

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

## Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Hüseyin Özbek

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

## Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD  
Araştırma Görevlisi

## Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

## Danışma Kurulu / Board of Advisors\*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /  
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM  
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye  
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is being permanently indexed  
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 10. 01. 2021

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.  
**Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**  
**Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.  
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.  
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.  
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.



# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

### 1 **Mehmet Zülfü ÖNER**

Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu /  
The Effectiveness of the Crime of Discrimination to Protect Sexual Preferences in  
Turkish Criminal Law

### 41 **Hasan DURSUN**

İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Suç ve Cezalara Genel Bir Bakış / A General  
Perspective on Crimes and Punishments That Arise from Administrative Contracts

### 69 **Murat ŞAŞI**

Enjeksiyon Nöropatisinden Kaynaklı Tam Yargı Davalarında Risk İlkesi Uyarınca  
İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Uygulanabilirliği / The Liability of the  
Administration According to the Risk Principle in Compensation Cases Arising  
from Injection Neuropathy

### 109 **Çiğdem YAZICI**

Hacizden Sonra Borcun Taksitle Ödenmesi Taahhüdü (İcra ve İflâs Kanunu m.  
111)/ Commitment to Pay Debt in Installments After Foreclosure (Enforcement  
and Bankruptcy Code Art. 111)

### 145 **Melih IŞIK**

İcra Hukukunda Derece Namına Satış Talep Etme / Demand of Forced Sale on  
Behalf Degree in Enforcement Law

### 187 **Ayşe Kübra KARABULUT**

Yargı Kararları Işığında "Ticari ve Ekonomik Bütünlük Arz Eden Ya Da Bir Bütün  
Hâlinde Satıldığı Takdirde Daha Yüksek Gelir Elde Edileceği Anlaşılan Mal ve  
Haklar" Kavramı / In the Light of Judicial Decisions, the Concept of Goods and  
Rights That Are Understood to Have Commercial and Economic Integrity Or to  
Generate Higher Income If Sold As A Whole

### 219 **Ramazan TURAN**

Limited Şirkette Ortakların Ek Ödeme Yükümlülüğü / Additional Payment  
Obligation of Partners in Limited Company

**255 Hacı KARA**

Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası  
/ According to the Court of Cassation and Arbitration Decisions the Physician's  
Compulsory Liability Insurance

**305 Hakan ARSLANBAY**

Atık Sektöründe Rekabet Hukuku Dinamikleri: Elektrikli ve Elektronik Atık Yönetimi  
Özelinde Örnek Bir İnceleme / Competition Law Dynamics in Waste Sector: An  
Exemplary Study Specific to Management of Waste Electrical and Electronic  
Equipment

**335 Berker KILIÇ / Nursel YALÇIN / Esra KILIÇ**

Hukuk Bürolarında Bilgi Güvenliğinin Arttırılmasında Model Önerileri / Model  
Suggestions For Increasing Information Security in Law Offices

**367 Şeyma AKKAŞOĞLU**

Uluslararası Tahkimde Şeffaflık / Transparency in International Arbitration

**415 Müge DALAR**

Uluslararası Adalet Divanı'nın Chagos Takımadaları'nın 1965'Te Morityus'tan  
Ayrılmasının Hukuki Sonuçları Hakkında Danışma Görüşü / The Advisory Opinion  
of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation  
of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965

# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

İçinde bulunduğumuz salgın sürecinde avukatların ağırlaşan sorunlarının, yaşadıkları zorlukların farkındayız. Bu sorunların tamamına çare bulacak sihirli bir gücümüz olmasa da etkilerini azaltmak için var gücümüzle çalıştık ve çalışmaya devam ediyoruz.

Hiç kuşku yok ki özellikle genç meslektaşlarımızın yaşadıkları ekonomik zorluğun en temel nedenlerinden biri kontrolsüz bir şekilde açılan hukuk fakültelerinden mezun olanların büyük bir çoğunluğunun, mesleğe girişte sınav zorunluluğu bulunmaması nedeniyle avukatlığa yönelmesi, bunun da avukat sayısını talebin çok üzerine çıkarmış olması, nihayetinde ekonomik pastadan alınan payın düşmesidir.

Elbette konunun ekonomik boyutunun yanı sıra hepimizin varlık nedeni olan hukuk devletine ve onu işleten yargı uygulayıcılarının kalitesine etkisi vardır. Deneyim eksikliğinin kanunla giderilmesi mümkün değildir. Bu sorunun çözümlü eğitimin kalitesini yükseltmektir.

Hukuk fakültelerinin önemli bir kısmında nitelikli eğitim verilemediği ve bunun da mesleğimizin niteliğine olumsuz bir etki yaptığı tartışmasızdır. Öte yandan FETÖ'nün yargıdaki yapılanmasına yönelik operasyonlar sonucunda pek çok hakim ve savcı görevden uzaklaştırılmıştır. Sonuç olarak ilk derece mahkemelerindeki hakim ve savcılarının ortalama kıdemi 2,5 yıla düşmüştür. Oysa hukukun iyi işlemesi için iyi yetişmiş ve deneyimli hukuk uygulayıcılarına ihtiyaç vardır.

Yıllardır mücadelesini sürdürdüğümüz bu temel sorunların çözümünde önemli adımlar attık. Hukuk fakültelerine girişte başarı eşiğinin yükseltilmesi, hukuk mesleklerine giriş sınavı getirilmesi, hukuk fakültesi mezunu olmayanlara idari hakim adaylığında sınırlama getirilmesi idari yargı hakimliği ön sınavının sorularının ağırlıklı olarak hukuk fakültelerinin müfredatı esas alınarak belirlenmesi gibi adımların sonuçları 4-5 yıl sonra görülecektir.

Stajyer avukatların sayılarının azalmasıyla birlikte emeklerinin değeri artacak, angarya çekmek zorunda kalmaktan kurtulacakları ve yanında staj yapabilecekleri avukat bulmakta zorlanmayacaklardır. Genç avukatların da iş ve istihdam sıkıntıları önemli oranda çözülecektir.

Öte yandan önümüzdeki dönemde getirilmesi planlanan hakim ve savcı yardımcılığı kurumu ile bu alanlardaki tecrübe eksikliği de birkaç yıl içinde çözüme kavuşacaktır.

Genç meslektaşların barolarına aidat miktarı kanunla yüzde 50 indirilmiş, meslektaşlarımızın işlerini yürütebilmek için avukat kimliği gösterilerek sokağa çıkma kısıtlamalarından etkilenmemeleri sağlanmıştır. Giderek yaygınlaşan e-duruşma uygulaması en çok genç meslektaşlarımıza yarar sağlamaktadır.

Avukatlık hizmetlerinin önemli bir kısmında KDV oranı düşürülmüştür. Şimdiki çabalarımız, geri kalan hizmet kalemlerinde de KDV indiriminin gerçekleştirilmesine yöneliktir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi iki yıldır üst üste Adalet Bakanlığı ile uzlaşma içerisinde ve resmi enflasyon rakamının yaklaşık iki kat üzerinde yüzde 20 artışla ilan edilmiştir.

Öte yandan CMK görevlendirilmelerinde Adalet Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı tarafından ilan edilen tarifeler, sistemin sürdürülebilir olmasını imkansızlaştıracak kadar düşüktür. CMK tarifesinde baz ücret o kadar düşüktür ki ilk kez bu sene yaşanan yüzde 20 artış tatmin edici olmaktan uzak kalmıştır.

CMK ücret tarifesi, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile eşitlenmelidir. Öncelikli mücadelemiz, CMK tarifesinden KDV alımını yüzde 18'den yüzde 1'e düşürmektir. Yüzde 20'lik artış ancak o zaman bir anlam ifade edecektir.

Meslektaşlarımıza yeni iş imkanı yaratacak olan hukuki himaye sigortası ve gayrimenkul alım satımlarında tarafların tapuda avukat bulundurması zorunluluğu konusunda da çalışmalarımız devam etmektedir.

Saygılarımla.

**Av. Metin Feyzioğlu**  
**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**



# TÜRK CEZA HUKUKUNDA AYRIMCILIK SUÇUNUN CİNSEL YÖNELİMİ KORUMA FONKSİYONU

THE EFFECTIVENESS OF THE CRIME OF DISCRIMINATION TO  
PROTECT SEXUAL PREFERENCES IN TURKISH CRIMINAL LAW

Mehmet Zülfü ÖNER\*

**Özet:** Dünyada cinsel yönelimi farklı olan kişi ve gruplar, uzun bir süredir bu tercihlerine saygı duyulmasını, bu alanda var olan bazı sınırlandırma ve engellerin kaldırılmasını istemekle kalmayıp toplumda çeşitli nedenlerle oluşan önyargı, tepki ve olumsuz davranışlara karşı hukuki korunma talep etmektedir. Bunun bir sonucu olarak, dünyada birçok ülke bazı hakların alanını genişletmekte ve bu yöndeki kısıtlamaları kaldırmaktadır. Ülkemizde de bir süredir cinsel yönelime ilişkin talep ve tercihlerin ayrımcılık yasağına dayanan hak olduğu ve dünyadaki gelişmelere uygun olarak bazı düzenlemelerin yapılması gerektiği sıklıkla dile getirilmektedir.

Cinsel yönelimlerin hukuk düzeni içindeki yeri ve kapsamı konusunda farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, bu konuda yaygın hukuk anlayışı ve pratiğinin özgürlükçü bir yaklaşımı tercih ettiği gözlenmektedir. Bu taleplerin bir kısmının hukuk düzeninin bir parçası olan ceza hukuku alanına ilişkin olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda, nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin farklı cinsel yönelimleri korumadığı yönünde eleştiriler kamuoyunda sık sık gündeme gelmektedir. Bu düzenlemenin 2014 yılında değiştirilerek kapsamının daraltılması bu yöndeki tartışmaları daha da artırmıştır.

Bu çalışma, esas olarak; ayrımcılık suçuna ilişkin düzenlemenin farklı cinsel yönelimleri koruma fonksiyonunu ceza hukuku bağlamında incelemeyi ve buna yönelik sorunların çözümüne hukuki bir katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Çalışmada, öncelikle ayrımcılık yasağı kavramı ve Türk hukukundaki uygulaması açıklanacak, ardından bu yasağı aykırı davranmanın suç olarak düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi irdelenecektir. Daha sonra bu düzenlemenin yeterli olup olmadığı ve 2014 yılında yapılan değişiklikler sonrası hukuki durum ile ilgili analizler yapılarak bazı önerilerde bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Cinsel Yönelim, Ayrımcılık, Ayrımcılık Yasağı, Nefret Suçu, Ayrımcılık Suçu, Ceza Hukuku

\* Dr., mehmetzulfu@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-6251-4424, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.05.2020, Kabul Tarihi: 31.05.2020

**Abstract:** Persons and groups with different sexual orientation around the world demand legal protection against prejudices, reactions and negative behaviors caused by various reasons in the society, not only asking them to respect these preferences and to remove various restrictions and obstacles in this field. As a result, many countries around the world are expanding some of the rights and removing restrictions in this respect. In Turkey, it is frequently expressed for a while that the demands and the preferences on sexual orientation should be considered rights based on prohibition of discrimination and that some arrangements should be made according to the developments in the world.

Although there are different applications on the place and scope of sexual orientations in legal order, it is observed that the widespread legal practice on this issue prefers a libertarian approach. There is no hesitation that some of these requests relate to the criminal law area, which is a part of the legal order. In this context, criticisms are frequently raised in the public opinion that article 122 of the Turkish Penal Code, which regulates hate and discrimination, does not protect different sexual orientations. The amendment of this legal provision in 2014 has increased the debate in this direction.

This study aims to examine the function of protecting different sexual orientations of the regulation regarding discrimination crime in the context of criminal law and to make a legal contribution to the solution of the problems related to this issue. In this study, firstly, the concept of non-discrimination principle and its application in Turkish law will be explained. After that, Article 122 of the Turkish Penal Code, in which violating this prohibition is regulated as a crime, will be examined. Afterwards, some suggestions will be made by analyzing the legal situation after the changes made in 2014 and whether the regulation is sufficient.

**Keywords:** Sexual Orientation, Discrimination, Prohibition of Discrimination, Hate Crime, Discrimination Crime, Criminal Law

## 1. Giriş

Günümüzde insan hakları, insanın en üstün değer kabul edilmesinden kaynaklanan ve bütün insanların eşitlik ilkesi çerçevesinde sahip olması gereken hakları içeren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup> Bu bağlamda, temel insan haklarını tanımak ve korunmasını sağlamak demokratik rejimlerin temeli olan hukuk devleti ilkesinin

<sup>1</sup> Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.14.; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 16. baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2014, s.42 vd.; Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, 1. baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s.181.; Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. baskı, İstanbul, 1994, s.14.

ana unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Temel insan haklarının evrensel olarak kabul edilmesi sonucunda, bu hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması amacıyla birçok çalışma yapılmış, ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Yukarıda ifade edilen anlayışın bir sonucu olarak, dünyada bütün modern hukuk sistemleri, kişilere insan olarak doğmuş olmasından kaynaklanan bazı temel hak ve özgürlükleri tanımıştır. Bu hak ve özgürlüklerden birisi de eşitlik ilkesi kapsamında ele alınabilecek olan ayrımcılığa tabi tutulmama hakkıdır.<sup>2</sup> Tarih boyunca ayrımcı uygulamaların din, dil, ırk, kültür, cinsiyet, siyasal düşünce, engellilik ve sair nedenlerden dolayı kendisini gösterdiği görülmüştür. Bunun bir sonucu olarak, ayrımcılık yasağını düzenleyen uluslararası hukuk metinlerinin kabul eden devletler egemenliği altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. farklı statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili temel hakları tanımak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur.

Ayrımcılık yasağının düzenlendiği uluslararası sözleşme ve hukuki metinler, ayrımcılığı önlemek ve ortadan kaldırmak için, taraf devletlere pozitif yükümlülükler öngörmektedir. Bu yükümlülük, hukukun diğer alanları yanında ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. Bunun bir sonucu olarak, modern hukuk sistemlerinde önceleri insan hakları hukukunun parçası olarak görülen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler, bu yasağa aykırı davranışların zamanla suç olarak düzenlenmesi ile birlikte ceza hukuku alanında da kendisini göstermeye başlamıştır.

Gerek taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin yüklediği yükümlülükler, gerekse modern hukuk sistemlerinde ayrımcılığın suç olarak düzenlenmesi eğilimi ülkemizi de etkilemiş, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi ile ayrımcılık bir suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikle bu suçun başlığı ve içeriğine "nefret" ifadesi eklenmiş, böylece düzenleme nefret ve ayrımcılık suçu'na dönüşmüştür.<sup>3</sup> TCK'nın 122. maddesinde sınırlı sayıda hareketlerin suç

<sup>2</sup> Kemal Gözler, Eşitlik İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>, (e.t.21.05.2020)

<sup>3</sup> Nefret suçu, "failin din, dil, ırk, etnik köken, engelli olma, cinsiyet ve cinsel yöne-

kapsamına alınmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılan ayrımcılığa ilişkin birçok hususun suç kapsamının dışında tutulması eleştirilere neden olmuştur. Maddenin 2014 yılına kadar yürürlükte olan metninde yer alan “her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında” şeklindeki ifadesinin belirsiz ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler sonrası yürürlükten kaldırılması ve suç kapsamının sınırlarının daraltılması bu eleştirilerin daha da artmasını beraberinde getirmiştir.

Öte yandan, ayrımcılık veya nefret suçu adı altında yeni bir suç ihdas edilmesinin ayrımcılıkla mücadele açısından uygulanabilir olmadığı, ayrımcılık veya nefret saiklerinin belirsizliğinin bazı sorunları beraberinde getirdiği, dolayısıyla nefret ve ayrımcılık kavramlarının ceza hukuku konusu olmaktan tamamen çıkarılması yönünde görüşleri sürülmüştür.<sup>4</sup>

Hukukumuz açısından, cinsel yönelim nedeniyle gerçekleştirilen ayrımcı davranışların nefret ve ayrımcılık suçunun kapsamına alınıp alınmayacağı uzun süredir talep edilmekte ve tartışılmaktadır. Bu talep ve tartışmalar, TCK'nın 122. maddesinin hazırlık aşaması, tasarı çalışmaları ve değişiklik teklifleri sırasında gündeme gelmiş, ancak cinsel yönelimin nedeniyle işlenen fiiller suç kapsamına alınmamıştır.

---

lime dair sahip olduğu önyargı ile bu özelliklerden birine sahip olduğunu bildiği veya varsaydığı bir diğer kişiye karşı gerçekleştirdiği suç” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.2693-2701.

<sup>4</sup> Ersan Şen, Nefret ve Ayrımcılık (2), 29.03.2016, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirircilik-suclari-2>, (e.t.21.05.2020). Şen, şu hususları eleştiri konusu yapmaktadır: “Ayrımcılık sebepleri arasında din ve mezhep kavramları da ilginç sonuçlara yol açabilir. Örneğin; şeytana tapıldığını iddia eden, bu yönde bir dine inandığını söyleyen, inancının gereklerini her yerde yapmak isteyen bir kişiyi sırf bu sebeple kendisine göre haklı olarak işveren failin fiili suç sayılabilir mi? Görüleceği üzere hüküm; din konusunda herhangi bir istisna kabul etmeksizin sadece Devleti değil, bireyi de bağlayan ağır sonuçlar ortaya koyabilecek bir ceza normu ortaya koyabilmektedir. Aynı sorun, kendisini siyasi düşünce veya felsefi inançla da gösterebilir. Burada kim, neye göre, hangi din, mezhep, siyasi düşünce veya felsefi inancı, ona veya onu benimseyen insana duyduğu nefretten dolayı değil de sırf sevmemek, hoşlanmamak veya yakınlaşmamak nedeniyle TCK m.122’de sayılan iktisadi faaliyetleri engellemiş sayılacaktır? Gerçekten de kim, neye göre nefretle ve bu nefretten dolayı iktisadi faaliyeti engellemekle suçlanacaktır?”.

Ayrımcılık yasağının pratiğe geçmesi ve bu kapsamda cinsel yönelime karşı ayrımcı uygulamaların önlenmesinde ceza hukuku araçlarının kullanılması gerekliliği, birçok ülkede kabul görmektedir. Cinsel yönelimin suç kapsamına alınıp alınmayacağı elbette her ülkenin suç ve ceza siyasetini tespit eden kanun koyucusunun takdirindedir. Ancak, TCK'nın 122. maddesinde 2014 yılında yapılan değişikliklerle günümüz modern hukuk sistemlerinin birçoğunda benimsenen koruyucu ve özgürlükçü anlayışın terkedilerek önceki duruma göre daha sınırlı ve daraltıcı bir düzenleme yapılmış olması, birçok eleştiriyi beraberinde getirmektedir. Çalışmanın konusu, cinsel yönelimin ayrımcılık suçu kapsamına alınıp alınmaması sorunu olup, bu yöndeki analizlere geçmeden önce ayrımcılık yasağı kavramı ve kavramın Türk hukukundaki yerine değinmek uygun olacaktır.

## 2. Ayrımcılık Yasağı Kavramı

Sözlük anlamı itibariyle ayrımcı olma durumunu ifade eden ayrımcılık kavramı<sup>5</sup>, hukuki olarak bir kişinin sahip olduğu cinsiyet, dil, din, renk, ırk ya da etnik köken gibi herhangi bir nitelik nedeniyle diğerlerine nazaran farklı hukuki durum veya muameleye tabi tutulması olarak tanımlanabilir.<sup>6</sup> Uluslararası hukukta çoğunlukla azınlık haklarının korunmasında gündeme gelen ayrımcılık yasağı kavramı, bugün genel bir hukuk ilkesi ve temel bir hak olarak anlaşılmaktadır.

Kişileri devletin muhtemel keyfi muamelelerine karşı koruyan, demokrasi ve hukuk devletinin önemli unsurlarından birisi olan ayrımcılık yasağı, uzun süren tarihsel gelişiminin bir sonucu olarak ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki metinlere ve düzenlemelere konu olmuştur. Bu itibarla, ayrımcılık yasağı gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin ayırım yapılmaksızın herkese uygulanmasının bir garantisi olarak değerlendirilebilir.

Ayrımcılık, kendisini değişik şekillerde gösterebilmektedir. Sınırı olmamakla birlikte, tarihsel olarak en sık şekilde rastlanan türü cinsi-

<sup>5</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=ayr%C4%B1m%C4%B1nda%20olmak>, (e.t. 21.05.2020).

<sup>6</sup> Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 73, 2007, s.149.; Zeynep İspir, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, s.165 vd.

yet, ırk ve dine dayanan ayrımcılık olup, bunun yanında dil, servet, doğum vb. birçok neden ayrımcılığın diğer nedenleri olarak görülebilmektedir. Tarihsel süreçte, sanayi, teknolojik ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak işgücü ve sermaye piyasalarında da yeni ayrımcılık türlerinin ortaya çıktığını görmekteyiz.<sup>7</sup> Bu çeşitlilik, ayrımcılık yasağı kavramını insan hakları hukukundan, aile hukuku, medeni hukuk, iş ve sosyal güvenlik hukuku vb. hukuk dallarının da bir parçası haline getirmektedir.<sup>8</sup>

Hukuki çerçeve itibariyle, ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin bir parçası olarak kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Eşitlik düşüncesinden ortaya çıkan ve modern zamanlarda ayrımcılık yasağı olarak ifade edilen bu ilke, tarihsel süreçte çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuş, bugünkü anlamıyla temel bir insan hakkı olarak tanınması ise II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>10</sup> ile somut bir temele dayandırılmıştır. Birçok temel hak yanında ayrımcılığa tabi tutulmamanın da temel bir insan hakkı olduğu anlayışı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>11</sup> ile daha belirgin bir hale gelmiştir. Bu iki temel hukuki metin dışında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesinde de ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler yapılmış ve bunun temel bir hak olduğu anlayışı kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen uluslararası hukuk metinlerinde, ayrımcılık yasağı konusunda doğrudan bir tanım yapılmamış ise de bu metinleri

<sup>7</sup> Muammer Altun, Ayrımcılık Suçu, (TCK. md. 122), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s 4.

<sup>8</sup> Karan, s.147.

<sup>9</sup> Eşitlik ilkesinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin içeriği olarak görülebileceği gibi, temel bir hak olarak da düşünülebilir. Bkz. Gözler, s.180.; Karan, s.148.

<sup>10</sup> 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler nezdinde birçok ülke tarafından imza altına alınan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiş, 27 Mayıs 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.

<sup>11</sup> Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. 28 Ocak 1987 tarihinde Sözleşme kapsamında bireysel başvuru hakkını, 28 Ocak 1990 tarihinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.

kabul eden devletler kendi ülkelerinde yaşayan ve egemenliği altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. farklı statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili temel hakları tanımak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlü tutulmuştur<sup>12</sup>. Bu metinlerde ayrımcılık yasağına temel alınan hususlarda çeşitli farklılıklar olmasına karşın, metinlerdeki ortak husus tanınan hakların ayrımcılığının açık bir şekilde yasaklanmış olmasıdır.<sup>13</sup> Ayrıca uluslararası nitelikteki bu düzenlemelerin birçoğu, eşit muameleye tabi tutulma veya ayrımcılık yapmama şeklindeki yasağı, metinde sayılan hususlarla sınırlı tutmamış ‘...vb. nedenlerle’ gibi ifadelerle genişletici yoruma imkân sağlayacak şekilde düzenlemiştir.<sup>14</sup> Daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, TCK’nın 122. maddesinin ilk metninde benzer bir yaklaşım sergilenmiş ve Anayasa’nın 10. maddesi ile uyumlu bir şekilde “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...*” denilmiştir.

TCK’nın 122. maddesinde yer alan “*ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak*” ifadesi, keyfi uygulamalara neden olabileceği ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler<sup>15</sup> sonrası 2014 yılında yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılmıştır. Ceza kanunlarında bu tür ifadelerin muğlak, yoruma açık ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu, dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesini zedeleyeceği yönündeki eleştirilerde haklılık payı olmakla birlikte, ayrımcılık yasağı konusunda günümüz modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın terkedilerek önceki duruma göre sınırlı ve daraltıcı bir düzenleme yapılması çeşitli eleştirileri beraberinde getirmiştir. Bu husus ilerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>12</sup> İnsan hakları bağlamında ayrımcılık ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/R.Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 8.B, Ankara, 2019, s.632 vd.

<sup>13</sup> Karan, s.148.

<sup>14</sup> Karan, s.150-151.

<sup>15</sup> “Değişiklikten önce maddede yer alan ‘ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak’ hükmü, ‘suçta ve cezada kanunilik’ prensibine aykırı olacağından ve keyfilığe yol açtığından, yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılmış, yerine sınırlı sayma yöntemi ve “nefret” kavramı eklenmiştir”. Bkz. Ersan Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1), 29.03.2016, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1866268-nefret-ve-ayirimcilik-1>, (e.t.21.05.2020).

Ayrımcılık yasağını açıklayan bazı görüşler, ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki sınıfa ayırmıştır. Doğrudan ayrımcılık, kişiye ya da gruba cinsiyet, ırk ve özürlülük gibi herhangi bir nedenle diğer kişilere davranıldığından farklı davranılmasını ifade etmektedir. Bu görüşe göre doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlar ve bu nedenle “şekli eşitlik” anlayışının bir ifadesi olarak görülmektedir.<sup>16</sup> Dolaylı ayrımcılık ise; aynı şartlara sahip olanlar arasında birini diğerine oranla daha olumsuz duruma sokmak olarak anlaşılmaktadır. Bu durumda bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan uygulamalar bulunmaktadır.<sup>17</sup>

Bu noktada pozitif ayrımcılık kavramına kısaca değinmekte yarar vardır. Eşitlik ve ayrımcılığa tabi tutulmama ilkesi, her durumda herkese mutlak eşit ve simetrik muamele yapılmasını öngörmemektedir.<sup>18</sup> Bunun bir sonucu olarak, istisnai olarak belli kişilere veya gruplara makul ve objektif kriterlere dayanılarak farklı muamele yapılabilmesi mümkündür. Bu ayrımcılık, somut durumun özelliğine göre değerlendirilmeli, makul ve objektif ölçütlere dayanmalıdır. Sosyal ve ekonomik olarak farklı gelir gruplarından farklı miktar veya oranda vergi alınması bu ayrımın tipik bir örneğini oluşturmakta olup, bu durum ulusal ve uluslararası düzeyde genellikle makul ve objektif olarak kabul edilmektedir.<sup>19</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile benzer durumdaki kişilerin (tüzel kişilerde dahil olmak üzere) farklı muameleye karşı korunduğunu, ancak farklı muamelenin meşru ve haklı gösterilebilir bir nedeni olması koşuluyla ulaşılmaya çalışılan amaç ile vasıtalar arasında orantı bulunması durumunda ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini kabul etmektedir. Benzer şekilde Anayasa'nın 10. maddesindeki

<sup>16</sup> Bu durumda aynı veya benzer konumdaki kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar oluşturan veya böyle bir sonucun ortaya çıkma ihtimalini doğuran farklı muameleler söz konusudur. Karan, s.153.

<sup>17</sup> Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada farklı muamelenin yasaklanması değil ayrımcı etkiler doğuran aynı muamele yasaklanmaktadır. Bkz. Karan, s.154.

<sup>18</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.147.; Gözler, s.180.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Komitesinin bu yöndeki kararları ile pozitif ayrımcılığın meşru kabul edilmesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Karan, s.152 vd.



eşitlik ve ayrımcılık yasağını değerlendiren Anayasa Mahkemesi, iki hususa vurgu yapmaktadır. Mahkeme, ilk olarak aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağına zorunluluk olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak, haklı bir neden varsa değişik hukuksal durumda olanların farklı kurallara bağlı tutulmasının eşitlik ilkesine bir aykırılık oluşturmayacağını, dolayısıyla ayrımcılık sayılmayacağını belirtmektedir.<sup>20</sup>

### 3. Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda açıklanacağı üzere, ülkemiz, ayrımcılık yasağına yer veren pek çok uluslararası metin ve sözleşmeye taraf olmuş ve bu hukuki metinleri onaylayarak iç hukuk kuralı haline getirmiştir. Bu sözleşmelerden en önemlileri; Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesidir.

Türk hukukunda, ayrımcılık yasağına ilişkin bu uluslararası sözleşmelere taraf olarak katılmak yanında, ulusal düzeyde de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1924<sup>21</sup> ve 1961 Anayasası'nda<sup>22</sup> yer alan hükümler dahil olmak üzere uzun bir süreden beri çıkarılan birçok kanunla doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılığın yasaklanmasını sağlamaya çalışılmıştır.

1982 tarihli Anayasa'mızın 'Kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadın-*

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında eşitlik ve ayrımcılık yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006, s.45-61.; Simay Doğmuş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin X - Türkiye Kararı (Başvuru No: 24626/09) Hakkında Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2018, s.351-396.; Gözler, s.180.; Karan, s.153.

<sup>21</sup> 1924 Anayasası'nın 69. maddesi "Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedir. Her türlü kişi, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır" hükmünü içermektedir.

<sup>22</sup> 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî, düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz" hükmü bulunmaktadır.

lar ve erkekler eşit haklara sahiptir.<sup>23</sup> Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.<sup>24</sup> Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” şeklindeki düzenlemesi ile eşitlik ve ayrımcılık yasağını bir arada düzenlemiştir. Bu temel düzenleme yanında, Anayasa’nın çeşitli maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan çeşitli düzenlemeler yer almıştır. Örnek olarak, Anayasa’nın 68. maddesinde siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, 70. maddesinde ise kamu hizmetlerine girme hakkı açısından ayrımcılık yapılması açık bir şekilde yasaklanmıştır. Bu sayılanlar dışında, Anayasa’nın 17, 41, 42, 49, 50, 55, 60. maddeleri de doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılığı yasaklamaktadır.<sup>25</sup>

Yukarıda değinildiği üzere; Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 10. maddesini yorumlarken aynı hukuksal durumda olan kişilerin ayrımcılığa tabi tutulamayacağını, ancak haklı bir neden olmak koşuluyla hukuksal durumları farklı olanlara ayrımcı uygulamanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayabileceğini kabul etmektedir.<sup>26</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşmenin 14. maddesini uygularken eşit durumdakilere eşit muamelenin yapılmasının zorunlu olduğunu, iki durum arasında eşitlik yoksa yapılan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki yanında, kullanılan araç-

<sup>23</sup> 2. fıkrada yer alan kadın ve erkek eşitliğine ilişkin bu hüküm, 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa’ya girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, s.45 vd.

<sup>24</sup> 2. fıkrada yer alan bu hüküm de 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa’ya girmiştir. Bu değişikliğin kadınlara yönelik pozitif (olumlu) ayrımcılığı teşvik ettiği yönünde bkz. Altun, s.27.

<sup>25</sup> Altun, s.27 vd.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 06.10.2012 tarihli ve 2011/70 E., 2012/77 K., 15.06.2012 tarihli ve 2011/138 E., 2012/94 K., 06.07.2000 tarihli ve 2000/21-16 E, K. sayılı kararlarında şu hususlara vurgu yapıldığı görülmektedir: “Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen ‘yasa önünde eşitlik ilkesi’ hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemleri değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz”.

lar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasında orantı olup olmadığına bakılmasını istemekte, eğer ayrımcılık amaçla ilişkili ve orantılı ise uygulamanın 14. madde ile uyumlu olacağına karar vermiştir.<sup>27</sup>

Anayasa'nın bu hükümleri ile birlikte birçok özel kanun hükmü ayrımcılığı doğrudan veya dolaylı bir şekilde yasaklamaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 7. maddesi ile kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılık yasaklanmıştır. Benzer şekilde, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 83. maddesinde ise siyasi partilerin ayrımcılık içeren faaliyetlerde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5/1. maddesine göre; İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.<sup>28</sup>

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 2. maddesi "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz" hükmünü içermektedir. Bu düzenlemelerin yanında, Türk Medeni Kanunu,<sup>29</sup> Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ve benzeri birçok kanun, kendi düzenleme alanlarında ayrımcılık yasağına ilişkin çeşitli hükümler getirmiştir.<sup>30</sup> Bu çalışmanın konusu ceza hukuku ile sınırlı olduğundan ayrımcılığa yönelik bu düzenlemelere kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

<sup>27</sup> İnceoğlu, s.61 vd.; Doğmuş s.351 vd.

<sup>28</sup> İş Kanunu açısından eşit davranma ilkesi, psikolojik taciz (mobing) ve cinsel tacizin önlenmesi yönünde bkz. Altun, s.27 vd.

<sup>29</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 68. maddesindeki "Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz. Her üyenin, derneğin faaliyetlerine ve yönetimine katılma hakkı vardır. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, dernek malvarlığında hak iddia edemez" hükmü ayrımcılık yasağına ilişkin önemli bir örnek teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan diğer düzenlemeler için bkz. Altun, s.36 vd.

<sup>30</sup> Bu kanunlardaki düzenlemeler için bkz. Karan, s.155 vd.

#### 4. Türk Ceza Hukukunda Ayrımcılık Yasağı

Tarihsel gelişimin bir sonucu olarak, modern hukuk sistemlerinde önceleri insan hakları hukukunun konusu olarak kabul edilen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler, zamanla ceza hukuku alanında da kendisini göstermiştir. Sonuç olarak, birçok ülkede, ayrımcılığın ve türlerinin suç olarak düzenlenmesi eğilimi, ayrımcılık kavramının ceza hukukunun da bir parçası ve konusu haline gelmesi ile sonuçlanmıştır.

Yukarıda değinildiği üzere, Türk hukuku açısından ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesi ile birlikte anayasal düzeyde korunmuştur. 1924 Anayasası ile birlikte başlayan ve daha sonraki anayasalar ile temel bir ilke olarak benimsenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, hukukumuzun (mevzuat) çeşitli alanlarında farklı biçimlerde düzenlenerek güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Bilindiği üzere; devletler suç ve ceza politikasını kendi ülkelerinin toplumsal koşul ve sorunlarına göre biçimlendirmektedir. Ayrımcılık yasağının suç olarak düzenlenmesine dair bağlayıcı bir uluslararası hukuki metin veya sözleşme olmamasına karşın, yukarıda değinilen uluslararası metinler taraf devletlere her alanda hukuki düzenleme yapma ödevi yüklemektedir. Ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komisyonu yayınladığı tavsiye kararlarında özellikle ırk ayrımcılığı ile ilgili ceza hukukuna dair düzenlemeler yapılması gerektiğine işaret edilmiştir.<sup>31</sup>

Ayrımcılık yasağının suç olarak düzenlenmesi yönündeki gelişmelere karşın, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan önce, ceza hukukumuzda ayrımcılık suçu ile ilgili bağımsız ve özel bir suç biçimi kabul edilmemiştir. Ayrımcılık yasağının aynı zamanda suç olarak düzenlenmesi yönündeki gelişim süreci ceza mevzuatımızı da etkilemiş, 2005 yılında yürürlüğe giren yeni TCK'da bu yasağa aykırı davranma ile ilgili çeşitli hükümler getirilmiştir.

TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen ayrımcılık suçu ile ilgili açıklamalara geçmeden önce kanunda ayrımcılık yasağı ile dolaylı ilişkisi olan bazı hükümlerin açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

<sup>31</sup> Bu kararlar için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> (e.t.21.05.2020)

Bu hükümlerin başında ceza kanununun uygulanması sırasında ayrımcılığı yasaklayan TCK'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrası gelmektedir. Bu fıkra: "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz" denilmektedir. TCK'nın 3. maddesinin 2. fıkrası gerekçesi de şu şekildedir: "Geçmişte ve günümüzde, insanın ırk, din, düşünce veya cinsiyeti nedeniyle uğradığı haksız muamelelerin önlenmesi, insanlık camiasının temel uğraşlarından biridir. Ceza hukuku araçlarıyla yapılan ayrımcılık ise insana yönelik yapılan en zalimane uygulamalardan biridir. Özellikle totaliter rejimlerdeki ayrımcılığın ortaya çıkardığı felaketler insanlık tarihinde unutulamayacak acı izler bırakmıştır. İşte bu nedenlerdir ki insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda ifade edilen eşitlik ilkesine yer verilerek, ceza kanununun insancıl niteliğe sahip olduğuna da işaret edilmektedir. Ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılmamasının ifade edilmesi, aynı zamanda hukuk devletinin özünü oluşturan insan onurunun korunmasının ceza kanununda da temel değer olarak benimsenmesi anlamına gelmektedir". Görüldüğü üzere madde gerekçesinde, ceza kanunlarının düzenlenmesinde ve uygulanmasında bireyler arasında herhangi bir sebeple ayırım yapılmaması açıkça ifade edilmiştir. Fıkra kullanılan "ve diğer toplumsal konumlar" sözcüğünün daraltıcı olduğu, ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası metinlerde kullanılan "ve benzeri" kavramının tercih edilmemesinin "cinsel yönelim" gibi sebepleri kapsama almadığı iddia edilmiş ise de<sup>32</sup> madde gerekçesindeki açıklık karşısında bu görüşün isabetli olmadığı söylenebilir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili bir başka hüküm, TCK'nın "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" başlıklı 216. maddesidir. Madde metninde "(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep,

<sup>32</sup> Bkz. Altun, s.39.

*cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin benimsemiği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır düzenlemesine” yer verilmiştir. Bu şekilde toplumun değişik kesimlerinde oluşabilecek kin ve düşmanlığın önüne geçilmek istenmiştir. Bu maddeye göre, ırkçı veya başka biçimde ortaya çıkabilecek hakaret içeren veya şiddete yönelik ifade ve hareketler cezalandırmaktadır.*

TCK'nun 153. maddesi ise ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olan ve nefret suçları kapsamında ele alınan ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunu düzenlemiştir. Maddede “(1) İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkrada belirtilen yerleri ve yapıları kirleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Birinci ve ikinci fıkralardaki fiillerin, ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır” düzenlemesi getirilmiştir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili dolaylı hükümlerden bir diğeri TCK'nun 114. ve 115. maddesidir.<sup>33</sup> “Siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi” başlıklı 114. Maddede “(1) Bir kimseye karşı; a) Bir siyasî partiye üye olmaya veya olmamaya, siyasî partinin faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, siyasî partiden veya siyasî parti yönetimindeki görevinden ayrılmaya, b) Seçim yoluyla gelinen bir kamu görevine aday olmamaya veya seçildiği görevden ayrılmaya, Zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir siyasî partinin faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına

<sup>33</sup> Bkz. Sesim Soyer, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.7, Temmuz 2006, s.99-108.; Tankut Centel, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, *Çimento İşveren Dergisi*, Eylül 2005, S.5, C.19, s.1-17.; Fazilet Nurel Argun, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995/1, s.5-23.; Duygun Yarsuvat, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 117. ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.7, 2007, s. 142.

*hükmolunur” düzenlemesine, “İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme” başlıklı 115. maddesinde ise “Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dinî, siyasî, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmüne yer verilmiştir.*

Bu kapsamda son olarak TCK’da cinsel özgürlüğü korumak amacıyla düzenlenen cinsel taciz ve istismar suçlarına da kısaca değinmek uygun olacaktır. Kanun, 102 ila 105 maddelerinde cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü korumak amacıyla düzenleme yapmıştır.<sup>34</sup>

## 5. Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)

Nefret ve ayrımcılık suçu, Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin başlığı “Ayrımcılı” iken, 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle ‘Nefret ve ayrımcılık’ olarak değiştirilmiştir. Madde metni “(1)Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir.

6529 sayılı Kanun’un gerekçesinde “Nefret suçlarında hedef mağdurdan öte mağdurun üyesi olduğu sosyal gruptur. Fail için ise ön yargı, açık veya örtülü şekilde suçun işlenme motivasyonunu oluşturmaktadır. Ayrımcılık temelli olması nedeniyle nefret suçu, fail ve mağdur ile birlikte tüm

<sup>34</sup> Cinsel özgürlüğe karşı suçlar konusunda bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (6545 ve 6763 sayılı Kanun Değişiklikleriyle), 2.B, Ankara, Nisan 2017.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Ceza Özel Hukuku, 18.B, Ankara, 2020, s.394 vd.; Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Ankara 2014.; Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m.105)”, *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006, s.29-44.; Türkan Yalçın Sancar, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, 2008/4-52, s. 12-17.; Nur Centel, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s.59-70.; Altun, s.41 vd.; Efser Erden Tütüncü, Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Ceza Hukukunda Fücür (Ensest), İstanbul, 2018. s.119 vd.

toplumu yakından etkilemektedir. Bu kapsamda Türk Ceza Adalet Sistemine daha uygun olacak şekilde TCK'da, ayrımcılık suçuyla birlikte nefret suçu da düzenlenmektedir" ifadesi ile TCK 122. maddesinin, ayrımcılık yanında nefret suçunu da düzenlendiği vurgulanmıştır.

Görüldüğü üzere; madde metninde, gerekçesinde ve değişiklik gerekçesinde bu suçun tanımı yapılmamıştır. Yargıtay, bir kararında bu suçun tanımında öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçları ile nefret söylemi tanımlarının kullanılmasını gerekliliğine işaret etmiştir.<sup>35</sup>

765 sayılı TCK'da karşılığı bulunmayan bu suçun,<sup>36</sup> 1982 Anayasası'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, ceza hukukumuzda bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla somutlaşan bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

Hukuk tekniği ve kapsamı açısından çeşitli eleştirilere karşın,<sup>38</sup> düzenlemenin ayrımcılık yasağına bakış açısının geçmişe göre oldukça ileri bir yaklaşımı yansıttığı ileri sürülmüştür.<sup>39</sup> Buna karşın, ülkemizin içinde bulunduğu toplumsal koşullar ve toplum barışını sağlama açısından bu düzenlemeye ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler ifade edilmiş ise de<sup>40</sup> mukayeseli hukuktaki örnekler göz önüne alındığında

<sup>35</sup> Bu husus, Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamında "TCK'da yapılan bu düzenleme karşısında, 'nefret suçu, ayrımcılık ve nefret söylemi' kavramlarının bilinmesi zorunlu hale gelmiştir. Ancak, yasa koyucu bu kavramların yasada tanımlanması yoluna gitmemiştir. Bu nedenle öğreti ve uluslararası belgelerde kabul gören nefret ve ayrımcılık suçları ile nefret söylemi tanımlarının benimsenmesi gerekir. Bunların, benzer özellikler içermesine karşı farklı kavramlar olduğu aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacaktır" şeklinde açıklanmıştır.

<sup>36</sup> Hukukumuzda bu suç tipine benzer hükme ilk kez 12.05.2003 tarihinde meclise sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde rastlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Caner Yenidünya, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006, s.97-115.

<sup>37</sup> Yenidünya s.97 vd.

<sup>38</sup> Ersan Şen, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.79, S.2005/2, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005.

<sup>39</sup> Karan, s.160.

<sup>40</sup> Bu görüşe göre "ayrımcılık fiililerini suç saymanın ceza sorumluluğu alanını aşırı genişleteceği, her ne kadar bu tür suçların toplumu birleştirmeye ve birlikte yaşamaya yönlendirdiği düşünülse de buna ilişkin Ceza Hukuku müdahalesinin zorlamadan öte işe yaramayacağı söylenebilir". Bkz. Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1),



içerik ve kapsamına ilişkin eleştiriler saklı kalmak kaydıyla ayrımcılık yasağının suç olarak düzenlenme hususunun isabetli bir yaklaşım olduğu söylenmelidir.<sup>41</sup>

Öğretide, nefret ve ayrımcılık suçuyla korunan hukuki değer, madde metninde yer alan değerlerden çok “eşitlik” ilkesi olduğu ifade edilmiş,<sup>42</sup> bu ilkenin içeriğinin ayrımcılık yasağı ile doldurulduğu ileri sürülmüştür.<sup>43</sup> Benzer bir başka görüşe göre; TCK’nın 122. maddesi ile Anayasa’nın 10. maddesinde hedeflenen amacın sağlanmasına yönelik bir düzenleme yapılarak buna yönelen ihlal hareketleri cezalandırılmıştır.<sup>44</sup> Bunun yanında bu suçla korunan hukuki değer; insanlar arasında hukukun izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin yasaların sağladığı haklardan ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının önlenmesi olduğu da dile getirilmiştir.<sup>45</sup>

Yargıtay bir kararında, bu suç ile korunan hukuki yararın “insanlar arasında ayırım yapılması engellenerek kişilerin hukuken geçerli hak ve özgürlüklerden keyfi olarak yoksun bırakılmasının engellenmesi” olduğunu belirtmiştir.<sup>46</sup>

TCK’nın 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçunun faili veya mağduru herkes olabilir. Her ne kadar Tasarıda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu düzenlenmişse de TCK genel olarak tüzel kişilerin cezalandırılmayacağını (m.20) ve ancak özel hüküm bulunması halinde güvenlik tedbiri uygulanabileceğini (m.60) benimsediği için yasalaşan madde metninde de bu yönde düzenleme bulunmaması karşısında, bu suç nedeniyle tüzel kişilere ceza veya güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Aynı yönde bkz. Yenidünya s.99 vd.

<sup>42</sup> TCK m.122 ile korunan, esasında dil, ırk, cinsiyet ve diğerleri olmayıp, “eşitlik” ilkesidir ve belki sonuçta veya dolaylı olarak hükümde geçen kavramlar da korumaya görmekte, neticede suç ve cezadan korkan insanları yasağa uygun hareket etmeye ve zamanla farklılıkları benimsemeye yönlendirmektedir. Bkz. Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1).

<sup>43</sup> Yenidünya s.102.

<sup>44</sup> Karan, s.164.

<sup>45</sup> Yenidünya s.102.

<sup>46</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamı.

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. Yenidünya s.103.; Karan, s.164.

Benzer şekilde, Tasarı metninde tüzel kişilerin bu suçun mağduru olabileceği ifade edilmiş ise de haklı olarak tüzel kişiler için “mağdur” yerine “suçtan zarar gören” sıfatının daha uygun ve doğru bir tercih olacağı ifade edilmiştir.<sup>48</sup>

### a. Suçun Maddi Unsuru

Nefret ve ayrımcılık suçu, seçimlik hareketli bir suç olup, kanunda yer alan “engelleme”, “işe alınma”, “reddetme” hareketlerinin herhangi biri ile işlenebilir.

Madde metninde yer alan bazı seçimlik hareketler 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanununun 15. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. Son değişiklikle, önceki metnin ‘suçta ve cezada kanunilik’ ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştirileri kısmen ortadan kaldırdığı ileri sürülmüştür. Gerçekten, değişiklikten önce metinde yer alan “ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak” hükmü, öğretide sıklıkla “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine prensibine aykırı olduğu ve keyfiliğe yol açacağı gerekçeleriyle eleştiri konusu yapılmaktaydı.<sup>49</sup> 2014 yılında yapılan bu değişiklikle “ve benzeri nedenlerle” ifadesi madde metninden çıkarılmış, yerine sınırlı sayma yöntemi benimsenerek suçun başlığına ve içeriğine “nefret” kavramı eklenmiştir.

2014 yılı değişikliği ile birlikte maddede yer alan ilk seçimlik hareket, kanunda sayılan sebeplerle “taşınır veya taşınmaz malın satımını, devrini veya kiraya verilmesini engellemektir”. Örneğin hakkı olduğu halde birisini müzayede salonuna almamak suçun oluşumu için yeterlidir. Burada engelleme hareketi, maddede belirtilen saiklerle taşınır veya taşınmaz bir malın satılmasına, devrine veya kiraya verilmesine yönelik olmalıdır.<sup>50</sup> Bu bağlamda özel hukuk alanındaki işlemler açısından sözleşme özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı arasında bir denge kurulması gerekebilir, bu durumda suçun hareketi ile failin kastının somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespiti önem taşıyacaktır.

Bu suça ilişkin bir diğer seçimlik hareket, “bir kişinin kamuya arz edilmiş bir hizmetten yararlanmanın engellenmesidir”. Bir işletmenin faali-

<sup>48</sup> Yenidünya s.105.

<sup>49</sup> Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1).

<sup>50</sup> Yenidünya s.107.

yete geçmesinin ve icrasının engellenmesi veya burada verilen hizmetlerden istifade imkanının kaldırılması ya da önemli ölçüde zorlaştırılması suçun maddi unsuru için yeterli olacaktır. Bu seçimlik hareket açısından da somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak gerekir.<sup>51</sup>

Ayrımcılık suçunun oluşumuna neden olacak üçüncü hareket ise bir “kişinin işe alınmasının engellenmesi” olup, maddede sayılan nedenlerle bir kişiyi ayrımcılığa tabi tutarak işe alınmasının engellenmesi ile suç tamamlanır. Burada cezalandırılan hareket ayrımcılık yaparak keyfi şekilde sadece belirli özelliklere sahip kişilerin işe alınmasıdır. Belirtmek gerekir ki, yapılan işin niteliği de gözetilerek iş sahibinin belirli özelliklere sahip kimseleri tercih etmesi veya etmemesi her zaman mümkündür. Bu kapsamda işveren veya işe alan, 122. maddede belirtilen ve insan onuruyla bağdaşmayan ve keyfi amaçlarla hareket ederek tercihini kullanmadığı sürece bu suçu işlemiş kabul edilmemelidir.<sup>52</sup> Çünkü bu düzenlemenin temeli bireyler arasında kasten keyfi ayrımcılık yapılmasını önlemektir. Madde gerekçesinde yer alan ‘iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir’ gibi bazı ifadelerin suçun icrasına ilişkin tereddütlere yola açtığı ifade edilmiş ise de<sup>53</sup> gerekçenin bağlayıcı olmaması karşısında, bu tür sorunların somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından çözümlenmesi gerektiği ifade edilmelidir.

Kanunda yer alan bir başka seçimlik hareket, “Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek” olarak düzenlenmiştir. Bir kişinin işyerinin kapatılması, şartlarını taşıyan bir kişiye gerekli izinlerin verilmemesi gibi hareketler bu suçun oluşumuna imkân verebilir. Burada olağan ekonomik etkinliği, bir bireyin kendi kararları çerçevesinde uygulayabileceği her türlü ticari muamele olarak değerlendirmek uygun olur.<sup>54</sup>

Daha önce değinildiği üzere, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile değiştirilen önceki metnin (özellikle ‘ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak’ ifadesinin) suç ve cezada kanunilik

<sup>51</sup> Yenidünya s.108.

<sup>52</sup> Yenidünya s.110.

<sup>53</sup> Karan, s.168.

<sup>54</sup> Yenidünya s.111.

ilkesine uygun olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>55</sup> Değişiklikten sonra da kanunda tanımlanan bu hareketlerin, belirsiz ve muğlak olduğu, somut olarak uygulanma kabiliyetinin olmadığı, uygulamada ispat sorunu yaşanacağı dile getirilmektedir.<sup>56</sup> Bir başka eleştiri, madde kapsamının dar ve belli hareketlerle sınırlı tutulmuş olması, bu durumun ayrımcılık yasağı ile mücadele yetersiz kalacağı, bu nedenle suçun kapsamının bazı hareketlerle sınırlanması yerine genel bir düzenleme yapılması ya da ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmasının daha tutarlı olacağı yönündedir.<sup>57</sup>

### b. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun manevi unsuru, kasttır. Fail, maddede yer alan bir veya birden fazla seçimlik hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olmalıdır. Bu suç, kanunda özel bir düzenleme olmadığından taksirle işlenemez.

Kast, öğretide özel ve genel kast olarak ele alınmakta ve suçun ancak belli bir saik ve amaçla işlenmesinin öngörüldüğü durumlarda özel kast söz konusu olmaktadır. Kanun koyucu 122. maddede, failin belirli bir saikle (amaçla), yani ayrımcılık ve nefretle hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Bu saik (veya amaç) 'dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret' olarak belirlenmiştir.

Bu düzenleme tarzının bir sonucu olarak öğretide bu suçun özel kastla, başka bir deyişle "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret..." sebebiyle gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.<sup>58</sup> Maddenin gerekçesi de bu yöndeki yorumları desteklemektedir.

<sup>55</sup> Karan, s.168.

<sup>56</sup> Bu görüşe göre; TCK m.122'de sayılan engellemelere konu faaliyetlerin tümü maddi, yani iktisadi maksatlı olup, ayrımcılık sebepleri yetersiz ve suçun neticeleri eksiktir. Bkz. Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1).

<sup>57</sup> Karan, s.168.

<sup>58</sup> Yenedünya s.111.; Karan, s.168.; "Nefret ve ayrımcılık suçunun manevi unsuru genel kast olmayıp özel kastı gerekli kılmaktadır. TCK m.122'de tanımlanan suçun oluşabilmesi için, failde hükümdede sayılan en az bir nedene bağlı nefretin varlığı tespit edilmelidir. Nefret yoksa, nefret ve ayrımcılık suçu da oluşmayacaktır". Bkz. Şen, Nefret ve Ayrımcılık (2).

Manevi unsur açısından, suçun kanunda sayılan saiklerle işlenip işlenmediğinin ispatı oldukça zordur. Hâkim, önüne gelen somut olayın özelliklerini değerlendirilmeli ve faildeki düşüncelerin dış dünyaya yansıyor yansımadığına bakarak suçun manevi unsurun oluşup oluşmadığını takdir ve tayin etmelidir.<sup>59</sup>

Burada manevi unsur açısından dikkat edilmesi gereken bir başka husus, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değişmeden önceki metinde 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştirilere maruz kalan "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin ortadan kaldırılmış olması, madde başlığına ve içeriğine de 'nefret' ifadesinin eklenmiş olmasıdır. Yargıtay bir kararında, 6529 sayılı Kanun ile değişiklik sonrası bu suçun ancak özel kastla, yani nefret saiki ile işlenebileceğine karar vermiştir.<sup>60</sup>

### c. Teşebbüs, İctima ve İştirak

Her suç belirli bir süreç izlenerek gerçekleşmekte olup, failin suçun icrasına başlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olmaktadır. Ayrımcılık suçu, seçimlik hareketli bir suç olup, TCK'nın 122. maddesinde yazılı hareketlerin icrasıyla tamamlanır. Bu sebeple, icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması, ya da tamamlanıp sonucun meydana gelmemesi durumlarında suç teşebbüs aşamasında kamış olur. Öğretide, bu suçun sırf hareket suçu olduğu, dolayısıyla hareketler kısımlarına bölünebiliyorsa, teşebbüsün gerçekleşebileceği dile getirilmiştir.<sup>61</sup> Yargıtay da bir kararında, bu suçun sırf hareket suçu olduğuna değinmiştir.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Bkz. Yenidünya s.112.; Karan, s.168.

<sup>60</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamında "Bu suç sadece kasıtlı işlenebilen bir suçtur. Ancak genel kast yeterli değildir. Ayrıca failin maddede belirtilen seçimlik ve bağlı hareketlerden en az birini nefret saiki ile işlemesi gerekir. 6521 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir" denilmektedir.

<sup>61</sup> Yenidünya s.112.

<sup>62</sup> "Failin 122. maddesinde sayılan 'engelleme, işe alınmaması veya alınması ile reddetme' hareketleridir. Bu suç, seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. Hareketlerin gerçekleşmesi ile suç tamamlandığından bu yönüyle sırf hareket suçudur". Bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamı.

İçtima açısından, fail birden fazla kişiye birden fazla farklı fiille ayrımcılık yaptığı durumda mağdur sayısınınca suç gerçekleşecektir. Yine aynı suç işleme kastıyla tek bir fiille aynı anda birden fazla kimseye ayrımcılık yapıldığı zamanda zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 43. maddenin 2. fıkrası uygulanır ve tek ceza verilerek cezanın artırılması yoluna gidilecektir. Bu suçun işlenmesi sırasında ayrımcılık teşkil eden hareketler mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar doğurmuşsa, bunların nitelik ve sonuçlarına da bakılması gerekir. Örneğin ayrımcılık teşkil eden fiilin icrasından ötürü mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş ise failin ayrıca yaralama (TCK m.86) suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Benzer şekilde ayrımcılık hakaret, cebir, tehdit ile birlikte gerçekleşirse, fail ayrıca suçlardan da sorumlu tutulacaktır.<sup>63</sup>

Ayrımcılık suçu, iştirak açısından diğer suçlara göre bir farklılık taşımamaktadır. Herkes bu suçun faili olabileceği gibi, herkes tarafından farklı türde iştirak edilmesi mümkündür.

## 6. Cinsel Yönelim ve Ayrımcılık Yasağı

İnsanların üç çeşit cinsel yönelimi (eğilimi) olduğu dile getirilmektedir. Bunlar, karşı cinsten hoşlanma (heterosexuality), aynı cinsten hoşlanma (homosexuality), hem aynı hem de karşı cinsten aynı anda hoşlanma (bisexuality) durumudur. Bu kapsamda eşcinsellik (homosexuality), kendisiyle aynı cinsten kişilere karşı cinsel hoşlanma ve birliktelik duygusu taşıyan kişi olarak tanımlanmaktadır.<sup>64</sup> Eşcinsel yönelimli bireylerde erkekler gey(gay), kadınlar lezbiyen(lesbian) olarak isimlendirilmektedir. Bu kimliklerin tamamını kapsayan bir kavram olan LGBT<sup>65</sup> ise lezbiyen, gey, biseksüel ve travesti ve transseksüel

<sup>63</sup> Yenidünya s.113.

<sup>64</sup> Bkz. Tüzüner Özlem, "Yargıtay Hukuk Dairelerini Eşcinsellik Hakkında Tutumu", *Güncel Hukuk Dergisi*, 2014/3-123, s.56-59.

<sup>65</sup> "Bugün dünya üzerinde birçok örgüt, hareketi LGBT (lezbiyen, gey, biseksüel, transgender) olarak kullanmaktadırlar. Özellikle 2000'li yıllardan sonra harekete, interseks ve queer kategorilerinin eklenmesiyle bazı kaynaklarda hareket, LGBTİ, LGBTQ veya LGBTİQ şeklinde geçmektedir. Her ne kadar 'trans' kavramı travestileri, transseksüelleri, interseksleri, hermafroditleri ve hadımları da kapsayan genel bir terim olsa da interseksler bazı kaynaklarda beşinci bir kategori olarak yer almaktadır. Yine farklı nedenlerle transgender bireylerin kendi örgütlenmelerini kurması nedeniyle LGB hareket ve Trans hareket ayrılmıştır. Halen birçok ülkede trans bireyler, LGB bireylerden ayrı örgütsel yapılar içerisinde mücadele etmektedirler". Çağlar Özbek, "Ayrımcılıkla Mücadelenin Kamusalılığı: LGBT, Hareket

(trans) olarak adlandırılan kişi ve grupları içine almaktadır. Heteroseksüel olmayan bu kişilere yönelik ayrımcılığın kaynağında heteroseksüelliğin<sup>66</sup> normal ve tek cinsel yönelim olarak görülmesinin (heteronormativite) yattığı, bu ayrımcılığın da homofobi<sup>67</sup>(homophobia) olarak ortaya çıktığı ifade edilmiştir.<sup>68</sup> Homofobi ise önyargı, belli bir gruba ilişkin yanlış ve eksik bilgileniştikten kaynaklanan bazı genellemelere, değişmeye açık olmayan olumsuz veya düşmanca bir tutum olarak tanımlanmaktadır.<sup>69</sup>

Cinsel yönelim (sexual orientation) bir insanın kendisi ile aynı ya da karşı cinsiyetten kişilere yönelik, devamlı biçimde duygusal ve cinsel yakınlık duyması olarak tanımlanabilir.<sup>70</sup> Bu noktada toplumsal cinsiyet (gender/gender identity), yaşanan zaman ve coğrafyaya, kültüre göre değişen, farklı cinsiyetlere sahip insanlardan beklenen sosyal rol, davranış ve fiziksel görünüşün bütününe ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir görüşe göre toplumsal cinsiyet, doğuştan gelen biyolojik özellikler yanında kişinin içinde yaşadığı toplumda, aileden başlayarak, modeller gözlemek suretiyle edinilmekte, dolayısıyla erkeklik (masculinity) ya da kadınlık (femininity) şeklinde gelişmektedir.<sup>71</sup> Bu görüşe göre, toplumsal cinsiyet, yani kadınlık ya da erkeklik durumu kültürel bir biçimlenmeyi ifade etmektedir. İnsan, biyolojik olarak, anatomik özellikler üzerinden üreme organları ve bu organların işlevleri itibariyle kadın ve erkek olarak iki cinse ayrılmaktadır, ancak insanları birbirinden ayıran yalnızca üreme organlarının anatomik yapısı ve biyolojik cinsiyet farklılığı değildir. Beden şekli, burun uzunluğu gibi pek çok anatomik farklılık yanında biyolojik ve

ve Örgütlülük”, *Toplum ve Demokrasi Dergisi*, 11 (24), Temmuz-Aralık, 2017, s.143.

<sup>66</sup> Heteroseksizm, doğal, normal, üstün ve kabul edilebilir olan cinsel yönelimin heteroseksüellik olduğunu öne süren; heteroseksüel olmayan her türlü davranışı reddeden düşünce sistemi olarak tanımlanmaktadır. Özbek, s.142.

<sup>67</sup> Homofobi, heteroseksüel olmayan kişilerden korkma, hoşlanmama ve nefret etmeyle ortaya çıkan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. Özbek s.142.

<sup>68</sup> Özbek s.141-142.

<sup>69</sup> Homofobinin, kişisel bir korku ve rasyonel olmayan bir inanç olmaktan çok, artık kültür, kurumlar ve sosyal geleneklerle ilişkili olarak ele alınması gerektiği ve politik alanda oluşan bir süreç olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Nergiz Karadağ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.9.

<sup>70</sup> Karadağ, s.4.

<sup>71</sup> Karadağ, s.4.

kültürel farklılık dikkate alınarak toplumsal cinsiyet belirlenmelidir.<sup>72</sup> Bu görüş özetle, insanın cinsel dürtülerinin veya erotik nesne seçiminin, birçok biyolojik ve kültürel faktörün sonucu olduğunu, bunların hepsinin her insanda aynı ve uyumlu olmayacak şekilde tezahür edebileceğini ifade etmektedir.

Cinsel davranışlar ve yönelim nedeniyle karşılaşılan sorunların tanımı ve kapsamı, hukuk biliminin dışında biyoloji, tıp, antropoloji ve psikoloji gibi birçok bilim dalını ilgilendirmekte olup, oldukça tartışmalı bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın konusu bu sorun ve tartışmaları ayrıntılı olarak irdelemeyi aşmaktadır. Daha önce kısaca değinildiği üzere, cinsel yönelim konusunda en çok kullanılmakta olan kişi veya grupların, “lezbiyen, gey, biseksüel ile transseksüel”, kısaca “LGBT”, olduğu görülmektedir.<sup>73</sup> Belirtmek gerekir ki, bu kişi ve grupların tanımı ve kapsamının belirlenmesi oldukça zordur. Bunun önemli bir sebebi, tarihsel olarak pek çok toplum ve kültürde, heteroseksüel norma uymayan kişilerin farklı olarak görülmesidir.<sup>74</sup>

Hukuken cinsel yönelimi farklı olanlarının “cinsel azınlık” kavramı ile açıklamanın mümkün olduğu ileri sürülmüş ise de bu kavramın da tanımı ve kapsamının belirlenmesi kolay görünmemektedir. Bir görüş, cinsel azınlık kavramını, hayat tarzları ve mahrem ilişkileri nedeniyle heteroseksüel modelin baskısına uğrayıp ayrımcılığa maruz kalan kişi ya da gruplar olarak tanımlamıştır.<sup>75</sup>

Öte yandan, cinsel yönelimin insanın onurunun ve kişiliğinin kökleşmiş bir parçası olduğunu, bu nedenle ayrımcılığa uğrayanların taleplerin yeni bir “haklar kuşağı” oluşturduğu görüşü dile getirilmiştir.<sup>76</sup> Bu görüşe göre cinsel yönelim ile ilgili haklarda, diğer birinci kuşak haklarda olduğu gibi, devletin yükümlülüğü negatiftir. Devlet, yetişkin bir bireyin duygusal ve cinsel isteklerini seçtiği kişiye yöneltmesine, onunla paylaşmasına izin vermek zorundadır. Bir diğer görüş,

<sup>72</sup> Karadağ, s.4.

<sup>73</sup> Bunun dışında, genel olarak gey, lezbiyen, biseksüel, transseksüel ile heteroseksüel olmayan tüm yönelim ve cinsel kimlikleri kapsayan “queer” kelimesi de kullanılmaktadır. Bu sözcüğün Amerika’da eşcinselleri aşağılamak için kullanıldığı ve zaman içinde değiştiği yönünde bkz. Karadağ, s.5.

<sup>74</sup> Karadağ, s.9.

<sup>75</sup> Cinsel yönelimlerin azınlık kabul edilemeyeceği ve azınlık kavramının doğru bir ifade olmadığı yönünde görüşler için bkz. Karadağ, s.16.

<sup>76</sup> Karadağ, s.17.



var olan insan hakları normlarının cinsel yönelimi kapsayacak şekilde yorumlanmasının daha uygun olacağını dile getirmiştir. Kişi özgürlüğü, eşitlik, özel hayatın gizliliği, vicdan, örgütlenme ve ifade özgürlüğü gibi temel haklar etkili biçimde uygulanırsa, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın önüne geçilebilir.<sup>77</sup>

Cinsel yönelim ayrımcılığın önlenmesi konusunda bireylerin AİHS kapsamında yaptığı başvuruların esas itibariyle üç temel hakka ilişkin olduğu görülmektedir. Bunlar özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde), evlenme hakkı (12. madde) ve ayrımcılık yasağıdır (14. Madde).<sup>78</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre AİHS'in 8. maddesinin asıl amacı, bireyi devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak gibi negatif sorumluluğa ek olarak, özel yaşama saygıya yönelik pozitif yükümlülükleri hayata geçirmektir. Bu kapsamda; özel hayat kavramı, sosyal, toplumsal, çevresel, kültürel değerlerin etkisi altında sürekli değişiklik göstermektedir. Toplumsal koşulların değişmesiyle birlikte özel hayat kavramının kapsamının da genişlediği görülmektedir. Somut bir tanım veya sınırlandırma yapılamamakla birlikte, kural olarak, kişinin şahsi bilgileri, fotoğrafları, konutu, iletişimleri, sağlık kayıtları, ilgileri ve yönelimleri, bireysel seçimleri ve yaşam tarzı, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısı, başkaları ile ilişkisi, ticari ve mesleki faaliyetleri, cinsel tercih ve cinsel yaşamı, nesnel ve duygusal nitelikleri, özel yaşamının çerçevesini oluşturmaktadır. Özel hayat alanı, herkese açık olmayan, sadece bireyle yakından ilgili olan sınırlı sayıda kişiyle paylaşılan, hatta bazen hiç kimseyle paylaşılmayan yaşam olaylarının gerçekleştiği bir alandır. Yani, özel hayat kavramı, mahremiyet hakkından daha geniş ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alanı içermektedir. Bu nedenle, bir bireyin cinsel ilişkiler dahil her tür ilişki oluşturabilmesi, cinsel kimliğini ve tercihini belirlemesi ve benimsemesi, Sözleşmesinin koruma kapsamına girmektedir.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Karadağ, s.18.

<sup>78</sup> Karadağ, s.19 vd.

<sup>79</sup> Bkz. T.Ç. ve H.Ç.- Türkiye Davası, Başvuru No: 34805/06, Karar Tarihi: 26.07.2011; Aksu-Türkiye Davası, Başvuru No:4149/04 ve 41029/04- Karar Tarihi: 27.07.2010; Ebcin-Türkiye Davası, Başvuru No: 19506/05- Karar Tarihi: 01.02.2011; Tavlı-Türkiye Davası, Başvuru No: 11449/02- Karar Tarihi:09.11.2006, Özpınar-Türkiye Da-

Cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye uğrayanların yaptıkları başvuruların önemli bir kısmı AİHS'in 14. maddesine dayanmaktadır.<sup>80</sup> Sözleşmesi'nin 14. maddesi; *"Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır"* şeklindedir. Belirtmek gerekir ki; ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız bir hak olmayıp AİHS ve Ek Protokollerle tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu kapsamda Ek 12 No'lu Protokolün ayrımcılık yasağının kapsamını genişlettiği görülmektedir. 12 No'lu Protokol'ün 1. maddesine göre; *"hukuk tarafından tanınan haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanır"*. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki hükümdede hangi gerekçelere dayanarak ayrımcılık yapılamayacağı sıralanırken 'diğer herhangi bir nedenle' ifadesi ile sınırlayıcı bir düzenlenmeden özellikle kaçınılarak etkili bir koruma sistemi oluşturulmuş olmasıdır.

Cinsel yönelim nedeniyle gündeme gelen bir başka hak, AİHS'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkıdır. AİHM, cinsel yönelim ve özellikle cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılmasına ilişkin başvuruların bir kısmında, bu maddenin ihlal edildiği yönünde kararlar vermiş, ancak benzer nitelikteki başvuruların bir kısmında ise ihlal olmadığını kabul etmiştir. Örneğin, Mahkeme, bir kararında transseksüelin hukuki olarak evlenememesinin 12. maddenin ihlal ettiğine karar vermiş, buna karşılık kadıncı ameliyatla erkek olan kişiye erkek kimliği verilmemesini ve bir kadınla evlenme hakkı tanınmamasını ihlal olarak değerlendirmemiştir.<sup>81</sup>

vası, Başvuru No:20999/04- Karar Tarihi: 19.10.2010.

<sup>80</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve AİHM kararları için bkz. Sevi Bakım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016, s.3191-3218.

<sup>81</sup> Bu yönde verilen AİHM kararları ve eleştirisi için bkz. Bakım s.3212 vd.

## 7. Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Cinsel Yönelimi Koruma Fonksiyonu

### a. Genel Olarak

Cinsel yönelime yönelik ayrımcılığın önlenmesi konusunda ulusal düzeyde hangi hukuki mekanizmaların kullanılacağı, bu ayrımcılığın suç ve ceza siyasetinin bir konusu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, dünyada birçok ülkenin, farklı bir cinsel yönelimi (tercihi) olan bireylere başta evlilik olmak üzere bazı haklar tanıdığı ve bu yöndeki talepleri karşılamaya çalıştığı görülmektedir. Örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Yunanistan, Danimarka, Hırvatistan, İrlanda, İsveç, Norveç, Finlandiya, İzlanda, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Belçika, Hollanda, Kanada, Arjantin, Fransa, Lüksemburg, Yeni Zelanda, İspanya gibi pek çok ülkede, eşcinsel birlikteliklere hukuken yasal statü tanınmıştır.<sup>82</sup> Sayılan bu ülkelerde eşcinseller kayıtlı birliktelik (registered partnership) adı altında yaşayabilmekte, Belçika, Hollanda, İspanya, Norveç, Güney Afrika ve İsveç'te, Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde ise eşcinsel evlilik (same sex marriage) yasal bir evlilik gibi kabul görmektedir.<sup>83</sup> Buna karşılık Nijerya, Pakistan, Sudan, Somali, Suudi Arabistan, İran, Hindistan, Kenya, Libya, Cezayir, Tanzanya, Malezya gibi birçok ülkede ise bu tür birliktelikler hukuk dışı kabul edilmektedir.<sup>84</sup>

Daha önce değinildiği üzere ülkemizde, mevzuatımızda cinsel yönelimleri farklı olanlar ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunma-

<sup>82</sup> Tüzüner, s.59.

<sup>83</sup> Tüzüner, s.59.

<sup>84</sup> Bu ülkelerde yasağın temelini tarihsel, ideolojik, dini ve kültürel temellere dayandığı söylenebilir. İslam dini açısından eşcinsel ilişki, kötülüğü, çirkinliği, değersizliği ifade eden "seyyiet", "fahişe" ve "habâis" olarak tanımlanmış, nefis ve beden düşkünlüğü olarak yorumlanmış, neslin devamına engel olduğu gibi gerekçelerle yasaklanmıştır. Bu yasak ve hukuki değerlendirmesi konusunda bkz. Nurten Zeliha Şahin, "İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu", *Ekev Akademi Dergisi*, Y.19, S.62, 2015, s.507 vd.; Köse Üzeyir, "Eşcinsellik ve İslâm Ceza Hukukundaki Durumu", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y.5, S.52, Eylül 2017, s.383-404.; Museviliğin kutsal kitabı Tevrat'ta "Kadınla olduğu gibi erkeklerle yatma, bu tiksindiricidir" ifadesi ile eşcinselliğin yasaklandığı görülmektedir. Benzer şekilde eşcinselliğin Hristiyanlık açısından da günah olarak görüldüğü yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Benan Dondurucu, "Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter'da İncelenmesi", *Erciyes İletişim Dergisi*, C.5, S.4, Temmuz 2018, s.513-534.

maktadır. Bu nedenle, daha önce açıklanan Anayasa ve özel kanunlarda güvence altına alınan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerden yola çıkılarak tanınan hakların ve sağlanan güvencelerin bu kişileri kapsayacak şekilde uygulanmadığı yönünde çeşitli eleştiriler sıkça dile getirilmektedir.<sup>85</sup> Öte yandan, kamuoyunda cinsel yönelimleri nedeniyle bazı kişi veya grupların zaman zaman bu tercihlerini açığa vurmaktan korktukları, bazı hak ihlallerine maruz kaldıkları, günlük hayatta aşağılanarak hakarete uğradıkları yönünde çeşitli şikayetler gündeme gelmektedir. Bu yöndeki eleştiri ve şikayetlerin bir kısmı, ceza hukuku alanını ilgilendirmekte olup, bu ayrımcılığa neden olan davranışların suç olarak düzenlenmesi yönündeki talepleri beraberinde getirmektedir.

Ülkemizde cinsel yönelimlerin ayrımcılık suçu kapsamında ele alınıp alınmayacağı hususu, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun hazırlık aşamalarında gündeme gelmiştir. Bu bağlamda "cinsel yönelim" Kanun Tasarısının ayrımcılığı düzenleyen 124. maddesi kapsamına dahil edilmiş, ancak bu ifade TBMM Adalet Komisyonu tarafından Tasarıdan çıkarılmıştır. 2009 yılında hazırlanan ve TCK'nun 122. maddesini değiştirmeyi amaçlayan Tasarının 3. maddesinde yer alan 'cinsel kimlik' ibaresi de sonradan kaldırılmıştır. Devam eden süreçte, TCK'nun 122. maddesi 2014 yılında hazırlanan ve kanunlaşan 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile yeniden düzenlenmiş ancak 'cinsel yönelim' nedeniyle ayrımcılığına yer verilmemiştir.<sup>86</sup> 6529 sayılı Kanun ile TCK'nun 122. maddesinde yer alan 've benzeri sebeplerle ayırım yapılarak' ifadesinin kaldırılması ile birlikte cinsel yönelimi farklı olanlara karşı madde metninde sayılan davranışlar suç olarak görülmesi imkânı kalmamıştır.

### b. Karşılaştırmalı Hukuk Verileri

Dünyada, cinsel yönelim veya diğer nedenlerle gerçekleşen bazı filleri ayrımcılık veya nefret suçu olarak düzenleyen kanunların başlıca iki sistemi benimsediği görülmektedir. Bir kısım ülkeler bu suçları

<sup>85</sup> Özbek s.156 vd.

<sup>86</sup> Özbek s.145.; "Kanun koyucu, 122. maddede gösterilen ve ayrımcılık yasağı kapsamına alan sebeplerin tümünü objektif olarak dikkate almış, bu sebepler arasında ayırımı gitmemiş veya sadece bazılarında dolayı kişi hürriyetini koruma yolunu seçmemiştir". Bkz. Şen Ersan, Nefret ve Ayrımcılık (2).

bağımsız bir suç olarak düzenlerken diğer bazı ülkeler ise cezayı artırıcı bir neden olarak öngörmektedir. Bağımsız bir suç tipi olarak düzenleme sisteminde, nefret ve ayrımcılık nedenleri ile gerçekleştirilen bazı fiiller yeni bir suç olarak tanımlanmakta ve farklı oranda cezalar öngörülmektedir. Ceza artırımı şeklinde düzenlenen sistemde ise yeni bir suç türü yerine var olan suçların ayrımcılık veya nefret nedeniyle işlenmesi durumunda verilecek cezaların artırımına gidilmektedir. Bu yöndeki düzenlemelere genel olarak bakıldığında, en çok tercih edilen yöntemin ceza artırımı olduğu görülmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından, cinsel yönelim nedeniyle işlenen fiilleri nefret suçu olarak kabul eden Amerika Birleşik Devletleri uygulamasına kısaca değinmekte yarar vardır. Zira, cinsel yönelim nedeniyle işlenen nefret suçları ile ilgili ABD’nde başlayan birçok düzenleme ve uygulama birçok ülke tarafından çeşitli şekillerde kabul edilmeye başlamıştır. 1978 yılında ABD’nin Kaliforniya eyaleti tarafından kabul edilen yasal bir düzenleme sonrası, federal düzeyde yapılan çalışmalar 1990 yılında Nefret Suçları İstatistik Kanunu’nun (Hate Crime Statistics Act) yürürlüğe girmesi ile sonuçlanmıştır. Bu Kanunla nefret suçlarını tespit ve raporlama görevi FBI’a devredilmiş, bu kapsamda Ulusal Nefret Suçları Veri Toplama Programı (National Hate Crime Data Collection Program) oluşturulmuştur.<sup>87</sup> Bu şekilde 1990 yılından itibaren FBI bünyesinde ayrımcılık ve nefret suçlarına ilişkin raporlama yapılmaya başlanmıştır. Bu raporlardan 2018 yılı verilere göre, yıl boyunca gerçekleşen 7120 nefret suçundan 1196 adeti cinsel yönelim nedeniyle işlendiği görülmüştür.<sup>88</sup>

Yukarıda değinilen Amerika Birleşik Devletleri yanında, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, Belçika, Fransa, İspanya ve İngiltere cinsel yönelim nedeniyle nefret suçlarına yönelik yasal düzenlemeler yapan ülkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Avustralya, 1991 yılında kabul edilen Ayrımcılık Kanunu sonrasında, 2016 yılında Ceza Kanunu (Criminal Code) 750. maddesi ile cinsel yönelim nedeniyle işlenen fiilleri bağımsız bir suç olarak düzenlemiştir.<sup>89</sup> Benzer şekilde Kanada

<sup>87</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/hate-crime> (e.t.21.05.2020)

<sup>88</sup> Bkz. <https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2018/topic-pages/tables/table-1.xls> (e.t.21.05.2020)

<sup>89</sup> <http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf> (e.t.21.05.2020)

Ceza Kanunu'nun (Canadian Criminal Code) 718. maddesi ile diğer nefret suçları gibi cinsel yönelim nedeniyle işlenen suçlarda da cezanın ağırlaştırılması sistemi benimsenmiştir. Yeni Zelanda 2002 tarihli Ceza Kanunu'nun (Sentencing Act 2002) 9. maddesi ile cinsel yönelimi ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlemiştir.<sup>90</sup> İngiltere'de de cinsel yönelim nedeniyle işlenen nefret suçlarında ceza artırımı sisteminin benimsendiğini görülmektedir.<sup>91</sup>

### c. Tespit ve Öneriler

Günümüz modern hukuk sistemleri, uluslararası düzeyde imzalanan hukuki metinler kapsamında ayrımcılık yasağını temel bir hak olarak görmekte ve ulusal düzeyde çeşitli düzenlemeleri kabul ederek ayrımcılığı ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Bu kapsamda, yukarıda bazı örnekleri sayılan birçok ülkede cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulan bireylerin, bu aidiyet veya durumları nedeniyle maruz kaldığı bazı davranışlar ceza hukuku alanında diğer ayrımcılık nedenleri ile birlikte yeni bir suç olarak düzenlenmekte veya mevcut suçlarda cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmektedir. Ülkemizde ise cinsel yönelimin ayrımcılık suçu kapsamında düzenlenmesine yönelik talepler, TCK'nın hazırlık aşamasında, kanunlaşma sürecinde ve değişiklik tasarılarında gündeme gelmiş, ancak bugüne kadar kanunlaşmamıştır.

Ceza hukukumuzda ayrımcılık suçu, ilk olarak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda ayrımcılık nedeni olan 'cinsel yönelim' ifadesi, Kanun Taslağı'nın ayrımcılık suçunu düzenleyen 124. maddesi kapsamına dahil edilmiş, ancak TBMM Adalet Komisyonu tarafından Tasarı'dan çıkarılmıştır. Bu tartışmaların devam ettiği süreçte, 2009 yılının sonlarında Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanun Tasarısı Taslağı hazırlanmıştır. Taslağın 3. maddesinde "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, cinsel kimlik, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, ... ve benzeri temellere dayalı ayrımcılık yasaktır" düzenlemesine yer verilmiş, benzer şekilde Taslakta yer alan "cinsel kimlik" ibaresi sonradan kaldırılmıştır.

<sup>90</sup> <http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf> (e.t.21.05.2020)

<sup>91</sup> Mehmet Zülfü Öner, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.116, 2016, s.86 vd.

Son olarak 2014 yılında, TCK'nın 122. maddesi yeniden düzenleyen 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile ayrımcılık suçunun başlığına ve içeriğine "nefret" ibaresi eklenmiş, ancak bu aşamada da "cinsel yönelim" nedeniyle ayrımcılık suç kapsamına alınmamıştır.<sup>92</sup> Ayrıca TCK'nın 122. maddesinde yer alan "ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak" ifadesi, 6529 sayılı Kanun ile madde metninden çıkarılmıştır. Bu son değişiklikle birlikte, hukukumuzda cinsel yönelim nedeniyle gerçekleşen ayrımcı fiillerin suç olarak görülmesi imkânı kalmamıştır. Yargıtay da bir kararında, 6529 sayılı Kanun ile değişiklik sonrası TCK'nın 122. maddesinde sayılan koruma gurubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketlerin suç olarak düzenlendiğini, bunun dışındaki davranışların suç kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir.<sup>93</sup>

Öğretide, 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile TCK'nın 122. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre yapılan değişiklik ayrımcılık yasağını etkisiz hale getirmiş, daha önce ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak imzalanan ve onaylanan uluslararası sözleşme hükümlerini hiçe saymıştır.<sup>94</sup>

Cinsel yönelimlerin suç ve ceza siyasetine dahil edilip edilmeyeceği tartışmalarına ilişkin olarak, TCK'nın 122. maddesinin "ayrımcılık"

<sup>92</sup> Özbek s.145.; "Kanun koyucu, 122. maddede gösterilen ve ayrımcılık yasağı kapsamına alan sebeplerin tümünü objektif olarak dikkate almış, bu sebepler arasında ayırıma gitmemiş veya sadece bazılarında dolayı kişi hürriyetini koruma yolunu seçmemiştir". Bkz. Şen Ersan, Nefret ve Ayrımcılık (2).

<sup>93</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 30.03.2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı ilamında "TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma gurubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır" denilmektedir.

<sup>94</sup> Bu görüş, Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını, dolayısıyla değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğunu dile getirmektedir. Bkz. Osman Sezer, "5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmemiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/ 3, s.533 vd.

olan başlığının 2014 yılında yapılan değişiklikle “nefret ve ayrımcılık” olarak düzenlenmesine kısaca değinmek gerekmektedir. Yukarıda kısaca değinildiği üzere, birçok ülkede nefret suçlarına ilişkin çağdaş yasalara faaliyetlerinin tarihsel olarak ırk, etnik köken, din ve inanç ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı, daha sonra cinsel yönelim, engellilik, yaş, cinsiyet gibi nedenlerle işlenen suçların kapsama alındığı görülmektedir.<sup>95</sup> Bu ülkelerin birçoğunda, özellikle 1960 ve 1970’li yıllardan itibaren siyah ırk mensuplarına, kadınlara ve cinsel yönelimleri farklı olanlara (karşı önyargı, düşmanlık ve nefret nedeniyle işlenen suçlardaki artış ile birlikte ‘nefret suçu’ kavramı büyük gelişme göstermiştir. Bu bağlamda nefret suçları, mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanan olumsuz bir düşünce, önyargı, düşmanlık veya özetle “nefret” saik ve kastı işlenmesi yönüyle diğer suçlardan farklı olarak değerlendirilmiştir. Bu modern gelişime karşın, Türk kanun koyucusunun, 2014 yılında yapılan değişiklikle TCK’nın 122. maddesinin başlığını “nefret ve ayrımcılık” değiştirmesine karşın “cinsel yönelim” kavramını kapsama almadığı görülmektedir.

Daha önce değinildiği üzere, bir kısım görüşler, cinsel yönelim dahil olmak üzere, TCK’nın 122. madde metninin “her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında ayrımcılık yapılması” şeklinde bir düzenleme yapılmasının ayrımcılık suçundan beklenenin daha kolay hayata geçirilmesini sağlayacağını dile getirmektedir.<sup>96</sup>

Bir başka görüş, madde metninden çıkarılan “ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak” gibi ifadelerin suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığı olduğu, yoruma açık ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebileceği, bu nedenle ayrımcılık yasağının ceza hukukunun konusu olmaktan tamamen çıkarılması yönündedir. Bu görüş, mukayeseli hukukta ayrımcılık yasağının büyük oranda ceza hukuku dışındaki düzenlemelerle sağlandığını, dolayısıyla suç olmaktan çıkarmanın bu düzenlemelerin uygulanabilirliğini ve etkinliğini de artıracak ileri sürmektedir.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Öner, s.86 vd.

<sup>96</sup> Bkz. Karan, s.171.

<sup>97</sup> “Bu tür geniş ayrımcılığı suç sayan ceza yasalarına ihtiyaç var mı veya yasağı genişletmek doğru mu? Şu an için bizde bu genişlikte ayrımcılığa ilişkin ceza yasalarına gerek olmadığı, hukuki yarar olarak ‘eşitlik’ ilkesinin diğer hukuk dallarında yeterli koruma gördüğü ve ‘nefret’ gibi sert bir kavramı dikkate almadan da ayrımcılık fiililerini suç saymanın ceza sorumluluğu alanını aşırı genişleteceği, her ne kadar bu tür suçların toplumu birleştirmeye ve birlikte yaşamaya yönlendirdiği düşünülse de buna ilişkin Ceza Hukuku müdahalesinin zorlamadan öte



Öte yandan, bazı ülkelerde olduğu gibi, nefret ve ayrımcılık suçunun; işkence, kötü muamele, hakaret, şiddet ve yaralama gibi bütün suçlara uygulanacak genel bir ceza normu veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin suçla mücadele açısından daha yararlı olacağı ileri sürülmüştür.<sup>98</sup>

Ayrımcılık yasağının tam olarak pratiğe geçirilmesinin, hukuk düzeni yanında bireylerin, sivil toplum grupların ve toplumun tamamını ilgilendirdiği konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Ancak ayrımcılık sorununun ortadan kaldırılmasında ceza hukuku araçlarının katkısı da yadsınamaz bir gerçektir. Belirtmek gerekir ki; ülkemiz için ceza hukuku bağlamında yeni bir kavram olan ayrımcılık veya nefret suçuna ilişkin düzenlemeler, mukayeseli hukukta ve uluslararası düzeyde uzun bir süredir gündemde olup, birçok ülkede çok önceden kabul görmüştür. Cinsel yönelim gibi diğer nefret veya ayrımcılık nedenlerinin suç kapsamına alınıp alınmayacağı, suç ve ceza siyasetini belirleyen kanun koyucunun takdirinde olmakla beraber, TCK'nın 122. maddesinde günümüz modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın terkedilerek önceki duruma göre daha sınırlı ve daraltıcı bir düzenleme yapılmış olmasının hukuken isabetli olmadığı kanaatindeyiz.<sup>99</sup>

---

işe yaramayacağı söylenebilir". Bkz. Şen, Nefret ve Ayrımcılık (1). Şen, bir başka yerde bu suça olan ihtiyaca değinmektedir: "Ülkemizde nefret ve buna bağlı ayrımcılık sorununun olmadığı söylene de özellikle son yıllarda sınır komşularımızda yaşanan iç savaşlar ve beraberinde bize de sirayet eden yansımalar ile milliyetçilik, din ve mezhep eksenli ayrışmalar nedeniyle TCK m.122'den daha güçlü ceza normlarına ihtiyaç olduğu ileri sürülebilir. Ancak ceza normunu koymak yetmez, esas olan onun tavizsiz uygulanması ve bu yolla toplumda oluşabilecek nefret ve ayrışmaların önüne geçilmesinin hedeflenmesidir. Belirtmeliyiz ki, TCK m.122 gibi düzenlemelerin gerekliliğine olan toplumsal inanç henüz tesis edilememiştir". Şen, Nefret ve Ayrımcılık (2).

<sup>98</sup> "Nefret ve ayrımcılık başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nda bir suç tipi düzenleniyorsa; madde içeriğinin, yalnızca bireyler arasında hukuk kurallarının izin vermediği ayrımların düzenlenmesinden ziyade, 122. maddede yer alan farklılıklardan duyulan nefretten dolayı kişilere karşı eziyet, işkence, kötü muamele, hakaret eden, şiddet veya saldırıda bulunan, kişileri aşağılayan, toplumdan dışlayan, taciz eden veya öldüren kişilerin cezalandırılma mekanizmasını öngörmesi beklenmektedir. Örneğin, sırf kadın veya erkek olduğu için bir kimseyi öldüren ya da işkence uygulayan kişiye yaptırım uygulanmasını öngören yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yapılması gereken; ya hepsinin cezai yaptırımını 'nefret ve ayrımcılık' suçu kapsamında bir arada toplamak ya da her bir suç tipi bünyesinde nitelikli veya ağırlaştırıcı hal sebebi olarak düzenlemektir". Şen, Nefret ve Ayrımcılık (2).

<sup>99</sup> Madde kapsamının netleştirilmesi ve genişletilmesi yönünde çeşitli görüşler dile

Nefret ve ayrımcılık suçunun kapsamının yeniden belirlenmesi, bu kapsamda müstakil bir suç veya cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmesi sorununun hukuk tekniği boyutunu ilgilendirmekle beraber, burada dikkate alınması gereken ilk husus eşitlik ilkesi kapsamında ayrımcılığın önlenmesi, toplumsal düzen ve barışın sağlanması olmalıdır.

Bütün hukuki düzenlemelerde olduğu gibi, cinsel yönelim konusunda da tarihi, dini, sosyal, kültürel ve ekonomik koşullar yanında toplumun bütün kesimlerinin hassasiyetlerin değerlendirilmesi kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte insan hakları, eşitlik ve ayrımcılık yasağının modern gelişimi dikkate alındığında, cinsel yönelime yönelik ayrımcılığın, suç kapsamına alınmasının daha yararlı olacağı söylenebilir.

Bu noktada, belirtmek gerekir ki; nefret ve ayrımcılık nedenleri olarak düzenleme konusu yapılan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerin hukuki içeriğinin tespiti ve yorumunun zor olduğu, bu kavramların ceza kanunlarında yer alması durumunda muğlak, yoruma açık ve kanunilik ilkesine aykırı olacağına yönelik eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Ancak bu ayrımcılık sorununun bir boyutunu ilgilendirmekte, toplumda çeşitli nedenlerle oluşan ayrımcılığın önlenmesi ise konunun ayrı bir boyutunu oluşturmaktadır. Kanaatimize, bir toplumda farklı yaşam tarzlarının korunması, bu kapsamda tehlikeli kabul edilen bazı fiillerin önüne geçilmesi ve toplumsal barışın sağlanması ceza hukukunun amaçlarından birisidir. Ceza hukukunun birçok kavramında olduğu gibi, eleştiri konusu yapılan 'cinsel yönelim' kavramının içeriği ve kapsamının belirlenmesi konusunda, hukuk sistemine ve uygulamasına güvenmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Hukuki güvenlik ilkesini zedelenmemek şartıyla, bu kavramların yorumunda, hakimlerin sağduyusu yanında, modern hukuk pratiklerinin ve seçkin hukukçuların görüşlerinin dikkate alınması sorunları çözmeye yardımcı olabilecektir.

---

getirilmiştir. "Bununla birlikte, suç veya terör örgütlerinin düşünce veya eylemlerinin haklılığını savunan, Ülkenin bölünmesi veya parçalanması amacıyla silahlı ve/veya faaliyet yürüten bir yapının taraftarı olan veya böyle bir izlenim veren bir kişiyi, bu nedenle işe almayan failin nefrete bağlı ayrımcılık suçunu işleyip sayılmayacağı hususuna açıklık getirilmelidir". Bkz. Şen Ersan, Nefret ve Ayrımcılık (2).

Son olarak, karşılaştırmalı hukukta kendine has özellikleri olan ayrımcılık ve nefret suçları açısından, katı bir kanunilik anlayışı yerine, özgürlükçü bir yaklaşım sergilenerek cinsel yönelim dahil olmak üzere tehlike içeren bazı ayrımcılık fiillerin suç kapsamına alınması, toplumsal barış açısından faydalı olabilecektir.

### **Sonuç**

Dünyada cinsel yönelimi farklı olan kişi veya gruplar, uzun bir süredir var olan ayrımcı sınırlandırmaların kaldırılmasını, bu tercihleri nedeniyle yapılan ayrımcı davranışlara karşı da hukuki korunma talep etmektedir. Cinsel yönelim ve taleplerin hukuki kapsamı ve sınırları konusunda farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, günümüz modern hukuk pratiğinin özgürlükçü bir anlayışı benimsediği görülmektedir. Bu taleplerin bir kısmının hukuk düzeninin bir parçası olan ceza hukuku alanına ilişkin olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bu kapsamda, modern ülkelerde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı bazı davranışların suç olarak düzenlenmesi eğilimi ülkemizi de etkilemiş, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi ile bir kısım ayrımcılık fiilleri, bağımsız bir suç tipi düzenlenmiştir. 2014 yılında yapılan değişiklikle suçun başlığı 'nefret ve ayrımcılık' olarak değiştirilmiş, sınırlı sayıda hareket suç kapsamına alınmış, daha önce yürürlükte olan "her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında" şeklindeki ifade ise belirsiz ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler sonrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikle suç kapsamının sınırlarının daraltılması tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak, ülkemizde cinsel yönelimleri farklı olanlara karşı gerçekleştirilen ayrımcı davranışların suç kapsamına alınıp alınmayacağı konusu uzun süredir tartışılmaktadır. Bu talepler, TCK'nun 122. maddesinin hazırlık aşaması, tasarı çalışmaları ve değişiklik teklifleri sırasında gündeme gelmiş, ancak cinsel yönelim nedeniyle işlenen ayrımcı fiiller suç kapsamına alınmamıştır.

Diğer ayrımcılık nedenlerinde olduğu gibi cinsel yönelim nedeniyle gerçekleşen ayrımcı uygulamaların önlenmesi bireylerin, toplumun ve devlet organlarının bütününe ilgilendirmek olup, hukuk dü-

zeninin bir parçası olan ceza hukuku araçlarının bu alandaki sorunları çözmede yararlı olacağı birçok ülkede kabul görmektedir.

Cinsel yönelimin bu suçun kapsamına alınıp alınmayacağı, ülkenin suç ve ceza siyasetini tespit eden kanun koyucunun takdirinde olmakla beraber, 2014 yılında yapılan değişiklikle günümüz modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın terkedilerek önceki duruma göre daha sınırlı ve daraltıcı bir düzenleme yapılmış olması haklı olarak çeşitli eleştirilere neden olmuştur.

Kanaatimizce nefret ve ayrımcılık suçunun düzenlendiği TCK'nın 122. maddesinde günümüz modern hukuk sistemlerinde benimsenen özgürlükçü anlayışın terkedilerek önceki duruma göre daha sınırlı ve daraltıcı bir düzenleme yapılmış olması hukuken isabetli olmamıştır. Öte yandan bugünkü şekliyle ayrımcılık suçunun işlenmesine yönelik sayılı nedenlerin, suç kapsamında bulunan seçimlik hareketlerinin yeterli olmadığı açıktır.

Modern hukuk sistemlerine benzer şekilde, nefret ve ayrımcılık suçunun; adam öldürme, işkence, kötü muamele, hakaret, şiddet ve yaralama gibi suçları kapsayacak şekilde bağımsız bir ceza normu veya ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin suçla mücadele ve ayrımcılığı önleme açısından daha yararlı olacağını kanaatindeyiz.

Bağımsız bir ceza normu veya cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenme hususu tamamen hukuk tekniği boyutunu ilgilendirmekte olup, burada dikkate alınması gereken öncelik, insan hakları, eşitlik ve ayrımcılık yasağı kapsamında toplumsal düzen ve barışın sağlanmasıdır. Cinsel yönelim konusunda da tehlike içeren bazı ayrımcılık fillerinin suç kapsamına alınmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Ceza hukuku bağlamında, nefret ve ayrımcılık nedenlerinin muğlak, yoruma açık ve kanunilik ilkesine aykırı olacağına yönelik eleştirilerde haklılık payı bulunmakla birlikte, ceza hukukunun birçok kavramında olduğu gibi, bu kavramların yorum ve uygulamasında hukuk sistemine, karşılaştırmalı hukuk verilerine ve elbette hukuku uygulayacak olan hakimlerin sağduyulu yaklaşımına güvenmek doğru bir tercih olacaktır.

Son olarak kanunlar ne kadar mükemmel olursa olsun, uygulamanın sonucu belirlediği gerçeği göz ardı edilmemelidir. Hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın, ayrımcılık, geçmişten günümüze devam eden toplumsal sorun olup, bireylerin bu konudaki hassasiyet ve tutumları her şeyden önce gelmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Altun Muammer, Ayrımcılık Suçu, (TCK. Md. 122), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Arslantürk Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Ankara 2014.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Sabuncu Yavuz, Anayasa Giriş, 16. baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2014.
- Soysal Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1. baskı, Ankara, 1968.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (6545 ve 6763 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle), 2.B, Ankara, Nisan 2017.
- Tanör Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. baskı, İstanbul, 1994.
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Önok R.Murat, Ceza Özel Hukuku, 18.B, Ankara, 2020.
- Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sancakdar Oğuz / Önok R.Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 8.B, Ankara, 2019.
- Tütüncü Efser Erden, Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Ceza Hukukunda Fücür (Ensest), İstanbul, 2018.

### Makaleler

- Argun Fazilet Nurel, "Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1995/1.
- Artuk Mehmet Emin, "Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105)", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006.
- Bakım Sevi, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.3, 2016.
- Centel Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul, 1997.
- Centel Tankut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", *Çimento İşveren Dergisi*, S.5, C.19, Eylül 2005.
- Demirbaş Timur, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları, Dokuz" *Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017.

- Doğmuş Simay, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin X- Türkiye Kararı (Başvuru No: 24626/09) Hakkında Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2018.
- Dondurucu Zeynep Benan, "Eşcinsellik Temelli Nefret Söylemi İçeren İletilerin Twitter'da İncelenmesi", *Erciyes İletişim Dergisi*, C.5, S.4, Temmuz 2018.
- İnceoğlu Sibel, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006.
- İspir Zeynep, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3.
- Karan Ulaş, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 73, 2007.
- Köse Üzeyir, "Eşcinsellik ve İslâm Ceza Hukukundaki Durumu", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y.5, S.52, Eylül 2017.
- Öner Mehmet Zülfü, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 116, 2016.
- Özbek Çağlar, "Ayrımcılıkla Mücadelenin Kamusalılığı: LGBT, Hareket ve Örgütlülük", *Toplum ve Demokrasi Dergisi*, 11 (24), Temmuz-Aralık, 2017.
- Sancar Yalçın Türkan, "Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu", *Güncel Hukuk Dergisi*, 2008/4-52.
- Sezer Osman, "5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesindeki Son Düzenlemeler Bağlamında Engellilik Nedeniyle Yapılan Ayrımcılığa Yönelik Değerlendirmelerimiz", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/ 3.
- Soyer Sesim, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.7, Temmuz 2006.
- Şahin Nurten Zeliha, "İslam Hukuku ve İnsan Hakları Bağlamında Eşcinsellik Sorunu", *Keke Akademi Dergisi* Y.19, S.62, 2015.
- Şen Ersan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.79, S.2005/2, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005.
- Tüzüner Özlem, "Yargıtay Hukuk Dairelerini Eşcinsellik Hakkında Tutumu", *Güncel Hukuk Dergisi*, 2014/3-123.
- Yarsuvat Duygun, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117. ve 118. maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.7, 2007.
- Yenidünya A. Caner, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.4, 2006.

### İnternet Kaynakları

- Gözler Kemal, Eşitlik İlkesi, 15 Kasım 2005,  
<http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>, (e.t.21.05.2020).
- Şen Ersan, Nefret ve Ayrımcılık (1), 29.03.2016,

<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1866268-nefret-ve-ayirimcilik-1>, (e.t.21.05.2020).

Şen Ersan, Nefret ve Ayırımıcılık (2), 29.03.2016,

<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1867947-nefret-ve-ayirimcilik-suclari-2>, (e.t.21.05.2020).

<http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf> (e.t.21.05.2020).

<http://eprints.gla.ac.uk/147020/1/147020.pdf> (e.t.21.05.2020).

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/31-avrupa-konseyi-diger-belgeler/> (e.t.21.05.2020)

<https://sozluk.gov.tr/?kelime=ayr%C4%B1m%C4%B1nda%20olmak>, (e.t.21.05.2020).

<https://ucr.fbi.gov/hate-crime/2018/topic-pages/tables/table-1.xls> (e.t.21.05.2020).

<https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/hate-crime> (e.t.21.05.2020).





# İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN SUÇ ve CEZALARA GENEL BİR BAKIŞ\*

## A GENERAL PERSPECTIVE ON CRIMES AND PUNISHMENTS THAT ARISE FROM ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Hasan DURSUN\*\*

**Özet:** İdari cezalar; İdarenin, norm ihlali yüzünden muhataba verdiği cezalandırıcı nitelikteki idari işlemleri olarak tanımlanabilir. Norm ihlali, kanundan veya sözleşmeden doğabilir. İdari cezalar, İdare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunup bulunmamasına göre ikiye ayrılır. İdare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunmayan hallerde verilen cezalar halka yönelik idari ceza olarak adlandırılırken, özel bir bağ bulunduğu hallerde verilen cezalar disiplin cezası olarak adlandırılır. İdari sözleşmeden kaynaklı olarak idare, karşı âkide ceza verirken aralarında özel bir bağ bulunduğu için bu tür cezalar disiplin cezası kategorisine girer. Türk Anayasası'nın 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken "idari suç ve ceza" ile "adli suç ve ceza" arasında bir ayrım yapılmadığına göre hangi tür suç ve ceza olursa olsun hapsinde suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması şarttır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 1. fıkrasındaki; hukuka uygun olarak yapılan bir sözleşmenin tarafların kanunu olduğu hükmü, kanunilik ilkesinin yerini tutmaz. Bu hüküm, yalnızca özel hukuk sözleşmelerinde geçerli olup idari sözleşmelerde bir geçerliliği yoktur. Bu yüzden idari sözleşmelerden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulması şarttır.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Sözleşme, İdarenin Sözleşmeleri, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası

**Abstract:** Administrative penalties can be defined as punitive administrative acts that Administration gives to the notified party due to the infraction on norm. Norm infraction can arise from the act or contract. Administrative punishments can be divided into two according to whether there is or not ab ante a special hardship between Administration and penalty's obligator. Within that context,

\* Bu makale, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2014 yılında yazdığı İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Dr. (Iur.), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasan.dursun@ozyegin.edu.tr. ORCID: 0000-0002-5506-3944, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.05.2020, Kabul Tarihi: 27.05.2020

if there is an ab ante special affinity between Administration and penalty's obligator that punishments called publicly targeted penalties, on the contrary, if there is no ab ante a special affinity between Administration and penalty's obligator that punishments called discipline penalties. When the Administration gives the penalty to the notified party that arises from the agreement, this penalty is within the scope of the discipline penalty. Inasmuch as there is a special hardship between Administration and penalty's obligator due to the contract. Turkish Constitution Article 38 does not include a difference between "administrative crime and punishment" and "judicial crime and punishment" and covertly denotes that in every type of crimes and punishments that is necessary to apply the legality principle. French Civil Code Art.1134/1 provision denotes that agreements legally formed have the force of law over those who are the makers of them cannot fill in the legality principle. That provision is not valid in administrative contracts and is valid only in private law contracts. Therefore, it is necessary to apply legality principle on crimes and punishments that arise from the administrative contracts.

**Keywords:** Administrative Contract, Contracts of Administration, Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege, Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments

## GİRİŞ

Sözleşme; birden fazla kişinin, ortak olarak arzu ettikleri bir hukuki ilişkiyi kurmak veya mevcut hukuki ilişkiyi değiştirmek veyahut ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki sonucu doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini beyan etme olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Bu tanımlı idare hukukuna uygularsak sözleşme; belirli bir hukuki sonucu doğurmak üzere İdare ile özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklaması olarak ifade edilebilir.<sup>2</sup> Söz konusu tanımlardan, sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilecekleri sonucu çıktığına göre "ilk bakışta" (prima facie) idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı, sözleşmenin taraflarının suç ve cezaları serbestçe belirleyebilecekleri sonucu çıkartılabilir. Kanımızca çıkartılabilecek böyle bir sonuç hatalıdır ve bir "yanılsama" (illusion) oluşturmaktadır.

