 302, 2003, s. 1719-1720.

7 TANİLLİ Server, **Uygarlık Tarihi**, 36. Bası, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2021, s. 14; Ayrıca kültür-doğa dikotomisi hakkında detaylı bilgi için bkz. MORIN Edgar, **Yitik Paradigma: İnsan Doğası** (çev. Devrim Çetinkasap), 4. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 79-89.

8 GONZALES Carmen G., "Foreword: Deconstructing the Legal Architecture of the Antropocene", **Locating Nature** (der. Usha Natarajan / Julia Dehm), Cambridge, 2022, s. ix-x; SMITH Neil, **Eşitsiz Gelişim: Doğa, Sermaye ve Mekanın Üretimi** (çev. Esin Soğancılar), Sel Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 82-89; DURMAZ Evrim, **Doğanın Hakları: Çevre Hukukuna Alternatif Bir Kuram**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 10-11.

9 CULLINAN Cormac, **Wild Law: A Manifesto for Earth Justice**, 2. Bası, Green Publishing, Chelsea, 2011, s. 109.

10 FRASER Nancy, "Sermayenin İklimleri" (çev. Deniz Keskin) **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği** (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, s. 55; PEPPER David, "**Eco-Socialism: From Deep Ecology to Social Justice**", Routledge, New York, 1993, s. 79; ORHAN Gözde, "Modernizm ve Kapitalizm Sarmalında Ekoloji: Devlet, Sermaye ve Sivil Toplum", **Praksis**, S. 25, 2011, s. 36.

11 SMITH N., s. 88; DURMAZ, s. 114-115.

pasajında somutlaşmaktadır: "*Şu anda Dünya, insan ve 'insan olmayan' sığınmacılarla dolu ama hiçbirinin sığınağı yok.*"[12]

İşte 20. yüzyılın ikinci yarısında doğal dengedeki bozulmaların, insanı da kötü etkilediği gözle görülür hâle gelmiştir. Dolayısıyla insanlar, bu konuda birtakım düzenlemeler yapılmasının zorunlu olduğunu kavramaya başlamıştır. 1992 BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS),[13] *1997 Kyoto Protokolü*[14] ve *2015 Paris İklim Anlaşması*[15] gibi düzenlemeler de bu tarihten sonra yapılmıştır. Bu doğrultuda iklim değişikliğinin insan üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilmesini hedefleyen düzenlemelerin hukuka yansıması, bir çevre hakkı düşüncesinin geliştirilmesine öncü olmuştur. Öte yandan, *1972 Stockholm Bildirgesi*'nde[16] ilk kez ifade edilen ve sonrasında 1992 BMİDÇS, *1998 Aarhus Konvansiyonu*[17] gibi uluslararası metinlerde de kendisine yer bulan çevre hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)[18] rejiminde ayrıca düzenlenmiş değildir. Avrupa Sosyal Haklar Şartı (ASHŞ)[19] gibi diğer düzenlemelerde ise antroposentrik olarak ele alınmaktadır. Bunun yanı sıra 1972 yılında Roma Kulübü, nüfus artışı ve tüketimin aynen devamı hâlinde 2100'den sonra kaynakların yetersiz kalacağını öngören "*Büyümenin Sınırları Raporu*"nu[20] ve Birleşmiş

---

[12] HARAWAY Donna, "Antroposen, Kapitalosen, Plantasyonosen, Chthulusen: Akrabalıklar Kurmak", (çev. Deniz Keskin), **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği** (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, s. 197.

[13] 24.05.2004 tarihinde Türkiye, sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşme metninin Türkçe çevirisi için bkz. https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/webmenu/webmenu12421_1.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[14] 26.08.2009 tarihinde Türkiye, sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşme metninin Türkçe çevirisi için bkz. https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto_protokol.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[15] 10.11.2021 tarihinde Türkiye, sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşme metninin Türkçe çevirisi için bkz. https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[16] Bildiri metninin İngilizcesi için bkz. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[17] Konvansiyon metninin İngilizcesi için bkz. https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[18] Türkiye, 10.03.1954'te sözleşmeyi onaylamış, Uygun Bulma Kanunu, 19.03.1954'te Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme metninin Türkçe çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

[19] Türkiye, 07.08.1989 tarihinde Sözleşme'ye taraf olmuştur. Sözleşme metninin Türkçesi için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

[20] MEADOWS Donella H. / MEADOWS Dennis L. / RANDERS Jørgen / BEHRENS William W., **The Limits to Growth: A Report fort he Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind**, A Potomac Associates Book, 1971.

Milletler de 1987'de "sürdürülebilir kalkınma" terimini ilk kez kullandığı, çevre ve kalkınma sorunlarına çözüm arayan "*Ortak Geleceğimiz*"[21] raporunu yayınlamıştır. Bununla birlikte ekosentrizme (çevre merkezcilik) bir yönelişi simgeleyen Küresel Güney[22] ülkelerinde çevresel düzenlemeler, Avrupa düzenlemelerine göre çok daha ileri boyuttadır.

Bu çalışmada, doğa, ayrı bir hak öznesi olarak tanınmadığı müddetçe onun yeterli düzeyde korunamayacağı gerçeğinden hareketle, doğanın bir hak öznesi olarak ele alınması gerekliliği, çevre hakkının yalnızca insan hakkı olarak tasavvur edilmesinin yetersizliğiyle birlikte antroposentrik olan ve ekosentrizme uzanan yaklaşımlar ekseninde Avrupa ve Küresel Güney üzerinden karşılaştırmalı olarak incelenerek önerilecektir.

I. DOĞA VE HAKLAR: MODERN BİR KAVRAMI YENİDEN DÜŞÜNMEK

Hak, bir kavram olarak hukuk kuramında güncelliğini yitirmeyecek bir niteliğe sahiptir zira, hak denilen kavramın kendisi de sürekli bir dönüşüm içerisindedir.[23] Hak, modern anlamda hukuk düzeni tarafından tanınan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi sağlayan özgürlük ve menfaatler olarak tanımlanabilir.[24] Bu tanım, insan-dışı varlıkları hak öznesi statüsünden dışlıyor gözükmektedir. Ne var ki bu bakış, hatalı bir düşünceye yol açar. Bunun nedeni, "hak", "sözleşme", "kişilik" gibi kavramların, kendi döneminin verili girdileriyle oluşturulması ve dönem değiştikçe değişen girdilerin bu kavramları da dönüştürüyor olmasıdır. Örneğin antroposentrik olarak "verili" hukuk sistemi, hak sahibi olmanın, hakları kullanmak ile doğrudan ilintili olduğunu ve bu nedenle yalnızca insanların hak sahibi olabileceğini öne sürse[25] de günümüzde "tüzel kişilik" adı altında şirketler, dernek-

---

21 BRUNDTLAND Gro Harlem, **Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development**, Geneva, A/42/427.

22 Bu çalışmada Küresel Güney ülkeleri, Ekvador ve Bolivya ile sınırlandırılmıştır.

23 KABOĞLU İbrahim Özden / YANCI ÖZALP Nihan, **Çevre Hakkı**, 4. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 37-38.

24 GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 401; OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 28. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 133-136; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Yayına Hazırlayanlar: Baki İlkay Engin / Yeşim M. Atamer, 9. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 192-200.

25 KÖYBAŞI Serkan, **İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasalcılık**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 223-224.

ler ve vakıflar, hukuk sistemince "kişi" kabul edilmekte ve hak öznesi olarak tayin edilmektedir. Oysa cismani boyutu dahi bulunmayan bir şirketi hak öznesi yapmak esasında canlı bir varlığın hak öznesi olduğunu kabul etmekten daha fiktif bir düşünüştür.

Yine bu dönüşümü belirtmek için vatandaş kavramına atıfla bir analoji yapılabilir: Eski çağlarda vatandaş kavramı yalnızca özgür, beyaz ve ilgili toprak parçasına bağlı erkekleri deyimlerken günümüzde bu nevi kısıtlamalardan soyut bir vatandaş tanımı yapılmaktadır. İşte, çağımızın verili girdileri de günümüzdeki hukuk sistemlerinin iskeleti olmaktadır. Buna karşın aşırı hava olayları ve bunun sonucunda artan çevresel felaketler, bu girdilerin artık işe yaramadığını göstermektedir. Dolayısıyla, iklim değişikliği ile birlikte alarm veren doğayı daha etkili bir şekilde koruyabilmek için yeni bir hukuk tasavvuru ile bazı kavramları bir "yapısöküme"[26] uğratmak gerekliliği açıktır. Bu yapısöküm, başlamamış veya denenmemiş de değildir. Örneğin pratikte Küresel Güney ülkeleri, doğayı hak öznesi olarak tayin ederken akademik olarak da Ocak 1972'de Christopher D. Stone, "*Should Trees Have Standing?*" isimli makalesiyle hak ve hak sahipliği kavramlarının ne ifade ettiğinden yola çıkmakla beraber, kölelerin, siyahilerin ve kadınların hak sahibi olma sürecine yollama yaparak doğanın da bir hak öznesi olabileceğini ve olması gerektiğini savunmuştur.[27] Bu çalışma, yargı kararlarında karşıoy gerekçelerinde referans gösterilmekle beraber doğanın hakları konusunda önemli bir algı değişimi de sağlamıştır. Esasında bu yapısöküm, dinamik bir kavram olması nedeniyle sürekli değişen hukukun diyalektik doğasına[28] içkin bir zorunluluktur. İşte bu doğrultuda, insanın, insan eliyle ortaya çıkmış kültür-doğa dikotomisinin yarattığı insan-öteki dikotomisini yok edebilmesi için, hayvanları da kapsayan bir Doğa Ana tanımı yapılmasının ve bu Doğa Ana'nın hak öznesi olarak tanınmasının dünya geneline yayılması gerekmektedir. Bu değişim için ise öncelikle antroposentrik düşünceden uzaklaşmak gerekmektedir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki "hak" kavramının koruduğu "menfaat" olgusundan yola çıkarak dahi doğanın ayrı bir hak öznesi olabileceği söyle-

---

[26] "Kavramların iç/dış yapılarının bir söküme uğratılıp daha sonrasında yeniden kurulması" anlamına gelen felsefi akım.

[27] STONE D. Christopher, "**Should Trees Have Standing?: Toward Legal Rights for Natural Objects**", California Law Review, C. 450, 1972, s. 450-502.

[28] Bu ifade ile hukukun, doğası gereği sürekli bir devinim içerisinde bulunan ve Hegelci mantıkla "tez-antitez-sentez" şeklinde gelişen kavramları kastedilmiştir.

nebilir. Doğa Ana'nın hakları, yalnızca etik veya hukuki biçimde temellendirilmek zorunda değildir; biyolojik olarak da doğanın bir hak öznesi olabilmesini destekleyecek bulguların varlığından bahsedilebilir. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki Dünya'nın biyokütlesi, toplam 550 gigaton iken bunun 450 gigatonunu yani yaklaşık %81'ini bitkiler oluşturmaktadır.[29] Dolayısıyla bitkiler, açık ara farkla "biyokütle krallığı"nın dominant türüdür. Salt bu durum dahi türlerin yayılımından yola çıkarak insan dışı varlıkların (yoldaş türlerin)[30] bizim düşündüğümüzden daha kompleks bir yapısının olduğuna ve belki de bir anlamda bizden zeki olduklarına bir delil niteliğindedir. Bitki zekâsı, zekânın tanımıyla alakalı olarak şaşırtıcı bir kavram olabilir fakat zekâ, görece geniş bir şekilde "problem çözme yeteneği"[31] olarak tanımlanırsa yoldaş türlerin de zekâsının bulunduğuna dair şüphe kalmayacaktır.

Nitekim Charles Darwin, henüz 19. yüzyılda yaptığı çalışmalarla bitkilerin zeki olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ona göre her şeyden önce bitkilerin kök ucu, bitkinin hareketini yönlendirerek adeta bir "beyin" görevi görmektedir ve bu yönüyle esasında solucan gibi az gelişmiş hayvanların beyninden işlevsel olarak pek bir farkı yoktur.[32] Darwin'in bu önerisi, zamanın bilim camiasında pek kabul görmemiştir. Yalnız Darwin'in tezi, bitki zekâsı araştırmaları için yalnızca bir başlangıçtır.

Buna ek olarak bitkilerin milyonlarca kök ucu, tek bir sistem içerisinde iş birliğiyle çalışarak bitkilerin "yararına" olan davranış ve hareketleri gerçekleştirebilmeleri için onların "strateji" kurmalarını sağlar.[33] Örneğin bir bitki, ışığa yönelme (*fototropizma*) hareketini gerçekleştirir,[34] bitkinin kökü, büyüyebile-

---

[29] BAR-ON Yinon, M. / PHILLIPS Rob / MILO Ron, "The Biomass Distribution on Earth", **Proceedings of the National Academy of Sciences**, C. 115, S. 25, s. 6507.

[30] Donna Harraway'in literatüre soktuğu "Yoldaş türler" kavramı, bir arada uyumlu bir yaşamın sağlanabilmesi için insan dışı varlıkların alternatif bir adlandırmasıdır. Kavram için bkz. HARAWAY Donna, **Başka Yer Donna Haraway'den Seçme Yazılar**, (çev. Güçsel Pusar), 2. Bası, Metis Kitabevi, 2023.

[31] Bu tanım için bkz. MANCUSO Stefano / VIOLA Alessandra, **Bitki Zekası**, (çev. Almila Çiftçi), 6. Bası, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 116.

[32] DARWIN Charles, R, **The Power of Movement in Plants**, 1880, s. 583, http://darwin-online.org.uk/content/frameset?viewtype=text&itemID=F1325&pageseq=1 (Erişim Tarihi: 19.07.2023).

[33] MANCUSO / VIOLA, s. 127-128.

[34] SMITH Harry, "Phytochromes and Light Signal Perception by Plants-an Emerging Synthesis", **Nature**, C. 407, S. 6804, 2000, s. 487.

ceği şekilde "engelleri aşarak" hareket eder.[35] Bu davranışlar ve hareketler aynı zamanda bitkilerin duyuları olup olmadığı sorusunu akla getirir.

Üstelik yalnızca bitkiler değil mantarlar, mikroorganizmalar dahi kompleks yapılara ve bir anlamda zekaya sahip olabilir. Örneğin mantar miselleri,[36] mantar adına adeta bir "karar verme" yetisi gösterir; diğer organizmalarla etkileşim kurabilir ve hatta kısa süreli hafıza sayesinde uzamsal tanıma ve öğrenme yeteneğine sahip olabilir.[37] Bunun yanında miksobakterilerin[38] hücreleri, kendi sinyalleşme sistemleri doğrultusunda iş birliği içerisinde karmaşık yapılar üretmek veya sosyal varlıklar olarak hareket etmek amacıyla koordine olabilirler.[39]

Bütün bunlar bizlere, yoldaş türlerin, düşündüğümüzden daha karmaşık fonksiyonlarının bulunduğunu ve bir anlamda "zekâya" sahip olduklarını göstermektedir.[40] Bu yönüyle yoldaş türlerin de belirli şeyleri yapmak ve yapmamak bakımından kendilerine ait menfaatleri bulunmaktadır. Dolayısıyla insanın haklarını korumak için çevrenin koruma altına alınmasının yanı sıra, moderniteye içkin "hak" tanımı düşünüldüğünde dahi doğa, sahip olduğu menfaatler ekseninde bir bütün olarak hak öznesi olabilme kapasitesine sahiptir. Zira haklara sahip olmak ile hakları kullanmak ayrı şeylerdir ve iradesi bulunmasa dahi var olan menfaatleriyle hak sahibi olabilecek Doğa Ana, vekillik, kayyımlık gibi müesseseler ile haklarını kullanabilecek bir konuma erişebilir.[41]

Ne var ki antroposentrik düşüncenin etkisiyle gelişmiş ülkelerde ve özellikle AİHS rejiminde doğa, henüz hak öznesi olarak tanımlanmaktan çok uzakta; insanın sahip olduğu çevre hakkı ise ancak son yüzyılda tartışılmaktadır. Bu nedenle doğanın hakları pratiği açısından antroposentrik yaklaşım ile ekosent-

---

35 MANCUSO / VIOLA, s. 68-69.

36 Mantarın ince beyaz filamentlerin meydana getirdiği ağından oluşan vejetatif (yaşamsal) bölümü.

37 MONEY Nicholas P., "Hyphal and Mycelial Consciousness: the Concept of the Fungal Mind", **Fungal Biology**, C. 125, S. 4, 2021, s. 257.

38 Genellikle yağda yaşayan bakteri grubu.

39 MUÑOZ-DORADO Joseph / MARCOS-TORRES Francisco / GARCIA-BRAVO Elena / MORELADA-MUÑOZ Aurelio / PEREZ Juana, "Myxobacteria: Moving, Killing, Feeding, and Surviving Together", **Frontiers in Microbiology**, C. 7, Microbial Physiology and Metabolism, s. 782.

40 DURMAZ, s. 233-235.

41 KAUFFMAN Craig M. / MARTIN Pamela, R., "How Courts are Developing River Rights Jurisprudence: Comparing Guardianship in New Zealand, Colombia and India", **Vermont Journal of Environmental Law**, C. 40, S. 4, 2019, s. 289.

rizme yönelen bir yaklaşımın Avrupa ve Küresel Güney uygulamaları ekseninde karşılaştırmalı olarak incelenmesi, uygulamada da doğanın ayrı bir hak öznesi olarak düzenlenebileceğini gösterebilmek açısından ayrıca önemlidir.

II. ANTROPOSENTRİK DÜŞÜNCE: İNSANIN KIYISINDA

Çevre hakkı, insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hususunda bulunan menfaatinin hukuk alanına yansımasıdır. Böylece çevre hakkı, her şeyden önce insanın sağlıklı bir çevrede yaşaması hakkıdır.[42] Öte yandan belirtmek gerekir ki günümüz hukuk kuramında uluslararası sözleşmelerin de etkisiyle çevre hakkı, aynı zamanda çevreyle ilgili konularda bilgi alma hakkını ve çevreyle ilgili kararlara katılma hakkını da içermektedir.[43] İşte, barındırdığı menfaatlerle birlikte çevre hakkı, bir insan hakkı olarak algılanmakta ve antroposentrik bir tahayyülün ötesine geçememektedir.[44]

A. Genel Olarak

Çevre hakkının bir insan hakkı olarak tanımlanması fikri, 1968 tarihine kadar uzanmaktadır; 1968 yılında, BM Genel Kurulu'nda teknolojik değişimlerin gezegeni ve dolayısıyla insan yaşamını tehdit ettiği, bu konuda bir adım atılması gerektiği öne sürülmüştür.[45] Sonrasında, 70'lerde yaşanan çevresel felaketler ve *Stockholm Bildirisi* gibi kilometre taşları, Çevre Hukuku gibi bir alanı ve dolayısıyla çevre hakkı gibi bir dayanışma hakkını ortaya çıkarmıştır.[46]

---

42 ERTAŞ Şeref, **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, 2. Bası, İleri Kitabevi, İzmir, 2012, s. 82.

43 ERTAŞ, s. 82; ATAPATTU Sumudu, "The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law", **Tulane Environmental Law Journal**, C. 16, S. 1, 2002, s. 90; KNOX John H., "Constructing the Human Right to a Healthy Environment", **Annual Review of Law and Social Science**, C. 16, S. 1, 2020, s.79.

44 Yine de bu konu hakkında süregelen bir tartışma vardır ve çevre hakkı kuramına alternatif olarak doğa ananın ayrı bir hak öznesi olarak tanınması gerektiğini söyleyenler de az değildir. Tartışmalar için bkz. BOYLE Alan, "Human Rights and the Environment: Where Next?", **The European Journal of International Law (EJIL)**, C. 23, S. 3, 2012, s. 613-617.

45 THORME Melissa, "Establishing Environment as a Human Right", **Denver Journal of International Law & Policy**, C. 19, S. 2, 1991, s. 303.

46 BEYERLIN Ulrich / MARAUHN Thilo, **International Environmental Law**, Hart/Beck Publishing, Portland, 2011, s. 5-11; BELL Stuart / MCGILIVRAY Donald / PEDERSEN Ole, **Environmental Law**, 8. Bası, Oxford University Press, Hampshire, 2013, s. 22-23; ATAPATTU, s. 74-78; TURNER Stephen J. / SHELTON Dinah / RAZZAQUE Jona / MCINTYRE Owen / MAY James R., **The Rights of Nature: Guiding our Responsibilities Through Standarts**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 5; KABOĞLU / YANCI ÖZALP, s. 30.

Öte yandan çevre hakkı derken, öncelikle çevrenin ne anlama geldiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Esasında, çevre hakkı ifadesindeki "çevre" tanımı sorunludur ve tam bir mutabakatın nesnesi olamamıştır. Bugünkü kabulüyle ise çevre, bir organizmanın var olduğu ve varlığını sürdürdüğü koşullar olarak tanımlanabilir.[47] Bu çerçevede çevre, organizma olarak insanı merkeze yerleştiren, ötekileştirici bir kavramdır ve çevre hakkı da esasında insanın sağlıklı bir çevrede yaşama menfaatine atıf yapan hukuki kavramdan başka bir şey değildir. Her şeyden önce antroposentrizm, terminoloji sorununda kendisini göstermektedir; çevre hakkı bahsinde, doğanın haklarını düşünme imkânı bile bulamadan insanın çevre hakkı üzerine tartışılmaktadır.

Diğer taraftan, etkisi altında olduğu hümanizm akımı,[48] antroposentrizm düşüncesi, bu düşüncelerin yön verdiği sistemik yapı ve modern toplumun en önemli hedefi olarak görülen ekonomik büyüme nedeniyle Küresel Kuzey,[49] insanı, evrenin merkezinde tasavvur etmekte ve yoldaş türlere sıkı bir tahakküm ilişkisi altında yaklaşmaktadır.[50] Bu çerçevede ekosentrik ve antroposentrik yaklaşımlar arası şiddetli bir çatışma süregelmekte ve antroposentrizm, bu çatışmadan her gün galip ayrılmaktadır.[51]

Bununla birlikte her ne kadar insan merkezli olsa bile bir çevre hakkı önerisinin tartışılmaya başlanması da önemli bir adımdır. Bu çerçevede insanın, doğa üzerinde yarattığı tahribatı fark etmesinden sonra çevre hakkı tartışmasını hukuk kuramının görünen yüzeyine taşımasının üç aşamada gerçekleştiğinden söz edilebilir: demokratik değişimleri tartışan modern anayasacılık akımı, insanları hak kavramını yeniden düşünmeye davet eden haklar devrimi ve dünyanın içerisine girdiği küresel iklim krizi.[52] Bu gelişim

---

47 KISS Alexandre / SHELTON Dinah, **International Environmental Law**, 3. Bası, New York, 2004, s. 2; BELL et al., s. 22-23.

48 Hümanizm" sözcüğünün tercih edilmesinin sebebi, antroposentrik yaklaşımın düşünsel kökeninin hümanizme dayanmasıdır. Hümanizmin müspet özellikleri saklı kalmak kaydıyla gerçekten de insanı merkeze alan, doğanın efendisi hâline getiren başat unsur, yalnızca insan türünün refahına atıf yaparak onun biricikliğini vurgulayan hümanist normlardır.

49 Esasen gelişmiş ülkeleri kapsamakla birlikte bu çalışmada Küresel Kuzey altında AİHS Rejimi incelenecektir.

50 BOYD David R., **The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World**, ECW Press, Toronto, 2017, s. 2-7.

51 RAJAMANI Lavanya / PEEL Jacqueline, **The Oxford Handbook on International Environmental Law**, 2. Bası, Oxford, 2021, s. 6-7.

52 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. BOYD David R., **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment**, UBC Press, Toronto, 2012, s. 4-12.

süreci, çevrenin de hukuki düzlemde korunması için bir çevre hakkı düşüncesinin önünü açmıştır. Ne var ki bu çevre hakkı, antroposentrik olarak düşünülmektedir; çevre hakkı denildiği zaman bu hakkın içeriği, insanın yaşadığı çevre üzerinden yaratılmakta ve bu hakkın ihlâli, çevre kirliliği, gürültü kirliliği gibi fenomenlerin insana olan etkisine referans yapılarak tespit edilmektedir.[53] Bu yönüyle çevre hakkı kuramının çevreyi koruma gayesinden çok insanı koruma gayesi güttüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.[54] Yine bu çerçevede bir insan hakkı olarak çevre hakkı, kendisini iki boyutta gösterir: çevresel kaynaklar üzerinde haklar (genellikle yerlilerin hakları olarak ortaya çıkar) ve belirli bir çevresel kalite, refah ve sürdürülebilirlik standardı içerisinde yaşama hakkı.[55]

İşte çevre hakkı, bir kuram olarak insanın hizmetine sunulmuş niteliktedir. Bununla birlikte günümüzde Küresel Güney ülkelerinin Avrupa ülkeleriyle karşılaştırılmasıyla çevre hakkından doğa ananın haklarına geçişin izlerinin görülmesi de mümkündür.[56]

B. Avrupa Uygulaması

Avrupa uygulaması, belirtildiği üzere çevre hukukunu, antroposentrik bir şekilde düzenlemektedir. Bu çalışmada, bu antroposentrik düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) rejimleri ekseninde incelenecektir.

1. AİHM, Çevre Hakkı ve İklim Değişikliği

AİHS rejiminde, insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, ağırlıklı olarak 2. madde, 8. madde ve 1. Ek Protokol 1. madde altında gündeme gelmektedir.

a. Yaşam Hakkı ve Çevre Hakkı

Temel hak ve özgürlüklerin, hiyerarşik ve piramit bir yapıya sahip olmamasına rağmen yaşam hakkının insanın diğer haklarının kaynağı olduğunu teslim etmek gerekir. Buna göre her şeyden önce yaşam vardır ve yaşam

---

53 THORME, s. 309; FRANCIONI Francesco, "International Human Rights in an Environmental Horizon", **EJIL**, C. 21, S. 1, 2010, s. 45.

54 BOYD, 2012, s. 20-23; WOODS Kerri, "Environmental Human Rights" **The Oxford Handbook of Environmental Political Theory** (der. Teena Gabrielson / Cheryl Hall / John M. Meyer / David Schlosberg), Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 336.

55 WOODS, s. 338.

56 KABOĞLU / YANCI ÖZALP, s. 56-63.

olmazsa sahip olunabilecek hakların da bir anlamı yoktur.[57] Günümüzde gelişen teknoloji ve endüstriyel faaliyetler, aynı zamanda insanın yaşamını da tehdit eden bir boyuta ulaşmıştır. Dolayısıyla yaşamın korunması hususu gitgide daha fazla önem kazanmaktadır.

İnsan ve doğa arasındaki ilişki ve gezegenimizin yapısı gereği insanın, doğa olmadan yaşamını sürdüremeyeceği açıktır. Dolayısıyla çevre hakkı, aynı zamanda yaşam hakkıyla organik bir bağa sahiptir. Bu yönüyle çevre hakkı ve yaşam hakkı arasındaki ilişki, birbirine dönüşebilir niteliktedir.

Yaşam hakkı, Devlet'e yalnızca yaşamı ihlal etmeme yönünde negatif bir yükümlülük yüklemez; bunun yanında yaşam hakkı altında Devlet, egemenlik alanındaki kişilerin yaşamlarının korunması için gerekli adımları atma yönünde pozitif bir yükümlülüğe de sahiptir.[58]

Bununla birlikte AİHS rejiminde yaşam hakkı ile çevre hakkı arasındaki bağlantı, ağırlıklı olarak tehlikeli faaliyetler karşısında insan yaşamının korunması hususunda karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki çevresel yıkıma yol açacak faaliyetlerin de insan yaşamına yönelik dolaylı bir tehdit ve tehlike sayılması yönünde görüşler de bulunmaktadır.[59] Buna karşın AİHM, kararlarında genellikle insan yaşamını doğrudan tehdit eden faaliyetlere yönelik inceleme yapmaktadır. Bu incelemeyle, tehlikeli faaliyetlerin çevresel konularla kesiştiği yerlerde, bu faaliyetlerle ilgili karar vermek için ulusal makamları en etkin konumda görmektedir. Böylece Devletler, bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olmaktadır.[60] Öte yandan inceleme esnasında, AİHM tarafından tehlikeli faaliyetlerde insan yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir risk bulunması zorunluluğu aranmaktadır.[61]

---

[57] SAVCI Bahri, **Yaşama Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 12.

[58] HARRIS David J. / O'BOYLE Michael / BATES Ed / BUCKLEY Carla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (çev. Mehveş Bingöllü Kılcı / Ulaş Karan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 192. Örneğin *Özel ve Diğerleri v. Türkiye* Kararı'nda AİHM, Devlet'in haberi olan deprem riskine karşılık Çınarcık bölgesinde gerekli önleyici tedbirleri almaması ve nihayetinde başvuruculaların yakınlarının hayatını kaybetmesi şeklinde vuku bulan olaylarda Devlet'in, yaşam hakkı altında öngörülen pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığına hükmetmiştir. Karar için bkz. AİHM, Özel ve Diğerleri v. Türkiye, B. No.: 14350/05, 15245/05, 16051/05, 17.11.2015.

[59] THORME, s. 320.

[60] BOYLE, s. 627.

[61] ATAPATTU, s. 100; FRANCIONI, s. 49; DOĞRU Osman, **Yaşama Hakkı**, MRC Basım Yayın, Ankara, 2018, s. 209.

Uygulamada AİHM, *Öneryıldız v. Türkiye Kararı*'nda, tehlikeli faaliyetlerin varlığı durumunda kamu otoritelerinin, faaliyetin kurulmasını, ruhsatlandırılmasını, güvenliğinin sağlanmasını, denetlenmesini kapsayacak ve vatandaşların da faaliyetlerden etkin bir şekilde korunmasını sağlayacak pratik tedbirler almasını zorunlu kılmıştır.[62]

Mahkemenin çevresel risklerle bağlantılı tehlikeli faaliyetler davalarındaki yorumu ise çevre hakkına atıf dahi yapmaksızın yalnız yaşam hakkı incelemesini içerisinde barındırmaktadır. Örneğin *Brincat ve Diğerleri v. Malta* Kararı'nda AİHM, Devletin, işçileri, devlete ait bir gemi tamir havuzunda asbeste maruz kalma risklerinden koruyacak yasal ve idari bir çerçeve oluşturmamasını, 2. maddenin ihlali olarak yorumlamıştır.[63]

Bir başka tehlikeli faaliyet davasında ise AİHM, nükleer testlerin insan yaşamı için risk oluşturduğunu öne süren başvuruculara karşı, insan yaşamını tehdit eden sayısız faaliyet bulunduğunu, bu sebeple yalnızca bir faaliyetin varlığının öne sürülmesinin yetersiz olduğunu; bunun yanında zararın ihlal oluşturabilecek düzeyde olduğunun ve yetkililer tarafından yeterli önleyici tedbirlerin alınmamış olduğunun kanıtlanması gerektiğini hükme bağlamıştır.[64]

Görüldüğü üzere AİHS rejiminde yaşam hakkı ile çevre hakkı arasındaki dönüştürülebilir ilişki göz ardı edilerek faaliyetlerin çevreye verdiği zararın insan yaşamını olumsuz etkilemesi gibi olgulara yeterince değinilmemiş; tehlikeli faaliyetler yalnızca "doğrudan" insan yaşamını ilgilendirdiği ölçüde ele alınmıştır.

b. Özel Yaşam, Çevre Hakkı ve İklim Değişikliği

AİHS rejiminde çevresel konularla ilgili başvurular, genellikle özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında gündeme gelmektedir. Yalnız belirtmek gerekir ki bireyin özel yaşamı içerisinde mütalaa edilen fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı çerçevesinde ortaya çıkan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı,[65] "manzara hakkı" yahut "güzel bir çevrede yaşama hakkı" gibi kav-

---

62 AİHM, *Öneryıldız v. Türkiye*, B. No.: 48939/99, 30.11.2004, §90.

63 AİHM, *Brincat ve Diğerleri v. Malta*, B. No.: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014, §80.

64 *Tauira ve Diğerleri v. Fransa*, Komisyon Kararı, B. No.: 28204/95, 04.12.1995, Aktaran: DOĞRU, s. 209.

65 ARSLAN ÖNCÜ Gülay, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Epamat Basım Yayın, Ankara, 2019, s. 49.

ramları bünyesinde barındırmamaktadır.[66] İhlaller ise genellikle gürültü kirliliği, endüstriyel kirlilik, atıkların arıtılması ve elektromanyetik kirlilik gibi olgular sonucu gündeme gelmektedir.[67] Yine belirtmek gerekir ki bu kapsamda bir ihlal iddiasının AİHM önüne getirilebilmesi için ilgili çevresel kirliliğin, bireyin özel yaşamına, aile hayatına ve konuta saygı hakkına yönelik doğrudan bir etkisinin bulunması ve bu etkinin belirli bir şiddet derecesine ulaşmış olması gerekmektedir.[68] Son tahlilde AİHM, ihlal iddiasının değerlendirilmesinde çevresel kirliliğin yol açtığı menfi etkinin yoğunluğu, süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve çevrenin genel durumunu ölçüt olarak kullanmaktadır.[69]

Örneğin *Chiş v. Romanya* Kararı'nda başvurucunun konutunun bulunduğu mülkün ikinci katında, başvurucu konuta taşındıktan sonra bir bar işletmesi açılmıştır. İlgili işletmede bazı günler ortaya çıkan gürültü seviyesi, uyumayı ve sağlıklı bir aile hayatı yaşamayı engelleyici düzeyde olmaktadır. Gürültü ölçümleri de bu iddiayı destekler niteliktedir. AİHM, konuta bu kadar yakın mesafede bulunan bir bar işletmesinin gürültü düzeyinin belirli bir eşiği aşmasının 8. maddenin ihlali olacağını teslim etmekle birlikte yerel otoriteler tarafından gerekli tedbirler alındığı ve işlemler yapıldığı için başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir.[70] Bu karar, AİHM'in gürültü kirliliği ve özel yaşam arasındaki bağlantıyı kabul etmesi açısından önemli niteliktedir.

Aynı doğrultuda *López Ostra v. İspanya* Kararı'nda[71] başvurucunun konutuna yakın bir yerde bulunan atık arıtma tesisinin faaliyetleri sonucunda başvurucu, kızının sağlığının kötüye gittiğini görmüş ve aynı zamanda evinin değer kaybına uğradığını ifade etmiştir. Bu nedenle başvurucu, yerel makamlardan tesisin kapatılmasını talep etmiştir. Yerel makamlar ise talebi karşılıksız bıraktığı gibi tesisle ilgili önleyici bir tedbir de almamıştır. AİHM, yerel makamların hareketsizliğini, bu makamların pozitif yükümlülüklerine aykırılık olarak değerlendirmiş ve 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir.

---

66 AİHM, *Kyrtatos v. Yunanistan*, B. No: 41666/98, 22.05.2003, §§ 52-53; FRANCIONI, s. 50-51.

67 HARRIS et al., s. 532; ARSLAN ÖNCÜ, s. 50-51.

68 AİHM, *Fadeyeva v. Rusya*, B. No.: 55723/00, 09.06.2005, § 68.

69 AİHM, *Fagerskiöld v. İsveç*, B. No.: 37664/04, 26.02.2008, § 1.

70 AİHM, *Chiş v. Romanya*, B. No.: 55396/07, 09.09.2014, §§ 36-39.

71 AİHM, *López Ostra v. İspanya*, Komisyon Kararı, B. No.: 16798/90, 09.12.1994, §§10-12.

Benzer bir hüküm, *Tatar v. Romanya* Kararı'nda verilmiştir. Mahkeme, kirlilik yaratan bir tesiste gerçekleşen kaza sonucu kirlilik seviyesinin giderek yayılmasıyla birlikte başvurucunun sağlığını tehdit eden bir hâle gelmesini, Devlet'in ise kirlilik seviyesinden haberdar olduğu hâlde gerekli önleyici tedbirleri almaması ve denetim yapmamasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.[72]

Yine *Pavlov ve Diğerleri v. Rusya* Kararı'nda, başvuruculların yaşadıkları Lipetsk şehrindeki ağır endüstriyel kirliliğin başvuruculların yaşamını olumsuz etkilediği iddiaları değerlendirilmiştir. Yerel makamların endüstriyel kirliliği önleyici tedbirler almadığı görülmekle beraber, kirliliğin belirli bir eşiği aştığı raporlarla sabit olduğundan AİHM, bu başvuruda da 8. maddenin ihlaline hükmetmiştir.[73] Buna ek olarak kararda, Yargıç Serghides'in mutabık görüşü, sağlam temele oturan argümanlarla bir çevre hakkı, özellikle de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.[74]

Son olarak 9 Nisan 2024 tarihinde AİHM tarafından iklim değişikliğiyle ilgili olarak verilmiş üç karardan bahsetmek gerekir. Önceki davalardan farklı olarak bu kararlarda çevresel bozulma değil iklim değişikliği konu alınmıştır. Bu kararlar, AİHM önünde iklim değişikliği ile ilgili olarak verilen ilk kararlar olma niteliğini haizdir.

İlk olarak, *Claudia Duarte Agostinho ve Diğerleri v. Portekiz ve 32 Diğer Devlet* Davası'nda[75] başvurucular, Türkiye'nin de içinde bulunduğu 33 Avrupa Konseyi üyesi Devlete karşı, iklim değişikliğine karşı yeterli önlem almadıklarından bahisle haklarının ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'e başvurmuştur. Bu kapsamda başvurucular, Portekiz'de ortaya çıkan orman yangınları sebebiyle 2. maddenin, sıcak hava dalgaları nedeniyle kapalı alanlarda kalmalarına bağlı olarak yaşadıkları fiziksel ve zihinsel rahatsızlıklar nedeniyle 8. maddenin ve genç olmalarına bağlı olarak iklim değişikliğinin yıkıcı etkilerini daha ağır hissetmeleri nedeniyle de ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin 33 devlet tarafından ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

---

72 AİHM, *Tatar v. Romanya*, B. No.: 67021/01, 27.01.2009, §§13-19.

73 AİHM, *Pavlov ve Diğerleri ve Rusya*, B. No.: 31612/09, 11.10.2022, §§77-93.

74 AİHM, *Pavlov ve Diğerleri v. Rusya Yargıç Serghides'in Mutabık Görüşü*, B. No.: 31612/09, 11.10.2022, §§18-22.

75 AİHM, *Claudia Duarte Agostinho ve Diğerleri v. Portekiz ve 32 Diğer Devlet*, B. No.: 39371/20.

Davaya, Uluslararası Af Örgütü ve BM Özel Raportörlerinden David R. Boyd ile Marcos A. Orellana da mütalaa sunmuştur. AİHM, başvuruculların iç hukuk yollarını tüketmediğinden bahisle başvuruyu "kabul edilemez" bulmuştur.

Bu davalardan ikincisi, *Carême v. Fransa* Davası'dır.[76] Bu davada başvurucu, Fransa'nın iklim krizinden etkilenme hususunda yüksek riskli olan *Grande-Synthe* şehrinin eski belediye başkanı olarak Danıştay'dan Fransız Hükümetinin Paris Anlaşması çerçevesindeki taahhütlerine uymak için ek tedbirler almayı reddetme kararını (zımni ret) iptal etmesini istemiştir.[77] Davaya Paris ve Grenoble şehirleri ile bazı çevre koruma dernekleri müdahil olmuştur. Danıştay, davayı kabul edilebilir bulmuştur fakat Carême'in iddialarının evinin 2040 yılında sel riskine maruz kalacağı argümanından öteye geçmediği için başvuruyla ilgili menfaat göstermede yetersiz kaldığına hükmetmiştir. Carême, bu karar üzerine AİHM'e başvurarak Danıştay'ın bu kararının 2. madde ve 8. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, başvurucunun artık *Grande-Synthe* şehrinde yaşamadığı ve şehrin belediye başkanı olmadığı gerekçesiyle başvurucunun iddialarını kabul edilemez bulmuştur.

Nihayet *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre* Davası'nda[78] başvurucu olan yaş almış kadınlar, İsviçre'nin Paris Anlaşması'ndaki taahhütlerine uymadığı, ülkenin sıcaklık ortalamasının küresel sıcaklık ortalamasından iki üç kat hızlı arttığı ve bunun sonucunda aşırı sıcak hava dalgalarının meydana gelmesine rağmen İsviçre'nin harekete geçmediğini belirtmişlerdir. Bununla birlikte başvurucular, iklim değişikliğinden kadınların ve özellikle de hamilelerin daha çok etkilendiğini vurgulayarak İsviçre'nin hareketsizliğinin başvuruculların yaşam ve özel yaşam hakkına aykırı olduğunu, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin başvuruyu keyfi olarak reddetmesinin adil yargılanma hakkını ve başvurunun içeriğiyle ilgilenilmemesinin de etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Davaya, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ve Uluslararası Hukukçular Komisyonu gibi kurumlar müdahil olmuştur.

---

[76] AİHM, *Carême v. Fransa*, B.No: 7189/21, 07.06.2022.

[77] KÖYBAŞI, 2023, s. 399.

[78] AİHM, *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, B. No.: 53600/20, 17.03.2021.

AİHM, iklim değişikliğinin insan haklarından yararlanmayı olumsuz düzeyde etkilediğini belirttikten sonra[79] Devletlerin iklim değişiyle mücadele hususunda özellikle de sera gazı azaltım hedeflerinin gerçekleştirilmesi ve iklim değişikliğiyle mücadaleye yönelik düzenlemeler yapma ve tedbirler alma konusunda pozitif yükümlülükleri bulunduğunun da altını çizmiştir.[80] İsviçre makamlarının ise düzenlemelerin genel çerçevesinde bazı kritik eksikliklerinin bulunduğundan hareketle AİHM, İsviçre'nin pozitif yükümlülüklerine uygun davranmadığına ve başvurucuların özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkına aykırı hareket ettiğine hükmetmiştir.[81] Buna ek olarak başvurucuların mağdur statüsü konusunda da AİHM, bireylerin iklim değişikliğiyle ilgili bir davada mağdur statülerinin bulunması için temel kriterleri "başvuru sahibinin iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine yüksek yoğunlukta maruz kalması" ve "zararı azaltacak makul tedbirlerin yokluğu veya yetersizliği nedeniyle, başvurucuın bireysel olarak korunmasını sağlamaya yönelik acil bir ihtiyaç olması" şeklinde ifade etmiştir.[82] Derneklerin bireyler adına hareket ederek mahkeme önüne bir davayı getirebilmeleri için ise "ilgili yargı alanında yasal olarak kurulmuş olması ya da orada faaliyet gösterme yetkisine sahip olması", "üyelerinin veya ilgili yargı alanındaki diğer bireylerin insan haklarının savunulmasında, bu hakların iklim değişikliğinden kaynaklanan tehditlere karşı korunmasına yönelik yasal hedeflerine uygun özel bir amaç güttüğünü göstermesi" ve "iklim değişikliğinin yaşamları, sağlıkları veya refahları üzerindeki belirli tehditlerine veya olumsuz etkilerine maruz kalan üyeleri veya yargı yetkisi dahilindeki diğer bireyler adına hareket etmek için gerçekten yetkin bir temsilci olarak kabul edilebileceğini göstermesi" gibi temel gereklilikleri koşul olarak belirlemiştir.[83] Buna göre AİHM tarafından başvurucu yaş almış kadınlar bakımından mağdur statüsü şartlarının oluşmadığına hükmedilse[84] de başvurucu derneğin yukarıdaki koşulları sağlaması sonucu mağdur statüsünün bulunduğu karara bağlanmıştır.[85]

---

79 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §§431-436.

80 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §§437-440.

81 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §§573-574.

82 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §487.

83 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §502.

84 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §535.

85 *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, §526.

c. Mülkiyet ve Çevre Hakkı

Mülkiyet hakkı ve çevre hakkı arasındaki ilişki, AİHS rejiminde karşımıza iki boyutlu olarak çıkmaktadır. Bu ilişki çerçevesinde ilk olarak, Devlet'in, bireylerin malvarlıklarını korumaya yönelik bir pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin, çevresel felaketlere karşı önleyici tedbirlerin alınmaması, bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelecektir. Diğer taraftan Devlet, mülkiyet hakkının kullanımını kamu yararıyla özel yarar arasında adil bir denge kurmak suretiyle denetleme yetkisine sahiptir.[86] Örneğin bir mülkiyetin kullanımına yönelik gerçekleştirilen müdahalenin çevreye sağladığı yarar, bireye verdiği zarardan fazlaysa, müdahale, ihlal teşkil etmeyecektir.

Uygulamada, *Öneryıldız v. Türkiye* Kararı'nda[87] davaya konu olaydan iki sene önce belediyeye sunulan bilirkişi raporuna rağmen belediyenin önleyici tedbirler almaması sonucu çöp döküm alanında metan gazı patlaması gerçekleşmiş ve on ev yıkılmıştır. AİHM, kamu otoritesinin bildiği bir tehlikeye rağmen pratik önlemler almamasını ve bunun sonucunda istenmeyen neticenin gerçekleşmesini, mülkiyet hakkı altında öngörülen pozitif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karar, aynı zamanda Devlet'in bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama ve barınmalarını tesis etmesi yönünde bir yükümlülüğünün bulunduğunu da göstermektedir.

Öte yandan Devlet'in mülkiyetin kullanımını denetleme yetkisi bakımından *Fredin v. İsveç (no.1)* Kararı'nda çevrenin korunması için çıkarılan bir yasa sonucunda başvurucunun kum ve çakıl ocağının faaliyetlerinin durdurulması, ağır basan kamu yararı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir.[88]

Aynı yönde *Hamer v. Belçika* Kararı'nda da AİHM, AİHS'te özel olarak çevreyi koruyan bir madde olmamasına karşın çevrenin korunmasının günümüzde giderek önem kazanan bir konu olduğunu ve bu yönde Devlet'in gerekli adımları atması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, orman içerisinde izinsiz inşa edilen evin yıkılmasını çevrenin korunması kapsamında değerlendirmiş ve kamu yararının bireysel yarara ağır bastığını ifade ederek olayda mülkiyet hakkının ihlalinin bulunmadığına hükmetmiştir.[89]

---

86 HARRIS et al., s. 851.

87 *Öneryıldız v. Türkiye*, §§101, 107-108, 136.

88 AİHM, *Fredin v. İsveç (no.1)*, B. No.: 12033/86, 18.02.1991, §§48-56.

89 AİHM, *Hamer v. Belçika*, B.No.: 21861/03, 27.11.2007, §§78-89.

Son olarak *O'Sullivan McCarhthy Mussel Development Ltd. v. İrlanda* Kararı'nda[90] Mahkeme, Avrupa Birliği Çevre Hukuku yükümlülükleri çerçevesinde çevrenin korunması kapsamında İrlanda Hükümetinin endüstriyel şirketlere ve dolayısıyla başvurucu şirkete getirdiği yasal kısıtlamaların hukuka uygun olduğuna, şirketin ağır bir yükün altına sokulmadığına karar vermiş ve ilgili kısıtlamalar neticesinde oluşan kâr kaybının mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

2. ABAD ve Çevre Hakkı

AİHS rejiminin aksine Avrupa Birliği (AB) Hukuku rejiminde çevre, çeşitli belgelerde kendisine yer edinmiştir. Örneğin Roma Antlaşması'nın (Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma)[91] eski 36. şimdiki 30. maddesi, insan, hayvan ve bitki yaşamı ile sağlığını malların serbest dolaşımına yönelik meşru bir sınırlama olarak nitelendirir. Ek olarak AB Temel Haklar Bildirgesi'nin[92] 37. maddesi, açıkça çevrenin en ileri derecede korunması ve çevre kalitesinin geliştirilmesinin AB'nin politikalarına dâhil edilmesini ve bunların uygulanmasının da sürdürülebilir kalkınma esasına göre sağlanmasını gereklilik olarak belirtir. Görüldüğü üzere çevrenin korunmasının AB mevzuatındaki yeri, insan haklarını merkeze alan bir yapıya sahiptir. Bununla birlikte ABAD önüne gelen davalarda AB Temel Haklar Bildirgesi'nin bahsi geçen 37. maddesi, yorumlayıcı bir nitelikten öte kullanılmamıştır.[93]

Bununla birlikte ABAD, AB'nin yargı organı olarak önemli bir konumu haizdir ve onun AB'nin çevre mevzuatı ve mevzuatın uygulanması bakımından kurucu bir niteliği olduğundan söz edilebilir.[94] ABAD'ın 1985 yılındaki

---

90 AİHM, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. v. İrlanda*, B. No.: 44460/16, 07.06.2018.

91 Antlaşma, 25 Mart 1957 tarihinde Fransa, Batı Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından imzalanmış ve 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Maastricht ve Nice Antlaşmaları ile değişikliğe uğrayarak bugünkü hâlini almıştır. Türkçe çevirisi için bkz.: https://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

92 Bildirge, 7 Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesinde Avrupa Parlamentosu Konsey ve Komisyon Başkanları tarafından imzalanarak ilan edilmiştir. Türkçe çevirisi için bkz.: http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/687_1.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

93 KROMMENDIJK Jasper / SANDERINK Dirk, "The Role of Fundamental Rights in the Environmental Case Law of the CJEU", **European Law Open**, C. 2, 2023, ss. 631-634; BOGOJEVIC Sanja, "EU Human Rights Law and Environmental Protection: The Beginning of a Beautiful Friendship?", **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (der. Sionaidh Douglass-Scott / Nicholas Hatzis), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 640.

94 KROMMENDIJK / SANDERINK, s. 617.

Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usages (ADHBU) Kararı,[95] çevre hukuku ile doğrudan ilişki kurduğu ilk kararıdır. Kararda ABAD'a Atık Yağların İmhası Üzerine 75/439 numaralı Direktif'in malların serbest dolaşımı ve rekabet özgürlüğü ilkelerini ihlal edip etmediği sorulmuştur. ABAD, çevrenin korunmasını, topluluğun (sonraki ismiyle AB) temel hedeflerinden biri olarak nitelendirmiş[96] ve bu hususta malların serbest dolaşımı ile rekabet özgürlüğü ilkeleri üzerinde meşru sınırlandırmalar uygulanabileceğini belirtmiştir.[97] Bu kapsamda sonuç olarak, ilgili ilkeler üzerinde meşru sınırlamalar öngören direktifin hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir.

Çevre Hukuku konusunda ABAD önündeki bir diğer önemli dava, 1988 yılında *Danish Bottles* ismiyle ünlenmiş karardır.[98] Davaya konu olay, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun, Danimarka'da bira ve alkolsüz içeceklerin yalnızca yeniden kullanılabilir kutularda pazarlanmasını öngören 397 numaralı ve üreticilerle ithalatçıların buna uygun bir sistem kurmalarını öngören 95 numaralı Yönetmelik'e karşı başvurusudur. ABAD, yönetmeliklerin topluluk ilkelerine kendiliğinden bir aykırılık içermediğini, bununla birlikte kısıtlamaların hukuki olabilmesi için birtakım şartların aynı anda var olması gerektiğini belirtmiştir. Bu şartlar, 1) kısıtlamaların yerli ve ithal ürünlere ayrımcılık yapılmaksızın uygulanabilir olması, 2) topluluğun hukuki rejimi tarafından tanınan ve *Cassis de Dijon* Kararı'nda[99] belirtilmiş zorunlulukları yerine getirmek için gerekli olması ve 3) kısıtlama ile güdülen meşru amaç ile orantılılığın bulunması şeklinde sıralanmıştır.[100] ABAD, söz konusu olaydaki yönetmeliğin şartları sağladığını belirterek başvuruyu reddetmiştir. *Danish Bottles* ile birlikte ABAD, *Cassis de Dijon* Kararı neticesinde kurulan teste ayrımcılık yasağı şartını da ekleyerek testte göz önünde bulundurulması gereken kriterlerin tüketici olarak sayılmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla *Danish Bottles* testi, çevresel nedenler gösterilerek uygulanan

---

95 ABAD, *Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, B. No.: 240/83, 1985, ECR 531.

96 *ADHBU*, §13.

97 *ADHBU*, §§12-15.

98 ABAD, *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark (Danish Bottles)*, B. No.: 302/86, 1988, ECR 4607.

99 ABAD, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, B. No: 120/78, 1979.

100 *Danish Bottles*, §6.

sınırlamaların hukukiliği açısından *Cassis de Dijon* testine göre ulaşılması daha zor bir kriter belirlemiştir.[101]

Bunun yanı sıra ABAD, AB Temel Haklar Bildirgesi'nin ihlali iddiasıyla önüne gelen davalarda da çevre hukukuna değinerek kararlar vermiştir. Bu bağlamda ABAD'ın ilke kararlarından birisi, *Križan* Kararı'dır.[102] Karara konu olay, *Križan* ve 43 diğer başvurucunun düzenli depolama sahalarına verilmiş iznin Entegre Kirliliği Önleme ve Kontrol Direktifi'ni (2008/1/EC) ihlal ettiği nedeniyle iptal edilmesi kararının, başvurucuların Bildirge'nin 17. maddesinde yer alan mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıyla ABAD'a başvurmasıdır. ABAD, mülkiyet hakkının kamu yararı gerekçe gösterilerek ayrımcı olmadan, orantılı, gerekli ve hakkın özünü kısıtlamayan bir şekilde sınırlandırılabileceğini belirterek iznin iptal edilmesini hukuka uygun bulmuştur.[103]

3. ASHK ve Çevre Hakkı

ASHŞ'de çevre hakkını doğrudan ilgilendiren maddelere rastlamak mümkündür. Örneğin 3. maddede, çalışan herkesin güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olması gerektiği; 11. maddede herkesin, ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

ASHŞ'nin denetleme organı ASHK de *Marangopoulos Foundation for Human Rights v. Yunanistan* Kararı'nda[104] ASHŞ'nin 11. maddesinin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını kapsayan bir biçimde yorumlanacağını; Devletlerin ise kirliliği ortadan kaldırma hedefini gerçekleştirmek için makul bir sürede ölçülebilir bir ilerlemeyle kullanılabilecek bütün araçları kullanmak yönünde bir pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir. Bunun yanında linyit madenlerinin yol açtığı çevresel sorunların başvurucuların sağlığına yönelik menfi etkilerini gözeterek Komite, Devlet'in başvurucuların sağlığının korunması, tehlikeli veya sağlıksız mesleklerde çalışanların çalışma saatlerinin kısaltılması, güvenlik ve sağlık önlemlerinin uygulanması

---

[101] JACOBS Francis, "The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment", **Journal of Environmental Law**, C. 18, S. 2, 2006, s. 188.

[102] ABAD, *Jozef Križan and Others v Slovenská inšpekcia životného prostredia (Križan)*, B. No.: C-416/10, 2013.

[103] *Križan*, §§111-116.

[104] ASHK, *Marangopoulos Foundation for Human Rights v. Yunanistan*, B. No.: 30/2005, 06.12.2006, §§194-231.

gibi çalışanların haklarını koruyucu tedbirler almadığını tespit etmiştir. Bu bağlamda, Komite, Devlet'in, ASHŞ'nin 3. ve 11. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Yine *International Federation of Human Rights Leagues v. Yunanistan* Kararı'nda Komite, Asopos Nehri'ne dökülen atıkların geniş alanda büyük çaplı bir çevresel kirliliğe yol açtığını ve bunun Devlet tarafından bilinmesine rağmen Yunanistan'ın 40 yılı aşkın süredir kirliliği önlemek veya kirliliğin etkilerini azaltmak ve civarda bulunan insanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak konusunda hareketsiz kaldığını tespit etmiştir. Dolayısıyla Komite nezdinde Yunanistan'ın hareketsizliği, ASHŞ'nin 11. maddesinin ihlali niteliğindedir.[105]

4. Yerel Yüksek Mahkeme Kararları ve İklim Değişikliği

Son yıllarda yerel mahkemeler önünde "iklim davaları" olarak bilinen yargılamaların sayısında büyük bir artış gözlemlenmektedir. Avrupa'da da birçok yerel mahkeme gün geçtikçe daha fazla iklim davasıyla karşılaşmakta ve bu davaları karara bağlamaktadır. Bu davalardan yüksek mahkemeler önünde görülen ikisi, iklim davaları konusunda özellikle önemlidir. Aynı zamanda yüksek mahkemelerin kararlarının birbirini etkilediği ve birbirine cesaret verdiği göz önünde bulundurulduğunda[106] bu iki kararın etkisinin de hayli büyük olması beklenebilir. Dolayısıyla bu çalışmada da yalnızca bu iki karara, Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin Urgenda Vakfı v. Hollanda Kararı'na[107] (Urgenda) ve Almanya Yüksek Mahkemesi'nin Neubaer ve Diğerleri v. Almanya Başvurusu'na (Neubaer)[108] değinilecektir.

a. Urgenda

Urgenda Vakfı, iklim değişikliğine karşı planlamalar yapıp önlemler geliştiren bir sivil toplum kuruluşu iken 2012 yılında Hollanda Başbakanı'na

---

[105] ASHK, *International Federation of Human Rights Leagues v. Yunanistan*, 72/2011, 23.01.2013, §§131-160.

[106] KÖYBAŞI, 2023, s. 439.

[107] Hollanda Yüksek Mahkemesi, *Urgenda Vakfı v. Hollanda Devleti*, Dava No.: 19/00135, 20.12.2019, Kararın resmi İngilizce çevirisi için bkz. https://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/ (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

[108] Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, *Neubaer ve Diğerleri v. Almanya*, B. No.: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 24.03.2021, Kararın resmi İngilizce çevirisi için bkz. https://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/ (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

iklim değişikliğinin etkilerini artıran emisyonların azaltılması için gerekli bütün önlemlerin alınmasını talep eden bir mektup yazarak davaya konu süreci başlatmıştır. Hollanda hükümeti, vakfın taleplerinin karşılanması hususunda yeterli uluslararası uygulamanın bulunmadığını ve hükümetin halihazırda 2020 yılında, 30 yıl öncesine nazaran emisyonları %17 oranında azaltma hedefinin bulunduğunu ifade ederek cevap vermiştir. Bunun üzerine Urgenda Vakfı, bu hedefin yetersiz olduğunu belirterek 2013 yılında hükümete karşı AİHS'in 2. ve 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ve azaltım hedeflerinin en az %25 ile %40 arasında bir orana yükseltilmesi talebiyle dava açmıştır.

Davada ilk derece mahkemesinde de temyizde de vakıf lehine karar çıkmış ve bunun üzerine konu Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, ilk olarak iklim değişikliğinin sonuçlarının insanların yaşamını ve refahını tehdit edecek boyutta olması nedeniyle Devlet'in iklim değişikliğinin etkilerini azaltmaya yönelik önlemler alma yükümlülüğünün bulunduğunu tespit etmiştir.[109] Buna ek olarak Yüksek Mahkeme, çığır açıcı bir şekilde deniz seviyelerindeki ani yükselmelerin Hollanda'nın bir kısmını yaşanamaz hâle getirerek nüfusun geniş kesimlerinin etkilenmesine neden olabileceğine, bu durumun belki birkaç on yıl sonra gerçekleşebilecek olmasının ise söz konusu riskin AİHS'in 2 ve 8. maddelerinin koruması altında bulunmadığı anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir.[110]

Yüksek Mahkeme, aynı şekilde Urgenda Vakfı'nın talebi doğrultusunda Hollanda Hükümeti'nin pozitif yükümlülüğü olarak emisyon azaltım hedefini en az %25 olarak belirlemesi gerektiğine hükmederek bu oranın "mutlak asgari" olduğunu ifade etmiş ve iklim değişikliğinin ağır sonuçlarını önlemek adına bunun bir zorunluluk olduğuna hükmetmiştir.[111] Urgenda Kararı, tespitleri ve hükümleriyle bir yüksek mahkemenin Devletlerin gereklilik hâlinde iklim hedeflerini artırması yönünde bir pozitif yükümlülüğü bulunduğuna dair ulusal alanda verilmiş ilk karar olma ünvanını da elde etmiştir.

b. Neubaer

2021 yılında Almanya, Bangladeş ve Nepal'den bir grup genç, Almaya'nın karbon emisyonunun 2030 yılında 40 yıl öncesine göre %55 azaltıl-

[109] *Urgenda Vakfı v. Hollanda Devleti*, §5.6.2.

[110] *Urgenda Vakfı v. Hollanda Devleti*, §5.6.2.

[111] *Urgenda Vakfı v. Hollanda Devleti*, §§7.5.1-7.5.3.

masını ve 2050 yılında karbon nötr olmasını öngören Almanya Federal İklim Değişikliği Kanunu'nun 2030 ile 2050 yılları arasında nasıl bir yol izleneceğini belirtmemesi sebebiyle yetersiz ve muğlak olduğunu belirterek hükümete dava açmıştır.

Başvurucular, Almanya Anayasası'nın 2(2) hükmünde güvence altına alınan yaşamın ve fiziksel bütünlüğün korunması hakkıyla 14(1) hükmünde korunan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Mahkeme, Kanun'da 2030 ile 2050 arasında emisyon azaltım hedeflerinin nasıl güncelleneceğine ve hükümetin nasıl bir yol izleyeceğine dair yeterli düzenleme bulunmamasından ötürü İklim Değişikliği Kanunu'nun, Anayasa'nın 2(2) hükmünde belirtilen yaşam hakkına ve doğal yaşam kaynaklarının ve hayvanların korunmasına ilişkin 20(a) hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir.[112]

Mahkeme, aynı zamanda bir neslin iklim hedefleri konusunda görece küçük bir yükün altına girerek karbon bütçesini büyük oranda kullanıp asıl azaltım sorumluluğunu kendisinden sonra gelecek nesillere yüklemesini "orantılılık" ilkesine aykırı bularak bu tutumun sonraki nesillerin hayatlarını ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkileyeceğine hükmetmiştir.[113]

Bunun yanı sıra Mahkeme, Almanya'nın iklim değişikliğine katkısının %2 olarak hesaplanmasına rağmen bu yüzdenin Almanya'nın hareketsizliğine gerekçe olamayacağını ve Almanya'nın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir.[114]

Nitekim karardan hemen sonra Almanya Parlamentosu, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından gösterilen eksikliği gidererek karbon nötr olma hedefini de 5 yıl öne çekip 2045 olarak belirlemiştir.[115] Kararın etkisini bu değişiklikte de görmek mümkündür.

---

[112] *Neubaer ve Diğerleri v. Almanya*, §§182, 195.

[113] *Neubaer ve Diğerleri v. Almanya*, §192.

[114] *Neubaer ve Diğerleri v. Almanya*, §§201-202.

[115] Ne var ki bu değişiklik de bir grup Alman genç tarafından yetersiz görülmüş ve Almanya'nın iklim değişikliğinin etkilerini azaltma hedeflerinin hâlâ yetersiz ve bu eksikliklerin bireylerin medeni haklarını ihlal edebilecek nitelikte olduğundan bahisle Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne henüz görülmekte olan bir dava daha gelmiştir. Bkz. Steinmetz ve Diğerleri v. Almanya, B. No.: 1 BvR 2047/23, 24.10.2023.

5. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Avrupa uygulaması, hâlihazırda çok kısıtlı olan çevresel mevzuatını insan haklarına yaptığı referansla düzenlemektedir. Bu bağlamda Avrupa uygulaması aslında gelişmiş ülkelerin çevre hukukuna bakışının bir izdüşümünü yansıtmaktadır. Öyle ki insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, insanın su hakkı gibi çevresel haklar, bazı belgelerde ayrı bir hak olarak dahi düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra Avrupa özelinde ise doğanın ayrı bir hak öznesi olarak değerlendirilmesi hem doğayı bütünsel biçimde kapsamamaktadır[116] hem de yetersiz kalmaktadır. Doğanın kendisi bir değere sahip olduğu için değil de insanların refahı için korunması ise insanların menfaatleriyle doğanın korunması ilkesi çakıştığında doğanın korunması aleyhine taviz verilebilmesine yol açmaktadır. Endüstriyelleşme sonucu doğanın katledilerek imara açılması gibi olgular, antroposentrik normların yetersizliğini göstermektedir. Yerel yüksek mahkemeler önündeki iklim davaları ise umut verici nitelikte olmakla birlikte insanın haklarını ve dolayısıyla antroposentrizmi esas almaya devam etmektedir. Dolayısıyla antroposentrik Avrupa uygulaması, günümüzün ihtiyaçlarına cevap verebilmek açısından yetersizken iklim krizi de her geçen gün daha da derinleşmektedir.

III. EKOSENTRİZME YÖNELİŞ: KÜRESEL GÜNEY

Küresel Güney'de çevre hakkı anlayışı, Batı'nın antroposentrik normlarından biraz farklıdır; burada çevre hakkı, antroposentrizmden uzaklaşmakla birlikte yerini yavaş yavaş doğa ananın hakları anlayışına bırakmaktadır. İşte çevre hakkına alternatif olarak doğanın hakları; insanı merkeze koymayan, doğayı, canlı ve birbiriyle etkileşimli organik bir dünyaya sahip, devinimsel ve karmaşık yaşam biçimlerinin evrimi olarak tanımlayan bir kuramdır.[117] Bu çerçevede -belki biraz da iklimsel şartların etkisiyle[118] yalnız insan refahını düşünen anlayış, yasal ve toplumsal düzlemde bir süre önce terk edilmiştir. Ekvador[119] ve Bolivya, "Doğa Ananın Hakları" konusunda bütün dünyada önde gelen ülkelerden olmakla birlikte Kolombiya ve Peru da bu

---

[116] Örneğin İspanya'da bir su lagününe kişilik tanınması gibi ayrıksı örnekler mevcut olmakla birlikte bu konuda kapsayıcı ve yeterli bir adım atılamamıştır.

[117] DURMAZ, s. 27.

[118] Ekvator çizgisine yakın olan ülkelerde biyoçeşitlilik artmaktadır. Ekvador, Brezilya, Endonezya gibi Küresel Güney ülkelerinin doğal zenginlikleri de bunun göstergesidir.

[119] Ülkenin ismini "Ekvador" yahut "Ekvator" şeklinde yazanlar vardır. Buna karşın "Ekvator çizgisi" ile karışmaması amacıyla bu çalışmada "Ekvador" yazımı tercih edilmiştir.

ülkelerden etkilenerek doğanın hakları konusunda önemli düzenlemelere imza attığı için bu bölümde de Ekvador, Bolivya, Kolombiya ve Peru uygulamaları incelenecektir.

A. Genel Olarak

Ekosentrizme yaklaşımı simgeleyen Küresel Güney'in çevre mevzuatında AİHS rejiminden hayli ileri düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin, Küresel Güney'in bazı temsilcilerinde doğa, hak öznesi olarak ifade edilmiş; doğaya yaşam hakkıyla sınırlı kalmayan birtakım haklar tanınmıştır.[120] Örneğin, 2008 yılında kabul edilen Ekvador Anayasası'nda[121] 71. madde, doğaya var olma, yaşam döngü ve işlevlerinin ve evrimsel süreçlerinin korunması ve yeniden canlandırılması hakkı tanımışken 72. madde ise doğanın yeniden sağlığına kavuşma hakkı bulunduğunu hüküm altına almıştır.[122] Doğanın anayasal hak öznesi olarak kabulü, bu yönüyle çevresel hakların doğrudan içerisinde olan nesnelerin de korunmasını sağlayarak doğanın değer ve harikalarının sürekliliğine katkı sağlamaktadır.[123]

Öte yandan Ekvador'un *Sarayaku* Bölgesi'ndeki Keçuva yerlilerinin Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesine (AAİHM) giden bir davası ise "iyi ve uyumlu yaşama" felsefesini ifade eden *buen vivir* düşüncesinin Yüksek Mahkemelerce tanındığını göstermektedir. *Keçuva Yerlileri v. Ekvador Kararı*'nda[124] AAİHM, Devlet'in, yerlilerin görüşünü almaksızın yerlilerin bulunduğu bölge üzerinde özel bir şirketin petrol arama ve çıkarma çalışmalarına izin vermesini, yerlilerin, bölgeleri ile kurdukları ilişkinin özel yapısı da göz önüne alındığında Birleşmiş Milletler Yerli Halklar Hakları Bildirgesinin 32. maddesinde öngörülen önceden danışılma hakkına ve ayrıca ortak mülkiyet hakkına aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böylece AAİHM, Sarayaku yerlilerinin yaşadıkları alanla geliştirdikleri özel ilişkileri ve yaşadıkları bölgeyle gösterdikleri uyumu tanımış bulunmaktadır. Karar, bu yönüyle Ekvador halkının *buen vivir* felsefesine ve doğasına bağlılıklarının ve

---

120 RAJAMANI / PEEL, s. 7.

121 Ekvador ve nice diğer ülkelerin anayasalarına erişebilmek için bkz. https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force&status=is_draft (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

122 Bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

123 MAY James R. / DALY Erin, **Global Environmental Constitutionalism**, Cambridge, 2014, s. 256.

124 AAİHM, *Keçuva Sarayaku Yerlileri v. Ekvador*, Dava No.: 245, 27.06.2012.

bu bağlılıklarının bir hak olarak yüksek mahkemeler nezdinde koruma altında bulunduğunun göstergesi niteliğindedir. Bunun yanı sıra Mahkeme, ilgili faaliyetler esnasında bölgede yer alan patlayıcıların patlaması sonucu gerçekleşen olayların aynı zamanda yaşam hakkına, vücut bütünlüğü ve kişisel özgürlük hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir.

Yine Bolivya'da 2010 yılında Cochabamba'da toplanan 35.000'i aşkın insan, konferans sonucunda "Toprak Ana Hakları Evrensel Bildirgesi Taslağı" ismiyle bir metin yayımlamış ve bu metni kabul etmesi için Birleşmiş Milletler'e ulaştırmıştır. Metinde toprak ananın kimlik ve bütünlüğünü koruma hakkı, kirlilikten ve radyoaktif maddelerden korunma hakkı, refah içerisinde yaşama hakkı gibi hakları olduğu belirtilmiştir. Öte yandan anayasal düzeyde de çevre hakkına ilişkin düzenlemelerin bulunduğu Bolivya'da, Anayasaya ek olarak "Doğa Ananın Hakları Kanunu" isimli 10 maddelik bir kanun çıkarılmış ve bu kanunda doğa ananın yaşama, kirletilmeme, saygı görme hakkı bulunduğu hüküm altına alınarak birtakım kapsamlı düzenlemelere de yer verilmiştir.[125]

Bunun yanı sıra Kolombiya'da Anayasa Mahkemesi, 2016 yılında Atrato Nehrini hak öznesi tayin etmiş[126] ve Peru'da ise Melgar ve Orurillo Belediyeleri nehirleri ve suları hak öznesi olarak tanırlarken 2021 yılında da parlamentoda bir yasa tasarısı hazırlanmış, çeşitli revizelerle 2023 yılında son hâline gelmiştir.[127]

Görüldüğü üzere çevre mevzuatında yalnız insanı koruyan Küresel Kuzey'e göre Küresel Güney, antroposentrizmden daha uzak, çevreyi daha çok koruyan bir mevzuata sahiptir. Ayrıca bu mevzuat, hukuku üreten araç olan yargı kararlarıyla da güçlendirilmektedir.

B. *Buen Vivir*: Ekvador Uygulaması

Ekvador, Orta Amerika'da bulunan, olağanüstü biyoçeşitliliğe sahip bir Küresel Güney ülkesidir. Ekvador'un sahip olduğu zengin biyoçeşitlilik,

---

[125] Kanun metninin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.worldfuturefund.org/Projects/Indicators/motherearthbolivia.html (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

[126] Kolombiya Anayasa Mahkemesi, *Center for Social Justice Studies et al. v. Presidency of the Republic et al.* (*Atrato Nehri Davası*), Judgment T-622/16, çev. Dignity Rights Project, Delaware Law School, 10.11.2016, https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2016/20161125_T-62216_judgment.pdf (Erişim Tarihi. 22.02.2024).

[127] Proyecto de Ley que Reconoce Derechos de la Naturaleza, los Ecosistemas y Las Especies, 2023, https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/12/Proyecto-Ley-06638-2023-CR-LPDerecho.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

bölge halkının doğayla uyumlu ilişkiler geliştirmesini ve bunun sonucunda Ekvador'da yetkin bir çevre mevzuatı gelişimini kolaylaştırmıştır. Bunun en önemli etkenlerinden olan, "iyi yaşam", "uyumlu yaşama" anlamına gelen ve yerliler tarafından alternatif bir kalkınma hareketi olarak başlatılan *buen vivir* akımı da bu çalışmada Ekvador'a referansla kullanılacaktır.

Ekvador'da çevre hakkından doğanın haklarına geçişi simgeleyen düzenlemeler, 2008 tarihli Ekvador Anayasası'na ve bu doğrultuda verilen yargı kararlarına dayanmaktadır. Ekvador Anayasası'nda 2008 değişikliğiyle doğa da ayrı bir hak öznesi olarak tanınmıştır. Bu yönüyle Ekvador, doğayı hak öznesi olarak tanıyan ilk ülke ünvanını[128] haizdir. Ekvador Anayasası bu yönüyle, çevre hakkı uygulamalarında süregelen antroposentrik gelenekten bir kopuşu simgelemektedir.[129]

Ekvador Anayasası'nın "Haklar" kısmının ikinci bölümü, "iyi bir yaşam için haklar"ı düzenlemektedir. Bu doğrultuda 12. madde, insanların su hakkını güvence altına almışken 13. madde ise insanların -tercihen yerli üretim olan- sağlıklı, yeterli ve besleyici yemeklere ulaşma hakkının bulunduğunun altını çizmiştir. Bu maddenin kaynağı, hiç şüphesiz dünyada çeşitli ülkelerde bir hayli desteklenen "*slow food*"[130] akımıdır.

Yine Anayasanın 14 ve 15. maddeleri, *buen vivir* hareketini anayasal bir ilke olarak benimsemiş ve insanların sağlıklı ve ekolojik olarak dengeli bir çevrede yaşama hakkının bulunduğunu ifade etmiştir. Bu maddelerle ayrıca ekosistemlerin, biyoçeşitliliğin ve ulusal doğal varlıkların korunması ve iyileştirilmesi, kamu yararı olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi Anayasanın 12-15. maddeleri, insanın çevre hakkını güvence altına almaktadır. Buna karşın, Ekvador Anayasası'nda doğanın hakları da "Haklar" kısmının yedinci bölümünde, 71-74. maddeler arasında düzenlenmiştir.

---

[128] Temmuz 2023'te TDK'de yapılan güncellemelerle birlikte eski yazım olan "unvan" terk edilmiş ve kelime, "ünvan" şeklinde yazılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla bu çalışmada da "ünvan" yazımı tercih edilmiştir.

[129] MAY / DALY, s. 257; ŞİRİN Tolga, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları", **Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler** (der. Fevzi Özlüer / Aykut Çoban), Ekoloji Kolektifi, Ankara, 2016, s. 47.

[130] 1986 yılında Carlo Petrini tarafından başlatılan ve fast foodun bir alternatifi olarak yerel ve geleneksel yemekleri, yerel ekosistemlerin korunmasını teşvik eden bir yemek yeme akımı.

71. madde, *Pacha Mama* olarak ifade edilen toprak (doğa) ananın varlığının bütüncül bir şekilde korunması hakkı bulunduğunu belirterek bu hakkı güvence altına alır.

Bunun yanında 72. madde, doğanın yeniden sağlığına kavuşma (*restorasyon*) hakkına, var olma, hayatta kalma ve yaşamsal döngülerini, yapısını, işlevini ve evrimsel süreçlerini koruma ve yenileme hakkına sahip olduğunu güvence altına alırken 73. madde de Devlet'in, canlı türlerinin yok olmasına, ekosistemin tahrip edilmesine ve doğal döngünün kalıcı olarak değişime uğramasına neden olacak eylemlere karşı tedbir almak veya kısıtlama getirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Nihayet 74. madde, esasında bir insan hakkını güvence altına almıştır: kişiler, topluluklar, halklar ve milletler, *buen vivir*'i gerçekleştirebilmek için çevre ve doğal kaynaklardan yararlanma hakkına sahiptir.[131]

Yasal düzenlemelerle doğaya haklar tanıyan Ekvador, çevre hakkı uygulamalarını sadece bir retorikten ibaret görmemiş, yargıya da yansıtabilmiştir.

Kronolojik olarak başlangıç, *Vilcabamba Nehri Davası* olarak hafızalara kazınmış yerel mahkeme kararıdır. Olayda nehir kenarında mülk sahibi olan iki kişi, komşuluk ilişkileri kapsamında *buen vivir*'in gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu düşüncesinden yola çıkarak "cennet bahçesi" (*garden of paradise*) isimli bir proje yürütmektedir. *Loja Bölgesel Yönetimi* ise nehir kenarında yer alan bir otobanın sınırlarını genişletmek niyetindedir. Başvurucular *Richard Wheeler* ve *Norie Huddle*, çalışmalar sırasında yol kenarındaki kayaların nehre kaydığını ve molozların da nehir yatağına dökülmek suretiyle nehrin akışını etkilediğini ileri sürmüştür. Başvurucular, ilk olarak kendi mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiasından yola çıkarak tazminat talebinde bulunmuşlardır fakat yerel mahkeme, bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvurucular, anayasal hakları bulunan *Vilcabamba Nehri* için bir dava açmışlardır. Başvurucular, *buen vivir* ilkesinin doğayla uygun yaşamayı gerektirdiğine yönelik 175. maddeye ve suyu doğanın kritik unsuru olarak tanımlayan 318. maddeye atıfla *Vilcabamba Nehri*'nin haklarının korunmasını talep etmişlerdir.[132]

---

[131] Ekvador Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

[132] DURMAZ, s. 291; ŞİRİN, 2016, s. 51.

Mahkeme, kararında doğanın var olma hakkının bulunduğunu belirtmesinin yanı sıra doğanın haklarıyla diğer hakların çatışması durumunda doğanın hakları lehine tavır alınması gerektiğini, doğanın sadece kesin tahribatlara karşı değil, tahribat riskine karşı da korunması gerektiğini ve doğanın haklarının, gelecek kuşak haklarına içkin olduğunu tespit ederek *Vilcabamba Nehri*'nin haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[133]

Yine yakın zamanda Ekvador Anayasa Mahkemesi, *Los Cedros Davası*'nda[134] doğanın haklarından yana bir karara imza atmıştır. Dava konusu olay, 2017 yılında Devlet'in, "*ENAMI EP*" isimli şirkete madencilik imtiyazı tanıması ve daha sonra şirketin *Los Cedros* isimli yağmur ormanında maden aramak için faaliyetlere başlamasıdır.[135] Bunun üzerine yerliler tarafından *Los Cedros*'un haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yerel mahkemeye başvurulmuştur. Yerel mahkeme, başvuruyu kısmen kabul edip faaliyetlerin durdurulmasına karar verse de bir grup yerli, yerel mahkeme kararıyla tatmin olmayıp doğanın haklarının açıkça tanınması amacıyla kararı Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Anayasa Mahkemesi, verilen madencilik izinlerinin *And Ayısı*'na, nesli tükenmekte olan kurbağalara, düzinelerce nadir orkide türüne ve dünyanın en nadir primatlarından biri olan Kara Başlı Örümcek Maymununa ev sahipliği yapan ormanın biyoçeşitliliğine zarar vereceğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, doğanın haklarının da sadece özel olarak koruma altında bulunan alanlarda değil ülke sınırları bütününde geçerli olduğunu ifade etmiştir.[136]

Görüldüğü üzere Ekvador, çevre hakkı uygulamalarını yalnızca insanın çevre hakkı kavramına indirgememekte, doğanın haklarına bir geçişle birlikte doğanın da ayrıca hak öznesi olarak tanımlandığı bir sistemi hayata geçirmektedir. Bu yönüyle Ekvador, dünyada bir ilke imza atarak bir devrimi, bir kopuşu simgelemekte ve doğanın korunması hususunda yenilikçiliğiyle ön plana çıkmaktadır.

---

[133] GREEN Natalia, "The First Successful Case of the Rights of Nature Implementation in Ecuador, Global Alliance for the Rights of Nature", (2011), https://www.earthlaws.org.au/wp-content/uploads/2016/07/RON_Vilcabamba-Ecuador-Case-complete.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2023); TURNER et al. s. 397.

[134] Ekvador Anayasa Mahkemesi, *Los Cedros Ormanı Kararı*, 166-15, Dava No.: 0507-12, 24.05.2015.

[135] PRIETO Gustavo, The Los Cedros Forest Has Rights, **Verfassungsblog**, 2021, https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/ (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

[136] KÖYBAŞI, 2023, s. 447-449; KÖYBAŞI Serkan, "Doğa Ana'nın Haklarının Tanınmasının Anayasa Yargısına Etkisi", **8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı** (ed. K. Emre Gökyayla), Asos Yayınevi, Elazığ, 2022, s. 399-401.

C. Cochabamba'da Bir Kıvılcım: Bolivya Uygulaması

Ekvador'un "*Pacha Mama*" konusunda yaptığı düzenlemeler, bir başka Latin Amerika ülkesine, Bolivya'ya bir örnek teşkil etmiştir. Bolivya, Çevre Hukuku düzenlemeleriyle Ekvador'dan daha kapsamlı bir Çevre Hukuku sistemi oluşturmayı hedeflemektedir. İşte bu hedef, Bolivya'nın çevre mevzuatının gövdesini teşkil eder.

Bolivya'nın yasal düzenlemeleri, Ekvador'da yapılan anayasa değişikliğinin hemen sonrasına dayanmaktadır. 2009 yılında yürürlüğe giren Bolivya Anayasası, insanın çevre hakkını açıkça düzenlemiştir. Bolivya Anayasası'nın 33. maddesi, herkesin sağlıklı, korunan ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğunu güvence altına almış ve gelecek nesillerin de bu haktan yararlanacağını (gelecek nesillerin gelişimine uygun bir çevre gereksinimini) ifade ederek Ekvador'a benzer bir çevre hakkı düzenlemesinde bulunmuştur. 34. maddede ise herkesin çevreye karşı gerçekleştirilen saldırılar dolayısıyla bizzat dava açma hakkının bulunduğu belirtilerek çevre hakkı uygulaması güçlendirilmiştir. Yine 16. maddede herkesin su hakkı bulunduğu güvence altına alınmakla birlikte 20. maddede su hakkı açıkça bir insan hakkı olarak tanımlanmıştır. Bundan başka 108. maddede doğal kaynakların korunması ve gelecek kuşakların da doğal kaynakları kullanabilmeleri için bu kaynakların sürdürülebilir kullanımı ve nihayet çevrenin canlıların gelişimine uygun bir şekilde korunması tüm Bolivyalıların görevleri arasında sayılmıştır.[137] Son olarak, Bolivya sınırları içerisinde Tarım-Çevre Mahkemesi isimli bir organ yüksek mahkeme olarak düzenlenmiş ve 186-190. maddeler arasında mahkemenin yargı yetkisi belirtilmekle birlikte bu mahkemenin su, fauna, flora ve ekosistemle ilgili spesifik olan birtakım konularda sosyal yardım, bütünsellik, sürdürülebilirlik, doğrudanlık ve kültürlerarasılık gibi ilkelerle yönetileceği hüküm altına alınmıştır.[138]

Bolivya Anayasası'nın çevre hakkı mevzuatı epey kapsamlıdır. Öyle ki detaylı düzenlemelerle çevre hakkı konusunda uygun adımlar atılması ve çevrenin korunması düşünülmüştür.[139] Yalnız belirtmek gerekir ki şu haliyle

---

[137] 2009 Bolivya Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2023); DURMAZ, s. 304-310.

[138] ŞİRİN Tolga, "Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar", **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik** (ed. Mahmut Fevzi Özlüer / Ilgın Özkaya Özlüer / Tolga Şirin / Nazım Odabaşı), Phoenix, Ankara, 2012, s. 21.

[139] ŞİRİN, 2012, s. 17-18.

Bolivya Anayasası, Çevre Hukuku konusunda antroposentrik bir düşünüşün ötesine geçememiştir. İlgili maddelerin hepsi, özünde insanın korunmasını içermekle birlikte doğayı açıkça hak öznesi olarak tanımlamaktan uzaktır. Bu nevi bir kıvılcım için sonraki seneyi beklemek gerekecektir; 2010 yılında *Cochabamba*'da bu kıvılcım ortaya atılacak ve ateşe dönüşmesi umut edilecektir.

Gerçekten de 2010 yılında 35.000'i aşkın kişiyle birlikte bir forum yapılmış ve bu foruma bütün dünya halklarından katılım gerçekleşmiştir. Bu forumun sonrasında Toprak Ana Hakları Evrensel Bildirgesi Taslağı yayınlanmış[140] ve Bildirge, kabul edilmesi için BM'ye ulaştırılmıştır. Bildirge'de Toprak (Doğa) Ananın yaşama ve var olma hakkı, yaşam kaynağı olarak su hakkı, kendi evrimsel döngü ve süreçlerini insan tarafından bozulmadan devam ettirebilme ve biyolojik kapasitesini yeniden oluşturma hakkı gibi hakları tanınmakla birlikte aynı zamanda insanların, toprak anayla uyum içinde yaşamaya dair öğrenme, analiz, yorumlama ve teşvik gibi yükümlülüklerinin bulunduğunun altı çizilmiştir.[141] *Cochabamba*'da ortaya çıkan bu taslak, Bolivya özelinde de doğanın hak öznesi olarak tanımlanabilmesi hususunda bir kıvılcım çıkarmıştır ve bu kıvılcım, bir kanunla alevlenecektir.

İşte *Cochabamba*'nın da etkisiyle forumdan hemen sonra Bolivya'da, "Doğa Ananın Hakları Kanunu" isimli 10 maddelik bir kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun, doğa ile uyum, ortak iyi, doğanın onarılma hakkı, doğanın haklarının savunulması ve bu haklara saygı gösterilmesi, doğanın ticari faaliyetlere konu olmaması ve çok kültürlülük ilkelerine dayanmıştır. Bundan başka kanunda doğa ana ve yaşayan sistemler tanımlanmış ve doğanın hukuki statüsü, kolektif kamu yararı olarak belirlenmiştir (bu karaktere dayanmaktadır). Nihayet bu kanunla birlikte doğa anaya yaşama hakkı, su hakkı, temiz hava hakkı, onarılma hakkı ve kirliliğe maruz kalmadan yaşama hakkı tanınmıştır.[142] Böylece bir başka Küresel Güney ülkesinde, Bolivya'da da doğa ana, yasal olarak hak öznesi konumuna getirilmiştir.

Görüldüğü üzere Ekvador'un aksine antroposentrik olan bir anayasaya rağmen *Cochabamba*'daki forumun ardından Devlet, doğanın hak öznesi

---

[140] MADRA Ömer, "Ömer Madra'nın Tebliği", **Ekolojik Anayasa** (der. Mahmut Boynudelik), Yeni İnsan Yayınevi, Ankara, 2011, s. 27.

[141] AKYÜZ Burcu, "Burcu Akyüz'ün Tebliği", **Ekolojik Anayasa** (der. Mahmut Boynudelik), Yeni İnsan Yayınevi, Ankara, 2011, s. 42.

[142] Doğa Ananın Hakları Kanunu, m.7.

olması gerektiğini kabul ederek bu yönde bir kanun çıkarmıştır. Bolivya, Ekvador gibi *buen vivir* anlayışını sahiplenmekle beraber doğayı ve doğal kaynakları hem bir insan hakkı olarak hem de ayrıca bir hak öznesi olarak algılamış ve bu yönde örnek alınması gereken bir Küresel Güney ülkesi hâline gelmiştir. Ne var ki Bolivya'da yasal düzlemde yapılan bu değişikliklerin pratik hayata etkisinin "*buen vivir*" koşullarının geliştirilmesiyle gerçekleşebileceği, ülkede giderek artan sınıf çelişkileri bağlamında her geçen gün yeniden ortaya çıkmıştır.[143]

D. Nehirler, Havzalar ve Hak Özneleri: Kolombiya Uygulaması

Öncelikle belirtmek gerekir ki tıpkı Bolivya gibi Kolombiya Anayasasında da doğayı ayrıca hak öznesi olarak tayin eden herhangi bir hüküm yoktur. Bunun yanı sıra, 1991 Kolombiya Anayasası'nın 8. maddesinde kültürel ve doğal varlıkları korumak devletin ve bireylerin görevleri arasında sayılmışken 79. maddede ise herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.[144]

2016 yılında Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Atrato Nehri'nin hak öznesi olduğuna ve özerk bir varlık olarak korunması gerektiğine hükmetmiştir. Karar, Atrato Nehri'nin yer aldığı Chocó bölgesinde işletilen madenlerin ve kesilen ağaçların bölgeye verdiği zararla birlikte Atrato Nehri'ni kirletmesi üzerine Tierra Digna isimli sivil toplum kuruluşunun bölgedeki çiftçi birlikleri ve etnisiteler arası dayanışma forumları adına dava açması sonucu verilmiştir.[145] Mahkeme, başvuruculaların Avrupalılar tarafından işgal edilmiş bölgelerde yaşayan siyahi bir topluluk olduğuna ve 1993 yılında yürürlüğe giren 70 numaralı Yasanın 1. maddesi[146] gereğince bu bölgelerin kamuya ait olduğuna dikkat çekmiştir.[147] Belirtmek gerekir ki Kolombiya Anayasasının 82. maddesine göre ortak mülkiyete ait alanlar, özel mülklere göre daha üstün bir korumadan yararlanır ve bu korumayı sağlamak Devlet'in yüküm-

---

[143] ÖZLÜER Mahmut Fevzi, Pachamama'nın Gücü ya da Bolivya Anayasası'nın Uluslararası Hukuka ve Siyasete Etkisi", **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik**, (ed. Mahmut Fevzi Özlüer / Ilgın Özkaya Özlüer / Tolga Şirin / Nazım Odabaşı), Phoenix, Ankara, 2012, s. 73.

[144] 1991 Kolombiya Anayasası (2015 Değişikliği ile Birlikte), https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015 (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

[145] Atrato Nehri Davası, s. 6-8.

[146] 1993, 70 Numaralı Yasa, 1. madde, https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Andes/Colombia/past/law%2070.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

[147] Atrato Nehri Davası, s. 19.

lülüğüdür. Anayasa Mahkemesi de bahsedilen hükümlere uygun olarak sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının etnik toplulukların kolektif kimlik ve kültürel bütünlük gibi haklarını da güvence altına aldığı[148] ve biyokültürel hakların doğanın haklarını da kapsadığı yorumunu[149] yaptıktan sonra Atrato Nehrinin hak öznesi olduğuna karar vermiştir.

Bunun yanında Kolombiya Adalet Yüksek Mahkemesi, 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda Amazon ormanlarının kişiliğini tanıyarak hükümete, ormansızlaştırmanın azaltılması ve çevresel insan hakları ile doğanın haklarına saygılı olunması için gerekli önlemlerin alınması hususunda birtakım sorumluluklar yüklemiştir.[150] Kararda Kolombiya Adalet Yüksek Mahkemesi, çevresel koşulların artarak bozulmasının sağlıklı bir çevreden yararlanma hakkının kullanılamamasına ve temiz su eksikliğini artırarak onurlu bir yaşam sürme olanaklarının azalmasına neden olduğunu belirtmiş,[151] bu bağlamda çevrenin korunması kapsamında henüz doğmamış olan gelecek nesillerin haklarının da gözetilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.[152] Mahkeme, belirttiği ilkelerin ardından Amazonları hak öznesi olarak tanıyarak[153] Kolombiya Devleti'nin Amazonlardaki ormansızlaştırma problemiyle etkin bir şekilde mücadele edemediğine karar vermiştir.[154]

2019 yılındaki bir başka kararda ise Tolima Bölge Mahkemesi, Coello, Combeima ve Cocora Nehirlerini, bu nehirlerin havzalarını ve akarsuları "bireysel varlık" olarak nitelendirmiş ve korunma, varlığını devam ettirme ve eski hâle iade haklarına sahip olduklarını ifade etmiştir.[155]

---

148 Atrato Nehri Davası, s. 19.

149 Atrato Nehri Davası, s. 35-38.

150 Kolombiya Adalet Yüksek Mahkemesi, *Future Generations v. Ministry of Environment and Others*, Karar No: STC4360-2018, kararın İngilizce çevirisi için bkz. Climate Change and Future Generations Lawsuit in Colombia: Key Excerpts from the Supreme Court's Decision, *Dejusticia*, https://www.dejusticia.org/en/climate-change-and-future-generations-lawsuit-in-colombia-key-excerpts-from-the-supreme-courts-decision/, s. 1 ve devamı, (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

151 *Dejusticia* Karar Çevirisi, s. 13.

152 *Dejusticia* Karar Çevirisi, s. 18, §5.2.

153 *Dejusticia* Karar Çevirisi, s. 45, §14.

154 *Dejusticia* Karar Çevirisi, s. 34, §13.

155 Tribunal Administrativo del Tolima, *Caso de los Ríos Coello, Combeima y Cocora*, 73001-23-00-000-2011-00611-00, 2019, https://ecojurisprudence.org/wp-content/uploads/2022/02/Colombia_Coello-Combeima-Cocora-Rivers_170.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Görüldüğü üzere Kolombiya, yasalarda açık bir hüküm olmasa dahi doğanın içtihat yoluyla ayrı bir hak öznesi olarak tanınabileceğini göstermiş ve doğa ananın hakları doktrini ekseninde Küresel Güney'in önemli bir temsilcisi olmuştur.

E. Su ve Hayat: Peru Uygulaması

Peru'da doğanın haklarıyla ilgili gelişmeler şimdilik bir yasa tasarısı haricinde belediye düzeyinde 2019 yılında gerçekleşmiştir. Belirtmek gerekir ki Peru Anayasasının 194. maddesine göre belediyeler siyasi, iktisadi ve idari özerkliğe sahiptir[156] ve belediyeler de doğanın hakları düzenlemelerini kendi özerklikleri çerçevesinde bu hükme dayandırmıştır.

İlk olarak Melgar Belediyesi, nehir ve havzasındaki biyolojik ve kültürel çeşitliliğin korunması amacıyla ve suyun vazgeçilmez niteliği ve kutsal bir madde olarak tanımlanması dolayısıyla 2019 yılında çıkardığı bir düzenleme ile Llallimayo Nehri'ni hak öznesi olarak tanımıştır.[157]

Yine 2019 yılında Orurillo Belediyesi, *buen vivir* kavramına da referans yaparak, yerel halkların su ile kurdukları kültürel ve pratik ilişkileri ve suyun kutsallığını gerekçe göstererek çıkardıkları bir yasa ile *Madre Agua*'yı (Su Ana) hak öznesi olarak tanımıştır.[158]

Son olarak 2021 yılında "Amazon, And Dağları ve Afroamerikalı Halklar, Çevre ve Ekoloji Komisyonu", Peru Parlamentosu'nda "Doğa Ana'nın, Ekosistemlerin ve Türlerin Haklarını Tanıyan Yasa" tasarısını sunmuştur.[159] Tasarı, Doğa Ananın var olma, gelişme, kendini onarma gibi haklarının açıkça tanınmasını içermekle birlikte "iklim adaleti" kavramını da metninde geçirmektedir. Tasarı, detaylı ve özenli bir şekilde hazırlansa da revize yapılması gerektiği gerekçesiyle 2021 yılından beri henüz kabul edilmemiştir. 1 Haziran 2023 yılında tasarı en güncel hâliyle tekrar parlamentoya sunulmuştur ve kabul edilmeyi beklemektedir.

---

[156] 1993 Peru Anayasası (2021 Değişiklikleri ile Birlikte), https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021 (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

[157] Municipalidad Provincial de Melgar, Ordenanza Municipal No. 018-2019-CM-MPM/A, http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1065.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

[158] Municipalidad Distrital de Orurillo, Ordenanza Municipal No. 006-2019-MDO-A, http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1066.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

[159] "Proyecto de Ley que Reconoce Derechos de la Madre Naturaleza, los Ecosistemas y las Especies", 2021, https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Mjg2NTY=/pdf/PL0222620220601 (Erişim Tarihi: 22.04.2024).

F. Değerlendirme

Avrupa düzenlemelerinin aksine Küresel Güney'in önde gelen temsilcileri, çevre hakkı kuramıyla doğa ananın haklarını harmanlamış bir yapıya sahiptir. Ekvador, anayasal düzeyde doğayı bir hak öznesi olarak tasavvur ederken Bolivya ise doğanın sahip olduğu haklara dair bir kanun hazırlamıştır. Bunun yanı sıra Kolombiya, 2016 yılında içtihat ile bir nehri hak öznesi olarak tanırken Peru, belediye düzeyinde nehirleri ve suları hak özneleri olarak tayin etmiş, ulusal düzeyde de kapsamlı bir yasa tasarısı ortaya çıkarmıştır. Böylece Küresel Güney temsilcileri, hem insanların sahip olduğu çevresel hakları güvence altına alan hem de doğaya haklar tanıyan bir hukuk sistemine sahiptir. Üstelik mahkeme kararları doğrultusunda hukuk sisteminin öngördüğü kurgu, hukuki bir mekanizmayla olguya oturtulabilmektedir. Dolayısıyla Küresel Güney, doğanın da hak öznesi olabileceği düşüncesiyle antroposentrik düşünceye; Küresel Kuzey'e örnek olabilme potansiyeline sahiptir. Bunun yanında elbette doğanın hakları, Küresel Güney'de de çok yenidir ve tartışılıp geliştirilmeye açıktır.

SONUÇ YERİNE

Adam McKay tarafından yönetilen ve 2021 yılında izleyiciyle buluşan "*Don't Look Up*"[160] isimli filmde bilim insanları tarafından keşfedilen ve Dünya'ya çarpacağı kesin olan bir göktaşının varlığına rağmen otoritelerin umursamaz tavırları, ironik bir sinema diliyle resmedilmektedir. Öyle ki sermaye ve iktidar, iş birliği içerisinde göktaşını bir meta hâline getirerek ondan kazanç devşirmeye dahi çalışır. Nihayetinde ise kaçınılmaz son olarak göktaşı, Dünya'ya çarpar. Bu çerçevede filmin, iklim krizini metaforik bir biçimde beyaz perdeye aktardığı söylenebilir.

Nitekim, otoritelerin umursamaz tavırlarına rağmen günümüzde doğal dengenin bozulmasıyla birlikte iklim değişikliğinin acımasız sonuçlarının gün yüzüne çıkması, hukuk düzeninde de köklü birtakım değişiklikler gerektirmektedir. Öte yandan günümüzde pek çok kurum ve sistem gibi hukuk sistemi de antroposentrik bir yapıya sahiptir ve bu yönüyle günümüz hukuk sisteminde doğanın hak öznesi olarak korunması bazı yazarlarca mümkün gözükmemektedir.

---

[160] MCKAY, Adam (Yönetmen). (2021). *Don't Look Up* [Sinema Filmi], ABD: Netflix.

Ne var ki bu düşünüşte çevre hakkının öznesi, insana yapılan referansla belirlenmiştir. Yalnız bu kuramda insan, doğal devinim sonucu hak sahibi olmamış, bilakis kendisini hak sahibi olarak tayin etmiştir. Başka bir deyişle insan, kendi yarattığı kuramda kendisini hak sahibi olarak belirlemiştir. Bu çerçevede hak kavramı, yalnızca insanların sahip olabileceği bir görüngü olarak algılanmıştır. Dolayısıyla hukuk kuramının kendisi antroposentriktir. Oysa düşünülmesi gereken, çevre hakkı kuramıyla korunmaya çalışılan öznenin belirlenmesidir. Şüphesiz ki insan da bu öznelerden biri olmakla birlikte, korunması gereken ilk özne çevredir.

İşte çevre hakkının, bir insan hakkı olarak algılanmasıyla korunan öznenin insan olarak tayin edilmesi, çevreyi yeterli düzeyde koruyabilecek zihinsel değişim ve hukuki düzenlemelerin öncüsü olamamaktadır. İnsanların sınırsız menfaatleriyle, çevrenin sahip olduğu menfaatler çakıştığı zaman antroposentrik hukuk sistemi, insanın menfaatlerini üstün tutar ve böylece insan, kendisi ile doğa arasındaki bu dikotominin galibiymiş gibi gözükür. Ne var ki insan-doğa ilişkisinin paradoksal yapısı, insanı aslında kaybeden taraf konumuna getirmektedir.

Oysa tıpkı *buen vivir* hareketini benimseyenlerin de referans yaptığı gibi insan, zaten toprak ananın bir parçasıdır, doğaya hak tanımakla hayata geçirilen şey yeni değildir; olanı gerçekleştirmektir. İşte bu sebeple tabiat kaybettiği zaman, insan da kaybedecektir. Bu doğrultuda yalnızca insana referans yapan bir çevre hakkından öteye gidilememesi, sonucu felaket olacak bir yanılgıya yol açmaktadır.

Üstelik çevre hakkının antroposentrik tahayyülü, insanı, çevrenin önüne koyduğu için üretim olgusu ve insan menfaatleri çerçevesinde doğanın metalaştırılmasına yol açar. Başka bir deyişle insan-öteki dikotomisi, antroposentrik düşünceye neden olmakla birlikte doğayı kendisinden soyut olarak tasavvur eden insan, ona bir meta olarak bakar. Kıyıların özelleştirilmesi, doğa üzerindeki kamusal alanların tahrip edilmesi buna örnek verilebilir. Doğanın metalaştırılarak mülk edinilmeye, tahrip edilmeye müsait hâle gelmesi, doğa üzerinde yıkıcı etkilere neden olmaktadır. Doğa, metalaştırıldıkça iklim değişikliği ortaya çıkmış; metalaştırılma süreci uzadıkça iklim değişikliğinin de etkileri daha yıkıcı bir hâle gelmiş ve gelecektir. Bu durumu tersine çevirmek, hukuka antroposentrik yaklaşmaya devam etmek yerine bize verili olan antroposentrik hukuk sistemini yeniden düşünebilmekle mümkündür.

Öte yandan Avrupa, mevzuatı ve mahkeme kararlarında çevre hakkını yalnızca bir insan hakkı olarak algılamıştır. AİHM, önüne gelen başvurularda çevre kirliliğini geniş algılayıp farklı maddelerden ihlal kararları verirken AİHS, çevre hakkını hâlâ ayrı bir hak olarak düzenlememiştir. Ne var ki çevrenin korunmasının sağlanması hususunda en önemli şartlardan birisi de etkili yasal düzenlemeler olduğu için bu durumun değişmesi zaruridir.

Gerçekten de çevre hakkının iki boyutu vardır: ilk boyutu, çevrenin tahrip edilmesiyle insanın da zarar göreceği gerçeğiyle çevre hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilip koruma altına alınmasıdır. İkinci boyutu ise, çevre hakkının salt insan hakkı olarak algılanmasının içerisinde barındırdığı içkin çelişkiler nedeniyle çevresel yıkımı engelleyemeyeceği ve çevreye yeterli korumayı sağlayamayacağı gerçeğinden bahisle, sahip olduğu menfaatler ekseninde doğanın ayrı bir hak öznesi olarak tayin edilmesidir. Pek tabii ki bu düzenlemenin yargı kararlarıyla güçlendirilip sağlıklı bir şekilde uygulanmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece kendi sahip olduğu öz değer sayesinde çevre için yeterli korumanın sağlanması, çevresel yıkımın etkilerinin azaltılması ve ayrıca bu yıkım karşısında Devlet'e birtakım yükümlülükler yüklenmesiyle insanın da korunması sağlanabilecektir. Doğanın ayrı bir hak öznesi olarak tanınması, onun doğrudan insan menfaatleri ekseninde tahrip edilmesini engelleyerek çevrekırımın azaltılmasını sağlayacak ve dolayısıyla iklim değişikliğinin etkilerini bir ölçüde engelleyerek iklim adaletinin sağlanmasını da kolaylaştıracaktır.

KISALTMALAR

AAİHM : Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi
AB : Avrupa Birliği
ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASHK : Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
ASHŞ : Avrupa Sosyal Haklar Şartı
BM : Birleşmiş Milletler
BMİDÇS : Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi
Urgenda : Urgenda Vakfı v. Hollanda Kararı
Neubaer : Neubaer ve Diğerleri v. Almanya Kararı

KAYNAKÇA

Kitaplar, Makaleler ve Kitap Bölümleri

AKYÜZ Burcu, "Burcu Akyüz'ün Tebliği", **Ekolojik Anayasa** (der. Mahmut Boynudelik), Yeni İnsan Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 40-47.

ARSLAN ÖNCÜ Gülay, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Epamat Basım Yayın, Ankara, 2019.

ATAPATTU Sumudu, "The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted?: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment Under International Law", **Tulane Environmental Law Journal**, C. 16, S. 1, 2002, ss. 65-126.

BAR-ON Yinon, M. / PHILLIPS Rob / MILO Ron, "The Biomass Distribution on Earth", **Proceedings of the National Academy of Sciences**, C. 115, S. 25, ss. 6506-6512.

BELL Stuart / MCGILIVRAY Donald / PEDERSEN Ole, **Environmental Law**, 8. Bası, Oxford University Press, London, 2013.

BENLİSOY Foti, "İklim Krizi ve Yaklaşan İçsavaş", **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği**, (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, ss. 161-195.

BEYERLIN Ulrich / MARAUHN Thilo, **International Environmental Law**, Hart/Becker Publishing, Portland, 2011.

BOGOJEVIC Sanja, "EU Human Rights Law and Environmental Protection: The Beginning of a Beautiful Friendship?", **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (der. Sionaidh Douglass-Scott / Nicholas Hatzis), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, ss. 631-648.

BOYD David R., **The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment**, UBC Press, Toronto, 2012.

BOYD David R., **The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World**, ECW Press, Toronto, 2017.

BOYLE Alan, "Human Rights and the Environment: Where Next?", **The European Journal of International Law (EJIL)**, C. 23, S. 3, 2012, ss. 613-642.

BRUNDTLAND Gro Harlem, **Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development**, Geneva, A/42/427.

CULLINAN Cormac, **Wild Law: A Manifesto for Earth Justice**, 2. Bası, Green Publishing, Chelsea, 2011.

DOĞRU Osman, **Yaşama Hakkı**, MRC Basım Yayın, Ankara, 2018.

DURMAZ Evrim, **Doğanın Hakları: Çevre Hukukuna Alternatif Bir Kuram**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

ERTAŞ Şeref, **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, 2. Bası, İleri Kitabevi, İzmir, 2012.

FRANCIONI Francesco, "International Human Rights in an Environmental Horizon", **EJIL**, C. 21, S. 1, 2010, ss. 41-56.

FRASER Nancy, "Sermayenin İklimleri" (çev. Deniz Keskin) **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği** (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, ss. 47-91.

GONZALES Carmen G., "Foreword: Deconstructing the Legal Architecture of the Antropocene", **Locating Nature** (der. Usha Natarajan / Julia Dehm), Cambridge, 2022.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.

HARAWAY Donna, "Antroposen, Kapitalosen, Plantasyonosen, Chthulusen: Akrabalıklar Kurmak", (çev. Deniz Keskin), **Ekoloji: Bir Arada Yaşamın Geleceği** (der. Didem Bayındır / Mine Yıldırım), Tellekt, İstanbul, 2022, ss. 195-207.

HARAWAY Donna, **Başka Yer Donna Haraway'den Seçme Yazılar**, (çev. Güçsel Pusar), 2. Bası, Metis Kitabevi, 2023.

HARRIS David J. / O'BOYLE Michael / BATES Ed / BUCKLEY Carla, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku** (çev. Mehveş Bingöllü Kılcı / Ulaş Karan), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

JACOBS Francis, "The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment", **Journal of Environmental Law**, C. 18, S. 2, 2006, ss. 185-206.

KABOĞLU İbrahim Özden / YANCI ÖZALP Nihan, **Çevre Hakkı**, 4. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021.

KARL Thomas R. / TRENBERTH Kevin E., "Modern Global Climate Change", **Science**, C. 302, 2003, ss. 1719-1723.

KAUFFMAN Craig M. / MARTIN Pamela, R., "How Courts are Developing River Rights Jurisprudence: Comparing Guardianship in New Zealand, Colombia and India", **Vermont Journal of Environmental Law**, C. 40, S. 4, 2019, ss. 260-290.

KISS Alexandre / SHELTON Dinah, **International Environmental Law**, 3. Bası, New York, 2004.

KNOX John H., Constructing the Human Right to a Healthy Environment, **Annual Review of Law and Social Science**, C. 16, S. 1, 2020, ss.79-95.

KÖYBAŞI Serkan, "Doğa Ana'nın Haklarının Tanınmasının Anayasa Yargısına Etkisi", **8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı** (ed. K. Emre Gökyayla), Asos Yayınevi, Elazığ, 2022, ss. 384-402.

KÖYBAŞI Serkan, **İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasalcılık**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

KROMMENDIJK Jasper / SANDERINK Dirk, "The Role of Fundamental Rights in the Environmental Case Law of the CJEU", **European Law Open**, C. 2, 2023, ss. 616-636.

MADRA Ömer, "Ömer Madra'nın Tebliği", **Ekolojik Anayasa** (der. Mahmut Boynudelik), Yeni İnsan Yayınevi, Ankara, 2011.

MANCUSO Stefano / VIOLA, Alessandra, **Bitki Zekası**, (çev. Almila Çiftçi), 6. Bası, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul, 2021.

MAY James R. / DALY Erin, **Global Environmental Constitutionalism**, Cambridge, 2014.

MEADOWS Donella H. / MEADOWS Dennis L. / RANDERS Jørgen / BEHRENS William W., **The Limits to Growth: A Report fort he Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind**, A Potomac Associates Book, 1971.

MONEY Nicholas, P., "Hyphal and Mycelial Consciousness: the Concept of the Fungal Mind", **Fungal Biology**, C. 125, S. 4, 2021, ss. 257-259.

MORIN Edgar, **Yitik Paradigma: İnsan Doğası** (çev. Devrim Çetinkasap), 4. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.

MUÑOZ-DORADO Joseph / MARCOS-TORRES Francisco / GARCIA-BRAVO Elena / MORELADA-MUÑOZ Aurelio / PEREZ Juana, "Myxobacteria: Moving, Killing, Feeding, and Surviving Together", **Frontiers in Microbiology**, C. 7, Section: Microbial Physiology and Metabolism, ss. 781-789.

OĞUZMAN M. Kemal / BARLAS Nami, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 28. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

ORHAN Gözde, "Modernizm ve Kapitalizm Sarmalında Ekoloji: Devlet, Sermaye ve Sivil Toplum", **Praksis**, S. 25, ss. 31-48.

ÖZLÜER Mahmut Fevzi, Pachamama'nın Gücü ya da Bolivya Anayasası'nın Uluslararası Hukuka ve Siyasete Etkisi", **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik**, (ed. Mahmut Fevzi Özlüer / Ilgın Özkaya Özlüer / Tolga Şirin / Nazım Odabaşı), Phoenix, Ankara, 2012, ss. 64-83.

PEPPER David, "**Eco-Socialism: From Deep Ecology to Social Justice**", Routledge, New York, 1993.

RAJAMANI Lavanya / PEEL Jacqueline, **The Oxford Handbook on International Environmental Law**, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2021.

SAVCI Bahri, "**Yaşam Hakkı ve Boyutları**", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, Yayına Hazırlayanlar: Baki İlkay ENGİN / Yeşim M. ATAMER, 9. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

SMITH Harry, "Phytochromes and Light Signal Perception by Plants-an Emerging Synthesis", **Nature**, C. 407, S. 6804, 2000, ss. 585-591.

SMITH Neil, **Eşitsiz Gelişim: Doğa, Sermaye ve Mekanın Üretimi** (çev. Esin Soğancılar), Sel Yayıncılık, İstanbul, 2017.

STONE D. Christopher, "**Should Trees Have Standing?: Toward Legal Rights for Natural Objects**", California Law Review, C. 450, 1972, ss. 450-501.

TANİLLİ Server, **Uygarlık Tarihi**, 36. Bası, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2021.

ŞİRİN Tolga, "Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları", **Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler** (der. Fevzi Özlüer / Aykut Çoban), Ekoloji Kolektifi, Ankara, 2016.

ŞİRİN Tolga, "Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar", **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik** (ed. Mahmut Fevzi Özlüer / Ilgın Özkaya Özlüer / Tolga Şirin / Nazım Odabaşı), Phoenix, Ankara, 2012, ss. 8-41.

THORME Melissa, "Establishing Environment as a Human Right", **Denver Journal of International Law & Policy**, C. 19, S. 2, 1991, ss. 301-342.

TURNER Stephen J. / SHELTON Dinah / RAZZAQUE Jona / MCINTYRE Owen / MAY James R., **The Rights of Nature: Guiding our Responsibilities Through Standarts**, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

WHEELER Tim / VON BRAUN Joachim, "Climate Change Impacts on Global Food Security", **Science**, C. 341, 2013, ss. 508-513.

WOODS Kerri, "Environmental Human Rights" **The Oxford Handbook of Environmental Political Theory** (der. Teena Gabrielson / Cheryl Hall / John M. Meyer / David Schlosberg), Oxford University Press, Oxford, 2016.

Mahkeme Kararları

AAİHM, *Keçuva Sarayaku Yerlileri v. Ekvador*, Dava No.: 245, 27.06.2012.

ABAD, *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark, (Danish Bottles)*, B. No.: 302/86, 1988, ECR 4607.

ABAD, *Jozef Križan and Others v Slovenská inšpekcia životného prostredia (Križan)*, B. No.: C-416/10, 2013.

ABAD, *Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, B. No.: 240/83, 1985, ECR 531.

ABAD, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, B. No.: 120/78, 1979.

AİHM, *Brincat ve Diğerleri v. Malta*, B. No.: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, 24.07.2014.

AİHM, *Carême v. Fransa*, B.No: 7189/21, 07.06.2022.

AİHM, *Chiş v. Romanya*, B. No.: 55396/07, 09.09.2014.

AİHM, *Claudia Duarte Agostinho ve Diğerleri v. Portekiz ve 32 Diğer Devlet*, B. No.: 39371/20.

AİHM, *Fadeyeva v. Rusya*, B. No.: 55723/00, 09.06.2005.

AİHM, *Fagerskiöld v. İsveç*, B. No.: 37664/04, 26.02.2008.

AİHM, *Fredin v. İsveç (no.1)*, B. No.: 12033/86, 18.02.1991.

AİHM, *Hamer v. Belçika*, B.No.: 21861/03, 27.11.2007.

AİHM, *Kyrtatos v. Yunanistan*, B. No: 41666/98, 22.05.2003.

AİHM, *López Ostra v. İspanya*, Komisyon Kararı, B. No.: 16798/90, 09.12.1994.

AİHM, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. v. İrlanda*, B. No.: 44460/16, 07.06.2018.

AİHM, *Öneryıldız v. Türkiye*, B. No.: 48939/99, 30.11.2004.

AİHM, *Özel ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No.: 14350/05, 15245/05, 16051/05, 17.11.2015.

AİHM, *Pavlov ve Diğerleri ve Rusya*, B. No.: 31612/09, 11.10.2022.

AİHM, *Pavlov ve Diğerleri v. Rusya Yargıç Serghides'in Mutabık Görüşü*, B. No.: 31612/09, 11.10.2022.

AİHM, *Tatar v. Romanya*, B. No.: 67021/01, 27.01.2009.

AİHM, *Tauira ve Diğerleri v. Fransa*, Komisyon Kararı, B. No.: 28204/95, 04.12.1995.

AİHM, *Verein KlimaSeniorinnen ve Diğerleri v. İsviçre*, B. No.: 53600/20, 17.03.2021.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, *Neubaer ve Diğerleri v. Almanya*, B. No.: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 24.03.2021, https://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/ (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

ASHK, *International Federation of Human Rights Leagues v. Yunanistan*, B. No.: 72/2011, 23.01.2013.

ASHK, *Marangopoulos Foundation for Human Rights v. Yunanistan*, 30/2005, 06.12.2006.

Ekvador Anayasa Mahkemesi, *Los Cedros Ormanı Kararı*, 166-15, Dava No.: 0507-12, 24.05.2015.

Hollanda Yüksek Mahkemesi, *Urgenda Vakfı v. Hollanda Devleti*, Dava No.: 19/00135, 20.12.2019, https://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/ (Erişim Tarihi: 25.04.2024).

Kolombiya Adalet Yüksek Mahkemesi, *Future Generations v. Ministry of Environment and Others*, Karar No: STC4360-2018, Çev. Climate Change and Future Generations Lawsuit in Colombia: Key Excerpts from the Supreme Court's Decision, *Dejusticia*, https://www.dejusticia.org/en/climate-change-and-future-generations-lawsuit-in-colombia-key-excerpts-from-the-supreme-courts-decision/, (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, *Center for Social Justice Studies et al. v. Presidency of the Republic et al.* Judgment T-622/16 çev. Dignity Rights Project, Delaware Law School, 10.11.2016, https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2016/20161125_T-62216_judgment.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Steinmetz ve Diğerleri v. Almanya, B. No.: 1 BvR 2047/23, 24.10.2023.

Tribunal Administrativo del Tolima, *Caso de los Ríos Coello, Combeima y Cocora*, 73001-23-00-000-2011-00611-00, 2019, https://ecojurisprudence.org/wp-content/uploads/2022/02/Colombia_Coello-Combeima-Cocora-Rivers_170.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

İnternet Kaynakları

1991 Kolombiya Anayasası (2015 Değişikliği ile Birlikte), https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015 (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

1993, Kolombiya 70 Numaralı Yasası, https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Andes/Colombia/past/law%2070.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024.

1993 Peru Anayasası (2021 Değişiklikleri ile Birlikte), https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021 (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Aarhus Konvansiyonu, https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

Anayasa Projesi, https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force&status=is_draft (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

ANGUS, Ian, "Biodiversity Crisis: Industrial Farming Has Killed Billions of Birds", Climate&Capitalism, https://climateandcapitalism.com/2023/06/06/industrial-farming-kills-billions-of-birds/ (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/687_1.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

Avrupa Sosyal Şartı, https://www.anayasa.gov.tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf (E.T.): 14.06.2023).

BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/webmenu/webmenu12421_1.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

BM İklim Hareketi, What is Climate Change, https://www.un.org/en/climatechange/what-is-climate-change (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

Bolivya Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf (Erişim Tarihi: 18.06.2023).

Bolivya, Doğa Ananın Hakları Kanunu, http://www.worldfuturefund.org/Projects/Indicators/motherearthbolivia.html (Erişim Tarihi: 14.06.2023).

CARRINGTON, Damian, "Climate Limit of 1.5C Close to Being Broken, Scientists Warn", The Guardian, https://www.theguardian.com/environment/2022/may/09/climate-limit-of-1-5-c-close-to-being-broken-scientists-warn (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

CHINNI, Dante, "Summer Heat Wave Sends Temperatures and Economic Costs Soaring", NBC News, https://www.nbcnews.com/meet-the-press/data-download/summer-heat-wave-sends-temperatures-economic-costs-soaring-rcna94478 (Erişim Tarihi: 19.07.2023).

DARWIN, Charles, R, "**The Power of Movement in Plants**", 1880, http://darwin-online.org.uk/content/frameset?viewtype=text&itemID=F1325&pageseq=1 (Erişim Tarihi: 19.07.2023).

Ekvador Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en (Erişim Tarihi: 18.06.2023).

GREEN, Natalia, "The First Successful Case of the Rights of Nature Implementation in Ecuador, Global Alliance for the Rights of Nature", (2011), https://www.earthlaws.org.au/wp-content/uploads/2016/07/RON_Vilcabamba-Ecuador-Case-complete.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

Kyoto Protokolü, https://webdosya.csb.gov.tr/db/iklim/editordosya/kyoto_protokol.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

Municipalidad Distrital de Orurillo, Ordenanza Municipal No. 006-2019-MDO-A, http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1066.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Municipalidad Provincial de Melgar, Ordenanza Municipal No. 018-2019-CM-MPM/A, http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1065.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Paris İklim Anlaşması, https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

PRIETO, Gustavo, The Los Cedros Forest Has Rights, Verfassungsblog, 2021, https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/ (Erişim Tarihi: 17.06.2023).

Proyecto de Ley que Reconoce Derechos de la Madre Naturaleza, los Ecosistemas y Las Especies", 2021, https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Mjg2NTY=/pdf/PL0222620220601 (Erişim Tarihi: 22.04.2024).

Proyecto de Ley que Reconoce Derechos de la Naturaleza, los Ecosistemas y Las Especies, 2023, https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/12/Proyecto-Ley-06638-2023-CR-LPDerecho.pdf (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Rapor: Avrupa Geçen Yıl İklim Krizinden En Fazla Etkilenen Kıta Oldu, Yeşil Gazete, https://yesilgazete.org/rapor-avrupa-gecen-yil-iklim-krizinden-en-fazla-etkilenen-kita-oldu/ (Erişim Tarihi: 02.07.2023).

Roma Antlaşması, 1957, https://www.ikv.org.tr/images/files/A2-tr.pdf (Erişim Tarihi: 10.03.2024).

Stockholm Bildirisi, https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2023).

Sinema Filmleri

MCKAY, Adam (Yönetmen). (2021). *Don't Look Up* [Sinema Filmi], ABD: Netflix.

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 413-438

ŞİRKET BİRLEŞME-DEVRALMA SÜREÇLERİ ÖZELİNDE VARLIK GÖSTEREN "*BREAK-UP FEE*" KLOZLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER(*)

Prof. Dr. **K. Berk KAPANCI**(**)

Öz: Şirket birleşme-devralmaları, gerek dünyanın birçok yerinde gerekse de Türkiye'de yaygın biçimde ve sıklıkla gündeme gelen uygulamalardır. Bu uygulamaların başarılı biçimde sonuca ulaştırılmaları, işlemlere taraf olanlar bakımından fevkalade önemlidir. Diğer taraftan, umulmayan bir aksilikle karşılaşıldığında nasıl hareket edileceği noktasında belirli planlamaların yapılması hususu da aynı derecede bir önemi haiz bulunur. Bunun sağlanması, ancak iyi kurgulanmış amaca uygun sözleşmesel düzenlemelerle mümkündür, öyle ki ancak bu şekilde birleşme-devralma süreçleri sağlıklı bir şekilde ilerletilebilecek, gündeme gelebilecek riskler de asgari bir düzeye indirilebilecektir. İşte bahsi geçen sözleşmesel düzenlemeler dahilinde sıklıkla yer verilen hükümlerden biri de "break-up fee" klozudur. Uygulamada farklı adlar altında anılabilecek olan bu kloz, duruma göre ya yaratacağı dolaylı etkiyle birleşme devralma sürecinin başarıyla sonuçlandırılmasına hizmet eder ya da bu sürecin akamete uğraması durumunda oluşabilecek zarar riskinin bertaraf edilmesini hedef tutar. Bununla birlikte, sözü geçen klozların homojen ve tekil bir içerikte oldukları da söylenemez, daha çok ihtiyaca göre farklı görünümlere büründürülebilecekleri ifade edilebilir. Anılan bağlamda, Türk Hukuku özelinde bu klozların olası farklı görünümlerinin hukuki niteliklerinin ve bunlara uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem arz etmektedir. İşbu çalışmamız, şirket birleşme ve devralmaları süreçlerinde gündeme gelebilecek sözü geçen klozların farklı görünümleri üzerinden bu tespitlerin yapılmasına odaklanmaktadır.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.06.2023 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2023.

(**) MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: berk.kapanci@mef.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-6540-5872.

Anahtar Kelimeler: Şirket Birleşme-Devralmaları, Sözleşmesel Düzenlemeler, Break-Up Fee Klozu, Ceza Koşulu, Götürü Tazminat Anlaşması.

REMARKS ON THE LEGAL NATURE OF *BREAK-UP FEE* CLAUSES USED IN MERGERS AND ACQUISITONS' PROCESSES

Abstract: Company mergers and acquisitions processes are common and frequent practices both in many parts of the world and in Turkey. The successful conclusion of such transactions is of utmost importance for their related parties, especially the high transaction amounts taken into consideration. On the other hand, it is equally important to plan how to proceed in the event of an unexpected disruptive situation. This can only be ensured through well-drafted, fit-for-purpose contractual arrangements. One of the contractual provisions frequently included in the aforementioned arrangements is the "break-up fee" clause. This clause specifically aims to successfully finalize a certain mergers and acquisitions process or to eliminate the risk of loss in the event of the failure thereof. However, it cannot be said that break-up fee clauses have a homogeneous and singular content. In the said context, it is important to determine the legal nature of the different possible appearances of these clauses and the legal provisions that are applicable to them under Turkish Law. Accordingly, this article focuses on the legal qualification of the different appearances of the aforementioned clauses used in mergers and acquisitions' processes.

Keywords: Mergers and Acquisitions, Contractual Arrangements, Break-Up Fee Clauses, Penalty Clauses, Liquidated Damages.

I. GİRİŞ

Günümüzde şirket birleşme-devralmalarının gerek dünyanın birçok yerinde gerekse de Türkiye'de yaygın biçimde ve sıklıkla gündeme gelen uygulamalar oldukları rahatlıkla söylenebilir.[1]

Bu uygulamaların başarılı biçimde sonuca ulaştırılmaları, ilgili uğurda yapılan işlemlere taraf olanlar bakımından fevkalade önemlidir. Diğer taraftan, umulmayan bir aksilikle karşılaşıldığında nasıl hareket edileceği noktasında belirli planlamaların yapılması hususu da aynı derecede (yüksek) bir önemi haiz bulunur.[2]

Böyle olunca da bu alandaki sözleşmesel düzenlemelerin yıllar içinde ciddi bir gelişme kaydettiklerini ve gitgide daha da iyileştirildiklerini söylemek yanlış olmaz. Ne de olsa ancak bu şekilde, yani iyi kurgulanmış amaca uygun sözleşmesel düzenlemelerle, birleşme-devralma süreçleri sağlıklı bir şekilde ilerletilebilecek, söz konusu olabilecek riskler de asgari bir düzeye indirilebilecektir.[3]

Sözü geçen sözleşmesel düzenlemeler dahilinde sıklıkla yer verilen hükümlerden biri de "*break-up fee*" klozudur.[4] Türkçe, serbest çeviriyle yaklaşık olarak "*sona erme bedeli klozu*" olarak ifade edilebilecek ve yine uygulamada farklı adlar altında anılabilecek olan bu kloz, en başta belirli bir birleşme-devralma sürecinin akamete uğraması durumundaki zarar riskinin bertaraf edilmesini hedef tutar, bundan başka yine ilgili sürecin başarıyla sonuçlandırılması amacına da hizmet edebilir.[5] Ancak bu klozların homojen ve tekil bir içerikte oldukları da söylenemez, daha çok ihtiyaca göre taraflarca farklı görünümlere büründürülebilecekleri ifade edilebilir.[6,7]

---

1 Bu konuda genel olarak bkz. TOLOU Alborz, **La forfaitisation du dommage**, Schulthess, Zürich, 2017, N. 597; TANNÒ, N. 534 vd.; GYSI Markus, "Break Fee-Vereinbarungen bei Unternehmensübernahmen", **Jusletter 29 October 2007**, N. 1-104, N. 1, www.jusletter.ch (Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

2 GYSI, N. 1.

3 GYSI, N. 1.

4 ISLER Peter R., "Break-up Fee bei Unternehmenszusammenschlüssen", **Der Allgemeine Teil und das Ganze: Liber Amicorum für Hermann Schulin**, Hrsg. Nedim Peter VOGT, Dieter ZOBL, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002, ss. 83-97, s. 84.

5 HILGARD Mark C., "Break-up Fees beim Unternehmenskauf", **Betriebs-Berater**, Heft 7, 2008, ss. 286-294, s. 286; TOLOU, N. 597; SCHNYDRIG Andrin / VISCHER Markus, "Die Transaktionsvereinbarung bei öffentlichen Übernahmen", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2006, ss. 1192-1206, s. 1193; WARED Sarah, "Break Fees im Rahmen von Unternehmenstransaktionen", **Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht**, 48. Jahrgang, N. 13, Juni 2019, ss. 161-165, s. 161; GÜREL, s. 155.

6 TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob, "Die Pflichten des Verwaltungsrates des Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten", **Mergers & Acquisitions VII**, Schulthess, Zürich, 2005, ss. 53-112, s. 95; GYSI, N. 6.

"*Break-up fee*" klozlarının esas menşei Amerikan Hukukudur. İlgili klozlar, uluslararası mahiyetteki birleşme-devralma işlemlerinin yaygınlaşmasıyla birlikte genel olarak yayılım göstermiş ve farklı hukuk sistemlerindeki aktörler tarafından da benimsenmişlerdir. Türk-İsviçre Hukukuna tabi uygulamalar bağlamında da, her ne kadar konuyla ilgili olarak bu sistemler dahilinde özel bir düzenleme yahut yerleşik bir yargı uygulaması mevcut bulunmasa da bu türden klozlara birleşme-devralma süreçleri dahilinde sıklıkla yer verildiği gözlemlenmektedir.[8]

Dolayısıyla Türk Hukuku özelinde bu klozların olası farklı görünümlerinin hukuki niteliklerinin ve bunlara uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi önem arz etmektedir. İşbu çalışmamız sözü geçen klozların farklı görünümleri üzerinden ilgili tespitlerin yapılmasına odaklanmaktadır.

> *Söz konusu tespitlerin temelde anonim şirketler esas alınarak yapılacağı belirtilmelidir, dolayısıyla aşağıdaki açıklamalarımız aksi yönde bir belirtmede bulunulmadıkça anonim şirketler özelinde dikkate alınmalıdır.*

Aşağıdaki açıklamalarımız dahilinde öncelikle *break-up fee* klozlarının temel çalışma zemini olan şirket birleşme-devralma süreçleri hakkında kısa bir hatırlatmada bulunulacak **(II)**, akabinde *break-up fee* klozlarının kavramsal özellikleri **(III)** ve temel işlevleri **(IV)** ele alınacak, akabinde de klozun olası farklı alt görünümlerinin hukuki nitelikleri **(V)** üzerine açıklamalar verilecektir.

II. ÖN BİLGİ: *ŞİRKET BİRLEŞME-DEVRALMA SÜREÇLERİ HAKKINDA KISA BİR HATIRLATMA*

Genel çatı bir kavram olarak birleşme-devralma (geniş anlamda birleşme-devralma) denildiğinde akla birçok farklı kurgu olasılığı gelebilir. Konumuz özelinde bu kurgu olasılıklarıyla ilgili kısa bir hatırlatma yapılması, esasen ilgili kurgular özelinde gündeme gelebilecek ve yapılandırılacak *break-up fee* klozları hakkındaki açıklamalarımızın verilmesini kolaylaştıracaktır.

Bilindiği üzere, şirket birleşme-devralma süreçleriyle son tahlilde asıl ve nihai olarak hedeflenen, belirli bir ticari işletme üzerindeki hâkimiyeti tesis ve suretle de ilgili işletme bağlamında geleceği belirleyebilme iktidarını şekillendirmektir.

---

7 Bazı somut düzenleme örnekleri için ayrıca bkz. HILGARD, s. 289; ISLER, s. 84 vd.

8 GYSI, N. 2, 4.

İlgili bağlamda, karşımıza çıkabilecek farklı kurgu olasılıkları şu şekilde sıralanabilir:[9]

- İlk olasılık, ***6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu***[10] ***("TTK") çerçevesindeki teknik hukuki anlamda şirket birleşmesi süreci*** üzerinden istenilen sonuca ulaşılmasıdır (bkz. TTK m.136 vd.). Bu süreçte, şirket malvarlıkları, bu şirketlerden en az birinin tüzel kişiliğinin -tasfiyesi söz konusu olmaksızın- sona ermesi suretiyle bir bütün haline getirilmektedir. TTK çerçevesinde şirket birleşmeleri, devralma yoluyla birleşme veya yeni kuruluş yoluyla birleşme olmak üzere, iki alt türe ayrılır: ***i- Devralma yoluyla birleşmede***, bir şirket (devralan şirket) diğerinin (hedef/katılan şirket) malvarlığını bütünüyle (külli halefiyet) devralırken, ***ii- yeni kuruluş yoluyla birleşmede*** ise birden fazla şirket doğrudan yeni oluşturulacak bir başka şirket altında birleştirilir.[11]
- İkinci olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir ***sermaye iştirak (/taahhüdü) sözleşmesi*** (***Share subscription agreement***) üzerinden yürütülmesidir. Bu olasılıkta mevcut bir şirket, var olan tüzel kişiliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeksizin, şirkete yeni gelecek bir pay sahibinin (yatırımcı) taahhüdüyle sermayesini artırmakta, bu suretle sermaye artırımı süreci dahilinde yeni çıkarılacak payların doğrudan sahibi konumuna gelen yatırımcı yeni durumda şirketin kontrolünde (belirlenen biçimde ve oranda) söz sahibi olabilmektedir.[12]
- Üçüncü olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir ***ortak girişim (Joint venture) yapısı*** üzerinden şekillendirilmesidir. Bu yapıda, taraflar yeni bir şirket tüzel kişiliği tesis ettikten sonra, sahip oldukları ticari işletmeleri ayni sermaye olarak bu şirkete getirmeyi tercih etmektedirler. Böylece taraflar yeni bir tüzel kişilik çatısı altında birleşmiş olurlar.

---

[9] Bu konuda ayrıca bkz. ESİN İsmail G., **Birleşme ve Devralmalar**, 4. Geliştirilmiş Bası, Oniki Levha Yayınları, 2021, N. 61.

[10] Resmî Gazete Sayı: 27846, Tarih: 14 Şubat 2011.

[11] Bu olasılık bağlamında özellikle bkz. POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I - Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, N. 141 vd.; KAPLAN İbrahim, "İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, ss. 313-328, s. 313 vd.; SUSUZ Kağan, "TTK m.134-158", **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Türk Ticaret Kanunu m.124-303**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 184-371, s. 199 vd.; YAVUZ Mustafa, "Ticaret Şirketlerinin Birleşme Usulü ve Süreci", **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, Sayı 7, Yıl 2016, ss. 24-34, s. 24 vd.

[12] Bu konuda özellikle bkz. ESİN, **Birleşme ve Devralmalar**, N. 388 vd.

- Dördüncü olasılık, birleşme-devralma sürecinin bir ***pay devir (satış) sözleşmesi (Share purchase agreement, Share sales)*** üzerinden gündeme gelmesidir. Bu yapı dahilinde, çoğunlukla bir satış sözleşmesi temelinde yani belirli bir satış bedeli karşılığında, var olan şirket paylarının tamamı veya şirketin kontrolünde söz sahibi olmaya imkân veren bir kısmı, bir veya birkaç pay sahibi tarafından bir başkasına devredilmektedir.[13]
- Beşinci olasılıkta ise, birleşme-devralma süreci bir ***ticari işletme devir (satış) sözleşmesi (Asset purchase agreement, Enterprise sales)*** üzerinden söz konusu olabilir. Yine çoğunlukla bir satış sözleşmesi tahtında gerçekleştirilen bu kurgu dahilinde, bir şirkete ait bulunan ticari işletme (özel malvarlığı) bütün unsurlarıyla bir başka şirkete devredilmektedir.[14]

Bu olasılıklara toplu olarak göz gezdirildiğinde, ilk olasılık (ve kapsamına giren iki alt türü) dahilinde var olan şirket tüzel kişiliğini (veya kişiliklerini) ilgilendiren bir farklılaşmanın olduğu, buna karşılık diğer dört olasılıkta ise (var olan, başlangıçtaki) şirket tüzel kişilik yapısı bakımından herhangi bir değişiklik meydana gelmeden birleşme-devralma sürecinin tamamlandığı tespiti rahatlıkla yapılabilir.[15] Ne var ki bütün bu kurgularda asıl amaçlananın belirli bir ticari işletmenin kontrolünde (tamamen) söz sahibi olmak olduğu tekrar vurgulanmalıdır.

Yine bu olasılıklar arasında farklı bir ayrım ve gruplandırma, işlem taraflarının -birbirlerine göre olan- güç dengesi (*Stärkeverhältnis / Rapport de force*) durumlarına göre yapılabilir. Baştan söylenmelidir ki, elbette bu son değerlendirme bir genellemeyi içerir ve varsayımsaldır. Dolayısıyla değerlendirmenin yanlış çıkabileceği çeşitli olasılıklar bulunsa da, yapılan tespitler çoğu kez de doğruyu gösterecektir, bu nedenle anılmaya değerdir. Elbette, her somut durumda özel bir incelemenin yapılmasının daha doğru ve sağlıklı olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Bütün bu uyarılar yapıldıktan sonra, çoğu kez doğru sonuçlara varacak ilgili gruplandırmaya geçecek olursak, yukarıda anlatılan (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma süreçlerinin kendi içlerinde taraf güç durumları bakımından şöyle bir ikili ayrıma tabi tutulabileceği söylenebilir:

---

[13] Bu konuda özellikle bkz. ESİN, **Birleşme ve Devralmalar**, N. 239 vd.; ALTUNBAŞ SANCAK Zahide, **-Anonim Şirket Özelinde- Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 22 vd.

[14] Bu konuda özellikle bkz. ESİN, **Birleşme ve Devralmalar**, N. 403 vd.; ALTUNBAŞ SANCAK, s. 18 vd.

[15] ESİN, **Birleşme ve Devralmalar**, N. 61.

- *i- TTK m.136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmede* işlem taraflarının güç dengesi durumları, genelde *ii- sermaye iştirak sözleşmesi, iii- pay devir sözleşmesi ve iv- ticari işletme devir sözleşmesi* olasılıklarındaki taraf durumlarına benzerdir. Bu yapıların her biri farklı hukuki kurgular üzerinden şekillendirilse de, genel olarak, i- devralan konumundaki şirket, ii- sermayeye iştirak eden yatırımcı, iii- pay devralan kişi, iv- ticari işletmeyi devralan kişi çoğu kez işlemin (aynı zamanda bu konudaki teklifi de masaya getiren) daha güçlü tarafıdır, işlemin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması da bu taraf açısından daha önemlidir. Belirtilen kişiler, anılan kurgular dahilinde çoğu kez (geniş anlamıyla) birleşme-devralma işlemlerinin başlaması için söz konusu olacak ilk hamleyi yapan taraflar olarak da kategorize edilebilirler. Diğer taraf (yani yukarıda değinilen olasılıklar çerçevesinde bakılacak olursa; i- hedef şirket, ii- hedef şirket ve/veya şirketin kontrol eden pay sahipleri, iii- pay devreden kişi, iv- ticari işletmeyi devreden kişi) ise, daha pasif biçimde konumlanan, kendisine birleşme-devralma sürecinin başlatılması bakımından teklif götürülen kişi pozisyonunda bulunur.
- *i- TTK m.136 vd. anlamında yeniden kuruluş yoluyla birleşme ve ii- ortak girişim yapısı üzerinden şekillendirilen birleşme-devralma süreçlerinde* ise taraf güç dengesi durumları birbirlerininkine yakındır. Bu olasılıklarda tarafların ikisi de birleşme-devralma sürecinin sonuçlandırılmasını özel olarak arzu etmektedirler.

Bu son ayrım, özel olarak *break-up fee* klozunun tek taraflı (ayrımın ilk ayağı) veya karşılıklı (ayrımın ikinci ayağı) olarak yükümlülük yükleyeceği olasılıkların tespit edilmesi bakımından bir anlam taşır. İlgili konuya özel olarak aşağıda **(III)** altındaki açıklamalarımız dahilinde yine temas edilecektir.

Break-up fee klozu, bu kurgulardan herhangi biri dahilindeki sözleşme/işlem yapıları bağlamında karşımıza çıkabilir. Aşağıdaki açıklamalarımız dahilindeki örneklerde, her seferinde hangi türden bir (geniş anlamıyla) birleşme-devralma kurgusuyla karşı karşıya bulunulduğu özel olarak ifade edilecektir.

III. *BREAK-UP FEE* KLOZUNA GENEL BAKIŞ: *TERİM TERCİHİ VE KAVRAMSAL ÖZELLİKLER*

Çalışmamızda terimsel olarak esas aldığımız "*Break-up fee*" klozu, özellikle şirket birleşme-devralma işlemleri çerçevesinde yapılan sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan bir ifadedir. Yine benzer yapıdaki sözleşmesel

klozlara karşılık gelmek üzere "*Break fee*", "*Termination fee*", "*Failed cost agreement*", "*Cancellation fee*", *"Inducement fee*", "*Broken deal fee*" gibi isimlendirmelerin de yapıldığı görülmektedir.[16]

Ne türden bir isimlendirmeyle karşı karşıya olunursa olunsun, hukuki niteliğin tespitinde Türk Borçlar Kanunu[17] ("*TBK*") m.19 çerçevesinde önemli olan tarafların bu düzenlemeyi yapmaktaki gerçek amaçlarının ortaya çıkarılmasıdır. Sonuçta işlem tarafları, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ilgili türden bir klozun içeriğini, emredici hükümler nihai sınırları oluşturmak üzere, serbestçe belirleyebilirler. Dolayısıyla her bir somut durumda, bu inceleme titizlikle yapılmalı ve eldeki bulgular üzerinden bir değerlendirme sonucuna ulaşılmaya çalışılmalıdır.

Bu noktadaki tespitlere girişilmezden evvel, ilgili klozun çok tekrarlanan örneklerinin -seçenekli- temel kavramsal özelliklerinin ortaya koyulması incelememiz açısından anlamlı olur. Buna göre *break-up fee* klozu, geniş anlamda şirket birleşme-devralma süreçlerini ilgilendiren işlemlerde, arzu edilen olumlu sonuca -bu kloz dahilinde ortaya koyulan çeşitli sebeplerden ötürü- ulaşılamadığında kararlaştırılan götürü bir para değerinin ödenmesini hedef tutar.[18] Sözü geçen götürü değerin ödenmesi kimi zaman, işlem sürecinin akamete uğramasına bağlı olarak oluşacak zararın karşılanmasına kimi diğer zaman da ilgili sonuca ulaşılmasını temin etmek amacına yönelik bulunur.[19] Yine sonuca ulaşılmasındaki engel, taraflardan birine atfedilebilecek bir hareketten veya kontrol sahaları dahilindeki bir durumdan ileri gelebileceği gibi, ilgili durum onlara hiç atfedilemeyip bireysel kontrol sahalarının tamamen dışında da kalabilir.[20]

Her durumda, *break-up fee* klozlarının -hangi türüyle karşı karşıya olunursa olunsun- geciktirici şarta bağlı bir yapılarının bulunduğu tespiti de yapılmalıdır.[21] Şart olgusu, tarafların klozu şekillendirmesi dahilinde değişiklik gösterebilir. Bu şekillendirme, çoğu kez işlem taraflarının pozisyonları

---

16 SIEGER Jürgen / HASSELBACH Kai, "Break Fee-Vereinbarung bei Unternehmenskäufen", **Betriebs-Berater**, Heft 13, 2000, ss. 625-631, s. 625; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 4 dn. 1.

17 Resmî Gazete Sayı: 27836, Tarih: 4 Şubat 2011.

18 TOLOU, N. 596.

19 GYSI, N. 6.

20 GYSI, N. 4.

21 GYSI, N. 6, 28.

arasındaki mevcut güç dengesiyle de yakından ilgilidir.[22,23] Yine her durumda ilgili kloz son tahlilde neyi hedef tutarsa tutsun, şartın gerçekleşmesi dahilinde götürü olarak kararlaştırılmış bir para ediminin ödenmesi bu klozlar dahilindeki belirgin bir unsurdur. Bu para ediminin miktarı ise genel olarak toplam işlem tutarının (birleşme-devralma işlemleri neticesinde hedeflenen sonuç bağlamında) bir yüzdelik değeri olarak belirlenmektedir.[24,25] Miktar unsuru, yapılacak hukuki nitelendirmede önemli bir yere sahiptir, öyle ki bu son unsur tarafların neyi amaçladıklarına ilişkin olarak açık bir fikri bünyesinde barındırmaktadır.[26] Aşağıda bu hususa tekrar gelinecektir. Bazı durumlarda da taraflar, anlaşmaları dahilinde hangi zarar/masraf türlerinin bu kloz kapsamında istenebileceğine yer vermekte ve ödemesi yapılacak para edimi miktarını da bir üst sınır olarak belirlemektedir.

Bu arada, *break-up fee* klozları, içeriklerinde öngördükleri şartın gerçekleşmesi dahilinde ilgili ödemenin sadece bir tarafa yapılmasını temin edebilecekleri gibi, duruma göre iki taraf açısından da farklı şartların gerçekleşmesiyle ilgili ödemeye hak kazanılmasını sağlayabilirler. İlk durumda tek taraflı (*unilateral / einseitig / unilatéral*), ikinci durumda ise karşılıklı (*reciprocal / beideseitig, gegenseitig / réciproque*) *break-up fee* klozlarından söz açılır.[27]

- TTK m.136 vd. anlamında devralma şeklinde bir birleşme işlemi söz konusu olduğunda, şirket birleşmesi (bir şirketin diğerini) devralma(sı) yoluyla (i) gerçekleştiğinde, *break-up fee* klozu tek taraflı bir özellik gösterir ve bünyesinde birleşmenin gerçekleştiği (devralan) şirkete ilgili ödemeye hak kazandırır, diğer yönden bakıldığında da bu klozlarda borçlu konumunda olan da hedef şirket (*Target company / Zielgesellschaft / Société cible*) olacaktır.[28] Bu tür yapılarda, bünyesinde birleşme gerçekleşecek olan şirket daha güçlü bir konumda yer almakta, ayrıca

---

22 GYSI, N. 6.

23 Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda **(II)** altındaki açıklamalarımız.

24 SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 290; TOLOU, N. 598; GYSI, N. 13; WARED, s. 163.

25 İlgili yüzdelik değerin, uygulamada (ülke bazında bakılmak üzere) genel olarak %0,5'le %5 arasında değişkenlik gösterdiği söylenebilir. Bu konuda örneklendirmeler için özellikle bkz. GYSI, Anhang - Tabelle 1; HILGARD, ss. 291-292; WARED, s. 163.

26 TOLOU, N. 600; SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 14.

27 SIEGER/HASSELBACH, s. 626; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

28 SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1193; GYSI, N. 10.

işlemlerin gerçekleştirilmesinde daha özel ve önde gelen bir menfaati bulunmaktadır. Nitekim birleşme teklifini masaya getiren de bu şirkettir (*Offerer / Anbieter / Partie offrante*). Duruma göre görece daha zayıf pozisyonda bulunan hedef şirket ise -birleşme sürecinden kendi elde edeceği olası öznel faydayı gözeterek- ilgili düzenlemeyi kabul etmektedir.[29]

- TTK m.136 vd. anlamında yeni kuruluş suretiyle (ii) birleşme yapılarında ise, ilgili kloz çok kere karşılıklı olarak (iki tarafa da) yükümlülükler yükler.[30] Bunun gerekçesi de, ilgili durumda, olağan olanın birleşme sürecinin (güç olarak benzer durumda bulunan (*mergers of equals*)) her iki tarafın da özel olarak ve eş düzeyde (ayrı ayrı) menfaatlerine hizmet etmesi olarak açıklanabilir.[31,32]

  Nadir de olsa, eğer yine birleşme süreci her iki tarafın da eşit derecede menfaatine ise, (TTK m.136 vd. anlamında) devralma yoluyla gerçekleştirilen birleşmeler dahilinde de yine bu türden karşılıklı klozlara rastlanabilir.[33]

Şurası bir gerçektir ki, lehine *break-up fee* klozu olan tarafın birleşme-devralma işlemleri özelinde taşıdığı riskler azalırken bu klozdaki şartlı edimin borçlusu olan tarafın durumu ise ekstra risklerin de yüklenilmesi söz konusu olacağı için ağırlaşmaktadır.

Özel bir geçerlilik gerekliliği bulunmasa da[34] bu klozların, ispat kolaylığı da gözetilerek birleşme-devralma işlemlerine ilişkin sözleşmelerde yazılı biçimde düzenlenmeleri ve bu işlemlere taraf şirketlerin yetkili yönetim

---

[29] Benzer bir güç dengesi ve menfaat durumu, çoğu kez (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinin i- sermaye iştirak sözleşmesi yahut ii- pay devir sözleşmesi üzerinden gerçekleştirildiği veya alternatif olarak iii- doğrudan şirketin işlettiği ticari işletmenin kendisinin devre konu edildiği olasılıklarında da mevcut bulunmaktadır. Yani bu türden yapılarda da, *break-up fee* klozu yine -meğerki aksi yönde bir güç dengesi ve menfaat durumu olsun-genel olarak tek tarafa (*somutlaştıracak olursak; i- sözleşmeye kimin taraf olacağına göre sermayesi artırılan şirket veya bu şirketin ilgili pay sahibi/sahipleri; ii, iii- devreden konumundaki kişi*) yükümlülük yükleyen bir özellik gösterir. Bu olasılıklardaki işlem yapısı ile ilgili olarak bkz. yukarıda **(II)** altındaki açıklamalarımız.

[30] SCHNYDRIG/VISCHER, ss. 1193-1194; GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

[31] GYSI, N. 10; WARED, s. 161.

[32] Yine buradakine benzer bir menfaat durumunun da, birçok sefer ortak girişim yapısı üzerinden şekillendirilen (geniş anlamıyla) birleşme-devralma sürecine benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu son olasılıklardaki işlem yapısı ile ilgili olarak da yine bkz. yukarıda **(II)** altındaki açıklamalarımız.

[33] GYSI, N. 10.

[34] Yine ve ayrıca bkz. SIEGER/HASSELBACH, s. 627; HILGARD, s. 289.

organları (veya bunların yetkili temsilcileri) tarafından imza altına alınmaları mutat olandır.[35]

Gelelim *break-up fee* klozlarını harekete geçiren farklı şart olgularına. Bu olgular, söz konusu alanda harekete geçirici olgular (*Trigger events / Auslöser, auslösende Ereignisse / Evénements déclencheurs*) olarak da adlandırılmaktadır.[36] Yine sözleşme özgürlüğü temel prensibi tahtında, tarafların tam olarak neyi amaçladıklarına göre şart olguları değişkenlik ve çeşitlilik gösterebilir.[37] Yaygın olarak karşılaşılan şart olguları ise şöyle sıralanabilir: TTK 136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmede hedef şirketin genel kurulunun birleşmeye yönelik onay kararını alamaması veya bu konuda gerekli esas sözleşme değişikliğini gerçekleştirmemesi, yine benzeri bir kurguda hedef şirket yönetim kurulunun birleşmeye yönelik teklifi kabulü için gündeme almaması; geniş anlamda her türlü birleşme-devralma yapısında rakip başka bir şirketten (veya kişiden) gelen başka bir birleşme işlemi teklifinin öncelikle değerlendirmeye alınması, hedef şirkete yönelik olarak yürütülen hukuki inceleme sürecinde (*due diligence*) aksaklıklarla karşılaşılması, birleşme işleminin sonuca ulaştırılmasına yönelik adımların atılmaması veya sürecin akamete uğratılması...vb.[38] Birleşme-devralma işlemleriyle ilgili resmî makamlara (örnek olarak gerçekleştirilmek istenen birleşme-devralma işlemleri bağlamında Rekabet Kurumu'na yapılan başvurular düşünülsün) yapılan izin başvurularının olumsuz sonuçlanması gibi durumlara ise, genelde bu türden bir klozlar dahilinde bir şart olgusu olarak pek yer verilmez, ne de olsa tarafların bu konuda doğrudan veya dolaylı bir etki yaratabilme olanakları hiç bulunmamaktadır.[39]

IV. *BREAK-UP FEE* KLOZUNUN TEMEL İŞLEVLERİ

Şirket birleşme-devralma işlemleri, tercih edilecek model ve yöntem ne olursa olsun (*bu konuda özel olarak bkz. yukarıda **(II)** altındaki açıklamalarımız*), çoğu kez karmaşık birçok sürecin iç içe geçmesinden oluşur, bu nedenle de ilgili süreçlerin herhangi bir aşamasında işlemlerin akamete uğrama olasılığı da yüksek bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla da

---

35 GYSI, N. 7, 39; HILGARD, s. 289; ISLER, s. 83.

36 SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 291; TOLOU, N. 596; TANNÒ, N. 39; ISLER, s. 84.

37 SIEGER/HASSELBACH, s. 629; HILGARD, s. 291; TOLOU, N. 599; GYSI, N. 11.

38 TOLOU, N. 599; HILGARD, s. 291; GYSI, N. 11; TANNÒ, N. 95.

39 GYSI, N. 12.

taraflar bu olumsuz durumun gerçekleşmesi olasılığına istinaden en başta malvarlıksal ve işletmesel olanlar olmak üzere çeşitli menfaatlerini güvence altına almayı arzu ederler. İşbu noktada devreye giren sözleşmesel klozlardan biri de *break-up fee* klozudur.

Break-up fee klozunun sıklıkla dile getirilen ilk işlevi, ***birleşme devralma süreçlerinde gerçekleştirilecek işlemlerdeki harcamalara dayalı malvarlıksal menfaatlerin güvence altına alınmasıdır (Cost protection measure / Kostenschutzmassnahme / Mesure de protection pour les coûts de transaction)***. Bilindiği üzere, normal şartlarda, birleşme-devralmalarda her bir taraf ilgili sürecin kendisi açısından doğurduğu masraflara katlanır, ki bu masraflar ciddi miktarlara ulaşabilmektedir. Süreç başarıyla tamamlandığı olasılıklarda, bu durum önemli bir sorun teşkil etmezken, süreç akamete uğradığında işler değişir, boşa yapılmış masrafların bunları yapanın malvarlığında bir zarar (malvarlığındaki istek dışı eksilme/azalma) oluşturacağı belirgindir. İşte *break-up fee* klozu da, ilgili sürecin bir nedenle akamete uğradığı kurgular için öngörülmekte, taraflardan birinin bu nedenle boşa yaptığı masrafları karşı tarafa yükletebilmesine imkân sağlamaktadır.[40] Diğer taraftan özellikle, TTK m.136 vd. anlamındaki devralma yoluyla birleşmelerde (*ve keza ona güç dengesi bakımından benzerlik gösteren diğer geniş anlamda birleşme-devralma olasılıklarında, bu konuda özellikle bkz. yukarıda* ***(II)*** *altındaki açıklamalarımız*), birleşme süreci akamete uğrasa bile, hedef şirket başlayıp yarıda kalan birleşme işlemi girişiminden (ne de olsa olağan bir kurguda, gelecekte benzer yönde işlemlerin gerçekleşebilme olasılığı, birleşme girişimiyle piyasada hedef şirket özelinde bir farkındalık durumu meydana geleceğinden, ilk duruma göre artış gösterecektir) zaten dolaylı olarak bir ekonomik menfaat sağlayacak ve varsa kendi yaptığı masrafları göz ardı edebilecek, buna karşılık bu şirketi devralmak üzere ilk planda harekete geçen (birleşmenin bünyesinde gerçekleştirilmesi planlanan) diğer şirket benzer bir yarar da elde edemeden sadece boşu boşuna işlem masrafı yapmış olacaktır. Böyle bir durum için *break-up fee* klozunun tasarlandığı kurgularda ise, birleşmenin bünyesinde gerçekleştirilmesi planlanan şirket özelinde yapılan masraflar diğer tarafa (yani hedef şirkete) yükletilebilecek, bu şirketin durumu rahatlatılmış olacaktır. Ne de olsa sözü geçen kloz sayesinde, masraflar sözleşmesel bir talep temeline dayalı olarak

[40] SIEGER/HASSELBACH, s. 625; HILGARD, ss. 287, 291; TSCHÄNI/DIEM, s. 95; GYSI, N. 17; WARED, ss. 161, 164.

ve ispat bakımından da herhangi bir ek güçlükle karşılaşılmaksızın hedef şirkete karşılatılabilecektir.[41]

> *Bu arada ilgili durumda, break-up fee klozunun yokluğunda hedef şirket dışındaki rakip üçüncü kişilerin de bu durumdan bir fayda elde etmesi olasıdır. Ne de olsa, bunlar da olası (geniş anlamda) birleşme-devralma süreçlerine girmeyi isteyebilecekleri bir (hedef) şirketi, bu yönde herhangi bir araştırma masrafına katlanmak zorunda kalmaksızın keşfedebilecekler*[42] *ve hatta bunun ötesinde, duruma göre belki yeniden bir hukuki inceleme (due diligence) yapılması masrafından bile ciddi bir tasarruf sağlayabileceklerdir. Bu noktada yine ilgili durum için öngörülen bir break-up fee klozu, rakip üçüncü kişilerin anılan biçimde, bünyesinde birleşmenin gerçekleştirilmesi planlanan şirketin yaptığı masraflardan karşılıksız (deyim yerinde olursa "havadan") bir menfaat elde etmelerine de dolaylı bir engel oluşturur. Öyle ki, bu masraflar sözü geçen klozla zaten doğrudan hedef şirkete yansıtılabilecek, bu da hedef şirketin var olan malvarlığında ister istemez bir azalma meydana getirip olası başka bir birleşme-devralma işlemi bakımından çekiciliğini (en azından böyle bir klozun hiç olmadığı kurguya göre) düşürecektir*.[43]

Break-up fee klozunun yine yaygın olarak bahse konu olan ve bu kez işletmesel menfaatleri gözeten ikinci önemli işlevi, bu klozun ***doğrudan doğruya birleşme-devralma sürecinin kendisini (ve sürecin başarılı bir sonuca ulaştırılmasını) koruyucu bir tedbir özelliği göstermesidir (Deal protection measure / Massnahme der Erfolgsicherung der Transaktion / Mesure de protection pour la transaction elle-même)***. Sonuçta böyle bir klozun varlığı, klozdaki şartın gerçekleşmesi dahilinde ödeme yükümlülüğü altına girecek olan işlem tarafını işlemi başarılı biçimde tamamlamak noktasında teşvik etmektedir.[44]

> *Bu işlev, özellikle kloz dahilinde kararlaştırılan para ediminin miktarı yüksek olduğunda, dolayısıyla break-up fee bir ceza koşulu (Strafvereinbarung, Strafabrede / Clause pénale) özelliği arz ettiğinde, daha belirgin biçimde ortaya çıkıp seçilebilmekte, diğer olasılıklarda, yani break-up fee bir götürü tazminat (Schadenpauschalierung, pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire) özelliği gösterdiğinde ise geri plana çekilip silikleşmektedir.*[45] *Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda **(V)** altındaki açıklamalarımız.*

---

41 GYSI, N. 17.

42 TSCHÄNI/DIEM (s. 97), bu açıdan "*break-up fee*" olarak kararlaştırılan değerin aynı zamanda bir tür "*finder's fee*" (*aracılık bedeli*) özelliği de taşıdığını belirtiler.

43 GYSI, N. 18.

44 TSCHÄNI/DIEM, s. 95; HILGARD, s. 287; GYSI, N. 20; WARED, ss. 161, 164.

45 Ayrıca bkz. GYSI, N. 20.

Genelde mevcut bulunan bu temel işlevlerin yanı sıra *break-up fee* klozlarının başkaca çeşitli işlevleri de olabilir. Örnek olarak taraflar, yine sözleşmelerindeki bu kloz üzerinden duruma göre, birleşme-devralma için arzu ettikleri en düşük işlem bedeline ulaşılmasını, diğer olası işlemler için teklif verme süreçlerinin yüksek bir bedel düzeyinden sürdürülmesini veya hedef şirketin piyasa değerinin belirlenmesini sağlamayı da arzu etmiş olabilirler.[46]

V. *BREAK-UP FEE* KLOZUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Bakış

Daha önce de ifade edildiği üzere, *break-up fee* klozu dahilindeki taraf anlaşması her durumda geciktirici şarta bağlı bir yapı gösterir, ancak klozun hukuki niteliği her bir durumda tarafların neyi amaçladıklarına (elbette bu amaç hukuka veya ahlaka aykırı olmadıkça kloz hüküm ve sonuçlarını doğurabilir) göre farklılık gösterebilecektir.[47]

Bu çerçevede *break-up fee* klozları, duruma göre ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması özelliği taşıyabilirler, bu tespitin yapılmasında somut olayın özelliklerinin incelenmesi önem arz eder.[48] İlgili özellik, bu türden bir kloza bakıldığında çoğu zaman ilk bakışta açık ve net olarak seçilemeyebilir. Sonuçta anılan iki yan anlaşmanın birbirine paralel olarak görülebilecek pek çok ortak özelliği bulunmaktadır.[49] İlgili noktada tarafların anlaşmalarında kullandıkları ifadeler, onların izledikleri amacın ve dolayısıyla da anlaşmalarının hukuki niteliğinin ortaya çıkarılmasında ancak bir noktaya kadar fayda sağlayabilir. Bununla birlikte önemli olan, TBK m.19 çerçevesinde önemli olan onların gerçek arzularının ortaya çıkarılmasıdır. Dolayısıyla ilgili uğurda sözleşmelerin yorumuna ilişkin temel ilkeler dahilinde hareket edilmelidir.[50]

Bilindiği üzere, söz konusu olan ceza koşulu olduğunda tarafların takip ettikleri amaç, belirli bir sonuca ulaşılması noktasında karşı taraf üzerinde baskı unsuru yaratılması iken, götürü tazminat anlaşmasında ilgili sonuç

---

46 GYSI, N. 22.

47 GYSI, N. 25-27, 28, 36.

48 SIEGER/HASSELBACH, s. 626; TANNÒ, N. 613; HILGARD, ss. 287-288; ISLER, ss. 86-87, 96; TSCHÄNI/DIEM, ss. 95-96; GYSI, N. 29; WARED, s. 161; GÜREL, s. 156.

49 ISLER, s. 88.

50 GYSI, N. 29.

meydana gelmediğinde oluşabilecek (gerçek) zararın karşılanmasına odaklanılmaktadır.[51]

Pek tabii, pratik açıdan şu da söylenmelidir ki, anlaşmanın belirtilen hukuki niteliklerden hangisini haiz olduğunun tespitinde ise, en belirgin yol gösterici unsur kloz dahilinde belirledikleri (şartın gerçekleşmesi dahilinde ödenmesi gereken) bedel olacaktır.[52] Şöyle ki, eğer bedel, şart olgusunun gerçekleşmesi dahilinde klozun lehtarı konumundaki işlem tarafının muhtemel zararı kadarsa ortada bir götürü tazminatın; buna karşılık ilgili zarar miktarının ötesinde, bu muhtemel değer hiç dikkate alınmaksızın belirlenmişse de bir ceza koşulunun bulunduğu -büyük bir olasılıkla, aksi yönde başka kuvvetli bir belirti bulunmuyorsa- ifade edilebilir.[53]

> *Olası bir tartışmayı bertaraf etmek adına tarafların işlemlerine hangi hukuki niteliğe sahip bir klozu yerleştirmek istedikleri noktasında bir belirtmede bulunmaları düşünülebilir. Yani taraflar, break-up fee klozunun bir götürü tazminat anlaşması mı yoksa bir ceza koşulu mu olarak işleme eklendiğini açık olarak belirtebilirler. Böyle bir kurgu dahilinde klozun yapısı da ilgili amaca uygun olduğunda, yorum faaliyeti ciddi anlamda kolaylaşacaktır*.[54]

B. Ceza Koşulu Niteliği Gösteren Klozlar

Break-up fee klozları, şart olgusunun gerçekleşmesi dahilinde sözleşme cezasını ödemekle yükümlü olacak kimse (çoğu kez şirket) üzerinde baskı oluşmasını temin ederek birleşme-devralma işlemlerin arzu edilen sonuca ulaşılmasını amaçlayan ceza koşulu özelliği taşıdıklarında, bedel ödemesinin bağlandığı şart olgusunun türüne göre ortada gerçek (dar ve teknik anlamıyla) yahut da gerçek olmayan bir ceza koşulunun bulunduğu sonucuna varılabilecektir.[55] Bu iki olasılığı aşağıda ayrı ayrı ele alalım:

- Bilindiği üzere, ***gerçek ya da dar ve teknik anlamıyla ceza koşulu (echte/unselbständige/eigentliche Strafvereinbarung, Strafabrede) / Clause pénale dépendante/proprement dite/au sens strict)*** TBK m.179 vd.'da kanuni düzenlemesi de bulunan belirli bir hukuki işlem dahilindeki borçlu tarafın herhangi bir edim yükümlülüğüne aykırı davranışı

---

51 ISLER, s. 88.

52 SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 37.

53 SCHNYDRIG/VISCHER, s. 1194; GYSI, N. 14.

54 GYSI, N. 37.

55 TOLOU, N. 602; HILGARD, s. 288.

dahilinde istenebilir hale gelen (duruma göre ifaya eklenen veya seçimlik özellikte) bir sözleşme cezasını (*Konventionalstrafe, Vertragsstrafe / Peine conventionelle, contractuelle*) içeren, feri nitelikte bir anlaşmadır.[56]

Eğer *break-up fee* klozu dahilinde ödenmesi gereken değer, ödemede bulunacak tarafın bir borcunu ihlal etmesine bağlı olarak doğum gösteriyorsa, ortada bu kloz içerisinden vücut bulan bir gerçek anlamda bir ceza koşulunun bulunduğu söylenebilir.[57] Örnek olarak TTK m.136 vd. anlamında bir devralma yoluyla birleşme işlemi dahilinde hedef şirket yönetim organının müzakerelerde -sözleşmede öngörüldüğü haldemünhasırlığı gözetmemesi halinde belirli bir ödemenin yapılacağı kararlaştırılmışsa, ortada bu türden bir ceza koşulunun bulunduğu söylenebilir.[58] Yine eğer birleşme işlemlerine ilk planda vücut veren sözleşme, hedef şirketin bir şekilde dolaylı kontrolünü elinde bulunduran (dolayısıyla genel kurul kararlarına doğrudan etki edebilecek) bir pay sahibi (*Kontrollaktionär / Actionnaire en contrôle*) ile yapılmışsa ve birleşme sürecinde gerekli bulunan genel kurul (karar organı) onayı elde edilemediği kurguda bir ödeme yükümlülüğünün doğacağı kararlaştırılmışsa, ortada gerçek anlamda bir ceza koşulunun varlığı söz konusu olacaktır.

- ***Gerçek olmayan (veya bağımsız) ceza koşulu (unechte/selbständige/uneigentliche Strafvereinbarung (/Strafabrede) / Clause pénale indépendante/improprement dite)*** ise, TBK'da özel olarak düzenleme konusu edilmemiş olmakla birlikte -genel kanuni sınırlar çerçevesinde bakıldığında[59]- varlığına da herhangi bir itiraz yükseltilmeyen, sözleşme serbestisine dayalı olarak gündeme gelebilecek bir

---

[56] KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts**, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017, N. 81.03; BERGER Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, 3. Aufl., Stämpfli, Bern, 2018, N. 1786 vd.; COUCHEPIN Gaspard, **La clause pénale,** Schulthess, Zürich, 2008, s. 5; ERDEM Mehmet, **La clause pénale**, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006, s. 12; KOCAAĞA Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 209; ESİN İsmail G., "Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir ve Nasıl Kullanılmalıdır?" **Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt I**, OKTAY ÖZDEMİR Saibe / ALTOP Atilla / ARKAN SERİM Azra (Editörler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, ss. 911-928, s. 914 vd.

[57] TOLOU, N. 602; HILGARD, s. 288; ISLER, s. 87; TANNÒ, N. 615.

[58] TOLOU, N. 604; TANNÒ, N. 615. Ayrıca bkz. HILGARD, s. 287.

[59] Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için özellikle bkz. MABILLARD Ramon, "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2005, ss. 547-559, s. 554 vd.

kavramdır.[60] Bu türden bir anlaşma kapsamında, hukuken yükümlü olunmayan bir edim (verme, yapma veya yapmama) yerine getirilmediği veya gerçekleştirilmesine herhangi bir hukuki engelin bulunmadığı bir davranışta bulunulduğu takdirde yahut da bir kimsenin (doğrudan veya dolaylı olarak) kendi kontrolü altında bulunmayan dışsal bir olgunun gerçekleşmesi dahilinde, anlaşmada belirlenen sözleşme cezasını karşı tarafa ödenmesi taahhüt edilmektedir.[61] Gerçek olmayan ceza koşulunda, kararlaştırılan sözleşme cezası başka bir asıl borca bağlı bulunmaz, yani feri özellikten yoksundur.[62]

Yukarıda da (bkz. **(III)** altındaki açıklamalarımız) ifade edilmişti, geniş anlamıyla birleşme-devralma işlemleri çoğu kez, ilk planda taraf şirketlerin yönetim organlarının birbirleriyle iletişimi üzerinden, bunların bir araya gelerek ilgili şirketleri ilzam edecek (bağlayacak) biçimde sözleşme yapmalarıyla gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte, karar organı konumundaki genel kurulda pay sahiplerinin birleşme-devralma süreci bakımından geliştirdikleri olumsuz tavır, işlemin nihayete ermemesine yol verebilir. Başlangıçta müzakere sürecini başlatan yönetim organı ise, evvel emirde şirketin karar organı genel kurulun iradesinin belirli bir yönde olmasını sağlayamaz. İşte tam olarak böyle olumsuz bir du-

---

60 Bkz. EHRAT Felix R. / WIDMER Markus, "Art.151-163 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art.1-529 OR**, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015, Art.160 OR, N. 3; PELLANDA Katja Roth, "Art.160 OR", **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Hrsg. Andreas FURRER, Anton K. SCHNYDER, 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016, Art.160 OR, N. 19; GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / EMMENEGGER Susan, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020, N. 3849; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.02a; KOLLER Alfred, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Galler Baurechtstagung 1996**, Hrsg. Alfred KOLLER, St. Gallen, 1996, s. 1-67, N. 51 vd.; MABILLARD, s. 559; COUCHEPIN, s. 216; ERDEM, s. 43 vd.; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, s. 39 vd.; YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezaî Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 89 vd.; KOCAAĞA, s. 209 vd.

61 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3849; KOLLER, **AT**, N. 81.05; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 53; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.02a; TOLOU, N. 603; ISLER, s. 87; MABILLARD, ss. 547, 548; COUCHEPIN, s. 216; ERDEM, s. 43; TUNÇOMAĞ, s. 39; YAĞCIOĞLU, ss. 89-90; KOCAAĞA, ss. 209-210; GÜREL, s. 156.

62 KOLLER, **AT**, N. 81.05; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 51; MABILLARD, ss. 550, 551; GYSI, N. 30-31; COUCHEPIN, ss. 217, 218; ERDEM, s. 44; TUNÇOMAĞ, s. 40; YAĞCIOĞLU, s. 90; KOCAAĞA, s. 212.

rumun oluşması olasılığına binaen bir *break-up fee* klozu öngörüldüğünde, ortada gerçek olmayan bir ceza koşulu anlaşması bulunacaktır.[63]

Eldeki *break-up fee* klozunun hukuki niteliğinin bu şekilde gerçek veya gerçek olmayan ceza koşulu şeklinde tespit edilmesi, uygulama alanı bulacak hükümleri de etkileyecektir. Ortada gerçek bir ceza koşulu olduğunda, TBK m.179 vd. hükümleri doğrudan uygulama alanı bulurken; gerçek olmayan bir ceza koşuluna ancak bünyesine uygun düştüğü çerçevede TBK m.179 vd. hükümleri uygulama alanı bulabilir. Bu noktada gerçek anlamda ceza koşulunun zarardan bağımsız olarak istenebilmesine ilişkin TBK m.180/f.1'in ve yine ceza koşulu kapsamında yerine getirilmesi öngörülen aşırı (fahiş) sözleşme cezası tutarının indirilmesine ilişkin TBK m.182/f.3'ün gerçek olmayan ceza koşulu bakımından da kıyas[64] yoluyla uygulamaya sokulabileceğine şüphe duyulmamalıdır. Nitekim öğretideki ağırlıklı eğilim de bu yöndedir.[65]

C. Götürü Tazminat Anlaşması Niteliği Gösteren Klozlar

Götürü tazminat anlaşması da, gerçek olmayan ceza koşuluna koşut biçimde, TBK'da özel düzenlemesi olmayan, bununla birlikte sözleşme serbestisi dahilinde de varlığından kuşku duyulmayan bir başka yan anlaşmadır.[66] Bu anlaşmadaki temel amaç ise, olası bir zararın meydana geldiği kurgularda, bu zararın karşılanmasıdır.[67] Dolayısıyla ilgili anlaşma dahilinde, ceza koşulundan farklı olarak zararın varlığı temel bir unsurdur, bununla birlikte zararın varlığının ispatı noktasında ise bu anlaşmanın lehtarına ciddi bir avantaj sağlanmakta, o normalde ispat etmekle yükümlü olduğu zarar

---

63 TOLOU, N. 602, 603; TSCHÄNI/DIEM, s. 96; ISLER, s. 87; GYSI, N. 30; TANNÒ, N. 621 vd.; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 19.

64 Doğrudan doğruya bir uygulamanın mümkün olabileceği yönünde görüşü için ayrıca bkz. MABILLARD, s. 554.

65 Bu konuda özellikle bkz. TOLOU, N. 605; GYSI, N. 32; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 3849; EHRAT/WIDMER, **BasKom.**, Art.160 OR, N. 3; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 19; KOLLER, **Konventionalstrafe**, N. 55; ERDEM, s. 44.; TUNÇOMAĞ, s. 40; YAĞCIOĞLU, ss. 91-92; KOCAAĞA, s. 211.

66 Götürü tazminat anlaşmasıyla ilgili genel olarak bkz. KAPANCI Kadir Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-681, s. 655 vd.; KOCAAĞA, s. 176 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 92 vd.

67 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.06; PELLANDA, **CHK**, Art.160 OR, N. 18; TOLOU, N. 606; ISLER, s. 87.

miktarını somut olarak ortaya koyması gereği bulunmaksızın doğrudan anlaşmaya konu değer üzerinden talepte bulunabilmektedir.[68]

Eğer *break-up fee* klozu dahilinde amaçlanan, birleşme-devralma sürecine ilişkin işlemin bir şekilde akamete uğraması halinde, bu duruma bağlı olarak oluşabilecek zararın karşılanması ise, ortada bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı söz konusudur.[69] Bu arada götürü tazminat anlaşması da, ödemenin yapılması bakımından gerçekleşmesi gerekecek şart olgusunun içeriğine göre, iki farklı yapıda karşımıza çıkabilir:[70] Bağımlı götürü tazminat ve bağımlı olmayan (bağımsız) götürü tazminat anlaşmaları.

- *Break-up fee* klozunun ***bağımlı bir götürü tazminat anlaşması (unselbständige Schadenspauschalierung, unselbständiger pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire dépendante)*** özelliği taşıdığı olasılıklarda, klozun harekete geçmesini sağlayan şart olgusu taraflardan birinin taraf olduğu sözleşmesel ilişkideki borca aykırı davranışıdır.[71] Bu durumda, götürü tazminat anlaşması çerçevesinde ödenecek götürü tazminat edimi, tali (ikincil) bir edim yükümlülüğü özelliği göstermektedir.[72]

  Örnek olarak TTK m.136 vd. anlamında bir devralma yoluyla birleşme işlemi dahilinde hedef şirket yönetim organının müzakerelerde -sözleşmede öngörüldüğü halde- münhasırlığı gözetmemesi halinde salt oluşacak zararın karşılanması için belirli bir ödemenin yapılacağı kararlaştırılmışsa, ortada bağımlı götürü tazminat anlaşması niteliği taşıyan bir *break-up fee* klozunun bulunacağının altı çizilmelidir.[73]

---

[68] Bu arada götürü tazminat anlaşması, homojen ve tekil bir yapıda karşımıza çıkmaz, yukarıda anılan ispat anlaşması mukabilinden mevcut bulunan götürü tazminat anlaşmasının yanı sıra, sorumluluğu belirli bir değerle sınırlandıran sorumsuzluk anlaşması mukabilinden bir götürü tazminat anlaşmasıyla karşılaşmak olasıdır. Konumuzu oluşturan break-up fee klozları özelinde de ise, bu ikinci alt türden (sorumsuzluk anlaşması) teşkil eden götürü tazminat anlaşmasıyla karşı karşıya gelinmeyecektir. Bu nedenle bağlı metindeki açıklamalarımızın ispat anlaşması (*Beweisvertrag / Accord de preuve*) alt türünden götürü tazminat anlaşmalarını ilgilendirdiği belirtilmelidir. Bu konuda özellikle bkz. KAPANCI, s. 667 vd.

[69] TOLOU, N. 606; HILGARD, ss. 287-288; ISLER, s. 88; TANNÒ, N. 626; GYSI, N. 33.

[70] TOLOU, N. 607.

[71] TOLOU, N. 607.

[72] TOLOU, N. 608.

[73] TANNÒ, N. 626; ISLER, s. 87.

- Buna karşılık, *break-up fee* klozunu sonuçları bakımından harekete geçiren şart olgusu, gerçekleşmesi dahilinde götürü tazminat edimini ödemekle yükümlü olacak tarafın kontrol sahasının tamamen dışında bir nedenden ileri geliyorsa bu kez ortada ***bağımsız bir götürü tazminat anlaşmasının (selbständige Schadenspauschalierung, selbständiger pauschalierter Schadenersatz / Clause d'indemnité forfaitaire indépendante)*** bulunduğu söylenmelidir.[74] Bu kez, götürü tazminat anlaşması dahilinde ödemesi gerçekleştirilecek götürü tazminat edimi, asli (birincil) bir edim yükümlülüğü özelliği gösterir,[75] aslında bu anlaşma da basbayağı bir bağımsız garanti taahhüdü (*nichtakzessorisches Garantieversprechten / Garantie indépendante*) (eğer bir üçüncü kişinin (çoğu kez hedef şirketin genel kurulu) davranışı esas alınarak bu taahhütte bulunulmuşsa da, aynı zamanda TBK m.128 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt) özelliğini taşır.[76] Gerçekten de burada söz konusu olan, zarar meydana getirebilecek olumsuz bir olgunun (risk) bu sonuçlarının, oluşacak zarar karşılanmak suretiyle bertaraf edilmesi durumu gündeme gelir, yoksa ilk olasılıkta olduğu gibi bir borca aykırılık sonucunda oluşacak zararın tazmin edilmesi durumu değil.[77] Hatta vurguyu artırmak adına şu da belirtilmelidir ki, burada paragrafın hemen başında belirtildiği üzere zaten *break-up fee* klozunun tarafının herhangi bir borca aykırılığı da zaten söz konusu değildir. Bağımsız götürü tazminat anlaşmasında, olağan bir bağımsız garanti taahhüdünden temel fark ise -*burada da yine zarar unsuru klozun sonuçları itibariyle işlerlik gösterebilmesi için temel bir unsur olarak dikkate alınsa da*- baştan götürü bir değerin ödenmesinin de ayrıca kararlaştırılmış olmasında belirginleşir.

  Örnek olarak, yine TTK m.136 vd. anlamında devralma yoluyla birleşmeye yönelik müzakere sürecinin hedef şirketin yönetim organı tarafından başlatıldığı, ancak karar organı konumundaki genel kurulda pay sahiplerinin birleşme süreci bakımından olumsuz bir tavır geliştirdikleri durum düşünülsün. Bu olasılıkta işlemin nihayete ermemesine yol veren ilgili durum için bir *break-up fee* klozu öngörüldüğünde, söz konusu kloz bağımsız bir götürü tazminat anlaşması niteliğine sahip olacaktır.[78]

---

74 TOLOU, N. 609; TANNÒ, N. 628 vd.

75 TOLOU, N. 609; TANNÒ, N. 628.

76 TOLOU, N. 609; TANNÒ, N. 628.

77 Ayrıca bkz. ve karş. TANNÒ, N. 628.

78 TOLOU, N. 609; TANNÒ, N. 629.

Bağımsız olsun veya olmasın, götürü tazminat anlaşması mukabilinden bir *break-up fee* klozuyla karşı karşıya bulunulduğunda, ağırlıklı görüş aşırı (fahiş) ceza koşulunun indirilmesine ilişkin TBK m.182/f.3 uygulamasını dışlar.[79] Gerçekten de hizmet ettikleri amaçlar birbirlerinden bu denli farklı iki temel kurgu için aynı hükmün uygulama alanı bulması (*yani götürü tazminat anlaşması bakımından benzeri benzere bağlayan bir kıyas yoluyla uygulama*) elverişli görülmez.[80] Bununla birlikte, hukuki nitelik götürü tazminat anlaşması olduğunda, somut durumda gerçek zarar miktarından daha fazla bir değerdeki götürü tazminat edimi, zarar miktarının azlığı ödeme yükümlüsü konumundaki tarafça ispat edilerek, başka bir yoldan kolaylıkla indirime tabi tutulabilir.[81] Ne de olsa bağımlısı olsun bağımsızı olsun, karşımızda zararı bir unsur olarak gözeterek ancak onun varlığı dahilinde işlerlik gösteren bir anlaşma bulunmaktadır. Zarar miktarının azlığı ise, ister istemez, götürü tazminat ediminin de azaltılması sonucunu beraberinde getirir. Ne zaman ki taraflar böyle bir azaltma imkânını sözleşmesel olarak düzenleme altına alıp ortadan kaldırırlar, o zaman zaten götürü tazminat anlaşması "semalarından" çıkış/sapış söz konusu olur ve anlaşmanın hukuki niteliği ceza koşuluna yaklaşır/dönüşür, böyle olunca da ortadaki anlaşma bakımından yukarıda bir önceki başlıkta ceza koşulu bakımından söylenenler geçerli olur.

> *Öğretide bir görüş, aşırı (fahiş) bir götürü tazminat edimine TBK m.27 çerçevesinde (tam/kısmi) hükümsüzlük üzerinden doğrudan bir müdahalede bulunulabileceğini iddia eder.*[82] *Bu görüşe metnin devamında belirteceğimiz gerekçelerle tam olarak katılım gösteremiyoruz. Zira sözü geçen türden bir durumda, tahmin yoluyla tespit edilebilecek olası gerçek zarar miktarını çok aşan ödeme yükümlülüklerini içeren anlaşmalar zaten ilk planda götürü tazminat anlaşması olarak dikkate alınamaz, burada anlaşmanın hukuki niteliği itibariyle ceza koşulu teşkil edeceği ifade edilmelidir, böyle olunca da müdahale öncelikle bu konudaki özel hüküm olan TBK m.182/f.3 üzerinden gerçekleştirilmelidir. Gerçi eğer tacirlerin taraf olduğu bir sözleşme yapısından bahis açılıyorsa, ki break-up fee klozları bakımından durum tam olarak bu minvaldedir, TTK m.22 anılan türden fahiş bir değerle karşı karşıya bulunulduğu durumda TBK*

---

[79] Farklı yönde, ilgili maddenin kıyasen uygulama alanı bulabileceği ile ilgili olarak bkz. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N. 71.17.

[80] Bu konudaki tartışma ve ileri sürülen farklı görüşler için bkz. TOLOU, N. 613 ve yine dn. 774, 775; GYSI, N. 35.

[81] TSCHÄNI/DIEM, s. 96.

[82] Bu yönde bkz. TANNÒ, N. 626.

m.182/f.3 uygulamasını dışlar, işte bu olasılıkta TBK m.27 yine genel bir kurtarıcı olarak ihtiyaç sahibinin imdadına yetişebilir, hükmün uygulaması da yerinde ve anlamlı olur. Ancak yine başa ve ilgili görüşü doğrudan ileri sürenlerin yaklaşım tarzına geri dönecek olursak, belirtilen ara değerlendirmeler yapılmaksızın ilgili sonuca doğrudan ulaşılması, takip edilen akıl yürütme süreci bağlamında, anılan yönlerden eksiklikler içermektedir.[83]

VI. SONUÇ

Çalışmamızda temel olarak varılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Özellikle şirket-birleşme devralma süreçlerindeki işlemler çerçevesinde söz konusu olan *break-up fee* klozları homojen bir içerik arz etmez, ihtiyaca göre farklı görünüm ve hukuki niteliklere büründürülebilirler.
- İlgili klozların dışarıdan ilk bakıldığındaki genel görünümleri ise şöyle ortaya koyulabilir: (Geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma süreci dahilinde, önceden tespit edilen bu süreci akamete uğratabilecek belirli bir olgunun (veya olguların) gerçekleşmesi, taraflardan birini (veya her ikisini) diğerine belirli bir götürü değeri ödeme yükümlüğü altına sokar.
- Bu arada *break-up fee* klozu sadece tek tarafa yükümlülük yükleyebileceği (yaygın olan) gibi, ilgili klozun ihtiyaca göre karşılıklı bir yapı arz etmesi de imkân dahilindedir. Bu konuda belirleyici olan, somut (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinde tarafların yapılan işlemdeki güç dengesi bakımından konumları ve onların (geniş anlamıyla) şirket birleşme-devralma sürecinden nasıl bir beklentilerinin (menfaatlerinin) bulunduğudur.
- Bu klozlarla takip edilecek nihai amaca gelinecek olursa, duruma ve ihtiyaca göre taraflarca i- dolaylı bir baskı unsuru oluşturarak işlemin sorunsuz bir biçimde tamamlanmasının temin edilmesi ya da ii- işlemin akamete uğraması halinde oluşacak zararın karşılanmasının hedef tutulabileceği söylenebilir.
- Belirtilen amaçlardan hangisinin takip edildiğine göre, *break-up fee* klozu bir tür ceza koşulu olarak karşımıza çıkabileceği gibi, bir tür götürü tazminat anlaşması hukuki niteliğini de taşıyabilir. Bu ilk tespit yapıldıktan sonra, *break-up fee* klozunu tetikleyen olgu incelenerek bu kloz-

[83] Ayrıca bkz. TOLOU, N. 613 dn. 775.

ların (her ikisi için de) gerçek veya gerçek olmayan alt türlerinden birinin varlığı saptanabilecektir. Buna göre de, son tahlilde uygulama alanı bulabilecek hükümler netlik kazanır.

- Pratik açıdan bakıldığında, *break-up fee* klozu özelinde ceza koşulu veya götürü tazminat anlaşması hukuki nitelendirmesinin yapılmasında en başta dikkate alınabilecek belirgin ve belirleyici unsur, kloz dahilinde kararlaştırılan götürü değerin miktarıdır. Eğer bu değer çok yüksekse, ceza koşulundan; yok salt zararı karşılamaya yetecek düzeydeyse de götürü tazminat anlaşmasından söz açılabilir. Elbette bu kıstas, tek başına değil de, hukuki nitelendirmenin yapılmasında somut olayı çevreleyen bütün koşullar dikkate alınarak kullanılmalı, buna göre bir değerlendirme sonucuna ulaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

ALTUNBAŞ SANCAK Zahide, **-Anonim Şirket Özelinde- Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

BERGER Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, 3. Aufl., Stämpfli, Bern, 2018.

COUCHEPIN Gaspard, **La clause pénale**, Schulthess, Zürich, 2008.