<sup>1</sup> Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 479, Ankara 1984, s. 65.

<sup>2</sup> Oğuz Sancakdar ve diğerleri, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2017, s. 523.

Bu yanılısamanın doğmasında temel etkenin, “idari sözleşme” ile “idarenin sözleşmeleri” kavramının özdeş olduğu fikri olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de uygulamada yaygın olarak “idari sözleşme” kavramı ile “idarenin sözleşmeleri” kavramı birbirine karıştırılmakta ve her ikisinin birbirine özdeş olduğu sonucu çıkartılmaktadır. Hâlbuki “idarenin sözleşmeleri” ile “idari sözleşme” kavramları birbirilerinden farklılık göstermektedir. Gerçekten de Günday’ın belirttiği üzere, idarenin yaptığı, bir diğer deyişle, idarenin taraf olduğu her sözleşme, idari sözleşme sayılamaz. Nitekim idarenin sözleşmelerinin bir kısmı, bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Gerçekten de idare, tüzelkişilik vasfından kaynaklanan hak ehliyetine dayalı olarak genel hükümler uyarınca sözleşmeler yapabilmektedir. Bu bağlamda, bir belediyenin mülkiyetinde olan bir işyerini kiraya vermesi ya da gereksinim duyduğu taşınır malları satın almak istemesi halinde, bu amaçla yapacağı sözleşmeler, taraflardan birisi idare olmasına karşın, idari sözleşme niteliğinde olmayıp, özel hukuka tabi sözleşmelerdir.<sup>3</sup>

Buna karşın, idarenin sözleşmelerinden bir kısmı özel hukuk sözleşmeleri olmayıp idare hukuku kural ve ilkelerine tabi bulunmaktadır. İdarenin idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmesine “idari sözleşme” denilir.<sup>4</sup> Bu bağlamda, hem Anayasa Mahkemesi ve

<sup>3</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 166, Sancakdar ve diğerleri, s. 523. Bu çerçevede “idarenin sözleşmeleri” kavramının çerçeve bir kavram olup “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” ve “idari sözleşmeler” olarak iki gruba ayrıldığı ileri sürülebilir.

<sup>4</sup> İdari sözleşmeye idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanması, kısacası, idari sözleşmenin, kamu hukuku sözleşmesi olması, sözleşmenin tarafı olan devlet veya idarenin yaptığı sözleşmelerle bağlı olmadığı anlamını taşımaz. Nitekim Duguit’in belirttiği üzere, günümüzde birçok ülkede “kamu hukuku sözleşmesi teorisi” adı verilen bir teori öğretildiğini, bu teoriyle; devletin yaptığı sözleşmelerle girişmiş olduğu taahhütlerden her zaman sıyrılabileceği, devletin, taahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlı olduğu sonucuna ulaşıldığını ifade etmektedir. Yazar, bu sonucun hatalı olduğunu, “kamu hukuku sözleşmesi” adlı bir sözleşme türü olmadığını, Fransız Danıştay’ının kararlarında da böyle bir sözleşme türü olduğundan bahsedilmesinin isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Yazar, kamu hukuku sözleşmeleri vardır şeklinde bir tez ileri sürmenin, kamu hukuku alanında olduğumuz için “sözleşme bağı”nın zorunlu olmadığı, diğer deyişle, sözleşmenin taraflarından birisini devlet oluşturduğuna göre taahhütleriyle bağlı tutulamaz, bağlı tutulabilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmasının şart olduğu anlamını taşıyacağını belirtmektedir. Yazar, bununla birlikte sözleşmenin taraflarından birisi devlet olsa da sözleşmenin “sözleşme” olduğunu, sözleşmede taraf olan devletin, taahhütleriyle, sıradan bir uyuğu gibi bağlı

Danıştay içtihatlarında hem de öğretide İdarenin yapmış olduğu ve karşı tarafın bir kamu hizmetinin yürütülmesini veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler idari sözleşmeler sayılmaktadır.<sup>5</sup> Bu ölçüt, Türk pozitif hukukunca da benimsenmiştir. Gerçekten de 6.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, "(i)dari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idari yargıda görüleceğinin belirtilmesi, konusu kamu hizmeti olan bir sözleşmenin, "idari sözleşme"<sup>6</sup> olarak sayıldığıının somut bir kanıtını oluşturur.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında temel birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesinin doğasının farklı olmasıdır. Gerçekten de idari sözleşmeler tam anlamıyla "sözleşme" niteliğini taşımamakta, "birlik" (union) veya Almanların "Vereinbarung" dedikleri "çok taraflı işlem" niteliğini taşımakta, buna karşın, özel hukuk sözleşmeleri gerçek anlamda "sözleşme" sayılmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi çok karmaşık olmasına karşın Romalı hukukçuların üzerinde uzun yıllar çalışması sayesinde oldukça belirgin kılınmıştır. Sözleşme kurulabilmesi için iki kişi arasında veya iki insan grubu arasında karşılıklı irade uygunluğu gerekirken, sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişi oluştursa bile daima iki tarafı bulunmakta, birisi alacaklı, öbürü ise borçlu sıfatını taşımaktadır. Sözleşmenin içeriği, sözleşmenin taraflarından birisinin iradesi ile öteki tarafın iradesinin uyumuyla belirlenmekte ve bu karşılıklı

---

olduğunu ve bağlı olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Léon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren; Süheyp Derbil), AÜHFY, Ankara 1954, s. 157.

<sup>5</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günay, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003, s. 88-90.

<sup>6</sup> Türkiye'de, günümüzde idari sözleşmenin uygulaması bulunan türlerini, imtiyaz sözleşmeleri ile kamu istikraz ve idari hizmet sözleşmeleri oluşturur. Bunlardan imtiyaz sözleşmesi hakkında bilgi için bkz. Hasan Dursun, "İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükümü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı?", Terazi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 115-136. Kamu istikraz sözleşmeleri ile idari hizmet sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz., Günay, İdare Hukuku, 2003, s. 91-92.

belirlenmeden iki taraf arasında borçlu-alacaklı ilişkisi, diğer deyişle, sübjektif bir hukuki durum doğmaktadır. Bu unsurlardan birisi eksik olursa, belki çok tasarruflu bir işlem bulunsa da bir sözleşme doğmamaktadır. Sözleşmenin doğmadığı bir durumda ise sözleşme kurallarını uygulamak kabulü olanaksız sonuçlara ulaştırmaktadır.<sup>7</sup>

Birlik veya Vereinbarung denilen çok taraflı tasarruflarda ve bu bağlamda idari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi taraflar arasında bir irade uygunluğu, bir “anlaşma” (convention) olsa da onların çıkarları ters yönde işlememekte, aynı hedef doğrultusunda işlemektedir. Üstelik idari sözleşme halinde, taraflar aralarında, alacaklı-borçlu ilişkisi, diğer deyişle, sübjektif hukuki bir durumun doğmasını istememekte, tam aksine, aralarında objektif bir hukuki durumun veya genel ve sürekli kural ve ilkelerin doğmasını istemektedirler. Bu ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılan idari sözleşmeye, özel hukuk sözleşmesine ilişkin genel kuralların uygulanmaya kalkışılması, yanlışlığa düşülmesi, hatta olanaksızlıklarla karşılaşılması sonucunu doğurur.<sup>8</sup>

Duguit, birlik işlemi niteliği taşıyan idari sözleşmenin en açık bir örneğini, kamu hizmetini yürütülmesini öngören düzenleyici hükümlerde bulunacağını ileri sürmektedir. Yazar, bir demiryolu veya tramvay işletme imtiyazı gibi kamu hizmetinin işletilmesinde, seferlerin sayısı ve hızı, yolcuların ve görevlilerin güvenliği gibi hizmetin yürütülmesinde gözetilecek şartlara ilişkin hükümlerin, idari sözleşmenin en belirgin örneklerini oluşturacağını belirtmektedir. Yazar, bu hükümlerin, kamu hizmetinin kanununu oluşturduğunu, bu yüzden, söz konusu hükümlerin, borç ve alacak durumu yaratan bir sözleşme niteliğinde değil, bir anlaşma niteliğinde olduğunu, gerçekte bunlara “anlaşma, kanun” (convention) adı verilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>9</sup>

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında ikinci temel farklılık, yukarıda kısmen değinildiği üzere “çıkar unsuru” bakımından doğmaktadır. Gerçekten de özel hukuk sözleşmelerinde taraflar, çoğunlukla birbirine zıt, diğer deyişle, birbirine çelişik menfaatler gütmekte, örneğin alım-satım sözleşmesinde alıcı malı, satıcı ise parayı

---

<sup>7</sup> Duguit, s. 44.

<sup>8</sup> A.g.e.

<sup>9</sup> A.g.e., s. 44-45.

almak menfaati ile hareket etmektedir.<sup>10</sup> Buna karşın, kamu hizmetinin yürütülmesini öngören idari bir sözleşmede örneğin imtiyaz sözleşmesinde, tarafların menfaati birbirinden farklılık göstermemekte, sözleşmenin her iki tarafı da hizmetin iyi, doğru ve düzgün bir şekilde işlemesi için gayret göstermektedir.<sup>11</sup>

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında üçüncü temel farklılık, “tarafların konumu” bakımından ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde özel çıkarlar söz konusu olduğu için taraflar arasında tam bir eşitlik bulunmasına karşın, idari sözleşmede, “idarenin üstünlüğü” ilkesi geçerlidir. Zira idari sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesi yönünde yapılmakta, dolayısıyla kamu yararını içermekte olduğundan idarenin üstünlüğü esası geçerlidir.<sup>12</sup> İdari sözleşmede idarenin üstün konumda olması yüzünden, “idari sözleşme” kavramı, bazı ülkelerde sıkıntı yaratmıştır. Örneğin Almanya’da 1900’lü yılların başında “idari” ve “sözleşme” kavramlarının yan yana gelemeyeceği birçok seçkin hukukçu hatta Otto Mayer gibi dev bir hukukçu tarafından bile öne sürülmüştür. Zira özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü veya irade özgürlüğü iki tarafın tam olarak eşitliği ilkesine dayanmaktaydı. Nitekim Almanya’da uzun yıllar boyunca, tarafların eşitliğine dayanması gereken bir sözleşmede idarenin üstünlüğünün kabul edilemeyeceği gerekçesiyle idari sözleşmenin kabulünde gecikmeler yaşanmıştır.<sup>13</sup>

Fransızlar, idari sözleşmede idarenin üstün konumda bulunması güçlüğünü kolaylıkla yenmişlerdir. Ancak Fransızlar, sonunda idari

<sup>10</sup> İnan, s. 66.

<sup>11</sup> Veya bu doğrultuda gayret göstermeleri gerekir.

<sup>12</sup> Ancak bu yüzden, idari yargının görev alanına giren idari sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda idari yargı organlarının daima devleti ya da idareyi koruyacağı sonucu çıkartılmamalıdır. İdari yargı her zaman kamuyu korur. Kamu ile devlet özdeş sözcükler değildir. İdari yargı, kamuyu korurken hakları korunmamış bireylerden oluşan kamunun sağlıklı olmadığı bilinciyle hareket eder. O yüzden, idari yargı bireylerin de hakkını korur. Kısacası idari yargının “hak” koruma bilinciyle hareket etmesi gerekmekte olup bu hakkın devletin, kamunun, toplumun, bireyin hakkı olması önem taşımaz. Bkz. Mümtaz Soysal’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 45.

<sup>13</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966: 1591, Ali Ülkü Azrak’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 32.

sözleşmenin tipik bir sözleşme olduğunu değil, atipik bir sözleşme olduğunu kabul etmişler, Almanlar da aynı çizgiye gelmiştir. Bu bağlamda Fransızlar ve Almanlar, idari sözleşmede eşitliğin bulunmadığı esasını benimsemişlerdir zira idari sözleşme halinde kamu yararına yönelik bir faaliyet bulunduğundan, kamu yararına yapılan faaliyetin, o kamu yararını izlemesi, her zaman kamu yararına bağlı olarak yürütülmesi hususunda idarenin koruyucu bir görevinin olduğunu kabul etmişler, aksi takdirde kamu hizmetinden yararlananların baş edilmez güçlüklerle karşı karşıya kalacaklarını düşünmüşlerdir.<sup>14</sup> Zira bir özel hukuk sözleşmesinden tarafların birisinin iradesiyle her zaman vazgeçilmesi olanaklı olmasına ve bu durum kamu açısından pek fazla bir zarar doğurmamasına karşın, idari sözleşmede kamu yararına yürütülen bir faaliyet söz konusu olduğundan hizmetin yürütülmesinde kâr edilemese bile faaliyetin yürütülmesi durdurulamaz, faaliyetin yürütülmesine devam edilmesi gerekir.<sup>15</sup>

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında dördüncü temel farklılık, “tek yanlı karar alma” unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de İdari sözleşmenin kendisi, iki taraflı bir hukuki işlem olmasına karşın, sözleşmenin uygulanmasında, idare, otoritesinden kaynaklanan nedenlerle tek yanlı idari karar almaya yetkilidir.<sup>16</sup> İdari sözleşmede idareye bu yetkinin tanınmasının temel nedenini, idari sözleşme yapılan bir durumda, kamu yararına yürütülen bir faaliyet bulunduğu için kamu yararının korunması gerektiğinden, karşı âkidin, sözleşmeye aykırı hareket ettiği zaman, idareden gelecek ve sözleşmede öngörülen ya da öngörülmeleyen birtakım yaptırım veya zorlayıcı tedbirlerle karşılaşabileceği esasının benimsenmesi oluşturur.<sup>17</sup> Buna karşın özel hukuk sözleşmelerinde iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunması şart olduğundan sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa iradesini dikte ettirebilmesi mümkün değildir.

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında son<sup>18</sup> temel farklılık, “uyarlama, değişkenlik” unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde kural olarak “ahde vefa” (pac-

<sup>14</sup> Azrak, s. 32.

<sup>15</sup> Krş. Azrak, s. 37.

<sup>16</sup> A.g.e., s. 30.

<sup>17</sup> A.g.e., s. 30.

<sup>18</sup> Ancak önem açısından son değil! (Last but not least!).

ta sunt servanda) ilkesi geçerli olup “sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması” (clausula rebus sic stantibus) oldukça ayrıksıdır. Gerçekten de özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarından birisinin iradesiyle sözleşmenin uyarlanması mümkün bulunmamakta, oldukça ayrıksı hallerde, örneğin, hiper- enflasyon nedeniyle akdin temelinden çökmesi gibi durumlarda tarafların anlaşması, kanun veya yargıç tarafından yapılabilmektedir.<sup>19</sup> Buna karşın, idari sözleşme durumunda sözleşmenin yapıldığı andaki koşullara göre şartname belirlendiği için zaman içerisinde ihtiyaçların değişmesi veya teknolojinin ilerlemesi nedeniyle sözleşmede değişiklik yapmak gerekebilmekte,<sup>20</sup> idare, tek yanlı kararıyla karşı âkidi değişikliğe zorlayabilmektedir. Karşı âkit, idarenin tek yanlı kararıyla belirttiği hususlara ya rızasıyla uyacak, rıza göstermediği durumlarda idare onu zorlayacak ve yapmadığı takdirde belki de sözleşmeyi feshedecektir. Gerçekten de idari sözleşmede geçerli olan “değişkenlik kuralı” şartların değişmesi durumunda sözleşmenin değiştirilmesini gerektirir. Sözleşmede böyle bir şart öngörülme bile idare tek yanlı işlemleriyle sözleşmeyi değiştirebilme yetkisine sahiptir.<sup>21</sup>

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari sözleşme, özel hukuk sözleşmelerinden önemli ölçüde farklılık göstermekte ve atipik bir sözleşme niteliğini taşımaktadır. Bu yüzden idari sözleşmeden kaynaklı olarak idarenin ceza vermesinde kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı savı isabetli değildir. Bu savın isabetsizliğini göstermek üzere öncelikle idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezaların hangi kategori suç ve cezaya dâhil olduğu üzerinde durulması faydalı olacaktır.

## 1. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN SUÇ VE CEZALAR İDARİ SUÇ ve CEZALARIN KAPSAMINA GİRER

Aşağıda ayrıntılarıyla görülecek olsa da burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki idarenin idari sözleşmeye dayalı olarak verdiği ceza, “idari ceza” tanımına girer. Zira idari ceza; yönetilenlere, idare-

<sup>19</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Sevinç Matbaası, Ankara 1991, s. 575-580.

<sup>20</sup> Konu hakkında Fransa ve Türkiye’den örnekler için bkz. Azrak, s. 31 vd.

<sup>21</sup> A.g.e., Krş. Onar, s. 1596-1597.



nin alanındaki hukuka, kısacası idare hukukuna aykırı davranışlarından ötürü idare tarafından cezalandırma amacıyla idari işlemle verilen ceza şeklinde tanımlanabilir.<sup>22</sup> İdari sözleşmeye dayalı olarak İdare tarafından karşı âkide verilen ceza, idari cezanın tanımında yer alan unsurların tümüyle örtüşmektedir.<sup>23</sup> Zira idari sözleşmenin ihlali, idare hukuku normlarına bir aykırılık oluşturmakta, bu aykırılığa dayalı olarak idare, idari sözleşmenin karşı âkidine idari işlemle ceza tayini yoluna gitmektedir. Bu örtüşmeyi tam olarak açıklayabilmek üzere idari ceza türleri üzerinde durmak faydalı olacaktır.

İki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkini, idare ile kişi arasında izin, sözleşme, ruhsat veya idarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilerle ilgili suç ve cezalar, ikincisini ise İdare ile arasında herhangi bir bağ bulunmayan kişilerle ilgili suç ve cezalar oluşturur.<sup>24</sup> Bunlardan, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlalleri “halka yönelik idari suçlar”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları “halka yönelik

<sup>22</sup> Bkz. Hasan Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 228.

<sup>23</sup> Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen, adli yazarlar ile Fransız Danıştay'ının idari ceza için koymuş ölçüt bakımından da idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen ceza, idari ceza kapsamına girmektedir. Zira adı geçen yazarlar ile Fransız Danıştay'ı, bir cezanın idari ceza olarak nitelendirilebilmesi için iki hususun eşzamanlı olarak bulunması gerektiğini aramaktadırlar. Bunlardan ilki; idarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması, ikincisi ise cezanın verilmesinin dayanağı olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Bu iki unsuru eşzamanlı olarak taşımayan idari bir yaptırım kararı, idari ceza olarak adlandırılmaz. Bkz. Marty Mireille-Delmas ve Colly Catherine-Teitgen, Punir Sans Juger, Economica, Paris 1992, s. 37-38. Görüldüğü üzere idari cezanın karakteristik özelliğini söz konusu iki unsur oluşturmakta ve bu unsura birlikte sahip olan her ceza idari ceza niteliğini taşımaktadır. İdari sözleşmeden kaynaklı cezalarda da idare, idare hukukunu uygulayarak cezalandırıcı nitelikte bir işlem yapmakta ve verilen cezanın dayanağını sözleşmenin ihlali oluşturmaktadır.

<sup>24</sup> Michel Degoffe, “L’ambiguïté de la sanction administrative”, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 27. Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen’in ifadeleriyle; idari ceza, yalnızca kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezasını veya İdarenin iç bünyesinde uygulanan cezaları değil, bunun yanında, kamu hizmetini kullanan kişiler için öngörülen cezaları da kapsar. Yazarlar, bu kapsamda idari cezanın, idarenin bünyesinde çalışma, idari sözleşme veya ruhsat gibi İdareyle daha önceden ilişkisi bulunana uygulanan disiplin cezası olduğu gibi örneğin idari polis cezalarında olduğu gibi İdareyle daha önceden ilişki içerisinde olmayanlara da uygulanabilen cezaları içerdiğini belirtmektedirler. Bkz. Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen, s. 18, 26.

idari cezalar”, buna karşın, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri “disiplin suçları”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise “disiplin cezaları” olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız. Halka yönelik idari suç ve ceza ile disiplin suç ve cezası birlikte idari cezayı oluşturmaktadır.

İdari sözleşme halinde idare ile sözleşmenin karşı âkidi arasında özel bir bağ bulunduğu için sözleşme ihlallerinden kaynaklı olarak idarenin karşı âkide uyguladığı ceza, “disiplin cezası” niteliğini taşır. İdari sözleşme ihlalinden dolayı uygulanan cezayı, disiplin cezası olarak kabul etmenin, kanımızca, garipsenecek bir durumu bulunmamaktadır.<sup>25</sup> Zira yukarıda belirtildiği üzere bir cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmede temel ölçüt, idare ile kişi arasındaki özel bağ ilişkisidir.<sup>26</sup> İdari sözleşmede idare ile karşı âkidi oluşturan kişi arasında özel bir bağ kurulduğuna göre söz konusu sözleşmeden dolayı idarenin vermiş olduğu cezayı, disiplin cezası olarak nitelendirmek gerekir.<sup>27</sup> Öte yandan Moderne’in belirttiği üzere, idari suç ve bu ara-

<sup>25</sup> Fikrimize göre garipsenecek durumun oluşmasında öğretide bazı yazarlar tarafından disiplin cezasını dar kapsamlı olarak tanımlanmasının büyük etkisi vardır. Örneğin, Sauvé, disiplin cezasını, kamu hizmetinin düzgün işlemesi için verilen ceza şeklinde tanımlamakta [Jean Marc Sauvé, “Les sanctions administratives en droit public français”, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 17], Gölcüklü ise memurların, memuriyet görevleriyle ilgili olarak işledikleri kusurları veya memuriyet sıfatına veya görevine etki edebilecek kusurlu davranışları cezalandırmak için konulmuş bulunan müeyyideler olarak tanımlamaktadır. [Feyyaz Gölcüklü, “«İdari Ceza Hukuku» Ve Anlamı, İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C. XVIII, S.2, Haziran 1963, s. 156]. Kanımızca gerek Sauvé gerekse Gölcüklü’nün yapmış olduğu tanımlar dar kapsamlı olduğu ve disiplin cezasının karakteristik özelliklerini yansıtmadığı için kabul edilemez. Nitekim Moderne’in belirttiği gibi disiplin cezalarının nirengi noktasını, idare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin önceden tanınması oluşturur. Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 159. Bu bağlamda Sauvé ve Gölcüklü’nün savlarının aksine disiplin cezaları salt kamu görevlileri hakkında uygulanmamakta, bunun yanında, mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kullanan çeşitli kesimlerle idare arasında özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunulan her durumda ve bu arada idari sözleşmelerde de uygulanmaktadır. Zira idari sözleşme durumunda idare ile kişi arasında sözleşme dolayısıyla bir bağ oluşmakta ve idarenin ceza verme yetkisi sözleşme ihlali olmadan önce tanınmaktadır.

<sup>26</sup> İdare ile kişi arasındaki özel bağın “statü” veya “sözleşme”den doğması bir farklılık oluşturmaz. Krş., İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985, s. 107-108.

<sup>27</sup> Üstelik idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen idari cezalar, disiplin cezalarının teorik temelini oluşturabilmek bakımından da büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de “disiplin”, “özel ilişki”, “idari sözleşme”, “izinle meslek icra eden kimselerin sorumluluğu” gibi kavramlar, disiplin cezalarının kolaylıkla kuram-

da disiplin suçunu işleyen faile göre idari cezanın tanımı değişmez. Bu bağlamda, idari sözleşmede karşı âkidi oluşturan kişi de idari sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ederse ona karşı idari cezanın uygulanması doğaldır. Yine çağdaş bir devletin cezalandırma yetkisi bulunduğu için idarenin idari sözleşmeden kaynaklanan cezaları vermeye yetkili olması, olağan bir nitelik taşır.<sup>28</sup>

Bu kısımda yapılan açıklamalar, matematiksel terimlerle; idari sözleşme ihlali nedeniyle doğan suç yüzünden idarenin karşı âkide uyguladığı ceza, idari suç ve ceza kümesinin, disiplin suç ve cezası alt kümesine<sup>29</sup> girer şeklinde özetlenebilir. Bundan sonraki kısımda, idarenin, idari sözleşmeden kaynaklı olarak karşı âkide verebileceği idari cezalar üzerinde durulacaktır.

## 2. İDARE İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLI OLARAK NE TÜR CEZALAR VEREBİLİR

İdari sözleşmenin karşı tarafını oluşturan özel kişi, sözleşmeye aykırı davranırsa, idare, mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya diğer idari yaptırımlar uygulayabilir.<sup>30</sup> İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu iddia eden karşı âkidin mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz.<sup>31</sup>

---

sal alt yapısını oluşturmakta, kurum veya (idari sözleşmede yoğun bir şekilde görülen) kamu yararı gibi kavramlar da disiplin cezalarının teorik temelini sağlamlaştırılmasında ek gerekçeleri oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 192.

<sup>28</sup> Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionelle, s. 159.

<sup>29</sup> İdari suç ve cezanın diğer alt kümesini, yukarıda belirtildiği üzere, halka yönelik idari suç ve ceza oluşturur.

<sup>30</sup> İdarenin sözleşmelerinden özel hukuka tabi sözleşmelerinde akde aykırılık olursa, idarenin diğer tarafa ceza veya başka bir yaptırım uygulayabilmesi olanaklı değildir. Akde aykırı davranıldığını ve bundan bir zarar gördüğünü iddia eden sözleşmenin her bir tarafı, mahkemeye başvurarak, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "borçların ifa edilmemesinin sonuçları"nu düzenleyen 112 ve devamı maddelerine göre zararının tazminini isteyebilir. Hâlbuki İdarenin sözleşmelerinin diğer bir türünü oluşturan idari sözleşmede, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan özel kişi sözleşmeye aykırı davrandığı durumlarda İdare mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya ona diğer idari yaptırımlar uygulayabilir. İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu iddia eden karşı âkidin mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz. Bkz. Jean-Michel de Forges, Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991, s. 82, Ayrıca bkz. Onar, s. 1597.

<sup>31</sup> de Forges, s. 82.

İdari sözleşmelerde, idare, yalnızca kanundan ya da sözleşmeden doğan nedenlerle idari ceza,<sup>32</sup> daha somut bir deyişle, disiplin cezası vermeye yetkilidir.<sup>33</sup> Bu bağlamda idare, idari ceza olarak karşı âkide ancak kanun veya sözleşmeden kaynaklanan nedenlerle “idari sözleşmeyi fesih” cezası verebilir. Ancak idare, sözleşme ilişkisiyle açıklanamaz olan hallerde, bir diğer deyişle, sözleşmenin özünün yerine getirilmemesi durumlarda, örneğin, kamu yararına aykırı davranan sözleşmeci için tek taraflı olarak idari ceza vermeye yetkili olmayıp yalnızca diğer idari yaptırımlar, örneğin, idari tedbir<sup>34</sup> uygulamaya yetkilidir.<sup>35</sup>

İdari sözleşmelerde idarenin karşı âkide idari ceza verebilmesi için kanun veya sözleşme ihlalinin bulunması gerekli olmasına karşın, söz konusu cezanın uygulanabilmesi için İdarenin önceden denetim ve gözetim yetkisini kullanması şart değildir. İdari sözleşmeden dolayı İdarenin uygulayabileceği cezaları; *mali*, *zorlayıcı* ve *sözleşmeyi fesih cezası* olmak üzere üçe ayırmak olanaklıdır.<sup>36</sup>

Bunlardan *mali cezalar*, kanun veya sözleşmede öngörülen para cezaları olup bu cezalar sıklıkla bir zararın doğması durumunda “ken-

<sup>32</sup> Yukarıda belirtildiği üzere idari cezadan söz edilebilmesi için idarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması ve cezanın verilmesinin dayanağı olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kanundan veya sözleşmeden doğması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Her iki durumda da verilen ceza, idari ceza niteliğindedir. Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 311.

<sup>33</sup> Charles M. Eisenmann, “Le droit Administratif et le principe de légalité”, EDCE, 1957, s. 37. Krş. Günay, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Günay, burada, idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinde sözleşme ve şartnamede belirtilmemiş olsa bile İdarenin yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu, söz konusu yetkinin onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Biz yazarın görüşüne kısmen katılıyoruz. Bu bağlamda aşağıda üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacağı üzere eğer idari sözleşmenin karşı âkidine “ceza” verilecekse bunun kanun, sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmiş olması gerekmekte, buna karşın, karşı âkide “tedbir” uygulanacaksa bunun sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere ceza ve tedbir ide içeren üst bir kavram olan “yaptırım” kavramını kullanırken oldukça dikkatli olunması gerekmektedir.

<sup>34</sup> İdari tedbir ve idari tedbirde kanunilik ilkesinin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 414 vd.

<sup>35</sup> Aksi görüş için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 159.

<sup>36</sup> Fazla bilgi için bkz. de Forges, s. 82-83, Ayrıca bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara 2018, s. 465-466.

diliğinden" (automatiques) uygulanır. Bununla birlikte, İdarenin para cezası<sup>37</sup> verebilmesi için zararın doğduğunu kanıtlamasına gerek yoktur. Bundan başka, İdare, para cezasını kimi durumda sözleşmecinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyerek verebileceği gibi herhangi bir denetim yapmadan, örneğin, sözleşmecinin hafif bir kusurunu gördüğünde de uygulayabilir.<sup>38</sup>

İdarenin idari sözleşmeden kaynaklı olarak uygulayabileceği ikinci ceza türünü, "zorlayıcı" (coercitives) cezalar oluşturur. Gerçekten de kanun veya idari sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı idari para cezası veya sözleşmeyi fesih cezasının uygulanması gereksinimleri karşılayamamaktadır. Bu bağlamda idari sözleşmenin düzgün bir şekilde sürdürülmesinde kamu yararının bulunması nedeniyle idari para cezası dışında başka yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere zorlayıcı cezalar, idari sözleşmenin gereği gibi yürütülmediği durumlarda idari sözleşmenin etkin ve düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere idari para ve sözleşmeyi fesih cezaları dışında kalan cezalardır.<sup>39</sup>

Kanun veya sözleşmeye dayalı bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı idari sözleşme hakkında zorlayıcı cezanın uygulandığı durumlarda, idare işletmeye geçici olarak el koymakta ve sözleşmecinin yerine geçerek hizmeti bizzat kendisi yürütmekte veya yürütülmesini üçüncü bir şahsa bırakmaktadır.<sup>40</sup> Sözleşmeye el konulması yaptırımının uygulanması durumunda bütün maliyet ve riske, ilk sözleşmeci

<sup>37</sup> Aslında idarenin, idari bir sözleşmeden dolayı para cezasını uyguladığı her durumda idari ceza gerçeği ile karşılaşılır. Örneğin, idari tedbir yaptırımı olarak idari para cezasının uygulanması olanaklı değildir. Zira para cezası, hiçbir zaman bir tedbir veya önleme aracı olarak verilmez, yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı verilir. Bir başka deyişle, kamu düzenin sağlanması gerekçesiyle uygulanan veya herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmediği durumda verilen para cezası, işin doğasına aykırıdır.

<sup>38</sup> Krş. de Forges, s. 82- 83.

<sup>39</sup> Krş. A.g.e., s. 83.

<sup>40</sup> Bununla birlikte, Günday, İdarenin işletmeye geçici olarak el koyması durumunda, imtiyaz sahibinin yerine geçeceğini ve hizmeti bizzat kendisinin yürüteceğini kabul etmekte, sözleşmenin üçüncü şahıs bir şahıs tarafından yürütülmesi esasını kabul etmemektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Kanımızca, idari sözleşmeye ve bu arada imtiyaz sözleşmesine el konulması durumunda sözleşmenin yürütülmesinin İdare tarafından üçüncü bir kişiye bırakılmasını engelleyici bir norm olmadığından yazarın görüşüne tam olarak katılamamaktayız.

katlanmak durumunda kalmaktadır. Bu yaptırım, doğası gereği oldukça ağır bir yaptırım olduğundan uygulanabilmesi için sözleşmecinin ağır kusurunun bulunması gerekmektedir.<sup>41</sup>

İdarenin, idari sözleşmeden dolayı uygulayacağı son ceza türünü, sözleşmenin sona erdirilmesi, kısacası, *sözleşmesinin feshi cezası* oluşturur. Sözleşmenin feshinin ceza niteliğini kazanabilmesi için sözleşmecinin kusurundan dolayı sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekir. Sözleşmenin feshi iki türlü uygulanabilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Daha sık uygulanan ikinci şekli ise sözleşmenin zarar ve riskini ortadan kaldırmak şeklindedir.<sup>42</sup> İdari sözleşmenin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmesinin zararının ve riskinin ortadan kaldırılması suretiyle feshinde, sözleşmeye, başka bir sözleşmeciyle devam edileceği ortadadır.

İdari sözleşmelerde sözleşmenin feshi cezası, söz konusu sözleşmenin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmesi<sup>43</sup> bakımından farklı birtakım özelliklere sahip bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerine uygulandığı zaman "imtiyazın düşürülmesi"<sup>44</sup> (*déchéance de concession*) ismini taşıyan sözleşmenin feshi,<sup>45</sup> İdare tarafından doğru-

<sup>41</sup> de Forges, s.83.

<sup>42</sup> A.g.e., s. 83.

<sup>43</sup> Aslında "imtiyaz sözleşmesi" kavramı yerine "yetkilendirme sözleşmesi" veya "yetki verme" sözleşmesi kavramının kullanılması daha isabetli olur. Bu önerinin gerekçesi için bkz. Hasan Dursun, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 125, Yıl: 129, Temmuz-Ağustos 2016, s. 144 dn. 125.

<sup>44</sup> Onar, bu cezayı "imtiyazın ıskatı" olarak adlandırırken (Onar, s. 1639), Gözler ve Kaplan "imtiyazın düşmesi" olarak adlandırmakta, (Bkz. Gözler ve Kaplan, s. 466), Ulusoy ise salt "ıskat" terimini kullanmaktadır. Yazar, ıskatın, sözleşmenin İdarece olağanüstü biçimde tek yanlı sona erdirilmesi olduğunu, bu yolun ayrık-sı bir yöntem olup ancak imtiyazcının ağır kusuruyla hizmeti yürütmeyi ciddi biçimde aksatması halinde başvurulabileceğini, ıskat halinde imtiyazcının kendi kusurunun olması nedeniyle İdarenin tazmin borcunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Yazar, ıskat yoluna örnek olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile Çukurova ve Antalya bölgelerinde elektrik üretim, dağıtım ve iletim hizmetleri yürüten ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerine 2004 yılında el konulması ve imtiyaz sözleşmelerinin İdarece tazminatsız olarak tek yanlı feshedilmesini göstermektedir. Bkz. Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara 2019, s. 369.

<sup>45</sup> İdare, kanun veya sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinde sözleşmecinin kusurunun bulunduğu durumlarda, bir ceza olarak idari sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Ancak İdare, sözleşmecinin herhangi bir kusuru olmasa bile hizmet ve kamu yararının gerekleri doğrultusunda sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Rachat "raşa diye okunur" olarak ifade edilen bu durumda İdare,

dan verilebileceği gibi idare tarafından mahkemeye başvurularak da sağlanabilir.<sup>46</sup> Ancak, imtiyaz sözleşmeleri bakımından sözleşmenin salt mahkeme kararıyla sona erdirilebileceği, tersine bir deyişle, idarenin doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidemeyeceği koşulu konulabilmesine rağmen, diğer idari sözleşmeler bakımından böyle bir koşulun öngörülmesi olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşmeleri dışındaki diğer idari sözleşmeler bakımından İdarenin sözleşmeyi feshedemeyeceği, bu feshin salt mahkeme kararıyla yapılabileceği yönündeki “şart” geçersizdir.<sup>47</sup> Kanımızca böyle bir sonuca idari sözleşme kavramının tanımından da ulaşılabilir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için karşı tarafın, bir başka deyişle, sözleşmecinin, kamu hizmetini doğrudan

---

imtiyaz sözleşmesinin süresi içerisinde imtiyazı bütün tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın almakta ve söz konusu sözleşmeye son vermektedir. Bununla birlikte idare, rachat yoluna başvurarak imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği zaman imtiyazcının bütün zararını gidermek zorunda olduğu gibi onun işletmeden beklediği normal kazanç ve kârları da bütünüyle tazmin etmek zorundadır. Ancak rachat, idari ceza olarak kabul edilemez. Daha açık bir deyişle rachat yolu, idari tedbir, dolayısıyla yaptırım niteliğini taşımakta, ancak hiçbir şekilde idari ceza kavramının içerisine girmemektedir. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310-311. Nitekim Ulusoy, haklı olarak, “rachat” yolunun bir ceza değil, imtiyaz sözleşmesinin İdarenin tek yanlı iradesiyle “olağan” bir sona erdirme yolu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, imtiyaz sözleşmesinin olağan sona erdirilmesi olan rachat yönteminde, İdarenin, politika değişimi gibi bir nedenle hizmetin asli sahibi olarak artık söz konusu hizmeti bizzat kendisinin yürütmesini tercih ederek, imtiyazcudan kaynaklanmayan, bir diğer deyişle, imtiyazcının kusuru dışındaki bir nedenle sözleşmeyi sona erdirmeye karar verebileceğini ve bundan dolayı da imtiyazcının uğradığı zararı tazmin ederek sözleşmeyi ortadan kaldıracağını ifade etmektedir. Bkz. Ulusoy, s. 369. Aslında Giritli, Bilgen ve Akgüner’in belirttiği üzere rachat işlemini icrai bir işlem olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten de yazarlar, özel kişinin hiçbir kusurunun olmadığı durumda, kamu hizmeti ya da kamu yararı gerektiriyorsa İdarenin bir icrai işlemle idari sözleşmeye son verebileceğini, bu yetkinin, İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin bir devamı ve görünümü olduğunu, bu bağlamda rachat’ın imtiyaz sözleşmelerinin devamı sırasında, imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alınmak suretiyle geri alınmasına ve imtiyaz sözleşmesine son verilmesine ilişkin, İdarenin takdiri olarak vermiş olduğu bir icrai işlem olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. İsmet Giritli-Per-tev Bilgen-Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 860.

<sup>46</sup> Çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari cezalar ile diğer cezalar arasında ancak şekli ve organik bir ölçütle ayırım yapılması yüzünden mahkeme tarafından idari sözleşmenin feshedildiği her durumda idari cezanın bulunmadığı ortadadır. Zira yine çeşitli defalar belirtildiği üzere, bir yaptırma idari ceza denilebilmesi için “olmazsa olmaz koşul” (conditio sine qua non) cezanın İdare tarafından verilmesidir. İdare tarafından verilmeyen bir ceza nitelik itibarıyla idari cezaya benzese bile idari ceza olarak kabul edilemez.

<sup>47</sup> de Forges, s. 83.

doğruya ifa etmesi veya ifasına katılması gerekir. İdari sözleşmelerden imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeci kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa ettiğine göre<sup>48</sup> bu sözleşmelerde idarenin fesih yetkisinin şartla ortadan kaldırılmasının hukuksal açıdan bir sakıncası olmamasına karşın, diğer idari sözleşmelerde, örneğin, idari hizmet sözleşmelerinde idarenin fesih yetkisinin ortadan kaldırılması hukuksal açıdan oldukça sakıncalıdır. Çünkü idari hizmet sözleşmeleriyle karşı âkit, bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmakta, buna karşın, hizmetin asli yürütücüsü konumunda idare bulunmakta, kendisi asli olarak kamu hizmetini yürütücü konumunda bulunduğu için idareye bir takım üstünlük ve ayrıcalıklar verilmesi gerekmektedir. İdarenin, idari hizmet sözleşmesinde sözleşmeyi tek yanlı feshetmesi, söz konusu “üstünlük ve ayrıcalık” kavramının içerisine altlanabileceğinden, bunun aksinin düşünülmesi kanımızca olanaksızdır.<sup>49</sup>

İdari sözleşmelerden kaynaklı olarak verilen ceza türleri üzerinde durduktan sonra, bundan sonraki kısımda, idari sözleşmeye dayalı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olup olmadığına irdelenmesi isabetli olacaktır. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamına idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar giriyor ve bu suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmıyorsa ortada Anayasa'nın ilgili hükmüyle uyumsuz bir durum var demektir.

### 3. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLI OLARAK VERİLEN CEZALARDA SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ UYGULANIR MI?

Dünyada hemen hemen bütün ülkelerde idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmamakta, bir

<sup>48</sup> İmtiyaz sözleşmeleri; bir kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca, sermayesi, kârı, hasarı ve zararı kendisine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesidir. Bkz. Dursun, İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükmü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı? s. 116. Görüldüğü üzere imtiyaz sözleşmeleri doğası gereği uzun süreli olmakta ve bu sözleşmelerin sermayesi, kârı, hasarı ve zararı sözleşmeciye ait olmakta ve onun tarafından bir kamu hizmeti kurulmakta ve/veya işletilmektedir. Bu nitelikleri dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinde fesih yetkisinin yalnızca mahkemeye verilmesi yönünde sözleşmeye şart konulması hukuksal açıdan olanaklıdır.

<sup>49</sup> Krş. Günay, İdare Hukuku, 2004, s. 169.



başka deyişle, söz konusu cezalar, önceden “kanun” ile belirlenmemektedir. Neredeyse evrensel olarak geçerli bu durum, Türkiye açısından “evleviyetle” (afortiori) geçerli bulunmaktadır. Gerçekten de Türkiye’de uygulanan üç idari sözleşme türünün hiçbirisinde kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Bu bağlamda idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan idari hizmet sözleşmelerinden doğan disiplin cezalarında kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesine göre, kamudaki dört istihdam biçiminden birisini oluşturan ve kendileriyle idari hizmet sözleşmesi yapılan “sözleşmeli personel”, özel bir mesleki bilgiye ve uzmanlığa gereksinim gösteren geçici işlerde çalıştırılabilir. İşçi niteliği taşımayan sözleşmeli kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır.<sup>50</sup> Kendileri ile geçici olarak idari hizmet sözleşmesi yapılan sözleşmeli personele uygulanacak disiplin suç ve cezaları hakkında 657 sayılı Kanun veya başka bir kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığına göre söz konusu hizmet sözleşmesinin ihlalden kaynaklı suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığı açıktır.

Türkiye’de uygulaması bulunan diğer bir tür idari sözleşme türü olan “kamu istikraz sözleşmeleri”nden kaynaklı suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Gerçi devletin iç ve dış “borçlanması” (istikrazı), 28.03.2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da düzenlenmesinden dolayı kamu istikraz sözleşmelerinde kanunilik ilkesinin uygulandığı izlenimi doğabilir. Ancak bu izlenim bütünüyle bir yanılısamadan ibaret olup kamu “istikraz” (borç) sözleşmelerinin 4749 sayılı Kanun’da ismen dahi zikredilmediğini belirtmek gerekir.

İdari sözleşmelerin içerisinde en çok uygulanan “imtiyaz sözleşmeleri”ne gelince, bu sözleşmeler bakımından da kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanmadığını belirtmek gerekir. Söz konusu sözleşmeler, idari sözleşmeler içerisinde en fazla uygulandığına<sup>51</sup> göre konu hakkında ilave açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Türkiye’de imtiyazın yasal çerçevesini, II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan 10.06.1910 tarih (Takvimi Vakayı, 24 Haziran 1326) ve 1326

<sup>50</sup> Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 92.

<sup>51</sup> Fazla bilgi için bkz. Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 91.

sayılı telaffuzu bile oldukça zor olan Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun oluşturmaktadır. İmtiyaz konusunda genel bir kanun niteliğini taşıyan 1326 tarihli Kanun, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak doğabilecek idari suç ve cezalar konusunda herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu yüzden uygulamada söz konusu suç ve cezalar, sözleşme ilişkisine dayalı olarak idare ve karşı âkit tarafından birlikte kararlaştırılmakta, böylelikle yalnızca imtiyaz sözleşmesinden doğmaktadır.<sup>52</sup> Kısacası, uygulamada, imtiyaz sözleşmeden kaynaklanan idari suç ve cezaların kaynağını, salt sözleşme oluşturmaktadır.<sup>53</sup>

Uygulamada görülen bu durumu olağan olarak karşılamak oldukça güçtür. Zira imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak idarenin uyguladığı disiplin cezaları, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşıdığı, bir başka deyişle, her türlü cezada bir özgürlük sınırlandırması bulunduğu için imtiyaz sözleşmesi kaynaklı disiplin cezalarının da kanuna dayanması anayasal bir gerekliliktir.<sup>54</sup> İmtiyaz sözleşmelerinin ancak yasal sınırlar içerisinde yapılabilmesi olanaklı olduğuna<sup>55</sup> göre söz konusu sözleşmeden kaynaklanan disiplin cezaları da ancak kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde olanaklı olmalıdır.<sup>56</sup> Bu bağlam-

<sup>52</sup> Franck Moderne, "La sanction administrative (éléments d'analyse comparative)", RFDA, Mai-Juin 2002, s. 486.

<sup>53</sup> Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 228.

<sup>54</sup> Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında "suç ve cezada kanunilik" (nulum crimen nulla poena sine lege) ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükümlerinde "adli suç ve cezalar" ile "idari suç ve cezalar" arasında bir ayırım yapılmadığına göre idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanması anayasal bir gereklilik oluşturmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere idari cezalar; İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ olup olmamasına göre halka yönelik idari ceza ve disiplin cezası olmak ikiye ayrılır. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari cezalarda idare ile imtiyaz sahibi arasında özel bir bağ bulunduğuna göre bu tür cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına atlanması olanaklıdır. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197-380. Krş. Eisenmann, s. 35.

<sup>55</sup> Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi, 21 Temmuz 1983 tarih ve 66/1983 sayılı kararında; İspanyol Anayasası'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin, ceza hukuku suç ve cezalar ile tüm idari suç ve cezaları da kapsamına aldığı, buna karşın, söz konusu ilkenin özel hukuk yaptırımlarında ve özel hukuka tabi işleri kapsamına almadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 197-198 ve dn. 9, 229. Bu karardan, İdarenin özel hukuka tabi sözleşmelerinden kaynaklanan yaptırımların suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olmamasına karşın idari sözleşmelerden ve bu meydana imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların kanunilik ilkesine tabi

da imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari suç ve cezalarda anayasal nitelikteki kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için kanunda veya kanunun açık yollamasıyla imtiyaz sözleşmesinde öngörülebilecek suç ve cezaların bizzat kanun tarafından tam olarak düzenlenmesi gerekir.<sup>57</sup> 1326 tarihli Kanun'da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların düzenlenmesi şöyle dursun bunlardan kavramsal olarak bile bahsedilmediğine<sup>58</sup> göre ortada Anayasa'nın 38. maddesine bir uyumsuzluk bulunduğu aşikârdır.<sup>59</sup>

olduğu sonucu çıkartılabilir. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına altlanılabilir.

<sup>57</sup> Krş. Eisenmann, s. 37. Ancak özellik gösteren bir durumda idari sözleşmede kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bu hal, kanunun kimi zaman kendi koyduğu koşullardan idarenin ayrılmasına izin vermesi durumudur. Bu durumda idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemez. Krş. Eisenmann: 39. Böyle bir durumda idari sözleşmenin tarafı olan idare ile karşı âkit, karşılıklı özgür iradeleriyle idarenin ceza verebilme koşullarını belirleyebilirler. Zira kanun, kendi koyduğu koşulların aksinin sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceğini kabul ettiğine göre taraflarca kararlaştırılan koşullara uyulmaması durumunda idarenin uygulamış olduğu ceza, kanunilik ilkesini ihlal etmez. Daha açıkçası, böyle bir durumda, idarenin, kanunun öngördüğü koşullardan farklı olarak ceza vermesini de bizzat kanun öngörmüştür.

<sup>58</sup> 1326 tarihli Kanun imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı suç ve cezalardan kavramsal olarak bahsetmediği gibi gereksinimleri karşılamaktan uzak, yetersiz ve garip hükümlere de sahip bulunmaktadır. Örneğin, Kanunun 7. maddesinde; imtiyazın sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devir olunacağından bahsedilmekte, 9. maddesinde ise Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunlarının, ekinde yer alan sözleşme ve ilgili evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunacağı ifade edilmiştir. Dünyanın hiçbir ülkenin kanununda imtiyaz alacak şirketin "anonim" şirket statüsünde olması aranmamakta ayrıca bu koşul Avrupa Birliği normlarına da aykırı düşmektedir. Öte yandan imtiyaz sözleşmelerinin Meclis tarafından onaylanması koşulunun aranması da günümüz koşullarına aykırı düşmektedir. Nitekim 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde "imtiyaz" sözleşmelerini onaylama yetkisi TBMM'ne verilmişken bu koşul, 1961 Anayasası ile birlikte günümüz koşullarına uygun düşmediği gerekçesiyle kaldırılmıştır. Öte yandan Cumhuriyet döneminde yaşanılmasına karşın, Osmanlı anonim şirketinden ve Meclisi Mebusan ile Meclisi Ayandan bahseden bir kanun metninin değiştirilmemesinin ne kadar bir garabet doğurduğu ortadadır. Fazla bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 108-109.

<sup>59</sup> Aslında imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların açık bir şekilde düzenlenmesi anayasal bir gereklilik oluşturmasının yanında, imtiyazın konusunu oluşturan kamu hizmetinin doğru, dürüst ve düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için de söz konusu sözleşmelerde idari cezaya yer verilmesi yaşamsal bir önem taşır. Öte yandan idari sözleşmelerden kaynaklı olarak suç ve cezalara yer vermek ahlaki bir gereklilik de oluşturmadır. Gerçekten de doğal hukuk teorisine

Anayasanın 38. maddesi bakımından bahsedilen uyumsuzluğu giderebilmek için günümüz ihtiyaçlarına da cevap vermekten oldukça uzak olan 1326 tarihli Kanun bütünüyle kaldırılarak, onun yerine, “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Tarafından Yetkilendirme Sözleşmesi ile Gördürülmesi Hakkında Kanun çıkartılmalı,<sup>60</sup> söz konusu kanunda “imtiyaz” (yetkilendirme) sözleşmelerinden kaynaklı olarak idarenin verebileceği tüm cezalar açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

## SONUÇ

Bu çalışmada görüldüğü üzere idari sözleşmeden doğan suç ve cezalar bakımından tam bir düzenleme boşluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda ülkede uygulaması bulunan idari hizmet sözleşmelerinden, kamu istikraz sözleşmelerinden ve imtiyaz sözleşmelerinde ne tür suç ve cezaların doğduğu düzenlenmemiş, konu bütünüyle tarafların yapmış olduğu sözleşmelere bırakılmıştır. Bu durum temel olarak iki açıdan sakınca taşımaktadır. Bunlardan ilki, devletin borçlanması bakımından kamu “istikraz” (borçlanma) sözleşmelerinin, kamu istihdamı bakımından idari hizmet sözleşmelerinin, uygulanan özelleştirme politikaları nedeniyle imtiyaz sözleşmelerinin Türk hukuku bakımından

---

göre “doğa durumunda” herkes hür olup hiç kimse başka bir kimsenin egemenliği altında bulunmamaktadır. Bu bağlamda hiç kimsenin başka bir kişi üzerinde ahlaki yetkisi de bulunmamaktadır. Bu teoriye göre sosyal sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, toplum üyeleri doğal hürriyetlerinden vazgeçmişler ve egemen gücün emirlerine uymanın ahlaki bir yükümlülük olduğunu kabul etmişlerdir. Bu anlayışa göre idari sözleşme özelinde idarenin özel bir kişi üzerinde ahlaki bir yetkisi bulunmakta, bu yetkinin doğumu için iradelerin birleşmesine gereksinim bulunmaktadır. İdari sözleşme ile kişi belirli bir özgürlüğünden vazgeçmekte ve idareye kendisi ile ilgili olarak belirli bir yetki tanımaktadır. İdari sözleşme böyle bir bağlılığı belirgin bir biçimde açıklamaktadır. İdari sözleşme durumunda idarenin ve karşı âkidi oluşturan özel kişinin hak, yetki ve yükümlülükleri açıklanmaktadır. Demek ki hak, yetki ve yükümlülükleri yaratan husus, iradelerin birleşmesidir. Ancak iradelerin, iradesini bağlayan kişinin dışındaki başka insanlar tarafından bilinebilecek biçimde açıklanmış olması gerekir. İdare beyanı, hukuk hayatında iradesini beyan eden kişinin kendi özgürlüğünden belirli bir fedakârlıkta bulunması anlamını taşır. Bir başka deyişle, söz vermek, bir hakkın devredilmesi olarak yorumlanmakta ve bu bağlamda idarenin ceza vermesinin sağlam bir ahlaki temeli bulunmaktadır. Krş., Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 130-131.

<sup>60</sup> Bu önerinin gerekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 99-146.

büyük önemi bulunmasına rağmen söz konusu sözleşmelerin düzenlenmemesi<sup>61</sup> ve doğal olarak bu sözleşmelerden kaynaklanan suç ve cezalara temas edilmemesi hukuki altyapı yetersizliğine yol açmıştır. Bu durum ekonomik ve hukuksal istikrarı bozucu bir nitelik taşıdığı gibi kamu istihdamında da memur güvencesi esasına aykırılık oluşturmaktadır. Ekonomik ve hukuksal güvenlik ilkeleri ile memur güvencesi ilkesine uyum sağlayabilmek için söz konusu alanlarda yeni kanunların yapılmasına büyük bir gereksinim bulunduğunu belirtmek gerekir.

İkinci olarak, idari hizmet sözleşmelerinden, kamu istikraz sözleşmelerinden ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan suç ve cezaların kanunla düzenlenmemesi, Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen “suç ve cezada kanunilik” ilkesine uyumsuzluk oluşturmaktadır. Zira Anayasanın söz konusu fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken yukarıda belirtildiği üzere yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği aranmamış, her türlü suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği ima edilmiştir. Burada idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezaların gerçek anlamda “suç” ve “ceza” oluşturup oluşturamayacağı sorusu akla gelebileceğinden konu hakkında ilave açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar, idari suç ve cezaların kapsamına girer. İdari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza arasında niceliksel veya niteliksel bir fark bulunmamakta, bahsedilen suç ve cezalar birbirinden organik ve şekli ölçütle ayrılabilir. Bu bağlamda İdare tarafından idare hukuku, özellikle idari usul kuralları uygulanarak cezalandırma amacıyla yapılan işlemler idari cezaları oluşturmakta, buna karşın, mahkeme tarafından ceza muhakemesi kuralları uygulanarak cezalandırma amacıyla verilen hükümler, ceza hukuku cezalarını oluşturur.<sup>62</sup> Görüldüğü üzere idari suç ve cezalar ile ceza hukuku

<sup>61</sup> İmtiyaz sözleşmeleri ayrık tutulursa. Bununla birlikte imtiyaz sözleşmeleri bakımından temel norm olan 1326 sayılı Kanun’un yapmış olduğu düzenlemeler; yetersiz, eksik ve hatalıdır. Kanunun yetersizlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 97-109.

<sup>62</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik

suç ve cezaları ancak organik ve şekli bir ölçütle birbirinden ayrıldığına göre idari suç ve cezalar da gerçek anlamda “suç” ve “ceza”nın kapsamına girer.

Yine yukarıda belirtildiği üzere idari suç ve cezaların; halka yönelik idari suç ve cezalar ve disiplin suç ve cezaları şeklinde iki türü bulunmaktadır. Bu bağlamda idari ceza, yalnızca kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezasını, bir başka deyişle, İdarenin iç bünyesinde uygulanan cezaları değil, yalnızca kamu hizmetinden yararlanan kişiler için öngörülen cezaları da kapsar. Bu kapsamda idari ceza, örneğin; disiplin cezası olarak, idari sözleşmeden kaynaklanan ceza veya iznin iptali gibi İdareyle daha önceden ilişkisi bulunanlara uygulanabildiği gibi örneğin idari polis cezalarında olduğu gibi İdareyle daha önceden ilişki içerisinde olmayanlara da uygulanabilmektedir.<sup>63</sup>

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari sözleşmelerden kaynaklanan suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarının kapsamına girmektedir. Gerek Türk öğretisinde gerekse uygulamada disiplin suç ve cezalarının salt kamu görevlilerini ilgilendirdiği şeklinde bir algı bulunmaktadır. Bu algı hatalıdır. Disiplin suç ve cezaları yalnızca kamu görevlilerini ilgilendirmekle kalmamakta, bunun yanında mahkûmluk, öğrencilik, askerlik, idari sözleşme gibi kişinin idareyle arasında özel bir bağ bulunan her durumda da disiplin suç ve cezalarıyla karşılaşılmaktadır.

İdari suç ve cezanın, disiplin suç ve cezası alt kümesine giren idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmaması, olağan olarak karşılanamaz. Zira yukarıda bahsedildiği üzere, idari sözleşmeden doğan ve idarenin uyguladığı cezalar, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, nasıl ki verilen her cezada bir özgürlük sınırlanması olgusuyla karşılaşırsa idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen idari cezalarda da özgürlük sınırlanması olgusuyla karşılaşırlar. Örneğin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak karşı âkide bir ceza uygulandığı takdirde cezanın muhatabının malvarlığı sınırlandırılmış olmakta, idari hizmet sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kişinin çalışma özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır. Bu yüzden idari sözleşmelerden kaynaklı di-

<sup>63</sup> İlkesi, s. 383 vd.  
Delmas ve Teitgen, s. 18, 26.

siplin cezalarının da kanuna dayanması bir gerekliliktir. Bu bağlamda idari sözleşmelerden kaynaklanan disiplin suç ve cezalarının, ancak kanun tarafından öngörüldüğü takdirde uygulanmasının olanaklı olduğunu belirtmek gerekir.<sup>64</sup>

Burada, akla, Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen; hukuka uygun olarak yapılan bir sözleşmenin tarafların kanunu olduğunu bildiren hükmü gereği sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılan suç ve cezaların, kanunilik ilkesinin gereğini yerine getirip getirmediği sorusu sorulabilir. Peşinen belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmü yalnızca özel hukuk sözleşmelerinde geçerli<sup>65</sup> olup kamu hukukunun kapsamına gi-

<sup>64</sup> Bazıları, idari sözleşmelerden kaynaklı suç ve cezaların, diğer idari cezalardan farklı olarak, İdarenin salt yaptırım gücüne dayalı olarak doğduğunu, dolayısıyla kanunilik ilkesine tabi tutulamayacağını ima etmektedirler. Kanımızca bu ima yerinde değildir. Zira diğer her çeşit idari ceza da İdarenin yaptırım gücünden doğmaktadır. İdarenin yaptırım gücüne sahip olması ancak kanuni dayanağının bulunması durumunda hukuki olabilir ve bir anlam ifade edebilir.

<sup>65</sup> Aslında Fransız Medeni Kanunu'nun "Code Napoléon" bu hükmünden, özel hukuk sözleşmelerinde yalnızca taraf iradelerinin birbirine uygunluğunun geçerli olduğu, kanun veya mahkemenin özel hukuk sözleşmelerine hiçbir şekilde müdahale etmeyeceği gibi bir sonucun çıkartılmaması gerekir. Bu sonuca ulaşmada üç gerekçe vardır. Bunlardan ilki, özel hukukta "sözleşme benzeri, akit benzeri" (quasi contract) diye adlandırılan bir takım hukuki işlemler bulunmakta ve bu işlemlere kanun veya mahkeme tarafından müdahale edilmektedir. Osmanlıca "şibh-i akd" denilen sözleşme benzeri; taraflar arasında bir anlaşmanın olmadığı durumlarda kanunun yarattığı yükümlülük anlamına gelir. Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerde örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde "sözleşme benzeri" kavramı; "common law" (teamüli hukuk) mahkemelerinin icat ettiği hukuksal bir faraziye olup gerçekte bir sözleşme olmadığı halde taraflar birbirine söz vermişesine sözleşmeye dayalı olarak adaletin gerektirdiği yükümlülükleri mahkemenin sözleşmenin taraflarına yüklemesi anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, "haksız zenginleşme" (unjust enrichment) durumu ile sözleşmenin taraflarının birbirine söz vermediği ve tarafların niyeti veya iradelerinin karşılıklı olarak birbirine uyumlu olmadığı durumlarda sözleşme taraflarına birtakım zorunlu yükümlülükler öngörebilmektedir. Sözleşme benzerinin temelini, adalet ve hakkaniyet gerekleri ile haksız zenginleşme öğretisi oluşturmaktadır. Sözleşme benzeri durumunda doğan yükümlülük, sözleşmeye dayalı olarak doğmamakta, tarafların anlaşmasının yokluğu üzerine hukuk tarafından yaratılmaktadır. Örneğin, sözleşmenin tarafların birisi veya diğer bir kimse, başka bir kimsenin parası veya eşdeğer bir şeyini alıkoysa o kimsenin o şeyi alıkoyması, hakkaniyete ve iyi niyet kurallarına uygun düşmediğinden ona paranın veya malın iadesi mahkeme tarafından emredilmektedir. Sözleşme benzeri, daha önceleri, tarafların niyetlerini veya iradelerini göz ardı eden "hukuksal zımni akit" (contract implied in law) olarak bilinmekteydi. Sözleşme benzeri durumunda mahkemece taraflara yüklenen yükümlülük, tarafların iradelerinin aksine hatta kimi durumlarda onları düş kırıklığına uğrattıcı tarzdadır. Bkz. Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co.,

USA 1979, s. 284, 293, 1120. Sözleşme benzeri kavramı, “imalı akit, zımni akit” (implied contract) ve “pozitif akit” (constructive contract) kavramlarına benzerlik göstermektedir. Bir sözleşme türü olan pozitif akit durumunda; adaletsizliği önleyebilmek için tarafların iradelerinden doğan değil sözleşmenin uygulanması sırasında kaynaklanan yükümlülükler kastedilmektedir. Pozitif akit, kimi zaman akit benzeri veya hukuksal zımni akit olarak adlandırılmakta ve “olgusal zımni akitler”in (contracts implied in fact) tersini oluşturmaktadır. Olgusal zımni akit durumunda tarafların gerçek niyeti, onların kullandığı sözcüklerden değil de yapılan işin işleyiş tarzından çıkarılmakta ve bu akitler, gerçek akit olarak adlandırılmaktadır. Kısacası, pozitif akit durumunda, tarafların sözcüklerle veya fiilleriyle onayladıkları açıklamalara itibar edilmeyip adalet gerekçesiyle yaratılan yükümlülükler kastedilmektedir. Black’s Law Dictionary, s. 284. Zımni akit ise “açık akit” (express contract) kavramının tersini oluşturmaktadır. Açık akit durumunda, taraflar, sözlü veya yazılı olarak, sözleşmenin yapılması sırasındaki koşullar üzerinde açıkça iradelerini beyan ederek veya bildirerek tam bir anlaşma yaparlar. Buna karşın zımni akit, tarafların açık bir anlaşmasıyla yaratılmamakta veya ortaya konulmamakta, tarafların fiilleri veya davranışlardan makuliyet ve adalet gereği hukuk tarafından bir sonuç çıkartılması üzerine oluşmaktadır. Bu bağlamda, hukuki işlemin çevresini kuşatan koşulların, tarafların zımni bir anlaşmayla sözleşme yaptıklarını makul, hatta gerekli olduğunu varsaymaktadır. Zımni akitler kimi zaman “olgusal zımni akitler” ve “hukuksal zımni akitler” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Olgusal zımni akit durumunda, olgulardan bir sözleşme olduğu sonucuna varılırken, hukuksal zımni akit durumunda, tarafların açık veya örtülü anlaşma veya irade açıklamalarından değil, hatta onların iradelerine ve tasarımlarına aykırı olarak taraflara hukuk tarafından yükümlülükler konulmaktadır. Taraflara söz konusu yükümlülüğün konulmasının ana nedenini, sanki taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi taraflar arasındaki koşulların bir tarafa hak verilmesini, buna mukabili diğer tarafa ise “yükümlülük, külfet” (obliegenheit) konulmasını gerektirmesidir. Bu tür bir yükümlülük, kişinin bir şey yapmaya söz vermiş olduğunun hukuksal açıdan varsayıldığını ve hukukun varsayımını kişinin yapmak zorunda olması esassından doğmaktadır. Bu yüzden açık sözleşme durumunda tarafların sorumluluğu sözleşmeden doğmasına karşın, hukuksal zımni akit durumunda durum tersine çevrilerek, sorumluluk yüzünden sözleşmenin zımnen var olduğu veya doğduğu anlayışı kabul edilmektedir. Ancak hukuksal zımni akit durumunda doğan yükümlülüğün sözleşmeden doğan sorumluluk olarak adlandırılması doğru değildir. Zira tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri bulunmadığından aslında ortada bir sözleşme yoktur. Bu yüzden söz konusu yükümlülüklerin “sözleşme benzeri” (quasi contract) olarak adlandırmak daha uygundur. Bkz. Black’s Law Dictionary, s. 292-293. Sözleşme benzeri kavramı, Türkiye’nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde daha farklı olarak anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde sözleşme benzeri; belirli konularda sözleşmenin tarafları arasında açık bir uyum veya anlaşma olmamasına karşın sözleşme ilişkisi çerçevesinde yapılan işlemlerden dolayı sözleşmenin taraflarına karşılıklı hak verilmesi ve yükümlülük yüklenmesi anlamını taşımaktadır. Yine kimi durumlarda, sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı, karşılıklı yükümlülük yüklediği haller ile bir kimsenin hukuki ve bütünüyle gönüllü olarak yaptığı eylemler nedeniyle üçüncü bir kişiye karşı doğan herhangi bir yükümlülüğü de sözleşme benzeri olarak adlandırılmaktadır. Black’s Law Dictionary, s. 293. İkinci olarak, sözleşme halinde hukuki sonucu yaratan hususun “kanun” olmasıdır. Gerçekten de bir hukuk işlem olan sözleşmede hukuki sonucu doğuran nedeni “kanun” (objektif hukuk) oluşturmaktadır. Nitekim Duguit, haklı olarak, sözleşmelerde bile hukuki sonucu doğuran nedenin tarafların iradesi olmayıp, objektif



ren idari sözleşmeler bakımından geçerli değildir. İdari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için idari sözleşmede ne tip suç ve cezalara yer verileceği, hangi durumlarda bu cezaların uygulanacağı ve hangi koşullarda uygulanmayacağı hususlarının kanunda tam olarak düzenlenmesi gerekir.

---

hukuk olduğunu belirtmektedir. Yazar, daha açık bir deyişle, beyan edilen irade ister tek taraflı isterse çok taraflı olsun hukuki sonuç doğuran nedenin daima objektif hukuk olduğunu, bunun kamu hukukunda veya özel hukukta gerçekleşmesinin bir fark yaratmayacağını savunmaktadır. Bununla birlikte yazar, günümüzde çifte doğrultuda genel bir gelişme eğiliminin doğduğunu, bu bağlamda bir yandan, özel hukukun toplumsallaşması akımının bir sonucu olarak özel hukukta hukuki sonuç doğuran tek taraflı işlemlerin sayısının arttığını, öte yandan, kamu hukuku alanında, hukuki sonucun doğması için çok taraflı irade beyanının uyumuna bağlı tutulan hallerin her geçen gün çoğaldığını, bu artışın temel nedenini egemenlik kavramının azalmasının oluşturduğunu öne sürmektedir. Duguit, s. 39, 43-44. Üçüncü olarak sözleşme halinde subjektif bir hukuki durum bulunduğu için söz konusu durumun düzenlenmesinde kanunun azami özeni göstermesi gerekmektedir. Konu önemli olduğundan ilave birtakım açıklamaların yapılması yerinde olacaktır. Hukukta genel ve sürekli olan objektif hukuki durumların yanında özel ve geçici durumlar bulunmakta ve ancak ferden belirtilmiş bir veya birkaç kişiye karşı ileri sürülebilme ve belirli bir eda yerine getirildikten sonra ortadan kalkmaktadır. Objektif hukuki durumların tersi olan bu duruma subjektif hukuki durumlar denilmektedir. Bu subjektif hukuki durumların çoğu, özel hukuk veya kamu hukukunda bir sözleşmeden doğmaktadır. Yapılan bu sözleşme dolayısıyla iki kişiden birisi borç yüklenmektedir. Sözleşmenin yapılmasıyla hukuki bir durum doğmaktadır zira yüklenilen borcun yerine getirilmesi toplumsal yaptırım ile sağlanmaktadır. Ancak bu durum, yalnızca sözleşme ile bağlanan iki kişiyi ilgilendirmekte, başkaları bakımından sözleşmenin varlığı ile yokluğu arasında bir fark bulunmamaktadır. Bundan dolayı sözleşmeden kaynaklanan hukuki durum özel ve kişisel bir nitelik taşımaktadır. Bundan başka, sözleşmenin içerdiği borcun ifası ister gönüllü, isterse yaptırım ile yerine getirilsin, ifayla birlikte borç ortadan kalkmakta ve hiç sözleşme yokmuş gibi bir durum oluşmaktadır. Bundan dolayı, sözleşmeden doğan hukuki durum, sürekli olan objektif hukuki durumdan farklı olarak "geçici" bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Duguit, s. 31. Duguit, bu subjektif hukuki durumun çoğunun sözleşmeden doğsa bile bir kısmının "tek taraflı tasarruflar" dan (actes unilatéraux), örneğin "akit benzeri" (quasi contrat) işlemlerden doğduğunu ileri sürmektedir. Yazar, hukuki durumları objektif hukuki durumlar ve subjektif hukuki durumlar diye ayırmanın "kanunların geçmişe uygulanması" bakımından büyük öneminin bulunduğunu, yürürlüğe giren bir kanunun objektif durumları değiştirirse de subjektif hukuki durumu değiştiremeyeceğini, zira kamu veya özel hukuk sözleşmelerinin, yeni bir kanun ile hiçbir şekilde değiştirilmesi olanaklı olmayan subjektif hukuki durumlar yarattığını belirtmektedir. Yazar, sözleşmenin kapsamının, tasarrufun yapıldığı anda yürürlükte olan kanun hükümleri uyarınca hukuki bir şekilde tarafların beyan ettikleri irade ile belirlenmiş olduğunu, eğer kanun koyucu yeni kanunun, subjektif tasarruflardan, bu bağlamda sözleşmeden doğmuş bulunan durumlara da uygulanacağına karar verirse, hukukun yüce bir ilkesini, daha somut bir deyişle, "kanunların geçmişi kapsamaması" ilkesini çiğnemiş olacağını savunmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Duguit, s. 32-33, 38.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., USA 1979.
- de Forges Jean-Michel, Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991.
- Duguít Léon, Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren; Süheyp Derbil), AÜHFY, Ankara 1954.
- Dursun Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Eisenmann M. Charles, Le droit Administratif et le principe de légalité, EDCE, 1957, s. 25-40.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Sevinç Matbaası, Ankara 1991.
- Giritli İsmet-Bilgen, Pertev-Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara 2018.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.
- İnan Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 479, Ankara 1984.
- Moderne Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.
- Mireille-Delmas Marty ve Catherine-Teitgen Colly, Punir sans juger, Economica, Paris 1992.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Özay İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2017.
- Ulusoy, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

### Makaleler, Tebliğler, Konuşmalar

- Azrak Ali Ülkü'nün Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 26-38.
- Degoffe Michel, "L'ambiguïté de la sanction administrative", AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 27-33.
- Dursun Hasan, İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükümü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı? Terazi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 115-136.
- Dursun Hasan, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 125, Yıl: 29, Temmuz-Ağustos 2016, s. 85-146.

Gölcüklü Feyyaz, “«İdari Ceza Hukuku” Ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *AÜSBFD*, C. XVIII, S.2, Haziran 1963, s. 115-182.

Moderne Franck, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *RFDA*, Mai-Juin 2002, s. 483-495.

Sauvé Jean Marc, “Les sanctions administratives en droit public français”, *AJDA*, 20 Octobre 2001 spécial, s. 16-24.

Soysal Mümtaz’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 40-51.



# ENJEKSİYON NÖROPATİSİNDEN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARINDA RİSK İLKESİ UYARINCA İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ

THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION ACCORDING TO THE RISK PRINCIPLE IN COMPENSATION CASES ARISING FROM INJECTION NEUROPATHY

Murat ŞAŞI

**Özet:** Kas içi (intramuskuler) enjeksiyon uygulaması, tedavi amaçlı tıbbi işlemler içinde en sık kullanılanı olup, sağlık meslek mensupları açısından temel beceri gerektiren bu uygulamanın ciddi olumsuz sonuçlar çıkaran bir yönü de bulunmaktadır.<sup>1</sup> “İntramuskuler enjeksiyon; 2-5 cc kadar ilacın kas içine verilmesidir. Kas, subkutan dokuya oranla bol damarlı olup, daha az sinir içermektedir. Bu nedenle fazla miktarda ve iritatan ilaçlar verilebilir”.<sup>2</sup> Enjeksiyonun yanlış uygulanması veya enjekte edilen ilacın yayılım ve sinire baskı yapması, siyatik sinirlerde zedelenmeye neden olmakta ve siyatik sinir hasarına bağlı vücut fonksiyon kaybı yaşanabilmektedir.<sup>3</sup> Enjeksiyon nöropatisi nedeniyle açılan tazminat/tam yargı davalarında, idari yargı yerlerince genellikle hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğu değerlendirilmektedir. Çalışmamızda enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarındaki vakalar üzerinden, idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamındaki risk ilkesinin uygulanabilirliği irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kas İçi Enjeksiyon, Enjeksiyon Nöropatisi, Risk İlkesi, İdarenin Sorumluluğu

\* Dr., Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi, sasimurat@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7942-7880, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.06.2020, Kabul Tarihi: 06.06.2020

<sup>1</sup> Volkan Ünal, Esra Özgün Ünal, Abdurrahman Emir, Yusuf Özer, Sadi Çağdır, “Enjeksiyon Nöropatisi Olgularına Adli Tıbbi Yaklaşım”, *Adli Tıp Bülteni*, www.adlitipbulteni.com/index.php/atb/article/download (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

<sup>2</sup> Kenan Kaya, Necmi Seçkin, “Enjeksiyon sonrası gelişen nöropati: Komplikasyon/Malpraktis Ayrımında İnce Bir Çizgi”, *KSÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 2018;13(2) s. 63, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/485057> (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

<sup>3</sup> Nevin Kuloğlu Pazarıcı, Dilek Necioğlu Örken, Münevver Gökyiğit Çelik, Lale Gündoğdu Çelebi, Şenay Aydın, “Postenjeksiyon Siyatik Nöropati: Klinik ve Elektrofizyolojik Özellikler”, *Nöropsikiyatri Arşivi Dergisi*, 2010;47 s. 208.

**Abstract:** The intramuscular injection which requires basic skills for healthcare professionals is the most common use of the medical procedures for treatment purposes used in or outside of all levels of health institutions and organizations. However, there is also an aspect of this procedure which causes serious negative consequences. Intramuscular injection is the procedure of giving the 2-5 cc drug into the muscle. The muscle is abundantly grained compared to the subcutaneous tissue and contains fewer nerves. Therefore, large amounts of irritant drugs can be given. Incorrect application of injection or spreading and urinating of the injectable drug causes damage to the sciatic nerves and the loss of the body functions due to sciatic nerve damage. In the compensation cases subject to the administrative judiciary, the responsibility of the administration is generally evaluated over the service defect. In our study, the applicability of the risk principle within the scope of the absolute liability of the administration will be examined through the compensation cases filed in administrative jurisdictions arising from injection neuropathy.

**Keywords:** Intramuscular Injection, Injection Neuropathy, Risk Principle, Liability of The Administration

## GİRİŞ

İdari yargı yerlerince, enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarını hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmekte ve idarenin kusur sorumluluğu üzerinden davalar sonuçlandırılmaktadır. Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı açılan çok sayıda tam yargı davası bulunmakla birlikte, bu davaların neredeyse tamamında Adli Tıp Kurumu'na bilirkişi incelemesi için başvurulmaktadır. Adli Tıp Kurumu'nun yerleşik hale gelmiş kararlarında ise yetkili sağlık personeli tarafından yapılmayan enjeksiyon uygulamaları hariç olmak üzere, enjeksiyon nöropatisi, kabul edilebilir tıbbi komplikasyon olarak nitelendirilmektedir.<sup>4</sup> Bu nitelermeye bağlı olarak idari yargı yerlerince enjeksiyon nöropatisinden kaynaklanan tam yargı davaları, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle genellikle reddedilmektedir.

<sup>4</sup> Danıştay 15. Dairesi, E: 2015/5835, K: 2016/586, 04.02.2016 "...enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği, mevcut tablonun komplikasyon olarak kabul edildiğinin belirtildiği...kişide meydana gelen sol ayaktaki güçsüzlüğün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir belge mevcut olmadığı, enjeksiyonun doğru yere yapılmış olduğu durumlarda da sinire hasar verebileceği, mevcut tablonun komplikasyon olduğu anlaşıldığından, davalı idarenin hizmet kusurundan söz edilmesi mümkün değildir."

Tıbbi hatalı uygulama (malpraktis) ve komplikasyon, sağlık hizmetinden kaynaklı tam yargı davalarında idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde temel ayırım noktalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda öncelikle “tıbbi hata” ve “komplikasyona” değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

Literatürde tıbbi hatalı uygulama, sağlık personelinin hastanın tedavisi sürecinde ilgili mesleğin gerektirdiği genel kabul görmüş uygulama normlarına uyulmaması nedeniyle hastanın yaralanmasına sebebiyet veren hatalı uygulama veya ihmali davranış olarak tanımlanmakta iken; komplikasyon, belli bir hastalığın tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek öngörülebilir nitelikteki belirtiler veya hastalıklar olarak tanımlanmaktadır.<sup>5</sup>

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13'üncü maddesinde tıbbi hata, tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği, hastaya uygun tedavi uygulanmaması; tıbbi hata olarak tanımlanabilir.<sup>6</sup> Danıştay'a göre komplikasyon, tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmış olmasına ve her türlü tedbir alınmış olmasına rağmen meydana gelen zararlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> Yine Danıştay'ın bir kararında komplikasyon, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir ki; bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Mustafa Levent Özgönül, Berna Arda, Necati Dedeoğlu, “Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi* 2019;27(1): s.48, <https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-tip-etigi-ve-hukuk-acisinden-tibbi-hata-malpraktis-ve-komplikasyon-kavramlarinin-degerlendirilmesi-84187.html>, (Erişim Tarihi:07.02.202)

<sup>6</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2013/4526 K2016/3551, 16.05.2016

<sup>7</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2013/10563, K:2014/3955, 21.05.2014

<sup>8</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2013/4526 K2016/3551, 16.05.2016

Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilirse ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemez ve önlenemiyorsa veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir.<sup>9</sup> Yine bu noktada, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması gereklidir. Komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir.

Enjeksiyon sonrası kişide gelişen sıyatik sinir hasarından kaynaklı tam yargı davalarında, hizmet kusuru yani kusur sorumluluğu üzerinden idarenin sorumluluğuna gidildiğinden öncelikli olarak idari yargı yerlerinin mevcut içtihadı üzerinden enjeksiyon nöropatisine ilişkin idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu meselesi irdelenecektir.

## I. ENJEKSİYON NÖROPATİSİNDE İDARENİN KUSUR SORUMLULUĞU

İdari yargı yerlerince enjeksiyon nöropatisi nedeniyle açılan tam yargı davalarında genel olarak idarenin hizmet kusuru üzerinden değerlendirme yapıldığı görülmektedir.<sup>10</sup> Hizmet kusuru, idarenin kusur sorumluluğunu ifade etmekte olup, gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru; idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik ve sakatlık olarak tanımlanmaktadır.<sup>11</sup>

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı açılan tam yargı davalarına ilişkin idari yargı yerlerince verilen kararlar incelendiğinde genellikle

<sup>9</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2013/4546 K2016/3591, 16.05.2016

<sup>10</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2014/7279, K:2019/538, 12.02.2019

<sup>11</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2016/6580, K:2016/5846, 06.12.2016.



Adli Tıp Kurumu'ndan alınan bilirkişi raporlarındaki komplikasyona yönelik tespitler dikkate alınarak davanın reddine karar verilmektedir. Adli Tıp Kurumu raporlarında genellikle, "...enjeksiyon sonucu gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, ancak tıbbi belgelerde enjeksiyonun yanlış yere uygulandığına dair bir kayıt bulunmadığı, enjeksiyonun doğru bölgeye uygulanması durumlarında da ödem, hematoma, ilacın difüzyon yoluyla sinire toksik etkisi, vücut yapısı, siyatik sinirin anatomik lokalizasyon farkı gibi nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir bir komplikasyonu olarak değerlendirildiği, idareye yönelik hizmet kusuru tespit edilemediği..."<sup>12</sup> şeklindeki tespitlere yer verildiğinden hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğuna gidilememektedir.

Sağlık hizmetinden kaynaklı tam yargı davalarında özellikle enjeksiyon işlemi gibi sağlık meslek mensuplarının bizzat uyguladığı tıbbi işlemlerde, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde idarenin ajanlarının dikkat ve özen yükümlülüğü ön plana çıkmaktadır. Bunun haricinde idarenin bilgilendirme yükümlülüğü de diğer bir sorumluluk meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada öncelikle idari yargı yerlerinin mevcut içtihadı bağlamında enjeksiyon nöropatisi vakalarındaki sorumluluk ve sorumsuzluk hallerine ilişkin genel bir belirleme yapılması uygun olacaktır.

### A.1. Bilgilendirme Eksikliğinden Kaynaklı Hizmet Kusuru

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 2'nci maddesi, kişilerin yaşam hakkının yasaların koruması altında olduğunu belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ye göre Sözleşme, özel ya da kamu hastanelerine hastaların yaşamını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulmasını, bir pozitif yükümlülük olarak devlete yüklemektedir.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2014/7279, K:2019/538, 12.02.2019

<sup>13</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bilsen Tamer/Türkiye, Başvuru No:60108/10, 26 Ağustos 2014. "Mahkeme, birçok defa, Sözleşmenin 2. maddesinin gerektirdiği şekilde, etkin bir adli sistemde cezai yaptırım mekanizmasının bulunabileceğini ve bazı koşullarda da bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, yaşam hakkı veya fiziksel bütünlük kasten ihlal edilmediğinde, bu maddeden doğan, etkin bir adli sistem oluşturma pozitif yükümlülüğü, her hâlükârda cezai nitelikte bir başvuru gerektirmemektedir. Tıbbi ihmaller çerçevesinde, böyle bir yükümlülük, örneğin, söz konusu hukuk sisteminin, ilgililere, suçlanan doktorların sorumlulu-

*“Mahkeme, tıbbi ihmal iddiası bağlamında, tedavi ile ilgili devletin maddi pozitif yükümlülüğününün, düzenleme yapmak ödeviyle, yani kamusal olsun veya olmasın hastaneleri hastalarının yaşamlarını korumak için uygun tedbirler almaya zorlayan etkili bir mevzuat oluşturma ödeviyle sınırlı olduğunu” belirtmektedir.<sup>14</sup>*

AİHM’ye göre sağlık personelinin yüksek mesleki standartlara sahip olması ve hastaların yaşamının korunması için devlet tarafından yeterli mevzuat hükümleri getirilmiş olması halinde, bir sağlık personelinin belirli bir hastayı tedavi ederken yaptığı değerlendirme hatası veya sağlık çalışanları arasındaki koordinasyon ihmali, kendiliğinden devletten Sözleşme’nin 2’nci maddesindeki yaşamı koruma yükümlülüğü açısından hesap sormak için yeterli değildir.<sup>15</sup>

Tıbbi hatadan kaynaklı vücut bütünlüğünde meydana gelen uzuv veya fonksiyon kayıpları, AİHS’nin 8 inci maddesi kapsamında özel yaşama saygı başlığı altında değerlendirilmektedir.<sup>16</sup> AİHM, bireyin ruhsal ve fiziksel bütünlük hakkını, AİHS 8’inci madde kapsamında korunan hukuki bir çıkar olarak kabul etmekte ve Sözleşmeye taraf devletlerin bu hakkı ihlal etmemeye yönelik negatif yükümlülüklerinin yanı sıra bu hakkı etkili bir şekilde koruyacak pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu kararlarında belirtmektedir.<sup>17</sup>

---

ğunu belirlenmesi ve gerektiği takdirde duruma uygun tüm hukuki cezaların uygulanması amacıyla, tek başına hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler önünde veya ceza mahkemeleri önünde bir başvuruyla birlikte müştereken bir başvuru yolu sunması halinde de yerine getirilebilir.”

<sup>14</sup> Osman Doğru, Yaşam Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 286.

<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bilsen Tamer/Türkiye, Başvuru No:60108/10, 26 Ağustos 2014. “Sözleşmeciler bir Devletin, sağlık görevlilerinin yeterliliğinde yüksek bir seviye sağlamak ve hastaların yaşamını güvence altına almak için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, bir sağlık görevlisi tarafından hatalı karar verilmesi veya özellikle bir hastanın tedavisi çerçevesinde sağlık görevlileri arasında kötü bir koordinasyon sağlanması gibi konuların, pozitif yükümlülüğü çerçevesinde Sözleşmeciler Devleti, Sözleşme’nin 2. maddesinden doğan yaşam hakkını koruması için zorlamaya kendiliğinden yetebileceğini hatırlatmaktadır (daha önce anılan Powell, Nitecki/Polonya (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 65653/01, 21 Mart 2002 ve Byrzykowski/Polonya, No. 11562/05, § 104, 27 Haziran 2006). Mahkeme aynı zamanda, sağlık personellerinin klinik kararlarını sorgulamanın görev alanına girmediğini yeniden belirtmektedir (Glass/Birleşik Krallık, No. 61827/00, § 87, AGHM 2004-II).

<sup>16</sup> İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye, Başvuru No: 46156/11, 21/5/2013

<sup>17</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi C alvelli ve Ciglio/İtalya Başvuru No: 32967/96, 17/1/2002

Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır. Sözleşmeye taraf devletler, bu yükümlülük uyarınca uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında sorgulanmaları ve hastalarını aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler.<sup>18</sup>

AİHM'ye göre Sözleşmeye taraf olan devletlerin, kişilere uygulanması öngörülen tıbbi işlemlerin öngörülebilir sonuçları hakkında işlemi gerçekleştirecek sağlık personelinin muhataplarına önceden bilgi vermelerini sağlayacak tedbirleri alması gerekmekte olup, tıbbi işlem öncesinde bilgilendirilme olmadan öngörülebilir riskin ortaya çıkması halinde ilgili devlet hastaya bilgi verilmemesi nedeniyle sorumlu tutulabilmektedir.<sup>19</sup>

11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesinde, *"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idarî para cezası verilir"* düzenlemesi yer almaktadır.

5013 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan ve 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)'nin *"Amaç ve konu"* başlıklı 1'inci maddesinde, *"Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve*

<sup>18</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Codarcea/Romanya, Başvuru No. 31675/04, 2 Haziran 2009

<sup>19</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Şerif Gecekuşu/Türkiye, Başvuru No: 28870/05, 25/5/2010

özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır"; "Mesleki standartlar" başlıklı 4'üncü maddesinde, "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir" kurallarına yer verilmiştir. Sözleşme, iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, anılan düzenlemede her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması esası benimsenmiştir.

Diğer taraftan, Sözleşmenin "Muvafakat" başlıklı (II) numaralı bölümünde yer alan 5 inci maddesinde "muafakat" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muafakatini her zaman serbestçe geri alabilir" düzenlemesiyle muafakatin kapsamı belirlenmiştir.

Türk Tabipleri Birliği'nce kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26'ncı maddesinde ise "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır" kuralına yer verilmiştir.

01.08.1998 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinde, hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda

ve riskleri hususlarında bilgi verileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 22'nci maddesinin 1 inci fıkrasında, *"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz"; "Rızanın Kapsamı" başlıklı 31. maddesinde de, "Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir"* düzenlemeleri yer almaktadır.

Anılan düzenlemelere göre, herhangi bir tıbbi müdahaleye başlamadan önce kişilerin yapılacak işlemlerin riskleriyle ilgili olarak tam olarak aydınlatılması ve rızaların alınması gerektirmekte olup, aydınlatma ve rızanın alınmaması hali, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü sonucunu doğurmaktadır.

Danıştay kararlarında ise Adli Tıp Kurumu raporlarında yer verilen, kişide gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamasının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya içerisinde delil bulunmaması nedeniyle enjeksiyon sonrası meydana gelen sinir hasarının oluşmasında, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu açıkça ortaya konulamadığından, maddi tazminata hükmedilmesi için gereken koşulların oluşmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp kişiden yazılı onamın alınmamış olması durumunda, tıbbi işleme muhatap olan kişinin aydınlatılarak onay verme hakkı elinden alınmış olduğundan dolayı bu yönüyle sağlık hizmetinin kötü işletildiği ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan manevi zararın, manevi tazminatın, zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek takdiren belirlenerek, manevi zararın karşılanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>20</sup>

Enjeksiyon nöropatisine bağlı açılan tam yargı davalarında hastanın enjeksiyon sonrası gelişebilecek komplikasyonlara ilişkin bilgilendirilmemesi, aydınlatılmış onamının yani kişinin rızasının alınma-

<sup>20</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6372, K:2019/10824, 24.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6392, K:2019/10443, 17.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6214, K:2019/9177, 03.12.2019

ması nedeniyle sağlık hizmetinin kötü işletildiği gerekçe gösterilerek manevi tazminata hükmedilmesi kararlaştırılmakta; ancak enjeksiyon sonucu gelişen siyatik sinir hasarının enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair tıbbi kayıt ve delil bulunmaması nedeniyle idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı bulunsa dahi hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminata hükmedilmemektedir.<sup>21</sup>

Danıştay'ın konuya ilişkin son yıllarda vermiş olduğu kararlarda Adli Tıp Kurumu'nun standart sayılabilecek bilirkişi raporları yeterli görülmemekte ve hastanın aydınlatılmış onamının bulunmadığı durumlarda, sağlık hizmetinin bilgilendirme yönünden eksik işletildiği belirtilerek, zenginleşmeye sebebiyet verilmemek kaydıyla bir miktar manevi tazminat verilmesi yoluyla idarenin sorumluluğuna gidilmektedir.

Danıştay'ın geçmiş tarihli bir kararında ise Adli Tıp Kurumu raporunda enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına ilişkin tıbbi kayıt bulunmaması üzerinden yapılan değerlendirme yetersiz görülerek; mahkemelerce intikal ettirilen olaylara ilişkin verilecek raporlarda ayrıca bir kayıt aramaksızın tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığı hakkında görüş bildirilmesi gerektiği belirtilerek, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir kayıt olup olmadığına bakılmaksızın, yaşanan olayda, idare ajanlarının tıbbi hatasının bulunup bulunmadığı yönünde kanaat bildirici yeni bir rapor alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2016/639, K:2018/5728, 07.06.2018.

<sup>22</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2008/10676, K:2012/2333, 17.05.2012, "...sırt ağrısı şikayetiyle Sakarya Devlet Hastanesine başvuran davacıya bu hastanede yapılan enjeksiyon nedeniyle sağ ayakta sinir deformasyonuna bağlı sakatlık oluştuğu, Hasta Hakları Kuruluna yapılan başvuru sonucu düzenlenen 21.2.2006 tarih ve 06 sayılı işlemde, hemşire Özlem Yanık'ın yanlış enjeksiyon yaptığına karar verildiği, davacı tarafından Sakarya Yenikent Devlet Hastanesinden alınan 19.7.2006 tarih ve 425 sayılı Sağlık Kurulu Raporunda 'Sağ periferik sinir lezyonu (enjeksiyona bağlı siyatik sinir lezyonu) sağ siyatik sinir lezyonu sonucu gelişen düşük ayak' tanısı ile %20 çalışma gücü kaybı bulunduğuna ilişkin rapor düzenlendiği, davacı tarafından yaşanan bu olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle 104.845,64 TL maddi, 30.000 TL manevi tazminatın yasal faiziyle tarafına ödenmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta davacıya, Sakarya Devlet Hastanesinde yapılan tedavide idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının, hizmet kusuru var ise ortaya çıkan işgücü kaybının saptanması amacıyla dosya Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilmiş olup. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 31.3.2008 tarih ve 2150 sayılı raporu ile, davacıya 17.1.2006 tarihinde kalçadan yapılan enjeksiyon sonrasında sağ ayağında

Adli Tıp Kurumu raporlarına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen Aydoğdu-Türkiye kararında ise; Adli Tıp Kurumu'nun, adli tıbbi bilirkişilik konusunda artık kanunen münhasır yetkili olmamasına rağmen, özellikle Danıştay'ın söz konusu kurumun müdahalesine ayrıcalık tanıdığı ve bu nedenle hâkimlerin bilirkişi görüşü için neredeyse sistematik olarak bu kuruma başvurdukları belirtilmektedir.<sup>23</sup> AİHM'nin bu kararında, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararlardaki ilkeleri<sup>24</sup> örnek gösteri-

---

meydana gelen güçsüzlüğün enjeksiyon nöropatisiyle uyumlu olduğu, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir kaydın olmadığı, siyatik sinirine yönelik çekilen MR incelemesinin normal olduğu da göz önüne alındığında olayın komplikasyon olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde rapor düzenlenmiş olup, İdare Mahkemesince bu rapor esas alınarak, olayda idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporda, enjeksiyon sonucu siyatik sinir zedelenmesi bulgularına karşın salt dosyada ekli 25.12.2007 tarihli MR incelemelerinde siyatik sinire ait patolojik özellik saptanamaması bulgusuyla yetinildiği, öte yandan enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir kaydın bulunmadığı ifade edilmekte ise de yapılan müdahalelerde tıbbi kayıt aranması, Adli Tıp Kurumu'nun kuruluş amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira Adli Tıp Kurumunun, mahkemelere kendisine intikal eden olaylara ilişkin vereceği raporlarda ayrıca bir kayıt aramaksızın tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığı hakkında görüş bildirmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, yapılan müracaat üzerine, Sakarya Devlet Hastanesi Hasta Hakları Kurulu'nca düzenlenen 21.2.2006 tarihli işlemde enjeksiyonu yapan hemşirenin yanlış enjeksiyon yaptığı yönünde uzmanlar tarafından rapor düzenlenmiş olduğu ifade edilmekte olup, anılan bu rapor ile Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen rapor arasındaki çelişkilerin giderilmesi gerekmektedir.

Bu durumda Adli Tıp Kurumundan, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir kayıt olup olmadığına bakılmaksızın, yaşanan olayda, idare elemanlarının tıbbi hatasının bulunup bulunmadığı yönünde kanaat bildirici yeni bir rapor alınması, bu raporda enjeksiyon hatası tespiti yapılır ise, çalışma gücü yoksunluğunun da bu raporda belirtilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hususlar dikkate alınmaksızın eksik incelemeye dayanılarak verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır".

<sup>23</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Aydoğdu-Türkiye, Başvuru No. 40448/06, 30.08.2016.

<sup>24</sup> "Davaya ilişkin alanda tek bir uzmanın katılımı, tıbbi bilirkişi raporunu düzenlemek için yetersizdir; üniversiteler arasından, güçlü bir akademik kariyere sahip, belirli bir alanda uzmanlaşmış olan kişileri görevlendirmek gerekmektedir (2009/3481 Esas ve 2009/13100 Karar sayılı 12 Kasım 2009 tarihli karar, 2010/7997 Esas ve 2011/5581 Karar sayılı 11 Nisan 2011 tarihli karar; 2011/3954 Esas ve 2011/14623 Karar sayılı 18 Ekim 2011 tarihli karar, 2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar; 2011/18651 Esas ve 2012/2596 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar; 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar; 2011/9912 Esas ve 2011/14750 Karar sayılı 19 Ekim 2011 tarihli karar ve 2009/4667 Esas ve 2009/10460 Karar sayılı 28 Eylül 2009 tarihli karar);

- Bir tıbbi bilirkişi incelemesi, suçlanan doktorun iddia edilen zarardan sorumlu tu-

lererek, vücut bütünlüğüne ilişkin bir zarardan kaynaklanan tam yargı davalarında, bu ilkelere uygun olmak kaydıyla bilimsel yetkinliği olan diğer kurullardan da yararlanılarak uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle Danıştay tarafından sağlık ile ilgili bilirkişilikte Adli Tıp Kurumu'nun münhasır yetkili addedilmesinin ve gelen raporların soyut da olsa hükme esas kabul edilmesinin tıbbi ihmalden kaynaklanan ölüm veya bedeni zararlarda, sorumluluğun tespitini güçleştirdiği belirtilmektedir.<sup>25</sup>

Enjeksiyon uygulamasına ilişkin olarak; enjeksiyonun yapılacağı doğru bölgenin, en sık enjeksiyon uygulayan hemşirelik eğitimi gören öğrenciler tarafından, risk grupları itibariyle tam olarak bilinmediğine yönelik ampirik araştırma sonuçlarına dayalı çok sayıda akademik çalışma bulunduğu<sup>26</sup> ve yukarıda aktarılan diğer çalışmalarda da enjek-

---

tulup tutulmayacağı hususuna cevap vermediği takdirde yetersizdir (2009/3481 Esas ve K.2009/13100 Karar sayılı 12 Kasım 2009 tarihli karar ve 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar);

- Güvenilir ve ikna edici olması için, bir bilirkişi raporu, davanın konusuyla örtüşmeli, olayları aydınlatmaya çalışmalı ve tarafların argümanlarına cevap vermelidir (2010/7743 Esas ve 2011/2466 Karar sayılı 21 Şubat 2011 tarihli karar; 2010/3254 Esas ve 2010/10138 Karar sayılı 7 Temmuz 2010 tarihli karar; 2011/19134 Esas ve 2012/2628 Karar sayılı 10 Şubat 2012 tarihli karar);

- Tıbbi bilirkişi incelemesi, hastanın teşhisi ve takibine ilişkin bilimsel unsurları ve özellikle, bu durumda kabul edilen tedavi stratejisinin uygunluğunu değerlendirmelidir (2010/7997 Esas ve K.2011/5581 Karar sayılı 11 Nisan 2011 tarihli karar);

- Bu komplikasyonların neler olduğunu, diğer tedavi yöntemlerinin bulunup bulunmadığını ya da daha iyi donanımlı bir hastanede nelerin yaşandığını açıklamaksızın, soyut bir şekilde, bir komplikasyonun mevcut olduğu sonucuna varan yetersiz bir rapordan hareketle bir hüküm kurulamayacaktır (2011/3954 Esas ve 2011/14623 Karar sayılı 18 Ekim 2011 tarihli karar; 2007/2916 Esas ve 2007/8485 Karar sayılı 18 Haziran 2007 tarihli karar, 2009/13214 Esas ve 2010/3694 Karar sayılı 23 Mart 2010 tarihli karar ve 2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar);

- Yalnızca suçlanan doktorun ifadelerine dayanan ve soyut, gerekçelendirilmeyen ve desteklenmeyen iddialar içeren bir rapor güvenilir değildir (2009/3832 Esas ve 2010/10716 Karar sayılı 1 Ekim 2009 tarihli karar);

- İhtilaf konusu ameliyatın tıp kurallarına uygun olduğu ve doktora herhangi bir hatanın atfedilemeyeceği sonucuna varmak için tıbbi bir hata yapılmış olabileceğini belirten unsurları dikkate almayan bir bilirkişi raporu güvenilir değildir (2011/9912 Esas ve 2011/14750 Karar sayılı 19 Ekim 2011 tarihli karar);

- Bir bilirkişi incelemesinde, sağlanan tedavilerin belirli bir aşamasına ilişkin bu türden bir unsurun bulunmadığını ileri sürmekle yetinmeksizin, tedavinin farklı aşamalarına ilişkin dosyada yer alan bütün unsurlar ele alınmalıdır (2009/4667 Esas ve 2009/10460 Karar sayılı 28 Eylül 2009 tarihli karar)"

<sup>25</sup> AİHM, Aydoğdu-Türkiye, Başvuru No. 40448/06, 30.08.2016.

<sup>26</sup> Gülşen Ulaş Karaahmetoğlu, "Hemşirelik Öğrencilerinin İntramüsküler Enjek-



siyon nöropatisinde tıbbi hata ile komplikasyonun birbirine çok yakın olgular olduğu dikkate alındığında, enjeksiyon nöropatisine ilişkin tıbbi bilirkişi raporlarında, olayın en ince detayına kadar irdelenmesi ve varsa uygulama hatasının ortaya konulması gerekmektedir. Ancak uygulamada, enjeksiyonun yapıldığı yer ve konum, aradan geçen zamanın da etkisiyle bilirkişi incelemesi esnasında tam olarak tespit edilemediği için, genel değerlendirmeler yoluyla olayın beklenebilir bir komplikasyon olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğunun irdelenmesi, ciddi mağduriyetlere ve hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Enjeksiyon işlemi gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan ve belli bir zaman geçtikten sonra enjeksiyonun doğru veya yanlış yere yapıldığının tespiti pek de mümkün olamadığından dolayı bu konuda, hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğunun araştırılmasının beyhude bir çabadan öteye gitmediği düşünülmektedir.

## **B. Enjeksiyonun Yetkili Sağlık Personeli Tarafından Yapılmaması veya Tıbbi Kayıt Eksikliği**

Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, söz konusu düzenleme AİHS'in 8 inci maddesiyle koruma ve güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamındaki fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir.<sup>27</sup>

Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı birbiriyle sıkı bağlantıları olan devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda, yetki alanına giren kimselerin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme şeklinde tarif edilen negatif

siyon Uygulamasına Yönelik Bilgi Düzeylerinin İncelenmesi" *Abant Tıp Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 3, s.155-161

Hakan Hadi Kadioğlu, "İlaç Enjeksiyonuna Bağlı Siyatik Sinir Yaralanması: Bir Komplikasyon Mudur?" *Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 2004; Sayı 36, s. 65-70.

Meral Altok, Funda Kuyurtar, Hüseyin Gökçe, Bahar Taşdelen, "Birinci Basamak Sağlık Hizmetinde Çalışan Ebe ve Hemşirelerin İntramuskuler Enjeksiyonuna Yönelik Bilgileri" *Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi* 2007; Cilt 2, Sayı 4, s. 69-84.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi, Eyüp Kurt Bireysel Başvuru No: 2015/6926, 04.04.2019

yükümlülüklerinin yanı sıra yetki alanındaki herkesin gerek idari makamların gerek üçüncü kişilerin gerekse kişinin kendisinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü olarak da ifade edilen pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>28</sup>

*“Söz konusu pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır. Nitekim Anayasa’nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin “herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (...) amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini” düzenleyeceği, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır”.*<sup>29</sup>

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun “Temel esaslar” başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasında; “g) Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı; sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi ya da kamu kuruluşlarında mesleklerini icra eden sağlık ve yardımcı sağlık personeline hizmetiçi eğitim yaptırır. Bunu sağlamak amacıyla üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarından da yararlanır. Hizmetiçi eğitim programını ne şekilde ve hangi sürelerle yapılacağı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikte tespit edilir” kuralı yer almakta olup, bu kural uyarınca sağlık meslek mensuplarının nitelikli bir şekilde yetiştirilmesinden ilgili paydaşlarla iş birliği yapmak kaydıyla Sağlık Bakanlığı sorumlu kılınmıştır.

Bu sorumluluk kapsamında, yaşam hakkını ve kişinin maddi ve manevi varlığını olumlu veya olumsuz yönde doğrudan etkileyebilecek tıbbi müdahaleleri yapacak sağlık görevlilerinin eğitim ve yeterliliğinde yüksek bir seviyeyi sağlayacak tedbirleri almak, Anayasa’nın 17’nci maddesi kapsamında devletin bir pozitif yükümlülüğüdür.

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı davalarda idareye atfedilen diğer bir sorumluluk nedeni, enjeksiyon uygulamasının yetkili sağlık

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, Bireysel Başvuru No: 2012/752, 17/9/2013

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi İlker Başer ve diğerleri, Bireysel Başvuru No: 2013/1943, 9/9/2015

personeli tarafından yapılmaması halidir. Temel bir tıbbi uygulama olan enjeksiyon işleminin, alanında eğitim almış sağlık personeli tarafından yerine getirilmesi hususu, Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında idarenin bir yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük kapsamında devlet, özel veya kamu fark etmeksizin sağlık hizmetinin belli standartlar dâhilinde ehil kişiler tarafından sunumunu sağlayacak yasal çerçeveyi oluşturmak ve sağlık personelinin yetkinliğini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.