ERDEM Mehmet, **La clause pénale**, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, Ankara, 2006.

ESİN İsmail G., **Birleşme ve Devralmalar**, 4. Geliştirilmiş Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021. ("Birleşme ve Devralmalar")

ESİN İsmail G., "Avukat Gözüyle; Cezai Şart Nedir, Ne Değildir ve Nasıl Kullanılmalıdır?" **Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt I**, OKTAY ÖZDEMİR Saibe / ALTOP Atilla / ARKAN SERİM Azra (Editörler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, ss. 911-928. ("Cezai Şart")

EHRAT Felix R. / WIDMER Markus, "Art.151-163 OR", **Basler Kommentar, Obligationenrecht Art.1-529 OR**, Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND, 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2015. ("BasKom.")

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / EMMENEGGER Susan, **OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Band II, 11. Aufl., Schulthess, Zürich, 2020.

GYSI Markus, "Break Fee-Vereinbarungen bei Unternehmensübernahmen", **Jusletter 29 October 2007**, N. 1-104, www.jusletter.ch (Erişim Tarihi: 9 Mart 2023).

HILGARD Mark C., "Break-up Fees beim Unternehmenskauf", **Betriebs-Berater**, Heft 7, 2008, ss. 286-294.

ISLER Peter R., "Break-up Fee bei Unternehmenszusammenschlüssen", **Der Allgemeine Teil und das Ganze: Liber Amicorum für Hermann Schulin**, Hrsg. Nedim Peter VOGT, Dieter ZOBL, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002, ss. 83-97.

KAPANCI Kadir Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-681.

KAPLAN İbrahim, "İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'da Düzenlenmiş Bulunan Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, ss. 313-328.

KOCAAĞA Köksal, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts**, 4. Auflage, Stämpfli, Bern, 2017. ("AT")

KOLLER Alfred, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Galler Baurechtstagung 1996**, Hrsg. Alfred KOLLER, St. Gallen, 1996, ss. 1-67. ("Konventionalstrafe")

MABILLARD Ramon, "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2005, ss. 547-559.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I - Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Kollektif, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

PELLANDA Katja Roth, "Art.160 OR", **Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Hrsg. Andreas FURRER, Anton K. SCHNYDER, 3. Aufl., Schulthess, Zürich, 2016. ("CHK")

SCHNYDRIG Andrin / VISCHER Markus, "Die Transaktionsvereinbarung bei öffentlichen Übernahmen", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2006, ss. 1192-1206.

SIEGER Jürgen / HASSELBACH Kai, "Break Fee-Vereinbarung bei Unternehmenskäufen", **Betriebs-Berater**, Heft 13, 2000, ss. 625-631.

SUSUZ Kağan, "TTK m.134-158", **Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Türk Ticaret Kanunu m.124-303**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2023, ss. 184-371.

TOLOU Alborz, **La forfaitisation du dommage**, Schulthess, Zürich, 2017.

TSCHÄNI Rudolf / DIEM Hans-Jakob, "Die Pflichten des Verwaltungsrates des Zielgesellschaft bei Übernahmeangeboten", **Mergers & Acquisitions VII**, Schulthess, Zürich, 2005, ss. 53-112.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Baha Matbaası, İstanbul, 1963.

WARED Sarah, "Break Fees im Rahmen von Unternehmenstransaktionen", **Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht**, 48. Jahrgang, N. 13, Juni 2019, ss. 161-165.

YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezaî Şart)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

YAVUZ Mustafa, "Ticaret Şirketlerinin Birleşme Usulü ve Süreci", **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 7, 2016, ss. 24-34.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 439-480

İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNDE "OTUZ İŞÇİ" EŞİĞİ(*)

Dr.Öğr. Üyesi **Ayşe Ledün AKDENİZ**(**)

Öz: İş güvencesi sisteminin getirilmesinin amacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesine karşı korunmasıdır. Bu sistemde sözleşmenin korunması uğruna işverenin menfaatleri de göz ardı edilmeyerek, çalışma barışına uygun bir denge oluşturulması arzu edilmektedir. Bununla birlikte yürürlükteki iş güvencesi sisteminde işverence en az otuz işçi çalıştırılması gerektiğine ilişkin bir şarta yer verilmesi, Türkiye'deki işçilerin önemli bir kısmının bu güvencenin kapsamının dışında kalmasına yol açmaktadır. Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nda "otuz işçi" sayısının bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki işçilerin toplamına göre hesaplanacağını öngören kurala yer verilmesi de, uygulamada bununla bağlantılı başka tartışmalara zemin oluşturmaktadır. İş güvencesine ilişkin yargı kararları incelendiğinde, otuz işçi sayısının ne şekilde hesaplanması gerektiğine ilişkin önemli bir içtihat birikimi oluşmuş olmakla birlikte, bu konuda önemli bazı noktalar tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. Çalışmamızda, mevzuatımızda öngörülen eşik sınırın yerindeliği konusunun öğreti görüşleri çerçevesinde incelenmesi ve otuz işçi sayısının hesaplanmasına ilişkin değişen, dönüşen ve belirginleşen yargı kararlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi Sistemi, İş Güvencesinin Kapsamı, Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesine İlişkin 158 Sayılı Sözleşme, Otuz İşçi, İşyerinin Büyüklüğü.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 15.05.2024.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye,
E-posta: alakdeniz@istanbul.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-1312-3726.

THRESHOLD OF "THIRTY EMPLOYEES" IN THE JOB SECURITY SYSTEM

Abstract: The purpose of the introduction of the job security system is to protect the employment contract of the employee against termination. In this system, the interests of the employer are not ignored for the sake of protecting the contract, and a balance suitable for labour peace is desired to be established. Nevertheless, the inclusion of a requirement in the current job security system that the employer must employ at least 30 employees, causes the exclusion of a significant part of the employees in Turkey from the scope of this security. On the other hand, it is observed that the inclusion of a rule in the Labour Law No. 4857 stipulating that the number of "thirty employees" shall be calculated according to the total number of employees in the workplaces of an employer in the same line of business has led to other discussions. When judicial decisions on job security are examined, it should be stated that, despite the accumulation of a significant body of case law on the calculation, there is still considerable controversy in this area. In this study, it is aimed to examine the appropriateness of the threshold limit in the light of the doctrinal opinions and to evaluate the judicial decisions regarding the calculation of the number of thirty employees.

Keywords: Job Security System, Scope of Job Security, Termination of Employment Convention No. 158, Thirty Employees, Size of the Workplace.

GİRİŞ

İş güvencesi, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine karşı belirli bir koruma getirilmesi amacıyla oluşturulmuş bir sistemdir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından 1994 yılında kabulünden sonra, iç hukukumuzda iş güvencesi getiren bir sisteme yer verilmesi gerekliliği doğmuştur. İlgili düzenlemelere mevzuatımızda ilk defa 2002 yılında kabul edilen 4773 sayılı Kanun'un[1] 1475 sayılı İş Kanunu'na[2] eklediği maddelerde (m.13/A, m.13/B, m.13/C, m.13/D ve m.13/E) yer verilmiştir. Ancak 4773 sayılı Kanun yayımlandığı tarihte değil, 15 Mart 2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.[3] 1475 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi sistemini kuran hükümlerin yürürlüğe girişinden çok kısa bir süre sonra (yaklaşık üç ay sonra) ise, 4857 sayılı İş Kanunu[4] kabul edilmiş ve yeni İş Kanunu'nda iş güvencesine ilişkin hükümler önemli şekilde değiştirilmiştir.

İş güvencesi kurumunun özünde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine karşı bir korumanın sağlanması amacı bulunmakla birlikte, bu koruma sağlanırken işverenin menfaatleri tamamen göz ardı edilmemekte veya yönetim hakkı ortadan kaldırılmamaktadır. Bu anlamda işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmesi belirli şartlara bağlandığı gibi işverenin fesih hakkının da özüne dokunulmamaktadır. İş güvencesinden yararlanmak için yerine getirilmesi öngörülen şartların büyük bir kısmı işçinin taşıması gereken şartlar olarak kategorize edilebilir: İşçinin İş Kanunu'na ya Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a[5] tabi olması ve sözleşmesinin de belirsiz süreli olması gerekmektedir. Bunun dışında işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde en az altı aylık kıdeme sahip olması[6] ve aynı zamanda belirli düzeyde[7]

---

1 Bkz. İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 15.08.2002, S. 24847.

2 RG. 01.09.1971, S. 13943.

3 Bkz. 4773 sayılı Kanun m.13.

4 RG. 10.06.2003, S. 15134.

5 RG. 20.06.1952, S. 8140.

6 İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanun (RG. 11.09.2014, S. 29116 (Mükerrer)) ile eklenen cümle uyarınca, yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmamaktadır.

işveren vekili sıfatını taşımaması da şarttır. Kanun'da ayrıca güvenceden yararlanmak isteyen işçinin bu şartları sağlayıp sağlamadığından bağımsız olarak, işyerinin belirli bir büyüklükte olması gerekliliğine ilişkin bir şarta da yer verilmiştir. Çalışmamızın kapsamı, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için işvereninin sağlaması gereken bu şartın incelenmesi ile sınırlandırılmıştır. Çalışmamızda öğreti görüşlerine yer verilerek işyerinin büyüklüğü bakımından öngörülen eşik değer sınırının (otuz işçi ölçütünün) yerindeliği konusunun değerlendirilmesi ve İş Kanunu'nun kabulü üzerinden geçen yaklaşık yirmi yıllık sürede, bu sayının hesaplanmasına ilişkin değişen, dönüşen ve belirginleşen yargı kararlarının incelenmesi amaçlanmaktadır.

I. İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİNDE İŞYERİNİN BÜYÜKLÜĞÜ ÖLÇÜTÜ

A. İş Güvencesinin İşlevi

Birçok ülkede meydana gelen ekonomik güçlükler ve teknolojik değişiklikler sonucunda karşılaşılan sorunlar çerçevesinde, işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesine karşı bir güvence getirilmesi konusunun ILO tarafından uluslararası bir sözleşme şeklinde ele alınmasına karar verilmiş ve 158 sayılı "Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi" hazırlanmıştır. Bu Sözleşme Türkiye'de 1995 yılında yürürlüğe girmiş[8] ise de, iş güvencesi sisteminin iç hukukumuza aktarılarak uygulamaya geçirilebilmesi 15 Mart 2003 tarihinden itibaren[9] mümkün olabilmiştir.[10]

---

[7] İş Kanunu m.18/son'da, iş güvencesine ilişkin hükümlerin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında uygulanmayacağı öngörülmektedir.

[8] Sözleşme ILO tarafından 1982 yılında kabul edilmiş, Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanmıştır. RG. 12.10.1994, S. 22079. 158 sayılı Sözleşme 04.01.1995 tarihi itibariyle Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

[9] Bkz. 4773 sayılı Kanun m.13.

[10] Öğretide belirtildiği üzere, iş güvencesinin uygulanmasından önceki dönemde işveren iş sözleşmesini sona erdirirken herhangi bir neden göstermek zorunda olmadığından ve bildirim sürelerine uyması yeterli görüldüğünden, işçilere sözleşmelerinin feshedilmesine karşı yeterli bir korunma sağlanmamakta idi, bu yönde bkz. SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 569. Bu dönemde öğretide, iş güvencesi sistemi ile sözleşme ve girişim özgürlüğü, çalışma hakkı ve diğer sosyal haklar arasında bir dengenin kurulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir, bkz. ULUCAN Devrim, "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler**, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 19.

İş güvencesi sisteminde işverenin fesih serbestisi değil, iş ilişkisinin sürekliliği kuraldır.[11] İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesi feshedilirken; işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir (m.18/1). Bu sistemde feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğünün de işverenin üzerinde olduğu öngörülmüştür (m.20/2).[12] Fesih bildiriminde sebep gösterilmediğinin veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığının tespit edilmesi halinde; işveren feshin geçersizliği sonucuna bağlanan parasal yaptırımlarla karşı karşıya gelmektedir. Bu bakımdan iş güvencesinin kapsamında olmak, işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği anlamına gelmediği gibi, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği mahkeme kararı ile tespit edilen işçinin mutlak olarak işe iade edilmesine ilişkin bir zorunluluk da bulunmamaktadır. O halde iş güvencesi sisteminin; işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmayan ancak işverenin fesih kararı konusunda iki kere düşünmesini sağlayabilen bir işlevi bulunduğu genel olarak ifade edilebilir. Zira geçersiz feshin tespitinden sonra işçinin işe iade talebiyle işverenine başvurması halinde; işçiye işe başlatılsın ya da başlatılmasın, en çok dört aya kadar boşta geçen ücreti ve diğer hakları tutarında bir ödeme yapılması gerekmektedir (m.21/3). Ayrıca getirilen güvence kapsamında, işçinin işe başlatılmaması halinde, buna ilişkin parasal sonuçlar da (m.21/1) göze alınmalıdır.[13]

B. İş Güvencesi Sisteminde "İşyerinin Büyüklüğü" Eşiğine Duyulan İhtiyaç

İş güvencesi sisteminin temel amacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesine karşı korunması ise de, bu amaçla getirilen korumaların işve-

---

[11] SÜZEK, s. 571.

[12] İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (İş Kanunu m.20/2).

[13] Ekleyelim ki, 2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (RG. 25.10.2017, S. 30221) m.3/1 uyarınca işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. İşe iade talepli arabuluculuk görüşmelerinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde anlaşma metninde yer alması gereken zorunlu hususlara İş Kanunu m.21/7'de yer verilmiştir. Buna karşılık Kanun'da, tarafların arabulucuda işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmaları ihtimaline ilişkin zorunlu bir içerik öngörülmemiştir. Çalışma konumuz iş güvencesinin şartlarından biri olan işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırılmasına özgülendiğinden, arabuluculuk sisteminin iş güvencesi sistemi ile getirilmek istenilen koruma üzerinde nasıl bir etkisi olduğuna bu çalışmada yer verilmemiştir. Bununla birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe başlatılmamasına ilişkin arabuluculuk anlaşmasında Kanun'da öngörülen parasal miktarın altında bir tutarda anlaşma yapılabilmesine imkân verilmesinin, iş güvencesinin sistemi ile getirilmek istenen korumanın etkinliğini zayıflatabilecek nitelikte olduğu ifade edilmelidir.

ren bakımından belirli zorluklar arz edebileceğinin de dikkate alınması gerekir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda temel ilkelere ve ölçütlere yer veren 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde de, belirli bir işçi kategorisinin iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılabilmesine imkân tanınmıştır. Sözleşme'nin ikinci maddesi doğrultusunda, istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda hizmet sözleşmesiyle istihdam olunanlardan sınırlı bir kategorinin de gerektiği takdirde bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümlerinin kapsam dışında bırakabilmesi mümkündür (m.2/5).

Bu yönde bir istisnaya yer verilmesi, ekonomik gücü az olan küçük işyerlerinin iş güvencesinin getirebileceği mali yükü kaldıramayabileceği düşüncesine dayanmaktadır.[14] Gerçekten küçük bir işyerinin iş güvencesinin (işe iade hükümlerinin) parasal sonuçlarını karşılamakta zorlanması, işyerinin kendi varlığına zarar verebilecek ve işyerinin kendi varlığını devam ettiremediği bir durumda işçilerin iş sözleşmelerinin feshe karşı korunması çabası da boşa çıkabilecektir. Ayrıca işçi ve işveren arasında yakın ilişkilerin ön plana çıktığı ve iş başarısının uyumlu bir çalışma ortamını gerektirdiği küçük işyerlerinde işten çıkarmanın çok zorlaştırılmaması gerektiği de ifade edilmektedir.[15] Sonuç olarak iş güvencesi sistemi ile işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesine karşı korunması amaçlanmakla birlikte; sözleşmenin korunması uğruna işverenin menfaatlerinin de göz ardı edilmemesi ve çalışma barışına uygun bir dengenin oluşturulması istenilmektedir.[16]

II. İŞYERİNİN BÜYÜKLÜĞÜNE İLİŞKİN ÖLÇÜTÜN İŞ GÜVENCESİ SİSTEMİMİZDE DÜZENLENİŞİ

A. 1475 sayılı Kanun'da İşyerinin Büyüklüğü Ölçütü

İş güvencesinden yararlanma koşulları, 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen m.13/A'da "*On veya daha fazla işçi çalıştırılan*

---

[14] SÜZEK, s. 576; BAŞTERZİ Süleyman, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, 2005, s. 626; KESER Hakan, **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, 3. Baskı, Seçkin, 2016, s. 70-71; Alman hukukunda işyerinin büyüklüğüne ilişkin ölçüte yer verilmesi hakkında kararlar için bkz. ULUCAN Devrim, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003, s. 30-31.

[15] SÜZEK, s. 576; BAŞTERZİ, s. 626; KESER, s. 70-71.

[16] SÜZEK, s. 571.

işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda yer verildiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri mevzuatımızda üç ay kadar kısa bir süre yürürlükte kalabildiğinden, bu dönemde iş güvencesi ile ilgili uyuşmazlıklar konusunda bir yargı içtihadı oluşamamıştır. Bu dönemde özellikle kapsama girebilmek için on işçi çalıştırılması şartı[17] bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu dönemde ileri sürülen bir görüşe göre, ülkemizdeki işyerlerinin çok büyük bir bölümünde ondan az işçi çalıştırılması nedeni ile sayının bu şekilde belirlenmiş olması iş güvencesinin amacı ile bağdaşmamıştır ve bu nedenle gözden geçirilerek sayının beş işçiye indirilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir.[18] Aksi yöndeki görüşe göre ise, güvencenin kapsamından yararlanmak için on işçi ölçütünün benimsenmiş olması 158 sayılı Sözleşme'ye aykırılık arz etmemiştir.[19]

1475 sayılı İş Kanunu döneminde on ve daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerini güvence kapsamına alan hüküm bakımından, öğretide işçi sayısının hesaplanması konusunda belirli endişeler ifade edildiği de eklenmelidir.[20] Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi bakımından on işçi sayısı ve altı ay çalışmış olma ölçütlerinin uygulanmasında "işverenin bir veya değişik işyerlerinin esas alınacağı" ifadesiyle yetinilmiştir. Bir görüşe göre, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki konunun düzenleniş biçimi işçi sayısının hesaplanmasında işverenin her bir işyerinde çalışanların ayrı ayrı dikkate alınacağı gibi bir sonuç çıkarmaya elverişli olması yönünden isabetsizdir.[21] Bu dö-

---

[17] Belirtelim ki, 1475 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinde işyerinin büyüklüğüne ilişkin ölçütün "on işçi çalıştırılan işyerleri" olarak belirlenmesinden sonra TBMM Başkanlığı'na sunulan İş Kanunu Tasarısı'nda da "on işçi" ölçütü korunmuştur. Ancak Tasarı maddeleri görüşülürken bu ölçütün "otuz işçi" sayısına yükseltilmesine ilişkin bir önerge verilmiş ve bu önerge kabul edilmiştir. Bakınız TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, C. 13, 75 Birleşim, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c013/tbmm22013075.pdf (Erişim Tarihi, 31.03.2024).

[18] ULUCAN, (2003a), s. 23.

[19] ÇELİK Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 18.

[20] EKONOMİ Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren Dergisi**, C. 17, S. 2, Mart 2003, Özel Ek, s. 4.

[21] Bu endişelerin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak İş Kanunu Tasarısı'na yeni bir hüküm getirilmek suretiyle işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, bu işyerlerinde çalışan

nemde ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, aynı işkolundaki işçilerin toplanmasına ilişkin işkolu sınırlaması getirilmesi ve iş güvencesi alanının daraltılması sistemin bir gereğidir, bu anlamda on işçinin hesabında işverenin değişik işkollarında çalışmış olmak bakımından bir fark gözetmeyen yasal düzenleme isabetsiz olmuştur.[22]

B. 4857 sayılı İş Kanunu'nda İşyerinin Büyüklüğü Ölçütü

1. En Az Otuz İşçi Çalıştırılması

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamında yer alabilmek için işyerinin büyüklüğüne ilişkin ölçüt "işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması" olarak değişikliğe uğramıştır. Öğretide 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işyerinin büyüklüğüne ilişkin sınır eşiğin otuz işçi sayısına yükseltilmesinin işverenlerin baskısı ile gerçekleştiği ifade edilmektedir.[23] Belirtelim ki, İş Kanunu'nun kabulünden sonra, iş güvencesinin kapsamına girebilmek için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılmasını öngören İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrası da dâhil olmak üzere bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede, söz konusu kuralın çalışma yaşamında işçi ve işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda kurulan denge açısından bir ölçüsüzlük yaratmadığı sonucuna ulaşılmış ve iptal istemi oybirliği ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre iş güvencesi sistemini getiren her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır ve bu sayının işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda oluşacak ek mali külfetler kayıt dışı uygulamalara neden olabilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında, ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nde, işçilerden bir kategorinin iş güvencesinin tamamının veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceğine cevaz verildiği, İş

işçi sayısının toplanabileceğini açık olarak düzenleyen çalışmaların bulunduğuna da dikkat çekilmiştir. Bkz. ÇELİK, s. 19-20; EKONOMİ, s. 4. Belirtelim ki, EKONOMİ'ye göre, işverenin sırf işçilerini iş güvencesinden yoksun bırakmak üzere işyerini böldüğünün ispatlanması halinde de işçilerin güvenceden yararlanabileceği sonucuna varılabilmesi mümkündür, EKONOMİ, s. 4.

22 ULUCAN, (2003a), s. 23.

23 AKYİĞİT Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin, 2007, s. 213; AYGÜL Musa / UŞAN Fatih, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), **Legal YKİ Dergisi**, C. 2, S. 3, 2007, s. 84.

Kanunu'nun 18. maddesindeki bu kural ile iş güvencesinin getireceği ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulmasının amaçlandığı ifadelerine de yer verilmiştir.[24]

Anayasa Mahkemesi'nin iş güvencesinin kapsamına girebilmek için en az otuz işçi çalıştırılmasının Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna varması, iş hukuku öğretisinde yoğun bir biçimde inceleme konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verilen işçilerden bir kategorinin iş güvencesinin kapsamı dışında tutulabileceğine yönelik gerekçenin haklı bir tarafı bulunmakla birlikte,[25] bu gerekçe 4857 sayılı Kanun'da işyerinin büyüklüğünde eşik sınırın "en az otuz işçi çalıştırılması" olarak belirlenmiş olmasını açıklayamamaktadır.[26] Gerçekten iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemenin işverene getireceği mali yük, ancak bu yükü taşıyamayacak derecede zayıf işverenler bakımından anayasaya uygunluk denetiminde göz önünde tutulabilir.[27] Küçük işyerleri açısından işe iade davasının ek maliyetinin karşılanması üstesinden gelinemeyecek bir sonuç doğurabileceği gibi, az sayıda işçi çalıştırılan yerlerde, işçi ile işveren arasında yakın kişisel ilişkiler kurulduğundan, uyumlu çalışma ortamının büyük önem taşıdığının da dikkate alınması gerekir.[28]

İş güvencesi sistemini benimseyen ülkeler arasında kapsama girecek kişi sayısı bakımından belirli farklılıklar görülmekle birlikte, Avrupa Birliği ülkeleri ile karşılaştırıldığında Türkiye'de sayının yüksekliği dikkat çekmektedir.[29] Bu şartın varlığı, Türkiye'deki işyerlerinin ve işçilerin çok önemli bir

---

24 AYM. E. 2003/66, K. 2005/72, 19.10.2005, RG. 24.11.2007, S. 26710.

25 158 sayılı Sözleşme m.2/5 uyarınca; gerekli olması halinde, sınırlı bir işçi kategorisinin özel istihdam koşulları açısından veya onları istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından büyük önem taşıyan belirli sorunlar ortaya çıkması halinde Sözleşme'nin veya bazı hükümlerinin uygulanmasından hariç tutulmasına yönelik önlemler alınabileceğine yer verilmiştir.

26 SÜZEK, s. 576.

27 SAĞLAM Fazıl, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Legal, İstanbul, 2014, s. 16.

28 SÜZEK, s. 576; ALPAGUT Gülsevil, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 85-86; EYRENCİ Öner, "4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 1, C.1, 2004, s. 33; BAŞTERZİ s. 626; KESER, s. 70-71. SAĞLAM, s. 16. Bu gerekçeye yer veren bir Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. ULUCAN, (2003b), s. 30-31.

29 ODAMAN Serkan, "Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi", **Sicil**, S. 6, 2007, s. 84; ÖZKARACA Ercüment, "İş Güvencesinin Kapsamı", **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Demir Ender / Gemici Filiz Beste (Editör), Seçkin, Ankara, 2017, s. 41.

kısmının kapsam dışında kalması sonucuna yol açmaktadır.[30] Avrupa ülkelerinde iş güvencesi dışında tutulan küçük işyerleri bakımından işçi sayısının beş ilâ onbeş arasında değişmesi, otuz işçi sayısının demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler arasında da sayılamayacağını göstermektedir.[31] Sonuç olarak öğretide isabetle belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirtilen küçük ölçekli işyerlerinin korunmasına yönelik gerekçeler, orta ölçekli sayılabilecek on ila yirmi dokuz işçi çalıştırılan işyerleri bakımından geçerliliğini yitirmektedir.[32]

Öte yandan öğretide işyerinin büyüklüğü ölçütünün otuz işçi ile belirlenmesi sonucunda çok geniş bir işçi kitlesinin iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılmasının, Anayasa m.10'daki eşitlik ilkesine[33] ve m.13'teki ölçülülük ilkesine de[34] aykırı olduğu da ifade edilmektedir. Kanaatimizce de 158 sayılı Sözleşme'de üye devletlere tanınan istisna alanının, otuz işçiye kadar işçi çalıştırılan işyerlerine uygulanacak biçimde genişletilmesi, meşru ve makul bir istisnayı genel bir kuralmış gibi tersine çevirerek, âdeta yalnızca sınırlı bir kategorinin güvenceden yararlanabilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu anlamda işyerinde çalıştırılan işçi sayısı eşiğinin 158 sayılı Sözleşme ile uyumsuz olduğu belirtilmelidir.[35] Öğretide, iş güvencesi sisteminin ilk kabul edildiği dönemde olduğu gibi, işyerinde ondan fazla işçi çalıştırılmasının yeterli görülmesine ilişkin bir düzenlemenin benimsenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir.[36]

---

30 Bu konudaki çeşitli yıllara ilişkin istatiksel veriler için bkz. ULUCAN, (2003b), s. 34; GÜZEL Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi - Sendikalar Yasası - Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28-29 Mayıs 2004, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, s. 28; SÜZEK, s. 576; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 1002; BAŞTERZİ, s. 635-636; AYGÜL / UŞAN, s. 84.

31 SAĞLAM, s. 16.

32 SÜZEK, s. 576; EYRENCİ, s. 33.

33 SÜZEK, s. 576; ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku**, 36. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s. 512; GÜZEL, s. 28; ULUCAN, (2003b), s. 30; EYRENCİ, s. 33; BAŞTERZİ, s. 633.

34 SÜZEK, s. 576; ÇELİK *et al.*, s. 513; SAĞLAM, s. 16-17; BAŞTERZİ, s. 633-634; UGAN ÇATALKAYA Deniz, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Beta, İstanbul, 2019, s. 468-469.

35 SÜZEK, s. 576; GÜZEL, s. 27-28; UÇUM Mehmet, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal, İstanbul, 2003, s. 134; DOĞAN YENİSEY Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal, İstanbul, 2007, s. 117 dipnot 191.

36 ÖZKARACA, s. 40.

a. Eşiğin "Elli Bire" Yükseldiği Durum

İş güvencesinden yararlanmak için işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde en az otuz işçi çalışması şartı bulunmakla birlikte; tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmelerde; bu sayı dolaylı olarak *elli bir* işçiye yükselmektedir.[37] Zira İş Kanunu m.4/1(b) uyarınca; elliden az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeler İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmuştur.[38] Oysa bilindiği üzere, iş güvencesinden yararlanabilmek için İş Kanunu'na (veya Basın İş Kanunu'na) tabi olunması gerekmektedir.[39]

---

[37] GÜZEL, s. 26; ÇELİK *et al.*, s. 512; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1006-1007; EKMEKÇİ Ömer / YİĞİT Esra, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 650; TULUKÇU Nezihe Binnur, **İş Güvencesi İşe İade**, Seçkin, Ankara, 2017, s. 135; CENTEL Tankut, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2020, s. 47; TUNCAY A. Can, "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", **Sicil**, S. 6, 2007, s. 78; AYDIN Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, 7. Baskı, Nisan, Ankara, 2023, s. 310; ÖZKARACA, s. 40.

[38] Ekleyelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde yer verilen istisna bakımından da bazı ayrıksı durumlara yer verilmiştir (m.4/2(c,d,e)). Dolayısıyla tarım ve orman işletmelerindeki bitki ve hayvan üretimi, bakım ve yetiştirmesi dışında kalan işlerde çalışanların İş Kanunu'na tabi olduklarının dikkate alınması gerekir. Bu yönde bkz. Y. 9. HD, E. 2011/759, K. 2013/10828, 02.04.2013 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[39] Bu noktada ayrıca belirtelim ki, elliden az işçi çalıştırılan tarım işyerlerinde yaptığı iş tarım işi olmayan işçilerin İş Kanunu'na tabi olup olmadıkları konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Kanun'da "*50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerde*" ifadesine yer verilmiş olması, kapsamın belirlemesinin yapılan işe göre değil, işyerinde yürütülen faaliyete göre yapıldığını göstermektedir. Bu yönde bkz. BAYSAL Ulaş, "Elli ve Daha Az İşçi Çalıştırılan Tarım ve Orman İşlerinin yapıldığı İşyeri veya İşletmelerde Tarım İşlerinde Çalışmayanlar İş Kanunu Kapsamında Mıdır?", **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan**, **İÜHFM**, C. 72, S. 2, 2014, s. 77; ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2016, s. 13. Aksi yöndeki görüşe göre ise, tarım işyerinde elliden az işçi çalıştırılıyor olsa dahi yaptığı iş tarım işi olmayan işçiler bakımından İş Kanunu'nun uygulanabilmelidir, bu yönde bkz. SÜZEK, s. 222; BAYCIK Gaye, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 53. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, elli ve daha az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmelerin Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş olması nedeniyle, tarımla ilgili olmayan bir işte istihdam edilenlerin İş Kanunu'ndan yararlanamayacakları sonucuna varmanın Kanun'un lafzına uygun ancak amacına aykırı nitelikte olduğu görüşü için bkz. SOYER Polat, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008**, TÜRK-İŞ, Ankara, 2010, s. 26-28. Ayrıca ekleyelim ki, Yüksek Mahkeme, işçinin bir taraftan tarım işinde çalışırken bir taraftan da tarım işi sayılmayan ek bir görevde (bekçilik, şoförlük gibi) çalışması halinde, yapılan işler arasında hangisinin baskın olduğu açıklığa kavuşturularak İş Kanunu'nun kapsamında olup olmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varmaktadır, bu yönde bkz. Y. 9. HD, E. 2011/759, K. 2013/10828, 02.04.2013(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024). Hiç şüphesiz, işçinin İş Kanunu'na tabi olduğu sonucuna varılabiliyor ve işçi diğer şartları da sağlıyorsa iş güvencesinden yararlanabilecektir.

b. Eşiğin Aranmadığı Durumu

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesinde, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadıkça ve fesih nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtilmedikçe feshedilemeyeceği öngörülmüş, temsilcinin iş sözleşmesinin feshine karşı işe iade davası açılabilmesi imkânı özel olarak düzenlenmiştir. Bu özel düzenleme nedeniyle, İş Kanunu m.18 uyarınca temsilci söz konusu olduğunda otuz işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.[40] Ayrıca belirtelim ki, sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshinin üyesi olduğu sendikanın da menfaatini zedelediği kabul edildiğinden, sendikanın da işe iade davasını açabileceği kabul edilmektedir.

c. Otuz İşçi Eşiğinin Nispi Emredici Nitelik Taşıması

İş Kanunu m.18'de iş güvencesinin yararlanabilmek için işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde en az otuz işçi çalıştırılması şartının sağlanması gerekmekle birlikte, öğretideki ağırlıklı görüşe göre bu şartın mutlak emredici değil nispi emredici nitelik taşıdığı, iş güvencesinin kapsamına girebilmek için işçinin lehine düzenlemeler getirilebileceği ifade edilmektedir.[41] Yerleşik yargı kararlarında da otuz işçi sayısına ilişkin şartın indirilebileceği kabul edilmektedir.[42]

---

[40] EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 234; CENTEL, s. 46; KESER, s. 70. Aynı yönde bkz. Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[41] SÜZEK, s. 580; AKYİĞİT, s. 213; ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, 2007, s. 85; TUNCAY, s. 78; ÖZDEMİR Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.3, 2005, s. 117; YILDIZ Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulamasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 11, C. 3, 2006, s. 907, 911; CANBOLAT Talat / ERENER Ebru, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", **İş ve Hayat**, C. 3, S. 5, 2017; s. 243; ÖKTEM SONGU Sezgi, "İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, DOĞAN YENİSEY Kübra / ERGÜNEŞ EMRAĞ Seda (Editörler), Beta, İstanbul, 2017, s. 197; TULUKÇU, s. 145. Aksi görüşte bkz. EKMEKÇİ / YİĞİT, s.748.

[42] Y. 9. HD, E. 2016/13363, K. 2016/14311, 14.06.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2014/25000, K. 2014/36925, 04.12.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

2. Aynı İşkolundaki İşçilerin Dikkate Alınması

Çalışmamızda daha önce de yer verildiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinde, bu güvencenin on veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde uygulanabileceği öngörülmüştü. 1475 sayılı İş Kanunu'nun bu sayının hesabına ilişkin özel bir düzenleme içermemesi nedeniyle, bu dönemde öğretide işverenlerin işçileri güvencenin kapsamının dışına çıkarmak amacıyla, her bir işyerindeki işçi sayısını bölerek on sayısının altında tutabileceğinden duyulan endişe ifade edilmekteydi.[43]

4857 sayılı İş Kanunu'nda ise, işyerlerindeki işçi sayısının ne şekilde hesaplanacağı konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. İş Kanunu m.18/4 uyarınca işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde işçi sayısının, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceği öngörülmüş, böylelikle her işyerinde otuzdan az işçi çalıştırmak suretiyle işçilerin bölünmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.[44] 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünden sonra bazı maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda da, m.18/4'te yer alan "*İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.*" hükmünün iptali istemine yer verilmediği görülmektedir.

Bununla birlikte otuz işçi sayısının *işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinde çalışan toplam işçi sayısına* göre belirleneceğinin öngörülmesi uygulamada pek çok soruna yol açmıştır. Her şeyden önce, aynı işkolunda çalışan işyerlerinde toplam işçi sayısına göre hesaplama yapılmasına yönelik cümle, işverenin çalıştırdığı *tüm* işçilerin değil, yalnızca iş güvencesinden yararlanmak isteyen işçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda çalıştırılan işçilerin sayısının toplanabilmesine yol açmakta ve böylece dolaylı bir sınırlama getirmektedir. Kanun'da

---

[43] "*...10 ve daha fazla işçi çalıştırma bakımından özellikle bankalar gibi aynı işkolunda çok sayıda işyeri olan işletmeler bakımından önemli bir durum çıkıyor. Örneğin çok şubeli bir bankada 10 ve daha fazla işçinin çalıştığı şubeler yanında 4 ve 5 işçinin çalıştığı şubeler de bulunmaktadır ve bu şubelerde çalışan işçiler İş Kanunu'nun getirdiği iş güvencesi dışında kalacaklardır. Diğer yandan bankaların çoğunda işçinin işyeri değişikliği yetkisi işverende tutulduğu dikkate alınırsa, işçinin bazen 10'dan az işçinin çalıştığı işyerine verilmesiyle, bu güvenden yoksun kalması herhalde uygun bir düzenleme olarak düşünülmeyecektir...*" Bkz. EKONOMİ, s. 4.

[44] SÜZEK, s. 577; TUNCAY, s. 78; ODAMAN, s. 84; AYDIN, s. 313. İş Kanunu'nda örneğin işverenin engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün, aynı il sınırları içindeki işyerlerindeki toplam işçi sayısına göre hesaplanacağı öngörülmüştür (İş Kanunu m.30/1). Ancak dikkat edileceği üzere, iş güvencesine ilişkin otuz işçi sayısının hesabında işyerlerinin aynı il sınırları içerisinde yer alması gibi bir şart koşulmamıştır, bkz. SÜZEK, s. 577; ÇELİK *et al.*, s. 514; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1002; ODAMAN, s. 84.

işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki işçilerin toplanması öngörülmek suretiyle otuz işçi koşulunun sağlanması kolaylaştırılmış gibi görünse de, gerçekte son derece ağır nitelikte olan bu koşul pek çok işçinin iş güvencesinin kapsamı dışında kalmasına yol açmaktadır.[45] Öğretide de kanun hükmünde "aynı işkolunda" ifadesine yer verilmiş olmasının haklı olarak eleştirildiği görülmektedir.[46]

İş güvencesinden yararlanabilmek için ulaşılması gereken otuz işçi sayısının bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler toplanarak hesaplanmasını öngören hüküm, güvenceden yararlanmayı sınırlaması bakımından isabetsiz olduğu gibi, uygulama bakımından da bazı belirsizliklere yol açmaktadır. Bu konulardan biri, toplu iş hukuku mevzuatı uyarınca bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi konusu ile İş Kanunu m.18/4 uyarınca bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısının belirlenmesi konusu arasında bir bağlantının kurulması gerekip gerekmediğine ilişkindir. Öğretide bir görüşe göre, iş güvencesinin kapsamı ile ilgili işyerlerinin aynı işkolunda yer alıp almadıkları konusunun toplu iş hukukundaki işkolu tespiti yoluna gidilerek çözülmesi gerekmektedir.[47] Bununla birlikte bu yolun izlenmesi işe iade davasının uzaması gibi bir sakınca yaratabileceği gibi, bu tespitten sonra başka bir vesile ile mahkemece işkolu tespit sonucunda farklı bir karar verilirse, aynı işyeri bakımından çelişkili işkolu kararları verilmiş olacaktır.[48] Bu görüş uyarınca işe iade davasının ivedilikle görülmesi gerektiğinin dikkate alınması, işkolu tespitinin bekletici mesele yapılmaması ve hâkimin keşif yapmak suretiyle bizzat karar vermesi uygun olacaktır.[49]

Henüz İş Kanunu Tasarı halinde iken ileri sürülmüş bir görüşe göre ise, işverene ait işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıkların yalnızca toplu iş hukuku taraflarını ilgilendiren bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi usulü çerçevesinde çözülmesi düşünülemez.[50] İşkolu tespiti gibi

---

45 ÖZKARACA, s. 40.

46 ÇELİK *et al.*, s. 514; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1003; AKTAY A. Nizametin / ARICI Kadir / KAPLAN SENYEN E. Tuncay, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 188; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 648.

47 GÜZEL, s. 30; CENTEL, s. 52-53; AKYİĞİT, s. 214; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1003.

48 CENTEL, s. 52-53.

49 CENTEL, s. 52-53; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1003.

50 EKMEKÇİ Ömer, "26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Semineri**, 25-29 Eylül 2002 Marmaris, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, s. 93-94. Söz konusu görüş ileri sürüldüğü dönemde, işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi konusu (mülga) 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.4'te düzenlenmekte idi.

önemli bir uyuşmazlığın tek bir işçinin açtığı işe iade davasına konu olması sonucunu doğuracak bu hüküm isabetsiz olup İş Kanunu Tasarısı'nda buna ilişkin bir yol gösterilmemiştir.[51] Kanaatimizce de "aynı işkolunda" çalışan toplam sayısının tespitinin, toplu iş hukuku alanında işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi usulü ile bağlantılı olmadığının kabul edilmesi uygun olur. Gerçekten m.18/4'te yer alan hüküm, işyerlerinin ayrı ayrı bölünmesini önlemeye yönelik bir amaca hizmet etmektedir ve normun amacına uygun bir yorum yapılmalıdır. Bu hükümden yola çıkarak aynı işverenin birden çok işyerinin aynı işkolunda bulunup bulunmadıklarına ilişkin sorunun çözümünün, işyerinin girdiği işkolunun 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Kanunu[52] m.5'te öngörülen usul çerçevesinde tespit edilmesine bağlı olduğu yönündeki görüşe[53] katılamamaktayız. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işkolu kavramı bakımından 6356 sayılı Kanun'a bir atıf yapılmış da değildir. İşkolunun belirlenmesi konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, feshin geçersizliğinin tespiti davasının ivedilikle görüleceğinin hedeflenmiş olmasından hareketle hâkimin bu durumu bekletici sorun yapmaksızın kendisinin keşif yaparak karar vermesi gerektiği çözümünün benimsenmesi,[54] kanaatimizce de yerinde olacaktır.

Bu noktada otuz işçi sayısının hesaplanmasında bir işverenin aynı işkolunda çalışan işçilerinin toplanmasını öngören hükümle bağlantılı olarak yakın tarihli bir gelişmenin üzerinde durulması da yerinde olacaktır. 2017 yılında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları ile ilgili bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; toplu iş sözleşmesi yetkisinin her bir vakıf için ayrı ayrı işyeri düzeyinde verilmesinin gerekip gerekmediği ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için sağlanması gereken otuz işçi sayısının hesaplanmasının her bir vakıfta çalışan işçi sayısına göre mi yapılması gerektiği konusu tartışılmıştır. İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, her bir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın ayrı ayrı işyeri kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış, her vakıf için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi verilmesi ve otuz işçi ölçütünün de tek tek her bir vakıf göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiği kabul edilmiştir.[55] Bununla birlikte İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan kısa bir süre sonra kabul edilen 7144 sayılı Bazı

---

51 EKMEKÇİ, s. 93-94.

52 RG. 07.11.2012, S. 28460.

53 CENTEL, s. 52-53.

54 CENTEL, s. 52-53.

55 Y. İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2016/3, K. 2017/4, 09.06.2017, RG. 21.07.2017, S. 30130.

Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun[56] ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun[57] 7. maddesine bir fıkra eklenerek; her bir vakfın Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünce imzalanacak işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleri olduğu öngörülmüştür.[58] Söz konusu Kanun hükmünde münhasıran bu vakıflarda işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılması gerektiğinin düzenlenmiş olması karşısında, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında otuz işçi ölçütünün "her bir vakıf yönünden kendi işçi sayısının dikkate alınacağı" yönündeki kısmı ne şekilde etkileyeceği üzerinde de durulmalıdır. Belirtelim ki, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın karşı oy yazısında, bu vakıflar hakkındaki tartışmanın bunların tüzel kişiliği haiz olup olmadıkları noktasında değil, gerçek işverenin tüzel kişiliği olan vakıf mı, yoksa Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı mı olduğu noktasında toplandığına yer verilmiş, özel hukuk tüzel kişiliği olsalar bile yasadan alınan yetki ile kuruldukları, devlete bağlı oldukları ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlandıklarından söz edilmiştir.[59] Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu m.7/son uyarınca, işletme toplu iş sözleşmesini işveren tarafı olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün imzalayacağının öngörülmesi nedeniyle, kanaatimizce burada otuz işçi sayısının hesaplanmasında da gerçek işverenin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü olduğunun ve otuz işçi sayısının her bir vakıf yönünden kendi işçi sayısına göre değil, vakıfların tamamında çalışan toplam işçi sayısına göre belirleneceğinin kabulü gerekmektedir.

---

56 RG. 25.05.2018, S. 30431.

57 RG. 14.06.1986, S. 19134.

58 Bkz. 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.7: "*Vakıflar, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünce imzalanacak işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleridir.*".

59 Y. İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2016/3, K. 2017/4, 09.06.2017, RG. 21.07.2017, S. 30130.

III. OTUZ İŞÇİ SAYISININ HESAPLANMASINA İLİŞKİN ESASLAR

A. Hesaplamaya Dâhil Edilecek İşçilerin Tespiti

1. İşçinin Tabi Olduğu Kanun Bakımından

İş güvencesine ilişkin hükümler, İş Kanunu m.18'de öngörülen diğer şartları da taşımaları kaydıyla İş Kanunu'na ve Basın İş Kanunu'na[60] tabi olan işçilere uygulanmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na[61] ve Deniz İş Kanunu'na[62] tabi işçiler ise iş güvencesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu bakımdan hiç şüphesiz, münferit olarak bir işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacağı değerlendirilirken, öncelikle işçinin iş ilişkisinin hangi Kanun'a tabi olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır.

İş güvencesinden yararlanabilmek açısından işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde otuz işçinin çalışıp çalışmadığının hesaplanması konusunda ise, iş güvencesinin kapsamı dışında olan Borçlar Kanunu'na ve Deniz İş Kanunu'na tabi işçilerin hesaba katılıp katılamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışanların otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmaması gerekmektedir.[63] 22. Hukuk Dairesi'nin aynı yöndeki bir kararında, sporcuların İş Kanunu m.4/1(g) uyarınca İş Kanunu'na tabi olmadıkları ve bu nedenle İş Kanunu'nda öngörülen otuz işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmayacakları sonucuna varılmıştır.[64] Bizim de katıldığımız aksi görüşe göreyse, otuz işçi sayısının hesaplamasında İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi olmayan çalışanların da dikkate alınması gerekir.[65] Bu konuya, bir işyerinin iş güvencesinin kapsamına girmesi ile işçinin iş güvencesinden yararlanmasının iki farklı durum olduğu dikkate alınarak yaklaşılması uygun olacaktır.[66] İş güvencesinde işçi sayısı bakımından bir eşik oluşturulmasının sebebi, belirlenen sayıdan fazla sayıda işçi istihdam eden işverenin işe iade davasının mali sonuçlarını karşılayabileceğinin varsayılmasıdır

---

60 Basın İş Kanunu m.6/son uyarınca, İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. madde hükümlerinin kıyas yoluyla iş sözleşmesi işverence feshedilen gazetecilere de uygulanacağı öngörülmüştür.

61 RG. 04.02.2011, S. 27836.

62 RG. 29.04.1967, S. 12586.

63 EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 649.

64 Y. 22. HD, E. 2014/6344, K. 2014/10003, 28.04.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

65 SÜZEK, s. 578; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1006.

66 SÜZEK, s. 578.

ve İş Kanunu'nun 18. maddesinde "İş Kanunu'nun kapsamındaki işçilerin bu sayının hesabına dâhil edileceği" gibi bir ifadeye de yer verilmemiştir.[67] Bu nedenle İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olmayanlar güvenceden şahsen yararlanabilecek olmasalar da, işverenle aralarında bir iş sözleşmesi bulunduğu için, otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmaları gerekir. Bununla birlikte bu hesaplama yapılırken, Kanun'da aynı işkolunda çalışan işçilerin toplanabileceğine ilişkin bir kurala yer verildiği de gözden kaçırılmamalıdır. Görüşümüze göre, bu kural gereğince, örneğin Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun kapsamına giren bir tatlıcı dükkânında çalışan bir işçi, Borçlar Kanunu'na tabi olması nedeni ile iş güvencesinden yararlanamayacak iken;[68] aynı işverenin yirmi dokuz işçinin çalıştığı restoranındaki işçiler iş güvencesinden (m.18/1'de öngörülen diğer şartları da taşımaları halinde) yararlanabilmelidir. Zira restoranda çalışan yirmi dokuz işçi bakımından, işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki toplam işçi sayısı, otuz işçi sayısı olarak belirlenen eşiği sağlamaktadır.

2. İş Sözleşmesinin Türü Bakımından

İş Kanunu'nun 18. maddesinde, otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, geçerli bir sebep göstermesi gerektiği öngörülmüştür. Maddeden de anlaşıldığı üzere, iş güvencesinin kapsamına girecek işçinin iş sözleşmesinin *belirsiz süreli olması* şarttır. Ancak Kanun'da, işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalışıp çalışmadığı hesaplanırken hangi tür sözleşme ile çalışanların dikkate alınması gerektiği konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, otuz işçi sayısının hesaplanmasında iş sözleşmesinin türünün önem taşımadığına ilişkin yerleşik bir yargı içtihadı oluştuğunu ifade etmek mümkündür. İşverenin aynı işkolunda çalışan otuz veya daha fazla işçisinin bulunup bulunmadığına ilişkin hesaplamada, belirli veya belirsiz süreli, kısmî ya da tam süreli, daimi ve mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayrım yapılamayacağı istikrarlı bir şekilde kabul

---

[67] SÜZEK, s. 578.

[68] İş Kanunu m.4 uyarınca 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'nun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerleri, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Belirtelim ki, 17.07.1964 tarihli ve 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'nun yerini 07.06.2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu almıştır (RG. 21.06.2005, S. 25852). Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu m.76 uyarınca, diğer kanunlarda 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'na yapılmış olan atıfların bu Kanun'a yapılmış sayılacağı öngörülmüştür.

edilmektedir.[69] Yerleşik kararların bu yönde gelişmesi öğretide genel olarak benimsenmiş ise de,[70] olması gereken hukuk açısından kısmî süreli çalışanlar ile mevsimlik işte çalışanların işçi sayısının hesaplanmasında daha farklı biçimde ele alınması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.[71] Gerçekten işyerinin büyüklüğü ölçütünde işçi sayısına ilişkin bir eşik belirlenmesinin sebebi, iş güvencesinin getireceği mali yükleri karşılayamayacak küçük işyerlerinin korunmasıdır. Kanun'da kısmî süreli çalışanların hesaplamada farklı şekilde ele alınacağı yönünde bir düzenleme yer almadığından, örneğin bir işyerinde çalışan işçilerin tamamının kısmî süreli; farklı bir işyerinde çalışan işçilerin ise tamamının tam süreli iş sözleşmesi ile çalışması durumunda, bu iki işyerinde çalışan işçi sayısı hesaplanması bakımından farklı bir değerlendirme yapılamayacaktır. Benzer bir şekilde, yılın yalnızca belirli bir döneminde sürdürülen mevsimlik işler bakımından da otuz işçi sayısının hesaplanması konusunda bir ayrım gözetilmemiştir. Bu durum, faaliyetin sadece yılın belirli bir döneminde sürdüğü veya bütün yıl boyunca sürmekle birlikte belirli dönemlerde yoğunlaştığı mevsimlik işlerde çalışanların, otuz işçi sayısının hesabında aynı şekilde ele alınması sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan ekleyelim ki, deneme süresi içerisindeki bir işçi,[72] her ne kadar iş güvencesinden yararlanmanın şartlardan biri olan en az altı aylık kıdem şartını kural olarak sağlayamayacaksa da,[73] o işyerinde diğer işçiler

---

69 "*...Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz...*" Y. 9. HD, E. 2022/1113, K. 2022/2182, 23.02.2022 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Ankara BAM 8. HD, E. 2020/1927, K. 2020/3297, 30.12.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); İstanbul BAM 29. HD, E. 2020/2709, K. 2020/1908, 31.12.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

70 SÜZEK s. 577-578; CENTEL, s. 49; ÇELİK *et al.*, s. 515; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1006; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 649; KESER, s. 71-72.

71 CENTEL, s. 49.

72 İş Kanunu'nun 15. maddesinde taraflarca iş sözleşmesine konulacak deneme kaydının en çok iki ay olabileceği, toplu iş sözleşmeleri ile bu sürenin dört aya kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir.

73 İş Kanunu m.18/1 uyarınca, yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından işyerlerinde en az altı aylık kıdemi bulunma şartı aranmamaktadır. Öte yandan yerleşik yargı içtihatları da, altı aylık kıdem süresi koşulunun nispi emredici nitelikte olduğu ve bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılmasının ya da tamamen kaldırılmasının mümkün olduğu yönündedir, bkz. Diyarbakır BAM 8. HD, E. 2019/27, K. 2019/35, 27.11.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); İstanbul BAM 31. HD, E. 2018/2454, K. 2019/356, 07.03.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2011/474, K. 2011/2785, 14.02.2011, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

bakımından deneme süresi içerisinde bulunan işçilerin de otuz işçi sayısının hesaplamasında dikkate alınmaları gerekir.[74] Benzer şekilde, çalışmanın evden yapılıyor olması veya tele çalışma olarak nitelendirilmesi durumu da, bu işçilerin işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının hesabında dikkate alınmasını engelleyecek bir durum değildir.[75]

3. Askıda Olan İş Sözleşmeleri Bakımından

Bir işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının hesaplanması bakımından yargı kararlarında yerleşik hale gelen diğer bir esas ise, otuz işçi sayısına dâhil edilecek işçilerin fiilen çalışmalarının aranmamasıdır.[76] Bu nedenle, iş sözleşmesi geçici süreyle askıda bulunan işçiler de otuz işçi sayısının hesabına dâhil edilmektedir. Örneğin mevsime bağlı olarak çalışılması halinde, gerek mevsim (sezon) içerisinde gerekse de mevsimin sona ermesi nedeniyle iş sözleşmeleri askıya alınmış işçilerin de otuz işçi sayısının hesabına katılması gerekmektedir.[77] Bununla birlikte yerleşik içtihada göre, iş sözleşmesi geçici süreyle (hastalık, iş kazası, gebelik gibi nedenlerle) askıda bulunan işçinin yerine bu süre içinde ikame bir işçi temin edilmiş ise, ikame edilen işçi otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmamaktadır.[78]

Askıda olan iş sözleşmelerinin otuz işçi sayısının hesabına katılması gerektiği genel olarak kabul gören bir yaklaşım ise de, öğretide profesyonel sendika yöneticilerinin iş sözleşmesi bakımından ayrıksı bir görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, profesyonel yöneticinin sözleşmesinin askıda

---

74 MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1008; CENTEL, s. 49.

75 CENTEL, s. 49; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 649; KESER, s. 73; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1008.

76 Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

77 CENTEL, s. 49.

78 "*...Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız)...*" Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

olması nedeni ile ilk bakışta sayıya dâhil edileceği söylenebilir ise de, özel durumları nedeniyle otuz işçi sayısının hesabına dâhil edilmemesi daha yerinde olacaktır.[79] Zira profesyonel sendika yöneticisinin iş sözleşmesi askıya alındığında ücreti işveren tarafından ödenmediğinden sigorta kayıtlarında işyerinin işçisi olarak görülmeyecekleri gibi, sayıya ilişkin yasal düzenlemede de fiili durumu çağrıştıran (çalışan, çalıştıran gibi) ifadeler kullanılmaktadır.[80] Diğer yandan profesyonel sendikacıların durumunda diğer askı hallerinden farklı olarak iş görme ediminin yerine getirilmesi bakımından bir engelden ziyade, iradi bir durum söz konusudur ve çoğu durumda askı süresinin uzun süreli nitelik taşıması nedeni ile profesyonel yöneticinin pozisyonu yeni bir işçi ile ikame edilecektir.[81]

Görüşümüze göre de, profesyonel yöneticinin yerine ikame bir işçi temin edildiği hallerde, profesyonel yönetici otuz işçi sayısının hesabına dâhil edilmemelidir. Bununla birlikte yerleşik içtihat; iş sözleşmesi geçici süreyle askıya alınan işçi yerine bu süre için temin edilen ikame işçinin, otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmayacağı yönündedir.[82] O halde somut durumun özelliklerine göre, ya profesyonel sendika yöneticisinin ya da ikame edilen işçinin hesaplamada dikkate alınarak çözüme gidilmesi -diğer bir ifadeyle bir işçi yerine iki işçinin birden dikkate alınmaması- yerinde olacaktır. Ancak iş sözleşmesi askıya alınan profesyonel yöneticinin yerine ikame bir işçinin alınmamış olması durumunda, sendika yöneticisinin otuz işçi sayısının hesabına katılmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.[83] Gerçekten grev gibi durumlarda da iş sözleşmesi işçinin iradesine bağlı olarak askıya alınmaktadır. Bu anlamda sırf yöneticilik süresinin uzun süreceği varsayımından hareketle, iş sözleşmesi askıya alınan profesyonel yöneticinin otuz işçi sayısının hesabına dâhil edilmemesi gerektiği düşünülmemeli ve bu konudaki yerleşik içtihattan sapılmamalıdır. Gerçekten İş Kanunu m.18/1'de

---

79 ŞAHLANAN Fevzi, "Sendika Yöneticilerinin Güvencesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, 2013, s. 333; ÖZKARACA, s. 46.

80 ŞAHLANAN, s. 333.

81 ÖZKARACA, s. 46.

82 Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

83 Ekleyelim ki, öğretide *Başbuğ*, sendika özgürlüğünün korunması amacıyla toplu iş sözleşmesi yetkisine ilişkin sayıların hesaplanmasında sözleşmesi askıda olan sendika yöneticilerinin de hesaba katılmaları gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. BAŞBUĞ Aydın, **Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2012, s. 77.

yer alan otuz işçi sayısı esasında işyerinin büyüklüğü ölçütünün tezahürüdür ve profesyonel sendika yöneticisinin yöneticilik görevinden kendi isteği ile çekilerek işe dönmek istemesi durumunda dahi, işe başlatılmamasına sözleşmesinin işverence feshedilmesi sonucu bağlanmıştır (bkz. 6356 sayılı Kanun m.23/2).

4. İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Tutulan İşveren Vekilleri Bakımından

İş Kanunu m.18/5 uyarınca, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesinin kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak Kanun'da iş güvencesinin kapsamı dışında tutulan işveren vekillerinin ve yardımcılarının, işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde otuz işçi çalışıp çalışmadığına ilişkin hesaplamaya dâhil edilip edilmeyeceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide[84] ve yargı kararlarında[85] da yer verildiği üzere, konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

5. İşçi Sıfatını Taşımayanlar Bakımından

Bir işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının hesaplanması konusunda yargı kararlarında yerleşik hale gelen diğer bir esas ise, bu hesaplamada yalnızca iş sözleşmesi ile çalışanların dikkate alınacağıdır.[86] İş Kanunu'nun 18. maddesinde otuz veya daha fazla *işçi* çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinin kapsamında oldukları öngörüldüğünden, işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerin hesaplamada dikkate alınmamaları öğretide de isabetli bulunmaktadır.[87]

---

[84] TUNCAY, s. 78; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 649; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1006.

[85] Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[86] "*...İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar...*" 9. HD., E. 2020/1076 K. 2020/4530 T. 1.6.2020; 9. HD., E. 2019/1964 K. 2019/15330 T. 9.9.2019; 9. HD., E. 2018/4353 K. 2018/23220 T. 13.12.2018.

[87] CENTEL, s. 50; KESER, s. 72; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1008; TUNCAY, s. 78.

6. Alt İşverenin ve Geçici İşverenin İşçileri Bakımından

Yargı kararlarında yerleşik hale gelen bir başka konu ise, işyerinde alt işverenlik ilişkisi kurulmuş ise, alt işverenin işçilerinin asıl işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığına ilişkin yapılan hesaplamada dikkate alınmayacağıdır.[88] Zira asıl işveren, alt işveren işçilerinin işvereni değildir ve bu işçilerle arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanması halinde bu işçilerin asıl işverenin işçisi sayılacaklarının öngörülmesi nedeniyle, bu duruma özgü olarak asıl işverene ait işyerindeki işçi sayısına dâhil edileceklerinin kabulü gerekir.[89]

Benzer şekilde geçici iş ilişkisi kurulan hallerde de, bu işçilerin geçici işçi çalıştıran işverene ait işyerlerindeki işçi sayısının hesaplanmasına dâhil edilmeyecekleri açıktır.[90] Yerleşik yargı kararlarına göre, geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçilerin, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılmaları gerekmektedir.[91]

7. Yurt Dışındaki İşçiler Bakımından

Bir işvereninin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının belirlenmesi bakımından öğretide en çok tartışılan konulardan biri de, işverenin

---

88 "*...İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç (geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar...*" Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2018/4353, K. 2018/23220, 13.12.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

89 "*...Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar...*", Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024). Öğretide bu yönde bkz. ÇELİK *et al.*, s. 515; AYDIN, s. 314.

90 CENTEL, s. 50; ÇELİK *et al.*, s. 515; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 649.

91 Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2018/4353, K. 2018/23220, 13.12.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

yurt dışında çalışan işçilerinin hesaba dâhil edilip edilemeyecekleri konusu olmuştur. 9. Hukuk Dairesi 2006 tarihli kararında, merkezi Almanya'da bulunan şirketin Türkiye'deki irtibat bürosunda çalışanların iş güvencesinin kapsamına girip girmeyeceklerini tespit ederken, yurt dışındaki çalışanların da otuz işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[92] Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi, kanunların mülkiliğine dayanarak yurt dışında çalışan işçilerin hesaplamada dikkate alınmaması gerektiği sonucuna ulaşmış ise de; bu karar Yüksek Mahkemece bozulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, İş Kanunu'nun 18. maddesinde işverenin yurt dışında aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına bir anlam yüklenmesi gerekmektedir. İşverene ait yurt dışı dâhil olmak üzere aynı işkolundaki tüm işyerleri, işçi lehine hareket edilerek dikkate alınmalıdır. Belirtelim ki Yüksek Mahkeme sonraki yıllarda da, Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı şirketlerin yurt dışında çalıştırdıkları işçilerinin otuz işçi sayısına dâhil edilmeleri gerektiği yönünde kararlar vermeye devam etmiştir.[93]

Yüksek Mahkeme'nin ilgili kararları, öğretide pek çok defa inceleme konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 18. maddesi doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğundan[94] Yüksek Mahkemece ulaşılan sonuç isabet taşımaktadır.[95] Bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının anlaşılabilmesi için; amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarına göre yorum yapılması gerekmektedir. İş güvencesinin amacı, Türkiye'de ifa edilen işlerle ilgili mülki bir sınırlama getirmeden, küçük işletme-

---

92 Y. 9. HD, E. 2006/9818, K. 2006/19560, 03.07.2006 (Çalışma ve Toplum, S. 12, 2007, s. 286-288).

93 Y. 9. HD, E. 2006/32297, K. 2007/3272, 12.02.2007 (Sicil, S. 6, 2007, s.75-76); Y. 9. HD, E. 2009/46271, K. 2011/131, 24.01.2011(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

94 Öğretide *Alp* Yüksek Mahkeme'nin otuz işçi sayısının hesabında yurt dışındaki işçilerin hesaba dâhil etmesini isabetsiz bulmakla birlikte, m.18 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu kabul etmektedir, Bkz. ALP Mustafa, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, TİSK Yayın No. 299, Ankara, 2009, s. 154.

95 AYGÜL / UŞAN, s. 89. Yazarlara göre, günümüzde kanunların uygulama alanının tespiti mülkilik ya da şahsilik ilkesi ile belirlenmediğinden, mülkilik tek başına yabancı ülkedeki işçilerin dikkate alınmamasına bir gerekçe olamaz. Bu yönde bkz. UŞAN Fatih / AYGÜL Musa, "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin De Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 17, 2008, s. 51.

leri ve işçileri korumaktır ve kanunun bu amacını gerçekleştirecek bir uygulama alanına sahip olması gerekir.[96] Bu görüşe göre, normun koruma amacı iş güvencesinin kapsamına yönelik sınırlandırmaların en aza indirilmesini gerektirmektedir ve işçilerin korunması düşüncesinden hareketle[97] yurt dışında çalışan işçilerin otuz işçi sayısına dâhil edilmesi, bu sayının yüksekliğine dair eleştirileri de ortadan kaldırabilecek niteliktedir.[98]

Aksi yöndeki görüşe göreyse, kanunlar ülke içinde uygulanmak üzere yapıldıklarından yabancı ülkedeki işçilerin iş güvencesi için öngörülen sayının tespitinde dikkate alınmaları yerinde olmamıştır.[99] Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımı uyarınca, her ülkede işkolları farklı kapsamda ve sayıda düzenlenmiş olmasına rağmen,[100] 4857 sayılı İş Kanunu ile (o dönemde yürürlükte bulunan)[101] 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca çıkarılan İşkolları Tüzüğü'nün uygulama alanı yurt dışına kadar genişletilmiş olmaktadır.[102] Bu yöndeki görüşe göre, otuz işçi sayısının sadece Türkiye sınırları içerisinde çalışanlar dikkate alınarak hesaplanması gerektiğinin Kanun'da açık olarak yazması da gerekli değildir,[103] zira böyle

---

96 UŞAN / AYGÜL, s. 56-57. Milletlerarası özel hukukta kanunların ülke dışı etkisi olarak adlandırılan bir kavram olduğu, bazı durumlarda kanunların ülke dışında uygulanmasının milletlerarası hukuka aykırı olmadığı, yabancı bir devletin egemenlik hakkına sınırlama ya da tecavüz söz konusu olmadığı, kanunların ülke dışı uygulanmasında ortaya çıkacak sonucun hâkimin ülkesi ile sınırlı bir etkiye sahip olacağı belirtilmektedir, bkz. UŞAN / AYGÜL, s. 55.

97 Belirtelim ki, Yüksek Mahkeme'nin kararını sonucu itibarıyla isabetli bulan bu görüş, kararda dayanılan diğer gerekçeyi (kanun hükmünde işverenin aynı işkolundaki yurt dışındaki işçilerin dikkate alınmayacağının açıkça belirtilmemiş olması yönündeki gerekçeyi) yerinde bulmamaktadır. Bkz. AYGÜL / UŞAN, s. 83-84.

98 AYGÜL / UŞAN, s. 84-85, 93.

99 ALP, s. 152-156; TUNCAY, s. 78; TAŞKENT Savaş, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. 1, Beta, 2011, s. 720.

100 Her ülkede işkolunun ayrı ayrı şekilde tespit edilebilmesi nedeniyle yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınmaması gerektiği görüşünde bkz. ALP, s. 154.

101 Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun söz konusu 60. maddesinde işçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları düzenlenmekte idi. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60 maddesine dayanılarak çıkarılmış olan İşkolları Tüzüğü (RG. 06.12.1983, S.18243), 2014 yılında İşkolları Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük (22.05.2014, S. 29007) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

102 TUNCAY, s. 79; ALP, s. 154. Bazı ülkelerde hem işkolu hem de işyeri esasına göre sendikacılık yapıldığı, yabancı ülkedeki şube ya da irtibat bürosunun bağlı olduğu işkolu ile yabancı şirktin merkezinin işkolunun özdeş olamayacağı ifade edilmiştir, TUNCAY, s. 79-80. Yurt dışında bulunan işçilerin dikkate alınması halinde önemli bir işkolu sorunu ile karşılaşılacağı yönünde bkz. TAŞKENT, s. 721-722.

103 TUNCAY, s. 77; CENTEL, s. 55; ODAMAN, s. 85.

açık bir hükme yer verilmesi ihtiyacı ancak olağan durumun tersinin amaçlandığı durumlarda söz konusu olabilir.[104]

Öte yandan öğretide, İş Kanunu m.18 hükmünün doğrudan uygulanabilir hüküm olduğu görüşü de eleştirilmiştir. Bu görüşe göre iş güvencesi vazgeçilmez bir sosyal politika veya kamu düzeni ile ilgili bir rejim olmadığından, ilgili hükmün yabancı ülkede doğrudan uygulanan hukuk teorisi kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.[105] Yargıtay'ın kararını eleştiren bir başka görüş ise, iş güvencesi hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, somut olay bakımından devletler özel hukukuna giren bir kanunlar ihtilafı sorunu bulunmadığını, Türk hukukunun uygulanacağının açık olduğunu, dolayısıyla problemin Türk hukuk normunun yorumlanmasından kaynaklandığını ileri sürmüştür.[106]

Belirtelim ki doğrudan uygulanan kurallar,[107] uygulama alanına giren hususlarda yabancılık unsuru içersin[108] ya da içermesin, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuk tespiti dahi yapılmaksızın[109] uygulanan kurallardır. Öğretide doğrudan uygulanabilir kuralların uygulama alanının tespiti bakımından kesin bir ölçütün bulunmadığı, her doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanının bireysel olarak ve öngördüğü amacın gerçekleşmesini sağlayacak kriterlerle belirleneceği ifade edilmektedir.[110] İş hukukunda doğrudan uygulanan ku-

---

104 ALP, s. 13; TUNCAY, s. 77.

105 TUNCAY, s. 80.

106 ALP, s. 154-155.

107 Ekleyelim ki, Yargıtay'ın 2006 yılında verdiği kararda (mülga) 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yürürlükte idi. Öğretide, 2675 sayılı Kanun'da doğrudan uygulanan kuralların açıkça düzenlenmemiş olmasının, bu kuralların benimsenmediği anlamına gelmediği, bugün yürürlükte bulunan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (RG. 12.12.2007, S. 26728) bu kuralların açıkça düzenlenmiş olmasının ise zaten var olan ve uygulanan bir kurumun kanunlaşmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir, bkz. UŞAN / AYGÜL, s. 55.

108 Mahkeme'nin önüne gelen somut olayda hem kişi bakımından (işverenin yabancı olması) hem de yer (yurt dışında bulunan işyerindeki işçilerin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınıp alınmaması) bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır, UŞAN / AYGÜL, s. 52.

109 Doğrudan uygulanan kuralların özelliği kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmaksızın uygulanabilmeleri olup aynı işverene ait işyerlerinin yurt dışındaki işyerinin o ülke hukukuna göre hangi işkoluna dâhil olduğu da bir önem taşımamaktadır, zira bu konudaki vasıflandırmanın uyuşmazlığı çözecek hâkimin hukukuna göre yapılması gerekir, bkz. UŞAN / AYGÜL, s. 52.

110 ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 15; AYGÜL / UŞAN, s. 89.

ralların[111] amacı, ülkedeki iş hayatının ve barışın, işçilerin menfaatinin ve devlet çıkarlarının korunması olup bu kurallar ülke içinde icra edilen (taraflarca yabancı hukuk seçilmiş olsa bile)[112] tüm iş sözleşmeleri için uygulanacak kurallardır. İş hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanının tespitinde önemli bir ölçüt de, işveren yabancı olsa bile Türkiye'de bir işyeri bulunmasıdır.[113] Tıpkı yabancı şirketin Türkiye'de istihdam ettiği işçisine Türkiye'de geçerli olan asgari ücretin altında ödeme yapamayacağının kabul edilmesinde olduğu gibi, işverenin aynı işkolunda belirli sayının üzerinde işçi istihdam etmesi halinde, bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshe karşı belirli bir güvence altına alına alındıklarının da kabulü gerekir. Bu kabul, hiç şüphesiz söz konusu kuralın yabancı şirketin yurt dışındaki işçileri bakımından çalıştıkları ülkede uygulanabilmesi anlamına gelmemekte, yalnızca işverenin yurt dışında çalışan işçilerinin Türkiye'de otuz işçi sayısının hesaplanmasında dikkate alınabilmesini sağlamaktadır.

Öğretide esnek iş güvencesinin amacının sadece sınırlı bir kesimi güvenceden yararlandırmak olması nedeniyle, Türkiye dışındaki işçilerin ülkedekiler için geçerli bulunan emredici nitelikteki hukuk kuralları üzerinde etkide bulunmalarının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.[114] Yine öğretide ifade edilen bir görüşe göre, İş Kanunu m.18 hükmünün amacı yurt dışı işyerlerinin dikkate alınması değil, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinin korunmasıdır.[115] Ancak iş güvencesi sistemi getirilirken küçük işyerlerinin ko-

---

[111] İş hukukunda bu kurallara örnek olarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili düzenlemeler (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 130; AYGÜL / UŞAN, s. 89), asgarî ücrete ilişkin kurallar (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 108; AYGÜL / UŞAN, s. 89), iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne dair kurallar (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 138) gösterilmektedir.

[112] AYGÜL / UŞAN, s. 90.

[113] AYGÜL / UŞAN, s. 93.

[114] CENTEL, s. 55-56.

[115] ALP, s. 155. *Alp*'e göre, kötü niyetli olarak işyerlerini bölen işverenin işçilerini korumak amacıyla getirilen bir hükümden hareketle; kötü niyetli davranmayan, asıl işini yurtdışında görmekte olup bu işin uzantısı olan dar kapsamlı bir çalışmayı Türkiye de bir irtibat bürosu kurarak yürüten yabancı işverenin yurt dışındaki işyerleri otuz işçi hesabına katılmamalıdır. Kötü niyetin varlığı halinde ise (örneğin iş güvencesinden kaçmak için sınırdan birkaç kilometre uzaklıkta işyerinin bölünmesi) bu işçiler otuz işçi hesabında dikkate alınabilir, ALP, s. 156. *Odaman*'a göreyse, iş hukuku bir taraftan çalışma koşullarını koruma amacı taşırken, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumundadır. O halde Türkiye'de irtibat bürosu olan şirketin yapısını incelenmeli, eğer işçilerin İş Kanunu'ndaki otuz işçi sınırını bertaraf ederek Türkiye'de iş güvencesi hükümlerinden yararlanmalarını engelleme amacı varsa, Türkiye'deki irtibat bürosunda çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmelidir. Yazara göre, işverenin güvenceden yararlandırmama kastının bulunmaması halinde, hukuk ekonominin hizmetinde bir bilim dalı olduğundan Yüksek Mahkemece sadece işçinin lehine olduğu gerekçesiyle ulaşılan sonuç doğru olmamıştır, ODAMAN, s. 86.

runması ihtiyacı gözetildiği şüphesiz ise de, sistemin temel amacının, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine karşı korunması olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Kanun ile elde edilmeye çalışılan amacın gerçekleşebilmesi için, bazı durumlarda kanuna ülke dışı etki tanınabilmesi mümkündür.[116] İşçinin geçersiz sebeple yapılan feshe karşı korunabilmesi, ülke dışında çalışan işçilerin de dikkate alınmasını gerektirebilir.[117] İş Kanunu m.18/1 ve m.18/4 uyarınca, otuz işçi sayısının hesabında işverenin aynı işkolunda çalışan işçilerinin toplanacağı öngörülmüştür. Bu gerekçelerle bizim de katıldığımız görüşe göre, iş güvencesinde otuz işçi sayısının hesabında işverenin yurt dışında çalışan işçilerinin de hesaplamada dikkate alınması gerekir.[118]

Bu noktada, birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun, açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre şubeleştirmesi ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik alması durumunun üzerinde ayrıca durulması gerekir. Belirtelim ki, yerleşik yargı içtihadı uyarınca, Türkiye'de kurulan şubenin ayrı bir tüzel kişilik alması, uluslararası çalışan şirketin aynı işkolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığından,[119] Türkiye'de şubesi ya da acentesi bulunan şirketlerin

---

116 AYGÜL / UŞAN, s. 93.

117 AYGÜL / UŞAN, s. 93. Yazarlara göre, küçük işletmelerin korunması amacı kanuna ülke dışı etki tanınmasına engel değildir, zira Kanun'a göre birden fazla ülkede teşkilatlanmış ve işyeri açmış bir işletmenin korumasının amaçlandığını söylemek güçtür, bu yönde bkz. AYGÜL / UŞAN, s. 93.

118 AYGÜL / UŞAN, s. 93; AYDIN, s. 314.

119 7. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, davalı şirketin merkezi yurt dışında olan yabancı bir şirketle ticari ilişki veya ortaklar yönünden organik bağ içinde bulunmasının davalı şirketin Türkiye'de Türk Kanunlarına göre kurulmuş ayrı bir şirket olması gerçeğini değiştirmeyeceğini belirtmiş ve yurt dışındaki işçi sayısının davalı şirkette çalışan işçi sayısına dâhil edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna vararak davacının işyerinde çalışan işçi sayısı yönünden iş güvencesi hükümlerine tabi olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Ancak daha sonra bu karar 7. Hukuk Dairesi tarafından şu gerekçelerle bozulmuştur "*...Kanun koyucu tarafından yurtdışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmadığı gibi aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik alması, aynı iş kolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle uluslararası çalışan ve Türkiye'de şubesi ya da acentesi bulunan şirketler bakımından Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30'dan az olduğu gerekçesi ile o işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yoksun bırakılması yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Somut olayda, davalı şirketin uluslararası alanda faaliyet gösteren ve Türkiye'de şubesi bulunan bir şirket olduğu, Türkiye'de 7, dünya genelinde ise binlerce çalışanı olduğu hususları taraflar arasında ihtilaflı olmayıp ihtilaf, yurt dışındaki şubelerde çalışan işçilerin de işçi sayısı ve iş güvencesi hükümleri bakımından dikkate alınıp alınmayacağı noktasındadır. Yuka-*

Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının otuzdan az olduğu gerekçesi iş güvencesinden yoksun bırakılmaları yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun değildir.[120] Bu yöndeki yargı kararlarını isabetsiz bulan bir görüşe göre, işverence tüzel kişiliği olmayan bir temsilcilik kurulmuş dahi olsa yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçilerin otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınması uygun değilken, ayrı bir tüzel kişiliğin bulunduğu hallerde hukuka aykırılık çok daha belirgin hâle gelmektedir.[121] Her ne kadar yargı kararları doğrultusunda bu işçilerin iş güvencesine girebilmesi kolaylaşmakta ise de, Türk Hukukuna tabi olmayan, Türkiye'de çalışmayan işçiler hesaplamada dikkate alınmamalıdır.[122]

Görüşümüze göre, merkezi yurt dışında bulunan bir yabancı şirketin işçileri, sermaye yapısının ortak olduğuna ilişkin bir bağın varlığı dikkate alınarak Türkiye'deki işyerinde çalışan işçiler bakımından yapılan otuz işçi sayısına dâhil edilebilir. Öğretide tüzel kişiliğin ancak bir hakkın kötüye kullanılması halinde hukuken yok sayılabileceği, kötüye kullanım bulunmayan hallerde ise tüzel kişiliğin yok sayılmasının hukuk güvenliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmekle birlikte,[123] tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda kötüye kullanma teorisi ve normların amaçları teorisi olmak üzere iki temel kuram bulunduğunun da ifade edilmesi gerekir.[124] Normların

---

rıda belirtilen ilkeler ve benzer olaylarda Dairemiz ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar gözetildiğinde, davalı işyeri bakımından fesih tarihinde 30 işçi şartının oluştuğunun kabulü ile esasa girildiğinde davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödenerek iş akdinin feshedildiğinin tartışmasız olduğu ancak feshin İş kanunu 19. maddesine göre yazılı olmadığı ve sebepleri açık ve kesin bildirilmediğinden fesih konusunda yasadaki usule uyulmadığı anlaşıldığından, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile 30 işçinin belirlenmesinde salt Türkiye' de çalışan işçi sayısının nazara alınmasının gerektiği gerekçesiyle davanın reddi isabetli olmamıştır..." Y. 7. HD, E. 2015/34705, K. 2016/3452, 17.02.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[120] Y. 9. HD, E. 2015/26151, K. 2016/5349, 09.03.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 7. HD, E. 2016/109, K. 2016/9687, 28.04.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 7. HD, E. 2015/34705, K. 2016/3452, 17.02.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2009/46271, K. 2011/131, 24.01.2011 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[121] DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 440. Yazar, Türkiye'deki grup şirketlerde farklı tüzel kişi şirket işçilerinin toplanamayacağı yönünde kararlar verilmesine karşın, yabancı sermayeli işverenlerin yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçilerinin otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınacağı yönünde kararlar verildiğine dikkat çekmektedir, bkz. DOĞAN YENİSEY, (2018), s. 435.

[122] ÖZKARACA, s. 43.

[123] DOĞAN YENİSEY, (2018), s. 442.

[124] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK Fahri Erdem "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, 2020, s. 1254.

amaçları teorisine göre, normun amacından hareket edilerek normun kimi koruduğuna ilişkin bir saptama yapılmalı ve bu saptamanın perdenin kaldırılmasını haklı gösterdiği hallerde perdenin kaldırılması gerekmektedir.[125]

8. İşe İade Kararlarının Sonucunun Beklenmesi Bakımından

Bir işvereninin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının belirlenmesinde üzerinde durulan konulardan biri de, daha önce iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş ve işe iade davası açmış işçilerin bu sayıya dâhil edilip edilmeyecekleridir. Belirtelim ki Yüksek Mahkeme 2012 yılında işyerinden çıkarılanlar arasında işe iade davası açanlar varsa bu işçilerin iş sözleşmelerinin askıda sayılmaları nedeniyle otuz işçi koşulu açısından dikkate alınmalarının yerinde olacağı yönünde karar vermiştir.[126,127] Buna karşılık daha sonra verilen kararlarda, işverene karşı işe iade davası devam eden işçilerin varlığı halinde, feshin geçersizliğine ilişkin davanın bekletici mesele yapılması, bu davanın sonucuna göre, diğer işçilerin güvenceden yararlanıp yararlanmadıklarının tespit edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.[128] Feshin

---

[125] Bkz. ileride Başlık III, B, 2. Ayrıca bu konu hakkında açıklamalar için bkz. POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 109. Bu kuram, perdenin kaldırılmasının ortaklıklar hukukuna özgülenmesi sakıncasını bertaraf etmekte ve normun amacından sapılan her halde bütün tüzel kişilere perdenin kaldırılması uygulanabilir hale gelmektedir, bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 109.

[126] Y. 22. HD, E. 2011/13231, K. 2012/5909, 29.03.2012 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[127] Yargıtay'ın 2006 tarihli bir kararına karşı yazılan karşı oy yazısında da, işe iade davalarının beklenilmesinin yargılamayı çok uzattığı, iş iade davası devam eden işçilerin de otuz işçi sayısına dâhil edilmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir (bkz. Y. 9. HD, E. 2006/22120, K. 2006/30720, 21.11.2006 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024). Söz konusu karşı oy yazısında, otuz işçi sayısının işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli işçi sayısına göre belirlenmesinin daha isabetli olduğuna, Yüksek Mahkeme'nin bu görüşe itibar etmeyerek fesih tarihindeki işçi sayısı dikkate aldığına, bir an için fesih tarihi dikkate alınsa dahi iş sözleşmesi askıda olan işçilerin söz konusu sayıya dâhil edilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Bu görüşe göre somut olayda işyerinde çalışan üç işçi aynı tarihte işe iade davası açtığına göre davalıya ait işyerinde olağan olarak işçi sayısının 30 olduğu kuşkuya yer verilmeyecek şekilde anlaşıldığından, üç işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı ya da geçerli olup olmadığının bekletici mesele yapılmasına gerek kalmadığından yasanın amacı dikkate alınarak lehe yorumlayarak bekletici mesele kurumuna gitmeden diğer kriterler ışığında davanın esasına girilmelidir, aksi halde işçinin muhakeme süresi uzayarak katlanması gerekmeyen bir külfetle karşılaşmış olacaktır.

[128] "*Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.*", Y. 9. HD, E. 2016/203, K. 2016/21440, 05.12.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2012/35919, K. 2013/14006, 09.05.2013 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

geçersizliği davasında lehine karar verilen işçi, işverene işe başlatılması için başvurmuş ise otuz işçi sayısının hesabında değerlendirileceği kabul edilmektedir.[129]

B. Farklı İşverenlerde Çalışan İşçilerin Hesaplamaya Dâhil Edilmesi

1. Birlikte İstihdam Halinde

Bir işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için, işvereninin aynı işkolunda en az otuz işçi çalıştırması genel kural olmakla birlikte, bazı hallerde farklı işverenlerde çalışanların da otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Yerleşik yargı kararları uyarınca, özellikle grup şirketlerinde işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet vermesi durumu "birlikte istihdam" şeklinde ifade edilmektedir. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan grup şirketlerin, aynı binalarda hizmet verebilmeleri ve bir kısım işçinin de iş görme edimlerini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmeleri gerekçesiyle, bu işçiler her bir şirketteki işçi sayısına ayrı ayrı dâhil edilmektedir.[130]

Ekleyelim ki, yargı kararlarında, birlikte istihdamda tüm işverenlere hizmet veren işçiler bakımından işkolunun aynı olmasına gerek bulunmadığı da ifade edilmektedir.[131] Görüşümüze göre, "birlikte istihdamda tüm işverenlere hizmet veren işçiler bakımından işkolunun aynı olmasına gerek bulunmadığından" ziyade, m.18/4 anlamında işkolu şartının yerine geldiğinin kabulü daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Belirtelim ki öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, birlikte istihdam olgusundan hareketle otuz işçi sayısının

---

[129] Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[130] "*...Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır...*" Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2018/4353, K. 2018/23220, 13.12.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[131] "*...Organik bağ veya faaliyeti farklı olsa bile birlikte istihdam da tüm işverenlere hizmet veren işçiler ile geçişleri yapılan işçiler yönünden iş kolunun aynı olmasına gerek yoktur...*", Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

hesabında bir kısım işçinin her bir işveren bakımından ayrı ayrı hesaplamaya dâhil edilmesi, otuz işçi sayınının hesabında bir işverenin aynı işkolundaki işçilerinin hesaba katılacağına ilişkin hükme ters düşen bir durumdur.[132] Ancak çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, İş Kanunu m.18/4'te yer alan işkolu kavramının, katı bir biçimde toplu iş hukukundaki esaslara bağlı şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız.[133] Gerçekten İş Kanunu'nda işkolu kavramı bakımından Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmış değildir. İş Kanunu m.18/4'te işkolu kavramına yer verilmesinin amacı, işverene ait işyerlerinin ayrı ayrı bölünerek işçilerin iş güvencesinden mahrum kalmalarının engellenmesi olduğundan, aynı işkolunda çalışan otuz işçi sayısının hesaplanmasında benimsenecek yorumun da bu amaca uygun olması isabetli olacaktır.

2. Organik Bağın Varlığı veya Tüzel Kişilik Hakkının Kötüye Kullanılması Halinde

Bir işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının belirlenmesi konusunda yargı kararlarında yer verilen diğer bir esas ise, organik bağın varlığı veya tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması söz konusu olduğunda hesaplamanın farklı işverenlerdeki toplam işçi sayısına göre yapılmasıdır.[134] Öğretide, çeşitli yargı kararlarında organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramının birbirinin yerine kullanıldığına dikkat çekilmiş[135] ve bunun uygun olmadığı isabetli olarak ifade edil-

---

132 CENTEL, s. 54.

133 Bkz. yukarıda Başlık II, B, 2.

134 "*...Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme-iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmama), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıtta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır. Organik bağ veya faaliyeti farklı olsa bile birlikte istihdam da tüm işverenlere hizmet veren işçiler ile geçişleri yapılan işçiler yönünden iş kolunun aynı olmasına gerek yoktur...*" Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

135 "*...Diğer taraftan organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir...*" Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

miştir.[136] Gerçekten tüzel kişilikler arasında organik bağ bulunması, farklı tüzel kişiliklerin başlı başına işçilerin haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla oluşturulduğu anlamına gelmemektedir.

Bu konudaki yargı kararları incelendiğinde, zaman içerisinde farklı yönde kararlar verildiğini gözlemlemek mümkündür. Örneğin 9. Hukuk Dairesince 2014 ve 2016 yılında verilen iki kararda salt şirketler arasında organik bağ bulunduğundan hareketle otuz işçi sayısının belirlenmesinde tüm şirketlerde çalışanların birlikte dikkate alınmasının doğru olmadığının kabul edildiği görülmektedir.[137] Ancak daha sonra 2017 yılında görüş değişikliğine gidilmiş, aynı işkolunda ve aynı grup bünyesinde faaliyet gösterilen hallerde ve şirketler arasında organik bağ olduğu iddiasının varlığı halinde organik bağın araştırılarak, otuz işçi şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin elde edilecek sonuca göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.[138] Bu dönüşüm öğretide eleştirilmiş ve Yüksek Mahkemece salt şirketler arasında organik bağ bulun-

---

[136] DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, MESS Yayın No. 669, İstanbul, 2015, s. 31. Hakkın kötüye kullanıp kullanılmadığının tespitinde kullanılan organik bağ kavramı ile hukuka uygun bir işlem olan birlikte istihdamın birbirinden ayrılmasının ilkesel olarak önemli olduğu görüşünde bkz. DOĞAN YENİSEY, (2018), s. 424; KARACA YAĞCI Aybüke, **Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 98-101. *Caniklioğlu*'na göre organik bağ; iki bağımsız hukuk süjesinin, ekonomik, yönetsel ya da hukuki açıdan sıkı bir bağ içinde olmasını, bağımsızlığını kaybetmeden ancak bir bütünlük içinde yönetilmesini ifade eden bir durum olduğundan organik bağ kavramının temelinde hakkın kötüye kullanımının yattığı gibi bir bakış açısının bulunması isabetli değildir, bkz. CANİKLİOĞLU Nurşen, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On iki Levha, İstanbul, 2019, s. 208-209. Yazara göre, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, bu perdenin arkasına sığınarak üçüncü kişileri zarara uğratma amacına yönelen eylemleri ve işlemleri (hakkın kötüye kullanılmasını) engellemek amacına dayanmaktadır, bkz. CANİKLİOĞLU, s. 208.

[137] Y. 9. HD, E. 2016/8355, K. 2016/11909, 11.05.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2014/6195, K. 2014/17888, 03.06.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[138] Y. 9. HD, E. 2016/32626 K. 2017/21574, 18.12.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Benzer yönde başka bir karara göre "*...Mahkemece davalı şirketin fesih tarihinde tüm Türkiye genelinde aynı iş kolunda faaliyet gösteren tüm işyerlerinde çalışan sayısı tespit edilip çalışan işçi sayısı 30'dan az görünüyor ise; dava dışı şirket ile davalı şirket arasında organik bağ bulunup bulunmadığı, bunların aynı binada faaliyet gösterip göstermedikleri, davacının davalı şirket ile dava dışı şirket tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği, dava dışı şirkette fesih tarihinde kaç işçi çalıştığı gerekirse keşif yapılarak yukarıdaki ilkelere göre araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır...*", bkz. 9. HD, E. 2016/11203 K. 2017/7807, 04.05.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

ması durumunun, ya "hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği" ya da "otuz işçi ölçütünün genişletilmesi için hakkın kötüye kullanılmasının şart olmadığı" gibi görüldüğü tespitinde bulunulmuştur.[139] Gerçekten bu kararlardaki ifadeler, organik bağın varlığına dayanarak farklı işverenlerin işçilerinin otuz işçi sayısının hesabında toplanabilmesi için, *mutlaka* hakkın kötüye kullanılması gibi bir amacın aranmadığını göstermektedir.[140] Ancak daha sonra 9. Hukuk Dairesince verilen 2020 tarihli bir kararda şirket ortaklarının aynı olmasının tek başına organik bağın varlığı için yeterli olmadığı ifadelerine yer verilmiş, farklı şirketlerin aynı işveren olarak kabul edilemeyeceği, şirketlerin işçilerinin işe iade davasında otuz işçi şartı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.[141]

Kanaatimizce, otuz işçi şartının sağlanıp sağlanmadığı araştırılırken şirketler arasında organik bağın varlığı söz konusu ise, (bu bağın yurt dışında merkezi bulunan yabancı şirketle[142] ya da Türkiye'de kurulu şirketler arasın-

---

[139] CANİKLİOĞLU, s. 216. *Caniklioğlu*'na göre bu durum tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin amacına ve İş Kanunu m.18'deki düzenlemeye aykırılık arz etmektedir, bkz. CANİKLİOĞLU, s. 216.

[140] Ayrıca belirtelim ki yargı kararları uyarınca organik bağ; şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılmaktadır, bu yönde bkz. Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024; Y. 9. HD, E. 2016/32626 K. 2017/21574, 18.12.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024);

[141] Y. 9. HD, E. 2020/1076, K. 2020/4530, 01.06.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024). Yine 2019 yılında verilen bir kararda da benzer yönde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir "*...Somut uyuşmazlıkta, Bölge Adliye Mahkemesince davalı şirketin ortaklarından olan Zorlu Grup ve THY Teknik şirketlerinin muhasebesinin, yemekhanesinin, kafeteryasının, servis ve güvenliklerinin aynı olup, aynı binada faaliyet gösterdikleri gerekçesiyle davalı şirketin işçi sayısı hesap edilirken iştirakçi şirketlerle birlikte fesih tarihinde çalışan işçi sayısının 30'dan fazla olduğu kabul edilerek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiş ise de fesih tarihine ilişkin davalı işverene ait dönem bordosunun incelenmesinde toplam çalışan işçi sayısının 8 olduğu, iş akdinin feshinden sonra tüm hisseleri Zorlu Grup şirketlerine devredilen davalı işyerinin Türk Hava Yolları bünyesindeki THY Teknik şirketi ile organik bağ içerisinde olduğunun söylenemeyeceği ve davalı şirketi oluşturan şirketlerin kurumsal şirketler olup sırf çalışanları iş güvencesinden yoksun bırakmak için yeni bir şirket kurduklarının ispatlanamadığı ve yukarıdaki ilke kararı gereğince de iştirakçi ortak şirketlerin işçilerinin 30 işçi sayısının hesabında dikkate alınamayacağı, fesih tarihinde işyerinde 30 işçi çalışıyor olmasına ilişkin dava şartının somut olay bakımından gerçekleşmediği anlaşılmakla davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi ve davalı vekilinin istinaf talebinin Bölge Adliye Mahkemesi tarafından esastan reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*" bkz. Y. 9. HD, E. 2019/1964, K. 2019/15330, 09.09.2019 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

[142] Merkezi yurt dışında bulunan yabancı bir şirketin Türkiye'de kurduğu şubesinin farklı bir tüzel kişiliği bulunması durumunda otuz işçi sayısının hesaplanması hususunda bkz. yukarıda Başlık III, A, 7.

da kurulması fark etmeksizin) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda normların amaçları teorisinden[143] hareket edilerek bir sonuca ulaşılması yerinde olacaktır. Normların amaçları teorisine göre, normun amacından hareket edilerek normun kimi koruduğuna ilişkin bir saptama yapılmalı ve bu saptamanın perdenin kaldırılmasını haklı gösterdiği hallerde perde kaldırılmalıdır.[144] Dikkat edileceği üzere, bu teoride perdenin kaldırılmasının haklı kılınması aranmaktadır. Bu teoriye göre her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir.[145] Bu anlamda, İş Kanunu m.18'de işyerinin büyüklüğüne ilişkin bir ölçüte yer verilmesinin sebebinin iş güvencesinin mali sonuçlarını karşılayamayacak olan işverenlerin korunması gerektiği düşüncesine dayandığı dikkate alınmalı, mutlak ve katı bir biçimde kötü niyetin varlığı aranmamalı ve somut olayın özelliklerine göre perdenin kaldırılmasını *haklı kılan bir durumun* varlığından söz edebildiği hallerde, otuz işçi sayısının hesaplamasında aralarında organik bağ bulunan farklı şirketlerde çalışanların toplanabileceği kabul edilmelidir.

C. Otuz İşçi Eşiğinin Aşılması Gereken Zamana İlişkin Yaklaşımlar

Bir işverenin aynı işkolunda otuz işçi çalıştırıp çalıştırmadığının belirlenmesi bakımından bu eşiğin hangi anda aşılmış sayılacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer noktadır. İşyerinde çalışan işçi sayısı zaman içerisinde değişkenlik gösterebileceğinden, bu sayının hangi zaman diliminde gerçekleşmesi gerektiği konusunun belirlenmesi de önem taşımaktadır. Her şeyden önce, işçi sayısının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre değil, bildirimin (fesih ihbarının) yapıldığı ana göre araştırılmalıdır.[146] Bu sayede fesih bildiriminden sonra işverenin olası kötü niyetli davranışlarının da önlenmesi mümkün olabilecektir.[147] Bununla birlikte öğretide hesaplamanın bu tarihte kayıtlı sayılara göre mi yoksa o işyerinin normal işleyebilmesi işyerinde en az otuz işçi çalışmasının gerekip gerekmediğine göre mi yapılacağı konusunda fikir ayrılığı bulunmaktadır.

---

[143] Bu teori hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 108-109; KAŞAK, s. 1254 vd.

[144] POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 109.

[145] ANTALYA Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması** (2 Şubat 2008), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 151.

[146] CENTEL, s. 48; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 652.

[147] CENTEL, s. 48.

Bir görüşe göre otuz işçi sayısı şartının gerçekleşip gerçekleşmediği, iş güvencesinden yararlanmak isteyen işçiye fesih bildirimi ulaştığı andaki çalışan işçi sayısına göre belirlenmelidir.[148] Diğer görüşe göreyse, otuz işçi sayısının mutlaka iş sözleşmesi feshedildiği anda sağlanması şart değildir; işyerinin normal işleyebilmesi için Kanun'da öngörülen sayıda işçinin çalışması gerekliliğinden söz edilebildiği hallerde sayı koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.[149] Zira güvenceden yararlanma şartları araştırılırken fesih anı dikkate alınacak olursa; işyerindeki işçi sayısının, sipariş durumu, satış olanakları gibi nedenlerle sürekli değişiklik gösterebilecek ve iş güvencesinden yararlanıp yararlanamama ani gelişmelere ve tesadüflere bağlanmış olacaktır. Bu nedenle de, kural fesih anının esas alınması olsa da, fesih öncesi ve sonrası gelişmeler açıkça işyeri kapasitesinin otuz işçi sayısına ulaştığını göstermekte ise, işyerinde çalışan işçi sayısına ilişkin şartın sağlandığı kabul edilmelidir.[150]

Belirtmek gerekir ki, yargı kararlarında otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarihin dikkate alınacağı yönünde de,[151] sadece feshin gerçekleştiği ana bakılmaması gerektiği yönünde de[152] ifadelere yer verilmektedir. Kanaatimizce bu kararlar değerlendirildiğinde; birbiri ile çelişkili kararlar verildiği ya da içtihat değişikliği bulunduğu gibi bir sonuca varılmamalıdır. Esasında yargı kararlarında fesih bildiriminin

---

148 TUNCAY, s. 78; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 652.

149 EKONOMİ, s. 3-4; KILIÇOĞLU Mustafa, "İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri Kapsamında Sözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 12, S. 46, 2015, s. 159; CENTEL, s. 48.

150 GÜZEL, s. 32; EKONOMİ Münir, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri İş Kanunu Toplantı Dizisi-I**, TÜSİAD, İstanbul 2005, s. 39; ALPAGUT, 2007, s. 81-82; MOLLAMAHMUTOĞLU *et al.*, s. 1012.

151 "*...Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibariyle belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır...*" Y. 22. HD, E. 2019/8764, K. 2020/1548, 04.02.2020 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 22. HD, E. 2018/11689, K. 2018/21680, 10.10.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

152 "*...Diğer taraftan, gerekli işçi sayısının bulunup bulunmadığı saptanırken sadece feshin gerçekleştiği ana bakılmamalı, bu noktada ölçüt olarak çoğu kez, işyerinde düzenli olarak çalıştırılan işçilerin sayısı esas alınması, işyerinin normal işleyebilmesi için en az 30 işçinin çalışmasının gerektirip gerektirmediğine ve bu niteliğin iş sözleşmesinin feshi sırasında da var olup olmadığına bakılmalıdır. Zira salt iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmama için işçi sayısı gerçekte işin yürütümünün 30 işçiden fazla işçi ile yürütülmesi söz konusu iken, otuz işçinin altında işçi çalıştırılabilir...*" İstanbul BAM, 29. HD., E. 2020/2709 K. 2020/1908 T. 31.12.2020. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024); Y. 9. HD, E. 2016/28027, K. 2017/18860, 22.11.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

işçiye ulaştığı tarihteki işçi sayısına önem verilmekte, bununla birlikte sadece fesih anına bakılmasının yeterli görülemeyeceği durumların varlığı da dikkate alınmaktadır. Bu anlamda örneğin, niteliği gereği otuz işçiden daha fazla işçi ile görülmesi gereken bir işin, sırf işçiyi iş güvencesi kapsamı dışında bırakmak için daha az sayıda işçi ile gördürülmesi gibi bir durum söz konusu olabilir. Somut olay bakımından fesihten kısa süre önce işçi çıkarılması ve fesihten kısa bir süre sonra aynı işçilerin yeniden işe alınması gibi bir durum varsa, normal işgücü kapasitesindeki durumun dikkate alınabileceği ifade edilerek iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi kabul edilmemektedir.[153] İşverenin sayıyı otuzun altına düşürmek için bir kısım işçiyi işten çıkarıp sonra aynı işçileri tekrar işe alması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan,[154] görüşümüze göre de iş güvencesinde otuz işçi koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinin somut durumun tüm özellikleri dikkate alınarak yapılması yerinde olacaktır.

SONUÇ

İş güvencesi sisteminin temel amacı, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine karşı korunmasıdır. Bu güvencenin sağlanması amacıyla ILO tarafından 158 sayılı "Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi" hazırlanmıştır. 158 sayılı Sözleşme uyarınca, gerekli görülmesi halinde sınırlı ve belirli bir kategorideki işçi bakımından Sözleşme hükümlerinin tamamen veya kısmen uygulanmaması mümkündür. Bu anlamda Üye Devletler küçük işyerlerinin korunması ihtiyacını da gözeterek, belirli sayının altında işçi çalıştırılan işyerlerinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemelere yer verebilmektedirler.

---

153 "*...Somut uyuşmazlıkta, mahkemece fesih tarihi itibari ile davalı iş yerinde 30 işçiden az çalışan olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak özellikle davacının iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte davalı alt işveren ... tarafından bildirilen aylık ... hizmet listesinde kısa süre önce işten çıkarılmalar yanında, fesihten sonra yeni işe alımlar ve çıkarımlar yapıldığı, toplam sayının alınan ve çıkarılanlar birlikte 51 olduğu, ancak davacıdan önce 10.03.2008 veya aynı 11.03.2008 tarihinde çıkarılan işçilerden toplam 8 işçinin 21.03.2008 tarihinde tekrar işe alındıkları, bu alınan işçilerden ..., ..., ..., ... ve ...'ın 10.03.2008 tarihinde çıkarılmaları dikkate alındığında, sayıya dahil edilmeleri gerektiği, davalı alt işverenin iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek niyeti ile hareket ettiği, bunun korunmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki davalılar arasında yapılan sözleşme dikkate alındığında hizmetin 30 ve daha fazla işçi çalıştırmasını gerektirdiği de açıktır. Davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır...*" Y. 9. HD, E. 2016/33557, K. 2016/18426, 24.10.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.03.2024).

154 DOĞAN YENİSEY, (2018), s. 420.

İş güvencesi sisteminde işyerinin büyüklüğüne ilişkin ölçüt İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında; işverenin aynı işkolunda en az otuz işçiyi çalıştırması olarak şekillenmiştir. Söz konusu hükümde işyerinin büyüklüğü ölçütünde eşik sınırın otuz işçi olarak belirlenmiş olması, iş güvencesinden yararlanabilmeyi âdeta sınırlı bir kesime tanınan bir ayrıcalığa dönüştürmüştür. Bu anlamda mevcut düzenlememizin 158 sayılı Sözleşme ile uyumsuz olduğu ve anayasal eşitlik ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ifade edilmelidir. Öte yandan otuz işçi sayısının hesaplanmasında aynı işkolunda çalışanların dikkate alınacağının öngörülmesinin yol açtığı belirli sorunlar da bulunmaktadır. Otuz işçi sayısının hesaplanmasında aynı işkolundaki işçilerin toplanabileceğini öngören hüküm, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, her işyerinde otuzdan az işçi çalıştırmak suretiyle işçileri güvencenin kapsamı dışında bırakmasını engellemek amacıyla getirilmiş ise de, işverenin çalıştırdığı tüm işçilerin toplanabilmesine engel olan sınırlandırıcı bir etkiye sahip olmuştur. Oysa farklı işkollarında da olsa otuz işçinin üzerinde işçi istihdam edebilen bir işverenin iş güvencesinin getireceği mali yüklerden korunmasına duyulan ihtiyacın gerekçelendirilmesi güçtür. Diğer yandan işkolu kavramı, genel olarak toplu iş hukukuna ilişkin bir kavram olarak görülmesi nedeniyle de bazı belirsizliklerin doğmasına yol açmıştır. Görüşümüze göre İş Kanunu m.18/4'te yer verilen işkolu kavramına, toplu iş hukukuna özgü esaslar çerçevesinde bir anlam yüklenilmemesi ve normun amacı dikkate alınarak bir değerlendirmenin yapılması yerinde olacaktır.

İş güvencesi sisteminin yaklaşık yirmi yılı değerlendirildiğinde, otuz işçi sayısının belirlenmesine ilişkin yargı kararlarının büyük oranda belirginleştiği, ancak halen tartışmalı niteliğini sürdüren konuların bulunduğu ifade edilmelidir. Esasında yargı kararlarına yansıyan tartışmalı noktalar, temelde iş güvencesinin kapsamına girmek için öngörülen sayının yüksekliğinden ve aynı işkolundaki işçilerin toplanacağının öngörülmesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle uygulamada farklı işverenlerde çalışan işçi sayılarının otuz işçi sayısının hesabında toplanıp toplanamayacağı konusunda önemli sorunlar yaşanmaktadır ki, bu tartışmaların ortaya çıkmasına büyük ölçüde güvenceden yararlanma eşiğinin otuz işçi sayısı olarak belirlenmesinin zemin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Görüşümüze göre, aralarında organik bağ bulunan farklı tüzel kişilikler bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için mutlak ve kesin bir biçimde kötü niyet aranmamalı, normun koruma amacı teorisine başvurularak somut olayın özelliklerine göre perdenin kaldırılmasını *haklı kılan bir durumun* varlığından söz edebildiği haller-

de işçiler toplanabilmelidir. İş Kanunu m.18'de çalışan işçi sayısı bakımından belirli bir eşik belirlenerek iş güvencesinin mali sonuçlarını karşılayamayacak olan işverenler korumak istenilmiş ise de, iş güvencesi sisteminin temel amacının *işçinin korunması* olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak, iş güvencesi sisteminde işyerinin büyüklüğü ölçütünün "en az otuz işçi çalıştırılması" olarak belirlenmesinin ve bu sayının işverenin "aynı işkolundaki" işçilerle sınırlandırılmasının isabetsiz olduğu ve bu düzenlemelerde değişiklik ihtiyacının bulunduğu ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

ANTALYA Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", **I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması** (2 Şubat 2008), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 143-152.

AKTAY A. Nizametin / ARICI Kadir / KAPLAN SENYEN E. Tuncay, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

AKYİĞİT Ercan, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin, Ankara, 2007.

ALP Mustafa, "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, TİSK Yayın No. 299, Ankara, 2009, ss. 133-177.

ALPAGUT Gülsevil, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 79-117.

ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara 2007, ss. 73-121.

ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2016, ss. 1-79.

AYDIN Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, 7. Baskı, Nisan, Ankara, 2023.

AYGÜL Musa / UŞAN Fatih, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), **Legal YKİ Dergisi**, C.2, S. 3, 2007, ss. 75-93.

BAŞBUĞ Aydın, **Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**, Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası, Ankara, 2012.

BAŞTERZİ Süleyman, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 623-651.

BAYSAL Ulaş, "Elli ve Daha Az İşçi Çalıştırılan Tarım ve Orman İşlerinin yapıldığı İşyeri veya İşletmelerde Tarım İşlerinde Çalışmayanlar İş Kanunu Kapsamında Mıdır?", **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 72, S. 2, 2014, ss. 73-79.

CANBOLAT Talat / ERENER Ebru, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", **İş ve Hayat**, C. 3, S. 5, 2017, ss. 228-255.

CANİKLİOĞLU Nurşen, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On iki Levha, İstanbul, 2019, ss. 185-368.

CENTEL Tankut, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2020.

ÇELİK Nuri, **İş Güvencesi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

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

DOĞAN YENİSEY Kübra, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal, İstanbul, 2007.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, MESS Yayın No. 669, İstanbul, 2015, ss. 9-145.

DOĞAN YENİSEY Kübra, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 387-561.

EKMEKÇİ Ömer / YİĞİT Esra, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2023.

EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023.

EKMEKÇİ Ömer, "26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem - Seminer Notları**, 25-29 Eylül 2002 Marmaris, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, ss. 65-96.

EKONOMİ Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren Dergisi**, C. 17, S. 2, Mart 2003, Özel Ek, ss. 1-20.

EKONOMİ Münir, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri İş Kanunu Toplantı Dizisi-I**, TÜSİAD, İstanbul 2005, ss. 16-60.

EYRENCİ Öner, "4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 1, C.1, 2004, ss. 15-56.

GÜZEL Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Güvencesi - Sendikalar Yasası - Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri 28-29 Mayıs 2004, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, ss. 15-145.

KARACA YAĞCI Aybüke, **Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2022.

KAŞAK Fahri Erdem, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, 2020, ss. 1242-1263.

KESER Hakan, **İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

KILIÇOĞLU Mustafa, "İş Güvencesi Hükümlerinin Geçerli Fesih Sebepleri Kapsamında Sözden Geçirilmesine İlişkin Birkaç Söz", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 12, S. 46, 2015, ss. 149-178.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022.

ODAMAN Serkan, "Yurtdışında Çalışan İşçilerin İş Güvencesi Açısından İşçi Sayısı Tespitine Etkisi", **Sicil**, S. 6, 2007, ss. 82-86.

ÖKTEM SONGU Sezgi, "İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, DOĞAN YENİSEY Kübra / ER-GÜNEŞ EMRAĞ Seda (Editörler), Beta, İstanbul, 2017, ss. 180-206.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.

ÖZDEMİR Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.3, 2005, ss. 95-120.

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.

SOYER Polat, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008**, TÜRK-İŞ, Ankara, 2010, ss. 11-85.

SAĞLAM Fazıl, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Legal, İstanbul, 2014, ss. 9-27.

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

ŞAHLANAN Fevzi, "Sendika Yöneticilerinin Güvencesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, 2013, ss. 331-339.

TAŞKENT Savaş, "Otuz İşçi Ölçütü ve Yurt Dışındaki Bağlantılı İşyerleri Sorunu", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. 1, Beta, 2011, ss. 715-724.

TUNCAY A. Can, "İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu", **Sicil**, S. 6, 2007, ss. 75-81.

TULUKÇU Nezihe Binnur, **İş Güvencesi İşe İade**, Seçkin, Ankara, 2017.

UÇUM Mehmet, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal, İstanbul, 2003.

UGAN ÇATALKAYA Deniz, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Beta, İstanbul, 2019.

ULUCAN Devrim, "4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı", **İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler**, 2. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, 2003 (2003a).

ULUCAN Devrim, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2003 (2003b).

UŞAN Fatih / AYGÜL Musa, "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin De Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 17, 2008, ss. 47-57.

YILDIZ Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulamasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 11, C. 3, 2006, ss. 901-911.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 481-527

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ UYGULANMASINDA İFA EDİLEBİLİRLİK ÖLÇÜTÜ(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Kübra DEMİR**(**)

Öz: Toplu iş sözleşmeleri kural olarak imzalandıkları tarihte yürürlüğe girerler. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin oldukça uzun sürmesi ve sözleşmelerin makul bir süre içerisinde imzalanamaması bu sözleşmelerden beklenen faydanın sağlanamaması sonucunu doğurmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin imzalanması sürecinde yaşanan gecikmelerin yaratacağı olumsuz sonuçları gidermek amacıyla uygulamada sözleşmelerin yürürlük tarihinin, imza tarihinden önceki bir tarih olarak belirlendiği görülmektedir. Uygulamada sık rastlanan bir durum olan yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alınması, bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, sözleşme hükümlerinin geriye yürütülmesi sınırsız bir uygulama olarak düşünülmemelidir. Toplu iş sözleşmesinin geriye yürütülmesinin anayasal sınırı ve zaman bakımından sınırı bulunmaktadır. Bu sınırların yanı sıra sözleşmenin geriye etkili olarak yürürlüğe konulabilmesi için aynı zamanda sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerin ifa edilebilir nitelikte olması gerekir. İfa edilebilirlik ölçütü olarak ifade edilen duruma göre toplu iş sözleşmesinde yer alan bir yükümlülük, zaman olarak geçmişte ifa edilebilir nitelikte değilse, sözü edilen yükümlülüğü düzenleyen hükmün geriye yürütülmesinden bahsedilemeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkisi, İfa Edilebilirlik, İfa Zamanı, İfa İmkansızlığı, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 14.02.2024 - Makale Kabul Tarihi: 06.05.2024.

(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sivas - Türkiye,
E-posta: koz@cumhuriyet.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0002-2073-5085.

THE FACTOR OF PERFORMANCE ABILITY IN THE RETROSPECTIVE IMPLEMENTATION IN COLLECTIVE LABOR AGREEMENT

Abstract: As a rule, collective labor agreements enter into force on the date of signature. The negotiations for collective labor agreements take a long time and the failure to sign the agreements within a reasonable period leads to the result that the expected benefit from these agreements cannot be achieved. To eliminate the negative consequences of delays in the signing of collective labor agreements, it is seen that the effective date of the agreements is set as a date before the signature date. As a common situation in practice, setting the effective date before the date of signature emerges as a necessity. However, the retroactivity of the provisions of the agreement should not be considered as an unlimited practice. The retroactivity of a collective labor agreement has a constitutional limit and a time limit, and for the agreement to be put into effect retroactively, the obligations stipulated in the agreement must be enforceable. According to what is referred to as the criterion of enforceability, if an obligation in a collective labor agreement is not enforceable in the past in terms of time, the provision regulating the said obligation cannot be retroactively enforced.

Keywords: Retrospective Effect of Collective Labor Agreement, Time of Ability to Perform, Time of Performance, Impossibility of Performance, Benefiting From Collective Labor Agreement.

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmeleri kural olarak imzalandıkları tarihte yürürlüğe girerler. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK),[1] 39. maddesinde toplu iş sözleşmelerinin imzalandığı tarihte taraf sendikaya üye olan işçilerin yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanabilecekleri, imza tarihinden sonra üye olanların ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanabilecekleri düzenlenmiştir (6356 sayılı Kanun m.39/I).

Toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alınması (geçmişe etki) uygulamada sıklıkla rastlanan bir durumdur. Geçmişe yürütülme ile bir toplu iş sözleşmesinin tamamı ya da bir kısmı sözleşmenin imza tarihinden önceki bir dönemden itibaren geçerli olmaktadır.[2] Kronolojik anlamda toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihin, imza tarihinden önce olması durumunda toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkisinden söz edilir. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden daha önceki bir tarihte uygulamaya konulması "geriye etki", "geçmişe etki", "önceye etki", "yürürlük başlangıcının geriye yürütülmesi" gibi farklı kavramlarla ifade edilmektedir.[3] Çalışma kapsamında toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin geçmişe yürütülmesi için geçmişe etki ya da geriye etki ifadesi kullanılacaktır.

6356 sayılı Kanunun 39. maddesinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın "zaman" bakımından esasları düzenlenmiştir. Düzenlemenin 3. fıkrasında toplu iş sözleşmelerinin uygulanmasının geçmişe yürütülmesi esasına açıkça yer verilmiş ve toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmeleri sona erenlerin, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmelerinden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir (6356 sayılı Kanun m.39/III).[4]

---

1 RG. 7.11.2012, 28460.

2 ÖZKARACA Ercüment, **Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s, 23.

3 ÖZKARACA, s, 24.

4 275 sayılı Kanun döneminde öğretide toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sözleşme taraflarının belirli sınırlar içerisinde toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini imza tarihinden önceye götürebilecekleri kabul edilmiştir. ÇELİK Nuri, "Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması Nedenleri ve Getirdiği Hukukî Sorunlar", **İstanbul İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, 1975, s, 213., 2822 sayılı Kanun döneminde Kanunun hazırlık çalışmaları aşamasında açıkça toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesini yasaklamak amacıyla Tasarı'nın 5. maddesine açıkça toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün, imza tarihinden önceye yürütülemeyeceği konulmuşsa da tasarı, yasalaşırken sözü edilen ibare-

Hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda toplu iş sözleşmesi taraflarının kural koyma yetkisi ve kanun koyucunun kural koyma yetkisi arasında benzerlik kurulmakta ve toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin maddi anlamda kanun hükmü gibi kabul edildiği görülmektedir. Normatif hükümleri, maddi anlamda kanun hükmü gibi değerlendirdiğimizde tıpkı kanunların geriye etkili kılınabileceği gibi normatif hükümlerinde geriye etkili kılınabilmesi kabul edilmelidir. Ancak kanunların geçmişe yürütülmesinde nasıl birtakım sınırlamalar mevcutsa toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geriye yürütülmesinde de sınırlamalar bulunmaktadır. Nitekim bu sınırlamalara Alman Federal İş Mahkemesi tarafından verilen bir Kararda da değinilmiş ve "*... toplu sözleşmenin taraflarının toplu sözleşme hükümlerini geçmişe etkili olarak değiştirme özgürlüğü, hükümlere tabi olan tarafların meşru beklentilerinin korunması ilkesiyle sınırlıdır; bu bağlamda Federal Anayasa Mahkemesi'nin yasaların geçmişe etkili olmasına ilişkin içtihadıyla aynı kurallar geçerlidir*" ifadeleri kullanılmıştır.[5]

Toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün başlangıcı için kural; sözleşmelerin imzalandığı tarihtir (6356 sayılı Kanun m.39/I). Bu nedenle, sözleşmenin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilmesi için bu hususun açıkça sözleşmede belirtilmiş olması gerekir.[6]

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geriye yürütülmesinin sınırlarını anayasal sınırlar, zaman bakımından sınırlar[7] ve ifa edilebilirlik ölçütü açısından

---

ler metinden çıkarılmıştır. ÖZDEMİR Erdem, "Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması", **Kamu-İş Dergisi**, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt: 6, Sayı: 4, 2002, ss. 1-20., 2822 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmelerinin geçmişe yürütülmesi uygulamalarını kabul eden doğrudan bir düzenleme bulunmasa dahi geçmişe yürütme uygulamalarının yapılabileceği Kanunun m.9/II düzenlemesine dayandırılmaktaydı., ÖZKARACA, s, 35.

5 Toplu iş sözleşmelerinin geriye yürütülmesi "kazanılmış haklar" açısından da geçerlidir. Sözü edilen alacaklar, geriye dönük değişikliklere karşı özel bir korumadan yararlanamazlar. BAG Urteil vom 23.11.1994 - 4 AZR 879/93=, https://www.tk-lex.tk.de/web/guest/externalcontent?_leongshared_serviceId=2006&_leongshared_externalcontentid=HI439658 (Erişim Tarihi: 2.2.2024)., ARMAND HOUBEN Christian, **Die Rückwirkung von Tarifverträgen**, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 247, Berlin: Duncker&Humblot, 2006, s, 22, 23.

6 ŞAHLANAN Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020, s, 477., Alman Federal İş Mahkemesi tarafından verilen karara göre; toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasına ilişkin hüküm açık olmalı ve yanlış anlaşılmaya müsait olmamalıdır. ÖZDEMİR, s. 3; TUNCAY A. Can / SAVAŞ KUTSAL Burcu/ GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, **Toplu İş Hukuku**, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s, 353.

7 Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasının zamansal sınırı, uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi varsa bu sözleşmenin sona erme tarihi oluşturur. Aksi

sınırlar oluşturmaktadır. Çalışma kapsamında toplu iş sözleşmesinin geriye yürütülmesinin ifa edilebilirlik ölçütü açısından sınırları açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda ilk olarak genel hatlarıyla ifa edilebilirlik ölçütünün ne olduğu genel hükümler düzenlemeleri kapsamında ele alınacak ve devamında toplu iş sözleşmesinin geriye yürütülmesinde ifa edilebilirlik ölçütü, toplu iş sözleşmesinin hükümleri açısından değerlendirilecektir.

I. İFA EDİLEBİLİRLİK

Her borç ya da borç ilişkisi ifa edilmek amacıyla kurulur. İfa için borcun amacıdır denilebilir çünkü ifa ile beraber alacaklı alacağını almış; borç ilişkisi amacına ulaşmış olur. İfanın tam ve gereği gibi yerine getirilmesiyle borç sona erer. Borcun tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine borcun gereği gibi ifası denir. Borçlanılan edimin, ifanın taraflarına, yer ve zamanına, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde eksiksiz yerine getirilmesi borcun gereği gibi ifa edilmesidir. Aksi halde sözü edilen şartlara uygun olmayan bir ifa, ifa olarak ifade edilemez. Bu halde borcun ifa edilememesi söz konusu olur.[8]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda[9] (TBK) ifanın düzenlendiği hükümler, genel hükümler niteliğindedir. Genel hükümler; hangi sebepten doğmuş bulunursa bulunsun ilke olarak her türlü borç ilişkilerine uygulanır. Özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun[10] (TMK) 5. maddesi uyarınca, TBK'da yer alan genel hükümler; tüm özel hukuk ilişkilerinde bu ilişkilerin özel durumları engel olmadıkça uygulama alanı bulur. Ancak, sürelerle ilgili hükümlerin uygulama alanı oldukça geniştir.[11]

---

halde aynı dönem için birden fazla sözleşmenin uygulanması gibi bir durum ortaya çıkacaktır ki sözü edilen durumun kabul edilmezliği noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Yine zaman bakımından toplu iş sözleşmesinin uygulanmak istendiği işyerinde mevcut bir toplu iş sözleşmesi yoksa toplu iş sözleşmesi ilk defa yapılıyor olabileceği gibi uzun bir zaman sonra yeniden yapılıyorsa geriye etkili olarak yürürlüğe koyma toplu iş sözleşmesi için yetki alınmak için başvurulan tarihe kadar götürülebilir. Hatta bu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla taraflar yürürlük süresi tamamen sona ermiş bir toplu iş sözleşmesi bile imzalayabilir., ŞAHLANAN, s, 477; ÖZKARACA, s, 48; ÇELİK Nuri / CANİKLİOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 36. Bası, Beta, İstanbul, 2023, 1035 vd.

8 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s, 1020.

9 RG. 4.2.2011, 27836.

10 RG. 8.12.2001, 24607.

11 EREN, s, 1021.

İfa, ilke olarak borç ilişkisini sona erdirmez. Borç ilişkisinin içerisinde yer alan tekil borcu sona erdirir. Özellikle sürekli ya da dönemli borç ilişkilerinde ifa, bu tür ilişkilerin içerdiği tekil borcu ortadan kaldırır. İş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümler gereği işverenin her ay işçiye ödeyeceği ücret/ücret ekleri iş sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin değil, bu ilişkinin içerdiği tek bir borcun yerine getirilmesidir.[12]

Borcun ifa edilmemesinin sebebi; ya borcun ifasının imkânsız olması ve dolayısıyla borçlunun borcunu ifa edememesi ya da borcun ifasının imkânsız olmamasına rağmen borçlunun borcunu ifa etmemekte direnmesinden kaynaklanır. Borcun ifa edilmediği ya da edilemediği tüm halleri kapsamak üzere "ifa engelleri" kavramı da kullanılmaktadır.[13] Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında bazı hükümlerin içeriklerinden dolayı geçmişe etkili uygulanamayacakları görülecektir. Esasen sözü edilen durumların bir kısmı tam da ifa edilebilirliğin imkânsız olmasından kaynaklanan hallerdir. Örneğin toplu iş sözleşmesi ile işyerine kantin, kreş gibi alanların kurulmasını öngören hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması imkânsız olacağı için bu hükümlerin yürürlüğünün başlangıcı geriye götürülemeyecektir. Bu durumda sözü edilen imkânsızlık borçlunun sorumlu olmadığı objektif bir imkânsızlık halidir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulup konulamayacağı hususu ise çalışmanın devamında her bir hüküm açısından ayrıca değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Borcun ne zaman yerine getirileceğini ifa zamanı (*time of performance*) kavramı belirler. Bununla birlikte ifa zamanı incelenirken alacaklı esas alınarak hareket edildiği görülmektedir ancak, borç ilişkisinin iki taraflı olması sebebiyle borçlu açısından ifa zamanının ne olması gerektiğinin cevaplandırılması gerekir. Başka bir ifade ile "borçlu borcunu ne zaman alacaklıya sunabilecek ve alacaklıyı ifayı kabule zorlayabilecektir?"[14]

---

[12] EREN, s, 1021., KILIÇOĞLU Ahmet M, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 24. Bası, Turhan, Ankara, 2020, s, 673.

[13] NOMER Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s, 341., Böyle bir durum ile esasen imkânsızlık kavramı merkezi bir kavram olmaktan çıkarılmış ve salt yüküm ihlalinin yalın bir uzantısına indirgenmiştir. SEROZAN Rona, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", **İÜHFM**, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, 2000, s, 240.

[14] KIZILAY GÜNEYLİOĞLU Aygül, **İfa Zamanı ve Erken İfa**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022, s, 64, 65.

Borcun ifa zamanı bir önceki paragrafta ifade edildiği üzere yalnızca alacaklının edimi talep edebileceği tarih olarak anlaşılmamalıdır aynı zamanda edimin borçlu tarafından yerine getirileceği tarih ifa zamanını belirler.[15] TBK m.90 kapsamında ifa zamanı "*taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur*" şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm ile ifa zamanı kural olarak borç doğumu anı olarak ifade edilmiş ancak taraflara aksini kararlaştırma imkânı verilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesi ve ifa zamanına ilişkin sözü edilen maddenin devamında yer alan hükümler dikkate alındığında ifa edilebilirlik zamanı ile ilgili üç temel prensibin düzenlendiği görülmektedir.

a- TBK m.90 gereği, borçlu borcunu derhal ifa edebilir, sözü edilen kural derhal muacceliyet kuralının bir sonucudur.

b- TBK m.96 gereği, borçlu borcunu sözleşme hükümlerinden ya da özelliğinden veya durumun gereğinden tarafların farklı bir düşüncede oldukları anlaşılmadıkça, vadeden ya da muacceliyet tarihinden önce ifa edebilir.

c- İfa edilebilirlik anı borcun doğmasıyla başlamakla beraber, en geç muacceliyete kadar söz konusudur. Muacceliyetten sonra yerine getirilen ifa, gecikmiş ifadır. Her ne kadar borcun vadesi geçmiş olsa dahi vadesi geçmiş borçlar da ifa edilebilir.[16]

İfa konusunda sözü edilen temel prensiplerden borçlunun borcunu, muacceliyet tarihinden ya da vadeden önce ifa etmesi toplu iş hukuku anlamında sözleşmelerin geriye etkili olarak yürürlüğe konulması olarak anlaşılamaz. Sözü edilen prensip bakımından bahsedilen durum erken ifadır ve erken ifa ve erken ifayı kabul belirli şartlara bağlanmıştır.[17]

İfa zamanının belirlenmesi hususunda muacceliyet (*fälligkeit*) kavramının yanında ifa edilebilirlik (*time of ability to perform-erfüllbarkeit*) kavramının açıklanması gerekir.

Muacceliyet, alacaklının alacağını talep etme yetkisine sahip olduğu an olarak ifade edilirken;[18] ifa edilebilirlik kavramı, borçlunun borcunu ifa et-

---

[15] KIZILAY GÜNEYLİOĞLU, s, 64.

[16] KIZILAY GÜNEYLİOĞLU, s, 65.

[17] Erken ifa hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: KIZILAY GÜNEYLİOĞLU., KILIÇOĞLU, s, 699 vd.

[18] Kavram, başka bir ifade ile borcun ifasının istenebilir durumda olması olarak açıklanabilir. NOMER, s, 329.

meye yetkili olduğu zamandır.[19] Esasen ifa edilebilirlik ve muacceliyet aynı anda gerçekleşir. Ancak, borç bazı durumlarda muaccel olmasına rağmen ifa edilebilir olmayabilir ya da ifa edilebilir bir borç henüz muaccel hale gelmemiş olabilir.[20]

Edimin borçlu tarafından ifa edilebilirliği; borç veya alacağın bir niteliğidir. İfa edilebilirlik bu anlamda yalnızca edimin borçlanılmasını kapsamaz aynı zamanda borçlu tarafından yerine getirilebilme yetkisini de içerir. Bu açıdan ifa edilebilir bir edimi ifa etme amacıyla sunan borçlunun bu edimini haklı bir sebep olmaksızın alacaktan kaçınmak alacaklı açısından mütemerrit olma sonucunu doğurur.[21]

Bir borcun ifa edilebilir olmaması sonucunu doğuran etkenlerden birisi borcun yerine getirilebilmesinin imkânsız olmasıdır. Borcun ifa edilmesindeki imkânsızlık borç konusu şeyin tamamına ilişkin olabileceği gibi imkânsızlık borcun konusunun bir kısmını da içerebilir. Kısmi imkânsızlık terimi bazen vaat edilen edimin tamamının değil ancak bir kısmının hukuken imkânsız hale geldiği bir durumu belirtmek için kullanılır.[22] Bir sözleşmede edimlerin yerine getirilmesinin "imkânsız" olarak değerlendirilmesinde ekonomik analizin belirleyici olduğu söylenebilir. Başka bir ifade ile "ekonomik analiz; imkânsızlık labirentinde yol göstericidir."[23]

A. İfa Zamanının Belirlenmesi

Borcun muacceliyet ve ifa edilebilirliği esasen aynı zamanda gerçekleşir. Ancak bazı durumlarda borç ifa edilebilirlikten önce muaccel olabileceği gibi bazen de muacceliyetten önce ifa edilebilir hale gelebilir. Esasen borç doğumu anında muaccel olur ve ilke olarak hemen ifası talep edilebilir.[24]

---

[19] Borcun ifa edilebilirliğinden amaç, borçlunun edimi yerine getirme yetkisidir. EREN, s, 1063.

[20] KARACA ÖZ Ayşe, **İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2022, s, 26, 27.

[21] EREN, s, 1063.

[22] Kısmi imkansızlığın yanı sıra borcun ifa edilememesinde "geçici imkânsızlık" olarak adlandırılan bir diğer olgu ise bazı fiili imkânsızlık olgularından kaynaklanan edimdeki gecikmeyi ifade eder. Esasen geçici imkansızlığa ilişkin fiili olgular, daimî imkansızlığa ilişkin olgularla aynı genel türden olarak ifade edilmiştir., PATTERSON Edwin W, "Temporary Impossibility of Performance of Contract", **Virginia Law Review**, Vol. 47:798, s, 798.

[23] SCHOONER Steven L, "Impossibility of Performance in Public Contracts: An Economic Analiysis", **Public Contract Law Journal**, Vol: 16, No: 1, August 1986, s, 230.

[24] EREN, s, 1064.

Kural olarak borcun doğum anında ifa edilmesi gerekirse de (TBK m.90) borcun ifası vadeye bağlanmış olabilir. Bu durumda ifa zamanı; tarafların anlaşmasıyla, kanunla ya da işin niteliğine göre belirlenir. Vadeye bağlanmış borçlarda, borcun ifasının istenebilmesi için borcun vadesinin gelmiş olması gerekir.

İfa zamanı, kaynağı ne olursa olsun tüm borç ilişkilerinde söz konusu olur. Bu nedenle TBK'nın ifa zamanına ilişkin hükümleri tüm borç ilişkileri açısından geçerlidir.[25]

Taraflar sözleşmeyi yaptıkları esnada, edimin ifa edileceği zamanı kararlaştırabilirler. İfa zamanı mutlak ya da nispi olarak belirlenebilir. Mutlak ifa zamanı, ifanın belirli bir zaman ölçüsüne dayanılarak belirlenmesidir. İfa zamanının nispi olarak belirlenmesinde ise mutlak belirlemede olduğu gibi kesin ve belirli bir tarih ya da takvim günü tespit edilmez.[26]

Toplu iş hukukunda yoruma esas alınacak kurallar toplu iş sözleşmesi hükümleridir. Toplu iş sözleşmelerinin yorumunda sözleşmenin borç doğurucu hükümleri ve normatif hükümleri açısından iki farklı durum ortaya çıkmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri sözleşme hükmü gibi kabul edilmekteyken, normatif hükümler adeta yasa hükmü gibi kabul edilmektedir. Bu açıdan sözü edilen hükümlere uygulanacak yorum yöntemleri de farklılaşmaktadır.[27]

Toplu iş sözleşmesinin iki farklı hükmü dolayısıyla sözleşme hükümlerinin geçmişe etkisi incelenirken normatif hükümlerin ve borç doğuran hükümlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri; sözleşme hükümleri olarak değerlendirildiğinden sözleşme hükümlerinin geriye yürütülmesi bakımından dikkate alınacak esaslar söz konusu olacaktır. Ancak, ne var ki toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri yalnızca sözleşmenin tarafları olan işçi sendikası ve işveren/işveren sendikası tarafı açısından hüküm ifade edeceğinden ilgili hükümlerin geçmişe yürütülmesi esasen mümkün değildir. Çalışmanın devamında sözü edilen hususa ayrıca değinilecektir. Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri adeta bir kanun hükmü gibi değerlendirildiğinden nor-

---

25 KILIÇOĞLU, s, 687.

26 EREN, s, 1065., KILIÇOĞLU, s, 690, 691.

27 BARIN Nurgül Emine / Saracel Nüket, "Toplu İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesi", **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi**, C-iasoS 2022 Özel Sayısı, 2003, s, 85.

matif hükümlerin geriye yürütülmesinde, ifa zamanının belirlenmesinde kanun hükümlerinin geriye yürütülmesi ilkeleri göz önüne alınacaktır.

Sözleşmenin tarafı olmayan kişiler üzerinde kanun benzeri hukuk kuralları koyan toplu iş sözleşmesinin tarafları öncelikle kanunların geriye yürümesinde dikkate alınacak ilkelere uymak zorundadır. Hukuk devleti ilkesinin esaslı unsurlarından birisini de hukuk güvenliği oluşturur. Hukuk devletinde kişi, devletin müdahalelerini görerek kendisini bu duruma hazırlayabilmelidir. Bireylerin mevcut yasal düzenlemeye güvenlerinin korunması ilkesinin temelini Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen kişiliği maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve hukuk devleti ilkesi oluşturur.[28] Sözü edilen bu durum toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün geriye etkili olarak uygulanmasında anayasal sınırlar olarak ifade edilebilir.

Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe yürütülmesinde dikkate alınması gereken bir diğer durum ifa zamanının kesin bir şekilde belirlenmesidir. 6356 sayılı Kanunda toplu iş sözleşmelerinin süresi konusunda emredici bir düzenleme bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin süresi kural olarak en az 1 yıl en fazla 3 yıl olabilir (6356 sayılı Kanun m.35/IV). Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe yürütülmesinde amaç; yetki ve toplu görüşme aşamalarında meydana gelen gecikmelerden doğan zararların telafi edilmesi olduğundan toplu iş sözleşmeleri ancak yetki belgesi için başvuruda bulunulan tarihe kadar geri yürütülebilir.[29] Bu durum toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında zamansal sınır olarak ifade edilir. Eğer işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi varsa ve yetki belgesi için Bakanlığa önceki toplu iş sözleşmesi bitimi tarihinden sonra başvuru yapılmışsa, yürürlük başlangıcı yetki prosedürünün başladığı, başvurunun yapıldığı tarihe kadar geriye çekilebilir.[30] Bu noktada ifa zamanının belirlenmesi hususunda sınır bulunduğu şüphesizdir.

İfa zamanı belirlenen toplu iş sözleşmesinin ne kadar süre yürürlükte kalacağı hususu öğretide tartışılan durumlardan bir diğeridir. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi geri alındığında, geriye alınan sürenin yürürlük

---

[28] EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023, s, 404.

[29] ÖZKARACA, s, 48., EKMEKÇİ, s, 406, 407., ÖZKARACA Ercüment/ÖZKAN KOÇ Sema Deniz, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", **Sicil**, Sayı: 46, 2021/II, s, 15.

[30] YILMAZ H. Hilal, **Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021, s, 31.

tarihine eklenmesi gerektiğini savunan görüşe göre toplu iş sözleşmesinin süresi imza tarihinde başlayacaktır ve bu süreye geriye çekilen süre dahil edilmeyecektir.[31] Başka bir ifade ile geçmişe etkili kılınan süre toplu iş sözleşmesinin esas süresinden sayılmayacaktır.

Öğretide hâkim olan aksi yöndeki görüşe göre toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili kılınmasında geçmişe götürülen süre sözleşmenin yürürlük süresindendir. Ancak bu görüş kendi içerisinde farklı eğilimlerde değerlendirilmektedir. Bu görüşün savunulduğu bir eğilim; toplu iş sözleşmesinin süresini onun yürürlük süresi olarak değerlendirmekte ve bu görüşe göre toplu iş sözleşmesinin süresini imza tarihi ile sona ereceği tarih arasındaki süre olarak ifade etmektedir.[32] Aynı görüş içerisindeki bir diğer eğilim ise Kanunda yer alan toplu iş sözleşmesinin en az ve en çok sürelerinin saptanması açısından önemli olanın sözleşmenin imzalanmasından itibaren ne kadar süre sonra sona ereceği değil, sözleşmenin kurduğu düzenin ne kadar süreyi kapsadığıdır. Bu açıdan 1 ve 3 yıllık sürelerin sınırlarının belirlenmesinde geriye etki süresinin toplu iş sözleşmesinin süresinden sayılması daha doğru kabul edilmektedir.[33] Bu görüşe göre toplu iş sözleşmesinin imza tarihinin önemi bulunmayıp, sözleşmenin yürürlüğe konulduğu tarih sürenin başlangıcı sayılmakta ve yürürlüğün sona erdiği tarih toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmektedir.[34] Kanaatimizce son görüş toplu iş sözleşmelerinin süresinin emredici olarak belirtildiği Kanun hükmü dikkate alındığında isabetlidir.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ OLARAK YÜRÜTÜLMESİNDE İFA EDİLEBİLİRLİK

Özel hukuk sözleşmelerinde eşitler arasındaki sözleşme görüşmelerine ilişkin yaygın varsayım tarafların her birinin ifasının genel itibariyle diğerine eşdeğer olduğu şeklindedir. Taraflardan birinin edimini diğerinkinden çok daha maliyetli hale getiren ve yükün açıkça "pazarlık alanının ötesine" geçmesine neden olan herhangi bir olay, varsayılan eşdeğerliliği bozar. Sözü edilen durum ise aşırı yüklenilen tarafın edimini yerine getirmemesi için yasal bir

---

[31] AKYİĞİT Ercan, "Toplu İş Sözleşmesinin Süresiyle İlgili Bazı Düşünceler", **Sicil**, Mart, 2009, s, 139, 140.

[32] OĞUZMAN Kemal, **Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Cilt: 1**, 4. Bası, İÜ Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1987, s, 81.

[33] ÖZKARACA, s, 48., YILMAZ, s, 31.

[34] AKYİĞİT, s, 139.

mazeret sağlayabilir. Edimin ifa edilebilir olmaması tanımında da başka bir ifade ile "imkânsızlık" tanımında da "aşırı ve makul olmayan zorluk, masraf, zarar veya kayıp nedeniyle uygulanamamazlık" yer aldığı görülmektedir.[35]

Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen bir yükümlülüğün geçmişe yürütülebilmesi için yükümlülüğün ifa edilebilir olması gerekir.[36] "İfa edilebilirlik" kaynağını Roma Hukukunda bulan "*impossibilium nulla obligatio est*" ilkesinden alır ve sözü edilen ilke, imkansızlık halinde yükümlülüğün söz konusu olmayacağını, kişinin objektif olarak herkes için imkansız olan bir edimi ifa ile yükümlü tutulamayacağını ifade eder.[37] Bir edimin ifa edilmesinde geçici veya sürekli bir imkansızlık varsa ifa etmemeyi ya da gecikmiş bir ifayı haklı göstermek isteyen borçlu tarafın (işveren ya da işveren sendikasının) geçmişe etkili yürürlüğün ifayı imkansız kıldığını kanıtlaması gerekir. İfa imkansızlığından söz edebilmek için ise imkansızlığa neden olan olayların geçici olmadığı başka bir ifade ile belirsiz süreli olduğu kanıtlanmalıdır ancak bu halde imkansızlığın kalıcı olduğundan bahsedilebilir.[38]

Her ne kadar toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konabileceği ve bu durumun uygulamada sıklıkla başvurulan bir yöntem olduğu ifade edilmişse de öğretide esasen toplu iş sözleşmelerinin gerçek anlamda geriye etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı görüşü de yer almaktadır. *Oğuzman*'a göre taraflar toplu iş sözleşmelerinin gerek normatif hükümlerini gerekse borç ilişkisi hükümlerini geçmişte var kılamazlar. Ancak sözleşme daha önce var olsaydı, imza tarihine kadar elde edilecek mali hakları imza tarihinden sonra yerine getirmeyi kabul edebilirler. Gerçekte "geriye etkili yürürlük" olarak ifade edilen şey, toplu iş sözleşmesindeki paraya ilişkin hakların belirlenen önceki tarihten itibaren hesaplanıp imza tarihinden sonra ödenmesinin taraflarca kabul edilmesi demektir.[39] Öğretide

---

35 PATTERSON, s, 802.

36 ÇELİK / CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT / ÖZKARACA, s, 1035.

37 ÖZKARACA, 53., Bir borcun tamamen imkânsız olmasının yanı sıra geçici olarak imkânsız olması da söz konusu olabilir. Geçici imkânsızlık ile ilgili en önemli üç soru şunlardır: 1) Taraflardan her biri, duruma göre, imkansızlığın kalıcı veya geçici olduğunu tespit etmeden önce ne kadar belirsizliğe maruz kalmalıdır? 2) Geçici imkânsızlığın söz verenin ifada önemli bir kusuruna yol açması halinde, söz alanın sözleşmeyi feshetme imtiyazı var mıdır ve varsa hangi gerekçeyle? 3) Söz veren, zaman bakımından mazur görülmesine rağmen, sözleşmeyi feshetmiş gibi aynı tazminata hak kazanır mı? PATTERSON, s, 803.

38 PATTERSON, s, 803.

39 OĞUZMAN, s, 81. Benzer şekilde geriye etkili yürürlüğün toplu iş sözleşmesinde yer alan tüm haklara değil belirli haklara özgü özel bir uygulama şekli olduğunun kabul edilmesi ge-

yer alan bir diğer görüşe göre yine toplu sözleşmelerinin geçmişe etkili kılınmalarında kuşkusuz farazi (varsayılan) bir etki söz konusudur. Yoksa herhangi bir hukuk normunun ya da işlemin kelime anlamıyla geçmişte var kılınması mümkün değildir.[40]

İfa edilebilirlik ölçütü, toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün başlangıcının geriye götürülmesinin kabul edildiği diğer hukuk sistemlerinde de yürürlüğün geçmişe yürütülmesinin bir sınırı olarak kabul edilir.[41] Bu ölçüt uyarınca geriye etki yalnızca toplu iş sözleşmesinin yapılmasından sonra hala ifa edilebilen hakları ve borçları kapsayabilir. Kapsamı itibariyle ifa edilebilirlik ölçütü açısından toplu iş sözleşmesinde öngörülen bazı yükümlülükler bu nedenle geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacaktır.[42] Benzer şekilde toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe gireceği taraflarca kararlaştırılmış olsa bile "geleceğe ait fiili bir işin yapılmasını amaçlayan" hükümlerde geçmişe etkililikten söz edilemeyecektir.[43] Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili kılındığı dönemler için bugün ifa edilebilir nitelikte yükümlülükler ve ifa edilemeyecek nitelikte yükümlülükler ayrımı yapılmalıdır. Bu ayrım neticesinde işveren yalnızca ifa edilebilir nitelikte yükümlülükler için sorumluluk taşıyacak; ifa edilebilir nitelikte olmayan hükümler açısından bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.[44] Alman hukukunda ise bir görüş bu durumun aksini savunmaktadır ve toplu iş sözleşmelerinin geriye yürütülmesinde ifa edilebilir olmayan yükümlülükler açısından; geçmişte yerine getirilmesi gereken yükümlülüğün ihlal edildiğini ve sözü edilen durumda işverenin sorumluluktan kurtulamayacağı bunun yerine tazminat yükümlülüğünün doğacağının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[45]

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında "ifa edilebilir yükümlülük" kavramının açıklığa kavuşturulması

---

rekliliği ifade edilerek aksinin kabulü ile geçmişe etkili yürürlükle tüm sözleşme hükümlerinin geçmişe etkili olarak uygulanabileceğinin kabulü halinde çok büyük karışıklıklar ve tereddütler doğacağı belirtilmiştir. KESER Hakan, "Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 5, 1994, s, 7.

40 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 354.

41 ÖZKARACA, s, 53.

42 EKMEKÇİ, 405.

43 ŞAHLANAN, s, 478.

44 ÖZKARACA, s, 54.

45 BAR Hans Josef, *Die Rückwirkung von Tarifvertragen*, Köln, 1961'den aktaran ÖZKARACA, s, 54.

gerekir ve ifa edilebilir yükümlülük kavramına verilecek anlamlar neticesinde farklı sonuçlara varılabilir. Geçmişe etkili yürürlük açısından örneğin bir takım elbise, belirli bir miktar para gibi örneklerde yükümlülük geçmiş zamanda yerine getirilebilseydi ne şekilde yerine getirilecekse bugün de aynı şekilde ifa edilebilir olması mı aranacaktır? Yoksa sözü edilen durum yerine geriye etkili kılınan hükümle işçinin sağlayacağı faydanın parasal karşılığının ödenmesi ifa edilebilirlik açısından yeterli sayılacak mıdır? Toplu iş sözleşmesi ile işyerinde daha önce uygulanmayan yemek veya servis uygulamasının öngörülmüş olması ve bunun yanında işçilere bir miktar zam verilmesinin kararlaştırılmış olması durumunda yemek ya da servis yardımı toplu iş sözleşmesi hükümleri geriye yürütüldüğünde ifa edilebilir nitelikte kabul edilmeli midir?[46]

Sözü edilen ölçüt açısından toplu iş sözleşmesinin içeriğinin ayrıca ele alınması gerekir.

A. Toplu İş Sözleşmesinin İçeriği

Toplu iş sözleşmeleri; tarafları, konusu ve yapılma şekli itibariyle Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı özellikler taşımaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin ayırt edici özelliğinin iş sözleşmeleri üzerindeki normatif etkisi ile kolektif bir nitelik taşıması olduğu söylenebilir. Kolektif nitelik ile ifade edilen; toplu iş sözleşmelerinin tek tek işçi ya da işvereni değil toplu yararları temsil eden toplulukların oluşturduğu bir sözleşme olmasıdır.[47] Toplu iş sözleşmelerinin özerkliği, onu diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran en önemli özelliklerden birisidir.[48] Toplu iş sözleşmelerinin özerkliği kavramı ile anlatılmak istenen şey ilk etapta klasik anlamda sözleşme özgürlüğü gibi görünse de sözleşme özgürlüğünden ayrılan önemli farkları bulunmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün kökeninde bireyci bir anlayış hakimken toplu

---

[46] ÖZKARACA, s, 55.

[47] YARDIMCIOĞLU, s, 790.,

[48] Devletin yasaların yürürlük tarihini yayım tarihinden daha önceki bir tarihte başlatması sahip olduğu yasama erkinden kaynaklanıyorsa, toplu iş sözleşmesinin tarafları da sözleşmeyi geçmişe etkili olarak yürürlüğe koyabilir. Devlet yeni bir yasanın yapılmasından önceki bir tarihte meydana gelen olayların, yeni yasaya tabi kılınması gereksiniminin doğduğu hallerde belirli sınırlamalara tabi olmak kaydıyla yasanın yürürlük tarihini daha önceki bir tarihten başlayacak şekilde gereksinimi karşılamaktaysa sosyal taraflar da Anayasanın 53. maddesi uyarınca yapacakları sözleşmelerle, devlet müdahalesinden korunmuş bir alan içerisinde, sözleşmenin tarafı olmayan işçiler ve işverenler üzerinde özerk hukuk kuralları koyma gücüne sahiptir. EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi (Düzenleme Yetkisi)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s, 220.

iş sözleşmesi özerkliği kolektif nitelik taşır. Ayrıca, sözleşme özgürlüğü içe dönüktür ve kişi kendi hukukî ilişkilerini bağımsız olarak düzenleyebilir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği ise dışa dönüktür ve üçüncü kişiler üzerinde normatif etkiye sahip hükümler koyabilmeyi ifade eder. Elbette toplu iş sözleşmesinin özerkliği sınırsız değildir. Toplu sözleşme özerkliğine müdahale de ulusal ekonomik çıkarlar ve dengeler oldukça önemlidir. Ancak sözü edilen dengeler gözetilirken anayasal güvence altındaki toplu sözleşme özerkliği ihlal edilmemeli ve taraflar sağduyulu ve sorumluluk anlayışı çerçevesinde hareket etmelidir.[49]

Kolektif özerklik, özerklik kavramını karşılamaktadır ve sendikaların korunmasını tüm eylem alanlarına genişleten bir özgürlük hakkıdır. Dolayısıyla, özellikle ücretlerle ilgili olanlar olmak üzere, çalışma saatleri ve tatil süreleri gibi bazı konular pazarlık taraflarına bırakılmakta ve bu taraflar da çalışma ve ekonomik koşulları özerk bir şekilde düzenleyebilmektedir.[50] Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konmasının temelini sosyal tarafların özerkliği oluşturur. Sözleşmenin sosyal tarafları tıpkı yasa koyucu gibi, toplu iş sözleşmesi normlarını geriye etkili kılabilirler.[51]

Toplu iş sözleşmeleri, hem bu sözleşmeyi yapan taraflar arasındaki ilişkileri düzenler hem de sözleşme taraflarının üyeleri hakkında onların iş ilişkilerini etkileyecek hükümler içerir. Toplu iş sözleşmeleri, sözleşme taraflarının karşılıklı haklarının ve borçlarının düzenlendiği hükümleri içerebileceği gibi esasen sözleşmeye taraf olanların üyelerinin iş ilişkilerine ilişkin hükümleri içerir. Bu sayede sözleşmeyi akdeden taraflar, toplu iş sözleşmesiyle hem borç yüklenebi-

---

[49] ŞAHLANAN, s, 308, 309; Kolektif özerklik aynı zamanda devletin temize çıkarılması fikrini ve bununla birlikte modern sübvansiyon kavramını da dikkate alır: "Anayasal olarak tanınan kolektif özerklik, işçilerin ve işverenlerin karşıt çıkarları hakkında özgürce karar verebilecekleri bir alanı korur. Bu özgürlük, toplu pazarlığın farklı ekonomik ve genel çıkar gruplarının hedeflerini başarılı bir şekilde ve devlet müdahalesinden daha iyi bir şekilde desteklediğine dair tarihi deneyimle meşrulaştırılmaktadır." BVerfG 2-3-1993, BVerfGE 88, 103, 114, ZACHERT Ulrich, Collective Bargaining in Germany, Collective Bargaining in Europe, (**Edition Prepared by Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**), Madrid, 2005, s, 28., Toplu sözleşme özerkliğinin yapısal koşulları düzenlenirken, yasa koyucunun ayrıcalıklı bir değerlendirme ve geniş bir yönlendirme özgürlüğü vardır. Toplu sözleşme taraflarının birden fazla olmasından kaynaklanan zorluklar, temelde örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı çıkarmaz. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 -, Rn. 1-24, https://www.bverfg.de/e/rs20170711_1bvr157115.html (Erişim Tarihi: 3.2.2024)., CANBOLAT Talat, **Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s, 19.

[50] ZACHERT, s, 28.

[51] EKMEKÇİ (Düzenleme Yetkisi), s, 219.

lir hem de hukuk kuralı koyabilirler (6356 sayılı Kanun m.33/I,II).[52] Toplu iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan bölümler sözleşme metninde iç içe düzenlenebilir. Bu açıdan toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hükmün sözleşmenin hangi bölümüne ait olduğunun belirlenememesi halinde toplu iş sözleşmesinin taraflarınca yorum davası açılabilecektir (6356 sayılı Kanun m.53).[53]

Toplu iş sözleşmesinin içeriği 6356 sayılı Kanunun m.33 hükmünde düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir. Tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir (6356 sayılı Kanun m.33/I,II). Toplu iş sözleşmesi tarafları sözleşmenin tamamını değil yalnızca bir kısmını da geçmişe etkili kılabilirler. Ancak bu durumun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde genel bir geçmişe etki hükmü karşısında tüm hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe gireceği ve mevzuatta buna engel bir durum olmadığı ifade edilmiştir.[54]

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasını genel ilkeler ve düzenlenen ilişkilerin niteliği ile sınırlandırmak gerektiği belirtilmiştir. Uygulamada geçmişe etkili olarak toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğe konulması, parasal haklar dışındaki haklar bakımından önemli sorunlar oluşturmuştur.[55] Parasal hükümden ne anlaşılması gerektiği ise 6356 sayılı Kanunun m.25/II hükmü esas alınarak açıklığa kavuşturulmalıdır. Hükümde "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır" ifadesi yer almaktadır. Esasen bahsedilen düzenleme sendikal ayrımcılığın engellenmesine yönelikse de toplu iş sözleşmelerinin parasal nitelikte hükümlerine yönelik ifadesinden dolayı toplu iş sözleşmelerinden yararlanma açısından da belirleyicidir.[56]

---

52 KANDEMİR Murat, "Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı", **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, (39), s, 170.

53 BOSTANCI/TOKKAŞ, s, 432.

54 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 354.

55 KESER, s, 7.

56 Madde metninden toplu iş sözleşmesinin parasal menfaatlerinden kural olarak işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağı ancak parasal hükümler dışında kalan hükümlerin işyerinde çalışan herkese uygulanacağı şeklindedir. YILDIZ Gaye Burcu, **Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s, 24.

Doğrudan parasal bir miktarı içermeyen hakların paraya çevrilerek ifa edilip edilmeyeceği, parasal değeri olan ayni yardımların geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında nasıl bir yol izleneceği toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe yürütülmesinde karşılaşılan sorunlardandır. Bu açıdan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında sözleşme hükümlerinin ayrı ayrı ele alınması ve bu hükümlerin ifa edilebilir yükümlülük kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

B. Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkisi

Türk hukukunda toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili yürürlüğe girmesinde Alman hukukundan esinlenildiğinden bahsedilmişti. Alman hukukunda toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkisi konusunda gerçek anlamda geçmişe etki (*echte Rückwirkung*) ve gerçek olmayan geçmişe etki (*unechte Rückwirkung*) ayrımı yapılmaktadır.[57]

1. Gerçek Olmayan Geçmişe Etki

Toplu pazarlık normlarının gerçek olmayan geriye dönük etkisi iş hukuku literatüründe neredeyse hiç ele alınmamıştır.[58] Alman hukukunda hem geçmişe etkili uygulama teriminin tanımı hem de geçmişe etkili uygulamalar hakkında esaslı sorunlar için doğrudan anayasa hukukuna ve Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarına atıfta bulunulmaktadır.[59]

Gerçek olmayan önceye etkide bir toplu iş sözleşmesi geçmişte mevcut olan, önceden yaşanmış fakat henüz sona ermemiş bir olguya bağlanmaktadır. Bu durum ilgili konudaki talebin şartı olarak kabul edilir. Toplu iş sözleşmesindeki "düzen ilkesi" ile bağlantılı görülen bu etki hukuken geçerli kabul edilir. Örneğin işyerinde en az 5 yıl kıdemi bulunan işçilerin yurt dışına bedava seyahat hakkı kazanacağına dair bir düzenlemenin bulunduğu toplu iş sözleşmesi sona erip yenisi yapılmış ve aynı seyahat hakkı için 2 yıl kıdem yeterli görülmüşse, henüz işyerinde 5 yıl kıdemi tamamlamayanlara da yeni hükmün etkide bulunması bu kapsamda değerlendirilmiştir.[60] Bu örnekte toplu iş sözleşmesindeki hüküm geçmişteki bir olguya bağlanmakta

---

57 AKYİĞİT, s, 138.

58 ARMAND HOUBEN, s, 325, 326.

59 ARMAND HOUBEN, s, 25.

60 AKYİĞİT, s, 138.

fakat sözü edilen toplu iş sözleşmesi normunun hukukî sonuçları günümüzde veya gelecekte ortaya çıkmaktadır.[61] Sözü edilen örnekte de görüleceği üzere bu durum gerçek anlamda bir geçmişe etkili yürürlüğe konma değildir. Gerçek olmayan geçmişe etki; sözleşmenin bir hükmünün, kanunun ya da mahkeme kararının geçmişe dönük uygulanmasıdır ancak bu uygulama geçmişte meydana gelen olaylara değil geçmişte meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına etki eder.

Gerçek olmayan geriye dönük etkiye örnek olarak ikramiyeler, işten çıkarılmaya karşı koruma, terfi süreleri/hakları veya şirket emeklilik planlarına hak kazanma gibi kazanılması şirketteki önceki belirli hizmet sürelerine bağlı olan yasal pozisyonlar verilebilir.[62]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından emekliler için sağlık sigortasına ilişkin verilen bir kararda da gerçek olmayan önceye etkinin hukukun üstünlüğü kapsamında hukuki belirlilik ilkesinden kaynaklanan anayasal sınırlara tabi olduğu belirtilmiştir. Bireyler için hukuki kesinlik ilk etapta güvenin korunması anlamına gelir. "gerçek olmayan önceye etki" ya da "gerçek olmayan geriye yürürlük" durumunda dahi yapılan düzenleme hak sahibi kişilerin tasarruflarında dikkate alamayacağı ve değer düşürücü bir ihlale neden olursa hukuki güven zarar görür.[63] Benzer şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilen başka bir Kararda da gerçek olmayan geçmişe etki kavramından söz edilerek mahkeme kararında prensipte bu durumun anayasayla uyumlu olduğu, ancak aynı zamanda anayasal hukuki kesinlik ilkesinden kaynaklanan anayasal sınırlara da tabi olduğu belirtilmiştir. Vatandaş için hukuki kesinlik öncelikle meşru beklentilerin korunması anlamına gelir.[64] Gerçek olmayan geçmişe etki durumlarında kanun ile kişilerin tasarruflarında dikkate almayacağı nicelikte dahi değer kaybına neden olacak müdahaleler bulunursa hukukî güven sarsılacaktır.[65]

---

61 AKYİĞİT, s, 138, 139.

62 ARMAND HOUBEN, s, 328.

63 BVerfGE 69, 272- rn 139. https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069272.html (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

64 Kararda bireyin güvenine verilen zararın boyutu ve kamu yararına yönelik yasal kaygının öneminin tartılması gerektiği, https://www.servat.unibe.ch/dfr//bv051356.html#Opinion (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

65 BVerfGE 14, 288, II, 1, 2. https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv014288.html (Erişim Tarihi: 11.02.2024).

Esasen gerçek olmayan önceye etki kavramı Alman hukukunda oldukça tartışmalı bir konudur. Gerçek olmayan önceye etkinin hukukun genel ilkelerine aykırı olduğunu savunan görüşe göre bu durum kanunların ve mahkeme kararlarının geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklayan "*lex Retro non agit*"[66] ilkesine aykırıdır. Bu ilke hukukî güvenliğin temelini oluşturur. Bu ilkeye göre insanların geçmişte yaptıkları eylemlerin sonuçlarının, o zaman yürürlükte olan yasalara göre değerlendirilmesi gerekir. "*Unechte Rückwirkung*" ise bu ilkeyi ihlal etmektedir.[67] Toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hüküm ile sigortalı çalışanlar için, halihazırda sigorta ilişkilerini de yeniden düzenleyen asgari katkı payı limiti getirilmesi örneğinde yanlış uygulanan bir geçmişe dönük etki vardır ve sözü edilen durum henüz sonuçlanmamış gerçekleri ve gelecek için yasal ilişkileri olumsuz etkilemektedir.[68]

Gerçek olmayan önceye etki ile ilgili olarak Alman Hukukunda da bir fikir birliğine varılamadığı hatta onlarca yıl süren tartışmalar neticesinde neredeyse yazar sayısı kadar cevap olması dolayısıyla geriye dönük etki kavramı üzerinde fikir birliğine varılma noktasından oldukça uzaklaşıldığı belirtilmiştir. BVerfG 2. Senatosunun 14 Mayıs 1986 tarihli kararıyla getirilen ve o günden bu zamana kadar yerleşik içtihatlarda kullanılan "gerçek/gerçek olmayan geriye dönük etki" terimleri yerine "hukukî sonuçların geriye dönük etkisi/olguların geriye dönük bağlantısı" ifadeleri kullanılmaya başlanmıştır.[69]

2. Gerçek Anlamda Geçmişe Etki

Gerçek anlamda geçmişe etkide (*echte Rückwirkung*) toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi, imza tarihinden önceye alınır. Toplu iş sözleşmesinde

---

[66] *Lex retro non agit* ilkesi anlayışı, hukukun geriye dönük uygulanmasının mutlak bir yasağı olarak görülmektedir. Kaynağını Roma hukuku kurallarından almaktadır. Geriye yürümezlik ilkesi hukuk düzeninin temelidir. Vatandaşların devlete ve onun emrettiği hukuka güven ilkesini tesis eder. Bu ilkenin özünde, demokratik hukuk devleti ilkesi yatmaktadır. Esasen *lex Retro non agit* ilkesi ceza hukuku hükümlerinin geriye yürümesini yasaklamaktadır. WIELEC Marcin / OREZİAK Bartłomiej, "*Lex retro non agit* and extended confiscation of property in Poland: reflection on the Act of 23 March 2017 Amending the Criminal Code and Certain Other Acts", **Prawo Dzialaniu Law in Action**, Vol. 36, 2018, p, 84-86., https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/12/36-Marcin-Wielec.pdf (Erişim Tarihi: 06.02.2024).

[67] Häberle Peter, "Verfassungsrechtliche Grenzen der Rückwirkung", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1980, s. 217-222.

[68] KLEINSCMITT Lucas. "**Das Rückwirkungsverbot im Öffentlichen Recht**", (Edition 2021), https://juratopia.de/rueckwirkungsverbot/# (Erişim Tarihi: 06.02.2024)., ARMAND HOUBEN, s.326-332.

[69] ARMAND HOUBEN, s, 26.

sonradan getirilmiş kurallar, imzadan önce yaşanıp bitmiş olaylara uygulanır. Bu tür geçmişe etki uygulamalarında özellikle güven ilkesi zedelenebileceğinden oldukça dar bir alanda uygulanması kabul görülür.[70] Gerçek anlamda geçmişe etkide ifa edilebilirlik olgusunun hukukî güveni zedelememesi için toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürütülmesinden söz edilemeyecektir.

a. Normatif Hükümlerin Geçmişe Yürütülmesinde İfa Edilebilirlik

Toplu iş sözleşmelerinin içeriği ülkelerin sosyal mevzuatına, işçi ve işveren ilişkilerinin uyum derecesine, toplumun siyasal ve sanayi alanındaki gelişme seviyesine bağlı olarak değişiklik gösterebilir.[71] İsviçre Borçlar Kanununun bir kısmının Türkçeye çevrilmesi ile Türk hukukuna ilk kez 275 sayılı Kanun ile giren ve son olarak 6356 sayılı Kanunda düzenlenen hükümler göz önüne alındığında toplu iş sözleşmesi içeriğinin tıpkı İsviçre ve Alman Hukuklarında olduğu gibi normatif hükümler ve borç doğurucu hükümler olarak şekillendirildiği görülmektedir.[72]

Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerdir (6356 sayılı Kanun m.33/I). Normatif hükümler, kural olarak toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içerisindeki tüm işçilere uygulanır.[73]

Normatif hükümlerin adeta maddi anlamda bir kanun hükmü gibi değerlendirildiğinden bahsedilmişti. Esasen yasa hükümlerinin geriye etkili olarak uygulanmasında yasa koyucuyu engelleyen genel bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak, yasaya muhatap olan bireyler onun varlığına, kuralların geçerliliğine ve devamına güvenebilmelidir. Kişilerin güveninin korunması

---

70 AKYİĞİT, s, 139.

71 IŞIKLI Alpaslan, **Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri**, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1967, s, 3.

72 YARDIMCIOĞLU Didem. "Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin İş Güvencesi Hükümleri Üzerindeki Etkisi", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, **İÜHFM**, Cilt: 2, Özel Sayı, 2016, s, 791., İsviçre Borçlar Kanunu'nda toplu iş sözleşmesi terimi doğrudan geçmemekle beraber toplu iş sözleşmelerinin bazı hükümleri Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 322. maddesinde normatif hükümlerin yapılma şekline ilişkin düzenleme yer almakla beraber devamında yer alan maddelerde yine normatif hükümlere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda esasen toplu iş sözleşmeleri ayrı bir kanun olan Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu (*Bundesgesetz über die Gesamtarbeitsverträge, GAV*) ile düzenlenmiştir.

73 BOSTANCI Yalçın / BULUN TOKKAŞ Sevde. "Güncel Gelişmeler Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, 2021, s, 429.

ise ancak ayni konuya yönelik kural getiren yeni yasaların önceye etkili olmaması ile mümkündür. Bahsi edilen koruma önceye etki yasağı ile mümkündür.[74]

Normatif hükümler toplu iş sözleşmelerinin zorunlu unsurunu oluşturur. Normatif hüküm içermeyen ve yalnızca toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında borç doğuran hükümlere yer verilmiş bir sözleşmenin toplu iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.[75]

Geriye etki, yalnızca toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra hala ifa edilebilen hakları kapsar. Bu açıdan toplu iş sözleşmesi ile getirilen ve belirli bir şekilde davranılması ya da davranılmamasını düzenleyen hükümler geriye etkili kılınamazlar.[76] Öğretide toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilecek hükümlerinin sözleşmenin normatif hükümleri olduğu ifade edilmiştir.[77] Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinin geriye etkili olarak yürürlüğe konulmasında sözleşme hükümleri açısından ayrı ayrı bir değerlendirmede bulunmakta fayda vardır.

aa. İş Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmelerinde iş sözleşmelerinin kurulmasına ilişkin hükümler bulunabilir. Bu hükümler iş sözleşmesinin şekline, iş sözleşmesinin yasaklanmasına ya da iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin hükümlerdir.[78] İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin normatif hükümler; iş sözleşmesi kurma yasağı, iş sözleşmesinin şekline ilişkin düzenleme ve iş sözleşmesi yapma zorunluluğu başlıkları altında düzenlenebilir.[79] Örneğin işe başvurunun şekli, işe alım konusunda sınav komisyonu kurulması, işe alınacak işçilerin seçiminde ayrımcılık yasakları ve temel hukuk ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla objektif kriterlerin getirilmiş olması iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümlerdir. Toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinin ku-

---

74 SÖZER Ali Nazım, "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s, 2479.

75 GÖKTAŞ Seracettin, **Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023, s, 91.

76 EKMEKÇİ, s, 405.

77 Toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacak hükümleri ise sözleşmenin borç doğurucu hükümleri olarak ifade edilmiştir. YILMAZ, s, 32; ÖZKARACA, s, 52.

78 ÖZDEMİR, s, 4, 5., İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri inikat normları olarak değerlendirilmektedir. GÖKTAŞ, s, 95.

79 GÖKTAŞ, s, 95.

rulmasına ilişkin getirilecek hükümlerde sınırsız bir yoruma gidilemeyecektir. Sözü edilen hükümlerin sınırlarını başta anayasal ilkeler ve kanunî düzenlemeler oluşturmaktadır. Bunlara aykırı olmamak kaydıyla örneğin işyerinde engelli işçi çalıştırma zorunluluğuna ilişkin yasal zorunluluğun üzerinde bir oran belirlenebilir. Bu noktada iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümlerin geriye yürütülmesinde ifa edilebilirlik ölçütünün ne olduğu sorusu akla gelecektir.

Yeni toplu iş sözleşmesi ile getirilen davranış kurallarının en erken toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla beraber yerine getirilmesi mümkündür. Bu açıdan belirli bir şekilde davranılmasını ya da davranılmamasını düzenleyen hükümler geçmişe etkili kılınamazlar.[80]

İş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin hükümler, doğrudan ya da dolaylı olarak bir davranış yükümü getirdiğinden toplu iş sözleşmelerinin bu hükümleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamazlar.[81] Başka bir ifade ile toplu iş sözleşmesinde bulunan ve iş sözleşmesinin kurulmasına dair düzenlemeler içeren hükümlerin geçmişe etkili olarak ifa edilebilirliğinden söz edilemeyecektir.

Zamanı geriye götürüp bir iş sözleşmesi imzalamak mümkün olamayacağı gibi, herhangi bir iş sözleşmesinin fiilen geçmişte kurulmuş olduğunun kararlaştırılması da benzer şekilde mümkün değildir. Sözü edilen durum yapıldığı dönemde hukuka uygun ve geçerli olarak kurulan hukukî işlemin sonradan geçersiz sayılamayacağı yönündeki temel ilkenin sonucudur.[82] Dolayısıyla bir kez daha belirtelim ki imza tarihinde toplu iş sözleşmesinde yer alan ve iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında ifa edilebilirlik durumu söz konusu değildir.

bb. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmeleri, işçilerin ve işverenlerin karşılıklı ekonomik hak ve menfaatlerini düzenlerler (6356 sayılı Kanun m.1). Ekonomik hak ve menfaatleri koruma amacı, önemli ölçüde "içerik normları" olarak ifade edilen iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlere yer verilmesi ile sağlanmaya çalışılır.[83]

---

80 EKMEKÇİ, s, 405.

81 EKMEKÇİ, s, 405; ÖZKARACA, s, 59; YILMAZ, s, 32.

82 YILMAZ, s, 33; ÖZDEMİR, s, 147; KESER, s, 6; ÖZKARACA, s, 67.

83 GÖKTAŞ, s, 97.

İş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin hükümler geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Çalışma süreleri, gece vardiyaları, geçici izinler, yıllık tatil süreleri, ihbar süreleri, özel veya genel çalışma koşulları, mesleki beceriler ve istihdam garantileri gibi konuları düzenleyebilirler.[84]

İçerik normları; doğrudan iş sözleşmesi ile ilgili içerik normları ve işyerinin çalışma düzenine ilişkin içerik normları olarak sınıflandırılabilir. Öğretide çalışma düzenine ilişkin hükümlerin her ne kadar normatif hükümler olarak değerlendirilmekteyse de iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.[85] Toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret, prim, ikramiye ve diğer sosyal haklar ve çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler doğrudan iş sözleşmesi ile ilgilidirler. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma paraya ilişkin hükümlerle sınırlandırıldığından toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin olmayan hükümleri; çalışma düzenine ilişkin hükümler olarak nitelendirilmektedir.[86]

Toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin tüm normatif hükümleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Geçmişe etkili kılınabilen hükümlerin getirdiği yükümlülüklerin de geriye etkili olarak ifa edilebilir olması gerekir.[87] Bu ölçüt dikkate alındığında toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin birtakım hükümlerin geriye yürütülemeyeceği görülecektir. Örneğin kişiye yapma veya yapmama borcu yükleyen içeriğe ilişkin hükümler geçmişe etkili olarak yürütülemeyecektir. İşyerine giriş ve çıkışların düzenlenmesi, işyerinin belirli bölümlerinde sigara içilememesi, sosyal tesislerin kullanımına ilişkin konulan kurallar başka bir ifade ile toplu iş sözleşmesinin parasal olmayan ve çalışma düzenine ilişkin olan normatif hükümleri açısından geçmişe etkiden söz edilemeyecektir. Çünkü bu hükümlerin geçmişe etkili olarak ifa edilebilirliği bulunmamaktadır.[88] Söz gelimi işyerinin belirli bölümünde sigara içilmemesine ilişkin konulan bir kural ve kuralın ihlali halinde uygulanacak bir disiplin cezası yaptırımının geçmişe etkili uygulamasından söz edilemeyecektir. Ancak anılan hallerin dışında iş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin bazı hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konabileceği söylenebilir. Esasen geçmişe etkili kılma ile amaçlanan; sözleşmenin ücrete ilişkin hükümlerinin toplu iş sözleşmesi olmadan geçen süreler için

---

84 ZACHERT, p, 33.

85 ŞAHLANAN, s, 323.

86 GÖKTAŞ, s, 98-103.

87 YILMAZ, s, 32., EKMEKÇİ (Düzenleme Yetkisi), s, 223, 224; GÖKTAŞ, s, 98.

88 YILMAZ, s, 32.

de uygulanmasını sağlamaktır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması sürecinde ortaya çıkan kayıpları telafi etme amacı sözü edilen hususu içermektedir.

Özellikle iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan ücret ve ücret eklerine ilişkin hükümlerin yürürlük başlangıçlarının geriye götürüldüğü görülmektedir. Parasal hükümlerin geçmişe etkili yürürlüğe girmesinde sözleşmede aksine bir hüküm yoksa işçiler gecikme faizi talep hakkına sahip değillerdir.[89] Toplu iş sözleşmelerinin ücret eklerinin bir kısmı nakdi olarak düzenlenebilirken bir kısmı ayni olarak düzenlenebilir. Nakdi ücret ekleri; ikramiye, aile yardımı, doğum yardımı, çocuk yardımı, kreş yardımı, yol parası, yakacak parası gibi ödemeler olabilir.[90]

Ücret eki olarak yapılan yardımlardan nakdi yardımların geçmişe etkili olarak yürütülmesi hususunda öğretide bir tereddüt bulunmamaktadır. Ayni yardımların geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması hususu tartışmalıdır. Sözü edilen durumlara ilişkin ikili bir ayrım yapılması gerekecektir. Ücret eki olarak yapılan ayni yardımların paraya çevrilmesi mümkünse geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilecektir. Ancak ücret eklerinin paraya çevrilmesi mümkün değilse geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacaklardır.[91] İşçileri taşıma taahhüdüne yönelik hükmün yer aldığı toplu iş sözleşmesi hükmünün geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulup konulmayacağına ilişkin bir Yargıtay kararında "... geleceğe ait fiili bir işin taahhüt edilmesi halinde bunun geçmiş zaman için yerine getirilmesi olanağı yoktur" ifadeleri kullanılarak taşıma taahhüdünün geçmişe etkili kılınmayacağı sonucuna varılmıştır. Sözü edilen Kararda dikkat çeken bir hususu ise taşıma fiilinin her ne kadar geçmişe etkili yürürlüğe konulamıyor olsa dahi toplu iş sözleşmesinde bunun yerine bir tazminat yükümlülüğü kararlaştırılabileceği oluşturmaktadır.[92] Taraflarca anlaşılarak sözleşmede kararlaştırılan şeyin alacaklı

---

89 Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde parasal hakların geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında işçinin işe iade davası sonucunda hak kazanabileceği boşta kalan süreye ilişkin ücreti de eklenecektir. Bu sayede işçi bu dönemi de kapsayacak şekilde geçmişe etkili kılınan haklardan yararlanabilecektir. TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 355.

90 GÖKTAŞ, s, 98.

91 YILMAZ, s, 33.

92 "...anılan toplu iş sözleşmesinin 112. maddesinde "..işbu toplu iş sözleşmesi 1.9.1970 tarihinden itibaren yürürlüğe girer..." diye yazılıdır. Ancak bu hükmün 67. madde ile kararlaştırılan taşıma gibi bir işlemin ifasına mütedair olan fiillere uygulanması düşünülemez. Zira 67. madde geleceğe ait ameli bir işin yapılmasını hedef tuttuğuna göre, böyle bir taahhüdün geçmiş zamanlar için edasına imkân yoktur. Nitekim madde metninde yer alan ve bir ön hazırlığı ifade eden "tespit edilecek merkez ve güzargahlardan" sözleri de getirip götürme yükümlülüğünün gelecekteki günler için taahhüt olunduğunu göstermektedir. Bundan başka

tarafından paraya çevrilmesi ve elde edilen para ile alacaklının tatmin edilmesine ifa uğruna edim denir. Böyle bir durumda borç o şeyin verilmesiyle değil, o şey paraya çevrilip alacaklının alacağını almasıyla sona erer.[93] Böyle bir ifa türü TBK kapsamında düzenlenmiş değildir. Ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar ifadan önce ya da ifa zamanında borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini isteyebilirler. İfa yerine geçen edim, borç yenilenmesi değildir. Böyle bir durumda yenilemenin aksine yeni bir borç kurulmamakta, yalnızca borcun konusu değişmektedir. İfa yerine geçim ayrıca seçimlik yetki de değildir.[94] Dolayısıyla işçiler, toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili yürürlüğe konulmasında ifa edilebilir olmayan hükümler yerine tazminat talep etme haklarına sahip değillerdir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre ise ayni edimlere ilişkin hükümlerin geriye yürütülmesi kanunun ruhu ve bütünlüğüne aykırıdır, sözü edilen durum işyerinde huzursuzluğa da yol açabilir. Doğrudan parasal bir karşılığa bağlanmayan fiili ve ayni edimlerin geriye dönük taleplere konu olması mümkün değildir. Böyle bir yaklaşım, sendikalı, sendikasız ve farklı sendikalara üye kişiler arasında ayrımları yasaklayan yalnızca "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında" toplu sözleşme hükümlerini saklı tutan Kanun'a da aykırı düşer. Sözü edilen durum işçiler arasındaki ayrımı da keskinleştirir. Bu nedenle ayni edimlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında yalnızca taraflarca parasal karşılığının ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerle sınırlı tutulmalıdır.[95] İfa edilebilirlik ölçütünden yola çıkılarak yapılan bu tartışmalar açısından farklı sonuçlara ulaşılıyor olması sorunun çok kolay bir şekilde çözülmeyeceğini göstermektedir. Öğretide başka bir görüşe göre ise her ne kadar ayni olarak sağlanan yemek ve servis gibi yardımların paraya çevrilmesinde güçlük olsa da geçmişe etkili kılınmaları mümkündür.[96]

---

geçmişteki zaman için işverenin bundan dolayı sendika üyesi işçilere tazminat adı altında bir para verileceğine dair sözleşmede bir hüküm de yer almış değildir" Yargıtay 9. HD, 25.12.1973 E.1973/160983/35573, ÖZDEMİR, s, 6., Öğretide yer alan bir diğer görüşte Yargıtay kararında benimsenen görüş doğrultusunda işçileri işyerine getirip götürmek amacıyla sağlanan servis ile ilgili hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konamayacağını bu durumun mantıken mümkün olmayacağını belirtmiştir. TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 355.

93 NOMER, s, 300.

94 EREN, s, 1032.

95 SUR Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan, Ankara, 2022, s, 346.

96 GÖKTAŞ, s, 99., TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 355, 356.

Toplu iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan parasal hükümlerin dışında parasal olmayan ancak paraya çevrilmesi mümkün hükümlerin geriye etkili olarak yürürlüğe konulabileceği öğretide hâkim görüştür. Sözü edilen durumlara örnek olarak iş sürelerinin kısaltılması, fesih bildirim sürelerinin uzaması, yıllık izin süresinin artırılması ve gece çalışmalarının düzenlenmesi gibi haklar gösterilebilir.[97] Bu görüşe göre her ne kadar eski çalışma süresine göre çalışmış bir işçiye, daha kısa olan yeni süre karşısındaki farkı daha az çalışma yolu ile gidermek mümkün değilse de kısaltılan süre kadar fazla çalışma yaptığı düşünülerek hesaplanan ücretin verilmesi yolu ile hükmün ifası mümkün kılınabilecektir.[98]

Öğretide isabetli olarak parasal hükümlerin niteliğinin belirlenmesi gerektiği ve iş sözleşmesi sona erdiğinde parasal bir alacağa dönüşen hakların "parasal menfaat sağlayan hükümler" olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.[99]

Yargıtay ise isabetli olarak verdiği bir Kararda çalışma süresinin azaltılması ve bunun da geçmişe etkili yürürlüğe konulması durumunda, aradaki farkın fazla çalışma olarak nitelendirilemeyeceğini ve buna göre zamlı ücretin ödenmesinin söz konusu olmayacağını kabul etmiştir. Yargıtay bu karara varırken toplu iş sözleşmesinde, bu süre içerisindeki çalışmanın fazla mesai sayılacağına ilişkin bir hükmün mevcut olmamasını dayanak göstermiştir.[100] Ancak, hem iş sözleşmesinin tarafları hem de toplu iş sözleşmesinin tarafları sözleşmede belirtilen süreleri aşan çalışmalara ilişkin ücret konusunu ayrıca belirleyebilirler. Sözü edilen durum üzerinde hukukî bir engel bulunmamaktadır.[101]

---

97 Aksi yönde görüş için SUR, s, 345., Bahsi geçen örneklerden örneğin yıllık ücretli izin sürelerini artıran bir hüküm bulunmaktaysa sözü edilen hüküm geçmişe etkili olarak yürürlüğe girdiğinde artırılan süreler, kullanılmayan süreye eklenerek, sona ermiş bir iş sözleşmesi varsa ücrete dönüşecektir. ÖZKARACA, s, 82.

98 ÖZDEMİR, s, 7., GÖKTAŞ, s, 105., Öğretide yer alan aksi görüşe göre eskiden yapılan çalışmanın yeni sözleşmeye göre fazla çalışma sayılacağına dair hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe girmesinin söz konusu olmayacağını, çünkü olayın olmuş ve bitmiş olduğunu ve bunların geçmişe dönük olarak yerine getirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 355.

99 YILDIZ, s, 27.

100 Yargıtay. 9.HD, 10.6.1981 E.1981/6993 K.1981/8227. YAYVAK İrem, **Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s, 195.

101 ÖZDEMİR, s, 8.

Kanaatimizce geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilecek haklar doğrudan parasal tipte uygulamalardır. Anılan hükümlerin yıllık izin süresinin uzaması, iş sürelerinin kısaltılması gibi örneklerde olduğu gibi doğrudan parasal olmayan ancak paraya çevrilebilecek nitelikte hükümlerin geçmişe etkili uygulanması, işyerlerinde uygulamada güçlüklere yol açabilecek, tarafların iradelerini aşabilecek uygulamalardandır. Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak uygulanmasında ifa edilebilirlik sınırı da esasen sözü edilen durumu düzenlemektedir.

cc. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden bir diğeri de iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerdir. Fesih bildirimlerinin şekli, bildirim süresi, disiplin kurulu,[102] kıdem tazminatı gibi hususlar iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerdir. İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla işverenin fesih hakkını sınırlayabilirse de bu hakkı tamamen ortadan kaldıracak şekilde hükümler toplu iş sözleşmesine konulamaz.[103]

İş sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin normatif hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması genel itibariyle mümkün değildir. İşverenin fesih işlemini gerçekleştirdiği tarihte yürürlükte bulunan düzenlemeye olan güvenin korunmasının gerekliliği bu sonucu doğurmaktadır. Gerçekleştiği tarihte hukuka uygun olarak gerçekleştirilen feshin sonradan getirilecek bir hükümle hukuka aykırı sayılması mümkün değildir.[104]

Toplu iş sözleşmeleri uygulamasında, iş sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin uygulamalar önemli bir yer tutar. Toplu iş sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda fesih bildirim sürelerini artıran, kıdem tazminatı hesabına esas gün sayısını artıran, fesihte yapılacak ödemelere ilişkin hükümler yer almaktadır.[105] Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması açısından sözü edilen örneklerin geçmiş dönemde sözleşmesi sona ermiş işçilere uygulanıp uygulanamayacağının değerlendirilmesi gerekir.

---

[102] Disiplin kurulu oluşturmaya ilişkin hükümlerin normatif hükümler olduğunun aksine görüş bildiren Yargıtay kararına göre disiplin kuruluna ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri borç doğurucu nitelikte hükümlerdir. Yargıtay 9. HD. 13.03.2007, 37421/6507, GÖKTAŞ, s, 106, 107.

[103] ŞAHLANAN, s, 327.

[104] ÖZDEMİR, s, 8, 9., TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 354.

[105] EKMEKÇİ (Düzenleme Yetkisi), s, 236.

Örneğin kıdem tazminatı hesabına esas olan sürenin artırılmasına ilişkin hüküm geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulduğunda geçmiş dönemde sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona eren işçi fark sürelere ilişkin hesaplanacak miktarı talep edebilecek midir?

Öğretide fesih bildirim sürelerinin,[106] yıllık izin sürelerinin uzatılması gibi hükümlerin her ne kadar parasal hükümler olmasa da sonradan aradaki fark kadar para alacağına dönüşebileceği ve bunların geçmişe etkili talep hakkı yaratabileceği savunulmuştur.[107] Toplu iş sözleşmeleri ile sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümlerde ihbar süreleri artırılabileceği gibi ihbar süreleri artırılmaksızın yalnızca süreye uyulmaması halinde ödenecek ihbar tazminatının miktarı da artırılabilir.[108] Sözü edilen örnek üzerinden ihbar tazminatının miktarı artırıldığı takdirde geçmişe etkili olarak uygulama alanı bulması ve ihbar tazminatı alarak sözleşmesi sona eren işçilerin aradaki fark miktarı talep edebilmeleri gerekir.

Yıllık ücretli izin sürelerinin artırılmasına ilişkin hükümlerin yer aldığı toplu iş sözleşmesinin de geçmişe etkili kılınabileceği ve iş sözleşmesi devam eden işçinin artırılmış süre kadar ek izin kullanması; iş sözleşmesi sona eren işçinin ise artırılmış süre karşılığı ücretinin son ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.[109]

Öğretide yer alan görüşe göre; bir hakkın iş sözleşmesinin feshi ile parasal bir alacağa dönüşmesi, hakların düzenlendiği maddeleri parasal menfaat sağlayan hükümler haline getirmez. Bu hükümlerin düzenlenme amaçlarına bakıldığında ücret zammı, ikramiye, prim ve sosyal yardımlara ilişkin maddelerde olduğu gibi işçinin ücretinde doğrudan artış sağlayan ve işçinin ekonomik durumunu iyileştirmeye yarayan maddeler olduğu görülmektedir. Yıllık ücretli izin süreleri işçinin dinlenme hakkını geliştirmeyi, feshi ihbar sürelerinin artırılması ise iş güvencesini sağlamaya yönelik sürelerdir. Feshi ihbar süresi içerisinde işçi çalışmaya devam ederse bahsi geçen süreler yönünden işçiye parasal bir katkıdan bahsedilemeyecektir. Gerek yıllık ücretli izin süresi gerekse ihbar sürelerine ilişkin tazminat alacağı sözleşmenin sona ermesi halinde parasal alacağa dönüşen durumlardır. Dolayısıyla sözü edilen

---

106 Kanuni bildirim sürelerinden farklı kararlaştırılan fesih bildirim sürelerinde üst sınır öngörülemeyeceği, sürelerin yüksek olması sebebiyle hâkimin buna müdahale hakkının bulunmadığı yönünde görüş için; CANBOLAT, s, 44.

107 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 356.