03.07.2002 tarihli ve 24804 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mesleki eğitim-öğretim ve denetimin usul ve esaslarını düzenleyen Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinin 96'ncı maddesinde, mesleki eğitim yapılan yerlerde mesleki eğitim yapılacak alan ve dalların her biri için öğrencilerin beceri eğitiminden sorumlu olmak üzere, mesleki yeterliğe sahip usta öğretici veya eğitici personel görevlendireceği düzenlenmiştir. Anılan Yönetmeliğin 198'inci maddesinde ise beceri eğitiminin, eğitici personel tarafından yaptırılacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, stajyer öğrencinin henüz mesleği ile ilgili alanda eğitim aldığı, yetkin ve yetkili bir sağlık personeli olmadığı, yetkin bir sağlık personelinin gözetimi olmaksızın tek başına enjeksiyon uygulamasını yapamayacağı, mesleki eğitim için öğrenci kabul eden idarece görevlendirilmiş mesleki yeterliğe sahip bir personel gözetiminde olmak kaydıyla stajyer öğrencinin mesleki uygulamaları yapabileceği anlaşılmaktadır.

Geçmiş tarihli Danıştay kararlarında staj yapan sağlık meslek mensubu aday öğrencinin gözetimsiz gerçekleştirdiği enjeksiyon nedeniyle uğranılan zararın tazminine gerek olmadığı yönünde kararlar verilmekte iken<sup>30</sup>, aynı durumda olan diğer bir olayda stajyer öğrencinin yetkili sağlık personelinin gözetimi olmaksızın yaptığı enjeksiyon nedeniyle kişinin uğradığı zararın, doktor tarafından düzenlenen kas içi enjeksiyon uygulamasının yetkili bir sağlık personeline veya onun gözetimi ve denetimi altında yapılması gerekirken, bu uygulamanın denetim ve gözetim altında olmaksızın bir stajyer öğrenci tarafından yapılması, sunulan sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz biçimde

<sup>30</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2015/1797, K:2015/5776, 08.10.2015 ve Danıştay 15. Dairesi E:2015/5955, K:2016/1837, 17.03.2016.

kusurlu olarak işletildiğini göstermekte ve oluşan zararın idarece tazmin edilmesini gerekli kılmaktadır gerekçesiyle idarenin hizmet kusuru kapsamında sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>31</sup>

Danıştay'ın güncel kararlarında, enjeksiyonun yetkili sağlık personeli tarafından yapıp yapılmadığına ilişkin idarece kayıt sunulmaması halinde, uygulamayı yapan kişinin tespit edilememiş olmasının, sunulan sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz biçimde kusurlu olarak işletildiğini göstermekte olduğu ve kişide oluşan zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi de Eyüp Kurt bireysel başvurusunda, muayene ve tıbbi kayıtların içinde bulunduğu hasta dosyasının mahkemeye ibraz edilmemesini ve derece mahkemelerince bu kayıtların tutulmamış olmasının ilgili sağlık personelinin ve idarenin sorumluluğuna olan etkisinin değerlendirilmemesinin, kişiyi, idareye karşı dezavantajlı bir konuma ittiğini ve bu durumun etkili bir yargısal denetimi sağlamaktan uzak olduğu ifade edilmektedir. Kararda, sağlık kuruluşunca sunulmayan kayıtların, zarara uğrayan kişi aleyhine olacak şekilde değerlendirilmesinin, hak arayan açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturacağı belirtilmektedir.<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, tıbbi hata iddialarının ancak düzenli tutulan ve yargılama mercilerine sunulan tıbbi kayıtlara dayalı olarak değerlendirilebileceği, tıbbi kayıtları tutma, muhafaza etme ve sunma yükümlülüğünün de ilgili sağlık kuruluşuna ait olduğu vurgulanmaktadır.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2014/1928, K:2019/97, 15.01.2019

<sup>32</sup> Danıştay 15. Dairesi E:2013/12447, K:2018/2783, 20.03.2018

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi Eyüp Kurt Bireysel Başvuru No: 2015/6926, 04.04.2019. "Hasta kayıt dosyasında yer alması gereken bir bilgi veya belgenin hasta dosyasının tutulması veya saklanması hususunda sağlık kuruluşunca gereken özenin gösterilmemesi sonucu yargı mercilerine ibraz edilmediği ve bu sebeple sağlık kuruluşunun tıbbi sorumluluklarına uygun davranıp davranmadığının değerlendirilemediği hâllerde bu durum, somut olayın özel koşulları haklı kılmadıkça başvuru aleyhine yorumlanmamalıdır. Zira bu konuda başvuru sahipleri sağlık kuruluşuna nazaran oldukça zayıf konumda yer almakta ve başvuru sahiplerinin açacağı bir davadaki başarı şansı çoğunlukla davalı taraf olan sağlık kuruluşunun bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla sağlık kuruluşunun elinde bulunan belgeleri mahkemeye sunmamış olmasının başvuru aleyhine yorumlanması başvuru açısından aşırı külfet doğurucu ve adil olmayan bir durum oluşturacaktır."

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi Eyüp Kurt Bireysel Başvuru No: 2015/6926, 04.04.2019.

Sağlık hizmetinden faydalanan her bireyin karşılaşma riski taşıdığı enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı vücut fonksiyon kaybı vakalarında, hizmet kusuruna bağlı olarak idarenin sorumlu tutulduğu durumların, istisnai haller dışında genel olarak yukarıda açıklanan haller ile sınırlı kaldığı görülmektedir. Enjeksiyon nöropatisine ilişkin akademik çalışmalar irdelendiğinde ise ortaya farklı tespit ve değerlendirmelerin bulunduğu görülmektedir. Enjeksiyon yapılacak bölgenin yanlış belirlenmesi, iğnenin siyatik sinire rastlamasına sebep olabileceğinden birçok risk içermektedir.<sup>35</sup> *Enjeksiyon nöropatisinin en sık rastlanan sebepleri gereksiz enjeksiyonlar, hatalı uygulama teknikleri ve donanımsız (eğitimsiz, yetersiz) personel tarafından enjeksiyonun yapılması olarak sıralanabilir.*<sup>36</sup>

*Enjeksiyon lokalizasyonunun yanlış seçimi, enjekte edilen materyalin bulunduğu yer ve kendine özgü etkisi de zedelenmede rol oynar. İğnenin kendisinin ya da enjekte edilen maddenin doğrudan doğruya sinire ulaşması, enjekte edilen maddenin kendisinin, oluşan ödemin veya oluşan nedbe dokusunun kitle etkisi ile de zedelenme oluşabilmektedir. Gluteal kasın ince ve gluteal yağ dokusunun az olması halinde uygun olmayan yere yapılan enjeksiyonlarda yine zedelenme riski artar. Bu sebeple bebeklerde ve ileri yaşlardaki kaşektik kişilerde zedelenme daha sık görülmektedir. Uzun iğne kullanılması, uygulamanın dik açı ile değil de daha paralel bir açı ile yapılması ve bireysel anatomik farklılıklar, varyasyonlar da riski arttıran diğer sebeplerdir.*<sup>37</sup> *Gelişmekte olan ülkelerde yapılmış olan ve intramüsküler enjeksiyon sonrası nöropati gelişen geniş olgu gruplarını içeren çok sayıda çalışma bulunmaktadır ve bu tip yaralanmaların genellikle yetkisiz kişiler ya da eğitimsiz personel tarafından enjeksiyon yapılması kaynaklı olduğu bildirilmektedir.*<sup>38</sup>

*“Önerilen kurallara uyularak yapılan enjeksiyonlarda kurallara uyulma oranı arttıkça siyatik sinirin yaralanma tehlikesinden uzaklaşmaktadır. Sinirin yaralanması sinire iğnenin batmasından değil, sinir içerisine veya bitişiğine ilacın enjeksiyonundan kaynaklanmaktadır. Kalça adalelerinin yapısal veya edinsel nedenlerle zayıf olması, hastanın beş veya daha küçük yaşta olması, hastaya hatalı pozisyon verilmesi ve uygulayıcının yetersiz, acemi veya*

<sup>35</sup> Kenan Kaya, Necmi Çekin, a.g.m., 2018, s. 64

<sup>36</sup> Volkan Ünal ve arkadaşları, a.g.m., 2015, s.15

<sup>37</sup> Kenan Kaya, Necmi Çekin, a.g.m., 2018, s. 64

<sup>38</sup> Volkan Ünal ve arkadaşları, a.g.m., 2015, s.17

*dikkatsiz olması yaralanma tehlikesini artırmaktadır. Gluteal intramuskuler enjeksiyon sonucunda siyatik sinirin yaralanması bir komplikasyondur ve temelinde acemilik, tedbirsizlik ve dikkatsizlik bulunmaktadır.”<sup>39</sup>*

Konuya ilişkin akademik çalışmalarda bu tespitlerin yanısıra, enjeksiyon yapan personelin yeterli eğitime sahip olmaması da enjeksiyon nöropatisinde önemli rol oynayan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>40</sup> Ancak aynı çalışmalarda enjeksiyon nöropatisinin yetkili sağlık personeli tarafından uygulandığında dahi meydana gelebilen ciddi sonuçlara yol açabilen bir uygulama olduğu, yanlış yere uygulama olmadığı takdirde adli tıp uygulamalarında komplikasyon olarak değerlendirildiği ve vücut yapısı itibariyle riskli grupta yer alanlar ile (bebek, çocuk, zayıf, ileri yaşlardaki kaşektik kişiler vb.), siyatik sinirin anatomik lokalizasyon farkı, uygulanan ilacın etken maddesinin sinire difüzyon yoluyla toksik etkisi gibi nedenlerle de nöropati gelişebileceği belirtilmektedir.<sup>41</sup>

Bu çalışmalara benzer tespitler Adli Tıp Kurumu raporlarında da yer almaktadır. Konuya ilişkin bir Danıştay kararında; *“enjeksiyonun hatalı yere uygulandığına yönelik bir tespit bulunmadığı, enjeksiyonun doğru bölgeye uygulanması durumlarında da ödem, hematoma, ilacın difüzyon yoluyla sinire toksik etkisi, vücut yapısı, siyatik sinirinin anatomik lokalizasyon farkı gibi nedenlerle nöropatinin gelişebileceği, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirildiği ve idareye yönelik hizmet kusuru bulunmadığı”* görüşlerine yer verilmiştir.<sup>42</sup>

Enjeksiyon nöropatisi ile ilgili Adli Tıp Kurumu raporlarında, yapılan işlemin doğru bölgeye tatbiki halinde dahi nöropatinin gelişebileceği ve bu noktada sağlık personeline kusur izafe edilemeyeceği belirtilmekte ve ancak her enjeksiyon öncesinde manyetik rezonans (MR) veya tomografi ile siyatik sinirlerin geçtiği bölgelerin belirlenmesiyle bu durumun önüne geçilebileceği, bunun da tıbbi pratikler açısından mümkün olmadığı yönünde görüş belirtilmektedir.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Hakan Hadi Kadioğlu, a.g.m. 2004, s. 70

<sup>40</sup> Kenan Kaya, Necmi Çekin, a.g.m., 2018, s. 65

<sup>41</sup> Kenan Kaya, Necmi Çekin, a.g.m., 2018, s. 64-65, Volkan Ünal ve arkadaşları, a.g.m., 2015, s.19

<sup>42</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2014/7279, K:2019/538, 12.02.2019.

<sup>43</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2013/11818, K:2018/3854, 17.04.2018.

Gerek akademik çalışmalarda gerekse Adli Tıp Kurumu raporlarında, enjeksiyon nöropatisi vakalarında enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına ilişkin tespitin genellikle hemen sıcağı sıcağına yapılamaması sonucu, hizmet kusurundan kaynaklı idarenin sorumluluğuna gidilmesi, bilgilendirme ve aydınlatılmış onamın yokluğu, enjeksiyonun yetkili sağlık personeli tarafından yapılmaması, tıbbi kayıtların idarenin yargısal denetimini sağlayacak şekilde tutulmaması gibi hallerle sınırlı kalmaktadır. Adli Tıp Kurumu raporlarında her enjeksiyon öncesinde MR veya tomografi ile görüntüleme yapılarak siyatik sinirin geçtiği yerin belirlenmesi halinde enjeksiyon nöropatisinin önüne geçilebileceği belirtilmektedir ki; bu tespit, enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı vücut fonksiyon kaybı nedeniyle açılan tam yargı davalarında idarenin kusursuz sorumluluğunun da tartışılmasını gerekli kılmaktadır.

## II. İDARENİN KUSURSUZ SORUMLULUĞU

İdare Hukukunda ilke olarak idarenin kusur sorumluluğu yani hizmet kusuru esas kabul edilmekte, sadece belli durumlara özgü olarak kusursuz sorumluluk esasları uygulanmaktadır. *“İdarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle kusura dayanan sorumluluğu araştırılacaktır. Eğer idarenin zararın meydana gelmesinde kusuru yok ise bu sefer kusursuz sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği araştırılır”*.<sup>44</sup> Danıştay kararlarında, idarenin kusursuz sorumluluğunu gerektirir hallerde, hizmet kusurunun varlığı halinde kusur sorumluluğunun uygulanacağı ve öncelikle kusur araştırmasının yapılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>45</sup>

Kusursuz sorumluluk idarenin sorumluluğunda istisnai hallerde uygulanmakta olup, idarenin sorumluluğunda tamamlayıcı niteliktedir. Bir zarar eğer kusur sorumluluğu kapsamında tazmin edilebiliyorsa bu noktada kusursuz sorumluluğa gidilememektedir.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Aysema Pelin Şaşmaz, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2016, C.2, S.2, s. 222

<sup>45</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2008/4974, K:2012/29, 17.01.2012; Danıştay 10. Dairesi 2010/5427, K:2011/46, 17.01.2011. “...idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusuru bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir”.

<sup>46</sup> Mustafa Köksal, “Risk İlkesinin İdareye Yüklelediği Külfetler ve Güncel Yargı Ka-

İdarenin kusursuz sorumluluğu, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemlerinden doğan zararı, belli şartların varlığı halinde tazmin etme yükümlülüğüdür.<sup>47</sup> İdarenin sorumluluğunda da özel hukuk sorumluluğunda olduğu gibi kusur sorumluluğu esas olmakla birlikte, idarenin hukuki sorumluluğunun sadece kusura dayandırılmasının yetersiz kalması, zamanla idarenin kusursuz sorumluluk esaslarının gelişimine neden olmuştur.<sup>48</sup> Hatta günümüzdeki genel eğilimin ve gelişmenin idarenin kusursuz sorumluluğunun gelişimi yönünde olduğu görülmektedir.<sup>49</sup>

Kusursuz sorumluluğun, tüzel kişilerin tazmin yükümlülüğü açısından kusur sorumluluğuna nazaran idarenin sorumluluğuna uygulanmasının daha uygun olduğunu savunan Duran, idari kusur (hizmet kusuru) ne kadar objektif sayılırsa sayılsın bünyesinde kökeninde idare ajanlarının tutum ve davranışlarındaki hata ve noksanı ifade ettiğinden dolayı, hizmet kusurunun moral bir renk taşıdığını ve idarenin suçlanmasını içerdiğini ve mağdur açısından kusurun ispatı ile buna bağlı olarak idarenin sorumluluğuna gidilmesini güçleştirdiğini belirtmektedir.<sup>50</sup>

İdarenin kusursuz sorumluluğu, iki temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar "risk ilkesi" ve "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkeleridir. Kusursuz sorumluluğa ilişkin Danıştay kararlarında, "adalet", "hakkaniyet" ve "nesafet" gibi kavramlara da yer verilmekle birlikte, kusursuz sorumlulukta bu iki ana ilke esas alınmaktadır. Çalışmamız, risk ilkesinin uygulaması ile sınırlı olduğundan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine değinilmeyecektir.

İdarenin sorumluluğunda kusur sorumluluğu esas olup, kusursuz sorumluluk istisnai hallerle sınırlıdır. Bir zarar, kusur sorumluluğu kapsamında tazmin edilebiliyorsa idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamamaktadır. Konuya ilişkin Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda bu husus şöyle ifade edilmiştir: "*Tam yargı davalarında, öncelikli zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğu-*

---

rarları" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S.85, s.244

<sup>47</sup> Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974, s. 47; Kemal Gözler, *İdare Hukuku II. Cilt*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 1164.

<sup>48</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1709.

<sup>49</sup> L. Duran, a.g.e. 1974, s. 47.

<sup>50</sup> L. Duran, a.g.e. 1974, s. 47-48.



*nun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir”<sup>51</sup>*

Kusur sorumluluğunun, kusursuz sorumluluktan önce gelmesi kuralı Fransız idare hukukunda da uygulanan bir ilke olup, bunun nedeni ise kusursuz sorumlulukta aranan zararın özelliği ve anormalliği şartlarının kusur sorumluluğunda aranmamasıdır.<sup>52</sup> Kusursuz sorumlulukta idarenin sorumluluğu için öngörülen bu iki şart olmadan idarenin sorumluluğuna gidilemediğinden dolayı, bu şartlar aranmaksızın tazmin sorumluluğuna gidilebilen kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluktan önce araştırılmakta ve hizmet kusurunun varlığı halinde kusursuz sorumluluk esaslarına başvurulamamaktadır.

Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğunda istisnai hallerde uygulandığından dolayı dar bir yoruma tâbi tutulmaktadır. Açıkça kusursuz sorumluluk sebebi olarak görülmeyen bir sorumluluk sebebinden dolayı idare kusursuz sorumluluk kapsamında sorumlu tutulamamaktadır.<sup>53</sup> Ancak özel hukukta sadece kanun ile belirlenen konularda kusursuz sorumluluğa gidilebilirken, idare hukuku alanında gelişen içtihatla birlikte kusursuz sorumluluğun uygulama alanı da zamanla genişlemiştir. Özel hukuk alanında olduğu gibi idare hukuku alanında da yardımcı veya tamamlayıcı bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>54</sup>

Kusursuz sorumluluk, anormal ve özel nitelikteki zararların tazmini için başvurulmuş bir sorumluluk esasıdır.<sup>55</sup> Kusur sorumluluğun aksine kusursuz sorumlulukta, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için kişinin olağanüstü ve özel bir zarara maruz kalması gerekmektedir.<sup>56</sup> Danıştay’ın bu konuya ilişkin kararlarında açıkça zararın genel nitelikte olmaması ve olağanüstü olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> Danıştay 10. Daire, E:2007/3301, K:2008/2939, 29.04.2008.

<sup>52</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1165.

<sup>53</sup> . Gözler, a.g.e., s. 1164.

<sup>54</sup> A. Ş. Gözübüyük ve T. Tan, İdare Hukuku II. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 750.

<sup>55</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1165-1166.

<sup>56</sup> S. S. Onar, a.g.e. 1966, s. 1711.

<sup>57</sup> Danıştay İDDK, E:2013/4602, K:2014/1220, 26.03.2014; Danıştay 15. Daire, E:2016/10067, K:2017/1422, 29.03.2017.

Ayrıca, idarenin risk taşıyan hizmetlerinden doğan zararlar ve bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında bazı kimselerin olağanüstü olarak uğradığı zararlardan da idarenin kusuru aranmaksızın bu zararların idarece karşılanması gerektiği, idarenin bu zararın tazmini ile yükümlü tutulabilmesi için idarenin zarar doğurucu bir tutum ve davranışının varlığı bu tutum ve davranış sonucu doğan özel nitelikte ve gerçekleşmiş bir zararın bulunması ve bu zarar ile idarenin tutum ve davranışı arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği de Danıştay kararlarında belirtilmektedir.<sup>58</sup> İçinde bulunulan toplumun tümünün maruz kaldığı bir zararın, kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmini mümkün değildir. Herkesin aynı zarara uğraması halinde, kamu külfetleri karşısındaki eşitlik bozulmayacağından idarenin kusursuz sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.<sup>59</sup>

İdarenin yürüttüğü bazı faaliyetler, kullandığı araç, gereç ve yöntemler bünyesinde risk taşımakla birlikte, idarenin bu hizmetleri riskli diye sunmaktan kaçınması söz konusu olamamaktadır.<sup>60</sup> Örneğin itfaiye hizmeti<sup>61</sup> bu tür kamu hizmetleri için gösterilen klasik örneklerden biridir. Aynı şekilde sağlık hizmeti, özellikle girişimsel tıbbi işlemler, bünyesinde risk taşıyan veya riskli araç, gereç ve yöntemlerin kullanıldığı bir kamu hizmetidir

Kusursuz sorumluluk, kusurun ispat külfetini ortadan kaldırdığı için zarar gören kişi için elverişli bir sorumluluk rejimidir.<sup>62</sup> Kusursuz sorumlulukta kural olarak idarenin eylemi ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının kanıtlanması yeterlidir. İdarenin tutum veya davranışının hukuka aykırı olması şart değildir. Kusursuz sorumlulukta üçüncü kişinin kusuru veya umulmayan hallerin varlığı, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.<sup>63</sup>

Çalışmanın bu kısmında kusursuz sorumluluğun iki temel ilkesinden biri olan risk ilkesine değinilerek, bu ilkenin enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarına uygulanabilirliği irdelenecektir.

<sup>58</sup> Danıştay İDDK, E:1995/752, K:1997/57, 17.01.1997.

<sup>59</sup> K. Gözler, 2009, s. 1168.

<sup>60</sup> Arzu Dilaveroğlu, "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike ve Sosyal Risk İlkesi" *Tarih Kültür Ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, Karabük 2017, C.6, S.3, s. 1372

<sup>61</sup> Arzu Dilaveroğlu, a.g.m., 2017, s.1372

<sup>62</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1166.

<sup>63</sup> S. S. Onar, a.g.e. 1966, s. 1711.

### A1. Risk İlkesi Kapsamında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

Günümüzde idarenin sorumluluğunda hizmet kusuru veya kusur prensibi esas alınmakla birlikte, idarenin gelişimi ve faaliyetlerinin çeşitlenmesi ile birlikte bu prensibin her durumda idarenin sorumluluğuna gidilmesi yönünden yetersiz kalması sonucu, idarenin kusursuz sorumluluk halleri de büyük ölçüde içtihatla belirlenme yoluna gidilmiştir. İdarenin, teşkilatlanması ve organizasyonunda hiçbir eksiklik bulunmadığı ve hizmetin sunumunda veya işletilmesinde nesnel bir eksiklik veya aksaklık bulunmadığı hallerde dahi, yürütülen kamu hizmetinden dolayı kişiler zarara uğrayabilmektedir. Bu tür zararların, hizmet kusuru kapsamında tazmini mümkün değildir. İşte bu noktada, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kusursuz sorumluluk ilkelerine başvurulmaktadır.

Kusursuz sorumlulukta başvuru risk ilkesi uyarınca idarenin sorumluluğu, idarenin yürüttüğü riskli, tehlikeli faaliyetler veya kullandığı tehlikeli araç ve gereçler nedeniyle ortaya çıkan zararı, hiçbir kusuru bulunmasa bile tazmin etmekle yükümlü olmasıdır.<sup>64</sup> Kusursuz sorumluluktaki risk ilkesi, İslam hukukundaki hukuki sorumluluğun temelini teşkil eden objektif sorumluluk esasına dayanmakta olup, bu esasa göre herhangi bir faaliyet veya teşebbüsün sağladığı faydalar onun sahibine ait olduğu gibi bunlardan kaynaklanacak zarar da yine o şeyin sahibine ait olmalıdır.<sup>65</sup>

Onar'a göre, *"bir işletmenin etrafındaki mülklere, hayvanlara, insanlara ika edebileceği zararlar, bunların husulünde bir kusurları olmasa ve hattâ bunların için icabından ve tabiatından doğan ve önüne geçilmesi kabil olmayan tabii hasarlar bulunsun bile o işletme tarafından tazmin edilmek icap eder. Hülâsa Mecellenin bir düsturla ifade ettiği gibi "mazarrat menfaat mukabelesindedir; yani bir şeyin menfaatine nail olan anın mazarratına da mütehammil olur". Bu teorinin idare hukukundaki ifadesi, âmme hizmetlerinin, umumî külfetler dışında ferdî mülkiyete ve fertlere iras edebileceği hasarlar, zararlar âmmeye, idareye raci olmak ve binaenaleyh zarar görenlere idare tarafından ödenmek lâzım gelir. Bir şimendifer işletmesinde, idarenin bütün dikkat ve ihtimamına, gereken bütün tedbirleri almış olmasına ve binaenaleyh ona atfedilebilecek hiçbir kusur bulunmamasına rağmen lokomotifin bacasın-*

<sup>64</sup> K. Gözler, a.g.e., 2009, s. 1166.

<sup>65</sup> S. S. Onar, a.g.e. 1966, s.1710.

dan çıkan kurumlar etrafındaki tarlalara, ekinlere zarar verirse bu zararın şimendifer işletmesi tarafından zarar görenlere tazmini icap eder".<sup>66</sup>

İdarenin günümüzdeki birçok faaliyeti, bünyesinde risk barındırmakta olup, bu risk nedeniyle kişilere vermiş olduğu zararın tazmini için, kişide oluşan zararın olağan dışı bir nitelik arzemesi gerekmektedir.<sup>67</sup>

Onar'a göre risk ilkesi, idarenin sorumluluğunu hudutsuz bir şekilde genişletmeye müsait olmakla birlikte, bu teorinin uygulanabilmesi için idari hizmetten kaynaklanan zararın, mağdura nazaran diğerlerinden farklı, özel ve anormal mahiyette olması gerekmektedir; kamu hizmetinin toplumun geniş bir kitlesi için husule getirdiği zararların risk ilkesine dayanılarak tazmini bu anlamda mümkün değildir.<sup>68</sup>

Günday'a göre risk ilkesi, özel hukukta geçerli olan tehlike ilkesine, "her nimetin bir külfeti vardır" düşüncesine dayanmakta olup, tehlikeli işlerle uğraşanların, herhangi bir kusuru olmasa dahi, ortaya çıkan zarardan sorumlu olmalarını öngörmektedir.<sup>69</sup> İdarenin sorumluluğunda uygulanan risk ilkesi, özel hukukta uygulanan tehlike ilkesinin, idare hukukuna aktarılmış hali olup, idarenin tehlike yaratma olasılığı yüksek ve teknik yönden karmaşık olan, dolayısıyla nedeni her zaman saptanamayacak zararlara yol açabilecek bir idari faaliyetten veya tehlikeli araç-gereçten kaynaklanan zararı, kusuru olmasa dahi tazmin etmesi esasına dayanmaktadır.<sup>70</sup>

Risk ilkesi kapsamında idarenin kusursuz sorumluluğu literatürde, idarenin tehlikeli varlık ve faaliyetleri nedeniyle maruz kalınan zararlar, kamu görevlilerinin icra ettikleri görevler nedeniyle maruz kaldıkları mesleki riskler nedeniyle uğranılan zararlar, toplumsal olaylar ve terör olayları nedeniyle uğranılan zararlar, idari faaliyete geçici olarak katılan kişilerin uğradıkları zararlar gibi pek çok başlıkta incelenmekte olup<sup>71</sup>, çalışmamızda ilgisi itibariyle bunlardan sadece idarenin

<sup>66</sup> S. S. Onar, a.g.e., 1966, s. 1710

<sup>67</sup> A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, a.g.e. 2014, s. 751, K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1167.

<sup>68</sup> S. S. Onar, a.g.e. 1966, s.1711.

<sup>69</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi Ankara, 2002, s. 330.

<sup>70</sup> M. Günday, a.g.e., 2002, s.330, A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, a.g.e. 2014, s. 751.

<sup>71</sup> A. Ş. Gözübüyük ve T. Tan, a.g.e. 2014, s. 750-765, K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1164-

tehlikeli faaliyetleri nedeniyle uğranılan zararlarda, risk ilkesinin uygulanmasına değinilecektir. Öncelikle idarenin tehlikeli faaliyetlerden dolayı sorumluluğuna değinilecek olup, akabinde sağlık hizmetinde enjeksiyon uygulamasının tehlikeli bir idari faaliyet olup olmadığı irdelenecektir.

## A2. İdarenin Tehlikeli Faaliyetleri Nedeniyle Sorumluluğu

İdarenin görev sahasının ve faaliyetlerinin zaman içinde genişlemesi, teknolojik gelişmeler sonucu karmaşık yapıdaki araç ve gereçlerin idari hizmetin ifasında kullanımı gibi pek çok etken ile birlikte idarenin yürüttüğü kamu hizmetleri kusursuz olarak yürütülmüş olsa dahi, kişilerin bu idari faaliyetler nedeniyle olağan dışı ve özel nitelikteki zararlarla karşılaşmaları halinde, bu zararın risk ilkesi kapsamında tazmini, yukarıda açıklandığı üzere kusursuz sorumluluk esaslarından olan risk ilkesi uyarınca sağlanmaktadır. İdarenin hangi faaliyetlerinin risk sorumluluğu kapsamında riskli/tehlikeli olduğu hususu genel olarak literatür ve içtihatla belirlenmektedir.

İdarenin sahip olduğu veya işlettiği, enerji santralleri, barajlar, doğalgaz, elektrik, su altyapı tesisleri, enerji nakil hatları, mayınlı alanlar, patlayıcı maddelerden kaynaklı olarak kişilerin maruz kaldıkları olağandışı ve özel nitelikteki zararların risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi konusunda literatürde bir konsensus bulunmaktadır.<sup>72</sup> İçtihatla ise olaya göre farklı yorumlara gidildiği görülmektedir.

Fransız Danıştay'ı, patlayıcı maddelerden kaynaklı zararlarda, idarenin kusursuz sorumluluğunu, 28 Mart 1919 tarihli "*Fort de la Double-Covrenne*" kararı ile kabul etmiştir.<sup>73</sup> Fransız Danıştay'ı 1930'lardan itibaren, su, gaz ve elektrik nakil hatları gibi tehlikeli bayındırlık eserlerinin kullanıcılara ve üçüncü kişilere verdikleri zararlarda kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir.<sup>74</sup> Türk Danıştay'ı ise bu konuda öncelikle kusur sorumluluğuna göre değerlendirme yapmaktadır.

---

1274

<sup>72</sup> S. S. Onar, a.g.e. 1996, s. 1710-1712, K. Gözler, a.g.e. 2009 s. 1173-1189, A.Ş. Gözübüyük ve T. Tan, a.g.e. 2104, s. 751-764.

<sup>73</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1172.

<sup>74</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1178-1179.

Duran, “Çalışkan İETT” davasında Danıştay’ın, idarenin riskli bir faaliyeti veya varlığının sebep olduğu zararlarda, muhatara/risk ilkesine göre tazmin imkânı bulunmasına rağmen, olayın hizmet kusuruna bağlanarak tazmin sorumluluğuna gidilmesini hatalı bulmaktadır.<sup>75</sup> Dava konusu olay, davacıların binasının önünde bulunan kaldırımın altından geçen havagazı borusunun çatlaması nedeniyle gerçekleşen ölüm olayından kaynaklı tazminat talebi olup, olayda hizmet kusuru mahiyetinde bir bakım eksikliği bulunmadığı halde, “Danıştay, idarenin tehlikeli tesisleri ve faaliyetleri yüzünden zarara uğrayan üçüncü şahısların tazminat taleplerini, muhatara (risque) esasına binaen kabul etmek fırsatını elde etmiş iken, bir kere daha “ağır kusur” sebebine dayandırarak ilgili kamu tüzel kişilerini müstereken ve müteselsilen mahkûm etmiştir”.<sup>76</sup>

Duran’a göre, idarenin tehlikeli faaliyet ve tesislerden kaynaklanan ve neden, nasıl ve ne zaman husule geleceği öngörülemeyen zararlarda, bazen tesisle hiçbir ilgisi olmayan kişiler de etkilenebilmektedir. Nitekim bu olayda davacıların evinde havagazı tesisatı bulunmamaktadır. Ortada idarenin bir eylemi değil tehlikeli bir varlığından kaynaklı zarar bulunmaktadır. İdarenin kamu yararı adına yürüttüğü tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan bu türden zararların risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerekirken, Danıştay’ın 13 Haziran 1956 tarihli “Uçok” kararında olduğu gibi hizmet kusuru üzerinden sorumluluğa gidilmesi, Duran tarafından doğru bulunmamıştır.<sup>77</sup>

Danıştay aynı yaklaşımı halen devam ettirmektedir. Enerji nakil hatlarına takılan kuşun yanarak yere düşmesi sonucu tarladaki mahsulü yanan davacının zararının tazmini istemiyle açılan davada; Danıştay, olayın hemen sonrasında kolluk güçlerince tutulan tutanak ile idarenin tuttuğu tutanakların tarihlerinin farklı olduğu, kolluk güçlerinin tutanağında elektrik direğinde kısa devre olması sonucu yangın çıktığı belirtildiğinden ve bu durumun davacı olan kişinin ifadesiyle de desteklendiğinden bahisle, zarara sebep olan yangının çıkmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılmıştır.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Lütfi Duran, “İçtihat Kroniği İdare Hukuku”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 33, Sayı:1-2, 1967, s. 342-343.

<sup>76</sup> L. Duran, a.g.m., 1967, s.343.

<sup>77</sup> L. Duran, a.g.m., 1967, s. 343-344.

<sup>78</sup> Danıştay 10. Daire, E:2003/4798, K:2005/4018, 11.07.2005.

Danıştay'ın bu kararında da idarenin sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırılmak istenmesi hatalı bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Olay, enerji nakil hattı işletmeciliği gibi idarenin tehlikeli bir faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Ortada nakil hattının bakım eksikliğine ve hattaki bir aksaklığa ilişkin somut bir tespit bulunmamaktadır. Zarar, öngörülebilir ve önlenilebilir bir nitelikte değildir. Tutulan iki tutanak arasındaki tarih farklılığı ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Zararın risk ilkesi uyarınca objektif sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi gerekirken, hizmet kusuruna dayandırılmasının, idareyi sorumlu tutma adına yapılan hukuki bir zorlama olduğu düşünülmektedir. Halbuki, risk sorumluluğu kapsamında bu zararın tazmini pekâla mümkündür ve bunun hukuken daha isabetli bir yol olduğu düşünülmektedir.<sup>79</sup>

Yine, elektrik idaresine ait gerilim hattının koparak yere düşmesi nedeniyle yaşanan vefat olayında, kabloların kopmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminat talebi ilk derece mahkemesince kabul edilmiş ve bu karar Danıştay'ca onanmıştır.<sup>80</sup> Güncel bir diğer kararda da, elektrik nakil hattından kaynaklı orman yangını sonucu oluşan zarar nedeniyle Orman Genel Müdürlüğüne elektrik idaresine karşı açılan tazminat davasında, yangına sebep olan enerji nakil hattının davalı idareye ait olduğu, dolayısıyla bu hattın periyodik bakım ve onarımında davalı idarenin sorumluluğunun bulunduğu gerekçesiyle hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>81</sup>

Oysa enerji nakil hatları idarenin riskli varlıklarından olup, bu riskli varlık nedeniyle uğranılan zararın hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira zarar, hizmetin bünyesinde barındırdığı riskten kaynaklanmaktadır ve burada idarenin risk ilkesi uyarınca sorumlu olması gerekmektedir. Enerji nakil hattındaki kopmanın üçüncü kişinin kusuru veya umulmayan bir halden kaynaklandığı idare tarafından ileri sürüldüğünde, bu iki husus risk ilkesinde dikkate alınmaz iken, kusur sorumluluğunda dikkate alınabilecektir. Bu durum da idarenin kısmen veya tamamen sorumsuzluğuna kadar gidebilecektir.

<sup>79</sup> Murat Şaşı, Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları Ankara, 2019, s.222.

<sup>80</sup> Danıştay 10. Daire, E:1996/6495, K:1998/720, 18.02.1998.

<sup>81</sup> Danıştay 10. Daire, E:2015/4158, K:2018/3135, 16.10.2018.

İdarenin tehlikeli varlıklarından olan kara, deniz ve hava taşıtlarının neden olduğu zararlara ilişkin olarak, idarenin risk esasına göre sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu araçların kullanımında her zaman bir risk bulunmakta olup, tehlikeli araçlar kategorisinde değerlendirilmektedir.<sup>82</sup> Hukukumuzda taşıtlarda seyahat edenlerin uğradıkları zararlar, sözleşme hukuku çerçevesinde özel hukuk hükümlerine göre çözümlenmektedir. İdarenin karayolu taşıtlarından kaynaklanan sorumluluk davaları ise 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca özel hukuk hükümleri kapsamında adli yargıda çözümlenmektedir.

Orgeneral Eşref Bitlis'i taşıyan uçağın 17.02.1993 tarihinde Ankara Posta İşleme Merkezi bahçesine düşmesi neticesinde, bu mahalde yer alan bekçi kulübesinde görev yapan bekçinin ölümü nedeniyle açılan tazminat davasında; Ankara 8. İdare Mahkemesi, olayda zararı doğuran eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Tazminatın kabulüne, hukuki dayanak olarak hizmet kusurunun mu yoksa kusursuz sorumluluğun mu esas alındığı kararda açıklanmamıştır. Danıştay kararında ise tetkik hâkimi, olayın oluş biçimi ve niteliği itibarıyla zararlar eylem arasında illiyet bağı kurulduğundan ve idareye yüklenebilecek herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığı anlaşıldığından, doğan zararın kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmini gerektiği yönünde görüş bildirmesine rağmen Danıştay, gerekçesiz bu mahkeme kararını onamıştır.<sup>83</sup> Kanaatimizce bu kararın tehlikeli faaliyetler nedeniyle kusursuz sorumluluk esasına göre gerekçelendirilerek onanması gerekmektedir.

Nitekim aynı olaya ilişkin diğer bir uyuşmazlıkta, uçağın düşmesi nedeniyle PTT hizmet binasında oluşan zararın tazmini için açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesi, idari bir faaliyetten kaynaklanan ve nedensellik bağı açık olan zararın, kamu külfetinin dağıtılmasını amaçlayan idari risk kuramının bir sonucu olarak davalı idarece giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay bu kararı, PTT Genel Müdürlüğünün mal varlığına verilen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekmektedir gerekçesiyle onamıştır.<sup>84</sup> Danıştay'ın bu kararında, mahkeme kararı gerekçesinden kamu külfetleri karşı-

<sup>82</sup> K. Gözler, 2009, s. 1181.

<sup>83</sup> Danıştay 10. Daire, E:1998/1718, K:1998/3480, 01.07.1998.

<sup>84</sup> Danıştay 10. Daire, E:1997/3198, K:1999/4799, 12.10.1999.



sında eşitlik ilkesinin çıkarılarak sadece risk sorumluluğu üzerinden idarenin sorumluluğuna gidilmesi yerinde bir yaklaşımdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, MÜHİMMATSAN A.Ş. Kırıkkale fabrikasında 03.07.1997 tarihinde meydana gelen patlama nedeniyle, civardaki konutlarda meydana gelen hasara ilişkin tazminat davasında, merkezi idarenin vesayeti altında bulunan kuruluşun görev alanı itibariyle, hizmetin kuruluş ve işleyişi tehlike ve risk taşıdığı, zararın hizmetin kuruluş ve işleyişinde var olan tehlikeli etkinliklerin sonucunda doğduğu gerekçesiyle, davanın idare hukuku esaslarına göre çözümlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.<sup>85</sup>

Danıştay'ın diğer bir kararında ise idareye ait petrol boru hattına, üçüncü kişiler tarafından, petrol çalmak amacıyla takılan kelepçeli vanadan petrol sızması nedeniyle kişinin ekili tarlasında meydana gelen zararın, olayda hizmet kusuru olmasa da idarenin yürüttüğü tehlikeli faaliyetin riski nedeniyle risk sorumluluğu uyarınca tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Kararda ayrıca önemli şu hususa da vurgu yapılmıştır; zarar, idareye ait petrol boru hattına, üçüncü kişiler tarafından, petrol çalmak amacıyla takılan kelepçeli vanadan petrol sızması nedeniyle oluştuğundan, zarar, üçüncü kişilerin kusurundan kaynaklanmıştır ve olayda idarenin hizmet kusuru bulunmamaktadır.<sup>86</sup> Bu kararda, risk sorumluluğunun doğru bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Zira burada zarar üçüncü kişinin fiilinden kaynaklandığından, hizmet kusurunun uygulanması mümkün olmadığı gibi, petrol boru hattını delen kişiler tespit edilmedikçe, mağdurun zararını tazmin etmesi de söz konusu olamayacaktır.

Zararın, üçüncü kişinin kusuru veya umulmayan bir halden kaynaklandığı idare tarafından ileri sürüldüğünde, bu iki husus risk ilkesinde dikkate alınmazken, kusur sorumluluğunda dikkate alınabilecektir. Bu durum da idarenin kısmen veya tamamen sorumsuzluğuna kadar gidebilecektir. Kanaatimizce, özel hukuktaki kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi, idare hukuku alanındaki kusursuz sorumluluk hallerinde de şartları varsa öncelikli olarak kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumlu tutulması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

<sup>85</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E:1998/76, K:1998/72, 28.12.1998.

<sup>86</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2005/8135, K:2007/4976, 31.10.2007

Sağlık hizmeti alanında idarenin risk ilkesi uyarınca sorumluluğuna ilişkin olarak Fransız Danıştay'ının vermiş olduğu 26 Mayıs 1995 tarihli "*N'Guyen ve, Jouan ve Pavan kararlarında*" kan ürünlerinin nakli nedeniyle kendilerine hastalık bulaşan kişilerin uğradıkları zararın, risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>87</sup> Bu kararlarda, kan merkezlerinin sağlamış oldukları ürünlerin kötü kalitesinden doğan zararlarda, kusur olmasa dahi risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk kapsamında idarenin sorumlu olduğu belirtilmektedir.<sup>88</sup> Türk Danıştay'ının bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde ise kan ürünlerinin naklinden kaynaklı özellikle HIV bulaşan hastalara ilişkin olarak, kan toplama, analiz etme ve nakil süreçlerinde yer alan idarelerin, hizmet kusuru nedeniyle sorumlu oldukları ifade edilmektedir.<sup>89</sup> Özellikle HIV vakalarında, Danıştay ka-

<sup>87</sup> Chapus, *Droit administratif général* C.I, s.1340-1341'den aktaran K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1181.

<sup>88</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1181.

<sup>89</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6206, K:2019/10831, "...davalı idarece yapılan soruşturma sonucu düzenlenen rapor ve ilgili hemşire hakkında açılan ceza davasında verilen mahkumiyet kararı birlikte değerlendirildiğinde küçük Y. Ç.'a HIV virüsünün bulaştırılmasında idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varılarak...", Danıştay 15. Dairesi, E:2017/2712, K:2018/2120, 27.02.2018, "Davalı İdarece olayın ortaya çıkmasından hemen sonra açılan soruşturma sonrasındaki Teftiş Kurulu raporunda başka test teknik isimleri de sayılmış ve verilen kanın kuluçka döneminde dahi negatif ya da pozitif özellik taşımasının tespit edilmesinin ileri test tekniklerinin kullanılmasında durumunda mümkün olduğu uzman görüşleri ile de ortaya konulmuştur. Bakanlık genelgesi uyarınca öncelikle Kızılay'dan talep edilen ve yine Bakanlığın belirlediği tarama testi uygulanan kanda virüs bulunmaması ancak aynı kanın saklanan şahit numunesine bir üst düzey test uygulandığında sonucun pozitif bulunması kuluçka dönemi veya erken pencere dönemi olarak isimlendirilen süreçte dahi virüslü kanın tespitinin mümkün olduğunu ortaya koymakta ;HIV virüsünün kandaki varlığının direkt kanıtlanması PCR Polymerase Chain Reaction=polimeraz zincir reaksiyon yöntemi ile 10-12 GÜN içerisinde yapılabildiği, HIV DNA ve HIV RNA testlerinin pencere dönemini kısalttığını tespit etmektedir. Yine aynı rapor Kızılay tarafından kullanılan test kitlerinin virüsü 16-22 gün gibi bir süreyle tespit edebilmesine rağmen, Dünya Sağlık Örgütü'nün de kullanılmasını önerdiği NAT diye isimlendirilen başka bir ileri test tekniğinin ise bu süreyi 5-6 gün daha kısaltarak 10 güne kadar indirdiği belirtilmiştir. Kızılay kan merkezi sorumlusunun savcılık ifadesi de bu durumu teyit etmektedir. Buna göre davalı idarenin kan ve kan ürünlerinin güvenliğinin sağlanması hususunda sorumlu olduğu, bu alandaki düzenlemeler ile hizmet birimlerinin yükümlülüklerinin ve uygulanmalarının en ince ayrıntıya kadar belirlendiği, hizmet birimlerinin de bu düzenlemelere uygun çalışma yürüttükleri halde hastalık taşıyan kanın sisteme girişinin engellenmediği anlaşılmaktadır. Bilimsel verilere göre HIV virüsü bulaşan kanın tespiti konusunda daha gelişmiş ve ileri tekniklerin kullanılması imkânı varken, olay tarihindeki mevcut tarama testlerinin kullanılmış olması, kan ve kan ürünleri ile ilgili sistemin kurulmasında

rarında da belirtildiği üzere, test tarihinin kuluçka dönemine rastladığı dönemde virüsün tespitinin mümkün olmaması dikkate alındığında, burada hizmet kusuru yerine risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesinin daha isabetli bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.

Yine Gözler'in aktardığına göre, Fransız Danıştay'ının "*fevkalade tehlikeli tıbbi yöntemler*"den doğan zararların, risk sorumluluğu esasına göre karşılanmasını kabul ettiği; sonuçları daha önceden bilinmeyen bu tür yöntemlerden kaynaklı zararların idarece risk ilkesi uyarınca karşılanabilmesi için, hastayı yaşatmak için son şans olarak denenmesi gerektiği ve bu yöntemin uygulanması sonucu ortaya çıkan zararın da olağanüstü ve sıra dışı ağırlıkta olması gerekmektedir.<sup>90</sup>

İdarenin tehlikeli varlık ve faaliyetlerden kaynaklı sorumlulukta, kusursuz sorumluluğun esas alınarak idarenin sorumluluğuna gidilmesi, kusur sorumluluğuna nazaran mağdurların daha hakkaniyetli bir şekilde zararlarının tazminini sağlayabilecektir. Zira kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna nazaran zarara uğrayanlar açısından daha elverişli bir sorumluluk rejimi öngörmektedir.

### A3. Enjeksiyon Nöropatisinde Risk İlkesinin Uygulanabilirliği

İntramüsküler (İM) enjeksiyon pek çok sağlık meslek mensubunun uyguladığı en temel tıbbi işlemlerden birisidir. Basit ve temel bir uygulama olarak görülmesine rağmen literatürde hatalı intramüsküler uygulamaların neden olduğu pek çok komplikasyon bildirilmiştir.<sup>91</sup> Doğru ve iyi bir enjeksiyon tekniğinin kullanımı, hastaların daha az ağrı deneyimlemesine ve oluşabilecek sorunların önüne geçilmesine yardım edecektir. İM enjeksiyonla oluşan komplikasyonların birçoğu, bilgi güncelleme ve uygun teknikle önüne geçilecek sorunlardır.<sup>92</sup>

---

tam güvenli bir organizasyonun planlanmadığının göstergesidir. Bu haliyle sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmeyen idarenin Kızılay ile birlikte sorumlu olduğu hizmeti kusurlu işlettikleri açıktır."

<sup>90</sup> Chapus, Droit administratif général C.I, s.1343-1344' den aktaran K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1191-1192.

<sup>91</sup> Şükriye İlkay Güner, Selver Karaaslan, Reyhan Orhun, "Hemşirelik ve Ebelik Öğrencilerinin İntramüsküler Enjeksiyon Uygulamalarının İncelenmesi" *Van Tıp Dergisi*, 25-3, 2018, s. 282,

<sup>92</sup> Şükriye İlkay Güner ve arkadaşları, a.g.m., 2018, s. 283.

İM enjeksiyonu yataklı tedavi kurumlarında oldukça fazla kullanılmakla birlikte birinci basamak sağlık hizmetlerinde de hem aşılama hem de ayaktan tedavi edilen sağlıklı/hasta bireylere oldukça fazla uygulanmaktadır. İM enjeksiyon tehlikesiz bir uygulama değildir. O nedenle iyi eğitim almış, yetkin sağlık meslek mensuplarınca uygulanmalıdır.<sup>93</sup>

Sağlık hizmetinden kaynaklı zararlarda idarenin sorumluluğu genel olarak iki ana ekseninde değerlendirilebilir. Bunlardan ilki, sağlık hizmetinin kuruluş, teşkilatlanma ve işleyişinden kaynaklanan nesnel nitelikli eksiklikler, ikincisi ise sağlık hizmetini sunan sağlık meslek mensuplarının dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanan eksikliklerdir. Enjeksiyon uygulaması bu ikinci gruba girmekte olup, enjeksiyon nöropatisinde, sağlık meslek mensuplarından beklenen azami dikkat ve özen gösterilmiş olsa dahi, aktarılan Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere, enjekte edilen ilacın yayılımı ve sinire baskı yapması, siyatik sinirin vücut yapısı itibariyle farklı bir bölgeden geçmesi gibi nedenlerle, enjeksiyon sonrası, “*düşük ayak*” olarak da tabir edilen bacakta güç kaybı şeklinde kalıcı bir araz ortaya çıkmaktadır.<sup>94</sup>

İncelenen Danıştay kararlarında, enjeksiyon uygulamasında literatürde kabul edilen risk grubunda olanlar da dâhil olmak üzere, yapılan enjeksiyonlara ilişkin olarak Adli Tıp Kurumu'nun neredeyse standart hale gelmiş raporları dikkate alınarak, gelişen nöropatinin beklenebilir bir komplikasyon olduğundan bahisle hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmektedir. Bu kararlardaki tetkik hâkimi görüşlerinde ve karşı oylarda ise enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> Yonca Kemaloğlu, İnamüsküler Enjeksiyon Uygulamasında Dorsogluteal ve Ventrogluteal Bölgelerin Ağrı, Kanama, Hematom Riski Açısından Karşılaştırılması, Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s.3

<sup>94</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2014/7279, K:2019/538, 12.02.2019, Danıştay 15. Dairesi, E:2016/639, K:2018/5728, 07.06.2018.

<sup>95</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2017/1024, K:2018/1311, 08.02.2018, “...hükme esas alınan 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu ve Adli Tıp Genel Kurulu raporunda enjeksiyonun hatalı yere yapıldığına dair tıbbi bir kayıt bulunmadığından bahisle olayın komplikasyon olarak kabul edildiği, enjekte edilen Cabral Ampulün hekim kontrolünde doz ayarlaması yapılmak suretiyle uygulanabileceği belirtilse de, dava dosyasında mevcut 15.02.2007 tarih ve 280 sayılı Atatürk Üniversitesi Adli Tıp Anabilim

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle risk ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli olan şartların irde edilmesi gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, risk ilkesinin uygulanabilmesi için öncelikle yürütülen idari faaliyetin bünyesinde risk barındıran faaliyetlerden olması gerekmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin güncel kararlarında; *“Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.”*<sup>96</sup> şeklindeki tespit

---

Dalı Başkanlığı'nca tanzim edilen raporda yapılan enjeksiyon sonrası davacının düşük ayak sendromu yaşadığı anlaşılmaktadır. Davacı İmdat Sürmeli'nin olayın gerçekleştiği tarihte on üç yaşında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kalçadan enjeksiyon uygulamalarında kaşektik (zayıf) olan hastalar gibi siyatik sinir yaralanmaları açısından risk grubu içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle enjeksiyonun davacı çocuk açısından risk oluşturan kalçadan değil de ön bacak kasından yapılmasının daha uygun bir tıbbi uygulama olacağı genel bir kanaattir. Ayrıca Adli Tıp Genel Kurulu tarafından enjekte edilen Cabral Ampulün hekim kontrolünde doz ayarlaması yapılmak suretiyle uygulanabileceği belirtilse de söz konusu ilacın satıcı firması tarafından hazırlanan kullanma talimatında bile *“Cabral'ın çocuklarda kullanımının önerilmediği”* belirtilmektedir. Çocuklarda kullanılması önerilmeyen ilaca muadil olarak sadece boyun ve boğaz ağrısı şikâyeti olan davacı çocuğa hekim tarafından çocuklarda kullanımı uygun ilaç reçete edilebilecekken, risk barındıran ve kullanımı satıcı firma tarafından bile önerilmeyen Cabral'ın reçete edilmesinin doktor açısından tıbbi bir kusur, doktoru istihdam eden davalı idare açısından da bir hizmet kusuru olduğu açıktır.

İdarenin kusur sorumluluğunun bulunmadığı varsayılsa bile, devlet eliyle ve denetimiyle yürütülen sağlık hizmetlerinden faydalanırken davacının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan maddi varlığını koruma hakkının idare tarafından görevlendirilmiş memurlar eliyle ihlal edildiği, vücut bütünlüğüne sunulan sağlık hizmetinin ifası sırasında kusurlu veya kusursuz olarak zarar verildiği aşikardır. Bu itibarla her ne kadar kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde mevcut verilere göre idare tarafından istihdam edilen memurlara kusur atfedilemeyeceği, dolayısıyla kusur sorumluluğu çerçevesinde tazminat hakkının doğmayacağından bahsedilse de, idare tarafından ifa edilen sağlık hizmetinin işleyişi sırasında davacı tarafından öngörülmesi imkansız bir zararın ortaya çıktığı ve verilen sağlık hizmetinin enjeksiyon yapmak gibi neticesinde zarar ortaya çıkma riski çok düşük olan bir uygulama sonucunda gerçekleştiği göz önünde bulundurularak, hukukun genel ilkeleri çerçevesinde, objektif sorumluluk ilkeleri kapsamında Mahkeme tarafından maddi ve manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir”.

<sup>96</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6233, K:2019/9959, 10.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6372, K:2019/10824, 24.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6214, K:2019/9177, 03.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6332, K:10443, 17.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6240, K:2019/10426, 17.12.2019

ile enjeksiyon uygulamasının riskli bir idari faaliyet olduğu kabul edilmekle birlikte, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, oluşan zararın hizmet kusuru sonucu ortaya çıkması gerektiği şart koşulmaktadır. Yukarıda atıf yapılan aynı kararların tetkik hâkimi görüşünde ise “... bünyesinde risk taşıyan ancak vazgeçilemeyen bir uygulama sonucu ortaya çıkan zararın sosyal hukuk devleti olma ve hakkaniyet gereği kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiği...” belirtilmektedir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi gerekmektedir.

*“Enjeksiyon nöropatisine ilişkin olarak Adli Tıp Kurumu raporlarında, nöropatinin, işlemin doğru bölgeye yapılması halinde bile gelişebilen, önlenemeyen ve öngörülemeyen bir komplikasyon olduğu değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu raporlardan, kas içi enjeksiyon uygulamasının, başka rahatsızlıkların tedavisi için başvurulmuş ancak sonrasında hastada daha önce bulunmayan arazların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilen, bu anlamda ciddi risk taşıyan bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır. Hastalara ilaç verilme yollarından biri olan bu uygulama sağlık kuruluşlarında sıklıkla tercih edilmekte, bu yolun belirlenmesi kararı hekimlerce alınmakta, hastanın bu yöntemin tercih edilmesinde iradesi de bulunmamaktadır. Tıbbi bir hatanın tespit edilememesi durumunda ise, bünyesinde bu denli risk taşıyan ancak vazgeçilemeyen bir uygulama sonucu ortaya çıkan zararın sosyal hukuk devleti olma ve hakkaniyet gereği kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerekir”.*<sup>97</sup>

Sağlık personelinin yapılan enjeksiyonda uygulama hatası olduğunun tespit edildiği durumlarda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağı ve ilgili personele rücu imkânı doğacağı açıktır. An-

<sup>97</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2014/3546, K:2019/250, 05.02.2019 ve Danıştay 15. Dairesi, E:2017/1111, K:2018/790, 25.01.2018 tarihli kararlarda yer alan tetkik hâkimi görüşü.

cak uygulamanın yapısı itibariyle tıbbi hatanın tespitinin bu denli güç olduğu ve uygulamanın riskli olduğu da kabul edilen bir tıbbi işlem-den kaynaklanan zararda, artık hizmet kusuru yoksa idarenin kusursuz sorumluluğunun irdelenmesi gerektiği de açıktır.

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı zararların, risk ilkesi uyarınca tazmini için öngörülen ilk şart olan, idarenin riskli bir faaliyetinin varlığı şartının, Danıştay kararlarında da kabul edildiği görülmektedir.<sup>98</sup> Fakat, bu kararlarda, “Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı sağlık hizmetinde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir” denilerek idarenin bu kapsamda sadece kusur sorumluluğu irdelenmektedir. Oysa Danıştay’ın enjeksiyon nöropatisine ilişkin vermiş olduğu geçmiş tarihli diğer bir kararında, kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcılık unsuruna da atıf yapılarak, hizmet kusuru araştırması yapıldıktan sonra idarenin kusurunun bulunmadığının tespit edildiği durumlarda, idarenin kusursuz sorumluluğunun irdelenmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir:

“İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir”.<sup>99</sup>

Danıştay’ın yukarıda aktarılan güncel kararlarında, bu irdelemenin gerçekleştirilmediği ve olayda hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

<sup>98</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6233, K:2019/9959, 10.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6372, K:2019/10824, 24.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6214, K:2019/9177, 03.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6332, K:10443, 17.12.2019, Danıştay 10. Dairesi, E:2019/6240, K:2019/10426, 17.12.2019

<sup>99</sup> Danıştay 10. Dairesi, E:2018/10675, K:2012/2333, 17.05.2012

Enjeksiyon uygulamasındaki risk de özel ve istisnai niteliktedir. Zira sağlık kuruluşlarında her gün çok sayıda enjeksiyon uygulaması yapılmakla birlikte, herkes enjeksiyon nöropatisiyle malul olmamakta, enjeksiyon nöropatisi oldukça az sayıdaki sınırlı vakada görülmektedir. 2008-2010 yılları arasında Adli Tıp Kurumu'na incelenmek üzere gönderilen toplam vaka sayısının 121 olması, bu savımızı teyit etmektedir.<sup>100</sup> Ayrıca enjeksiyon sonucu nöropatinin gelişebileceği idarece öngörülerek bu riskli faaliyetin yürütüldüğü, Adli Tıp Kurumu raporlarında şu şekilde açıkça ifade edilmektedir:

*“Enjeksiyon nöropatisi ile ilgili Adli Tıp raporlarında, yapılan işlemin doğru bölgeye tatbiki halinde dahi nöropatinin gelişebileceği ve bu noktada sağlık personeline kusur izafe edilemeyeceği belirtilmekte ve ancak her enjeksiyon öncesinde MR veya tomografi ile siyatik sinirlerin geçtiği bölgelerin belirlenmesiyle bu durumun önüne geçilebileceği, bunun da tıbbi pratikler açısından mümkün olmadığı yönünde görüş belirtilmektedir.”<sup>101</sup>* Bu tespit, idarenin enjeksiyon uygulamasını, nöropati riskini bilerek ve göze alarak uygulamakta olduğunu, pratikle bağdaşmadığı bildirilen nöropati riskini bertaraf edecek şekilde her enjeksiyon öncesi MR veya tomografi çekimi yapılarak siyatik sinirin geçtiği yerin tespitiyle risk bertaraf edilebilecekken, kaynak imkansızlığı, tıbbi pratiklerle bağdaşmama gibi gerekçelerle bu işlem yapılmaksızın kişilere enjeksiyon yapılması, İM enjeksiyonunun, nöropati riski ve bu riskten kaynaklanabilecek zarar göze alınarak gerçekleştirilen bir tıbbi işlem olduğunu göstermektedir.

İdarenin risk ilkesi uyarınca sorumluluğuna gidilebilmesi için gereken diğer şart olan *“zararın anormalliği”* şartı da enjeksiyon nöropatisinde gerçekleşmektedir. Her enjeksiyon sonrası, enjeksiyona maruz kalan kişi, belli bir ağrı ve acı hissetmekle ve enjeksiyon yapılan yerde uyuşma hissi yaşanmakla birlikte bu acı kısa bir süre zarfında geçmektedir. *“Ufak tefek zararların tazmini için kusursuz sorumluluk esasına başvurulamaz. Bu tür zararlara zarar görenin yararlandığı kamu hizmetinin nimetleri karşılığında katlanması beklenir”*.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Volkan Ünal ve arkadaşları, a.g.m. 2015, s. 14.

<sup>101</sup> Danıştay 15. Dairesi, E:2016/1712, K:2016/4815, 10.10.2016, Danıştay 15. Dairesi, E:2013/11818, K:2016/3854, 17.04.2018.

<sup>102</sup> K. Gözler, a.g.e. 2009, s. 1167



Olağan enjeksiyon uygulamasında yaşanan bu geçici ağrı ve acıya mukabil, enjeksiyon nöropatisinde vücut fonksiyonunda ömür boyu sürecek bir kayıp yaşanmakta, yani sağlık hizmetinden yararlanan kişi, anormal ve ağır nitelikteki bir zarara düşer olmaktadır. İdarenin risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için gerekli olan zararın ağırlığı şartının da enjeksiyon nöropatisinde gerçekleştiği görülmektedir.

Enjeksiyon nöropatisinde, oluşan zarar ile uygulanan tıbbi işlem arasında uygun bir illiyet bağı da bulunmaktadır. Çalışmada atfı yapılan Danıştay kararlarının tümünde, enjeksiyon sonrası gelişen siyatik sinir hasarının, enjeksiyona bağlı olarak geliştiği açıkça belirtilmekle birlikte, sağlık personeline kusur izafe edilmediği için, hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğuna gidilemediği belirtilmektedir. Bilindiği üzere idarenin kusursuz sorumluluğunda, idari eylem ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterli olacaktır. Bu şart da hemen hemen tüm enjeksiyon nöropatisi vakalarında sağlanabilir niteliktedir.

Sağlık personelinin yapılan enjeksiyonda uygulama hatasının tespit edildiği durumlarda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağında şüphe bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, risk ilkesinin uygulanabilmesi için tüm şartları taşıyan enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, kişide ortaya çıkan zarara ilişkin hizmet kusuru tespiti yoksa, kişide oluşan zararın risk ilkesi uyarınca tazmini, hukuk devletinin, adaletin ve hakkaniyetin bir gereğidir.

## SONUÇ

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, idari yargı yerlerince hizmet kusuru üzerinden idarenin sorumluluğu araştırılmakta olup, hizmet kusurunun tespit edilemediği durumlarda, -bu dava konusu edilmiş vakaların büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır- idarenin kusursuz sorumluluğu irdelenmeden, idarenin sorumlu olmadığına hükmedilmektedir. Çalışmada da detaylı olarak değinildiği üzere, enjeksiyon nöropatisinde hizmet kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğu, çoğunlukla bilgilendirme eksikliğinden kaynaklı manevi tazminata hükmedilmesi ile sınırlı kalmaktadır. Çok az sayıdaki vaka-

da ise enjeksiyonun yetkili sağlık personeli tarafından yapılmaması ve idarenin denetimini sağlayacak yeterli tıbbi kayıt sunulmaması durumunda zarara uğrayanın maddi tazminat talepleri de karşılanmaktadır. Ancak bu durum oldukça sınırlıdır. Zira sağlık kuruluşlarında tıbbi kayıtlar günümüzde hem elle matbu evrak üzerinde hem de bilgi sistemleri üzerinde elektronik ortamda tutulmaktadır. İdarenin, bu kapsamdaki gerekli tıbbi kayıtları sunmakta pek de sıkıntı yaşamadığı rahatlıkla ifade edilebilecek bir olgudur.

İdari yargı yerlerince, enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, idarenin kusursuz sorumluluğunun bilhassa risk ilkesi kapsamındaki sorumluluğunun yeterince irdelenmediği görülmektedir. Çalışmamızda, enjeksiyon uygulamasının riskli bir tıbbi işlem olduğu ortaya konulmuş olup, bu riskli tıbbi işlem, idare tarafından oluşabilecek risk bilinerek ve göze alınarak uygulanmaktadır. Bu riskli işlem sonucu kişide ortaya çıkan zarar ise olağandışı ve anormal niteliktedir. Normal enjeksiyon sonrası oluşan acı, uyuşukluk, geçici his kaybı, nöropati olgusunda bir ömür devam eden bir araz niteliğindedir.

Enjeksiyon nöropatisinde, idarenin eylemi ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğu konusunda da herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığı, ancak hemen enjeksiyon sonrasında yapılacak tetkikler ile ortaya konulabildiğinden, aradan zaman geçtikten sonra yapılan bilirkişi incelemelerinde, enjeksiyonun doğru yere yapıp yapılmadığı tespit edilememektedir. Bu tespitin yapılamaması, nöropatinin kullanılan ilacın yayılımı ve siyatik sinire baskı yapması gibi çeşitli sebeplerden de kaynaklanabilmesi gibi nedenlerle nöropatinin, tıbbi işlemin beklenebilir bir komplikasyonu olduğu yönündeki Adli Tıp Kurumu raporları, yargı yerlerince dikkate alınarak, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığından bahisle sorumlu olamayacağı kararlarda belirtilmektedir.

Oysa idarenin bu riskli faaliyeti sonucunda meydana gelen olağan dışı ve özel nitelikteki zararın, risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek tazmini mümkündür. Ancak Danıştay tarafından bu durumun dikkate alınmadığı da incelenen kararlarda görülmektedir. Hizmet kusurunun tespiti halinde, idarenin bu kusur nedeniyle sorumlu olduğu açık olmakla birlikte, hizmet kusuru tespitinin

çok güç olduğu, bünyesinde risk taşıdığı açık olan, ancak tıp pratiğinde de vazgeçilemeyen bir uygulama olan enjeksiyon sonucu oluşan, siyatik sinir hasarından kaynaklı zararların, kusursuz sorumluluğun tamamlayıcı yönü de dikkate alınarak, risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, hukuk devleti, adalet, hakkaniyetin bir gereğidir.

Enjeksiyon nöropatisinden kaynaklı tam yargı davalarında, idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı durumlarda, risk ilkesi uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olup, idari yargı yerlerince, bu kapsamdaki davalarda idarenin kusursuz sorumluluğunun araştırılmasıyla bu alanda yaşanan önemli bir mağduriyetin önüne geçilebileceği ve insanların adalete olan inancının güçleneceği düşünülmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Doğru Osman, Yaşam Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018.
- Duran Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku II. Cilt, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi Ankara, 2002.
- Gözübüyük A. Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku II. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III, Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Şaşı Murat, Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları Ankara 2019.

### Makaleler

- Altıok Meral, Kuyurtar Funda, Gökçe Hüseyin, Taşdelen Bahar, "Birinci Basamak Sağlık Hizmetinde Çalışan Ebe ve Hemşirelerin İntramusküler Enjeksiyonuna Yönelik Bilgileri" *Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi* 2007; Cilt 2, Sayı 4, s. 69-84.
- Dilaveroğlu Arzu, "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Çerçevesinde Tehlike Ve Sosyal Risk İlkesi" *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, Karabük 2017, C.6, S.3, s. 1365-1380.
- Duran Lütfi, "İçtihat Kroniği İdare Hukuku", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1967, Cilt 33, Sayı:1-2.
- Güner Şükriye İlkay, Karaaslan Selver, Orhun Reyhan, "Hemşirelik ve Ebelik Öğrencilerinin İntramusküler Enjeksiyon Uygulamalarının İncelenmesi" *Van Tıp Dergisi*, 2018, Cilt 25 Sayı 3. s. 282-288. [https://www.journalagent.com/vtd/pdfs/VTD-48030-CLINICAL\\_RESEARCH-GUNER.pdf](https://www.journalagent.com/vtd/pdfs/VTD-48030-CLINICAL_RESEARCH-GUNER.pdf), (Erişim Tarihi:20.02.2020)

- Kadioğlu Hakan Hadi, "İlaç Enjeksiyonuna Bağlı Siyatik Sinir Yaralanması: Bir Komplikasyon Mudur?" *Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 2004; Sayı 36, s. 65-70.
- Karaahmetoğlu Gülşen Ulaş, "Hemşirelik Öğrencilerinin İntramüsküler Enjeksiyon Uygulamasına Yönelik Bilgi Düzeylerinin İncelenmesi" *Abant Tıp Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 3, s.155-161
- Kaya Kenan, Seçkin Necmi, "Enjeksiyon sonrası gelişen nöropati: Komplikasyon/Malpraktis Ayırımında İnce Bir Çizgi", *KSÜ Tıp Fakültesi Dergisi*, 2018;13(2) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/485057> (Erişim Tarihi: 06.02.2020)
- Köksal Mustafa, "Risk İlkesinin İdareye Yüklelediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S.85, s.241-272.
- Kuloğlu Pazarcı Nevin, Necioğlu Örken Dilek, Gökyiğit Çelik Münevver, Gündoğdu Çelebi Lale, Aydın Şenay, "Postenjeksiyon Siyatik Nöropati: Klinik ve Elektrofizyolojik Özellikler", *Nöropsikiyatri Arşivi Dergisi*, 2010, Sayı. 47. [https://www.researchgate.net/publication/269973175\\_Postenjeksiyon\\_Siyatik\\_Noropati\\_Klinik\\_ve\\_Elektrofizyolojik\\_Ozellikler](https://www.researchgate.net/publication/269973175_Postenjeksiyon_Siyatik_Noropati_Klinik_ve_Elektrofizyolojik_Ozellikler) (Erişim Tarihi:23.02.2020)
- Özgönül Mustafa Levent, Arda Berna, Dedeoğlu Necati, "Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata,Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi* 2019;27(1): s.48, <https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-tip-etigi-ve-hukuk-acisindan-tibbi-hata-malpraktis-ve-komplikasyon-kavramlarinin-degerlendirilmesi-84187.html>, (Erişim Tarihi:07.02.202)
- Şaşmaz Aysema Pelin, "İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünüme Genel Bakış", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2016, C.2, S.2, s. 211-235.
- Ünal Volkan, Özgün Ünal Esra, Emir Abdurrahman, Özer Yusuf, Çağdır Sadi, "Enjeksiyon Nöropatisi Olgularına Adli Tıbbi Yaklaşım", *Adli Tıp Bülteni*, [www.adlitipbulteni.com 'index.php' atb 'article' download](http://www.adlitipbulteni.com/index.php/atb/article/download) (Erişim Tarihi: 06.02.2020)

### Yargı Kararları

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>
- Uyusmazlık Mahkemesi Kararları, <http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>
- Danıştay Kararları, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>
- Ulusal Yargı Ağı Platformu (UYAP)

### Diğer Kaynaklar

- Kemaloğlu Yonca, İntramüsküler Enjeksiyon Uygulamasında Dorsogluteal ve Ventrogluteal Bölgelerin Ağrı, Kanama, Hematom Riski Açısından Karşılaştırılması, Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

# HACİZDEN SONRA BORCUN TAKSİTLE ÖDENMESİ TAAHHÜDÜ (İcra ve İflâs Kanunu m. 111) COMMITMENT TO PAY DEBT IN INSTALLMENTS AFTER FORECLOSURE (Enforcement and Bankruptcy Code Art. 111)

Çiğdem YAZICI\*

**Özet:** Bu çalışmada İcra ve İflâs Kanunu'nun 111. maddesinde düzenlenen hacizden sonra borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün hukuki niteliği, koşulları, taahhüdün icra takibine etkisi ve taahhüde aykırılığın sonuçları ele alınacaktır. Mevaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 123. maddesindeki borcun taksitle ödenmesi düzenlemesinden birçok yönden farklı koşullara tabi tutularak, çok sınırlı şekilde uygulama imkânı bulan ancak tarafların menfaatlerine en uygun çözüm olan bu imkânın daha etkin olarak kullanılması bakımından yapılması gereken değişiklik önerilerine yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Borcun Ödenmesi, Taahhüt, Taksitlerle Ödeme, Taahhüde Aykırılık

**Abstract:** In this study, the legal nature and conditions of the commitment to pay the debt in installments after the foreclosure, the effect of the commitment on the execution proceeding and the consequences of the breach of the commitment will be discussed which is regulated in Article 111 of the Enforcement and Bankruptcy Code. Subject to many conditions different from the regulation of the payment of debt in installments in Article 123 of the Swiss Enforcement and Bankruptcy Code, proposals will be made in order to use this opportunity more effectively, which can be applied very rare but is the most suitable solution for the interests of the parties.

**Keywords:** Debt Payment, Commitment, Installments, Breach of Commitment

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl Hukuku Anabilim Dalı, yazicic@mef.edu.tr, ORCHID: 0000-0002-0989-8879, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.11.2021, Kabul Tarihi: 05.11.2020

## Giriş

Bir icra takibinin her aşamasında alacaklı ile borçlu anlaşarak takip konusu borcun taksitle ödenmesini kararlaştırabilirler.<sup>1</sup> Zira taksitle ödeme sözleşmesi hem borçlunun hem de alacaklının menfaatine uygun bir sonuç doğurmaktadır. Bu sözleşme bir tarafta ödeme gücü sınırlı olan borçluya süre verilerek borcu ödemesine imkân tanımakta, diğer tarafta alacaklının da belirli bir süre içerisinde alacağına faizi ve tüm takip masrafları ile birlikte kolayca kavuşmasına imkân tanımaktadır. Bu şekilde alacaklı uzun satış prosedürü ve ihalenin kesinleşmesini beklemeden alacağına kavuşmuş olacaktır.<sup>2</sup> İcra takibinin kesinleşmesi ve borçlunun mallarının haczedilmesinden sonra takip konusu borcun taksitlendirilmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 111. maddesinde özel olarak düzenlemiştir.<sup>3</sup> Söz konusu hükme göre hacizden sonra borcun taksitle ödenmesi, taksitle ödeme sözleşmesi ve taksitle ödeme taahhüdü olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir.<sup>4</sup> Borcun taksitle ödenmesi sözleşmesinde alacaklı ile borçlu anlaşarak, takip konusu borcun serbestçe belirlenen miktarda ve sayıdaki taksitler halinde ödenmesini kararlaştırırlar. Hacizden sonra borcun taksitle ödenmesi sözleşmesinin kurulması ve koşullarının belirlenmesi alacaklının rızasına bırakılmıştır. Alacaklı dilerse takibe devam edebilir, borçlunun mallarının haczini isteyebilir ve hacizli malların satışını talep edebilir.

<sup>1</sup> Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 609; Saim Üstündağ, İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 242; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 316. İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesi dikkate alındığında borcun taksitle ödenmesi halinde haciz isteme süreleri işlemeyeceğinden, 111. maddeden farklı olarak hacizden önce de taksitle ödeme sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmektedir (Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2020, s. 205; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020, s. 274).

<sup>2</sup> Bkz. Carl Jaeger/ Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auf., Zürich 1997, Art. 123, Kn.3; Kurz Kommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014- Rüetsche, Art. 123, Kn. 1; Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, Adrian Staehlin/Thomas Bauer/Daniel Staehlin (Hrsg.), 2. Auflage, Basel 2010-Suter, Art. 123, Kn. 1 vd; Jolanta Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs&Konkursrecht, 3. Aufl., 2018, §5, Kn. 867.

<sup>3</sup> Bu çalışmada kanun adı verilmeden yalnızca madde numarası ile atf yapılan yerlerde İcra ve İflâs Kanunu kastedilmiştir.

<sup>4</sup> Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 275.

İnceleme konumuz ise borcun taksitle ödenmesi sözleşmesinden farklı olarak alacaklının rızası aranmaksızın İcra ve İflâs Kanunu'nun 111. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen koşullara uygun olarak tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran, borçlunun icra dairesine taksitle ödeme taahhüdünde bulunulmasıdır.<sup>5</sup> Bu durum "*borçlunun kanuni taksit hakkı*"<sup>6</sup> ya da "*borçlunun yasal hakkı*"<sup>7</sup> olarak da ifade edilmektedir.<sup>8</sup> Borcun taksitle ödemesi taahhüdünün koşulları ilgili hükümde tek tek belirlenmiştir.<sup>9</sup> Hacizden sonra borcun taksitle ödenmesinin hüküm ve koşulları mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 123. maddesinden oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir.<sup>10</sup> olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün hukukî niteliği, koşulları, icra takibine etkisi ve sonuçları incelenirken yeri geldikçe farklılıklara değinilecek ve çözüm önerileri getirilirken mehz kanundaki düzenlemeler de dikkate alınacaktır.

<sup>5</sup> Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, Ankara 2013, s. 1050-1051; İbrahim Aşık, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 105. "Taksitlendirme sözleşmesiyle ödemeyi ikiye ayırmak gerekir. Birincisi İİK'nın 111. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen borçlunun yasal hakkından doğan taksitlendirme, ikincisi ise, alacaklının kabulüne bağlı olan taksit sözleşmesi ile yapılan taksitlendirmedir." 12. HD, 27.01.2015, 27245/1961 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde diğer kararlar için bkz.: 12. HD, 22.09.2011, 730/16467; 12. HD, 16.09.2013, 16675/28537; 12. HD, 14.11.2013, 26128/35959; 12. HD, 05.06.2014, 13516/16338 (Kararlar için bkz: Lexpera).

<sup>6</sup> Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.II, 3. Baskı, Ankara 2014, s.2126.

<sup>7</sup> Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 215. Bu maddeye göre kararlaştırılan ödeme taahhüdünde alacaklının onayına gerek bulunmayıp, borçlunun bu hakkı Kanun'dan kaynaklandığından, uygulamada "yasal taksit hakkı" olarak da adlandırılmaktadır." YCGK, 5.3.2002, 7-54/178, (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. YCGK, 22.01.2002, 294/1 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>8</sup> Yelda Uzel, "İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi", *MİHDER*, S.8, 2007, s. 714.

<sup>9</sup> Bu çalışmada m. 111 f. 1 ve 2'de düzenlenen koşullara göre hacizden sonra borcun taksitle ödenmesini diğer ihtimallerden ayırmak için borcun taksitle ödenmesi taahhüdü ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>10</sup> Özel hukukumuzun temellerini oluşturan Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun alındığı İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndan (SchKG, Gesetz für Schuldbetreibung und Konkurs) yararlanmanın daha doğru olacağı görünüşünün hâkim gelmesi, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu Türkçe'ye çevrilerek pek az değişikliklerle 18 Nisan 1929'da kabul edilerek 1424 sayılı Kanun olarak ortaya çıkmıştır. Ancak sonradan 1424 sayılı Kanun, ülke gerçeklerine uygun olmayan hükümleri ve ekonomik buhranın da etkisiyle yerini yeni ve halen yürürlükte olan 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na bırakmıştır. Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1963, s.136-137; Ejder Yılmaz, "Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s.10-11. Bu nedenle İsviçre İcra ve İflâs Kanunu mehz olarak esas alınmıştır.

## I- Borcun Taksitle Ödenmesi Tahhüdünün Hukukî Niteliği

### A) Taraf Takip İşlemi Olması

Borçlu tarafından Kanun'un (m. 111/1-2) aradığı koşulları taşıyan hacizden sonra borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün sonuç doğurması için alacaklının kabulü aranmamaktadır.<sup>11</sup> Borcun taksitle ödenmesi taahhüdü, borcun tecili anlamına gelmediği gibi taahhüdün yerine getirilmemesi de sonuçlarını takibin devam etmesi olarak icra hukuku alanında doğurur.<sup>12</sup> Bu nedenle takip konusu alacağa temerrüt faizi işlemeye devam edecektir. Alacaklı taksitle ödeme taahhüdü dönemindeki faizi, munzam zararların tazminini isteyebilecektir (TBK m. 105). Bir görüşe göre borcun taksitle ödenebilmesi, meşru bir menfaati bulunan borçluya tanınan bir imtiyaz değil satışı önleyen bir tedbirdir.<sup>13</sup> Yargıtay birçok kararında taksitle ödeme taahhüdünü bir hak ya da yasal hakkından doğan taksitlendirme olarak ifade etmiştir.<sup>14</sup> Taksitle ödeme taahhüdü, borçlu tarafından takip prosedürü içerisinde haczedilen malların alacaklının talebi ile satışını engelleme-ye yönelik olarak yapılan bir işlemdir. Kanaatimizce taksitle ödeme taahhüdünü taraf takip işlemleri bakımından değerlendirmek gerekir. Taraf takip işlemleri genel olarak takip sürecinde tarafların yaptıkları, takibe yön ve şekil veren, çoğunlukla da icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelik olarak yapılan işlemlerdir.<sup>15</sup> İcra takibi sürecinde taraf takip işlemleri haciz talebi ya da satış talebi gibi örneklerden de anlaşılacağı üzere çoğunlukla alacaklı tarafından yapılmaktadır.<sup>16</sup> Buna karşın borçlu da taraf takip işlemleri yapabilir.

<sup>11</sup> Muşul, C.II, s. 1053; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 215; Kuru, El Kitabı, s.615; Üstündağ, s. 292.

<sup>12</sup> Evren Kılıçoğlu, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005, s. 112; Gökçe Varol, İcra Hukukunda Borcun Taksitle Ödenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2020, s. 71. Aksi yönde bkz. Üstündağ, s. 242.

<sup>13</sup> Necmeddin M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969, s. 126.

<sup>14</sup> Emsal kararlar için bkz. yuk. dn.6.

<sup>15</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 5; Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018, s. 28. Ayıca bkz. Nilüfer Boran Güneysu, İcra Takip İşlemleri, *TBB Dergisi*, 2012 (101), s. 37 vd.

<sup>16</sup> Kuru, El Kitabı, s.148; Umar, s. 171; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 24; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 5; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s.107. Kanun borçluya da satış talebinde bulunma yetkisi vermiştir. Satış talebi borçlu tarafından da yapılabilir. Bu durumda da borçlunun yaptığı bir taraf takip işlemine örnek oluşturur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, "Borçlunun Talebiyle Satış", *TBB Dergisi*, 2020 (151), s. 236 vd.



Borçlunun takibe itiraz etmesi ya da haczedilmezlikten feragat etmesi, bu örneklerdendir. Borçlu, borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunmakla bir icra takip işlemi olan satışın gerçekleşmesini engellemeye çalışmaktadır. Bu nedenle taksitle ödeme taahhü, borçluya tanınmış bir hak olup, bu hakkın kullanılması bir taraf takip işlemidir. Borcun taksitle ödenmesi taahhüdü borçlunun tek taraflı beyanı ile sonuç doğurduğundan tarafların müştereken yaptıkları bir taraf takip işlemi değildir.

### **B) Borcun Kabulü Niteliğinde Olmaması**

Borçlunun hacizden sonra borcunu taksitle ödemesi, ilk bakışta borcunu kabul eden ve ödemek istemesine rağmen tamamını tek seferde ödeme imkânına sahip olmayan borçlu bakımından getirilmiş bir hak olarak düşünülse de,<sup>17</sup> borçlunun bu taahhüdünün kendiliğinden borcun kabulü niteliğinde olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu nitelendirme özellikle borçlunun taksitle ödeme taahhüde bulunduktan sonra menfi tespit ya da istirdat davası açması halinde önem arz edecektir. Borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün kendiliğinden borcun kabulü sonucunu doğurduğu olduğu kabul edilecek olursa borçlu bu durumda menfi tespit davası veya hacizli malların satışı baskısı altında ödemiş olduğu paranın iadesi için istirdat davası açamayacaktır. Kanaatimizce borcun taksitle ödenmesi taahhüdü yeteri kadar malı haczedilmiş borçluya, hacizli malların satışına engel olmasına imkân tanıyan bir haktır. Taksitle ödeme taahhüdünde bulunan borçlu yalnızca m. 111'e göre ödemeyi taahhüt etmektedir. Borçlunun bu hakkı kullanabilmesi için borcu kabulü gerekmemektedir. Bu durumda borçlunun borcu kabul etmek maksadıyla değil, hacizli malların satışına engel olmak maksadıyla kanuni taksit hakkını kullandığı kabul edilmelidir. Maddî hukuk bakımından da sadece taksitle ödeme taahhüdü, borcun kabulü ya da borcun ikrarı gibi bir sonuç doğurmaz. Bu yalnızca başlatılmış olan icra takibi bakımından sonuç doğurur. Bu nedenlerle borçlu haczedilen mallarının satışına engel olmak üzere icra dairesine başvurarak borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunduktan sonra aslında borçlu olmadığını tespiti ve ödemiş olduğu paranın iadesi talebi ile menfi tespit ve istirdat davası

<sup>17</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 273.

açabilmelidir. Kaldı ki Yargıtay, borçlunun cebri icra tehdidi altındaki borç ikrarını dahi, borcun kabulü olarak görmemekte ve borçlunun açacağı menfi tespit davası ile borcu olmadığını iddia edebileceğini, bu nedenle ödenen paranın istirdadını talep edebileceğini kararlarında istikrarlı olarak kabul etmektedir.<sup>18</sup> Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, haciz esnasında ödeme taahhüdünde bulunmanın, borç ikrarı olarak kabul edilemeyeceğini şu şekilde açıkça ifade etmiştir: *“Borçlu adresine menkul haczi için gidilmesi sonucu düzenlenen 18.06.2008 tarihli haciz tutanağında borçlunun ödeme taahhüdünde bulunduğu anlaşılmaktadır. Borçlunun açıkça bir kabul beyanı bulunmayıp, menkul haczi sırasında ve haciz baskısı altında yapılan ödeme taahhüdü borcun kabulü olarak değerlendirilemez.”*<sup>19</sup>

<sup>18</sup> “..İhtiyati haciz kararının infazı sırasında borçlunun vaki ikrarı itiraz ve dava hakkını kaldırmaz. Zira, ihtiyati haciz kararının infazının mahiyeti itibarıyla bu sırada yapılan ikrarın müzayaka altında yapıldığının kabulü gerekir. Kaldı ki, haciz sırasında senetler borçluya gösterilmediği için senetlerin gösterilmesinden sonra borca karşı itirazda bulunabileceği de eşyanın tabiatına uygun düşer.” HGK 11.2.1987, 11- 93/K. 88 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı doğrultuda benzer bir karar için bkz. 11. HD. 15.06.1989, 657/3653 (Kazancı İçtihat Bankası)

“... 19. HD, 22.10.2013, 11389/16404 (Lexpera). Aynı yönde benzer kararlar için ayrıca bkz. 11. HD, 10.05.1982, 2271/ 2186; 11. HD, 15.06.1989, 657/3653 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>19</sup> 12. HD, 10.11.2009, 13912/22043 (Lexpera). Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin aynı doğrultudaki bir kararı da şöyledir: Mahkemece, senedin takibe konulduğu icra takip dosyasının yapılan incelemesinde, davacılar vekili tarafından icra dosyasına verilen 02.10.2013 tarihli dilekçeyle “... dosya borcunun hesaplanarak İİK'nın 111. maddesine istinaden dosya borcunun ilk taksitinin peşin geri kalan kısmın ise 3 eşit taksitte ödenmesine karar verilmesi...” nin talep edildiğinin görüldüğü, dilekçeyle dile getirilen beyanın borcu kabul niteliğinde olduğu, kabul edilmiş bir borç için dava açmakta hukuki yarar görülmediği, icra takibi durdurulduğundan davalıların tazminat taleplerinin koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın ve davalıların tazminat talebinin reddine karar verilmiş, mahkeme kararı süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Karara dayanak yapılan ve davacılar vekili tarafından icra dosyasına sunulan dilekçe dava tarihinden sonra verilmiştir. Dava şartlarının dava tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerekir. Hal böyle olunca mahkemece davanın hukuki yarar yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, dilekçe içeriği itibarıyla de açıkça borç ikrarı olarak değerlendirilecek nitelikte değildir. Bu nedenle, yerel mahkemece, davacılar vekilinin icra takip dosyasına verdiği dilekçeye istinaden hangi işlemlerin yapıldığı araştırılarak, tarafların iddia ve savunmaları değerlendirilerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. 19. HD, 02.10.2014, 11807/14597 (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bir kararında açıkça taksitle ödeme taahhüdünün borç ikrarı olarak kabul edilemeyeceğini şu şekilde belirtmiştir: “...Bundan ayrı olarak, bir kısım borcu bulunan ve eşyalarının hacizi esnasında iradesi kı-

Buna karşın Yargıtay 23. Hukuk Dairesi menfi tespit ve istirdat istemli olarak açılan davada tam aksi yönde bir değerlendirme yapmıştır.<sup>20</sup> Anılan kararda “Dosyanın yapılan incelemesinde, icra takip dosyasından fiili haczin gerçekleştirildiği 24.08.2009 tarihinin ertesi günü 25.08.2009 tarihinde, ortada haciz baskısı yokken, davacı şirketin, imza sirküleri uyarınca, iki imza yetkilisi ve vekili tarafından ilgili icra dairesine gidilmek suretiyle, borcun kabulü mahiyetindeki, ödeme taahhüdünde bulunduğu anlaşılmıştır....Mahkemece, bahsi geçen husus hiç değerlendirilmeksizin, yanılığın gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Kanaatimizce bu karara katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle ortada haciz baskısının olmadığına dair değerlendirme hatalıdır. Fiili haczin tatbikinden bir gün sonra yapılan borcun taksitle ödenmesi taahhüdü açıkça hacizli malların satışı tehdidi altında yapılmış kabul edilemelidir. Diğer taraftan Yargıtay’ın haciz esasında dahi borç ikrarının haciz baskısı altında yapıldığından bahisle menfi tespit davası açılmasına cevaz veren kararları göz önünde bulundurulduğunda, hacizli malların satışı tehdidi altında da aynı baskının bulunduğuna şüphe yoktur<sup>21</sup>.

## II- Borcun Taksitle Ödenmesi Tahhüdünün Koşulları

Alacaklının kabulüne bağlı olmaksızın, borçlunun tek taraflı beyanı ile takibe konu borcu taksitle ödeyebilmesi ve bu süreçte de icra takibini durdurabilmesi için borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün İcra ve İflâs Kanunu’nun 111. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen koşullarda gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini icra memuru kendiliğinden gözetir. Şayet koşullara uygun bir taksitle ödeme taahhüdü söz konusu ise icra memurunun takdir yetkisi bulunmamaktadır. İsviçre’deki düzenleme özellikle bu yönü ile İcra ve İflâs Kanunu’ndaki sistemden ayrılmakta-

sılan borçlunun borcu taksitle ödemeyi taahhüt etmesinin borcun tamamını ikrar anlamına gelmediğinin de nazara alınmaması doğru görülmüştür.” 3. HD, 27.09.2001, 6881/8220 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>20</sup> 23. HD, 05.11.2019, 5148/4523 (Lexpera).

<sup>21</sup> “Davacının traktörü haczedilmiş ve traktör bir üçüncü şahsın yedieminliğine tevdi olunmuştur. Bu durumda, davacının traktörünü muhafaza altından kurtarabilmek için icra dosyasında borcu kabul edip ödeme mehli istemesi borcun kesin ve samimi olarak ikrarı anlamına gelmediğinden, menfi tespit ve istirdat davası açma hakkını ortadan kaldırmaz”. 11. HD, 15.06.1989, 657/3653 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz.yuk. dn. 19.

dır. Zira İsviçre’de borçlunun tek taraflı olarak taksitle ödeme teklifinde bulunması kendiliğinden icra takibini durdurmaz. İcra memurunun taksitle ödeme teklifini onaylaması ile ödeme planı bağlayıcı hale gelmekte ve böylelikle cebri icra takibi durmaktadır. İcra memurunun bu teklifi onaylamak bakımından oldukça geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. İcra memurunun bu takdir yetkisini kullanırken dikkate alınması gereken koşullar şunlardır: 1-Borçlunun taksitle ödeme başvurusunda bulunması, 2-Borçlunun borcunu ödeme gücü bulunduğunu ve ödeme planının uygulanabilir olduğunu ispata yarayacak bilgi ve belgeleri icra dairesine sunması,<sup>22</sup> bu hususta borçlunun yaklaşık ispat ölçüsünde (*Glaubhaftmachung*) ispat faaliyetinde bulunması,<sup>23</sup> 3- İlk taksidin ödenmesi. İcra memuru borçlunun ve alacaklının durumlarını göz ederek ödeme planındaki tarihlere ve miktarlara müdahale edebilir, bunları değiştirebilir. İcra memuru ödeme planını kabul ettikten sonra dahi gerek re’sen gerekse borçlu ya da alacaklının talebi üzerine ödeme planı üzerinde değişiklik yapabilir.<sup>24</sup> Örneğin, alacaklı borçlunun tüm borcu hemen ödeyebileceği yahut daha yüksek miktarlarda taksitler halinde ödeyebileceği hususunda icra memurunu ikna ederek, ödeme planının bu şekilde değiştirilmesini isteyebilir.<sup>25</sup> Ancak icra memuru bu değişikliği yaparken kanunda öngörülen azami süreler ile bağlıdır. İcra memurunun takdir yetkisine karşı ilgililer şikâyet yoluna (SchKG Art. 17 vd.) başvurabilir.<sup>26</sup> İcra ve İflâs Kanunu’muza göre ise borçlunun borcu karşılamaya yetecek miktardaki malı haczedilmiş ve alacaklı henüz satış talep etmemiş ise, borçlu taahhüt anında borcun tamamının dörtte birini peşin ödemiş ve kalan kısmı üç taksitte ödeyeceğini taahhüt etmiş ise icra memuru bu koşulların varlığını

<sup>22</sup> Karl Spühler, *Schuldbetreibung und Konkursrecht I*, Zürich-Basel-Genf, 2016, s. 176; KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 6 vd; Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, (Hrsg.) *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. Aufl., Zürich 2017, Schlegel/Zopfi, Art.123, Kn. 6-8; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 123, Kn. 5.

<sup>23</sup> *Glaubhaftmachung* teriminin Türk hukuku bakımından karşılığı ve kullanılan terimlerin karşılaştırması hakkında bkz. Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 218-220.

<sup>24</sup> KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 19; Kurt Amonn/Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, Bern 2008, § 27, Kn. 18; BSK SchKG I-Suter, Art.123, Kn. 30 vd; SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn. 17.

<sup>25</sup> Amon/Walther, §27, Kn. 18.

<sup>26</sup> SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn. 21; KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 25; BSK SchKG I-Suter, Art.123, Kn. 42.

bir tutanakla tespit eder. Aşağıda sırasıyla incelenecek olan bu koşulların bulunduğu hallerde icra memurunun takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından icra memurunun kararına karşı başvurulacak yol şikâyettir (m. 16 vd.).

### **A) Borçlunun Borcu Karşılama Yetecek Miktardaki Mallarının Haczedilmiş Olması**

Borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün geçerli olabilmesi için borcu karşılamaya yetecek kadar malının haczedilmiş olması gerekir. Hacze konu mallar taşınır ya da taşınmaz olabilir. İsviçre’de hacizden sonra borcun taksitle ödenebilmesi için borçlunun borcun tamamını karşılayacak kadar malının haczedilmesi aranmamıştır.<sup>27</sup> Buna karşın borçlunun borcunu ödeyebileceği hususunda icra memurunu ikna etmesi gerekmektedir (SchKG Art.123). İcra ve İflâs Kanunu’daki açık düzenleme karşısında farklı bir sonuca varmak mümkün olmasa da olması gereken hukuk bakımından mehzar kanundaki gibi borcun tamamını karşılayacak miktarda haczin aranmasının borçlunun koşullarını ağırlaştırdığı ve bu nedenle de alacağın bir kısmını ödemeye yeter malları haczedilmiş bulunan borçlunun da bu imkândan yararlanması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>28</sup> Kanaatimizce borçlunun borcunu taksitler halinde ödeme taahhüdünde bulunurken borcu nasıl ödeyeceğini gösteren kaynaklarını yalnızca bildirmesi borcun taksitle ödenmesi taahhüdü bakımından tek başına yeterli değildir. Bu nedenle borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunabilmesi için alacaklının alacağının haciz yoluyla garanti altına alınmış olması gerekir. Şayet haciz olmadan borçlu, borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunacak ise bu durumda da borcu karşılamaya yetecek miktarda teminat aranmalıdır. Ayrıca borçlunun haczedilen malları alacağın yalnızca bir kısmını karşılıyorsa, borçlu hacizle karşılanmayan kısmı peşin olarak öderse veya aynı şekilde teminat gösterirse, borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunarak haczedilen malların satışına engel olabilmelidir. Bununla birlikte alacağın yalnızca belirli bir kısmını ödemeye yeter miktarda malı haczedilmiş olan borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunarak alacağın tamamı bakımından takibi durdurması

<sup>27</sup> İsviçre hukukunda taksitle ödeme koşulları için bkz. SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn. 4-9; BSK SchKG I-Suter, Art.123, Kn. 8 vd; Kostkiewicz, §5, Kn. 868.

<sup>28</sup> Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1954, s. 308.

imkânına sahip olması, taraflar arasındaki menfaat dengesini borçlu lehine bozmuş olacağından kabul edilemez. Borcun tamamını karşılayacak miktarda malın haczedilip haczedilmediğinin tespiti edilmesi ve bu tespitin yapılmasında da haciz esnasındaki kıymet takdiri esas alınmalıdır.<sup>29</sup> Taşınır bakımından kıymet takdiri kural olarak haciz esnasında gerçekleşir.<sup>30</sup> Buna karşın taşınmazlarda kıymet takdiri iki aşamada söz konusu olmaktadır. Bunlardan birincisi haciz aşamasında, ikincisi ise satış aşamasında yapılmaktadır. Borcun taksitle ödenmesi taahhüdü satış talebinden sonra gerçekleştirilemeyeceği için, taşınmazlar bakımından da hacze bağlı bir icra takip işlemi niteliğindeki kıymet takdiri esas alınacaktır.<sup>31</sup> Haciz esnasında kıymet takdiri yapılmamış ise, borçlununun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması üzerine icra memurunun bu eksikliği tamamlayarak haczin takip konusu borcu karşılayıp karşılamadığını değerlendirmesi gerekir.<sup>32</sup> Bu değerlendirmenin yapılmasında üçüncü kişiler lehine konulan takyidatların, bilhassa ipoteklerin de dikkate alınması gerekir.

Haczin satış isteme yetkisi vermesi için takibin kesinleşmesi gerektiğinden,<sup>33</sup> borçlu tarafından geçici haciz ya da ihtiyati haciz aşamasında yapılan borcun taksitle ödenmesi teklifi ancak alacaklının kabulü halinde bir taksitle ödeme sözleşmesi olarak kabul edilebilir.<sup>34</sup> Nitekim Yargıtay da ihtiyati haciz aşamasında yapılan ödeme taahhüdünün ihlâl edilmesi ile ilgili değerlendirmede aynı sonuca varmıştır.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Haciz esnasında kıymet takdiri ile satış talebinden sonraki kıymet takdiri hakkında detaylı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, Ankara 2020, s. 139-149. Şükran Akgün, *Haczin Hukuki Niteliği*, İstanbul 2020, s. 272.

<sup>30</sup> Haciz tutanağında haczedilen mallar ile takdir edilen kıymetlerinin yer alması gerektiğinden (m. 102/1 ve ayrıca İcra ve İflâs Kanunu Yön. m. 41/1) haciz ve kıymet takdiri aynı anda gerçekleşmektedir. (Mert Namlı, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, İstanbul 2019, s. 163-169; Boran Güneysu, s. 137.) Ancak uygulamada genellikle haciz işleminden ayrı olarak ve hacizden sonra kıymet takdiri yaptırılmaktadır. (Namlı, s. 183).

<sup>31</sup> Boran Güneysu, s. 63.

<sup>32</sup> "Takip dosyasında sadece 923 ada 4 parsel sayılı taşınmaza haciz konulduğuna göre, taşınmaz üzerinde 3. kişiler lehine konulan takyidatlar da dikkate alınıp, taşınmaz haczinin takip konusu borcu karşılayıp karşılamadığı (İİK'nın 111/2. maddesi) konusunda keşif yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi" 12. HD, 27.10.2015, 22395/26099 (Lexpera).

<sup>33</sup> Kuru, *El Kitabı*, s. 615.

<sup>34</sup> Üstündağ, s. 242; Muşul, C.II, s. 1052.

<sup>35</sup> "İcra emri tebliğinin zorunluluğu karşısında, icra kefilisi olan sanığın kendisine icra

Bu aşamada alacaklı bu teklifi kabul etmeyerek borçlunun mallarının haczini talep edebilir.

Borçlunun mahcuz malı para ise bu durumda taksitle ödeme taahhüdünün ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde borçlunun bankadaki ya da üzerindeki paranın haczedilmesi halinde taksitle ödeme taahhüdünün uygulama alanı bulmayacağı, maddenin düzenleniş amacının borçlunun mallarının satılmasını önleyerek daha az zarar ile taksitler halinde borcunu ödeme imkânına kavuşması olduğu dikkate alınarak, mahcuz paranın alacaklıya ödenmesini önlemek amacıyla borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.<sup>36</sup> Kanaatimizce bu konu değerlendirilirken somut duruma göre taraf menfaatleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.<sup>37</sup> Zira takip, borçlunun haberi olmadan kesinleşmiş ve borçlunun bankada (üçüncü kişide) bulunan parası haczedilmiş ise, borçlu haczedilen paranın hiç olmazsa belirli bir kısmının alacaklıya ödenmesine mani olmak için borcun dörtte birini icra dairesine ödedikten sonra, menfi tespit ve ödediği kısım bakımından da istirdat davası açabilir. Açtığı menfi tespit davasında ise, teminat mektubu göstererek nakit paranın ticari işletmede örneğin üretimin sürdürülmesi için kullanılmasını sağlayabilir. Bu çözüm hem alacaklının hem de borçlunun menfaatine uygundur. Buna karşın borçlunun açıkça ya da menfi tespit açmamak suretiyle zımnen borcu kabul ettiği hallerde,<sup>38</sup> hacizli olan paranın alacaklıya taksitler halinde ödenmesin-

---

emri tebliğ edilmeden kefaletle birlikte ihtiyati haciz safhasında yaptığı ödeme taahhüdünün hukuken geçersiz olduğu gözetilmeden, yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". 17. HD, 22.04.2004, 1225/5073 (E-uyar).

<sup>36</sup> Belgesay, s. 308, 309; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2121.

<sup>37</sup> İcra hukuku menfaat çatışmasının yoğun olarak yaşandığı bir alan olduğundan, uygulayıcıların dengeleme yükümlülüğü bulunmaktadır (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 11-13; Pinar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 8 vd.; Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 35 vd.)

<sup>38</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin menfi tespit davası açılmasını ihtirazi kayıt olarak değerlendirildiği bir kararına göre: "...somut olayda dava 10.09.2012 tarihinde açılmıştır. Açılan iş bu davada mahkemece takibin durdurulmasına ilişkin verilen bir tedbir kararı bulunmadığından dava konusu icra takip dosyasında, dava tarihinden sonra 16.03.2013 tarihinde davacı borçlunun adresinde haciz yapılmış, davacı borçlu, dosyadaki toplam 69.453,74 TL borcu kabul ettiğini, 30.09.2013 tarihinde ödemeyi taahhüt ettiğini beyan etmiş ve bu beyan imzasını ihtiva eden haciz tutanağına geçirilmiştir. Davacı iş bu davayı açarak takip konusu borcun 10.000 TL'si

de ne alacaklının ne de borçlunun bir menfaati bulunmaktadır. Zira taksitle ödeme taahhüdü süresince faiz işlemeye devam ettiğinden, borçlunun hacizli parayı nemalandırması halinde dahi önemli bir fark oluşmayacaktır.

## **B) Taksitle Ödeme Taahhüdünün Alacaklının Satış Talep Etmesinden Önce Yapılmış Olması**

Borçlu taksitle ödeme taahhüdünü yazılı veya sözlü şekilde icra dairesine ileterek gerçekleştirebilir.<sup>39</sup> Borçlu eğer taahhüdünü sözlü olarak gerçekleştiriyorsa icra memurunun bu hususu tutanağa geçirmesi ve borçluya imzalatması gerekir.<sup>40</sup> Borçlunun yazılı ya da sözlü olarak gerçekleştireceği taksitle ödeme taahhüdünü alacaklının satış talebinden önce icra dairesine bildirmesi gerekmektedir.

### **1) Alacaklının Satış Talebinde Bulunmamış Olması**

Borçlunun hacizden sonra fakat alacaklının satış talebinden önce taksitle ödeme taahhüdünde bulunması gerekir. Alacaklının satış için gerekli masrafları yatırmaması halinde de geçerli bir satış talebi olduğunu kabul etmek gerekir. Zira alacaklı tarafından satış masrafları yatırılmadan satış talep edilmesi halinde icra memuru alacaklıya onbeş günlük süre verecek, bu süre içerisinde masraflar yatırılmazsa haciz kalkacaktır (m. 110/I).<sup>41</sup> Aynı şekilde satış talebine ilişkin mas-

---

yönünden ihtirazi kaydını ileri sürmüştür. Bu itibarla dava tarihinden sonra, sırf aleyhine yürütülen icra takibini durdurmak saikiyle haciz baskısı altında davacının anılan şekilde dava konusu borcu da kapsayacak şekilde tüm borcu kabul ve ödeme taahhüdünde bulunması borç ikrarı olarak nitelendirilemeyeceğinden yazılı ve yanılığın gerekçe ile davanın reddinde isabet görülmediği gibi, mahkemece icra takibinin durdurulmasına yönelik bir tedbir kararı verilerek bu karar infaz edilmediği halde davalı lehine İİK'nın 72. maddesi uyarınca kötüniyet tazminatına hükmedilmesi de doğru görülmemiştir." 19. HD, 22.01.2014, 18527/1703. (Lexpera)

<sup>39</sup> Uyar/Uyar/Uyar, s. 2127; Muşul, C.II, s. 911; Varol, s. 54. İsviçre'de benzer şekilde bkz. KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 6; BSK SchKG I- Suter, Kn. 10; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 123, Kn. 14.

<sup>40</sup> Ancak taksitle ödeme sözleşmesi bakımından cezai bir yaptırım doğabilmesi için alacaklının da muvafakati gerekli olduğundan, tutanağın alacaklı tarafından da imza edilmesi gerekir. Bkz. 8CD, 18.12.1992, 581/2064, Mahmut Coşkun, Son Değişikliklerle Birlikte Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, 4. Baskı, C.II, Ankara, 2020, s. 1834.

<sup>41</sup> İcra ve İflâs Kanunu'nun 110. maddesinde 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce alacaklı tarafından masraflar yatırılmadan satış talep edilmesi halinde



raflar eksik yatırılmış ise ortada geçerli bir satış talebi bulunduğunun kabulü gerekir. Bu durumda icra memuru süre vererek eksikliğin tamamlanmasına karar verecektir. Alacaklı verilen süre içerisinde satış masraflarını yatırmazsa haciz kalkacağından, bu durumda da borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması mümkün değildir.

Hacizli malların satışına icra memuru tarafından re'sen karar verilmiş ise, borçlu tarafından bu durumun öğrenilmesinden sonra da borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunma imkânını ayrıca değerlendirmek gerekir (m. 113/2).<sup>42</sup> İcra memuru muhafazası masraflı ya da kıymeti süratle düşen hacizli malların satışına re'sen karar verilebilir.<sup>43</sup> Örneğin çabuk bozulabilecek gıda maddeleri, canlı hayvanların, kesilmiş çiçekler gibi hacizli malların muhafazası riskli ve daha masraflı olduğundan satışının da bir an önce gerçekleşmesi gerekir.<sup>44</sup> İcra memuru tarafından vaktinden evvel satış kararı yalnızca hacizli taşınır mallar bakımından mümkündür.<sup>45</sup> Bu durumda icra memuru tarafından pazarlık yoluyla satışa dahi karar verilmiş olabilir (m.119).<sup>46</sup> İcra memuru tarafından re'sen satış kararı verildiği durumlarda borçlunun taksitle ödeme taahhüdününün satışı durdurmayacağını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde taahhüt süresince hacizli malların tamamen yok olması veya malların kıymetinin süratle düşmesi nedeniyle alacağının tamamını karşılayacak miktarda haczin yapılmış olması koşulunun ortadan kalkması söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan taksitle ödeme taahhüdü neticesinde satışın durdurulması, vaktinden önce satış ile ilgili düzenlemenin amacına da aykırı olacaktır. Bu nedenlerle borçlu tarafından taksitle ödeme taahhüdünde bulunulsa

---

ortada geçerli bir satış talebi bulunmadığı kabul edildiğinden, alacaklı masrafları yatırıncaya kadar borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunabileceği değerlendirilmekteydi. Bu değişiklikten öncesi için bkz. Necmeddin M. Berkin, *Tatbi-katçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 309; Uzel, s. 717; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2121.

<sup>42</sup> Bu düzenleme bir görev normu niteliğini taşımaktadır. İcra dairesi, tarafların menfaatlerinin korunması için muhafazası çok masraflı ya da kıymeti süratle düşen malların satışı bakımından takdir hakkını kullanmak zorundadır. (Pekcanıtez/Meriç, s. 240).

<sup>43</sup> Muhafazası masraflı ya da kıymeti süratle düşen hacizli mallar hakkında bkz. Tuğçe Arslanpınar Tat, "Vaktinden Evvel Satış", *TBB Dergisi*, 2020 (151), s. 216.

<sup>44</sup> Seda Özmumcu, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, İstanbul 2005, s. 268.

<sup>45</sup> Arslanpınar Tat, s. 209.

<sup>46</sup> Özmumcu, s. 269 vd.

dahi icra memurunun satışı gerçekleştirebileceğinin kabulü gerekir. İcra memuru tarafından satış yapıldığı takdirde, satış sonucunda elde edilen paranın alacaklıya ödenmesi bakımından borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün bir etkisi olup olmayacağına da değerlendirilmesi gerekir. Kanatımızca burada da para haczi bakımından varılan sonuç kıyasen uygulanmalıdır.<sup>47</sup> Diğer bir deyişle, borçlu tarafından ödeme tahhüdünde bulunduktan sonra menfi tespit davası ve istirdat davası açılarak alacak çekişmeli hale getirilmiş ise taahhüt süresince icra veznesindeki paranın tamamının alacaklıya ödenmemesi gerekir.

Borcun taksitle ödenmesi teklifinin satış talebine kadarki kesit ile sınırlandırılmasının sebebinin, satış istenmesinden sonra borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunarak açık arttırmaya engel olması ve alacaklının haklarını zarara uğratmasının önlenmesi olduğu ifade edilmiştir.<sup>48</sup> İsviçre’de ise borcun taksitle ödenmesi teklifinin alacaklının satış talebinden önce değil bilâkis satış talebinden sonra ve en geç satışın yapılmasına kadar yapılması gerekmektedir.<sup>49</sup> İsviçre’de aynı zamanda alacaklının hacizden sonra taşınırlarda en az bir ay en fazla altı ay, taşınmazlarda en az altı ay en geç iki yıl içerisinde satış talebine bulunması gerekmektedir (SchKG, Art.116). Bununla birlikte icra organları için de düzenleyici süreler öngörülmüştür. Buna göre menkul ve alacakların satışının en fazla iki ay, taşınmazların satışının ise üç aylık süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir (SchKG Art.122, 133). Ayrıca icra organları tarafından satışın yapılamayacağı bir zaman dilimi de öngörülmüştür. Bu süre satış talebinden itibaren başlamak üzere taşınırlarda on gün, taşınmazlarda ise bir aydır. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere alacaklının haciz talebinden sonra satış talebinde bulunabilmesi için belirli sürelerin geçmesi, satışın gerçekleşmesi için de satış talebinden itibaren belirli sürelerin geçmesi aranmaktadır (SchKG Art.122, 133). Dolayısıyla borçlunun gerek haciz ile satış talebi arasında geçen sürede düşünmek, gerekse satış talebinden sonra taksitle ödeme teklifinde bulunmak bakımından yeterli bir süresi vardır. Hatta borçluya satış talebinin ve satış ilânının bildirilmesi ile taksitle ödeme yoluna başvuruyla baş vurabileceği de açıkça hatırlatılır.<sup>50</sup> Borçlu

<sup>47</sup> bkz. yuk. II. A

<sup>48</sup> Muşul, C.II, s. 1052.

<sup>49</sup> BSK SchKG I- Suter, Art 123, Kn. 11-12; KUKO- SchKG, Rüetschi, Kn. 7.

<sup>50</sup> BSK SchKG I-Suter, Art 123, Kn. 8; KUKO- SchKG, Rüetschi, Kn. 6.

taksitle ödeme teklifinde bulunmak için adeta teşvik edilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'numuzda göre ise alacaklının hacizden sonra satış talebinde bulunması için belirli bir süre beklemesini gerektiren bir düzenleme bulunmadığından, haczin yapılmasından sonra, hatta aynı gün içerisinde bile, alacaklı satış talebinde bulunabilmektedir. Bu koşullar altında yeteri kadar malı haczedilmiş bulunan borçlunun borcun taksitle ödenmesi tahhüdünden yararlanabilmesi aslında biraz tesadüfe kalmıştır.<sup>51</sup> Çünkü alacaklı satış talep ettiğinde borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması sonuç vermeyecektir. Oysa borcun taksitle ödenmesi hem borçlu hem de alacaklı için son derece avantajlı bir yoldur. Bu yola başvurma imkânı ise satış talebinden önce yapılması zorunluluğu nedeniyle oldukça sınırlandırılmıştır. Kanaatimizce bu hususta bir düzenleme yapılarak, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması bakımından alacaklının satış talebinde bulunması esas alınarak, satış talebinden itibaren bir ay gibi bir süre belirlenerek borçlunun haciz tarihinden bu süreye kadarki süre içerisinde taksitle ödeme taahhüdünde bulunmasına imkân vermek gerekir.

## 2) Alacaklının Satış Talebini Geri Alması Veya Satışın Düşmesi

Alacaklının satış talebini geri almış bulunması halinde borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunup bulunamayacağı bakımından da İcra İflâs Kanunu'muzda bir açıklık yoktur. Alacaklı satış aşaması süresince satış talebini herhangi bir sebep göstermeden bir defaya mahsus olarak geri alabilmektedir. Alacaklının satış talebini geri alması ile ortada geçerli bir satış talebi de kalmayacağından borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda hacizler de devam ettiği için borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu sonuç, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin de bir gereğidir. Bu durumda taahhüt süresince satış talebi işlemeyecek, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde alacaklı satış talebinde bulunabilecektir.<sup>52</sup> Alacaklının satış talebinde bulunmak bakımından süresi borçlunun

<sup>51</sup> İlhan Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 446; Ansay, s. 132, dn. 186; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2121; Uzel, s.717.

<sup>52</sup> İsviçre'de uygulamada taksitlerden birinin gecikmeli olarak ödenmesinin icra memurunca tolare edilebileceği ileri sürülmüş, bu durum icra memurunun kendiliğinden sözleşmeye müdahale etme yetkisinin kullanımı olarak yorumlanmıştır (KUKO SchKG- Rüetschi, Art. 123, Kn. 21).

taahhüt anına kadar geçen sürenin, satış süresinden düşülmesi ile hesap edilmelidir.<sup>53</sup> Örneğin haczin yapılmasından bir ay sonra alacaklı satış talebinde bulunmuş, bundan onbeş gün sonra satış talebini geri almış ise borçlu taksitle ödeme taahhüdünde bulunabilecektir. Borçlu ikinci taksidi süresinde ödemişse, alacaklının mahcuz mal bakımından kalan satış isteme süresi işlemeye başlayacaktır. Kalan süre hesaplanırken taksitle ödeme taahhüdünden önceki bir aylık süre ve satış talebinin geri alınmasından borçlunun taahhütte bulunmasına kadarki sürenin toplamı, taşınırlar için altı aylık, taşınmazlar için ise bir yıllık süreden düşülerek belirlenecektir.

Alacaklının geçerli bir satış talebi üzerine icra memuru tarafından açık arttırma yoluyla satış için gerekli hazırlıklara başlanır. Taşınır ve taşınmazlar için yapılacak ikinci arttırmada alıcı çıkmaz ya da Kanun'un aradığı koşullarda pey ileri sürülmezse satış talebi düşer (m.115, 129). Bu durumda alacaklının yeniden satış talebinde bulunması gerekmektedir. Satış talebinin düşmesinden sonra borçlu taksitle ödeme taahhüdünde bulunmak isterse, buna da imkân tanımak gerekir. Zira borcun taksitle ödenmesi hacizli malın yeniden satışa çıkarılması ve satış için yeniden masraf yapılmasına nazaran, hem alacaklı hem de borçlunun menfaatlerine daha uygun olacaktır. Ancak yeri gelmişken belirtelim ki, borçlunun hacizli mallarından bir kısmı satılmış, bir kısmı için satış talebi düşmüş ise, borçlunun taksitle ödeme tahhüdünde bulunabilmesi için, satışı yapılamayan hacizli mallarının taahhüt edilecek borç miktarını karşılamaya yetmesi gerekir. Taşınmazlarda, tamamlayıcı arttırmada (m. 133) satış bedelinin ödenmesi halinde de satış talebi düşeceğinden, borcun taksitle ödenmesi taahhüdü bakımından aynı sonuca varmak gerekir.

<sup>53</sup> Yargıtay'ın satış talebinin geri alınmasından sonra satış isteme süresinin en baştan itibaren yeniden işlemeye başlayacağına ilişkin bazı kararlar için bkz. 19. HD, 13.11.2008, 7413/10955; 16.09.2004, 11832/8799; 17.04.2003, 671/4070; 30.04.2002, 1601/3254 (E-uyar). Bu yaklaşım Kanundaki sürelerin kesin olarak düzenlenmesi ve satış isteme süresinin en baştan itibaren yeniden işlemesi halinde alacaklıya satış isteme süresini dilediği gibi uzatmak yetkisini tanımak anlamına geleceği gerekçesi ile doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (Kuru, El Kitabı, s. 608; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005, s. 141; Mine Erturgut, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 76; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 210; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287, Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, İstanbul 1990, C.II, s. 1184). Aynı yönde bkz. Kuru, El Kitabı, s. 608; Özmumcu, s. 18.

### C) Borcun Dörtte Birinin Taahhüt Anında Ödenmiş Olması

Borcun tamamını karşılamak değerdeki malı haczedilmiş borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün geçerli olabilmesi için taksitlerden birinin derhal ödenmesi kalan taksitlerin ise en fazla üç taksitte ödenmesi gerekir (m. 111/II).<sup>54</sup> İsviçre'de de borçlunun ödeme kabiliyeti ile orantılı olan borcunu taksitle ödeme teklifinin icra dairesi tarafından kabul edilerek bağlayıcı hale gelmesinin koşullarından birisi ilk taksidin derhal ödenmesidir.<sup>55</sup> Ancak derhal ödenecek miktarın borcun dörtte birine karşılık gelmesi gibi bir koşul aranmadığı gibi, kalan borcun üç taksitte ödenmesi gibi bir zorunluluk da öngörülmemiştir. Taksitle ödeme teklifinin, hacizli malın satışını en fazla on iki ay ertelenebileceği düzenlendiğinden, borçlunun taksitle ödeme teklifindeki taksit sayısı da on iki ayla sınırlı olabilecektir. Birinci sıradaki alacaklar bakımından ise satışın en fazla 6 ay süreyle ertelenmesine izin verilmiştir (SchKG Art. 123). Ancak hukukumuzda İcra ve İflâs Kanunu'nun 111. maddesine göre, borca yetecek miktardaki malı haczedilmiş olan borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün geçerli olabilmesi için borcun dörtte birinin icra dairesine taahhüt anında ödenmesi gereklidir.

#### 1) Borç Miktarının Belirlenmesi

Borçlunun taahhüdünün sonuçları ile bağlı tutulabilmesi için taahhüt miktarının belirli olması gerekir. Taahhüt miktarının belirlenmesinde toplam borç miktarının, işleyen ve işleyecek faizin, vekâlet ücretinin, icra harç ve giderlerinin de dikkate alınması gerekir.<sup>56</sup> Borcun taksitle ödenmesi taahhüdü maddî hukuk bakımından borcun tecili anlamına gelmediğinden, taahhüt süresinde işleyecek faiz de talep edilebilecektir. Bu nedenle faizin hesaplanmasında taahhüt tarihine kadar işleyen faiz ile taahhüt tarihi ile son ödeme tarihi arasındaki faiz miktarlarının da dikkate alınması gerekir.<sup>57</sup> O halde borçlunun taah-

<sup>54</sup> Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 215.

<sup>55</sup> SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn.6-7; BSK SchKG I- Suter, Art. 123, Kn. 13; Spühler, s.176; KUKO SchKG-Rüetschi, Art. 123, Kn.8.

<sup>56</sup> Üzel, s. 721-722. İsviçre'de de taksitlere esas olacak borç miktarlarının hesaplanmasında faizler ile masrafların eklenmesi gerekir (SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn.8; KUKO SchKG-Rüetschi, Art. 123, Kn. 11; BSK SchKG I- Suter, Art. 123, Kn. 17).

<sup>57</sup> Taahhüdü ihlâl suçunun oluşması bakımından da borcun tüm fer'ileri ile belirlenerek taahhüt tutanağında yer alması gerekir. Nitekim Yargıtay 12. Hukuk

hüt anında dörtte birini ödemesi gereken borç miktarı, yalnızca takip talebinde ya da ödeme emrinde gösterilen miktar ile sınırlı değildir. Ödenmesi gereken borcun tüm fer'ileri ve takip giderlerinin eklenmesi ile belirlenmesi ve ödenecek taksitlerin de belirli olması gerekir.<sup>58</sup>

## 2) Takibin Yabancı Para Alacağı Olarak Başlatılması Halinde Ödeme Taahhüdü

Alacaklının alacağı yabancı para cinsinden ise, bu durumda takip talebinde alacağının takip veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödenmesini talep edebilir.<sup>59</sup> Alacaklı takip talebinde yabancı paranın fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden tahsilini talep etmiş olsa dahi alacaklı ile borçlu Türk parası üzerinden anlaşma yaparsa yabancı para alacağı Türk Lirasına dönüşür.<sup>60</sup> Bu ihtimal taksit sözleşmesi bakımından geçerli olabileceksede borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması halinde aynı sonuca varmak mümkün değildir. Aksi takdirde alacaklı tarafından kullanılan seçim hakkının borçlu tarafından etkisiz hale getirilmesi söz konusu olacaktır. O bakımından kanaatimizce alacaklının takip talebinde fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden tahsili talebi varsa, borçlunun yabancı para cinsinden hesaplanacak faiz ve icra giderlerinin de eklenerek hesap edilecek şekilde borcun dörtte birinin taahhüt anındaki Türk Lirası cinsinden tutarının ödemesi; taksitlerin ise ödeme tarihlerindeki kur üzerinden belirlenerek ödenmesi gerekir. Bu durumda her taksit yabancı para cinsine göre belirlendiği ve yabancı para cinsi olarak eşit miktarda ödendiği için kur farkı dolayısıyla Türk Lirası cinsinden her ay farklı miktarlarda yapılacak ödemeler taksitler arasında eşitsizlik olduğu anlamına gelmemelidir. Taksitlerin doğrudan yabancı para cinsinden ödenmesi düşünül-

---

Dairesi'nin de bu yöndeki bir kararı şöyledir: "...somut olayda sanık tarafından verilen taahhüdün tarihinin gösterilmediği, taahhüt tarihine kadar işleyen faiz ile taahhüt tarihi ile son ödeme tarihi arasındaki faiz miktarlarının belirli olmaması nedeniyle taahhüdün geçerli olmadığı anlaşılmakla, sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekmektedir". 12. HD, 21.09.2020, 3899/7280 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>58</sup> Uzel, s. 721-722.

<sup>59</sup> Yabancı para alacağının Türk Lirasına çeviri zorunluluğu maddî hukuka birçok yönden kaçınılmaz bir müdahaledir. Bu konuda bkz. Hakan Pekcanitez, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*, 3. Bası, Ankara 1998, s. 160 vd.

<sup>60</sup> Kuru, *El Kitabı*, s. 612. HGK 02.02.2011, 12/686-25 (E-Uyar).

lebilecekse de, borçlunun taahhüt ettiği taksitleri icra dairesinin hesap numarasına ödemesi gerekliliği ve icra dairelerinin de ödemeleri Türk Lirası cinsinden hesaplarına kabul etmeleri karşısında bugün için taksitlerin doğrudan yabancı para olarak ödenmesi mümkün değildir.<sup>61</sup>

#### **D) Kalan Borcun Dörtte Birinden Az Olmayacak Şekilde Aydan Aya ve En Geç Üç Ay İçerisinde Taksitler Halinde Ödenecek Olması**

Borçlunun taahhüt anında borcun tamamının dörtte birini peşin ödedikten sonra kalan üç taksidi de en geç üç ay içerisinde ödemesi gerekmektedir. Aydan aya ödenecek üç taksidin de eşit olmasının gerekip gerekmediği hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda bir açıklık yoktur. Bir görüşe göre kalan üç taksidin eşit olarak ödenmesi gerekirken,<sup>62</sup> diğer bir görüşe göre ise borcun tamamının dörtte biri peşin olarak ödendikten sonra kalan taksitlerin eşit olması zorunlu değildir.<sup>63</sup> Diğer bir deyişle taksitlerin borcun dörtte birinden az olmaması koşulu, işin doğası gereği son taksit bakımından geçerli değildir. Son taksit borcun dörtte birinden az olsa dahi taahhüdün geçerli olduğunun kabulü gerekir. Kanaatimizce de borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunurken taahhüt ettiği son taksit borcun dörtte birinden daha az olsa bile bu taahhüdün geçerli olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira son taksitle gelene kadar borçlu zaten borcun önemli bir kısmını ödemiş olacaktır. Alacaklının alacağına taksitler halinde kavuşması ve bu süreçte de alacağının garanti altında olması; borçlunun ise değerinden daha düşük bir bedelle hacizli mallarının satışına ve ayrıca satış masraflarına katlanmaksızın borcunu ödemesi her iki tarafın da menfaatine en uygun çözüm şeklidir.

Diğer taraftan kanaatimizce borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün dört taksit ve üç aylık süre ile sınırlandırılması, bu kurumun neredeyse uygulanamaz hale gelmesine sebebiyet vermektedir. İsviçre'de takip konusu borcun taksitle ödenmesi, borçlunun icra dairesine adeta

<sup>61</sup> Borçlu (m. 111 hükmü uyarınca) taksitlerden birini veya bir kısmını iyiniyet kullarına aykırı olmamak kaydıyla yabancı para olarak ödeyebilmelidir. (Pekcanitez, s. 167)

<sup>62</sup> Muşul, C.II, s. 1053.

<sup>63</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 208; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 279.

proje gibi bir teklif sunması, kaynakları ve ödeme gücü hususunda icra memurunda kanaat uyandırması ve icra memurunun bu teklifi uygun bulması ile mümkündür. İcra memuru taksitle ödeme teklifini olduğu gibi kabul edebileceği gibi, kendisi doğrudan müdahale ederek taksitleri ve miktarlarını belirleme yetkisine de sahiptir.<sup>64</sup> Alacaklı ve borçlunun durumuna göre icra memuru borcun daha az sayıda ama daha yüksek miktarlarla taksitler halinde ödenmesine karar verebilir. İsviçre hukukunda da taksitlerin aydan aya ödenmesi daha uygun olmakla birlikte teklifin icra memuru tarafından kabul edilebilmesi için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak doktrinde her halükârda ödemelerin belirli periyodlar şeklinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>65</sup> İcra memuru tarafından kabul edilen, uygun taksitler halinde ödeme teklifi bağlayıcı hale geldikten sonra hacizli malların satışı en fazla on iki ay süre ile ertelenmektedir. Birinci sıradaki alacaklar bakımından bu süre daha da kısaltılarak altı ay ile sınırlandırılmıştır. İlk taksidin de derhal ödeneceği dikkate alınarak borçlu on üç, birinci sıradaki (m. 206'daki sıraya benzer şekilde) alacaklar bakımından ise yedi taksitle borcunu ödeme imkânına sahiptir.<sup>66</sup> Taksitlerin eşit olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır.<sup>67</sup> Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu'ndaki sürenin belirlenmesinde, Kanun'un hazırlandığı dönemin koşullarına göre ve sistematığı içerisinde satış sürecinin dört ayda tamamlanmış olacağı dikkate alınmış (m. 112, 123); borçlunun taksitle ödeme taahhüdü bulunduğu anda alacaklının hacizli malların satışı kadarki zaman dilimi içerisinde alacağına kavuşması sağlanmak istenmiştir. Ancak günümüz koşullarında bu sürenin yeniden gözden geçirilerek uzatılması uygun olacaktır. Zira ihalenin feshinin istenmesi halinde icra veznesindeki para alacaklıya ödenmediğinden (m. 134, f.5), ihalenin feshi hakkında kararın kesinleşmesi ise her halükârda dört aydan fazla olacağından, borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunacak borçluya daha uzun taksitler halinde borcunu ödeme imkânı tanınması uygun olacaktır. Kanaatimizce bu kurumun etkin uygulanabilmesi için icra memuru-

<sup>64</sup> İsviçre hukukunda icra memurunun karar verme süreci Entscheidverfahren olarak ifade edilmiştir (KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 6)

<sup>65</sup> SK SchKG- Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn. 10; KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn.8; BSK SchKG I- Suter, Art. 123, Kn. 19.

<sup>66</sup> BSK SchKG I- Suter, Art. 123, Kn. 13; KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn.8; Amon/Walther, §27, Kn.20.

<sup>67</sup> KUKO SchKG- Rüetschi, Art.123, Kn. 12.



na mehzaz kanundaki gibi bir yetki tanınarak alt ve üst sınırı belirleme yetkisinin verilmesi ve her halükârda taksit sürelerinin en az altı ay en fazla bir yıl olarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

### III- Borcun Taksitle Ödenmesi Tahhüdünün Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Bakımından Uygulanması

#### A) Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'nun 111. maddesinin üçüncü fıkrasında 4949 sayılı Kanun ile düzenlenen "*borcun taksitlendirilmesi için icra dairesinde yapacakları sözleşme veya sözleşmelerin devamı süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemez*" cümlesinin eklenmesi ile birlikte rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borcun taksitle ödenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt kalmamıştır. Söz konusu değişiklikten önce İsviçre'de taksitle ödemeye ilişkin hükmün rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip bakımından da geçerli olduğu, bu atfın bizde unutulduğu ve bizde de aynı esasın kabul edilmemesi için bir sebebin olmadığı ileri sürülmüştü.<sup>68</sup> Bu görüşe karşı aksi yöndeki görüş ise taksitle ödeme hükümlerinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte uygulanamayacağı yönündeydi.<sup>69</sup> Yapılan değişiklik ile rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de artık borçlunun rehinli malın satışından önce taahhüdünü icra dairesine bildirmesi mümkündür. Bu noktada rehinli malın değerinin alacağın tamamını karşılıyor olması halinde herhangi bir hukukî problem yoktur.<sup>70</sup> Hatta borcun taksitle ödenmesi tahhüdünün yalnızca bu durum ile sınırlı olduğu dahi düşünülebilir. Ancak bu sınırlayıcı yorum hem hükmün getiriliş amacına hem de tarafların menfaatlerine uygun düşmeyecektir. Bununla birlikte rehinli malın değerinin alacağın tamamını karşılamaması halinde ya da aşan kısım bakımından borçlunun yeteri kadar malının haczedilmemiş olması halinde taksitle ödeme taahhüdünün nasıl yapılacağı sorun oluşturur.<sup>71</sup> Çünkü borçlu, borcun taksitle öden-

<sup>68</sup> Ansay, s. 182; Burhan Gürdoğan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 43; Aşık, s. 106.

<sup>69</sup> Postacıoğlu, s.581, dn. 24; Berkin, Rehber, s. 389, dn. 2.

<sup>70</sup> Rehinli malın değerinin belirlenmesinde, hacizli taşınır ve taşınmazlar bakımından olduğu gibi satıştan önce yapılan kıymet takdiri esas alınacaktır.

<sup>71</sup> Aşık, s. 107. Alacağın rehinle karşılanmayan kısmı için haciz yoluna başvurmak isteyen rehin alacaklısı takip sonuna kadar bekletilecek olsaydı, sonunda adi alacaklılardan daha kötü bir duruma düşebilirdi. Geçici rehin açığı belgesi böyle bir sonucun ortaya çıkmasını engellemek amacıyla 150/f maddesi ile kabul edilmiştir

mesi taahhüdünü yalnızca rehinle karşılanan kısım bakımından değil borcun tamamı bakımından gerçekleştirmektedir. Taahhüt anında borç, alacaklının takip talebi ile talep ettiği kısım ve fer'ileri de dikkate alınarak hesaplanacak ve borçlu hesaplanan borcun dörtte birini icra dairesine ödeyecektir. Eğer rehni aşan kısım bakımından alacaklı henüz bir haciz talebinde bulunmamış ise, alacaklının da menfaatine uygun bir çözüm üretilmelidir. *Aşık*, böyle bir ihtimalde, borçlu rehinle karşılanmayan kısma yetecek miktar için diğer malların haczedilmesine rıza gösteriyorsa, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün icra dairesince uygun bulunması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>72</sup> Kanaatimizce taksitle ödeme taahhüdünde bulunurken borçlunun rehni aşan kısım bakımından teminat göstermesi ya da bu kısmı taahhüt anında peşin olarak ödemesi tarafların menfaatlerine uygun bir çözüm olacaktır.<sup>73</sup> Zira haciz borçlunun muvafakatine bağlı bir icra takip işlemi olmadığı gibi, borçlunun hacze önceden muvafakat vermiş olması, haczin konulmuş olduğu anlamına gelmeyeceğinden alacaklı bakımından yeterli bir koruma da sağlanamamış olacaktır. Ancak borçlunun rehni aşan kısmın tamamını ödemesi halinde taahhüt anında ve devamındaki taksitlerin ödenen miktar düşülerek hesaplanması gerekir. Zira, ödenen miktar kadar borç sona ermiştir ve rehin de geri kalan alacağı karşılar nitelikte ise hem taksitle ödeme taahhüdünün koşulları gerçekleşmiş olur hem de taksitle ödeme taahhüdü kalan borç miktarı esas alınarak yapılır. Taksitle ödeme taahhüdünün etkisi gereğince rehinli mallar bakımından m. 150/e'deki satış isteme süresi işlemez.<sup>74</sup>

---

(Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 3. Bası, İstanbul 2010, s. 19; Nurdan Korkmaz, *Rehin Açığı Belgesi*, İstanbul 2019, s. 190-191). Ancak geçici rehin açığı belgesi, satış talebinden sonra yapılan kıymet takdirinin kesinleşmesi halinde talep edilebildiğinden, borcun taksitle ödenmesi taahhüdü anında alacaklının elinde geçici rehin açığı belgesi bulunmadığı varsayılmıştır. r yıl olarak yeniden düzenlenmesikkında bkz. Korkmaz, s. 200-201. rsayılmıştır. in kesinleşmesi har yıl olarak yeniden düzenlenmesikkında bkz. Korkmaz, s. 200-201. rsayılmıştır. in kesinleşmesi halinde talep edilebileceğinde Taşınır rehni bakımından kıymet takdirinin yapılma anı hakkında bkz. Korkmaz, s. 200-201.

<sup>72</sup> *Aşık*, s. 107. Yazar burada ayrıca önce rehne müracaat kuralı bakımından da bir değerlendirme yaparak, rehinli mal satılmadan borçlunun diğer mallarına müracaat edilmesi söz konusu olmadığından m. 45'in dolanılması anlamına gelmeyeceği sonuna varmıştır. (*Aşık*, s. 107).

<sup>73</sup> Borçlunun yeteri miktardaki malının hacizli olması koşulu da, esasen alacaklının alacağının teminat altında olduğunu ifade eder (*Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s. 278).

<sup>74</sup> *Yıldırım/Deren Yıldırım*, s. 215.

## B) Rehinli Malın Üçüncü Kişiye Ait Olması

Taşınır rehnine konu olan malın veya ipoteğe konu taşınmazın mutlaka borçlunun mülkiyetinde olması gerekmediğinden (TMK m. 881, II, m. 149, 149/b) üçüncü kişilerin borçlu lehine teminat olarak gösterdikleri bir rehin söz konusu olduğunda asıl borçlu ile üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı olduğu kabul edilmektedir.<sup>75</sup> Asıl borçlu ile rehin veren üçüncü kişi aleyhine başlatılan takipte, borçlunun m. 111 çerçevesinde borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunması bakımından Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, buna engel bir durum da bulunmaktadır. İsviçre hukukunda da Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte üçüncü kişi rehninin söz konusu olduğu durumlarda da borcun taksitle ödenebileceği, borçlunun taksitle ödeme teklifinin icra memuru tarafından kabul edilerek bağlayıcı hale gelmesi ile üçüncü kişiye ait rehinli malın satışının da erteleneceği kabul edilmektedir.<sup>76</sup> Hukukumuz bakımından da taksitle ödeme taahhüdü süresince icra muameleleri duracağından ve rehinli malın satışı yapılamayacağından, borçlunun taahhüdünün zorunlu takip arkadaşı olan rehin veren üçüncü kişi bakımından sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Buna karşın taahhüdün ihlali bakımından cezai sorumluluğun yalnızca taahhüt borçlusu bakımından doğacağına da tereddüt etmemek gerekir.

## IV- Konkordato Mühletinin ve İflâsın Borcun Taksitle Ödenmesi Taahhüdüne Etkisi

Borçlu hakkında konkordato mühleti verilmesi, kural olarak borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Borçlunun tasarruf yetkisindeki kısıtlama ancak mahkemenin bu yönde vereceği bir karar ya da kanundan ötürü (m. 297/II) söz konusu olmaktadır.<sup>77</sup> Her ne kadar hakkında mühlet kararı verilmiş olan borçlunun kural olarak tasarruf yetkisi devam ediyorsa da borçlunun mühlet kararı verilmesinden

<sup>75</sup> İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte zorunlu takip arkadaşlığında örneğin mirasçılar arasındaki zorunlu takip arkadaşlığında olduğunun aksine, bu kişilerin birlikte hareket etmelerini zorunlu kılan bir takip arkadaşlığı şeklinde anlaşılması gerekir (Budak, s. 106)

<sup>76</sup> SK SchKG- Schlegel/Zopfi, Art. 123, Kn. 754; BSK SchKG I- Suter, Art. 123, Kn. 34.

<sup>77</sup> Cemil Simil, Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020, s. 108 vd.

sonra taksitle ödeme taahhüdünde bulunması mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Mümkün olmaması konkordatoda alacaklılar arasında eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke gereğince borçlu, mühlet içerisinde konkordatoya tabi borçları ödeyememekte, konkordatonun tasdiki ile birlikte borçlarının tamamını konkordato projesine göre ödemektedir.<sup>78</sup> Konkordatoda mühlet kararının verilmesi ile birlikte, borçluya karşı başlatılan takipler satış yapılmadıkça duracağı ve yeni takip yapılamayacağı için m. 111 hükmünün uygulanmasına gerek bulunmamaktadır (m.288/I, 294/I).<sup>79</sup> Rehinli alacaklar bakımından takip yasağı bulunmasa da mühlet içerisinde rehinli malların satışı istenemeyeceğinden yine m. 111 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Mühlet kararı verilmesinden önce şayet borçlu borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunmuş ise, borç konkordatoya tabi olduğu takdirde borçlunun ödeme taahhütlerini yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Ancak hakkında mühlet kararı verilmiş olması, taahhüdü ihlâl nedeniyle borçlunun cezalandırılmaması bakımından da makbul bir sebep teşkil edecektir (m. 340). Hatta borçlunun taksitle ödeme taahhüdü nedeniyle konkordatoya tabi bir borç için ödeme yapması halinde alacaklılar arasında eşitliği bozduğu sonucuna varılabilir. Bu sonucun yalnızca konkordatoya tabi adi alacaklar ve rehinli alacaklar bakımından ortaya çıktığını da kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle takip yasağı bulunmayan işçi alacakları bakımından başlatılan takip-te, hacizden sonra borçlu borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde bulunmuş daha sonra hakkında mühlet kararı verilmiş ise, bu durumda taahhüdü ile bağlı kalmaya devam edecektir. Bu örnek bakımından hakkında mühlet kararı verilmiş olması, taahhüdü ihlâl suçunun oluşması bakımından makbul sebep oluşturmaz.

Konkordato mühletinin kaldırılması halinde ise alacaklılar takiplere kaldıkları yerden devam edebileceklerinden, hakkında iflâs kararı

<sup>78</sup> Müjgan Tunç Yücel, Kesin Mühletin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020, s. 9; Sümer Altay/ Ali Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul 2019, s.177-178. Bu yasağın istinaları hakkında bkz. Serdar Kale, Yeni Konkordato Hukuku-7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi, Ankara 2019, s. 333; Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel, Özbek-Konkordato Şerhi, m. 288, Kn.1.

<sup>79</sup> Mühlet kararından önce satış yapılmış ve bedeli icra veznesine girmiş ise veyahut borçluya ait bir paraya haciz konulmuş ise bu paranın takip alacaklısına ödenmesi gerekir. Simil, s. 144-145.

verilmedikçe borçlunun taahhüde konu taksitlerini ödeyebilmesi ve bu süreçte taahhüdün sonuçlarının da devam etmesi uygun olacaktır.<sup>80</sup>

Mühlet içerisinde konkordato komiserinin izni ile yapılan işlemlerden doğan alacaklar ile 206. maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar haciz yoluyla takip başlatabilir ve bu takiplerde hacizli malların satışını da isteyebilirler.<sup>81</sup> Bu alacaklıların başlattıkları icra takiplerinde de borçlu m. 111 çerçevesinde taksitle ödemeyi taahhüt edebilir ve taksitle ödemenin koşulları varsa, bu takipler bakımından da sonuçlarını doğurur.

Borçlu hakkında iflâs kararı verilmiş olması halinde ise, taksitle ödeme taahhüdüne göre ödenmemiş taksitlerin iflâstan sonra ödenmesi mümkün değildir. Ödeme taahhüdü öncesinde haciz konulmuş olan mallar iflâs masasına girer ve tasfiye usulüne göre alacaklılara dağıtılır.<sup>82</sup> Dolayısıyla taahhüt alacaklısı, henüz ödenmemiş taksitleri iflâs masasından talep edemez. Bununla birlikte iflâs açıldığı anda icra veznesine girmiş ancak henüz alacaklıya ödenmemiş bir peşinat veya taksit bedeli varsa, bunun alacaklıya ödenmesi gerekir (m. 186, II).<sup>83</sup>

## V- Borcun Taksitle Ödenmesi Tahhüdünün İcra Takibine Etkisi

### A) İcra Muamelelerinin Durması

Usulüne uygun şekilde yapılmış olan taksitle ödeme taahhüdü süresince icra takibi kendiliğinden durur. Ödeme taahhüdünün usulüne uygun olup olmadığını icra memuru tetkik edecektir. Burada icra memuru inceleme yaparken şekli bakımından koşulların yerine getirilip getirilmediğini dikkate alacaktır. Bu çerçevede yapacağı incelemede icra memuru borca yeter miktarda haczin gerçekleşip gerçekleşmediğini, borçlunun taahhüdünün m. 111/1-2'deki koşulları sağlayıp sağlamadığını ve ilk taksidin derhal ödenip ödenmediğini denetleme yetkisine sahiptir. *Berkin*, icra memurunun alacaklının zararına olacak şekilde yapılan bu taahhüdü reddetmek yetkisine sahip olduğunu

<sup>80</sup> Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 33, 69.

<sup>81</sup> Takip yasağının söz konusu olmadığı alacaklar bakımından haciz yapılmış ise, satış isteme süreleri de işlemeye devam edecektir. (Cenk Akil, Sorularla Konkordato Hukuku, Ankara 2020, s.183; Serhat Sarısözen, Konkordato, Ankara 2020, s. 279)

<sup>82</sup> SK SchKG-Schleger/Zopfi, Art.123, Kn. 20.

<sup>83</sup> KUKO SchKG- Rüetschi, Kn.24.

kabul etmiştir.<sup>84</sup> Yazar borçlunun borcun tamamını bir defada ödeyebilecek mali güce sahip olduğu halde, alacaklıyı üzmemek için borcunu taksitlendirme talebinde bulunmasını örnek göstermiştir. İsviçre’de borçlunun taksitle ödeme teklifi üzerine icra muamalelerinin kendiliğinden durması söz konusu değildir. Borçlu icra memurunu borcunu ödeyebileceği bakımından ikna etmelidir. Bu ikna faaliyeti bakımından borçlunun ödeme niyeti tek başına yeterli olmasa da tam olarak ispatı da gerekmemektedir.<sup>85</sup> Bu bakımından yaklaşık ispat (*Glaubhaftmachung*) ölçüsünün kabul edildiği söylenebilir. İcra memuru tarafında borçlunun taksitle ödeme teklifinin kabul edilmesi ile birlikte satış süresi taksitle ödeme süresi sona erene kadar uzamış kabul edilmektedir.<sup>86</sup> Alacaklı zaten satış talep ettiği için, buradaki satış süresi icra organları bakımından öngörülen satış süresidir.

Borçlu ile birlikte borçlu olanlar bakımından taksitle ödeme taahhüdü kendiliğinden sonuç doğurmaz. Diğer bir deyişle taksitle ödeme taahhüdü müteselsil borçlulardan yalnızca talepte bulunan bakımından icra muamalelerinin durması etkisi doğuracaktır.<sup>87</sup> Mütelsil borçlulardan birinin ödeme yapması halinde, borcun tamamı ödenmedikçe, taahhütte bulunan borçlunun taksitleri ödemeye devam etmesi gerekir. Ancak taksit miktarları bakımından borçlunun sorumluluğu kalan borç ile sınırlıdır.<sup>88</sup>

İcra dairesine yapılacak taahhüt beyanı üzerine bu hususların icra tutanağına geçirilmesi gerekir.<sup>89</sup> Bu tutanak, icra memuru tarafından borçlunun taahhüdünün Kanun’un aradığı koşullara uygun olarak yapıp yapılmadığına ilişkin değerlendirmenin denetlenmesine imkân verir. Haciz esnasında taahhüdün koşulları yerine getirilmiş ve henüz muhafaza yapılmamış ise, kanaatimizce taraf ve icra takip işlemleri yapılamayacağından alacaklı muhafaza talebinde bulunamayacak, bulunduğu takdirde bu talebi icra dairesince reddedilecektir. Nitekim

<sup>84</sup> Berkin, s. 125-126.

<sup>85</sup> Suter, Bassler Komm SchKG, Art. 123, Kn. 14; Jager/Walder/Kuche, Art 123, Kn. 5.

<sup>86</sup> Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. yuk. II.

<sup>87</sup> KUKO SchKG- Rüetschi, Art. 123, Kn. 5; SK SchKG-Schlegel/Zopfi, Art.123, Kn. 5; BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn. 8.

<sup>88</sup> BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn. 37.

<sup>89</sup> Berkin, s. 126; Aşık, s. 106. İcra memurunun tutanakta bulunması gereken imzası onu taraf haline getirmez.

Kanun'un lafzı da taraf veya icra takip işlemi bakımından bir ayırım yapılmaksızın borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün *icra muamelesinin duracağını* öngörmektedir.<sup>90</sup>

Kanun'da düzenlenen ve cebri icra sürecine etki eden talik hallerinin borcun taksitle ödenmesi taahhüdüne etkisinin de değerlendirilmesi gerekir. İsviçre'de talik halleri devam ettikçe satışın ertelenmesi süresi de erteleneceğinden, talik süresince borçlunun bir ödeme yapması zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>91</sup> Ancak bu durumda da uzatılan süre dikkate alınarak taksitlerin ve ödeme tarihlerinin yeni duruma göre belirlenmesi gerekir. Ayrıca talik hallerinin müddetlerin etkisine hükmün burada da uygulanacağı kabul edilmektedir (SchKG Art.63).<sup>92</sup> Türk hukuku bakımından da talik halleri süresince borcun taksitle ödenmesi taahhüdü ile ilgili olarak aynı sonuca varmak gerekir. Özellikle borçlunun ağır hastalığı, tutukluluk hükümlülük ve askerlik gibi talik hallerinde, borçlunun talik süresine denk gelen taksitleri ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak talik hali sona erdikten sonra taahhüdüne konu olan taksidin talikin bitiminden itibaren sonraki günde ödenmesi gerekir (m. 56). Borçlunun yakınlarından birinin ölümü halinde de taksit günü ölüm gününe denk gelirse ölüm günü ile beraber üç gün talik olunur. Talikin sonra ermesinden sonraki gün borçlunun ödeme yapması gerekir.

## B) Satış İsteme Süresinin İşlememesi

Borçlunun taksitle ödeme taahhüdü süresince hacizli mallar bakımından satış isteme süresi işlemez.<sup>93</sup> Ancak alacaklı bakımından

<sup>90</sup> Muhafaza işlemlerinin durdurulmasına ilişkin talebin "İİK m. 111'deki taksit talebinin satışı durduracağı, muhafazayı durdurmayaacağı" gerekçesiyle İcra Müdürlüğü'nce reddedilmesi üzerine Yargıtay'ın kararına konu olan olayda da "maddede açıkça ...icra muamelelerinin duracağı" ifade edildiğinden, mahkemece, şikâyetin kabulü ile icra müdürlüğünün yasaya aykırı işleminin iptali yerine, şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsiz" olduğu sonucuna varılmıştır. 12. HD, 18.06.2007, 10027/12372 (Lexpera). Aynı yönde bkz. Uyar/Uyar/Uyar, s. 2126. Karş. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 204.

<sup>91</sup> KUKO SchKG-Rüetschi, Art.123, Kn.18; BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn.28; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG-Art 123, Kn. 22-23.

<sup>92</sup> SK SchKG - Schlegel/Zopfi, Art 123, Kn. 16; KUKO SchKG-Rüetschi, Art.123, Kn.18; BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn.28; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG-Art 123, Kn. 22-23.

<sup>93</sup> Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 215; Muşul, C.II, s. 1051.

icranın durması, varsa hacze iştirak etmiş bulunan diğer alacaklılar bakımından bir etki etmeyecektir. Dolayısıyla hacze iştirak eden diğer alacaklılardan birisi hacizli malın satışını talep ederse, bu durumda taksitle ödeme taahhüdünün de hüküm ve sonuçlarının kendiliğinden ortadan kalkacağı ileri sürülmüştür.<sup>94</sup> Diğer bir deyişle taksitle ödeme taahhüdü yalnızca hangi alacaklı lehine yapılmış ise onun bakımından etki doğuracaktır.<sup>95</sup> Hacizli malın alacaklının talebi ile satışına sebebiyet vermemek için borçlunun hacze iştirak eden diğer alacaklılar bakımından da taksitle ödeme taahhüdünde bulunması gerekmektedir. Ancak borçlunun alacaklı satış talep etmeden haberdar olarak bundan yararlanması son derece güçtür. İsviçre’de borcun taksitle ödenmesi teklifinin satış talebinden sonra yapılabilmesinin bir sonucu olarak hacze iştirak eden alacaklı satış talep ettiğinde, borçlu o alacaklı bakımından da takibe etki ederek bir taksitle ödeme teklifinde bulunabilme imkânına sahip olmaktadır.<sup>96</sup>

Taksitlerden birisinin zamanında ödenmemesi halinde icra muamelesi ve süreler kaldığı yerden işlemeye devam eder.<sup>97</sup> Taksitlerin üçüncü kişi tarafından ödenmesi halinde de taahhüt yerine getirilmiş sayılacaktır.<sup>98</sup> Satış isteme süresinin yeniden işlemeye başlaması için bir taksidin zamanında ödenmemiş olması yeterlidir. Satış isteme süresi taksidin ödenmemiş olmasının öğrenilmesinden değil, sürenin geçirilmiş olmasından itibaren başlayacaktır. Süresi geçtikten sonra taksidin ödenmesi halinde de alacaklı bakımından satış isteme süresinin işlemeye başlayacağı kabulü gerekir mi? Yüksek mahkeme kararlarına göre taksidin vadesinde ödenmemesi ile satış isteme süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir.<sup>99</sup> Nitekim Kanun’un 111. maddesinin son fıkrasındaki “*taksitlerden biri zamanında verilmezse icra muamelesi ve süreler kaldığı yerden devam eder*” düzenlemesi karşısın-

<sup>94</sup> Kılıçoğlu, s. 114; Üstündağ, s. 102-103; Postacıoğlu, s. 444-445.

<sup>95</sup> BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn.8.

<sup>96</sup> BSK SchKG I-Suter, Art. 123, Kn.8.

<sup>97</sup> Özmumcu, s. 15.

<sup>98</sup> SK SchKG-Scheleger/Zopfi, Art. 123, Kn. 7.

<sup>99</sup> “...Ayrıntısı takip dosyasında bulunan belgelere göre 16/11/2015 tarihinde ödenmesi gereken taksitin gecikmeli olarak ödendiği, dolayısıyla 16.11.2015 tarihinden itibaren İİK’nın 111/son maddesine göre, İİK’nın 106. maddesindeki sürenin yeniden işlemeye başlayacağı ve bu maddede belirtilen 6 aylık satış talep etme süresi geçmekle İİK’nın 110. maddesi gereğince haczin kalktığı kabulü gerekir.” Antalya BAM 7. HD, 13.06.2019, 474/506 (Lexpera).



da aksi yönde bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir. Benzer yaklaşım haciz bakımından da m. 78, f.2'de *alacaklıyla borçlunun icra daire-sinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlâlüne kadar geçen zamanın hesaba katılmayacağı* şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle alacaklının, haczin kalkması (ya da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte takibin düşmesi) gibi bir sonucu önlemek için taksitlerden birisi zamanında ödenmezse geri kalan süre içinde satış talebinde bulunması gerekecektir. Borçlu bu durumda taksitleri ödemeye devam eder ve alacaklı da satış işlemlerine devam etmek istemezse, bu durumda tarafların bir taksitle ödeme sözleşmesi yapması uygun olacaktır.<sup>100</sup> Zira aynı takip içerisinde borçlu birden fazla kez taksitle ödeme taahhüdünde bulunamaz.<sup>101</sup> Borçlu ayrıca taahhüt süresince taksitlerle ödediği miktarı geri isteyemez.<sup>102</sup> Taraflar arasında yeni bir taksitle ödeme sözleşmesi yapılması halinde yapılacak sözleşmelerin toplam sürelerinin on yılı aşması halinde aştığı tarihten itibaren satış isteme süresi işlemeye devam eder.<sup>103</sup>

## VI- Borcun Taksitle Ödenmesi Taahhüdüne Aykırılığın Sonuçları

Geçerli bir borcun taksitle ödenmesi taahhüdüne aykırılık borçlunun tazyik hapsi ile cezalandırılmasını (m. 340) gerektirir.<sup>104</sup> İlgili

<sup>100</sup> Borçlu taksidi gecikmeli ödemek istese bile satışı durdurmaz ancak alacaklı buna muvafakat ederse, icra memurunun satış talebini geri alması uygun olur (Kuru, El Kitabı, s. 615; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s 319). Kanaatimizce burada alacaklının muvafakatının aranması taraflar arasında bir taksit sözleşmesine işaret eder. Borçlu taksidi ödeme gününden önce öderse bu ödeme geçerli kabul edilmeli, taahhütü ihlâl etmiş sayılmamalıdır.

<sup>101</sup> Amon/Walther, §27, Kn. 22; KUKO SchKG- Rüetschi, Art. 123, Kn. 22; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 123, Kn. 8. Bu doğrultudaki bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 88 III 20 E. 3.

<sup>102</sup> Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 123, Kn. 25; KUKO SchKG- Rüetschi, Art. 123, Kn. 22; Amon/Walther, §27, Kn. 22.

<sup>103</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 206; Karş. Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 214.

<sup>104</sup> Borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün geçerli olması için tutanakta borçlunun ve icra memurunun imzasının bulunması gerekir. Bu konuya ilişkin bir kararında Yargıtay özetle: "İncelenen dosya içeriğine göre, borçlu sanık hakkındaki ... İcra Müdürlüğünün 2012/481 esas sayılı takip dosyasında, sanığın taahhüdünü içeren 28.11.2012 tarihli tutanağa ek yapılan dosya hesap özeti içinde icra memurunun imzasının bulunmaması sebebiyle taahhüt hukuken geçersiz olup, ihbarnamedeki düşünce bu sebeple yerinde görüldüğünden, .... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 01.08.2014 tarih ve 2014/205 Değişik İş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca bozulmasına, bu konuda CMK'nun 309/4-d maddesi gereğince

hükme göre 111. madde mucibince veya alacaklının muvafakatı ile icra dairesinde kararlaştırılan borç ödeme şartını makbul bir sebep olmaksızın ihlâl eden borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine icra mahkemesi tarafından tazyik hapsi ile cezalandırılır.<sup>105</sup> Borçlunun cezalandırılabilmesi için bu taahhüdün bizzat kendisi tarafından yapılması gerekir. Vekili aracılığıyla yapılan taahhüt nedeniyle borçlu cezalandırılmaz.<sup>106</sup> Taksidin zamanında ödenmemesi alacaklının zarara uğraması bakımından yeterlidir.<sup>107</sup> Taahhüdü ihlâl suçunun oluşabilmesi için borçlunun sözleşme şartlarını veya taahhüt koşullarını makbul bir sebep olmaksızın ihlâl etmiş olması gerekir (m. 340).<sup>108</sup> Bu noktada özellikle Covid-19 salgın hastalık dönemindeki gibi fevkalâde hallerde tatili düzenleyen İİK m. 330 hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede örneğin 22.03.2020 gün ve 31076 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2279 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı’na göre, 22 Mart 2020 tarihinden 30 Nisan 2020 tarihine kadar taraf ve takip işlemleri yapılmadı, yeni icra takipleri alınmadı ve ihtiyatî haciz kararları icra ve infaz edilemedi. Her ne kadar söz konusu düzenleme çok kısa bir dönem yürürlükte kalmış ve yerini 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’a bırakmış ise de, bu örnek üzerinden benzeri durumların da genel olarak borcun vadesine ödenmemesi hali, makbul bir sebep olarak kabul edilmelidir.<sup>109</sup> Ayrıca Cumhurbaşkanı tara-

---

karar verilmesi mümkün olduğundan, sanık hakkında hükmolunan tazyik hapsi cezasının çektilmemesine, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 15.01.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” 11. CD, 15.01.2015 22166/547 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yapıtım uygulanabilmesi için ayrıca taksitlerin miktarı ve ödeme tarihlerinin açıkça belirtilmiş olması gerekir (Kuru, El Kitabı, s. 612; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 206; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 275).

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesi taahhüdü ihlâl suçunun Anayasa’ya aykırı olmadığını tespit ederek; kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğinin sağlanmasına yönelik olarak borçlunun kanundan doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle (21.11.2002 tarih ve 2001/425 E. ve 2002/166 K.) ve borçlunun tazyik amaçlı olarak (28.02.2008 tarih ve 2006/96 E. ve 2008/65 K.) cezalandırılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

<sup>106</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanaağası, s. 316; dn.2.

<sup>107</sup> Üstündağ, s. 292.

<sup>108</sup> Kuru, s. 613; Uzel, s. 737.

<sup>109</sup> 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici maddede 1 ile maddî hukuk, yargılama hukuku ve icra iflâs hukukunda bazı süreler durdurulmuştur. İlgili maddenin b bendi, “9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafa-

fından fevkalâde mühlet verildiği hallerde zaten satış gerçekleşemeyeceğinden, satış süreleri mühlet kararı gereği uzayacaktır, diğer bir deyişle ancak mühlet sona erdikten sonra işlemeye devam edecektir.<sup>110</sup>

Geçerli bir ödeme taahhüdüne rağmen borçlunun taksitlerden birini zamanında ödememesi üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılması bakımından yeterlidir.<sup>111</sup> Kanun koyucu, üç ayı üst sınır olarak belirlemiş, maddede herhangi bir alt sınıra yer verilmemiştir. Tazyik hapsi ertelenemeyen, paraya çevrilemeyen, tekerrüre esas olmayan, koşullu salıverilme, ön ödeme, uzlaşma hükümleri uygulanamayan ve adli sicil kaydına geçirilemeyen bir yaptırım türü olmakla birlikte alacaklının şikâyetten vazgeçmesi ya da borcun ödenmesi durumunda İcra ve İflâs Kanunu'nun 354. maddesine göre ceza düşer. Borçlunun taksit tutarını icra dairesine değil de haricen alacaklıya ödemesi halinde de borçluya bu durumu ispat bakımından bir savunma imkânı tanınmalıdır.

Ödeme taahhüdünü ihlâl fiilinde borçluya yaptırım uygulanabilmesi için, alacaklının şikâyeti gereklidir (m.340). Alacaklı, eylemin gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren üç ay ve her halde eylemden itibaren bir sene içinde, icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesine başvurup şikâyetinde bulunabilir (m. 347). Başvuru yazılı yahut sözlü olarak gerçekleştirilebilir. İcra mahkemesi şikâyetin süresinde yapılıp yapılmadığını kendiliğinden gözetir. Taahhüdü ihlâl nedeniyle borçlunun diğer de taksitler dikkate alınarak birden fazla kez tazyik hapsi ile cezalandırılmaması gerekir.<sup>112</sup> Diğer bir deyişle borçlu ikinci

---

ka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltabilir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır" şeklindedir.

<sup>110</sup> Namlı, s. 367.

<sup>111</sup> Nafaka alacaklarına ilişkin takipler hariç, alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmaz. (m. 354/4)

<sup>112</sup> "Taahhüdü ihlâl suçunun ilk ihlalle oluşacağı, sonraki ihlallerin ayrı bir suç

taksidi ödememiş ise, üçüncü ve dördüncü taksitler bakımından da ayrıca cezalandırılmaz. Zira, taahhüdü ihlâlden sonra taahhüt bozulmuş sayılmakta, alacaklı satış talep edebilmekte, borçluya karşı icra işlemlerine devam edilebilmekte ve borçlu yeniden borcun taksitle ödenmesini taahhüt edememektedir. Borçlunun taksitlerden birini ödememesi nedeniyle cezalandırılmasından sonra geri kalan kısmın ödenmemesi taahhüdü ihlâl sonucunu doğurmaz.

Borçlunun taksitle ödeme taahhüdünü ihlâl etmesinin bir diğer sonucu da satış isteme sürelerinin kaldığı yerden işlemeye başlaması, alacaklının borçluya karşı cebri icra muamelelerine devam edebilmesidir.<sup>113</sup> Dolayısıyla alacaklı hacizden sonra ve taksitle ödeme taahhüdünden önce muhafaza talep etmemiş ise, tahhüdün ihlali ile birlikte artık hacizli malların muhafazasını ve satışını talep edebilecektir.

### Sonuç

Hacizden sonra borcun taksitle ödenmesi taahhüdü borçluya Kanun'un tanıdığı bir taksitlendirme hakkıdır. Borçlu bu hakkını tek taraflı olarak icra dairesine beyanda bulunarak kullandığı için hukukî niteliği itibariyle taraf takip işlemi olarak kabul edilmelidir. Borçlunun bu hakkı kullanması bir borç ikrarı anlamına gelmez. Borcun taksitle ödenmesi her ne kadar borcunu bir defada ödeme imkânına sahip olmayan borçluya tanınmış bir hak ise de, borçlunun herhangi bir nedenle takibe itiraz edememesi nedeniyle icra takibinin kesinleşmesi halinde, borçlu hacizli malların satışını önlemek için taksitle ödeme hakkını kullanmış olabilir. Bu ihtimalde borçlu taahhüt anında ödemiş olduğu paranın istirdatını ve kalan kısma ilişkin olarak borçlu olmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davası açarsa, borcun taksitle ödenmesi taahhüdü tek başına borcun kabulü veya borç ikrarı olarak değerlendirilemez.

Borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün koşulları borçlunun borcun tamamını karşılayacak miktardaki malının haczedilmiş olması,

oluşturmayacağı..." 17. HD, 23.9.2004, 4895/9899. Aynı yönde bkz. 8. CD, 3.3.1997, 2053/2573 (Kazancı İçtihat Bankası); Üstündağ, s. 243; Coşkun, s. 220; Muşul, C.II, s. 919.

<sup>113</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. V, B.

alacaklının satış talebinden evvel borçlunun borcun tamamının dörtte birini peşin, kalan kısmını aydan aya ve her biri borcun tamamının dörtte birinden az olmayacak şekilde ve en fazla üç ay içerisinde ödeme taahhüdünde bulunmasıdır. Kanun'un belirlediği bu koşullar, günümüz koşullarına uymadığı gibi borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün uygulanmasını da son derece güçleştirmektedir. Oysa borçlunun borcu karşılamak miktardaki malının haczedilmiş ya da rehinle teminat altına alınmış olduğu durumlarda borcun taksitle ödenmesi taraf menfaatlerine de en uygun çözüm yoludur. Bu sayede takip ekonomisine de uygun şekilde alacaklı alacağına kavuşmaktadır. Ancak Kanun'da düzenlendiği şekliyle borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün özellikle süreler bakımından koşulları, borçlunun bu imkândan yararlanmasını son derece güçleştirmektedir. Bu maddenin günümüz koşullarına uyarlanarak daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Kanaatimizce mehz İsviçre'deki düzenleme gibi borçlunun alacaklının satış talebinden itibaren makul bir süre içerisinde (bu süre bir ay olarak düzenlenebilir) taahhütte bulunabilmesi ve taksitlerin ise icra memuruna verilecek takdir yetkisi ile en az altı ay en fazla bir yıl olarak belirlenmesine imkân tanınması, borcun taksitle ödenmesi taahhüdünün daha çok uygulanmasını mümkün hale getirecektir.

Borcun taksitle ödenmesi taahhüdü rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de uygulama alanı bulur. Alacağın tamamının rehinle karşılanmaması halinde ise rehni aşan kısmın peşin olarak ödenmesi ya da bu kısma ilişkin teminat gösterilmesi halinde borçluya taksitle ödeme taahhüdünde bulunma imkânı tanımak gerekir.

Koşullara uygun şekilde gerçekleştirilmiş taksitle ödeme taahhüdü üzerine icra muameleleri duracağından henüz muhafaza yapılmamış ise alacaklı hacizli malın muhafazasını da talep edememelidir. Taksit süresinde satış isteme süreleri de işlemeyecektir. Borçlu taksitlerden birini zamanında ödemezse, satış isteme süreleri kaldığı yerden işlemeye devam edecek, alacaklı icra muamelelerine devam edebilecektir. Taahhüdün ihlâli ayrıca alacaklının şikâyeti üzerine borçlunun üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına neden olacaktır. Borçlu ödemediği taksiti öderse, derhal tahliye edilir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akgün Şükran, Haczin Hukuki Niteliği, İstanbul 2020.
- Akil Cenk, Sorularla Konkordato Hukuku, Ankara 2020.
- Altay Sümer/Eskiocak Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul 2019.
- Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbtreibungs und Konkursrechts, Bern 2008.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960.
- Arslan Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanaağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Aşık İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Ankara 2020.
- Belgesay Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İstanbul 1954.
- Berkin Necmeddin M., İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969.
- Berkin Necmeddin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980. (Rehber)
- Boran Güneysu Nilüfer, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Ankara 2020.
- BSK SchKG I, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbtreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, Staehlin Adrian /Bauer Thomas/Staehlin Daniel, 2. Auflage, Basel 2010 (BSK SchKG I-Yazar).
- Budak Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 3. Bası, İstanbul 2010.
- Coşkun Mahmut, Son Değişikliklerle Birlikte Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, 4. Baskı, C.II, Ankara, 2020.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005.
- Erturgut Mine, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- Gürdoğan Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.
- Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./ Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldbtreibung und Konkurs, 4. Auf., Zürich 1997.
- Kılıçoğlu Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- Korkmaz Nurdan, Rehin Açığı Belgesi, İstanbul 2019.
- Kostiewicz Jolanta Kren, Schuldbtreibungs&Konkursrecht, 3. Aufl., 2018.
- KUKO SchKG, Kurz Kommentar Schuldbtreibungs und Konkursgesetz, Daniel Hunkeler, (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2014 (KUKO SchKG- Yazar)

- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013. (El Kitabı)
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, İstanbul 1990.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, Ankara 2013.
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019.
- Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009. (Temel Haklar)
- Özmumcu Seda, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.
- Öztek Selçuk, Yeni Konkordato Hukuku-7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi (Yazar, Öztek-Konkordato Şerhi), Ankara 2019 .
- Pekcanitez Hakan, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3. Bası, Ankara 1998.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2020.
- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- Postacioğlu İlhan, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Sarısözen Serhat, Konkordato, Ankara 2020.
- Simil Cemil, Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.
- SK SchKG, Schultess Kommentar-SchKG, Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik, (Hrsg.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 2017 (SK SchKG-Yazar).
- Spühler Karl, Schuldbetreibungs und Konkursrecht I, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- Tunç Yücel Müjgan, Kesin Mühletin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.
- Umar Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1963.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.II, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Varol Gökçe, İcra Hukukumda Borcun Taksitle Ödenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2020.
- Yıldırım Mehmet Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016.

## Makaleler

- Arslanpınar Tat Tuğçe, "Vaktinden Evvel Satış", *TBB Dergisi*, 2020 (151), s. 199 vd.
- Boran Güneysu Nilüfer, İcra Takip İşlemleri, *TBB Dergisi*, 2012 (101), s. 37 vd. (Takip İşlemleri)
- Pekcanitez Hakan/Meriç Nedim, "Borçlunun Talebiyle Satış", *TBB Dergisi*, 2020 (151), s. 236 vd.

Uzel Yelda, İcra Takiplerinde Borcun Taksitle Ödenmesi, MİHDER, S.8, 2007, s. 697 vd.  
Yılmaz Ejder, Düünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003.

### **İnternet Kaynakları**

Kazancı İçtihat Bankası ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

Lexpera ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

E-uyar ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))



# İCRA HUKUKUNDA DERECE NAMINA SATIŞ TALEP ETME

## DEMAND OF FORCED SALE ON BEHALF DEGREE IN ENFORCEMENT LAW

Melih İŞİK\*

**Özet:** Cüz'î icra hukukunda alacaklının münferit olarak tatmin edilmesi söz konusudur. Bu çerçevede alacaklı tarafından başlatılan icra takibi, onun tasarrufunda devam ettirilir ve kural olarak takibin devamı onun talebi ile sağlanır. Öte yandan İcra ve İflâs Kanunu m. 107 uyarınca, hacizli malların satışının talep edilmesi hâlinde, bu talep alacaklının bulunduğu derecedeki tüm alacaklılar için hüküm ifade eder. O halde öncelikle borçluya ait mal üzerine haciz koydurmuş alacaklıların dereceleri tespit edilmeli, sonrasında bir alacaklının satış talep etmesinin hangi sonuçları ortaya çıkaracağı ele alınmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Paraya Çevirme, Satış Talebi, Hacze İştirak, Derece, Derece Namına

**Abstract:** In law system of debt enforcement (execution) a creditor is individually satisfied. In this context execution proceeding commenced by the creditor is continued at his disposal and -as a rule- the continuation of the execution proceeding is provided upon his demands. Otherwise, according to Code of Enforcement and Bankruptcy Art. 107, if forced sale of distress is demanded, it is valid for all creditors in the same degree. First of all, the degrees of owner of seizure on the good of the debtor should be determined and analyzed which consequences of a creditor's demand for sales will reveal.

**Keywords:** Forced Sale, Demand of Sale, Participation to an Attachment, Degree, Behalf of Degree

## GİRİŞ

Cüz'î icra hukuku, küllî icra hukukundan farklı olarak, alacaklıların borçluya karşı münferit icra takipleri ile harekete geçtikleri takip yoludur. Her bir alacaklı, alacağına kavuşabilmek için icra takibini kendi adına yürütürken, diğer yandan da borçlunun diğer alacaklıları ile yarış hâlinindedir. Nitekim borçlunun malvarlığı tüm borçlarını kar-

\* Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8072-521X, melihisik17@gmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.11.2020, Kabul Tarihi: 02.11.2020

şılamaaya yeterli gelmeyebileceğinden, daha önce harekete geçen alacaklı, alacağına diğer alacaklılardan önce kavuşabilir. Esasen bu durum, hukuk düzenin benimsemiş olduğu sistem ile de bağlantılıdır. Söz gelimi Alman hukukunda öncelik ilkesi geçerli kabul edilmiş, ilk haciz koyduran alacaklıya rehin hakkı<sup>1</sup> bahşedilerek öncelikli olarak tatmin edilmesi esası benimsenmiştir.<sup>2</sup> Fransız hukukunda benimsenen sistemde, hangi alacaklının önce haciz koydurduğu dikkate alınmaksızın, tüm alacaklılara müşterek hak sağlanarak hacze katılabilmelerine imkân verilmiştir.<sup>3</sup> İsviçre hukukunda ise ilk haciz koyduran alacaklıya mutlak bir imtiyaz tanınmayan ve diğer alacaklılara bu hacze 30 gün (SchKG m. 110) veya 40 gün (SchKG m. 111) içinde katılma imkânı veren grup sistemi<sup>4</sup> mevcuttur.

Hukuk sistemimizde, salt öncelik ilkesi veya grup sistemi uygulanmamaktadır. Türk hukukunda 1929 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda benzer bir sistem kabul edilmiş ise de mevcut İcra ve İflâs Kanunu'nda

<sup>1</sup> "Haciz rehin hakkı" başlığı ile düzenlenen Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 804/1'de, alacaklının haczedilen (taşınır) mallar üzerinde rehin hakkı kazanacağı düzenlenmiştir. Alman hukukunda "haciz rehin hakkı" olarak adlandırılan bu öncelik hakkı, rehnin bir türü olarak kabul edilmekle birlikte, hukukî niteliği tartışmalı olup özel hukuk teorisi, kamu hukuku teorisi ve karma teori olmak üzere üç ayrı teori ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. Nevhis Deren-Yıldırım, Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 70 vd.; Recep Akcan, Hacze İştirak, Seçkin, Ankara 2005, s. 30 vd.; Nevhis Deren-Yıldırım, "İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler", *İcra Hukuku Analizleri*, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s. 7 vd. Ayrıca haczin, eski cermen adetlerine göre rehin hakkı kurulmasına isabet ettiği ve Alman hukukunda haciz (Pfändung) ve rehin (Pfand) kelimelerinin aynı kökten geldiğine ilişkin, bkz. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Vedat, İstanbul 2010, s. 510; Ejder Yılmaz, "Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1-4 (271-316), s. 273.

<sup>2</sup> Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004, s. 228; M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s. 201. Bu sistem hakkındaki eleştiriler için, bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, İstiklal Matbaası*, Ankara 1960, s. 120; Necmettin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz, İstanbul 1970, s. 264. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 272 vd.; Deren-Yıldırım, *İştirak*, s. 67 vd.; Akcan, s. 27 vd.

<sup>3</sup> Üstündağ, s. 228; Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 275; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 201. Garame sistemi bakımından getirilen eleştiriler için, bkz. Ansay, s. 120; Berkin, s. 265.

<sup>4</sup> Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 276; Deren-Yıldırım, *Düşünceler*, s. 3; Akcan, s. 35 vd.

benimsenen sistem ile İsviçre hukukundan uzaklaşmıştır.<sup>5</sup> Türk hukukunda kendine özgü şekilde “orantılı paylaşırma ilkesi” nin hâkim olduğu belirtilmektedir.<sup>6</sup> Borçlunun birden fazla alacaklı varsa, ilk hacze aynı dereceden iştirak edilebilmesi İcra ve İflâs Kanunu m. 100 ve m. 101’deki şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Aksi halde önce harekete geçen alacaklı avantajlı durumda olacaktır.<sup>7</sup>

Alacaklının borçluya karşı takibe geçme, takibi devam ettirme veya sona erdirmeye kendi iradesine tâbi olup, bu durum “tasarruf ilkesinin” icra hukukuna yansımalarıdır. Diğer bir deyişle takip talebinde bulunma, haciz talep etme, hacizli malların satışını isteme gibi işlemler alacaklının tasarrufundadır.<sup>8</sup> Bu işlemler yine kanunen öngörülen şekilde ve belirtilen süre içinde yerine getirilmelidir. Keza alacaklının haciz talep etme hakkı, kural olarak ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir sene ile sınırlıdır (İİK m. 78/1). Her bir alacaklının, kendi icra takibinde haciz talep etmesi gerekir, aksi halde takibin işlemden kaldırılması<sup>9</sup> yaptırımını ile karşılaşmaları mümkündür (İİK m. 78/4). Bir alacaklı, başka bir alacaklının aynı borçlunun malına koydurmuş olduğu hacizden kural olarak faydalanamaz. Hatta bir alacaklının aynı borçluya karşı başlatılmış birden fazla icra takibi varsa, bir icra dosyasından konulmuş haciz diğer icra dosyaları için sonuç doğurmaz.

<sup>5</sup> Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Birinci Bölüm Sentetik İzah, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1948, s. 299; Postacıoğlu/Altay, s. 512; Üstündağ, s. 229. Türk hukukundaki adi iştirak sistemi; alacağı sonradan doğan alacaklılar için adaletsiz olması, alacağı daha önce doğsa bile belgeleme eksikliği sebebiyle alacaklının iştirak imkânından yoksun kalması ve bu derece şekli kuralların kötüye kullanmayı önleyemeyip aksine destek olması nedenleri ile eleştirilmektedir, bkz. Berkin, s. 267-268. Hacze takipli iştirak usûlünün değiştirilip ilave haciz, pazarlık yoluyla satış, alacakların devri ve ihtiyati haciz düzenlemelerinin korunmasından ötürü İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinin yakın olduğuna ilişkin, bkz. Deren-Yıldırım, İştirak, s. 8.

<sup>6</sup> Deren-Yıldırım, İştirak, s. 3, 8; Akcan, s. 40 vd.

<sup>7</sup> Deren-Yıldırım, Düşünceler, s. 12.

<sup>8</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2020, s. 24; Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009, s. 71 vd.

<sup>9</sup> “... Somut olayda İİK’nın 78/2. maddesi uyarınca, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl geçmesine rağmen, alacaklı tarafından haciz istenmediği görülmektedir. O halde mahkemece, dosyanın işlemten kaldırılmasına karar verilmesi yerine takibin düşürülmesi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. ...” Yargıtay 12. HD, E. 2013/35517 K. 2014/1163 T. 20.1.2014 (legalbank).

Cebri icra sürecinin takip talebi, ödeme emri ve kesinleşmesi ve haciz aşamalarında her bir alacaklının münferiden harekete geçmesi gerekmektedirken, haczedilen malların satışının talep edilmesinde kanun koyucu farklı bir yaklaşım benimsemiştir. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu m. 107, hacizli malın satışını talep etme hakkını her bir alacaklı için öngörmüşken, bu hakkın kullanılması hâlinde doğacak sonucu alacaklının bulunduğu tüm dereceye mâl etmiştir. Bir alacaklının satış talebinde bulunması, aynı derecede yer alan diğer alacaklıların hacizleri bakımından da etkili olacaktır. Hatta sonraki derecede yer alan alacaklılar da önceki dereceden artacak satış bedeli için satış talebinde bulduklarında, dahil oldukları derece için satış talebinde bulunmuş sayılacaklardır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 107, uygulamada gözden kaçan bir hükümdür. Tasarruf ilkesinin icra hukukuna etkisi ile her bir alacaklının satış talebinde bulunmak zorunda hissetmesi, alacaklıların ve/veya vekillerinin mevcut hacizlerinin düşmesine karşı çekinceleri, uygulamada haciz aşamasında henüz derecelerin tespit edilmiyor olması vb. sebepler m. 107'nin uygulama alanını daraltmakta ve hükümden beklenen faydayı azaltmaktadır. Anılan nedenlerden ötürü, çalışmamızda m. 107'nin uygulanabilme şartları, hükmün doğuracağı sonuçlar ve hükmün ideal biçimde uygulanabilmesi için gereken hususlar ele alınmaya çalışılacaktır.

## I. GENEL OLARAK HACİZLİ MALIN SATIŞININ TALEP EDİLMESİ

Cebri icra prosedürü kapsamında, haczedilmiş bir malvarlığının üzerindeki haciz sürekli kalıcı ve geçerli değildir. Alacaklı kanunda öngörülen süreler içinde, hacizli malın satılarak paraya çevrilmesi için talepte bulunması gerekir. Malvarlığının kanunda yapılan sınıflandırma uyarınca, kural olarak<sup>10</sup> taşınır ve alacak ise hacizden itibaren 6 ay;

<sup>10</sup> Kanunda öngörülen bu satış süreleri; taksitle ödeme anlaşması müddetince (İİK m. 111), istihkak davası görülürken (İİK m. 97/8), geçici ve ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmedikçe, fevkalade müddet süresince (İİK m. 323/2), kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte imzaya veya borca itiraz hâlinde işlemez. Bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Legal, İstanbul 2016, s. 284; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, İstanbul 2013, s. 356; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 213-214.

taşınmaz niteliğinde ise hacizden itibaren 1 yıl içinde satışı talep edilebilir (İİK m. 106/1, 2).<sup>11</sup> Aksi halde alacaklının o malvarlığı üzerindeki haczi kalkacak (İİK m. 110/1) ve alacaklının o mal üzerine yeniden haciz konulmasını talep etmesi gerekecektir. Öte yandan icra dosyası düşmeyecek<sup>12</sup>, derdest durumunu muhafaza edecektir.<sup>13</sup> Ancak bu durumda, satış istenmemesi üzerine haczin kalkmasıyla, yeniden haciz istenebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu m. 78/5'e göre yenileme talebinde bulunulması gerekmektedir. Doktrinde bu uygulama savunulmasına rağmen,<sup>14</sup> Yargıtay haczin düşmesinden sonra yeniden haciz talep edilebilmesi için yenileme talebini gerekli görmemektedir.<sup>15</sup>

Uygulamada alacaklılarca haciz konulan malvarlığı üzerindeki haczin “yenilenmesi” talep edildiği ve böylece ilk konulan haczin korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Ancak bu usûl, İcra ve İflâs Kanunu'nda mevcut olmayıp söz konusu haczin korunmasına vesile olamayacaktır. Bu şekilde talep edilen yenileme haczi, önceki hacizden bağımsız yeni tarihli bir hacizdir.<sup>16</sup> Önceki haczi için satış talep etme-

<sup>11</sup> İsviçre'de satış talep edilebilecek süre bakımından farklı bir düzenleme mevcuttur. Alacaklı haczedilmiş taşınır malların, alacak ve diğer hakların paraya çevrilmesini hacizden sonra en erken bir ay ve en geç bir yıllık sürede, haczedilmiş taşınmaz malların paraya çevrilmesini ise hacizden sonra en erken altı ay en geç ise iki yıllık sürede talep edebilir (SchKG m. 116/1).

<sup>12</sup> İsviçre hukukunda ise, kanunî sürede satış istenmemesi veya geri alınıp da talebin yenilenmemesi durumuna, icra takibinin düşmesi sonucu bağlanmıştır (SchKG m. 121).

<sup>13</sup> Kuru, İcra-İflâs, s. 285; Üstündağ, s. 240; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 356; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku C. I, Adalet, Ankara 2013, s. 761; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2019, s. 293.

<sup>14</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 530; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Yetkin, Ankara 2013, s. 607-608; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2020, s. 323. Aksi görüş için, bkz. Üstündağ, s. 241; Muşul, s. 761.

<sup>15</sup> “... Yukarıda anılan İİK'nın 78. maddesi gereğince, alacaklı ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde haciz talebinde bulunduğuna göre bu haczin düşmesinden sonra yeniden haciz isteyebilmek için yenileme harcı ödemesine gerek bulunmamaktadır. ...” Yargıtay 12. HD, E. 2014/31162 K. 2015/4372 T. 02.03.2015 (legalbank).

<sup>16</sup> “...İcra ve İflâs Kanunu'nda haczin yenilenmesi diye bir müessese mevcut olmayıp, aynı takip dosyasından olsa da konulan her haciz yeni bir hacizdir. Buna göre aynı taşınmaz üzerine birden fazla haciz konulmasını engelleyen bir yasa hükmü de yoktur. ...” Yargıtay 12. HD, E. 2019/234 K. 2019/1658 T. 7.2.2019. Aynı yönde; Yargıtay 12. HD, E. 2016/19457 K. 2017/11604 T. 28.9.2017; Yargıtay 12. HD, E. 2013/22334 K. 2013/31013 T. 1.10.2013 (legalbank).

yen alacaklı, satış isteme süresinin dolması üzerine bu hacizden doğan haklarını kaybedecektir. Keza konulmuş bir haczin devamı, ancak süresi içinde satış edilmek suretiyle sağlanabilir.<sup>17</sup>

Hacizli malların satılmasını talep edebilecek kişi, kural olarak ve takibin seyri gereği alacaklıdır. Bu durum İcra ve İflâs Kanunu m. 106 ve 107'de işaret edilmektedir. Satış isteyebilecek alacaklı, kesin haciz sahibi alacaklıdır.<sup>18</sup> Öte yandan genel haciz yolu ile takipte, borçlunun itirazı geçici olarak (İİK m. 68/a) kaldırıldıktan sonra geçici haciz talep etmiş alacaklının (İİK m. 69/1) satış talep edemeyeceği açıkça öngörülmüştür (İİK m. 108/1). Aynı şekilde ihtiyati haciz yoluna başvurmak suretiyle takibe başlayan (İİK m. 257 vd.) alacaklı, ihtiyaten haczettirdiği malların satışını talep hakkına sahip değildir. Geçici veya ihtiyati haciz konulan malların satışı, sadece değerlerinin süratle düşmesi ya da muhafazalarının masraflı olması hâlinde gerçekleşebilecektir (İİK m. 108/2, 113/2).

Kanun koyucu, alacaklıdan başka borçluya<sup>19</sup> da hacedilmiş malların satışını talep etme hakkı tanımıştır (İİK m. 113/1). Ancak kanunun sistematüğinden, bu talep hakkının sadece taşınır malların haczinde tanındığı izlenimi doğmaktadır. İsviçre'de taşınır mallar ile alacağın satışında borçluya satış talep etme hakkı veren bir düzenleme bulunmaktadır (SchKG m. 124/1). Bunun yanında taşınmaz malların paraya çevrilmesini düzenleyen hükümler arasında da borçlunun tüm hacizli ve rehinli alacaklıların açık rızası ile hiçbir alacaklının satış isteme yetkisi olmasa bile satış yapılabileceğini öngören bir hüküm mevcuttur (SchKG m. 133/2). Türk hukukunda ise taşınmaz malların satışını düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu m. 123 vd. hükümlerde bu tarz bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>20</sup> Bu nedenle Türk hukukunda hacze-

<sup>17</sup> "... Haciz tarihinden itibaren taşınırlarda bir, taşınmazlarda iki yıl içinde satış istenmezse, haciz düşer (İİK m.106 ve 110). Bir diğer ifade ile haczin düşmesini engellemenin tek yolu, yasal süresi içinde satış istenmesidir. İİK'da haczin yenilenmesi ve önceki haczin devam etmesi şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Her haciz konulduğu tarih itibarıyla yeni bir haciz niteliğindedir. ..." Yargıtay 23. HD, E. 2012/6595 K. 2013/1192 T. 28.02.2013 (yargitay.gov.tr).

<sup>18</sup> Ansay, s. 128; Üstündağ, s. 238; Kuru, İcra-İflas, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 321; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 211; Muşul, s. 758.

<sup>19</sup> Borçlunun talebi üzerine satış işlemi yapılmasının zorunlu olmayıp icra müdürünün takdirinde olduğuna ilişkin, bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 527; Muşul, s. 757.

<sup>20</sup> Mert Namlı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Oniki Levha, İstanbul 2019, s. 342.

dilmiş taşınmaz malların satışını borçlunun talep edip edemeyeceği belirsizdir.<sup>21</sup> Doktrinde haczedilen taşınmazların ancak alacaklının talebi ile satılabileceği belirtilmektedir.<sup>22</sup> Bu görüşü destekleyen *Namlı*<sup>23</sup>, gerekçe olarak taşınmazların satışının düzenlendiği bölümde İcra ve İflâs Kanunu m. 113/1'e atıf yapılmamasını göstermektedir. Ancak olması gereken hukuk bakımından ise, hacizli ve rehinli alacaklıların muvafakat etmeleri üzerine borçlunun talebi ile taşınmaz malların satılabileceğini işaret etmektedir. Aksi yöndeki görüşe göre<sup>24</sup>, hacizli taşınmaz mallar da borçlunun talebi ile satılabilir. Buna gerekçe olarak; taşınmazın borçlunun talebi ile satılabileceğinin açıkça yasaklanmamış olması ve satış talep edilmesinin sadece alacaklının inisiyatifine bırakılmanın hakkaniyetsiz olması gösterilmiştir. Yargıtay da bu görüşü taşımakta olup, borçluyu alacaklının haciz ve satış baskısından kurtarmak için m. 113/1'in taşınmazlar bakımından kıyasen uygulanabileceğini içtihat etmiştir.<sup>25</sup>

Hacizli malların satışı kural olarak talep üzerine yapılıyorsa da icra müdürüne kendiliğinden satış yapabilme imkânı tanınmıştır. Hacizli malların kıymeti hızla düşüyorsa veya muhafazası masraflı ise talep olmaksızın malların satışı gerçekleştirilebilir (İİK m. 113/2). Yine tamamlama haciz sonrasında yapılan satış için de talep gerekli değildir (İİK m. 139).<sup>26</sup>

Satış talebi yazılı şekilde veya tutanağa geçirilmek kaydıyla sözlü olarak icra dairesine yapılabilir.<sup>27</sup> Talebin yapılacağı icra dairesi, takibin başlatıldığı ve yürütüldüğü icra dairesidir. Haczin istinabe yolu ile yapılmış olması hâlinde dâhi satış esas takibin yürütüldüğü icra dairesinden talep edilmelidir.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Üstündağ, s. 238.

<sup>22</sup> Muşul, s. 757.

<sup>23</sup> Namlı, s. 342.

<sup>24</sup> R. Murat Dönmez, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat, İstanbul 2010, s. 12.

<sup>25</sup> "... İİK'nın menkullerle ilgili 113/1. maddesinde alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabileceği düzenlenmesi, taşınmaz satışlarında da kıyasen uygulanmalıdır. Borçlunun borcunu ödeyerek ya da satış talep edip, satışı sağlayarak, alacaklının haciz ve satış baskısından kurtulması mümkündür. ..." Yargıtay 23. HD, E. 2014/1819 K. 2014/6058 T. 30.09.2014 (yargitay.gov.tr).

<sup>26</sup> Üstündağ, s. 296; Kuru, El Kitabı, s. 723; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 211.

<sup>27</sup> Kuru, İcra-İflas, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 321.

<sup>28</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 355; Arslan/Yılmaz/Taşpınar

Talep herhangi bir şarta bağlı olmamalı ve kural olarak tüm alacak ile hacizli mallara yönelik olarak yapılmalıdır.<sup>29</sup> Ancak birden fazla malın haczedilmiş ve bu mallar ayrı ayrı paraya çevrilirken alacağın tamamı karşılanmışsa diğer malların paraya çevrilmesine gerek kalmayacaktır. Yine birden fazla haczedilen mal bakımından, bazıları için başka alacaklıların iştiraki söz konusu ise, iştirak eden alacaklıların satış talebi, haczedilmiş ve iştirak edilmiş mallar için sonuç doğurabilir.

Satış talebinin geçerli olabilmesi, sadece usûle uygun ve süresinde yapılmış olmasına bağlı değildir. Satış talebi altı aylık ve bir yıllık sürelerle riayet edilerek yapılmalı, bununla birlikte icra müdürü tarafından verilecek karar doğrultusunda satış gideri on beş günlük süre içinde icra dairesine depo edilmelidir (İİK m. 110/1). Yargıtay, satış avansının da satış isteme süresi içinde yatırılmasını zorunlu görmektedir.<sup>30</sup> Satış talebinde bulunulduktan sonra, kanunî süre içinde satış avansının yatırılmaması, malvarlığı üzerindeki haczin kalkması sonucunu doğurur.

Satış talebini geçersiz kılan diğer bir durum, talebin geri alınması üzerine kanunî süre içinde yenilenmemesidir. Satış talebinin geri alınıp kanunî sürede yenilenmemesi de haczin kalkmasına neden olacaktır (İİK m. 110/1). Bununla birlikte satış talebinin geri alındıktan sonra, talebin yenilenmesi kalan sürede mi yoksa yeni bir satış isteme süresinin mi başlayacağı tartışma konusu olmuştur. Kanımızca isabetli olan bir görüşe göre, sürenin İcra ve İflâs Kanunu m. 20 kapsamında kesin olmasından ötürü satış talebi ancak kalan süre içinde yenilenebilmeli, yeni bir süre başlamamalıdır.<sup>31</sup> Hacizli malın satılmasına ilişkin talebin geri alınması, bir kez ile sınırlıdır (İİK m. 110/1/son cümle).

---

<sup>29</sup> Ayvaz/Hanağası, s. 322; Muşul, s. 762.  
<sup>29</sup> Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 211. Satış talebinin geri alınması da haczedilmiş malların bir kısmı için değil, tamamı için mümkündür, bkz. BİSchK. 1964/2 (Üstündağ, s. 239).  
<sup>30</sup> "... Haciz tarihinden itibaren altı ay olan satış isteme süresi içinde satış avansının yatırılarak satış talebinde bulunulmadığı, satış avansının altı aylık sürenin geçmesinden sonra 31.07.2015 tarihinde yatırıldığı bu sebeple ihale konusu menkul-ler üzerindeki haczin düşmüş olduğu anlaşılmaktadır. ..." Yargıtay 12. HD, E. 2016/19938 K. 2016/19928 T. 27.9.2016 (legalbank). Aynı yönde; Muşul, s. 773.  
<sup>31</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 355. Benzer yönde; Kuru, El Kitabı, s. 608; Kuru, İcra-İflas, s. 285; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 323; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 213; Muşul, s. 775; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 293.



## II. DERECE NAMINA SATIŞ TALEP ETMENİN KANUNÎ DÜZENLEMESİ, ANLAMI VE GEREKÇESİ

Bir malvarlığı, borçlunun tek bir alacaklısı tarafından haczedilebileceği gibi, birden fazla alacaklısının takibe geçmesi üzerine birden fazla alacaklı tarafından da haczedilebilir. Kural olarak her bir alacaklının, bireysel olarak icra takibini devam ettirme, hacizli malvarlığının satışını talep etme hakkı mevcuttur. Ancak aynı malın başka alacaklılar tarafından da haczedilmesi halinde satış talebinde bulunmak, sadece talepte bulunan alacaklı için sonuç doğurmaz.

Hacizli bir malın satış talebinin, alacaklının mensup olduğu derece için sonuç doğuracağına ilişkin düzenlemeler, Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanunu m. 107 ve İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 117/1'dir. Malvarlığının birden fazla alacaklı tarafından haczedilmesi, alacaklılar arasında dereceler (İİK m. 100, 101; SchKG m. 110, 111) oluşturulması gereği doğurduğundan, bir alacaklının satış talebinde bulunması o derecedeki tüm alacaklılar için hüküm ifade eder.<sup>32</sup> Anılan hukukî düzenlemeler, alacaklının önceki-sonraki derecede yer almasına göre ayırım yapmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin ilk cümlesine göre; İcra ve İflâs Kanunu m. 100 uyarınca meydana gelen (ilk) derecedeki her alacaklı, satış talebinde bulunabilir ve bu talep derece adına sonuç doğurur. Yine İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 117/1 uyarınca, alacaklı grubundaki her bir alacaklının paraya çevirme talep hakkı vardır.

İlk hacze iştirak şartlarını taşımayıp sonraki derecede yer alan alacaklılar da buldukları derece adına satış talep edebilme yetkisine sahiptir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin ikinci cümlesine ve İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 117/2'ye göre, bu alacaklılardan her birinin satış talebi, ancak önceki dereceden artacak bedeller (İİK m. 100/3; SchKG m. 110/3) bakımından geçerlidir. Diğer bir deyişle sonraki derecedeki alacaklılar, satış bedelinden önceki derecedeki alacaklıların tatmin edilmesinden sonra yararlanabileceklerinden, sonraki derece-

<sup>32</sup> Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Polygraphischer Verlag, Zürich 1984, s. 409 N. 3; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar - Schuldbetreibung und Konkursgesetz* (Bölüm Yazarı: Sven Rüetschi), 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 117 N. 1, 2.

deki bir alacaklının satış talebi de kendi derecesi için sonuç doğurur. Anılan hükümler işaret ettiği üzere, derecenin tespiti, hükümlerin uygulanabilmesi adına özel önem taşımaktadır. Yargıtay da bir kararında, İcra ve İflâs Kanunu m. 107 uygulamasında derecenin tespitine dikkat çekmiştir:

“... tarafların birbirlerinin haczine iştirak edip edemeyecekleri ve bir iştirak derecesi oluşturuyorlarsa bu kez şikâyetçinin 107. madde çerçevesinde satış talebinde bulunup bulunmadığına bakılarak bir karar verilmek gerekirken hatalı gerekçe ve eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. ...”<sup>33</sup>

Satış talebinin aynı derecedeki tüm alacaklılar için hüküm doğurması bir gerekliliktir. Aşağıda görüleceği üzere, İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin bir sonucu da aynı derecedeki alacaklıların tüm alacakları tutarında malın paraya çevrilmesidir.<sup>34</sup> Birden fazla alacaklı tarafından haczedilmiş malın paraya çevrilmesinden sonra satış bedeli, önce hacze ilk dereceden iştirak eden alacaklılar arasında paylaşılır, artan bedel sonraki dereceye verilir. Bir alacaklının sadece kendi adına satış talep etmesi faraziyesinde, yalnızca kendi alacağına yetecek malvarlığı paraya çevrilir, aynı dereceden iştirak etmiş diğer alacaklılar sebebiyle de kendi alacağını tam olarak alamayabilir. Bu nedenle derecenin menfaati gözetilerek bir alacaklının satış talebi, mensup olduğu derece için sonuç doğurmalıdır. Yalnızca satış talebinde bulunan alacaklının, aynı derecedeki diğer alacaklılardan bağımsız ve özel olarak tatmin edilmesi mümkün değildir.<sup>35</sup>

### III. AYNI DERECE NAMINA SATIŞ TALEP ETMENİN ŞARTLARI

İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin ilk cümlesi ile İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 117/1'in uygulanması noktasında iki şartın varlığı söz konusudur: Aynı derecede yer alma ve satış talep edilmesi.

<sup>33</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2011/2825 K. 2011/5280 T. 20.4.2011 (lexpera).

<sup>34</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017. Ayrıca aşağıda bkz. IV, B.

<sup>35</sup> Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Basler Kommentar) (Bölüm Yazarı: Markus Frey), 2. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 117 N. 1; Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock; Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Bölüm Yazarı: Georg Zondler), Basel 2017, Art. 117 N. 1.

## A. Aynı Derecede Bulunma

### 1. Genel Olarak Hacze İştirak

Malvarlığı üzerinde haciz sahibi alacaklı, ister önceki derecede olsun isterse de önceki dereceden artan satış bedeli üzerine haciz koydurmuş sonraki derecedeki bir alacaklı olsun, satış talebinde bulunması hâlinde, talep bulunduğu derece adına hüküm ifade eder (İİK m. 107). Alacaklının hangi derecede olduğunun tayini ise, genel kural olarak İcra ve İflâs Kanunu m. 100 ve m. 101'e göre belirlenir. Belirli şartları sağlayan bazı alacaklılar malvarlığı konulan ilk hacze "aynı dereceden" iştirak edebilecekken, bazı alacaklılar ile ancak önceki dereceden artacak satış bedelleri için iştirak edebileceklerdir (İİK m. 100/4). Özel durumlar bakımından ise ihtiyati hacizde İcra ve İflâs Kanunu m. 268 ve kamu alacağından kaynaklanan hacizde Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 21'e göre tayin edilir.

Türk ve İsviçre hukuklarında hacze iştirak sistemi, temelde takipli (adi) (İİK m. 100; SchKG m. 110) ve takipsiz (imtiyazlı) (İİK m. 101; SchKG m. 111) iştirak türlerini kabul etmiştir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda hacze iştiraki düzenleyen m. 110'a göre, alacaklının önceden konulmuş bir hacze, kendi haczinin konulmasından itibaren 30 gün içinde iştirak etme hakkı vardır (SchKG m. 110/1). 30 günlük sürenin geçmesinden sonra yapılacak hacze iştirak talebi üzerine ise, alacaklılar başka bir derece (grup) oluşturacaklar ve bu sonraki dereceden hacze iştirak etmiş alacaklılar, ancak önceki dereceden artan bedel üzerine haciz koyabileceklerdir (SchKG m. 110/2, 3). İsviçre hukukunda, Türk hukuk sistemindeki gibi sert kriterler aranmadığı anlaşılmakta ve geniş biçimde iştirak imkânı sağlanmaktadır.<sup>36</sup>

Türk hukukunda borçluya karşı bir icra takibi yapmış alacaklının, ilk hacze iştirak edebilmesi için bazı şartların kümülatif olarak bir araya gelmelidir (İİK m. 100). Doktrinde<sup>37</sup> alacaklının prosedürü bir icra takibi ile başlatarak haciz isteme aşamasına getirmesi "takip şartı", sa-

<sup>36</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 511.

<sup>37</sup> Berkin, s. 266 vd; Kuru, El Kitabı, s. 532 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 325 vd; Akcan, s. 47 vd; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Baskı, Turhan, Ankara 2005, s. 5 vd.

tilan malın tutarı vezneye girinceye kadar hacze iştirak edilebilmesi ise “zaman şartı” olarak ifade edilmektedir. Bu iki şarttan başka “öncelik” ve “belgelendirme” şartları da aranmaktadır. Esasen son iki şart birbirini tamamlar niteliktedir.

Bazı kimselere, borçluyla olan ilişkileri ve alacaklarının nitelikleri sebebiyle bir cebri icra prosedürü başlatmaksızın ilk hacze iştirak etme imkânı tanınmıştır (İİK m. 101). İlk hacze aynı dereceden takipsiz iştirak<sup>38</sup>, satılan malın bedeli vezneye girinceye kadar mümkündür.

Hacze takipli veya takipsiz iştiraktan başka, ihtiyati haczin<sup>39</sup> kesin hacze iştirakinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Borçluya ait malvarlığının ihtiyaten haczedilmesinden sonra ve kesin hacze dönüşmeden, başka bir alacaklı tarafından haczedilmişse ihtiyati haciz sahibi alacaklı İcra ve İflâs Kanunu m. 100’deki şartların varlığı ile<sup>40</sup> kendiliğinden ve geçici olarak bu hacze iştirak edebilir (İİK m. 268/1, c. 1).<sup>41</sup> Hacze iştirakin geçici olması sebebiyle, ihtiyati haczin kaldırılması veya hükümsüz kalması hâlinde geçici iştirak de ortadan kalkacaktır.<sup>42</sup>

Bununla birlikte malvarlığı üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmiş ise, bu rehinden önce konulmuş olan ihtiyati veya kesin hacze iştirak hiçbir alacak için -kamu alacağı dahil-<sup>43</sup> kabul edilmemiştir (İİK m. 268/1, c. 2).

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için, bkz. Ejder Yılmaz, “Hacze Takipsiz Katılma (Hacze İhtiyazlı İştirak)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXI S. 1-4 (361-394), s. 361 vd.; Akcan, s. 197 vd.

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için, bkz. Deynekli/Kısa, s. 23 vd.

<sup>40</sup> İhtiyati haczin iştirakinde İcra ve İflâs Kanunu m. 100’deki şartların aranmaması gerektiğine ilişkin, bkz. Berkin, s. 268; Postacıoğlu/Altay, s. 518.

<sup>41</sup> Bu düzenleme, ihtiyati haczin henüz kesin hacze dönüşmediği durumlarda uygulama alanı bulur. İhtiyati haciz kesin hacze dönüştükten sonra, başka bir alacaklının hacze iştirak talebi ancak m. 100’de belirtilen usûlü dairesinde gerçekleşebilir (Kuru, İcra-İflâs, s. 277). İhtiyati haczi kesin haciz halini alan alacaklı, önceki kesin hacze m. 100 uyarınca iştirak edebilir (Yılmaz, Takipli Katılma, s. 303 vd.; Akcan, s. 102; Adnan Deynekli, “Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar”, *Bankacılar Dergisi*, S. 67, 2008, s. 34; Nedim Meriç, *Türk-İsviçre Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Yetkin, Ankara 2015, s. 132).

<sup>42</sup> Üstündağ, s. 231; Kuru, İcra-İflâs, s. 477; Akcan, s. 97; Deynekli, s. 32.

<sup>43</sup> 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 21/1’e 30.03.2006 tarihinde eklenen hükümlerle, “genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için” İcra ve İflâs Kanunu m. 268/1, c. 2’nin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. 6183 sayılı Kanun m. 21’de sayılan alacakların, malvarlığının üzerinde rehin varsa bu rehinden önceki ihtiyati veya kesin hacizlere iştirak imkânı verilmek amaçlanmaktadır.

Kamu alacaklarının hacze iştirakinde ise, İcra ve İflâs Kanunu sistematüğinden daha farklı bir usûl belirtilmiştir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 21 bir kamu alacağı-nın, bir malvarlığı üzerindeki hacze iştirak edebilmesi için özel şartlar aramamış, kamu alacağı için haciz konulması ile mevcut hacze iştirakin gerçekleşeceğini ve satış bedelinin garamaten paylaşılacağını öngörmektedir. Aranan tek şart, malvarlığının diğer hacizler sebebiyle paraya çevrilmemiş olmasıdır (AATUHK m. 21).<sup>44</sup>

## 2. Aynı Derecede Bulunmanın Anlamı

Alacaklının satış talebi kendi bulunduğu derecedeki diğer alacaklılar bakımından da etkili olacağından, alacaklının ilk derecede mi yoksa sonraki derecede mi olduğu önem arz etmektedir. Keza İcra ve İflâs Kanunu m. 107 “mensup olunan dereceye” dikkat çekmektedir. Bu kapsamda, bir alacaklının satış talebinin hangi alacaklılar için sonuç doğuracağı tespit edilir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda hacze takipli iştiraki düzenleyen m. 110/2’de, derecelerin nasıl oluşturulacağı açıkça düzenlenmektedir. Hükme göre; ilk hacizden itibaren 30 günlük süre geçtikten sonra

<sup>44</sup> Bir kamu alacağı nedeniyle konulan hacze, adi alacaklılarca iştirak edilebilmesi mümkün değildir (Ansay, s. 124; Kuru, El Kitabı, s. 538; Akcan, s. 134). Bir kamu alacağı nedeniyle konulan hacze ise, başka bir kamu alacağı haciz tarihinden evvel tahakkuk etmiş olmak şartı ile, paraya çevirme işlemi gerçekleşene kadar iştirak edebilecektir. Ancak haczedilen malın satılması üzerine satış bedeli öncelikle ilk haciz konulan kamu alacağı için verilir, kalan miktar iştirak sırasına göre diğer kamu alacakları için ödenir (AATUHK m. 69). Bkz. “... şikâyete konu sıra cetvelinde 6183 sayılı Kanun’un 69. maddesine uygun olarak, satış bedelinin öncelikli olarak haciz tarihi daha önce olan idarenin alacağına tahsis edilmesi gerekir. ...” Yargıtay 23. HD, E. 2014/10279 K. 2015/4303 T. 05.06.2015 (legalbank). Bir adi alacaklı tarafından konulan ilk hacze, birden fazla kamu alacağının iştiraki hâlinde m. 69 uygulanmaz, kamu idareleri m. 21’e göre hacze iştirak ederek satış bedeli garamaten pay edilir. Bkz. “... Öte yandan, 6183 sayılı Kanun’un 21/1. maddesi, ilk haczin üçüncü kişiler tarafından uygulanması hâlinde münhasır olup, üçüncü kişiden sonra birden çok kamu alacaklısı tarafından haciz konulması hâlinde, haciz sahibi bütün kamu alacaklılarının ilk hacze iştirakinin kabulü gerekir. Böyle bir ihtimalde kamu alacaklıları bakımından aynı Kanun’un 69. maddesi uygulanmaz. Diğer anlatımla, üçüncü kişilerin alacağı için haczedilen mallar, malın satış tarihinden önce bir kamu alacağı için de haczedilirse anılan Kanun’un 69. maddesi uygulanmaz ve mahcuza satıştan önce haciz uygulayan bütün kamu idarelerinin kamu alacağı ilk hacze iştirak eder ve satış bedeli aralarında garamaten paylaşılır. ...” Yargıtay 23. HD, E. 2013/4230 K. 2013/4855 T. 10.07.2013 (legalbank). Aynı yönde; Yargıtay 23. HD, E. 2014/6716 K. 2015/4910 T. 25.6.2015 (yargitay.gov.tr).

alacaklılar, aynı şekilde farklı bir hacizle başka bir grup oluştururlar. Yani haciz koyduran alacaklının hacze iştirak için 30 günlük süresi mevcuttur. Bu süre geçtikten sonra, benzer şekilde ancak yeni bir derece meydana gelir.

Hukukumuzda ise bu şekilde doğrudan bir düzenleme olmayıp m. 100/1’de aynı dereceden iştirakin şartları belirtilmiş ve m. 100/3’te “*bunların haricindeki alacaklıların*” artan bedeller için hacze iştirak edebilecekleri ifade edilerek sonraki derece işaret edilmiştir. Derecelerin oluşumu, ilk kesin<sup>45</sup> hacze<sup>46</sup> takipli veya takipsiz iştirak edilip edilemeyeceğine göre gerçekleşecektir. Borçluya ait malvarlığının birden fazla alacaklı tarafından haczi hâlinde m. 100 dikkate alınarak derecelerin tespit edilmesi gerekir ki, buna derece kararı denilmektedir.<sup>47</sup> İlk kesin hacze iştirak talepleri kabul edilen alacaklılar ilk dereceyi oluştururken, iştirak şartlarını taşımayan alacaklılar ise sonraki dereceyi veya dereceleri oluşturacaklardır. İlk hacze iştirak edemeyen alacaklılardan ilki tespit edilerek, diğer alacaklıların iştirak şartları incelenmek suretiyle yeni bir derece meydana getirilecektir<sup>48</sup>. Meydana getirilen derece (topluluk), tüzel kişiliği olmayan bir menfaat grubu olarak nitelendirilmektedir<sup>49</sup>. Kanımızca da m. 107 uyarınca bir alacaklının satış talebinin derece adına etkili olması, “menfaat birliği”nin sonucu olarak karışımıza çıkmaktadır.