108 CANBOLAT, s, 45.

109 GÖKTAŞ, s, 105.

hakların parasal alacağa dönüşme olasılığı öne sürülerek yalnızca sendika üyesi işçilere uygulanacağından bahsedilmemesi gerekliliği belirtilmiştir.[110]

Yıllık ücretli izin sürelerinin artırılması halinde geçmişte bu süreleri kullanarak sözleşmesi sona ermiş işçilerin fazlaya ilişkin süreler üzerinden işverenden bir alacak hakkı olacak mıdır? Benzer şekilde ihbar sürelerine uyularak feshedilmiş bir iş sözleşmesi açısından artırılmış ihbar süreleri açısından sözleşmesi sona eren işçinin, işverene yöneltebileceği bir alacak hakkı bulunmalı mıdır? Öğretide fesih bildirim sürelerinin uzatılmasına ilişkin hükümlerin geriye etkili kılınamayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre her ne kadar fesih bildirimine uyulmamasının feshi geçersiz kılmadığı ve artırılan süreler üzerinden hesaplanacak ihbar tazminatının ödenmesi suretiyle bu hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanabilmesi mümkün görünmekteyse de fesih bildirim sürelerine uyulmasına da feshin hukuka uygunluk durumuna ilişkin olarak değerlendirilmeli ve bu hükümlerin geçmişe etkili olarak ifa edilebilir olmadığı kabul edilmelidir.[111]

İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanmasında öğretide geliştirilen ölçüt yol gösterici olmaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin geçmişe etkisi konusunda bir ayrım yapılmalı ve feshin hukuka uygunluğunu etkilemeyen hükümlerin ifa edilebilir; feshin hukuka uygunluğunu etkileyen hükümlerin ise ifa edilebilir olmayan hükümler olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu ölçüte göre örneğin kıdem tazminatının hesaplanmasında artırılan gün sayılarının feshin hukuka uygunluğunu etkilemeyeceği ve bu nedenle geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabileceği; sözleşmenin yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sözleşmesi sona eren işçilerin de geçmişe etkili yürürlükten yararlanması gerektiği belirtilmiştir.[112]

b. Borç Doğurucu Hükümlerin Geriye Yürütülmesinde İfa Edilebilirlik

Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri; tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler olmak üzere iki ayrı başlıkta ele alınabilir.[113] Ancak sözü edilen hükümler toplu iş sözleşmesinde bulun-

---

[110] YILDIZ, s, 27, 28.

[111] ÖZKARACA, s, 86, 87.

[112] ÖZKARACA, s, 90, 91.

[113] ŞAHLANAN, s, 330-332.

masa dahi toplu iş sözleşmelerinin niteliğinden kaynaklanan birtakım borçlar bulunmaktadır. Açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi toplu iş sözleşmeleri işyerinde çalışma barışını sağlama amacı güder. Sözleşmenin yürürlük süresince sağlanan barışın devam ettirilmesi ve tarafların buna aykırı hareketlerden kaçınma yükümlülüğü dirlik borcu olarak ifade edilmektedir. Dirlik borcu gibi sözleşmeyi iyiniyetle uygulama borcu da ahde vefa ilkesinin bir gereğidir ve toplu iş sözleşmelerinde açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi toplu iş sözleşmelerinin niteliğinden kaynaklanan borçlardır.[114]

Toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geriye yürütülmesinde kullanılan ölçüt; hükümlerin fiili uygulama alanına sahip olması yani ifa edilebilir nitelikte olmasıdır. Bu açıdan borç doğurucu hükümlerin geçmişi etkilemesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Her ne kadar yasal olarak borç doğurucu hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması olasılığı varsa da bu hükümlerin "ifa edilebilirlik" özellikleri olmadığından geçmişe yürütülme imkânı bulunmamaktadır.[115]

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri; sözleşmenin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümü gibi hususları içeren hükümleridir (6356 sayılı Kanun m.33/II). Borç doğurucu hükümler yalnızca toplu iş sözleşmesinin tarafları açısından hak ve borç doğurur. Toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçiler açısından herhangi bir hak ya da borç doğuran hükümler olmadığından işçiler sözü edilen hükümlere dayanarak herhangi bir hak iddiasında bulunamazlar. Türk hukukunda başkası zararına sözleşmeye izin verilmediğinden toplu iş sözleşmesinin tarafları borç doğurucu hükümlerle işçileri herhangi bir yükümlülük altına sokamazlar.[116] Üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi irade özerkliği ilkesinin bir sonucudur. Hiç kimse iradesi dışında borç altına sokulamaz. Sözü edilen durum aynı zamanda borç ilişkisinde nispilik ilkesinin de bir sonucudur. Buna karşılık taraflar isterlerse üçüncü kişi yararına yaptıkları sözleşme ile onun lehine alacak hakkı kurabilirler. TBK m.129 üçüncü kişi yararına sözleşmeyi kabul etmiştir.[117]

---

[114] CANBOLAT, s, 54, 55.

[115] KESKİN Nurgül, **Toplu İş Sözleşmelerinin Yapılma Sürecinde Gecikme Sorunu ve Sonuçları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s, 56, 57.

[116] GÖKTAŞ, s, 125.

[117] EREN, s, 21.

Toplu iş sözleşmesine konulan borç doğurucu bir hükümle işçi sendikasının sözleşmenin imzalanmasından önce işçiler tarafından işverene karşı açılmış tüm davalardan vazgeçmiş sayılacağına ilişkin hüküm yalnızca sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası ve işveren tarafını ilgilendirir. Hak sahibi işçi ilgili hükümden etkilenmez. Ancak hüküm sendikadan ayrı olarak davacı işçi açısından da imzalanmışsa artık işçi açısından da sözü edilen hüküm geçerli olacaktır.[118]

III. YÜRÜRLÜĞÜN GERİYE GÖTÜRÜLMESİNİN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

Toplu iş sözleşmesinden kural olarak işçi sendikası üyesi olan işçiler yararlanır. Ancak bu koşul tek başına yeterli değildir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için imza tarihinde işyerinde çalışıyor olmak ve sendika üyesi işçi olmak gerekir. Genel kural bu olmakla birlikte 6356 sayılı Kanunda işçi sendikası üyesi olmayan işçilere de belirli koşullar altında toplu iş sözleşmelerinden yararlanma hakkı tanınmıştır. Esasen bu durum negatif sendika özgürlüğünün de bir gereğidir.[119] Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında da sözleşme hükümlerinden yararlanacak işçilerin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan sendika üyesi olan işçiler ve sendika üyesi olmayan işçiler açısından ayrı değerlendirme yapılacaktır.

A. Sendika Üyeleri Açısından Değerlendirme

1. İmza Tarihinde İşyerinde Çalışanlar

İmza tarihi ile yürürlük tarihi aynı olan toplu iş sözleşmelerinde de olduğu gibi; geriye etkili şekilde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmelerinden yararlanmanın ilk koşulu toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde sendika üyesi olmaktır. Ancak imza tarihinde sendikaya üye olma koşulu, toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında yararlanma açısından tek başına yeterli midir? İşçinin geriye yürütülen tarihte de o işyerinde çalışan ve taraf işçi sendikanın üyesi olması gerekir mi? Bu soruların cevaplanması geçmişe etkili olarak uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmanın başlangıcı konusunda yol gösterici olacaktır. Bilindiği üzere toplu

---

[118] TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 224.

[119] Toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda ayrıntılı bilgi için YILDIZ, s, 16 vd.

iş sözleşmesinden yararlanmada genel kural sözleşmenin imzalandığı ve uygulandığı tarihte sözleşmenin tarafı olan sendikanın üyesi olmaktır.[120]

6356 sayılı Kanunun 39. maddesinde yer alan "toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır" (m.39/II) düzenlemesi ile maddenin ilk fıkrasında yer alan "toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır" hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.[121]

Toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinden sonra sendika üyesi olan işçiler ise üyeliklerinin taraf sendika tarafından işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanabileceklerdir. 6356 sayılı Kanunun sözü edilen hükmünden çıkan sonuca göre;

Öğretide yer alan bir görüşe göre toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte sendika üyesi olan işçiler, geçmiş dönemde sendika üyesi olmasa dahi geçmişe ilişkin haklardan herhangi bir yükümlülük altına girmeden yararlanabileceklerdir. 6356 sayılı Kanunun lafzından çıkan sonuç bu değerlendirmeyi mümkün kılmaktaysa da sözü edilen durum esasen öğretide tartışmalıdır.[122]

İmza tarihinde sendika üyesi olmayan işçiler ise sonradan sendikaya üye olsalar dahi geçmişe etkili hükümlerden yararlanamayacaklardır.[123]

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçmişe etkili kılınmasını imza tarihinde sendika üyesi olan işçiler açısından örneklemek gerekirse; imza tarihi 01.01.2024 olan bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi olarak 01.01.2023 kararlaştırıldığı varsayıldığında; imza tarihi olan 01.01.2024 te sendika üyesi olan ve yürürlük

---

[120] ÖZKARACA Ercüment, "Geriye Etkili Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmada Üyelik Koşulu (Karar İncelemesi)", **Tekstil İşveren**, Sayı: 154, 2023, s, 2.

[121] ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s, 4., TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, 356.

[122] Keser, 7., Benzer görüşte esasen sözü edilen durumun tartışmaya açık bir durum olmadığı ve toplu iş sözleşmesi ile geçmişe etkili olarak yararlanmanın işe giriş tarihi ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir., SÜMER H. Hadi, "Taraf İşçi Sendikasına Üye Olan İşçiler Açısından Toplu İş Sözleşmesinden Geçmişe Etkili Olarak Faydalanmanın Başlangıcı", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 1997, s, 7.

[123] KESER, S, 7., TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 356.

tarihinden önce işyerinde çalışan bir kişi yürürlük tarihinde de sendika üyesi ise yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Sözü edilen ihtimal hakkında tartışmalı bir durum bulunmamaktadır.

İmza tarihi olan 01.01.2024'te sendika üyesi olmayan ancak işyerinde çalışan bir işçi, üyeliğinin taraf işçi sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Dolayısıyla imza tarihinden sonra sendikaya üye olan işçi geçmişe etkili hükümlerden yararlanamayacaktır.

Bir diğer ihtimalde imza tarihinde sendika üyesi olan işçi, yürürlük tarihi olan 01.01.2023'ten sonra işe başlamışsa ancak işe başladığı tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanabilecektir. Başka bir ifade ile imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olması işçinin yürürlük tarihinde işyerinde çalışmıyor olsa dahi yürürlük tarihinden itibaren o sözleşmeden yararlanması sonucunu doğurmayacaktır. Bu örnekte işçi işyerinde çalıştığı tüm sürelerde sendika üyesidir. Ancak işe girişinden itibaren geçmişe etkili hükümlerden yararlanabilir. Dolayısıyla bahsi geçen yararlanma hakkında da herhangi bir tartışma mevcut değildir.

İmza tarihinde sendika üyesi olmasına rağmen imza tarihinden önce işyerinde çalışan işçinin sendika üyesi olmadığı ya da bir müddet sendika üyesi olduğu varsayıldığında bu işçinin yürürlük tarihinden itibaren mi toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı yoksa sendika üyesi olduğu tarihten itibaren mi toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlayacağı hususu tartışmalı olan durumdur. 01.01.2024 tarihinde sendika üyesi olan işçi, işyerinde yürürlük tarihi olan 01.01.2023'ten beri çalışmakta ancak sendika üyeliği 01.06.2023'te başlamışsa işçi geçmişe etkili hükümlerden 01.06.2023'ten itibaren mi yararlandırılacaktır ya da yürürlük tarihi olan 01.01.2023 tarihinden itibaren mi geçmişe etkili hükümlerden yararlanmaya başlayacaktır?

Öğretide geriye etkili bir toplu iş sözleşmesinden, imza tarihinde üyelik şartını sağlamak kaydıyla yürürlük tarihinden itibaren yararlanılabileceğinin kabulünün, bir müddet sendika aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi ile yalnızca imza tarihinde üye olmak suretiyle yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanan işçi arasında nimet-külfet dengesi açısından açıkça eşitliğe aykırı bir sonuç ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir. Açıklanan nedenlerle geçmişe etkili toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanmak isteyen işçinin hem yürürlük tarihinde toplu iş sözleşmesinin imzalandığı işyerinde çalışması hem de imza tarihinin yanı

sıra yürürlük tarihinde de taraf sendikaya üye olması gerektiği belirtilmiştir. Sözü edilen durumun anlamı ise imza tarihinde sendika üyesi olan işçinin, yürürlük tarihinde işe girmesi ya da sendikaya üye olması halinde bu olgulardan hangisi kronolojik olarak daha sonra gerçekleşmişse işçinin o tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi olarak ifade edilmiştir.[124]

6356 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin hükümleri göz önüne alındığında Kanunun sistematiğinde sendikanın muvafakati dışında toplu iş sözleşmesinden yararlanma için ya üyelik aidatı ya da dayanışma aidatı ödenmesi öngörülmüştür. Başka bir ifade ile sistemde sözü edilen durumlar dışında toplu iş sözleşmesinden karşılıksız bir yararlandırma bulunmamaktadır. Bu nedenle geçmişe etkili toplu iş sözleşmelerinden sözleşmenin yürürlüğü tarihinden itibaren yararlanmak isteyen işçinin hem yürürlük tarihinde toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışması hem de imza tarihinin yanı sıra yürürlük tarihinde de taraf sendikaya üye olması gerektiği belirtilmiştir.[125] Öğretide yer alan karşıt görüşlere göre ise imza tarihinde taraf sendika üyesi olmak sözleşmenin geçmişe etkili hükümlerinden faydalanmak için yeterlidir. Sözü edilen durum karşısında işçinin sözleşmenin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konduğu tarihte de sendika üyesi olmasını aramak Kanuna aykırıdır. Kanunda açıkça yürürlük tarihinde sendika üyesi olmanın sözleşmeden yararlanma bakımından yeterli sayıldığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu aksi bir durumu düşünerek geçmişe etkili toplu iş sözleşmelerinden yararlanma açısından geçmiş dönemde de sendika üyeliği şartını arıyor olsaydı bu durumu Kanunda açıkça düzenlerdi.[126] Ayrıca sendikanın onayı ile dayanışma aidatı bile ödemeye gerek olmaksızın yararlandırmanın düzenlendiği bir sistemde sosyal tarafların, imza tarihinde üye olan işçilerin yürürlük süresi içerisinde üye olup olmamalarına bakılmaksızın sözleşmeden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir.[127]

---

[124] ÖZKARACA (Karar İncelemesi), s, 2.

[125] YILDIZ, s, 100, 101., Yargıtay tarafından 2023 yılında verilen Kararda da aynı esas benimsenerek toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geçmişe götürülmesi halinde, yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanabilmek için sadece imza tarihinde üye olmanın yeterli olmadığına, yürürlük başlangıç tarihinde de üye olunması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 9. HD. 12.02.2023, E: 2023/3413, K: 2023/5350 lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 3.02.2024).

[126] Aksi yönde görüş SÜMER, s, 7., Benzer şekilde 2822 sayılı Kanunun ilgili maddesinin emredici nitelikte olduğu ve sözleşmenin imza tarihinde sözleşmeye taraf sendikaya üye olanların yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Çelik, Nuri. **İş Hukuku** (İş Hukuku), Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s, 585.

[127] EKMEKÇİ (Düzenleme Yetkisi), s, 385.

Konunun düzenlendiği 6356 sayılı Kanunun m.39/I hükmü esasen yararlanmaya ilişkin temel ilkeyi koymuş ve sözleşmeden yararlanabilmek için imza tarihinde üyeliği yeterli görmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında ise yararlanmanın şartlarına ilişkin bir değişiklik olmamakla beraber yalnızca yararlanmanın başlangıç tarihleri düzenlenmiştir. İkinci fıkra da yorumlanırken ilk fıkradaki yararlanmaya ilişkin kuraldan uzaklaşılmaması gerektiği ve yararlanma konusunda üyeliği esas alan düzenlemenin sözü edilen durumu da içerdiği söylenebilir. Aksine bir düşünce ise sendikalaşma açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği gibi işyerinde çalışan ve sendikalaşma bilincinden uzak kalan çalışanların sözleşmenin imzalanması tarihine kadar sendikalardan uzak kalmaya itebilir.[128] Yargıtay'ın da konuya ilişkin kararları arasında yerleşik bir içtihat olduğu söylenemeyecektir.[129] Yargıtay tarafından 2009 yılında verilen bir Kararda da yürürlük tarihinden itibaren işyerinde çalışan ve imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olan işçinin geçmiş dönemde sendika üyesi olmasa bile yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanabileceği belirtilmiştir.[130]

Kanaatimizce her ne kadar Kanun lafzından yararlanma hususunda imza tarihinde sendika üyesi olmanın yeterli görüldüğü gibi bir sonuca varılsa da olması gereken açısından geçmişe etkili yürürlüğe konulan hükümler için sözleşmenin uygulanacağı geçmiş dönemde de sendika üyesi olma şartının aranması gerekir. Her ne kadar sözü edilen durumun olumsuz sendika özgürlüğü ile çatıştığı düşünülebilecek olsa da toplu iş sözleşmesinin imzalanması döneminde yaşanacak sorunlar, sözleşme sürecinde grev/lokavt uygulamasına gidilmiş olması neticesinde bir sözleşmenin ortaya çıkması ve öğretide de belirtildiği üzere "nimet-külfet" dengesi açısından bir değerlendirme yapıldığında eşitlik ilkesine aykırılık ve olumsuz sendika özgürlüğü arasında çatışan menfaatler bakımından bir değerlendirme yapmak gerektiğinde bireysel yarar yerine toplumsal yararın öncelikle gözetilmesi gerektiği kanaa-

---

[128] ŞAHLANAN, s, 439, 440.

[129] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir Karara göre; 2822 sayılı Kanunun 9. maddesinde (şimdiki Kanunun 39. maddesine) göre toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır. Ancak bu yararlanma işçinin sendikaya üye olduğu tarihten itibaren başlar. Üye olmadan önceki süre için yararlanma söz konusu olamaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre "toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden itibaren yararlanırlar" ifadesini de bu çerçevede anlamak gerekir. Bu fıkra hükmünce işçinin toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için gereken yürürlük tarihinde ve gerekse imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olması şarttır. Yargıtay 9. HD. 20.03.1990, 67/3146, Şahlanan, s, 440. Aksi yönde karar Yargıtay 9. HD. 19.09.1994 E: 1994/12454, K: 1994/12158., SÜMER, s, 6 vd.

[130] Yargıtay 9. HD. 26.09.2011, E: 2009/19899, K: 2011/33271.

tindeyiz. Ancak olan hukuk bakımından Kanunun lafzında açık bir düzenlemeye gidilmesi tüm bu tartışmaların sona ermesi açısından isabetli olacaktır. 6356 sayılı Kanunun 39/I hükmünün emredici olduğu ve yalnızca imza tarihinde sendikaya üye olmanın, yürürlük tarihinden itibaren yararlanma açısından yeterli olduğunu savunan görüşlerin yanında yine Kanun hükmünün yeterince açık ve kesin bir ifade kullanıldığı ve yürürlük tarihinden itibaren yararlanma açısından işçinin o tarihte de sendikaya üye olması zorunluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir.[131]

2. Sözleşmenin İmzalanmasından Önce İşten Ayrılanlar

Uygulamada sorun oluşturan durumlardan birisini toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcından sonra ancak sözleşmenin imza tarihinden önce iş sözleşmesi sona eren taraf sendika üyesi işçilerin durumu oluşturmaktadır. Sözü edilen işçiler yürürlük tarihinden işten ayrılmalarına kadar geçen süre açısından sonradan işverenden bir talepte bulunabilecekler midir?[132]

Uygulamada bahsi geçen durumun çözümünün 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları ile çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda; toplu iş sözleşmesinin imzası ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmeleri sona eren sendika üyesi işçilerin kural olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları belirtilmiştir. Ancak toplu iş sözleşmesinde imza tarihi ile geçmişe yürütülen yürürlük tarihi arasında işten ayrılanların bu sözleşmeden yararlanabileceklerine dair bir hüküm varsa bu takdirde imza tarihinden önce sözleşmesi sona eren sendika üyelerinin sözleşme hükümlerinden yararlanabileceği belirtilmiştir.[133] Böyle bir yararlandırmayı amaçlayan düzenlemeler esasen "istisnai" hükümlerdir ve Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere sözü edilen hükümlerin dar yorumlanması gerekir.[134]

---

[131] TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 356.

[132] 2822 sayılı Kanunda sözü edilen durumla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktaydı ve imza tarihinden önce işten ayrılanların yeni imzalanan toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanamayacakları ifade edilmişti. Ancak toplu iş sözleşmesinde istisnai bir hükme yer verilmişse işçi iş sözleşmesi sona ermiş olsa dahi geçmişe etkili hükümlerden yararlanabilecekti. TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 356.

[133] Yargıtay 9. HD. 2.4.1991, E: 990/13766, K: 991/6802; Yargıtay 9. HD. 5.6.1992, E: 806, K: 6132: Yargıtay 9. HD. 11.05.1993, E: 1992/13024, K: 1993/8004, KESER, s, 7.

[134] Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce muvazzaf askerlik, malulen emekliye ayrılma, ölüm ve emeklilik sebebiyle işten ayrılma halinde işten ayrılanlara ilişkin ayrık bir hüküm getirilmemiş olması halinde sözleşmeden yararlanma söz konusu olmayacaktır. Yargıtay 9. HD. 13.05.1993, E: 1992/13910, K: 1993/8316, **İşveren Dergisi**, Cilt: XXXII, Sayı: 1, 1993, s, 18.

6356 sayılı Kanunda ise istisnai bir düzenlemeye yer verilerek imza tarihinden önce işten ayrılan işçilerin açıkça iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmelerinden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir (m.39/III). Düzenleme ile uygulamada tereddüt edilen bir hususun açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir.[135] Bu işçilerin toplu iş sözleşmesinin geçmişe yürütülen hükümlerinden yararlanabilmesi için sözleşmelerinin hangi nedenle sona erdiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Sözleşmesi haklı nedenle sona eren işçi dahi toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar yararlanabilecektir. Ancak bu ihtimalde dahi işçinin sendika üyeliğinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar devam etmesi şartının aranacağı belirtilmelidir.[136]

B. Sendika Üyesi Olmayanlar Açısından Değerlendirme

Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra sendika üyesi olan işçiler ya da sözleşmenin imzalanmasından önce üyeliği sona eren işçilerin toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma açısından genel kural imza tarihinde sendika üyeliğinin aranması olduğundan sözü edilen kimseler kural olarak geçmişe etkili haklardan yararlanamayacaklardır.[137]

Toplu iş sözleşmelerinden yararlanma için kural sendika üyesi olmaksa da sendika üyesi olmadan da toplu iş sözleşmesinden yararlanılabilen durumlar vardır. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanma sözü edilen durumlardan birisidir. Bunun dışında işçi sendikasının muvafakati ile sendika üyesi olmayan işçilerin de toplu iş sözleşmelerinden yararlanabileceği sendika üyeliği dışında toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın bir diğer yolu olsa da bahsedilen durumun uygulamada bir karşılığı bulunmamaktadır.

---

[135] "(3) Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır" (6356 sayılı Kanun m.39).

[136] Hatırlanacağı üzere 2822 sayılı Kanunun 9. maddesinde bu konuda bir düzenleme bulunmamaktaydı. Toplu iş sözleşmesinin tarafları isterse iş sözleşmesinin bazı sona eriş biçimini ve nedenini belirterek söz konusu durumdaki kişilerin toplu iş sözleşmesinin geriye etkili hükümlerinden iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar yararlanabilmesini sağlayabiliyorlardı. ŞAHLANAN, s, 440, TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s, 357.

[137] ÖZKARACA, s, 140.

1. Dayanışma Aidatı Ödeyerek Geçmişe Etkili Hükümlerden Yararlanma

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olmayan işçilerin sendikanın imzaladığı toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanabilmek amacıyla ödedikleri bir miktar para olarak ifade edilebilir. Dayanışma aidatının, denkleştirme işlevine sahip olduğu ve bu aidat ile taraf sendika üyesi işçilerin aldıkları risklerin dengelenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.[138]

6356 sayılı Kanunda sendikaya üye olmak istemeyen işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanabilecekleri 39. maddede düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçiler için yararlanmanın başlangıcı olarak sözleşmenin imza tarihi belirtilmişti. İmza tarihinden önce bir talep varsa bu taleplerin de imza tarihi itibariyle hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmişti (6356 sayılı Kanun m.39/IV). Sözü edilen düzenlemeye göre toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihi geçmişe etkili kararlaştırıldığında, işçi imza tarihinden önce dahi talepte bulunsa yararlanmanın başlangıcı imza tarihi olarak belirlenecektir. Düzenleme ile bir anlamda işçilerin sendikaya üye olmaları zorunlu tutulmaktaydı sözü edilen durumun ise negatif sendika özgürlüğü ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.[139]

6356 sayılı Kanunun m.39/IV hükmünün Anayasa'nın 51. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle Bakırköy 16. İş Mahkemesi tarafından görülmekte olan davada hükmün Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mah-

---

[138] ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s, 14.

[139] ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s, 16., 6356 sayılı Kanunun m.39/4 düzenlemesi ile dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanmaya ilişkin doktrindeki tartışmalar sona ermiştir. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanma konusunda 2822 sayılı Kanun'da yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle doktrinin büyük çoğunluğu dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanabileceğini savunmaktaydı. Ancak 6356 sayılı Kanun'da doktrindeki bu görüşler dikkate alınmamış ve bu tartışmaya ilişkin Yargıtay kararları kanun hükmü haline getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, toplu iş sözleşmesinin tarafları imza tarihinden önce bir başlangıç tarihi kabul ettiklerinde, başlangıç tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden sadece imza tarihinde sendikaya üye olan işçiler yararlanabiliyordu. Ancak, dayanışma aidatı ödemesi gereken işçiler geriye dönük hükümlerden yararlanamıyordu. ÖZKARACA Ercüment, "Benefiting From Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Due", **Journal of Business, Economics and Finance**, Vol: 7, Issue: 1, 2018, s, 14.

kemesi yaptığı inceleme sonucunda hükmü ölçülülük, sebebe bağlılık ve toplum düzeninin gereklerine uygunluk yönünden ele alarak düzenlemeyi 30.12.2020 tarihli E: 2020/57, K: 2020/83 sayılı Kararı ile iptal etmiştir.[140]

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma; yetkili sendikaya üye olmak istemeyen işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını sağlamak adına en önemli araçtır. Öyle ki; taraf sendika üyesi olmayan işçilerin de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri adına var olan seçeneklerden en etkilisi dayanışma aidatıdır.[141]

Öğretide 6356 sayılı Kanunun ilgili hükmü iptal edilmeden önce yer alan düzenlemenin esasen isabetli olduğunu, sendika üyesi olarak yararlanma ve dayanışma aidatı ödemek yoluyla yararlanma açısından bu farkın olmasının negatif sendika özgürlüğüne aykırılık olmadığı gibi aksine pozitif sendika özgürlüğünü de koruyan bir durum olduğu ifade edilmiştir. Sendika üyeliği konusunda örgütlenerek, bu konuda belirli bir riski üstlenen işçilerle toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra yalnızca parasal hükümlerden yararlanmak için dayanışma aidatı ödeyen kimselerin bir tutulmaması gerektiği sözü edilen durumun sendika üyeliğinin korunması için önem taşıdığı belirtilmiştir.[142] Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise sözleşmenin geçmişe yönelik sağladığı haklar bakımından yararlanma konusunda imza tarihinde sendika üyesi olanlar ile dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyenler arasında yapılan ayrıma ilişkin düzenlemenin

---

[140] Karar, 03.03.2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hususunda Yıldız, s, 73 vd., Karşı oyda toplu iş sözleşmelerinden kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikası üyesi işçilerin yararlandığı, toplu iş sözleşmelerinin imzalanması aşamasındaki zorluklara katlanan kişilerin de esasen bu kişiler olduğu ileri sürülerek, sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan sendika üyeleriymişçesine toplu iş sözleşmelerinden yararlandırılmalarının eşitlik ve adalete aykırı olacağı ve sendika üyeliğinin önemini kaybettireceği de ifade edilmiştir. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s, 17., AYM tarafından verilen kararlarda yer alan ifadelerin eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: YILDIZ, s, 80-91.

[141] Taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmelerinden yararlanmalarının bir diğer yolu teşmil ve taraf işçi sendikasının muvafakatidir. Teşmil uygulaması sıkı şekil şartlarına bağlı olduğu gibi sıklıkla kullanılan bir yöntem değildir. Uygulamada diğer yöntem olan taraf işçi sendikasının muvafakati ile yararlanmaya ise pek rastlanmamaktadır. KARABACAK Emre/YILDIZ Muhammed Enes, "Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Düşündürdükleri", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 4, 2021, s, 276.

[142] YILDIZ, s, 79., Kararı isabetli bulan görüşe göre; dayanışma aidatı yalnızca negatif sendika özgürlüğünün korunması açısından değerlendirilemez. Dayanışma aidatı aynı zamanda sendikaların rekabet gücünü artırması ve bu yolla hak ve özgürlüğün demokratik toplum gereklerine uygun olarak kullanılmasına da hizmet eder. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s, 18.

sendika üyesi olmaya zorlanamama yönündeki anayasal ilkelere (AY m.51/2 ve 6356 sayılı Kanun m.17/III) ters düşmektedir.[143]

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için toplu iş sözleşmesinin uygulandığın işyerinin işçisi olmak gerekir. Dolayısıyla alt işverenin işçisi olarak çalışanların, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmelerinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaları mümkün değildir.[144]

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma işçinin talebine bağlıdır. Talep, işverene yöneltilmelidir. Sözleşmeye taraf işçi sendikasının bu aşamada herhangi takdir yetkisi olmadığı gibi, işverenin de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçi karşısında takdir yetkisi bulunmamaktadır.[145] Yararlanmanın başlayabilmesi için işçinin dayanışma aidatı ödeme taahhüdünü içeren bildirimde bulunması yeterlidir. Ayrıca yararlanmanın başlangıcı için dayanışma aidatının kesilmesi ya da sendikaya ödenmesi gibi şartlar aranmayacaktır. Çünkü işçinin dayanışma aidatı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanması kanundan doğan yenilik doğuran bir haktır.[146]

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin talebini sözleşmenin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında yapmış olması gerekir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenleme "imza tarihinden önce yapılan bildirimlerin, imza tarihi itibariyle hüküm doğuracağı"na ilişkindi. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı neticesinde yürürlük tarihinden önce talepte bulunan işçi, yürürlük tarihinden itibaren; yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında talepte bulunan işçi ise talep tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanabilecektir. 6356 sayılı Kanunun yürürlükte bulunan m.39/IV hükmü de esasen bu durumu düzenlemekte ve hükümde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma başlangıcının talep tarihinden itibaren geçerli olacağı bildirilmektedir.[147]

---

143 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s, 1039.

144 YILDIZ, s, 74.

145 ŞAHLANAN, s, 144; YILDIZ, s, 76, 77.

146 KARABACAK/YILDIZ, s, 286.

147 KARABACAK/YILDIZ, s, 286.

Dayanışma aidatının tahsili, sendika aidatında olduğu gibi işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ödenir. İşçi sendikasının tüm aidat alacakları kaynakta kesinti (*check-off*) usulüyle işverene ödenir. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçi geçmişe etkili hükümlerden yararlanmak istediği takdirde nimet-külfet dengesi içerisinde geçmişe etkili dönemler açısından da dayanışma aidatı ödemelidir. Aksi düşünce dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak işçileri, sendika üyesi işçilere karşı avantajlı bir konuma getirecektir.[148]

SONUÇ

Toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alınması uygulamada sıklıkla rastlanan bir durumdur. Geçmişe yürütülme ile bir toplu iş sözleşmesinin tamamı ya da bir kısmı sözleşmenin imza tarihinden önceki bir dönemden itibaren geçerli olmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün başlangıcı için kural; sözleşmelerin imzalandığı tarihtir (6356 sayılı Kanun m.39/I). Bu nedenle, sözleşmenin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilmesi için bu hususun açıkça sözleşmede belirtilmiş olması gerekir. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geriye yürütülmesinin sınırlarını anayasal sınırlar, zaman bakımından sınırlar ve ifa edilebilirlik ölçütü açısından sınırlar oluşturmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasında bazı hükümlerin içeriklerinden dolayı geçmişe etkili uygulanamayacakları görülecektir. Esasen sözü edilen durumların bir kısmı ifa edilebilirliğin imkânsız olmasından kaynaklanan hallerdir. Edimin borçlu tarafından ifa edilebilirliği; borç veya alacağın bir niteliğidir. İfa edilebilirlik bu anlamda yalnızca edimin borçlanılmasını kapsamaz aynı zamanda borçlu tarafından yerine getirilebilme yetkisini de içerir.

Toplu iş sözleşmesinin iki farklı hükmü dolayısıyla sözleşme hükümlerinin geçmişe etkisi incelenirken normatif hükümlerin ve borç doğuran hükümlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen bir yükümlülüğün geçmişe yürütülebilmesi için yükümlülüğün ifa edilebilir olması gerekir. İfa edilebilirlik ölçütü, toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün başlangıcının geriye götürülmesinin kabul edildiği diğer hukuk sistemlerinde de yürürlüğün geçmişe yürütülmesinin bir sınırı olarak kabul edilir.

---

[148] KARABACAK/YILDIZ, s, 292.

Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerdir (6356 sayılı Kanun m.33/I). Normatif hükümler, kural olarak toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içerisindeki tüm işçilere uygulanır. İş sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin hükümler, doğrudan ya da dolaylı olarak bir davranış yükümü getirdiğinden toplu iş sözleşmelerinin bu hükümleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamazlar. İş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin hükümler geniş bir alanı kapsamaktadır. Çalışma süreleri, gece vardiyaları, geçici izinler, yıllık tatil süreleri, ihbar süreleri, özel veya genel çalışma koşulları, mesleki beceriler ve istihdam garantileri gibi konuları düzenleyebilirler. Toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin tüm normatif hükümleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Geçmişe etkili kılınabilen hükümlerin getirdiği yükümlülüklerin de geriye etkili olarak ifa edilebilir olması gerekir. Özellikle iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan ücret ve ücret eklerine ilişkin hükümlerin yürürlük başlangıçlarının geriye götürüldüğü görülmektedir. Toplu iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan parasal hükümlerin dışında parasal olmayan ancak paraya çevrilmesi mümkün hükümlerin geriye etkili olarak yürürlüğe konulabileceği öğretide hâkim görüştür. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden bir diğeri de iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerdir. İş sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin normatif hükümlerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması genel itibariyle mümkün değildir. İşverenin fesih işlemini gerçekleştirdiği tarihte yürürlükte bulunan düzenlemeye olan güvenin korunmasının gerekliliği bu sonucu doğurmaktadır. Gerçekleştiği tarihte hukuka uygun olarak gerçekleştirilen feshin sonradan getirilecek bir hükümle hukuka aykırı sayılması mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümleri; tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümleri ve toplu iş sözleşmesinin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerdir. Türk hukukunda başkası zararına sözleşmeye izin verilmediğinden toplu iş sözleşmesinin tarafları borç doğurucu hükümlerle işçileri herhangi bir yükümlülük altına sokamazlar. Toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geriye yürütülmesinde kullanılan ölçüt; hükümlerin fiili uygulama alanına sahip olması yani ifa edilebilir nitelikte olmasıdır. Bu açıdan borç doğurucu hükümlerin geçmişi etkilemesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.

Toplu iş sözleşmesinden kural olarak işçi sendikası üyesi olan işçiler yararlanır. Ancak bu koşul tek başına yeterli değildir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için imza tarihinde işyerinde çalışıyor olmak ve sendika

üyesi işçi olmak gerekir. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra sendika üyesi olan işçiler ya da sözleşmenin imzalanmasından önce üyeliği sona eren işçiler toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanamayacaklardır. İmza tarihinde sendika üyesi olan işçilerin ise yürürlük tarihinde sendika üyesi olup olmaması hususu öğretide tartışılan durumlardan birisidir. 6356 sayılı Kanunun ilgili hükümleri değerlendirildiğinde hem imza tarihinde hem de geçmişe yürütülen tarihte işyerinde çalışan işçilerin aynı zamanda sendika üyesinin olması gerektiğini savunan görüş bu durumu nimet-külfet dengesi çerçevesinde açıklamaktadır. Bir diğer görüş ise 6356 sayılı Kanunun açık olduğunu ve sözleşmeden yararlanabilmek için imza tarihinde sendikaya üye olmanın yeterli sayılması gerektiğini savunmaktadır. Sendika üyesi olmayan işçiler ise dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili hükümlerinden yararlanmak isteyenler de artık talep tarihlerinden itibaren sözleşmeden yararlanabileceklerdir.

KISALTMALAR

AYM : Anayasa Mahkemesi
BAG : Bundesarbeitsgericht (Almanya Federal İş Mahkemesi)
Bknz : bakınız
BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Almanya Federal Anayasa Mahkemesi)
E : Esas
İÜ : İstanbul Üniversitesi
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K : Karar
m. : madde
RG : Resmi Gazete
TBK : Türk Borçlar Kanunu
STİSK : Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TMK : Türk Medeni Kanunu
vd. : ve devamı
Vol : Volume

KAYNAKÇA

AKYİĞİT Ercan, "Toplu İş Sözleşmesinin Süresiyle İlgili Bazı Düşünceler", **Sicil**, Mart, 2009, ss. 134-141.

ARMAND HOUBEN Christian, **Die Rückwirkung von Tarifverträgen**, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 247, Berlin: Duncker&Humblot, 2006.

BARIN Nurgül Emine / Saracel Nüket, "Toplu İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesi", **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi**, C-iasoS 2022 Özel Sayısı, 2003, ss. 81-100.

BOSTANCI Yalçın / BULUN TOKKAŞ Sevde. "Güncel Gelişmeler Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, 2021, ss. 427-468.

CANBOLAT Talat, **Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

ÇELİK Nuri. **İş Hukuku** (İş Hukuku), Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul, 2010.

ÇELİK Nuri, "Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması Nedenleri ve Getirdiği Hukukî Sorunlar", **İstanbul İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, 1975.

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

EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 5. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2023.

EKMEKÇİ Ömer, **Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi (Düzenleme Yetkisi)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.

GÖKTAŞ Seracettin, **Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı**, 1. Bası, Seçkin, Ankara, 2023.

HABERLE Peter, "Verfassungsrechtliche Grenzen der Rückwirkung", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 1980.

IŞIKLI Alpaslan, **Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri**, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1967.

KANDEMİR Murat, "Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı", **Çalışma ve Toplum**, 2013/4 (39), ss. 167-214.

KARABACAK Emre/YILDIZ Muhammed Enes, "Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Düşündürdükleri", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXV, Sayı: 4, 2021, ss. 271-299.

KARACA ÖZ Ayşe, **İfa Zamanını Erteleme Sözleşmesi**, 1. Bası, Adalet, Ankara, 2022.

KESER Hakan, "Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 5, 1994, ss. 5-10.

KESKİN Nurgül, **Toplu İş Sözleşmelerinin Yapılma Sürecinde Gecikme Sorunu ve Sonuçları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.

KILIÇOĞLU Ahmet M, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 24. Bası, Turhan, Ankara, 2020.

KIZILAY GÜNEYLİOĞLU Aygül, **İfa Zamanı ve Erken İfa**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2022.

KLEINSCMITT Lucas. "**Das Rückwirkungsverbot im Öffentlichen Recht**", (Edition 2021), https://juratopia.de/rueckwirkungsverbot/# (Erişim Tarihi: 06.02.2024).

NOMER Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN Kemal, **Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Cilt: 1**, 4. Bası, İÜ Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1987.

ÖZDEMİR Erdem, "Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması", **Kamu-İş Dergisi**, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt: 6, Sayı: 4, 2002, ss. 1-20.

ÖZKARACA Ercüment, "Geriye Etkili Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmada Üyelik Koşulu (Karar İncelemesi)", **Tekstil İşveren**, Sayı: 154, 2023, ss. 2-11.

ÖZKARACA Ercüment, "Benefiting From Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Due", **Journal of Business, Economics and Finance**, Vol: 7, Issue: 1, 2018, ss. 10-16.

ÖZKARACA Ercüment, **Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

ÖZKARACA Ercüment/ÖZKAN KOÇ Sema Deniz, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu İş Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", **Sicil**, Sayı: 46, 2021/II. 11-27.

PATTERSON Edwin W, "Temporary Impossibility of Performance of Contract", **Virginia Law Review**, Vol. 47:798, ss. 798-810.

SCHOONER Steven L, "Impossibility of Performance in Public Contracts: An Economic Analiysis", **Public Contract Law Journal**, Vol: 16, No: 1, August 1986, ss. 229-265.

SEROZAN Rona, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", **İÜHFM**, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, 2000, ss. 233-248.

SÖZER Ali Nazım, "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, ss. 2477-2534.

SUR Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Turhan, Ankara, 2022.

SÜMER H. Hadi, "Taraf İşçi Sendikasına Üye Olan İşçiler Açısından Toplu İş Sözleşmesinden Geçmişe Etkili Olarak Faydalanmanın Başlangıcı", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 1997, ss. 6-10.

ŞAHLANAN Fevzi, **Toplu İş Hukuku**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2020.

TUNCAY A. Can / SAVAŞ KUTSAL Burcu/ GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, **Toplu İş Hukuku**, Revize Edilmiş 8. Bası, Beta, İstanbul, 2023.

WIELEC Marcin / OREZİAK Bartłomiej, "*Lex retro non agit* and extended confiscation of property in Poland: reflection on the Act of 23 March 2017 Amending the Criminal Code and Certain Other Acts", **Prawo Dzialaniu Law in Action**, Vol. 36, 2018. 76-91.

YARDIMCIOĞLU Didem. "Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin İş Güvencesi Hükümleri Üzerindeki Etkisi", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, **İÜHFM**, Cilt: 2, Özel Sayı, 2016, ss. 785-814.

YAYVAK İrem, **Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

YILDIZ Gaye Burcu, **Türk Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma**, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.

YILMAZ H. Hilal, **Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi**, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021.

ZACHERT Ulrich, Collective Bargaining in Germany, Collective Bargaining in Europe, (**Edition Prepared by Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**), Madrid, 2005. 27-50.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 529-567

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNUN ROMA HUKUKUNDAKİ İZLERİ(*)

Arş. Gör. **Mehmet Mert ÖZYILDIRIM**(**)
Arş. Gör. **Damla KAYNAR**(***)

Öz: Köken olarak Latince bir ifade olan *culpa in contrahendo* kavramı, bir sözleşmenin kurulabilmesi için yapılan görüşmeler esnasında gösterilen kusurlu davranışlara işaret etmektedir. Modern hukuklar açısından tarafların güven ilişkisi kapsamında birbirlerine karşı makul beklentiler içine girdiği müzakereler aşamasında, görüşmecilerden birinin kusuru sebebiyle sözleşme ilişkisinin kurulamaması halinde zarara uğrayan iyiniyetli tarafın zararları *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında karşılanmaktadır. Nitekim görüşmelerin temel amacı, bir sözleşmenin meydana getirilmesi olduğu için sözleşmenin ifası sırasında aranan özen yükümlülüğü bu sözleşmenin kurulmasına vesile olacak görüşmeler aşamasında da aranmakta ve kusur sonucu zarar gören tarafa tazminat imkânı verilmektedir. Ancak *culpa in contrahendo* kavramının Latince kelimeler içermesi sebebiyle bu yöndeki bir ifadenin Roma hukukundan gelip gelmediği veya sorumluluğun kökeninin Roma hukukundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususları karışıklığa sebep olabilmektedir. Bu bağlamda çalışmada, *culpa in contrahendo* kavramının ve ilgili sorumluluğun Roma hukukundaki olası kökenleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Culpa in Contrahendo*, Menfi zarar, *Bona Fides*, Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlık, *Actio Empti*.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 06.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 05.06.2024.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,
E-posta: mertozyildirim@hacettepe.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-7663-6599.

(***) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,
E-posta: damlakaynar@hacettepe.edu.tr,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0003-4576-1914.

TRACES OF *CULPA IN CONTRAHENDO* LIABILITY IN ROMAN LAW

Abstract: The concept *of culpa in contrahendo*, which originates from Latin, refers to faulty behavior during negotiations aimed at establishing a contract. In modern law, during the negotiation phase where parties have reasonable expectations towards each other within a relationship of trust, if a contractual relationship cannot be established due to the fault of one of the negotiators, the damages suffered by the well-intentioned party are covered within the scope of culpa in contrahendo liability. Since the primary goal of negotiations is to establish a contract, the duty of care expected during the execution of the contract also applies to the negotiations leading to its establishment. The party injured as a result of the fault is afforded the opportunity to seek compensation. However, as the concept of culpa in contrahendo contains Latin terminology, it may lead to confusion regarding whether statements in this regard stem from Roman law or whether the origin of responsibility lies in Roman law. In this context, the study will focus on exploring the potential origins of the concept of culpa in contrahendo and the associated liability within Roman law.

Keywords: *Culpa in Contrahendo*, Negative Damage, *Bona Fides*, Initial Objective Impossibility, *Actio Empti*.

GİRİŞ

Genel olarak kabul edilen anlayışa göre ekonomik ve sosyal hayatta yaşanan hızlı gelişmelerin yarattığı iktisadi ve hukuki olgular, klasik borç kaynakları içinde değerlendirilen mevcut yasal düzenlemeler ışığında çözümlenmesi mümkün olmayan bazı sorunlar yaratmıştır. Bir tarafın hukuki menfaatlerinin sözleşmesel temasa girildiği andan itibaren korunması gerektiği görüşü de bu gelişimlerin getirdiği sorunlar sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu şekilde 19. yüzyıldan itibaren haklı güvenin boşa çıkarılması sonucunda karşı tarafı bir zarara uğratan görüşmecinin, kusurlu davranışından dolayı sorumlu tutulması gerektiği fikri yerleşmiş ve bu zarardan kaynaklanan sorumluluğa *culpa in contrahendo* sorumluluğu adı verilmiştir.

En genel tanımıyla *culpa in contrahendo* sorumluluğu; sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde diğer tarafa verdiği zararlardan mesul tutulmasını ifade etmektedir. Burada sözleşmenin kurulması aşaması ile belirtilmek istenen husus, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri, sözleşme hazırlıkları ya da benzer ilişkilerinin mevcut bulunduğu ancak sözleşmenin henüz kurulmadığı zaman aralığıdır. Görüşmeci tarafların, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisinin ihlali halinde bu dönem aralığında ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Bu noktada ilk defa 19. yüzyılın önemli Pandekt hukukçularından olan Rudolf von Jhering, özellikle taraflar arasında bir sözleşme kurulurken iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış sonucunda zarar verenin sorumluluğunun teorik altyapısını oluşturmaya çalışmıştır. Yazar, sözleşmesel özen prensibinin gerek kurulmuş olan gerekse kurulacak olan sözleşme ilişkileri için uygulanması gerektiğini ve her iki halde de bu kural çiğnendiği takdirde sözleşme davaları kapsamında tazminat talebinin söz konusu olacağını savunmuştur.

Jhering, *culpa in contrahendo* adını verdiği sorumluluk teorisini oluştururken sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmecilerden birinin kusuru sebebiyle sözleşmenin kurulamaması halinde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olunması fikrinin Roma hukukunda ortaya çıktığını ileri sürmüş ve bu görüşleri birçok modern Romanist tarafından da kabul edilmiştir. Bu şekilde sözleşme öncesi sorumluluk doktrininin, Roma hukukundan esinlendiği ve 19. yüzyıl Pandekt hukukçularının kavramlar üzerinden sistematik bir sınıflandırma yapabilme çabalarının ürünü olarak ortaya çıktığı fikri karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada, gerçekten de sözleşme öncesi sorumluluk hukukuna ilişkin düzenlemelerin yalnızca 19. yüzyıl ve sonrasında ortaya çıkan gelişmeler ile bu gelişmeler etra-

finda şekillenen hukuki doktrin kapsamında sınırlı olup olmadığı sorusu üzerinde durularak *culpa in contrahendo* sorumluluğunun Roma hukukundaki izleri ve günümüz hukukuna etkileri üzerinde durulacaktır.

I. *CULPA IN CONTRAHENDO* KAVRAMI VE TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE ORTAYA ÇIKIŞI

A. Genel Olarak

Günümüz açısından kanunlar, yönetmelikler, öğreti ya da mahkeme kararlarında kullanılan Latince kavramların genellikle doğrudan doğruya Roma hukukundan geldiği varsayılmaktadır. Benzer bir durum, Latince bir ifade olan *culpa in contrahendo* kavramında da kendini göstermektedir. Kavramsal olarak bahsi geçen Latince ifade, sözleşmenin kurulabilmesi için yapılan görüşmeler esnasında gösterilen kusurlu davranışlara işaret etmektedir.[1] Nitekim *culpa* ifadesinin Türkçe karşılığı geniş anlamda kusur kelimesi[2] olup, *contrahere* fiilinden türeyen *contrahendo* kelimesinin karşılığı ise bir anlaşmayı sonuçlandırmak ya da tamamlamaktır.[3] Bu şekilde *culpa in cont-*

---

[1] GÜVENÇ Özgür, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3, 2014, ss. 383-406, s. 365; DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 7-8 vd; KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 98.

[2] Aslında *culpa* kavramının Roma hukukunun tüm dönemleri açısından geçerli ve sabit bir tanımını yapabilmek mümkün değildir. Zira Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ne kadar *culpa* ifadesi, kasıtlı fiilleri de kapsamına alacak bir biçimde genel olarak "kusur" anlamında kullanılmıştır. Fakat Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile birlikte *culpa*'nın teknik bir anlam kazanarak kastı dışarıda bırakacak şekilde özenli hareket gerektiren bir davranış biçiminin yokluğu anlamında kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bu dönemden itibaren *culpa* ifadesi, zararlı ve hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun ortaya çıkmasını engelleyebilecek gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi anlamını kazanmıştır. Bu kapsamda; *culpa*, ilgili dönemden itibaren ihmal, özensizlik ve ayıplanabilir bir davranış biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi hukukçuları tarafından *culpa lata* (ağır ihmal), *culpa levis* (hafif ihmal) ve *culpa levissima* (en hafif ihmal) kavramları geliştirilerek *culpa*'nın derecelendirilmesi de yapılmıştır. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 188-189 vd; TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 54-55 vd; ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 34-35 vd; RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 24-25.

[3] LEWIS Charlton / SHORT Charles, **A Latin Dictionary**, Clarendon Press, Oxford, 1879, s. 178; BERGER Adolf, Encyclopedic **Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1968, s. 419.

rahendo kavramı bir bütün olarak; taraflar arasında karşılıklı fikir teatisi yürütüldüğü sözleşme müzakereleri aşamasında gösterilen kusur anlamına gelmektedir.[4] Dolayısıyla, çağdaş hukuk düzenleri bakımından *culpa in contrahendo*, bahsi geçen dönem aralığında görüşenlerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşen tarafa ya da onun koruma alanında bulunan kişilerden birine aralarında kurulmuş olan güven ilişkisini zedelemesi sebebiyle vermiş olduğu zarardan sorumluluktur.[5] Ancak her ne kadar söz konusu kavram Latince kelimeler içerse de ne birinci derecedeki Roma hukuku kaynaklarında ne de hukuk dışı antik literatürde bu yönde bir kelime kalıbına rastlanılmamaktadır. Zira esasen burada modern bir hukuki kavramın, Latince bir deyişle ifadesi söz konusudur. Bu bağlamda; öncelikle *culpa in contrahendo* kavramının nasıl ortaya çıktığı ve günümüzdeki anlamını nasıl kazandığı soruları karşımıza çıkmaktadır.

---

[4] Sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusurun aynı zamanda sorumluluğa sebebiyet veren bir hukuki vakıa olması sebebiyle *culpa in contrahendo* kavramı için yapılan tercümelerde "sözleşme öncesi sorumluluk", "sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk" gibi ifadelere de rastlanmaktadır. Bkz. ADAL Erhan, Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk, Doçentlik Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1970; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1275; IŞINTAN Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009; YALMAN Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006; ULUSAN İlhan, Culpa in Contrahendo Üstüne, **Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan C. 1**, İstanbul, 1982, ss. 275-319. Türk literatüründe tercih edilen tercüme örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 8-9 vd.

[5] EREN, s. 1275; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 503; BAYGIN Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", **AÜEHFD**, C. 4, S. 1-2, 2000, ss. 345-377, s. 345-346; SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 346 vd.; NOMER Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 259- 261; ULUSAN, s. 13 vd. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu konuda bir örnek olarak Yargıtay, ilgili kavramı; "*toplumsal hayatın hızla gelişmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik olay ve problemlerin çözümünü klasik borç doğurucu sorumluluk kaynakları olarak nitelendirilen haksız fiil, sözleşme ve sebepsiz zenginleşme içerisinde bulabilme ve aynı unsurları bu yeni olay ve problemlere uygulayabilme, hemen hemen imkânsız hale gelmiştir. Kanunların çözüm öngöremediği bu tip durumlara, 19. yüzyılın sonralarına doğru doktrin kayıtsız kalamayacağını anlamış, özü ve niteliği farklı yeni hukuki müessese ve sorumluluk türlerini belirleme yoluna gitmiştir. Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (MK m.2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur...*" demek suretiyle açıklamıştır. Bkz. Y. 13. HD, E. 2015/10155, K. 2015/19267, 24.12.2018.

B. Jhering'in *Culpa in Contrahendo* Teorisi

Culpa in contrahendo ifadesi, ilk kez hukuki bir kavram olarak, önemli Pandekt hukukçularından Rudolf von Jhering'in 1861 yılında yayınladığı "*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*" adlı eserinde kullanılmıştır.[6] Jhering, bu çalışma kapsamında öncelikle sözleşme görüşmeleri sırasında sergilenen bir kusurlu davranış nedeniyle sözleşmenin kurulamamasına ya da geçersizliğine sebep olan tarafın, bu kusurundan dolayı ortaya çıkan zararları tazmin ile sorumlu olup olmayacağı hususuna odaklanmıştır. Bu kapsamda, temel olarak yaşadığı ülke olan Prusya'nın hukukundaki mevcut hükümlerin dağınık bir halde bulunduğunu ve öğretide sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun teorik zemininin bulunmadığını ifade etmiştir.[7] Keza sözleşme

---

[6] von JHERING Rudolf, "Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Vol. 4, No. 1, 1861. Alman devletlerinde yüzyıllardır uygulanan Roma hukukunu (Pandekt hukuku) sistematik bir şekilde ele alan 19. yüzyıl hukukçularından Rudolf von Jhering, özel hukuk kapsamına giren birçok konuyu karşılaştırmalı olarak derinlemesine ve tüm yönleriyle incelemiştir. Jhering ve o dönemde yaşayan diğer Pandekt hukukçuların Roma hukukunu esas alarak oluşturdukları sistematik eserler, Almanya'da 19. yüzyıl sonlarından itibaren başlayan kodifikasyon hareketlerine önemli katkı sağlamıştır. Jhering, bu bağlamda ilk olarak benimsediği "Kavram İçtihadı" (*Begriffsjurisprudenz*) görüşüne uygun olarak tüm hukuki sorunların kavramlar aracılığıyla çözülebileceği fikrini benimsemiş ve hukuku, tam ve yeknesak olması gereken sistematik bir bütün olarak görmüştür. *Culpa in contrahendo* doktrini de Jhering'in bu şekilde kavramlar üzerinden sistematik bir sınıflandırma yapabilme çabalarının ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. GÜNEŞ PESCHKE Selda, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8. S. 1-2, 2004, s. 85-86; GÜVEN Koray, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 3, 2016, ss. 869-873; ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Juta & Co, Ltd., Cape Town, 1990, s. 244. Jhering'in makalesinin Fransızca tercümesi için bkz. von JHERING Rudolf, "De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées Imparfaites", (çev. Octave de Meulenaere), **Oeuvres choisies II**, Paris, 1893. Jhering'in culpa in contrahendo teorisi hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. KESSLER Friedrich / FINE Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study", **Harvard Law Review**, Vol. 77, No. 3, 1964, ss. 401-449; RABELLO Alfredo, "La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla culpa in contrahendo", **Ius Antiquum**, Vol. 20, 2007, ss. 154-174; IŞINTAN, s. 27 vd.; YALMAN, s. 18-19; ULUSAN, s. 27 vd.

[7] Prusya Devletleri Genel Kanunu (*Allgemeines Landrect für die Preußischen Staaten*), 1794 yılında Prusya Krallığı'nda yürürlüğe konulmuş olup bu kanunla Prusya Krallığı'nın farklı bölgelerinde önceden var olan çeşitli hukuk sistemlerinin birleştirmesi amaçlanmıştır. Prusya hukuk sisteminin temelini oluşturan ilgili kanun, Avrupa'da modern hukukun gelişiminde oldukça önemli bir yere sahiptir. Kanunda medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku ve ticaret hukuku gibi çeşitli hukuk dallarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 19. yüzyılın sonlarına doğru Alman İmparatorluğu'nun kurulmasıyla birlikte bu kanunun etkisi azalmaya ve yeni bir

öncesi görüşmeler aşamasında bir zararın ortaya çıkması halinde Prusya hukukunca gerek irade teorisi gereğince ortada hukuken geçerli bir sözleşme mevcut olmadığı için sözleşme; gerek de haksız fiil için aranan şartların sağlanamaması sebebiyle haksız fiil hükümlerine dayanılarak bir sonuca varılamamaktadır.[8] Yazar bu noktada yayınladığı makalesinde, sözleşme öncesi görüşmelerde kusurlu davranışlarda bulunulmasını "*culpa in contrahendo*" kavramı ile ifade etmiş ve kusur nedeniyle sonuçlanamayan ancak belirli bir zarara sebebiyet veren halleri sistematik bir tasnif içerisinde düzenleyerek söz konusu sorumluluğun hukuki dayanağını açıklamaya çalışmıştır.

Sistematik tasnif çalışmaları kapsamında Jhering, *culpa in contrahendo*'dan kaynaklı geçersizlik sebeplerini; işlemin taraflarından birinin ehliyet durumundaki eksiklik, başlangıçtaki objektif imkânsızlık ve iradenin oluşumunda ya da beyanındaki sakatlıklar şeklinde üç grup altında sınıflandırmıştır.[9] Yazara göre; tüm bu hallerde sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan

---

hukuk sistemi geliştirilmeye başlanmıştır. Fakat söz konusu Prusya Devletleri Genel Kanunu, çeşitli Avrupa devletlerinin hukuk sistemlerine ilham olması bakımından önemini korumaya devam etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. STEGMAIER Wolfgang, **Das Preußische Allgemeine Landrecht und seine staatsrechtlichen Normen**, Duncker und Humblot, Berlin, 2013; LANDAU Peter, "Neue Forschungen Zum Preußischen Allgemeinen Landrecht." **Archiv Des Öffentlichen Rechts**, Vol. 118, No. 3, 1993, ss. 447-63; LUIG, Klaus. "Das Privatrecht Im „Allgemeinen Landrecht Für Die Preußischen Staaten" von 1794" **Archiv Für Die Civilistische Praxis**, Vol. 194, No. 6, 1994, ss. 521-42.

[8] Temel olarak irade teorisi (*Willenstheorie*) görüşü, bir fiilin hukuki sonuçlarının, fiili gerçekleştiren kişinin niyet ve iradesi ile belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Burada irade sahibinin amacına göre beyana verdiği anlam esas alınarak yorum yapılmaktadır. Bkz. WINDSCHEID Bernhard, **Wille und Willenserklärung: eine Studie**, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880, s. 63; POUND Roscoe, "The Role of the Will in Law", **Harvard Law Review**, Vol. 68, No. 1, 1954, ss. 1-19, s. 4-5 vd.; HEIDEL Thomas / HUßTEGE Reiner / MANSEL Heinz-Peter / NOACK Ulrich, **BGB Allgemeiner Teil / EGBGB**, BGB vor § 116 Rn. 1-3, A. Begriff der Willenserklärung, Nomos, 2021. Güven teorisi irade beyanına, bu beyanın muhatabının dürüstlük kuralına göre vereceği ya da vermesi gerekli anlamı esas alarak yorum yapılmasını savunmaktadır. Yeni (modern) güven teorisinde ise irade beyanına makul ve dürüst bir üçüncü kişinin vereceği anlam esas alınmakta olup bu teorinin günümüzde klasik güven teorisinin yerine geçtiği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. SOYLU ÜNVER Gülsüm, Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almayanın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 12-27; ÖZDOĞAN Nurcihan Dalcı, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, ss. 33-52.

[9] JHERING, s. 24-25 vd. Jhering, sözleşme kurma iradesinin değer görmemesi (*Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*) olarak adlandırdığı son grup içerisinde yanılma, aldatma ve korkutma hallerinin yanı sıra kabul iradesinden sebepsiz dönme, temsil yetkisinin geri alınması, ilan yoluyla ödül vaadinden dönme ve hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme gö-

birinden kaynaklanan özen eksikliği sebebiyle hukuki işlemin geçerli bir biçimde meydana gelememesi söz konusudur. Ancak sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulacağına inanan iyiniyetli tarafın, zararlarının tazmin edilmesi suretiyle korunması gerekmektedir. Bu bağlamda yazar; zarar gören tarafa, zararlarının tazmini noktasında hedeflenen sözleşmeyle bağlantılı olarak akdi nitelikli bir dava hakkı tanınması gerektiğini savunmuş ve böylece kusurlu kimselerin, sözleşme görüşmeleri sırasındaki söz ve fiillerinden sözleşme davaları aracılığıyla sorumlu olması gerektiğini somut bir biçimde ortaya koymuştur.[10]

Zararların kapsamı noktasında da bir ayrımda bulunan Jhering, bahsi geçen makalesinde olumlu (*Erfüllungsinteresse*) ve olumsuz (*Vertrauensinteresse*) sözleşme menfaatleri şeklinde ikili bir sınıflandırmaya giderek müspet ve menfi zarar kavramlarını hukuk bilimine kazandırmıştır.[11] Buna göre; esasen hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin geçerli surette kurulduğuna yahut kurulacağına dair oluşturulan haklı güven sebebi ile meydana gelen zarar, menfi zararı oluşturmaktadır. Menfi zarar; hâlihazırdaki malvarlığı durumu ile hiç sözleşme görüşmelerine başlanmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farkın tazmin ettirilmesi suretiyle giderilmelidir. Müspet zarar ise geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da zamanında ifa edilmemesinden doğan zarar olarak tanımlanmaktadır. Bu zararın tespiti de sözleşme uyarınca alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması sonucu oluştuğu durum arasındaki fark olarak belirlenir.[12] Dolayısıyla birinde geçerli bir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda zedelenen ifa menfaatlerinin tazmini söz konusu olmaktayken; diğerinde ise geçersiz bir sözleşmenin, geçerli bir biçimde kurulacağına duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle zedelenen olumsuz sözleşme menfaatlerinin tazmini söz konusu-

rüşmelerinde karşı öneriyi kabul beyanında bulanacak tarafın bu beyandan önce ölmesi gibi birçok farklı hali ele almıştır. Bu noktada yazar, ölüm halinde dahi, ölen tarafı, hazırlar arasında (*inter praesentes*) yapılacak güvenli bir yöntemi tercih etmediği ve sözleşmeye güvenen tarafın ümitlerini boşa çıkardığı için kusurlu bulmuştur. JHERING, s. 93-94.

10 JHERING, s. 17-18 vd.

11 JHERING, s. 18.

12 Müspet ve menfi zararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 55-56; ERBERK ODABAŞI Özge, "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 85, S. 3, 2020, ss. 61-155, s. 83-84 vb; STAAKE Marco, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, § 11 Grundzüge des Schadensrechts, Springer Berlin, Heidelberg, 2022, ss. 357-393.

dur.[13] Jhering, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna sebep olabilecek durumlar açısından hukuki işlemin geçerli bir biçimde kurulamaması nedeniyle yalnızca menfi zararın tazmin edilebileceğini ileri sürmüştür.[14]

Kanaatimizce Jhering tarafından ilgili makale kapsamında belirtilen en çarpıcı husus ise; sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu bir davranışla zarara sebep olan kimsenin sorumluluğunun, bu sorumluluğun sözleşmesel niteliğinin, sorumluluğun kusura dayanmasının ve tazmin edilmesi gereken zararın kapsamı konularının tamamının Roma hukukundan geldiğini ileri sürmesidir. Yazar, Roma hukukunun rızai işlemlerinden olan alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) için öngörülen münferit hükümlerden yola çıkarak bu sonuca ulaştığını belirtmektedir.[15] Bu bağlamda Jhering, özellikle özgür insanları konu edinen satış sözleşmeleri, kamuya veya ilahi hukuk sahasına ait malların satışı ile mevcut olmayan terekenin satışı konuları üzerinde durmuş ve Roma hukukunda da sözleşme öncesi sorumluluk hususu-

---

[13] Jhering tarafından yapılan bu sistematik ayrım birçok modern hukuk doktrini tarafından da aynen benimsenmiştir. EREN, s. 1276; ERGÜNE, s. 35-36 vd. Menfi zarar müspet zarar ayrımı hususunda eleştirel bir bakış için bkz. SEROZAN Rona, "Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 3, 1968, ss. 108-129, s. 127-128.

[14] JHERING, s. 20.

[15] Roma hukukunda günümüz hukuklarının aksine şekil serbestisi prensibi tanınmamış ve anlaşmaların bağlayıcı olabilmesi bir diğer ifadeyle işlemin taraflarına dava hakkı tanınabilmesi, anlaşmanın, sözleşmeler sistemi içerisinde yer alan akit tipleri altında yapılmasına bağlı tutulmuştur. Bu sözleşme tipleri; Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren sözlü, yazılı, ayni ve rızai sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Alım satım sözleşmesinin de dâhil olduğu söze bağlılık ve güveni belirten *fides*'in bir gereği olarak ortaya çıkan rızai sözleşmeler, yabancılarla olan ticari ilişkilerin artması sonucunda görece geç bir dönemde *contractus*'lar sistemine dâhil edilmiştir. Ancak rızai sözleşmelere *contractus*'lar sistemi içerisinde yer verilmesi, Roma hukukunda sözleşmelerin rızailiği genel prensibine ulaşıldığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Keza karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının geçerli bir borç ilişkisine vücut vermesi; yalnızca alım satım, *locatio conductio* akitleri (kira, hizmet, eser), şirket ve vekâlet sözleşmeleri bağlamında sınırlı durumlar açısından kabul edilmiştir. Zaman içerisinde her ne kadar *praetor*'lar ve imparatorlar tarafından bazı şekilsiz *pactum*'lara dava hakkı tanınsa da Roma hukukunun hiçbir döneminde sözleşmeler alanında şekil serbestisi prensibi benimsenmemiştir. ERDOĞMUŞ s. 48-70 vd; TAHİROĞLU, s. 192. Ancak Roma hukukunun rızai sözleşmeler kategorisine giren alım satım sözleşmesinin genel hükümleri, sonraki yüzyıllarda yaşamış tabii hukukçular ile Pandekt hukukçuların faaliyetleri sonucu diğer modern sözleşmelere uyarlanmıştır. Bu bağlamda önemli Pandekt hukukçularından Jhering de teorisini, antik Roma'nın en genel ve kapsamlı düzenlenmiş rızai sözleşme tipi olan alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) üzerine inşa etmiştir. Yazar, temel olarak Roma hukukunun alım satım sözleşmesi kapsamındaki hükümlerinden yola çıksa da *culpa in contrahendo* teorisinin tüm modern sözleşmeler açısından geçerli olabileceğini belirtmiştir. Bkz. JHERING, s. 52. Ayrıca bkz. WINKEL Laurens, "Culpa in Contrahendo in Roman Law and in some Modern Dutch Court Decisions", **Viva Vox Iuris Romani** (ed. Luuk de Ligt, Brill), Leiden, 2002, s. 154.

nun bilindiğini iddia etmiştir.[16] Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından Roma hukukunun ilgili hükümlerinin ayrıntılı bir biçimde incelenmesi önem arz etmektedir.

II. *CULPA IN CONTRAHENDO* SORUMLULUĞUNUN ROMA HUKUKUNDAKİ OLASI KÖKENLERİ

A. Özgür İnsanların (*Liber Homo*) Satışı

Jhering de dâhil olmak üzere Roma hukuku üzerine çalışan bazı yazarlar tarafından *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ilk örneği olarak yorumlanan hususların başında özgür kimselerin (*liber homo*) satışı gelmektedir.[17] *Liber homo* (özgür insan) ifadesi, antik kaynaklarda hem doğuştan özgür kişileri (*ingenuus*) hem de azat edilmiş (*libertinus*) kimseleri kapsayacak bir biçimde geniş anlamda kullanılmıştır.[18] Roma hukukunun ilk dönemleri açısından bu kimselerin alım satım işlemlerine konu edilmesine hiçbir surette izin verilmemişti.[19] Hukuken satışı yasak olan bu kişilerin herhangi bir şekilde satılması halinde ise kural olarak objektif hukuki imkânsızlıkla batıl bir işlem söz konusu olmaktaydı. Zira *impossibilium nulla obligatio est* (imkânsızlık borç doğurmaz) kuralı gereğince özgür insanların köle gibi

---

16 JHERING, s. 7-8.

17 JHERING, s. 8-57; DEROUSSIN David, "Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités", **Revue historique de droit français et étranger**, Vol. 82, No. 2, 1922, ss. 189-222, s. 198-199 vd; BEN-DROR, Yoav "The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo", **The American Journal of Legal History**, Vol. 27, No. 2, 1983, ss. 142-198, s. 155-156; STEIN Peter, **Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law**, Oliver&Boyd Ltd., Aberdeen, 1958, s. 62-63; MORREALE Valentina, Un travail écrit: "Culpa in contrahendo: l'avant-gardiste, le promoteur, l'opposant et le codificateur", Thèse de master, Université de Liège, Liège, 2021, s. 17; EVANS-JONES Robin / MACCORMACK Geoffrey, "The Sale of res extra commercium in Roman Law", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, Vol. 112, No. 1, ss. 330-351, s. 341-350 vd; RABELLO, s. 159-160; ZIMMERMAN, s. 242-244.

18 BERGER, s. 562; SMITH William, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Boston, 1859, s. 705.

19 STEIN, s. 65. *Pater familias*'ın *potestas* yetkisi kapsamında aile evlatlarını satması bu yasağın kapsamı dışında tutulmuştur. Nitekim Roma devletinin ilk devirlerinden beri aile babalarına, bir borçtan kurtulmak ya da para temin etmek amacıyla kız veya erkek evlatlarını başka kimselere satma izni verilmiştir. *Iustinianus* Dönemi'ne kadar uygulama alanı bulan bu durum, aile babasının evlatları üzerinde mutlak bir hâkimiyete sahip olduğu inancına dayanmaktadır. Bkz. UMUR Ziya, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1974, s. 373-374; KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku: Tarihi Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 169-170.

satıldığı hukuki işlemlerden herhangi bir sözleşmesel yükümlülük doğması mümkün değildi.[20]

Özgür bir kimsenin köle gibi satılmasının hiçbir hüküm ifade etmemesi sebebiyle alıcının söz konusu işlemden kaynaklanan bir zarara uğraması halinde de ilgili zarara katlanması beklenmişti. Dolayısıyla Roma hukukunun ilk dönemlerinde, satıcının iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın bu satıştan doğacak tüm zararlar açısından alıcının başvurabileceği herhangi bir hukuki imkân yoktu.[21] Ancak satıcının hileli hareketlerde bulunsa dahi hiçbir durumda sorumlu tutulamaması, zaman içerisinde hakkaniyete aykırı görülmüş ve *praetor*'lar tarafından öncelikle hileli davranışlar hususunda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda, M.Ö. 66 yılındaki *praetor*, *Aquilius Gallus* tarafından bir *edictum* aracılığı ile *actio doli* imkânının sağlanmasıyla birlikte hile sonucunda kandırılmış alıcılara, zararlarını dolaylı da olsa tazmin edebilecekleri bir dava imkânı tanınmıştır.[22] Fakat satıcının hilesinin olmadığı olsa dahi ispat edileme-

---

[20] ÖZBAY Ümit, Vefa Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 8-41; KORKMAZ Fırat, Roma Hukukunda Stipulatio, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 64. Modern hukuklar bakımından hukuki işlemin kurucu unsurlarından birinde eksiklik olması halinde yokluktan, geçerlilik unsurlarından birinde eksiklik olması halinde butlandan, hukuki işlemde sakatlık olması halinde ise iptal edilebilirlik yaptırımından söz edilir. Her ne kadar Roma hukukunda iptal edilebilirlik yaptırımı Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ne kadar tanınmasa da batıl işlemlerin varlığı oldukça eski dönemlerden beri bilinmektedir. Batıl bir işlemin zamanla geçerlilik kazanması mümkün olmadığı gibi işlemin hukuki sonuç doğurmasını engellemek için tarafların herhangi bir müdahalede bulunmasına da gerek yoktur. Zira hukuki imkânsızlığın da dâhil olduğu bu tür muameleler başlangıçtan itibaren *ipso iure* (hukuk gereği) hükümsüzdür. Bkz. YEŞİLLER Mehmet, "Roma Hukukunda Hükümsüzlük Halleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2011, ss. 77-94, s. 78; UMUR, **Roma Hukuku**, s. 481; KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 243.

[21] de ZULUETA Francis, **The Roman Law of Sale; Introduction and Select Texts**, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1957, s. 10; STEIN, s. 65-66; BEN-DROR, s. 158; ZIMMERMAN, s. 242.

[22] En genel tanımıyla *dolus*, bir kimsenin zihninde yanlış bir kanaat uyandırarak onu aldatmak ve gerçek durumu bilseydi yapmayacak olduğu bir muameleye sevk ederek menfaat temin etmektir. UMUR, **Roma Hukuku**, s. 494. *Dig*. 4.3.1 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*) "*...Dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam...*": "Hile; bir kimseyi gafil avlamak, kandırmak, aldatmak için kullanılan her türlü kurnazlık, dalavere ve yolsuzluktur." Bu bağlamda bir faaliyetin hile kapsamında değerlendirilebilmesi için bilerek ve isteyerek hileli faaliyette bulunulması ve karşı taraftan menfaat elde etmek amacıyla fiilen hataya sevk etme veya susarak hata içerisinde bırakma durumu söz konusu olmalıdır. *Praetor*, *Aquilius Gallus* tarafından tanınan *actio doli*, esasen bir ceza davası olmakla birlikte bu dava ile doğrudan doğruya hileli faaliyetten zarar gören kimseye ceza olarak bir miktar ödenmesi gayesi güdülmektedir. UMUR, **Roma Hukuku**, s. 495. Söz konusu dava sonucunda mahkûm olunması halinde ise davalı, şerefsiz (*infamis*) statüsüne düşmektedir. Ayrıca davanın neticelerinin oldukça ağır olması se-

diği ya da *condictio* sonucunda geri alınan satış bedeli miktarının, iyiniyetli alıcının zararlarını karşılamaya yetmediği hallerde satıcının, mevcut hükümlere göre ilave bir sorumluluğu bulunmamaktaydı.[23]

Klasik Hukuk Dönemi'nde ise özgür kimseleri konu edinen satış sözleşmelerinin akıbeti noktasında radikal bir değişikliğe gidilerek tamamen farklı bir çözüm önerisi benimsendiği ve alıcılar aleyhine oluşan bu adaletsiz durumun giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu dönemde getirilen yeni düzenlemeye göre; alıcının iyiniyetli olması halinde satılan kişi köle olmasa da yapılan sözleşmeler geçerli sayılmış ve satıcı, sattığı kimsenin gerçekte özgür olup olmadığını bilip bilmemesinden bağımsız olarak alıcının uğradığı tüm zararlar kapsamında satış sözleşmesinin davası olan *actio empti* ile sorumlu tutulmuştur.[24]

Dig. 18.1.70 (*Licinius Rufinus, libro octavo regularum*)

"*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*"

---

bebiyle *actio doli*'nin ikincil nitelikte olduğu ve herhangi bir başka dava imkânı varsa bu davanın açılamayacağı (*alia actio non erit*) kabul edilmiştir. *Actio doli*, ilk dönemlerde hileli işlemin yapılmasından itibaren bir sene, *Constantinus* Dönemi'nden itibaren ise iki sene içerisinde açılmalıdır. Ancak ilgili süreler geçtikten sonra dahi *praetor*'lar, davanın *actio in factum* olarak açılmasına izin verebilir. Bu halde, davanın cezai vasfı ve şerefsizlik neticesi söz konusu olmayıp sadece zararın tazmini mümkün olmaktadır. RADO, s. 155-156; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 75; MORREALE, s. 15-16.

23 STEIN, s. 66; ZIMMERMANN, s. 242.

24 METZGER Ernest, "Remarks on David Daube's Lectures on Sale, with Special Attention to the Liber Homo and Res Extra Commercium", **Traditio Iuris Romani** (E. Metzger, ed), Glasgow, 2010, ss. 101-126, s. 111-112; BUCKLAND William Warwick, **The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, s. 6; STEIN, s. 62; EVANS-JONES, s. 475; DE ZULUETA, s. 10; ARANGIO-RUIZ Vincenzo, **La compravendita in diritto romano, Vol. I**, Napoli, 1961, s. 130; ZIMMERMANN, s. 242; MILAZZO Antonino, "Res in Commercio and Res Extra Commercium: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, ss. 253-286, s. 265; BEN-DROR, s. 156; RABELLO, s. 159; JHERING, s. 57; DEROUSSIN, s. 198. Aksi bir görüş için bkz. HAYMANN Franz, **Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache I**, Vahlen, Berlin, 1912, s. 163. *Liber homo* satışlarında doğrudan *actio empti* davasının tanınması, gerçeğin sonradan öğrenilmesi halinde satıcıya karşı sözleşme davaları açılarak alıcının tüm zararlarının tazmin edilebilmesine olanak sağlamıştır. Bu zararın kapsamı; ödenen satış bedeli, köle alabilmek için yapılan yol ve konaklama masrafları, köle için yaptırılan barınma alanları, alınan kıyafetler, takılar veya yiyecek içecekler, hastalık, tedavi giderleri, köle fiyatlarındaki yükselmeler sonucunda ikame değerin pahalılaşması gibi çeşitli kalemlerden oluşabilir. *Actio empti*'nin *bona fides* kapsamında tanınan iyiniyet davası (*iudicium bonae fidei*) olması sebebiyle istenebilecek zarar miktarını hâkim serbestçe takdir edecektir.

Birçok kişi, eğer işlemin tarafları durumdan habersizse özgür kimselerin de geçerli bir şekilde satılabileceği görüşündedir. Satıcının durumu bildiği ancak alıcının farkında olmadığı haller açısından da aynı görüş söz konusudur. Fakat alıcı, kişinin özgür olduğunu bile bile satın alıyorsa satış işlemi geçersizdir.[25]

Dig. 18.1.4 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

"*Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur.*"

Sahip olunması mümkün olmasa da özgür bir kimsenin ve *res sacra* veya *religiosa* niteliğindeki bir arazinin satışı, alıcının durumdan habersiz olması halinde geçerlidir

Klasik Hukuk Dönemi'nde kabul edilen söz konusu yeni prensip ile birlikte başlangıçtaki objektif hukuki imkânsızlık sebebiyle batıl sayılan bir işlemin nasıl radikal bir şekilde hukuken geçerli bir sözleşme olarak ele alındığının incelenmesi önem arz etmektedir. Bunun için de öncelikle bahsi geçen dönem aralığında yaşamış hukukçuların sözleşmelerin hükümsüzlüğü konusunda beyan ettikleri fikirlerin incelenmesinde fayda vardır. Zira Klasik Hukuk Dönemi'nde yaşamış olan hukukçuların görüşleri Roma hukukunun gelişimine bir yüzyıldan uzun bir süre yön vermiştir.[26] Bu bağlamda söz konusu döneme ait metinlerden, sözleşmenin batıl olması halinde zarara uğrayan tarafın zararlarının ne şekilde karşılanması gerektiği konusunda Klasik zamanının en önemli iki hukuk okulu olan *Sabinianus* ve *Proculianus* mekteplerinin görüşlerini benimseyen hukukçular arasında bir tartışmanın bulunduğu anlaşılmaktadır.[27]

---

[25] Doktrindeki hâkim görüşe göre; ilgili metin *interpolatio*'ya uğramamış olup doğrudan doğruya Klasik Hukuk Dönemi'ne aittir. Bu metinde geçen birçok kişi (*plerique*) ifadesinden de anlaşıldığı üzere söz konusu dönem içerisinde dahi özgür kimseleri konu edinen satış sözleşmelerinin niteliği noktasında hukukçular arasında bir fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Ancak tartışmanın konusunun, satış işleminin tamamen geçersiz sayılıp sayılmayacağı ya da alıcının yanı sıra satıcının da iyiniyetli olması halinde nasıl bir düzenleme yapılması gerektiği konularından hangisi ile ilgili olduğu açık değildir. Bkz. BEN-DROR, s. 157, dn. 99; ZIMMERMANN, s. 242; DEROUSSIN, s. 198, dn 48. Alıcıya *actio empti* imkânının tanınmasıyla birlikte artık satıcı, alıcıyı hileli bir şekilde kandırsa dahi alıcının, *actio doli* davasına başvurması söz konusu değildir. Nitekim *actio doli*'nin bir ceza davası olması ve mahkûmiyet neticesinde davalının şerefsiz statüsüne düşmesi sebebiyle bu davanın açılabilmesi, zarar görenin sözleşme davaları başta olmak üzere başka herhangi bir imkânının bulunmaması şartına bağlıdır.

[26] KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 71; UMUR, **Roma Hukuku**, s. 231-232.

[27] METZGER, s. 114-115; STEIN, s. 66-82; BEN-DROR, s. 167. Ayrıca bkz. *Dig*. 18.1.4 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*); *Dig*. 18.1.6 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*); *Dig*. 18.1.34.2 (*Paulus libro 33 ad edictum*); *Dig*. 18.5.6 (*Paulus libro secundo ad edictum*).

Sabinianus ekolünün görüşüne göre; sözleşme görüşmeleri sonucunda her ne kadar geçerli bir sözleşme kurulamamış olsa da tarafların zararları, hedeflenen sözleşmenin davaları kapsamında talep edilebilmelidir. *Proculianus* mektebi taraftarı hukukçular ise geçerli şekilde kurulamamış bir sözleşme sonucunda zarara uğrayan kimseye, ortada bir sözleşme olmadığı için sözleşme davalarının tanınmaması gerektiği görüşünü benimsemiştir.[28] Özgür kimselerin satış işlemlerine konu edilmesi halinde ise ilgili tartışmalara yer vermemek adına bu nitelikteki sözleşmeleri doğrudan doğruya geçerli sayarak alıcının zararlarının tazmininin hedeflenmiş olması muhtemeldir. Zira köle olmadığından habersiz olunan özgür bir kişiyle, gerçek bir kölenin ayırt edilmesinin oldukça zor olması sebebiyle uygulamada, özgür kimseler birçok defa köle olduğu düşünülerek satılmış ve sonrasında bu kimselerin aslında köle olmadıklarının anlaşılmasıyla birlikte alıcılar çeşitli zararlara uğramışlardır.[29] Muhtemelen günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan bu problem neticesinde alıcıların satış sonrasında sürekli çeşitli zararlara uğrayıp bu zararlara katlanmak durumunda kalması Romalılar için sürdürülebilir görülmemiş ve ilgili sözleşmelerin geçerli sayılarak zararların doğrudan sözleşme davalarıyla istenmesi gerektiğine karar verilmiştir.[30] Bu şekilde, sıklığı zamana yayılan bir karışıklığın, uygulanan hukuku etkileyerek değişmesine sebep olduğu ileri sürülebilir. (*communis error facit ius*-ortak hata hukuk yaratır).[31] Nitekim tarihsel süreç içerisinde bu zorlu durum ile karşılaşıldığı dolaylı olarak *Digesta*'da da ifade edilmiştir.

Dig. 18.1.5 (*Paulus libro quinto ad Sabinum*)

"*Quia difficile dinosci potest liber homo a servo*."

---

28 METZGER, s. 114-115.

29 Bkz. Dig. 40.5.26.1 (*Ulpianus libro quinto fideicommissorum*); *Dig*. 18.1.5 (*Paulus libro quinto ad Sabinum*); *Dig*. 43.3.34 (*Iavolenus libro secundo ad Plautium*).

30 RABELLO, s. 159-160; DE ZULUETA, s. 10. Keza bir kölenin vasiyetname ile (*manumissio testamento*) veya mektupla azat (*manumissio per epistulam*) edilmesi örneklerinde olduğu gibi azat edildiğinden haberinin dahi olmaması mümkündür. Benzer şekilde doğuştan özgür (*ingenuus*) olmakla birlikte oldukça küçük bir yaşta aile babası tarafından bir başka kimseye satılan ve satıldığı kimseye köle gibi (*servi loco*) hizmet eden evladın ya da hamileliğinin son dönemlerinde özgürlüğünü kazanmış fakat doğumdan sonra vefat etmiş bir kadının bundan haberdar olmayan çocuğunun özgür olduğunun farkında olmaması söz konusu olabilir. Bir kimsenin çeşitli sebeplerden dolayı köle olmadığını bilmesine rağmen bunu gizlemesi de mümkündür. Tüm bu haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. JACQUES Ramin / VEYNE Paul, "Droit Romain et Société: Les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire", **Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte**, Vol. 30, No. 4, 1981, ss. 472-497.

31 BUCKLAND, s. 6.

Zira özgür bir kişiyle köleyi birbirinden ayırt etmek oldukça güçtür.[32]

Klasik Hukuk Dönemi'yle birlikte, iyiniyetli olarak özgür kimseler üzerinde hukuken meşru bir şekilde iyiniyetle zilyetlik (*bona fides possessio*) kurulabilmesine ve bu zilyetliğin korunabilmesine izin verilmesi de sözleşmenin geçerliliği hususuna dayanak teşkil eden bir başka sebep olarak yorumlanabilir.[33] Bilindiği üzere Roma hukuku açısından satış sözleşmesinin satıcıya yüklediği en temel yükümlülük; satım konusu malın mülkiyetini alıcıya devretmek değil; yalnızca rahat zilyetliği (*habere licere*) temin etmektir.[34] Dolayısıyla satıcı, kural olarak üçüncü bir kişi tarafından üstün hak

---

[32] Benzer metinler için bkz. *Dig*. 40.5.26.1 (*Ulpianus libro quinto fideicommissorum*); *Dig*. 43.3.34 (*Iavolenus libro secundo ad Plautium*); *Dig*. 40.4.29 (*Scaevola libro 23 digestorum*).

[33] ZIMMERMANN, s. 242; ARANGIO RUIZ, s. 149; RABELLO, s. 159; STEIN, s. 63. *Bona fide possessio*; en genel tanımıyla kişinin bir malı, kendisini hukuka uygun şekilde hak sahibi malik zannederek elinde bulundurmasıdır. Hukuk düzeni bu durumda her ne kadar geçerli bir mülkiyet hakkının varlığını kabul etmese de iyiniyetle bir malı elinde bulunduran kimselerin zilyetliğini onaylamış ve söz konusu kimselere, belirli şartların oluşması halinde zilyetliklerini koruyabilmelerine izin vermiştir. Zaman içerisinde iyiniyetli bir şekilde köle olduğu varsayılan kimseler üzerinde kurulan zilyetliğin de bu nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. BERGER, s. 562; UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 29. Keza hür olduğu bilinmeden alınıp satılan kişiler üzerinde hukuken meşru bir biçimde zilyetlik kurulabileceğinin kabul edilmesiyle birlikte, Romalı hukukçular tarafından, iyiniyetli bir biçimde köle gibi hizmet eden özgür kimseler (*liber homo bona fide serviens*) adı altında ayrı bir hukuki statü dahi oluşturulmuştur. Bu şekilde onların köle olduğunu düşünerek hizmetlerinden yararlanan alıcılara, zilyetlik koruma davaları tanınmış ve iyiniyetli geçirilen süreç içerisinde bu kimselerce elde edilen hakların ve malların efendi gibi doğrudan doğruya iyiniyetli alıcıya ait olacağı kabul edilmiştir. *Gai. Ins.* 2.86 "*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioue habemus; item per eos seruos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus...*": "Yalnızca kendi eylemlerimizle değil; aynı zamanda *potestas* veya *manus* altında olanlar, *in mancipio* durumunda bulunanlar, üzerinde intifa hakkı sahibi olduğumuz köleler ile özgür veya başkasının kölesi olup da *bona fides possessio* altında bulundurduğumuz kimseler aracılığı ile de mülk edinebiliriz." Bkz. BUCKLAND, s. 6-331 vd; SIGISMUND-NIELSEN Hanne, **Slave and Lower-Class Roman Children, The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World** (Evans Grubbs, J./ Parkin, T. ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 288-289 vd.

[34] TAHİROĞLU, s. 197; ERDOĞMUŞ, s. 74; RADO, s. 97. Alım satım sözleşmesinin iyiniyet sözleşmesi olması ve satıcının sorumluluğunun yalnızca rahat zilyetliği teminle sınırlandırılması onu sözle kurulan *stipulatio*'lardan ayırmıştır. Bu bağlamda, özgür bir kimsenin dar hukuk davaları ile korunan şekilci *stipulatio*'lar aracılığıyla satılması halinde ilgili sözleşme *emptio venditio* işlemlerinden farklı olarak geçersizdir. Bu halde alıcının iyiniyetli olsa da korunması söz konusu olmamaktadır. Bkz. BUCKLAND, s. 6; ROBY Henry John, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Vol. II**, Cambridge University Press, Cambridge, 1902, s. 17; KORKMAZ, s. 64; YEŞİLLER, s. 80. Ayrıca bkz. *Gai. Ins.* 3.97 "*Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, uelut si quis hominem liberum, quem seruum esse credebat, aut mortuum, quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum uel religiosum, quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.*": "Eğer

iddiasıyla zapt eylemi gerçekleştirilmediği, bir diğer ifadeyle alıcının mal üzerindeki fiili zilyetliği rahatsız edilmediği sürece mülkiyet durumundaki eksikliklerden ötürü sorumlu değildir.[35] Bu durumun da özgür kimselerin satışının geçerli sayılmasına hukuki dayanak olarak alınması oldukça muhtemeldir.

Söz konusu düzenlemeyle birlikte özgür kimselerin satımını konu edinen tüm sözleşmelerin değil; yalnızca alıcının iyiniyetli olduğu işlemlerin geçerli sayıldığı özellikle belirtilmelidir. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi'nde benimsenen ve *Iustinianus* Dönemi'nde de aynen kabul edilen prensibe göre; alıcının, satış sözleşmesinin akdedildiği sırada satın almaya çalıştığı kişinin gerçek özgürlük durumunu bilmesi halinde geçerli bir satış sözleşmesinden bahsedebilmek mümkün değildir.[36] Zira Romalılar nazarında satın alınan özgür kişinin, gerçeği bir gün fark ederek fiili kölelik durumuna son verebileceğini göze almış olan alıcı, sözleşme davalarıyla korunmaya değer görülmemiştir.[37] Öyle ki satın aldığı kişinin köle olmadığını bilen kimseler bu satış işlemi sebebiyle bazı zararlara uğrasa da bu zararlarını satıcıdan talep edememektedir.

Dig. 18.1.34.2 (*Paulus libro 33 ad edictum*)

"*Liberum hominem scientes emere non possumus. Sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: "cum servus erit...*"

"Bile bile özgür bir kimseyi satın alabilmemiz mümkün değildir. 'Gelecekte köle olduğunda' şeklindeki bir varsayımla satış veya *stipulatio* işlemi yapmamız da kabul edilemez..."

---

stipulatio ile verilmesini taahhüt ettiğimiz şey, aslında imkânsız ise *stipulatio* hükümsüzdür. Örneğin, bir kimsenin köle zannettiği özgürün, ya da hayatta sandığı ölmüş bir kölenin veya beşeri hukuka tabi olduğunu sandığı kutsal ya da dini bir yerin kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi bu niteliktendir". Benzer metinler için bkz. *Dig.* 44.7.1.9 (*Gaius libro secundo aureorum*); Dig. 45.1.103 (*Modestinus libro quinto pandectarum*).

35 *Dig.* 19.4.1. *pr.* (*Paulus libro 32 ad edictum*) "*Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.*": "...Alıcı ancak satıcıyı, paranın maliki yapamadığı durumlarda sorumluyken; satıcının ise zilyetliği devretmesi ve kötü niyetli olmaması halinde zapt gerçekleşmediği sürece sorumluluğu bulunmamaktadır..."

36 DEROUSSIN, s. 198-199; METZGER, s. 111-112; STEIN, s. 63-64; BEN-DROR, s. 159-160; MILAZZO, s. 265; ZIMMERMANN, s. 242.

37 Özgürlük durumunun hukuk önünde tespit edilebilmesi için öncelikle *vindicatio in libertatem* davası açılmalıdır. Bu şekilde hürlük durumunu tespit ettiren kimseler, efendi olarak davranan kimseyi derhal terk edebilir. UMUR, **Lügat**, s. 223; BERGER, s. 766. Ayrıca bkz. *Dig.* 21.2.69 *pr.* (*Scaevola libro secundo quaestionum*); *Dig.* 21.2.69.1 (*Scaevola libro secundo quaestionum*).