Hacizli malın satış bedeli paylaşılırken de bu dereceler dikkate alınacak olup, önceki derecedeki alacaklılar tam olarak tatmin edilmeden sonraki dereceye geçilemez. Diğer bir deyişle, sonraki derecedeki alacaklılar ancak önceki dereceden satış bedelinin artması hâlinde

<sup>45</sup> Muşul, s. 744; Meriç, s. 132.

<sup>46</sup> İlk kesin haciz kavramından anlaşılması gereken; kararın öncelikle verildiği haciz değil, öncelikle uygulanan hacizdir. Bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 513; Kuru, El Kitabı, s. 533; Kuru, İcra-İflas, s. 259; Akcan, s. 55; Meriç, s. 129.

<sup>47</sup> “... İlk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar ayrı derecede hacze iştirak edebilecek alacaklılar ile ilgili düzenleme İİK’nın 100. maddesinde yer almıştır. Bu nedenle icra dosyasına borcun ödenmesi amacıyla yatan para üzerinde de birden fazla haciz varsa ilk haczi uygulayan icra müdürlüğüne anılan madde koşullarında derece kararı yapılarak anlaşmazlık sonuçlandırılır ...” Yargıtay 12. HD, E. 2010/17600 K. 2010/29783 T. 13.12.2010. Aynı yönde; Yargıtay 12. HD, E. 2007/650 K. 2007/2759 T. 20.2.2007 (İlexpera).

<sup>48</sup> Meriç, s. 143.

<sup>49</sup> Yılmaz, Takipli Katılma, s. 310; Deren-Yıldırım, İştirak, s. 54. Derecenin hukukî niteliği hakkındaki tartışmalar için, bkz. Akcan, s. 178 vd.

alacaklarına kısmen veya tamamen ulaşabilir.<sup>50</sup> Borçlunun hacizli malları, ilk derecedeki alacaklıların alacaklarını karşılamaya yetmiyorsa icra müdürlüğü tarafından talep üzerine ilave (ek) hacizler yapılabilir (İİK m. 100/2). Ek haciz yapılmasına rağmen hacze ilk veya sonraki dereceden iştirak etmiş alacaklıların tamamının tatmin edilemeyeceği durumda ise sıra cetveli (İİK m. 140, m. 206) düzenlenmesi<sup>51</sup> gündeme gelir.<sup>52</sup>

### B. Alacaklının Satış Talebinde Bulunması

Gerek İsviçre hukukunda gerekse de Türk hukukunda satış talep yetkisinin alacaklıya ait olduğu belirtilmiş, ancak alacaklının niteliği konusunda bir niteleme yapılmamıştır (SchKG m. 117; İİK m. 107). Buna rağmen hem İsviçre doktrini<sup>53</sup> hem de Türk doktrini,<sup>54</sup> satış talep edebilecek alacaklının “kesin” hacizli alacaklı veya hacze “kesin” iştirak etmiş alacaklı olacağı konusunda hem fikirdir. Keza geçici haciz sahibi (İİK m. 108/1) ve ihtiyati haciz sahibi (İİK m. 264/5) alacaklının satış talep etme hakkı bulunmamaktadır.

Bir mal üzerine tek başına haciz koydurmuş alacaklı ile haczine iştirak edilmiş veya iştirak etmiş alacaklıların, satış talep yetkisi bakımından fark bulunmamaktadır. Her bir alacaklının (İİK m. 107; SchKG m. 117/1) satış talebinde bulunma hakkı vardır. Aynı derecede yer alan alacaklılar için etki, bir alacaklının satış talebi ile doğar ve bu derecedeki tüm alacaklılar faydalanabilir. Ancak bir alacaklının satış

<sup>50</sup> Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 278, 310; Akcan, s. 181.

<sup>51</sup> “... İİK'nın 100. maddesi gereğince sıra cetvelinin kesinleşen ilk haczin uygulandığı dosyadan düzenlenmesi gerektiği ve daha sonra diğer hacizlerin ilk hacze iştirak edip edemeyeceklerinin İİK'nın 140 ve 206. maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ...” Yargıtay 23. HD, E. 2013/8760 K. 2014/2815 T. 10.4.2014 (yargitay.gov.tr).

<sup>52</sup> Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 311; Deren-Yıldırım, *İştirak*, s. 63. İsviçre hukukunda her derece için ayrı şekilde sıra cetveli oluşturulurken, Türk hukukunda tüm dereceler tek bir sıra cetvelinde gösterilir, bkz. Meriç, s. 115.

<sup>53</sup> Fritzsche/Walder, s. 408 N. 3; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/M. Thomas Kull, *Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Artikel 89-158*, Zürich 2006, Art. 117 N. 3; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), *Basler Kommentar*, Art. 117 N. 3; Rüetschi, *KUKO-SchKG*, Art. 117 N. 3; Zondler (*Kren Kostkiewicz/Vock*), Art. 117 N. 2.

<sup>54</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 528; Kuru, *İcra-İflas*, s. 283; Üstündağ, s. 238; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 355; Yıldırım-Deren Yıldırım, s. 211; Namlı, s. 336; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 289; Namlı, s. 336.

talebi, o derecedeki veya sonraki derecedeki diğer alacaklıların talep hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim satış talep eden alacaklının sonradan talebini geri alması, aynı derecedeki diğer alacaklılar bakımından da satışın yapılmaması anlamına geleceğinden, diğer alacaklıların satış talebinde bulunmaları tavsiye edilmektedir<sup>55</sup>.

Diğer yandan, hacizli malların satışının sadece alacaklı talebi ile olmayabileceğine, duruma göre icra memurunun kararı veya borçlunun talebiyle de mümkün olabileceğine yukarıda değinilmişti. İcra ve İflâs Kanunu m. 113 uyarınca, alacaklının talebi olmaksızın borçlunun talebiyle de satış yapılabileceği gibi, hacizli malların kıymeti hızla düşüyor veya muhafazası masraflı hale geliyorsa icra müdürü de kendiliğinden satış kararı verebilecektir. Şu hâlde borçlunun satış talebi veya icra müdürünün kendiliğinden satış kararı, bir alacaklının satış talebinde olduğu gibi, tüm veya belli derecelerdeki alacaklılar için sonuç doğuracak mıdır? Yoksa satış isteme süreleri alacaklılar için işlemeye devam edecek midir?

Kanımızca bu soruların cevabına olumlu yaklaşmak gerekir. Acele hallerdeki icra müdürünün kendiliğinden yapacağı satıştan tüm alacaklılar faydalanmalıdır. Yine borçlunun satış talebi, derece farkı olmaksızın tüm alacaklılar bakımından sonuç doğurmalıdır. Nitekim borçlunun satış talebi üzerine alacaklıların satış talep etmesinde mevcut hukukî yararları kalmayacaktır. Bu noktada, borçlunun satış talebi geri alma ihtimaline binaen alacaklıların hacizlerini koruma adına satış talebinde bulunmaları düşünülebilir. Ancak bu çözüm, borçlunun satış talep etmesinin tüm sonuçlarının teoride kalmasına yol açabilir. Borçlunun satış talebini geri alması ihtimaline binaen kanımızca olması gereken, borçlunun satış talep etmesi ile talebini geri alması arasında geçen sürede alacaklıların satış isteme sürelerinin durmasıdır. Satış talebi ile duran süreler (İİK m. 106), talebin geri alınması ile işlemeye devam edecek, böylece alacaklıların satış isteme hakları korunmuş olacaktır.

Rehin hakkı sahibi alacaklı da rehnin/ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başladıktan sonra, taşınurlar için ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay, taşınmazlar için ise bir yıl içinde satış

<sup>55</sup> Deynekli, s. 38. Ayrıca aşağıda bkz. IV, A, dn. 72.



isteyebilir (İİK m. 150/e). Ancak rehinli mal, aynı zamanda başka alacaklılar tarafından da haczedilmişse rehinli alacaklının satış talebi, m. 107 kapsamında derece namına sonuç doğurmaz. Çünkü rehin hakkına iştirak edilemeyeceği gibi, rehinli alacaklı derecede de yer almayacaktır. Her ne kadar malın satış bedelinin alacaklılara yetmemesi halinde düzenlenecek sıra cetvelinde rehinli veya ipotekli alacaklı yer olsa da, bunun nedeni Türk hukukunda sıra cetvelinden başka ayrıca pay cetveli düzenlenmemesidir.<sup>56</sup> Malvarlığı paraya çevrildiğinde rehinli veya ipotekli alacaklı (İİK m. 125/3, m. 206/1) alacağını öncelikle alır.

Borçluya ait haczedilmiş bir mal üzerindeki ilk kesin hacze bir kamu alacağı tarafından iştirak edildikten sonra, bu malın kamu alacağı için satış işlemlerine başlanması halinde, m. 107 uyarınca aynı derecedeki adî alacaklılar bakımından sonuçları doğacak mıdır? 6183 sayılı Kanun m. 21'e göre, hacizli mal paraya çevrilene kadar kamu alacağının adî hacze iştiraki mümkündür.<sup>57</sup> Yani adî alacak sebebiyle konulan haciz ile kamu alacağından dolayı konuşan haciz aynı derecede bulunabilir. Bu nedenle, kamu alacağından dolayı konulan haciz nedeniyle mal paraya çevrilirse, m. 107'nin etkilerinin aynı derecede yer alan diğer adî alacağa dayanan hacizli alacaklar için de doğduğunu kabul etmek gerekir.

Menkul mallar; tahsil dairelerince ve köylerde ihtiyar kurullarınca<sup>58</sup>, haczin yapıldığı tarihin üçüncü gününden itibaren üç ay içinde satışa çıkarılır (AATÜHK m. 84/1). Gayrimenkuller ise, satış komisyonları<sup>59</sup> tarafından açık arttırma suretiyle yapılır (AATÜHK m. 90). Gayrimenkullerin satış süresi ile ilgili düzenleme olmadığından, hacizden 15 gün sonra olmak şartıyla, zamanaşımı süresi dolana kadar satış yapılabileceği ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Öte yandan kamu alacağı için

<sup>56</sup> Meriç, s. 117, 120.

<sup>57</sup> Yukarıda bkz. III, A, 1, dn. 44.

<sup>58</sup> Borçlunun da satış talep etme hakkının olması gerektiğine ilişkin, bkz. Hakan Arslaner, 6183 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Tahsili, Ankara 2010, s. 292.

<sup>59</sup> Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 90/c. 2: "Satış komisyonu, il ve ilçelerde en büyük mal memurunun veya tevkil edeceği zatın reisliği altında belediye meclisi tarafından kendi azası arasından seçilmiş bir zat ile alacaklı amme idaresinin yetkili bir memurundan ve gayrimenkulün bulunduğu yer tapu sicil muhafızı veya tevkil edeceği zattan teşekkül eder".

<sup>60</sup> Arslaner, s. 300; İrfan Barlass, Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Takibi, İstanbul 2017, s. 210.

haczedilmiş bir malın paraya çevrilebilmesi için, 6183 sayılı Kanun'da satış talebi düzenlenmemiştir. Hacizden sonra ayrıca satış talebi aranmayacağı belirtilmiştir.<sup>61</sup> Buna neden olarak, alacaklı kamu idaresinin aynı zamanda "tahsil organı" olması ve sahip olduğu "kendiliğinden harekete geçme" yetkisi<sup>62</sup> gösterilebilir. Bu nedenle, kamu alacağı ile hacze aynı dereceden iştirak eden alacaklılar için İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin etkilerini ne zaman doğurmaya başlayacağı belirsizdir.

Kamu alacaklarının takibinde satış talebi bulunmasa da m. 107'nin etkisinin uygulanabileceği bir satış kararı anı esas alınmalıdır. Bu zaman noktası, tahsil dairesi veya satış komisyonunun hacizli malın paraya çevrilmesi iradesini gösterdiği an olmalıdır. Kanımızca menkul mallar için açık artırma istisna hallerde pazarlıkla satış kararı (AA-TÜHK m. 85/1), gayrimenkul mallar için ise satış komisyonu kurulma (AATÜHK m. 90) anı<sup>63</sup>; aynı zamanda satış işlemlerinin başlangıcı olduğundan, anılan karar tarihleri itibariyle aynı derecedeki adî alacaklılar için İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin etkilerinin doğacağı kabul edilebilir.

#### IV. AYNI DERECE NAMINA SATIŞ TALEP ETMENİN SONUÇLARI

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 117/1'den açıkça anlaşılmasa da İcra ve İflâs Kanunumuz (m. 107) açıkça, her alacaklının satış talep edebileceği ve satış talebinin aynı derecedeki tüm alacaklılar için etkili olacağını<sup>64</sup> belirtmektedir.

##### A. Satış İsteme Süresine Etkisi

Satış talep etmenin ilk etkisi, aynı derecedeki tüm alacaklıların satış isteme süreleri üzerine olur. Hacze kesin iştirak etmiş alacaklı, bireysel olarak haczinin düşmesine mâni olmak amacıyla yasal süreler içinde (İİK m. 106; SchKG m. 116) hacizli malın satılmasını isteyebilir. Bu tip bir alacaklının satış talebi ile sadece kendisi için değil, aynı de-

<sup>61</sup> Deynekli, s. 40.

<sup>62</sup> Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 352-354.

<sup>63</sup> Doktrinde satış işleminden önce yerine getirilmesi gereken ilk işlem olarak, satış komisyonunun oluşturulması gösterilmektedir, bkz. Barlass, s. 196.

<sup>64</sup> Üstündağ, s. 238; Yıldırım-Deren Yıldırım, s. 211.

recedeki diğer alacaklılar için de süreler korunmuş olacaktır.<sup>65</sup> Diğer bir deyişle artık diğer alacaklıların satış talebinde bulunmalarına gerek olmayacak, hacizleri varlıklarını devam ettirecektir. Aynı etki, Türk hukukunda da kabul edilmiştir:

“... İİK'nın 107. maddesinde; “Her alacaklı, mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir” hükmüne yer verilmiştir. Anılan yasal düzenleme uyarınca, aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemesi hâlinde, aynı derecede yer alan diğer alacaklıların ayrıca satış talep etmesine gerek kalmaz. ...”<sup>66</sup>

Aynı dereceden bir alacaklının satış talebinde bulunması, o derecedeki diğer alacaklıların hacizlerinin düşmesine engel olacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da teyit edilmiştir.

“... İİK'nın 107. maddesinde “her alacaklı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemesi hâlinde haciz, bahis konusu derece için düşmeyip, hüküm ve tesirini icra edeceğinden, müşteki alacaklının ayrıca satış istemesine gerek olmayacaktır. ... Hal böyle olunca her iki alacaklı aynı dereceye mensup olduklarından, İİK'nın 107. maddesine göre her alacaklı, mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir. Bu durumda, 1993/2858 sayılı dosya alacaklısı davacı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunmuş olduğundan, müşteki alacaklının ayrıca satış isteğinde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. ...”<sup>67</sup>

Hacze aynı dereceden iştirak etmiş alacaklılardan birinin satış talebi ile, o derecedeki tüm alacaklılar satış istemiş sayılacak ve diğer

<sup>65</sup> Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 5; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 2; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 2.

<sup>66</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017 (lexpera). “... şikâyet olunan şirketin 05.07.2013 tarihli ihtiyati haczinin, 11.09.2014 tarihinde kesin hacze dönüştüğü, şikâyetçi tarafın 06.08.2014 tarihli haczinin ilk kesin haciz olduğu, şikâyet olunan şirketin alacağı, şikâyetçinin takip tarihi olan 16.07.2014 tarihinden önce, 29.08.2013 tarihinde açmış olduğu davaya dayandığından İİK'nın 100/1-2. maddesindeki iştirak koşullarını taşıdığı, şikâyetçi ve şikâyet olunanın alacaklarının aynı derece içerisinde yer aldığı anlaşılmıştır. Buna göre mahkemenin, şikâyetçinin henüz satış isteme süresi dolmadan, bir başka anlatımla 06.08.2014 tarihli haczi ayakta iken, aynı derece içerisinde yer alan şikâyet olunanın 15.12.2014 tarihli satış talebinden yararlanacağını İİK'nın 107. maddesi uyarınca kabulü doğru olmuştur. ...” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD, E. 2017/23 K. 2017/215 T. 14.3.2017 (lexpera).

<sup>67</sup> Yargıtay HGK, E. 2000/19-1610 K. 2010/1703 T. 15.11.2000 (hukukturk).

alacaklıların hacizleri muhafaza edilecektir.<sup>68</sup> Öte yandan, önceki derecedeki alacaklının satış talebi, sonraki derecedeki hacizli alacaklının sürelerine etki etmez.<sup>69</sup> Diğer bir deyişle ilk derecede yer alan bir alacaklının satış talebi, sadece aynı derecedeki alacaklıların satış isteme süreleri bakımından etkili olacak olup, sonraki derecedeki alacaklılar bakımından etkili olmayacak ve sonraki derecedeki alacaklıların ayrıca kendileri satış talep etmeleri gerekecektir. Bununla birlikte, hukukumuzda satış talebinin sonuç doğurabilmesi için, kanunî süreler içinde satış avansının da yatırılması gereği göz önünde bulundurulmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında,<sup>70</sup> derecesini hukuka aykırı olarak kaybedip sonraki dereceye geçirilen bir alacaklının satış talebinin etkilerini doğurmaya devam edeceğine hükmetmiştir. Doktrinde bu kararın, genel kural olarak kabul edilemeyeceği dile getirilmektedir.<sup>71</sup>

İsviçre doktrininde, aynı dereceden bir alacaklı satış talebinde bulunmuş olsa dahi, diğer alacaklılara da süresi içinde satış talebinde bulunmaları tavsiye edilmektedir. Bunun nedeni olarak, ilk satış talep eden alacaklının alacağına ödenerek takibi sona ermiş veya kendisiyle taksitle ödeme anlaşması yapılarak (İİK m. 111; SchKG m. 123) satış talebinin etkileri ortadan kaldırılmışsa ya da satış talebi geri alınmışsa hacizli mallar hakkındaki takiplerin devamı diğer alacaklılar tarafından sağlanmalıdır. Bu hallerde satışın gerçekleşebilmesi ancak aynı derecedeki başka bir alacaklının yeniden satış talebinde bulunması ile söz konusu olabilir. Satış isteme süresi geçmiş ve süresinde satış talebinde bulunulmamışsa bu alacaklılar takibin düşmesi (SchKG m. 121) ile karşı karşıya kalabileceklerdir.<sup>72</sup> Şu durumda, satış talep eden alacaklı dışındaki alacaklıların satış isteme sürelerinin nasıl etkileneceğine değinmek gerekir. Bir alacaklının satış talebi ile aynı derecedeki ala-

<sup>68</sup> Belgesay, s. 306; Postacıoğlu/Altay, s. 529; Dönmez, s. 17; Namılı, s. 335; Deynekli, s. 38; Erdal Dülger/Yavuz Süphandağ, Sıra Cetveli, Haciz ve İflasta Özellik Arzeden Durumlar ve İncelikler, Aristo, Ankara 2014, s. 28.

<sup>69</sup> Muşul, s. 774-775.

<sup>70</sup> BGE 85 III 79 ff.

<sup>71</sup> Fritzsche/Walder, s. 409 N. 3; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 5.

<sup>72</sup> BGer. Vom 11.11.2005, 7B, 158/2005 E. 1; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 5; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 2; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 4.

caklılar için de süreler korunacak, söz gelimi satış talebi geri alınmışsa diğer alacaklılar bakımından süre baştan mı başlayacak yoksa kaldığı yerden işlemeye devam mı edecektir? Kanımızca diğer alacaklıların satış isteme sürelerinin kaldığı yerden işlemeye devam etmesi daha isabetli olacaktır. Bu nedenle diğer alacaklıların, kalan satış isteme süresinde talepte bulunmaları gerekmektedir.

Bir alacaklının satış talebinden, aynı derecedeki diğer alacaklıların bu imkândan faydalandırılmaması, yani diğerlerini bakımından sürenin kesilmeyip hacizlerinin düştüğünün kabul edilmesi halinde hangi hukukî yola başvurulması gerekecektir? Uygulamada bu sorun, iştirak dereceleri sıra cetveli aşamasında belirlendiğinden,<sup>73</sup> paylaşırma aşamasında sıra cetveline karşı şikâyet yolu ile çözülmektedir<sup>74</sup> (İİK m. 142/3). Sıra cetveline şikâyet yargılamalarında, ya alacaklılardan birinin haczinin düştüğü başka bir alacaklı tarafından ileri sürülmekte ya da alacaklı satış isteyen alacaklı ile aynı derecede olduğu gerekçesiyle kendi haczinin düşmeyip ayakta olduğunu ileri sürmektedir. Şikâyet

<sup>73</sup> "... Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, ... İİK'nın madde 107 hükmü gereği, "aynı derece yer alan hacizler sebebi ile bir alacaklının satış talebi aynı derecede ki diğer alacaklılara sirayet eder" hükmüne göre diğer alacaklıların ayrıca satış talep etmelerine ihtiyaç bulunmadığı, bu takdirde sıra cetveline esas olan gayrimenkullerden 947 ada 2 parsel sayılı gayrimenkul yönünden 2003/2204 sayılı dosyadaki alacaklı vekilinin 12.09.2006 tarihli satış talebinin ve gider avansı ödemesinin aynı derecedeki tüm dosyalara sirayet edeceği ve bu kapsamda satış talebinin ve haczin devam ettiği süreçte 2003/2203 sayılı dosya yönünden de İİK'nın madde 107 gereği satış isteme mükellefiyetinin bulunmayacağı, bu durumda 2003/2203 sayılı dosyada 947 ada 2 parsel yönünden haczin düşmediği ve bu gayrimenkulün satış bedeli yönünden sıra cetvelinde bu dosya alacaklısına pay ayrılması gerekeceği; 1.İcra Müdürlüğü'nün 2003/1306 esas ve 2004/646 esas sayılı icra dosyaları yönünden iptaline karar verilmiştir. ... davalının bu tarihe kadar satış talebinde bulunmadığı, davacının satış talebinin davalının satış talep etme süresini uzatmayacağı, davalı alacaklının İİK'nın 107. maddesinden yararlanma için kendi satış süresi içinde gayrimenkul satışının yapılması gerektiği ve bu açıklanan sebeple İİK'nın 107. madde şartlarının oluşmadığının anlaşıldığı, dolayısı ile davalının haczinin düştüğünün kabulüyle ..." Yargıtay 23. HD, E. 2015/9946 K. 2018/4722 T. 16.10.2018 (hukukturk).

<sup>74</sup> "... Şikâyet, sıra cetvelinde sıraya ilişkindir. ... Somut olayda, şikâyetçinin takibi İİK'nın 100. maddesindeki koşulları taşımadığından, şikâyet olunanın haczine iştiraki mümkün değildir. Şikâyetçinin takibinin İİK'nın 100. maddesinin koşullarını taşımış olması hâlinde, aynı yasanın 107. maddesi uyarınca şikâyet olunanın satış talebinden yararlanması mümkün olacaktır. Bu durumda mahkemece, şikâyetçinin takibinin şikâyet olunanın haczine iştirak koşullarını taşımadığı, bu nedenle İİK'nın 107. maddesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle, şikâyetin reddi gerekirken ..." Yargıtay 23. HD, E. 2015/3905 K. 2016/185 T. 18.1.2016 (lexpera). Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2011/2825 K. 2011/5280 T. 20.04.2011 (lexpera).

üzerine icra mahkemesince İcra ve İflâs Kanunu m. 107 dikkate alınarak yapılacak inceleme ile karar verilmekte ve sıra cetveli nihai halini almaktadır.

### C. Paraya Çevrilecek Hacizli Malvarlığı Miktarına Etkisi

Aynı dereceden hacze iştirak eden alacaklılardan birinin satış talebinde bulunmasının diğer bir sonucu, sadece talep eden alacaklının alacağı kadar veya onun haczettiği mallar değil, tüm grubun alacağını karşılayacak malvarlığının paraya çevrilmesini gerektirir.<sup>75</sup> Yani aynı derecedeki bir alacaklı satış talebinde bulunduğu anda, o derecedeki tüm alacaklılar tarafından haczedilen mallar ve o derecedeki alacaklıların tamamının alacağı karşılanacak şekilde satış yapılır.<sup>76</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de 24.1.2017 tarihli kararında, aynı derecedeki alacaklıların alacakları karşılanana dek satışa devam edileceğine hükmetmiştir.

*“ ... Böyle bir durumda, aynı derecede yer alan alacaklılardan biri, haczettiği malların satışı isteminde bulunduğu zaman, haczedilen mallardan, sadece satış talep eden alacaklının alacağını karşılayacak miktar satılmaz. Zira, alacaklının satış talebinden, İİK'nın 107. maddesi gereğince, aynı dereceye mensup diğer alacaklılar da istifade edeceğinden, bu alacaklıların da alacağını karşılayacak miktardaki malların satışına gidilir. Başka bir ifadeyle, haczedilen bir veya birkaç malın satılması, satış isteyen alacaklının alacağını tatmine yeterli olsa bile, satışa son verilmeyip aynı derecede yer alan diğer alacaklıların alacağı karşılanuncaya kadar satışa devam edilir. ...”<sup>77</sup>*

Konu hakkında, Türk hukukunda şu tarz bir örnek<sup>78</sup> verilmiştir: Borçlu B'ye karşı A (alacak: 4.000 TL), C (alacak: 3.000 TL) ve D (alacak: 500 TL) icra takibi yapmış, A televizyon ve buzdolabını haczettirmiş, C bu hacizlere aynı dereceden iştirak etmiş ve ayrıca ek haciz ile çamaşır

<sup>75</sup> Antonine Favre, Schuldbeitrungs- und Konkursrecht (Fransızca Metinden Çeviren: Dr. E. Steiner), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1956, s. 194; Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 3; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 1; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 3. Türk hukukunda; Belgesay, s. 306; Dönmez, s. 16.

<sup>76</sup> Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 6; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 3.

<sup>77</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017 (lexpera).

<sup>78</sup> Örnek için, bkz. Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II, 3. Baskı, Bilge, Ankara 2014, s. 2104-2105.

makinesini haczettirmiş, D de bu mallara haciz koydurmuş ve sonraki dereceden hacze iştirak etmiştir. Buna göre A buzdolabının satılmasını isterse, kendi alacağı karşılığını C'nin alacağı karşılanamayacaksa televizyonun da satışı gerçekleştirilmelidir. Elde edilen satış bedeli her ikisinin alacağını karşılıyorsa A ve C'ye ödenir, karşılanamaması hâlinde ise garameten paylaşılır. Satış talebinde bulunan C ise yine A'nın da alacağı dikkate alınarak öncelikle buzdolabı, her iki alacak da karşılanamamışsa televizyonun da satışı yapılır. A ve C'nin alacağı karşılanamamışsa paylaşırma garameten yapılır. Bu durumda C, ek haciz ile haczedilen çamaşır makinesinin satışını talep edebilir ve bu mala konulan haciz tüm derece için sonuç doğuracağından<sup>79</sup> satış bedeli A ile C arasında garamete usûlü ile pay edilir.<sup>80</sup> Satıştan artan bir bedel olması hâlinde bundan D de yararlanacaktır. İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin uygulanabilmesi, hacizli malların satışının tek tek yapılmasına bağlı tutulmaktadır.<sup>81</sup>

İsviçre hukukunda alacağı dikkate alınacak alacaklılara, hacze geçici iştirak eden alacaklılar da dahil edilmektedir.<sup>82</sup> Ancak bu alacaklıların hacizleri kesin nitelikte olmadığından, hacze geçici iştirak eden alacaklıların payları geçici olarak depo edilecektir (SchKG m. 144/5).<sup>83</sup> Anılan hükmün İcra ve İflâs Kanunu'muzdaki karşılığı m. 138/4'e göre, geçici hacizler<sup>84</sup> için ayrılmış paylar bankaya veya banka olmayan yerlerde mahkeme veya icra kasalarında saklanır.

Son olarak, İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin bu sonucunun hukuka uygun şekilde uygulanmaması halinde başvurulabilecek hukukî yollar, hacze aynı dereceden iştirak eden alacaklılar ve borçlu bakımından farklılık gösterebilir. Alacaklının satış talebi ile, aynı dereceden iştirak eden tüm alacaklıların alacağını karşılayacak nispette hacizli malın sa-

<sup>79</sup> İlave haciz, alacaklılardan birinin talebi üzerine yapılabilir ve hacze iştirak etmiş tüm alacaklılar adına hüküm ifade eder, bkz. Yılmaz, Takipli Katılma, s. 311; Akcan, s. 184.

<sup>80</sup> Uyar/Uyar/Uyar; çamaşır makinesinin C tarafından satışının talebi hâlinde, bu mal üzerinde A'nın haczi olmadığından satış bedelinden A'nın istifade edemeyeceğini belirtmektedir, bkz. Uyar/Uyar/Uyar, s. 2105.

<sup>81</sup> Uyar/Uyar/Uyar, s. 2105.

<sup>82</sup> Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 3; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 3.

<sup>83</sup> Fritzsche/Walder, s. 409 N. 3; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 3.

<sup>84</sup> Geçici haciz kavramından, sadece İcra ve İflâs Kanunu m. 69 anlamındaki geçici haciz ile m. 268 uyarınca ihtiyati haciz de anlaşılmalıdır, bkz. Meriç, s. 54. Aynı yönde; bkz. Üstündağ, s. 294 dn. 948a.

tişi yapılmıyorsa, örnek olarak hacizli bazı mallar satış hazırlıklıların dışında bırakılmışsa, aynı dereceden iştirak eden alacaklılar “hakkın yerine getirilmemesi sebebi” ile şikâyet yoluna başvurabilmelidir (İİK m. 16/2). Borçlu ise, diğer alacaklıların aynı derecede olmadığı gerekçesi ile, satış isteyen alacaklının alacağını aşacak nispette malının paraya satılması halinde ihalenin feshi (İİK m. 134) isteminde bulunabilir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 24.1.2017 tarihli kararında, önüne gelen ihalenin feshi davasında, borçlunun talebi üzerine aynı derecedeki alacaklıların alacakları toplamı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>85</sup>

*“... Şikâyetçi borçlu tarafından, ihale konusu taşınmazlardan 435 ada 2 parsel sayılı taşınmazın satış bedelinin dahi, tek başına alacaklının alacağını karşıladığı halde, satışa devam edilip diğer taşınmazların satılmasının usulsüz olduğu ileri sürülerek, 435 ada 2 parsel dışında kalan taşınmazlara ilişkin ihalelerin feshi isteminde bulunulduğu görülmektedir. ... Bu durumda, mahkemece, ihale konusu taşınmazlar üzerinde, takip alacaklısı dışında başkaca alacaklıların da aynı tarihli hacizlerinin bulunduğu gözetilerek, bu alacaklıların, takip alacaklısı ile aynı derecede hacze iştirak edip etmediklerinin İİK'nın 100. maddesi çerçevesinde incelenmek suretiyle belirlenmesi, aynı derecede hacze katılma koşullarının mevcut olduğunun saptanması hâlinde, İİK'nın 107. maddesi uyarınca, sadece satış isteyen takip alacaklısının alacak miktarının değil, alacaklı ile aynı derecede hacze iştirak eden alacaklıların alacaklarının da güncel dosya hesabı yaptırılarak tespit edilmesi, takip dosyası borcu ve aynı derecede yer alan diğer alacaklıların alacaklarının tamamının toplamı dikkate alınarak, satışı yapılan taşınmazların ihale bedellerinin, bu alacakları karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesi suretiyle oluşacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. ...”*

#### **D. İhalenin Feshinin Talep Edilebilmesine Etkisi**

İcra ve İflâs Kanunu m. 107 uyarınca derece namına satış talep etmek, ihalenin feshini (İİK m. 134/2) talep edebilecek kişiler bakımından da sonuç doğurmalıdır. Şöyle ki, İcra ve İflâs Kanunu m. 134/2’de ihalenin feshini talep edebileceklerden biri “sadece satış isteyen” alacaklıdır. Hükmün lafzından, satış talep eden alacaklı dışındaki diğer

<sup>85</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017 (lexpera).



alacaklıların ihalenin feshini isteyemeyecekleri sonucu çıkmaktadır. Buna karşılık diğer alacaklıların, ancak hükümde belirtilen “tapu sicilindeki ilgililer” niteliği ile ihalenin feshini isteyebilecekleri kabul edilmektedir.<sup>86</sup> Fakat taşınır malın satışında diğer alacaklıların, tapu sicilindeki ilgililerden olamayacakları da izahtan varestedir. Şu hâlde, satış isteyen alacaklı ile aynı derecede bulunan alacaklılar da ihalenin feshini talep edebilmelidir. Bir alacaklının satış talep etmesi, aynı derecedeki diğer tüm alacaklıların adeta ileride ihalenin feshini talep etme haklarını elinden almaktadır. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu m. 134/2 düzenlemesinin isabetli olup olmadığı tartışması bir yana, satış talep eden alacaklı ile aynı derecede yer alan diğer alacaklıların da ihalenin feshini isteyebilmeleri gerektiği kanaatindeyiz.

### E. Taksitle Ödeme Taahhüdüne Etkisi

İsviçre hukukunda, Türk hukukundaki karşılığı taksitle ödeme taahhüdü (İİK m. 111) olan “satışın ertelenmesi” başlıklı m. 123’e sonuç bağlanmaktadır.<sup>87</sup> Mevzuat hukuk uygulamasında, satış talep eden alacaklı ile borçlu taksitle ödeme anlaşması hususunda anlaşmış ve satışın ertelenmesi gündeme gelmişse, satışın ertelenmesi sadece bu alacaklıyı bağlayacak ve satış gerçekleşmeyecektir. Satış talebi ise diğer alacaklılar bakımından da düşecek ve bu diğer alacaklıların yeniden satış talebinde bulunmaları gerekecektir.<sup>88</sup> Hukukumuzda taksitle ödemenin satış işlemleri üzerinde erteleme gibi bir etkide bulunması mümkün değildir. Bunun nedeni İcra ve İflâs Kanunu m. 111/1’e göre,

<sup>86</sup> Kuru, El Kitabı, s. 712; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 228.

<sup>87</sup> İsviçre İcra ve İflâs Kanunu düzenlemesine göre; borçlu borcunu taksitler hâlinde ve düzenli biçimde makul taksitleri icra memuruna ödeyebileceğini ortaya koyabilirse icra memuru ilk taksitin alınmasından sonra satışı en fazla on iki ay erteleyebilir (SchKG m. 123/1). Öte yandan m. 219/4’te belirtilen birinci sınıf alacaklıların konu olduğu takiplerde satışın ertelenmesi en fazla altı ay olabilir (m. 123/2). Taksitlerin miktarı ile ödeme tarihleri icra memuru tarafından belirlenirken, alacaklı ve borçlunun durumları göz önünde bulundurulur (m. 123/3). Erteleme, olası talik hallerinde uzatılır ve duraksamadan sonra taksit ve ödeme zamanı yeniden kararlaştırılır (m. 123/4). Şartların gerektirmesi hâlinde icra memuru, kendiliğinden veya alacaklı ya da borçlunun talebi üzerine kararını değiştirebilir, taksitlerin zamanında ödenmemesi üzerine satışın ertelenmesi ortadan kalkar (m. 123/5).

<sup>88</sup> Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 3; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 7; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 5; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 4. Ayrıca yukarıda bkz. IV, A.

taksitle ödemenin ancak "satış talebinden evvel" yapılabilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle taksitle ödeme taahhüdü veya anlaşması haciz aşamasında satış talep edilmeden evvel yapılabilir. Böylelikle henüz satış aşamasına geçilmemiş olacağından, taksitle ödemenin satışa bir etkisinin olabilmesi mümkün değildir. İsviçre hukukunda ise taksitle ödeme, en erken alacaklı satış talebinde bulunduktan sonra yapılabilir. <sup>89</sup> Bunun doğal sonucu olarak, taksitle ödeme satış işlemlerini etkilememektedir.

Türk hukuku bakımından, şu ihtimal de değerlendirilmelidir: Acaba borçlu ile bir alacaklı arasında taksitle ödeme anlaşması veya taahhüdü yapıldıktan sonra, alacaklı ile aynı derecede yer alan başka bir alacaklı tarafından satış istenmişse, bu talep anlaşma veya taahhütle bağlı alacaklı için de sonuç doğurur mu? Nitekim İcra ve İflâs Kanunu m. 111'e göre, taksitle ödeme taahhüdü veya taksitle ödeme anlaşması hâlinde icra işlemleri kendiliğinden durur ve bu sürede satış isteme süresi işlemez. Kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Aynı derecedeki başka bir alacaklının satış talebi, her ne kadar kendisi satış isteyemeyecekse de anlaşma veya taahhütle bağlı alacaklı için de geçerli olmalıdır. Ancak bu etki, paylaşırma aşamasında kendini gösterir. Şöyle ki, satış talebi sonucunda sözleşme veya taahhüt sona ermeden hacizli mal satılmışsa bağlı alacaklı da paylaştırmaya dahil edilmeli ve sıra cetvelinde kendisine düşecek pay ödenmelidir. Duruma göre ödeme üzerine, borcun tamamının ödenmesi hâlinde takip sona erer ya da mükerrer ödemeye mâni olmak adına da ödenen miktarın sözleşme veya taahhütten indirilmesi gerekir. Öte yandan satışı talep edilen mal paraya çevrilene kadar taksitle ödeme sözleşme veya taahhüdü borçlu tarafından yerine getirilmişse borç ödenmiş olacağından takip sona erer ve paylaşırma aşamasında bu alacaklı yer alamaz.

#### F. İstihkak Davasına Etkisi

Son olarak istihkak davası (İİK m. 96-97) ile satış talebi arasındaki ilişkiye değineceğiz. Bu incelemeyi, kendisine karşı istihkak iddiası ileri sürülen alacaklının satış istemesi ile aynı derecedeki başka bir alacaklının satış talep etmesini ayırarak yapacağız.

<sup>89</sup> Suter, Basler Kommentar, Art. 123 N. 11. Ayrıca bkz. Postacıoğlu/Altay, s. 531.

Borçlunun elinde bulunan ve birden fazla alacaklı tarafından haczedilmiş bir mal hakkında üçüncü kişi, hacze ilk dereceden iştirak eden bir alacaklıya karşı istihkak iddiasında bulunmuşsa (İİK m. 96-97) aynı derecedeki başka bir alacaklının satış talebi, istihkak iddiası ileri sürülen alacaklı hakkında nasıl sonuç doğuracaktır? İlk olarak belirtmek gerekir ki, istihkak iddiası sadece ileri sürülen alacaklı bakımından sonuç doğurur. Başka bir deyişle istihkak davasında, mevcut takip için istihkak iddiası ileri sürülen mal üzerindeki haczin caiz olup olmadığı tartışılır.<sup>90</sup> Nitekim hacze iştirak eden ve kendisine karşı istihkak iddia edilen alacaklı, istihkak davasını kazanmışsa davanın sonucundan sadece kendisi faydalanır.<sup>91</sup> Diğer alacaklılara karşı istihkak iddiası ileri sürülmemişse bu alacaklılarca yürütülen takipler bakımından hacizli mal hakkındaki istihkak iddiası sonuç doğurmaz. Bu nedenle aynı derecedeki bir alacaklının satış talebi, kendisine karşı istihkak iddiası ileri sürülmüş ve istihkak davası açılmış alacaklı dahil o derecedeki tüm alacaklılar için geçerli kabul edilmelidir. Başka bir alacaklının satış talebi üzerine istihkak davasına konu edilen mal paraya çevrilmişse davaya davalı/alacaklıya düşen pay üzerinden devam edilir.<sup>92</sup> Bu paranın alacaklıya verilip verilmeyeceğini hâkim takdir eder (İİK m. 97/10).

Bir istihkak prosedüründe icra mahkemesi takibin devamına karar vermiş (İİK m. 97/1) ve bu kararın tebliği üzerine üçüncü kişi istihkak davası açmış olmasına rağmen davalı/alacaklı satış talebinde bulunmuşsa satış talebinin akıbeti ne olacaktır? İcra mahkemesince takibin devamına karar verilmişse m. 106'daki süreler işlemeye devam etmektedir.<sup>93</sup> Alacaklının talebi üzerine istihkak konusu mal paraya çevrilmiş ise, dava satış bedeli üzerinden görülmeye devam eder. Bununla birlikte alacaklı dava devam ederken satış talebinde bulunmuş, ancak henüz paraya çevirme işlemi tamamlanmadan icra mahkemesi

<sup>90</sup> Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası, Turhan, Ankara 2005, s. 22; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 334 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, Ders Kitabı, s. 193.

<sup>91</sup> Yılmaz, Takipli Katılma, s. 310; Deren-Yıldırım, İştirak, s. 55; Akcan, s. 181.

<sup>92</sup> Malın satılması hâlinde davanın satış bedeline dönüşeceğine ilişkin, bkz. Kuru, El Kitabı, s. 564; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 342; Aslan, s. 475 vd.

<sup>93</sup> Kuru, El Kitabı, s. 551. Aslan'a göre, istihkak davası açılması ile satış isteme süresi kanun gereği duracak olsa da takip devam ettiğinden alacaklının satış talep etmesinde bir engel yoktur, bkz. Aslan, s. 472 vd.

üçüncü kişinin istihkak iddiasını kabul edilmişse, davalı/alacaklının satış talebi aynı derecedeki alacaklılar bakımından da hükümsüz kalacak mıdır? İstihkak davasında davacı üçüncü kişi haklı bulunmuşsa mahkemece -iddianın mülkiyet hakkı olması hâlinde- “mal üzerindeki haczin kaldırılmasına” karar verilir.<sup>94</sup> Bu karar ile davalı/alacaklının haczi geçersiz hale<sup>95</sup> geldiği gibi, satış talebi de geçersiz hale gelir. Böylelikle m. 107’ye göre, aynı derecedeki alacaklılar için de satış talebi hükmünü kaybetmiş olur. Şu hâlde diğer alacaklıların ayrıca satış talep etmeleri gerekir ancak satış isteme sürelerinin geçmiş olması muhtemeldir. Aynı derecede yer alan alacaklıların hakları zayi olmaması için, istihkak iddiası muhatabı alacaklının satış talep ettiği süre ile mahkemenin karar verdiği ana kadar, diğer alacaklıların satış isteme sürelerinin durması, kanımızca en hakkaniyetli çözüm yoludur. İcra mahkemesinin kabul kararı ile, diğer alacaklıların satış isteme süreleri kaldığı yerden devam etmelidir.

## V. SONRAKİ DERECEKİ ALACAKLININ SATIŞ TALEBİNDE BULUNMASI

### A. Sonraki Derecedeki Alacaklı Kavramı ve Satış Talebi

Yukarıda bahsedildiği üzere<sup>96</sup>, ilk kesin hacze aynı dereceden iştirak şartlarını taşımayan (İİK m. 100; SchKG m. 117) alacaklılar, kendi aralarındaki ilk kesin haciz tespit edilip iştirak şartlarının varlığına göre yeni bir derece oluşturacaktır. Bu kesin hacze iştirak şartlarını taşıyıp talebi kabul edilenler sonraki (ikinci) dereceyi meydana getirecektir.

Türk ve İsviçre hukuklarında, sadece ilk dereceyi oluşturan alacaklılara değil, sonraki dereceyi oluşturan alacaklılara da satış talep etme hakkı tanınmaktadır. Her bir alacaklı, bulunduğu derece önem arz etmeksizin satış talebinde bulunabilir. Önceki veya sonraki derecede yer alması, satış talep etme hakkını etkilemez. Diğer bir deyişle farklı derecelerde yer almaları, alacaklıların satış talep etme haklarına hâlel getirmez. Sonraki derecedeki alacaklı, önceki derecedeki alacaklı talep etmeksizin kanunî süre içinde hacizli malın satış talebinde bulunabilir<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Kuru, El Kitabı, s. 568.

<sup>95</sup> Aslan, s. 568.

<sup>96</sup> Yukarıda bkz. III, A, 2.

<sup>97</sup> Yukarıda bkz. III, B.

Alacaklının bulunduğu derece, satış talep etme hakkı bakımından değil, satış bedelinin hangi miktarı için hacze iştirak edebileceği bakımından önemlidir. Sonraki derecedeki alacaklının satış talep etme hakkının, hacze ilk derecede iştirak eden alacaklı grubundan artacak miktar için geçerli olduğu düzenlenmiştir (İİK m. 107; SchKG m. 117/2). İlk derecede yer alacaklılar tarafından haczedilmiş malvarlıklarının, sonraki derecedeki alacaklılar tarafından haczedilmesi mümkündür. Ancak ilk haciz işlemine sonradan iştirak edebilmek için, hacizli malın paraya çevrilmesi üzerine ilk derecedeki alacaklılar tatmin edilmesinden sonra satış bedelinin artmış olması (İİK m. 100/3; SchKG m. 110/3) gerekmektedir.<sup>98</sup>

Haczedilen malın satış bedelinin, sonraki derece için artıp artmayacağı yahut artacak bedelin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Diğer bir deyişle, acaba sonraki dereceden hacze iştirak eden alacaklılar sadece satış bedelinin artacak olması durumunda mı satış talep edilebilir? Hacizli malın aynı derecedeki alacakları karşılamayacağına anlaşılması üzerine, icra müdürüne talep üzerine ek haciz yapma yetkisi verilmiştir (İİK m. 100/2). Ancak hacze sonraki dereceden iştirak eden alacaklılar için artan bedelin ne suretle saptanacağı gösterilmemiştir. Bu noktada, haciz esnasında icra memuru tarafından yapılan kıymet takdirinin esas alınması düşünülebilir (İİK m. 87).

İsviçre doktrinine göre<sup>99</sup>, satış bedelinin sonraki derecedeki alacaklılar için artıp artmayacağı ancak satış işlemi ile belli olabilir. Sonraki derecedeki alacaklının satış talep etme hakkı, hem icra müdürünün kıymet takdirine göre satış bedelinin artmasının mümkün olması hâlinde, hem de satış bedeli sadece önceki derecedeki alacakları karşılayacak olsa veya bunları dahi karşılayabilecek olmasa bile mevcuttur.<sup>100</sup> Belirtilen haklı görüş çerçevesinde, İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin 2. cümlesinde her ne kadar artacak bedeller için satış talep edilebileceği belirtiliyor olsa da, "satış bedelinin artması" şartı aranmaksızın sonraki derecedeki alacaklı, derece namına satış talep edebilir. Aksi halde, önceki derecedeki alacaklının veya alacaklıların satış

<sup>98</sup> Favre, s. 194-195; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 6.

<sup>99</sup> Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 5.

<sup>100</sup> Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 6; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 7; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 9; Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 5.

talep etmemeleri halinde sonraki derecedeki alacaklıların satış talep edebilecekleri sonucuna varılır ki, bu sonraki derecedeki alacaklıların satış talep edebilme haklarının şarta bağlanması ve bu alacaklıların hak kayıplarının doğabilmesi anlamına gelir.

### B. Sonraki Derecedeki Alacaklının Satış Talebinin Sonuçları

Sonraki derecede yer alan bir alacaklının satış talep etmesi durumunda meydana gelecek en temel sonuç; satış talebinden, satış talep eden alacaklının bulunduğu derecedeki diğer alacaklıların da faydalanması, yani satış isteme sürelerinin onlar bakımından da kesilmiş olmasıdır. Diğer bir deyişle sonraki derecedeki bir alacaklının satış talebi, aynı derecedeki alacaklılar bakımından da etki doğurmaktadır.

Önceki derecedeki alacaklılar lehine ise, satış isteme süresinin kesilmesi yönünde bir etki düzenlenmemiştir. Bu nedenle önceki derece için satış isteme süresi kesilmeyecektir.<sup>101</sup>

Sonraki derecedeki alacaklının satış talebi ile hacizli malın satılması, elbette satış talebinde bulunmamış önceki derecedeki alacaklıları da etkileyecektir. Ancak bu etki satış talep etme süresinin kesilmesi noktasında değil, satış bedelinden öncelikle önceki derecedeki alacaklıların tatmin edilmesi noktasında olacaktır.<sup>102</sup> Ancak önceki dereceden artan kısımdan sonraki derecedeki alacaklılar faydalanabilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında<sup>103</sup>, böyle bir durumda satış bedelinin önceki derecedeki alacaklılar arasında paylaşılması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar, İsviçre doktrininde bir noktada haklı olarak eleştirilmiş, satış bedelinden önceki derecenin faydalanabilmesi için, hacizlerinin devam ediyor olması aranması gerektiği ifade edilmiştir<sup>104</sup>. Önceki derecedeki bir alacaklı, süresi içinde satış talebinde bulunmamışsa yahut aynı derecedeki başka bir alacaklı da satış talep etmemişse haczi düşeceğinden, paylaştırmadan öncelikle pay alamayacaktır. Nitekim herhangi bir alacaklının satış talebi, aynı derecede yer alması dışında, başka dosyadan konulmuş haczin düşmesine mâni

<sup>101</sup> Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 8; Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 10; Muşul, s. 775.

<sup>102</sup> Bkz. Uyar/Uyar/Uyar, s. 2105.

<sup>103</sup> BGE 111 III 63 E. 2 (Zondler (Kren Kostkiewicz/Vock), Art. 117 N. 6).

<sup>104</sup> Jaeger/Walder/Kull, Art. 117 N. 6; Rüetschi, KUKO-SchKG, Art. 117 N. 8.

olmaz. Ancak satış işlemi sonraki derecedeki başka dosyadan yapılmışsa bundan satış isteme süresi geçememiş, yani haczi düşmemiş alacaklı da faydalanabilir.<sup>105</sup>

Böyle bir durumda, önceki derecedeki alacaklıların satış bedelinin öncelikle yararlanabilmeleri için, hacizlerinin hangi ana kadar mevcut olmaları gerektiği tespit edilmelidir. Nitekim sonraki derecedeki alacaklının satış istemi, önceki derecedekilerin sürelerine etki etmeyecektir. Ancak paraların paylaşılması aşamasına kadar önceki derecedeki hacizlerin varlığını sürdürmelerini aramak da hakkaniyetli sayılmayacaktır. Bu çerçevede, İcra ve İflâs Kanunu m. 100'e göre, hacze iştirak edilebilecek en son usûl kesiti olan "satılan malın vezneye girmesi" dikkate alınabilir. Anılan hüküm, doktrinde sürenin ihale alıcısının inisiyatifine bırakıldığından belirsiz olmakla eleştirilmekte<sup>106</sup> ve "hacizli malın paraya çevrilme anı" olarak anlaşılması gerektiği<sup>107</sup> belirtilmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, sıra cetvelinde yer alacak alacaklıların "satış tarihi" itibariyle tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>108</sup> Hal böyle olduğundan, kanımızca da önceki derecedeki hacizlerin var olup olmadıkları, hacizli malın paraya çevrilme anı itibariyle aranmalıdır.

Öte yandan hacizli mal paraya çevrildikten sonra icra mahkemesince ihalenin feshine karar verilmişse, önceki derecedeki alacaklıların

<sup>105</sup> "... Mahcuzun başka bir dosyadan satışının yapılması hâlinde; satış tarihinde satış isteme süresinin geçmemiş olması kaydıyla haczin düşmesinden söz edilemez. Alacaklının bir icra takibi dosyasından yapmış olduğu satış talebi, bir başka dosyadan konulmuş olan haczin düşmesini önlemez, meğer ki aynı derece içinde yer almış olsun (İİK m. 107). Bu nedenle bir takip dosyasından satış istenilmesi nedeni ile, satış isteme sürelerinin bitimine doğru nasılsa başka bir takipten satılacak düşüncesine kapılmak, bu arada ikinci ihalede alıcının çıkmaması veya alacaklının satış talebini geri alması veya ödeme vs. nedenle satış talebinin düşmesi, haczin hükümsüz kalması ihtimali karşısında isabetli olmayacaktır. ..." Yargıtay 23. HD, E. 2015/5584 K. 2015/7135 T. 9.11.2015 (lexpera).

<sup>106</sup> Belgesay, s. 300; Yılmaz, Takipli Katılma, s. 288; Deren-Yıldırım, İştirak, s. 30.

<sup>107</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 521; Yılmaz, Takipli Katılma, s. 289; Üstündağ, s. 232; Deynekli/Kısa, s. 17.

<sup>108</sup> "... Mahkemece yapılacak iş, ihalesi yapılan taşınmazın satışından elde edilecek bedelden öncelikle karşılanacak aynı masraflar ve İİK'nun 129. maddesine göre kıymet takdiri, satış paylaşım gideri ve bunların tebliğ masrafları düşüldükten sonra kalan satış bedelinin, iştirak dosyalarında satış tarihi itibariyle toplanacak alacakların İİK'nun 100. madde bilgileri ışığında İİK'nun 140. maddesine göre sıra cetveline tabi tutulması ..." Yargıtay 12. HD, E. 2007/13892 K. 2007/16963 T. 25.9.2007 (lexpera).

hacizlerinin varlığı bakımından, ilk ihaledeki mi yoksa sonraki ihaledeki mi paraya çevrilme anı esas alınacaktır? Yine İcra ve İflâs Kanunu m. 100 uygulaması bakımından ele alınırsa doktrindeki bir görüş,<sup>109</sup> ihalenin feshinden sonraki satışa hacze iştirak edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Aksi yöndeki görüşe<sup>110</sup> göre ise ihalenin feshi ile birlikte hacizli mal paraya çevrilmemiş sayılacağından sonraki satışta satış bedeli vezneye girene kadar hacze iştirak edilebilir. Bizce de önceki derecedeki alacaklıların hacizleri, ihalenin feshine karar verilmişse yeni yapılacak satışa kadar düşmemiş olmalıdır.

Önceki derecedeki alacaklıların yararlanacakları satış bedeli, net satış bedelidir. Hukukumuzda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da satış talebi sonraki derecedeki alacaklı tarafından yapılmışsa satış masraflarına bu alacaklı katlanır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu m. 68/1 çerçevesinde, takip masraflarından borçlu sorumlu olsa da avans olarak bunlar alacaklı tarafından karşılanır. Hacizli malın satılmasından sonra, satış masrafları alacaklıya geri verilir. Önceki derecedeki alacaklılara masraf düşüldükten sonraki satış bedeli pay edilir.<sup>111</sup> Anılan hüküm, Türk hukukunda m. 62'ye karşılık gelmektedir. Nitekim hukukumuz uygulamasında da hacizli malın satılması üzerine haciz<sup>112</sup>, satış ve paylaşırma gibi masraflar (İİK m. 138/2; SchKG m. 144/3) satış bedelinden öncelikle alınır.

Hacze sonraki dereceden iştirak etmiş bir alacaklının satış talebi üzerine, o derecedeki alacakları karşılayacak miktarda hacizli malın satılması gerekecektir. Doğal olarak, hacizli malların satılmasında önceki derecedeki alacaklıların alacakları da dikkate alınmalı, öncelikle onların alacaklarının karşılanması da sağlanmalıdır.<sup>113</sup>

## VI. TÜRK HUKUK UYGULAMASINDAKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İcra ve İflâs Kanunu m. 107, hukukumuzda uygulanması tamamen terk edilmiş bir hüküm olmayıp, uygulanması pratik olmayan bir hü-

<sup>109</sup> Yılmaz, Takipli Katılma, s. 291.

<sup>110</sup> Deren-Yıldırım, İştirak, s. 32; Deynekli/Kısa, s. 20.

<sup>111</sup> Frey (Stahelin/Bauer/Stahelin), Basler Kommentar, Art. 117 N. 11.

<sup>112</sup> Muhafaza işlemi niteliğinde olmayan hacizden kaynaklanan masrafların ortak masraf olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde, bkz. Meriç, s. 40.

<sup>113</sup> Belgesay, s. 306.



küm niteliğindedir. Pratik olmama sebepleri; hacze iştirak kurallarının usûlüne uygun olarak uygulanmayıp alacaklıların derece ve sıraları tam olarak tespit edilememesi, kamu alacağı ile özel hukuktan kaynaklanan alacakların birbirine iştirakinin doğru biçimde saptanamaması, “derece, aynı derece, sonraki derece” kavramlarının çoğunlukla isabetli kullanılamamasıdır. Kısaca odak nokta, hacze iştirak usûlünün tam anlamıyla tatbik edilmemesidir. İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin uygulanması öncelikle derecelerin tespitine bağlı olduğundan, hacze iştirak kuralları sağlıklı biçimde uygulanmadıkça, m. 107 hükmünün ideal şekilde uygulanması mümkün olmamaktadır.

Olması gereken hacze iştirak usulü bakımından, borçlunun malvarlığındaki ilk kesin hacze iştirak etmek isteyen alacaklı, iştirak talebini ilk haczin konulduğu icra müdürlüğünden isteyecektir. Hacze iştirak şartlarının mevcut olup olmadığını değerlendirecek icra dairesi, ilk kesin haczi uygulayan icra dairesidir.<sup>114</sup> İcra dairesinin iştirak şartlarını değerlendirmesi üzerine verdiği olumsuz karar üzerine ise iştirak etmek isteyen alacaklı şikâyet yoluna başvurabilir.<sup>115</sup> İcra dairesinde hacze iştirak talebinin kabul edilmesi hâlinde diğer alacaklıların şikâyet yoluna başvurup başvuramayacakları tartışmalıdır. Doktrinde

<sup>114</sup> Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 308; Deren-Yıldırım, *İştirak*, s. 51; Akcan, s. 163. Hacze takipsiz iştirak talebi de takipli iştirak de olduğu gibi, ilk haczin konulduğu icra dairesine yapılır. Talebi alan icra dairesi, takipsiz olarak hacze iştirak etmek isteyen alacaklının kötü niyetli olma ihtimaline binaen, iştirak talebi alacaklılara ve borçluya bildirilerek itiraz etmeleri için 7 günlük süre verilir. Alacaklı veya borçlu tarafından itiraz edilmesi hâlinde, iştirak etmek isteyen alacaklının 7 gün içinde dava açması gerekir ve hacze iştiraki geçici olarak kabul edilir. Süresi içinde dava açmayan iştirak talep eden alacaklının iştirak talebi ortadan kalkar (İİK m. 101/2). İlâma dayalı nafaka alacağına itirazın yapılıp yapılamayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ilâma dayalı olması nedeniyle itiraz yapılamayacak olsa da alacaklının maddi durumu düzelip nafakaya ihtiyacı kalmayıp kötü niyetin sabit olduğu hallerde itiraz edilebilir (Berkin, s. 273). Başka bir görüş, diğer alacaklıların kendi alacaklarını tahsil edilemez hale getirmek için muvazaalı elde edilen ilâma karşı itiraz davası açılabileceğini belirtmektedir (Kuru, *El Kitabı*, s. 541). Diğer bir görüşe göre ise, kötü niyetin varlığı hâlinde diğer alacaklılar 7 gün içinde itiraz edebilmelidir. Bu halde nafaka alacaklısının iştirak talebi geçici olarak kabul edilmelidir, ancak bu alacaklının elinde ilâm olduğu için yeniden dava açması beklenemez. Dava açması için süre verilmesi gereken, itiraz eden alacaklıdır ve bu alacaklı 7 gün içinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 376 uyarınca yargılamanın yenilenmesi yolunu kullanmalıdır (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 330, 331; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 299).

<sup>115</sup> Berkin, s. 270; Postacıoğlu/Altay, s. 522; Kuru, *El Kitabı*, s. 537; Yılmaz, *Takipli Katılma*, s. 309; Muşul, s. 752.

ileri sürülen bir görüşe<sup>116</sup> göre, ilk haciz sahibi alacaklı şikâyet yolunu kullanabilir. Diğer bir görüşe<sup>117</sup> göre ise, ilk haciz sahibi alacaklı ve diğer alacaklıların hacze iştirakten dolayı menfaatlerinin zarar görüp görmediği henüz belli olmayıp paylaşırma aşamasında belli olacağından ancak sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvuru hakları vardır (İİK m. 142/3). İsviçre hukukunda, hacze iştirak etmiş alacaklıların, kanuna uygun olmayan iştirak taleplerine karşı şikâyet yoluna başvurmada menfaatlerinin bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>118</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, güncel bir kararında; diğer alacaklıların hacze iştirak talebinin kabulü kararına karşı ancak sıra cetveli düzenlenmesinden sonra başvurabileceklerine hükmetmiştir. Böylece diğer alacaklılar bakımından iştirak talebi üzerine verilecek kabul kararına karşı koyma imkânı, ancak paylaşırma aşamasında söz konusu olabilecektir:

“... Hacze adi iştirak talebi hakkında ilk haczin konulduğu takibin yapıldığı icra müdürü, İİK'nın 100. maddesindeki hacze iştirak şartlarının mevcut olup olmadığını inceleyerek bir karar verir. İcra müdürünün kararı olumsuz ise iştirak talebinde bulunan alacaklı, icra müdürünün kararı olumlu ise ilk haciz sahibi alacaklı buna karşı şikâyet yoluna başvurabilir. Hacze iştirake rağmen diğer alacaklılar alacaklarını tamamen alabiliyorlar ise şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararları yoktur. Bu alacaklılar ancak pay cetveli düzenlendikten sonra alacaklarına kavuşmamış iseler hacze iştirak talebinin kabul kararını şikâyet etme hakkına sahiptirler (İİK m.142/son). Bu nedenle haciz koydurana alacaklıların sıra cetveli düzenlenmesinde hukukî yararları vardır. ...”<sup>119</sup>

Uygulamada hacze iştirak dereceleri, yukarıda bahsettiğimiz usûlde haciz aşamasında değil, paraya çevirme aşaması tamamlandıktan sonra paylaşırma aşamasında belirlenmektedir. Öyle ki, uygulamada haciz aşamasında alacaklılar borçlunun malvarlığına sadece haciz koydurmakta, ayrıca hacze iştirak talebinde bulunulmamaktadır. Konulan bu haczin, aynı zamanda iştirak istemi anlamına geldiği ve ilk haciz

<sup>116</sup> Kuru, El Kitabı, s. 537; Yılmaz, Takipli Katılma, s. 309; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 297; Muşul, s. 752.

<sup>117</sup> Berkin, s. 270; Postacıoğlu/Altay, s. 522.

<sup>118</sup> Üstündağ, s. 229 dn. 725; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 205.

<sup>119</sup> Yargıtay HGK, E. 2017/281 K. 2019/562 T. 14.5.2019 (legalbank).

konulan dosyaya, kendi hacizlerinin de dikkate alınması için müzekkere yazıldığı belirtilmektedir.<sup>120</sup> Herhangi bir icra dosyasından bir malvarlığına haciz konulup başka hacizlerin de olduğu görüldüğünde, uygulamada haciz aşamasında “100 madde bilgileri (malumatı)” denen bir yazı diğer icra dairelerine yazılmaktadır. Bu yazılarda, haczi bulunan icra dosyalarının tarafları, alacak miktarı ve haczin devam edip etmediği sorulmakla yetinilmektedir. Sıra cetvelinin tanzimine esas olarak “100 madde bilgileri” ilk haczin konulduğu icra dairesince toplanarak hangi alacaklıların ilk hacze iştirak edebilecekleri belirlenmektedir.<sup>121</sup>

Kanımızca, haciz aşamasında yalnızca haciz işlemi hacze iştirak için yeterli olmamalı, alacaklı ilk haciz konulan dosyaya hacze iştirak talebinde bulunarak yukarıda belirtilen iştirak usûlü haciz aşamasında uygulanmalıdır. Hacze iştirak talebinde bulunan alacaklının, ilk kesin hacze iştirak edip edemediği karara bağlanmalı, paylaşırma aşamasına kadar beklenilmemelidir. Böylece derecelerin tespiti haciz aşamasında belirlenmiş şekilde satış ve paylaşırma aşamalarına geçilerek m. 107'nin fiilen uygulanması adına ilk adım atılmış olacaktır. Derecelerin paylaşırma aşamasında belli olması, İcra ve İflâs Kanunu m. 107'nin doğrudan ve dolaylı sonuçlarının uygulanmasına mâni olmaktadır.

Haciz aşamasında iştirak usûlü tatbik edilmediğinden, hangi alacaklı için satış isteme süresinin kesildiği belli olmamaktadır. Bu durumda da bazı ihtimaller ortaya çıkmaktadır: Her bir alacaklı satış isteme süresi içinde satış talep edip gerekli masrafı depo etmektedir. Süresi içinde bazı alacaklılar satış talep etmedikleri için hacizlerinin düştüğünü düşünüp yeniden haciz talep etmekte, ancak hacizlerinin düşmemiş olabileceği sıra cetvelinin düzenlenmesi esnasında ortaya çıkabilmektedir. Bazı alacaklılar da m. 107 çerçevesinde başka alacaklının satış etmesi sebebiyle sürenin kendileri bakımından da kesildiğini düşünmekte, bu nedenle satış talep etmemekte ve sıra cetvelinin düzenlenmesi ile hacizlerinin düştüğü gerçeğiyle karşılaşmaktadırlar. Hacizleri düştüğü için sıra cetvelinde yer almayan alacaklılar için, hacizli mal paraya çevrilmiş olduğundan artık hacze iştirak etme de mümkün olmamaktadır.

<sup>120</sup> Deynekli/Kısa, s. 22.

<sup>121</sup> Deynekli, s. 29.

Yine alacaklıların yer aldığı derecelerin haciz aşamasında belli olmaması, ne nispette hacizli malın paraya çevrileceği problemini de doğurmaktadır. Nitekim aynı derecedeki bir alacaklının satış talebi ile, o derecedeki tüm alacaklıların alacaklarını karşılayacak miktardaki hacizli malın paraya çevrilmesi gerekir. Ancak derecelerin tespitinin sıra cetvelinin düzenlenmesi aşamasında yapılması, m. 107'nin bu sonucunu da bertaraf etmektedir.

Derecelerin tespitinin sıra cetvelinin tanzimi esnasında belirlenmesi, ek haciz (İİK m. 100/2) uygulamasını da fiilen ortadan kaldırmaktadır. Zaten hacizli malın satılması üzerine, satış bedeli tüm alacakları karşılamıyorsa icra müdürü kendiliğinden tamamlama haczi yapmak durumundadır (İİK m. 139). İcra müdürlüğüne tamamlama haczinin yerine getirilmesi ile, ilave haczin talep edilebilme ihtimali de yok olmaktadır.

İşbu şartlar altında önerimiz, hacze iştirak usûlünün gerçek anlamda haciz aşamasında tatbik edilmesi ve malvarlığına haciz koyduran alacaklıların, iştirak talepleri haciz aşamasında karara bağlanarak derecelerin meydana getirilmesidir. Borçlunun malvarlığına sonradan haciz koyduran alacaklı, ilk haciz konulan icra dairesine ayrıca bir iştirak talebinde bulunmalı ve bu icra dairesinde iştirak talebi hakkında karar verilmelidir. Talebe karşı verilecek olumlu veya olumsuz karara karşı hem talepte bulunan alacaklı hem de diğer alacaklılar 7 gün içinde şikâyet yoluna başvurabilmelidir. Böylelikle tüm alacaklılar hacze hangi dereceden iştirak ettiklerini henüz haciz aşamasında bilebileceklerdir. Bu durum, hacze iştirak usûlünün açık bir kanunî düzenlemeye kavuşturulması ile çözülebilir.

Kanunî düzenleme ile belirlenecek hacze iştirak usûlü, m. 107'nin amaçlanan gerçek faydaları ortaya çıkacaktır. İcra ve İflâs Kanunu m. 107, esasen yeterli ve yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu hükmün uygulanması, hacze iştirak şeklinin tatbikini sağlayacak açık bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Aksi halde alacaklıların buldukları dereceyi bilmeden takip işlemlerine devam etmeleri, her birinin satış işlemlerini bağımsız yapmalarına yol açacak olup m. 107'nin anlam ve varlığını gereksiz kılacaktır.

## SONUÇ

İcra ve İflâs Hukuku'nda tasarruf ilkesi gereği, borçluya karşı takip yapmak ve takibi devam ettirmek alacaklının inisiyatifidir. Bu kurala İcra ve İflâs Kanunu m. 107 bir istisna getirmektedir. Anılan hükme göre, borçlunun haczedilen malları hakkında bir alacaklı tarafından talep edilen satış, onunla aynı derecede yer alan alacaklılar için de sonuç doğurur. Satış talebinde bulunan alacaklı sonraki derecede bulursa dâhi, satış talebi önceki dereceden artacak miktar için geçerli olmak üzere yer aldığı derecedeki diğer alacaklılar için de geçerlidir.

Satış talebinin aynı derece namına sonuç doğurabilmesi, hükmün lafzına göre iki şarta bağlıdır: Aynı derecede yer almak ve satış talebinde bulunmak.

Haciz koydurulan alacaklıların dereceleri, hacze iştirak kurallarına göre tespit edilmektedir. Temelde İcra ve İflâs Kanunu m. 100 ve 101, ihtiyati haciz bakımından m. 268 ve kamu alacakları bakımından Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 21, hacze iştirak kurallarını düzenlenmektedir. Anılan hukukî düzenlemelere göre, borçlunun malı üzerine konulmuş ilk kesin hacze iştirak şartlarını sağlayan alacaklı, bu hacze iştirak eder ve ilk derecede yer alır. Hacze iştirak şartlarını taşımayan hacizli alacaklılar ise sonraki derecelerde bulunur. Derecelerin oluşumu, m. 107'nin uygulanması açısından doğrudan etkilidir. Nitekim alacaklı hangi derecedeysen, satış talebi o derece için etkili olur.

İcra ve İflâs Kanunu m. 107, alacaklının satış talebinde bulunabileceğini düzenlemektedir. Doktrin ve uygulamada, alacaklı kavramından "kesin haciz sahibi alacaklı" anlaşılmaktadır. Derece kriteri olmaksızın, her bir alacaklı satış talebinde bulunabilir, ancak satış talebinin etkisi yer aldığı derece için geçerlidir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 113 uyarınca, alacaklının talebi olmaksızın borçlunun talebiyle de satış yapılabileceği gibi, hacizli malların kıymeti hızla düşüyor veya muhafazası masraflı hale geliyorsa icra müdürü de kendiliğinden satış kararı verebilir. Her ne kadar m. 107 alacaklının satış talebini arıyorsa da borçlunun satış talebi veya icra müdürünün kendiliğinden satış kararı vermesi halinde, derece farkı gözetilmeksizin tüm alacaklıların m. 107'nin sonuçlarından faydalanmaları gerekir.

İlk derecede yer alan alacaklılardan birinin satış talebinde bulunması halinde, bazı sonuçlar meydana gelir.

İlk derecede yer alan alacaklılardan birinin kanunî süreler içinde satış talep etmesi ile, satış isteme süresi aynı derecedeki diğer alacaklılar için de kesilir ve diğer alacaklıların ayrıca satış talebinde bulunmalarına gerek kalmaksızın hacizleri korunur. Satış talep eden alacaklının takibi ödeme nedeniyle sona erer veya satış talebi geri alınırsa diğer alacaklıların satış isteme süreleri kaldığı yerden devam etmelidir.

Aynı dereceden hacze iştirak eden alacaklılardan birinin satış talep etmesinin bir diğer bir sonucu, sadece talep eden alacaklının alacağı kadar veya onun haczettiği mallar değil, tüm grubun alacağını karşılayacak hacizli malvarlığının paraya çevrilmesi gereğidir. Paraya çevrilecek hacizli malvarlığı dikkate alınırken, o derecedeki tüm alacaklıların alacaklar toplamı dikkate alınır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 134/2’de ihalenin feshini talep edebileceklerden biri “sadece satış isteyen” alacaklı olarak gösterilmektedir. Aynı derecedeki alacaklılardan birinin satış talep etmesi ile o derecedeki diğer alacaklıların satış talebine gerek kalmayacağından, ihalenin feshini isteme hakkı da o derecedeki diğer alacaklılar bakımından mevcut olmalıdır.

Türk hukukunda taksitle satış sözleşmesi yapılmasının, satış talebine etkisi olmaz. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu m. 111/1’e göre, taksitle ödemenin ancak “satış talebinden evvel” yapılabilir. Öte yandan taksitle ödeme anlaşması yapılmış bir alacaklı ile aynı derecedeki başka alacaklı tarafından satış talebinde bulunmuşsa, satış işlemleri taksitle ödeme ile bağlı olan alacaklı için de sonuç doğurur ve bu alacaklı paylaşırma aşamasında bakiye alacağını elde eder.

Yine aynı derecedeki bir alacaklının satış talebi, kendisine karşı istihkak iddiası ileri sürülmüş ve istihkak davası (İİK m. 96-97) açılmış alacaklı dahil o derecedeki tüm alacaklılar için sonuç doğurmalıdır.

İlk kesin hacze aynı dereceden iştirak şartlarını taşımayan alacaklılar, kendi aralarındaki ilk kesin haciz tespit edilip iştirak şartlarının varlığına göre yeni bir derece oluşturur. Bu kesin hacze iştirak şartlarını taşıyıp talebi kabul edilenler sonraki (ikinci) dereceyi meydana getirir. Sonraki dereceyi oluşturan alacaklıları da satış talep etme hakları

mevcuttur. Her ne kadar kanunda önceki dereceden artacak bedeller için bu hakkın kullanılabilmesi belirtilse de bu öncelik, paylaştırmada önceki derecenin satış bedelden daha önce yararlanacağı şeklinde anlaşılır.

Sonraki derecedeki bir alacaklının satış talebi, aynı derecedeki diğer alacaklılar için de etki doğurarak satış isteme sürelerini keser. Ancak bu etki, önceki derecedeki alacaklılar için geçerli değildir. Sonraki derecedeki bir alacaklının satış talebinden, önceki derecedeki alacaklılar satış bedelinden öncelikle yararlanır, kalan miktar sonraki derecedeki alacaklılara geçer. Bunun için ihale tarihinde hacizlerin düşmemiş olması gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 107, esasen faydalı ve menfaat topluluğu olan dereceleri meydana getiren alacaklıların menfaatine bir hükümdür. Ancak eksiksiz şekilde uygulanabilmesi, derecelerin hukuka uygun şekilde oluşturulabilmesi, olması gereken hacze iştirak usûlünün tatbik edilerek haciz aşamasında derecelerin tespit edilmesine bağlıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akcan Recep, Hacze İştirak, Seçkin, Ankara 2005.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, İstiklal Matbaası, Ankara 1960.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara 2020.
- Arslaner Hakan, 6183 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Tahsili, Ankara 2010.
- Aslan Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Turhan, Ankara 2005.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2019.
- Barlass İrfan, Kamu Alacaklarının Haciz Yolu ile Takibi, İstanbul 2017.
- Belgesay Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Birinci Bölüm Sentetik İzah, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1948.
- Berkin Necmettin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz, İstanbul 1970.
- Deren-Yıldırım Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989 (kısaltma: İştirak).
- Deren-Yıldırım Nevhis, "İcra Hukuku'nda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler", İcra Hukuku Analizleri, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2011 (Gaul, Hans Frielhelm/Deren-Yıldırım, Nevhis) (1-21) (kısaltma: Düşünceler).

- Deynekli Adnan/Kısa Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Baskı, Turhan, Ankara 2005.
- Dönmez R. Murat, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat, İstanbul 2010.
- Dülğar Erdal/Süphandağ Yavuz, Sıra Cetveli, Haciz ve İflasta Özellik Arzeden Durumlar ve İncelikler, Aristo, Ankara 2014.
- Favre Antonine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Fransızca Metinden Çeviren: Dr. E. Steiner), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1956.
- Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Polygraphischer Verlag, Zürich 1984.
- Hunkeler Daniel, Kurzkommentar – Schuldbetreibung und Konkursgesetz (Bölüm Yazarı: Sven Rüetschi), 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull M. Thomas, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Artikel 89-158), Zürich 2006.
- Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik; Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Bölüm Yazarı: Georg Zondler), Basel 2017.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Yetkin, Ankara 2013 (kısaltma: El Kitabı).
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, Legal, İstanbul 2016 (kısaltma: İcra-İflas).
- Meriç Nedim, Türk-İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin, Ankara 2015.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku C. I, Adalet, Ankara 2013.
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Oniki Levha, İstanbul 2019.
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet, Ankara 2009.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, İstanbul 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2020 (Kısaltma: Ders Kitabı).
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat, İstanbul 2010.
- Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Basler Kommentar)(Bölüm Yazarı: Markus Frey), 2. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II, 3. Baskı, Bilge, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Yıldırım M. Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2016.



### **Makaleler**

Deynekli Adnan, "Sıra Cetveli ile İlgili Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 67, 2008 (28-69).

Yılmaz Ejder, "Hacze Takipli Katılma (Hacze Adi İştirak)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1-4 (271-316) (Kısaltma: Takipli Katılma).

Yılmaz Ejder, "Hacze Takipsiz Katılma (Hacze İmtiyazlı İştirak)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXXI S. 1-4 (361-394) (Kısaltma: Takipsiz Katılma).

### **Mahkeme Kararları**

Yargıtay HGK, E. 2017/281 K. 2019/562 T. 14.5.2019.

Yargıtay HGK, E. 2000/19-1610 K. 2010/1703 T. 15.11.2000.

Yargıtay 12. HD, E. 2014/31162 K. 2015/4372 T. 02.03.2015.

Yargıtay 12. HD, E. 2019/234 K. 2019/1658 T. 7.2.2019.

Yargıtay 12. HD, E. 2016/19457 K. 2017/11604 T. 28.9.2017.

Yargıtay 12. HD, E. 2013/22334 K. 2013/31013 T. 1.10.2013.

Yargıtay 23. HD, E. 2012/6595 K. 2013/1192 T. 28.02.2013.

Yargıtay 23. HD, E. 2014/1819 K. 2014/6058 T. 30.09.2014.

Yargıtay 12. HD, E. 2016/19938 K. 2016/19928 T. 27.9.2016.

Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017.

Yargıtay 12. HD, E. 2011/2825 K. 2011/5280 T. 20.4.2011.

Yargıtay 12. HD, E. 2010/17600 K. 2010/29783 T. 13.12.2010.

Yargıtay 12. HD, E. 2007/650 K. 2007/2759 T. 20.2.2007.

Yargıtay 23. HD, E. 2013/8760 K. 2014/2815 T. 10.4.2014.

Yargıtay 23. HD, E. 2015/1499 K. 2017/1428 T. 11.5.2017.

Yargıtay 23. HD, E. 2014/10279 K. 2015/4303 T. 05.06.2015.

Yargıtay 23. HD, E. 2013/4230 K. 2013/4855 T. 10.07.2013.

Yargıtay 23. HD, E. 2014/6716 K. 2015/4910 T. 25.6.2015.

Yargıtay 12. HD, E. 2016/17991 K. 2017/894 T. 24.1.2017.

Yargıtay 23. HD, E. 2015/5584 K. 2015/7135 T. 9.11.2015.

Yargıtay 12. HD, E. 2007/13892 K. 2007/16963 T. 25.9.2007.

Yargıtay 23. HD, E. 2015/9946 K. 2018/4722 T. 16.10.2018.

Yargıtay 23. HD, E. 2015/3905 K. 2016/185 T. 18.1.2016.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD, E. 2017/23 K. 2017/215 T. 14.3.2017.

### **İnternet Kaynakları**

[hukukturk.com](http://hukukturk.com)

[karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr)

[legalbank.net](http://legalbank.net)

[lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr)



# YARGI KARARLARI IŞIĞINDA “TİCARİ VE EKONOMİK BÜTÜNLÜK ARZ EDEN YA DA BİR BÜTÜN HÂLİNDE SATILDIĞI TAKDİRDE DAHA YÜKSEK GELİR ELDE EDİLECEĞİ ANLAŞILAN MAL VE HAKLAR” KAVRAMI\*

IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS, THE CONCEPT OF GOODS AND RIGHTS THAT ARE UNDERSTOOD TO HAVE COMMERCIAL AND ECONOMIC INTEGRITY OR TO GENERATE HIGHER INCOME IF SOLD AS A WHOLE

Ayşe Kübra KARABULUT\*\*

**Özet:** Genel haciz yolu ile takipte taşınmaz satışına ilişkin düzenleme İcra ve İflâs Kanunu madde 123 ve devamındadır. Söz konusu hükümlerden 128. maddeye, 7101 sayılı Kanun ile “*ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün halinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar bir bütün olarak paraya çevrilir*” fıkrası eklenmiştir. Bu fıkrada geçen “*ticari ve ekonomik bütünlük arz etmek kavramları*” ile “*bir bütün halinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar*” kavramlarının tanımları ise yapılmamıştır. Çalışmamızda yeni eklenen bu fıkradaki kavramlar detaylı olarak açıklanmaya çalışıldı. Taşınmaz satışına ilişkin düzenlenen fıkranın taşınırlara uygulanıp uygulanamayacağı tartışıldı. Ayrıca konuya ilişkin güncel yargı kararlarına ve tartışmalara da yer verildi.

**Anahtar Kelimeler:** Ekonomik Bütünlük, Ticari ve Ekonomik Bütünlük, Bir Bütün Halinde Paraya Çevirme, Taşınmaz Satışı

**Abstract:** A regulation regarding the sale of immovable property during the follow-up to general foreclosure has been made in Article 123 of the Code of Execution and Bankruptcy. An addition was made to Article 128 among the aforementioned provisions with Law Number 7101, “*the goods and rights that have commercial and economic integration or which are understood to have a higher income in the case of a whole are converted into money as a whole.*” The definitions of “*commercial and economic integrity concepts*”

\* Bu makale Akdeniz Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı’na ait “İcra Hukuku’nun Güncel Sorunları” dersinde yazılmış olup değerli katkılarından dolayı Danışman Hocam Doç. Dr. Sayın Nedim Meriç’e teşekkür ederim.

\*\* Öğr. Gör., Atatürk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı, kubra.karabulut@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3637-5205, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.09.2020, Kabul Tarihi: 10.09.2020

mentioned in this subsection and "goods and rights which are understood to have a higher income in the case of a whole" were not made. In our study, we attempted to explain in detail the concepts in this new subsection. We discussed whether the clause regarding the sale of immovable property can be applied to movable property. Current judicial decisions and discussions on the subject were also included.

**Keywords:** Economic Integration, Commercial and Economic Integrity, Encashment as A Whole, Sale of Real Estate

## GİRİŞ

İcra ve iflâs hukuku, icra yoluyla takip kısmını, ana başlık olarak ilamlı icra ve ilamsız icra şeklinde ayırmıştır<sup>1</sup>. İlamlı icra; para ve teminat alacakları ile bunlar dışında kalan alacaklara, ilam veya ilam niteliğinde bir belge ile ulaştırılmasını sağlar. Para veya teminat kapsamında olmayan alacak için ise ilamsız icra yoluyla takip yapılamaz; bu durumda mutlaka ilamlı icraya başvurulmalıdır.

Para ve teminat alacakları için hem ilamlı icra hem de ilamsız icra yoluyla takip yapılabilir. Bununla beraber, bir para veya teminat alacağı konusunda ilam varsa artık sadece ilamlı icra yoluna gidilebilir. İlamın varlığına rağmen ilamsız icraya başvuru, Yargıtay tarafından hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır.<sup>2</sup>

İlamsız icra ilamlı icradan farklı olarak konusu Kanun maddeleri ile sınırlanmış takiplerle ilgilenir.<sup>3</sup> İlamsız icranın dört çeşidi bulunmaktadır: 1. Genel haciz yolu ile takip 2. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip 3. Kiralanan taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi.<sup>4</sup> 4. Abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacakla-

<sup>1</sup> İcra yollarının bu şekilde ayırımının "aynen icra ve malları paraya çevirerek icra" olmak üzere ifadesine dair bkz. Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980, s. 148 vd.

<sup>2</sup> Yargıtay İBGK, T. 26/05/2017, E. 2017/2 K. 2017/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı için bkz. R.G.: T. 21.07.2017, sa. 30130.

<sup>3</sup> Kiralanan taşınmazın ilamsız icra yoluyla tahliyesi de para ve teminat alacağı dışındaki bir edimin ilamsız icra yoluyla yerine getirilmesini sağlar.

<sup>4</sup> Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 124; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 155 vd. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2013, s. 57; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, s. 140 vd., İstanbul 2004; Kâmil Mehmet Yıldırım /Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı s. 18, İstanbul 2016.

rına ilişkin takip yolu da bu kapsamda sayılabilir. Söz konusu takip türü İcra ve İflâs Kanunu dışında, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun<sup>5</sup> kapsamında düzenlenmiştir.

Genel haciz yoluyla takip, İcra ve İflâs Kanunu<sup>6</sup> m. 46 - 144 arasında düzenlenmiştir. Kural olarak alacaklının ilamsız icraya başvuru yapabilmesi için elinde herhangi bir ilam, senet hatta belge bulunmasına gerek yoktur. Burada dikkat edilecek nokta şudur ki; eğer alacaklı para alacağını rehinle temin etmişse bu yola başvurulamaz.<sup>7</sup> Bu durumda, alacağı rehinle temin edilmiş alacaklı önce rehne başvurmak zorundadır (m. 45). Elinde bir kambyo senedi bulunan alacaklı ise, genel haciz yolu ile takip yapabileceği gibi kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe de gidebilir. Para ve teminat alacağı rehne bağlanmadığı ve kambyo senedine ya da ilama dayanmadığı takdirde, ancak genel haciz yoluyla takibe başvurulabilecektir.

Genel haciz yoluyla takip, alacaklının takip talebi ile başlar (m. 58).<sup>8</sup> Takip talebi ile yetkili icra dairesine<sup>9</sup> gelen alacaklı, takip talebi kanuni şartları taşıdığı takdirde takibi başlatmış olur. Bu durumda icra dairesi takip talebini aldıktan sonra üç gün içinde borçluya bir ödeme emri gönderir (m. 60-61).<sup>10</sup> Alacaklıya kolay bir biçimde takip başlatma imkânı veren kanun koyucu, borçlunun da mağdur olmaması amacıyla itiraz müessesesini (m. 62) getirmiştir. Buna göre borçlu borca veya borç dayanak teşkil eden senetteki imzaya itiraz ederse takip duracak-

<sup>5</sup> Bu Kanun için bkz. R.G.: T.: 18.12.2018, Kanun No: 7155, S. 30630, Kabul Tarihi: 6.12.2018.

<sup>6</sup> Bu Kanun için bkz. R.G.: T. 19.6.1932, Kanun No: 2004, S. 2128, Kabul Tarihi: 9.6.1932.

<sup>7</sup> İlhan Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1982, s.104. Murat Atal/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 98.

<sup>8</sup> Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 99. Ömer Ulukapı, İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 99. Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 145.

<sup>9</sup> İcra dairesinin yetkisi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulunan yetki kurallarına göre belirlenir (İİK m. 50). Para ve teminat alacakları için yapılacak takiplerde HMK m. 5-19 arası düzenlenen yetki kuralları uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulukapı s. 84 vd.

<sup>10</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Postacıoğlu, s. 136; Üstündağ, s. 115 vd., Karşlı, s. 147.

tır (m. 66). Alacaklının ise takibe devamı ancak itirazın kaldırılması yollarına (m. 67 vd.) gitmesi ile mümkün olur.<sup>11</sup>

Borçlunun borca itiraz etmemesi halinde ya da gerçekleştirilen itirazın hükümden düşürülmesiyle birlikte ödeme emri kesinleşir. Ödeme emrinin kesinleşmesinin ardından haciz aşamasına geçilir. Bu aşamada yetkili icra dairesi, hacizde ölçülülük ve tertip ilkesi gibi ilkelere uyarak borçlunun malını haczeder. Malın alacaklarının uhdesine geçirilmesi ve bu yolla tatmini yasak olduğundan (*lex commissaria* yasağı), haczedilen malın satışından sonra para alacaklıya ödenir. Bu şekilde genel haciz yoluyla takip son bulur.<sup>12</sup>

## I. PARAYA ÇEVİRME (SATIŞ)

### A. İCRA YOLUYLA TAKİPTE

Alacaklının alacağına ulaşması için haciz aşamasının ardından satış yapılması gerekir. Satış kural olarak alacaklı tarafından istenmelidir. Aksi halde kanunda öngörülen istisnalar dışında icra dairesi, kural olarak kendiliğinden satış yapamaz.<sup>13</sup> Borçlunun elinde haczedilen malın para olması durumunda, satış aşamasına geçilmez, para doğrudan alacaklılara ödenir. Para dışındaki şeylerin ise alacaklıya doğrudan tahsisi yasaktır. Bu durumda usulüne göre satış yapılmalıdır.<sup>14</sup> Satış başlığı kendi içinde pek çok alt başlık içermektedir. Konumuzla bağlantılı olduğu için yalnızca taşınmaz satışı incelenecektir.<sup>15</sup>

Türk hukukunda taşınırın satımında pazarlık yoluyla satım söz konusu olabileceken, taşınmazların satımında pazarlık yoluyla satış

<sup>11</sup> Üstündağ, s. 130 vd.

<sup>12</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 133; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 168; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 23.

<sup>13</sup> İcra dairesinin kendiliğinden satış yapabileceği istisnai durum için bkz. İİK m. 113/2, 139.

<sup>14</sup> Gökçen Topuz, Hisse Haczi ve Satışı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009., s. 46.

<sup>15</sup> Ayrıca konumuz icra yoluyla takipte düzenlenen 128/5 olsa da iflas yoluyla takibe ilişkin olan kanun maddesine de paralel düzenleme yapılmıştır. Buna göre iflâsın tasfiyesi bölümünün, malları paraya çevirme usulü başlıklı 241. maddesine, 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle "Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar bir bütün olarak paraya çevrilir" fıkrası eklenmiştir. Dolayısıyla icra hukuku açısından söz konusu madde ile alakalı yapılan tüm açıklamalar iflâs bölümü için de geçerlidir.

mümkün değildir.<sup>16</sup> Buna göre taşınmazların satımında açık artırma usulü uygulanır.<sup>17</sup> Bu usule göre haczedilen malı icra dairesinin alacaklıların talep tarihinden itibaren üç ay içinde, açık artırma usulü ile satması gerekir<sup>18</sup> (m. 123).

Açık artırmadan önce, ilk olarak artırmaya hazırlık işlemleri yapılır. İcra dairesi satıştan en az bir ay önce artırmayı ilan eder. Artırma ilanına satışın yapılacağı gün ve saat, artırma şartnamesinin hangi tarihten itibaren icra dairesinde görülebileceği, taşınmazın cinsi, kıymeti, birinci artırma gün, saat ve yeri, birinci artırma ile satış tamamlanamadığı zaman ihale üzerinden geçen onuncu gün sonunda ikinci ihalenin yapılacağı gibi unsurlar yer alır (İİK m. 114/3).<sup>19</sup> Artırma şartnamesine yazılı hususlar açısından tıpkı tapu siciline güvenilerek alınan taşınmazın durumu geçerlidir.<sup>20</sup> Alıcı taşınmaz malı şartnamede yazılan özelliklere göre uhdesine geçirecektir. Bu yüzden artırma şartnamesinde yazılan hususların doğruluğu büyük önem arz etmektedir.<sup>21</sup> Artırma şartnamesinde bulunması gereken unsurlar, İİK m. 124, 125’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Borçlunun ayrı tapu senetlerine bağlı taşınmazları varsa bu durumda ekonomik bir zorunluluk bulunmadıkça bu taşınmazlar ayrı satılacaklarından her bir taşınmaz için ayrı artırma şartnamesi hazırlanmalıdır.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Bu kuralın istisnası için bkz. İİK m. 241.

<sup>17</sup> Postacıoğlu, s. 480 vd. Üstündağ, s. 310 vd. Talih Uyar T., İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, Feryal Matbaacılık, Ankara 2002, s. 286.

<sup>18</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes s. 215 vd.

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Murat Dönmez, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 80.

<sup>20</sup> Tapuda yer alıp, mükellefiyetler listesinde yer almayan sınırlamaların alıcıya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Postacıoğlu’na göre mükellefiyetler listesinde yer almayan, tapudaki sınırlamalar alıcı tarafından bilinmedikçe alıcıya karşı ileri sürülemez. Sungurbey’e göre ise; mükellefiyetler listesine geçirilen tapudaki sınırlamalar taşınmazı kazanan üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilecektir. Bununla beraber bu listeye geçirilmeyen sınırlamaların iyiniyetli 3. Şahıslara karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıdır. Görüşler ve konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Necmeddin Berkin, “Tapuda Kayıtlı Olduğu Halde Mükellefiyet Listesine Geçirilmeyen Haklardan Alıcının Mesuliyeti”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl: 2011; sa. 34(1-4), s. 285-293. Aktarılan tartışmanın yer verildiği bir diğer makale için bkz. Murat Dönmez, “Mükellefiyetler Listesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2006, sa. 64, s. 368-382.

<sup>21</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 327, 328.

<sup>22</sup> Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 559.

Artırmanın yapılması aşamasına geçildiğinde artırma taşınurların satımına benzer şekilde olur. Buna göre taşınmaz mal en fazla bedelli verene ihale olunur. Burada taşınmazın alıcıya ihale edilebilmesi için, artırma peyinin taşınmaz için takdir edilen bedelin yüzde ellisini bulması, paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını karşılması ve artırma peyinin rüçhanlı alacaklının alacağı ile diğer alacakların toplamından fazla olması gerekir.<sup>23</sup> İleri sürülen peyin söz konusu şartları taşımaması veya açık artırmaya kimsenin katılmaması durumunda, en az yirmi gün sonra ikinci kez açık artırma yoluna gidilir (m. 126/3).<sup>24</sup> Taşınmaz satıldıktan sonra alıcı tarafından bedelin peşin olarak ödemesi şarttır. Aksi halde ihale kesinleşmediği için taşınmazın alıcı üzerine tahsisi gerçekleşmez. Bununla beraber, icra dairesi on günü geçmemek üzere ödeme süresi verebilir (m. 130).<sup>25</sup>

## II. TİCARİ VE EKONOMİK BÜTÜNLÜK ARZ EDEN YA DA BİR BÜTÜN HÂLİNDE SATILDIĞI TAKDİRDE DAHA YÜKSEK GELİR ELDE EDİLECEĞİ ANLAŞILAN MAL VE HAKLAR KAVRAMLARI

### A. Genel Olarak

"Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı unsurlarının birlikte satılması ilkesi" ne uygulamada rastlanmakla beraber literatürde kendisine kısıtlı olarak yer verilmiştir. Öğretide taşınmazların satılmasına ilişkin olarak şu ifadelerle rastlıyoruz: "*ayrı tapu senetlerine bağlı olan taşınmazlar, ekonomik bir zorunluluk olmadıkça ayrı ayrı satılacaklarından, her taşınmaz için ayrı artırma şartnamesi düzenlenmesi gerekir*".<sup>26</sup> Taşınmazların satılması başlığı altında aktarılan söz konusu cümle, esasında ayrı taşınmazlar için (ekonomik zorunluluk olmadıkça ayrı satılacaklarından) ayrı şartname düzenlenmesi vurgusu yapmaktadır.

<sup>23</sup> Satış ve paylaşırma giderlerinin de bunlara ilave olunması gerekir, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası s. 332; Benzer yönde görüşler için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (6. Bası Ders Kitabı, 2019) s. 220, Yıdırım, s. 250. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 12. HD, T. 23.1.2020, E. 2019/14277, K. 2020/649, www.kazanci.com.

<sup>24</sup> İİK m. 126/3.

<sup>25</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 333; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (11. Bası) s. 375.

<sup>26</sup> Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 559 vd. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Yetkin yayınları, Ankara 2018, s. 231.



Burada düzenlenen artırma şartnamesine ilişkin bir husustur. Ancak “ekonomik zorunluluk arz etmek” ölçütü içerisinde geçtiği için burada kendisine değinilmiştir.

“Ekonomik bütünlük arz etmek” veya kanundaki geniş ifadesi ile “ticari ve ekonomik bütünlük arz etmek” tabiri ne anlama gelmektedir? Öncelikle burada; “*ticari ve ekonomik bütünlük arz eden mal ve haklar ile bir bütün halinde satıldığı zaman daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar*” ölçütlerinin bu madde kapsamında taşınmazlar için söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. Bunu ilgili maddenin kanunda bulunduğu yerden, sistematik yorum yapılması ile anlamaktayız. Söz konusu kanun fıkrası, taşınmazların satılması başlıklı m. 123 ve devamındaki maddeler içinde (m. 128, 5’te) düzenlenmiştir.

Konunun düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu m. 128 hükmü, genel olarak taşınmaz satışında mükellefiyetler listesine ilişkin bir düzenlemedir. Anılan bu maddeye “*ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakların bir bütün olarak paraya çevrilir*” ifadesi 7101 sayılı Kanun’un<sup>27</sup> 1. maddesi ile eklenmiştir.<sup>28</sup> Değişiklik, 15.03.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Konunun sınırlandırılmasına gelirsek, anılan madde, mal ve hakların bir bütün olarak paraya çevrilme durumunu iki bağımsız şarta bağlamıştır:

<sup>27</sup> 7101 sayılı Kanun için bkz. RG., T. 15.3.2018, sa. 30361.

<sup>28</sup> Madde 128/5 gerekçe; “...tasarının bu maddesiyle İcra ve İflas Kanunu’nun 128’inci maddesinde yapılan değişiklikle icrada, 241’inci maddesinde yapılan değişiklikle iflasta, ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün olarak satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edeceği anlaşılan mal ve hakların bir bütün olarak paraya çevrilmesi hükme bağlanmakta ve bu düzenlemenin alacaklılar yararına olduğu kabul edilmektedir. Borçluya ait hacizli malların birlikte satılmasının talebi artıracığı, ayrı ayrı satımına göre daha yüksek bedel elde edilmesinin beklendiği hallerde bu malların birlikte satılmasına izin verilmesinin alacaklı ve borçlu yararına olacağı, yargı uygulamasının da bu yönde bulunduğu gözetilerek düzenleme yapılmaktadır. Birlikte satılmasına karar verilen hacizli mallardan bazılarının başka alacaklı tarafından haczedilmesi halinde paraların paylaşılması aşamasında, haczedilen münferit malın değerinin birlikte satılmasına karar verilen hacizli malların takdir edilen satış değerine oranının dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin içtihatlarla bırakılması tercih edilmektedir...” (Hükümet gerekçesi : Hakan Pekcanitez/Mine Akkan/Evrin Erişir, İcra ve İflas Kanunu (Gerekçeli), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 108); Kanun’a ilişkin komisyon raporunun tamamı için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf>.

1. Mal ve hakkın ticari ve ekonomik bütünlük arz etmesi veya,
2. Mal ve hakkın bir bütün halinde satılması durumunda daha yüksek gelir elde edileceğinin anlaşılması.

*Öncelikle yukarıdaki şartlar ayrı başlıklar halinde incelenecektir. Sonrasında ise, her ne kadar madde hükmü taşınmazlara ilişkin bölümde düzenlenmiş olsa da taşınırlar için geçerli olup olamayacağı ayrı başlık altında tartışılmıştır<sup>29</sup>.*

### **B. Mal ve hakkın ticari ve ekonomik bütünlük arz etmesi**

Ticari ve ekonomik bütünlük kavramları İcra ve İflâs Kanunu'nda tanımlanmamakla beraber başka kanunlarda tanımlanmaktadır. Doğrudan icra hukuku alanına girmese de bu kanunlarda yer alan tanımlardan konumuzla ilgisi olduğu için faydalanılacaktır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun<sup>30</sup> kapsamında, toprağın tarımsal ve ekonomik verimliliğinin korunması amacıyla, bilhassa tarım arazilerinin büyüklüklerinin asgari bir oranın altına düşmemesi amacıyla düzenleme yapılmıştır. Kanun, miras sırasında arazi paylaşımı ve tapudaki satım sözleşmesine dayanan arazi devirlerinde toprağın bölünmesi durumunda Kanun'da belirtilen bölünme asgari sınırının altına düşülmemesini öngörmüştür. Hem Kanun'da hem de Kanunla ilişkili Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelikte<sup>31</sup> ekonomik bütünlük oluşturan arazi kavramından bahsedilmektedir.

Tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrine ilişkin Yönetmelik'te ekonomik bütünlük kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "Mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği Bakanlıkça tespit edilen arazileri". Tanıma bakıldığı zaman, birden fazla tarımsal arazinin ekonomik olarak birbirine bağımlılığının temel alındığı görülür. Taşınmazların ekonomik olarak birbirlerine bağılılığı için, muhakkak birden fazla parseli birbirine bağlayan ortak bir ticari

<sup>29</sup> İlgili başlık için bkz. aşağıda: "D. Taşınırlar Bakımından İcra ve İflâs Kanunu m. 128/5'in Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu "

<sup>30</sup> Bu Kanun için bkz. R.G., T. 19.07.2005, sa. 25880.

<sup>31</sup> Bu Yönetmelik için bkz. R.G., T. 31.12.2014, sa. 29222.

işletmenin veya üst hakkının, tapuda tefrik edilmiş ya da edilmemiş bir yapının bulunması şart değildir. Arazilerin birlikte ekim-dikim yapılması halinde ekonomik faydanın yükselmesi de söz konusu taşınmazlar için ekonomik bütünlük oluşturur. Hatta kanun koyucu bu durumda arazilerin birbirine bağımlı olarak işletileceğini yönetmelik maddesindeki tanımda ifade etmiştir.

Ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti Kanun'un 7. Maddesinde sayılan kriterlere göre yapılacaktır.<sup>32</sup> Ekonomik bütünlük şartının öngörüldüğü madde şu şekildedir:

(1) Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasındaki ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir:

a) Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez.

b) Aynı kişiye ait sınırdaş olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe on km'den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir.

c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdaş olan tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir.

ç) Aynı kişiye ait tarımsal arazilerden birinin veya birkaçının paylı olması durumunda kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirmesi yapılır.

(2) 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, 21.11.2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmaz. Bu kuruluşların, aynı kişilerden elde

<sup>32</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Okan Yıldız/Yakup Emre Çoruhlu, "Plansız Alanlarda Taşınmaz Malların Bölünmesi", Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi, Yıl: 2018, sa. 18, s. 592-604.

*ettikleri tarımsal arazilerde bu madde hükmüne göre ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır.*

*(3) Ekonomik bütünlük değerlendirmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır."*

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun, tarım arazilerini çeşitli sınıflara ayırmış; söz konusu arazilerin korunması ve tarımsal faydanın düşeceği durumlarda daha fazla parsel ayrılması için asgari sınırlar koymuş ve yan yana olan tarımsal arazilerin birlikte kullanımı durumunda ekonomik faydası artıyorsa bir bütün olarak devredilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Burada Kanun'da ve Yönetmelik'te yer alan tarımsal arazinin ekonomik bütünlüğü icra hukuku açısından hangi durumlarda içereceği önemlidir. Çünkü icra hukukundaki satış, her ne kadar 5403 sayılı Kanun'da geçen satış ile aynı kavrama tekabül etmeyip, cebri nitelik arz etse de özünde bir satış işlemidir. Bu satış işleminde de icra dairesinin ekonomik bütünlüğü gözetmesi gerekmektedir. Bu durum yukarıdaki başlıkta ifade edildiği gibi ticari ve ekonomik sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, tarımsal arazilerin (belirli şartlardaki) beraber satılması durumunda ekonomik faydanın artmasından da kaynaklanabilir. Bu çerçevede, icra dairesi tarafından satılacak arazilerin tarım arazileri olması durumunda, birbirine bağımlı işletilen bu arazilerin muhakkak beraber satılması gerektiği söylenebilir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda<sup>33</sup>, kamulaştırma işlemlerinde "taşınmaz malın kalan kısmının değerinin azalması", "azalmaması", "kamulaştırmadan kalan yerde değer artışı meydana gelmesi" gibi kavramlar geçmektedir. Kamulaştırma; kamu yararı şartıyla, kamu tüzel kişileri veya devletin kanunda yazılı ilgili usullere uygun biçimde, taşınmaz malların tamamı veya bir kısmını özel kişiden almasıdır.<sup>34</sup> Kamulaştırma Kanunu'nun kısmen kamulaştırma başlıklı 12. maddesinde şu şekilde bir düzenleme bulunmaktadır: "Bir kısmı kamulaştırı-

<sup>33</sup> Bu Kanun için bkz. R.G., T. 8.11.1983 sa. 18215.

<sup>34</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s. 653 vd; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 380 vd.

lan taşınmaz maldan artan kısmı yararlanmaya elverişli bir durumda değil ise, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda dava açılmayan hallerde mal sahibinin en geç kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren otuz gün içinde yazılı başvurusu üzerine, bu kısmın da kamulaştırılması zorunludur". Madde düzenlemesine göre taşınmazın kalan kısmının yararlanmaya elverişli olmaması halinde bu kısmın da kamulaştırılması gerekmektedir. Her ne kadar idare hukuku alanına giren bir cebri alımdan bahsetsek de aslında burada da taşınmazın ekonomik bütünlüğünün ve faydasının göz önüne alındığını söyleyebiliriz.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu<sup>35</sup>, Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik<sup>36</sup>'de, "4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin 7 numaralı fıkrasının (a) bendi hükümleri çerçevesinde ticari ve iktisadi bütünlüğün oluşturulması ile satışına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi" amacından bahseder. Bu Yönetmelik'te bahsedilen satış, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a tâbidir. İcra ve İflâs Kanunu kapsamına girmemekle beraber Yönetmeliğin 4. maddesinde ticari ve iktisadi bütünlük kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, "Bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiye ait olan 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmeleri ile 3984 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi hükmü kapsamında geçici veya daimi frekans ve kanal kullanımından doğan haklar ve bu mal, hak ve/veya varlıkların fer'i veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve/veya varlıkların tamamı veya bir kısmı ticari ve iktisadi bütünlüğün kapsamındadır." TMSF'nin yaptığı satışlara ilişkin ilan ve kararlarda "ticari ve ekonomik bütünlük" kavramına oldukça fazla yer verilmiştir. Ayrıca

<sup>35</sup> "TMSF, mevduatların ve katılım fonlarının sigortalanmasına yetkili kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurumdur. Mevduat ve katılım bankalarının faaliyet izinlerinin kaldırılması durumunda hak sahiplerine yapılacak gerekli ödemelerin garanti edilmesini sağlar.", www.makaleler.com, erişim tarihi: 26.04.2020; TMSF'nin görevlerinden bir kısmı Bankacılık Kanunu m. 63 kapsamında şu şekilde belirtilmiştir: "Kredi kuruluşları nezdelerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir... Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları nezdinde bulunan ve doğruluğu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanıtlanan mevduat ve katılım fonunun sigorta kapsamındaki kısmı, Fon kaynaklarından ödenir". Mevzuat için bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, R.G., T. 01.11.2005, sa. 25983-Mükerrer.

<sup>36</sup> Bu yönetmelik için bkz. R.G., T. 21.11.2006, sa. 26353.

21.07.2016 tarihinde ilan edilen OHAL kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerden bir kısmı<sup>37</sup> pek çok şirketin yönetimini TMSF'ye devretmiştir. Bu durum TMSF'nin satış trafiğini artırmıştır. Anılan gerekçelerle bu konuya biraz daha geniş yer verilecektir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelikte yapılan tanım uygulamada çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir.

- TMSF tarafından Rekabet Kuruluna yapılan bir bildirim sonucu çıkan Rekabet Kurulu Kararına<sup>38</sup> göre: *"TMSF tarafından, devre konu işletmenin 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerleri ile lisans, ruhsat, 3984 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi hükmü kapsamında geçici frekans ve kanal kullanımından doğan hakları ve bu mal, hak ve varlıkların ferî veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve varlıklardan "Rock FM" adı altında ticari ve iktisadi bütünlük oluşturulmuştur. Rock FM İstanbul'da yayın yapan yerel bir radyo kanaludur. %40 rock, %40 alternatif rock, %10 hard-rock ve %10 pop-rock yayını yapmakta, geçmişte ve günümüzde hit olmuş şarkılar yayınlamaktadır. Halihazırda Rock FM, TMSF tarafından kontrol edilmektedir..."*

- *"...Başvurucunun beyanına göre mal varlığı dâhilinde bulunan Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.'nin yüzde 51'inin 51 milyon Dolar karşılığında satışı için TMSF'ye teklifte bulunulmuş ancak bu teklif kabul edilmemiştir. TMSF, bu iktisadi ve ticari bütünlüğün satışa çıkarılmasına karar vermiş ve yapılan ihalede söz konusu varlık 40 milyon 500 bin Dolara ihale edilmiştir. Başvurucu, varlığın satışa çıkarılmasına, ihale şartnamesinin onaylanmasına ve muhammen bedelin belirlenmesine dair TMSF kararının iptali istemiyle dava açmıştır. Danıştay, satış ilanının ve TMSF kararının iptaline karar vermiştir. Başvurucu ayrıca satış işleminin iptali için İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, Danıştay kararına işaret ederek, dava konusu işlemlerin iptaline karar vermiştir. Bunun üzerine başvuru TMSF'ye müracaat ederek Danıştay kararının yerine getirilmesi kapsamında yapılan işlemler*

<sup>37</sup> 678 sayılı OHAL Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK: RG., T.22.11.2016, sa. 29896; 677 sayılı OHAL Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK: RG., T. 22.11.2016, sa. 29896.

<sup>38</sup> Rekabet Kurulu, Dosya Sayısı: 2005-2-97 (Devralma), Karar Sayısı: 05-77/1040-291, Karar Tarihi: 1.11.2005: www.rekabet.gov.tr, erişim tarihi: 25.04.2020.

hakkında bilgi verilmesi talebinde bulunmuştur. TMSF, ilgili İktisadi ve Ticari Bütünlüğün ihale alıcısına devredilmesiyle bu varlıklarla bir ilgilerinin kalmadığını belirtmiştir...”<sup>39</sup>

- “... TV ticarî ve iktisadî bütünlüğüne dahil şirketlerin, Banka'nın hâkim ortağı olan ... grubu şirketlerinden olduğu ve hâkim ortak ve yöneticileri adına hareket ettiğinin belirlendiği, adlî yargı kararı ile haklarında tedbir kararı alındığı göz önünde bulundurulduğunda, 4389 sayılı Kanun'un 14, 15/7-a, 4969 sayılı Kanun'un geçici 2 ve 5411 sayılı Kanun'un 134 ile geçici 11. maddeleri uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ( fon ) bu şirketlerin tamamının ve/veya bir kısmının ( temettü hariç ) satışını yaparak, bu satışlardan elde edilen tutarları fon alacaklarına mahsup etmeye yetkili olduğu, bu kanun hükümleri çerçevesinde 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılacak cebri icra satışlarında, haczedilen gayrimenkul, menkul ve lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkların ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturacak şekilde satılabileceği ve satışın fon kurulu kararının onayı ile kesinleşeceği; bu durumda, kamu kaynakları ile ödenen bankaca beyan edilen tasarruf mevduatı tutarı ile fon tarafından tespit edilen tasarruf mevduatı arasındaki farkın tahsili için oluşturulan ve muhammen bedeli ...ABD doları olarak belirlenen ticarî ve iktisadî bütünlüğün, yapılan ihale sonucunda ...ABD doları bedelle satışının onaylanmasına ilişkin fon kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır...(özetten)”<sup>40</sup>

- “...Eylül 2005 ile Mart 2006 arası dönemde “Uzan Grubu” şirketlerinin ticari ve iktisadi bütünlük oluşturan varlıkları TMSF tarafından 4389 sayılı mülga Kanun'a göre yapılan ihaleler ile satılmıştır. Bu kapsamda borçlu Şirket, Medya Park Yayıncılık, Çağdaş Reklamcılık, Ulusal Medya Haber Ajansı ve Lotus Reklamcılık AŞ'nin mal, hak ve varlıklarından oluşan Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğü 25.1.2006 tarihinde gerçekleştirilen ihale ile 8.000.000 ABD doları bedel ile Ali Özmen Safa'ya satılmış ve faiziyle beraber 8.779.463,17 ABD doları bahsedilen şahıstan tahsil edilmiştir...”<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Anayasa mahkemesi kararına ayrıntılı ulaşmak için bkz. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/bir-bankaya-el-konulmasi-surecinde-yapilan-ihalenin-iptaline-iliskin-yargi-kararlarinin-uygulanmamasini-nedeniyle-mulkiyet-hakkinin-ihlal-edilmesi/>, erişim tarihi: 26.04.2020.

<sup>40</sup> Danıştay 13. Daire, T. 11.1.2011, E. 2009/7378, K. 2011/20, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi kararının tamamı için bkz. R.G. T. 01.07.2016, sa. 29759.

- "...TMSF'nin 23.6.2005 tarihli kararıyla TELSİM'in faaliyetlerinde kullanılan menkuller, gayrimenkuller ile bu varlıkların ferî veya mütemmim cüzü niteliğinde olan sözleşmeler ile bunlardan doğan hak ve alacakların bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan "TELSİM ticari ve iktisadi bütünlüğü" nün satılması yolunda işlem tesis edilmiştir. TMSF bünyesinde oluşturulan satış komisyonu tarafından "TELSİM ticari ve iktisadi bütünlüğü" nün değeri 2.804.000.000 ABD doları olarak belirlenmiştir. Bu satış bedeli TMSF tarafından onaylanarak "TELSİM ticari ve iktisadi bütünlüğü" 13.12.2005 tarihinde ihaleye çıkarılmış ve sonuç olarak söz konusu iktisadi bütünlük 24.5.2006 tarihinde 4.550.000.000 ABD doları bedelle Vodafone Telekomünikasyon Anonim şirketine satılmıştır..."<sup>42</sup>

TMSF'nin neleri bütünlük içerisinde saydığı Yönetmelik'te belirtilmiştir. Fonun ticari ve iktisadi bütünlük kararı kapsamında yaptığı satışa ilişkin usul ise, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 134/d kapsa-

<sup>42</sup> Anayasa mahkemesi kararı, başvuru numarası: 2014/7914, karar tarihi: 11.5.2017. "Başvuru, tasarruf mevduatı sigorta fonu tarafından yönetim ve denetim kurulları ile mal varlığına el konulan şirketten olan alacağın mahkeme kararına rağmen ödenmemesi ve şirketin tüm malvarlığının satılarak alacağın tahsil imkanının ortadan kaldırılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu TMSF'nin yargı kararları uyarınca ödeme yapmadığı gibi TELSİM'in bankalarda bulunan paralarının TMSF'ye ait olduğunu belirtmek suretiyle alacağın icra yoluyla elde edilmesi yolunu tıkadığını belirtmiştir. TELSİM'in TMSF kontrolüne geçmesi nedeniyle malvarlığının devlet malı vasfı kazandığına işaret eden başvurucu, Fonun mal ve hak ve alacaklarının haczedilemeyeceğine ilişkin kanuni düzenleme nedeniyle yargı kararı icrasının imkânsız hale gelmesinden yakınmıştır. Yönetmelik madde 25 uyarınca satışa çıkarılan bütünlüğün değerini artıran ya da onu tamamlayan eski dönem mal ve hizmet borçlarının satış bedelinden ödenmesinin öngörüldüğünü vurgulayan başvurucu, baz istasyonlarının GSM şebekesiyle bütünlük oluşturan ve onu tamamlayan nitelikte olması sebebiyle bunlara ilişkin alacaklarının ödenmesi gerektiğini ifade etmiş, TMSF'nin mahkeme kararının icrasını imkânsız hale getirmesi nedeniyle devletin sorumlu bulunduğunu savunmuştur..." www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 26.04.2020. Kanaatimce burada şu hususlara dikkat çekmek gerekir: Kanun hükümlerinin çıkarılması ve uygulama tarafından yorumlanması Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil etmemelidir. Her ne kadar satışta ticari ve ekonomik bütünlüğün gözetilmesi değeri artırsa ve tarafların menfaatine olsa da bu durumun tarafların (mülkiyet gibi) anayasal haklarını çiğnememesi gerekir. Bu gibi somut olaylar inceleme konumuz ölçütün her durumda uygulanmasının menfaate uygun olup olmayacağını tartışmalı hale getirebilir. Kaldı ki somut olayda, TMSF veya başka olaylarda diğer yetkili merciin tüm alacaklıların menfaatini gözeterek kararlar almaları gerekir. Somut olayda GSM operatörüne ait baz istasyonunun ticari ve ekonomik bütünlük oluşturduğu açıkken, satışta baz istasyonları sayesinde değer artmışken, baz istasyonu kuran şirketin mağdur edilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı kanaatindeyim.



mında<sup>43</sup> açık bir şekilde aktarılmıştır. Buna göre; “Fon alacaklarının tahsilini teminen, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması hâlinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usûl ve esasları ile satış şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticarî ve iktisadî bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir. Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satışı gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir satış komisyonu oluşturur ve başkanını belirler. Satış komisyonu, toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticarî ve iktisadî bütünlüğün muhammen bedeli, satış komisyonu tarafından, uzman gerçek veya tüzel kişilerin kıymet takdiri raporu dikkate alınarak, daha önce bütünlüğü oluşturan varlıkların ayrı ayrı kıymet takdirlerinin yapılmış olması ile bağlı olmaksızın düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzlar üzerinde birden fazla kişinin aynî veya şahsî hakkının bulunması veya bunların mülkiyetinin birden fazla kişiye ait olması durumunda, bu mal, hak ve/veya varlıkların değeri ayrı ayrı tespit edilir. Bu madde hükümleri uyarınca yapılacak satış sürecinde, satış ilânının Resmî Gazete’de yayımlanması ilgililere yapılacak tebliğ hükmündedir. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların satışı, kapalı zarf veya açık artırma usûllerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi hâlinde, ihalelere pazarlık usûlü ile devam edilebilir. Bu usûllerden hangisinin uygulanacağına, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin

<sup>43</sup> Benzer yönde bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, T. 07.02.2011, 2010/69 E., 2011/5 K. www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim tarihi: 25.04.2020.

*dağıtımına esas sıra cetveli satış komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır. Bu hüküm uyarınca yapılan satışlarla ilgili ihalenin feshi davaları, Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturulmasına karar verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzların, Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklılar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınması ve satışı talep edilemez, mahcuzların malîklerinin iflasına karar verilemez, ilgili takyidatlar hakkında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez."*

Ticari ve iktisadi bütünlük kavramından bahsedilirken şirketler konusuna da değinilebilir. Şirket toplulukları ticari ve ekonomik bütünlük arz edebilirler. Rekabet Kurulu'nun 07.11.2019 tarihli kararında<sup>44</sup>, "Google LLC<sup>45</sup>, Google International LLC ve Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti.'den oluşan ekonomik bütünlüğün 06.08.2019 tarihi itibarıyla uygulayacağı tedbirlerin değerlendirilmesi, GOOGLE ekonomik bütünlüğünün mobil işletim sistemi ve mobil uygulama ve hizmetlerin sunumuna ilişkin davranışlarının ve anılan ekonomik bütünlük ile cihaz üreticileri arasında imzalanan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik yürüttüğü soruşturma sonucunda..." şeklinde bahsetmek suretiyle Google şirketlerinin ekonomik bütünlük oluşturduğu vurgulanmıştır.

Danıştay kararlarında da ticari ve ekonomik bütünlük kavramları yer almaktadır:

*"... Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdarî Dava Dairesince; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından temettü hariç ortaklık haklarıyla Anadolu Radyo ve Görüntü Hizmetleri A.Ş. adlı yayın kuruluşu ve üç farklı yayın kuruluşunun yönetim ve denetiminin devralınması sonrasında mal, hak ve varlıklarından oluşturulan Viva TV-Radyo Viva Ticari ve İktisadi Bütünlüğü içindeki mal, hak ve varlıklarının davacı Artı Televizyon Yayıncılığı San. ve Tic. AŞ'ye ihaleyle satışı yoluyla 2012 yılında devredildiği."*<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Rekabet Kurulu Kararı, T. 07.11.2019, Dosya Sayısı: 2015-2-036 Karar Sayısı: 19-38/577-245, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=16649990-681b-4e53-88d7-d9bd9ee5d747>, e.t. 21.12.2019

<sup>45</sup> Amerika Birleşik Devletleri'ne özgü özel bir limitet şirket türü, ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Akıncı, "Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl:2018, sa. 76 / 2, s. 494 vd.

<sup>46</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 26.4.2018, E. 2017/2957, K. 2018/1570; benzer yönde bkz. 13. Daire, T. 24.04.2017, E. 2016/2667, K. 2017/1137, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

-“... Bu eylemlerinin karşılığı olarak davacı hakkında 2011 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirleri üzerinden taktiren % 1 oranında, toplam 148.231.490-TL idarî para cezası uygulanmasına dair davaya konu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmediği, davacı tarafından tüm kamu bankalarının (ZİRAAT, VAKIFBANK ve HALKBANK) tek bir ekonomik bütünlük olarak dikkate alınması gerektiği iddia edildiği, her üç bankanın kuruluşunun, kuruluş amacının ve temel yapılanmasının Kanun hükümleriyle düzenlendiği, her birinin Türk Ticaret Kanunu ve Bankacılık Kanunu hükümleri uyarınca anonim şirket niteliğinde bağımsız tüzel kişilik oldukları...”<sup>47</sup>

Maden Kanunu’nda da benzer ifadeler yer verilmiştir. Maden Kanunu’nun<sup>48</sup> “haciz ve ihtiyati tedbir” başlıklı 40. maddesinde yapılan düzenlemede madde kapsamındaki maden işletilmesinde, çıkarılmasında ve naklinde kullanılan şeylerin münferiden haczi yasaklanmıştır. Madde 40 şu şekildedir:

“Haciz ve ihtiyati tedbir: Madde 40 – Madenin işletilmesinde gerekli olan kuyular, ocaklar ve galeriler ile makineler, binalar, yer altında ve yer üstünde kullanılan her türlü nakil vasıtaları madenin çıkarılması, temizlenmesi, izabesi gibi cevherin kıymetlendirilmesine yarayan alet ve tesisler ve bir senelik işletme malzemesinin üzerine münferiden haciz veya ihtiyati tedbir konulamaz. Ancak işletme hakkı ile bir bütün teşkil eden 1 inci fıkrada yazılı tesis, vasıta, alet ve malzemenin tamamı veya çıkarılmış cevherlerle bu cevherlerin bakiyeleri ve cürufu üzerine haciz ve ihtiyati tedbir konulabilir. Üçüncü şahsın rehin hakları saklıdır. Bir madenin tamamının icra yolu ile satışı 43’üncü maddede yazılı usule tabidir.” Görüldüğü üzere İcra ve İflâs Kanunu dışında pek çok mevzuat bütünlük oluşturan mal kavramına farklı şekillerde yer vermiştir.”<sup>49</sup>

Ticari ve ekonomik bütünlük gösteren mallara ilişkin bu düzenlemelerin icra hukukunda satış işlemlerinde uygulama bulunduğunu Yargıtay’ın bir kısım kararlarında da görmekteyiz.

<sup>47</sup> Danıştay 13. Daire, T. 16.12.2015, E. 2015/2624, K. 2015/4608: www.kazanci.com.

<sup>48</sup> Bu Kanun için bkz. R. G., T. 15.6.1985, sa. 18785.

<sup>49</sup> Maden işletme hakkına yönelik olarak Yargıtay’ın verdiği bir kararda bu bütünlüğün haciz işleminde dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 19.06.2015, E. 2014/76 K. 2015/1722 Kararında da bu madde vurgulanarak, “madenin işletilmesi için gerekli olan ve tek başına bir değer ifade eden her türlü malın münferiden haczi yasaklanmıştır...Ancak işletme hakkı ile bütünlük teşkil eden tesis, vasıta, alet ve malzemenin münferiden haczedilemeyeceği düzenlenmiştir” ifadeleri kullanılmıştır, www.kazanci.com.

"...Şikayetçi tapu maliki tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda, sair iddialarının yanı sıra ihaleye konu ... İli, ... Mahallesi, 1580 Ada 8 ve 9 parsellerin üzerinde fabrika bulunması sebebiyle ekonomik olarak bütünlük arz ettiğinden taşınmazların bir bütün olarak satılması gerekirken ayrı ayrı satıldığı gerekçesiyle ihalenin feshinin talep edildiği, mahkemece, taşınmazlar arasında ekonomik bütünlük bulunduğundan ayrı ayrı satılmalarının zarara yol açacağı gerekçesiyle davanın kabulüyle ihalenin feshine karar verildiği anlaşılmaktadır. Aralarında ekonomik bütünlük bulunmayan mahcuzların birlikte satılması, eş söyleyiş ile tek bir ihalede satılması kural olarak mümkün değildir. Ancak, mahcuzların aralarında ekonomik bütünlük bulunduğunun belirlenmesi halinde birlikte satılmaları mümkündür..."<sup>50</sup>

"...Somut olayda; 2. Asliye Hukuk (İcra) Mahkemesi'nin 2015/107 esas sayılı dosyasının yapılan yargılaması alınan bilirkişi raporlarında 9 numaralı parsel üzerinde fabrika binası ve fabrikaya ait yönetim-idare binasının bulunduğu, 8 numaralı parsel üzerinde ise fabrika giriş kapısı, güvenlik kulübesi ve kantar ile açık alandan oluşan depolama alanının bulunduğu ve her iki taşınmazın da fabrika alanı olarak kullanıldığı ve ticari yönden bütünlük arz ettiğinin belirtildiği görülmüştür. Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre, ekonomik bütünlük arz eden taşınmazların birlikte satılmasının zorunlu olduğu ve aksi durumun satışa katılımı azaltacağından ihalenin feshini gerektireceğinden bu yöndeki ilk derece mahkemesi kararının yerinde olduğu görülmekle..."<sup>51</sup>

Yukarıdaki kararda açık biçimde ifade edildiği üzere taşınmazların ticari ve ekonomik bütünlük göstermesi birlikte satılmalarını gerektirir. Şüphesiz bu durum bununla birlikte elde edilecek tutarın ayrı satılmaları durumundan daha yüksek olmasını da sağlar.

Karara konu olayda iki ayrı parseldeki taşınmaz, üzerlerinde ortak olarak kurulmuş fabrikadan ötürü ticari ve ekonomik bütünlük arz etmektedir. Fabrika binasının bir kısmı 8 numaralı parselde diğer kısmı ise 9 numaralı parseldedir. Yönetim ve çalışmada bütünlüğün sağlanabilmesi için söz konusu taşınmazların beraber satılmaları gerekir. Burada şuna dikkat edilmelidir ki; fabrikanın taşınmazlar ile beraber satılıp satılmaması çekişme konusu değildir. Sorun 8 numaralı parsel ile 9 numaralı parselin bütün olarak satılma zorunluluğunun bulunup

<sup>50</sup> Yargıtay 12.HD., T. 04.06.2018, E. 2018/264 K. 2018/5742, www.kazanci.com.

<sup>51</sup> Yargıtay 12. HD., T. 15.1.2019, E. 2018/1268 K. 2019/211, www.kazanci.com.

bulunmadığıdır. Yoksa fabrika TMK madde 684 hükmü gereğince taşınmaz satışının içinde bütünleyici parça olarak kendiliğinden yerini alacaktır.<sup>52</sup> Arazi üzerinde fabrika bulunduğu için kıymet takdiri buna göre yapılacak ve gerekli sicillere de ayrıca şerh düşülecektir. Fabrikanın iki taşınmazın üzerinde kurulduğu görüldüğünde bu durumda iki taşınmazında tamamlayıcı parçası olduğu için ve bütünleyici parça taşınmazdan ayrı satılamayacağı için aslında bu ticari ve ekonomik bütünlük arz etmenin zaman zaman doğrudan TMK'dan kaynaklanabileceği bile söylenebilir. Şöyle ki parseller normal şartlarda ayrı ayrı satılabilecekken, üzerine yapılan ayrılmaz başka bir taşınmazdan, parseller arasında zorunlu olarak bir bütünlük kurulmuştur. Bunların yanında örnekteki fabrika içindeki, fabrikanın eklenti niteliğine haiz taşınurları taşınmaz satışı kapsamında satılır.<sup>53</sup> Bunlar için aksi belirtilmedikçe ayrıca taşınır satış ilanına çıkılmaz.<sup>54</sup> *Çünkü eklenti asıl şeyle beraber, ortak bir ekonomik amaca hizmet eder.*

Yargıtay benzer bir kararında üst hakkının ayrılmaz parseller üzerinde kurulması durumunda da ekonomik ve ticari bütünlük olması sebebi ile beraber satılmaları gerektiğine işaret etmektedir.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Bütünleyici parça, TMK m. 684'de şu şekilde düzenlenmiştir. "Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur. Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmamasına olanak bulunmayan parçadır" Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 286 vd.

<sup>53</sup> TMK m. 686- "Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülenen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır."

<sup>54</sup> "Satışına karar verilen fabrika TMK'nın hükümleri nazara alınarak teferruatı ile birlikte taşınmaz sayılacağından ve icra müdürlüğünce de hacedilen malların küll olarak satılması istendiğine göre satışın taşınmazlara ilişkin hükümlere göre yapılması esastır." Yargıtay 12. HD., T. 29.11.2004, E. 2004/19843, K. 2004/24657; www.kazanci.com.

<sup>55</sup> "...Bu sebeple 3 ve 5 numaralı parseller üzerine kurulmuş olan bağımsız kesimler müstakil bina özelliğini taşımadığından üst haklarının ayrı ayrı satışı mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere borçluya ait 3 ve 5 numaralı parseller üzerine birlikte yapılan yapılar bu durumları itibarı ile her iki parsel için fiili bütünlük arz etmektedir. Dolayısı ile bu iki parselin birlikte satışının yapılması zorunlu hale gelmiştir. Ancak, 290 ada 1 numaralı parselde kayıtlı olan taşınmaz diğer taşınmazların batı tarafında, onlardan müstakil ve deniz içerisinde mendirek tesisi olup; üzerinde yukarıda belirtilen 3 ve 5 no'lu parsellerle fiili ve ekonomik bir bütünlük arz edecek şekilde bir yapılaşma da bulunmadığından 1 no'lu parseldeki

Bahsettiğimiz bu durumlar taşınmazların birlikte ipotek verildiği durumlarda birlikte takip edilerek aynı zamanda satılmalarına ilişkin TMK m. 873'teki zorunluluktan farklıdır. TMK m. 873'te ipotek verilen taşınmazlar arasında ticari ve ekonomik bütünlük bulunmaz. Bununla birlikte Yargıtay'ın bazı kararlarında ipotekli taşınmazlar arasında ticari ve ekonomik bütünlüğe dikkat çekildiğini görmekteyiz.<sup>56</sup>

Sonuç itibariyle, yukarıda sunulan örneklerden de anlaşıldığı üzere, "ekonomik ve ticari bütünlük şartı" her bir somut olayda farklı şekillere bürünebilir. Bu bütünlüğün tespiti önemli olup, bu konuda hâkim pek tabii bilirkişiden faydalanacaktır.<sup>57</sup>

---

üst hakkının diğer parseller ile birlikte satışının yapılması doğru değildir. Zira bu husus ihaleye katılımcı sayısını azaltır. Bu durumda 3 ve 5 numaralı parsellerdeki taşınmazların birlikte 1 numaralı parseldeki taşınmazların üst haklarına dair şartnamelerinin ayrı ayrı hazırlanarak satılması gerekir". Yargıtay 12. HD., T. 6.7.2007, E. 2007/12129 K. 2007/14370, www.kazanci.com.

<sup>56</sup> "Her iki taşınmazın ekonomik bütünlük arz etmesi nedeniyle birlikte satılması" gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen; Honaz İcra Müdürlüğü'nün 2007/244 talimat sayılı dosyasında 12.03.2012 tarihinde ayrı şartnameler düzenlenerek, ayrı saatlerde ve ayrı ayrı satışlarının gerçekleştirildiği, borçluların ise diğer fesih sebepleri yanında taşınmazların ekonomik bütünlük oluşturması nedeniyle birlikte satılması gerekirken ayrı ayrı satışlarının yapıldığını ileri sürerek ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurdukları, mahkemece istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Kıymet takdirine itiraz üzerine mahkemece alınan ve satışa esas olan 18.01.2011 tarihli bilirkişi raporunda: "...ada .. ve ..parsellerde bulunan taşınmazlarda sırasıyla dokuma ve baskı boya fabrikaları bulunmaktadır. Taşınmazlar iş kolu olarak birbirleriyle bütünlük arz etmektedir. Taşınmazlar arasında iş bütünlüğü mevcuttur. Ancak birbirlerinden bağımsız da çalışmaları mümkündür. Yani davacı avukatının sorduğu üzere tam anlamıyla bir fiili bütünlükten söz edilemez. Ayrı ayrı ya da beraber satılmalarında bir sorun yoktur. Beraber satılmaları söz konusu olur ise maddi tasarruf konusunda daha değerli olacakları kanaati" belirtilmiştir. Bu doğrultuda İzmir İcra Müdürlüğü'nün 2004/6895 E. sayılı dosyasından yazılan satış talimatında da: "satışın, her iki taşınmazın ekonomik bütünlük arz etmesi nedeniyle birlikte yapılması" istenilmiştir. Buna rağmen iki taşınmaz için ayrı şartnameler hazırlanıp, ayrı saatlerde satıldıkları görülmektedir. -Kıymet takdirine karşı yapılan şikayetler üzerine verilen kararlar kesin olmakla birlikte aralarında fiili ve ekonomik bütünlük bulunması halinde birlikte satılması zorunludur. -Bu durumda mahkemece mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak, taşınmazlar arasında fiili ve ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığı ve birlikte satılmalarının gerekip gerekmediği, daha değerli satılmalarına yol açıp açmayacağı belirlenerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Yargıtay 12. HD., T. 27.6.2013, E. 2013/18038, K. 2013/24130, www.kazanci.com.

<sup>57</sup> "Somut olayda; İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2013/17 Esas sayılı dosyası üzerinden alınan ve 16.04.2014 tarihli karara esas teşkil eden inşaat mühendisi, maki-ne mühendisi ve fen bilirkişisinden oluşan bilirkişi heyeti tarafından hazırlanan

Yargıtay kararında da belirtildiği üzere ekonomik ve ticari bütünlük arz etmeyen mal ve hakların beraber satılması mümkün değildir. Hatta bu durumda taşınmazların ayrı ayrı belirlenecek saatlerde satılmaması ihalenin feshi sebebidir.<sup>58</sup> Aynı şartnamede birden fazla taşınmazın ilanının yapıldığı hallerde her bir taşınmaz için satış saatlerinin mutlaka ayrı ayrı gösterilmesi gerekir.<sup>59</sup> Yargı kararlarında aynı saatte satılmasının talebi azaltacağı vurgulanmıştır.<sup>60</sup>

### C. Mal ve hakkın bir bütün halinde satılması durumunda daha yüksek gelir elde edileceğinin anlaşılması

Esasında bu durum, bir önceki başlıktaki “ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığının beraber satılması” kavramından daha geniştir. Zira, birden fazla haczedilen taşınmaz mallar ekonomik ve ticari bütünlük göstermese de birlikte satıldıklarında ayrı ayrı satılmalarına nazaran daha yüksek satış bedeline ulaşılabileceği, İcra ve İflâs Kanunu m. 128 f. sona göre birlikte satılabilecektir. Bu durumda mal-

---

07.02.2014 tarihli raporda ihaleye konu taşınmazların üzerinde kurulu fabrika binası sebebiyle fiili ve ekonomik bütünlük arz edip arz etmediği irdelenmeden ayrı ayrı kıymetlerinin belirlendiği ve akabinde ayrı ayrı ihalelerinin yapıldığı görülmektedir. Aralarında ekonomik bütünlük bulunmayan mahcuzların birlikte satılması, eş söyleyiş ile tek bir ihalede satılması kural olarak mümkün değildir. Ancak, mahcuzların aralarında ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığının belirlenmesi halinde birlikte satılmaları mümkündür. -Bu durumda mahkemece gerekirse mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak, taşınmazlar arasında fiili ve ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığı ve birlikte satılmalarının gerekip gerekmediği belirlenerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir”. Yargıtay 12. HD., T. 04.06.2018, E. 2018/264 K. 2018/5742 www.kazanci.com.

<sup>58</sup> Timuçin Muşul, T., İcra ve İflâs Hukuku Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 814; Üstündağ, s. 311.

<sup>59</sup> Kuru, B. İcra ve İflâs Hukuku Cilt 2, (3. Baskı), İstanbul 1990, Uyar, s. 293. Dönmez, s. 85.

<sup>60</sup> “...“Satış kararında, şikayet konusu ihalelerden iki ayrı bağımsız bölüm için aynı satış saatinin verildiği, iki ihalenin aynı saate verilmiş olması nedeni ile bağımsız bölümlerden birine ilişkin ihaleye, satış kararında belirtilen yerden farklı olarak “çatı katında” başlandığı görülmüş olmakla; her iki ihalenin de aynı saatte başlaması, talebi ve talibi azaltıcı nitelikte olup, tarafların menfaatine uygun düşmediğinden ve ilgili bağımsız bölüme ilişkin ihalenin de diğeri ile aynı saatte ve aynı yerde yapılamayacağından, satış ilanında belirlenen yerden farklı yerde gerçekleştirilmiş olması nedeni ile, mahkemece söz konusu taşınmazlar yönünden şikayetin kabulüyle ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken...”. Yargıtay 12. HD., T. 14.03.2019, E. 14571 K. 4397. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD., T. 22.11.2011, E. 6836 K. 23583, www.kazanci.com.

lar ve hakların bir bütün halinde satılması durumunda yüksek gelir elde edilmesi öncelikle borçlu yararına olacaktır. Aynı zamanda ilgili değişikliğe ilişkin Hükümet Gerekçesinde<sup>61</sup> de belirtildiği üzere, yüksek gelir elde edilmesi alacaklı yararına da olacaktır.

Haczedilen şeylerin beraber satılması durumunda daha yüksek gelir elde edilecek olması da bütün olarak satılma için yeterlidir. Daha yüksek gelir için ticari ve ekonomik bütünlüğün olması şart değildir. Başka şekilde birbirini tamamlayan mal ve haklarda yüksek gelir elde etme halinde bütün olarak satılabilecektir. Bir bütün halinde yüksek gelir elde edilmesi alacaklının alacağına daha kolay ulaşması, borçlunun ise daha az eşyası ile borcundan kurtulmasını sağlar. Bu durum, iki tarafın da menfaatine uygundur.

Nitekim bu sebebe dayalı olarak birlikte satışın yapılmasına ilişkin Yargıtay'ın şu kararını örnek gösterebiliriz:

*"...her iki parsel üzerine müşterek bina yapıldığından, bu parsellerin borçlu yararına olup olmadığı saptanmadan, ayrı ayrı satışa çıkarılması doğru değildir. Bu usulsüzlüklerin her birinin ayrı ayrı ihalenin feshi nedeni olduğu gözetilerek ihalenin feshine karar karar verilmek gerekirken..."*<sup>62</sup>

Bu durumun tespiti konusunda kıymet takdirinin doğru yapılması özellikle önem taşır. Zira kıymet takdiri yapılmaksızın taşınmazların beraber satılmaları halinde daha yüksek gelir elde edileceği, ayrı satılmaları halinde ise değer kaybına uğrayacakları öngörülebilir.

#### **D. Taşınır Bakımından İcra ve İflâs Kanunu m. 128/5'in Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu**

Çalışmanın ilk başlıklarında da ifade edildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu m. 128/5'in eklendiği yere bakılırsa, söz konusu hüküm yalnızca taşınmazlara uygulanır. Böyle bir ekleme taşınırın satışına ilişkin kısımda yapılmamıştır.

<sup>61</sup> Gerekçe için bkz. yuk. dn. 26.

<sup>62</sup> Yargıtay 12. HD., T. 13.12.1994, E. 15947, K. 16050: Uyar, s. 382. Karara konu davada haczedilen parseller yan yana 54 ve 55 numaralı parsellerdir. Bu parseller üzerinde müşterek bir bina bulunmaktadır. Bu durumda parseller arası ekonomik bütünlük de pek tabii olabilir. Parsellerin beraber satılması durumunda daha yüksek gelir elde etme imkânı olduğu için kararda bu durumun dikkate alınması gerektiğine dikkat edilmiştir.



Kanımızca getirilen düzenleme lafzına ve amacına göre yorumlandığında taşınırlara da uygulanabilmelidir. Çünkü maddede “ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar” ifadesi bulunmakta, ancak taşınır ve taşınmaz ayrımına dayanan ifadeler kullanılmamaktadır. Şu durumda, şartların bulunması halinde, taşınırların da bir bütün olarak satılması yoluna gidilebilir. Öğretide de bu yönde görüşleri görmekteyiz.<sup>63</sup> Yargıtay kararları da ekonomik ve ticari bütünlük gösteren taşınır malların birlikte satılabileceğini göstermektedir.

Yargıtay’a göre, “Mahcuzların aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu belirlenmesi halinde birlikte satılmaları mümkündür. Somut olayda 24 kalem 889 adet hacizli taşınır mal, bilirkşi ya da icra müdürlüğüne taşınırlar arasında ekonomik bütünlük bulunduğu ve birlikte satış yapılmasına dair yapılmış bir tespit ve verilmiş bir karar bulunmadan birlikte satılmıştır...”<sup>64</sup>

Yine Yüksek Mahkeme’ye göre, “... menkullerin cinsini vasıf ve mahiyetini nazara alıp, durumuna göre birlikte veya ayrı ayrı satması gerekir. Bir yemek takımı ayrı ayrı satılmaz. Başka bir deyimle ayrı ayrı kıymet ifade eden ve kullanılabilen menkullerin ayrı ayrı satılması gerekir. Örneğin buzdolabı, çamaşır makinesi, televizyon, radyo gibi tetkik alacaklının ve bu menkuller üzerinde haczi bulunan diğer takip alacaklılarının menfaati gereğidir. Bir araba satışına birçok müşterinin talip olması mümkündür. İki araba birlikte satıldığı takdirde ikisinin bedeli yüksek olacağından talebe ve talibe etkili olur. Bu cihazlar nazara alınarak iki arabanın ayrı ayrı satılması gerekir iken birlikte satılması isabetsiz olup...”<sup>65</sup> ... Satışı yapılan mahcuzlar su şütucusu, kahve makinesi, bankalarda kullanılan masa, sıra numarası veren makine, telefon santrali vs. gibi her biri müstakil ekonomik değeri olan menkul mallardır. Ayrı ayrı satılması talebi ve talibi arttırır. Sözü edilen menkuller arasında bunların birlikte satılmasını zorunlu kılan ekonomik bütünlük yoktur. Tamamının bir banka şubesinde kullanılmakta olması bu kuralı ortadan kaldırmaz...”<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Örneğin Pekcanitez/ Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, bilgisayar ekranı ile kasanın bütünlük oluşturdukları gerekçesi ile ayrı satılmayacağı ifade etmişlerdir. Ders Kitabı 2019, s. 211.

<sup>64</sup> Yargıtay 12. HD., T. 2.5.2013, E. 2013/10990 K. 2013/16704, www.kazanci.com.

<sup>65</sup> Yargıtay 12. HD., T. 13.5.1986, E. 1985/10932 K. 1986/5653, www.kazanci.com.

<sup>66</sup> Yargıtay 12. HD., T. 9.7.2002, E. 2002/13626 K. 2002/15011, www.kazanci.com.

Yargıtay'ın verdiği bu türden kararlardan hareketle, taşınır malların "kullanım birliği içinde olmaları", "grup eşyası olmaları", "maddi benzerlik ve kullanım ilişkisi içinde bulunmaları" ya da taşınır mallar arasında "teknik bağlantı olması" gibi hususlar ekonomik ve ticari bütünlük olarak satılmaları bakımından gerekçe oluşturur. Bu çerçevede, birlikte satılmaları durumunda elde edilecek satış tutarının ayrı ayrı satılmalarına nazaran daha fazla olacağı durumda gerek alacaklının gerekse de borçlunun menfaatleri icabı satışın bir bütün şeklinde gerçekleşmesi gerekir.

Yargıtay kararlarında "ekonomik ve ticari bütünlük" ölçütü bazı hususlarda değişkenlik göstermektedir. Yargıtay 12. HD., bir süre önce verdiği kararlarda araç plakası ile bu aracın çalıştığı hattın birbirinden ayrı takip ve ihale konusu olamayacağına hükmetmiş<sup>67</sup> ve fakat, yakın tarihte verdiği bir kararında<sup>68</sup> hat ve plaka arasında ekonomik bütünlük olmadığına karar vermiştir. Bunun gibi özel hastanelerin ruhsatı ile beraber devredilip devredilemeyeceğine ilişkin yargı kararları da değişiklik göstermiştir.

Yargıtay 12. HD bir başka kararında da<sup>69</sup> "*mahkemece yeniden yapılan yargılama sonucunda hastane işletme ruhsatının, özel hastaneden ayrı ve müstakil bir ekonomik değere sahip olduğu ve tek başına devrinin mümkün bulunduğu, ancak hastanenin işletme ruhsatının haciz tarihi itibarıyla askıda olduğundan tek başına haczinin mümkün olmadığı gerekçesi ile şikayetin kabulüyle haczin kaldırılmasına karar verildiği...*" şeklinde karar vermişken, bir kararında<sup>70</sup>; "*özellikle de Sağlık Bakanlığı'na yazı yazılarak, hastane işletme ruhsatının hukuki niteliği, hastane binasından ayrı olarak tek başına ekonomik değere sahip olup olmadığı, yine tek olarak ve hastaneden ayrı devrinin mümkün bulunup bulunmadığı sorulmalı ve ayrıca özel hastane mevzuatı tartışılmalıdır. Bu araştırma ve yukarıda yapılan açıklamalar*

<sup>67</sup> "Satış yapılan ihale konusu aracın plakası, aracın ayrılmaz parçası olduğundan, aracın cebri icra yoluyla satışının, plakayı da kapsayacağı, aracın mülkiyetinin üzerindeki plaka ile birlikte ihale alıcısına geçeceği..." Yargıtay 12. HD., T. 04.11.2014, E. 2014/24392 K. 2014/26142, aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. HD. T. 01.04.2013, E. 4989, K. 12335; www.app.e-uyar.com.

<sup>68</sup> "Somut olayda, ...plaka sayılı araç ile bu aracın çalıştığı hattın birbirinden bağımsız olarak ekonomik değeri olduğu dolayısıyla minibüs ile hattın ayrı ayrı takip ve ihale konusu edilebileceği açıktır..." Yargıtay 12. HD. T. 24.10.2016, E. 2016/15694, K. 2016/22096, www.app.e-uyar.com.

<sup>69</sup> Yargıtay 12.HD., T. 18.12.2018, E. 2018/14180 K. 2008/13669, www.kazanci.com.

<sup>70</sup> Yargıtay 12. HD., T. 6.6.2012, E. 2012/3805, K. 2012/19556, www.kazanci.com.

*ve yönetmelik hükümleri doğrultusunda yapılacak değerlendirme sonucunda, hastane işletme ruhsatının, bir ticari işletme olan özel hastaneden ayrı ve müstakil bir ekonomik değere sahip olduğu ve tek başına devrinin mümkün bulunduğu sonucuna varılırsa haczedilebileceği, aksi halde haczinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” şeklinde karar vermiştir.*

Yüksek Mahkeme, yukarıda verilen karardan daha eski tarihli bir kararında ise, hastane ruhsatının binadan ayrı haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin olarak araştırma yapılmasını gerekli görmüştür. Yerel mahkeme tarafından ilgili makama, ruhsatnamenin hastane işletmesinden ayrı devredilip devredilemeyeceğine dair yazılan yazıya, kurum tarafından verilen cevap, yüksek mahkeme kararında<sup>71</sup> şu şekilde ifade edilmiştir; *“Somut olayda, mahkemece, ...’na yazı yazılarak, hastane işletme ruhsatının hukuki niteliği, hastane binasından ayrı olarak tek başına ekonomik değere sahip olup olmadığı, yine tek olarak ve hastaneden ayrı devrinin mümkün bulunup bulunmadığı hususları sorulmuş, ...’nın 28.12.2016 havoale tarihli yazı cevabında “...Hastanesinin faaliyetinin 14.12.2012 tarih ve 105156-1051 Sayılı Valilik oluru ile 2 yıl süreyle askıya alındığı, 18.12.2012 tarihi itibarıyla ilgili mesul müdürlüğe tebliğ edildiği, askıya alınma süresinin tebliğ tarihinden itibaren 2 yıl olduğu, hastanenin faal olmadığı, özel hastanenin işletme hakkının bina veya personelden bağımsız olarak taraflar arasında devre konu olabileceği ve devir esnasında da piyasa şartlarına göre maddi değerinin olduğu, ancak ruhsatı askıda olan özel hastanelerin icra yoluyla da olsa devrinin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı” şeklinde cevap gelmiştir.*

Ankara 20. İcra Dairesi’nin 2018/9013 esas sayılı dosyasında, özel hastane işletme ruhsatı, hekim kadroları ve ruhsata bağlı birimler ile ruhsata bağlı yatakların satışına yönelik açık artırma ilanında da özel hastane sahiplik değişikliği yapılırken, ayrı ayrı satışın söz konusu olamayacağından Ankara İl Sağlık Müdürlüğü’nün 19.06.2019 tarihli yazısına istinaden bahsedilmektedir.<sup>72</sup>

Yukarıdaki özel hastanelere ilişkin uygulamadaki durumu tarih sırasıyla özetlersek;

<sup>71</sup> Yargıtay 12. HD., T. 28.6.2018 E. 2017/3182, K. 2018/7026, www.kazanci.com.

<sup>72</sup> Bu ilan için bkz. www.ilan.gov.tr, e.t. 28.11.2019.

1. Yargıtay, 2012 yılındaki kararında, Sağlık Bakanlığı'na yazı yazılarak hastane işletme ruhsatının hukuki niteliğinin sorulması ve tek başına hastaneden ayrı olarak devrinin mümkün olup olmadığının özel hastane mevzuatı kapsamında tartışılması gerektiğine karar vermiş,
2. Daha sonraki tarihli kararında, ilgili birimden gelen yazıya istinaden özel hastane işletmesinin ruhsatının hastaneden ayrı devredilebileceği gerekçesiyle, bina veya personelden bağımsız ekonomik varlığının bulunduğundan bahsedilmiştir.
3. 2018 yılı tarihli son kararında ise, özel hastane ruhsatının müstakil ekonomik değeri bulunduğu hükmetmiştir. Bundan hemen sonra, Ankara İcra Dairesi'nin taşınır satış ilanında, Ankara il Sağlık Müdürlüğü'nce özel hastane ruhsatının bağlı birimler ve hekim kadrolarından, yataklarından ayrı devredilemeyeceği bildirildiği için, özel hastane bütünüyle satışa çıkarılmıştır.

Yukarıdaki gerek minibüs-minibüs hattının beraber satılmasının gerekip gerekmediği, gerek özel hastanelerin devrinin kapsamı konusuna bakıldığında, yargı uygulamasının yeknesak olmadığı ve zaman içinde satılan şeylerin ekonomik ve ticari değerine göre değişim gösterebileceği görülmektedir. Uygulamada icra dairelerinin, özel hastanelerin devrine ilişkin bir durum ortaya çıktığında en yakın Sağlık Bakanlığı'na bağlı birime sormak suretiyle hareket ettiğini söyleyebiliriz.

Konuya ilişkin olarak marka hakkındaki duruma bakacak olursak, Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>73</sup> kapsamındaki düzenlemeleri incelemeliyiz. Bu Kanun'un 148. maddesi kapsamında "*Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir*". Konuya ilişkin 556 sayılı KHK<sup>74</sup> dönemindeki bir yargı kararında Yargıtay şu şekilde kaniya varmıştı: "*O halde, ilk bakışta belirle-*

<sup>73</sup> Kanun numarası: 6769, Kabul tarihi: 22.12.2016, Yayımlandığı R.G. tarihi: 10.1.2017, Sayı: 29944, Tertip:5 Cilt: 58. Bu Kanun'un 1912'inci maddesi kapsamında diğer marka-patente ilişkin KHK'lar yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>74</sup> Bu KHK için bkz. R.G., T. 27/6/1995, Sa. 22326, KHK T. 24/6/1995.(Bu KHK 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanununun 191 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.)

*nebileceği gibi taşınır mallarla sınırlı İcra ve İflâs Kanunu'nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. Nitekim, kanun koyucu da bu amaçla 556 sayılı KHK'nın 19. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İcra ve İflâs Kanunu'nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yollama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayınlanacağını öngörmüştür".<sup>75</sup> 7101 sayılı Kanunu'nun Adalet Komisyonu Raporunda<sup>76</sup> bir bütün halinde paraya çevrilme kavramının marka ve patent haklarını kapsayıp kapsamayacağına ilişkin açıkça düzenlemenin yapılması gerektiği belirtilmiş olduğu da dikkate alınacak olunursa marka hakkının işletmeyle bir bütün olarak satılabileceği sonucuna varılmayacaktır. Kanun koyucu burada konuya ilişkin geçmişteki yerleşik yargı uygulamalarından ötürü bilinçli olarak susmuş olabilir. O halde her ne kadar yeni kanun kapsamında ayrıntılı düzenleme bulunmasa da ve İİK m. 128/5'de yer verilme de eski KHK ve yargı kararlarına istinaden markanın işletmeden ayrı ticari ve ekonomik bütünlüğünün bulunduğunu ifade edebiliriz.*

### III. İİK M. 128/5 İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Araştırmaya konu düzenlemenin yer aldığı madde, İcra ve İflâs Kanunu'nun satışa ilişkin bölümünde düzenlenmiştir. Ancak gerek haciz gerek satış işlemleri kural olarak alacaklının talebi ile yürür. Burada akla şu soru gelebilir: Ekonomik bütünlük arz eden maldan bir kısmına haciz konulup, kalan kısmına konulmazsa (bütünlüğü sağlayan kısma), satışta yine ticari ve ekonomik bütünlük arz eden mallar beraber satılabilir mi? İİK'ya göre cevabımız olumsuz olacaktır. Çünkü ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığının beraber satılması kanunun emredici hükmüdür. İcra memuru haciz işlemleri sırasında hacizde tertip ve aşkın haciz yasağı ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığı değerlerini birlikte haciz altına almalıdır ki satış yapılabilsin. Burada iki (veya daha fazla) mal ya da hakkın ekonomik ve ticari bütünlük arz ettiğinin veya birlik-

<sup>75</sup> Yargıtay 11. HD., T. 9.3.2000, E. 1999/8623 K. 2000/2232, www.kazanci.com. Marka haczine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Dönmez, "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, sa. 84, s. 375-385.

<sup>76</sup> www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf, s. 33

te satıldığında daha yüksek gelir getireceğinin tespiti, esasında kıymet takdiri aşamasında ortaya çıkar. Çünkü icra memurunun bu mal ve hakların ayrı satılması durumunda değerlerinin düştüğünü, birlikte satılması durumunda daha yüksek meblağ ile satılacağını ifade edebilmesi ancak kıymet takdiri ile mümkündür. Kendisinin kıymet takdiri yapamadığı durumlarda bilirkişiden yardım alabilir.<sup>77</sup>

Haciz aşamasından sonra satış aşamasına geçilir. Satış alacaklı tarafından talep edilebileceği gibi borçlu tarafından da talep edilebilir.<sup>78</sup> Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığının birlikte haczine karar veren icra müdürünün satışa da birlikte satış şeklinde karar vermesi gerekir. Bu şekilde hacizli şeyin daha yüksek meblağ ile satışı mümkün olacak, bu durum alacaklının da borçlunun da menfaatine olacaktır.

İcra müdürünün, m. 128/5 hükmüne aykırı hareket etmesi kanuna aykırılık oluşturacağı için şikâyet yoluyla ihalenin feshine gidilebilir.<sup>79</sup> Şikâyet icra mahkemesine yapılır, süresi 7 gündür. İcra müdürünün ticari ve ekonomik bütünlük oluşturan eşya ve bir bütün halinde satıldığında daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakların neler olduğunu takdir etmek icra müdürünün takdirinde iken, m. 128/5'in sonunda yer alan "paraya çevrilir" ifadesinden ötürü paraya çevirme aşamasında icra müdürünün takdiri yoktur. Kanuna aykırılığı bu kısmın oluşturacağını belirtmekte fayda vardır.

Haczedilen eşya üzerinde istihkak iddiasında bulunulursa ne yapılır? İstihkak iddiası sadece mülkiyete ilişkin olarak ileri sürülen bir hak değildir. Buna göre mülkiyet dışındaki aynı haklar ve alacak talepleri dahi istihkak iddiasına konu olabilir. İstihkak iddiası sonunda malın üçüncü kişiye ait olduğu anlaşılırsa haciz kalkar ve mal sahibine teslim edilir. İstihkak iddia edilen eşya borçluya aitse, diğer hacizli mallar gibi işlem görür. Buna göre, ekonomik ve ticari bütünlük arz eden malların satılması istihkak iddiası çözüme bağlandıktan sonra gerçekleşecektir.<sup>80</sup> Ticari ve ekonomik bütünlük gösteren mallardan bir kısmına ilişkin istihkak iddiasında bulunulması durumundan is-

<sup>77</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (6. Bası Ders Kitabı, 2019) s. 156.

<sup>78</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (6. Bası Ders Kitabı, 2019) s. 205.

<sup>79</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (6. Bası Ders Kitabı, 2019) s. 226.

<sup>80</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, (6. Bası Ders Kitabı, 2019) s. 190.

tihkak iddia edilen eşyaya ilişkin icra mahkemesi bir durdurma karar vermişse veya söz konusu iddia İİK m. 99 kapsamında ise, ticari ve ekonomik bütünlük gösteren diğer malın satılmasının beklenmesi söz konusu malın satış bedelinden bir an önce alacağını almak isteyen alacaklıların menfaatine aykırı olur. Bu durumda, istihkak davasının üçüncü kişi aleyhine sonuçlanarak ticari ve ekonomik bütünlüğün sağlanmasının beklenmeyecek ve istihkak iddia edilmemiş hacizli mal veya hak satılacaktır kanaatindeyim.

Tek bir talep alacaklısının veya aynı borçluya karşı birden fazla talep alacaklısının bulunduğu durumda bunların ekonomik bütünlük arz eden veya birlikte satıldığında daha fazla ücret elde edilecek eşyaları ayrı satmak istemelerinin bir önemi olmaz. Kanun koyucu ticari ve ekonomik bütünlük arz eden veya birlikte satıldığında daha fazla ücret elde edilecek eşyaların tespiti ve kıymet takdiri konusunda icra müdürüne takdir hakkı tanımıştır<sup>81</sup>. Bununla beraber ekonomik bütünlüğün bulunması ya da bütün halinde satıldığında daha yüksek gelir elde edileceğinin anlaşılması durumunda mal ve haklar bir bütün olarak paraya çevrilecektir. İlgili düzenleme amir hüküm olduğu için, ayrı ayrı satış istense dahi icra müdürü bir bütünlük arz eden malvarlığını beraber satmak zorundadır. Aksi halde kanuna aykırı davranmış olur ve icra müdürünün kanuna aykırı işlem yapması bir şikâyet nedenidir.<sup>82</sup> Bu durumda satış talebinin bölünemeyeceğini düşünüyoruz.

Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden veya birlikte satıldığında daha fazla ücret elde edilecek eşyaların malvarlığına haciz konulması, konulan hacze iştirak edilmesi aşamaları sıkıntı arz etmemektedir. Bu durumda bütünlük arz eden malvarlığına beraber haciz konulur. Pürüz çıkarabilecek aşama paraların paylaşılması aşamasıdır. Buna ilişkin olarak İİK m. 128/5'in hükümet gerekçesinin son fıkrasında şu şekilde bir ifade kullanılmıştır; *“Birlikte satılmasına karar verilen hacizli mallardan bazılarının başka alacaklı tarafından haczedilmesi halinde paraların paylaşılması aşamasında, haczedilen münferit malın değerinin birlikte satılmasına karar verilen hacizli malların takdir edilen satış değerine oranının dikkate alınıp alınmayacağına içtihatlarla bırakılması tercih edilmektedir”*.

<sup>81</sup> İcra müdürünün takdir yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Volkan Çelikel, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014.

<sup>82</sup> Bkz. yuk. dipnot 62.

## SONUÇ

Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden veya birlikte satıldığında daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan malvarlığının birlikte paraya çevrilmesi ilkesi, İcra ve İflâs Kanunu 128. maddeye 7101 sayılı Kanun'un ilk fıkrası ile eklenmiştir. Bu kavramlar her ne kadar kanuna yeni girmiş olsa da uygulamada yerleşmiş, yargı kararlarında da kendisine fazlaca yer verilmiş kavramlardır.

128. maddenin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemede bahsedilen kavramların tanımlarına gerek kitaplarda gerekse de kanun da yer verilmemiştir. Bununla beraber pek çok mevzuat kendi kapsamına göre tanımlamalar yapmıştır. Bu tanımların hepsinin ortak bir özelliği vardır. İster taşınmaz ister taşınır olsun; bir arada bulunması ticari ve ekonomik açıdan faydalı olan, teknik açıdan birbirine bağlı ya da birbirlerine sağladıkları menfaatlerin yüksek olmasından ötürü birbirine bağımlı olan mal ve haklar ile bir bütün halinde satılmaları durumunda daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar bir bütün halinde paraya çevrilirler. Mal ve hakların söz konusu niteliğe haiz olup olmadıkları icra müdürü tarafından belirlenir. İcra müdürünün yeterli olmadığı durumlarda kıymet takdiri için yetkili komisyon, bilirkişi, gibi kişilerden yardım alınacaktır. Bu aşamada kıymet takdirinin doğru yapılması satışta hem alacaklının hem de borçlunun zarara uğramaması açısından oldukça önemlidir.

Madde hükmünün İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazların satışını düzenleyen kısmında yer alıyor olması ise söz konusu hükmün taşınırlara uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasını gündeme getirir. Konuya ilişkin olarak yargının yerleşik uygulamalarına bakılırsa taşınırlar için de ekonomik ve ticari bütünlük arz etme durumunda bir bütün halinde satışı mümkün olur. Sadece ticari ve ekonomik bütünlük şart olmayıp, teknik zorunluluk, kullanım bütünlüğü, eşyalar arası maddi benzerlik gibi durumlarda da satış bir bütün halinde gerçekleşebilir. Madde hükmü her ne kadar taşınmazlar için düzenlense de taşınırlar için de uygulanabilecektir.

Yargıtay'ın ticari ve ekonomik bütünlük arz etme kavramı dönemin ihtiyaçlarına, ekonomik olaylara göre değişiklik arz edebilmektedir. Örneğin; bir dönem minibüslerin plaka-hat ilişkisinin ekonomik bütünlük oluşturacağına karar vermişken, daha sonra ekonomik bütünlük oluşturmayıp ayrı zamanlarda satılabileceğine karar vermiştir.



Haciz aşamasında kıymet takdiri oldukça önem arz etmekle beraber icra müdürünün takdir yetkisindedir. Bununla beraber satış aşamasında ticari ve ekonomik bütünlük arz eden malvarlığının kanun hükmü gereği muhakkak birlikte satılması gerekir. Aksi şekilde hareket edilmesi şikâyet sebebidir.

Paraların paylaşılması aşamasına gelindiğinde ekonomik bütünlük arz eden şeylerden birine münferit olarak başka alacaklıların haciz koydurmuş olması durumunda, münferit malın değerinin, bütün olarak satılan malların satış değerine oranının dikkate alınıp alınmayacağı içtihatlarla bırakılmıştır. Çalışmamızı yaparken buna ilişkin bir içtihada rastlanmamıştır. Bununla beraber bu oranın gerek hakkaniyet gereği gerek madde fıkrasının amacına ulaşması açısından münferit satış değerinin, bütün halinde satış değerine göre oranının dikkate alınması gerektiği kanaati oluşmuştur. Bu artıştan tek bir alacaklının faydalandırılması hakkaniyete aykırı olduğundan, paylaşım yapılırken tüm alacaklıların bu artıştan faydalandırılması uygun olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema, Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Atalı Murat, Ermenek İbrahim, Erdoğan Ersin, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2019.
- Berkin Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980.
- Çelikel Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014.
- Dönmez Murat, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, 20. Baskı, Bursa 2018.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Karlı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 2, Alfa Yayınevi, İstanbul 1990.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Topuz Gökçen, Hisse Haczi ve Satışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 1, Adalet Yayınevi Ankara 2013.
- Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, Oktay Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral, Özekes Muhammet., İcra İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, İstanbul 2011.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral, Özekes Muhammet., İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019 (6. bası Ders Kitabı 2019).
- Pekcanitez Hakan, Akkan Mine, Erişir Evrim, İcra ve İflâs Kanunu, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Postacıoğlu İlhan, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1982.
- Ulukapı Ömer, İcra ve İflâs Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Uyar Talih, İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, Feryal matbaacılık, Ankara 2002.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, Yetkin Yayıncılık, İstanbul 1995.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004.
- Yıldırım Kâmil Mehmet/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.

### **Makaleler**

- Akıncı Elif, "Tarihsel Perspektifte Limited Şirket Kavramı" *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl:2018, sa. 76 / 2, s. 481-502.
- Berkin Necmeddin, "Tapuda Kayıtlı Olduğu Halde Mükellefiyet Listesine Geçirilmeyen Haklardan Alıcının Mesuliyeti". *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Yıl: 2011; sa. 34(1-4), s. 285-293.
- Dönmez Murat, "Mükellefiyetler Listesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2006, sa. 64, s. 368-382.
- Dönmez Murat, "Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, sa. 84, s. 375-385.
- Yıldız Okan/Çoruhlu Yakup Emre, "Plansız Alanlarda Taşınmaz Malların Bölünmesi" *Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Yıl: 2018, sa.18, s.592-604.

### **İnternet Kaynakları**

- [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)
- [www.app.e-uyar.com/blog/index](http://www.app.e-uyar.com/blog/index)
- [www.hukukihaber.net](http://www.hukukihaber.net)
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)
- [www.makaleler.com](http://www.makaleler.com)
- [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)
- [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)
- [www.tmsf.org.tr](http://www.tmsf.org.tr)
- [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)
- [www.uyusmazlik.gov.tr](http://www.uyusmazlik.gov.tr)
- [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

# LİMİTED ŞİRKETTE ORTAKLARIN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## ADDITIONAL PAYMENT OBLIGATION OF PARTNERS IN LIMITED COMPANY

Ramazan TURAN\*

**Özet:** Limited şirket, bir sermaye şirketi olarak düzenlenmiştir. Sermaye şirketlerinde ise ortakların asıl borcu, sermaye koymaktır. Nitekim ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp yalnızca tahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle yükümlü tutulurlar. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden birisi de limited şirket ortakları için ek ödeme yükümlülüğüdür. Kanun maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ek ödeme yükümlülüğü kurumun getirilmesindeki amaç, finansal yönden kötü duruma düşen ve bilanço açığı bulunan limited şirkete, ortakların asıl borcu olan sermaye koyma borcuna ek olarak yapacakları ödemelerle yardımcı olmaları ve şirketin kötü durumdan ve bilanço açığından kurtulmasıdır. Çalışmamızda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun öngördüğü limited şirkette ortakların ek ödeme yükümlülüğü, doktrin de dikkate alınarak incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Ek Ödeme Yükümlülüğü, Ek Yüküm, Limited Şirket, Sermaye Şirketi

**Abstract:** Limited company is regulated as an equity company. In an equity company, the primary obligation of the partners is to invest capital. As a matter of fact, the partners are not responsible for the company's debts and are only obliged to pay the capital stocks they have committed. One of the innovations brought by the Turkish Commercial Code No. 6102 is the additional payment obligation for the limited company partners. In the justification of the article of the Code, it is stated why an additional payment obligation was occurred. The additional payment obligation is an institution developed with the aim of helping the partnership to get out of the bad financial situation by means of closing the budget deficit. In our study, the additional payment obligation of the partners in the limited company brought by the Turkish Commercial Code No. 6102 will be examined by considering the doctrine.

**Keywords:** Additional Liability, Additional Payment Obligation, Equity Company, Limited Company

\* Diyarbakır Hâkimi, turan.rmzn@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2285-8537, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.05.2020, Kabul Tarihi: 28.05.2020

## GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK),<sup>1</sup> eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK)<sup>2</sup> bakımından birkaç noktada farklıdır. Bunlardan birisi de ek ödeme yükümlülüğünün açıkça kanuna alınmış olmasıdır. TTK, limited şirketlerde ortaklara ek ödeme yükümlülüğünü getirmiştir (TTK m. 573/2). Maddenin gerekçesinde getiriliş amacı, finansal yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan şirkete, ortakların yapacakları ek ödemelerle yardımcı olmaları olarak belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nda yeni düzenlenmiş olmasına rağmen ek ödeme yükümlülüğü, hukukumuzda yeni bir kavram değildir. Nitekim 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun<sup>3</sup> 31. maddesinde<sup>4</sup> ve devamı maddelerinde ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Ek ödeme, temelde bilanço açıklarını kapatmak amacıyla öngörül-  
müş bir araçken, son zamanlarda amaçtaki bu sınırlama kalkmıştır. Kaynak İsviçre Tasarısı'nda kurumun uygulama alanı genişletilmiştir. Tasarıdaki genişleme birinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde açıkça görülmektedir. Böylece limited şirket hayatını sürdürebilmesi, ödeme dar boğazından çıkabilmesi için yeni bir olanağa kavuşmuştur.<sup>5</sup>

Çalışmamızda, ek ödeme yükümlülüğü kavramı, öngörülmesi, yükümlülükte sorumluluğun kapsamı, kendi paylarını iktisap etmesinin yükümlülüğe etkisi, yükümlülüğün talebinde yetkili kişiler ve usul, yükümlülük talep edilebilecek haller, esas sermaye azaltılmasında yükümlülüğün durumu, yükümlülüğün ifa edilmemesinin sonuçları, ortağın şirketten ayrılmasından sonraki durumu, iadesi, canlanması, azaltılması veya kaldırılması, sonradan getirilmesi veya artırılması, benzer hukuki kurumlarla ayrımı incelenecektir.

<sup>1</sup> RG. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>2</sup> RG. 09.07.1956, S. 9353.

<sup>3</sup> RG. 10.05.1969, S. 13195.

<sup>4</sup> "Ana sözleşme ortakları ek ödemelerle yükümlendirebilir. Ancak ek ödemelerin yalnız bilanço açıklarını kapatmada kullanılması şarttır. Ek ödeme yüküleme sınırsız olabileceği gibi belirli miktarlarla veya iş hacmi ile veya paylarla orantılı olarak sınırlandırılabilir. Kooperatifin iflası halinde ek ödemeleri isteme hakkı iflas idaresindedir". (1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 31).

<sup>5</sup> TTK Gerekçe, m. 603.

## I. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI

Ek ödeme yükümlülüğü, finansal yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan şirketin faaliyetlerinin sürekliliğini güvence altına almak için, esas sermaye borcu dışında ve kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, şirkete nakdi ödemede bulunulmasına ilişkin ortaklara şirket sözleşmesiyle öngörülebilir yükümlülüktür.<sup>6</sup>

Ortaklar tarafından ek ödeme yükümlülükleri, sadece şirkete karşı borçlanılır. Ayrıca bu yükümlülüklerin sermayeden farklı olarak ibra ve tecil edilmesi mümkündür (TTK m. 601). Zira bu yükümlülükler, sermayeyle ilgili unsurlar değildir.

Şirket, sermaye artırımının kapsamlı esas ve kurallarına başvurmak zorunda kalmaksızın hâlihazırdaki ortak veya ortaklardan nakdi ödemeler, finansal kaynaklar elde edecektir. Hatta bu kurumun, şirket bakımından herhangi bir mali durumun iyileştirilmesi projesi olmaksızın yararlanılabilecek mahiyette alternatif bir finansman aracı olduğu belirtilmiştir.<sup>7</sup> Bu şekilde ortaklık sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüklerinin öngörülebilmesi, bilhassa limited şirketlerde kayıtlı sermaye sistemi ve bu sistemle daha kolay hale gelen sermaye artırımının düzenlenmemesinin bir denkleştirilmesini teşkil eder.

Amaç yönünden kişisel sorumluluğa benzetilir. Her iki kurumda da şirket borçlarını ödeyemediği takdirde ortaklara başvurulmaktadır. Ancak kişisel sorumluluk alacaklılara karşıdır ve dışa yöneliktir; ek ödeme ise şirkete karşıdır ve içe yöneliktir.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Benzer tanımlar için bkz. Hasan Karakılıç, "Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, S. 2, C. 4, s. 108; Ufuk Ünlü, "Tüm Yönleriyle Limited Şirketler", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, S. 108, C. 10, s. 103; Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 405-406; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 8. Bası, İstanbul, 2014, s. 432-433; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınları, 9. Baskı, Bursa, 2013, s. 740; Mustafa Erdem Can, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, S. 4, C. 15, s. 14-15; Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt 3 (Madde 417-644), Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 3807; Yasemin Varoğlu, "Limited Şirketlerde Ortakların Hak ve Borçları" (Yüksek Lisans), Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 152; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 579; Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar*, Karahan Kitabevi, 2. Baskı, Adana, 2015, s. 332.

<sup>7</sup> Karakılıç, s. 116; Mustafa Yavuz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü", *Mali Çözüm Dergisi*, 2012 S. 113, s. 157-158; Ünlü, s. 103; Şener, s. 406-407.

<sup>8</sup> TTK Gerekeç, m. 573.

## II. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ÖNGÖRÜLMESİ

### A. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE YER ALMASI ZORUNLULUĞU

TTK m. 603/1 ve 577/1-c'de açıkça yazıldığı gibi, ek ödeme yükümlülükleri yalnızca şirket sözleşmesiyle getirilebilir. Buna yönelik düzenleme emredicidir. Diğer bir deyişle, sadece genel kurul ve/veya müdür(ler) kararıyla ortaklara ek ödeme yükümlülüğü getirilemez.<sup>9</sup> Bu şekilde alınan genel kurul ve müdür(ler) kararları batıldır.

Ek ödeme yükümlülüğü, kuruluştaki şirket sözleşmesinde öngörülebileceği gibi, sonradan şirket sözleşmesinin değiştirilmesi yoluyla da getirilebilir. Bu tür sözleşme değişiklikleri halinde TTK m. 589/2'de belirtildiği gibi tescil ve ilan yapılması gerekir. Ayrıca TTK m. 589/1'de yer alan, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla şirket sözleşmesinin değiştirilmesi kuralının istisnası mahiyetinde, ek ödeme yükümlülüğü için kanun koyucu ayrı bir hüküm getirmiştir. TTK m. 607'e göre, şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.<sup>10</sup>

TTK m. 607 hükmüne göre, bütün ortaklar için öngörülen ek ödeme yükümlülükleri, sadece bütün ortakların onayıyla getirilebilir ya da artırılabilir. Buna karşın sadece belirli ortaklar için ek ödeme yükümlülüğü getirilecekse veya onların yükümlülüğü artırılacaksa, bu halde yalnızca onların onayı gerekli ve yeterlidir.

### B. YÜKÜMLÜLÜĞÜN DÜZENLENMESİNDE EŞİT İŞLEM İLKESİNİN UYGULANMAMASI

Ek ödeme yükümlülüğü olarak tüm esas sermaye payları için aynı tutar öngörülebileceği gibi, farklı tutarların da öngörülmesi mümkündür. Keza ek ödeme yükümlülüğü, bütün esas sermaye payları için getirilebileceği gibi yalnızca bazı esas sermaye payları için ya da esas sermaye paylarının belirli kategorileri için getirilebilir. Fakat her zaman

<sup>9</sup> Karakılıç, s. 114; Şener, s. 407.

<sup>10</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 834; Şener, s. 408; Karakılıç, s. 114. Yavuz, s. 159; Bahtiyar, s. 433; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 461; Can, s. 15; Varoğlu, s. 152.

şirket sözleşmesinden hangi esas sermaye payının hangi kapsamda bir ek ödeme yükümlülüğüyle yükümlendirildiğinin anlaşılır olması gerekir. Ancak ek ödeme yükümlülükleri, ortakların isimleri yazılarak belirtilmez. Çünkü -aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi- ek ödeme yükümlülükleri, ortakların şahsına değil, esas sermaye payına bağlıdır. Şahsa bağlı olmadığından eşit işlem ilkesi, hangi payların ek ödeme yükümlülüğüyle yükümleneceğinin belirlenmesinde geçerli bir ilke değildir.<sup>11</sup> Zira ek ödeme yükümlülüğü, TTK m. 607'de açıkça belirtildiği gibi, yalnızca ilgili ortağın onayı varsa söz konusu olabilir.

### C. YÜKÜMLÜLÜĞÜN ESAS SERMAYE PAYINA BAĞLANMASI

Ek ödeme yükümünü ödeyecek kişi, esas sermaye payına malik olma vasıtasıyla belirlenir. Ek ödeme yükümlülüğü, yükümlü ortağın esas sermaye payı esas alınmak üzere getirilebilir.<sup>12</sup> Diğer bir deyişle ortaklık kidedi, yönetici olmamak, yabancı uyrukta bulunmak gibi diğer koşullara bağlanamaz.

Ek ödeme yükümlülüğü, tüm şirket payları için konulabileceği gibi, bazı paylara da bağlanabilmesi veya münferit bir sermaye payı için öngörülmesi mümkündür. Ancak her durumda hangi esas sermaye payı veya paylarının hangi oranda bir ek ödeme ile yükümlendiğinin şirket sözleşmesinden rahatlıkla anlaşılacak şekilde düzenlenmesi gerekir. Hal böyle iken, tüm ortaklar için toplam bir miktar şeklindeki düzenleme bu konuda yeterli değildir. Nitekim böyle bir yükümlülük geçerli olmayacağı için, ortaklar açısından da bağlayıcı olmayacaktır.

Ek ödeme yükümlülüğünün esas sermaye payına bağlanması mecburiyeti, eşyaya bağlı borca benzer bir hukuki durum yaratır.<sup>13</sup> Bunun sonucunda bir ortak, ek ödeme yükümlülüğü bağlanmış esas sermaye payını devrederse, bu durumda ek ödeme yükümü de devredenden devralana geçer ve ilgili esas sermaye payının yeni maliki ek ödeme yükümünü borçlanır. Bu halde esas sermaye payının yeni malikinin bir borç üstlenmesinde bulunmasına da gerek yoktur.

<sup>11</sup> Gerekcede ya da Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortaklar arasında eşitlik ilkesinden vazgeçilebileceği yönünde bir ibare olmadığından, ek ödeme yükümü konusunda eşitlik ilkesinden sapılmasına izin verilmediği yönündeki görüş için bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 743; ayrıca bkz. Can, s. 15.

<sup>12</sup> Pulaşlı, s. 834; Şener, s. 409; Karakılıç, s. 114-115; Bahtiyar, s. 433; Tekinalp, s. 579.

<sup>13</sup> Şener, s. 409; Tekinalp, s. 579.

Ayrıca devir hususunda, TTK m. 595/6 hükmüne de değinmek gerekir. Bu düzenlemeye göre şirket kendisine ek ödeme yükümlülüğü için teminat verilmesini isteyebilir. Zira madde metnine göre, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi, devri onaylamayabilir. Netice itibariyle şirket sözleşmesinden hangi esas sermaye paylarının, hangi miktarda ek ödeme yükümlülüğüne tabi tutulduğunun açıklıkla anlaşılması zorunludur.

#### D. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BELİRLİLİĞİ VE ÜST SINIRI

Ek ödeme yükümlülüğü, nakdi ödeme olarak ifa edileceğinden, bu yükümlülüğün miktarının da şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Sadece belirlenebilir kılan dolambaçlı ifadeler uygun değildir. Burada şirket sözleşmesinde öngörülen belirli bir miktar (örneğin 10.000 TL) veya esas sermaye payıyla orantılı olarak (örneğin esas sermaye payının yüzde 20'si) düzenleme yapılabilir.<sup>14</sup>

Ek ödeme yükümlülüğünün sınırsız olarak öngörülmesi olanaklı değildir.<sup>15</sup> Nitekim TTK m. 603/3'e göre, "ek ödeme yükümlülüğü, şirket sözleşmesinde ancak esas sermaye payını esas alan belirli bir tutar olarak öngörülebilir. Bu tutar, esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşamaz"<sup>16</sup> denilerek üst sınırı çizilmektedir. Bu sınıra, primli (Agio) payların<sup>17</sup> da

<sup>14</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 461; Karakılıç, s. 117; Şener, s. 410-411.

<sup>15</sup> Alman hukukunda şirket sözleşmesinde en fazla miktarın belirlendiği sınırlı ek ödeme yükümü öngörülebileceği gibi, ortakların kendi esas sermaye paylarının terki yoluyla kurtulabilecekleri sınırsız ek ödeme yükümlülüğü de öngörülebileceğine yönelik bkz. Şener, s. 412.

<sup>16</sup> "Bu anlamda, örneğin 20.000 TL esas sermaye ile kurulan bir limited ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinde bütün paylar için aynı zamanda ek ödeme yükümlülüğü de öngörülmüşse, bu yükümlülük en fazla 40.000 TL olabilir. Bu durumda ortaklığın ticari faaliyetleri bağlamında üzerinde tasarrufta bulunabileceği öz kaynak miktarı ve bu anlamda esas sermayesi de bir anlamda 60.000 TL'ye çıkmış olacaktır". (Karakılıç, s. 117, dn. 60).

<sup>17</sup> Primli pay, payın itibari değerinin üzerinde bir fiyatla çıkarılan paydır. TTK m. 583/4 gereğince, esas sermaye payları, itibari değerden veya bu değeri aşan bir bedelle çıkarılabilir. Primli paylar olarak adlandırılan bu paylar, uygulamada genel olarak sermaye artırımlarında ve bilhassa mali yapısı sağlam ve başarılı limited şirketler tarafından çıkartılmaktadır. Bkz. Karakılıç, s. 117, dn. 61, Tekinalp, s. 94, Nr. 9-11e.



tabi olacağı savunulmaktadır.<sup>18</sup> Diğer bir anlatımla, primli paylar için de ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesi durumunda, payın gerçek değeri esas alınmak üzere ek ödeme yükümlülüğünün belirlenmesi gerekir. Aksi halde, ilgili ortağın yükümlülüğünün ağırlaşması yanında, mevcut kanuni düzenlemeye de bir aykırılık ortaya çıkacaktır. Ayrıca ek ödeme yükümlülüğünün miktarı hususunda böyle bir sınırlama öngörülmesi, sorumluluğun niteliğine uygun olduğu gibi, aynı zamanda kuruluşta ne türden sorumluluk altına girdiğinin farkında olmayan ortaklar bakımından da koruyucu bir işlev görmektedir.<sup>19</sup>

Üst sınır belirlenmesi nedeniyle, ek ödeme yükümlülüğünün yabancı para cinsinden belirlenmesi imkânı da bulunmamaktadır. Zira kurda dalgalanmalar meydana gelebileceğinden, TTK m. 603/3 hükmündeki esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşamayacağı kuralı, ihlal edilebilir hale gelecektir.

Ayrıca, şayet bir ortak, TTK m. 583/3 hükmüne göre, birden fazla esas sermaye payına sahip olmuşsa, ek ödeme yükümü paya bağlı olduğundan, her bir pay için ortağın sorumluluğu, en fazla iki kat olarak belirlenecektir.

### III. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE SORUMLULUĞUN KAPSAMI

TTK m. 603/4 hükmüne göre, her ortak, sadece kendi esas sermaye payına düşen ek ödemeyi ifa etmekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, her ortak, bireysel olarak kendisine düşen ek ödeme yükümünü borçlanmaktadır. Diğer ortakların ek ödeme yükümlülükleri bakımından müteselsil bir sorumluluğu<sup>20</sup> ya da açığı kapatma yükümü söz konusu değildir.

Bununla birlikte, müteselsil sorumluluk, esas sermaye payının birden fazla ortağa ait olması durumunda getirilmiştir. TTK m. 599/1 gereğince, *“bir esas sermaye payı birden fazla ortağa ait olduğu takdirde, paydaşlar şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülükle-*

<sup>18</sup> Pulaşlı, s. 834; Şener, s. 412; Karakılıç, s. 117.

<sup>19</sup> Karakılıç, s. 117; Şener, s. 412.

<sup>20</sup> Soner Altaş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 329; Pulaşlı, s. 835; Yavuz, s. 160; Karakılıç, s. 127; Şener, s. 413; Bilgili/Demirkapı, s. 743.

*rinden dolayı şirkete karşı müteselsilen sorumludur”* denilerek bu durum açıkça düzenlenmiştir.

Şener<sup>21</sup> de TTK m. 599/1'deki düzenlemenin müteselsil sorumluluk açısından gerçek anlamda bir istisna olmadığını, çünkü bu düzenlemede öngörülen ek ödeme yükümlülüklerinden dolayı müteselsil sorumluluğun bölünemeyen ortak konumunun bir neticesi olduğunu, temel esas olarak her ortağın kendisine düşen ek ödeme yükümlülüğünü bireysel olarak borçlandığını belirtmiştir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz üzere, ek ödeme yükümlülüğü, eşyaya bağlı borç niteliğinde olduğundan esas sermaye payına bağlıdır, ortağa bağlı değildir. TTK m. 599/1'de de esas sermaye payının birden fazla kişiye ait olduğu durumda müteselsil sorumluluğun doğacağı düzenlenmiştir.

#### **IV. ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİNİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ**

Şirket, ek ödeme yükümlülüğünü de barındıran kendi esas sermaye paylarını iktisap ederse, TTK m. 612/5'e göre, bu paylara ait ek ödeme yükümlülükleri, söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece istenemez.

İsviçre hukukunda ise farklı bir düzenleme mevcuttur.<sup>22</sup> Eğer iktisap edilecek esas sermaye paylarına bağlı ek ödeme yükümlülüğü varsa, esas sermaye paylarının iktisabından önce ek ödeme yükümlülükleri kaldırılmalıdır.

#### **V. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ TALEBİNDE YETKİLİ KİŞİLER VE USUL**

##### **A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ TALEBİNDE yetkili kişiler**

##### **1. Genel Olarak**

Ek ödeme yükümlülüğünün ifasını şirket adına talep yetkisi, kural olarak müdürlere aittir. Bununla birlikte, limited şirketin içinde bulunduğu hukuki statü bağlamında, ek ödeme yükümlülüğünün ifasını

<sup>21</sup> Şener, s. 413-414.

<sup>22</sup> Şener, s. 414.

talep yetkisi, yerine göre tasfiye memurları, iflas idaresi veya kayyıma ait olabilir.<sup>23</sup>

Diğer yandan, ek ödeme yükümlülüğü şirkete karşı bir borç doğurduğundan, içe dönük bir kurum olduğundan, örneğin şirket alacaklılarının ek ödeme yükümlülüğünün ifasını talep etmeleri söz konusu değildir. Zira esas sermaye borcunda olduğu gibi ek ödeme yükümlülüğünde de pay sahipleri, limited şirket tüzel kişiliğine karşı borç altına girmektedir.

## 2. Müdürler

Şirket sözleşmesiyle getirilen ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, kanuni şartları oluşmuşsa, müdürler tarafından talep edilecektir (TTK m. 603/5). Limited şirket genel kurulunun, ortaklardan ek ödeme yükümlülüğünü yerine getirmelerini talep etmesi mümkün değildir.<sup>24</sup> TTK m. 624/3 uyarınca, birden fazla müdürün varlığı halinde, aksi şirket sözleşmesinde öngörülmemişse, bunlar kararlarını bir kurul olarak alacaklarından, bu durum ek ödeme yükümlülüğünün talebi hususunda da geçerlidir.

Ek ödeme yükümlülüklerinin müdürlerce talep edilmesi hızlı davranılması açısından isabetli olmuştur. Gerçekten de genel olarak finansmana, zaman bakımından acil olarak ihtiyaç duyulur. Kaldı ki, ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebilmesi mahiyeti itibarıyla idari tedbirdir, yoksa genel kurulun temel kararı niteliğinde değildir.<sup>25</sup>

Müdürler her ne kadar talep yetkisine sahipse de şartları gerçekleşmesine rağmen, ek ödeme yükümlülüklerini mutlaka talep etmek zorunda değildirler. Bilhassa sermaye kaybı durumunda müdürler, başka iyileştirme tedbirleriyle de amaca ulaşabiliyorlarsa (örneğin sermaye azaltılması veya sermaye artırımı) ek ödeme yükümlülüklerini talep etmekten kaçınabilir. Keza likidite sıkıntısı durumunda, ek ödeme yükümünün talebi yerine, bankalardan kredi alarak, bu sorunu aşabilirler.<sup>26</sup> Bu husus müdürlerin takdirindedir. Fakat müdürlerin talep etmekten kaçınırlar ve bunun sonucunda da şirket iflas ederse, müdürlerin sorumluluğu meydana gelebilir (TTK m. 644 ve 553).

<sup>23</sup> Tekinalp, s. 581; Karakılıç, s. 122; Yavuz, s. 160-161; Şener, s. 415.

<sup>24</sup> Karakılıç, s. 122-123.

<sup>25</sup> Şener, s. 415.

<sup>26</sup> Şener, s. 415-416.

Ek ödeme yükümlülüğünün talebine yönelik şirket müdürlerinin kararının, şirket sözleşmesinde kural getirilerek genel kurulun onayına sunulması öngörülebilir (TTK m. 625/2). Fakat böyle bir durumda şirketin kredi itibarının zarar görebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

### 3. Tasfiye Memurları

Limited şirketin tasfiye<sup>27</sup> aşamasına girdiği durumda, henüz yerine getirilmemiş ek ödeme yükümlülüğünün ifasını tasfiye memurları talep edebilirler. Limited şirkette TTK m. 643 hükmüne göre, tasfiye usulü ile tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır. Tasfiye memurları tasfiye aşamasında şirketin yönetim ve temsil organı olduklarından, tüm tasfiye işlemlerini de yapmaya ehildirler. Bununla birlikte, diğer organların görev ve yetkileri, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan, ancak nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgülenir (TTK m. 535/1)

Tasfiye memurlarının şirketin devam eden işlemlerini tamamlamak, gereğince pay bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısımlarını tahsil etmek yetkileri de vardır. Dolayısıyla tasfiye aşamasında şirketin her türlü alacağını, ortağın ifa etmediği nakdi sermaye koyma borcu dâhil, tahsile yetkili olan tasfiye memurlarının, şirket sözleşmesiyle öngörülmüş ek ödeme yükümlülüklerini de talep etmeleri mümkündür.

### 4. İflas İdaresi

TTK m. 636/1-c hükmü gereğince, limited şirket, iflasın açılmasıyla sona erer. Diğer yandan TTK m. 603/2'e göre, iflasın açılmasıyla ek ödeme yükümlülüğü de kendiliğinden muaccel olur. Burada ek ödeme yükümlülüğü, şirket alacaklıları açısından bir anlamda sanki ortakların ikinci dereceden şahsi sorumlulukları varmış gibi izlenim yaratmaktadır.

<sup>27</sup> Tasfiye, bir sona erme sebebinin ortaya çıkması ile şirketin ortadan kaldırılması arasındaki dönemde, şirketin devam eden işlemlerini sona erdirmeye, malvarlığını nakde çevirmeye, alacakların tahsil edilip borçların ödenmesine, mevcut yükümlülüklerin ifasını talebe ve ortaya çıkabilecek muhtemel tasfiye bakiyesini ortaklara paylaştırmaya hizmet eden bütün tedbirleri kapsayan süreçtir. Tasfiye kavramı ve süreci için bkz. Tekinalp, s. 191-211; Bahtiyar, s. 354-358; Karakılıç, s. 123.

İflasın açılmasıyla birlikte iflas masasına giren mallar üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas masasına geçer. Masa adına bu yetkiyi ise iflas idaresi kullanır (İİK m. 226/1). Dolayısıyla iflas idaresi, iflas masasının kanuni temsilcisidir. TTK m. 636/5 atfıyla 534/1 hükmüne göre, iflas halinde tasfiye, iflas idaresi tarafından yapılır. Aynı şekilde iflas durumunda, diğer organların yetkileri de şirketin ancak iflas idaresi tarafından temsil edilmediği hususlara özgülenir. Bu nedenle iflasın açılmasından sonra ek ödeme yükümlülüğünün ifasını talep yetkisi de müdürlerden iflas idaresine geçer.

## 5. Kayyım

Şirket tüzel kişinin malvarlığının yönetimi için varlığı zorunlu olan organın veya organların eksikliğinde kayyım<sup>28</sup> atanması olanaklıdır. Özellikle limited şirketlerde malvarlığının yönetimi müdüre veya müdürler kuruluna ait olduğundan, çalışamaması veya bir menfaat uyumsuzluğunun gerekli kılması durumunda kayyım atanabilir. Kayyım mahkeme tarafından re'sen veya kanun gereği görevlendirilir.<sup>29</sup> Kayyım, limited şirkette şartların doğurduğu organdır.<sup>30</sup>

Limited şirkete kayyım atanması durumunda, eğer kayyımın görev süresi içerisinde ek ödeme yükümlülüğü talebi için şartlar hâsıl olursa, kayyım da ek ödeme yükümlülüğünün ifasını talep edebilir. Bununla birlikte kayyımın bu talepte bulunabilmesi için mahkeme kararının uygun olması gerekir. Aksi halde kayyımın mahkemeden bu konuda yetki talep etmesi şarttır. Sermaye ortaklıklarının kayyım atanmasının söz konusu olduğu durumlara örnek olarak iflasın ertelenmesi ve organ eksikliğini verebiliriz. Bunun gibi mahkeme tarafından kayyım atanması durumunda, kayyımın yetkisi belirlenirken, ek ödeme yükümlülüklerini talep yetkisinin de belirtilmesi uygun olacaktır.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Kayyım, esasen medeni hukuka özgü bir kurumdur. Nitekim kanun koyucu, TMK 426 vd. maddelerinde düzenlemiştir. TMK m. 427/b. 4'e göre, bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yolla sağlanamamışsa o tüzel kişi için organın faaliyetlerini yürütmek üzere bir kayyım atanır. Kanunda tüzel kişi denildiği için tüm özel hukuk tüzel kişileri bakımından kayyım kabul edilir. Kayyım hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Beşinci Basıdan Tıpkı Altıncı Bası, İstanbul, 2012, s. 424 vd.

<sup>29</sup> Tekinalp, s. 216, Nr. 11-11.

<sup>30</sup> Tekinalp, s. 584, Nr. 22-01.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Karakılıç, s. 125-126.

## B. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ TALEBİNDE USUL

Müdürler ve diğer talepte bulunabilecek kişiler, ek ödeme yükümlülüğünün ifasını isterken, ilgili ortak veya ortaklara uygun bir süre vermelidir. Ayrıca hukuki güvenlik ve açıklık ilkeleri gereği, talebin yazılı şekilde yapılması uygun olacaktır. Keza bu talebin, ortağa düşen ek ödemenin miktarını, yükümün ifa edilmemesi halinde şirket sözleşmesindeki yaptırımları ve benzeri hususları da ihtiva etmesi yerinde olacaktır.<sup>32</sup> Özetle, ek ödeme yükümlülüğünün hangi kanuni veya şirket sözleşmesi düzenlemeleri çerçevesinde talep edildiği açık ve net belirtilmelidir.

Şirket sözleşmesinde herhangi bir sıra öngörülmemişse, talepte bulunanlar TTK m. 627 gereğince, eşit işlem ilkesine uygun davranarak ilgili ortaklardan yükümün ifasını istemelidir.<sup>33</sup> Aksi halde ortaklar, ek ödeme yükümlülüğünün ifasından kaçınabilirler. Zira müdürlerin eşit işlem ilkesine aykırı olan taleplerinin, TTK m. 644/1-c'nin yaptığı göndermeyle limited şirketler için de uygulanacak olan TTK m. 391/1-a düzenlemesi gereğince, batıl olduğunun tespiti, ortaklar tarafından mahkemeden istenebilecektir. Fakat ilgili ortağın onayı ile eşit işlem ilkesinden ayrılmak mümkündür.<sup>34</sup>

## VI. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ TALEP EDİLEBİLECEK HALLER

### A. GENEL OLARAK

Ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği durumları kanun koyucu, TTK m. 603/1'de üç bent halinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeler ele alındığında, ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilen sermayeyle işlevsel bir denklik gösterdiği kısmen söylenebilir. Böylelikle ek ödeme yükümlülükleri, salt iyileştirme tedbiri olmaktan da çıkarak, bir finansman görevi yüklenmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, mali açıdan zorunluluk olmadığı müddetçe, şirket sözleşmesinde öngörülse de ortaklardan ek ödeme yükümlülüğünün ifası istenemez.

<sup>32</sup> Şener, s. 424; Karakılıç, s. 126.

<sup>33</sup> Örneğin, bir limited şirkette ortakların esas sermaye payları A 1.000, B 2.000 ve C 3.000 TL oluyorsa, bu durumda tüm ek ödemenin A 1/6'ini, B 1/3'ini ve C 2/1'ini ifa etmelidir. Örnek için bkz. Şener, s. 425.

<sup>34</sup> Şener, s. 424-425.

TTK m. 603/1'de ek ödeme yükümlülüğünün talep edileceği haller açıkça kaleme alındığından, diğer bir deyişle kanun koyucu bu konuda sınırlayıcı bir sayım öngördüğünden, bu amaçlar dışında ek ödeme yükümlülüğünün getirilmesi ve talep edilmesi mümkün değildir.<sup>3536</sup> Madde gerekçesinde, ek ödemenin temelde bilanço açıklarını kapatmak amacıyla öngörülmüş bir araçken, son zamanlarda amaçtaki bu sınırlamanın kalktığı, kaynak İsviçre Tasarısında kurumun uygulama alanının genişletildiği, tasarıdaki genişlemenin birinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde açıkça görüldüğü, böylece limited şirket hayatını sürdürebilmesi, ödeme dar boğazından çıkabilmesi için yeni bir olanağa kavuştuğu belirtilmiştir.<sup>37</sup>

### **B. ŞİRKET ESAS SERMAYESİ İLE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ ŞİRKETİN ZARARINI KARŞILAYAMAMASI**

TTK m. 603/1-a hükmü uyarınca, ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği hallerden birincisi, şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının ortaklığın zararını karşılayamamasıdır. Bu durum, limited şirketin finansal durumunun gerçekten kötü olduğu anlamına gelmektedir. Zira tüm sermayenin kaybedilmiş olmasının yanında, ayrıca zarar bunu da aşarak kanuni yedek akçelerle de kapatılmayacak hale gelmiştir. Hal böyle iken, sermaye kaybına uğrayan limited şirketin esas sermaye temelinde mali açıdan iyileştirilmesi amaçlanmaktadır.<sup>38</sup>

Limited şirketler bakımından, TTK m. 633 hükmünün göndermesi nedeniyle uygulanan TTK m. 376/1 hükmü gereğince, anonim şirketlerde sermaye kaybı, burada uygulama alanı bulmayacaktır. Zira TTK m. 376/1 hükmü, anonim şirketlerde son yıllık bilançodan sermaye ve yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kalmasını düzenlemektedir. Oysa TTK m. 603/1-a'ya göre, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamadığı her durumda, ek ödeme yükümlülüğü talebi şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Diğer

<sup>35</sup> Şener, ek ödeme yükümlülüğünü, sermaye ortaklıklarına özgü melez bir yapı olarak görmektedir. Ona göre ek ödeme yükümü, bir taraftan özkaynaktır, diğer taraftan da ifa eden ortaklara iade edilmelidir. Bkz. Şener, s. 422-423.

<sup>36</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 741; Karakılıç, s. 121-122; Yavuz, s. 158.

<sup>37</sup> TTK Gerekçe, m. 603.

<sup>38</sup> Tekinalp, s. 579-580; Karakılıç, s. 118; Şener, s. 417-418.

bir deyişle, sermaye ve yedek akçeler toplamının yarısının karşılıksız kalması koşulu aranmayacaktır. Nitekim TTK m. 633 hükmünün son cümlesinde açıkça, “ek ödeme yükümlülüğü hakkındaki hükümler saklıdır” denilmektedir.

Şirket açısından gerçekten bir sermaye kaybı olup olmadığı hususu, mevcut kanuni düzenlemelere uygun olarak hazırlanıp, şirket genel kurulunda görüşülen ve kabul edilen yıllık veya ara bilanço ile ortaya çıkabilir. Aksi takdirde, örneğin şirketin ticari defterlerinden anlaşılan zarar gerekçe gösterilerek ek ödeme yükümlülüğü talep edilemez.<sup>39</sup>

Sermaye kaybı, mevcut gizli akçeler<sup>40</sup> ile giderilebiliyorsa, bu durumda ek ödeme yükümlülükleri talep edilmesi olanağı bulunmamaktadır.<sup>41</sup> Her ne kadar sermaye kaybının gerçekleşmesi halinde, müdürlere ek ödeme yükümlülüğünün talebi hususunda yetki verilmişse de bu hususta onlara bir yükümlülük yüklenmemiştir. Şirket başka bir yolla da iyileştirilebilir.

### C. ŞİRKETİN EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ OLMASIZIN İŞLERİNE GEREĞİ GİBİ DEVAMININ MÜMKÜN OLMAMASI

Limited şirketin içinde bulunduğu güçlüğün, bilhassa da likidite sorununun giderilmesinde, ek ödeme yükümlülüğü önemli bir işlev görür. Ek ödeme yükümlülüğü olmaksızın şirketin işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması, soyut bir ifade olarak kalmıştır. Bunun somutlaştırılması gerekir. Zira şirket yöneticilerinin, her finansal ihtiyaç durumunda, ortaklardan ek ödeme talep edebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yöneticiler, ancak ek ödeme yükümlülüğünün ifasını, şirketin ayakta kalması ve bu anlamda ticari faaliyetinin devamı açısından zorunluluk arz etmesi ve başka da makul veya akla yatkın imkânın olmaması durumunda talep edebilirler.<sup>42</sup> Bu nedenle ek ödeme yükümlülüğü istemi, diğer finansal imkânlar veya mali durumun

<sup>39</sup> Karakılıç, s. 119.

<sup>40</sup> “Bununla birlikte İsviçre öğretisinde sermaye kaybının ortaklığın mevcut gizli akçeleri ile giderilebileceği durumlarda, sermaye kaybının giderilmesi ve yasal rezervlerin korunması gerekçesiyle ek ödeme talep edilemeyeceği belirtilmiştir”. (Karakılıç, s. 119, dn. 71).

<sup>41</sup> Şener, s. 418.

<sup>42</sup> Karakılıç, s. 119



düzeltilmesine yönelik önlemler açısından tali, diğer bir ifadeyle geçici bir olanak olarak değerlendirilmelidir.

Şirketin işlerine gereği gibi devamının mümkün olmadığı haller, yönetime geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Sermayenin yitirilmesi durumunda olduğu gibi kesin ve kanıtlanabilir bir nitelik taşımamaktadır. Bu yüzden yönetime verilen takdir yetkisinin sınırlı yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>43</sup> Diğer bir deyişle ek ödeme yükümlülüğü, hangi amaç veya somut durum için getirilmişse o amaca veya duruma özgülümelidir.

TTK m. 603/1-a ile 603/1-b arasındaki ayrıma da değinmek gerekir. TTK m. 603/1-a hükmündeki temel amaç, sermaye kaybına uğrayan limited şirkete iyileştirme tedbiri olarak ek ödeme yükümlünün işlevini gerçekleştirmektir. Oysa TTK m. 603/1-b hükmünün temel amacı, şirketin finansal planlamasında ek ödeme yükümlülüğünün de unsur olarak yer almasıdır.<sup>44</sup> İşletmelerin finansal zorluklarında kısa süreli planlamalar önemlidir. Zira bir işletmede uygun görünen kısa süreli finansal planlama yapılmazsa, işletmenin aldığı kredileri ödeme kabiliyetinin düşük olduğu anlaşılır. Bu durum da ek finansal araçların bulunmasını önemli ölçüde engeller. TTK m. 603/1-b hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldıran mühim bir araçtır.

TTK m. 603/1-b hükmü, çifte fonksiyon görmektedir. Zira şirket, kredi alamıyorsa, kredi limitleri dolduysa, alacak vadelerinin borç vadelerinden çok sonra geliyor olup da erteleme sağlayamıyorsa veya diğer likit araçları sağlamakta güçlükler yaşıyorsa, bu halde ek ödeme yükümlülüklerini talep ederek hem likit ihtiyacını giderebilir hem de likit ihtiyacını giderecek ek finansal araçlar bulabilir.<sup>45</sup>

#### **D. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE TANIMLANAN VE ÖZKAYNAK İHTİYACI DOĞURAN DİĞER BİR HALİN GERÇEKLEŞMİŞ BULUNMASI**

TTK m. 603/1-c hükmüne göre, şirket sözleşmesinde tanımlanan ve özkaynak ihtiyacı doğuran diğer bir durumun gerçekleşmiş bulunması halinde de şirket ortaklardan ek ödeme yükümlülüklerinin ifasını talep edebilir. Bu hüküm ile kanun koyucu, limited şirketlere ek

<sup>43</sup> Tekinalp, s. 580; Bilgili/Demirkapı, s. 742; Karakılıç, s. 119.

<sup>44</sup> Şener, s. 419.

<sup>45</sup> Şener, s. 420; Karakılıç, s. 120.

ödeme yükümlülüklerinin istem sebepleriyle ilgili oldukça geniş bir düzenleme yapma alanı sağlamakta ve ek ödeme yükümlülüklerinin özkaynak tedarik etmenin bir aracı olarak görmektedir. Fakat yine de müdürlerin sermaye ihtiyacını sadece ek ödeme ile karşılamalarını engellemek için bazı şartlar getirilmiştir.

Öncelikle bu hale dayanarak ek ödeme talep edilebilmesi için, limited şirket sözleşmesinde açık ve anlaşılır bir şekilde yer alması ve talep sebeplerinin de tam olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bilhassa şirket sözleşmesinde yer alacak bu hususların soyut olmaması zorunludur. Örneğin, “taşımaya aracının satın alınması amacıyla” şeklinde belirleme yapılamaz. Bilakis açık ve anlaşılır olarak, somut bir şekilde, örneğin “çalışanların ulaşımında ve işletme işlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere taşıma aracının satın alınması amacıyla” şeklinde belirtilmelidir. Benzer şekilde, limited şirketin kısa vadeli borç stokunun esas sermayesinin iki katına çıkması ya da şirket tarafından iktisap edilen kendi esas sermaye payı nedeniyle ödediği ayrılma akçesinin şirket sermayesini aştığı durumlar gibi hususlar da bu kapsamda ele alınabilir.<sup>46</sup>

Ek ödeme yükümlülüğünün ifası istemi, tali niteliktedir, her isteğe bağlı özkaynak ihtiyacı doğuran halin karşılanmasında değil, şirket bakımından yalnızca objektif anlamda haklı nedenlerin varlığında geçerli olacaktır. Ek ödeme yükümlülüğünün, şirketin olağan ticari faaliyetlerini yürütebilmesi açısından zorunluluk arz ettiği durumlarda, objektif açıdan haklı bir nedenin varlığından söz edilebilir.<sup>47</sup> Ek ödeme yükümlülüğünün ifası talebinin, gerçekten de şirketin öz kaynak ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkıp çıkmadığı hususu, şirketin işletme konusu bağlamında objektif bir değerlendirme ile de belirlenebilir.<sup>48</sup>

## VII. ESAS SERMAYENİN AZALTILMASINDA EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK m. 592 son cümlesine göre, “*esas sermaye, borca batık bilançonun iyileştirilmesi amacıyla, ancak şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme yükümlülüklerinin tamamen ödenmesi halinde azaltılabilir*”.<sup>49</sup> Bu hükümden

<sup>46</sup> Karakılıç, s. 120-121.

<sup>47</sup> Şener, s. 422.

<sup>48</sup> Karakılıç, s. 121.

<sup>49</sup> Şener, burada çeviri hatası olduğunu, kaynağını teşkil eden düzenlemede “za-

anlaşılacağı üzere, borca batık bilançonun sermaye azaltılması yoluyla ortadan kaldırılması için, ortakların sözleşmede öngörülen ek ödeme yükümlülüklerini tamamen yerine getirmeleri zorunludur. Dolayısıyla bir borca batık bilanço, öncelikle sermaye azaltılması yöntemiyle değil, ortakların ek ödeme yükümlülükleriyle iyileştirilmeye çalışılmalıdır.

## VIII. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

### A. ORTAĞA KARŞI İFA DAVASI AÇILMASI

TTK'da ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda uygulanacak yaptırım hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde şirket sözleşmesine bu konuda bir hüküm konulabilir. Nitekim "Şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümler" başlıklı TTK m. 577/1-f hükmünde, kanunda veya şirket sözleşmesinde öngörülen yükümlülüklerin hiç ya da zamanında ifa edilmemesi halinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri de sayılmıştır. Ek ödeme yükümlülüğü de şirket sözleşmesiyle getirilen bir yükümlülük olması hasebiyle, şirket sözleşmesine konulacak hükümle, yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde bazı yaptırımların öngörülmesi mümkündür.<sup>50</sup>

Kanuni ve sözleşmesel şartları gerçekleşen ek ödeme yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, taleple yetkili kişiler, yükümlü ortağa karşı ilamsız takipte bulunabilecekleri gibi ifa davası da açabilirler. Ayrıca ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi halinde şirket sözleşmesiyle cezai şart öngörülebileceği gibi, temerrüde düşen ortak, temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi de ödeyecektir.<sup>51</sup>

---

rarlar yoluyla ortaya çıkan bir sermaye kaybının ortadan kaldırılması için" ibaresi yer alırken, bize "borca batık bilançonun iyileştirilmesi" şeklinde çevrildiğini, "sermaye kaybı" ve "borca batıklık" kavramlarının farklı olduğunu, bu nedenle kaynağına uygun olarak "sermaye kaybı" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Şener, s. 423-424.

<sup>50</sup> Şirket sözleşmesi ile getirilen cezai şart, TTK m. 579 düzenlemesine takılmayacaktır. Nitekim kanun koyucu, TTK m. 577/1-f düzenlemesinde böyle bir cezai şartla yükümlülüklerin ifasının güçlendirilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. Şener, s. 425-426.