Dig. 45.3.34 (*Iavolenus libro secundo ad Plautium*)

"*Si servus testamento manumissus, cum se liberum esse ignoraret et in causa hereditaria maneret, pecuniam heredi stipulatus est, nihil debebitur heredibus, si modo scierint eum testamento manumissum, quia non potest videri iustam servitutem servisse iis, qui illum liberum esse non ignorabant. Distat ista causa eius, qui liber emptus bona fide servit, quia in eo et ipsius et emptoris existimatio consentit: ceterum is, qui scit hominem liberum esse, quamvis ille condicionem suam ignoret, ne possidere quidem eum potest videri.*"

Eğer bir köle vasiyetle azat edilmiş ancak özgür olduğunu bilmeden mirasın bir parçası olarak kalmışsa ve mirasçılara [buna karşılık olarak] bir meblağ ödemesi uygun görüldüyse, vasiyetle azat edilme durumunu bildikleri takdirde [azat edilen] onlara hiçbir şey borçlu olmaz. Çünkü onun hizmetleri hukuka uygun olarak görülemez. Nitekim kendisinin aslında özgür olduğunu bilen kimselere hizmet etmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, özgür olan ancak satın alınıp iyiniyetle köle gibi hizmet edenin halinden farklıdır. Keza alıcı ve hizmet edenin kendisi kişinin statüsü hakkında hemfikirdir. Lakin ilgili kimsenin özgür olduğunu bilen kimse, satın alınan, kendi özgürlük durumuyla ilgili bilgi sahibi olmasa da elde bulundurulamaz.[38]

İlgili metinlerden de görüleceği üzere alıcının kötüniyetli olduğu hallerde hiçbir şekilde korunmayacağı ve yapılan satış işlemlerine geçerlilik tanınmayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir.[39] Ancak Roma hukuku açısından sözleşmenin geçerliliği kavramının modern anlamda düşünülmemesi gerektiği belirtilmelidir. Zira Romalılar ilgili sözleşmeler açısından satım konusu malın mülkiyetinin geçmeyeceği ve ifaya bağlı diğer hususların talep edilemeyeceğini kabul etmekle birlikte yalnızca sözleşmeye kâğıt üzerinde geçerlilik sağlayarak zararların, sözleşmeden doğan davalar aracılığıyla alınmasına imkân sağlamıştır.[40] Benzer şekilde ilgili satış sözleşmeleri, özgür kimselerin *usucapio* ile kazanılması için gerekli haklı sebebi (*iusta causa*) sağlamadığı gibi özgür olduğu sonradan ortaya çıkan kişinin, sözleşme-

---

[38] Benzer bir metin için bkz. *Dig.*18.1.6 *pr.* (*Pomponius libro nono ad Sabinum*) "*Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse...*": "Fakat genç *Celsus* der ki; devir işlemine konu olamayacağını bildiğin diğer mallarda olduğu gibi, özgür olduğunu bildiğin bir kimseyi satın alamazsın..."

[39] STEIN, s. 63.

[40] BEN-DROR, s. 173; Arangio Ruiz yapılan bu işlemleri arazi satış olarak tanımlamaktadır. Bkz. ARANGIO RUIZ, s. 129.

nin geçerli olduğu iddiasıyla köle gibi çalıştırılmaya zorlanması da mümkün değildir.[41] Dolayısıyla sözleşmenin geçerliliği; ifaya ilişkin yükümlülüklerin doğması açısından değil; hedeflenen sözleşmenin herhangi bir hukuki engel sebebiyle tamamlanamaması nedeniyle doğan tazminat yükümlülüğünün devam etmesi şeklinde anlaşılmalıdır.[42]

B. İlahi Hukuk Alanına Dâhil Mallar ile Kamu Mallarının Satışı

Roma Hukuku'nda *res extra commercium divini iuris* (dini hukukla bağlantılı ticaret dışı mallar) ve *res extra commercium humani iuris* (beşeri hukukla bağlantılı ticaret dışı mallar) niteliğindeki eşyalar, kural olarak alım satım işlemlerinin dışında tutulmuştur.[43] *Res extra commercium divini iuris* olarak kabul edilen mal türleri üç tip olup bunlar; *res sacrae*; *res religiosae* ve *res sanctae*'dir.[44] Bu malların, bir nevi ilahların mülkiyetinde ve koruması

---

41 STEIN, s. 75-76.

42 ZIMMERMANN, s. 242-243; MORREALE, s. 17.

43 YEŞİLLER, s. 80; KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 21-22; SÖĞÜTLÜ, s. 620-621; UMUR, **Lügat**, s. 180; YALMAN, s. 19.

44 *Res sacrae*, göklerde yaşadığı kabul edilen tanrılar adına yapılmış tapınaklar ya da çeşitli ibadet yerleri ile bu yerlere adanmış mallar ve hediyeleri kapsamaktadır. *Res religiosae* ise yer altı ruhlarının (*diis Manibus*) kontrolünde olduğu düşünülen mezar alanları ile mezarlara bırakılan hediyelerden oluşmaktadır. Bkz. *Gai Ins*. 2.4 "*Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictae sunt.*: "*Sacrae* sayılanlar, göklerdeki tanrılara adanmışken; *religiosae* olanlar ise ölülerin ruhlarına (*diis Manibus*) ayrılmıştır." *Res sacrae* sayılan mallar, özel bir karar süreci sonrası bu niteliği kazanmaktayken; *res religiosae*'ler açısından bir kimsenin, özel mülkiyete tabi bir arazi içerisine ölü gömmek suretiyle ilgili toprağı bu statüye çevirmesi mümkündür. Bkz. *Gai*. *Ins*. 2.5 "*Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, ueluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto.*": "*Res sacrae*'ler yalnızca konuyla ilgili bir kanun (*lex*) çıkarılması ya da senato kararı *(senatus consultum*) alınması sonucunda Roma halkının onayıyla kutsal nitelik kazanırlar."; *Gai*. *Ins*. 2.6. "*Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.*: "*Res religiosae* mallar, birinin kendi arazisine ölü gömmesinde olduğu gibi yetkili olmamız koşuluyla kendi irademiz sonucunda bu niteliği haiz olur." Görüldüğü üzere gömünün yapılmasıyla birlikte, arazi üzerindeki mülkiyet hakkı ortadan kalkmakla birlikte gömüyü yapan kişi ve ardılları lehine *ius seculpri* adı verilen özel bir hak doğmaktadır. Bu hak araziye girilebilmesi, arazi üzerine *osthotek* (kül kabı), *sarchopaghus* (lahit) veya herhangi bir mezar anıtı dikilebilmesi ya da çeşitli ritüeller ve kurbanlar yapılabilmesine imkân sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Dig*. 11.7.2 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*); *Cod*. *Ius*. 3.44. Dinin, hukukla bağlantılı mal çeşitlerinin son grubunu oluşturan *res sanctae* ise koruma sağlamak amacıyla şehir kapıları ya da surları gibi sonradan kutsanmış olan şeyleri ifade etmektedir. Bkz. *Ius*. *Ins*. 2.1.7. "*...Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt et ideo nullius in bonis sunt. ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint.*": "...Şehrin surları ve kapıları gibi *sanctae* şeyler de bir nevi ilahi hukuka tabidir. Zira bunlar da hiç kimsenin malları arasında değildir. Sur duvarlarına *sancti* diyoruz nitekim surlara yapılan tecavüzler için ölüm cezası öngörülmüştür." Ayrıntılı bilgi için bkz. THOMAS Yan, "La valeur des choses: Le droit romain hors la religion", **Annales Histoire,**

altında olduğu kabul edildiğinden üzerlerinde özel kişilerin ayni hak kurabilmesine izin verilmemiştir.[45] *Res extra commercium humani iuris* olarak nitelendirilen mallar ise; beşeri hukuk gereğince özel mülkiyetin konusu dışında bırakılmış olup *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde *res publicae*, *res communes omnium* ve *res universitates* şeklinde üç alt grup içerisinde ele alınmıştır.[46]

Roma hukukunda bir satış sözleşmesinin konusunun yukarıda bahsi geçen mallardan birini içermesi halinde yapılan satış işlemi, hukuki imkânsızlık sebebiyle geçersizdir.[47] Bu durumda mağdur alıcıya, M.Ö. 66 yılında satıcının *dolus*'u olması halinde *actio doli* ve satış bedelini geri alabileceği bir *condictio* imkânı tanınmıştır.[48] Ancak özgür kimselerin satılmasındaki durum ile benzer bir şekilde zaman içerisinde, satıcının kastının bulunmadığı ve muhatabın iyiniyetli olduğu durumlar açısından mevcut hükümler hakkaniyet bazında yetersiz görülmüş ve bu durum, işlem sonucu uğranılan zararların tazmini açısından da bir dönüşüme sebebiyet vermiştir.[49] Bu dönüşümün yansımalarını, *Ulpianus*'tan aktarımda bulunan aşağıdaki *Digesta* metninden izlemek mümkündür.

Dig. 11.7.8 (*Ulpianus libro 25 ad edictum*)

"*Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet...*"

Sciences Sociales, Vol. 57, No. 6, 2002, ss. 1431-1462; BROWN Jonathan, "Res Religiosae and the Roman Roots of the Crime of Violation of Sepulchres", **Edinburgh Law Review**, Vol. 22, No 3, ss. 347-367.

45 BERGER, s. 677.

46 Herkesin ortak kullanımında olan mallar olarak tanımlanabilecek *res communes omnium*, doğal yapıları gereği malvarlığına dâhil olmayan hava, büyük akarsular, denizler veya sahiller gibi şeylerden oluşmaktadır. Bunlar ne özel mülkiyete ne de devlet mülkiyetine tabi olup bütün insanların ortak kullanımına bırakılmıştır. Ticari işlem dışı bırakılan bir diğer mal grubu olan *res publicae*, doğrudan doğruya Roma devletinin kamusal egemenliği altında olduğu kabul edilen şeylerdir. Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar Roma hukukunda çağdaş idare hukuku doktrinlerinde olduğu gibi kamu hizmetlerinde kullanılan mallar ve kamunun ortak kullanımına bırakılmış mallar ayrımı yapılmamış ve her ikisi de *res publicae* olarak nitelendirilmiştir. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren yalnızca tuz yatakları, tiyatrolar, limanlar, sokaklar, hamamlar veya meydanlar gibi kamunun ortak kullanımında olan malların (*res in usu publico*) ticari işlem dışında bırakılması kabul edildiğinden dolayı *res publicae* kavramı da bu dönemden itibaren dar bir anlam kazanmıştır. *Res universitates* ise Roma devleti dışında kalan *municipium*'lar gibi diğer kamu tüzel kişiliklerine ait olan mallardır. KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Eşya Hukuku**, s. 24-25; SÖĞÜTLÜ, **Roma Hukuku**, s. 623-624; BERGER, s. 679.

47 MORREALE, s. 19; MILAZZO, s. 265; METZGER, s. 112; WINKEL, s. 149.

48 BEN-DROR, s. 161-162; STEIN, s. 67.

49 ZIMMERMANN, s. 242.

Eğer dini bir toprak, normal bir arazi gibi satılmaya çalışılırsa, *praetor*, satıcıya karşı *actio in factum*[50] davasının açılabilmesine izin vermiştir.

Yukarıdaki metinden de görüleceği üzere *Ulpianus*, geçersiz bir sözleşmenin söz konusu olması halinde *praetor*'ların alıcıya, *edictum*'lar yoluyla *actio doli*'den farklı olarak *actio in factum* imkânını tanıdıklarını belirtmiştir. Dolayısıyla *Ius Civile* açısından geçersiz bir işlem sonucunda ortaya çıkan zararların tazmin edilememesi durumuna, *praetor*'ların hakkaniyet ilkesi gereğince müdahale ettiği anlaşılmaktadır. Bu zarar giderimi, kaynağını haksız fiilden almayan fakat tamamen hakkaniyete dayanan *actio in factum*'lar ile sağlanmıştır.[51]

Yukarıda verilen *Digesta* metninden çıkan en önemli sonuç; Klasik Hukuk Dönemi'nde *liber homo* satışlarından farklı olarak, ilahi hukuk alanına dâhil olan malların satılması sebebiyle bir zarar doğması halinde alıcıya, doğrudan doğruya sözleşme davalarının tanınmamış olmasıdır.[52] Keza söz konusu mallar açısından Romalılar, şeklen de olsa ilgili sözleşmeleri geçerli sayıp sözleşme davalarını tanımayı tercih etmemiştir.[53] Bu noktada, ilahi hukuka ait mallar ile kamu mallarının satışında, özgürlerin satışına oranla alıcının iyiniyetli sayılabileceği durumların kısıtlı olması ve özgür kimselerin köle gibi satılmasına uygulamada oldukça sık rastlanılması sebebiyle birçok alıcının zarara uğraması ilgili iki durum açısından farklı kurallar öngörülmesinde etkili olmuş olabilir.[54] Lakin *Iustinianus* Dönemi'ne gelindi-

---

[50] *Actio in factum*'lar, *praetor*'un hakkaniyeti (*aequitas*) sağlayabilmek için taraflar arasındaki bir uyuşmazlığı sonuçlandırmak amacıyla *formula*'yı, *Ius Civile* açısından korunan bir hakka değil doğrudan bir *factum*'a (vakıaya) dayandırdığı davalardır. Bu şekilde *praetor*'lar, bir hakkı ihlal edilen kimsenin menfaati *Ius Civile* açısından korunmuyor olsa bile söz konusu hakkın korunabilmesi için mağdur kişinin, *actio in factum*'ları kullanmasını sağlayabilirdi. Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 281-285; TAHİROĞLU Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 231; UMUR, **Lügat**, s. 15.

[51] WINKEL, s. 152; DE ZULUETA, s. 11; EVANS-JONES, s. 476; METZGER, s. 112; ZIMMERMANN, s. 242-243.

[52] MILAZZO, s. 265; METZGER, s. 111.

[53] *Res divini iuris* konusu malların satışının geçersiz olması gerektiği noktasında hem *Sabinianus* hem de *Proculianus* mekteplerinin destekçileri hemfikirdir. Ancak *Sabinianus* ekolü, her ne kadar satış işlemleri geçersiz olsa da doğrudan sözleşme davalarının açılabileceğini savunurken; *Proculianus* mektebi destekçileri *actio in factum*'ların tanınması gerektiğini ifade etmiştir. *Res humani iuris* niteliğindeki malların durumu ise muhtemelen ilk defa *compilator*'lar tarafından Klasik Dönem metinlerine eklemeler yapılarak düzenlenmiştir. Bkz. BEN-DROR, s. 167; METZGER, s. 114-115; STEIN, s. 77. Ayrıca bkz. *Dig*. 18.1.4-5,6 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*).

[54] Nitekim bir tapınağın, mezarlığın, tiyatro veya hamam gibi anıtsal kamu yapılarının bulunduğu bir arazinin özel mülkiyete tabi olamayacağı dışarıdan kolaylıkla anlaşılabilir. Ancak bir

ğinde *compilator*'lar tarafından söz konusu ayrım gereksiz görülerek ortadan kaldırılmış ve her iki durumda da alıcıya, satış sözleşmesinin davası olan *actio empti*'yi tanımak suretiyle *liber homo* satışları için öngörülen kurallar aynen diğer bahsi geçen malların satışlarına da uygulanır olmuştur.[55] Aşağıda verilen metinlerde bu dönüşüm açık bir şekilde görülebilmektedir.

Dig. 18.1.4 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

"*Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur.*"

Sahip olunması mümkün olmasa da özgür bir kimsenin ve *res sacra* veya *religiosa* niteliğindeki bir arazinin satışı, alıcının durumdan habersiz olması halinde geçerlidir.

Dig. 18.1.5. (*Paulus libro quinto ad Sabinum*)

"*Quia difficile dinosci potest liber homo a servo.*"

---

arazinin üzerinde herhangi bir anıt veya işaret olmadığı için toprağın gömü barındırıp barındırmadığının veya sınırları tam olarak belli olmayan bir kamu yolunun ya da yapısının satın alınmak istenen araziye dâhil olup olmadığının anlaşılamadığı durumlar açısından alıcının iyiniyetinin korunması makul görünmektedir. Aynı yönde bkz. BEN-DROR, s. 163-165; DEROUSSIN, s. 194.

55 STEIN, s. 75-77; BEN-DROR, s. 168; ARANGIO RUIZ, s. 209; METZGER, s. 112; MILAZZO, s. 264-265. Klasik Hukuk Dönemi'nde her ne kadar bahsi geçen sözleşmeler geçerli sayılmasa da bu dönemde dahi sözleşme davalarının tanınmış olabileceğini ileri süren bir görüş de mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlar, *Modestinus*'tan aktarılan aşağıdaki *Digesta* metnini kendilerine dayanak almaktadır. Bkz. *Dig*. 18.1.62.1 (*Modestinus libro quinto regularum*) "*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.*" Bir kimse farkında olmadan *locus sacra*, *religiosa* veya *publica* niteliğindeki bir toprağı satın alırsa ortada geçerli bir satış işlemi mevcut olmasa da alıcı, beklenenin elde edilmesine karşılık gelen menfaatini satış sözleşmesinin davasıyla tazmin edebilir." İlgili görüşü savunan yazarlar, *Modestinus*'tan aktarılan söz konusu metnin *interpolatio*'ya uğramadığını ve doğrudan doğruya Klasik Hukuk Dönemi'nin son devirlerine ait olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. WINKEL, s. 153; JHERING, s. 27-28; KUONEN Nicolas, "La culpa in contrahendo: un colosse aux pieds d'argile? une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, Vol. 73, 2005, s. 274-275; ZIMMERMANN, s. 243. Buna göre; *Ulpianus*'un öğrencisi olan *Modestinus*, hocası tarafından benimsenen *actio in factum* prensibini kabul etmemiş ve zarar gören alıcılara sözleşme davalarının tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Metnin doğrudan Klasik döneme ait olduğunu düşünenler; *Modestinus*'un bu fikre varmasını, sistem dışı yargılama (*cognitio extra ordinem*) prensibinin, yazarın yaşadığı M.S. 3. yüzyılın sonlarında yaygın hale gelmesiyle açıklamaktadır. Zira ilgili usulde hâkime, *formula* ile bağlı olmaksızın geniş bir takdir yetkisi tanınmış; bu durum da sözleşme geçerli bir biçimde kurulmamış olsa dahi zarar gören kimselerin, sonuçlandırılmak istenen sözleşmenin davalarıyla tazmin edilmeleri gerektiği fikrini ortaya çıkarmıştır. İlgili metnin *interpolatio*'ya uğradığı yönündeki karşı görüş için bkz. EVANS-JONES, s. 347; METZGER, s. 112; ALBERTARIO Emilio, **Studi di diritto romano, vol. III: Obbligazioni**, Milan, 1936, s. 369.

Zira özgür bir kişiyle köleyi birbirinden ayırt etmek oldukça güçtür.[56]

Dig.18.1.6 *pr.* (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

"*Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse. ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est Campus Martius.*"

Fakat genç *Celsus* der ki; devir işlemine konu olamayacağını bildiğin diğer mallarda olduğu gibi, özgür olduğunu bildiğin bir kimseyi satın alamazsın. *Sacra* veya *religiosa* niteliğindeki bir arazi veya *Campus Martius* gibi hukuki işlem konusu yapılamayan, hazineye ait olmayıp doğrudan kamuya özgülenen şeyler de bu kapsamdadır.[57]

Ius. *Ins*. 3.23.5.

"*Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*"

Bir kimse bir kamu meydanı veya kilisenin satın alınmasında olduğu gibi kutsal, dini veya kamuya ait bir yeri bile bile satın alırsa batıl bir işlem yapmış olur. Fakat bu kişi, satıcı yüzünden menfaatlerinin ihlal edilmesi suretiyle, onları, kutsal veya kamuya ait olmayan yerler zannederek satın alırsa, elde etmesi lazım geleni alamadığı için, alıcının davasını (*actio ex empto*) açabilir. Bu şekilde beklediğini bulamamış olmasının karşılığındaki menfaati elde eder. Hür bir kimsenin köle zannederek satın alınmasında da hukuki durum aynıdır.[58]

---

[56] Muhtemelen *compilator*'lar tarafından yalnızca *Paulus*'tan aktarım yapılan *Dig*. 18.1.5 metni orijinal şekliyle aynen bırakılmış ancak önündeki ve arkasındaki metinlere bazı eklemeler yapılmıştır. Zira söz konusu metinlerde kelime tekrarları, bağlam kopuklukları ve özelden genele geçişlerin oldukça belirgin bir şekilde mevcut olması sebebiyle ilgili cümlelerin *interpolatio*'ya uğradığı hususunda şüphe yoktur. Bahsi geçen metinlerde yapılan olası *interpolatio*'lar hakkında detaylı bilgi için bkz. METZGER, s. 113.

[57] Orijinal metinde *Pomponius*'un aslında alıcı iyiniyetli değilse *actio in factum*'un tanınmayacağından bahsetmiş olması muhtemeldir. Bkz. BEN-DROR, s. 165.

[58] Metindeki *deceptus* kelimesinin kasti bir biçimde aldatılmak anlamında kullanıldığını ifade eden bir görüşe göre *Iustinianus* Dönemi'ndeki düzenleme sonucunda yalnızca kötüniyetli satıcıya karşı dava hakkı tanınmıştır. STEIN, s. 76; ZIMMERMANN, s. 243, dn. 63; METZGER, s. 112. Ancak *decipere* veya *deceptus* kelimelerinin *Iustinianus* Dönemi'nde Klasik

İlgili tüm metinlerden görüldüğü üzere *Iustinianus* Dönemi'nde alıcının iyiniyetli bir şekilde aldığı malın satışının hukuken yasak olduğunu bilmemesi halinde sanki sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş gibi sözleşmeden doğan davalardan istifade edebilmesine karar verilmiştir.[59] Bu şekilde, hem özgür kimselerin hem de kamu malları veya ilahi hukuk sahasında kalan malları içeren satış sözleşmeleri açısından *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan zararların akdi bir tazminat talebi ile giderileceği hususu kesinlik kazanmıştır.

C. Diğer Haller

Jhering de dâhil olmak üzere bazı yazarlar, yukarıda belirtilen haller dışında kalan birtakım münferit örnekleri de *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ilk nüvelerinin Roma hukukunda bulunabileceği tezine dayanak almıştır. Bu bağlamda; satış sözleşmesine bağlanan *lex commissoria* anlaşmalarındaki koşulların gerçekleşmesi sebebiyle işlemin geriye dönük (*ex tunc*) şekilde geçersiz olması, müstakbel bazı mal satışlarının fiziken imkânsız hale gelmesi ve mevcut olmayan bir terekenin satış işlemlerine konu edilmesinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik hükümler, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu ima eder biçimde yorumlanmıştır.[60]

Klasik Hukuk Dönemi'nde bu sebeplerden dolayı sözleşmenin geçerli şekilde meydana gelememesi sebebiyle alıcının uğradığı zararların ne şekilde tazmin edildiği hususu tartışmalıdır. Keza yukarıda bahsi geçen diğer örneklerde olduğu gibi *Proculianus* ekolünün temsilcileri sözleşmenin kurulamadığı hallerde *actio in factum* davalarının tanınmasını savunmuşken; *Sabinianus* okulunun görüşlerini kabul eden hukukçular, doğrudan sözleşme davalarının verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde ise *Sabinianus* ekolünün görüşlerinin benimsediği ve alıcılara doğrudan sözleşme davalarının tanındığı anlaşılmaktadır.

Hukuk Dönemi'nde olduğu gibi dar bir anlamda kullanılmadığı ve burada geçen ifadelerin temel olarak alıcının menfaatlerinin karşılanamaması, beklenilenin elde edilememesi anlamında olduğu da ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. BEN-DROR, s. 160. İlgili kelimelerin hileli bir biçimde kasten yapılan menfaat temini anlamında kullanılmadığı başka örnekler için bkz. *Dig*. 12.4.9.1 (*Paulus libro 17 ad Plautium*); *Dig*. 4.4.19 (*Ulpianus libro 13 ad edictum*); *Dig*. 44.1.7.1 (*Paulus libro tertio ad Plautium*).

59 JHERING, s. 27-45.

60 STEIN, s. 78-79 vd.; JHERING, s. 28-29 vd.; MORREALE, s. 17; DEROUSSIN, s. 199-200 vd.; BEN-DROR, s. 169-170 vd. Tüm bu hallerde sözleşmenin hiç kurulamaması ya da geçerli bir biçimde kurulmakla birlikte geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelmesi söz konusudur.

1. Satış Sözleşmesine *Lex Commissoria* Anlaşmasının Eklenmesi

Culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli olarak yorumlanabilecek hallerden biri, satış sözleşmesine bağlanan *lex commissoria* anlaşması sonucu alıcının uğradığı zararların tazmini noktasında karşımıza çıkmaktadır. Roma borçlar hukuku açısından *lex commissoria*, eşya hukuku alanındaki aynı isme haiz anlaşmalardan farklı olarak satış bedelinin belirli bir süre içerisinde ödenmediği takdirde, satıcının sözleşmeden dönebilmesine imkân sağlayan anlaşmaları ifade etmektedir.[61] Bu şekilde *lex commissoria* anlaşmasındaki şartın gerçekleşmesi halinde satıcıya akdi bozabilme imkânı sağlanmış ve sözleşmenin geriye yönelik (*ex tunc*) olarak hükümsüz sayılacağı sonucuna varılmıştır.[62] *Iustinianus* Dönemi'nde bu sebeple sözleşmenin geçersiz sayılmasıyla birlikte bir zararın ortaya çıkması halinde alıcının, satış sözleşmesinin davasını açarak zararlarını tazmin edebileceği kabul edilmiştir.

Dig. 18.1.6.1 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

"*Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse...*"

Satış konusu bir arazinin bedelinin üç yıllık taksitler şeklinde ödeneceği kararlaştırılır ve taksit bedeli belirlenen tarihte ödenmezse, yapılan arazi satışı hükümsüzdür. Alıcı, satışın hükümsüz hale gelmesinden önceki dönemde araziyi işleyerek topladığı ürünleri iade etmelidir. Ayrıca arazinin, daha sonra üçüncü bir kişiye önceki bedelinden daha düşük bir meblağa satılması durumunda alıcının satıcıya bu farkı ödemesi lazım gelir. Ödemenin vadesinde yapılmaması halinde de satıcının satış sözleşmesinin davasını açabileceği kararlaştırılmıştır...

Yukarıdaki metinde belirtildiği üzere işleme eklemlenen *lex commissoria* anlaşmasına uyulmaması sonucunda yapılan satış sözleşmeleri hükümsüz sayılmıştır.[63] Ancak ortada her ne kadar geçerli bir sözleşme mevcut olmasa

---

61 TAHİROĞLU, s. 223; ERDOĞMUŞ, s. 91; SÖĞÜTLÜ, s. 494; RADO, s. 101.

62 *Lex commissoria* anlaşması, "vade sonunda bedel ödenmezse alım satım yapılmamış olsun" ifadesi ile benzeri cümleleri içeren ifadelerin satış sözleşmesine dâhil edilmesiyle yapılmaktadır. TAHİROĞLU, s. 223. Böyle bir dönme anlaşması yapılmamışsa borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının sözleşmeden dönme yetkisi yoktur. Bkz. ERDOĞMUŞ, s. 91; SÖĞÜTLÜ, s. 494; RADO, s. 101.

63 WINKEL, s. 152.

da satıcının, satış sözleşmesinin davası olan *actio venditi*'yi açarak hem o zamana kadar toplanılan ürünlerin değerini hem de arazinin yeniden satılması halinde uğradığı zararlarını giderebilmesine imkân sağlanmıştır.[64]

2. Başlangıçtaki Objektif Fiziki İmkânsızlık Durumları

Satış sözleşmesinin konusunu, gelecekte ortaya çıkacak malların oluşturması da mümkündür. Zira Roma hukukuna göre anlaşmanın yapıldığı sırada malın fiziken var olması zorunlu değildir.[65] Dolayısıyla bir sonraki yaz elde edilecek buğday hasadı, doğacak bir hayvanın yavrusu ya da toplanacak otlar önceden bir başkasına satılabilir. Lakin sözleşmenin kurulması, hasadın elde edilmesine, yavrunun doğmasına veya otların toplanmasına bir diğer ifadeyle geciktirici şarta (*condictio suspensiva*) bağlanmış olmaktadır.[66] Romalılara göre; müstakbel malın meydana gelmesi halinde satış sözleşmesi geçmişe etkili bir biçimde (*ex tunc*) geçerliyken meydana gelmemesi halinde de başlangıçtaki objektif fiziki imkânsızlık sebebiyle hükümsüzdür.[67] Fakat bu şekilde sözleşmenin kurulamamasında kusurlu olan tarafa karşı sözleşme davasının tanınabileceği hükme bağlanmıştır. Örneğin bir hayvanın, yavrusunu doğurması veya araziden toplanacak mahsullerin yetişmesi satıcı tarafından kasten engellenirse, bu halde, her ne kadar satış sözleşmesi kurulamamış olsa da meydana gelmiş gibi alıcıya sözleşme davaları tanınmıştır.[68]

Dig. 18.1.8. *pr.* (*Pomponius libro nono ad Sabinum*)

"*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.*"

Ne alım ne de satım içeren işlemler, satım konusu mal mevcut olmadan gerçekleştirilemez. Fakat yine de müstakbel semereler ve yavrular geçerli bir biçimde satılabilir. Öyle ki ancak ayrılma gerçekleştiğinde işlem tamam

---

64 JHERING, s. 28; STEIN, s. 78-79 vd; BEN-DROR, s. 166.

65 RADO, s. 92.

66 TAHİROĞLU, s. 200; SÖĞÜTLÜ, s. 469; ERDOĞMUŞ, s. 72-73.

67 STEIN, s. 78. Alacaklı, yalnızca şartın gerçekleşmesi halinde ifayı talep edebilecek, malın yıldırım düşmesi veya toprak kayması sonucu telef olmasında olduğu gibi mücbir bir sebep sonucu ortadan kalkması halinde talep imkânı da söz konusu olmayacaktır. Bkz. ERDOĞMUŞ, s. 72, dn. 129.

68 BEN-DROR, s. 169; DEROUSSIN, s. 199-200.

olduğu için satım gerçekleşmiş sayılır. Ancak satıcı, yavruların doğmasına ya da semerelerin oluşmasına engel olursa *actio empti* açılabilir.

Roma hukukuna göre; bir hukuki işleme şart olarak eklenen olayın da fiziken imkânsız olmaması gerekir. Bu şekildeki bir şartın sağlararası hukuki işlemlere dâhil edilmesi halinde ilgili işlem şartın imkânsızlığı sebebiyle hükümsüz hale gelmektedir.[69] Nitekim bir keçinin yavrulaması şartıyla yavrularından birinin satılacağının kararlaştırıldığı bir hukuki işlem, işlemin yapıldığı sırada keçinin ölmüş olması halinde imkânsızlık sebebiyle geçersizdir. Benzer şekilde, çocuk doğurma imkânı bulunmayan bir kölenin çocuğunun doğmasının satış işlemine şart olarak dâhil edilmesi halinde de işlem şartın imkânsızlığı sebebiyle hükümsüzdür.[70] Bu hallerde de Romalı hukukçular, satıcıyı sattığı malın niteliğini bildiği veya bilmesi gerektiği için kusurlu bulmuş ve alıcıya, zararlarını karşılayabilmesi için hukuki işlem geçerli bir biçimde kurulamasa da satış sözleşmesinin davalarının tanınması gerektiği sonucuna varmıştır.[71]

3. Mevcut Olmayan Tereke Satışları

Culpa in contrahendo sorumluluğunun bir emsali olarak yorumlanan son hal, mevcut olmayan tereke satımına yönelik olan münferit hükümlerdir.[72] Bu bağlamda özellikle yedek mirasçının tereke üzerindeki payını satabilmesi konusu üzerinde durulmuştur.[73] Nitekim Roma hukukunda vasiyeti yapan kişi, atadığı mirasçının mirası reddetmesi, iktisap etmemesi veya muristen önce ölmesi ihtimallerini düşünerek yedek bir mirasçı tayin edebilir. Bu halde, yedek mirasçı (*substitutus*) birinci mirasçının mirasçı olamaması geciktirici şartına bağlı olarak mirasçı nasbedilmiş olmaktadır.[74] Böylece geciktirici şarta bağlı söz konusu vasiyet alacağının da yedek mirasçı tara-

---

69 KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 227; SÖĞÜTLÜ, s. 289; AKINCI Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, Nobel Yayın Dağıtım, Konya, 1999, s. 152-153.

70 STEIN, s. 78.

71 BEN-DROR, s. 169. Bu yöndeki bir *Digesta* metni için bkz. *Dig*. 19.1.21.*pr*. (*Paulus libro 33 ad edictum*) "*Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.*": "Eğer köle kadın ve doğacak çocuğu üzerine bir satış sözleşmesi yapılmış ve alıcı bilmeden kısır ya da elli yaşın üzerinde bir köle satın almışsa, satıcı *ex empto* sorumludur."

72 STEIN, s. 80-81 vd; JHERING, s. 29-30; ARANGIO RUIZ, s. 209; MORREALE, s. 17; BEN-DROR, s. 170-171 vd.

73 Bkz. JHERING, s. 13-14; BEN-DROR, s. 170.

74 KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1, 1996, ss. 505-531, s. 514.

fından henüz şart gerçekleşmese de satış işlemlerine konu edilebilmesine izin verilmiştir. Ancak sözleşmenin geçerliliği yalnızca hâlihazırda mevcut bir terekedeki payın satılması halinde söz konusudur. Vasiyetin hiç yapılmamış olması, satıcının mirasbırakan gibi davranarak olmayan bir terekeyi satmaya çalışması ya da miras bırakılabilecek bir terekenin mevcut olmaması halinde ise tabii olarak geçerli bir satış sözleşmesinden bahsedebilmek mümkün değildir. Fiziki imkânsızlığın özel bir türü olarak kabul edilen bu durumun gerçekleşmesi halinde yapılan satış işlemleri hükümsüz sayılmıştır.[75]

Dig. 18.4.8 (*Iavolenus libro secundo ex Plautio*)

"*Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.*" *Dig*. 18.4.9 (*Paulus libro 33 ad edictum*) "*Et si quid emptoris interest.*"

Eğer tereke satıcıya ait değilse alıcıya ne kalacağının anlaşılabilmesi için bir ayrım yapılması gerekir. Nitekim tereke mevcut fakat aslında satıcıya ait değilse işlem geçerlidir. Fakat eğer anlaştıkları şekilde ortada bir tereke mevcut değilse alıcı, satıcıdan satış bedeli ve bu konuda yaptığı masrafları geri alacaktır. *Dig*. 18.4.9 (*Paulus libro 33 ad edictum*) ve uğradığı zararları geri alabilir.

Mirasçının, satmaya çalıştığı terekenin başkasına ait olması halinde dahi işlemin geçerli sayılmasına rağmen terekenin hiç mevcut olmaması halinde yapılan satış sözleşmeleri geçersizdir. İlgili metinden de görüldüğü üzere bu halde her ne kadar satış sözleşmesi başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersiz olsa da iyiniyetli alıcıya, satış bedeli ve yaptığı masrafların yanında uğradığı zararlarını da giderebilme imkânı tanınmıştır.[76]

III. ROMA HUKUKU KURALLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Roma hukukuyla ilgili yukarıda verilen tüm bu örneklerden anlaşıldığı üzere özellikle *Iustinianus* Dönemi'nde taraflardan, belirli durumlarda yapı-

---

[75] STEIN, s. 80; BEN-DROR, s. 170-171. Ayrıca bkz. *Dig*. 18.4.10 (*Iavolenus libro secundo ex Plautio*; *Dig*. 18.4.11 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*) vd.

[76] STEIN, s. 81-82.

lan sözleşme görüşmeleri sonucunda geçerli bir sözleşme ilişkisinin kurulup kurulamayacağını öngörmeleri beklenmiştir. Bu noktada satış sözleşmesi kapsamında satıcı, sözleşmenin kurulamaması halinde münferit hükümler kapsamında malın gerçek durumunu bilemediği veya öngöremediği için kusurlu sayılmış ve gereken özeni (*diligentia*) göstermemesi sebebiyle sorumlu tutulmuştur.[77] Bu bağlamda Romalılar, nihayetinde sözleşme görüşmelerinde gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle doğan zararların tazminini, alıcının iyiniyetli olması koşuluyla bizzat sözleşmeden doğan davaları tanıyarak sağlamıştır.[78]

İlk olarak Rudolf von Jhering, satış sözleşmesinin kurulamaması halinde iyiniyetli tarafın zararlarının tazminiyle ilgili dağınık hükümlerden yola çıkarak Romalıların, özen yükümlülüğü anlamına gelen *diligentia*'yı yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonra değil; fakat kurulması sırasında da (*in statu nascendi*) aradıklarını ileri sürmüş ve bu yükümlülüğün ihlali halinde kusurlu olan tarafın zararlarının, sözleşme davaları kapsamında tazmin edildiğini belirtmiştir. Bu şekilde Jhering, sözleşmesel kusur (*culpa*) kavramını, sözleşme öncesi görüşme sürecine de uyarlamış ve sözleşmenin kurulması için gerekli dikkati göstermemiş, belirli öngörülerde bulunamamış ya da çeşitli tedbirli almamış kusurlu tarafın sorumlu tutulduğunu iddia etmiştir.[79]

---

[77] MUSTAFARAJ Borana, "Modern legal systems and the principle of culpa in contrahendo: A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference," **Academicus International Scientific Journal**, No. 19, 2019, ss. 80-94, s. 82; JHERING, s. 42; ZIMMERMANN, s. 244; STEIN, s. 62.

[78] MORREALE, s. 17; RISKE Olivier, **La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: Perspectives pour l'ordre juridique suisse: Analyse historique, comparative et prospective**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2016, s. 254-255.

[79] JHERING, s. 38-42 vd. Jhering'in sözleşme öncesi sorumluluk açısından sorumluluğun dayanağını, sözleşmesel *culpa* olarak belirlemesini eleştiren görüşler de mevcuttur. Bazı yazarlar Jhering'in teorisinin yalnızca Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren geçerli olduğunu belirterek bu dönemden önceki sorumluluğun *culpa*'ya değil *dolus*'a dayandığını savunmuştur. Bkz. HELDRICH Karl, **Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung**, Leipzig: Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, 1970, s. 17 vd. Bundan başka *Iustinianus* Dönemi'nde dahi çeşitli hallerde sorumluluğun temelinin *culpa in contrahendo* değil ancak *dolus in contrahendo* olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. Bkz. ZIMMERMANN, s. 244-245. Stein ise *Iustinianus* Dönemi'ndeki ilgili sorumluluğun ne sözleşmesel anlamda *culpa*'ya ne de *dolus*'a dayandığını aksine ayrı bir güven sorumluluğu niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre; hâkimler *dolus*'un ispat edilemediği durumlarda *bona fides* gereğince bu davaları tanıyarak ayrı bir sorumluluk türünün gelişmesine imkân sağlamıştır. Stein, s. 83. Roma hukuku açısından bu sorumluluğunun temelini haksız fiile dayandırmak ise mümkün değildir. Nitekim malvarlığında yer alan değerlerin zarar görmesi halinde tazminat sorumluluğunu düzen-

Öncelikle belirtmek gerekir ki Roma hukukunda bilinçli bir şekilde sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluk adı altında ayrı bir tanımlama ya da sınıflandırma yapılmamıştır.[80] Zira Roma hukuku açısından yalnızca satış sözleşmesi kapsamında bahsi geçen sorumluluğun ilk nüveleri olarak yorumlanabilecek birtakım dağınık hükümler mevcuttur. Bu bağlamda; sözleşme müzakereleri aşamasında gerçekleştirilen belirli söz ve davranışlardan kaynaklanan zararların tazmin edilebileceği hükme bağlansa da hangi hallerde sözleşmeye geçerlilik tanınması hangi hallerde tanınmaması gerektiği de net çizgilerle soyut ve genel kurallarla belirlenmemiştir.[81] Keza yukarıda ele alınan özgür kimselerin ve ilahi hukuka tabi olan mallarla kamu mallarının satışı hakkındaki başlıklarda görülebileceği üzere bazı durumlarda satış sözleşmelerine kâğıt üzerinde geçerlilik kazandırılmış olmasına rağmen; müstakbel malların satışındaki imkânsızlık veya mevcut olmayan terekenin satılması halinde sözleşmelerin geçersiz sayılacağı belirtilmiştir.[82]

---

leyen *Lex Aquilia* ile yalnızca belirli değerlerin doğrudan doğruya fiziki temas (*corpore corpori*) sonucunda zarara uğraması durumunda tazminat imkânı sağlanıyordu. Keza *Lex Aquilia* kapsamında zararın, fiili yapan kimsenin doğrudan doğruya müspet bir hareketi bir diğer ifadeyle teması veya dokunması sonucunda verilmiş olması gerekmekteydi. Bu kapsamda, uçurumun kenarında gezen bir köle veya hayvanın itilmesi doğrudan failin hareketinin neticesi sonucunda meydana geldiği için ilgili zararlar kanun kapsamında tazmin edilmekte ancak kölenin ya da hayvanın korkutulması sonucu düşmeleri halinde *Lex Aquilia* hükümleri uygulanamamaktadır. RADO, s. 152; ERDOĞMUŞ, s. 141-142; TAHİROĞLU, s. 313-314. Her ne kadar Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren *Lex Aquilia* hükümleri kusurlu bir hareket neticesinde mülkiyet altında bulundurulan bir mala verilen her türlü zarar şeklinde genişletilmiş olsa da *culpa in contrahendo* hükümleri olarak değerlendirilen hallerde *actio Legis Aquiliae* davası değil bizzat sözleşme davaları tanınmıştır. Bkz. POULIADIS Athanassios K., **Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, Betrachtung zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, s. 31, 32; MORREALE, s. 16-17; RISKE s. 70; JHERING, s. 23-24.

80 MUSTAFARAJ, s. 81; ZIMMERMANN, s. 244. Roma hukukuna dair metinlerde genel tanımlamalara oldukça az rastlanılmaktadır. Bunun sebeplerinden biri, dönemin hukukçularının tanımları tehlikeli, dar kalıplar getiren ve hukukun değişen yapısını engelleyebilir nitelikte bulmalarından kaynaklanmaktadır. Bu bakış açısının da etkisiyle Roma hukukunda tanımlar ve kavramlar üzerinden sistematik bir yapı oluşmamıştır. SCHMIT Louis-Marie, **Les définitions en droit privé**, Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, Toulouse, 2017, s. 707. Ayrıca bkz. *Dig*. 50.17.202 (*Iavolenus libro 11 epistularum*) "*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*": "Hukuk açısından her tanımlama tehlikelidir; zira değişme ihtimalleri oldukça düşüktür."

81 Roma hukuku, kavramlar üzerinden sistematik bir sınıflandırma yapılmasına değil bizzat olaylara odaklı olduğu için kazuistik bir yapıdadır. Bu şekilde somut olaylar aracılığıyla oluşan ve gelişen bir hukuk olma vasfı Roma'nın her döneminde korunmuştur. Bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN, **Roma Hukuku**, s. 48-52; SÖĞÜTLÜ, s. 42.

82 Roma hukukunda sözleşme öncesi sorumluluk örnekleri olarak yorumlanabilecek durumlar bakımından sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği kavramları modern anlamda düşünül-

Sözleşme görüşmeleri kapsamında ortaya çıkan zararlarla ilgili Klasik Hukuk Dönemi'nden beri gelen *Sabinianus-Proculianus* mekteplerinin görüş ayrılıklarına dayanan tartışma *compilator*'lar tarafından tam olarak bir çözüme bağlanmamış ve bu sebeple *Iustinianus* Dönemi'nde dahi görece benzer olaylara farklı hukuki dayanaklar bulunmuştur. Bu durum, Romalılarca sözleşmenin geçerli veya geçersiz sayılıp sayılmayacağı yönündeki teorik tartışmalardan ziyade iyiniyetli tarafın zararının pratik olarak en iyi hangi şekilde tazmin edilebileceği konusu üzerine odaklanılmasından kaynaklanmaktadır. Ancak sonuç olarak *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşmenin kurulamadığı veya geçersiz olduğu haller de dâhil olmak üzere *bona fides* ilkesi gereğince akit müzakereleri sırasında bir tarafın kusuruyla doğan zararlarda sözleşme davalarının tanınacağı ilkesi kesin olarak benimsenmiştir.[83]

Sözleşme görüşmeleri sürecinden kaynaklanıp sözleşme davaları ile tazmin edilmesi gerektiği belirtilen zararın kapsamı ise; *Digesta*'da *Modestinus*'tan aktarılan bir metinde "*quod interfuit eius ne deciperetur*" (beklenenin elde edilmesi durumundaki menfaat) ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde "*quod sua interest deceptum eum non esse*" (beklediğini bulamamış olmasının karşılığındaki menfaat) şeklinde ifade edilmiştir. Jhering, bu noktada tanınan

memelidir. Zira *Proculianus* ekolünün görüşlerinin kabulüyle özgür kimselerin satışında olduğu gibi satım konusu malın mülkiyetinin geçmeyeceği ve ifaya bağlı diğer hususların talep edilemeyeceği kabul edilmekle birlikte yalnızca sözleşmeye kâğıt üzerinde geçerlilik sağlanarak zararların, sözleşmeden doğan davalar aracılığıyla alınması amaçlanmıştır. Dolayısıyla bu halde sözleşmenin geçerliliği; ifaya ilişkin yükümlülüklerin doğması açısından değil; hedeflenen sözleşmenin herhangi bir hukuki engel sebebiyle tamamlanamaması nedeniyle doğan tazminat yükümlülüğünün devam etmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Sözleşmelerin hükümsüzlüğü halinde de sözleşme davalarının tanınabileceğini savunan *Sabinianus* ekolünün görüşlerinin bazı durumlar açısından kabul edilmesiyle birlikte sözleşmenin geçersiz sayıldığı diğer durumlarda da zarar gören tarafa, *actio empti* tanınmış oldu. BEN-DROR, s. 173; RISKE, s. 72.

[83] BEN-DROR, s. 173. *Bona fides* ifadesi en genel anlamıyla sözleşmelerin kurulması, ifası ve ifa sonrası aşamalarında önem arz eden düzeltici, yorumlayıcı, tamamlayıcı ya da borç doğurucu işlevler taşıyan bir etik ilkeye karşılık gelmektedir. Bu ilkenin etkisiyle Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren *formula*'larda bazı borç ilişkilerinin içerikleri, "davalının, davacıya *bona fides* gereği vermesi ya da yapması gereken her şey" (*quidquid numerius negidius aulo agerio dare facere oportet ex fide bona*) olarak ifade edilmiş ve bu şekilde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimin, *bona fides* ilkesi yardımıyla ideal bir davranış modeli düşünüp davalının ifa yükümlülüğünü *bona fides*'e göre belirleyerek karar verdiği bu davalar *iudicia bonae fidei* şeklinde adlandırılmıştır. *Iudicia bonae fidei* olarak sınıflandırılan *actio empti* davasında da borçlunun taahhüdünün içeriği dürüstlük kuralına göre belirlenmiş ve bu ilke kapsamında sözleşmenin henüz müzakere edildiği aşamada dahi gösterilen kusur sebebiyle hâkime, kusurlu tarafı zararlardan sorumlu tutabilme imkânı tanınmıştır. Bkz. UÇARYILMAZ Talya Şans, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 335-382, s. 337-364 vd; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 70-71; David JOHNSTON David, **Roman Law in Context**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 78.

tazmin imkânının kapsamını kavramlarla sistematize bir biçimde ifade edebilmek adına müspet zarar-menfi zarar ayrımını ortaya koymuş ve Romalıların bu hallerde menfi zararı, sözleşme davaları kapsamında tazmin ettikleri sonucuna varmıştır. Zira burada da esas olarak sözleşme görüşmelerine katılan alıcının zararları, hâlihazırdaki malvarlığı durumu ile hiç bu görüşmelere başlanmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farkın tazmin ettirilmesi suretiyle giderilmektedir.

SONUÇ

Sözleşmenin kurulması aşamasının belirli bir süreci gerektirmesi sebebiyle hukuki işlemin bir anda kurulup meydana gelmesi mümkün değildir. Keza sözleşme yapmaya yönelen taraflar, bu ilişkiyi genellikle bir hazırlık ve görüşme aşamasından bir diğer ifadeyle icap ve kabule ilişkin irade açıklamalarının değerlendirilmesini içeren bir süreçten sonra gerçekleştirirler. Modern toplumlarda teknolojik ve sosyo-ekonomik gelişmelere bağlı olarak sözleşme türlerinin ve sayılarının artmasıyla birlikte hukuki ilişkiler de karmaşık bir yapı halini almış ve sözleşme yapmayı amaçlayan tarafların görüşmeler sürecindeki temasları fazlalaştıkça daha sözleşme kurulmadan akit görüşmeleri aşamasında birbirlerine zarar verme imkânı ve ihtimali artmıştır. Bu durum, sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamada gösterilen kusur sebebiyle zarara uğrayan tarafın ilgili zararının nasıl tazmin edilmesi gerektiği tartışmalarının doğmasına yol açmıştır.

Sözleşmenin henüz müzakeresi aşamasında gösterilen kusurdan dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumluluk hususu ilk kez 19. yüzyılın önemli hukukçularından olan Rudolf von Jhering tarafından ayrıntılı bir biçimde ele alınmış ve yazar Roma hukukunda yer alan münferit hükümlerden yola çıkarak sözleşme öncesi sorumluluk hukuku konusunu sistematize etmiştir. Jhering öncelikle temel olarak yaşadığı ülke olan Prusya'nın hukukundaki mevcut hükümlerin dağınık bir halde bulunduğunu ve öğretide sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun teorik zemininin bulunmadığını ifade ederek bu alandaki eksikliğe dikkat çekmiştir. İlgili eksikliğin çözümü noktasında ise yazar, Roma hukukundaki münferit hükümlere başvurmuş ve özellikle özgür insanları konu edinen satış sözleşmeleri, kamuya veya ilahi hukuk sahasına ait malların satışı ile mevcut olmayan terekenin satılması konuları üzerinde durmuştur. Bu bağlamda Jhering, akit müzakerelerinin devam ettiği bir aşamada zarar gören tarafa, zararlarının tazmini noktasında hedeflenen sözleşmeyle bağlantılı olarak akdi nitelikli bir dava hakkı tanındığını belirterek kusurlu kimselerin Roma hukukunda sözleşme görüşmeleri

sırasındaki söz ve fiillerinden dolayı sözleşme davaları aracılığıyla sorumlu olduklarını ifade etmiştir. Bu şekilde Jhering ve sonrasında gelen birçok Romanist, Roma hukukunun satış sözleşmesi ile ilgili hükümlerinin, günümüzün diğer sözleşmelerini de kapsayacak biçimde *culpa in contrahendo* doktrininin ilk örneklerinden olduğunu belirtmiştir. Bu güçlü iddia, genel olarak modern dönemde ortaya çıktığı düşünülen sözleşme öncesi sorumluluk doktrininin köken olarak Roma hukukuna dayanıp dayanmadığının incelenmesini gerektirmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki Roma hukukunda sözleşme öncesi sorumluluğun ilk örnekleri olarak yorumlanabilecek tüm olgular hukuki dönemlere göre değişiklik göstermiştir. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi'nde sözleşme görüşmeleri kapsamında zarara uğrayan alıcının zararlarını her durumda tazmin edebilmesi söz konusu olmamıştır. Bu dönemde alıcıya tanınan *actio doli* ile *condictio indebiti* davalarında alıcı, tüm zararlarının tazmin edilememesi riskiyle karşı karşıyadır. Zira *actio doli* davasının sonuçlarının oldukça ağır olması nedeniyle kişinin bu dava neticesinde mahkûm olması, nitelikli bazı şartların bulunmasına bağlıdır. *Condictio indebiti* imkânı ile ise satıcıdan yalnızca satılan mala karşılık olarak verilen satış bedeli miktarı geri alınabilmektedir. Ancak Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren alıcının bu imkânlar kapsamında zararlarını tam olarak gidememesi hakkaniyet bazında yetersiz görülerek zarar gören kişiye, doğrudan doğruya *bona fides* ilkesinin geçerli olduğu sözleşme davalarının tanınabileceği sonucuna varılmıştır. *Iustinianus* Dönemi'nde de bu ilke aynen benimsenmiştir.

Hâkimlere, *bona fides* ilkesi yardımıyla ideal bir davranış modeli geliştirip davalının yükümlülüklerini dürüstlük kurallarına göre belirleyebilme izni verilmesi, Roma hukukunda önemli bir mihenk noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza *bona fides* ilkesinin dikkate alındığı *actio empti* davasında da borçlunun taahhüdünün içeriği dürüstlük kuralına göre belirlenmiş ve bu ilke kapsamında sözleşmenin henüz müzakere edildiği aşamada dahi gösterilen kusur sebebiyle hâkime, kusurlu tarafı zararlardan sorumlu tutabilme imkânı sağlanmıştır. Nitekim bu durumun kabulüyle birlikte *actio empti* davasında hâkim, hüküm aşamasında yalnızca tarafların sözleşme hükümleri kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini değil; aynı zamanda sözleşmenin kurulması aşamasındaki söz ve davranışlarını da takdir yetkisi kapsamında dikkate alabilmiştir. Hâkimlere, iyiniyet davaları kapsamında böylesi bir takdir yetkisinin tanınmasıyla da sözleşme müzakereleri sürecinde verilen zararlar bağlamında üstü kapalı bir tür güven sorumluluğu fikri ortaya çıkmıştır.

Roma hukuku açısından bahsi geçen münferit hallerde alıcının *actio empti* aracılığıyla elde etmesi gerektiği menfaati tazmin edebileceği hükme bağlanmıştır. Kaynaklarda "beklenenin bulunamaması karşılığındaki menfaat" şeklindeki çeşitli ifadelerden yola çıkan Jhering, aynı zamanda tanınan tazmin imkânının kapsamını kavramlarla sistematize bir biçimde ifade edebilmek adına müspet zarar-menfi zarar ayrımını ortaya koymuş ve Romalıların bu hallerde menfi zararı, sözleşme davaları kapsamında tazmin ettikleri sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Roma hukukunda sözleşme görüşmelerine katılan alıcının zararlarının, hâlihazırdaki malvarlığı durumu ile hiç bu görüşmelere başlanmamış olsaydı malvarlığının alacağı durum arasındaki farkın tazmin ettirilmesi suretiyle giderildiği belirtilmiştir.

Her ne kadar Romalılar tarafından bilinçli bir şekilde menfi zarar-müspet zarar ayrımı ya da sözleşme öncesi sorumluluk hukuku adı altında sistematik bir sınıflandırma yapılmamış olsa da gerçekten de satış sözleşmesi kapsamındaki bazı münferit hükümler, bu sorumluluk türünün ilk nüveleri olarak yorumlanabilir niteliktedir. Jhering yalnızca bu durumları, ilk defa kendi kullandığı Latince bir kavram olan *culpa in contrahendo* ifadesi altında birleştirmiş ve ilgili sorumluluğun tüm modern sözleşmeler kapsamında uygulanabileceğini belirterek zararın tazmininin kusura dayandığını ve sözleşmesel davalar aracılığı ile istenebileceğini teorik olarak ortaya koymuştur. Bu şekilde söz konusu kavram ve içeriğini, Pandekt hukukçusu Jhering tarafından yapılan bir nevi hukuki keşif olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak her ne kadar Jhering bu teorisini, pratik gayelerle yalnızca kurulamamış ya da kesin olarak hükümsüz sözleşmeler için kurgulasa da Roma hukukunda dahi geçerli sayılan sözleşmeler açısından akit görüşmeleri aşamalarında verilen zararlardan dolayı zarar gören tarafa, dava hakkı tanındığı görülmektedir. Nitekim zaman içerisinde doktrinde, görüşme kusuruna rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerdeki zarar açısından da bu yöndeki sorumluluğun doğabileceğinin kabulüyle birlikte sözleşmenin kurulmuş veya kurulmamış ya da batıl veyahut geçerli olup olmamasından bağımsız olarak sorumlu olunabileceği görüşüne varılmıştır. Sonuç olarak denilebilir ki *culpa in contrahendo* doktrini, hem kavramsal hem de içerik olarak Roma hukukundan esinlenen ve 19. yüzyıl Pandekt hukukçularının kavramlar üzerinden sistematik bir sınıflandırma yapabilme çabalarının ürünü olarak ortaya çıkmış bir sorumluluk çeşidi olup zaman içerisinde çeşitli yazarlarca geliştirilerek günümüzdeki haline ulaşmıştır.

KISALTMALAR

Bkz./bkz. : Bakınız
C. : Cilt
Cod. Ius. : Codex Justinianus
Çev. : Çeviren
Dig. : Digesta
dn. : Dipnot
E. : Esas
ed. : Editör
Gai. Ins. : Gaius Institutiones
HD : Hukuk Dairesi
Ius. Ins. : Iustinianus Institutiones
K. : Karar
No. : Number
m. : Madde
M.Ö. : Milattan Önce
M.S. : Milattan Sonra
pr. : Principium
S. : Sayı
s. : Sayfa
TBK : Türk Borçlar Kanunu
vb. : ve benzeri
vd. : ve devamı
Vol. : Volume
Y. : Yargıtay

KAYNAKÇA

ADAL Erhan, Culpa in Contrahendo, Akit/Sözleşme Öncesi Sorumluluk, Doçentlik Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1970.

AKINCI Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, Nobel Yayın Dağıtım, Konya, 1999.

ALBERTARIO Emilio, **Studi di diritto romano, vol. III: Obbligazioni**, Milan, 1936.

ARANGIO-RUİZ Vincenzo, **La compravendita in diritto romano, Vol. I**, Napoli, 1961.

BAYGIN Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", **AÜEHFD**, C. 4, S. 1-2, 2000, ss. 345-377.

BEN-DROR, Yoav, "The Perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo", **The American Journal of Legal History**, Vol. 27, No. 2, 1983, ss. 142-198.

BERGER Adolf, Encyclopedic **Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1968.

BROWN Jonathan, "Res Religiosae and the Roman Roots of the Crime of Violation of Sepulchres", **Edinburgh Law Review**, Vol. 22, No 3, ss. 347-367.

BUCKLAND William Warwick, **The Roman Law of Slavery: The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, Cambridge, 1970.

de ZULUETA Francis, **The Roman Law of Sale; Introduction and Select Texts**, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1957.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

DEROUSSIN David, "Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités", **Revue historique de droit français et étranger**, Vol. 82, No. 2, 1922, ss. 189-222.

ERBERK ODABAŞI Özge, "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 85, S. 3, 2020, ss. 61-155.

ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Legem Yayınevi, Ankara, 2023.

ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

EVANS-JONES Robin / MACCORMACK Geoffrey, "The Sale of res extra commercium in Roman Law", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**, Vol. 112, No. 1, ss. 330-351.

GÜNEŞ PESCHKE Selda, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8. S. 1-2, 2004.

GÜVEN Koray, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 3, 2016, ss. 869-873.

GÜVENÇ Özgür, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3, 2014, ss. 363-406.

HAYMANN Franz, **Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache I**, Vahlen, Berlin, 1912.

HEIDEL Thomas / HUßTEGE Reiner / MANSEL Heinz-Peter /NOACK Ulrich, **BGB Allgemeiner Teil**, Nomos, 2021.

HELDRICH Karl, **Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung**, Leipzig: Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, 1970.

IŞINTAN Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

JACQUES Ramin / VEYNE Paul, "Droit Romain et Société: Les hommes libres qui passent pour esclaves et l'esclavage volontaire", **Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte**, Vol. 30, No. 4, 1981, ss. 472-497.

JOHNSTON David, **Roman Law in Context**, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Güven Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Hukuku: Tarihi Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

KESSLER Friedrich / FINE Edith, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study", **Harvard Law Review**, Vol. 77, No. 3, 1964, ss. 401-449.

KORKMAZ Fırat, Roma Hukukunda Stipulatio, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

KUONEN Nicolas, "La culpa in contrahendo: un colosse aux pieds d'argile? une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis**, Vol. 73, 2005.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1, 1996, ss. 505-531.

LANDAU Peter, "Neue Forschungen Zum Preußischen Allgemeinen Landrecht." **Archiv Des Öffentlichen Rechts**, Vol. 118, No. 3, 1993, ss. 447-63.

LEWIS Charlton / SHORT Charles, **A Latin Dictionary**, Clarendon Press, Oxford, 1879.

LUIG, Klaus. "Das Privatrecht Im „Allgemeinen Landrecht Für Die Preußischen Staaten" von 1794" **Archiv Für Die Civilistische Praxis**, Vol. 194, No. 6, 1994, ss. 521-42.

METZGER Ernest, "Remarks on David Daube's Lectures on Sale, with Special Attention to the Liber Homo and Res Extra Commercium", **Traditio Iuris Romani** (E. Metzger, ed.), Glasgow, 2010, ss. 101-126.

MILAZZO Antonino, "Res in Commercio and Res Extra Commercium: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, ss. 253-286.

MORREALE Valentina, Un travail écrit: "Culpa in contrahendo: l'avant-gardiste, le promoteur, l'opposant et le codificateur", Thèse de master, Université de Liège, Liège, 2021.

MUSTAFARAJ Borana, "Modern legal systems and the principle of culpa in contrahendo: A review of the Albanian model of pre-contractual liability on a Roman-Germanic model reference," **Academicus International Scientific Journal**, No. 19, 2019, ss. 80-94.

NOMER Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.

ÖZBAY Ümit, Vefa Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

ÖZDOĞAN Nurcihan Dalcı, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, ss. 33-52.

POULIADIS Athanassios K., **Culpa in contrahendo und Schutz Dritter, Betrachtung zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

POUND Roscoe, "The Role of the Will in Law", **Harvard Law Review**, Vol. 68, No. 1, 1954, ss. 1-19.

RABELLO Alfredo, "La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla culpa in contrahendo", **Ius Antiquum**, Vol. 20, 2007, ss. 154-174.

RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

RISKE Olivier, **La responsabilité précontractuelle dans le processus d'uniformisation du droit privé européen: Perspectives pour l'ordre juridique suisse: Analyse historique, comparative et prospective**, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2016.

ROBY Henry John, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Vol. II**, Cambridge University Press, Cambridge, 1902.

SCHMIT Louis-Marie, **Les définitions en droit privé**, Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, Toulouse, 2017.

SEROZAN Rona, "Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız

Borç İlişkisi", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 3, 1968, ss. 108-129.

SEROZAN Rona / BAYSAL Başak / SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

SIGISMUND-NIELSEN Hanne, **Slave and Lower-Class Roman Children, The Oxford Handbook of Childhood and Education in the Classical World** (Evans Grubbs, J./ Parkin, T. ed.), Oxford University Press, Oxford, 2013.

SMITH William, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Boston, 1859.

SOYLU ÜNVER Gülsüm, Güven Teorisi ve Güven Sorumluluğu Kapsamında Yetkisiz Temsilcinin ve Temsil Belgesini Geri Almayanın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 12-27.

STAAKE Marco, **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, § 11 Grundzüge des Schadensrechts, Springer Berlin, Heidelberg, 2022, ss. 357-393.

STEGMAIER Wolfgang, **Das Preußische Allgemeine Landrecht und seine staatsrechtlichen Normen**, Duncker und Humblot, Berlin, 2013.

STEIN Peter, **Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law**, Oliver&Boyd Ltd., Aberdeen, 1958.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

TAHİROĞLU Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

THOMAS Yan, "La valeur des choses: Le droit romain hors la religion", **Annales Histoire, Sciences Sociales**, Vol. 57, No. 6, 2002, ss. 1431-1462.

UÇARYILMAZ Talya Şans, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 335-382.

ULUSAN İlhan, Culpa in Contrahendo Üstüne, **Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan C. 1**, İstanbul, 1982, ss. 275-319.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1974.

WINKEL Laurens, "Culpa in Contrahendo in Roman Law and in some Modern Dutch Court Decisions", **Viva Vox Iuris Romani** (ed. Luuk de Ligt, Brill), Leiden, 2002.

WINDSCHEİD Bernhard, **Wille und Willenserklärung: eine Studie**, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1880.

von JHERING Rudolf, "Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Vol. 4, No. 1, 1861.

von JHERING Rudolf, "De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées İmparfaites", (çev. Octave de Meulenaere), **Oeuvres choisies II**, Paris, 1893.

YALMAN Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

YEŞİLLER Mehmet, "Roma Hukukunda Hükümsüzlük Halleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 3, 2011, ss. 77-94.

ZIMMERMANN Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Juta & Co, Ltd., Cape Town, 1990.

Araştırma Makalesi **GSÜHFD**, 2024; 1: 569-610

İFANIN YANMASI KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ(*)

Ali Suphi KURŞUN(**)

Öz: Amaç gerçekleşmeden sözleşme ilişkisinin çözülmesi hâlinde, edimini yerine getiren tarafın iadeyi talep hakkı doğmasına rağmen iade isteyemeyeceğine yönelik sözleşme hükümleri, ifanın yanması kayıtları olarak isimlendirilebilir. İfanın yanması kayıtları, hak düşürücü kayıtların bir türüdür. İfanın yanması kayıtları her şeyden önce içerik denetimine tabi tutulur. İçerik denetiminden kurtulan ifanın yanması kayıtlarına ise Türk Borçlar Kanunu m.180/f.I uyarınca ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanır. İsviçre Hukukunda bugün, sözleşme cezasının konusunun hak kaybı da olabileceği kabul edilmektedir. Alman Hukukunda ise para dışında sözleşme cezasının kararlaştırılabileceğine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır. Ceza koşulu hükümleri, ifanın yanması kayıtlarına, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. Çünkü ifanın yanması kayıtlarında, borca aykırılıktan sorumluluk üzerine sonradan bir edimin yerine getirilmesi söz konusu olmaz; yanan edim baştan yerine getirilmiştir. Bu sebeple ceza koşuluna ilişkin bazı hükümler, ifanın yanması kayıtlarında doğası gereği uygulama alanı bulmaz. İfanın yanması kayıtlarının ceza koşulu hükümlerine tabi tutulmasının en önemli sonucu, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün uygulama alanı bulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Kısmi İfa, İade Borcu, Hak Düşürücü Kayıt, Ceza Koşulu, Standart Sözleşme.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir,
Makale Gönderim Tarihi: 13.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 29.03.2024.

Bu çalışma; okumayı, araştırmayı ve düşündüklerimi aktarmayı bana öğreten ve çeyrek asırdan fazlasını öğretmenlik mesleğine vakfeden sevgili Annem Nedret Baytekin Kurşun'a ithaf edilmiştir.

(**) Avukat, İstanbul Barosu;
Galatasaray Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: alisuphikursun@gmail.com,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-7924-2974.

EVALUATION OF FORFEITURE CLAUSES

Abstract: In the event that the contractual relationship is dissolved before the purpose is achieved, the contractual provisions stating that the party performing the performance cannot request a refund even though the right to return arises can be named as forfeiture clauses. Forfeiture clauses are a type of foreclosure clauses. Forfeiture clauses are first of all subject to content control. Turkish Code of Obligations m.180/f.I in accordance with, the provisions regarding the penalty clause are applied. Today, in Swiss Law, it is accepted that the subject of contract penalty can be loss of rights. In German Law, on the other hand, there is a clear provision that a contract penalty other than money can be decided. The provisions of the penal clause are applied to the forfeiture clauses by analogy to the extent that it falls within its scope. Because, in the forfeiture clauses, there is no question of fulfilling an act later on liability for breach of debt; performance has been fulfilled from the beginning. For this reason, some provisions regarding the penal clause do not find application in the forfeiture clauses due to their nature. The most important result of subjecting the forfeiture clauses to the provisions of the penal clause is that the provision regarding the reduction of the excessive penalty clause finds an application area.

Keywords: Partial Fulfilment, Duty of Restitution, Foreclosure Clause, Penalty Clause, Standard Agreement.

I. GİRİŞ

İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesi anlamına gelir.[1] İfanın (ve borcun) konusu olan edim ise bilinçli, amaçlı ve borçla bağlantılı bir zenginleştirmedir.[2] Edimsiz ifa mümkün olmamakla birlikte ifa niteliğinde olmayan edim (borçlanılan paranın iki defa ödenmesi gibi) söz konusu olabilir.[3] Bir başka ifadeyle edim, her zaman borçlanılmış olmaz (kesin hükümsüz sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi gibi).[4] Keza borçlanılan edim, hukuki işlemden (ve bu arada sözleşmeden) yahut diğer borç kaynaklarından (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme; doğrudan doğruya kanundan doğan diğer borçlardan) doğabilir. Bu çalışmadaki ifa kavramı, edimin sözleşme ilişkisi çerçevesinde yerine getirilmesi anlamında kullanılacak olup, diğer borç kaynaklarından doğan edimler, bu çalışmanın dışında kalmaktadır. İfanın yanması ile kastedilen, borçlanılan ve yerine getirilen edimin -amaçlanan menfaate ulaşılamadan sözleşme ilişkisi çözülmesine rağmen- kısmen veya tamamen iade edilmemesi yani edimin yanmasıdır. Bir başka ifadeyle ifanın yanması, sözleşmenin çözülmesi hâlinde iade borcunun hiç doğmaması veya sona ermesidir. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu ("***TBK***") m.181'in madde başlığı göz önüne alınarak, "*ifanın yanması*" ifadesi tercih edilmiştir.

Bazı sözleşmelerde, tarafların sözleşme kapsamında ifa ettikleri bazı edimlerin kısmen veya tamamen alacaklıda kalacağına ve iadesinin istenemeyeceğine yönelik hükümler yer almaktadır. İfanın yanmasına ilişkin bu tip sözleşme hükümleri, "*ifanın yanması kayıtları*" olarak isimlendirilebilir. Sözleşme çerçevesinde verilen paranın kısmen veya tamamen iade edilmeyeceğinin, teminat mektubunun paraya çevrilmesi hâlinde paranın tamamen veya kısmen irat kaydedileceğinin[5] kararlaştırılması buna örnek gösterilebilir. Ba-

---

1 SEROZAN Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, § 1, N. 27.

2 SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 1, N. 27.

3 SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 1, N. 27.

4 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, § 3, N. 2.

5 Teminat mektubunun paraya çevrilip irat kaydedilmesinde ifanın yanması, dolaylı olarak ortaya çıkar. Şöyle ki; temel ilişkideki sözleşme şartlarına aykırı olarak teminat mektubunu paraya çeviren muhatap, borca aykırı davranmış olur ve TBK m.112 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü hâle gelir [DOĞAN Vahit, **Teminat Mektupları**, 5. Baskı, Savaş, Ankara 2015, s. 262; Y. 11. HD, T. 05.06.2018, E. 2017 / 1021, K. 2018 / 4324; Y. 15. HD, T. 18.11.1999, E. 1999 / 3308, K. 1999 / 4143 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)]. Diğer taraftan yanan

zen belli bir süre içinde belli külfetlerin yerine getirilmemesi hâlinde de iade borcunun sona ereceği kararlaştırılmaktadır. Örneğin, ön ödemeli kartlarda (yemek kartı gibi) yüklenen paranın, kart iptal edildikten belli bir süre sonra başvurulmaması hâlinde geri istenemeyeceği yönündeki sözleşme hükümleri böyledir. Bu ihtimallerin hepsinde önce, taraflardan biri, sözleşme kapsamında bir edimi yerine getirmekte ve amaçladığı menfaati elde edemeden sözleşme ilişkisi çözülmektedir. Bunun üzerine, edimini yerine getiren taraf -iadeye yönelik alacak hakkı doğmasına rağmen- ifanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümleriyle karşı karşıya kalmaktadır. İfanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümleri bazen borçlunun sorumluluğuna bağlanmakta bazen de borçlunun sorumluluğu bulunmamasına rağmen ifanın yanacağı kararlaştırılmaktadır. İfa engellerine ilişkin kanun hükümlerinin kural olarak emredici nitelikte olmaması, bu tip anlaşmalara cevaz vermektedir. Ne var ki ifanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümleri adaletsiz sonuçlara yol açabilmektedir.

Bu çalışmada; ifanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümlerine uygulanacak esaslar tespit edilmeye gayret edilecek ve bu çerçevede, ifanın yanması kayıtlarının yol açtığı ağır sonuçların, hangi hukuki sebeplerle ve ne ölçüde törpülenebileceği mercek altına alınacaktır.

II. İFANIN YANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME KAYITLARININ İÇERİĞİ

A. İfanın Yanmasının Borçlunun Sorumluluğuna Bağlanması

1. Hak Düşürücü Kayıtlar ve İfanın Yanması Kayıtları

İfanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümleri bakımından öncelikle bir ayrım yapmak gerekir. İfanın yanmasına ilişkin hüküm, edimini ifa eden tarafın borca aykırılıktan yahut sözleşme ilişkisinin çözülmesinden sorumlu olduğu ihtimal için öngörülmüşse bu yönüyle ceza koşuluna benzer. Nitekim ceza koşulunda da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine sonuç bağlanmaktadır.[6,7] Öğretide, borçlunun borca aykırı davranması hâlinde sahip olduğu bir

ifaya konu edim, teminat mektubunu veren banka tarafından yerine getirilmiş olur. Şu hâlde, teminat mektubunun irat kaydedilmesi ve böylelikle ifanın yanması, esas itibarıyla, teminat mektubunu alan muhatabın tazminat sorumluluğunun ortadan kaldırılmasıdır.

6 Ceza koşulu öğretide, bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde borçlunun bir edimi (genellikle bir miktar para) yerine getireceğinin kararlaştırılması olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda sözleşme cezası, borca aykırılık geciktirici koşuluna bağlı bir borçtur. VON TUHR Andreas / ESCHER Arnold, **Allgemenier Teil des Schweizerischen Obligatio-**

nenrechts Band II, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1984, s. 277; GOTTWALD Peter, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§ 311-432 BGB**, 9. Auflage, Beck, München 2022, BGB Vor § 339, N. 1; BECKER Hermann, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR (Herausgeber: Hermann Becker), 2. Auflage, Stämpfli, Bern 1945, Art.160, N. 1; EHRAT Felix R., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011, Art.160, N. 1; WUFFLI Daniel, **OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Frankhauser), 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016, Art.160, N. 1; ROTH PELLANDA Katja, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.1-183 OR, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen** (Herausgeber: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016, Art.160, N. 1; PIETRUSZAK Thomas, **Kurzkommentar OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn, Basel 2014, Art.160, N. 1; GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMİD Jörg / EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemenier Teil, Band II**, 10. Auflage, Schulthess, Zürich 2014, § 36, N. 3783, N. 3791; SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stämpfli, Bern 2009, N. 71.01; BERGER Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli, Bern 2008, N. 1779; BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Schulthess, Zürich 1979, s. 465; GUHL Theo / KOLLER Alfred / SCHNYDER Anton K. / DRUEY Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess, 2000, § 56, N. 1; KELLER Max / SCHÖBİ Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht Band I**, Helbing&Lichtenhahn, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 109; SCHULZE Reiner, **Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar** (Schriftleitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze), 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2005, § 339, N. 1; HEINRICHS Helmut, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7**, 62. Auflage, Beck, München 2003, Vor § 339, N. 1; WALCHNER Wolfgang, **Anwalt Kommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610** (Herausgeber: Barbara Dauner-Lieb/Dr. Werner Langen), Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2005, § 339, N. 1; OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, N. 1561; TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 341; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara 2020, N. 3677; NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, İstanbul 2021, N. 235.1; TERCIER Pierre / PİCHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul 2016, N. 1365; ÇETİNER Bilgehan / FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul 2021, N. 1616; ERDEM Mehmet, **İstanbul Şerhi Cilt-3**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, Madde 179, N. 8, 11; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, Baha Matbaası, İstanbul 1963, s. 5-6; KOCAAĞA Köksal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)**, Yetkin, Ankara 2003, s. 33; GÜNAY Cevdet İlhan, **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 4 vd.; YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s. 21 vd.; YELKENCİ Işıl, Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s. 4 vd.

[7] TBK m.179 vd. hükümlerinde "ceza koşulu" terimi tercih edilmiş olmakla birlikte öğretide ve uygulamada "ceza koşulu" yerine, "cezai şart", "sözleşme cezası", "akdî ceza" gibi terimler de kullanılmaktadır. Öğretide "ceza koşulu" ve "cezai şart" terimlerinin ceza koşulunu doğuran hukuki işlemi; "sözleşme cezası" ve "akdî ceza" terimlerinin ise ceza koşulunun konusu

hakkın azalacağını, sona ereceğini veya sözleşmenin ortadan kalkacağını öngören sözleşme hükümleri hak düşürücü kayıt (*Verfallsklauseln*; *Verwirkungsklauseln*) olarak isimlendirilmektedir.[8,9] Bu tip kayıtlara, taksit ödemelerinin bir kısmının yapılmaması hâlinde kalan taksitlerin hepsinin muaccel olması, borca aykırılık hâlinde diğer tarafa sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi hakkı tanınması gibi hâller örnek olarak gösterilmektedir.[10] İfanın yanması kayıtları da iade alacağının (teminat mektuplarının bedelinin irat kaydedilmesi hâlinde tazminat alacağının) doğmasını engellemesi veya sona erdirmesi itibarıyla hak düşürücü kayıtlara benzemektedir.[11] Bu itibarla, ifanın yanması kayıtlarının, hak düşürücü kayıtların bir türü olduğu belirtilebilir; ifanın yanması kayıtları, hak düşürücü kayıtlara altlanabilir.

Gerek hak düşürücü kayıtlar gerekse (hak düşürücü kayıtların bir türü olan) ifanın yanması kayıtları -sözleşmenin diğer hükümleri gibi- içerik denetimine (TBK m.27, genel işlem koşulları ve haksız şart) tabidir.[12] İfanın yanması kayıtlarına ilişkin emredici hukuk kurallarına şu örnekler verilebilir:

---

olan edim ifade ettiği belirtilmektedir. ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 1; YELKENCİ, s. 2. Bu terimlerin hiçbirinin kurumu tam olarak karşılamadığı ve hepsi için tek bir kavramın kullanılmasında sakınca olmadığı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ, s. 5; YAĞCIOĞLU, s. 25. Edimin "cezai şart", ceza şartı doğuran hukuki işlemin ise "cezai şart anlaşması" olarak isimlendirildiği eser için bkz. KOCAAĞA, s. 34. Bu çalışmada da "ceza koşulu" ve "sözleşme cezası" terimlerinin her ikisi de edimi ifade edecek şekilde eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Ceza koşulunu doğuran hukuki işlem ise ayrıca zikredilmiştir.

8 KOLLER Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2009, § 81, N. 6; GOTTWALD, Münchener Kommentar, BGB Vor § 339, N. 36; EHRAT, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.160, N. 9; SCHULZE, Nomos Kommentar, § 339, N. 6; HEINRICHS, Palandt, § 339, N. 5; KOCAAĞA, s. 66; ERDEM, İstanbul Şerhi, Madde 179, N. 35; YELKENCİ, s. 128.

9 Alman Hukukunda, Almanya Medenî Kanunu ("***BGB***") § 354 hükmü "*Verwirkungsklausel*" başlığını taşımaktadır. Mezkûr hükümde, borçlunun borcunu yerine getirmemesi hâlinde borçlunun haklarını kaybedeceği kaydıyla kurulan sözleşmede, bu durumun gerçekleşmesi üzerine alacaklının sözleşmeden dönme hakkının olduğu düzenlenmiştir: "*Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen, dass der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrag verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritt dieses Falles zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt.*" Bu hükme göre alacaklı, borca aykırılık üzerine, sözleşmeyi sona erdirmek veya ifayı talep etmek arasında serbestçe seçim yapabilir. Bu yöndeki hükümler, ceza koşulu niteliğinde değildir. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 339, N. 6.

10 KOLLER, § 81, N. 6; GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36; KOCAAĞA, s. 66; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 35; YAĞCIOĞLU, s. 108.

11 Bu yönde ayrıca bkz. KOLLER, § 81, N. 6.

12 İfanın yanması kayıtlarının içerik denetimi hakkında bkz. aşağıda II.B başlığı altındaki açıklamalar.

- Teminat amaçlı inançlı işlemlerde, borçlunun borcunu yerine getirmemesi üzerine malın mülkiyetinin alacaklıda kalacağını öngören ve muacceliyetten önce yapılmış olan anlaşmalar,[13] Türk Medenî Kanunu ("***TMK***") m.873/f.II ve TMK m.949 hükümleri uyarınca kesin hükümsüzdür (*lex commissoria yasağı*). Şu hâlde, TMK m.873/f.II ve TMK m.949 hükümleri, ifanın yanmasını engelleyen emredici hukuk kuralları niteliğindedir.[14] Zira bu durumda ifanın konusu, borçlunun, (teminat amaçlı inanç sözleşmesinden doğan) taşınırın veya taşınmazın mülkiyetini devretme borcudur. Bu anlamda, TMK m.873/f.II ve TMK m.949 hükümleri, alacaklıya devredilen teminat konusu eşyanın mülkiyetinin, borç ödenmediği takdirde geri istenememesinin önüne geçmektedir.[15]
- Taksitle satıştan dönen satıcının alacağının sınırını çizen ve ifanın yanması kayıtlarına izin vermeyen TBK m.260/f.I'de emredicidir.[16]

---

[13] Lex commissoria yasağı, alacağın muaccel hâle gelmesinden önce yapılan anlaşmaları kapsar; yoksa alacak muaccel hâle geldikten sonra ifa uğruna veya ifa yerine edim teşkil etmek üzere rehinli malın mülkiyeti alacaklıya devredilebilir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 35, N. 74; HELVACI İlhan, **Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı (MK m.788/c.2 ve MK m.863)**, Alfa, İstanbul 1997, s. 100 vd.; HELVACI İlhan, **Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha, İstanbul 2008, s. 264; NOMER Halûk Nami / ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul 2022, N. 1006, 1217.

[14] Borçlunun borcunu yerine getirmemesi üzerine malın mülkiyetinin geri verilmeyeceğinin değil de borcun ifasına yönelik yerine getirilen edimlerin (kısmi ifanın) iade edilmeyeceğinin kararlaştırılması, TMK m.873/f.II ve TMK m.949 hükümlerinin kapsamında değildir. Örnek olarak; teminaten temlikte, borçlunun borcunu ödememesi üzerine alacaklıya devredilmiş olan malın iadesinin istenemeyeceğinin en baştan kararlaştırılması anılan hükümlerin kapsamında iken; mal iade edilecek olmakla birlikte, borcun ödenen kısmının alacaklıda kalacağının öngörülmesi, mezkûr hükümlerin koruma şemsiyesinin altında yer almaz. Bu durum, borçlunun borcuna aykırı davranması hâlinde ifasının yanmasına ilişkin esaslara tabidir (bkz. aşağıda II.A.2 başlığı altındaki açıklamalar).

[15] Lex commissoria yasağı, teminat amaçlı temliklerde de uygulama alanı bulur. HELVACI, **Lex Commissoria**, s. 121 vd.; HELVACI, **İpotek Hakkı**, s. 282 vd.; OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 672-673; YHGK, T. 01.02.2012, E. 2011/14-688, K. 2012/34; Y. 1. HD, T. 04.02.2016, E. 2015 / 7578, K. 2016 / 1157 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Teminat amaçlı temlikte lex commissoria yasağı, alacaklının, temlike konu değeri paraya çevirmemesi, paraya çevirmekle birlikte -varsa- bakiye kısmı borçluya geri vermemesi veya malı kendisinde tutmasına rağmen -varsa- fazla değeri borçluya ödememesi hâlinde gündeme gelir. HELVACI, **İpotek Hakkı**, s. 283; OKTAY ÖZDEMİR, s. 681.

[16] TBK m.260/f.I'in kapsamı hakkında bkz. aşağıda dn. 40 ile dn. 41 ve bunların bağlı bulunduğu cümleler.

- Kiracının kiraya verdiği güvenceden kesinti yapılmasını sınırlayan TBK m.342'de emredici hükümlerin bir diğer örneğini teşkil etmektedir.[17]

- İş Kanunu ("***İK***") m.38'de ve Deniş İş Kanunu ("***DİK***") m.38'de (işçi lehine) nispi emredici olarak düzenlenen ücret kesme cezası, ifanın yanması kayıtlarına bir diğer örnektir.[18] Zira iş görme borcunu ifa eden işçi, gördüğü işin karşılığını kısmen alamamaktadır. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, ücret kesme cezasına, ceza koşuluna ilişkin hükümler kural olarak uygulanmaz.[19]

- Hukuka veya ahlaka aykırı amaçla verilen şeyin geri alınamayacağına ilişkin TBK m.81 hükmü ise, edimin yanmasına ilişkin bir düzenlemedir. Ancak edim, her zaman alacaklıda kalmaz, Devlete de mâl edilebilir.

İfanın yanmasının borçlunun sorumluluğuna bağlanması durumunda - emredici hukuk kurallarına aykırılık dışında- TBK m.27 ve TBK m.25 uya-

---

[17] Kiracının verdiği güvenceden yapılan kesinti, ceza koşulu niteliğinde değildir; TBK m.182/f.III uyarınca indirim uygulanmaz. Bununla birlikte taraflar, güvenceyi (depozitoyu) ceza koşulu niteliğine büründürebilirler. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 39. Kira sözleşmesi kapsamında muhtemel zararları karşılamak amacıyla verilen senedin ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. Y. 6. HD, T. 24.05.2012, E. 2012 / 3900, K. 2012 / 7840 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[18] İK m.38 ve DİK m.38'de düzenlenen ücret kesme cezası, ücret kesintisinden (*Lohnrückbehalt*; *Lohnabzug*) farklıdır. Ücret kesintisi, işçinin iş sözleşmesinin ihlali sonucunda işverenin uğrayacağı zararın tazmininden düşülmek üzere, kanunda öngörülen sınır içinde, işçinin ücretinin bir kısmının alıkonulmasıdır. 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu ("***BK***") m.157'de "*Ücret Tevkifi*" ve 1475 sayılı (mülga) İş Kanunu m.31'de "*Zarar karşılığı kesinti*" başlıkları altında düzenlenen ücret kesintisi, yürürlükteki Türk Borçlar Kanununda ve İş Kanununda bulunmamaktadır. Buna karşılık DİK m.39'da, "*Zarar karşılığı kesinti*" başlığı altında varlığını sürdürmektedir. BK m.157/f.I'de ve bu hükmün İsviçre Hukukundaki karşılığı İsviçre Borçlar Kanunu ("***OR***") Art.323a/III hükmünde, ücret kesintisinin ceza koşulu niteliğinde olmadığı açıkça belirtilmiştir. İsviçre Hukukunda, ücret kesintisinin ceza koşulu niteliğinde olacağının kararlaştırılabileceği ve bu durumda (iş sözleşmesine özgü özel hükümler çerçevesinde) ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilmektedir [STAEHELIN Adrian, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Der Arbeitsvertrag, Art.319-330a OR**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2006, Art.323a, N. 10; HERREN Tobias, **SHK-Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag**, Stämpfli, Bern 2021, Art.323a, N. 10; KOLLER, § 81, N. 6, dn. 4]. Ücret kesintisinin ceza koşulu olarak kararlaştırıldığını ispat yükü, işveren üzerindedir [HERREN, **SHK-Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag**, Art.323a, N. 7; BRUNNER Christiane / BÜHLER Jean-Michel / WAEBER Jean-Bernard / BRUCHEZ Christian, **Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht** (gemäss Obligationenrecht), 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2005, Art.323a, N. 3].

[19] Bkz. aşağıda dn. 101'in bağlı bulunduğu paragraf. Ücret kesme cezasının ceza koşulu niteliğinde olmadığı yönünde bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3850; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 18; YAĞCIOĞLU, s. 109-110.

rınca içerik denetiminin hükümsüzlüğe yol açması, özellikle tacirler arasındaki sözleşmelerde güçtür. Zira bu tip ifanın yanması kayıtlarında borçlu, kendi borca aykırı davranışının yaptırımı ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu sebeple, borca aykırılığa bağlanan ifanın yanması kayıtlarında ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması daha büyük önem arz eder.

2. TBK m.181 Işığında İfanın Yanması Kayıtlarının Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlere Tabi Tutulması

Hak düşürücü kayıtlarda, borca aykırılık üzerine bir edim yükümlülüğü doğmamakta, sadece borca aykırı davranan tarafın sahip olduğu hak azalmakta veya sona ermektedir.[20] İfanın yanmasına ilişkin hükümlerde de borca aykırı davranan tarafın iade alacağı ortadan kalkmakta yahut sınırlanmaktadır. Ceza koşulu, borca aykırılık geciktirici koşuluna bağlı olan ve borca aykırılığın gerçekleşmesi ile doğan bir edimdir.[21] Hak düşürücü kayıtlar ve ifanın yanmasına ilişkin hükümler, bir edim yükümlülüğü öngörmemesi itibarıyla ceza koşulundan ayrılmaktadır.[22,23] Ancak öğretide (özellikle İsviçre Hukukunda), bir edim yükümlülüğü öngörülmese dahi ceza koşulunun söz konusu

---

[20] GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36; TUNÇOMAĞ, s. 35; KOCAAĞA, s. 67; YAĞCIOĞLU, s. 108; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 5.

[21] GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3791; VON TUHR / ESCHER, s. 280; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.160, N. 1; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 7; SCHWENZER, N. 71.01; KELLER / SCHÖBİ, s. 112; BUCHER, s. 469; MEDICUS Dieter, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, Beck, München 2004, § 39, N. 460; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, N. 1565; EREN, N. 3684; NOMER, N. 235.1; TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1367; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 11.

[22] BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.160, N. 5; VON TUHR / ESCHER, s. 279-280; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 9; GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36; KOCAAĞA, s. 67, 103-104; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 10; TUNÇOMAĞ, s. 36; YAĞCIOĞLU, s. 109; YELKENCİ, s. 128, dn. 210'daki yazarlar.

[23] Vurgulamak gerekir ki hak düşürücü kayıtlara örnek olarak gösterilen (bkz. dn. 10'un bağlı bulunduğu cümle) borca aykırılık üzerine karşı tarafa sözleşmeyi sona erdirme hakkının tanınması ceza koşulu niteliğinde değildir ve ceza koşuluna ilişkin hükümler kıyasen dahi uygulama alanı bulmaz. Örneğin, zamanında ödeme yapılmadığı takdirde sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenleme ceza koşulu niteliğinde değildir. Bununla birlikte, fesihten sonra, bir sonraki fesih dönemine kadar bedel ödeneceğinin kararlaştırılması hâlinde gene sözleşme cezası söz konusu olur (KOLLER, § 81, N. 6-7). Alman Hukukunda da borca aykırılık üzerine sözleşme ilişkisini sona erdirme hakkının tanınabileceğini düzenleyen BGB § 354 hükmünün ceza koşulu niteliğinde olmadığı belirtilmektedir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36). Keza sözleşmede kalan taksitlerin muaccel hâle geleceğine ilişkin anlaşmalar (*Vorfälligkeitsklauseln*) da ceza koşulu niteliğinde görülmemektedir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 41; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 339, N. 7; HEINRICHS, **Palandt**, § 339, N. 5).

olabileceği (hak düşürücü kayıtlar gibi) ve ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin koruma amacının bunu gerektirdiği belirtilmektedir.[24] İsviçre Federal Mahkemesinin 23.04.2009 tarihli ve BGE 135 III 433 numaralı kararında, görüş değiştirildiği[25] belirtilerek, elli yıldan uzunca bir süre, hak düşürücü kayıtların -bir edim yükümlülüğü içermemesi itibarıyla- ceza koşulu niteliğinde görülmediği ancak bu karar ile birlikte, pasifi artıran yahut aktifi azaltan kayıtların da ceza koşulu olabileceği kabul edilmiştir.[26] Mezkûr kararda, bir edim yükümlülüğü veya satış bedelinin bir kısmına ilişkin talep hakkının kaybı gibi bir hak kaybının (*Rechtsverlust*) ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir.[27] Alman Hukukunda, belli hakların kaybının (ödenen peşinatın veya taksitin yanması, geri kalan borçların muaccel hâle gelmesi, indirimin yanması vs.) kararlaştırıldığı hâllerde ceza koşuluna ilişkin BGB § 339 ve devamındaki hükümlerin, (en azından) kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir.[28] Bu anlamda, hak düşürücü kayıtların, ceza koşulunun belli bir paranın ödenmesini amaçlamayan özel bir türü olduğu ifade edilmektedir.[29]

İfanın yanmasına ilişkin hükümler, ceza koşulu ile benzer amaçlara yönelmektedir. Şöyle ki; ceza koşulu borçluyu ifaya zorlama amacının yanı sıra tazminatı önceden belirleme ve böylelikle alacaklıyı (aşkın zarar dışında) zararı ispat yükünden kurtarma amacına hizmet eder.[30] İfanın yanmasına

---

24 KOLLER, § 81, N. 6; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 10; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 13; GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3790, dn. 22; SCHWENZER, N. 71.01; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.162, N. 2; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1578; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1616; YELKENCİ, s. 128-129. Hak kaybının ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceği ancak ceza koşuluna ilişkin hükümlere (özellikle indirime) tabi olduğu yönünde bkz. BUCHER, s. 466-467.

25 İsviçre Federal Mahkemesinin önceki uygulamasına örnek olarak bkz. BGE 80 II 123, 3.a-b.

26 BGE 135 III 433, 3.4. Karar hakkında ayrıca bkz. EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 10a; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 13.

27 BGE 135 III 433, 3.3-3.4.

28 GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 339, N. 6; HEINRICHS, **Palandt**, § 339, N. 5; MEDICUS, § 39, N. 470.