<sup>51</sup> Can, s. 17; Yavuz, s. 164; Karakılıç, s. 127-128.

## B. HAKLI NEDENLE ORTAKLIKTAN ÇIKARILMA

TTK m. 640'da yer alan çıkarma, şirket tarafından veya yargı kararıyla ortağın iradesi dışında şirketle ilişkisinin kesilmesi olarak ifade edilebilir.<sup>52</sup> Çıkarma kurumu, şirketin ve şirkette bulunan diğer ortakların korunması amacıyla şirketin devamını engelleyecek ortak ya da ortakların şirketle ilişkisinin kesilmesini sağlar.<sup>53</sup>

Ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi, ilgili ortağın haklı nedenle ortaklıktan çıkarılma nedeni olabilir.<sup>54</sup> Ortaklıktan çıkartılma, ek ödeme yükümünü ifada temerrüde düşen ortağın ortaklıktan çıkartılması için genel kurul tarafından mahkemeye başvurusuyla olabileceği gibi (TTK m. 640/3, 616/1-h, 621/1-h), şirket sözleşmesinde yer alan bir hükümle genel kurul kararıyla da olabilir (TTK m. 640/1).<sup>55</sup>

Şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi halinde ortaklıktan çıkartılacağı yazdığı durumda mahkemeye başvurmaya gerek yoktur. Genel kurul kararıyla mahkemeye başvurmada ise ortağın çıkartılmasının haklı sebebe dayandığının mahkeme tarafından da kabul görmesi gerekir.<sup>56</sup> Mahkeme, şirketin ileri sürdü-

<sup>52</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 436; Ayşe Şahin, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 189; Nihat Taşdelen, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 207; Muhammed Furkan Sidim, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma" (Yüksek Lisans), Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 86; Tuğba Özdoğan Daloğlu, "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma" (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 73.

<sup>53</sup> Sidim, s. 86; Özdoğan Daloğlu, s. 73; ortağın çıkarılması ile iskat kurumu birbirinden farklıdır ve karıştırmamak gerekir. Şöyle ki, iskat kurumu, limited şirketler için anonim şirketlere ilişkin hükümlere yapılan göndermelerle uygulanmaktadır. Fakat anonim şirketlerden ayrı olarak nakden taahhüt edilen payların itibarı değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartı limited şirketler açısından uygulanmaz (TTK m. 585). Çıkarmada ortak tüm payları için çıkartılırken, iskat uygulandığında ortak, kısmen şirkette bulunmaya devam eder, bkz. Sidim, s. 89; iskat kavramı ve iskatın çıkarma kurumu ile karşılaştırılması için ayrıca bkz. Güvenç Şahin, "Anonim Şirketlerde Iskat Müessesesi" (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 9-13.

<sup>54</sup> Sidim, s. 106; ortağın katlanılamayacak derecede ağır ek yükümlüklere tabi tutulmasının ortağın çıkması için haklı sebep olarak kabul edilebileceği öğretide belirtilmiştir bkz. Taşdelen, s. 187.

<sup>55</sup> Limited şirketlerde çıkarılma ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Taşdelen, s. 207-229; Sidim, s. 86-186; Özdoğan Daloğlu, s. 73-138.

<sup>56</sup> Özdoğan Daloğlu, s. 96.

ğü sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini, tarafların menfaatlerini nazara alarak haklı sebebin ortak ile şirket arasında ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez kılıp kılmadığını ve çıkarılmanın son çare olup olmadığını inceleyecektir.<sup>57</sup> Haklı sebebi<sup>58</sup> oluşturan husus ise ortağın şahsından veya davranışından kaynaklanabilir. Bir ortağın kendisine düşen ortaklığa ilişkin yükümlülükleri ve bu manada örneğin ek ödeme yükümlülüklerini ifa etmemesi haklı sebepler olarak kabul edilebilir.<sup>59</sup>

Ortakların ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmemesine dayalı ortaklıktan çıkartılması halinde savunma imkânları kısıtlıdır<sup>60</sup> ve fakat ortakların ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebilmesi için kanuni ve sözleşmesel şartların oluşmadığını mahkemeye tespit ettirmeleri olanaklıdır. Ancak bu halde ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmesinin, somut olayın şartları karşısında ortaklıktan çıkartılma için yeterli bir 'haklı sebep' oluşturmadığı iddia edilebilir.

### C. DİĞER ORTAKLAR BAKIMINDAN HAKLI NEDENLE ÇIKMA

Çıkma, bir ortağın kendi iradesiyle ortaklık ilişkisinden ayrılması olarak ifade edilmektedir.<sup>61</sup> Çıkma, bir sermaye şirketiyle bağdaşmaz. Zira sermaye şirketlerinde sermayenin korunması ve yeni ortaklık mevkillerinin oluşturulması önemli ilkelerdendir. Fakat yine de kanun koyucu, limited şirketlerde çıkmayı düzenlemiştir. Bunun çeşitli sebepleri vardır:<sup>62</sup> Birincisi, limited şirketin sürekli borç ilişkisi doğurması ve bu tür ilişkilerde haklı sebeple sona erdirme ilkesinin geçerli olması; ikincisi, limited şirketlerde kişi unsurunun önemsenmiş olması; üçüncüsü ise, kanun koyucunun, limited şirketteki esas sermaye payının sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olmasına bağlı olarak pay devrindeki sıkıntıyı giderme çabasıdır. Haklı sebep, ahde vefa ilkesi-

<sup>57</sup> Özdoğan Daloğlu, s. 96.

<sup>58</sup> Haklı sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Özdoğan Daloğlu, s. 38-51, 90-100; Sidim, s. 49-52; Taşdelen, s. 180-184.

<sup>59</sup> Sidim, s. 106; ortağın çıkarılmasının ek ödeme yükümlülüğünün amacına uygun olmayacağına yönelik görüş için bkz. Şahin, s. 190, dn. 39; amacına uygun olmayacağına yönelik görüşe katılmayan görüş için bkz. Karakılıç, s. 129, dn. 132.

<sup>60</sup> Şener, s. 426.

<sup>61</sup> Taşdelen, s. 85; Özdoğan Daloğlu, s. 19-20; Sidim, s. 31.

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşdelen, s. 179-180; Sidim, s. 47-48.

nin önüne geçmektedir. Haklı sebebin temelinde yatan düşünce, dürüstlük kuralı ve kişilik haklarının korunması ilkesidir.<sup>63</sup> Haklı sebebe dayanılarak çıkma, bir ortağın kişiliğinin korunması ve dürüstlük kuralı gereği, vazgeçilemez mutlak bir haktır.<sup>64</sup>

Haklı sebep, ortaklık ilişkisinin devamını objektif olarak imkânsızlaştıran veya ortağın bu ilişkide kalmasını kendisinden beklenmeyecek hale getiren durumları ifade eder.<sup>65</sup> Şirket sözleşmesinde öngörülmüş bulunan sebeplerden birine dayanarak ortak, ortaklıktan çıkma arzusunu bildirebilir. Ortaklar şirket sözleşmesiyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde haklı sebepleri belirleme hakkına sahip olduklarından, bir ortağın kendisine düşen ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmemesi, diğer ortak veya ortaklar bakımından haklı nedenle çıkma sayılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, haklı sebepler şahıs şirketlerine özgü olduğundan, onlara ilişkin hükümler, yol gösterici olabilir. Nitekim kollektif şirketlere ilişkin “*haklı sebepler*” başlıklı TTK m. 245/1-b hükmüne göre, bir ortağın kendisine düşen asli görevleri ve borçları ifa etmemesi, haklı sebepler içerisinde sayılmıştır. Şirketin faaliyetlerinin devamlılığı için önemli bir kurum olan ek ödeme yükümlülüğü, şirketin kredibilitésinin (güvenirliğinin) artışında da mühim bir işlev görmektedir.<sup>66</sup> Bu nedenle şirket için önemli olan ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi veya ortadan kaldırılması, diğer ortaklar bakımından haklı neden olarak değerlendirilebilir.

#### D. ŞİRKETİN HAKLI NEDENLE FESHİ

Şirket sözleşmesi, yukarıda da değinildiği gibi, sürekli borç ilişkisi doğurur. Fesih,<sup>67</sup> sürekli borç ilişkilerini ileriye dönük olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak veya işlemdir. Bu bağlamda limited ortaklık ilişkisinin iradi olarak sona erdirilmesini ifade etmektedir. Limited şirketin feshi, ortakların vereceği bir kararla olabileceği gibi (TTK m. 636/1-b) mahkeme kararı ile (TTK m. 636/3) de gerçekleştirilebilir.

<sup>63</sup> Taşdelen, s. 179.

<sup>64</sup> Sidim, s. 45.

<sup>65</sup> Ayrıca bkz. Taşdelen, s. 180; Özdoğan Daloğlu, s. 39; Sidim, s. 49-52.

<sup>66</sup> Karakılıç, s. 131; Taşdelen, s. 187.

<sup>67</sup> Sürekli sözleşmelerde “geçmişe etkili dönme” yerine “geleceğe etkili fesih” kabul edilmektedir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2013, s. 1127-1128.

Ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi, şirket açısından haklı nedenle fesih sebebi olabilir. Keza ek ödemenin ortağın esas sermaye payına bağlı olarak belirlenmesi nedeniyle, bilhassa da ek ödeme yükümlülüğü önemli olan bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması,<sup>68</sup> kalan ortaklar bakımından haklı nedenle şirketi sona erdirme nedeni sayılabilir.<sup>69</sup>

## IX. ORTAĞIN ŞİRKETTEN AYRILMASINDAN SONRA EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAM ETMESİ

### A. GENEL OLARAK

Ek ödeme yükümlülüğü esas sermaye payına bağlı olarak belirlendiğinden, yükümlülüğü ifa edecek kişi de esas sermaye payına sahip olma olgusuna göre belirlenir. Hal böyle iken, devreden ortak bakımından ek ödeme yükümlülüğü sona ererken, payı devralan ortak açısından ise bu yükümlülük devam eder.

Ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmesi durumunda bunun hem şirket sözleşmesinde yer alması hem tescil ve ilan edilmesi hem de esas sermaye payları için ispat aracı olan veya nama yazılı senet çıkartılmış ise bunların içeriğinden anlaşılması şartı aranmıştır. Esas sermaye payını devralan kişi, bu durumu bilerek ortak olduğundan, belirlenen ek ödeme yükümlülüğünü de ifa etmesi gerekir.

Bazı durumlarda, ortağın ayrılmasına kadar geçen sürede ek ödeme yükümlülüğünün talebi için şartlar gerçekleşmeyebilir. Bu durumda kural olarak şirketten ayrılan ortak bakımından ek ödeme yükümlülüğü sona ermekle birlikte, payı devralan ortak açısından ise yükümlülük devam eder. Fakat kanun koyucu, kötü niyetli devirlere engel olmak ve şirket alacaklılarını korumak amacıyla, ayrılan ortağın dahi ek ödemediği dolay sorumluluğunun belli bir süre daha devamını öngörerek ek ödeme yükümlülüğünün paya bağlı olmasından ayrılmıştır. Aksi halde fazla paya sahip ortak, işlerin iyi gitmediğini görünce şirketten kolayca ayrılarak söz konusu yükümlüden kurtulup ona güvenerek kredi veren alacaklıları kandırması olur.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Taşdelen, s. 242; Sidim, s. 58.

<sup>69</sup> Karakılıç, s. 131.

<sup>70</sup> TTK Gerekçe, m. 604, fıkra 1.

Ek ödeme yükümlülüğünün bu nedenle ortaklık sıfatını aşan bir sonuç doğurduğu söylenebilir. Diğer yandan, ayrılan ortak bakımından ek ödeme yükümlülüğünün devamı hususunda, ortağın hangi sebeple şirketten ayrıldığıнын herhangi bir ehemmiyeti yoktur. Ayrılan ortağın şirket payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye devretmesi, şirketten çıkartılması ya da kendi isteği ile çıkması arasında bir ayrım yoktur.

## **B. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAMI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR**

### **1. Şirketin İflas Etmesi**

TTK m. 604/1 hükmüne göre, şirket, ortağın şirketten ayrılmasının tescil edildiği tarihten itibaren iki yıl içinde iflas etmişse bu eski ortaktan da ek ödeme yükümlülüğünün ifasını talep edebilir. Zira limited şirketin iflasının açılmasıyla birlikte, ek ödemeler de kendiliğinden muaccel olacaktır (TTK m. 603/2).

Ayrılan ortağın ek ödeme yükümlülüğünden doğan sorumluluğu, sadece şirketin iflası halinde söz konusudur. Başka sebeplerle ayrılan ortak açısından ek ödeme yükümlülüğü, kanun uyarınca talep edilemez.<sup>71</sup> Örneğin alacaklılar, şirketi haciz yoluyla takip etmelerine karşın, alacaklarının tamamını tahsil edemediklerinde, ayrılan ortağa başvuramazlar. Bunun da en önemli nedeni, ek ödeme kurumunun hukuki niteliği gereği içe dönük olması, yükümlülüğünün şirkete karşı sorumluluk yüklemesidir. İflas halinde ayrılan ortağın sorumluluğunun devam etmesi ise öncelikle şirket alacaklılarını koruma düşüncesidir. Olası bir finansal güçlük durumunda, ortağın şirketten ayrılmak yoluyla ifa etmesi gereken ek ödeme yükümlülüğünden kurtulması engellenmiş olmaktadır.

### **2. Halef Tarafından Yükümlülüğün İfa Edilmemiş Olması**

Ayrılan ortaktan ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebilmesi için gereken bir diğer şart, onun halefine ödeme için yapılan başvurunun sonuçsuz kalmasıdır. TTK m. 604/2 hükmünde, halef tarafından yerine getirilmemiş olması olarak vurgulanmıştır. Yerine getirmemek

<sup>71</sup> Yavuz, s. 162; Karakılıç, s. 132-134; Şener, s. 440-441; Pulaşlı, s. 836.



kavramı ile ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Burada ifade edilen husus, halefin ödeme güçsüzlüğü içinde olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, payı devralan ortağa yönelik yapılan icra takibinin neticesiz, diğer bir anlatımla semeresiz kalması, tali sorumlu durumda olan ayrılan ortağa başvurmak bakımından yeterlidir.

Kanun koyucu, halef için asli (birinci derecede) sorumluluk, ayrılan ortak bakımından ikinci derecede (tali) sorumluluk öngörmüştür. Payı devralan ortak konumundaki halef, ek ödeme yükümlülüğünü ifa ettiği oranda, selefinin sorumluluğu da ortadan kalkacaktır.<sup>72</sup> Keza kanun koyucu bu konuda payı devreden ile devralan ortak arasında müteselsil sorumluluk da öngörmemiştir.

Diğer yandan, ayrılan ortağın sorumluluk süresi içerisinde payın birden fazla el değiştirmesi halinde, ortak sıfatını en son bulunduran kişi, kendisinden önceki ortaklar karşısında da birincil olarak ek ödeme yükümlülüğünden sorumludur. Önceki devreden ortaklardan her birisi, kendisinden sonra gelen ortağa karşı, yaptığı ödeme oranında bir rücu hakkına sahip olacaktır.<sup>73</sup>

### 3. Ayrılan Ortağın Yükümlülüğünün Sonradan Ağırlaşmaması

Ayrılan ortağın esas sermaye payına düşen ek ödeme yükümlülüğünün sonradan artırması, ayrılan ortağın sorumluluğunu ağırlaştırmaz. TTK m. 604/2 hükmü uyarınca, ek ödeme yükümlülüğü, halef tarafından ifa edilmemişse, ayrılan ortağın sorumluluğu, yükümlülüğün gerçekleştiği tarihte kendisine karşı ileri sürülebilecek ölçüde devam eder.

Hükümde de belirtildiği üzere, ortak şirketten ayrıldıktan sonra, onun sermaye payına bağlı ek ödeme yükümlülüğü artırılmış olsa da sorumluluğu, şirketten ayrıldığı andaki miktar kadardır. Zira ortak sıfatına sahip olmayan bir kimsenin yükümlülük altına sokulması ya da yükümlülüğünün artırılması, işin doğası gereği mümkün değildir. Ayrılan ortağın katılma, önerme ve oy verme hakkını haiz olmadığı bir organın kararıyla bağlı olması, hukuken de açıklanamaz.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Can, s. 17; Yavuz, s. 163; Karakılıç, s. 134; Şener, s. 442-443; Eriş, s. 3810; Varoğlu, s. 154.

<sup>73</sup> Şener, s. 443; Karakılıç, s. 134.

<sup>74</sup> TTK Gerekçe, m. 604, fıkra 2.

Ek ödeme yükümlülüğünün TTK m. 603/6'da yer alan şartlara uygun olarak indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması da mümkündür. Ek ödeme yükümlülüğü indirildiği durumda, ayrılan ortak da indirildiği miktarda yükümlülükten kurtulacaktır. Ek ödeme yükümlülüğü tamamen kaldırıldığında ise, ayrılan ortağın sorumluluğu da tamamen ortadan kalkacaktır. Zira halefinin sorumlu olmadığı veya daha az ödeme yükümü ile sorumlu olduğu durumlarda, selefin sorumlu olması kabul edilemez.

#### 4. Sorumluluğun İki Yıllık Süre İle Sınırlı Olması

Ayrılan ortağın, şirketin iflası nedeniyle ek ödeme yükümlülüğünden doğan sorumluluğu, ayrılmanın ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıllık süre ile sınırlıdır. Dolayısıyla iki yıllık sürenin iflas açılmadan geçmesi halinde, ek ödeme yükümlülüğünün ayrılan ortak istenmesi de mümkün değildir.

Ayrılan ortağın ticaret siciline tescilinden itibaren başlayan sorumluluğun süresi Türk hukukunda iki yıl olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu, menfaatler dengesine uymadığı ve kurumu amacından saptırdığı ve bu amaçtan yararlanmak isteyecek şirketleri caydırabileceği gerekçesiyle mehzar kanundaki üç yıllık sürenin benimsenmediğini belirtmiştir.<sup>75</sup>

İki yıllık sürenin, nispi nitelikte emredici hüküm mü, yoksa mutlak nitelikte emredici hüküm mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız nispi emredici nitelikte hüküm olduğunu belirtenlere göre,<sup>76</sup> şirket sözleşmesinde kural getirilerek bu sürenin uzatılması mümkündür. Zira kanun koyucu, TTK m. 604 hükmüyle alacaklıların menfaatine bir kural getirmiştir. İki yıllık sürenin uzatılması alacaklıların lehinedir. Fakat sürenin uzatılması alacaklıların menfaatine uygun olmadığından kabul edilemez. Bunun için TTK m. 607'e göre ilgili ortağın onayı gerekir.

Mutlak emredici nitelikte olduğunu savunanlar,<sup>77</sup> "emredici hükümler" başlıklı TTK m. 579/1 hükmünü gerekçe göstermektedir. Bu

<sup>75</sup> TTK Gerekçe, m. 604, fıkra 1.

<sup>76</sup> Şener, s. 440-441.

<sup>77</sup> Karakılıç, s. 136-137.

hükme göre, şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Uygulamada “çelik korse” olarak tanımlanan bu düzenleme karşısında, limited şirkette kurucular, kendi iradelerine göre istedikleri her hususu, özellikle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde şirket sözleşmesiyle düzenleyemezler.

## X. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İADESİ

İfa edilen ek ödeme yükümlülüğü, kanunda öngörülen şartlara uyulmak suretiyle iade edilebilir. TTK m. 605 hükmüne göre, *“yerine getirilen ek ödeme yükümlülüğünün kısmen veya tamamen geri verilebilmesi için ek ödemeye ilişkin tutarın, serbestçe kullanılacak yedek akçelerle fonlardan karşılanabilir olması şarttır”*.

Şirketin finansal durumu, yerine getirilmiş bulunan ödemelerin kısmen veya tamamen geri verilmesine müsait duruma gelmiş, şirketin ek ödemelerden yararlanmasına ilişkin şartlar (devamlı sayılabilecek şekilde) ortadan kalkmışsa, bunların şirkette alıkonulmaları amaca olduğu kadar, ek ödemelerin niteliğine de aykırı ve kurumun hizmet vermesini engelleyicidir. Ek ödemelerin sahiplerine dönme-yeceği bir sistemde hiçbir şirket bu yükümü ortaklarına yükleyemez. Ayrıca, ek ödemeler, tamamlamada olduğu gibi sermaye açığını kapatan şirkete karşılıksız verilen bir sermaye değil, geçici zararı gideren bir ek finansman aracıdır.<sup>78</sup>

Ek ödemenin iadesi kurumunun şirket alacaklıları aleyhine kötüye kullanılmasını engellemek için kanunda açıkça şartları öngörülmüştür. Şartlar müsait olmadığı, ek ödemelere gereksinim bulunduğu halde, bunları kısmen veya tamamen geri verilmesini önleyici önlem getirmektedir. Kanun koyucu, TTK m. 605 hükmüyle ödeme kaynağının serbestçe tasarruf edilebilecek nitelik taşıması ile fonlardan karşılanabilir olması koşulunu aramıştır.

Hükümdeki “fonlar” tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği her çeşit fon, yedek akçelerin bütün çeşidi, yeniden değerlendirme ile taşınmaz ve iştirak satışı getirile-

<sup>78</sup> TTK Gerekeçe, m. 605.

rinden oluşan fonların ve diğer fonların, hükümde geçen fonlar kapsamında değerlendirilmesi olanaklıdır.<sup>79</sup> Mevzuat ve öğreti çerçevesinde mahkeme, bunları belirleyecektir.<sup>80</sup>

TTK m. 605 hükmünün ilk halinde, ek ödemelerin iadesi için şartlardan biri de, ek ödemeye ilişkin tutarın serbestçe kullanılabilir yedek akçeler ile fonlardan karşılanabiliyor olması yanında, bu durumun bir işlem denetçisi tarafından doğrulanmış olmasıydı. Fakat 26.6.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle, bu fıkrada yer alan *"ve bu durumun işlem denetçisi tarafından doğrulanmış bulunması"* ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Bu değişiklik ile kanunda ek ödemelerin iadesi için öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun kimin tarafından doğrulanacağı tartışmalıdır.<sup>81</sup>

Öğretide *Karakılıç'a* göre,<sup>82</sup> bu hususta mahkeme tarafından bilirkişi atanması gerektiği belirtilmektedir. Fakat bu konuda atanacak bilirkişinin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir niteliğine sahip olması uygun olacaktır. Kanatımızca, bu durumun örneğin bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporuyla doğrulanmış bulunması yerinde ve yeterli olacaktır. Zira Türk hukukunda mahkeme süreci uzun sürebileceğinden salt ilk görüşü benimsemek, ticari faaliyetlerin hızlı olması gerektiği göz önüne alındığında eleştirilebilir.

Ek ödeme iadesinin kim tarafından yapılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Fakat nasıl ki TTK m. 603/5 gereğince müdürler ek ödeme yükümlülüğünü talep edebiliyorsa, paralel olarak iadesini de onlar yerine getirir.<sup>83</sup> Kısmen veya tamamen iadesini müdürler takdir edeceklerdir. Ancak iade edilirken TTK m. 627 uyarınca, eşit işlem ilkesine uygun davranılması gerekir. Ayrıca iade edilecek ek ödemelere faiz uygulanması da mümkün değildir. Nitekim TTK m. 609/1'e göre, esas sermaye ve ek ödemelere faiz verilmesi yasaklanmıştır.

<sup>79</sup> Karakılıç, s. 138.

<sup>80</sup> TTK Gerekeçe, m. 605.

<sup>81</sup> Yavuz, s. 163; Şener, s. 432; Karakılıç, s. 138.

<sup>82</sup> Karakılıç, s. 138.

<sup>83</sup> Şener, s. 433.

## **XI. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CANLANMASI, AZALTIMASI VEYA KALDIRILMASI**

### **A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN CANLANMASI**

İfa edilen ek ödeme yükümlülüğü, kural olarak sona erer. Fakat ek ödemenin kısmen veya tamamen iadesinden sonra, ek ödeme yükümlülüğü için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda, ortaklardan tekrar aynı oranda talep edilmesi mümkündür. İşte TTK m. 603/6 ile bunun önüne geçmek için, esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümlere uyulmak suretiyle bir sözleşme değişikliğine gidilmesi gerekir.<sup>84</sup> Dolayısıyla şirket sözleşmesinde bu yönde bir değişiklik yapılmadığı müddetçe, ek ödeme yükümlülüğünün yeniden canlanması ve yükümlü ortaktan aynı oranda tekrar talep edilebilmesi mümkündür.

### **B. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AZALTIMASI VEYA KALDIRILMASI**

Ek ödeme yükümlülüğü, esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının zararları karşılamaya yettiğinin tespit edilmesi durumunda, esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle azaltılabilir veya tamamen kaldırılabilir (TTK m. 603/6). TTK m. 592/1 hükmüne göre ise, anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri limited şirketlere kıyas yoluyla uygulanır.

Henüz ifa edilmemiş ek ödeme yükümlülüğünü tamamen kaldırmak veya miktarı azaltmak isteniyorsa, şirket alacaklılarının hakları da bu durumdan olumsuz etkilenmemelidir. Alacaklıları da korumak düşüncesiyle, esas sermayenin azaltılması hakkındaki hükümler kıyasen uygulanacaktır. Sermayenin azaltılması halinde alacaklıların başvurabileceği şirket malvarlığı değerlerinde de bir azalma meydana geldiğinden, sermayenin korunması ilkesiyle de bağlantılıdır. Zira ek ödeme miktarının esas sermaye payının itibari değerinin iki katı olarak öngörülebilmesi mümkün olduğundan şirketin öz kaynak ihtiyacının karşılanmasında da mühim bir işlev görmektedir. Bu nedenle şirket alacaklılarının haklarını da yakından ilgilendirmektedir.

<sup>84</sup> Can, s. 17; Karakılıç, s. 138-140; Şener, s. 434; Pulaşlı, s. 837.

Limited şirkette esas sermayenin azaltılması hususunda kanunda özel bir *yetersayı* öngörülmemiştir. Bu nedenle, genel sözleşme değişikliklerine yönelik TTK m. 589 hükmü, uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, aksi şirket sözleşmesinde öngörülmemişse, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararı ile değiştirilebilir.

Sermayenin azaltılması kararının alacaklılar bakımından taşıdığı önem nedeniyle, bu kararın ilanı ve alacaklılara bildirilmesi, TTK'de düzenlenmiştir. Anonim şirketlere yönelik TTK m. 474'e göre,<sup>85</sup> genel kurul esas sermayenin azaltılmasına karar verdiği takdirde, müdürler, bu kararı üç defa ilan eder. İlanda alacaklılara üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarını bildirerek bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebilecekleri belirtilir. Ayrıca şirket tarafından bilinen alacaklılara çağrı mektupları gönderilir.

Yukarıda detaylıca anlatıldığı üzere, şirket sözleşmesinde yer alan ek ödeme yükümlülüğü tamamen ödenmediği müddetçe, limited şirketin borca batık bilançosunu iyileştirmek amacıyla esas sermayenin azaltılması yoluna gidilmesi mümkün değildir (TTK m. 592).

## XII.EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SONRADAN GETİRİLMESİ VEYA ÖNGÖRÜLEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ARTIRILMASI

### A. GENEL OLARAK

Ek ödeme yükümlülüğü, şirketin kuruluş sözleşmesinde öngörülebileceği gibi şirket kurulduktan sonra da sözleşme değişikliğiyle getirilebilir. Keza şirket sözleşmesinde yer alan ek ödeme yükümlülüklerinin şirket sözleşmesini değiştirmek yoluyla, kanuni sınırlar çerçevesinde (TTK m. 603/3) genişletilmesi de mümkündür. TTK m.

<sup>85</sup> Şener, TTK m. 474'ün ek ödeme yükümlülüğünün kaldırılması veya azaltılmasında uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre, TTK m. 474 düzenlemesiyle ek ödeme yükümlülüklerinin tamamen kaldırılması veya azaltılması arasında kıyas temeli mevcut değildir. TTK m. 474'te esasen dokunulmaz nitelikteki öz kaynak konumundaki anonim şirket esas sermayesi azaltılmaktadır. Oysa ek ödeme yükümlülüklerinin tamamen kaldırılması veya indirilmesinde öz kaynak etkilenmemektedir. Dolayısıyla TTK m. 474'teki alacaklıların korunması usulünün uygulanması gerekli değildir. Böylelikle ek ödeme yükümünün kaldırılması veya azaltılması süreci oldukça kolaylaşmaktadır. Bkz. Şener, s. 438.

607'de özel bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, şirket sözleşmesini değiştirerek ek ödeme yükümlülüklerini öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.

Esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla şirket sözleşmesinin değiştirilmesini öngören TTK m. 589 hükmü uygulanmaz. Zira burada, ortakların yükümlülüklerinin ağırlaştırılması durumu söz konusudur.

## B. İLGİLİ ORTAKLARIN ONAYI

### 1. Onayın Emredici Mahiyeti

TTK m. 607'deki düzenlemeye göre, ek ödeme yükümlülüğünün getirilmesi veya getirilen yükümlülüklerin artırılması ilgili ortakların onayıyla mümkündür. Bu düzenleme, emredicidir. Onay mecburiyetinin örneğin şirket sözleşmesinde kural konulması suretiyle ortadan kaldırılması olanaklı değildir.<sup>86</sup> Böyle bir durum, TTK m. 579 hükmüne de aykırı olur.

### 2. İlgili İbaresinin Anlamı

TTK m. 607'deki "ilgili" kavramını, ek ödeme yükümlülüğü yüklenen paya malik ortak olarak anlamak gerekir. Bunun sonucu olarak TTK m. 607 son cümlede yer alan "ancak ilgili tüm ortakların onayı" düzenlemesi, "bütün ek ödeme yükümlülükleriyle yükümlendirilen ortakların onayı" şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>87</sup>

### 3. Onayın Şekli

Ek ödeme yükümlülükleri artırılması veya yeni ek ödeme yükümlülükleri yaratılması, genel kurul kararıyla şirket sözleşmesinin değiştirilmesini gerektirir (TTK m. 616/1-a). Genel kurul bu kararı, TTK m. 589'daki yeter sayılara ek olarak ödeme yükümü yüklenen payların sahiplerinin onayı da şarttır. Onay, uygun sözleşme değişikliğine ilişkin olarak genel kurul karar alması çerçevesinde veya ayrı bir yolla ve-

<sup>86</sup> Şener, s. 445.

<sup>87</sup> Şener, s. 445-446.

rilebilir. İspat sorunlarını engellemek için yazılı onay alınması uygun olur.<sup>88</sup> Onayın açık veya örtülü olarak verilmesi mümkündür. Örneğin genel kurul karar tutanağından, bir oy sözleşmesinden, müdürlere yazılmış bir mektuptan veya şirkete gönderilen bir e-postadan onayın anlaşılması olanaklıdır.

#### 4. Onay Ânı

TTK m. 607'de onay zorunluluğundan söz etmekte ve fakat onayın zamanı hakkında bir düzenleme yapmamaktadır. Onayın, ek ödeme yükümlülüğünün getirildiği veya artırıldığı genel kurul toplantısından önce veya toplantı sırasında ya da toplantıdan sonra verilmesi mümkündür.<sup>89</sup> Fakat her halükârda onayın sözleşme değişikliğinin ticaret siciline tesciline kadar alınması gerekir.

#### 5. İlgili Ortakların Onay Vermemesinin Hüküm ve Sonuçları

Kendilerine ek ödeme yükümlülüğü yüklenmek veya bu yükümlülüğü artırılmak istenen ortaklar, onay vermezlerse, verilmeyen onayın alınan genel kurul kararının geçerliliği üzerinde etkisi ne olacaktır?

Onaydan imtina etmenin etkisi, onay vermeyen ortaklara, yeni getirilmek veya artırılmak istenen ek ödeme yükümlülüğünün yüklenememesidir. Böylelikle kanun koyucu, çoğunluk kararıyla onayı olmaksızın ortaklara ek ödeme yükümlülüğü yüklenmesine veya yüklenen bu tür yükümlülüklerin artırılmasını engel olmak istemektedir.

Ayrıca ilgili ortakların tamamının onayı, bu yükümlülüğün getirilmesi veya artırılmasının geçerlilik şartı değildir.<sup>90</sup> Onay vermeyen ortaklar açısından hukuki durum eskisi gibi devam eder. Bu paylara ek ödeme yükümlülüğü yüklenememiş veya ek ödeme yükümlülüğü artırılamamış olur. Bu açıdan TTK m. 607 hükmü, ortakların ve azınlığın korunmasını amaçlar.

<sup>88</sup> Şener, s. 446.

<sup>89</sup> Şener, s. 446.

<sup>90</sup> Şener, s. 447.



### XIII. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA AYRIMI

#### A. ESAS SERMAYE BORCU İLE AYRIMI

Limited şirketlerde ortaklar, ortaklığın finansmanı bakımından yalnızca esas sermaye ile bağlı değildir. Şirket sözleşmesi ile öngörüldüğü takdirde ek ödeme yükümlülüğü de getirilebilir. Bu nedenle anonim şirketlerde yer alan tek borç ilkesinden de farklıdır.<sup>91</sup>

Şirket sermayesi, esas sermaye paylarına ayrılmıştır. Esas sermaye payı, bir ortağın ortaklık ilişkisinden kaynaklanan haklarının ve yükümlülüklerinin tamamını ifade eder. TTK m. 583/5' e göre, “*esas sermaye payının bedeli şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, nakit veya ayın olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi, serbestçe kullanılacak özkaynakların esas sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenir.*” denilmektedir. Hükme göre, limited şirketlerde esas sermaye borcu, ayın veya nakit şeklinde ifa edilebilir. Fakat ek ödeme yükümlülüğü, yalnızca nakdî olarak yerine getirilebilir.

Ek ödeme yükümlülüğü ile esas sermaye borcu arasındaki bir diğer fark, ek ödemenin iade edilebilmesi ve fakat esas sermaye borcunun iadesinin kural olarak yasak olmasıdır.<sup>92</sup> Limited şirketlerde de sınırlı sorumluluk ilkesi gereği sermayenin korunması ilkesi geçerlidir.<sup>93</sup> Geri verme yasağını düzenleyen TTK m. 601/1'e göre, “*esas sermayenin azaltılması hali hariç, ortaklara, esas sermaye payı bedeli geri verilemeyeceği gibi, ortaklar bu borçtan ibra da olunamazlar*”. Oysa TTK m. 605/1 hükmü uyarınca, ek ödemeye ilişkin tutar, serbestçe kullanılacak yedek akçe ile fonlardan karşılanabilir halde ise yerine getirilen ek ödeme yükümlülüğü kısmen veya tamamen geri verilebilir.

#### B. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE AYRIMI

Şirket sözleşmesi ile ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri<sup>94</sup> öngörülebilir (TTK

<sup>91</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 740; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 461; Karakılıç, s. 109.

<sup>92</sup> Bilgili/Demirkapı, s. 745.

<sup>93</sup> Karakılıç, s. 109.

<sup>94</sup> Yan edim yükümlülükleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Serhan Dinç, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2016, S. 3, s. 75-114.

m. 606/1). Ek ödeme yükümlülüğü ile benzer yanları olduğu gibi farklılıkları da mevcuttur. Benzerliğine örnek olarak, ek ödeme yükümlülüğünde olduğu gibi yan edim yükümlülüğü de esas sermayeye bağlıdır ve münferit bir pay yanında, bazı grup paylar veya ortaklık paylarının tümü için bağlanabilir.<sup>95</sup>

Ek ödeme yükümlülüğüyle ortaklığın mali durumunun iyileştirilmesi ve öz kaynak ihtiyacının karşılanması amacıyla ortaklara nakdi bir ödemede bulunma borcu getirilir. Oysa yan edim yükümlülüğünde ortaklar, ortaklığın amacının gerçekleşmesine yardımcı olacak bazı işleri yapma veya yapmama, bazı yükümlere katlanma veya sahip oldukları bazı imkânları ortaklığa kullandırma borcu altına girmektedirler.<sup>96</sup> Bu manada yan edim yükümlülükleri (Süt, pancar, şeker kamışı, meyve gibi ham ve/veya işlenmiş ürünlerin teslimi, park yeri veya depo yeri sağlanıp kullandırılması, taşıma gibi hizmetlerin sunulması ve benzeri edimler), şirket sözleşmesinde yer alan esaslar çerçevesinde yükümlü ortakların ortaklığa karşı ifa ile borçlu oldukları aynı edimlerdir. Yan edim yükümlülükleri, limited şirketin bir taraftan kişisel öğelerden oluşabilen yanını ortaya çıkaran diğer taraftan onu, kooperatife yaklaştıran bir kurumdur.<sup>97</sup>

Yan edimler, kural olarak karşılıksız değildir.<sup>98</sup> Diğer bir deyişle ortak, yan edim yükümlülüğünü ifa ettiğinde karşılığında kendisine ödeme yapılması zorunludur. Kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde ek ödemelerin iadesi mümkünken, yan edimlerin iadesi mümkün değildir.

Yan edim yükümlülükleri, ortaklara subjektif yükümlülükler getirilmesine olanak sağlayan eşyaya bağlı borç örneğidir. Bu şekilde yan edim yükümlülükleri bir yandan ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesine yardımcı olurken, diğer yandan ise limited şirket ortaklarının bileşiminin (örneğin süt veya meyve üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunması ve ortaklığın başka ortaklıkların hâkimiyeti altına girmemesi amacına hizmet ederler.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> TTK Gerekçe, m. 606, fıkra 1.

<sup>96</sup> Bahtiyar, s. 434; Karakılıç, s. 110-111; Dinç, s. 77.

<sup>97</sup> TTK Gerekçe, m. 606, fıkra 1.

<sup>98</sup> Tekinalp, s. 582; Can, s. 17; Dinç, s. 88-90; Karakılıç, s. 111.

<sup>99</sup> Dinç, s. 78-85; Şener, s. 448; Karakılıç, s. 111.

Yan edimler de ek ödeme yükümlülüğü gibi kişisel bir borç doğurmayıp, esas sermaye payına bağlıdır (TTK m. 606/2). Payın sahibi, aynı zamanda yan edim yükümlülüğünü de yerine getirecek kişidir.<sup>100</sup>

TTK m. 606/3'e göre, "şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığı veya uygun bir karşılığı bulunmayan veya öz kaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdi veya aynı edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tabidir". Bu hükümle kanun koyucu, işlevsel açıdan ek ödeme yükümlülüğüne eşdeğer mahiyetteki yan edim yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleri, ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin kurallara tabi kılmıştır. Bunun altında yatan düşünce ise, ek ödemeye ilişkin hükümlerin ve özellikle de bu hükümlerde yer alan sınırlandırmaların dolanılmasını engellemektir.

## SONUÇ

Ek ödeme yükümlülüğü, esas sermaye payına bağlı olarak öngörülebilir. Bu yükümlülük, şirkete ancak nakdi ödeme yoluyla ifa edilir. Ortakların tümüne veya münferit bir ortağa ek ödeme yükümlülüğü getirilebileceği gibi bazı pay grupları için de getirilebilir. Ancak hangi esas sermaye payı veya payları için ek ödeme yükümlülüğü öngörülmesinin şirket sözleşmesinde açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Ek ödeme yükümlülüğünün miktarı, ortağın esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşamaz.

TTK'da ek ödeme yükümlülüğünün öngörülebileceği haller açıkça belirtilmiştir. Birincisi, şirketin esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılamamasıdır. İkincisi, şirketin içine düştüğü nakit sorununun aşılabilmesi amacıdır. Talep edilen ek araçlar olmaksızın şirketin işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması durumunda, ek ödeme yükümlülüğünün ifası istenebilir. Üçüncüsü ise şirket sözleşmesinde açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilen öz kaynak ihtiyacını doğuran diğer hallerin ortaya çıkmasıdır.

Her ne kadar TTK m. 603/1'de ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği haller sayılmışsa da hem İsviçre hem de Türk hukukunda ek ödeme yükümlülüğünün amacının genişlediği söylenebilir. TTK gerekçesinde de bu açıkça belirtilmektedir.

<sup>100</sup> Şener, s. 450-451; Karakılıç, s. 112; Dinç, s. 84.

Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, ek ödeme yükümlülüğünün ifasının talep edilmesi yetkisi müdürlerdedir. Fakat şirketin tasfiye aşamasına girmesi durumunda tasfiye memurları, iflas halinde ise iflas idaresi ek ödemelerin ifasını talep edebilir. Aynı şekilde, limited şirkete herhangi bir sebeple kayyım atanmış ve kayyımın görev süresi içinde ek ödeme yükümlülüğünün talebi için gereken şartlar ortaya çıkmışsa mahkemenin atama kararının buna müsait olması koşuluyla kayyım da ek ödemelerin ifasını talep edebilir.

Ek ödeme yükümlülüğü hiç veya tam olarak ifa etmezse, müdürler bu durumda ilamsız takipte bulunabilecekleri gibi ilgili ortaklara karşı ifa davası da açabilirler. Şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi halinde cezai şart öngörülebilir. Aynı şekilde temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi ödemesi de mümkündür. Diğer yandan, şirket sözleşmesi ile ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesi, yükümlü ortak bakımından haklı nedenle ortaklıktan çıkartılma hali sayılabilir. Keza ifa edilmeyen ek ödemelerin, şirketin kredibilitesi (güvenirliliği) açısından çok önemli olduğu durumlarda, bu davranış diğer ortak veya ortaklar açısından haklı nedenle şirketten çıkma hali olarak da değerlendirilebilir.

Ek ödeme ile yükümlü pay sahibinin şirketten ayrılması durumunda ek ödeme yükümlülüğü de kural olarak ilgili ortak bakımından sona erecektir. Bununla birlikte kanun koyucu, kötü niyetli ayrılmaları engellemek ve alacaklıları da koruma düşüncesiyle, ayrılan ortağın ek ödeme yükümlülüğünden doğan sorumluluğunun belirli bir süre daha devam edeceğini düzenlemiştir. Bu anlamda ayrılan ortağın şirketten ayrıldığına tescili tarihinden itibaren iki yıllık süre zarfında limited şirket iflas etmiş ve halef de ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmemişse, ayrılan ortağa da ek ödeme yükümlülüğünden kaynaklanan borcunu ifa etmesi için başvurabilir.

İfa edilen ek ödemeler kısmen veya tamamen iade edilebilir. Bunun için şirketin finansal durumunun buna müsait olması, diğer bir ifadeyle şirketin ek ödemelerden yararlanmasına ilişkin şartların devamlı sayılabilecek surette ortadan kalkmış olması gerekir.

Ek ödeme yükümlülüğü ifa edildikten sonra, şirket bakımından ek ödeme talep edilebilecek şartların tekrar ortaya çıkması durumunda, yükümlü paya sahip ortak veya ortaklardan aynı oranda ek ödeme

talep edilebilir. Bu nedenle de ifa edilen ek ödemenin yeniden talep edilmesi istenmiyorsa veya daha düşük bir tutar öngörülmesi isteniyorsa, bu durum karşısında esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanarak şirket sözleşmesinin değiştirilmesi gerekir.

Şirket sözleşmesinde yer alan ek ödeme yükümlülüklerinin şirket sözleşmesini değiştirmek yoluyla, kanuni sınırlar çerçevesinde (TTK m. 603/3) genişletilmesi de mümkündür. TTK m. 607'de özel bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre, şirket sözleşmesini değiştirerek ek ödeme yükümlülüklerini öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.

Ek ödeme yükümlülüğünü benzer hukuki kurum olan yan edim yükümlülüğünden ayıran temel fark, ek ödeme yükümlülüğü nakdi ödeme olarak ifa edilirken, yan edim yükümlülüğünde ise ortağa bir yapma, yapmama veya katlanma gibi borçlar yüklenir. Ek ödeme yükümlülüğü ile esas sermaye borcu arasındaki fark ise ifa edilen ek ödemelerin kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda iade edilebilmesidir. Esas sermaye borcu için kural olarak böyle bir durum mevzubahis değildir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Altaş Soner, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2016.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 8. Bası, İstanbul, 2014.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 9. Baskı, Bursa, 2013.
- Çeker Mustafa, Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Karahan Kitabevi, 2. Baskı, Adana, 2015.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Beşinci Basıdan Tıpkı Altıncı Bası, İstanbul, 2012.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2013.
- Eriş Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 3 (Madde 417-644), Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2017.

- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2017.
- Şahin Ayşe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi" Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Sener Oruç Hami, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2017.
- Taşdelen Nihat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2015.

### Makaleler

- Can Mustafa Erdem, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, S. 4, C. 15, s. 1-23.
- Diñç Serhan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri", *İzmir Barosu Dergisi*, 2016, S. 3, s. 75-114.
- Karakılıç Hasan, "Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, S. 2, C. 4, s. 107-144.
- Ünlü Ufuk, "Tüm Yönleriyle Limited Şirketler" *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, S. 108, C. 10, s. 99-106.
- Yavuz Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü", *Mali Çözüm Dergisi*, 2012, S. 113, s. 157-165.

### Diğer Kaynaklar

- Özdoğan Daloğlu Tuğba, "Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma" (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Sidim Muhammed Furkan, "Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma" (Yüksek Lisans), Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Şahin Güvenç, "Anonim Şirketlerde Iskat Müessesesi" (Yüksek Lisans), Ufuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Varoğlu Yasemin, "Limited Şirketlerde Ortakların Hak ve Borçları" (Yüksek Lisans), Kadir Has Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

# YARGITAY VE HAKEM KARARLARINA GÖRE HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI\*

## ACCORDING TO THE COURT OF CASSATION AND ARBITRATION DECISIONS THE PHYSICIAN'S COMPULSORY LIABILITY INSURANCE

Hacı KARA\*\*

**Özet:** 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un, Ek 12’inci maddesine göre Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden bahse konu kişiler de tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. Bu çalışmada hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası uygulaması, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları ışığında incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk Sigortası, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Özellikleri, Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Hakkındaki Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları

**Abstract:** According to the additional article 12 of the Law No. 1219, on the Law of “Application of Medicine and its Branches Practice, Medicine and Medical Sciences”, physicians, dentists and specialists as per specialist legislation, who are working in public health institutions and organizations are obliged to have an insur-

\* Bu makale 09-12.10.2019 tarihleri arasında yapılan III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi’nde tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, haci.kara@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8255-6277, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.05.2020, Kabul Tarihi: 13.05.2020

ance against the damages that can be claimed from them by the third parties due to medical malpractice and against the recourse to be made to them by their own institutions. Half of this insurance premium is paid by themselves and the other half is paid from the revolving funds in institutions with revolving funds, and in institutions which do not have revolving funds, it is paid from the institution's budget. Those persons who work in private health institutions and organizations or who perform their profession freely are obliged to take out professional liability insurance in order to cover the damages that may be caused to persons due to medical malpractice and therefore the recourse to be made to them. Compulsory professional liability insurance is made by those who perform their profession freely, and those working in private health institutions and organizations, by the relevant private health institutions and organizations. Half of the insurance premiums of the employees working in private health institutions and organizations are paid by themselves and half by the employers. In this study, the application of compulsory financial liability insurance of the physician's will be examined in the light of the decisions of the Court of Cassation and the Insurance Arbitration Appeal Arbitrator Board.

**Keywords:** Liability Insurance, Physician's Compulsory Financial Liability Insurance, the Features of Physician's Compulsory Financial Liability Insurance, the Decisions of Court of Cassation and the Insurance Arbitration Appeal Arbitrator Board Regarding Physician's Compulsory Financial Liability Insurance

## GİRİŞ

Malpraktis (*malpractice*), kavramı, Latince "*male*" ve "*praxis*" kelimelerinden türemiş olup, "*kötü, hatalı uygulama*" anlamına gelir. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulunda tıbbi uygulama hatası, "*hekimin, hastanın tedavisi sırasında standart tedaviyi uygulamaması veya hastanın zarar görmesinin doğrudan nedeni olan hastaya bakımda beceri eksikliği ve ihmali ile oluşan zarar*" olarak tanımlanmıştır.<sup>1</sup> ABD doktrinine göre ise tıbbi uygulama hatası; "*sağlık mesleği mensubu tarafından işlenen ve hastaya zarar veren veya komplikasyonlara neden olan ihmali ya da icrai bir hareketi ifade eder*". Tıbbi kötü uygulama hata yapılan işin planlanan ve/veya uygulanan şekilde sonuçlanmamasıdır. Oysa komplikasyon kavramı; özen ve dikkat yükümlülüğünün yerine getirilmesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonucu ifade eder.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> World Medical Association, Statement on Medical Malpractice; Marbelle, Spain, 1992, Art. 2/a, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/malpractice.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019).

<sup>2</sup> Özlem Özer ve diğerleri, "Tıbbi hatalı uygulamalar", *Dicle Tıp Dergisi*, Y. 2015,



Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 13. maddede tıbbi uygulama, tıp biliminin standardına, yani tıp ilminde genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kurallarına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması tıbbi kötü uygulama sayılır.

Tıbbi uygulama hataları, hastanın tedavisi için bakım standardına uyulmaması, beceri eksikliği, hastaya bakım sağlamadaki ihmali, sağlık hizmetinin sunumu esnasında sağlık personelinin öngördüğü ve/veya uyguladığı müdahale, kullanılan hatalı tıbbi teknik sonucu istenmeyen bir şekilde hastanın hastalığının normal seyri dışına çıkması, yaşam kalitesinin düşmesi, belli bir hastalığa yakalanan ve tanı konulan hastaların sayısında (morbidite)<sup>3</sup> artış görülmesi, hatta hastalıkların ölümlerle (mortalite)<sup>4</sup> sonuçlanabilmesi anlamındadır.<sup>5</sup>

Tıbbi uygulama hataları temel olarak tıbbi işleme, ihmale ve uygulamaya bağlı olarak: Tanı (teşhis), tedavi, koruyucu tedavi ve diğer hatalar olmak üzere dört kısma ayrılır. Tanı hataları, yanlış ve/veya geçersiz test ve tekniklerin uygulanması veya uygun testlerin yanlış uygulanması ya da yorumlanması, eksik veya gecikmiş tanı konulması gibi nedenlerle gündeme gelir ve yanlış tanı, yetersiz ve yanlış tedavi ile sonuçlanarak tedavi hatalarına sebebiyet verir. Tedavi hataları, yanlış veya yetersiz tedavi uygulaması şeklinde olabileceği gibi uygulanan ilaç dozundaki hata ile uygulanan cerrahi girişim tekniğinin seçimi ve tedavinin geciktirilmesi ile de ilgili olabilmektedir. Koruyucu tedavi hataları ise yetersiz izleme, tedavi ve hastalık takibinin yanlış ve/veya yetersiz yapılması, gecikmiş veya eksik ilaç tedavisi uygu-

S. 42/3, s. 395, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/54610>, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

<sup>3</sup> Özel bir grup içinde ve belirlenmiş bir zaman diliminde belli bir hastalığa yakalanan ve tanı konulan hastaların sayısı (veya oranı), [http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref\\_id=53&file\\_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987](http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987), (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

<sup>4</sup> Genel populasyon içinde belli bir hastalığa bağlı ölüm sayısı (oranı). (Özellikle bu oran sadece olgular içindeki ölüm oranı değildir), [http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref\\_id=53&file\\_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987](http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987), (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

<sup>5</sup> Özlem Özer ve diğerleri, s. 394.

lanması sebebiyle gündeme gelmektedir. Bunların yanı sıra kullanılan ekipman ile ilgili veya sistemle ilgili hatalar da yine çeşitli tıbbi hatalı uygulamalara neden olmaktadır. Tıbbi hatalı uygulamaları, medikasyon hataları ve cerrahi hatalar olarak da ikiye ayırarak incelenebilir. Bunlardan medikasyon hataları, yatarak ve ayaktan tedavi gören hastalarda en sık görülen hatalardır. İlaçların uygulanmaları ile ilgili hatalardır ve çoğu önlenilebilmektedir.<sup>6</sup>

Tıbbi uygulama hataları, hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili kanuna göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamını içermektedir.<sup>7</sup> Hukuki sorumluluk bakımından temel ölçü ise, tecrübeli bir uzman hekim standardıdır. Yani hekim, objektif olarak, olayların normal gelişimine ve sübjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kişisel becerisine, şahsi mesleki bilgisine, eğitiminin nitelik ve derecesine göre, hastanın sağlığına bir zarar gelmesini önceden görebilecek durumda olmalıdır. Yani hekim mesleğini icra ederken özen yükümlüğüne uymak zorundadır. Örneğin; bir ameliyat için yara enfeksiyonu bir komplikasyondur, ancak enfeksiyonu önlemek için antibiyotik kullanımı gerekli ise ve hekim bunu vermemişse bu artık özen eksikliğine dayalı bir malpraktise dönüşür. Buna karşın her türlü önlem alınmasına rağmen, basit bir operasyondan sonra hastada akciğer embolisi gelişmesi ve bu nedenle hastanın kaybedilmesi durumunda bu olay malpraktis sayılmaz.<sup>8</sup>

Bu çalışmada hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası uygulaması, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Kurulu Kararları ışığında incelenecektir.

<sup>6</sup> Özer ve diğerleri, s. 395.

<sup>7</sup> Gürol Cantürk, "Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik", Uluslararası Sağlık Hukuğu Sempozyumu, 16-17 Ekim 2014, s. 303, [http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB\\_Books/536.pdf](http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB_Books/536.pdf) (Erişim Tarihi: 20.09.2017).

<sup>8</sup> Yılmaz Yördem, "Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbi Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", Journal Of Institute Of Economic Development And Social Researches, 2018 Vol. 4, Issue 12, pp. 540, [http://iksdjournal.org/Makaleler/1857965187\\_1.%204\\_12\\_ID78.%20Y%c3%b6rdem\\_539-546.pdf](http://iksdjournal.org/Makaleler/1857965187_1.%204_12_ID78.%20Y%c3%b6rdem_539-546.pdf), (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

## I. HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

### A. HUKUKİ DÜZENLEME

Malpraktis sonucunda oluşan zararlara karşı bütün hekimlerin, dış hekimlerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların sorumluluklarını teminat altına almak üzere, 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un (TŞSK), Ek 12’nci maddesine uyarınca,<sup>9</sup> “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” düzenlenmiştir.<sup>10</sup> Buna göre kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Kamuda çalışan kişilerin sorumluluk sigortasının kurumlarınca kendilerine yapılacak rücuları da kapsamaması gerekir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigortaları kurumlarınca yaptırılmak zorundadır. Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan anılan kişilerin sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların primlerinin yarısı ise kurumlarınca ve serbest çalışanların kendilerince ödenir.<sup>11</sup>

1219 sayılı Kanun’un uygulamasına dair 2010/1 sayılı “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum

<sup>9</sup> Ek 12. madde, 1219 sayılı Kanuna, 30.01.2010 T. ve 27478 S. RG’de yayımlanan 5947 sayılı “Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 8’inci maddesi ile eklenmiştir.

<sup>10</sup> Sigortayı ifade etmek için doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, “Tıbbi zorunlu sorumluluk sigortası”, “hekim sorumluluk sigortası”, “hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası”, “Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası” ve benzeri isimler kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> Tıbbi kötü uygulamaya karşı zorunlu sigortasının hasta haklarının güvencesi olarak sunulması yanlıtıdır. Doktor yardımcı sağlatıcı konumdan, sağlık hakkının tek yöneticisi imiş gibi, doktor hatası öne çekilmiştir. Oysa dünyada buyurgan, risk almak istemeyen doktor tipinden, hasta ile işbirliği yapan katılımcı doktor tipine geçmek önemsenmektedir. Doktorun üzerindeki baskıyı azaltıp, doğrudan hastayı sigortalayan bir sigortanın yapılması dünyanın gündemindedir. Tennur Koyuncuoğlu, “Doktor Sigortası Mı, Hasta Sigortası Mı?”, *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 92, s. 433, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

Katısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ” ve Tebliğ Ek’inde “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife Ve Talimatı” ile “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları”<sup>12</sup> yayımlanarak 30.07.2010 itibariyle yürürlüğe konulmuştur.<sup>13</sup> Böylece, ilgili kanun hükümlerinde, “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” olarak anılan hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortası, ülkemizde 2010 yılından beri uygulanmaya başlanmıştır.

## B. HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI ESASLARI

### 1- Genel Olarak

Hekimin zorunlu sorumluluk sigortası bir “zarar sigortası” ve ileride ortaya çıkması muhtemel zararlar nedeniyle malvarlığını teminat altına alınması bakımından “pasif sorumluluk sigortası”dır.<sup>14</sup> Sorumluluk sigortasındaki riziko, sigorta ettirenin veya sigorta ettirenin bildirdiği başka birinin canı üzerinde gerçekleşmez; tersine onların malvarlığı üzerinde gerçekleşir. Bu nedenle bir can sigortası değildir. Hekim zorunlu mali sorumluluk Sigortası grup sigortası<sup>15</sup> şeklinde yapılamaz.

<sup>12</sup> 21.07.2010 T. ve 27648 S. RG’de yayımlanan Tebliğde, 19.7.2011 T. ve 27999 S. RG, 26.7.2014 T. ve 29072 S. RG, 23.5.2015 T. ve 29364 S. RG, 28.10.2015 T. ve 29516 S. RG ve en son 16.4.2016 T. ve 29686 S. RG’lerde yayımlanan Tebliğler ile değişiklik yapılmıştır.

<sup>13</sup> Sigorta primine kurum katkısının usul ve esaslarının düzenlendiği Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ 21.7.2010 T. ve 27648 S. RG’de yayımlanmış, 30.7.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 26.07.2014 T. ve 29072 S. RG’de yayımlanan Tebliğ ile önceki Tebliğ’deki tarife ile EK 1 risk gruplarında değişiklik yapılmıştır.

<sup>14</sup> Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2020, s. 301, Yeni genel şartlar uygulamada “claims made” (talep esaslı) olarak bilinen tekniğe uygun bir düzenleme getirmiştir. Samim Ünan, “Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi”, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012, s. 10.

<sup>15</sup> TTK m. 1496/1: “En az on kişiden oluşan, sigorta ettiren tarafından, belirli kısıtlara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bir gruba dâhil kişiler lehine, tek bir sözleşme ile sigorta yapılabilir. Sözleşmenin devamı sırasında gruba dâhil herkes sigortadan, grup sigortası sözleşmesi sonuna kadar yararlanır. Sözleşmenin yapılmasından sonra grubun on kişinin altına düşmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez”.

Sorumluluk sigortalarında amaç, üçüncü kişilere verilebilecek zarardan ötürü sigortalının karşılaşılabileceği tazminat taleplerini temin etmektir. Sigortacı, sorumluluk sebebiyle sigorta ettirenin malvarlığında ortaya çıkmış olan yükü devralmaktadır. Dolayısıyla, bunlarda sigortacının sözleşmede kararlaştırılan belirli bir tutarı ödeme yükümlülüğünden söz edilmez.<sup>16</sup>

Hekim sorumluluğu sigortasının amacı ise, hekimlerin mesleki görev ve yükümlülüklerini yerine getirirken, hata, ihmal, yanlış uygulama sonucunda hastalarına verebilecekleri zararlara karşı hekim aleyhine açılan davalardaki tazminat taleplerine karşı güvence sağlamak, yani hekimlerin hukuki sorumluluk sebebiyle maruz kalabilecekleri mali yükten onları kurtarmaktadır. Bu sigorta sayesinde zarar görenler, kendilerine zarar veren hekime yönelik tazminat alacaklarını karşılayacak bir mali gücü yüksek olan bir kuruluşa (sigortacıya) başvurma imkânına kavuşmaktadırlar.<sup>17</sup> Sorumluluğu öne sürülen hekim, bazı hallerde çok yüksek ve altından kalkılması çok zor tutarlara ulaşan tazminat yükümlülüğünü sigortacıya devretmektedir. Sigortacı zarar gören üçüncü kişiye ödeme yaparak, hem bu kişinin uğradığı zararı hem de sigorta ettirenin sorumluluk dolayısıyla altına girmiş olduğu yükü kaldırır.<sup>18</sup> Hekim çalıştıran devlet, çalıştırdığı hekimin eylemi dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğunu sigortacıya aktaracaktır. Aynı şekilde hekim çalıştıran özel sağlık kuruluşu da, hekimin eyleminden doğan sorumluluğunun mali yükünden kurtulacaktır. Çünkü zorunlu sigorta yalnızca tedavi görenlerin istemlerini değil fakat hekimi çalıştıran resmi veya özel kuruluşun rücu istemlerini de kapsamaktadır.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Mutlaka sözleşmede bir sigorta bedelinin kararlaştırılması gerekmez. Sigortacı "sınırsız" olarak da teminat sağlayabilir. Sigortacının sorumlu olacağı en yüksek tutarın belirlenmesi, sigorta priminin sağlıklı bir biçimde hesaplanabilmesi ve sorumluluk sigortası ürününün "ödenebilir bir prim karşılığında" pazarlanabilmesi amacıyla hizmet eder. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 6. Kitap, Sigorta Hukuku, C. II, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 263.

<sup>17</sup> Zorunlu sorumluluk sigortalarında, sigortalıdan çok zarar görenin menfaatinin korunması ön plana çıkmaktadır. Zorunlu sigortalarda amaç, ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunmasıdır. Rauf Karasu, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, C. 2, Y. 2015, s. 695.

<sup>18</sup> Ünan, *TTK Şerhi*, s. 263.

<sup>19</sup> Ünan, *Zorunlu Hekim Sigortası*, s. 5.

## 2- Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi

Hekim mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Sigorta ettirenin borcu, prim ödeme, sigortacının ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir. Mesleki sorumluluk sigortasında sigortacı, tazminat talebinde bulunan üçüncü kişilerin haklı tazminat taleplerini ödemeyi ve haksız tazminat taleplerinin bertaraf edilmesi işini üstlenmiştir.<sup>20</sup> Sigorta sözleşmesi, sigortacı adına şirketin yetkili şahsı veya sözleşmeyi yapan acentesi<sup>21</sup> tarafından imzalanır.<sup>22</sup>

## 3- Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Yaptıracak Kişiler

Kanuna göre, kamu veya özel sağlık kuruluşları ya da muayenehanesinde mesleğini uygulayan bütün hekimler, dış hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar<sup>23</sup> (sigortalı) zorunlu mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Bunun dışındaki sağlık çalışanları ya da Kanun'da sayılan unvanlara sahip olmalarına rağmen mesleki faaliyette bulunmayanlar sigorta yaptırmakla yükümlü değildir.<sup>24</sup> Poliçede tanımlanan mesleki faaliyete son verilmesi halinde sigorta sözleşmesi son bulur ve özel hükümler saklı kalmak kaydıyla işleme-yen günlere ait prim sigorta ettirene iade olunur (Genel Şartlar C. 6).

Sigortayı yaptırmakla yükümlü olan kişi, yani sigorta ettiren ve sigortalı sorumluluğu sigorta teminatı altına alınan hekim her zaman aynı kişi değildir. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır (TŞSK Ek m. 12/3).

<sup>20</sup> Kemal Şenocak, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 141.

<sup>21</sup> Sigortacı adına sözleşme yapma yetkisine sahip olan acentedir.

<sup>22</sup> Rayegan Kender, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 14. B., 2014, s. 142.

<sup>23</sup> 26.04.2014 T. ve 28983 S. RG'de yayımlanan "Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği" m. 3/(r)'ye göre Uzman: "Çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanları", m. 3/(s)'e göre ise Uzmanlık eğitimi: "Tıp veya dış hekimliğinde uzman olabilmek için gereken eğitim ve öğretimi" ifade eder.

<sup>24</sup> Mustafa Çeker, Sigorta Hukuku, 10. B., Karahan Yayınevi, Adana 2014, s. 304.

Bu kişiler için Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre yaptırılmış ihtiyari sigorta var ise ve bu ihtiyari sigorta zorunlu sigortayla verilen teminatın üstü için yapılmamışsa, bu sigorta ile zorunlu sigorta arasında Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın birden çok sigorta hükümleri uygulanır.

#### 4- Sigortanın Özellikleri

##### a) Riziko Bakımından Kapsamı

Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk sigorta sözleşmesi, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların<sup>25</sup> poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Sigorta ettiren sorumluluğunu gerektirecek olayları on gün içinde, aleyhindeki tazminat istemlerini ise derhal sigortacıya bildirmek zorundadır (TTK m. 1475).

##### aa) Sigorta Kapsamındaki Rizikolar

Bu sigorta sözleşmesi ile hekimler, diş hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların:

- 1) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay<sup>26</sup> sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sözleşme sonrasında talep edilen zararlara<sup>27</sup>,
- 2) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere,
- 3) Bu zarar veya taleple bağlantılı yargılama giderlerine, karşı belirlenen sigorta limitlerine kadar<sup>28</sup> teminat verilir. Bir di-

<sup>25</sup> Değişik ibare: RG: 26.7.2014 T. ve 29072 S.

<sup>26</sup> Olay zararın sebebi niteliğini taşımaktadır. Sorumluluk da bu olay sebebiyle meydana gelmelidir. Ünan, TTK Şerhi, s. 286.

<sup>27</sup> Zarar, zarar görenin malvarlığında, onun iradesinin sonucu olmaksızın meydana gelen kötüleşmedir. Ünan, TTK Şerhi, s. 288.

<sup>28</sup> Birinci risk grubu için 200 bin TL, İkinci risk grubu için 400 bin TL, Üçüncü risk grubu için 600 bin TL ve Dördüncü risk grubu için 800 bin TL olup, Her durumda sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarı 1.800.000 TL'yi aşamaz.

ğer ifadeyle zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği tüm mesleki faaliyetini kapsar. Ayrıca, sözleşmede sigorta ettiren ve sigortalının aleyhine olmamak üzere özel şartlar kararlaştırılabilir.<sup>29</sup>

### **bb) Kapsam Dışındaki Rizikolar**

Şu haller ise teminat kapsamı dışındadır:

- 1) Sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
- 2) İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
- 3) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar,
- 4) İlgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri (Genel Şartlar A.3),
- 5) Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı göze-

<sup>29</sup> Bu şekilde sözleşmeye konulacak özel şartlar (klozlar) ile şu rizikolar teminat kapsamına alınabilecektir: 1) Genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri, 2) Her türlü deney veya araştırmalardan doğan tazminat talepleri, 3) Her tür kan bankası faaliyeti neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak meydana gelen tazminat talepleri, 4) Tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri, 5) Üremeye yardımcı (kısırlık tedavisi) ya da üremeyi önleyici (kısırlaştırıcı tedavi) her tür sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat talepleri, 6) Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kasıtlı hareketlerinden kaynaklanabilecek tazminat talepleri, 7) AIDS veya onun patojenleri ya da hepatit A, B veya C'ye bağlı olabilecek yahut onlardan kaynaklanan veya onların katkıları ile oluşan her türlü zarar ile bunların sonucu ortaya çıkan ruhsal rahatsızlıklara bağlı tazminat talepleri, 8) İnsan ve hayvan organları, kanları, hücreleri, her türlü ifrazatı, türevleri, genleri, biosentez ve ilgili mamüllerin denenmesi, değiştirilmesi, elde edilmesi, kazanılması, hazırlanması, işlenmesi, elden geçirilmesi, dağıtımı, depolanması, ikame edilmesi, kullanılmasından kaynaklanan tazminat talepleri, 9) Sigortalıya, bir sağlık kurumunda yönetici veya işletici olması nedeniyle yöneltilen tazminat talepleri (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları C. 10/III (23.05.2013 T. ve 28658 S. RG) ve Genel Şartlar m. C. 10).



- timi altında olmadığı sürece, dış hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri,
- 6) İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanılan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,
  - 7) İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri,
  - 8) Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri,
  - 9) Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehyde, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları C. 10/II).

### **b) Sigortanın Teminat Altına Aldığı Alacaklar**

Hekim zorunlu mali sorumluluk sigortası teminat tutarı, sigortalının poliçede belirtilen mesleki faaliyetini ifa ederken sözleşme süresi içinde tazminatı gerektiren bir olay gerçekleşmesi halinde talep edilen maddi ve manevi tazminat, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere (*Mahkemenin hüküm altına alacağı yargılama giderleri, sigortalı aleyhine yargı kararında hükme bağlanan yargı harcı; bilirkişi, keşif ve tanık giderleri; davacı lehine hükmedilen vekâlet ücreti gibi hususlardır*)<sup>30</sup> karşı geçerlidir (2010 Tebliğ m. A.2, SGŞ m. A.1). Cezai sorumlulukla ilgili adli para cezası ödenmesi gibi talepler sigorta kapsamı dışındadır.

<sup>30</sup> Burada varsayım sigortacının dava edilmemiş ve bu tutarların kendisinden tahsil edilmemiş olmasıdır. Eğer tazminat isteyen kişi sigortacıyı da dava etmiş ve bu tutarlar sigortacı aleyhine hüküm altına alınmışlarsa, sigortacı bunları zaten davacıya karşı "kendi yükümlülüğü" olarak ödeyecektir. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 11.

### c) Sigortanın Uygulama Zamanı Ve Bildirim

TTK m. 1473'e göre, "Sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder". Bu hükümle sigorta teminatının, olayın sigorta süresi içerisinde veya sigorta ettiren, (sorumluluğunu doğuran olayın meydana gelmiş olduğunu bilmemesi kaydıyla) geçmişe etkili sigorta teminatı elde etmişse, kararlaştırılan geçmişe etki tarihi ile sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarih arasında meydana gelmiş olan, olaylar için geçerli olacağı kabul edilmiştir. Yani TTK olay esaslı sigortayı (*occurrence basis-event occurrence*) benimsenmiştir.<sup>31</sup> Ancak bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle taraflar sigorta sözleşmesinde aksini kararlaştırabilirler.<sup>32</sup>

Hekim mesleki sorumluluk sigortaları uygulamada, talep esaslı (*claims made*), olay esaslı (*occurrence basis-event occurrence*) veya karma (*hybrid*) sözleşmeler olmak üzere üç şekilde yapılabilmektedir.<sup>33</sup> Talep

<sup>31</sup> Olay, sigortalının sorumluluğunu gerektiren zararın sebebi niteliğindeki hukuka aykırı davranıştır. Ünan, TTK Şerhi, s. 288-290, Bu madde ile sorumluluk sigortasının genel bir tanımı yapılmıştır. Getirilen düzenlemede ise rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük bir ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira, sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşabileme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötü niyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Şöyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeni ile tazminat talebi ile karşılaşabileceğini düşünene kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir: Açıklanan nedenlerden dolayı sigortacının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır. Bu noktada, sigortacının sorumluluğundan bahsedilmek için zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması veya talep edilmesi önemli değildir. Ancak, madde emredici nitelikte olmadığından tarafların, sorumluluk sigortası türlerine göre sözleşme rizikoyu farklı şekillerde belirleyebilmesi de mümkündür. TTK Madde Gereçekleri, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (Erişim Tarihi:19.09.2019).

<sup>32</sup> Ancak talep sözlü olarak da yapılabileceğinden, bu durumda bunun ne zaman yapıldığı hususunda kanıt zorlukları ortaya çıkabilir. Karasu, s. 689, Ünan, TTK Şerhi, s. 291.

<sup>33</sup> Sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır (Genel Şartlar m. B. 1). Talep

esasında, sadece sözleşme süresi içinde meydana gelen tıbbi kötü uygulamalar sözleşme teminatı altına alınmaktadır.<sup>34</sup> Örneğin; 2015 senesinde meydana gelen bir olayla ilgili tazminat talebini, 2015 senesi sonuna kadar ileri sürülmesi gerekmektedir.<sup>35</sup> Talep esaslı sigorta kesintisiz olarak yenilenirse (örneğin; sözleşme 2015, 2016, 2017, 2018 ve 2019 yıllarında düzenli olarak yenilenirse, sigortalı, sözleşmenin yenilenmesinde hiç boşluk söz konusu olmadığından korunmuş olacaktır. Ancak, sigortalı, sigorta teminatını kesintisiz elde etmek konusunda ihmal göstermiş ve sözleşmenin yenilenmesinde arada boşluklar meydana gelmişse, sigortalı sözleşmenin yapılmadığı/yenilenmediği bu dönemler için korumadan yararlanamayacaktır.<sup>36</sup>

Olay esaslı sigortalarda ise sigorta teminatı, bu olayın sigorta süresi içinde meydana gelmesi koşuluyla işlerlik kazanacaktır.<sup>37</sup> TTK m. 1473/1'de sorumluluk sigortalarında olay esaslı kabul edilmiştir.<sup>38</sup> Olay esaslı sigortalar geçmişe etkili sigorta teminatı vermektedir. Özellikle sigorta yaptırıldığı anda bilinmeyen hatalı uygulamalardan kaynaklanabilecek zararlarla ilgili giderim istemlerine karşı sigorta koruması elde etmek için, sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi kadar geriye doğru sigorta teminatı sağlaması söz konusu olmaktadır (noterlerin

---

esaslı sigortalarda, riziko zarar gören tarafından sigorta ettirene tazminat talebinin yapıldığı anda meydana gelmiş kabul edilir. Talep sözlü olarak ta yapılabilir, bu durumda kanıtta zorluklar çıkabilir. Ünan, TTK Şerhi, s. 292

<sup>34</sup> Ülkemizde birçok sorumluluk sigortası "talep esaslı" olarak yapılmaktadır: Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.2); Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.1); Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Genel Şartlar m.A.1 VE B.1) Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ise tarafların anlaşmasına göre hem "olay+zarar" hem de "olay+talep" esaslarına göre yapılan sigortalara imkân tanımıştır. Ünan, TTK Şerhi, s. 292.

<sup>35</sup> Çeker'e göre; "claims made (sözleşme süresi içindeki olayları kapsayan) poliçelerde tazminat talebi sözleşme süresi içerisinde ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, sigortacı sözleşme süresi içinde meydana gelmiş bir olaydan kaynaklanması koşuluyla sigorta süresi bittikten sonraki iki yıl içinde yapılan tazminat taleplerini karşılamak zorundadır. Örneğin 1.4.2011-1.4.2012 yılları arasında geçerli bir sözleşme yapılmış ve hasta 30.05.2011 yılında geçirdiği hatalı bir ameliyat sonucunda uzun süre yoğun bakımda kalıp 30.06.2012 yılında vefat etmiş ise sigortacı sözleşmenin süresi 1.4.2012 tarihinde sona ermesine rağmen tazminat ödemekle yükümlü olur". Çeker, s. 309.

<sup>36</sup> Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

<sup>37</sup> Ünan, TTK Şerhi, s. 288.

<sup>38</sup> TTK m. 1473/1: "...sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu ..", Ünan, TTK Şerhi, s. 288

ve avukatların mesleki sorumluluk sigortalarında durum çoğunlukla budur) dolayısıyla sigortacının geçmişe dönük inceleme gereksinimi olay esaslı sigortalarda da söz konusudur.<sup>39</sup>

Başka bir ifadeyle bir talep hakkında zamanaşımı süresi dolana kadar sigortacının sorumluluğu ve sigorta teminatı devam etmektedir. Böylece sigortalıya avantaj sağlanmaktadır. Sigorta süresi içine gerçekleşen malpraktis olayı sebebiyle zarar daha sonra meydana gelse ve tazminat talebi de yine daha sonra ileri sürülse dahi sigortalı (ve zarar gören) bu sigortadan yararlanma hakkına sahip bulunmaktadır. Örneğin, 2014 yılını kapsayan olay esaslı bir sigortada, zarar 2016 yılı içinde ortaya çıkmış olsa (örneğin, sakatlığın kalıcı olduğu bu tarihte kesinleşse) ve zarar gören de 2018 senesinde tazminat istemini ileri sürmüş bulursa dahi, sigortacı bu talep için koruma sağlamakla yükümlü olur. Olay esaslı sigortalarda zararın ne zaman gerçekleşmiş bulunduğu önem taşımaz. Zarar seneler sonrada meydana gelmiş olabilir. Tazminat işlemi ise, zarardan sonra, bu sistem hakkında ön görülmüş bulunan hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi içinde ileri sürülebilecektir. Zamanaşımının dolması aslında tazminat talebinde bulunmaya engel değildir; ancak, zamanaşımının gerçekleştiği hallerde zamanaşımı savunması üzerine alacaklının -istemi esas açısından haklı olsa dahi- daha ileri aşamalara geçebilmesi mümkün olmayacak ve davasının zamanaşımı gerekçesiyle reddi lazım gelecektir.<sup>40</sup>

Oysa talep esaslı sigortalarda, tazminat talebinin sigorta sözleşmesinin sonuna kadar, yani yukardaki olayda olduğu gibi 2014 yılı sonuna kadar ileri sürülmek zorundadır. Ancak talep esaslı sigorta 2014'den, 2018 yılına kadar kesintisiz ve düzenli olarak yenilenirse, sigortalı da hiç boşluk söz konusu olmadan korunmuş olur.<sup>41</sup>

Karma sözleşmelerde ise her iki esaslı sözleşmede kapsam dışında kalan halleri de içerecek sigorta sözleşmesi yapılabilmektedir. Karma sigortalar, sigorta korumasında yararlanılacak süreyi zaman bakımından sınırlamaktadır. Bu sigorta da, zarar gören üçüncü kişinin,

<sup>39</sup> Geçmişe etkili sigorta teminatı elde edilmişse (sigorta ettirenin sorumluluğu doğuran olayın meydana gelmiş olduğunu bilmemesi kaydıyla) kararlaştırılan geçmişe etki tarihi ile, sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarih arasında sigorta teminat sağlamaktadır. Ünan, TTK Şerhi, s. 289.

<sup>40</sup> Ünan, TTK Şerhi, s. 290.

<sup>41</sup> Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 13.

zarardan sorumlu sigorta ettirenden istemde bulunma hakkı devam ederken, sorumluluk sigortacısına karşı sahip bulunduğu talep hakkı son bulmuş olabilmektedir. Tazminat talebinin sigorta süresi içinde veya bunu izleyen belirli bir süre içinde yapılmış olması koşulunu içeren sigortalarda, sigortacının sorumluluğu bu süreden sonra sona ererken, talep esaslı karma sigortanın her sene düzenli ve kesintisiz olarak yenilenmesi ve her yenilemede (ilk sigorta sözleşmesinde yer alan) başlangıç tarihinden geçerli olmak üzere teminat sağlanacağı'nın kararlaştırılması ile sigortacıya meydana gelen olaydan sonra da başvurmak mümkün olmaktadır. Örneğin sigorta ettirene yönelik tazminat isteminden doğan sorumluluğu, uygulanan zamanaşımı süresi 10 yıl olduğu halde (olayın ve tazminat talebinin sigorta süresi içinde gerçekleşmesi koşuluyla yaptırılan) karma sigortada sigorta süresi bir yıl olarak öngörülmüş ise, sigorta ettiren, bu olasılıkta sigortacıdan yaklaşık dokuz yıl daha uzun bir süre boyunca tehdit altında kalmaktadır.<sup>42</sup> Örneğin, bir yıl öncesinde gerçekleşen olayları da kapsayacak şekilde 1.1.2017 tarihinde karma bir sözleşme yapılmış olsun. Bir yıl öncesi zaman içerisinde gerçekleştirilmiş tıbbi müdahalelerden meydana gelen zararlara dair tazminat taleplerinin (2.5.2016 yılında) veya sigorta süresi içerisinde (2017 yılında) ya da sigorta süresi dolduktan bir yıl (2018 yılı) içinde ileri sürülmüş olması halinde zarar sigortacı tarafından karşılanır.<sup>43</sup>

Hekim mesleki sorumluluk sigortası SGS'ye göre, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur (SGŞ m. A.1).

Buna göre hekim mesleki sorumluluk sigortaları ile talep esaslı (*claims made*) benimsenmiş ve sigortanın her yıl düzenli şekilde ye-

<sup>42</sup> Ünan, TTK Şerhi, s. 295.

<sup>43</sup> Bu tür sigortalarda sigortacı daha büyük bir risk üstlendiğinden talep edeceği primde daha yüksek olacaktır. Çeker, s. 310.

nileneceği varsayılmıştır. Buna göre, sadece sigortalıya sigorta süresi içinde ileri sürülen talepler sigorta koruması altındadır. Talep esaslı sigortalarda tazminat talebinin sigortalı hekime karşı ileri sürülmesi asıl olmakla birlikte, buna ek olarak zarar görenin talebinin sigorta süresi içinde sigortacıya “ulaştırılmış” olması da gerekir. Genel şartlarda ise bildirimle ilişkin herhangi bir koşula yer vermemiş, tersine sigortalıya yapılan talebi yeterli görmüştür. Talebin sigortacıya derhal haber verilmemesinin yaptırımı TTK m. 1475/3’te, TTK 1446/2. maddeye yollama yapılarak hükme bağlanmıştır. Buna göre rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Yani sigortacı zarar görene tazminat ödedikten sonra ödediğini kısmen geri almak üzere sigortalıya rücu ettiği vakit uygulanacak olan kusurun ağırlığına göre indirim yapılır.<sup>44</sup>

Genel Şartlar A.1/1 son cümle hükmü, “...bir aydan fazla sigortasız kalınan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta korumasının söz konusu olmayacağını” öngörmektedir.<sup>45</sup> Bir hekim ilk olarak 2015 tarihinde sigorta yaptırsa, 2009’dan sonraki (tazminat talebine konu olmamış) malpraktis olayları için bu sigortadan yararlanabilecektir. Söz gelişi 2014 Temmuz ayındaki bir olayla ilgili olarak 2015’te sigorta süresi başladıktan sonra ileri sürülen tazminat talepleri için 2015 poliçesi devreye girecek ve koruma sağlayacaktır. Aynı hekim ilk olarak 2011’de sigorta yaptırmış, 2012’de ve 2013’te sigorta yaptırmayı ihmal etmiş ve 2014 için tekrar sigorta poliçesi düzenletmiş olsa, 2013 Temmuzundaki olay için, genel şartlar gereğince (arada bir aydan fazla boşluk olduğundan) açıkta kalacak, sigorta teminatından yararlanamayacaktır.

Baştan itibaren düzenli olarak sigorta sözleşmesi yaptırdığı ve en son 2019 yılında sözleşmenin yenilendiği varsayılacak olursa, 30 Temmuz 2009’dan başlayarak 2019 yılına kadar sigorta koruması sağlanacağı için (30 Temmuz 2009’dan itibaren gerçekleşecek ancak henüz tazminat talebine konu olmamış malpraktis olaylarını da temin ede-

<sup>44</sup> Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

<sup>45</sup> Belirtmek gerekir ki bu hüküm hekim sorumluluğu sigortasının “geçmişteki olaylar” için teminat sağlama özelliği ile hiç bağdaşmamaktadır. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

ceği) için 2015'te meydana gelen malpraktis sözleşme kapsama dâhil sayılacak ve 2019 yılında (sigorta süresi içinde) ileri sürülen bununla ilgili tazminat talebi 2019 poliçesinden ödenecektir.

Sigortalının mesleki faaliyetine son vermiş olması halinde, geçmişe etkili<sup>46</sup> teminatın yanı sıra, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyetinden dolayı sözleşmenin bitiş tarihinden itibaren iki yıl sonrasına kadar ortaya çıkabilecek talepler de teminat dahilindedir.<sup>47</sup>

## II. YARGITAY VE SİGORTA TAHKİMİ İTİRAZ HAKEM KURULU KARARLARINA GÖRE HEKİMİN ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI UYGULAMASI

### A. YARGITAY VE MAHKEME KARARLARI

#### 1. Görev

Y 11. HD, 13.2.2017 T., 2017/270 E. ve 2017/765 K. sayılı kararına konu davada ...10. Tüketici Mahkemesi'nce verilen 13.06.2016 tarih ve 2016/626 E. ve 2016/628 K. sayılı karar ile yerel mahkeme, davalı ile davanın ihbarı istenen hekim 3. kişi... arasında 11.08.2015 - 11.08.2016 tarihleri arasında geçerli olarak Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi yapıldığı, Sigorta Hukukunun ise 6102 sayılı TTK'nın 1401 vd. maddelerinde düzenlendiği, TTK'nın 4. maddesi uyarınca bu kanundan doğan hususların ticari dava sayılacağı, poliçenin niteliği dikkate alındığında, zorunlu poliçe olması sebebiyle 6502 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan sigorta kapsamı dahilinde değerlendirilemeyeceği, ayrıca davalı ile davacı arasında vekâlet ilişkisi bulunmadığından davalının sorumluluğunun sigorta hukukundan kaynaklandığı, Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Karar temyiz edilmiş-

<sup>46</sup> Hekim sorumluluğu sigortası tam anlamıyla geçmişe etkili sigorta oluşturmaz. Geçmişe etkili sigorta, rizikonun sigorta sözleşmesi öncesinde meydana geldiği (ancak tarafların bu durumu bilmedikleri) hallerde söz konusu olur. Oysa hekim sorumluluğu sigortasında riziko, Genel Şartların B.1 maddesi uyarınca tazminat talebinin ileri sürüldüğü anda gerçekleşmektedir. Bu an ise (sözleşme yapıldıktan sonra) sigorta süresi içinde yer almak zorundadır. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 11.

<sup>47</sup> Mesleğin icra edilmesine son verilmesi halinde, sadece son sigorta dönemini değil, geçmişe etki tarihine kadarki bütün süreyi kapsayan iki yıllık bir "ek" koruma daha uygun düşerdi. Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 10.

tir. Yargıtay temyiz itirazların reddine ve hükmün onanmasına oyçokluğuyla karar verilmiştir.<sup>48</sup>

Y 11. HD, 5.12.2016 T., 2016/13640 E. ve 2016/9304 K. sayılı kararına konu davada: Yerel mahkemece, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği,

<sup>48</sup> Karşı Oy: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/k maddesinde Tüketicinin "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"yi ifade ettiği, Kanun'un 3/1 maddesinde Tüketicici İşlemine "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tanımlandığı, Kanun'un 73/1 maddesinde "Tüketicici İşlemleri ile tüketiciciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara dair davalarda Tüketicici Mahkemelerinin görevli" olduğu, Kanun'un 83/2 maddesinde de "tarafardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketicici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği" düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalıya Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi kapsamında sigortalı bulunan dava dışı doktorun, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle davacıların çocuğunun özürlü olarak doğmasında kusurlu olduğu gerekçesiyle davalı ... şirketinden tazminat talep edilmektedir. Dava dışı doktorun vekalet akdi kapsamında davacılar sunduğu tıbbi hizmetin sorumluluğunun davalı ... şirketince sigorta poliçesi ile üstlenilmesi karşısında davacılar 6502 sayılı Kanun'un 3/k maddesinde ifade edilen "tüketicici", davalı ... şirketince düzenlenen sigorta poliçesi ise Kanun'un 3/L maddesinde ifade edilen "tüketicici işlemi" olup Kanun'un 73/1 maddesi açık hükmüne göre uyuşmazlıkta Tüketicici Mahkemeleri görevlidir. Sigorta Hukuku, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6. kitabında 1401 - 1520 maddelerinde düzenlenmiş, Kanun'un 4/1-a maddesi gereğince sigorta uyuşmazlıklarından doğan davalar - ticari dava sayılmış, Kanun'un 5. maddesinde de Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli kılınmış ise de, daha sonra 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun'un 3/k, L ve 73/1 maddesiyle 6502 sayılı Kanun kapsamında kalan sigorta uyuşmazlıkları yönünden göreve dair 6102 Sayılı Kanun hükümleri ilga edilmiş, 28.05.2014 tarihinden itibaren bütün uyuşmazlıklarda Tüketicici Mahkemeleri görevli kabul edilmiştir. Kaldı ki 6502 sayılı Kanun'un 83/2 maddesi açık hükmü de uyuşmazlıkta Tüketicici Mahkemesi'nin görevli olduğu hususunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde vurgulamaktadır. "Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, örneğin TTK da düzenlenen taşıma veya sigorta sözleşmelerinde taraflardan biri tüketicici ise artık davaya konu işlem tüketicici işlemi sayılacağından 6502 sayılı Kanun uygulanacak ve görevi hususunda buna göre belirlenecektir. (Milli serh (National Commentary) Aristo Yayınları s. 1280). Açıklanan nedenlerle, somut uyuşmazlıkta Tüketicici Mahkemesi görevli bulunduğundan, yerel mahkeme kararının bozulması gerekirken, 6502 sayılı Kanun'un 3/k,L,73/1 ve 83/2 maddelerinin göz ardı edilmesi suretiyle kararın onanmasına dair sayın çoğunluk görüşüne karşıyım". www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25/08/2019).



Kanunun 3/1-L bendine göre “...sigorta...”<sup>49</sup> işinin bir tüketici işlemi olduğu belirtilerek davaya konu olayda tüketici mahkemesinin görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine, davanın görev sebebiyle dava şartı yokluğundan HMK 114/1-c, 115/2’ ye göre usulden reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay somut ihtilafa konu tazminat davasının, 6102 sayılı TTK’nın 1401 vd. maddelerinde düzenlenen sigorta sözleşmelerinden doğan riziko tazminatı alacağına dair olduğu, davalı ...şirketinin sorumluluğu anılan Kanun’un 1473. maddelerinden kaynaklandığı ve ihtilafın TTK hükümleri uygulanmak suretiyle çözülecek olması sebebiyle davaya bakma görevinin Asliye Ticaret Mahkemesi’ne ait olduğu gerekçesiyle, davanın görev yönünden usulden reddine dair yerel mahkeme kararının oyçokluğuyla bozulmasına karar vermiştir.<sup>50</sup>

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 19. HD, 16.02.2018 T., 2018/206 E. ve 2018/228 K. sayılı kararı Kocaeli 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin

21.11.2017 T., 2017/509 E. ve 2017/464 K. sayılı kararına konu olayda istinaf yoluna başvurulması üzerine verilmiştir. Yerel mahkeme, davacı ...’in ikinci hamilelik döneminde 2015 yılında davalı ...’ye ait ....Hastanesine başvurduğu ve doğuma kadar olan dönemde tüm kontrol ve muayeneleri diğer davalı uzman hekim .... tarafından yapıldığı, 2016 yılında doğan çocuğun down sendromlu olması sebebi ile hamilelik dönemindeki testlerin tam yapılmadığı bu konuda kendilerinin uyarılmadığı, doktorun burada ihmalinin bulunduğu iddiasıyla davalılara karşı maddi ve manevi tazminat davası açtığı, davacıların burada tacir olmayıp tüketici konumunda buldukları, davacı taraf bu davada ....’ün diğer davalı .... Sigorta Şirketi ile yapmış olduğu tamamlayıcı hekim sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine dava açması sebebi ile ve sigorta hukukunun TTK’nın da düzenlen-

<sup>49</sup> 6502 sayılı Kanun m. 3/1: Bu Kanunun uygulanmasında, “1) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.”

<sup>50</sup> www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

mesi sebebiyle Ticaret Mahkemesinin görevli olduğunu iddia etmiş ise de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde sigorta işlemlerinde de tarafların tüketici olması halinde tüketici işlemi olduğu belirtildiğinden, bu davada sırf davalılardan bir tanesinin sigortalı olması sebebi ile Ticaret Mahkemesinde görülmesinin gerekmeyeceği, somut olayın tipik bir tüketici işleminden kaynaklandığından davaya bakma görevi 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkındaki Kanun'un 3/1 maddesi gereği Tüketici Mahkemesi'ne ait olup mahkemenin görevli bulunmadığına, görev hususunun bir dava şartı olup yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğine, dosyanın görevli Kocaeli Nöbetçi Tüketici Mahkemesi'ne gönderilmesine dair görevsizlik karar vermiştir.

Davacılar mahkemece verilen görevsizlik kararının doğru olmadığını, görevli mahkemenin Ticaret Mahkemeleri olduğu gerekçeleriyle istinaf talebinde bulunmuşlardır.

BAM kararına göre, "davacı ile davalılar arasındaki ilişki vekâlet akti niteliğindedir. Vekâlet akti ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Dava 08.05.2017 tarihinde açılmıştır. 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nun geçici 1. maddesinde "Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemede görülmeye devam eder" şeklindeki açık düzenleme ile yürürlüğe girmeden önce açılan davalar yönünden görevsizlik kararı verilemeyeceğinin belirtilmiştir. Kanun'un yürürlük tarihinin 28.05.2014 olması sebebiyle dava açıldığı tarihte 6502 sayılı Kanun yürürlükte olup 3. maddesinin I bendinde de tüketici işleminin tanımı yapılmış gerçek ve tüzel kişi tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, vekâlet, simsarlık, sigorta, bankacılık vb. sözleşmelerde tüketici kapsamına alınmıştır. Ticaret Mahkemelerinin görevi 6102 sayılı TTK'nın 4 ve 5. maddelerinde düzenlendiği, davacıların tacir olmadığı, buna göre; davanın nispi ticari dava olmadığı anlaşıldığından ayrıca taraflar arasında tüketici işlemi bulunduğundan iş bu davada görevli mahkeme, tüketici mahkemesidir. Taraflar arasında tespit edilen uyuşmazlık konusu dava tarihi ve 6502 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi nazara alındığında tüketici işlemi olduğundan ve tüketici Mahkeme'lerinin görevine girmesi sebebiyle mahkemenin Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki kararı yerindedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kal-

dığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. İstinaf sebepleri ve dosya kapsamında yapılan incelemede verilen karar ve gerekçesi göz önüne alındığında ilk derece mahkemesinin kararı usul ve kanuna uygun olduğundan davacıların istinaf talepleri yerinde görülmemiştir denilerek istinaf kanun yolu başvurunun esastan reddine oy birliği ile kesin olarak karar verilmiştir.<sup>51</sup>

Kararlardan da görüleceği üzere bir kısım kararlarda davaya bakmaya görevli mahkemenin “Asliye Ticaret Mahkemesi” olduğuna, bir kısım kararlarda ise davanın tüketici işlemi olması sebebiyle “Tüketici Mahkemesi”nde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”un 20. maddesi ile 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere 5/A maddesi eklenmesi<sup>52</sup> ile konu daha da önem kazanmıştır. Dava şartı olarak arabuluculuk başlıklı 5/A maddesine göre: “1) Bu Kanunun 4’üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirdiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir”. Bu durumda sigorta ile ilgili açılacak davaların bir de arabuluculuk şartına tabi olup olmadığı önem kazanmaktadır.

TTK’nın 4. maddesinde: “Türk Ticaret Kanunu’nda veya özel kanunlarda ticari dava oldukları açıkça düzenlenen veya Ticaret Mahkeme’lerinde görülecekleri açıkça belirtilen davalar mutlak ticari davalardır” denilmiş ve bu davaları bakmakla görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi olduğu düzenlenmiştir.

TTK 4. madde ile sigorta hukuku da TTK’da düzenlendiği için bu sözleşmelerden doğan davalar ticari dava olarak nitelendirilir. Buna karşın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un

<sup>51</sup> <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

<sup>52</sup> RG: 19.12.2018 T. ve 30630 S.

(TKHK)<sup>53</sup> 3. maddesinde tüketici işlemi: “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır. 6502 sayılı Kanun’un 3/k maddesi ile de “tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak ifade edilmiş ve aynı Kanun’un 73/1. maddesi ile de “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici Mahkeme’lerinin görevli olduğu” düzenlenmiştir. Hem önceki kanun ve sonraki kanun değerlendirmesi hem de özel, genel Kanun değerlendirilmesi yapıldığında TKHK, TTK’ya göre daha özel bir kanun olarak değerlendirilmelidir. Nitekim THKK’da tanımlanan tüketici işlem kavramı da bunu desteklemektedir.

Ayrıca TKHK’nın 83/2. maddesinde açıkça “Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” hükmü de yer almaktadır. Bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İlk olarak sigortacıya karşı dava açan sigortalı “ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmiyorsa” bu kişi tüketici olarak kabul edilir<sup>54</sup>. Diğer yandan sigorta şirketine karşı dava açan kimse “ticari veya mesleki amaçlarla hareket ediyorsa” ticari bir dava söz konusu olacak ve dava ticaret mahkemesinde görülecektir. Bu durumda zorunlu arabuluculuk söz konusu olacaktır<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Kanun 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

<sup>54</sup> 11. HD’nin 21.05.2018 tarih ve 2016-15082/3733 sayılı kararı “...Dava, bireysel emeklilik sigorta sözleşmesine istinaden yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir. Dava tarihi olan 06.02.2015 tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı [TKHK]’nın 3/1-k maddesinde tüketicinin, 3/1-1 maddesinde ise, tüketici işleminin ifade edeceği düzenlenmiş, aynı Kanun’un 73/1 ...hüküm altına alınmıştır. ...Buna göre, mahkemece, tüketici konumundaki davacı tarafından açılan ve 6502 sayılı Kanun kapsamında olan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan işlemlerin de tüketici işlemi ve anılan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin tüketici mahkemeleri olduğu nazara alınarak 6100 sayılı HMK’nın 115/2 maddesi gereğince davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir...”, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 19.08.2020.

<sup>55</sup> 11. HD’nin 16.04.2018 tarih ve 2017- 1010/2784 sayılı kararı “...Mahkemece, tüm

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”<sup>56</sup> 59 uncu maddesi ile TKHK’ya 73/A maddesi eklenmiştir. Bu yeni maddeyle tüketici davaları açısından zorunlu dava şartı olarak arabuluculuk getirilmiştir. TKHK 73/A maddesine göre “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar<sup>57</sup>
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar<sup>58</sup>

---

dosya kapsamına göre, davacının doğumunu yaptıran ve hamileliğini takip eden doktorun, davalıya Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi ile sigortalandığı, zarara neden olduğu iddia edilen doktorun mesleki faaliyeti nedeni ile sigorta yaptırdığı, tüketici olmadığı, davacılar ile davalı arasında yapılmış bir sözleşmenin de bulunmadığı, davada [TTK’nın] sigorta hukukuna ilişkin maddelerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle, davanın usulden reddine, yasal sürede talep hâlinde ... Asliye Ticaret Mahkemesi’ne gönderilmesine karar verilmesi yerindedir...” . www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 19.08.2020.

<sup>56</sup> 22.7.2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun, 28.07.2020 tarih ve 31199 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>57</sup> TKHK m. 73/6: Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir.

<sup>58</sup> TKHK m. 74: (1) Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir. (2) Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır. (3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır.

d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar”

HUAK'ın 18/A-11 maddesi tüketici aleyhine uygulanmaz<sup>59</sup>.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez. Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.

Bu durumda bir tüketici işlemi olarak kabul edilen sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davalar için TKHK m. 73/1 “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir” hükmü gereğince tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Bu tür davalar bakımından da TKHK'ya eklenen 73/A maddesinde tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır hükmü getirildiğinden, bu hüküm uyarınca dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulacaktır.

Bu durumda TTK düzenlemesi ile TKHK'nın düzenlemesi çatışmaktadır. TKHK'nın TBMM tarafından 7.11.2013 tarihinde kabul edildiği, 28.11.2013 tarihli RG'de yayımlandığı göz önünde bulundurulduğunda 6502 sayılı Kanun'un 3/L ve 73/1 hükümleri ile TTK m. 4 hükmünün zımnın ilga edildiğini, tüketiciler açısından sigorta sözleşmesine konu davaların artık ticari bir dava olmaktan çıkarıldığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle görevli mahkemeler Tüketici Mahkemeleri olup, ticari dava olmadığından arabuluculuk şartına da tabi olmadığı görülmektedir.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> HUAK m. 18/A-11: Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

<sup>60</sup> TKHK'da yer alan hükümlerin uygulanmasını, bu kanunda bu amaçla oluşturu-

Ancak sigorta sözleşmesi yaptıran tüketici konumundaki sigortalılara karşın zorunlu hekim mali sigortası yaptırmakla mükellef olanlar, 6502 sayılı Kanun'un 3/k maddesinde "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" ifadesi ile tanımlanmış olan tüketici kişilerden değildirler, TKHK'ya göre tüketici sayılmazlar. Çünkü mesleki amaçlarla bu sigortayı yaptıran kişi konumundadırlar. Dolayısıyla bu sigorta kapsamında açılacak davalar yine Asliye Ticaret mahkemesi görev alanındadır. Dava üçüncü kişiler tarafından da açılabildiğine göre kanuni halef<sup>61</sup> konumundaki üçüncü kişilerin açacakları davaların da Asliye Ticaret Mahkemesi'nde dava açması gerekmektedir.

## 2. Husumet

İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi 19.02.2019 T., 2017/634 E. ve 2019/154 K. sayılı kararında yerel mahkemece, Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr ...'nın hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesi hangi sigorta şirketi tarafından düzenlendiğinin Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nden sorulması üzerine,

Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 11.01.2017 postalanma tarihli cevabi yazısında Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr ...'nın zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesinin ...Sigorta tarafından sigortalandığı bildirilmiştir.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi, ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu konuda Anayasa m. 40/III, m. 129/V, 657 sayılı Kanun m. 13 (ve HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) emredici hükümler içermektedir. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalış-

---

rumuş özel yargı organlarına değil, ticaret Mahkeme'lerine bırakmak makul bir çözüm sayılamaz. Bu noktada, tüketicilerin tarafı olduğu sigorta uyumsuzlukları karara bağlanırken hem tüketici hukukunda uzman olan yargıçlara hem de sigorta hukukunda uzmanlığa sahip yargıçlara gereksinim olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu bakımdan en doğru çözüm, tüketicilerin tarafı olduğu sigorta uyumsuzluklarının, sigorta sözleşmesi hukukunda da uzmanlaşmış tüketici Mahkeme'lerinde karara bağlanmasıdır. Samim Ünan, Sigorta Tüketici Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 156.

<sup>61</sup> Haluk N. Nomer, "Halefiyet İle Rücu arasındaki İlişki Özellikle Sosyal Sigortalar İle Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", İHFM, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 247.

makta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da; bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır. Davaya konu edilen olayda; davalı bakanlık bünyesinde doktor olarak çalışan ve kamu görevlisi olan davalının, yanlış teşhis ve tedavi uyguladığı, Down sendromu tespiti için belirleyici testleri yaptırmadığı veya testin sonucuna göre aileyi bilgilendirmediğini, bu nedenle çocuğun ömür boyu malul olması nedeniyle söz konusu olan iş güncü kaybı ve ağır engelli olmasına binaen daimi surette bakıcıya muhtaç olması sebebiyet vererek görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1. maddesi gereğince; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunda gösterilen koşullara uygun olarak, idare aleyhine veya zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası aleyhinde açılabilir. Dava ise tedaviyi uygulayan hekimin dava dışı Dr. ...olduğu iddiası ile bu doktorun zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası olan davalı ...sigorta aleyhinde açılmış olup, mahkemece yapılan araştırma sonucu tedaviyi Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı Op. Dr ...'nın uyguladığı saptanmış, bu doktorun ise davalı sigortaya zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası ile sigortalı olmadığı, dava dışı Anadolu Sigortaya sigortalı olduğu saptanmış olmakla davanın husumetten reddine, İstinaf yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.<sup>62</sup>

Davanın en son sigorta sözleşmesi yapan sigorta şirketine karşı açılması gerekir. Sigortacının değiştiği durumlarda ise, sigortalının, yeni sigortacıya eski sigorta sırasında gerçekleşmiş (ve henüz tazminat istemine konu olmamış) olayları bildirmesi gerekir. Tazminat talebinin iletilmesinden sonra sigorta şirketinin değiştirilmesi, başka bir sigortacı ile sözleşme yapılması halinde ise, yeni sigorta şirketinin önceki tarihli sözleşme dönemlerinde meydana gelen olaylar hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir. Bir diğer ifadeyle yeni sigorta şirketinin geçmişteki talepleri bilerek sözleşme yapmış olması gerekir, aksi takdirde dava pasif husumet yokluğu nedeniyle reddolunacaktır.

<sup>62</sup> <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).



Örneğin: Zorunlu hekim sorumluluğu sigortası 2013, 2014 ve 2015 yıllarında sigortacı A'ya, 2016 yılından başlayarak da sigortacı B'ye yaptırılmışsa, 2014 yılında gerçekleşmiş ve gerçekleşme anından itibaren sigortalının bilgisi dahilinde olan bir olayın, TTK 1475/1 uyarınca 2014'de 10 gün içinde sigortacı A'ya, 2016 yılında da sigortacı B ile sözleşme yapılırken TTK 1435 uyarınca B'ye bildirilmesi gerekir.<sup>63</sup>

Ayrıca sadece doktora değil de doktorla birlikte ya da yalnızca hastaneye karşı dava açılmak istenirse, doktorun bir kamu kuruluşunda mı yoksa özel bir kurumda mı çalışmakta olduğuna göre dava açılacak mahkemenin idare mahkemesi mi, hukuk mahkemesi mi olacağına karar verilecektir.

### 3. Temyiz Mercii

Y 17. HD, 24/1/2014 T., 2014/13726 E. ve 2014/11093 K. sayılı kararına konu dava sigorta hukukundan kaynaklanan, sorumluluk sigortası (mesleki sorumluluk) türlerinden Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesine dayalı olarak açılan kötü tıbbi uygulama nedeni ile uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Bu karara göre, temyiz inceleme görevi 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. maddesi ile Başkanlar Kurulu'nun 24.01.2014 gün 1 sayılı kararı uyarınca Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesine aittir.<sup>64</sup>

Karardan da görüldüğü üzere, anılan karar yerel mahkemenin verdiği kararların hangi temyiz merciinde inceleneceğine dair, Yargıtay'ın hangi hukuk dairesinin yetkili olduğuna dair açıklayıcı bir karardır.

### 4. Aydınlatma Yükümlülüğü

Y 13. HD, 9.4.2014 T., 2013/30822 E. ve 2014/10772 K. sayılı kararı konu davada Davacı, davalı şirkete ait Özel B... Hastanesi'nde burundaki kemik eğriliği sebebiyle tedavi gördüğünü, tedavi sırasında ameliyata alındığını, ameliyat sonrası kontrol amacıyla aynı hastaneye gittiğinde ameliyatı yapan davalı doktor İbrahim'in hastaneden ayrıldığını öğrendiğini, bu kez aynı hastanede başka bir doktorun tedavi-

<sup>63</sup> Ünan, Zorunlu Hekim Sigortası, s. 14-15.

<sup>64</sup> <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019)

siyle ilgilendiğini, yanlış ameliyat neticesinde burnunda kalıcı hasar olduğunu ve düzelme imkanının olmadığını söylediğini, yanlış tedavi nedeniyle çalışmadığını ve büyük üzüntü duyduğunu ileri sürerek, 7.000,00 TL maddi ve 40.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan yasal faiziyle tahsilini istemiştir. Mahkemece, alınan adli tıp raporu doğrultusunda, davalılara atfedilecek bir kusur bulunmadığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz kararına göre davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 vd. (TBK 502 vd.) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK m. 396/1) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. (TBK 510/1. ) maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'dir<sup>65</sup>. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; bu sözleşmenin tarafları, "tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler." Sözleşmenin 4. maddesinde ise, "Meslek Kurallarına Uyuma" başlığı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." denilmektedir. Anayasa'mızın 90. maddesi uyarınca, sözleşme, iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir" düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış Rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kan-

<sup>65</sup> "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi" 03.12.2003 T. ve 5013 S. Kanunla onaylanmış, 09.12.2003 T. ve 25311 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

dırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur.

Dosyaya ibraz edilen 06.07.2009 tarihli onam belgesinde davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılamamaktadır. Genel ifadelerle yan etki ve komplikasyonlardan haberdar olduğu bildirilmiş, bu tür ameliyatın ne tür komplikasyonlar olduğu izah edilmemiştir. Öte yandan mahkemece aldırılan 03.10.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda, "... davacının, davalı Özel B... Hastanesi'nde septum deviasyonu tanısı ile SMR ameliyatının yapıldığı, yapılan ameliyat sonrası septum perforasyonu meydana geldiği, meydana gelen perforasyonun bu tip ameliyatlarda sırasında meydana gelebilecek komplikasyonlardan olduğu, perforasyonun tespiti halinde hastanın bilgilendirilmesi gerektiği, ancak perforasyonun ne zaman geliştiğinin anlaşılamadığı..." belirtilmiştir. Hükme esas alınan Adli Tıp raporu davalı hekimin kusurlu olup olmadığını tespiti için yeterli değildir. O halde mahkemece, davacının geçirdiği ameliyat konusunda KBB uzmanlarının bulunduğu tıp fakültesinden seçilecek bilirkişi heyetinden davacının burun ameliyatında, davalı hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı ve ameliyat sonrası kalıcı araz bulunup bulunmadığının, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre bir karar vermelidir. Davacıda oluşan perforasyonun komplikasyon olduğunun belirlenmesi halinde aydınlatmanın yeterli olmadığı gözetilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirir. Bu nedenle kararın davacı yararına bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

Yargıtay'ın, aydınlatma yükümlülüğünün<sup>67</sup> yerine getirilmemesi nedeniyle hekimleri tazminata mahkûm ettiği birçok kararı bulunmaktadır. Hatta davanın hekim kusuruna yönelik olarak açılmasına ve hekimin hiçbir kusurunun bulunmadığının belirlenmesine rağmen, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali tazminatın esas nedeni olarak kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında basit ve matbu yazılı rıza formu yeterli görülmemiştir. Hekimin hastasından yazılı rıza alması, ancak aydınlatmayı sözlü olarak yapması geçerli olarak kabul edilmemiş ve yazılı olmadığı için aydınlatmanın yapılmadığı kabul edilmiştir. Bu suretle bir yandan aydınlatmayı ispat yükümlülüğü hekime yüklenmiş ve ayrıca rıza formunun aydınlatma anlamı taşımadığı da öğretilen savunulan görüşlere paralel olarak kabul edilmiştir<sup>68</sup>.

Geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için temel kriter; hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesidir. Nitekim rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi, etkilerini ve sonuçlarını bilmesi ve bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir. Aydınlatma yükümlüsü hekimdir. Bu hekim tedaviyi uygulayan hekim olmalıdır. Aydınlatma için hastanın hekimden talepte bulunmasına da gerek yoktur. Aydınlatma ile, hastaya muayene, tetkik ve tahliller neticesinde konulan tanı ve uygulanması düşünülen tıbbi girişimler ve var olan diğer tedavi yöntemleri hakkında bilgi verilmelidir. Bu noktada hekime düşen; tıbbi girişim ile ilgili olarak, girişimin türü, şekli, kapsamı, kesin sonuç verip vermeyeceği, muhtemel komplikasyonları içeren bilgileri hastaya vermektir.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlıklı 26. maddesine göre; Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı risk-

<sup>67</sup> Rıza/Çağlar/Özdamar, s. 106.

<sup>68</sup> Her türlü tıbbi girişimden önce, hastanın rızasının alınması, kendi bedeni üzerinde kişilik hakkına sahip olan kişinin bu hakkına saygı gösterilmesinin sonucudur. Bu nedenle sağlık hizmeti almak üzere sağlık kuruluşuna başvuran her kişi, kendi beden ve ruhsal bütünlüğüne karşı girişilen her türlü girişimle ilgili bilgi alma hakkına sahiptir. İşte burada dikkat çekilen husus, hastanın kendisine uygulanması düşünülen tıbbi girişim için serbestçe karar verebilecek durumda olması gerekecektir. Bu durumun sağlanması ise hekim tarafından aydınlatmanın yeterliliğine bağlıdır. Hastanın aydınlatılması, kendi geleceği ile ilgili karar verme hakkının sağlanmasına hizmet edecektir. Yördem, s. 543.

ler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Aydınlatma yükümlülüğü hekime aittir. Bu hekim tedaviyi uygulayan müdahaleyi yapan hekimdir. Yükümlülüğün hekime ait oluşu aydınlatma konusunda ispat külfetini de hekime yüklemektedir.

Y 13. HD, 16.1.2014 T., 2013/17487 E. ve 2014/794 K. sayılı kararında ise Davacı, 14.07.2009 tarihinde düşme sonucu bilinci kapalı vaziyette davalı hastaneye müracaat edildiğini, yoğun bakım sonrası iki kez ameliyat edilerek platin takıldıktan sonra taburcu olduğunu, ancak ağrıları artınca başka bir hastaneye müracaat ettiğini ve U.Ü. Tıp Fakültesine sevk edilerek takılan tüm platinlerin söküldüğünü ileri sürerek, davalının kusuru nedeni ile maddi ve manevi tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının tedavisinde ve ameliyatında yapılması gereken her türlü tıbbi işlem ve müdahalenin yapıldığını, hiçbir kusurun bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıyay'a göre, Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK. m. 321/1) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm Şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak,

uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Bu açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır" düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacının davalı hastanedeki ameliyat sonrası bir dizi tedavi ve müdahalelere maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve kanuna aykırı olup, kararın davacı yararına Bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

Y 13. HD, 11.04.2013 T. 2013/2273 E. ve 2013/9491 K. sayılı kararda; “...Tıbbi hata olmayıp komplikasyon olduğu sonucuna varılırsa aydınlatılmış onamda ispat külfetinin davalılarda olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir” şeklinde karar verilmiştir. Tüm bu kararlar sonucunda denilebilir ki, aydınlatma yükümlülüğünün artık sadece öğretilerle savunulmakla kalmadığı ve uygulamada da gün gittikçe sağlam bir yer edindiği görülmektedir. Bu ve benzeri kararlara rağmen, hekimlerin aydınlatma konusunda eksiklik göstermesi durumunda gittikçe daha fazla sayıda dava açılacaktır.<sup>70</sup>

### 5. Sigortanın Kapsamı

Y 11. HD, 08/07/2019 T., 2019/2062 E. ve 2019/5048 K. sayılı kararına konu davada Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti’nce<sup>71</sup> verilen 17/02/2018 T., ve 2018/İHK-11136 sayılı kararda Uyuşmazlık Hakem Heyetince; İdare tarafından davacı/sigortalıya yapılan ihbarın Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nda yer alan tazminat talebini içermediği, dolayısıyla rizikonun gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. İtiraz hakem heyeti kararında; davalının ihbar sırasında oluşan rizikonun sorumlu olduğu, Aydın 2. İdare Mahkemesi’nce idare aleyhine verilen karardaki açıklamalar yeterli olduğundan dosyadan el çekilmesi yönündeki savunmanın yerinde olmadığı, kusur tespiti itirazının dış ilişki açısından önemli olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 53.090,00 TL’nin 27.10.2017 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, saklanmak üzere tevdi edildiği İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay’a gönderilmiştir.

Yargıtay’a göre TBK’nın 61. maddesi uyarınca, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdiği veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, sorumlular hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Anayasa’nın 40/3 maddesine göre kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlem-

<sup>70</sup> Yördem, s. 544.

<sup>71</sup> Rıza/Çağlar/Özdamar, s. 116 vd.



ler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır. Aynı zamanda Anayasa'nın 129/5 maddesine göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve Kanun'un gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin birlikte zarara sebebiyet verdiği ya da zarardan çeşitli sebeplerden dolayı birlikte sorumlu olduğu durumlarda Anayasa'nın amir hükmü gereği sadece devlet aleyhine dava açılabilir. Bu dava sonucunda idare tazminat ödemeye mahkûm edilir ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. madde 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca, idarenin genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı bulunmaktadır. Zarar birden çok kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmakta ise, idare her kamu görevlisine sadece kendi kusuru oranında rücu edecektir (B. Akyılmaz, İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, Fikret Eren'e Armağan 2006, s.1057). Nitekim, devletin zarar görene ödediği tazminat için, zarara sebep olan kamu görevlisine genel ilkelere göre kusur oranında rücu edebileceği doktrininde de ifade edilmektedir. Somut olayda; davacının kamu hastanesinde doktor olarak görev yaptığı esnada görevli dava dışı doktor ile uyguladıkları tetkik ve tedavi neticesinde Raziye Pınar'ın taksirle ölümüne sebebiyet verdikleri Kuşadası 1. Asliye Ceza Mahkemesi 2011/563 Esas, 2013/406 Karar sayılı dosyasında alınan 19.09.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılmaktadır. Müteveffanın yakınlarının Sağlık Bakanlığı aleyhine açtığı tam yargı davasında Aydın 2. İdare Mahkemesi 2016/463 Esas, 2017/798 Karar sayılı ilamı ile 80.000 TL manevi tazminatın davacılara ödenmesine karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı bu ilam üzerine ölenin yakınlarına yaptığı ödemenin 1/2'sini tedaviyi gerçekleştiren iki doktordan biri olduğu gerekçesiyle davacıdan talep etmiş, davacı/sigortalı ödenen miktardan kendisine düşen 53.090 TL'yi dava dışı Bakanlığa ödemiştir. İşbu davada davacı/sigortalı idareye ödediği miktarı sigortacıdan talep etmiştir. Ancak, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İdare, sadece kusuru oranında kamu görevlisi doktora rücu edebilecek olup, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile 3. kişilerden gelecek tazminat taleplerine karşı doktoru sigorta örtüsü altına alan sigortacı da, ancak sigortalı doktorun kusuru oranında teminat sağlayacaktır. Hal böyle olunca,

davalı sigortacının, sigortalı doktorun kusuru oranında zarardan sorumlu olacağına ilişkin savunmasına itibar edilerek, sigortalı doktorun zarara sebep olan tıbbi uygulamasındaki kusur oranını denetime elverişli şekilde belirleyen bilirkişi raporu alınarak, İdare Mahkemesi ilamı uyarınca ölenin yakınlarına ödenen tazminattan doktorun kusur oranına isabet eden miktarda sigorta şirketinin sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde sigortalı doktor tarafından idareye yapılan rücu ödemesinin tamamından davalının sorumlu tutulması isabetli olmamış, kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.<sup>72</sup>

Y 11. HD, 13.1.2016 T., E. 2015/14376 ve K. 2016/249 sayılı kararına göre: Taraflar arasında görülen davada .....Mahkemesi'nce verilen 03.12.2014 tarih ve 2014/1117-2014/613 sayılı kararı temyiz edilmiştir. Davacı vekili, müvekkilinin pratisyen hekim olup, davalı şirket nezdinde bulunduğunu, 18/04/2010 - 19/04/2010 tarihleri arasında görev yaptığı hastanede tedavi gören bir hastanın ölümüne sebep olmaktan hakkında dava açıldığını ve beraatına karar verildiğini, işbu davada vekil olarak kendisi tarafından savunma yapıldığını ve 7.000,00 TL vekâlet ücreti alındığını, söz konusu ücretin davalıdan talep edilmesine rağmen davalı tarafından ödeme yapılmadığını oysa, vekâlet ücretinin poliçede istisna olarak sayılan para cezası ya da cezai şart niteliğinde bulunmadığını, her ne kadar poliçede vekâlet ücretinin ödeneceği açıkça yer almasa da istisna olarak da sayılmadığından poliçe kapsamında olduğunun kabulü ile ödeme yapılması gerektiğini, aslında bu hususun davalının da kabulünde olduğunu zira, resmi internet sitesinde avukatlık ücretlerinin sigorta kapsamında olduğunun açıkça ve koşulsuz olarak belirtildiğini, bilgilendirme formunda da yargılama giderleri ve mahkeme masraflarının teminat kapsamında olduğunun açıkça düzenlendiğini ileri sürerek, 7.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının talebinin Hukuksal Koruma Sigortası'nın teminatı olup, dava konusu poliçede böyle bir teminat bulunmadığını, poliçede sigortanın kapsamının belirtildiğini, davacıya karşı tazminat talepli açılmış bir dava olsa ve kabul edilse bu taleple bağlantılı yargılama giderlerinin davacıya ödenebileceğini oysa, böyle bir durumun

<sup>72</sup> <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

söz konusu olmayıp, talebin poliçe kapsamında bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece dava konusu sigorta poliçesinin davacının görevi ile ilgili olarak tıbbi kötü uygulamaları nedeniyle 3. kişilere verdiği zararları koruduğu ve sadece davacı tarafından 3. kişilere verilen zararların teminat altına alındığı, davacının kendisi tarafından ve kendisinin vekili olarak görev yapan avukatına ödediği vekâlet ücretinin sigorta teminatı dahilinde olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve kanuna aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.<sup>73</sup>

İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin, 28.05.2019 T., 2017/125 E. ve 2019/358 K.'na göre: Açılan dava, maddi ve manevi tazminat davasıdır. Davalı ... tarafından ihbar olunan Dr.... adına 20/02/2016-2017 vadeli zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigorta poliçesi düzenlendiği, 13/06/2012 tarihinde gerçekleşen doğum olayının poliçe hükümlerine göre teminat kapsamında bulunduğu, sigorta poliçesinin sorumluluk poliçesi niteliği taşıdığı, bu nedenle öncelikle irdelenmesi gereken konunun zarara neden olduğu iddia edilen ihbar olunan Dr... 'ın zararın oluşumunda etkili eyleminin olup olmadığı, mesleki hatasının yani kadın doğum uzmanı olarak hekim kusur, ihmâl veya hatasının bulunup bulunmadığı hususudur. Buna göre seçilen alanında uzman bilirkişi heyetinden alınan kök ve ek raporlarda hamilelik süreci, doğum ve sonrasına ilişkin süreç incelenerek ayrıntılı, açık, somut ve denetime açık şekilde tespit edildiği gibi gebe takibinde herhangi bir risk faktörüne rastlanmadığı, travay takibinin güncel bilimsel verilere uygun olduğu, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahale ettiği, kısaca zararın oluşumunda hekim kusur ve ihmâlinin bulunmadığı dolayısıyla sorumluluk sigorta poliçesine göre davalı sigorta şirketinin sorumluluğunun olmadığı, bu konu somut bir şekilde belirlenmiş olduğundan, çocukta oluşan omuz distosisi rahat-

<sup>73</sup> www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

sızlığı nedeniyle pediatrik nöroloji uzmanının bilirkişi heyetine dahil edilerek rapor aldırılmasının gerekmediği çünkü öncelikli incelenmesi gereken konunun doktorun mesleki hatasının zarara sebebiyet verip vermediği olduğu bunun da alınan bilirkişi raporuyla açık ve net bir şekilde belirlenmiş olması nedeniyle yeniden rapor aldırılmadan mevcut kök ve ek raporun hükme esas alındığı<sup>74</sup>, sorumluluk poliçesi kapsamında davalı sigorta şirketi sorumlu olmadığından açılan davanın reddine karar vermek gerektiği anlaşıl原因arak, 2 hafta içinde İstinaf kanun yolu açık olmak üzere Davanın reddine karar verilmiştir.<sup>75</sup>

## 6. Geçmiş Etkili Sigorta

Y 11. HD, 12.6.2017 T., 2016/4503 E. ve 2017/3591 K. sayılı kararına konu davada, 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 20.10.2015 tarih ve 2015/162-2015/772 Sayılı karara göre mahkeme; TTK'nun 1458'nci maddesi uyarınca geçmişe etkili sigorta yaptırılabilmesi, bu nedenle dava konusu sigorta poliçesinin geçerli olduğu ancak, aynı madde uyarınca; gerçekleşmiş riziko nedeniyle geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapılmasının yasaklandığı ve geçersiz kılındığı, davacı-

<sup>74</sup> Bilirkişi heyetinin dosyaya sunduğu 11.12.2017 tarihli raporda "Davacılar tarafından tazminat talebine dayanak gösterilen olayda, doğumu gerçekleştiren Açıklan, Davacı ...'ın gebe takibine dahil olduğu süreç ve herhangi bir risk faktörü tespit edilmediği travay takibi güncel bilimsel verilere uygun olarak ilerlediği, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahalesi olduğu, Bebeğin doğumunu gerçekleştiren sigortalı hekimin güncel tıbbi müdahaleleri yerinde ve zamanında uyguladığı, özensiz ve yetersiz müdahalede bulunmadığı, kusursuz görüldüğü, Davalı sigorta şirketi tarafından Dr. ... ile ilgili 20.02.2016-2017 vadeli... numaralı Zorunlu Hekim Mesleki Sorumluluk Sigorta Poliçesi düzenlendiği, sigorta şirketinin poliçe gereğince sorumluluğunun, sigortalı hekimin sorumluluğu ön şartına bağlı olduğu, olayda doğumu gerçekleştiren sigortalı hekim Dr....'ın zarara sebep olacak herhangi bir kusuru ya da ihmalinin bulunmadığı, dolayısıyla hekimin kusur sorumluluğunu sigorta eden sigorta şirketi yönünden de sorumluluğun doğmayacağı görüşü bildirilmiştir. Davacı tarafın itirazlarının değerlendirilmesi için bilirkişi heyetinden alınan 12.11.2018 tarihli ek raporda davacı vekilinin kök rapora itiraz dilekçesinde cevaplanmasını istediği soruların yanıtları ek rapor içeriğinde verilmiş olup, olayda, doğumu gerçekleştiren Dr, ...'ın, Davacı ...'ın gebe takibine dahil olduğu süreç ve öncesinde herhangi bir risk faktörü tespit edilmediği, travay takibi güncel bilimsel verilere uygun olarak ilerlediği, omuz distosisi olduğu sırada doktorun uygun ve zamanında müdahalesi olduğu, bebeğin doğumunu gerçekleştiren sigortalı hekimin güncel tıbbi müdahaleleri yerinde ve zamanında uyguladığı, özensiz ve yetersiz müdahalede bulunmadığı, kusursuz görüldüğü, konusundaki görüşün korunduğu" görüşü bildirilmiştir.

<sup>75</sup> <http://emsal.uypap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

nın poliçe düzenlenme tarihinde, tıbbi uygulama nedeni ile aleyhine tazminat davası açıldığından haberdar olduğu, bu haliyle davacının alacak talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.1 maddesi uyarınca, sigortalının kendisinden tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda rizikonun gerçekleşmiş sayılacağı; buna göre, somut uyuşmazlıkta poliçe tanzim tarihinden önce aleyhine açılan dava ile davacının rizikodan haberdar olduğunun kabul edildiğinin anlaşıldığı, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar verilmiştir.<sup>76</sup>

Sigorta sözleşmesi'nin yapılması ile düzenlenen poliçe üzerinde sigorta süresi belirtilir. Bu tarih, sigorta sözleşmesinden doğan edimlerin başlangıç anını ve devamı süresini gösterir. Sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğünün başlangıcı, TTK m. 1421 ile düzenlenmiştir.<sup>77</sup> Bu madde gereğince, aksine sözleşme yoksa sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksitin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur. Ancak bazen, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önce meydana gelmiş olabilecek olayların (rizikoların) sigorta korumasından yararlandırılmak istenmesi gündeme gelebilmektedir. Böyle bir isteğin gerçekleştirilmesi, TTK m. 1421 ve TTK m. 1458 hükümleri anlamında mümkündür.<sup>78</sup> Zira TTK m. 1421 gereğince, aksine sözleşme

<sup>76</sup> www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

<sup>77</sup> Sigorta sözleşmesi BK'ya göre, sigorta ettiren veya sigortacı tarafından öneride (icapta) bulunulması ve sözleşmenin karşı tarafının bu öneriyi kabul etmesiyle kurulur. Sigorta sözleşmesinin kurulma anı, sigortanın şekli başlangıç zamanını da tayin eder. Sigorta sözleşmesinin teknik başlangıç zamanı, primin veya ilk taksitinin ödenmesi gereken anı ifade etmektedir. Sigortacının rizikoyu taşıma anının başlangıcı ise, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanını göstermektedir ve bu anın başlangıcıyla birlikte, sigorta koruması başlamaktadır. M. Sadık Çapa, "Geçmişe Etkili Sigorta", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 343, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18\\_3-4\\_14.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_14.pdf), (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

<sup>78</sup> Geçmişe etkili sigortaya ilişkin TK m. 1458 hükmünün, sorumluluk sigortaları açısından da uygulanabilir. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.1'de yer almaktadır. Bu madde gereği, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki

yapılabilmektedir. Dolayısıyla taraflar, primin veya ilk taksitin ödenmesinden önceki ya da sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun başlangıcı olarak belirleyebileceklerdir. Eğer taraflar, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun ve dolayısıyla sigorta korumasının başlangıcı olarak kararlaştırmışlarsa, bu tür durumlarda geçmişe etkili sigorta söz konusu olacaktır.<sup>79</sup> Yani, geçmişe etkili sigorta, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanının, şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihten itibaren başlayacak şekilde akdedilmesidir. Geçmişe etkili sigorta, sigorta korumasının geçmişe etkili olmasına yönelik sigortacı ile sigorta ettiren tarafından kararlaştırılması anında kurulur ve böylece taraflar bu sözleşmeyle sağlanacak sigorta korumasının sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihe teşmil edilmesini, yani geçmişe yönelik etki doğurmasını mümkün kılmaktadırlar.<sup>80</sup>

Geçmişe etkili sigortada sigorta koruması, sözleşmenin kurulmasından önceki bir anı da kapsayarak, sözleşme konusu menfaatin zarara uğramış olabilme ihtimaline karşı güvence sağlamaktadır. Ancak bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediği objektif anlamda belirsiz olan riziko için güvence sağlar. Buna karşın rizikonun gerçekleştiği sigorta ettiren ile sigortalı tarafından biliniyorsa TTK m. 1458’de öngörülen bu amaç ortadan kalkar. Geçmişe etkili sigortanın asıl işlevi sigorta sözleşmesinin yapılmasına yönelik talep ile sözleşmenin yapılması arasındaki sürenin sigortalanmasını sağlamaktır.<sup>81</sup>

---

faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükümlenacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta korumasını sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on yıl geriye götürebilecek şekilde, geçmişe etkili sigorta yapabileceklerdir. Çapa, s. 359.

<sup>79</sup> Geçmişe etkili sigorta ile sigortacının sözleşme kapsamındaki koruma yükümlülüğü, sözleşmenin maddi başlangıç anıyla sınırlı olmaz ve şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihe kadar genişler. Bu tarihi sigortacı ile sigorta ettiren kural olarak serbestçe kararlaştırabilirler. İstisnai olarak, bu tarihin belirlenmesine yönelik irade kısıtlanabilir. Çapa, s. 354.

<sup>80</sup> Bu açıdan TTK m. 1458 hükmü, sigortanın maddi başlangıç zamanını değiştirmesi sebebiyle TTK m. 1421’de öngörülen kurala istisna teşkil etmektedir. Çapa, s. 343.

<sup>81</sup> TTK’da yer almayan geçici sigorta koruması, sigorta ettirene belli bir zaman dilimine ilişkin geçici bir koruma sağlar. Geçici sigorta koruması, ekonomik, sigorta ve riziko politikasına ilişkin ihtiyaçlardan doğmaktadır. Geçici sigorta korumasında, sigortanın maddi başlangıcı ile şekli başlangıcı aynı zamana denk gelmek-

Geçmişe etkili sigortada rizikonun gerçekleştiği sözleşmenin yapıldığı tarihte biliniyorsa bu sigorta geçersizdir<sup>82</sup>. Örneğin bir doktor kendisine karşı tıbbi kötü uygulamadan dolayı dava açıldığını öğrendikten ya da bir ihtarnama ile tazminat talebinde bulunulduktan sonra olayın meydana geldiği tarihi kapsayacak şekilde geçmişe etkili sigorta yaptırır ise bu sigorta sözleşmesi sigorta şirketi bakımından bir borç doğurmaz. Kendisine karşı dava açıldığını bilen doktor bu sebeple yaptırdığı sigortadan kaynaklanan prim borcunu sigortacıya ödemekle yükümlüdür.<sup>83</sup>

Bununla birlikte bir malpraktis davası açılacağı iddiası ya da tehdit ileri sürülmekle birlikte riziko henüz gerçekleşmemişse, bir hastanın doktora karşı tazminat davası açacağı söyleminde bulunması üzerine, doktorun da geçmişe etkili sigorta yaptırması mümkündür. Bu ihtimalde riziko henüz gerçekleşmediğinden yapılan sigorta sözleşmesi geçerlidir.<sup>84</sup>

Önemli bir husus da kamuda çalışan doktorlarla ilgili durumdur. Bilindiği üzere kamuda çalışan doktorlara karşı doğrudan tazminat davası açılması mümkün değildir. Bu tür davaların öncelikle kamu idaresine karşı açılması gerekir. Kamu kurumu sonradan ödemek zorunda kaldığı tazminat için kendi kusurlu personeline rücu edebilir. Bu nedenle acaba kamu idaresine karşı dava açıldığı bilgisine kendisi ulaşan bir sağlık personeli bundan sonra geçmişe etkili sigorta yaptırırsa bu sigorta sözleşmesi geçerli olur mu? İster öncelikle sağlık personelinin istihdam eden kamu kurumuna, isterse bizzat sağlık persone-

---

tedir. Bir başka deyişle, sigorta koruması, sözleşmenin kuruluş anından itibaren başlayacak şekilde yapılmaktadır. Dolayısıyla geçmişe etkili sigorta ile geçici sigorta koruması birbirinden farklı kurumlardır. Çapa, s. 346

<sup>82</sup> Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B.1: Sigortalının kendisinden tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır.

<sup>83</sup> Rizikonun objektif anlamda belirsizliği, sigorta sözleşmesinin en önemli unsurları arasındadır. Dolayısıyla rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı, sigorta sözleşmesi taraflarınca biliniyorsa, rizikonun gerçekleştiğinin bilinmezliğinden bahsedilemeyeceğinden sigorta sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulamayacaktır. Bu durumunda sigorta sözleşmesi geçersizdir. Çapa, s. 347.

<sup>84</sup> Erkin Göçmen, "Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?", *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

line karşı dava açılmış olsun, her iki durumda da geçmişe etkili sigorta yaptırılması mümkün değildir. Çünkü sağlık personelinin rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle şimdilik idareye karşı dava açıldığını öğrenmesinden sonra kendisinin riziko gerçekleştiğini henüz bilmediği gerekçesi ile geçmişe etkili sigorta yaptırması mümkün değildir.<sup>85</sup>

### 7. Rizikonun Meydana Gelmesi

Y 11. HD, 25.6.2018 T., E. 2016/11529 ve K. 2018/4747 sayılı kararına göre: Mahkemece, ceza mahkemesi tarafından sanık doktorların kusurlu bulunmasının akabinde suçtan zarar görenlerin olay tarihinden itibaren hukuken talepte bulunma imkanları doğduğu, hasar/riziko tarihinin olayın vukuu bulduğu 02.06.2005 tarihi olduğu, poliçenin, önceki olayları da kapsar biçimde geçmişe etkili olarak tanzim edildiği, riziko, poliçenin tanziminden önceki bir tarihte gerçekleştiğinden ölüm olayından kaynaklı rizikonun da poliçenin koruma kapsamında kaldığı, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A. 1. b maddesi uyarınca, poliçe metninde yer alan “sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı” koruma sağlanacağı savunmasının, fiilen imkansız bir şartın ileri sürülmesi niteliğinde bulunduğu, aynı doğrultuda olmak üzere yine bu şarta dayalı olarak rizikodan doğan tazminatın sigortalıya ödenmemesinin TMK’nın 2. maddesi hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dava, mesleki sorumluluk sigorta poliçesi kapsamında uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Taraflar arasında 31.05.2006-31.05.2007 tarihleri için aktedilen sigorta poliçesinde teminat limiti 50.000 TL olarak belirlenmiş olup mahkemece, davalının poliçe limiti

<sup>85</sup> Aksi görüşe göre, bu ihtimalde henüz doktora karşı açılmış bir tazminat davası olmadığından Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.1 maddesi anlamında riziko gerçekleşmemiştir. Zaten kamu idaresine karşı açılan bu davanın genel olarak sağlık hizmetinin planlanması, örgütlenmesi, tertibi ve düzenlenişi ile ilgili bir kusur nedeniyle idare aleyhinde sonuçlanması da mümkündür. Bu durumda doktorun idareye karşı bir sorumluluğu da olmayacağından idare doktora karşı rücu davası da açamayacaktır. Bir diğer anlatımla kamu idaresine karşı tazminat davası açıldığı anda hala doktorun bir kusurunun ve rücu sorumluluğunun olup olmadığı meçhuldür. Erkin Göçmen, “Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?”, *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).



ile sınırlı olarak sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken poliçedeki teminat limitinin aşılmasıyla 54.120 TL üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden davalı yararına bozulmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın<sup>86</sup> zarar ve tazminat başlıklı B.1 maddesine göre, Sözleşmenin; A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması (*Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı*) hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, A.1.'in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması (*Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir*) hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak<sup>87</sup>; a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya, b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle, c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur. Böylece Mesleki Sorumluluk sigortasında olay esaslı (*occurrence basis-event occurrence*) talep kabul edilmiştir.

<sup>86</sup> RG: 26.05.2013 T. ve 28658 S.

<sup>87</sup> Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. A.1. Bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken; a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bentlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir. Sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar.

Halbuki Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B.1'e göre ise, "sigorta sözleşmesinin konusuna ilişkin olarak sigortalının kendisine tazminat talebinde bulunduğu öğrendiği ya da zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurduğu anda riziko gerçekleşmiş sayılır" hükmü ile talep (*claims made*) esaslı sigorta benimsenmiştir.

## B. HAKEM KARARLARI

Sigorta sözleşmelerine konu zararlar genellikle sigorta tahkiminde hakem kararına uygun bir şekilde sonuçlandığından, ihtilaf Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetine fazla intikal etmemektedir. Bu nedenle hekimin zorunlu mali sorumluluk sigortasına dair yayınlanmış kararlar sınırlı sayıdadır.

### 1. Sigorta Kapsamı

Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetince verilen bir diğer kararda ise Z.Ç. 06.02.2010 tarihinde Özel Huzur Hastanesinde doğum yapmış ve A. Ç. isimli bebeği dünyaya getirmiştir. Z.Ç., doğum öncesinde hastane çalışanı Dr. G. B. ile doğumda mutlaka kendisinin bulunması yönünde anlaşma yaptıklarını, doğum sırasında hatalı müdahale yapıldığını bu nedenle henüz dünyaya gelmemiş başvuran A.Ç.'nin en az % 32,3 oranında malul kalmasına sebep olunduğunu ileri sürerek; sigorta şirketi tarafından ödenmeyen ameliyat ve tedavi giderleri için maddi tazminatın ve manevi tazminatın tahsili istemi ile Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurmuş, Sigorta Hakem Heyeti tarafından başvurunun kısmen kabulüne karar verilmiş; bu karara Sigorta Şirketi vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Ancak davacı taraf vekilince İstanbul 15. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/10 E. Sayılı dosyası ile de Dr. G.B.'ye karşı dava açılmış olup, davalı tarafından dava Sigorta Şirketine de ihbar edilmiştir ve dava devam etmektedir. Hakem Heyetine başvuru esnasında mahkemede yapılan yargılamada Adli Tıp Genel Kurulu'ndan gelecek rapor beklendiğinden bu durum bekletici mesele yapılarak ve rapor Hakem Heyetince verilecek kararı etkileyecek nitelikte olduğundan, bekletici mesele yapılarak ve raporun düzenlenmesinin beklenmesine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/16 maddesi uyarınca ve taraf

vekillerinin muvafakati ile, iki aylık ek süre alınmasına ve nihayetinde talebin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Uyuşmazlık Hakem Heyeti, genel mahkemedeki davanın davalısının Dr. G. B. N, Tahkim başvurusunda ise davalının sigorta şirketi olduğu, dolayısı ile aynı davanın daha önce genel mahkemede dava konusu edilmemiş olması koşullarının davalıların farklı olması nedeni ile gerçekleşmediği gerekçesi ile usule ilişkin itirazı reddetmiş; esas yönden de az kusurlu olan tabibin tam kusurlu sayılması gerektiği gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat taleplerini kabul etmiştir.<sup>88</sup>

<sup>88</sup> Sigortalının 14.04.2017 tarih ve 2017/İHK-1256 sayılı itirazı üzerine, Sigorta Uyuşmazlık Hakem Heyetince verilen karara karşı Sigorta Şirketi tarafından itiraz edilmesiyle verilen Hakem Kararı: Uyuşmazlık; Sigortalı doktor hakkında genel mahkemede açılan ve görülmekte olan bir dava bulunması nedeni ile, Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulup başvurulamayacağı, Sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poliçesi kapsamında bir sorumluluğu bulunup bulunmadığı, konularındadır. Uyuşmazlık hakkında daha önce genel mahkemeye başvurulduğu iddiası yönünden: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz". 30/23. maddesine göre de: "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır". HMK'nın 447/2. maddesine göre: "(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır". HMK'nın "Dava şartları" başlıklı 114/1-ı maddesine göre: aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması Dava Şartıdır. HMK'nın 115. maddesine göre: "(1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir". İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde halen görülmekte olan davanın davacıları: A. Ç., Z. Ç. ve M. Ç. ; davalıları Özel X Sağlık Tesisleri, Dr. G. B. ve Y (doğumu yaptıran hastane çalışanı) olup, davacı A. Ç.'nin engelli doğmasına sebep oldukları iddiası ile davalılardan maddi ve manevi tazminat istenmekte olduğu dosyada bulunan dava dilekçesinden anlaşılmaktadır. Gerek HMK'nın 114/1.1 maddesinde yazılı "aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması" koşulunun; gerek, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyon'a başvuru yapılamaz" koşulunun gerçekleşmesi, bir başka deyimle genel mahkemedeki dava ile sigorta tahkimindeki başvurunun aynı olduğunu söyleyebilmek için: genel mahkemedeki dava ile ikinci davanın (olayımızda tahkimdeki başvurunun) taraflarının, dava konularının ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir (Baki Kuru, İstinaf Usulüne Göre Medeni Usul Hukuku, 2016, s. 195,196). Genel mahkemedeki davanın davalıları Hastane, doktor ve sağlık personeli, dava sebebi de, haksız fiile dayalıdır. Oysa Sigorta tahkimindeki başvurunun davalısı Sigorta şirketi, dava sebebi de sigorta poliçesidir. Dolayısı ile iki davanın tarafları ve dava sebebi

farklıdır. Bu durumda: somut olayda; 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/14. maddesine göre: "Mahkeme'ye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyon'a başvuru yapılamaz" ve HMK'nın 114/1.1 maddesinde yazılı "aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması" koşulları gerçekleşmemiştir. Bu nedenle, Uyuşmazlık Hakem Heyeti tarafından bu konudaki itirazın reddedilmiş olmasında isabetsizlik bulunmadığından; sigorta şirketinin bu konuya ilişkin itirazının reddi gerekmiştir. Maddi ve manevi tazminat yönünden: Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi'nin 12.06.2015 günlü kararında, sonuç olarak : "ilgili hekim ve diğer sağlık personellerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı" bildirilmiştir. Genel mahkemenin Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor alınmasına karar vermiş olması nedeni ile bu rapor gelmiş ise sunulması, gelmemiş ise gelmesinin beklenmesine karar verilmiş: Sigorta şirketi vekil Adli Tıp Genel Kurulu raporunu dosyaya sunmuştur. Adli Tıp Genel Kurulu'nun 29.09.2016 günlü raporunda da sonuç olarak: "06.02.2010 tarihinde özel X Hastanesi'ne başvuran G1 P0, 39-40 hf lık, 5-6 cm, efasman %80, ağırlı gebenin yaklaşık 3 saat süren travay takibinin ardından vakum ile nsd + epi uygulanarak doğum yaptığı, oksiput posteriror gelişli, doğumunda omuz distozisi gelişen ve 3770 gr doğan bebekte sağ brakial pleksus paralizisi saptandığı, Travayda gelen gebenin normal spontan yolla doğuma alınması kararının tıbben doğru olduğu, eberlerin normal doğumu takip etme ve yaptırma yetki ve yeterlilikleri bulunduğu, ıkınma zaafı bulunan gebede bebeğin çıkımda fazla beklememesi için vakum takılması yönünde alınan kararın tıbben doğru olduğu, başka bir operasyonda olan hekimin talimatıyla ve kontrolünde ebe tarafından vakum uygulandığının anlaşıldığı, doğumda gelişen omuz distozisi ve buna bağlı gelişen brakial pleksus hasarının vakum uygulamasıyla bir ilgisinin bulunmadığı, küçükte saptanan brakial pleksus lezyonunun normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vaginal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak görülebildiği ve öngörülemeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, dolayısıyla doğum eylemi sırasında bebekte pleksus brakialis lezyonu oluşması yönünden ilgili hekim ve diğer sağlık görevlilerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı oy birliği ile mütalaa olunur" değerlendirmesi yapılmıştır. Birbirini doğrulayan ve oy birliği ile verilen Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi'nin ve Adli Tıp Genel Kurulu raporları karşısında başvuranlar vekili tarafından dosyaya sunulan ve Dr. G. B.'in kusurlu olduğunu belirten X Üniversitesi Tıp Fakültesi Adi Tıp ABD raporuna değer verilememiştir. Poličede aksine bir hüküm bulunmadıkça sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poličesi kapsamında sorumlu sayılabilmesi için sigortalısının kusurlu olması gerekir. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Genel Kurulu'nun birbirini doğrulayan ve oy birliği ile alınan raporlarında: "ilgili hekim ve diğer sağlık görevlilerine atfı kabil bir kusur saptanmadığı" belirtildiğinden, davalı sigorta şirketinin Sağlık Uzmanları Bireysel Riskler Sigorta Poličesi kapsamında bir sorumluluğundan da söz edilemez. Dolayısı ile, kararda belirtilen gerekçelerle sigorta şirketinin maddi ve manevi tazminat ödemesine karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Davalı sigorta şirketinin bu konudaki itirazı yerinde olduğundan, kabulü ile, 14.04.2017 tarihinde Uyuşmazlık Hakem Heyeti kararının kaldırılmasına ve başvurunun reddine karar verilmesi gerekmiştir. Açıklanan nedenlerle: İtirazın kabulü ile: Uyuşmazlık Hakem Heyetinin 05.09.2016 gün ve 2016/16881 Esas, 2016/ 25537 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, başvurunun reddine, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30/12. maddesi uyarınca, dava mik-

## SONUÇ

Uygulamada malpraktis olarak bilinen, tıp alanındaki kötü uygulama sonucunda oluşan zararlara karşı; bütün hekimler, diş hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların sorumluluklarını teminat altına üzere, TŞSK, Ek 12'nci maddesi ile Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası), zorunlu sigorta olarak düzenlenmiştir.

Hekim zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacı, hekimlerin hukuki sorumluluk sebebiyle maruz kalabilecekleri mali yükten onları kurtarmaktır. Bu sigorta sayesinde zarar görenler, kendilerine zarar veren hekime yönelik tazminat alacaklarını karşılayacak bir mali gücü kuvvetli olan kuruluşa başvurma imkânına kavuşmaktadırlar. Hekim mesleki sorumluluk sigortası tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Sigorta ettirenin borcu, prim ödeme, sigortacının borcu ise riziko gerçekleştiğinde sigortalının zararını tazmin etmektir.

SGŞ ile sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sözleşme sonrasında talep edilen zararlar, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek talepler ve bu zarar veya taleple bağlantılı yargılama giderleri sigorta kapsamında sayılırken, sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri, insani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri, idarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar ve ilgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri sigorta kapsamı dışında sayılmıştır.

Zaman bakımından kapsamı belirlenirken hekim mesleki sorumluluk sigortalarında, talep esaslı benimsenmiş ve sigortanın her yıl düzenli şekilde yenileneceği varsayılmıştır. Talep esaslı sigortalarda,

---

tarı itibarı ile temyiz yolu açık olmak üzere ve oy birliği ile karar verilmiştir. *Sigorta Tahkimi Hakem Karar Dergisi*, S. 30, 2017 Nisan-Haziran, s. 68-75, 22/08/2019).

sadece sözleşme süresi içinde meydana gelen tıbbi kötü uygulamalar sözleşme teminatı altına alınmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk sigortasının kesintiye uğraması ve kesintiye uğradığı dönemde sigortacının sorumlu olacağı bir malpraktis olayı meydana gelmesi halinde, oluşan zarar sigortacı tarafından karşılanmayacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara 2020.
- Cantürk Gürol, "Tıbbi Malpraktis Ve Tıbbi Bilirkişilik Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu", 16-17 Ekim 2014, s. 299-322. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/536.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.08.2019).
- Çeker Mustafa, Sigorta Hukuku, 10. B., Karahan Yayınları, Adana 2014.
- Kender Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Arıkan Basım Yayın, 14. B., 2014
- Nomer Haluk N., "Halefiyet ile Rücu arasındaki İlişki Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü", *İHFM*, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 243-260.
- Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, , Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- Ünan Samim, "Zorunlu Hekim Sorumluluğu Sigortası Genel Şartlar Şerhi", Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2012 (Zorunlu Hekim Sigortası).
- Ünan Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 6. Kitap, Sigorta Hukuku, C. II, 1. B., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (TTK Şerhi).
- Ünan, Samim, Sigorta Tüketici Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (Tüketici Hukuku).

### Makaleler

- Çapa M. Sadık, "Geçmişe Etkili Sigorta", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, Sa. 3-4, s. 341-362, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk.dergi.18\\_3-4\\_14.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk.dergi.18_3-4_14.pdf), (Erişim Tarihi: 16.08.2019).
- Göçmen Erkin, "Geçmişe etkili malpraktis sigortası yapılabilir mi?", *Medikal Akademi*, <https://www.medikalakademi.com.tr/gecmise-etkili-malpraktis-sigortasi-yapilabilir-mi/>, (Erişim Tarihi: 16.08.2019).
- Karasu Rauf, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, C. 2 Y. 2015, s. 683-706.
- Koyuncuoğlu Tennur, "Doktor Sigortası Mı, Hasta Sigortası Mı?", *TBB Dergisi*, Y. 2011, S. 92, s. 431-450, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-682>, (Erişim Tarihi: 16.8.2019).
- Özer Özlem ve Diğerleri, "Tıbbi Hatalı Uygulamalar", *Dicle Tıp Dergisi*, Y. 2015, S. 42/3, s. 394-397, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/54610>, (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

Yördem Yılmaz, "Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbi Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", *Journal Of Institute Of Economic Development And Social Researches*, 2018 Vol. 4, Issue 12, pp. 539-546, [http://iksadjournal.org/Makaleler/1857965187\\_1.%204\\_12\\_ID78.%20Y%c3%b6rdem\\_539-546.pdf](http://iksadjournal.org/Makaleler/1857965187_1.%204_12_ID78.%20Y%c3%b6rdem_539-546.pdf), (Erişim Tarihi: 16.08.2019).

### **Mahkeme Kararları**

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

İnternet Kaynakları:

Sigorta Genel Şartları, <http://www.tsb.org.tr/genel-sartlar.aspx?pageID=467> (Erişim Tarihi: 28.07.2017).

<http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019)

[http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref\\_id=53&file\\_name=1996-1-3-208-209.htm&\\_pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987](http://www.floradergisi.org/getFileContent.aspx?op=html&ref_id=53&file_name=1996-1-3-208-209.htm&_pk=6621c429-dcf6-43a9-88af-54455e811987), (Erişim Tarihi: 09.09.2019).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

<http://www.saglik.gov.tr/TR,832/mali-sorumluluk-sigortasi-ile-ilgili-aciklama--soru-ve-cevaplar.html> (Erişim Tarihi: 19.09.2017).

*Sigorta Tahkimi Hakem Karar Dergisi*, S. 30, 2017 Nisan-Haziran, s. 68-75, 22.08.2019).

TTK Madde Gereççeleri, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.09.2019).

World Medical Association, Statement on Medical Malpractice ; Marbelle, Spain, 1992, Art. 2/a, <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/malpractice.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019)





# ATIK SEKTÖRÜNDE REKABET HUKUKU DİNAMİKLERİ: ELEKTRİKLİ VE ELEKTRONİK ATIK YÖNETİMİ ÖZELİNDE ÖRNEK BİR İNCELEME

## COMPETITION LAW DYNAMICS IN WASTE SECTOR: AN EXAMPLARY STUDY SPECIFIC TO MANAGEMENT OF WASTE ELECTRICAL AND ELECTRONIC EQUIPMENT

Hakan ARSLANBAY\*

**Özet:** Son yıllarda dünyada teknolojinin hızla gelişmesiyle toplumsal ihtiyaçlar değişmeye başlamıştır. Gelişmelerin hayatın her alanına sirayet etmesi karşısında, hukuki düzenlemelerin sektör odaklı ve ilgili alanın uzmanlığıyla bağlantılı olarak tesis edilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Atık sektörü de özellikle içinde barındırdığı elektrikli ve elektronik atıkların yönetimi süreci ile söz konusu ürünlerin küresel çapta büyük üretimi ve çevreye verebileceği olası zararlar düşünüldüğünde, bu bağlamda en önemli endüstrilerden birini teşkil etmektedir. Bununla beraber; elektrikli ve elektronik atık yönetimi sürecine dahil olan oyuncular kâr amacı gütmeyen yasal yükümlülüklerini yerine getirmek durumunda olsalar da bu durum, rakip teşebbüslerin bir araya gelerek rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmasına engel değildir. Bu sebeple; sektörün işleyişi doğrultusunda rekabet hukuku açısından söz konusu olabilecek dinamik ve uygulamaların değerlendirilmesi gerekmektedir. İşbu çalışma kapsamında; elektrikli ve elektronik atıkların yönetimine ilişkin süreç irdelenecek ve gerekli olduğu yerde diğer atık yönetim sistemleri ile ilgili içtihatlardan yararlanılarak sektörü ilgilendiren rekabet hukuku dinamikleri üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Teşebbüs, Teşebbüs Birliği, Koordinasyon Merkezi, İlgili Pazar, Bilgi Değişimi, Çevresel Anlaşma, Münhasırlık Anlaşması

**Abstract:** In recent years, social needs have changed due to the rapid improvement in technology all over the world. In view of the fact that improvements spread in all areas of life, the need has emerged that regulations should be made sector-specific and in relation to the expertise in relevant area. The waste management sector, covering in particular the management of waste electrical and electronic equipment, constitutes one of the most significant

\* hakan@arslanbaylaw.com, ORCID: 0000-0001-6992-076X; Makalenin Gönderim Tarihi: 26.05.2020, Kabul Tarihi: 26.05.2020

industries in this respect, considering the exceeding amount of output for such products and environmental damages to which they are likely to lead. Nevertheless, although players involved in the management of waste electrical and electronic equipment are under obligation to carry out the legal duties entrusted to them as non-profit organisations, that does not rule out the possibility that competitors may restrict competition by colluding. Thus, competition law dynamics and practices that are likely to be in question should be evaluated in light of the functioning of the sector. In this study, an attempt will be made to scrutinise the functioning of the waste management operations of electrical and electronic equipment, and competition law dynamics in the sector will be dwelled on thereby considering case-law related to the other waste management systems where necessary.

**Keywords:** Undertaking, Association of Undertaking, Coordination Centre, Relevant Market, Information Exchange, Environmental Agreement, Exclusivity Agreement

## Giriş

Birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de çevrenin korunması, devletin yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bu husus, Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan "Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" hükmüne dayanmaktadır. Anayasanın ilgili hükmü; çevre hukuku mevzuatının doğmasına, dolayısıyla da çevrenin korunması için devlet tarafından önlemler alınmasına zemin hazırlamıştır.

Çevrenin korunması kapsamında büyük öneme sahip konulardan birini atık yönetimi oluşturmaktadır. Özellikle küresel ticaretin artması ve dijital çağın getirileriyle, elektrikli ve elektronik ürünlerin kullanımı günlük yaşamda büyük yer edinmeye başlamıştır. Bununla beraber; söz konusu ürünlerin atık hale gelmesi, önemli çevre problemlerini beraberinde getirmektedir. Atık elektrikli ve elektronik eşyaların ("AEEEler") toplanma, geri dönüşüm ve bertaraf süreçlerinin teknik gerekliliklere uygun gerçekleştirilmemesi halinde, ciddi çevre ve sağlık sorunları meydana gelmektedir.<sup>1</sup> Bu durum, idari otoriteleri atık yönetimine ilişkin düzenleme yapmaya itmiş ve atık yönetiminin devlet kontrolü altına alınmasına sebep olmuştur.

<sup>1</sup> Rifat Ünal Sayman ve Onur Akpulat, "Atık Elektrikli ve Elektronik Eşyaların Kontrolü Yönetmeliği Belediye Uygulama Rehberi", Bölgesel Çevre Merkezi (REC) Türkiye, Ankara 2016, s. 7.

Ülkemizde gerek AB müktesebatına uyum çalışmaları kapsamında,<sup>2</sup> gerekse AEEElerin sebep olduğu çevresel problemler sebebiyle, AEEE yönetimine yönelik mevzuat çalışmaları yürütülmüştür. Bu doğrultuda; Atık Elektrikli ve Elektronik Eşyaların Kontrolü Yönetmeliği (“AEEE Yönetmeliği”) 22.05.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>3</sup> 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 8., 11. ve 12. maddeleri uyarınca elektrikli ve elektronik atıkların toplanması, geri dönüşümü ve bertaraf edilmesi için gerekli hukuki esaslarla teknik standartları ortaya koyan AEEE Yönetmeliği’nde genel olarak; sektör oyuncularının görev, yetki, sorumluluk ve yükümlülüklerine, sürecin daha sağlıklı işlenmesi için gerekli teknik hususlara, lisans ve atık toplama faaliyetlerinin finansmanı konularıyla çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

AEEE Yönetmeliği’ne göre; AEEElerin yönetimi sürecinde üreticilerin, yetkilendirilmiş kuruluşların ve belediyelerin kilit rol oynadığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın (“Bakanlık”) ise denetim sürecinin merkezinde yer aldığı görülmektedir. Üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar; başta AEEE Yönetmeliği ve ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken, rekabeti kısıtlayıcı birtakım uygulamalar da söz konusu olabilmektedir. Zira kâr amacı güdülmese dahi, ekonomik değeri olan ürün ve hizmetlere yönelik faaliyetler her zaman rekabet hukuku kısıkacına takılmaya elverişlidir. Sektör faaliyetleri kapsamında özellikle toplama, geri dönüşüm ve geri kazanım hizmetleri hususunda yapılan sözleşmeler; üreticilerin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi esnasında, piyasa bilgilerine yönelik olarak şeffaflık sağlayabilmektedir. Ayrıca çevre mev-

<sup>2</sup> Atık Elektrikli ve Elektronik Eşyaların Kontrolü Yönetmeliği, Avrupa Birliği’nin 2002/95/EC sayılı Elektrikli ve Elektronik Eşyalarda Bazı Zararlı Maddelerin Kullanımının Sınırlandırılmasına İlişkin Direktifi (Directive 2002/95/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on the restriction of the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment) ile 2002/96/EC sayılı Atık Elektrikli ve Elektronik Eşya Direktifi’ne (Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE)) paralel olarak hazırlanmıştır.

<sup>3</sup> Yönetmelik’in 27. maddesi uyarınca; üreticilerin kendileri veya bünyesinde faaliyet gösterdikleri yetkilendirilmiş kuruluş tarafından Yönetmelik’ten kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin AEEE yönetim planı hazırlanmasına, Yönetmelik’teki yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve teminat verilmesine ve Koordinasyon Merkezi kurulmasına ilişkin hükümlerin, AEEE Yönetmeliği’nin yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

zuatının oluşumunu zorunlu kıldığı Koordinasyon Merkezi, yetkilendirilmiş kuruluş gibi kurumsal yapılanma ve organizasyonlar; rekabet karşıtı anlaşma, uyumlu eylem ve müstakil bilgi paylaşımına (*stand-alone information exchange*) zemin teşkil edebilmektedir.

Hal böyle iken, mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin ifasında,<sup>4</sup> rekabet kurallarının esnetilip esnetilemeyeceği veya çevre mevzuatı ile rekabet mevzuatının çelişkili olup olmadığı soruları aklı gelmektedir. Çünkü idari yönden birçok düzenlemeye uyma mecburiyeti altında bulunan teşebbüsler için, çoğu zaman iktisadi analiz gerektiren rekabet kurallarına uyumun ne derecede gerçekleştiğini kestirmek güç olabilmektedir. Bunun yanı sıra, çevre mevzuatına uygun hareket etmenin rekabet kurallarını zaruri olarak ihlâl edip etmeyeceği ihtimali de gündeme gelmektedir. Ancak çevre ve rekabet politikaları, farklı yönlerden dahi olsa, toplumsal refahı artırma amacı güttüğünden; birbirleriyle çelişmek şöyle dursun, temel hedefleri itibarıyla birbirlerini tamamlamaktadırlar. Ayrıca çevre politikacıları da rekabeti gereksiz yere kısıtlayacak politikalar uygulamayı tercih etmeyeceklerdir.<sup>5</sup> Dolayısıyla, çevre mevzuatında yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, aynı zamanda rekabetin korunması amacına hizmet eden kurallara uyulmasının beklenmesi de doğaldır. Nitekim çevrenin ve çevresel sağlığın korunmasına yönelik faaliyetlerin rekabetçi şartlar altında gerçekleştirilmesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") amaç ve kapsamına uygun olarak atık sektöründeki mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunması amacının yanı sıra sürdürülebilir kalkınma hedefine de hizmet etmektedir.<sup>6</sup> Sonuç olarak, çevre mevzuatından - özel olarak elektrikli ve elektronik atıkların yönetimine ilişkin mevzuattan - kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, rekabet kurallarına uygunluk halihazırda RKHK'nın bir gereğidir.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> İşbu çalışma kapsamında çevre mevzuatı söz konusudur.

<sup>5</sup> OECD, "Environmental Regulation and Competition", Policy Roundtables 2006, s. 19.

<sup>6</sup> Evrim Özgül Kazak, "Atık Yönetimi Piyasalarında Rekabet Politikası, Çevresel Anlaşma ve Düzenlemeler", Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2010, No. 104, s.1.

<sup>7</sup> RKHK 2. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kul-

Üç bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde; AEEElerin yönetim sürecinde önem arz eden kavramlar irdelenecek ve süreçte aktif rol oynayan aktörlerin yükümlülüklerinden söz edilecektir. İkinci bölümde ise, AEEE yönetimi sürecindeki aktörlerin yükümlülüklerinin rekabet hukukundaki karşılıklarına değinilecektir. Üçüncü ve son bölümde ise, ülkemizde gelişmekte olan AEEElerin yönetimi sürecine ilişkin rekabet hukuku kavramları ile AEEE yönetimi uygulamalarının rekabet hukuku bağlamındaki değerlendirmelerine yer verilecektir.

### I. Genel Olarak AEEElerin Yönetim Süreci<sup>8</sup>

AEEElerin yönetimine ilişkin rekabet hukuku dinamiklerinin izahtan önce, AEEE yönetim sürecinin ana hatlarıyla nasıl işlediğinin ortaya konmasında fayda vardır. AEEE yönetiminin genel amacından bahsedilerek kavramların açıklanması ve yönetim sürecinde rol oynayan aktörlerin görevlerinin kapsamının belirtilmesi, ileride rekabet perspektifinden yapılacak analizin temelini teşkil etmektedir. Bu minvalde kısaca değinmek gerekirse, AEEE yönetimi; üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların, tüketicilerden gelen AEEEleri, dağıtıcı ve belediyeler aracılığıyla Atık Getirme Merkezlerine (“AGMler”), çevre lisanslı işleme tesislerine (“AEEE işleme tesisleri”) veya AEEE işleme tesisleri ya da üretici veya yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından işletilen aktarma merkezleri gibi diğer toplama sistemlerine nakliye etmesini, böylelikle söz konusu tesis ve sistemlerde AEEElerin geri dönüşüm ve kazanım yoluyla tekrar kullanımı sağlamayı, atıkların bertaraf edilmesi durumunda ise çevre ve insan sağlığını korumayı amaçlamaktadır.

---

lanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler RKHK kapsamına girmektedir. Burada Kanunun uygulama alanı yönünden sektör odaklı olarak herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Ancak regüle piyasalar yönünden RKHK hükümleri çerçevede düzenleme niteliğine sahip olabilmektedir. Fakat bu durum, RKHK'nın sektörlerle uygulanmasına engel değildir. Rekabet Kurulu, gerekli gördüğü takdirde ilgili regüle piyasanın dinamikleri ve serbest piyasa düzeninin rekabetçi ortamda temini amacıyla birtakım düzenlemeler yapabilir. Bkz. Metin Topçuoğlu (2001a), “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, No. 7, s.150, 151.

<sup>8</sup> Atık sektörü, atık yönetimi ve atıklara ilişkin ifadeler işbu makale kapsamında yalnızca elektrikli ve elektronik atık yönetim sürecini kapsamakta olup, kapsam ve niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer atık yönetim sistemlerine de atıfta bulunmaktadır.

AEEEler; AEEE Yönetmeliği'nde tanımlanan on kategoride yer alan ürünlerin kullanım ömrü dolduğu andaki bütün bileşenlerini, unsurlarını ve ihtiva ettiği sarf malzemelerini temsil etmektedir.<sup>9</sup> AEEE Yönetmeliği'ne göre, AEEElerin bir bütün olarak yeniden kullanımına öncelik verilmekte; bunun içinse AEEElerin toplanması, toplandıktan sonra da geri dönüştürülmesi amacı gözetilmektedir. Şayet AEEE veya parçalarının teknik olarak geri dönüşümü ve geri kazanımı mümkün olmazsa, bertaraf edilmeleri söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere, AEEElerin toplanması ve geri dönüşümle tekrar kullanıma uygun hale getirilmesi AEEE yönetiminin öncelikli amaçlarındanıdır. Bu doğrultuda, atık yönetim süreci AEEElerin toplanması ile başlamaktadır.

AEEElerin toplanmasına ilişkin sürecin işleyişi, tüketiciden başlayarak toplama kanalları (dağıtıcılar ve belediyeler) aracılığıyla üretici veya yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir. AEEElerin yönetimi süreci; AEEElerin işlenerek geri dönüştürülmesi ve geri kazanılması ya da gerekli olması halinde bertaraf edilmesi amacıyla, AEEE işleme tesislerine veya AGMler gibi toplama sistemlerine taşınmasıyla tamamlanmaktadır.

Sürecin aşamalarında görev üstlenen oyuncuların her birinin AEEE Yönetmeliği bağlamında nasıl tanımlandığı bu noktada önem arz etmektedir. Zira, atık yönetim süreci yönünden AEEE Yönetmeliği'nin kavramlara yüklediği anlamlar ile bu kavramların çalışma kapsamında incelenen rekabet hukukundaki karşılıkları her zaman tam olarak örtüşmemektedir. Dolayısıyla tanımların önce AEEE Yönetmeliği düzenlemeleri ve uygulama yönünden kapsamının ele alınması, daha sonra ise atık yönetim sürecindeki rollerine göre rekabet hukukunda tabi oldukları sınıflandırmayla birlikte değerlendirmeleri gerekmektedir.

Buna göre rekabet hukukunda farklı bir nitelendirmeye sahip olan dağıtıcı kavramı, AEEE yönetimi bakımından; elektronik iletişim yoluyla yapılan satışlar da dâhil olmak üzere, ticari olarak kullanıcıya

<sup>9</sup> Bu kategoriler şu şekildedir: Büyük ev eşyaları (buzdolabı, çamaşır makinesi vb.), küçük ev aletleri (elektrik süpürgesi, ütü vb.), bilişim ve telekomünikasyon ekipmanı, tüketici ekipmanı (radyo, televizyon, müzik enstrümanları vb.), aydınlatma ekipmanları (floresan, düşük basınçlı sodyum lambalar vb.), elektrikli ve elektronik aletler (dikiş makinesi, matkap vb.); oyuncaklar, eğlence ve spor aletleri; tıbbi cihazlar, izleme ve kontrol aletleri, otomatlar (soğuk-sıcak içecek otomatları vb.).

elektrikli veya elektronik eşya ulaştırın gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir.<sup>10</sup> Atık toplama sürecinde; rekabet hukukundaki sınıflandırmadan farklı olarak, dağıtıcı kavramına bayiler, tekno-marketler, süpermarketler, üretici servisleri ve diğer mağazalar dâhil olmaktadır.

AEEE Yönetmeliği bağlamında üretici kavramı ise, Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik kapsamındaki mesafeli sözleşmeler ile yapılan satışlar da dâhil olmak üzere, satış yöntemine bağlı olmaksızın kendi markasıyla elektrikli ve elektronik eşya üreten ve satan; kendi markasıyla başka tedarikçiler tarafından üretilen elektrikli ve elektronik eşyaları satan ve ticari amaçlarla elektrikli ve elektronik eşya ithal eden gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir.<sup>11</sup> Bu minvalde; ithalatçılar, (münhasır) distribütörler ve ürünü doğrudan üreten şirketler (dar anlamda üreticiler), AEEE Yönetmeliği sistematüğinde daha üst bir kavram olan üretici tanımının kapsamına girmektedir.

Yetkilendirilmiş kuruluş ise; AEEE Yönetmeliği'nden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla Bakanlık tarafından belirlenen esaslar dâhilinde oluşturulan ve kâr amacı gütmeyen ortak uyum organizasyonunu ifade etmektedir.<sup>12</sup> Fakat yetkilendirilmiş kuruluşun; AEEE Yönetmeliği'nde yer verilen tanımın ötesinde, üreticilerin bir araya gelerek oluşturdukları bir tüzel kişilik olduğu görülmektedir. Nitekim AEEE Yönetmeliği'nin; üreticilerin yükümlülüklerini konu alan 9. maddesinin (f) bendinde yer alan "*Kendileri veya organizasyonunda yer aldığı yetkilendirilmiş kuruluş tarafından...*" ifadesi ile, "*Bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini münferit veya mevcut bir yetkilendirilmiş kuruluşa dâhil olarak yerine getirmek...*" ifadelerinden; yetkilendirilmiş kuruluşun, kendisine üye üreticiler tarafından oluşturulan ve üreticilerin yükümlülüklerini ortak bir çatı altında yerine getirmesine imkân veren bir tür organizasyon niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.

AEEE Yönetmeliği, AEEElerin teknik ve hukuki standartlara uygun olarak toplanması, geri dönüştürülmesi, geri kazanımı ve bertaraf edilmesini amaçladığından; atık yönetim süreci içerisinde tüketicilere, üreticilere, dağıtıcılara, yetkilendirilmiş kuruluşlara ve belediyelere birçok yükümlülük ve sorumluluk yüklemiştir.

<sup>10</sup> AEEE Yönetmeliği, m.4/f.1-e.

<sup>11</sup> AEEE Yönetmeliği, m.4/f.1-r.

<sup>12</sup> AEEE Yönetmeliği, m.4/f.1-ş.

Bu bağlamda; atık yönetimi sürecindeki ilk aşama olan toplama, tüketicinin sürece aktif katılımıyla başlamaktadır. Mevzuat hukuk uygulayıcısı Avrupa Birliği ("AB") mevzuatında AEEE yönetimine ilişkin olarak yer alan Atık Elektrikli ve Elektronik Eşyalar Direktifi (2002/96/EC) gerekçesinde; tüketicinin atık toplama sürecine katılımının, AEE-Elerin geri dönüşümü ve kazanımı için bir ön koşul niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.<sup>13</sup>

Tüketiciler; atık haline gelen elektrikli ve elektronik ürünlerini, diğer evsel atıklarından ayrı olarak biriktirerek bunları dağıtıcıların, belediyelerin, üreticilerin veya AEEE İşleme tesislerinin oluşturdukları toplama yerlerine götürmekle veya götürülmesini sağlamakla ve kayıt dışı toplama yapanlara vermemekle yükümlüdür.<sup>14</sup> Bu durumda; AEE-Elerini, diğer evsel atıklardan ayrı biriktiren tüketicinin önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki; tüketicinin atığını, ürünü satın aldığı bayi, tekno-market, süpermarket, sair mağaza gibi bir yere veya onarım ya da bakım için bıraktığı üretici servisine vermesidir. Bu noktadan sonra, dağıtıcı konumundaki bu işletmeler, AEEEleri işlenerek geri dönüşüm, geri kazanım ya da bertaraf amacıyla AEEE işleme tesislerine nakliye etme yükümlülüğü altındadır. Tüketicinin bir diğer seçeneği ise; AEEElerini, belediyelerin AEEElerin toplanması için kurması gereken AGMLere getirerek, atıkların toplu halde birikmesini sağlamaktır. Şu an için uygulamada, birçok belediye AGMLeri kurmamış olduğundan, atık toplama faaliyetlerinde istenilen hedeflere ulaşılamamaktadır. Bunun yanı sıra; AEEEler, tüketici nazarında mali bir değer algısına sahip olduğundan, sokak toplayıcılarına ücret karşılığında verilmekte ve bu durum da atık hedeflerine ulaşılmasında engel oluşturmaktadır.

Tüketicinin elinden çıkan ve tüketici tercihine göre dağıtıcıya ulaştırılan AEEEler yönünden dağıtıcılar; bu atıkları markasına, modeline, üreticisine ve içeriğine bakmaksızın kabul etme ve adrese yapılan teslimat hallerinde; atıkları herhangi bir nakliye ücreti veya ilave bir ücret talep etmeksizin toplama sistemlerine veya AEEE işleme tesislerine gönderme yükümlülüğü altındadır.

<sup>13</sup> Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE) - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission relating to Article 9; 15 no.lu gerekçe.

<sup>14</sup> AEEE Yönetmeliği, m.11/f.1-a, b.



AEEElerin yönetimindeki diğer önemli aktörlerden üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların yükümlülükleri ise, AEEE Yönetmeliği'nin 9. maddesinde bentler halinde sıralanmıştır. Özellikle maddenin (g), (ğ) ve (k) bentlerinde sayılan ve "Evsel AEEE'lere dair 15 inci maddedeki toplama hedeflerinin gerçekleştirilmesini sağlamak", "Belediyeler ve dağıtıcılar tarafından toplanan evsel AEEE'lerin; getirme merkezlerinden veya dağıtıcılardan başlamak üzere nakliye maliyetlerini karşılamakla, 14'üncü maddede belirtilen teknik özellikleri sağlayan tesislerde işlenmesini sağlamakla, işleme imkânının bulunmaması durumunda bertarafı için bir sistem kurmak ve maliyetleri karşılamak" ve "Topladıkları tüm AEEE'leri 22 nci maddede göre oluşturulan Koordinasyon Merkezine bildirmek" şeklinde ifade edilen yükümlülüklerin, bunlar arasında en önemlileri olduğu söylenebilir. Sürecin yönetiminde; bu üç yükümlülüğün birbiriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Öyle ki, dağıtıcının tüketiciden topladığı atıkları AEEE işleme tesisleri veya toplama sistemlerine taşıırken maruz kaldığı maliyetleri üreticilerin veya organizasyonunda faaliyet gösterdikleri yetkilendirilmiş kuruluşların karşılamakla yükümlü olduğu; böylelikle nakliyeler sonucunda toplanan toplam atık miktarıyla her bir takvim yılı için öngörülen toplama hedefinin de sağlanması amaçlanmaktadır.

Nakliye sürecinde ise; nakliye maliyetlerine ilişkin yükümlülükler, AEEElerin evsel olup olmamasına ve AEEE Yönetmeliği'nin yürürlüğe giriş tarihine göre değişebilmektedir. Bu doğrultuda; evsel AEEEler için, üreticilerin nakliye maliyetlerini üstlenme yükümlülüğü, dağıtıcılar ve belediyece kurulan AGMlerden itibaren başlamaktadır. Zira belediyeye tüketici tarafından getirilen AEEEler için herhangi bir nakliye maliyeti gündeme gelmeyecektir. Bununla beraber, tüketici evsel AEEEyi dağıtıcıya veya dağıtıcı adına ürünü teslim eden kuruluşa iade ediyorsa, bu halde dağıtıcı evsel AEEEyi herhangi bir nakliye ücretini tüketiciden talep etmeden almak ve AGMlere ya da AEEE işleme tesislerine göndermekle yükümlü olduğundan, nakliye maliyetinin bu aşamada dağıtıcı üzerinde olduğu söylenebilir. Evsel olmayan AEEElerin nakliye maliyetlerine ilişkin yükümlülük ise, AEEElerin yönetim maliyetleri kalemi olarak değerlendirilerek AEEE Yönetmeliği'nin yürürlük tarihi dikkate alınarak belirlenmektedir. Buna göre; şayet AEEE Yönetmeliği yürürlüğe girdikten sonra piyasaya sürülen ilgili evsel olmayan AEEEenin, AEEE Yönetmeliği kapsamında bertaraf edilmesi

söz konusu ise, bu durumda bir yönetim gideri kalemi olarak nakliye maliyeti üretici üzerinde olacaktır. AEEE Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önce piyasaya sürülen evsel olmayan AEEElerin nakliye maliyeti, tüketici ile üretici arasında aksine anlaşma olmadıkça tüketici üzerinde olacaktır. Bu kapsamda yürütülecek tüm nakliye süreçleri, AEEE Yönetmeliği'nin 24. maddesi uyarınca taşıma lisansına sahip araçlarla gerçekleştirilmek durumundadır.

Sektörün sağlıklı işleyişinin sağlanması noktasında halihazırda birtakım sıkıntılar mevcuttur. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere, ülke genelinde belediyelerin yeterince AGM kurmamış olması, AEEElerin tüketici tarafından ulaştırılabileceği toplama kanallarını önemli ölçüde sınırlamaktadır. Tüketicilerin, dağıtıcılar haricinde büyük miktarlarda AEEE teslim edebileceği AGMlerin sayıca çok az olması, hedeflere ulaşılması yolunda ciddi bir sorun olarak değerlendirilmektedir. İkinci sıkıntı ise, ülkemizde Koordinasyon Merkezi'nin henüz oluşturulmamış ve faaliyete geçmemiş olmasıdır. Henüz kurulmamış olsa da; ileride ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere, Koordinasyon Merkezi vasıtasıyla rekabeti kısıtlayıcı davranışların meydana gelmesi mümkündür. Bu sebeple, Koordinasyon Merkezi kavramına ve bunun çalışma kapsamında rekabet hukuku çerçevesinde sonuç doğurabilecek yükümlülüklerine kısaca değinmek gerekmektedir. AEEE Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre; Koordinasyon Merkezi, yetkilendirilmiş kuruluşların ve herhangi bir yetkilendirilmiş kuruluş bünyesinde bulunmayan atık toplama faaliyeti gösteren üreticilerin, Bakanlık ve yerel yönetimlerle olan koordinasyonlarının sağlanması amacıyla, kâr amacı gütmeyen ortak bir organizasyondur. Özellikle AEEE toplama hedeflerinin bilinebilir olması ve bu hedeflere ulaşılması amacıyla, Koordinasyon Merkezi'nin, toplanan evsel AEEElerin üreticilerin pazar paylarına göre paylaşılması noktasında önemli bir yükümlülüğü mevcuttur. Bunun haricinde Koordinasyon Merkezi'nin bir diğer önemli yükümlülüğü; her yıl piyasaya sürülen, ihraç edilen, yeniden kullanılan, geri dönüştürülen ve geri kazanılan AEEE miktarları ve oranları hakkında Bakanlık'a rapor sunmaktır. Bu yükümlülüklerle; üreticilerin pazar payları dikkate alınarak AEEE toplama yükümlülüklerinin hesaplanması ve AEEElerin piyasaya sürümü, ihracat rakamları, yeniden kullanım, geri dönüşüm ve geri kazanım miktar ve oranları hakkında Bakanlık'a bilgi verilmesi amaçlanmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda verilen bilgiler doğrultusunda AEEE yönetimi süreci şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle AEEE Yönetmeliği'nde yer alan kategorilere ait atıklar; tüketiciler tarafından, eve teslimat yapan veya fiziki satış ya da servis noktasında atık ürünü kabul eden dağıtıcılara, bir başka deyişle distribütörlere, bayilere, üretici servislerine, tekno-marketlere ve sair mağazalara teslim edilir. Tüketicisi, isterse atığını belediyelerin kurmuş olduğu AGMlere de getirebilir. Bu noktadan sonra dağıtıcıdan veya belediyenin atık toplama merkezlerinden AEEE işleme tesislerine yapılacak olan nakliye giderleri üreticiler veya bünyesinde yer aldığı yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından karşılanmalıdır. Nakliye maliyetleri karşılanan atık miktarı bakımından, AEEE Yönetmeliği'nde öngörülen sisteme göre kg/kişi-yıl cinsinden hesaplanacak hedeflerin tutturulup tutturulmadığı önem arz etmektedir. Bunun için öncelikle, üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından, Koordinasyon Merkezi'ne beyanda bulunulması, bu beyanlara istinaden üreticilerin pazar payının hesaplanmasıyla her bir üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşun ilgili kategorideki atık toplama hedefi, daha doğru bir ifadeyle üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından maliyeti karşılanması gereken asgari hedef atık miktarı tespit edilmektedir. Bu hedeflerin karşılanmaması durumunda ise; ilgili üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar aleyhinde 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20/r hükmü uyarınca idari para cezasına hükmedilebilmektedir.

## II. AEEE Yönetimi Sürecinde Rekabet Hukukunun Yeri

AEEE yönetimi sürecindeki kavram ve yukarıda sözü edilen yükümlülüklerin, rekabet hukukunda ne şekilde değerlendirileceği, bu kavram ve yükümlülüklerin rekabet hukukundaki karşılıklarının tespit edilmesini gerektirmektedir. Bu noktada özellikle; üretici, dağıtıcı, yetkilendirilmiş kuruluş, AEEE işleme tesisi gibi kavramların rekabet hukukundaki yeri incelenmeli ve AEEE yönetimindeki aktörlerin yükümlülükleri rekabet perspektifinden ele alınmalıdır.

### A. Rekabet Hukuku Bakımından Üretici, Dağıtıcı, Yetkilendirilmiş Kuruluş ve Koordinasyon Merkezi Kavramlarının Niteliği

RKHK, teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti kısıtlayabilecek pazar davranışları ile piyasada hâkim durumda bulunan

teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemeyi ve bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. RKHK'nın amacına bakıldığında; teşebbüs kavramının rekabet analizinin merkezinde yer aldığı,<sup>15</sup> pazar davranışlarının ise; RKHK sistematığına göre 4. madde kapsamındaki rakip teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve karara varan uygulamalar ile 6. madde kapsamındaki hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğuran uygulamalar şeklinde iki ana sütun üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre; rekabet hukukunun temelindeki soru, bir teşebbüsün bir pazar davranışı neticesinde sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespitine yöneliktir.<sup>16</sup>

Mehaz hukukta, AB'nin mevcut iki ana sözleşmesinden biri olan Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın ("ABİDA") (*Treaty on Functioning of the European Union*) 101. ve devamı maddelerinde yer alan rekabet hükümlerinde teşebbüs (*undertaking*) tanımına yer verilmemiş olup, kavramın içerik ve kapsamı Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD") içtihatlarına bırakılmıştır.<sup>17</sup> Bu minvalde ABAD; *Höfner* kararında, teşebbüs kavramının, yasal statüsü ile finanse edilme yöntemine bakılmaksızın ekonomik faaliyetlerde bulunan her tür ekonomik bütünlüğü kapsadığını ifade etmiştir.<sup>18</sup> ABAD, *Pavlov* kararında ise ekonomik faaliyet tanımını yaparak, belirli bir pazarda mal ve hizmet arzının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>19</sup> ABAD içtihatları bağlamında, bir organizasyonun kâr amacı gütmemesi veya ekonomik bir amaçla hareket etmemesi, söz konusu faaliyetin kendiliğinden ekonomik faaliyet niteliği taşıdığı anlamına gelmemektedir.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Metin Topçuoğlu (2001b), "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2001, C. 50, S. 4, s. 131, 132.

<sup>16</sup> Richard Whish ve David Bailey, *Competition Law*, 7. baskı, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 84.

<sup>17</sup> Case T-99/04, AC- Treuhand v Commission [2008] ECR II-501, [2008] 5 CMLR 962, prg. 144: "Topluluk yargısı tarafından 'anlaşma' ve 'teşebbüs' kavramlarının zamanla açıklığa kavuşturulması, bu kavramlara yönelik uygulamanın açık ve öngörülebilir olup olmadığının değerlendirmesinde belirleyici öneme sahiptir."

<sup>18</sup> Case C-41/90, Höfner and Elser v Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, prg. 21.

<sup>19</sup> Cases C-180/98 etc, Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] ECR I-6451, [2001] 4 CMLR 30, prg. 75.

<sup>20</sup> Perri 6, "European competition law and the non-profit sector", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 1992, C.3, S. 2, s. 218, 219; Whish ve Bailey, s. 86.

Türk hukukunda ise, teşebbüs kavramı RKHK'nın 3. maddesinde; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanmaktadır. Tanıma göre; teşebbüs kavramı açısından belirleyici olan iki temel özelliğin bağımsızlık ve ekonomik bütünlük olduğu görülmektedir. Buna göre; bağımsız olarak hareket edebilen ve ekonomik bir bütünlük taşıyan her kişinin, kamu hukukuna tabi olup olmamasından bağımsız olarak ve faaliyetlerinde kâr amacı gütmese dahi,<sup>21</sup> hukuki statüsüne bakılmaksızın<sup>22</sup> teşebbüs niteliği taşıdığı söylenebilecektir. Zira Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") ASKİ kararında teşebbüs niteliği için; piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma, diğer bir deyişle piyasada ekonomik faaliyet gösterme şeklindeki fonksiyonel ölçüt ile, bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme şeklindeki şekli ölçütlerin varlığının teşebbüs niteliği açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir.<sup>23</sup>

Teşebbüs kavramı dışında, ABİDA 101. maddesi ile RKHK 4. maddesine konu edilen bir diğer kavram ise uygulamada daha dar ve kısıtlı bir kullanıma sahip olan teşebbüs birliği kavramıdır. Teşebbüs kavramındaki gibi teşebbüs birliği kavramı da ABİDA 101. maddesinde tanımlanmış değildir. RKHK'nın 3. maddesinde yapılan tanıma göre ise; teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade etmektedir. Böyle bir yapının en az iki teşebbüsten müteşekkil olması<sup>24</sup> ve bu teşebbüslerin belirli amaçlarla bir araya gelmesi, kavramın iki ana unsurunu oluşturmaktadır. Birliğin tüzel kişiliğinin bulunup bulunmamasının<sup>25</sup> ve kanunla kurulmuş olup olmamasının<sup>26</sup> önemi yoktur.

<sup>21</sup> Murat Aydoğdu, "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel Armağanı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir 2001, s.17.

<sup>22</sup> Ancak uygulamada, rekabet ihlali neticesinde hükmedilecek idari para cezası kapsamında muhatap bulmak adına tüzel kişiliği haiz teşebbüslerin Rekabet Kurulu'nun işini kolaylaştıracağı aşikârdır.

<sup>23</sup> 13.03.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı Kurul Kararı.

<sup>24</sup> Ivo V. Bael ve François Bellis, Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990, s. 23, 24.

<sup>25</sup> 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı Kurul Kararı; 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı Kurul Kararı; ayrıca bkz. D. J. Gijlstra ve D. F. Murphy, Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, Deventer 1984, s. 138.

<sup>26</sup> 17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı Kurul Kararı.

Birlik üyelerinin bir araya gelerek oluşturdukları; amaçlarını gerçekleştirmeye yardımcı olacak her tür oluşum teşebbüs birliği olarak kabul edilmelidir.<sup>27</sup> Teşebbüs birliği için de kâr amacı gütmeye zorunluluğunun bulunmadığı, Kurul'un *Konya Sarraflar ve Kuyumcular Derneği* kararında ifade edilmiştir.<sup>28</sup>

AEEE yönetimi sürecindeki oyuncuların teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliği taşıyıp taşımadığı, yukarıda verilen bilgilere göre irdelenmelidir. AEEE Yönetmeliği sistematüğinde üretici olarak adlandırılan teşebbüsler, rekabet hukuku literatürü ve uygulamasında daha geniş kapsamda ele alınmaktadır. Yukarıda dar anlamda üretici olarak ifade edilen ve bir ürünü (veya hizmeti) doğrudan üreten teşebbüsler, rekabet hukuku anlamında üretici olarak adlandırılmaktadır. Bunun dışında; yurt dışından ürün ithal eden ithalatçılar ile üretimi yurt içinde gerçekleştiren ürünleri bölge veya ülke çapında dağıtan münhasır olan veya olmayan distribütörler de AEEE Yönetmeliği kapsamındaki üretici tanımına dâhil olmaktadır. Böyle bir ayırım, AEEE yönetim sürecinde aynı isim altında adlandırılan oyuncuların rekabet hukuku yönünden aralarındaki dikey ilişkiyi göstermesi açısından dikkat çekicidir. AEEE Yönetmeliği'nin üretici olarak tanımladığı aktörlerin, ilgili AEEE pazarındaki ürünlerin üretim, dağıtım, satım ve ithalatı bakımından ekonomik faaliyetlerde bulunduğuna kuşku yoktur. Bununla beraber üreticilerin; bu faaliyetlerle, AEEE Yönetmeliği kapsamındaki atıkların işleme tesisine nakliye maliyeti ile geri dönüşüm, kazanım ve bertaraf maliyetlerini karşılama ve hedeflerin yakalanmasını sağlama yükümlülükleri arasında kâr elde etme amacı bakımından fark vardır. Her ne kadar AEEE Yönetmeliği'nde üreticilerin, AEEE Yönetmeliği'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerinde kâr amacı güdüp güdemeyeceğine dair açık bir hüküm bulunmasa da; AEEE Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (ş) bendi ile 22. maddesinin birinci fıkrası dikkate alındığında, yetkilendirilmiş kuruluş ve 17. maddede yer alan Koordinasyon Merkezi'ne ilişkin hüküm üzerinden yapılan yollama ile üreticilerin de bağımsız olarak<sup>29</sup> gösterdiği AEEE

<sup>27</sup> Metin Topçuoğlu, 2001b, s. 144, 145.

<sup>28</sup> 14.02.2013 tarih ve 13-10/152-75 sayılı Kurul Kararı; ayrıca bkz. 16.12.2010 tarih ve 10-78/1616-620 sayılı Kurul Kararı.

<sup>29</sup> Burada bağımsız ifadesinden maksat, ekonomik bağımsızlık değildir. AEEE Yönetmeliği kapsamında, yetkilendirilmiş kuruluş organizasyonunda yer almadan

yönetim faaliyetleri bakımından kâr amacı güdemeyeceği sonucuna varılmalıdır.

Bu bilgilere göre; üreticilerin kâr amacı güttükleri faaliyetler ile gütmelerinin mevzuat tarafından yasaklandığı faaliyetlerin rekabet hukuku bağlamında nitelikleri tespit edilecek olursa, her iki durumda da teşebbüs sıfatını taşıdıklarına şüphe yoktur. Zira kâr amacı güdüp gütmemek teşebbüs niteliğinin belirleyici unsuru değildir. Ayrıca atık yönetimi hizmetinin kamu hizmeti niteliğinde olması, söz konusu hizmetin teşebbüs kavramı bağlamında ekonomik değer taşıdığı gerçeğini değiştirmemektedir.

AEEE yönetiminde, üreticilerden başka teşebbüs niteliğinin irdelemesi gereken bir diğer kavram ise dağıtıcı kavramıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, AEEE yönetimi özelinde dağıtıcı kavramı; rekabet hukukundaki distribütörlerin yanı sıra, alt pazarda faaliyet gösteren satış ve servis bayilerini, ürünlerin son kullanıcıya arz edildiği süpermarket, tekno-market ve sair mağaza gibi perakende satış noktalarını ifade etmektedir. Dahası, AEEE Yönetmeliği'nde yer alan dağıtıcı tanımı kapsamına ve 10. maddedeki dağıtıcı yükümlülüklerine bakıldığında; mesafeli satış sözleşmesiyle satış ve eve teslimat yapan, bir başka deyişle çevrimiçi platformlar aracılığıyla ürün satışı gerçekleştiren perakende mağazaların da dağıtıcı kavramına dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Üretici kavramında olduğu gibi, dağıtıcı kavramı da rekabet hukuku perspektifinden kendi içinde dikey ilişki ihtiva eden bir kapsama sahip bulunmaktadır. Üreticiler açısından olduğu gibi, dağıtıcılar açısından da kâr amacı güdüp güdülmemesi yönünden açık bir hüküm bulunmaması karşısında, kavrama dâhil olan teşebbüslerin atık yönetiminin kamu hizmeti niteliğinden kaynaklı olarak kâr amacı güderek faaliyet gösteremeyeceği düşünülmektedir. Yine de bu unsur teşebbüs niteliği yönünden belirleyici nitelikte olmadığından, dağıtıcılar da kavrama dâhil olan tüm tacirler bakımından teşebbüs niteliğindedir.

Yetkilendirilmiş kuruluşlar, üreticilerin AEEE yönetimine ilişkin yükümlülüklerini ortak bir çatı altında yerine getirdiği organizasyonları ifade etmektedir. Dolayısıyla yetkilendirilmiş kuruluşların, üreticilerin oluşturduğu bir üst organizasyon olduğu görülmektedir.

Rekabet hukukunda, çeşitli amaçlarla bir araya gelen teşebbüslerin oluşturduğu yapılanmalar, tüzel kişiliği haiz olup olmadığına bakılmaksızın teşebbüs birliği niteliği taşımaktadır. Yetkilendirilmiş kuruluşların da üreticilerin AEEE mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla bir araya gelerek oluşturduğu bir organizasyon olduğu dikkate alınrsa, teşebbüs birliği niteliği taşıdıkları söylenebilecektir.

Son olarak rekabet hukukundaki karşılığı irdelenmesi gereken kavram ise Koordinasyon Merkezi kavramıdır. Görev tanımı itibarıyla, AEEE sektöründeki kayıtlı tüm üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların bir araya gelerek oluşturdukları tek bir organizasyon olan Koordinasyon Merkezi'nin de teşebbüs birliği niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir. Zira burada Koordinasyon Merkezi'nin tüzel kişilik taşıyıp taşımadığına bakmaya gerek olmaksızın, yine AEEE mevzuatından kaynaklanan birtakım yükümlülüklerin ifası amacıyla üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından oluşturulmuş bir yapı söz konusu olmaktadır. Bundan başka; AEEE Yönetmeliği'nin 22. maddesinin 3. fıkrasında "Üretici, yetkilendirilmiş kuruluş ve Koordinasyon Merkezi tarafından yapılan bildirim kayıt ve belgelendirmelerin doğru olmadığına tespit edilmesi halinde, 25 inci maddeye göre işlem yapılır. Koordinasyon Merkezi 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı faaliyetlerde bulunamaz" denilerek, bir teşebbüs birliği olan Koordinasyon Merkezi bünyesinde bir araya gelen teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunma ihtimaline de değinilmiştir. Konuyla ilgili değerlendirmelere, çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

## B. AEEE Yönetiminde İlgili Pazarlar

AB Komisyonu'nun Topluluk Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması Hakkında Tebliği'nde<sup>30</sup> yer verilen tanımlara paralel olarak, 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ("1997/1 sayılı Tebliğ") ile İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da ("İlgili Pazar Kılavuzu") yer alan

<sup>30</sup> Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.1997).



pazar tanımları ürün ve coğrafi pazar olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre; somut bir olayda rekabet analizi yapılırken, ilgili ürün ve coğrafi pazarın kesişim kümesi incelenmektedir.<sup>31</sup> Böylelikle rekabet koşullarının hangi uzayda gerçekleştiği ve teşebbüsler arası rekabetin sınırlarının ne olduğu tespit edilir.

AEEE yönetiminde, teknik bakımdan birçok kategoriye ve mevzuat bakımından birçok bölgeye ayrılan bir süreç söz konusudur. Dolayısıyla her bir ürün ve coğrafi pazarın, İlgili Pazar Kılavuzu'ndaki parametrelerden başka, kategorik ve yasal sınırlar çizilerek belirlenmesi gerekmektedir.

### B. I. İlgili Ürün Pazarı

İlgili Pazar Kılavuzu'nda ilgili ürün pazarının tespiti için 1997/1 sayılı Tebliğ'e atıfla; tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazarın dikkate alınacağı; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurların da değerlendirileceği ifade edilmektedir. Talep ve arz ikameleri bakımından elektrikli ve elektronik eşyalara ilişkin pazarlar ve alt kırılımları değişiklik gösterebilecekse de atık toplama sektörü bakımından mevzuatta belirlenen kategorilerin yol gösterici olacağı söylenebilir. Dolayısıyla öncelikle, üreticilerin altı kategoride toplama yükümlülüğünün ve on kategoride geri dönüşüm ve geri kazanım hedefinin bulunduğunu göz önüne almak gerekir. Keza üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların, topladıkları AEEEleri Koordinasyon Merkezi'ne bildirme yükümlülüğü; Koordinasyon Merkezi'nin ise toplanan AEEElerin üreticilerin pazar payları oranında paylaşılmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda Koordinasyon Merkezi çatısı altında oluşabilecek rakip teşebbüsler arası pazar paylarına ilişkin bilgi değişimi riski bakımından ilgili ürün pazarını mevzuat ile belirlenen kategorilere göre değerlendirmek gerekebilecektir. Aşağıda da bahsedileceği üzere, Kurul TÜBİSAD kararında<sup>32</sup> pazarı her ne kadar "AEEE toplama pazarı" olarak değerlendirirse de;

<sup>31</sup> Bununla beraber Rekabet Kurulu birçok kararında, ilgili pazar tespitinin inceleme sonucunu değiştirmeyecek olması nedeniyle pazar tanımına gerek olmadığını ifade etmiştir.

<sup>32</sup> 09.082017 tarih ve 17-26/394-173 sayılı Kurul Kararı.

Bilişim Sanayicileri Derneği'nin ("TÜBİSAD") AEEE Yönetmeliği'nde 3. ve 4. kategori olarak belirlenen evsel AEEElerin toplanması, geri dönüşümü ve geri kazanımı bakımından faaliyet gösterdiği belirterek, ilgili ürün pazarı başlığı altında kategorilere atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla somut olayın şartlarına göre, kategorik olarak belirlenen ürünlerin bir ürün pazarı oluşturabilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Bununla beraber; sektörün hangi aşamasında ve hangi faaliyetine yönelik bir ekonomik değer söz konusuysa, ürün pazarının bu sınırlar göz önünde bulundurularak belirtilmesinde fayda bulunacağından, atık toplama sektörü için her zaman genel bir pazar tanımı yapmak mümkün olmayabilir. Zira örneğin AEEE Yönetmeliği'nde yer alan kategorik ürünlerin toplanması, nakliyesi, işlenmesi ve imhası açısından teknik sebeplerle birtakım istisnalar söz konusu olabilecektir. Bu örneğe göre; AEEE Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca, AEEE Yönetmeliği Ek-2'de yer alan istisnai ürünlerin, taşıma lisansına sahip her araç bakımından nakliyesi veya toplanması mümkün olmayabilir. Bu durumda bu lisansa sahip araç işletmecilerinin oluşturduğu daha niş bir pazardan söz etmek gerekebilir. Bu gibi hallerde, sektörün hangi aşamasında bulunduğu ve hangi faaliyetin söz konusu olduğu hususlarına yönelik bir değerlendirmeden yola çıkmak, ilgili ürün pazarının tanımlanması için yol gösterici olacaktır.

Bunun dışında; atık yönetim süreci faaliyetinde herhangi bir ayrık özelliğe arz etmeyen bir faaliyet söz konusu ise, ilgili ürün pazarı alt kırılımlara ayrılmadan daha geniş yorumlanabilecektir. Konu ile ilgili olarak, Kurul TÜBİSAD kararında; bilgi teknolojileri, telekomünikasyon ve yeni medya alanlarında faaliyet gösteren şirketlerden müteşekkil bir dernek olan TÜBİSAD tarafından, üreticilerin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleri amacıyla kurulan TÜBİSAD İktisadi İşletmesi'ne katılımı için hazırlanan üyelik sözleşmesine menfi tespit verilmesi/ muafiyet tanınması talebini değerlendirirken, ilgili ürün pazarını "AEEE toplama pazarı" olarak ele almıştır. Görüldüğü üzere, Kurul TÜBİSAD üyesi teşebbüslerin üreticiliği üstlendikleri kategoriler bakımından bir ayırım gözetmemiş, atık yönetiminin toplama aşamasını ilgilendiren bir faaliyetin söz konusu olması sebebiyle ilgili ürün pazarını daha geniş yorumlamıştır.

Yetkilendirilmiş kuruluş çatısı altında rakip üreticilerin bir araya geldiği oluşumlar için hazırlanan üyelik sözleşmelerine menfi tespit verilmesi/ muafiyet tanınması amacıyla Rekabet Kurumu'na ("Kurum") yapılan başvuruların incelendiği *ELELAY*<sup>33</sup> ve *ELDAY*<sup>34</sup> kararlarında ise, Kurul herhangi bir pazar tanımı yapmamıştır. Bununla birlikte her ne kadar elektrikli ve elektronik atık yönetimine ilişkin olmasa da; benzer bir atık yönetim sürecini ilgilendirdiğinden, Kurul'un *AKÜDER-I* kararı,<sup>35</sup> *ÇEVKO* kararı<sup>36</sup> ve *LASDER-I*<sup>37</sup> ve *LASDER-II*<sup>38</sup> kararlarına da atıfta bulunmak gerekir. Kurul, *AKÜDER-I* kararında, soruşturma konusu faaliyetlerin atık akülerin toplanması ve bunların işlenerek geri kazanılması olduğunu belirtmiştir. Kurul'a göre faaliyet alanları kendi içinde ayrı pazarlar olarak nitelenmesi mümkün ise de faaliyetlerin bütünlük bir sistemin farklı aşamaları olduğundan hareketle ilgili pazarı "atık akümülatör pazarı" olarak tanımlamıştır.<sup>39</sup> Atık ambalaj sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında verilen *ÇEVKO* kararı ise, ambalaj atık yönetim sisteminin bütünlük entegrasyonu içinde pazarın nasıl tespit edildiğini gösteren bir karardır. Kurul *ÇEVKO* kararında, ambalaj atıklarının toplanması ve geri dönüştürülmesi faaliyetinin üç aşamadan oluştuğunu; bunların ambalajların toplanması, toplanan ambalajların ayrıştırılması ve ayrıştırılan ambalajlardan elde edilen atıklardan yeni üretimin sağlanması amacıyla geri dönüşüm aşaması olduğunu belirtmiştir. Kurul'a göre, ambalajların geri dönüşümü hizmeti daha yüksek yatırım ve özel know-how gerektirmesi ve nitelik itibarıyla toplama ve ayrıştırma faaliyetlerinden farklılık arz ettiği için ayrı bir pazar teşkil etmektedir. Aynı kararda yer verilen bir diğer pazar tanımı ise "yetkilendirilmiş kuruluş hizmetleri pazarı"dır. Buna göre bütünlük faaliyetlerden bir kısmının ayrı bir pazar olarak nitelendirilmesi gereken hallerde, yetkilendirilmiş kuruluş tarafından mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla yürütülen faaliyetler ortak bir çatı altında "yetkilendirilmiş kuru-

<sup>33</sup> 11.07.2013 tarih ve 13-44/554-248 sayılı Kurul Kararı.

<sup>34</sup> 28.07.2015 tarih ve 15-32/462-144 sayılı Kurul Kararı.

<sup>35</sup> 20.05.2008 tarih ve 08-34/456-161 sayılı Kurul Kararı.

<sup>36</sup> 11.11.2009 tarih ve 09-54/1298-329 sayılı Kurul Kararı.

<sup>37</sup> 27.10.2010 tarih ve 10-67/1422-538 sayılı Kurul Kararı.

<sup>38</sup> 27.04.2017 tarih ve 17-14/196-82 sayılı Kurul Kararı.

<sup>39</sup> Kurul aynı kararda, atık akülerin işlenmesi ile elde edilen kurşunun akü üretiminin ana girdisi olması sebebiyle akü pazarını etkilenen pazar olarak tanımlamıştır.

luş hizmetleri pazarı” olarak adlandırılmıştır. AEEE atık yönetimine ilişkin halihazırda verilmiş bir ihlal kararı olmamakla beraber, ileride herhangi bir rekabet ihlali iddiası gündeme geldiğinde, atık yönetim sisteminin aşamaları dikkate alınarak, hakkında inceleme yapılan yetkilendirilmiş kuruluşlar (teşebbüs birlikleri) yönünden bu yönde bir pazar tespiti söz konusu olabilecektir. *LASDER-I* ve *LASDER-II* kararlarında ise; ömrünü tamamlamış lastik (ÖTL) yönetim sistemi dahilinde, ÖTL'nin toplanması, geri dönüşümü ve geri kazanımı faaliyetlerinin söz konusu olduğu, bu sebeple ilgili pazarın “ÖTL yönetim sistemleri” olarak tanımlanabileceği ifade edilmiştir.

Bundan başka; yetkilendirilmiş kuruluşların anlaşmalı oldukları lisanslı firmalar aracılığıyla geri dönüşümün ve geri kazanımın sağlanması noktasında, atık yönetimine ilişkin iki aşama daha gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, nakliye aşamasıdır. Üreticilerin ve yetkilendirilmiş kuruluşların asıl yükümlülüklerinden biri olarak, evsel AEEElerin toplama merkezlerinden alınıp İşleme tesislerine götürülmesi için bir pazar tanımı yapmak gündeme gelebilecektir. Kurul'un *TÜBİSAD* kararındaki gibi bir nitelendirme dikkate alınarak, bu tür bir pazarın “AEEE nakliye/toplama pazarı” şeklinde geniş olarak tanımlanması mümkündür. Pek tabii ki taşınacak AEEElerin, teknik ve kimyasal özelliklerinden dolayı her AEEE için geçerli olmayacak bir taşıma aracı ile nakliyesinin söz konusu olması halinde, ilgili ürün pazarının daha dar tanımlanması da mümkün olacaktır.

Sonuç olarak; somut olayın AEEE atık yönetim sistemindeki hangi aşamaya denk geldiği ve hangi faaliyetleri özel olarak ilgilendirdiği, buna ilaveten faaliyetlerin sistem entegrasyonu içinde niteliği itibarıyla özel ya da genel karakterde olup olmadığı dikkate alınarak ilgili pazar tespiti yapılması gerektiği söylenebilecektir.

## B. II. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili ürün pazarı için söz konusu olduğu gibi, ilgili coğrafi pazar tanımı açısından da 1997/1 sayılı Tebliğ'e atıfla İlgili Pazar Kılavuzu'nun dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre ilgili coğrafi pazar; “teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler” şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda verilen ilgili ürün pazarını doğrudan ilgilendirdiği için, coğrafi pazar tespitinde ürün pazarına ilişkin bulgulara bağlı kalmak gerekir. Bir diğer deyişle, tespit edilen ilgili ürünün (veya hizmetin) hangi coğrafi alanda, komşu alanlardan homojen olarak ayrıştığı tespit edilmesi gerekir. Burada nitelenen ürün pazarına göre coğrafi pazar da değişeceğinden, hangi ürün/hizmet pazarları bakımından hangi bölgenin coğrafi pazar teşkil ettiği anlaşılabilir. Buna göre, Kurul ÇEVKO kararında; “yetkilendirilmiş kuruluş hizmetleri pazarı”ndaki faaliyetlerin ülke çapında gerçekleştirildiği, bunun yetkilendirilmiş kuruluşun mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlülük bakımından bölge ayrımının önem arz etmediğinden hareketle ilgili coğrafi pazarı “Türkiye” olarak tespit etmiştir. Zira çeşitli atık toplama sektörlerine ilişkin yukarıda verilen kararlarda, ilgili coğrafi pazarın aynı gerekçeyle “Türkiye” olarak tespit edildiği anlaşılmaktadır.

Bunun dışında ÇEVKO kararında, sistemin bütünleşik faaliyetleri arasında niteliği, yüksek yatırım ve özel know-how gerektirmeyen, bu sebeple de aynı ürün pazarında yer alan “ambalaj atıklarının toplanması ve ayrıştırılması hizmetleri pazarı” açısından, İzmir Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde gerçekleşen faaliyetler masaya yatırıldığından ilgili coğrafi pazar “İzmir ili” olarak tanımlanmıştır. AEEE yönetimi bakımından da aynı bölgesel pazar tanımlamasının yapılması mümkündür. Zira sistemin işleyişinde, belediyelerce kurulan AGMler önemli bir toplama kanalı teşkil ettiğinden, ilgili ürün pazarının faaliyetlerine uygun düştüğü ölçüde, ilgili belediyenin 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 5. ve devamı maddelerince tespit olunacak belediye sınırlarına göre bir pazar tanımı mümkün olacaktır.

Üretici veya yetkilendirilmiş kuruluşların nakliye odaklı faaliyetleri bakımından ilgili coğrafi pazarın tespitinde, nakliye hizmetlerinin hangi bölge kapsamında, hangi konumdaki işleme tesisleri ile bağlantılı olarak gerçekleştiğinin ortaya konması gerekir. Buna göre; her ne kadar “AEEE toplama faaliyetleri” ülke çapında gerçekleşse de üreticiler veya yetkilendirilmiş kuruluşlar, atıkların nakliyesini münhasırlık anlaşması marifetiyle bölgesel olarak sağlıyor olabilirler. Dolayısıyla üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar ile nakliye faaliyetiyle iştigal eden teşebbüsler arasındaki anlaşmanın hangi bölgeleri kapsadığı, atıkların hangi AGM ve/veya toplama merkezlerinden hangi aktarma merkez-

lerine ve/veya İşleme tesislerine ulaştırıldığı noktasında belediye sınırları ile bağlı kalınmayacak, nakliye faaliyetlerine daha bölgesel yaklaşılacaktır. Bu bağlamda ilgili coğrafi pazarın, durumun özelliğine göre örneğin “Ege Bölgesi” ya da “Sivas, Kayseri, Malatya, Kahramanmaraş illeri” olarak belirlenebilmesi de mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak; mevzuatta öngörülen yükümlülüklerin, ülke genelindeki faaliyetleri ilgilendirmesinden dolayı coğrafi pazar genellikle “Türkiye” olmaktadır. Ancak bu yükümlülüklerin, yine mevzuatta öngörülen yerel yönetim birimlerinin katılımı ile yerine getirilmesi söz konusu