29 GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 36.

30 GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3782; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 1; GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB Vor § 339, N. 6; SCHWENZER, N. 71.02; BERGER, N. 1780; VON TUHR / ESCHER, s. 277; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 2; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.160, N. 4; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 5; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.160, N. 2; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 339, N. 1; HEINRICHS, **Palandt**, Vor § 339, N. 1; KOLLER, § 81, N. 15-18; MEDICUS, § 39, N.

ilişkin kayıtlar da bir yandan edimini ifa eden borçluyu diğer edimlerini (veya kalan edimini) ifaya zorlarken; diğer yandan borca aykırılık hâlinde alacaklının, uğradığı zararı, yanan edimden kısmen veya tamamen karşılamasını sağlar.[31] Özellikle teminat mektubunun paraya çevrilerek paranın irat kaydedilmesine ilişkin kayıtlarda ceza koşulunun bu amaçları kendini iyice gösterir. Zira teminat mektubu veren banka ile arasında kredi ilişkisi bulunan borçlu, hem teminat mektubunun paraya çevrilmemesi için borcunu ifa etme hususunda baskı altında kalır hem de borca aykırılık hâlinde (teminat mektubunu alan) muhatap, teminat mektubunu paraya çevirerek zararının tamamını veya bir kısmını tazmin etme imkânına sahip olur.[32]

Görüldüğü üzere, ifanın yanmasına ilişkin kayıtlar, teknik olarak ceza koşulu niteliğinde görülmese bile ceza koşuluna benzer bir görünüm sergilemektedir. Tam da bu sebeple TBK m.181/f.I'de, "*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.*" düzenlemesine yer verilmiştir.[33] Öğretide, hak düşürücü kayıtların ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutulma-

461; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1564; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 342; EREN, N. 3677; TERCIER / PİCHONNAZ / DEVELİOĞLU, N. 1371; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1617; KOCAAĞA, s. 40 vd.; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 15 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 48 vd.; GÜNAY, s. 74 vd.; YHGK, T. 12.10.2021, E. 2017/19-2736, K. 2021/1218 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ceza koşulunun işlevleri hakkında ayrıca bkz. AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 375 vd. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, kanunda öngörülenlerden daha fazla bir sorumluluk altına giren borçluyu koruma amacı da güttüğü yönünde bkz. MEDICUS, § 39, N. 464; KOLLER, § 81, N. 39. Ceza koşulunun üçüncü fonksiyonun, özellikle rekabet yasağı bakımından, ihlalin ortaya çıkmasını veya tekrarlanmasını engellemek olduğu yönünde bkz. WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 1.

31 Aynı yönde bkz. YELKENCİ, s. 130-131. İsviçre Federal Mahkemesinin 30.10.2006 tarihli bir kararında, sözleşmenin kurulmasından sonra verilen paranın alacaklıda kalacağı öngörülmüşse, bu para ister kısmi ifa ister bağlanma parası olarak kabul edilsin, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. BGE 133 III 43, 3.2.2.

32 Yargıtay'ın teminat mektubunun paraya çevrilerek paranın irat kaydedilmesine ilişkin kararlarında, temel ilişkideki borçlunun tazminat sorumluluğu irdelenmektedir. Özellikle isabeti son derece tartışmalı olabilecek bazı kararlarda, inşaat sözleşmesinin sona ermesinde her iki tarafın da kusurlu olması hâlinde tarafların birbirlerinden tazminat talebinde bulunamayacakları ve teminat mektubunun paraya çevrilip paranın irat kaydedilmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu yönde örnek olarak bkz.: Y. 6. HD, T. 02.06.2022, E. 2021 / 4707, K. 2022 / 3050; Y. 6. HD, T. 23.05.2022, E. 2021 / 1312, K. 2022 / 2748; Y. 6. HD, T. 06.10.2021, E. 2021 / 155, K. 2021 / 655; Y. 6. HD, T. 29.09.2021, E. 2021 / 329, K. 2021 / 512 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

33 TBK m.181/f.I'in, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunundaki karşılığı olan m.160/f.I hükmünün ifanın yanması kayıtlarına ilişkin olduğu yönünde bkz. SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 225, 228.

sının, (TBK m.181/f.I'in mehazı olan) OR Art.162/ I olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır.[34] Buna göre, ifanın yanması kayıtlarının, TBK m.181/f.I uyarınca ceza koşulu hükümlerine tabi tutulması gerektiği kabul edilmelidir. Alman Hukukunda ise BGB § 342 hükmünde, para dışındaki edimlerin ceza olarak kararlaştırılması hâlinde ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.[35] Öğretide, BGB § 342 hükmü sayesinde, hak düşürücü kayıtların ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir.[36]

TBK m.181/f.II'de taksitle satışa ilişkin hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Nitekim taksitle satışta satıcının sözleşmeden dönmesi hâlinde alıcıya karşı sahip olduğu talep hakkının kapsamı TBK m.260'ta emredici olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönen satıcı, satılanın iadesi ve hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ile satılanın olağandışı kullanılması sebebiyle tazminat dışında bir talepte bulunamaz[37] (TBK m.260/f.I). TBK m.260'ın 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunundaki karşılığı olan m.223/f.III'te, alıcıya, belirtilen alacak kalemleri dışında borç yükleyen hükümlerin kesin hükümsüz olduğu açıkça düzenlenmişti. TBK m.260'ta bu açıklıkta bir hüküm bulunmasa da alıcının yaptığı ödemelerin satıcıda kalacağına ilişkin hükümlerin gene kesin hükümsüz olduğu sonucuna varmak gerekmektedir.[38] Öğretide, TBK m.181/f.II'nin, -TBK m.260'ı saklı tutması

---

[34] ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 13, Art.162, N. 2; KOLLER, § 81, N. 6; SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, s. 225, 228; YELKENCİ, s. 130.

[35] BGB § 342 hükmüne göre: "Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt."

[36] GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 339, N. 3; § 342, N. 1; WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 21, § 342, N. 1.

[37] 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("***TKHK***") m.17 vd. hükümlerinde satıcının sözleşmeden dönmesinin sonuçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, TKHK m.83/f.I'in genel hükümlere yaptığı atıf doğrultusunda, TBK m.253 vd. hükümlerinin tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satışlarda da uygulanması mümkündür. Bu yönde bkz. ATAMER Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 38; KARAKOCALI Ahmet / KURŞUN Ali Suphi, **Tüketici Hukuku**, Aristo, İstanbul 2015, s. 94-95.

[38] NOMER, N. 236.3. Alıcının yaptığı ödemelerin iadesinin istenemeyeceğine ilişkin sözleşme hükmünün kesin hükümsüzlüğü, alınanların tamamen iadesi sonucunu her zaman doğurmaz. Şöyle ki; taksitle satıştan dönen satıcının TBK m.260/f.I uyarınca talep edebileceği toplam meblağ ile alıcının iadesini talep edebileceği taksit ödemelerinin her ikisi de para borcudur ve takas (TBK m.139 vd.) yolu açıktır. Örnek olarak; satıcının TBK m.260/f.I uyarınca talep edebileceği toplam meblağ 2.000 TL; alıcının yaptığı taksit ödemeleri ise 2.500 TL ise bu iki

itibarıyla- TBK m.181/f.I'in uygulama alanını daralttığı ifade edilmektedir.[39] Gerçekten de taksitle satışa ilişkin hükümlerin uygulama alanının son derece geniş tutulduğu dikkate alındığında, bu tespite katılmamak elde değildir. Zira öğretide, TBK m.253 vd. hükümlerinin, eser sözleşmesi başta olmak üzere diğer iş görme sözleşmelerine de kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir.[40] Bunun yanı sıra, TBK m.263, aynı ekonomik amaçla yapılan sözleşmeler ile satışla bağlantılı ödünç sözleşmelerini de taksitle satışa ilişkin hükümlere tabi tutmuştur.[41]

---

iade alacağının takası sonucunda satıcının alacağı (2.000 TL) sona erecek ve alıcının iade alacağı 500 TL'ye düşecektir (TBK m.143/f.I). Üstelik alıcının takastan feragat etmesi TBK m.257/f. I uyarınca mümkün değildir. Taksitle satış sözleşmesinde, alıcının yaptığı ödemelerin satıcının dönmesi hâlinde iade edilemeyeceği kararlaştırılamaz ise de sözleşme gereğince takasın kendiliğinden gerçekleşeceğinin kararlaştırılmasına (sözleşmesel takas) bir engel yoktur. Şu kadar ki satıcının dönme sonucunda talep edebileceği meblağın, alıcının iadesini talep edebileceği taksit ödemelerine eşit veya bunlardan fazla olması hâlinde satıcı, TBK m.259/f.II uyarınca sözleşmeden dönemez. Bu anlamda, yukarıdaki örnekte alıcının yaptığı taksit ödemeleri 1.500 TL ise satıcının talep edebileceği meblağ (2.000 TL), taksit ödemelerinin toplamından (1.500 TL) fazla olduğundan satıcının sözleşmeden dönmesi mümkün olmaz. Şu hâlde, yapılan taksit ödemelerinin satıcıda kalacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersizliği, takas sonucunda kalan meblağın satıcıda kalacağını öngördüğü ölçüde bir anlam ifade eder. Yukarıdaki örnekte, alıcının yaptığı taksit ödemelerinin satıcıda kalacağına ilişkin sözleşme hükmünün geçersizliği, ancak ödenen taksitlerin satıcının talep edebileceği meblağı aşması hâlinde önem arz eder. Ödenen taksitler, satıcının talep edebileceği meblağın altında olduğu hâllerde, satıcı zaten sözleşmeden dönemeyeceği (TBK m.259/f.II) için böyle bir sorun ortaya çıkmaz.

39 OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1579; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 181, N. 1; KOCAAĞA, s. 105; TUNÇOMAĞ, s. 36; YAĞCIOĞLU, s. 236; YELKENCİ, s. 136.

40 TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1**, Altıncı Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 304; ERGÜNE Mehmet Serkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 519-520. Hatta öğretide bir görüş, her türlü taksitli sözleşmede, (TBK m.263/f.I uyarınca) TBK m.253 vd. hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir (bkz. ATAMER, **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, s. 40). Şayet bu görüş kabul edilirse, edimin taksitler hâlinde yerine getirildiği her sözleşme, aynı zamanda TBK m.253 vd. hükümlerine tabi olur. TKHK m.17/f.I bakımından ise bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira tüketici işlemi niteliğindeki taksitle satış sözleşmelerine TKHK m.17-21 ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik (*Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 14.01.2015-29236*) hükümlerinin doğrudan uygulanabilmesi için tüketici işlemi niteliği gerekli ve yeterlidir. Bu anlamda, sözleşmenin konusunun mal veya hizmet olması bir farklılık yaratmaz.

41 TBK m.263 hakkında detaylı bilgi için bkz. ERGÜNE, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi**, s. 521 vd.; DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Taksitle Satım" Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 98, 2011, s. 548 vd.; SERDAR İlknur, "Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan,

İsviçre Hukukunda ise 23.03.2001 tarihli Tüketici Kredileri Kanunu [Bundesgesetz über den Konsumkredit ("***KKG***")] ile birlikte durum değişmiştir. KKG uyarınca, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen OR Art.226i hükmü ve bu hükmü saklı tutan Art.162/II hükmü, 01.01.2003 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.[42] İsviçre Hukukunda, anılan maddelerin yürürlükten kalkmasından önceki dönemde, OR Art.162 hükmünün asıl öneminin taksitli işlemlerde kendini gösterdiği belirtilmektedir.[43] KKG'nin yürürlüğü ile birlikte, tüketici kredilerinin bir türü olan taksitli işlemler - KKG Art.1-7 hükümlerindeki şartları taşımak kaydıyla- KKG hükümlerine tabi kılınmıştır.[44]

TBK m.181'in (ve OR Art.162'nin) başlığı ve metni, kısmi ifayı kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Öğretide de TBK m.181 (ve OR Art.162) hükmü, kısmi ifa bakımından değerlendirilmekte ve kısmi ifa üzerinden örneklendirilmektedir (bir derneğin emeklilik veya gezi sandığına yapılan ödemelerin, emeklilik veya gezi gerçekleşmeden üyelikten çıkılması hâlinde derneğe kalması gibi).[45] Kısmi ifaya konu edimin para borcu olması şart değildir; kısmi ifaya elverişli her türlü edimin yanmasına ilişkin hükümlerin TBK m.181'in kapsamında yer aldığında tereddüt edilmemektedir.[46] Peki edim tamamen ifa edilmişse TBK m.181 uygulama alanı bulur mu? Kanaatimce bu soruya olumlu cevap verilmeli ve (edim ister kısmen ister tamamen

2011, s. 475 vd; MAKARACI BAŞAK Aslı / ÖKTEM ÇEVİK Seda, **İstanbul Şerhi Cilt 4**, 3. Bası, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık, Madde 263, N. 47 vd.

42 KKG ile birlikte, tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından OR ve 08.10.1993 tarihli mülga KKG arasındaki ikiliğin kaldırıldığı yönünde bkz. STAUDER Bernd / STAUDER Hildegard, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011, Art.226, N. 1. İsviçre Hukukundaki genel kanun (OR) ile özel kanun (KKG) arasındaki ikilik 01.01.2003'ten itibaren ortadan kalkmış olmasına rağmen Türk Hukukunda bu ikilik hem TKHK m.17 vd. hem de TBK m.253 vd. hükümlerinin yürürlükte olması itibarıyla hâlihazırda devam etmektedir. Bu sebeple, tüketicilerin korunmasına ilişkin ayrı bir kanunun (TKHK) olduğu Türk Hukukunda, taksitle satışlara ilişkin TBK m.253 vd. hükümlerinin varlığı eleştirilmektedir. ERGÜNE, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi**, s. 517.

43 EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.162, N 3; VON TUHR / ESCHER, s. 280.

44 STAUDER/STAUDER, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.226, N. 2.

45 GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3847; BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.162, N. 1; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 2; BERGER, N. 1800; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 360; KOCAAĞA, s. 68; TUNÇOMAĞ, s. 37; YAĞCIOĞLU, s. 109, dn. 341.

46 BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.162, N. 2.

ifa edilmiş olsun) ifanın yanması kayıtlarının da TBK m.181 kapsamında olduğu kabul edilmelidir.[47] Esasen TBK m.181 hükmünün koruma amacı, ifanın yanması kayıtlarının borçlu için yol açtığı olumsuz sonuçların ceza koşuluna ilişkin hükümler vasıtasıyla törpülenmesidir.[48] Nitekim ceza koşulunun TBK m.182/f.III uyarınca indirilmesi, bu koruma amacının en somut görünüm biçimidir.[49,50] Benzer şekilde, art arda teslimli satışlarda satılanın bir kısmının ifasının yanmasının da TBK m.181'in kapsamında kalmasının gerekçesi olarak, TBK m.181'in koruma amacı gösterilmektedir.[51] Diğer taraftan, ifanın kısmi olması hâlinde edimin yanmasını ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutarken, tamamen yerine getirilen edimin yanmasını ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutmamanın, haklı bir gerekçesi yoktur. Şu hâlde, yerine getirilen edimin iadesinin mümkün olmayacağına (ifanın yanacağına) yönelik sözleşme hükümleri, TBK m.181 uyarınca ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutulmalıdır. Bu noktada, edimin kısmen veya tamamen ifa edilmiş olması önem arz etmemelidir. Benzer şekilde, TBK m.181/f.I hükmü, sözleşmeden dönme hâline özgülenmiş şekilde kaleme alınmış ise de sözleşmeden dönme dışında, sözleşme ilişkisinin çözüldüğü (geniş anlamda borç ilişkisinin sona erdiği) diğer hâllerin de TBK m.181/f.I'in kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Keza ifanın yanacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin borçlunun sorumluluğuna bağlanıp bağlanmamasının da bir önemi olmamalıdır.[52] Nitekim aşağıda detaylı olarak ele

---

47 Diğer ödemelerin de kısmi ödemeler gibi (TBK m.181/f.I'in mehazı) OR Art.162/I hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. KOLLER, § 81, N. 6.

48 TBK m.181/f.I'in mehazı OR Art.162/I hükmünün amacının, kusursuz borçlunun hakkının düşmesini engellemek olduğu yönünde bkz. BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.162, N. 3.

49 BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.162, N. 5; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 10; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.162, N. 3; VON TUHR / ESCHER, s. 280; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 8; BERGER, N. 1800; YELKENCİ, s. 131; VON BÜREN Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess, Zürich 1964, s. 412; BGE 135 III 433, 3.4.

50 TBK m.121/f.I'de, faiz veya irat borçlusu ile para borcu bağışlamayı taahhüt eden borçlunun borçlu temerrüdüne düşmesi hâlinde, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TBK m.122/f.II'de ise aksi yöndeki (temerrüt faizinin başlangıcını takip veya dava tarihinden geriye çeken) anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Öğretide, TBK m.122/f.II'deki göndermenin asıl amacının, TBK m.182/f.III'ün uygulanmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. KOCAAĞA, s. 225. Ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 237.

51 BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.162, N. 2.

52 Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin T. 19.10.1992, E. 1992 / 43, K. 1992 / 4824 sayılı kararında, borçlunun borcunun teminat mektubunun bedelinden düşülmeyeceği kararlaştırılmadıkça ceza

alınacağı üzere, geniş anlamda borç ilişkisinin TBK m.136 uyarınca sona ermesi hâlinde, ifası mümkün olan karşı edimin iade edilmeyeceğinin kararlaştırılması da içerik denetiminden geçtiği takdirde ceza koşulu hükümlerine tabi olur.[53] Bu tip kayıtlarda, hem borç ilişkisi dönme dışında bir sebeple çözülmekte hem de borçlunun herhangi bir sorumluluğu olmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, TBK m.181/f.I'i genişletici yoruma tabi tutarak; ifanın yanması kayıtlarını -borçlunun sorumluluğuna bağlansın veya bağlanmasın- ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi kılmak mümkündür. İsviçre Hukukunda da malvarlığının pasifini artıran veya aktifini azaltan kayıtların, (TBK m.181/f.I'in mehazı olan) OR Art.162/I uyarınca ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutulacağı belirtilmektedir.[54]

B. Borçlunun Sorumluluğu Olmamasına Rağmen İfanın Yanması

Sözleşme ilişkisinin, edimi ifa eden tarafın hiçbir borca aykırı davranışı bulunmadığı yahut borca aykırılıktan sorumlu olmadığı sebeplerle çözülmesi hâlinde, ifanın yanacağı düzenlenmişse ceza koşulundan bahsetmek güçtür.[55] Zira ceza koşulu, borca aykırılıktan sorumluluğa bağlıdır. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığında[56] yahut borçlu temerrüdü üzerine

koşulunun söz konusu olmayacağı belirtilmiştir: "*Taraflar arasında düzenlenen 21.9.1989 tarihli sözleşmenin 6/2 ve 7/ 1. maddelerinde teminatın irat kaydedileceği belirtilmiş ancak irat kaydedilen teminatın yüklenicinin borcundan mahsup edilemeyeceğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Konusunda kararlılık kazanan Yargıtay içtihatlarına göre bu durumda teminatın ceza olarak kabulü mümkün değildir.*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

53 Bkz. aşağıda dn. 80'in bağlı bulunduğu paragraf.

54 ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 5; BGE 133 III 43, 3.5.3. BGE 133 III 201.

55 Borçlunun keyfî olarak sözleşme ilişkisine son verme hakkına sahip olduğu hâllerde ifasının yanması farklıdır. Öğretide, seyahatten belli bir süre önce vazgeçilmesi hâlinde belli bir meblağın ödeneceğinin yahut ödenen meblağın belli bir kısmının iade edilmeyeceğinin kararlaştırılması hâlinde, müşterinin serbestçe sözleşmeden dönebileceği ve bu durumda dönme cezasının söz konusu olduğu belirtilmektedir. KOLLER, § 81, N. 32.

56 Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığına ilişkin TBK m.136, imkânsızlığın ekonomik sonuçlarına kimin katlanacağını düzenlemektedir. TBK m.136/f.I'e göre; borçlu, sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığının gerçekleşmesi üzerine borcundan kurtulur (edim hasarını alacaklı taşır). Edim hasarı gerçekleştikten sonra karşı edimin talep edilebilip edilemeyeceği ise karşı edim hasarına ilişkin bir sorundur. TBK m.136/f.II'ye göre, edim hasarı gerçekleştikten sonra, karşı edim hasarı kanunda öngörülen şekilde karşı edim borçlusuna geçmedikçe karşı edim talep edilemez. Örneğin; satıcının TBK m.136 uyarınca borcundan kurtulması (edim hasarının alıcı üzerinde olması) hâlinde karşı edim (satış bedeli) hasarı TBK m.208 uyarınca alıcıya intikal etmedikçe satıcı, satış bedelinin ödenmesini isteyemez (karşı edim hasarını taşır). NOMER Haluk Nami / ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245**, 7.

sözleşmeden dönülmesi hâlinde[57] (sözleşmeden dönen tarafın edimi için) dahi ifa edilen edimin iade edilmeyeceğinin kararlaştırılması, borçlunun sorumluluğu bulunmamasına rağmen ifanın yanacağının kararlaştırıldığı hükümlere örnek teşkil eder. Bu tip hükümler, kanuni düzenden ayrılmaktadır. İfa engellerine ilişkin hükümlerin kural olarak emredici hukuk kurallarından oluşmaması,[58] kanuni düzenden ayrılmaya imkân tanımaktadır. Ama elbette ifanın yanmasına ilişkin bu tip sözleşme hükümleri kanunlarda öngörülen içerik denetimine tabidir.[59] Bu anlamda, TBK m.27, genel işlem koşulları denetimi (TBK m.20-25) ve tüketici işlemleri bakımından haksız şart denetimi (TKHK m.5), ifanın yanmasına ilişkin sözleşme hükümlerinde de kuşkusuz uygulanacaktır.[60]

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sorumlu tutulmayan tarafın ifasının yanmasına ilişkin sözleşme hükümlerinde içerik denetimi bakımından şu tespitler yapılabilir: İfanın yanması kayıtları, TBK m.27/f.I anlamında ahlaka aykırılık teşkil edebilir.[61] Sözleşmenin sosyal ve ekonomik yönden üstün olan tarafının bu üstünlüğüne dayanmak suretiyle diğer tarafa orantısız menfaatler yüklemesi ve aşırı yarar elde etmesi hâlinde ahlaka aykırılık gündeme

---

Bası, Seçkin, Ankara 2023, Madde 208, N. 6, 22. TBK m.136/f.II'nin son cümlesi, kuralın aksinin kanunla veya sözleşmeyle öngörülebileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşme kurulduktan sonra hem edim hasarının hem de karşı edim hasarının sözleşmenin bir tarafı üzerinde olduğu kararlaştırılabilir. Örneğin satış sözleşmesinde, satıcının borcu TBK m.136 uyarınca sona erse bile alıcının satış bedelini ödemekle yükümlü olacağının kararlaştırılması böyledir. Bu tip anlaşmalar hakkında bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 24, N. 2555; AEPLI Viktor, **ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art.114-126 OR**, Schulthess, Zürich 1991, Art.119, N. 1; WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011, Art.119, N. 19; KURT L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 268-269; DURAL Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 165-166.

57 Sözleşmeden dönme üzerine borca aykırı davranan tarafın ifa ettiği edimin alacaklıda kalacağına ilişkin anlaşmanın hak düşürücü kayıt olarak ceza koşulu niteliğinde bulunduğu yönünde bkz. YELKENCİ, s. 135. Aynı yönde bkz. Y. 15. HD, T. 04.07.2008, E. 2007 / 3434, K. 2008 / 4508 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

58 SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11, N. 6.

59 SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 11, N. 6.

60 Ceza koşulunun içerik denetimi hakkında bkz. YAĞCIOĞLU, s. 129 vd.

61 Ceza koşulunun TBK m.27/f.I uyarınca kesin hükümsüz sayılmasına örnek olarak bkz. Y. 11. HD, T. 12.02.2014, E. 2013 / 15438, K. 2014 / 2405 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gelir.[62] Bunun yanı sıra, ifanın yanması kayıtlarının kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesi de mümkündür.[63] İfanın yanması kayıtlarındaki ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık hâlinde kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanır ve karşı taraf, ifanın yanmasına ilişkin kayıt olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri süremez.[64]

İfanın yanması kaydı, TBK m.27'den kurtulmakla birlikte genel işlem koşulları içeren bir sözleşmenin içinde yer alıyorsa, genel işlem koşulları denetimine tabi tutulur.[65,66] Genel işlem koşulu denetimi, yorum denetimi[67]

---

[62] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 42, N. 47; KURŞUN Ali Suphi, "Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Cilt II, Seçkin, İstanbul 2016, s. 192.

[63] Kişilik haklarına aykırılık ile ahlaka aykırılık bir arada bulunabilir. TMK m.23/f.II ile TBK m.27/f.I arasındaki ilişki hakkında bkz. KARABAĞ BULUT Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha, İstanbul 2014, s. 127 vd.; AKBULUT Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 227 vd.

[64] İhlal edilen emredici hukuk kuralının amacı veya dürüstlük kuralı, kısmi hükümsüzlükte tarafların farazi iradelerinin araştırılmasına engel olabilir ve bu durumda, sözleşme kalan kısmıyla geçerli olmaya devam eder. ERGÜNE Mehmet Serkan / KURŞUN Ali Suphi, **İstanbul Şerhi Cilt 1**, 3. Bası, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık, Madde 27, N. 86-87.

[65] Ceza koşulunda genel işlem koşulları denetimi hakkında ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 129 vd. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin T. 25.02.2021, E. 2020 / 5004, K. 2021 / 1925 sayılı kararında (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) "*Cezai şarta ilişkin düzenleme genel işlem koşulu sayılmaz.*" ifadesi yer almakta ise de bu ifade hatalı olduğu gibi, Yargıtay'ın diğer kararlarıyla da (bkz. dn. 73) bağdaşmamaktadır.

[66] Tacirler arasındaki sözleşmelerde genel işlem koşulu denetimi yapılmasına hiçbir engel yoktur (bu yönde bkz. ATAMER Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55/f.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, s. 10; AYDOĞDU Murat, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014, s. 165 vd. Aksi yönde bkz. ANTALYA O. Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, **Cilt: V/1, 1**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, N. 2173). Yargıtay da tacirler arasındaki sözleşmelerde genel işlem koşulu denetimi yapılabileceğini kabul etmektedir [Örnek olarak bkz. Y. 11. HD, T. 15.11.2017, E. 2016 / 7616, K. 2017 / 6215 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)]. Ama elbette, sözleşme tarafının tacir olması ve Türk Ticaret Kanunu ("***TTK***") m.18/f.II uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, genel işlem koşulu denetiminin, tacir olmayan kişilere göre daha sıkı bir şekilde yapılmasına yol açmaktadır. Nitekim Yargıtay da tacirler arası sözleşmelerde genel işlem koşulları denetiminin daha sıkı şartlara bağlı olduğu kanaatindedir [Örnek olarak bkz. Y. 19. HD, T. 24.05.2017, E. 2016 / 19089, K. 2017 / 4156; Y. 19. HD, T. 28.02.2017, E. 2016 / 2835, K. 2017 / 1582 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)].

[67] Yargıtay'ın bazı kararlarında, ceza koşuluna ilişkin çelişkili hükümlerde TBK m.25 uyarınca içerik denetiminden yola çıkılarak sonuca varılmıştır. Hâlbuki TBK m.23 uyarınca yorum de-

(TBK m.23) bir kenara bırakılırsa, yürürlük denetimi ve içerik denetimi safhalarından oluşur.[68] Yürürlük denetimi, muhatabın, genel işlem koşullarının mevcut olduğu hakkında uyarılması ve genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanması ile genel işlem koşullarının muhatapça kabul edilmesi (global kabulün mevcut olması) anlamına gelir.[69] İçerik denetimine ilişkin TBK m.25'te, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı genel işlem koşullarının içerik denetimine takılacağı ifade edilmiştir. Buna göre, içerik denetimindeki temel kıstas, dürüstlük kuralına aykırılıktır.[70] Genel işlem koşullarının içerik denetiminden geçememesinin yaptırımı, TBK m.25 hükmünün madde metninde açıkça belirtilmese de kesin hükümsüzlüktür.[71] Gerek yürürlük denetiminde gerekse içerik denetiminde, genel işlem koşullarını kullanan, hükümsüz olan genel işlem koşulu olmasaydı sözleşmeyi hiç kurmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin tamamen hükümsüzlüğü sağlayamaz.[72] Buna göre, ifanın yanması kayıtları genel işlem koşulu niteliğindeyse önce yürürlük denetimi[73] yapılacak ve yürürlük denetiminden geçebilen ka-

---

netiminden yararlanılması daha isabetli olurdu. Örnek olarak bkz. Y. 11. HD, T. 28.09.2020, E. 2019 / 4513, K. 2020 / 3623; Y. 23. HD, T. 03.12.2018, E. 2016 / 1216, K. 2018 / 5584 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ceza koşulunda yorum denetimi hakkında ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 131.

68 Genel işlem koşulu denetimi hakkında detaylı bilgi için bkz. ATAMER Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2011, s. 81 vd.

69 ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 28-29; AYDOĞDU, s. 85 vd.

70 Dürüstlük kuralına aykırılık kıstası, genel işlem koşullarının düzenlendiği TBK m.20-25 hükümlerinde somutlaştırılmamıştır. Buna karşılık, TTK m.55/f hükmünde, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını kullanmak haksız rekabet hâllerinden biri olarak kabul edilmiş ve iki örnek verilmiştir. Anılan hükümde verilen örnekler, *uygulanacak kanun hükümlerinden önemli ölçüde ayrılan sözleşme hükümleri* ve *sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı olacak haklar ve borçlar doğuran sözleşme hükümleridir*. Şu hâlde, TBK m.25 uyarınca içerik denetimi yapılırken pekâlâ TTK m.55/f hükmündeki örneklerden yararlanılabilir. ATAMER, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 43 vd. İçerik denetimi hakkında ayrıca bkz. AYDOĞDU, s. 123 vd.

71 ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 61; AYDOĞDU, s. 133 vd.

72 ATAMER, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, s. 62-63; AYDOĞDU, s. 134. Bu sonuç, yürürlük denetimi bakımından TBK m.22'de açıkça düzenlenmişken; içerik denetimi bakımından TBK m.25 hükmünün gerekçesinde yer almaktadır: "*Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır.*"

73 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin T. 10.02.2022, E. 2020 / 1898, K. 2022 / 1006 sayılı kararında, franchise sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun, öncelikle yürürlük denetimine tabi tu-

yıtlar içerik denetimine tabi tutulacaktır. İçerik denetiminde de sözleşmenin tarafları, sözleşmenin niteliği, yanacağı belirtilen edimin ve sözleşmedeki diğer edimlerin niteliği ve miktarları göz önünde tutularak, ifanın yanması kaydının dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı olup olmadığı araştırılacaktır.[74] Örneğin; mücbir sebepten kaynaklanan ifa imkânsızlığında bir tarafın yerine getirdiği edimin iade edileceği ancak diğer tarafın ifa ettiği edimin iade edilmeyeceği yönündeki anlaşmanın,[75] TBK m.25 uyarınca, karşı tarafın durumunu dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde ağırlaştırdığı kabul edilebilir.[76,77] Öğretide,

tulması gerektiği vurgulanmıştır: "*Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde davalı aleyhine tek yanlı cezai şart kararlaştırılmıştır. Her ne kadar cezai şart yasada düzenlenmiş ise de bunun müzakere edilmeden sözleşmede yer almış olması, denetlenemeyeceği manasına gelmez. Bu durumda cezai şarta ilişkin bu hükmün, bozma ilamımızda gösterildiği gibi yürürlük denetimi yapılarak yazılmamış sayılmasına karar verilip verilmeyeceğinin öncelikle değerlendirilmesi...*" Y. 11. Hukuk Dairesinin T. 16.10.2014, E. 2014 / 10994, K. 2014 / 15666 sayılı kararında, ceza koşulunun yürürlük denetimi yapılarak yok hükmünde olduğuna karar veren mahkeme kararı onanmıştır. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

74 Ceza koşulunun TBK m.25 uyarınca içerik denetiminde, ihlalin ağırlığı ve ihlalin yaptırımı ile bu yaptırımın borçlu bakımından sonuçları arasındaki orana bakmak gerektiği yönünde bkz. KIRCA Çiğdem, "Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", **Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu** (Yayına Hazırlayanlar: Emel Badur/Gamze Turan Başara), Seçkin, Ankara 2016, s. 129. Ayrıca bkz. AYDOĞDU, s. 150.

75 Borçlunun sorumlu olmadığı sebeple ifanın imkânsızlaşmasına rağmen ceza koşulunun istenebileceğinin kararlaştırılmasına imkân tanıyan TBK m.182/f.II hükmü, ifanın yanması kayıtlarından farklıdır. Zira ifanın yanması kayıtları doğrudan asıl borcu hedef alırken; TBK m.182/f.II, asıl borçtan ayrıca taahhüt edilen sözleşme cezasını düzenlemektedir. İfanın yanması kayıtlarında ayrıca bir edim taahhüt edilmediğinden, TBK m.182/f.II'de borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığında ceza koşulunun talep edilemeyeceğine ilişkin kuralın aksinin kararlaştırılabileceğinin öngörülmesi, ifanın yanması kayıtları bakımından önem taşımaz. Asıl borç ile birlikte ceza koşulu öngörüldüğü ve borçlunun sorumlu olmadığı sebeple ifanın imkânsızlaşmasına rağmen ceza koşulunun gene talep edebileceğinin kararlaştırıldığı hâllerde ceza koşulunun sigorta işlevinin ön plana çıktığı yönünde bkz. ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 17.

76 Aynı yönde bkz. AEPLI, **ZK-Zürcher Kommentar**, Art.119, N. 101; KURT, s. 269. Bu tip anlaşmalara daha ziyade genel işlem koşulları içinde yer verildiği ve bunların geçerliliğinin belirsiz olduğu yönünde bkz. WIEGAND, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR**, Art.119, N. 19. Ceza koşulunda TBK m.25 uyarınca içerik denetimine takılabilecek düzenlemelere çeşitli örnekler için bkz. KIRCA, s. 129 vd.

77 Tüketici işlemleri bakımından durum daha açıktır. Nitekim tüketici işlemleri bakımından, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (*Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 17.06.2014-29033*) m.5/f.IV'ün atfı doğrultusunda, Ek-1 Haksız Sözleşme Şartları, f. I'e göre: "*c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar, ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenle-*

genel işlem koşulu denetimi sonucunda kısmi hükümsüzlüğün kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.[78] Bu görüş kabul edilecek olursa, genel işlem koşulu denetimine takılan ifanın yanması kayıtlarında, TBK m.182/f.III'ten farklı olarak, kısmi hükümsüzlüğün kabulü ve böylelikle iadenin kısmen sağlanması mümkün olmaz.[79]

İfanın yanmasına ilişkin kayıt, içerik denetiminden geçerse, TBK m.181/f.I hükmü devreye girer ve bu kayıtlar ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutulur. Nitekim hemen yukarıdaki başlık altında detaylı olarak açıklandığı üzere, ifanın yanmasına ilişkin kayıtlar ceza koşulu niteliğinde olmasa da TBK m.181/f.I hükmü, bu tip kayıtları ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutmuştur. Borçlunun sorumluluğuna bağlanan ifanın yanması kayıtlarında yaptırım söz konusu iken, sorumluluğu olmayan borçlunun ifasının yanmasında borçlunun borca aykırılığına bağlanan yaptırım söz konusu değildir. Bu anlamda, sorumluluğu bulunmayan borçlunun ifasının yanmasında, sözleşme cezasının fonksiyonları eksiktir. Buna karşılık TBK m.181/f.I hükmü, salt ifanın yanmasını esas almıştır. Bir başka ifadeyle, hiçbir sorumluluğu bulunmayan borçlunun, sözleşme ilişkisinin sona ermesi sebebiyle sahip olduğu hakkının kısmen veya tamamen sona ermesi de TBK m.181'in kapsamındadır. Öğretide de borçlunun mücbir sebepten sorumluluğunun kararlaştırılabileceği, böyle bir anlaşmanın asıl borca bağlılık arz etmeyen

---

yenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar" haksız şart sayılır. Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin T. 07.11.2022, E. 2022 / 6567, K. 2022 / 8531 sayılı kararında, mücbir sebepten dolayı sağlayıcının borcunu yerine getirememesi üzerine tüketicinin yaptığı ödemenin bir kısmının yanmasına ilişkin sözleşme hükümlerinin haksız şart teşkil ettiği belirtilmiştir. Tüketici işlemi niteliğindeki avukatlık sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun haksız şart olarak değerlendirildiği örnek için bkz. Y. 3. HD, T. 04.06.2021, E. 2020 / 5616, K. 2021 / 6006. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

78 KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 287; KIRCA, s. 131; YELKENCİ, s. 156. Yargıtay'ın, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin 20 ila 25'inci maddelerin) yürürlüğünden önce verdiği bazı kararlarda, ceza koşulunun genel işlem şartı olduğu tespit edilmiş ve BK m.161/f.III uyarınca indirimin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir [Örnek olarak bkz. Y. 18. HD, T. 14.02.2006, E. 2005 / 10472, K. 2006 / 949; Y. 15. HD, T. 18.05.2005, E. 2004 / 5094, K. 2005 / 3100 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)]. Öğretide, BK m.161/f.III'den önce BK m.19-20'deki içerik denetiminin değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı haklı olarak belirtilmektedir. YAĞCIOĞLU, s. 263; YELKENCİ, s. 417.

79 Ceza koşulu bakımından bu yönde bkz. YAĞCIOĞLU, s. 130-131. Aşağıda açıklanacağı üzere, genel işlem koşullarındaki içerik denetiminden farklı olarak, TBK m.182/f.III çerçevesinde indirim ve kısmen iade mümkündür (bkz. aşağıda III.D başlığı altındaki açıklamalar). Alman Hukukunda ceza koşulunun genel işlem koşulları denetimi hakkında bkz. WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 14.

garanti taahhüdü niteliğinde olsa dahi ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir.[80]

C. İfanın Süreye Bağlı Olarak Yanması

Bazı sözleşmelerde, yerine getirilen edimin, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra belli bir süre içinde harekete geçilmediği takdirde iade edilmeyeceği düzenlenmektedir. Örnek olarak, yemek kartına yapılan ve kullanılmayan ön ödemenin, sözleşme sona ererek kartın iptalinden itibaren altı ay içinde başvurulmadığı takdirde sona ereceği yönündeki sözleşme hükmü verilebilir.[81] Bu gibi kayıtları sürenin haklar üzerindeki etkisi bakımından ele almak gerekir: Belli bir süre içinde hak sahibinin hakkını kullanmaması (yapması gerekeni yapmaması) hakkın sona ermesine yol açıyorsa "hak düşürücü süre";[82] hak sahibinin davranışlarından bağımsız olarak, sürenin geçmesi ile birlikte hak sona eriyorsa "süreye bağlı hak";[83] alacaklının, belli bir süre içinde, alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması borçluya ifadan süresiz olarak kaçınma hakkı veriyorsa "zamanaşımı süresi"[84] söz konusu olur. Bunların yanı sıra, zamanaşımına tabi bir alacak hakkının ileri sürülebilmesi için belli bir süre içinde yapılması gereken külfetler öngörül-

---

80 EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 9; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.163, N. 4. Bkz. ve krş. AKSOY Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 1008. Bu tip taahhütlerin garanti niteliğinde olduğu kabul edilirse (TBK m.603'ün karşılığı olmayan İsviçre'den farklı olarak), gerçek kişilerce böyle bir taahhütte bulunulması hâlinde, TBK m.603 uyarınca kefaletin şekline ve eş rızasına ilişkin hükümler göz önüne alınmak gerekecektir. TBK m.603'ün benzer şekilde dikkate alınması gereken örnek için bkz. YILDIRIR Efe Can, **Birlikte Kefalet**, On İki Levha, İstanbul 2018, s. 51-52.

81 Yapılan ödemenin, sözleşme sona erip kartın iptali hâlinde geri istenemeyeceği de kararlaştırabilir. Özellikle, festival gibi kısa süreli etkinliklerde, yeme içme bedelinin o festivale özgü bir kart (hatta o etkinliğe özgü bir mobil uygulama) ile karşılandığı durumlarda bu tip kayıtlara rastlanmaktadır. Buna göre, etkinliğe katılan kişi (çoğu zaman tüketici), karta (yahut mobil uygulamaya) bir miktar para yüklemekte ve etkinlik sona erdikten sonra yüklediği miktardan kalan meblağın iade edilmeyeceği kararlaştırılmaktadır. Bu tip kayıtlarda da ifa, süreye bağlı (örneğin festival süresi) olarak yanmış olmaktadır.

82 OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, N. 1902; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 5, N. 12; NOMER, N. 211, dn. 1800; EREN, N. 4049; ERDEM Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 25.

83 OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-1**, N. 1902; NOMER, N. 211, dn. 1800; ERDEM, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, s. 31-32. Süreye bağlı haklarda zaman, hakkın varlığının ölçüsüdür. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 5, N. 11.

84 OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-1**, N. 1903; NOMER, N. 211; EREN, N. 4049; ERDEM, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, s. 7.

müş olabilir ve bu süre içinde külfetler yerine getirilmezse, hak gene sona erer.[85]

Edimin süreye bağlı olarak yanmasına ilişkin kayıtlarda, iade borcunun kaynağı sözleşmedir. Nitekim sözleşme ilişkisinin sona ermesini takip eden belli süre içinde harekete geçilmediği takdirde iade borcunun sona ereceğinin kararlaştırılması, gerekli davranışların yapılması durumunda iade alacağının doğacağına ilişkin anlaşmayı da içerir.[86] Bu durumda, iade alacağı sözleşmeden doğan borçların zamanaşımına tabi olur (TBK m.146 vd.). İade alacağının sona ermemesi için harekete geçilmesi gereken süre ise zamanaşımını değiştirmemektedir.[87] Böyle bir anlaşma ile borcun özel sona erme sebebi kararlaştırılmış olur.[88] Belli bir süre için alacaklıya başvurulmaması; alacaklının, mirasçılarına intikal etmeyen bir alacağını talep etmeden ölmesi gibi hâller verilebilir.[89] Görüldüğü üzere, belli bir süre içinde belli davranışların yapılmaması hâlinde iade borcunun sona ereceğinin kararlaştırılması da ifanın yanması kaydı niteliğindedir. Bu tipteki ifanın yanması kayıtları, borçlunun sorumluluğuna değil, iade alacaklısının sözleşmede öngörülen külfetleri yerine getirmemesine bağlanmıştır.[90] Şu hâlde, ifanın süreye bağlı olarak yanması, ifanın yanmasının borçlunun sorumluluğuna bağlandığı (bkz. yukarıda II.A başlığı) ve bağlanmadığı (bkz. yukarıda II.B) durumların arasında bir yerde konumlandırılabilir.

İfanın yanmasının süreye bağlanması da içerik denetimine tabidir. Bu anlamda, yukarıdaki başlıklarda yapılan açıklamalar, ifanın yanmasının süreye bağlanması için de geçerlidir. Dolayısıyla ifanın yanmasının süreye bağlanması, içerik denetiminden kurtulsa dahi ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi olur.

---

85 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 5, N. 12; ERDEM, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, s. 26.

86 Diğer taraftan, geniş anlamda borç ilişkisi sona erse dahi o sözleşmeden doğan dar anlamda borçlar varlığını sürdürebilir ve varlığını devam ettiren borçlar, gene sözleşmeden doğan borçlardır. Örnek olarak, kira sözleşmesi sona erdikten sonra kiracının kiralananı iade borcunda durum böyledir.

87 Benzer bir durum, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, belirli bir süre içinde üstlenene başvurulmadığı takdirde üstlenenin sorumluluğunun sona ereceğinin kararlaştırılmasında da mevcuttur. Böyle bir anlaşma, TBK m.128/f.II uyarınca geçerlidir ve zamanaşımının değiştirilmesi yasağını (TBK m.148) ihlal etmez. NOMER, N. 216.7; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-1**, N. 1245.

88 VON TUHR / ESCHER, s. 270. Süreli kefalette kefilin sürenin sonunda borçtan kurtulacağına ilişkin TBK m.600 hükmündeki kefalet süresinin yasal bozucu koşul (*condicio iuris*) olduğu yönünde bkz. VON TUHR / ESCHER, s. 270, dn. 52.

89 VON TUHR / ESCHER, s. 270. Sağlıkta ileri sürülmeyen manevi tazminat alacağının, TMK m.25/f.IV uyarınca, ölüm ile birlikte sona ermesi böyledir.

90 Satıcının ayıptan sorumluluğunun şartlarından olan muayene ve ihbar külfeti de (TBK m.223-224; TTK m.23/bent c) belli davranışların yerine getirilmemesi hâlinde hakkı sona erdiren hâllere örnek teşkil etmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 5, N. 12.

D. İfanın Yanması Kayıtlarının Yorumu

İfanın hangi durumlarda yanacağı sözleşmede açıkça belirtilmemiş olabilir.[91] Örnek olarak, "*İşbu sözleşme kapsamında alıcı tarafından ödenen meblağ, hiçbir koşulda iade edilmez.*" şeklindeki bir sözleşme hükmünden tek anlaşılan, alıcının ödediği paranın (ifanın) yanacağıdır. Peki bu örnekte, satıcının sorumlu olmadığı sebeple ifanın imkânsızlaşması ve satıcının borcunu ifadan kurtulması hâlinde de alıcının ödediği meblağ iade edilmeyecek midir? Yahut alıcının, satıcının temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesi durumunda da ödenen para satıcıda kalacak mıdır? Bu soruların yanıtları, sözleşmenin yorumu sorunudur.[92] Buna göre, sözleşmenin yorumuna ilişkin esaslar, ifanın yanması kayıtlarında da uygulanacaktır.

Sözleşmenin yorumu öncelikle, tarafların ortak ve gerçek iradelerinin tespitine yönelir (TBK m.19/f.I). Şayet tarafların gerçek iradeleri tespit edilemezse güven teorisine başvurularak tarafların farazi iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Güven teorisine göre bir irade beyanının yorumu, muhatabın dürüstlük kuralına göre bildiği ve bilmesi gerekli bütün şartları değerlendirerek, o beyana verebileceği anlamın ortaya çıkarılmasıdır.[93] Sözleşmenin tamamı göz önünde tutulmak suretiyle tarafların kullandıkları sözcük ve deyimler, sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman ile sözleşme görüşmeleri, tarafların, sözleşmenin kurulmasından önceki ve sonraki davranışları, sözleşmenin yorumunda yararlanılabilecek unsurlardır.[94] Bu yorum araçları ile bir sonuca varılamadığı takdirde, "*sözleşmenin geçerliliğinden yana yorum*", "*sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorum*",[95] "*sözleşme ile borç altına giren*

---

[91] İfanın hangi durumlarda yanacağı sözleşmede açıkça belirtilse dahi yorum faaliyetine ihtiyaç duyulabilir. Zira bir hüküm ne kadar açık olursa olsun, yorum metotları uygulandığı takdirde, o hükmün başka türlü anlaşılmaya elverişli olduğu ortaya çıkabilir. Bir hükmün anlamının açık olup olmadığının tespiti de gene sözleşmenin yorumuna bağlıdır. Açık kuralların yorumlanmayacağı ("*In claris non fit interpretatio*") yönündeki görüş artık terk edilmiştir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, N. 7; SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem-Mantık**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 237.

[92] Nitekim öğretide borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığında yerine getirilen karşı edimin iadesinin istenemeyeceği yönünde bir anlaşma bulunup bulunmadığının yorum yoluyla tespit edileceği belirtilmektedir. Böyle bir anlaşmanın açık olması şart değildir; örtülü olarak da meydana gelebilir. AEPLI, **ZK-Zürcher Kommentar**, Art.119, N. 101.

[93] ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 10.

[94] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, N. 5-10; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-1**, N. 598; EREN, N. 1460-1462; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 151-153; NOMER, N. 25.8; KOLLER, § 9, N. 6.

[95] Sözleşmeyi düzenleyen aleyhine yorum prensibi, genel işlem koşulları bakımından TBK m.23'te "*düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum*", haksız şart denetimine konu

lehine yorum", "*kanuna uygun yorum*" gibi yardımcı yorum kurallarına başvurulur.[96]

Yukarıdaki örneğe bu prensipler uygulandığında, şu tespitler yapılabilir. Öncelikle, sözleşme metni, sözleşmenin kurulduğu yer ve zamandaki şartlar ile sözleşme görüşmeleri ve tarafların davranışları ışığında tarafların gerçek veya farazi ortak iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Şayet bu unsurlardan bir sonuca varılamazsa, yardımcı yorum kurallarına başvurulur ve yukarıda örnekte, (borç altına giren yorum ve kanuna uygun yorum kuralları ışığında) borçlunun ifa ettiği edimin ancak borçlunun sorumluluğunun bulunduğu takdirde yanacağı sonucuna varılır. Zira ifası yanacak taraf borçludur. Bunun yanı sıra, borçlunun hak kaybının borçlunun sorumluluğuna bağlanması da kanuna uygun yorumdur. Belirtmek gerekir ki yukarıdaki örnekte yer alana benzer sözleşme hükümleri, çoğu zaman standart sözleşmelerin içinde bulunur. Standart sözleşme ile karşı karşıya kalındığında ise TBK m.23'te karşılığını bulan, muhatap lehine yorum devreye girer ve aynı sonuca varılır.[97] Şu hâlde, borçlunun sorumluluğu bulunmamasına rağmen ifasının yanması amaçlanıyorsa, bu hususun açıkça ve sözleşmenin diğer maddeleriyle uyumlu olacak şekilde kararlaştırılmasında fayda bulunmaktadır.

III. İFANIN YANMASINA İLİŞKİN KAYITLARA CEZA KOŞULUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI

A. Uygulamanın Niteliği ve Kapsamı

İfanın yanması, borçlunun sorumluluğuna bağlanmış olsun veya olmasın, önce içerik denetimine (TBK m.27, 25 vs.) tabidir. İçerik denetiminden geçemediği takdirde ifanın yanması kayıtları kesin hükümsüz olur ve sözleşme, kalan kısmıyla ayakta kalmaya devam eder[98] (TBK m.27/f.II). İçerik denetiminden geçen ifanın yanması kayıtlarına, TBK m.181/f.I uyarınca,

olabilecek sözleşme hükümleri bakımından TKHK m.5/f.IV'te "*tüketici lehine yorum*" olarak düzenlenmiştir.

96 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 32, N. 11-18; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-1**, N. 598; EREN, N. 1463 vd.; NOMER, N. 25.8.

97 Tüketici işlemleri bakımından bu tip ifanın yanması kayıtlarında yorum denetimine gerek kalmaz; bu gibi kayıtlar haksız şartlar denetimine takılır ve kesin hükümsüz olur (bkz. dn. 77). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun T. 12.10.2021, E. 2017 / 19-2736, K. 2021 / 1218 sayılı kararında, ceza koşuluna ilişkin sözleşme maddesinde, düzenleyen aleyhine yorum kuralı işletilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

98 Bkz. yukarıda dn. 64 ve dn. 72'nin bağlı bulunduğu cümleler.

ceza koşuluna ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.[99] Bununla birlikte, ceza koşuluna ilişkin hükümler (TBK m.179-182), tamamen değil, ifanın yanmasına ilişkin kayıtlara uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur. Zira ifanın yanması kayıtlarında, sonradan bir edimin yerine getirilmesi söz konusu olmaz; yanan edim baştan yerine getirilmiştir. Buna göre, ifanın yanmasında edim zaten yerine getirilmiş olduğundan, asıl borç ile sözleşme cezasının birlikte istenebilip istenemeyeceğine ve dönme cezasına ilişkin TBK m.179 hükmü, ifanın yanmasında uygulama alanı bulmaz.[100]

İfanın yanması kayıtlarının örneği olan ve ceza koşuluna benzeyen İK m.38 ile DİK m.38'deki ücret kesme cezasına, ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanmaz.[101] Zira ücret kesme cezasının talep edilebilmesinin şartları ve kesilebilecek ücretin üst sınırı, anılan hükümlerde nispi emredici şekilde düzenlenmiştir. Bu anlamda, İK m.38/f.II'deki üst sınırın ("*bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancı*") ve DİK m.38/f.II'deki üst sınırın ("*bir ayda üç gündelik*") içinde kalan meblağ TBK m.182/f.III uyarınca indirilmemelidir. Şu hâlde, ücret kesme cezası ifanın yanması niteliğinde olmakla birlikte, İK m.38 ile DİK m.38 hükümleri, TBK m.181/f.I'e göre özel hüküm niteliğindedirler ve ceza koşuluna ilişkin hükümleri dışlarlar.

B. Asıl Borca Bağlılık (TBK m.182/f.II) ve Şekil Kuralı

Ceza koşulu asıl borca bağlı (ferî) bir yan anlaşma niteliğinde olup, ceza koşulunun doğumu ve akıbeti kural olarak asıl borca bağlıdır.[102,103] Nitekim

---

[99] Hukukta kıyas, esas itibarıyla yorumda, boşluk doldurmada ve hüküm içi boşlukta karşımıza çıkar (NOMER Halûk Nami / AKBULUT Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş Bölüm I**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, N. 98, 106-108, 156). TBK m.181/f.I hükmü de ifanın yanmasında ceza koşuluna ilişkin hükümlere atıf yapmıştır. Şu hâlde, ifanın yanmasına ceza koşulu hükümlerinin uygulanması, kıyasen uygulama niteliğindedir. Aynı yönde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 360; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1578; BGE 135 III 433, 3.3'te zikredilen yazarlar. Bir hakkı sona erdiren veya azaltan kayıtlara ceza koşuluna ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması gerektiği yönünde bkz. ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 36.

[100] Para dışındaki cezalar ve hak düşürücü kayıtlar bakımından aynı yönde bkz. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 342, N. 3; WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 342, N. 2.

[101] GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3850; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 18.

[102] BECKER, BK-Berner Kommentar, Art.160, N. 25; EHRAT, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.160, N. 3; WUFFLI, OFK-Orell Füssli Kommentar, Art.160, N. 7; ROTH PELLANDA, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.160, N. 8; PIET-

TBK m.182/f.II'ye göre, asıl borç geçersizse veya borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse kural olarak (aksi kararlaştırılmadıkça) ceza koşulu da istenemez.[104] İfanın yanması kayıtlarında, ifa edilen edimin bağlı olduğu bir asıl borç bulunmamaktadır. Dolayısıyla TBK m.181/f.I uyarınca ceza koşulu hükümlerine tabi tutulan ifanın yanması kayıtlarında asıl borca bağlılığın söz konusu olmayacağı düşünülebilir.[105] Bununla birlikte ifanın yanması, öncelikle ifaya konu edimin yerine getirilmesini gerektirir. Şayet ifa edilen edim geçerli olarak doğmamışsa, borçlanılmamış edimin yerine getirilmesi söz konusu olur.[106] Bu durumda ifanın yanmasına ilişkin kayıtların, doğmadığı hâlde yerine getirilen edimin yanması hâlini kapsayıp kapsamadığı, yorum sorunudur[107] (TBK m.19). Şayet borçlanılmadığı hâlde (sözleşmedeki hükümsüzlüğe rağmen) yerine getirilen edimin iade edilmeyeceği kararlaştırılmış değilse, ifanın yanması söz konusu olmaz; ifa edilen edimin iadesi istenebilir.[108] Şu hâlde, ifanın yanması kayıtlarında yerine getirilen edimin

---

RUSZAK, Kurzkommentar OR, Art.160, N. 5; SCHWENZER, N. 71.03; BERGER, N. 1784; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 3; KELLER / SCHÖBİ, s. 110; BUCHER, s. 467; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt-2, N. 1580; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; EREN, N. 3681; ERDEM, İstanbul Şerhi, Madde 179, N. 21; KOCAAĞA, s. 134 vd.

103 Alman Hukukunda, ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun hükümsüzlüğünün ceza koşulunu da hükümsüz kılacağı, BGB § 344'te açıkça düzenlenmiş ve taraflar, asıl borcun hükümsüzlüğünü bilse dahi ceza koşulunun gene hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu hükmün, hükümsüz bir borcun ifası hususunda baskı yaratılmasının önüne geçilmesi amacına hizmet ettiği yönünde bkz. MEDICUS, § 39, N. 470.

104 Asıl borcun sona ermesinden önce doğan ceza koşulu, sözleşmenin geriye etkili sona ermesi (sözleşmeden dönme gibi) dışında istenebilir. Zira ceza koşulu, doğduktan sonra asıl borçtan bağımsızlaşır (bkz. ve karş. TBK m.179/f.II). BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.160, N. 27; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.160, N. 7; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 11; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.160, N. 6; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 3; EREN, N. 3684; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 21; KOCAAĞA, s. 144.

105 Hak düşürücü kayıtlar bakımından bu yönde bkz. KOCAAĞA, s. 67; YAĞCIOĞLU, s. 109.

106 Ceza koşulunun asıl borcun başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüz olmasına rağmen istenebileceği yönündeki anlaşmaların geçerli olduğu yönünde bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3823. Aksi yönde bkz. KOCAAĞA, s. 144.

107 İfanın yanması kayıtlarının yorumu hakkında bkz. yukarıda II.D başlığı altındaki açıklamalar.

108 Borç ilişkisinin sona ermesi üzerine ifa edilen edimlerin iadesinin hukuki dayanağı öğretide oldukça tartışmalıdır (Tartışmalar için bkz. KOLLER, § 54, N. 21; KURT, s. 252 vd.; DURAL, s. 162 vd.; ÖZ Turgut, **İstanbul Şerhi Cilt-3**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, Madde 136, N. 20 vd.). Ancak bu tartışmanın konumuz bakımından önemi yoktur. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iade borcunun doğmayacağı kanunlarda öngörülen sınırlar dâhilinde kararlaştırılabilir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin T. 07.03.2019, E. 2016 / 3513, K. 2019 / 891 sayılı kararında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sona ermesi hâlinde, yüklenicinin yaptığı imalatların iş sahibine kalacağı yönündeki sözleşme hükmünün geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır: "*Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin feshi halinde ta-*

geçerliliğine bağlılık kural olarak söz konusudur. Ama elbette ifanın yanmasının, borcun sona ermesi bakımından bağlılığı söz konusu olmaz. Zira edim yerine getirilmeden, ifanın yanması sorunu zaten ortaya çıkmaz.

Ceza koşulu, bağlı olduğu asıl borcu doğuran sözleşmenin içindeki bir kayıt olabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir.[109] Özellikle ayrı bir sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde, asıl borcu doğuran sözleşmenin şekline tabi olur[110] (TBK m.13). İfanın yanması kayıtları için de bu kurallar aynen geçelidir. Bu anlamda, ifanın yanması kaydına aynı sözleşmede yer verilebileceği gibi; sözleşmenin şekline tabi sonraki bir sözleşmeyle de ifanın yanacağı kararlaştırılabilir.

C. Zarar ve Kusur ile İlişki (TBK m.180)

Ceza koşulunun talep edilebilmesi, alacaklının zarara uğramasından bağımsızdır (TBK m.180/f.I). Bu anlamda alacaklı, borca aykırılık sebebiyle hiçbir zarara uğramasa dahi muaccel hâle gelen ceza koşulunun ifasını talep edebilir. Alacaklı, ceza koşulunu aşan miktarda zarara uğramışsa, borçlunun kusurunu ispat etmek suretiyle bu aşkın zararının tazminini de isteyebilir[111] (TBK m.180/f.II). İfanın yanması kayıtlarında da alacaklının zarara uğrayıp

raflar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiklerini geri isteyebilirler... yüklenicinin kusuru ile feshedilse dahi yapılan imalatlar arsa sahibinin yararına ise yüklenici imalat bedelini isteyebilir. Taraflar arasındaki 17.08.2007 tarihli sözleşmenin 27. maddesinde belirtilen akdin feshi halinde yüklenicinin imalatlarının ve ihrazatlarının idareyi terk ve teberrü edilmiş sayılacağına ilişkin hüküm geçersizdir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[109] Ceza koşulunun, asıl borcu doğuran sözleşmeden önce de kararlaştırılabileceği ancak bu durumda, sözleşmenin kurulması şartına bağlı olarak yürürlüğe gireceği yönünde bkz. ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 17. Ceza koşulunun, sözleşmeden önce veya sonra kararlaştırılabileceği yönünde ayrıca bkz. BERGER, N. 1783. Ceza koşulunun asıl borcun doğumundan önce kararlaştırılmasına örnek olarak, çerçeve sözleşmede, münferit sözleşmeler için ceza koşulu öngörülmesi verilmektedir. KOCAAĞA, s. 130.

[110] KOLLER, § 81, N. 27; EREN, N. 3685; NOMER, N. 235; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1616; KOCAAĞA, s. 127; KELLER / SCHÖBİ, s. 111. Sonradan ceza koşulu kararlaştırılmasının tadil sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. ÖZ Kerem, **Tadil Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 160.

[111] TBK m.180 emredici olmadığı için taraflar, borçlunun kusursuzluğunu ispatla yükümlü olduğunu kararlaştırılabilirler. BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.161, N. 5; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.161, N. 2; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.161, N. 5; VON TUHR / ESCHER, s. 283; EREN, N. 3701; KOCAAĞA, s. 212; KAPANCI Kadir Berk, "Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 666. Uygulamada sıklıkla, zarar ile birlikte (zarara ek olarak) ceza koşulunun da ödeneceğinin kararlaştırıldığı ve bu gibi durumlarda OR Art.163/III (TBK m.182/f.III) uyarınca indirimin saklı olduğu yönünde bkz. BERGER, N. 1797.

uğramadığı önem arz etmez. Edimi ifa eden, alacaklının zarara uğramadığını yahut yanan edimin değerinden daha az zarara uğradığını ileri sürerek, geçerli bir ifanın yanması kaydına rağmen iade talebinde bulunamaz. Ama elbette TBK m.182/f.III uyarınca indirim saklıdır. Aşkın zararda kusuru ispat külfetini alacaklıya yükleyen TBK m.180/f.II, ifanın yanması kayıtlarında da uygulama alanı bulmalıdır. Örnek olarak, yüklenicinin borca aykırılığı üzerine teminat mektubunun bedelini irat kaydeden iş sahibinin, teminat mektubunun paraya çevrilmesi ile karşılanmayan aşkın zararını talep edebilmesi için, kural olarak, yüklenicinin kusurunu ispatlaması gerekir.[112,113]

Öğretideki hâkim görüş, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi gerektiği yönünde olmakla birlikte, bu mesele öğretide, borçlunun kusuru üzerinden ele alınmaktadır.[114] Hâlbuki önemli olan, borçlunun kusuru değil, borca aykırılıktan sorumlu

---

[112] TBK m.180/f.II'nin, kusuru ispat yükünü alacaklıya yüklemesi öğretide eleştirilmekte ve TBK m.180/f.II'deki kuralın yumuşatılması için, kusursuzluğu ispat yükünün borçluda olduğunun örtülü olarak kararlaştırıldığının kabul edilmesi gibi çözümler önerilmektedir. BUCHER, s. 474; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.161, N. 6; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.161, N. 6. TBK m.180/f.II'ye yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıca bkz. KOCAAĞA, s. 211-212; TUNÇOMAĞ, s. 124-125; KAPANCI, s. 666-667; AKSOY, s. 1001 vd. TBK m.180/f.II'in mehazı OR Art.161/II hükmünün, mülga OR zamanındaki uygulamayı yansıttığı yönünde bkz. BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.161, N. 3; KOLLER, § 81, N. 72. Kusurun icra ve iflas hukukunda kusurun ispatı hakkında bkz. IŞIK Serpil, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 79, S. 4, 2021, s. 1185.

[113] Alman Hukukunda ise BGB § 342 hükmü, para dışındaki edim olarak kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilmesi hâlinde, tazminat talebinde bulunulamayacağını açıkça düzenlemiştir: "*Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen... der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.*" Öğretide, bu hüküm sebebiyle, cezayı aşan zararın tazminine olanak tanıyan BGB § 340/II hükmünün uygulanmayacağı ancak BGB § 342 hükmünün aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 342, N. 2, 4; HEINRICHS, **Palandt**, § 342, N. 1.

[114] İleri sürülen görüşler hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, s. 102 vd.; KOCAAĞA, s. 172 vd. Borçlunun kusurunu arayan yazarlara örnek olarak bkz. EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.160, N. 14; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.160, N. 2, Art.161, N. 2; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.160, N. 24; GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3792a; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.160, N. 8; BERGER, N. 1792; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1616; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1388; TUNÇOMAĞ, s. 102; KOCAAĞA, s. 172; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 179, N. 28. Borçlunun kusurunun aranmayacağı yönünde örnek olarak bkz. KELLER / SCHÖBİ, s. 114; EREN, N. 3700. Alman Hukukunda, ceza koşulu için borçlunun sorumluluğunu arayan yazarlara örnek olarak bkz. WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 19.

tutulabilip tutulamadığıdır.[115] Nitekim borçlunun sorumluluğunu kusura indirgeyen ve borçlunun kusurunu arayan yazarlar, borçlu kusursuz olduğu hâlde sorumlu ise (örneğin; TBK m.116 uyarınca ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluk), ceza koşulunun gene istenebileceğini kabul etmektedirler.[116] Bu anlamda, hâkim görüş çerçevesinde, ceza koşulunun doğumu için kural olarak borçlunun borca aykırılıktan sorumluluğu gerekir. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, TBK m.182/f.III'teki indirim dışında emredici nitelikte olmaması, ceza koşulunun doğumu için borçlunun sorumluluğunun aranıp aranmayacağının taraflarca kararlaştırabilmesine de imkân tanır.[117]

İfanın yanması kayıtları bakımından bu tartışmaya yer yoktur. Zira ifanın yanması için borçlunun sorumluluğunun gerekip gerekmediği, ifanın yanması kaydında zaten kararlaştırılmış olur veya yorum yoluyla tespit edilir. Örneğin, borçlunun sorumluluğu bulunmadığı hâlde ifanın yanacağı kararlaştırılmışsa, ifanın yanması için borçlunun sorumluluğunun aranıp aranmayacağı tartışılmaz; taraflar bu hususu kararlaştırmışlardır. Esasen yukarıda, ifanın yanması kayıtları bakımından yaptığımız ayrımın temelinde de borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmaması yatmaktadır.

D. Miktar ve İndirme (TBK m.182/f.I,III)

TBK m.182/f.I'de, ceza koşulu miktarının serbestçe belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre ceza koşulunun miktarının belirlenmesinde kural sözleşme özgürlüğüdür.[118] Bununla birlikte, (emredici hüküm niteliğindeki)

---

[115] KOLLER, § 81, N. 31; BUCHER, s. 470; TAŞKIN Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1327.

[116] Örnek olarak bkz. GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3717; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1619; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1623; KOCAAĞA, s. 175.

[117] Ceza koşulunun kusurdan bağımsızlığının genel işlem koşulları içinde bulunması hâlinde hükümsüz olacağı yönünde bkz. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 339, N. 36; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1623.

[118] EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 3; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.163, N. 1; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 8; BERGER, N. 1798; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 7; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 1; YELKENCİ, s. 138. Ceza koşulunun miktarını taraflardan birinin belirleyeceğinin kararlaştırılması mümkün değildir (WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.163, N. 1; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 8). Buna karşılık, ceza koşulunun belirlenmesi üçüncü kişiye bırakılabilir veya miktar için bir tarifeye atıf yapılabilir (KOLLER, § 81, N. 25). Alman Hukukunda ise cezanın miktarının belirlenmesinin, kanunlarda öngörülen sınırlar içinde ve indirime ilişkin BGB § 343 hükmü saklı kalmak üzere, üçüncü kişiye veya bizzat alacaklıya

TBK m.182/f.III'te, "*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*" hükmüne yer verilmiştir.[119,120] İfanın yanması kayıtlarında, ceza koşulundaki gibi ayrı bir edim yükümlülüğü öngörülmemiş olup, edim zaten ifa edilmiş olmaktadır.[121] Bir başka ifadeyle indirime tabi tutulacak edim, zaten yerine getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki öğretide, ifa edilen ceza koşulunun indiriminin ifaya rağmen istenebilip istenemeyeceği tartışmalıdır.[122,123]

---

bırakılabileceği belirtilmektedir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 339, N. 28 vd.; WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 6, 21). Ceza koşulu miktarının boş bırakıldığı bir olay hakkında bkz. Y. 9. HD, T. 28.03.2013, E. 2010 / 25792, K. 2013 / 10539 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

119 Ceza koşulunun miktarının alacaklının borçluyu istismarı sebebiyle ahlaka aykırılığa yol açması hâlinde, TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüzlüğün uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüş, TBK m.182/f.III'ün TBK m.27'yi dışlamadığı ve TBK m.27 uyarınca ahlaka aykırılığın göz önünde bulundurulabileceği yönündedir (BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.163, N. 1; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 3; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 6; KOLLER, § 81, N. 36; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 22; KOCAAĞA, s. 110-111; YELKENCİ, s. 140, 391 vd.). Ceza koşulunun salt yüksekliğinin ahlaka aykırılığa yol açmayacağı yönünde bkz. EREN, N. 3710.

Alman Hukukunda ise aşırı ceza koşulunun bazı hâllerde ahlaka aykırılığa yol açabileceği ve bu durumda sözleşmenin BGB § 139 uyarınca şüphe hâlinde tamamen hükümsüz olup olmadığının öncelikle araştırılması gerektiği belirtilmektedir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 9; MEDICUS, § 39, N. 466). Ahlaka aykırılık için, ceza koşulunun yüksekliğinin tek başına yeterli olmadığı ve bazı özel şartların gerektiği de belirtilmektedir (SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 343, N. 4). Ahlaka aykırılığa ve aşırı yararlanmaya ilişkin BGB § 138 hükmünün, ceza koşulunda hemen hemen hiç uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 339, N. 15.

120 Alman Hukukunda, BGB § 343/I hükmünde ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talebi aranmıştır. Öğretide, indirim talebinin dava, karşı dava yahut defi olarak ileri sürülebileceği ve indirim miktarının rakam olarak belirtilmesinin şart olmadığı ifade edilmektedir. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 13-14. Türk Hukukunda ise - indirim için borçlunun talebini arayan Alman Hukukundan farklı olarak- ceza koşulunun aşırılığı hâkim tarafından kendiliğinden (resen) dikkate alınır ve bu itibarla def'i niteliğinde değildir. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 144'ün bağlı bulunduğu paragraf.

121 Kısmi ifanın yanmasına ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması, ifa edilen kısmın sözleşme cezası olduğu anlamına gelmez. BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.163, N. 22.

122 Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 41 vd.; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 12; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.163, N. 10; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 14; KOCAAĞA, s. 226 vd.; KIRKBEŞOĞLU, s. 310 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 154 vd.; YELKENCİ, s. 409 vd. Mümkün olduğu yönünde örnek olarak bkz.: SCHWENZER, N. 71.17; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1636; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 356. Mümkün olmadığı yönünde örnek olarak bkz.: OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1630; EREN, N. 3708; VON TUHR / ESCHER, s. 285; VON BÜREN, s. 412. Borçlunun ceza koşulunu yerine getirirken çekince ileri sürmesi hâlinde de indirim kabul edilmektedir. TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1387.

Ceza koşulu hükümlerine tabi tutularak, özellikle ceza koşulunun indirilmesinden faydalandırılmak istenen ifanın yanması kayıtları, TBK m.182/f.III uyarınca indirime tabi tutulabilmelidir.[124,125] İsviçre Federal Mahkemesinin 15.03.2007 tarihli bir kararında (BGE 133 III 201), borca aykırılık hâlinde alacaklıda kalacağı öngörülen kısmi ifanın, OR Art.162 (TBK m.181) hükmünün yaptığı atıf doğrultusunda OR Art.163/III (TBK m.182/f.III) uyarınca geri verilebileceği kabul edilmiştir.[126] Alman Hukukunda da hak düşürücü kayıtlar bakımından, BGB § 342'de, BGB § § 339-341 hükümleri zikredilmiş ise de ceza koşuluna ilişkin BGB § § 343-345 hükümlerinin para edimi

İfa edilmiş ceza koşulunun indirilmesine karşı çıkan görüşün gerekçeleri ve bu gerekçelerin teker teker çürütülmesi hakkında bkz. SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, s. 223 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi, (TBK m.182/f.III'ün mehazı olan) OR Art.163/III hükmü uyarınca, borçlu indirimi gerektiren durumun varlığını ceza koşulunun kayıtsız şartsız yerine getirilmesi anında bilmiyorsa, indirim hakkından feragatin söz konusu olmayacağını ve yerine getirilen ceza koşulunun da indirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. BGE 133 III 43, 3.6; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 14; BERGER, N. 1799. Prof. Dr. Rona Serozan, indirimi gerektiren durumun varlığının bilinmesi hakkında şu açıklamalarda bulunmuştur: "*Somut gerçeklikte, 'fahiş' akçalar, genellikle hukuk bilgisizliğinden, bilinçsizlikten, tecrübesizlikten, saflıktan ve korkudan ötürü ve 'ne olur ne olmaz!' kaygısıyla ödenmektedir.*" SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, s. 228.

123 BGB § 343/I hükmünün son cümlesinde ise yerine getirilen ceza koşulunun indirilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir ("*Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen*"). Öğretide bunun sebebinin hukuki güvenlik olduğu ve borçlunun ceza edimini rızası dâhilinde yerine getirmesi hâlinde aşırılığın mevcut olmadığının kabul edilebileceği belirtilmektedir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 17). Ama elbette ceza koşulu hükümsüz olmasına rağmen yerine getirilmişse sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir (GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 11). BGB § 343'teki yerine getirilmiş ceza koşulunun indirilememesine ilişkin düzenleme hakkında ayrıca bkz. SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, s. 224-225.

124 TBK m.181/f.I'in (BK m.160/f.I'in), yerine getirilmiş sözleşme cezasının indirilebilmesine imkân tanıdığı yönünde bkz. SEROZAN, **Sözleşmeden Dönme**, s. 228. TBK m.181/f.I hükmünün, ifa edilen ceza koşulunun indirilebilmesine gerekçe teşkil ettiği yönündeki görüş hakkında bkz. YAĞCIOĞLU, s. 410 vd. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin T. 24.06.2020, E. 2018 / 4901, K. 2020 / 5092 sayılı kararında, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik sözleşmede alıcının ödediği bedelden %5'lik kesinlik kesinti yapılan ve alıcının satıcıyı ibra ettiği bir olayda, ödenen ceza koşulunun ibra sebebiyle geri istenemeyeceği sonucuna varılmıştır (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

125 Öğretide, yerine getirilen ceza koşulunun iadesi için TBK m.78'deki (OR Art.63) şartların gerçekleşmesini de arayan yazarlar bulunmaktadır. BUCHER, s. 475; EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 12. Aksi yönde bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 307. İadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirileceği yönünde bkz. TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1387. Yerine getirilen ceza koşulunun iadesinde bir ayrım yapılması gerektiği, ödeme muacceliyetten önce yapılmışsa sebepsiz zenginleşmenin şartlarının aranması gerektiği ancak ödeme muacceliyetten sonra yapılmışsa sebepsiz zenginleşme şartlarının aranmaması gerektiği yönünde bkz. KOLLER, § 81, N. 43-45.

126 BGE 133 III 201.

dışındaki diğer edimlere uygulanabileceği ve özellikle indirimin mümkün olacağı belirtilmektedir.[127]

Muaccel hâle gelen ceza koşulunun indirilmesi için aşırılığının dava malzemesinden anlaşılması gerekli ve yeterlidir; borçlunun bu hususu ileri sürmesi yahut indirim talebinde bulunması aranmaz.[128] Ceza koşulunun aşırılığı, zararın doğmasından sonra anlaşılabilir.[129] Bir başka ifadeyle, ceza koşulu miktarı ile uğranılan (veya uğranılacağı kesin olan) zarar miktarı karşılaştırılır. Şayet uğranılan zarar, ceza koşuluna eşit veya ondan azsa indirim gündeme gelmez.[130] Ceza koşulunun aşırılığının tespiti hâkimin takdir yetkisi (TMK m.4) kapsamındadır[131] ve önceden kesin ölçütler vermek mümkün değildir.[132] Bununla birlikte öğretide ve uygulamada; alacaklının ifa menfaati, borçlunun borca aykırılıktaki kusurunun ağırlığı, tarafların ekonomik durumları; sözleşmenin niteliği, süresi, türü, doğurduğu bağlılık ilişkisi, borcun kişiye bağlılık arz edip etmediği; borca aykırılık sebebiyle elde edilen veya elde edilmesi

---

[127] GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 342, N. 1; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 342, N. 1, § 343, N. 2; HEINRICHS, **Palandt**, § 342, N. 1; WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 342, N. 4; § 343, N. 2.

[128] ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 31. Ceza koşulunun aşırılığı dosya kapsamından anlaşılamıyorsa (örneğin, uğranılan zararın belli olmaması gibi) bu hususu ispat yükünün borçlu üzerinde olduğu yönünde bkz. ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 31-32. Alman Hukukunda da aşırılığı ispat yükünü borçlunun taşıdığı belirtilmektedir (bkz. GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 342, N. 19; WALCHNER, **Anwalt Kommentar**, § 343, N. 15).

[129] GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3829; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 12; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 4.

[130] ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 14; TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1389; GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 22.

[131] TBK m.182/f.III hükmü, TBK m.28'deki aşırı yararlanmada olduğu gibi, edimlerin miktarına yargı yoluyla müdahale imkânı tanımaktadır (KURŞUN, s. 195-196). Nitekim her iki hüküm de borçlunun sömürülmesini engelleme amacı gütmektedir (ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 10). Ama elbette ceza koşulunun aşırılığında, karşı edimin olmaması sebebiyle, TBK m.28 uygulama alanı bulmaz. VON TUHR / ESCHER, s. 284, dn. 55; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 10; KOCAAĞA, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 137-138. Ayrıca bkz. YELKENCİ, s. 141.

[132] Alman Hukukunda ise BGB § 343/I hükmünün ikinci cümlesinde, ceza koşulunun uygunluğunun tespitinde, alacaklının sadece zararının değil her türlü malvarlığı menfaatinin dikkate alınacağı belirtilmiştir ("*Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen*"). Alacaklının maddi olmayan menfaatlerinin ve sözleşme cezasının borçlu üzerindeki baskı unsurunun da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. MEDICUS, § 39, N. 466; SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 343, N. 5.

muhtemel olan faydalar gibi kriterlerden yararlanılabileceği belirtilmektedir.[133] Ceza koşulunda yapılacak indirim de hâkimin takdir yetkisindedir[134] (TMK m.4). İndirim sonucunda ortaya çıkan ceza miktarı, alacaklının zararının ve ceza koşulunun baskı unsurunu sağlayabilecek bir miktarın toplamından daha az olmamalıdır.[135] Hâkim, ceza koşulunun hiç talep edilememesine de karar verebilir.[136] İndirimin miktarı, cezanın aşırılığına bağlıdır.[137]

TTK m.22'de ise, tacirlerin, ceza koşulu miktarının indirilmesini talep edemeyecekleri öngörülmüştür.[138] Buna göre tacirler, ticari borçları için öngörülen ceza koşulunun TBK m.182/f.III uyarınca indirilmesini talep edemezler ise de, öğretide ve Yargıtay uygulamasında, ceza koşulunun miktarının, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek ölçüde yüksek olduğu ve tacirin ekonomik yönden mahvına yol açacak nitelikte sayıldığı hâllerde, ceza koşulunun indirilebileceği kabul edilmektedir.[139] Bu anlamda, ceza ko-

---

[133] BECKER, **BK-Berner Kommentar**, Art.163, N. 9 vd.; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.163, N. 8; GUHL/SCHNYDER, § 56, N. 7; ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 18; PIETRUSZAK, **Kurzkommentar OR**, Art.163, N. 6; KOLLER, § 81, N. 40; SCHWENZER, N. 71.15; KELLER / SCHÖBİ, s. 114; OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1626; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 355; EREN, N. 3709; TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1386; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1635; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 16 vd.; KOCAAĞA, s. 230 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 145 vd.; YELKENCİ, s. 401 vd.; GÜNAY, s. 182 vd.; Y. 3. HD, T. 29.11.2022, E. 2022 / 1283, K. 2022 / 9035; Y. 3. HD, T. 10.11.2021, E. 2021 / 924, K. 2021 / 11189; Y. 6. HD, T. 10.12.2014, E. 2014 / 3597, K. 2014 / 13724; Y. 13. HD, T. 08.05.2014, E. 2014 / 8117, K. 2014 / 14752 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde yararlanılabilecek kıstaslara ilişkin detaylı bir liste için bkz. EHRAT, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, Art.163, N. 16-17.

[134] WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.163, N. 7; GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3824; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 13.

[135] ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N.39; YELKENCİ, s. 417. Ayrıca bkz. ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 17; MEDICUS, § 39, N. 466; TUNÇOMAĞ, s. 157.

[136] ROTH PELLANDA, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, Art.163, N. 20; GOTTWALD, **Münchener Kommentar**, BGB § 343, N. 22. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1627.

[137] GAUCH / SCHLUEP / SCHMİD / EMMENEGGER, § 36, N. 3831.

[138] TTK m.22'nin uygulama alanı bulabilmesi için, ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesi ile ilgili bir borç hakkında kararlaştırılmış olması ve borçlunun tacir sıfatını haiz (veya tacir gibi sorumlu kişilerden) olması gerekmektedir. OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1633; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 51; TUNÇOMAĞ, s. 176 vd.; KOCAAĞA, s. 257 vd.; YELKENCİ, s. 422 vd. YHGK, T. 18.06.2019, E. 2017/19-922, K. 2019/706 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[139] OĞUZMAN / ÖZ, **Cilt-2**, N. 1634; EREN, N. 3711; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 357-358; NOMER, 238.2; TERCIER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1385;

şulunun miktarı ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil ediyorsa, TBK m.182/f.III'ten bağımsız olarak, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yoluyla, ceza koşulunun indirilmesi yoluna gidilir[140] (TBK m.27/f.II).

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin mahkeme hükmünün hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır:[141] Öğretideki bir görüş, mahkeme hükmünün yenilik doğuran hüküm niteliğinde bulunduğunu ve hükmün, kesinleştikten sonra geçmişe etkili (ceza koşulunun kararlaştırıldığı andan itibaren indirilmiş hâliyle geçerli) olacağını savunmaktadır.[142] Diğer görüş ise TBK m.182/f.III'ün, TMK m.2'deki dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğunu ve mahkeme hükmünün tespit hükmü niteliğinde bulunduğunu ileri sürmektedir.[143] Alman Hukukunda, aşırı ceza koşulunun indirimi için borçlunun talebini arayan BGB § 343/I hükmü bulunmasına karşılık; Türk Hukukunda, TBK m.182/f.III hükmü, hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden (resen) indirilebileceği açıkça düzenlemiştir. Bu itibarla, indirimin yenilik doğuran hakkın kullanılması sonucunda gerçekleştiğini kabul etmek, Türk Hukuku bakımından mümkün gözükmemektedir.[144] İfanın yanmasına ilişkin kayıtlarda ise TBK m.182/f.III uyarınca indiriminin uygulandığı davada verilen hüküm, varsa fazladan yerine getirilen edimin iadesi yönünden eda hükmü niteliğindedir.

ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1637; ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 52-53; KOCAAĞA, s. 260-261; YELKENCİ, s. 421 vd. Bu yönde bkz. YHGK, T. 18.06.2019, E. 2017/19-922, K. 2019/706; Y. 3. HD, T. 14.03.2019, E. 2017 / 5065, K. 2019 / 2094 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

140 ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 52; ÇETİNER / FURRER / MULLER-CHEN, N. 1637. Bkz. ve krş. KOCAAĞA, s. 264. Tacirler bakımından ceza koşulunun indirilmesinin TTK m.1530 uyarınca gerçekleşeceği yönünde bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 310. Tacirler bakımından ceza koşulunun indirilmesinin TBK m.138 uyarınca uyarlama yoluyla mümkün olabileceği yönünde ve bu yöndeki görüş hakkında bkz. BAYSAL Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 328-329. Yargıtay uygulamasında, borçlunun ekonomik durumu hakkında detaylı bir inceleme yapılarak, ceza koşulunun ödenmesinin borçlunun ekonomik yönden mahvına yol açıp açmayacağının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örnek olarak bkz. Y. 3. HD, T. 07.10.2019, E. 2019 / 2319, K. 2019 / 7498; Y. 3. HD, T. 04.04.2019, E. 2018 / 4714, K. 2019 / 3024; Y. 19. HD, T. 21.12.2015, E. 2015 / 12812, K. 2015 / 17331 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

141 İleri sürülen görüşlere toplu bakış için bkz. YELKENCİ, s. 386 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 164 vd.

142 Bu yönde bkz. YAĞCIOĞLU, s. 265-266; TUNÇOMAĞ, s. 167 vd.; KOCAAĞA, s. 253 vd.

143 Bu yönde bkz. YELKENCİ, s. 389; WUFFLI, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, Art.160, N. 12; BGE 138 III 746.

144 ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 8; YELKENCİ, s. 388; BAYSAL, s. 329-330. Ceza koşulunun indirimi için borçlunun talebini arayan Alman Hukukunda, indirime ilişkin mahkeme kararının yenilik doğuran hüküm olduğunu belirten yazarlar bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. SCHULZE, **Nomos Kommentar**, § 343, N. 5. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 120.

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin bu esaslar, ifanın yanması hâlinde de uygulama alanı bulur. Şu farkla ki; borçlunun sorumluluğu bulunmamasına rağmen ifanın yanacağı kararlaştırılmışsa ve borçlunun kusuru yoksa, borçlunun kusurunun ağırlığı ölçütünden yararlanmak mümkün olmaz.

Sözleşme cezası olarak bölünemeyen bir edimin kararlaştırılmış olması hâlinde, şu iki yoldan biri tercih edilebilir:[145] İlk ihtimalde, ceza koşulunun tamamen ifası ve aşırılığa yol açan kısmın parasal değerinin alacaklı tarafından borçluya ödenmesi tercih edilebilir. İkinci ihtimalde ise borçlunun, henüz ifa edilmeyen ceza koşulunun parasal karşılığının indirilmiş hâlini alacaklıya ödemesi benimsenebilir. İfanın yanmasında ise edim zaten ifa edilmiş olduğundan, her hâlde, aşırılığa yol açan kısmın iadesi gerekir.[146] Para borçlarının ve bölünebilir edimlerin iadesinde bir sorun bulunmamakla birlikte, bölünemeyen edimin aşırılığa yol açan kısmının parasal karşılığı tespit edilmeli ve bu kısım, alacaklı tarafından borçluya ödenmelidir.

IV. SONUÇ

İfanın yanması kayıtları, sözleşme kapsamında yerine getirilen edimlerin iadesinin (yahut iade borcuna aykırılık sebebiyle tazminatın) kısmen veya tamamen mümkün olmayacağının kararlaştırılmasını ifade eder. İfanın yanması kayıtları, borçlunun sorumluluğuna bağlandığı takdirde ceza koşuluna benzer. Bununla birlikte, borçlunun sorumluluğu bulunmamasına rağmen ifanın yanacağının kararlaştırılması da mümkündür. Belli bir süre içinde belli külfetlerin yerine getirilmemesi hâlinde ifanın yanacağının kararlaştırılması, iade borcunun özel bir sona erme sebebini ifade eder.

İfanın yanması kayıtlarının tüm görünüm biçimleri, öncelikle içerik denetimine tabidir. Bu çerçevede, TBK m.27/f.I başta olmak üzere, sözleşme özgürlüğünün diğer sınırları ifanın yanması kayıtları için de aynen geçerlidir. Sözleşme özgürlüğünün içinde kalan ifanın yanması kayıtları, genel işlem koşulları (tüketici işlemleri bakımından haksız şart) denetimine tabi tutulur ve sırasıyla yürürlük denetimi ile içerik denetimi yapılır. Özellikle

---

[145] ERDEM, **İstanbul Şerhi**, Madde 182, N. 40; KOCAAĞA, s. 248; TUNÇOMAĞ, s. 171; YAĞCIOĞLU, s. 264-265; YELKENCİ, s. 418. Böyle bir çözüm tarzı hukukumuza yabancı değildir. Nitekim miras hukukunda saklı payları ihlal eden tasarrufların tenkisinde bölünemeyen edimler bakımından, TMK m.564'te aynı çözüm tarzı benimsenmiştir. Aynı yönde bkz. YAĞCIOĞLU, s. 265. TMK m.564'ün kıyasen uygulanamayacağı yönünde bkz. YELKENCİ, s. 418.

[146] Hak düşürücü kayıtlar özelinde bkz. YELKENCİ, s. 418-419.

borçlunun sorumluluğu bulunmasa dahi ifanın yanacağı yönündeki sözleşme hükümleri, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı kabul edilebilir yahut genel işlem koşullarında içerik denetimine takılabilir. Bu iki durumda da sözleşmenin diğer tarafı, ifanın yanması kaydı olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin TBK m.27/f.I uyarınca tamamen hükümsüzlüğünü sağlayamaz.

İfanın yanması kayıtları geçerli olduğu takdirde, TBK m.181/f.I uyarınca ceza koşulu hükümlerine tabi tutulur. TBK m.181/f.I hükmü, ifanın yanması kayıtlarını da kapsamaktadır. Bu anlamda, TBK m.181'de açıkça zikredilen kısmen ifa gibi tam ifanın yanması da gerek sözleşmeden dönme hâlinde gerekse sözleşme ilişkisinin çözüldüğü diğer hâllerde, TBK m.181/f.I'in atfı doğrultusunda ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi olur. Özetle, TBK m.181/f.I hükmü, kısmi ifa ve sözleşmeden dönme ile sınırlı değildir. Ceza koşuluna ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır. Kıyasen uygulamada, ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabi tutulan edimin zaten yerine getirilmiş olduğu göz önünde tutulmalıdır. Buna göre; ceza koşulunun asıl borçla birlikte talep edilebilip edilemeyeceği hususu, ifanın yanması kayıtlarında önem arz etmez. Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanmasının en önemli sonucu ise TBK m.182/f.III uyarınca hâkimin müdahalesi ve ifa edilen edimin aşırılığa yol açan kısmının veya tamamının iadesinin sağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

AEPLI Viktor, **ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1h/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art.114-126 OR**, Schulthess, Zürich 1991.

AKBULUT Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha, İstanbul 2016.

AKKAYAN YILDIRIM Ayça, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 357-414.

AKSOY Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 999-1018.

ANTALYA O. Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 1**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

ATAMER Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2011.

ATAMER Yeşim M., **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha, İstanbul 2016 ("Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması").

ATAMER Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55/f.1,(f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, s. 9-73 ("Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi").

AYDOĞDU Murat, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014.

BAYSAL Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020.

BECKER Hermann, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR** (Herausgeber: Hermann Becker), 2. Auflage, Stämpfli, Bern 1945.

BERGER Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli, Bern 2008.

BRUNNER Christiane / BÜHLER Jean-Michel / WAEBER Jean-Bernard / BRUCHEZ Christian, **Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht** (gemäss Obligationenrecht), 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2005.

BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Schulthess, Zürich 1979.

ÇETİNER Bilgehan / FURRER Andreas / MULLER-CHEN Markus, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul 2021.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Taksitle Satım" Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 98, 2011, s. 525-552.

DOĞAN Vahit, **Teminat Mektupları**, 5. Baskı, Savaş, Ankara 2015.

DURAL Mustafa, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

EHRAT Felix R., **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011.

ERDEM Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul 2010 ("Özel Hukukta Zamanaşımı").

ERDEM Mehmet, **İstanbul Şerhi Cilt-3**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, Madde 179 ("İstanbul Şerhi, Madde 79").

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin, Ankara 2020.

ERGÜNE Mehmet Serkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 515-536 ("6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi").

ERGÜNE Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha, İstanbul 2011.

ERGÜNE Mehmet Serkan / KURŞUN Ali Suphi, **İstanbul Şerhi Cilt 1**, 3. Bası, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık, Madde 27.

GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMİD Jörg / EMMENEGGER Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemenier Teil, Band II**, 10. Auflage, Schulthess, Zürich 2014.

GOTTWALD Peter, **Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§ 311-432 BGB**, 9. Auflage, Beck, München 2022.

GUHL Theo / KOLLER Alfred / SCHNYDER Anton K. / DRUEY Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess, 2000.

GÜNAY Cevdet İlhan, **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

HEINRICHS Helmut, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7**, 62. Auflage, Beck, München 2003.

HELVACI İlhan, **Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı (MK m.788/c.2 ve MK m.863)**, Alfa, İstanbul 1997 ("Lex Commissoria").

HELVACI İlhan, **Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, On İki Levha, İstanbul 2008 ("İpotek Hakkı").

HERREN Tobias, **SHK-Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag**, Stämpfli, Bern 2021.

IŞIK Serpil, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 79, S. 4, 2021, s. 1169-1229.

KAPANCI Kadir Berk, "Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 661-684.

KARABAĞ BULUT Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha, İstanbul 2014.

KARAKOCALI Ahmet / KURŞUN Ali Suphi, **Tüketici Hukuku**, Aristo, İstanbul 2015.

KELLER Max / SCHÖBİ Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht Band I**, Helbing&Lichtenhahn, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.

KIRCA Çiğdem, "Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", **Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu** (Yayına Hazırlayanlar: Emel Badur/Gamze Turan Başara), Seçkin, Ankara 2016, s. 119-133.

KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

KOCAAĞA Köksal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m.158-161)**, Yetkin, Ankara 2003.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2009.

KURŞUN Ali Suphi, "Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 15, S. 2, Temmuz 2016 (Özel Sayı), Cilt II, Seçkin, İstanbul 2016, s. 189-213.

KURT L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

MAKARACI BAŞAK Aslı / ÖKTEM ÇEVİK Seda, **İstanbul Şerhi Cilt 4**, 3. Bası, İstanbul 2019, Vedat Kitapçılık, Madde 263.

MEDICUS Dieter, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, Beck, München 2004.

NOMER Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, İstanbul 2021.

NOMER Haluk Nami / ENGİN Baki İlkay, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245**, 7. Bası, Seçkin, Ankara 2023.

NOMER Halûk Nami / AKBULUT Pakize Ezgi, **Medeni Hukuka Giriş Bölüm I**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

NOMER Halûk Nami / ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul 2022.

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021 ("Cilt-1").

OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 ("Cilt-2").

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 657-683.

ÖZ Kerem, **Tadil Sözleşmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

ÖZ Turgut, **İstanbul Şerhi Cilt-3**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, Madde 136.

PIETRUSZAK Thomas, **Kurzkommentar OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn, Basel 2014.

ROTH PELLANDA Katja, **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art.1-183 OR, Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen** (Herausgeber: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016.

SCHULZE Reiner, **Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar** (Schriftleitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze), 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2005.

SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stämpfli, Bern 2009.

SERDAR İlknur, "Taksitle Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, s. 475-500.

SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 ("Sözleşmeden Dönme").

SEROZAN Rona, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014 ("İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme").

SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem-Mantık**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

STAEHELIN Adrian, **ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Der Arbeitsvertrag, Art.319-330a OR**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2006.

STAUDER Bernd / STAUDER Hildegard, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1**, Altıncı Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

TAŞKIN Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1305-1348.

TEKİNAY Selâhattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atillâ, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

TERCIER Pierre / PİCHONNAZ Pascal / DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul 2016.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, Baha Matbaası, İstanbul 1963.

VON BÜREN Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess, Zürich 1964.

VON TUHR Andreas / ESCHER Arnold, **Allgemenier Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1984.

WALCHNER Wolfgang, **Anwalt Kommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610** (Herausgeber: Barbara Dauner-Lieb/Dr. Werner Langen), Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2005.

WIEGAND Wolfgang, **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art.1-529 OR** (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2011.

WUFFLI Daniel, **OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar** (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Frankhauser), 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016.

YAĞCIOĞLU Burcu, **Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.

YELKENCİ Işıl, Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Koşulu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

YILDIRIR Efe Can, **Birlikte Kefalet**, On İki Levha, İstanbul 2018.

İnternet Kaynakları

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

www.bger.ch.

ÇEVİRİ

ELEKTRONİK DOLANDIRICILIK SUÇUNDA TASARRUF HAKKI TEORİSİ HAKKINDA BİR AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI: CİMİNELLİ/BİRLEŞİK DEVLETLER(*)

Çeviren: Arş. Gör. Dr. **Burak TAŞ**(**)

Öz: Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United States); *Ciminelli/Birleşik Devletler* kararında, ekonomik zarara yol açmayı amaçlamayan ancak bunun yerine mağdurları malvarlığını nasıl kullanılacağına karar vermede yararlı olabilecek ekonomik bilgilerden mahrum bırakan yanlış beyanlar için elektronik dolandırıcılık suçunun söz konusu olup olamayacağı hususunu tartışmaktadır. Federal Mahkeme olarak da adlandırılan ilk derece mahkemesi (District Court), Yüksek Mahkemenin önceki içtihatlarına dayanarak elektronik dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet kararı vermiştir. Yapılan istinaf başvurusu sonucu ABD İstinaf Mahkemesi İkinci Daire (The United States Court of Appeals for the Second Circuit) tarafından bu karar onaylanmıştır. İkinci Daire'nin bu kararına karşı ABD Yüksek Mahkemesi'ne bir temyiz başvurusu yapılmıştır. Yüksek Mahkeme İkinci Daire'nin kararını bozmuştur. Elektronik dolandırıcılık suçunda tasarruf hakkı teorisini reddeden Yüksek Mahkeme, federal dolandırıcılık kanununun salt bilgiyi değil yalnızca para gibi geleneksel mülkiyet haklarını hedef alan planları esas aldığına karar vermiştir. Mahkemenin bu ret gerekçelerinden ilki bu teorinin, dolandırıcılık kanununun mağduru para veya maldan mahrum bırakan planlarla sınırlı olması gereğine ters düşmesidir. Mahkemenin diğer gerekçesi, ekonomik zararın meydana gelmediği yanlış beyanların suç sayılmasının federal dolandırıcılık kanunlarının yapısı ve geçmişi ile çelişmesidir. Son olarak Mahkeme, bu teorinin kanuni zemin olmadan federal yargı yetkisini büyük ölçüde genişlettiğini kabul etmiştir. Aksi yönde karar vermek, neredeyse her türlü aldatıcı eylemin suç olabileceği

(*) Çeviri hakem denetiminden geçmiştir,
Çeviri Gönderim Tarihi: 12.10.2023 - Çeviri Kabul Tarihi: 15.01.2024.

(**) Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bolu - Türkiye,
E-posta: tas.burak@outlook.com,
Orcid Id: http://orcid.org/0000-0001-6481-1580.

anlamına gelecekti. Salt bilginin mülkiyet olarak ele alınmasıyla, tipik olarak eyalet sözleşme ve haksız fiil hukukuna bırakılanlar da dahil olmak üzere tüm aldatıcı fiiller federal düzeyde suç haline getirilebilecekti. Mahkeme bu gerekçelerle, oybirliğiyle tasarruf hakkı teorisinin elektronik dolandırıcılık suçunda etkili olamayacağına karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Dolandırıcılık, Tasarruf Hakkı Teorisi, Salt Bilgi, Ekonomik Zarar, Ekonomik Zarara Sebep Olmayan Yanlış Beyanlar.

A DESICION OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA REGARDING THE RIGHT TO CONTROL THEORY IN WIRE FRAUD: CIMINELLI V. UNITED STATES

Abstract: In *Ciminelli v. United States*, the Supreme Court of the United States of America disscussed whether the offence of wire fraud can be established for misrepresentations that are not intended to cause financial harm but instead deprive victims of economic information that may be useful in deciding how to use their assets. The District Court, also known as the Federal Court, convicted the defendant of wire fraud based on the Supreme Court's previous jurisprudence. As a result of an appeal, the United States Court of Appeals for the Second Circuit upheld this decision. The Second Circuit's decision was appealed to the US Supreme Court. The Supreme Court reversed the decision of the Second Circuit. Rejecting the right to control theory in the crime of wire fraud, the Supreme Court held that the federal statute of fraud was based on schemes that targeted only traditional property rights, such as money and not mere information. The first of the Court's reasons for this rejection is that this theory is contrary to the requirement that the statute of frauds be limited to schemes which deprive the victim of money or property. The Court's further reason was that the criminalisation of misrepresentations where no financial harm has occurred is inconsistent with the structure and history of the federal fraud statutes. Finally, the Court recognised that this theory greatly expanded federal jurisdiction without statutory grounds. To rule otherwise would have meant that almost any deceptive act could be criminalised. By treating mere information as property, all deceptive acts, including those typically left to state contract and tort law, could be criminalised at the federal level. For these reasons, the Court unanimously held that the right to control theory could not be effective in the offence of wire fraud.

Keywords: Wire Fraud, Theory of Right to Control, Mere Information, Financial Harm, Misrepresentations that do not Cause Financial Harm.

ÖZET

CIMINELLI/BİRLEŞİK DEVLETLER[1]

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İSTİNAF MAHKEMESİ 2. DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI

Sayı 21-1170 Görüşüldü 28 Kasım 2022 Karar Verildi 11 Mayıs 2023

Başvurucu Louis Ciminelli, dönemin New York Valisi Andrew Cuomo'nun Buffalo Billion girişimiyle bağlantılı devlet destekli kalkınma projelerini elde etmek için ihale sürecine fesat karıştırmaya yönelik bir plana dahil olduğu için federal elektronik dolandırıcılıktan mahkûm edilmiştir. Buffalo Billion girişimi, kâr amacı gütmeyen Fort Schuyler Management Corporation tarafından yönetilmektedir. Araştırmalar, Fort Schuyler yönetim kurulu üyesi Alain Kaloyeros'un, Cuomo yönetiminin Kaloyeros'a Buffalo Billion projelerinin yönetiminde önemli bir rol vermesini sağlamak için lobici Todd Howe'a her ay devlet fonlarından 25.000 dolar ödediğini ortaya çıkarmıştır. Ciminelli'nin inşaat şirketi LPCiminelli, devlet destekli işler elde etmesine yardımcı olmak için Howe'a her yıl 100.000 ila 180.000 dolar ödemekteydi. 2013 yılında Howe ve Kaloyeros, LPCiminelli'yi belirli projeler için pazarlık yapmak üzere öncelikli statüye sahip "plan-proje geliştiricisi (*preferred developer*)" olarak atayarak LPCiminelli'nin büyük Buffalo Billion sözleşmeleri almasının önünü kolaylaştırmak için Kaloyeros'un Fort Schuyler'in ihale teklif sürecini uyarlayacağı bir plan tasarlamıştır. Kaloyeros, Howe ve Ciminelli, LPCiminelli'nin benzersiz yönlerinin plan-proje geliştiricisi statüsü için yeterli olduğunu içeren LPCiminelli'nin plan-proje geliştiricisi olarak seçilmesini etkili bir şekilde garanti eden bir dizi teklif çağrı dosyasını (teklif talebi) (RFPs) birlikte geliştirmiştir. Bu statüye sahip olan LPCiminelli, Buffalo'daki 750 milyon dolarlık "Riverbend Projesi"nin önemli kısmını garanti altına almıştır. Plan ortaya çıktıktan sonra Ciminelli, Kaloyeros, Howe ve diğerleri buradaki konuyla ilgili olarak, 18 U.S.C. (*United States Code*) §1343'ü ihlal eden elektronik dolandırıcılık ve §1349 uyarınca bunun için gizli anlaşma (fesat) yapmakla suçlanmıştır. Hükümet, söz konusu iddianamede ve duruşmada, sanığın ihtiyari ekonomik kararlar almak için gerekli, potansiyel olarak değerli ekonomik bilgileri mağdurdan saklamayı planladığını göstererek elektronik dolandırıcılık tesis edebilmesi

[1] 598 U.S. ___ (2023). Kararın aslı için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1170_b97d.pdf.

adına salt İkinci Daire'nin elektronik dolandırıcılığa ilişkin tasarruf hakkı teorisine dayanmıştır. Bu teoriyle tutarlı olarak ilk derece mahkemesi jüriye §1343'teki "mülkiyet" teriminin "kişinin varlıklarının kullanımında tasarruf etme hakkı gibi gayri maddi menfaatleri de içerdiğini" ve Fort Schuyler'in "potansiyel olarak değerli ekonomik bilgilerin" saklanmasıyla zarar görebileceğini belirtmiştir. Jüri, Ciminelli'yi elektronik dolandırıcılık ve elektronik dolandırıcılık için gizli anlaşma yapmaktan suçlu bulmuştur. İstinaf aşamasında Ciminelli, kişinin varlıklarında tasarruf etme hakkının §1343'ün amacı kapsamında "mülkiyet" olmadığını savunmuştur. İkinci Daire, uzun süredir devam eden tasarruf hakkı emsallerine dayanarak mahkûmiyet kararlarını onamıştır.

Karar verildi: İhtiyari ekonomik kararlar almak için gerekli olan değerli ekonomik bilgiyi edinme hakkı geleneksel bir mülkiyet hakkı olmadığından İkinci Daire'nin tasarruf hakkı teorisi, federal dolandırıcılık kanunları uyarınca mahkûmiyet kararının temelini oluşturamaz.

(a) Federal elektronik dolandırıcılık kanunu, eyaletler arası para transferinin "dolandırıcılık amaçlı herhangi bir plan veya hile için veya sahte ya da hileli iddialar, beyanlar veya vaatler yoluyla para veya mülk elde etmek için" kullanılmasını suç saymaktadır. 18 U.S.C. §1343. Federal elektronik dolandırıcılık kanunu yürürlüğe girdiğinde, "dolandırmak" kelimesinin "ortak anlayışı", "kişilerin mülkiyet haklarını ihlal etmek" anlamına gelmekteydi. *Cleveland/Birleşik Devletler*, 531 U. S. 12, 19. Dolayısıyla bu Mahkeme, istikrarlı şekilde kanunun "para veya mülkiyet" şartının, "dolandırıcılık planı veya hilesi" unsurunu sınırladığı kanaatindedir. *Ibıd.* Yine de alt derece federal mahkemeler onlarca yıldır posta ve havale (para) yoluyla yapılan dolandırıcılık kanunlarını, geleneksel mülkiyet haklarıyla ilgisiz gayri maddi menfaatleri koruyacak şekilde yorumlamıştır. Bkz. *Skilling/Birleşik Devletler*, 561 U. S. 358, 400. Bu Mahkeme, kanunları "bireysel mülkiyet haklarının korunması" ile sınırlayan *McNally/Birleşik Devletler*, 483 U.S. 350 davasında bu eğilimi durdurmuştur. *Id.*, at 359, n. 8.

Tasarruf hakkı teorisi, "kapsamı mülkiyet haklarının korunmasıyla sınırlı" olan federal dolandırıcılık kanunlarının metniyle bağdaştırılamaz. *Id.*, at 360. Sözde tasarruf hakkı, elektronik dolandırıcılık kanunu yürürlüğe girdiğinde "uzun süredir mülkiyet olarak kabul edilen" bir hak değildir. *Carpenter/Birleşik Devletler*, 484 U. S. 19, 26. Teorinin başlangıcından itibaren İkinci Daire, tasarruf hakkını geleneksel mülkiyet kavramlarına dayandırmamıştır. Teori aynı zamanda federal dolandırıcılık kanunlarının yapısı ve

geçmişiyle de çelişkilidir. Kongre sadece, bu Mahkemenin *McNally* davasındaki kararına, *McNally* öncesi dolandırıcılık kanunları uyarınca mahkemeler tarafından korunan birçok gayri maddi haktan biri olan dürüst hizmet hakkını yeniden canlandıran §1346'yı harekete geçirerek yanıt vermiştir. Kongre'nin bu tür diğer gayri maddi haklar konusundaki sessizliği, elektronik dolandırıcılık kanununun gayri maddi tasarruf hakkını kapsayacak şekilde yargısal genişletilmesine engel olmaktadır. Son olarak salt bilgiyi korunan menfaat olarak ele alan tasarruf hakkı teorisi, federal yargı yetkisini geleneksel olarak Eyalet hukukuna bırakılan neredeyse sınırsız çeşitlilikte aldatıcı nitelikteki fiiller için büyük ölçüde genişletmektedir.

(b) Büyük jüri, ilk derece mahkemesi ve İkinci Daire önünde yalnızca tasarruf hakkı teorisine dayanmasına rağmen, Hükümet artık aşağıda ifade edilen teorinin hatalı olduğunu kabul etmektedir. Ancak Hükümet, aşağıda jüriye sunulan olguları farklı bir elektronik dolandırıcılık teorisinin unsurlarına uygulayarak Mahkemenin Ciminelli'nin mahkûmiyetini onaylayabileceği konusunda ısrar etmektedir. Mahkeme Hükümet'in, Mahkeme'nin yalnızca ilk derece mahkemesi işlevini değil aynı zamanda jüri işlevini de üstlenmesini gerektiren talebini reddetmiştir. Bkz. *McCormick/Birleşik Devletler*, 500 U. S. 257, 270-271.

13 F. 4th 158, bozuldu ve geri gönderildi. Hâkim THOMAS, Mahkeme'nin oybirliğiyle verilen görüşünü bildirdi. Hâkim ALITO, aynı fikirde bir görüş sundu.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ

Sayı 21-1170

BAŞVURUCU LOUIS CIMINELLI/BİRLEŞİK DEVLETLER

BİRLEŞİK DEVLETLER İSTİNAF MAHKEMESİ
İKİNCİ DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI

11 Mayıs 2023

HÂKİM THOMAS Mahkemenin görüşünü bildirdi.

Bu davada İkinci Daire'nin uzun süredir devam eden dolandırıcılıkta "tasarruf hakkı" teorisinin, eyaletler arası para transferinin "dolandırmak için herhangi bir plan veya hile veya sahte veya hileli iddialar, beyanlar veya vaatler yoluyla para veya mülk elde etmek" için kullanılmasını suç sayan federal elektronik dolandırıcılık kanunu kapsamında sorumluluk noktasında geçerli bir temel tanımlayıp tanımlamadığına karar vermeliyiz. 18 U. S. C. §1343. Tasarruf hakkı teorisine göre sanık, "takdire bağlı ekonomik kararlar vermek için gerekli olan" "potansiyel olarak değerli ekonomik bilgileri" mağdurdan saklamayı planladığı takdirde elektronik dolandırıcılıktan suçlu olacaktır. *Birleşik Devletler/Percoco*, 13 F. 4th 158, 170 (CA2 2021). Başvurucu Louis Ciminelli bu teori uyarınca elektronik dolandırıcılıkla suçlandı, yargılandı ve mahkûm edildi. İkinci Daire de aynı gerekçeyle mahkûmiyet kararını onaylamıştır. Ancak biz, federal dolandırıcılık kanunlarının yalnızca insanları geleneksel mülkiyet haklarını saklamaya yönelik planları suç saydığına karar vermiş bulunmaktayız. *Cleveland/Birleşik Devletler*, 531 U. S. 12, 24 (2000). "İhtiyari ekonomik kararlar almak için gerekli olan" "potansiyel olarak değerli ekonomik bilgiler" geleneksel bir mülkiyet hakkı olmadığı için artık tasarruf hakkı teorisinin §1343 uyarınca sorumluluk noktasında geçerli bir temel olmadığına inanıyoruz. Bu kapsamda İkinci Daire'nin kararını bozuyoruz.

I

Bu dava, dönemin New York Valisi Andrew Cuomo'nun "Buffalo Billion" girişimiyle başlamaktadır. Girişim, görünüşte New York Eyalet Üniversitesi'ne (SUNY) ve SUNY Araştırma Vakfı'na bağlı kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olan Fort Schuyler Management Corporation aracılığıyla yönetilmekteydi. Girişim New York'un kuzeyindeki kalkınma projelerine 1 milyar dolar yatırım yapmayı hedeflemekteydi. Daha sonraki araştırmalar, başta Alain Kaloyeros ve Todd Howe olmak üzere eski Vali Cuomo'nun iş ortaklarından birkaçının dahil olduğu

geniş kapsamlı bir planı ortaya çıkarmıştır. Kaloyeros, Fort Schuyler'in yönetim kurulu üyesidir ve Buffalo Billion için proje teklifleri geliştirmekten sorumludur; Howe ise Cuomo yönetimiyle derin bağları olan bir lobicidir. Kaloyeros, Cuomo yönetiminin Kaloyeros'a Buffalo Billion'da mühim bir konum vermesini sağlamak için Howe'a her ay devlet fonundan 25.000 dolar ödemekteydi.

Ciminelli'nin de benzer bir anlaşması bulunmaktaydı. Ciminelli'nin inşaat şirketi LPCiminelli, devlet destekli işler elde etmesine yardımcı olmak için Howe'a her yıl 100.000 ila 180.000 dolar ödemekteydi. 2013 yılında Howe ve Kaloyeros, Kaloyeros'un Fort Schuyler'in teklif sürecini LPCiminelli'nin büyük Buffalo Billion ihalelerini almasının önünü açacak şekilde uyarlayacağı bir plan tasarlamıştır. İlk olarak, Kaloyeros'un önerisi üzerine Fort Schuyler, belirli projeler için Fort Schuyler ile müzakere etmek üzere ilk fırsatın verileceği "plan-proje geliştiricilerinin" seçilmesi için bir süreç oluşturmuştur. Daha sonra Kaloyeros, Howe ve Ciminelli, LPCiminelli'nin benzersiz yönlerini plan-proje geliştiricisi statüsü için yeterlilikler olarak ele alan bir dizi teklif çağrı dosyasını (teklif talebi) (RFPs) geliştirmişlerdir. Bu teklif talepleri, LPCiminelli'nin Buffalo projeleri için plan-proje geliştiricisi olarak seçileceğini (ve seçildiğini) etkili bir şekilde garanti altına almıştır. Bu statüye sahip olan LPCiminelli, Buffalo'daki 750 milyon dolarlık "Riverbend Projesi"nin önemli kısmını garanti altına almıştır.

Soruşturmanın planlarını ortaya çıkarmasının ardından, Ciminelli, Howe, Kaloyeros ve diğer birkaç kişi federal büyük jüri tarafından, burada ilgili olduğu üzere, 18 U. S. C. §1343'ü ihlal eden elektronik dolandırıcılık ve §1349'u ihlal eden elektronik dolandırıcılık için gizli anlaşma yapmak da dahil olmak üzere 18 suçtan suçlanmıştır.

Büyük jüri aşaması, duruşma ve istinaf boyunca Hükümet, İkinci Daire'nin "tasarruf hakkı" teorisine dayanmıştır; bu teoriye göre Hükümet, sanığın takdire bağlı ekonomik kararlar vermek için gerekli olan potansiyel olarak değerli ekonomik bilgileri mağdurdan saklamayı planladığını göstererek elektronik dolandırıcılığı tespit edebilir. Hükümetin iddianamesi ve yargılama stratejisi salt bu teoriye dayanmaktaydı.[2] Bu teoriye dayanarak Cimi-

[2] Daha önceki iddianamede söz konusu mülkün Buffalo Billion sözleşmeleri olduğu iddia edilmişti. Ancak, sanıkların davanın düşürülmesi talebine karşı savunma yapmak için Hükümet, yalnızca planın "Fort Schuyler'in varlıklarında tasarruf etme hakkını dolandırdığı" teorisine dayanmıştır. İlk derece mahkemesi daha sonra ret talebini reddederken açıkça tasarruf hakkı teorisine dayanmıştır. *Birleşik Devletler/Percoco*, 2017 WL 6314146, *8 (SDNY, Dec. 11, 2017).

nelli ve diğer sanıkların davanın düşürülmesi talebini başarıyla reddetmiştir. Buna ek olarak ilk derece mahkemesinin bu teoriyle ilgisi olmayan bazı savunma delillerini kapsam dışı bırakmasını da başarıyla sağlamıştır. Hükümet ayrıca jüriye sunduğu fezlekede de bu teoriye dayanmıştır.

Tasarruf hakkı teorisiyle tutarlı olarak ilk derece mahkemesi jüriye §1343'teki "mülkiyet" teriminin "kişinin varlıklarının kullanımını tasarruf etme hakkı gibi gayri maddi menfaatleri de içerdiği" direktifini vermiştir. Böylelikle jüri, Fort Schuyler'in "varlıklarını nasıl kullanacağına karar verirken dikkate alacağı potansiyel olarak değerli ekonomik bilgilerin saklanması" halinde, sanıkların Fort Schuyler'in varlıklarını tasarruf etme hakkına zarar verdiğine karar verebilecekti. *Ibıd.* İlk derece mahkemesi ayrıca "ekonomik açıdan değerli bilgi"yi "mağdurun bir işlemin yararları veya külfetleri hakkındaki değerlendirmesini etkileyen veya alınan mal veya hizmetlerin kalitesi veya işlemin ekonomik riskleriyle ilgili bilgi" olarak tanımlamıştır. *Ibıd.* Jüri Ciminelli'yi elektronik dolandırıcılık ve elektronik dolandırıcılık için gizli anlaşma yapmaktan suçlu bulmuş ve ilk derece mahkemesi Ciminelli hakkında 28 ay hapis cezası ve ardından 2 yıl denetimli serbestlik yaptırımı öngörmüştür. İstinaf aşamasında Ciminelli, kişinin varlıklarında tasarruf etme hakkının elektronik dolandırıcılık kanunu açısından "mülkiyet" kapsamında olmadığını ileri sürerek tasarruf hakkı teorisine karşı çıkmıştır. Elektronik dolandırıcılık mahkûmiyetlerini savunan Hükümet, yalnızca tasarruf hakkı teorisine dayanmaktaydı. İkinci Daire, uzun süredir devam eden tasarruf hakkı emsallerine dayanan mahkûmiyet kararlarını onaylayarak, "sanıkların, RFP'leri (teklif talepleri) şirketlerinin lehine çevirerek Fort Schuyler'i potansiyel olarak değerli ekonomik bilgileri sakladığını" öne sürmüştür. 13 F. 4th, 171.

İkinci Dairenin elektronik dolandırıcılığa ilişkin tasarruf hakkı teorisinin, 18 U.S.C. §1343 uyarınca sorumluluk için geçerli bir temel olup olmadığını belirlemek için temyiz inceleme talebini kabul ettik. 597 U. S. ___ (2022). Ve şimdi bu teorinin elektronik dolandırıcılık için geçerli bir temeli olmadığını düşünüyoruz. 597 U. S. ___ (2022).

II

A

Elektronik dolandırıcılık kanunu, "dolandırıcılık yapmayı veya sahte veya hileli iddialar, beyanlar veya vaatler yoluyla para veya mülk elde etmeyi amaçlayan plan veya hileleri" suç saymaktadır. §1343. Kanun ayrık

olarak ifade etmiş olsa da "para veya mülk" şartını istikrarlı bir şekilde, "dolandırmak için plan veya hile" unsurunu sınırlandırmak olarak anlıyoruz çünkü kanun yürürlüğe girdiğinde "dolandırmaya" yönelik kelimelerinin "ortak anlayışları", "bir kişinin mülkiyet haklarını ihlal etmek" anlamına gelmekteydi. *Cleveland*, 531 U. S., at 19.[3] Bu anlayış, metnin orijinal anlamını yansıtmakla kalmıyor, aynı zamanda dolandırıcılık kanunlarının "Federal Hükümete, eyalet ve yerel politika oluşturma süreçlerinin geniş alanlarında bütünlüğü (kendi görüşünü) dayatma" konusunda genel bir yetki vermediğini de yansıtıyor. *Kelly/Birleşik Devletler*, 590 U. S. ___, ___ (2020). Bunun yerine bu kanunlar "yalnızca mülkiyet haklarını korumaktadır." *Cleveland*, 531 U. S., at 19. Buna göre Hükümet, yalnızca elektronik dolandırıcılık sanıklarının "aldatma eylemine giriştiklerini" değil, aynı zamanda para veya mülkiyetin "dolandırıcılık eylemlerinin hedefi" olduğunu da kanıtlamak zorundadır. *Kelly*, 590 U. S.

Bu sınırlamalara rağmen, alt derece federal mahkemeler on yıllar boyunca posta ve havale (para) yoluyla yapılan dolandırıcılık kanunlarını geleneksel mülkiyet haklarıyla bağlantılı olmayan gayri maddi menfaatleri koruyacak şekilde yorumlamışlardır. Bkz. *Skilling/Birleşik Devletler*, 561 U. S. 358, 400 (2010) ("İstinaf Mahkemelerinin birbiri ardına 'dolandırmak için plan veya hile' terimini yalnızca para veya mülkiyetten değil, aynı zamanda gayri maddi haklardan mahrum bırakmayı da içerecek şekilde nasıl yorumladığını" naklederek). Örneğin federal mahkemeler, dolandırıcılık kanunlarının "dürüst hizmet" hakkı *ibid.*, vatandaşların dürüst seçim hakkı, bkz. *Birleşik Devletler/Girdner*, 754 F. 2d 877, 880 (CA10 1985) ve mahremiyet hakkı, *Birleşik Devletler/Louderman*, 576 F. 2d 1383, 1387 (CA9 1978) gibi gayri maddi menfaatlere dayandığına karar vermiştir. *McNally/Birleşik Devletler*, 483 U. S. 350 (1987). Bu mahkeme federal dolandırıcılık kanunlarını, asıl görevleri olan "bireysel mülkiyet haklarının korunması" ile sınırlandırarak bu eğilimi durdurmuştur. *Id.*, 359, n. 8. Kongre daha sonra dolandırıcılık kanununu "özellikle alt derece mahkemelerinin *McNally*'den önce kanunlar kapsamında koruduğu 'gayri maddi haklardan' birini kapsayacak şekilde değiştirmiştir: 'dürüst hizmetlere ilişkin gayri maddi hak'." *Cleveland*, 531 U. S., 19-20 (18 U. S. C. §1346).

---

[3] Cleveland, posta dolandırıcılığı kanunu olan 18 U. S. C. §1341 ile ilgili olmasına rağmen, "posta ve havale (para) yoluyla yapılan dolandırıcılık kanunlarındaki aynı dili *pari materia* olarak yorumlamış bulunmaktayız." *Pasquantino/Birleşik Devletler*, 544 U. S. 349, 355, n. 2 (2005).

Aşağıda uygulanan tasarruf hakkı teorisi ilk olarak *McNally*'nin Hükümetin federal dolandırıcılık mahkûmiyetlerini mülkiyetle bağlantılı olmayan gayri maddi menfaatlere verilen zararlara dayandırmasını engellemesinden sonra ortaya çıkmıştır. Bkz. *Birleşik Devletler/Wallach*, 935 F. 2d 445, 461-464 (CA2 1991). İkinci Daire tarafından geliştirildiği şekliyle teori, "çoğu mülkiyetin tanımlayıcı bir özelliği, söz konusu varlıkta tasarruf etme hakkı olduğundan" "elektronik dolandırıcılık kanunu tarafından korunan mülkiyet haklarının, bir mağdurun kendi varlıklarında tasarruf etme hakkını içerdiğini" savunmaktadır. *Birleşik Devletler/Lebedev*, 932 F. 3d 40, 48 (2019). Dolayısıyla, "davalının planı, mağduru takdire bağlı ekonomik kararlar almak için gerekli bilgilerden yoksun bırakarak varlıklarında tasarruf etme hakkını reddetmesi halinde fark edilebilir bir zarar meydana gelir." *Birleşik Devletler/Binday*, 804 F. 3d 558, 570 (CA2 2015).[4]

Tasarruf hakkı teorisi, "kapsamı mülkiyet haklarının korunması ile sınırlı" olan federal dolandırıcılık kanunlarının metniyle bağdaştırılamaz. *McNally*, 483 U. S., at 360. Sözde "tasarruf hakkı", elektronik dolandırıcılık kanunu yürürlüğe girdiğinde "uzun süredir mülkiyet olarak tanınan" bir menfaat değildir. *Carpenter/Birleşik Devletler*, 484 U. S. 19, 26 (1987). Önemli ölçüde, İkinci Daire 1991 yılında -elektronik dolandırıcılık kanununun yürürlüğe girmesinden on yıllar sonra ve posta dolandırıcılığı kanununun yürürlüğe girmesinden bir asırdan fazla bir süre sonra- tasarruf hakkı teorisini ilk kez kabul ettiğinde, "potansiyel olarak değerli ekonomik bilgileri" geleneksel olarak tanınan bir mülkiyet hakkı olarak belirleyen hiçbir otoriteye atıfta bulunamamıştır. Bkz. *Wallach*, 935 F. 2d, 462-463.[5] İkinci Daire

---

[4] En az iki daire, elektronik dolandırıcılıkta tasarruf hakkı teorisini açıkça reddetmiştir. *Birleşik Devletler /Sadler*, 750 F. 3d 585, 590-592 (CA6 2014); *Birleşik Devletler/Bruchhausen*, 977 F. 2d 464, 467-469 (CA9 1992). Diğer bazı Daireler de bu teoriyi farklı derecelerde benimsemiştir. Bkz., e.g., *Birleşik Devletler/Gray*, 405 F. 3d 227, 234 (CA4 2005).

[5] İkinci Daire'nin bu kilit önerme için atıfta bulunduğu tek yargı mercii, "bilginin ekonomik değerinin" posta dolandırıcılığı kanununu "etkilemek için yeterli 'mülkiyet'" olduğunu kesin bir şekilde iddia eden ve §1346'yı tüm davalarda "mülkiyet kaybı gerekliliğini ortadan kaldırdığı" şeklinde yanlış anlamış görünen 1989 tarihli Beşinci Daire görüşüdür. *Birleşik Devletler/Little*, 889 F. 2d 1367, 1368-1369. İkinci Daire daha sonra mülkiyet haklarına ilişkin "çubuk demeti" metaforuna dayanmaya başlamıştır. Bkz. *Birleşik Devletler/Wallach*, 935 F. 2d 445, 463 (1991) ("Bilginin bir şirketin değerlemesinde oynadığı önemli rol göz önüne alındığında eksiksiz ve doğru bilgi edinme hakkı, bir hissedarın mülkiyet hakkını oluşturan haklar demetindeki en temel çubuklardan birini oluşturmaktadır.") Ancak bu metafor, özellikle de federal dolandırıcılık kanunlarını "dış sınırlarını belirsiz bırakacak şekilde" yorumlama girişimlerini reddetmemiz ışığında -diğer bağlamlardaki değeri ne olursa olsun- "uzun zamandır mülkiyet olarak tanınan" *Carpenter/Birleşik Devletler*, 484 U. S. 19, 26 (1987) bir hakkın yokluğunu telafi edemez. *McNally/Birleşik Devletler*, 483 U. S. 350, 360 (1987). Yukarıda

o zamandan beri tasarruf hakkı teorisini geleneksel mülkiyet kavramlarıyla temellendirmeye çalışmamıştır. "Geleneksel mülkiyet kavramlarından uzaklaşan" bu tür federal dolandırıcılık teorilerini sürekli olarak reddetmiş bulunmaktayız. *Cleveland*, 531 U. S., 24. Hükümet ise -bu dava da dahil olmak üzere onlarca yıldır tasarruf hakkı teorisine dayanmasına rağmen- şimdi "kişinin malvarlığının elden çıkarılması konusunda bilinçli kararlar verme hakkı, daha fazlası olmaksızın, elektronik dolandırıcılığa yol açan bir tür 'mülkiyet' olarak ele alınırsa, federal dolandırıcılık kanunlarını genel hukukta tanımlandığı ve Kongre'nin anladığı şekliyle mülkiyet dolandırıcılığının ötesine genişletme riski taşıyacağını" kabul etmektedir. Dolayısıyla, Hükümet bile artık İkinci Daire'nin tasarruf hakkı teorisinin federal dolandırıcılık kanunlarının metninden bağımsız olduğunu kabul etmektedir.

Tasarruf hakkı teorisi, federal dolandırıcılık kanunlarının yapısı ve tarihçesiyle de tutarsızdır. Yukarıda anlatıldığı üzere, *McNally*'nin federal mahkemelerin posta ve havale (para) yoluyla yapılan dolandırıcılığı mülkiyetle bağlantısı olmayan ve giderek büyüyen bir dizi gayri maddi menfaati korumak için kullanmasına son vermesinin ardından Kongre, mahkemelerin *McNally* öncesi dolandırıcılık kanunları kapsamında koruduğu çok çeşitli gayri maddi haklara rağmen, "yalnızca dürüst hizmetlerin gayri maddi hakkını" canlandıran §1346'yı yürürlüğe koyarak yanıt vermiştir. *Cleveland*, 531 U. S., 19-20. "Kongre'nin bu tür diğer gayri maddi menfaatler konusunda yankı uyandıran sessizliği", elektronik dolandırıcılık kanunun gayri maddi tasarruf hakkını kapsayacak şekilde genişletilmesini engellemektedir. *Birleşik Devletler/Sadler*, 750 F. 3d 585, 591 (CA6 2014).

Son olarak tasarruf hakkı teorisi, kanuni bir yetki olmaksızın federal yargı yetkisini büyük ölçüde genişletmektedir. Teori korunan menfaat olarak salt bilgiyi ele aldığından, neredeyse her türlü aldatıcı nitelikteki fiil suç teşkil edebilmektedir. Bkz., e.g., *Birleşik Devletler/Viloski*, 557 Fed. Appx. 28 (CA2 2014) (bir çalışanın açıklanmayan menfaat çatışmasına dayanan tasarruf hakkı mahkûmiyetini onaylayarak). Bu teori, geleneksel olarak eyalet sözleşme ve haksız fiil hukukuna bırakılan neredeyse sınırsız çeşitlilikteki aldatıcı fiilleri federal bir suç haline getirerek, "Kongre'nin açık bir beyanı olmadıkça" mahkemelerin "posta ve havale yoluyla yapılan dolandırıcılık kanunlarını, geleneksel olarak eyaletler tarafından denetlenen çok çeşitli

belirtildiği üzere, bilinçli ekonomik kararlar almak için gerekli olan bilgi edinme hakkı, kişinin mülkiyeti koruması ve kullanması için faydalı olsa da geleneksel olarak bir mülkiyet hakkı olarak tanınmamıştır.

davranışları federal denetim altına almak şeklinde okumamaları" gerektiği yönündeki uyarımızla açıkça çelişmektedir. *Cleveland*, 531 U. S., 27. İkinci Daire, "federal savcıların devlet ve yerel yetkililer için kamuoyunu aydınlatma ve iyi yönetim standartlarını belirlemek için mülkiyet dolandırıcılığı kanunlarını kullanamayacağı" yönündeki uyarımıza rağmen, devlet çalışanlarının ve yüklenicilerinin etik kurallarını (veya bunların eksikliğini) düzenleyen federal mahkûmiyetleri onaylamak için bu teoriyi kullanmıştır. *Kelly*, 590 U. S. Tasarruf hakkı teorisi böylece geleneksel olarak özel hukuku ilgilendiren konuları suç haline getirmekte ve devlet meselelerini federal hükümet otoritesine tabi tutmaktadır.

Özetle, elektronik dolandırıcılık kanunu yalnızca geleneksel mülkiyet haklarına dayanmaktadır. Takdire bağlı ekonomik kararlar almak için gereken değerli ekonomik bilgilere sahip olma hakkı, geleneksel bir mülkiyet hakkı değildir. Buna göre tasarruf hakkı teorisi, federal dolandırıcılık kanunları kapsamında mahkûmiyet için bir temel oluşturamaz.

B

Sadece tasarruf hakkı teorisine dayanarak dava açmasına, mahkûmiyet kararı almasına ve istinafta lehe hüküm verilmesine rağmen Hükümet, aşağıda ifade edilen teorinin hatalı olduğunu kabul etmektedir. Hükümet, "İkinci Daire'nin görüşlerindeki dilin, ekonomik olarak değerli bilgileri mağdurdan saklamanın, daha fazlası olmaksızın, dolandırıcılık kanunları kapsamında mutlaka 'para veya mülkiyet elde etmek' olarak nitelendirilebileceği anlamına gelebileceği ölçüde, bunun yanlış olduğunu" açıkça kabul etmektedir. *Id.*, 24. Dava bu şekilde sona ermelidir. Yine de Hükümet Ciminelli'nin mahkûmiyetlerini delillerin geleneksel bir mülkiyet dolandırıcılığı teorisi altında elektronik dolandırıcılığı tespit etmek için yeterli olduğu alternatif gerekçesiyle onaylayabileceğimiz için, bu tavizin bozmayı gerektirmediği konusunda ısrar etmektedir. *Id.*, 31-32. Aşağıdaki kayıtlara bol miktarda alıntı yaparak Hükümet, bizden tasarruf hakkı teorisiyle suçlamada jüriye sunulan olguları özenle seçmemizi ve bunları ilk etapta farklı bir elektronik dolandırıcılık teorisinin unsurlarına uygulamamızı istemektedir. Başka bir deyişle Hükümet bizden sadece ilk derece mahkemesi işlevini değil aynı zamanda jüri işlevini de üstlenmemizi istemektedir. Ancak bu bizim görevimiz değildir. Bkz. e.g., *McCormick/Birleşik Devletler*, 500 U. S. 257, 270-271, n. 8 (1991) ("İstinaf mahkemelerinin, sırf teoriyi desteklemek için gerekli olgular jüriye sunuldu diye, istedikleri herhangi bir teoriye göre mahkûmiyet kararlarını onaylamalarına izin verilemez") *Chiarella/Birleşik*

Devletler, 445 U. S. 222, 236 (1980). Buna göre, Hükümet'in Ciminelli'nin mahkûmiyetlerinin alternatif gerekçelerle onaylanması talebini reddediyoruz.

III

Tasarruf hakkı teorisi federal dolandırıcılık kanunları uyarınca geçersizdir. Bu nedenle İstinaf Mahkemesi'nin kararını bozuyor ve bu görüşe uygun olarak daha ileri işlemlerin gerçekleştirilmesi için kararı geri gönderiyoruz.

Bu şekilde hükmedilmiştir.

Hâkim ALITO, katılma şerhi

BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ

Sayı 21-1170

BAŞVURUCU LOUIS CIMINELLI/BİRLEŞİK DEVLETLER

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İSTİNAF MAHKEMESİ
2. DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI

[11 Mayıs 2023]

JUSTICE ALITO, aynı yönde.

Mahkemenin görüşü bize yöneltilen tek soruyu doğru bir şekilde cevaplamaktadır: Tasarruf hakkı teorisinin federal elektronik dolandırıcılığı kanunu kapsamında sorumluluğu destekleyip desteklemediği. Jüri talimatları bu teoriyi somutlaştırmaktadır ve bu nedenle bu hata, karara etki etmesi hali dışında, aşağıdaki kararın bozulmasını gerektirmektedir. Mahkeme'nin kararında (1) dilekçe sahibinin yargılamanın bu aşamasında iddianameye itiraz edip edemeyeceği, bkz. Federal Ceza Muhakemesi Kanunu 12(b)(3)(B); (2) iddianamenin yeterliliği bkz. *Birleşik Devletler/Miller*, 471 U. S. 130, 134-135 (1985) (iddianamedeki farklılık iddianameyi yetersiz kılmaz); (3) karara etki etmeyen hatanın yargılama sırasında tasarruf hakkı teorisinin belirli bir şekilde ileri sürülmesine uygulanabilirliği, bkz. *Neder/Birleşik Devletler*, 527 U. S. 1, 15 (1999) (Jüri talimatlarında karara etki etmeyen hataya konu olan unsurun ihmal edilmesi) ve (4) Hükümet'in dilekçe sahibini, geleneksel bir mülkiyet biçimi olan değerli sözleşmeleri hile yoluyla elde etmek için komplo kurduğu ve gerçekten de elde ettiği teorisine dayanarak yeniden yargılayabilmesi de dahil olmak üzere, ileri sürülen sorunun dışındaki çözüm yollarına ilişkin olguya özgü konuları ele almasını anlamıyorum. Bu şerhle Mahkeme'nin görüşüne katılıyorum.

MAKALE

Makale **GSÜHFD**, 2024; 1: 631-649

ADALETİN GİYSİSİ CÜBBE(*)

Prof. Dr. **Hakan PEKCANITEZ**(**)

Öz: Bu çalışma, hukuk mesleğinde cübbelerin kullanımının tarihsel kökenlerini ve günümüzdeki uygulamalarını, özellikle Türkiye bağlamında kapsamlı bir şekilde incelemektedir. Cübbelerin toplumda ayrıcalık ve otoriteyi temsil ettiği antik döneme kadar uzanan köklü bir geçmişi vardır. Çalışma, bu sembolizmin Avrupa hukuk sistemlerinde nasıl bir dönüşüm geçirdiğini ve duruşma salonu kıyafetlerini nasıl etkilediğini ayrıntılı olarak ele almaktadır. Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, Almanya ve Avusturya gibi çeşitli ülkelerde de avukatlar cübbe giymektedir. Çalışmada hem bu ülkelerdeki cübbe kullanımı hem de Türkiye'deki avukatların cübbe giyme zorunluluğu ele alınmaktadır. Bu zorunluluğun savunucuları, cübbelerin ciddiyet ve saygı gibi değerleri temsil ettiğini ve mesleğin itibarını koruduğunu savunmaktadır. Aksi yöndeki görüşler ise günümüzde böyle bir zorunluluğun gerekli olmadığını, cübbe kullanımının yalnızca bir zorluk ifade ettiğini belirtmektedir. Çalışma, cübbenin avukatlık mesleği için anlamını irdelerken konuyla ilgili yaygın yanılgılara dikkat çekmekte, avukatların cübbe giyme zorunluluğu konusunu farklı bakış açıları ile ortaya koyarak bu geleneğin geleceğini şekillendirecek tartışmalara tarihsel ve karşılaştırmalı bir bakış açısı kazandırmayı amaçlamaktadır. Cübbe giyme zorunluluğunun avukatların mesleki kimlikleri, duruşma salonundaki atmosfer ve genel olarak hukuk sistemi üzerinde nasıl bir etki yarattığı da bu çalışmada ele alınmaktadır. Çalışma, cübbeye ve dolayısıyla avukatlık mesleğine gösterilecek saygının önemli kazanımlar sağlayabileceğini ve hukuk sisteminin işleyişine katkıda bulunabileceğini vurgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Mesleğinde Cübbe, Cübbelerin Tarihsel Gelişimi, Günümüzde Cübbe Kullanımı, Cübbelerin Sembolik Anlamı, Mesleki Kimlik, Saygı ve Otorite Sembolü, Gelenek, Modern, Zorunluluk.

(*) Makale hakem denetiminden geçmemiştir,

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 2023-2024 Akademik Yılı Açılış Dersi için 05 Ekim 2023 tarihinde yapılan konuşma metnidir.

(**) Galatasaray Üniversitesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, emekli öğretim üyesi.

THE GARMENT OF JUSTICE: THE ROBE[***]

Abstract: This study delves into the historical roots and contemporary applications of robes in the legal profession, with a particular focus on the Turkish context. Robes hold a deep-rooted history, dating back to ancient times when they symbolized distinction and authority in society. The study meticulously examines how this symbolism has evolved within European legal systems and its impact on courtroom attire. Today, lawyers in various countries, including the United States, England, France, Germany, and Austria, continue to wear robes. The study analyzes robe usage in these countries, as well as the mandatory robe requirement for lawyers in Turkey. Proponents of this requirement argue that robes embody values such as solemnity and respect, upholding the prestige of the profession. Opposing views contend that such a mandate is unnecessary in modern times, serving merely as an inconvenience. While exploring the significance of robes in the legal profession, the study addresses prevalent misconceptions surrounding the topic. By presenting diverse perspectives on the mandatory robe requirement, the aim is to contribute a historical and comparative lens to the discussions that will shape the future of this tradition. The study also examines the impact of the robe requirement on lawyers' professional identities, the courtroom atmosphere, and the legal system as a whole. It emphasizes that fostering respect for the robe, and consequently for the legal profession, can yield substantial gains and contribute to the effective functioning of the legal system.

Keywords: Legal Robe, Historical Development of Robes, Contemporary Robe Use, Symbolic Meaning of Robes, Professional Identity, Symbol of Respect and Authority, Tradition, Modern, Requirement.

[***] The following is the text of the speech given on October 5, 2023, for the Opening Lecture of the 2023-2024 Academic Year of Galatasaray University Faculty of Law.

Değerli Meslektaşlarım,

Sevgili Öğrenciler

Öncelikle hepinizi sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

Fakültemizin Sayın Dekanı Prof. Dr. Murat Engin'in açılış dersi vermek üzere beni görevlendirmesi sebebiyle huzurunuzdayım, kendisine teşekkürlerimi arz etmek istiyorum. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2023-2024 eğitim ve öğretim yılı açılış dersini vermenin benim için çok büyük onur ve mutluluk olduğunu özellikle belirtmek istiyorum.

I. GENEL OLARAK

Açılış dersinin hangi konuda olabileceğini düşündüm. İlk ders olarak hepinizin ilgisini çekebilmek için uzmanlık alanımla da yakın olan ve bir süredir hakkında çok da katılmadığım yorumları işittiğim, "adaletin giysisi cübbe" hakkında konuşmak istedim. Mezun olduktan sonra ister hâkim, ister savcı, isterseniz avukat olun hepiniz cübbe giyeceksiniz. Giyeceğiniz cübbelerin rengi, şekli farklı olsa da, aslında amacı ve anlamları aynı olacaktır.

Bugün için üç mesleğin cübbe giydiğini görüyoruz. Bunlar din adamları, öğretim üyeleri ve hukukçulardır. Hukukçulardan hâkim, savcı ve avukatlar cübbe giyerler. Noterler ise, cübbe giymezler. Cübbe üç ayrı mesleğin ortak bir giysisi olsa da, üç meslek için anlamları farklılık arz etmektedir. Ben hukukçuların giysisi olan cübbe üzerinde duracağım. Ülkemizde nikâh akdi sırasında da nikâh memurları akdin kıyafeti olarak cübbe giymektedir; ancak bu cübbe, memura verdiği resmîyet ve yetki dışında, hukukçuların cübbesinden farklı anlam ifade etmektedir.

Türkçe'de cübbenin karşılığı Arapça cübbe; Almanca olarak; Almanya'da *Robe*, Avusturya'da ise, *Talar*; İspanyolca, *jupa* ya da *aljupa*; İtalyanca *giuppa*, *giuppone* ve Fransızca *jupe*, *jupon* biçiminde söylenmektedir.

Hâlen üniversite öğretim üyeleri törenlerde ve Diyanet İşleri başkanı ile imam, hatip ve vâizler görev sırasında cübbe giyerler. Din görevlilerinin giydikleri cübbeler genellikle işlemesiz ve bazıları da yakasızdır, renkleri ise, siyah veya beyaz, fildişi; öğretim üyelerininkiler ise, üniversitelerinin seçtikleri renklerde yapılmaktadır.

Cübbenin kolu için iki ayrı model geliştirilmiştir. Bugün kullanılan cübbe tiplerinde yenler genellikle bol ve geniş ağızlıdır. Osmanlı cübbelerinde

omuzlardan itibaren bol başlayıp bileklere kadar daralarak inen kol tipi ile geniş yenli kol tipi birlikte kullanılmıştır.

Farklı ülkelerde farklı modeller mevcut ise de, cübbe; arkası önünden biraz kısa, ayaklara kadar inen, kanatları birbiri üzerine kavuşturularak önü kapatılan, bol ve hafif bir elbisedir. Yakası dar ve dik ya da yumuşaktır.

Cübbe her tip kumaştan yapılmakla beraber, tercih edilenleri ipekli, yünlü, pamuklu ve ipek-pamuk karışımıdır. Kullanılacak kumaş, yazlık veya kışlık olarak seçilebilir. Kışlık cübbeler genellikle kalın kumaştan, yünlü olabilir. Yazlık ise, genellikle pamuklu, saten hatta ipek olabilmektedir.

Avukatlık mesleğine başlarken cübbe giyerek yemin edilir. Aynı zorunluluk hâkimlik mesleğinin başında da gerçekleşecektir. Böylelikle ister avukat, ister hâkim ya da savcı olun, bir cübbe sahibi olarak mesleğe başlayacaksınız. Avukatlıkta cübbe tek tip iken, savcı ya da hâkim olduğunuzda, cübbe farklı olup; hâkimler, görev yaptıkları mahkemeye göre değişik yaka rengine sahip cübbe giyerler. Savcıların cübbeleri ise, hâkimlerden farklıdır.

Avukat stajyerleri cübbe giyemezler. Stajlarının belli bir kısmından sonra bazı mahkemelerde duruşmaya girebilseler de, cübbe ancak stajın bitiminde avukatlık ruhsatını alırken, yemin ettikten sonra giyilebilir. Avukat, kendisiyle ilgili bir davada da cübbe giyemez, zira orada avukat değildir.

Bazı ülkelerde duruşmalarda cübbe giyilmesinin istisnaları kabul edilmiştir. Nitekim, Almanya'da çocukların duruşmada giyilen cübbeden korkma ihtimaline karşı veya bu şekilde yapılan duruşmaya katılmak zorunda kalmaları halinde olumsuz etkilenmelerini önlemek amacıyla, bazı ceza davaları ile aile mahkemelerinde avukatlar cübbe giymemektedir. Yine çok sıcak havalarda, uzayan duruşmada, hâkim çok istisnaî olarak avukatların cübbelerini çıkarmalarına izin verebilir. Bazı mahkemelerde cübbe giyilmesi zorunlu kılınmamıştır. Örneğin, Bremen eyaletinde sulh mahkemeleri ile aile mahkemelerinde cübbe zorunluluğu yoktur.[1] Sulh hukuk mahkemelerinde cübbe giyilmesinin zorunlu olmayışı, bu mahkemelerin tarihî gelişimi içinde tarafların basit uyuşmazlıklarının çözüldüğü, tarafların sulh oldukları, sulhe teşvik edildikleri mahkemeler olmasıdır. Bazı ülkelerde hakimler, avukatlar ya da savcılar cübbe giymezler.[2]

---

1 RIEMER, D. **Aus der Rechtsprechung**, DRiZ 1995, s. 481.

2 Örneğin, Bulgaristan, Rusya, Kazakistan ve Çin'de avukatların cübbe giyme zorunluluğu yoktur (Bkz. ERMENEK İbrahim, "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2000, s. 19).

II. CÜBBENİN ÜLKEMİZDEKİ TARİHÎ GELİŞİMİ

Cübbenin tarihî geçmişi hakkında yazılmış pek kaynak olmasa da,[3] hâkimler ve dava vekilleri için Osmanlı İmparatorluğu döneminde belirli bir resmî kıyafet kabul edilmemiştir. Dava vekilleri o zamana uygun olan fes, külâh, kalpak, beyaz veya yeşil abani, her cinsten sarık yanında; elbise olarak lâta (ilmiye sınıfının giydiği bir kıyafet), cübbe, setre (düz yakalı önü ilikli ceket), pantolon, istanbulin (içine gömlek ya da kravat takılmasını gerektirmeyen yakası kapalı ceket), şalvar giymekteydiler.[4] O halde Osmanlı İmparatorluğu'nda avukat ya da hâkimler için özel bir cübbe ya da kıyafet mevcut değildi.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde cübbe en çok ilmiye sınıfı tarafından benimsenmiş; beyaz tülbentli sarıkla beraber ilim ve din adamlarının belirgin kıyafeti haline gelmiştir. Nitekim son dönemlerde yapılan huzur derslerinde çeşitli hediyelerle birlikte, mukarrirlere siyah, muhataplara da mavi renkte cübbeler verilirmiş.[5]

Tanzimat ve meşrutiyetten sonra da avukat ya da hâkimler için herhangi bir cübbe ya da kıyafet zorunluluğu bulunmamaktaydı. Osmanlı adliyesinde hâkimler ya da dava vekilleri için özel bir kıyafet öngörülmediği halde, hademe, piyade ve süvari muhzirler (kadının yardımcısı olan ve davalıyı mahkemeye getiren maaşlı kişi) için resmî kıyafet öngörülmüştü. Bu kıyafetin, mahkemelere gelen kişilere "*adaletin gücünü, heybetini göstermek için gerekli*" olduğu söylense de,[6] bizzat adalet dağıtan kişi ya da avukatlar için herhangi bir özel kıyafet öngörülmemiş olması düşündürücüdür.[7] Bunun bir sebebi de her yönü ile eksiksiz yargı sistemine sahip olunmayan bu dönemde, sıranın

---

3 Bu konuda en önemli eser, İstanbul Barosu Umumi Kâtibi, Ali Haydar Özkent'in Avukatın Kitabı, İstanbul 1940 adlı eseridir.

4 ÖZKENT Ali Haydar, **Avukatın Kitabı**, İstanbul 1940, s. 328.

5 UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, **Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, s. 219, 221.

6 ÖZKENT, s. 328.

7 Avukatlığın tarihi gelişim içinde makbul bir meslek olarak kabulü çok yenidir Hatta bunun bir örneği olarak "*Karamanlı tip avukat*"lardan ayırt etmek için o dönemin avukatları, kendilerini "dava vekili", "dava mümeyyizi" olarak ifade etmişlerdir. Avukat ismi 1926 tarihli ve 708 sayılı Kanun ile meslek olarak kabul edilmiştir. Tanzimat öncesi avukatın adı "Ayak Kavafı" ya da Muhzir (şer'î mahkemelerde tarafların kadı önüne gelmelerini sağlayan görevli) idi. Bu kişilerin eğitimi olmadığı gibi okumaları da olmadığından, adları "müzevir", "yalancı" olarak anılmaya devam etmiştir. Mecelle'de vekâlete ilişkin hükümler yer almaktaysa da, avukatlıkla ilgili bir düzenleme yoktu ve bu nedenle isteyen istediği kişiye vekâlet görevi verebilmekteydi.

kıyafete gelmemesi olarak ifade edilmiştir.[8] Belki de belli kıyafetlerin kabulü ve cübbenin zorunlu oluşu, lüks olarak da düşünülmüş olabilir. Bu dönemde mahkemelerde fesli bir mahkeme başkanı yanında, sarıklı bir üyeye; keçe külâhlı bir müdafinin yanında, kalpaklı bir başkasına rastlandığında, adalet duygusu ve görüntü kimseyi rahatsız etmiyordu. Hâkimler gibi avukatlarda birbirine benzemeyen kıyafetlerle duruşmalara katılabiliyorlardı.

Avukatlar mahkemeye girip çıkarken başlıklarını ister giyebilir; isterse çıkarabilirlerdi. Avukat, mahkeme salonuna girdiğinde takkesini çıkararak ve fakat isterse çıkarmadan hafifçe reverans yaparak hâkimi selamlardı. Karar okunduğunda veya yemin sırasında ise, avukatın başı açık olmalıydı. Ayağa kalkma zorunlu idi; zira karar millet namına verilmekte; yemin namus ve vicdan namına yaptırılmaktaydı.

Ülkemizde ilk olarak 1920 tarihli 460 sayılı Kanunla, Hâkimlerin Kisveleri Hakkındaki Kanun'un uygulanacağı yerlerde, avukatlar duruşmada Adliye vekâleti tarafından gösterilecek örnek dairesinde elbise giymeye mecbur tutulmuştur. O günden itibaren ülkemizde avukatlar siyah uzun cübbe ve serpuş taşımaktadırlar. 4399 sayılı Kanun'da da avukatlar, mahkeme huzuruna Adliye Vekâletince tayin kılınacak kıyafetle çıkmaya mecbur tutulmuşlardır. Aynı zamanda 461 sayılı Adli Kisve Kanunu'nda hâkimler, cumhuriyet savcıları ve zabıt katiplerinin "*muhâkime*" esnasında Adliye Vekaletince gösterilecek "*kisve*" ile görevlerini yapacakları emredilmiştir (m.13).

1 Mart 1927 tarihli resmî kisve ve serpuş hakkındaki talimatnameye göre, avukatlar sadece duruşmalarda değil, hâkime, müstantike, müddeiumumiye başvurduklarında da resmî elbisesini giymek zorunda tutulmuşlardır.

Cübbenin zorunlu kabul edilmesinden itibaren Adliye Sarayı dışında avukatların cübbe giymesi, kolunda taşıması meslek adabına aykırı kabul edilmekteydi. Avukat başka bir şehre gitse de cübbesini yanında taşımak zorunda idi. Adliye salonunda sıcak ya da soğuk bahanesiyle cübbenin sürüklenerek ya da omuzda taşınması da meslek ahlâkına aykırı kabul edilmekteydi. Cübbe diz kapağından aşağı olmalıydı. Avukatın meslekî bir borcu olarak temiz ve yırtık olmayan bir cübbeye sahip olması gerekmekteydi.[9]

Kısa tarihî bilgilerden sonra bazı ülkelerdeki cübbe ile ilgili uygulamalara geçebiliriz.

---

[8] ÖZKENT, s. 328.

[9] ÖZKENT, s. 323.

III. BAZI ÜLKELERDEKİ DÜZENLEME VE UYGULAMALAR

A. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletlerindeki bağımsızlık bildirgesinden sonra, İngiliz Hukuku'nda kullanılan cübbe ve peruk terk edilmiştir. Bir süre eyaletlerde farklı uygulamalar sonrasında 19. ve 20. yüzyılda standart uygulama arayışı içine girilmiştir. Bugün için Amerika'da ilk derece ve orta dereceli yargıda, hâkimler siyah cübbe giyerler. Belli bir renkte gömlek ya da kravat takma mecburiyetleri yoktur. Kadın hâkimler ise uzun cübbe içine beyaz renkli (fular?) şal takarlar. Yüksek mahkemelerde ise, farklılık mevcut olup, örneğin Maryland'da, İngiliz örneğindeki gibi, cübbe giyilir, ancak peruk takılmaz. Yüksek Mahkeme hâkimleri siyah sade bir cübbe giyerler. 1994 yılında yüksek mahkeme başkanı William Renquisit kendisine özel bir cübbe yaptırmış; İngiliz Lordlkanzleri gibi altın sırmalı çok gösterişli bir cübbenin Amerika'da da geçerli olmasını istemiş; bunu kendisi de giymiş; fakat kendisinden sonra kimse bu cübbeyi kullanmamıştır.[10]

Amerika'da avukatlar, savcılar ve mahkeme çalışanları cübbe değil; günlük kıyafet giyerler.

B. İngiltere

İngiltere'de beyaz peruk takan hâkim ve avukatlar hâlâ mevcuttur. Peruk genelde kadınlara özgü bir aksesuar olarak tanımlanmışsa da, erkeklerde 17. yüzyılda statü amaçlı takılmaya başlamıştır. Bunun en büyük nedeni, İngiltere Kralı 2. Charles'ın peruk kullanmaya başlamasıdır. O dönemde seçkin sınıfı olarak tanımlanan kişiler, at kılından yapılmış pudralı peruklar takarken, parası yetmeyen ama seçkin olarak tanımlanmak isteyen diğer bireyler de keçi kılından örülmüş, pamuktan ve hatta insan cesetlerinden yapılan peruklar takarlardı. İrlanda, Kanada ve Jamaika'da avukatlar aynı İngiliz avukatlar gibi peruk takıyorken, artık peruk takma geleneğini sadece tören zamanında devam ettirmektedirler.

İngiliz avukat ve hâkimler arasında bu peruğun popüler olmasının birincil sebebi, peruğun güce ve hukuka saygının bir sembolü olduğuna inanmalarıdır. Hatta peruk takmamak, mahkemeye hakaret olarak algılanabiliyordu. Diğer bir sebep de anonim bir imaja sahip olmaktı. *How Stuff Works*'a göre;

---

[10] "*Robe*", Vikipedi, https://de.wikipedia.org/wiki/Robe (Erişim Tarihi: 23.04.2024).

bir avukatın peruk takmasının tek amacı anonimlik fikrinin altını çizmektir. Anonimlikten kasıt; etnik köken, sosyal statü veya maddî güç gibi unsurların hepsinden ari olmaktır. Belki üçüncü sebep olarak da formal görüntüyü devam ettirme isteğidir. Üniformanın insan üzerindeki etkisi her zaman güçlüdür. Perukların fiyatları günümüzde hâkim ve avukatlar arasında bir farklılık göstermektedir. Örneğin, yargıçlar tarafından takılan uzun saçlı bir peruk 3.000 dolar kadarken, avukatlar tarafından takılan peruklar daha ucuz olup yaklaşık 500 dolar civarındadır.

C. Fransa

Avrupa da ise, avukatlar ruhani sınıftan kişilerin giydikleri gibi paspas (katlı) elbiseleri giymişlerdir. Örneğin, Fransa'da 16. asra kadar Fransız Barosu'nun merasimde resmî elbisesi kırmızı cübbe idi.

Fransa Kralı Birinci Fransuva, 1540 yılında çıkardığı emirnamede;

"*Umum avukatları, rabıtalı elbise, uzun cübbe, yuvarlak serpuş giymedikçe ve sakal ve bıyıkları tıraşlı olmadıkça ve üst başları ve ayakkabıları temiz bulunmadıkça, hâkimin önüne çıkmaktan men ederiz*" demiştir.

Bu dönemde avukatların kıyafetleri son derece önem taşımamakta idi. Bir dönem siyah pantolon giymek, beyaz kravat takmak avukatlar için zorunlu idi. Bir anekdota göre, bir gün bir avukat beyaz pantolon ve siyah kravat ile hâkimin karşısına çıktığında hâkim sert bir üslûpla;

"*Üstat der, mahkeme sizi pantolonunuzu boynunuza ve kravatınızı ayaklarınıza takmaya davet eder.*"

Bir dönem avukatlar için bıyık bırakılması da men edilmiştir. Buna gerekçe olarak bıyıklı bir yüzün haysiyete yakışmadığı, çok defa maskaralık olduğu, bıyığın yalnız askerlere mahsus olduğu gösterilmiştir.

Peruk takılmasına ilişkin moda, 17. yüzyılın ortasında XIV. Louis tarafından Fransa'da başlamıştır. Dönemin salgın hastalığı olan frengi, saçları döküyordu; bu da peruğun hem moda hem de gerekli bir örtü haline gelmesini sağlamıştır. Ayrıca İngiltere kralı II. Charles ve sosyete çevresi o dönemde peruk takmaya başlamıştı. Bu yıllarda, yargıçların ve avukatların kıyafetleri, saray kıyafetlerine benzer olarak belirleniyordu. Bu iki sebep birleşince peruk takmak kaçınılmaz bir hal aldı. Avukat ve hâkimler, peruğu mahkeme salonunda kendilerini halktan ayırmak ve üstünlüklerini sağlamak

için de kullanıyordu.[11] Peruk modası 18. yüzyıla kadar devam etti. Daha kısa ve kıvırcık olan peruk daha gündelik hayatın bir parçası olurken, uzun saçlı peruk ise hâkim ve avukatları temsil eden törensel bir tarihî parça oldu. Bugün Fransa'da hâkim ya da avukatlar peruk takmazlar.

D. Almanya

Almanya'da 18. yüzyıla kadar avukatlık itibarı olmayan bir meslek idi. Prusya'nın asker kralı Friedrich Wilhelm I, Adalet Bakanına 2 Nisan 1713'te yazdığı emir ile avukatların dizlerinin üzerine kadar siyah bir palto (cübbe) giymelerini ve böylelikle avukatların dolandırıcılardan, sahtekârlardan ayırt edilmelerini sağlamak istemiştir.[12] Bu giyilen palto, daha sonra 18. ve 19. yüzyılda cübbeye dönüşmüştür; 1871 yılında Prusya'daki cübbe tüm Almanya için Alman İmparatorluğu'nun kurulmasıyla geçerli bir kıyafet olarak kabul edilmiştir. Bazı istisnalar cübbe için geçerli olup, Alman Avukatlar İçin Meslek Kurallarında (BORA m.20) avukatların sulh hukuk mahkemelerinde duruşmalara cübbe giymeden katılabileceği kabul edilmiştir.[13] Bununla birlikte bu uygulama tüm sulh hukuk mahkemelerinde uygulanır değildir. Nitekim Münih Eyalet Mahkemesi[14] özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda cübbe giyilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle eyaletlerdeki uygulamaya göre cübbenin giyilmesi tavsiye edilmektedir.[15] Buna göre asliye hukuk mahkemesinde cübbe giyilmesi zorunlu değildir. Kravat takma zorunluluğu bakımından BORA'da bu yönde bir yükümlülük yer almadığından, Manheim Asliye Mahkemesi bu yönde bir yükümlülüğün olmadığına karar vermiştir.[16] 2014 yılında Münihli avukat Norman Synek, Augsburg Sulh Mahkemesine cübbesiz girmiştir. Hâkim duruşmaya başlamayı bu sebeple reddetmiş ve yeni bir duruşma günü tayin ederek gelenleri evlerine göndermiştir. Bunun üzerine Synek dava açarak yol gideri için 20

---

[11] "*Robe*", Vikipedi, https://de.wikipedia.org/wiki/Robe (Erişim Tarihi: 23.03.2024).

[12] RIEMER, D., **DRiZ**, 1995, s. 482.

[13] GÜNTER, **in Beck OK BORA**, 38 Ed., 1.12.2022, BORA § 20 Rn.16. Braunschweig sulh hukuk mahkemelerinde de ikinci dünya savaşından sonra avukatlar cübbe giymemişlerdir. Bu uygulama genel olarak daha sonra kabul görmüştür.

[14] OLG München NJW 2006, s. 3079.

[15] SCHAUSS Benjamin, https://mkg-online.de/autor/benjamin-schauss/ (Erişim Tarihi: 23.03.2024).

[16] Hâkimin de cübbe dışında avukatın içine giydiği kıyafete ve özellikle kravat takma zorunluluğuna karışamayacağı kabul edilmekte; hatta böyle bir talebin hâkimin reddi sebebi teşkil edeceği kabul edilmektedir (PIELKE Walther, "Die Robenpflicht der Rechtsanwaelte", **NJW**, 45/2007, s. 3252).

Euro ve üç saatlik ücret olarak 770,5 Euro talep etmiştir. Asliye mahkemesi bu talebi reddetmiş ve mahkemelerin örf- âdeti olarak avukatların cübbe giymelerinin zorunlu olduğu sonucuna varmıştır.

Münih Yüksek Mahkemesi de benzer bir olay üzerine avukatların yargının bağımsız organı olarak bu şekilde tanınır oldukları ve doğrunun tespitinde bunun önemli olduğu; burada bu nedenle önemli bir kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle, 2006 yılında, avukatların duruşmalarda cübbe giymesinin ve kravat takmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. Bremen Eyaleti'nin uygulaması farklılık arz etmektedir. Nitekim adlî yargıda aile mahkemeleri de dâhil olmak üzere, hem sulh hem de asliye mahkemelerinde cübbe zorunluluğu bulunmamaktadır.[17]

Freiburg Eyalet Mahkemesi'nde de benzer bir tartışma yaşanmış; cübbe giymeyen bir avukat duruşmadan çıkarılmıştır. Bunun üzerine avukat bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, bu konudaki zorunluluk her ne kadar yasada düzenlenmemişse de, bu uygulamanın, anayasadan önceki dönemden bu yana gelen 100 yıllık bir örf-âdet hukukuna dayandığı ve avukatların duruşmalarda cübbe giymelerinin meslek icrasına yönelik bir kural olarak anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*düzen içinde mesleğin yürütülebilmesi için kamusal bir düşünce ile cübbe giyilmesi ve yargının bağımsız organı olan avukatların görünür olmasının bu şekilde sağlanması ile ortamın tarafsızlığa katkı sağlaması nedeniyle bu şekilde küçük bir müdahale*" haklıdır.[18]

Bazı avukatların reklam niteliğinde bilgiler içeren bilgileri cübbelerinin üzerinde taşıması üzerine, bu konudaki tartışma Alman Anayasa Mahkemesi'ne ulaşmış ve mahkeme 07.11.2016 tarihli kararında, avukatların cübbeleri üzerinde reklam yapılamayacağına, cübbede avukatın isminin ve internet adresinin yazılı olamayacağına karar vermiştir.[19]

E. Avusturya

Avusturya'da cübbenin ismi Almanya'daki gibi "*Robe*" olarak değil, "*Talar*" olarak adlandırılır. Hâkimler cübbe yanında başlarına kep benzeri

---

17 RIEMER, s. 481

18 BVerfGE 28, 21; KANADOĞLU Osman Korkut, "Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, s. 91.

19 BGH NJW 2017, 407.

bir şapka takarlar. 9 Mayıs 1962 tarihli düzenleme ile hâkimlerin nerede ve nasıl bu cübbeyi giyeceği düzenlenmiştir. Hukuk davaları ve ceza davalarında cübbe giyilir. Ancak boşanma, babalığın tespiti ya da kira uyuşmazlıklarında cübbe giyilmemektedir. Ceza davalarında ise, eskiden olduğu gibi cübbe giyilir. Kep ise, istisnaen ve yüksek mahkemelerde hâkimler tarafından kullanılmaktadır. Hâkimin görev yaptığı mahkemeye göre giyilen cübbe farklılık arz etmektedir Yüksek mahkeme başkanı ve yüksek mahkeme üyelerinin cübbelerinin yakası tavşan kürküdür. Bu kürkün genişliği de yüksek mahkeme hâkimlerine göre 6 ile 12 santim olarak belirlenmiştir.

Avukatlar ise, 17 Haziran 1904 tarihli düzenlemeye göre cübbe giymektedirler. Düz siyah cübbe giyerler; başlıklarını ise hükmün tefhimi ile yemin edası sırasında takarlar.

IV. ÜLKEMİZDEKİ HÂKİM SAVCI VE AVUKATLAR BAKIMINDAN DÜZENLEME VE UYGULAMA

Ülkemizde hâkim ve savcıların giyecekleri cübbe hakkında Hâkim ve Savcıların Resmi Kıyafet Yönetmeliği'nde düzenleme mevcuttur. Bu Yönetmelik idarî yargı ve Danıştay hâkimlerini de kapsar. Cübbelerin şekli bu Yönetmeliğin 4. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

"*Cübbelerin Şekli*

Madde 4- Adli ve idari yargı ilk derece mahkemeleri ile Cumhuriyet başsavcılıklarında görev yapan hâkim ve savcıların, resmi kıyafeti Şekil 1'de görülen tipte siyah parlak kumaştan yapılmış, geniş reglan kollu, düğmesiz cübbedir. Bu cübbelerin yakalarından başlamak üzere ön kısımları ile iki kol ağızlarında ve sert yaka kısmının iç ve dışında;

a) Ceza mahkemelerindeki hâkimler ile savcılar için kırmızı,

b) Hukuk mahkemelerindeki hâkimler için yeşil,

c) İdari yargı hâkimleri için gri, renkli saten bulunur. Savcılar için ayrıca cübbenin ön yüzünde, sağ omuzdan sarı bir düğme ile başlayıp göğüs orta kısmı hizasında biten ve sarkık bir şekilde duran sarı simden yapılmış geniş örgü kordon bulunur.

Bölge adliye mahkemesi başkanı ve Cumhuriyet başsavcısı ile bölge idare mahkemesi başkanı; bölge adliye ve idare mahkemesi daire başkanları ve üyeleri ile bölge adliye mahkemesi savcılarının resmi kıyafeti

Şekil 4'te görülen tipte siyah kumaştan yapılmış, yaka kenarlarında ve kol ağızlarında üçer adet sarı şerit bulunan, model uygulama şal yaka ve geniş reglan kollu düğmesiz cübbedir. Bu cübbelerin yakaları ile iki kol ağızlarının iç ve dışında;

a) Bölge adliye mahkemesi başkanı, Cumhuriyet başsavcısı, ceza dairesi başkanı ve üyeleri ile savcılar için kırmızı,

b) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi başkanı ve üyeleri için yeşil,

c) Bölge idare mahkemesi başkanı, daire başkanı ve üyeleri için gri, renkli saten bulunur.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcıları ile savcılar için ayrıca cübbenin sağ ön parçasının göğüs ortasında yakanın hemen yanında yer alan sim sarı düğmenin altından çıkan ve sağ kol altında yer alan dikişte biten, üçlü sarkık biçimde (kısa, orta, uzun) duran sarı simden yapılmış örgü kordon bulunur."

Cübbenin rengi yanında, yakaları da ayrıca Yönetmelikte düzenlenmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 5. maddesine göre;

"*Cübbelerin Yaka ve Kolları*

Madde 5 –Adli ve idari yargı ilk derece mahkemeleri ile Cumhuriyet başsavcılıklarında görev yapan hâkim ve savcıların cübbe yakaları sert ve dik olup yaka üzerine;

a) Adli yargıda mahkeme başkanı ve ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı ile idari yargı mahkeme başkanları için Şekil 2'de belirtildiği gibi tüm yakayı çeviren,

b) Adli ve idari yargıda diğer hâkim ve savcılar için Şekil 3 te belirtildiği gibi yakanın sadece üst ve yan kenarlarına, defne dalı biçiminde sarı sırma desen işlenir.

Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılardan;

a) Bölge adliye mahkemesi başkanı ve Cumhuriyet başsavcısı ile bölge idare mahkemesi başkanı için Şekil 5'te belirtildiği gibi her ikisi de etek ucuna kadar devam eden yaka kenarları üstüne ve iki kolağız kenarları üstüne ikişer adet,

b) Bölge adliye ve bölge idare mahkemesi daire başkanları için Şekil 6'da belirtildiği gibi dıştaki etek ucuna kadar içteki bel altında bitecek şekilde yaka kenarları üstüne iki, iki kolağız kenarları üstüne birer adet,

c) Bölge adliye ve bölge idare mahkemesi daire üyeleri ile savcıları için Şekil 7'de belirtildiği gibi yaka kenarları üstüne ve iki kol ağız kenarları üstüne birer adet, Şekil 8'deki gibi defne dalı biçiminde sarı sırma desen işlenir."

Yine, cübbenin hâkim ve savcılar tarafından nerede giyileceği ve kullanma süresi Yönetmelik'te gösterilmiştir.

"*Cübbelerin Giyileceği Zaman ve Yerler*

Madde 6- Cübbeler duruşmalarda ve adli yıl açılış törenlerinde giyilir. Adalet Bakanlığında görevli hâkim ve savcılar adli yıl açılış törenlerinde son görev unvanlarına ait cübbeyi giyebilirler

Cübbenin Altına Giyilecek Kıyafet

Madde 7- Bu Yönetmelikte yazılı cübbeler, "Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin" 5'inci maddesinde belirtilen kıyafetin üzerine giyilir.

Kullanma Süresi

Madde 8- Cübbelerin kullanılma süresi 5 yıldır. Cübbeler Adalet Bakanlığınca sağlanır."

Avukatlık Kanunu'nun 49. maddesine göre;

"*Avukatlar, mahkemelere, Türkiye Barolar Birliği tarafından şekli belirlenen cübbeyle çıkmak zorundadır*". Ancak bu fıkraya Avukatlık Kanunu'nun 49. maddesinde 7249 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"*Avukatlara, staj dönemi de dahil olmak üzere, baro ve Birliğin iş ve işlemleri ile mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluk getirilemez.*"

Kanaatimce, yapılan bu değişiklik isabetli değildir. Eskiden terlik ile bazı avukatların duruşmaya katılması üzerine, avukatların terlikle giremeyeceği Yönetmeliğe yazılmış idi. Bu, açıkça uygulamada zaman zaman avukatlık mesleğine yakışmayan kıyafetlerle duruşmalara girildiğinin bir sonu-

cudur. Şu anda bu yönde bir yasak ya da sınırlama yoktur. Bu durum terlikle duruşmalara girilebileceğini ifade etmese de, uygulama tamamen serbestliğe dönüşmüştür. Ancak, kıyafet avukatlık mesleğinin yerine getirilmesinde son derece önemlidir. Nasıl ki cübbeyi muhafaza ediyorsak, kıyafet konusunda da özen gösterilmelidir. Avukatlık ve hâkimlik mesleğini önemsiyorsak, avukata, hâkime güven ve saygının duyulmasını arzu ediyorsak, avukat ve hâkim olarak bizlerin de aynı özeni öncelikle kıyafetimizle göstermemiz gerekir. Avukatın dilediği kıyafet giyebilmesini bir özgürlük olarak değerlendirmiyorum. Keza, cübbe avukatın her yerde giyebileceği bir giysisi de değildir. Özellikle, zaman zaman televizyonlarda bazı avukatların mahkeme binası dışında cübbe ile açıklama yapmalar doğru değildir. Çünkü cübbe sadece duruşmada, adalet sarayına girildikten sonra ve adlî yıl açılışında salonda giyilebilir. Cübbe ile adalet sarayı dışında, bahçede, parkta, garajda gezilemez, röportaj yapılamaz.[20]

V. NEDEN CÜBBE GİYİLİR?

Cübbe giyen kişi niçin cübbe giyildiğini bilir ve anlarsa, ancak o zaman cübbe giymenin bir anlamı, bir yararı olacaktır. Aksi takdirde anlamı bilinmeden giyilen cübbe, zaman içinde amacına aykırı kullanılabilecek ve bu durum mesleğe ciddi zararlar getirecektir. Bugün avukatın kendi cübbesi yerine çoğu zaman baro odasındaki herhangi bir cübbeyi giyerek duruşmaya çıkması, bazı acil hallerde kabul edilebilir bir mazerete dayanırsa da, çoğu zaman bedenine uymayan, dar gelen ya da upuzun bir cübbeyle duruşmaya katılan avukatın görünümü cübbe ile amaçlanan bir kenara, hoş olmayan bir görüntü arz etmektedir.

Cübbe her şeyden önce hâkim ve avukatları diğer meslek gruplarından ayırt etmek için giyilir. Bu anlamda cübbe aynı zamanda giyen kişiye duruşma sırasında, söz almasında, konuşmasında, kelimelerin kullanılmasında ciddi bir sorumluluk da yükler.

---

[20] Avukatların Resmi Kılık Yönergesi'ne göre, avukatlar, mahkemelerde, Türkiye Barolar Birliği ve baro disiplin kurullarında görev yaparken ve avukatlık ant içme törenlerinde, Türkiye Barolar Birliği'nin belirlediği resmî kılığı giymek zorundadırlar. Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen resmî kılık, Türkiye Barolar Birliği ve baro genel kurullarında ya da yargı kuruluşları mensuplarının resmî kılıkları ile katıldıkları resmî törenlerde de giyilebilir. **Avukatlar, mahkemelerde münhasıran vekâlet görevi ifa ettikleri davalar dışında resmî kılık giyemezler**. Avukatlar, mesleki ve yargısal faaliyetleri sırasında Meslek Kuralları'nın 20'nci maddesine uygun davranmak zorundadırlar.

Cübbenin giyilmesinin ikinci önemli sebebi, bu kıyafet ile kişiliğin kimliğin gizlenmesidir. Özellikle şapka ve perukla birlikte düşünüldüğünde, cübbenin amacı dış görünüşünü ortadan kaldırmaktır. Zira hepimizin ön yargıları, kıskançlıkları, öfkesi, tarafgirliği vardır. Ancak cübbe giyilmesiyle bunların unutulması, hatırlanmaması, tarafsız olunması sağlanmak istenmiştir. Ayrıca mahkemede meslektaş olarak hukukun savunucusu, yargılamanın önemli bir unsuru olarak kendisine itibar edilmesi, söz verilmesi, dinlenilmesi amaçlanmaktadır.

Cübbe giyilmesinin bir diğer sebebi, eşitliğin sağlanmasıdır. Cübbe giyen avukat ne kadar genç ya da yaşlı, tecrübesiz ya da kıdemli, şöhretli, ünlü ya da varlıklı olursa olsun adalet önünde eşittir. Cübbe, o halde eşitliğin sembolüdür. Cübbe giyen avukat, diğer avukattan ne fazla ne de eksik olmak üzere aynı haklara, yetkilere ve yükümlülüklere sahiptir. Elbette cübbenin içindeki avukatın bilgisi, fazileti diğerinden farklılık arz edebilir.

Bunların yanında cübbenin azameti ve terbiyesi vardır. Bu cübbeyi giyenler adalet sarayında avukat olarak bilinirler. Bu nedenle avukatlar cübbelerine gösterdiği ihtimam kadar, yüzlerine, kıyafetlerine, saçlarına dikkat etmelidirler. O halde cübbe bir adalet elbisesi olup, eşitliğin, ağır başlılığın, temizliğin bir sembolüdür.

Cübbe giyilmesi avukatlar için belli yerlerde mecburi iken, avukat olmayanlar için yasaktır.

Almanya'da cübbenin geleneksel bir giysi olma yanında yargının onurunun, vakarının simgesi ve ayırt edici olma gibi nedenler gösterilmiştir. Bunun yanında cübbe, giyen kişinin örtüsü olarak, onu, kişisel özelliklerinden arındıran ve yargının bir unsuru görünümüne sokan özellik sağlamaktadır.[21] Aynı zamanda yargılama sırasında avukatlar eşitliğin de bir göstergesidir. İddia veya savunmanın göstergesi, sembolüdür.

Cübbe asıl olarak avukatın müvekkili adına görev yaptığı sırada giyilir. Avukat kendi uyuşmazlığı hakkında cübbe giymek zorunda değildir.[22] Avukatın cübbe giymeden duruşmaya katılmasına izin verilmemelidir. Bu konuda duruşma hâkiminin avukatı uyarması ve avukatın cübbesiz duruşmaya girme konusunda ısrar emesi ve müvekkilinin de bizzat duruşmaya girmemesi halinde, gerekirse duruşmayı başka bir güne ertelemesi gerekir.

---

[21] SCHAUSS (https://mkg-online.de/autor/benjamin-schauss/; SPRENGER Guido, "Rituale in Roben? Ethnologische Beobachtungen über Juristen", **Miscellanea Juridica Heidelbergensia**, Band 6, 1. Bası, Jedermann Verlag, Heidelberg, 2016, s. 45 vd.

[22] ERMENEK, s. 19.

VI. CÜBBELERDE YER ALAN RENKLER

Gerek avukat, gerekse hâkim cübbelerinde yeşil özel hukuku, kırmızı cezayı, sarı ise idarî yargıyı temsil ettiği söyleniyor ise de, renk konusu tamamen yoruma ve teamüle göre değişmektedir. Zira ülkemiz bakımından yeşil ve kırmızı konusunda bir tereddüt olmasa da sarı rengin idarî yargıyı temsil ettiği çok kolay söylenemeyecektir. Zira bugün idarî yargıda hâkim cübbeleri siyah üzerine gri satendir. Yani, gri renk tercih edilmiştir ve idare mahkemesi hâkimlerinin cübbesinde sarı renk yer almamaktadır. O halde, sarı idarî yargıya ilişkin değildir.

Cübbelerdeki renkler tamamen ülkelerin teamüllerine göre değişmektedir. Genellikle cübbede siyah renk genel kabul görmekte ise de, kırmızı, viyolet, lacivert de hâkim ya da avukat cübbesi olarak kullanılmaktadır. Bazı ülkelerde cübbeler tek renk, sadece siyah iken, bazı ülkelerde yakası kolları ya da astarı renkli olarak da kullanılmaktadır. Hatta bazı ülkelerin yüksek mahkeme hâkimlerinin cübbelerinin yakalarında, belli bir genişlikte kürk kullanılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki hâkimler açık mavi cübbe ve beyaz göğüslük, fular takarlar. Avrupa Mahkemesindeki hâkimler ise kırmızı cübbe, koyu renkli kadife yaka ve beyaz renkli pileli göğüslük takarlar.

Tavşan kanı kırmızısı denilen "*Kearemsinrot*" cübbeyi Alman Federal Mahkemesi, Federal İş Mahkemesi, Federal Sosyal Mahkemesi, Federal Finans Mahkemesi hâkimleri yanında, Nordhein Wesfallen Anayasa Mahkemesi, Yüksek İdare Mahkemesi ve Reinland Pfalz Yüksek İdare Mahkemesi hâkimleri giyerler ve aynı renk yanları mevcuttur. Sosyal Mahkeme hâkimleri Almanya'da siyah cübbe viyolet kenarlıklı cübbe giyerler. Sachsen Eyaleti Anayasa Mahkemesi hâkimleri ise, yeşil cübbe yeşil kenarlıklı cübbe giyerler. Federal Patent Mahkemesi ile Deniz Mahkemesi hâkimleri ise siyah cübbe yanları ise çelik mavisidir. Bazı ülkelerde hâkimler, ayrıca cübbe rengi ya da farklı bir renkte kep takarlar.

VII. CÜBBEDE DÜĞME OLMAMASININ BİR ANLAMI VAR MIDIR?

Cübbe çok eski ve belli meslek gruplarına ait bir kıyafettir. Tarihî gelişimi içinde cübbede düğme kullanılmamıştır. Zira eski tarihlerde kıyafetlerde düğme de yoktur. Bu nedenle eskiden beri cüppelerde düğme bulunmaz. Ancak, bir başka önemli neden ise cübbe günlük kullanımda giyilen, kullanılan bir giysi değildir. Belli yer ve ortamlarda giyilir ki, bu ortamlarda za-

ten düğme iliklenmesi düşünülemez. Sebep olarak, cübbe zaten mevcut bir kıyafet üzerine giyildiğinden kolay giyilip çıkarılmalıdır. Bu nedenle, kolları da geniş ve bol olur ki kolay giyilip çıkarılabilsin.

Avukatların kimsenin önünde düğmesini iliklememesi için bağımsızlık ve tarafsızlığını korumak için düğmenin olmadığı yönünde yorumlar mevcut ise de, bu doğru değildir.[23] Zira eskiden cübbe giyen kişilerin uzun cübbelerinin önünü elleriyle kapayarak padişahın önünde eğildikleri bir gerçektir. Bu konularla ilgili yorum yapılırken bu yorumun akıl ve mantığa da uygun düşmesi gerekir.

Cübbenin cebi de yoktur. Çünkü cübbe günlük bir giysi olmadığından cebe gerek bulunmamaktadır. Cübbe ile herhangi bir şey taşınmaz. Zaman zaman avukat ya da hâkimlerin cebinin olmayışı, rüşvet almamaları ya da almadıklarının bir göstergesi olarak ifade edilmiştir. Kanaatimce, cübbede cebin olmamasını rüşvet alınmaması düşüncesi ile ilgilendirmek, avukatlık mesleği ile bir arada değerlendirilebilecek doğru bir yorum da değildir. Zira rüşvet sadece cebin olması halinde alınmaz. Nitekim zaman zaman gördüğümüz ve bildiğiniz gibi rüşvet, "cep" gerekmeksizin, masanın çekmecesinden, çikolata kutusuna, ayakkabı kutusundan gazete ile sarılmış pakete kadar konu olabilmektedir.

SONUÇ

Avukatlık mesleğinin icrasında temiz, iyi giyimli, bakımlı olmak kimseye zarar vermez. Bu söylenen, cübbe kadar cübbenin içine giyilen kıyafet için de önemlidir. Elbette bu düşünce, cübbenin içine mutlaka pahalı kıyafetlerin giyilmesini gerektirmeyecektir. Bugün yırtık bir kot pantolon, boğazlı kazak, tişört üzerine giyilmiş cübbe avukatlık mesleğine yakışmamaktadır ve mesleğe olan güveni zedelemektedir. Baro odasından alınan ve avukata çok uzun, çok kısa ya da çok dar ve hatta kirli bir cübbe giyilmesi terk edilmelidir. Cübbenin duruşma arasında omuzda, sürüklenerek taşınması bir yana, kolda taşınırken dahi dikkatli olunması gerekmektedir. Bu şekilde de duruşmaya katılmak mümkün olabilir ve sırf bu sebeple bir disiplin cezası verilemez; ancak bu tür görünüm avukatlık mesleğine zarar verecektir. Cübbenin taşınmasına ne kadar ihtimam gösterilirse, dışarıdan da bu ölçüde karşılık görebiliriz.

---

[23] Hollanda'da avukatların cübbeleri siyah, yere kadar uzun ve düğmelidir. Cübbenin düğmeleri kapatılarak duruşmaya girilir.

Avukatın özgürlüğü, bağımsızlığı, cübbeyi de dilediği gibi giyebilmesi değildir. Avukatlık Kanunu ile (Av.K. m.49/2) mesleğin icrası kapsamında kılık ve kıyafetle ilgili herhangi bir zorunluluğun getirilemeyeceği yönündeki düzenleme son derece isabetsizdir. Bundan önceki düzenlemeye bakıldığında, avukatların terlikle duruşmaya giremeyeceği yasaklanmış idi. Bu yönde bir düzenleme muhtemelen uygulamada sık sık görülmesi üzerine yapılmıştır. Yeni düzenleme ile hiçbir zorunluluğun öngörülmeyişi, adeta bu uygulamaya devam imkânı tanınmış gibi görünmektedir. Ancak, bu konuda avukatlık mesleğine zarar veren davranışlar gibi, giyilen giysilerin de önemi olduğu unutulmamalıdır. Pek çok mesleğin kendine özgü kıyafetleri vardır. Adaletin giysisi de cübbe olduğu için cübbeyi olması gereken biçimde taşımak gerekir.[24]

Cübbenin adaletin giysisi olarak gücü, onu amacına uygun taşıyabildiğimiz takdirde var olacaktır. Aksi halde, cübbe zaman içinde anlamsızlaşacak ve terk edilecektir. Hem mesleğe hem de yargıya güveni arttıran cübbeye değer verdiğimiz ölçüde karşılığını alacağız.

Bu yıl Fakültemiz'de öğrenime başlayan Sevgili Öğrencilerimize aramıza hoş geldiniz diyor ve 2023-2024 akademik yılının hepiniz için sağlıklı, yararlı ve başarılı bir yıl olmasını diliyorum.

[24] Mesleğini yaparken duruşma salonunda, cübbe giymek zorunda olan veya adliye binası içinde de cübbe ile dolaşabilecek olan avukatın mahkeme binası dışında, yürüyüş ya da gösteri sırasında cübbe giyememesi gerekir (Karş. ERMENEK, s. 16 vd.). Zira gösteri ya da yürüyüş sırasında avukat mesleğini yerine getirmemekte; muhtemelen mesleği hakkındaki sorunları dile getirmektedir.

KAYNAKÇA

ERMENEK İbrahim, "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2000, s. 142-180.

GÜNTER, **in Beck OK BORA**, 38 Ed., 1.12.2022, BORA § 20 Rn.16.

KANADOĞLU Osman Korkut, "Barolar ve Avukatların Meslek Özgürlükleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 146, 2020, s. 77-122.

ÖZKENT Ali Haydar, **Avukatın Kitabı**, 1. Bası, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940.

PIELKE Walther, "Die Robenpflicht der Rechtsanwaelte", **NJW**, 45/2007, s. 3251-3257.

RIEMER, D. "Aus der Rechtsprechung", **DRiZ**, 1995.

Robe, Vikipedi, https://de.wikipedia.org/wiki/Robe (Erişim Tarihi: 23.04.2024).

SCHAUB Benjamin, https://mkg-online.de/autor/benjamin-schauss/ (Erişim Tarihi: 23.03.2024).

SPRENGER Guido, "Rituale in Roben? Ethnologische Beobachtungen über Juristen", **Miscellanea Juridica Heidelbergensia**, Band 6, 1. Bası, Jedermann Verlag, Heidelberg, 2016, s. 45-59.

UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, **Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara.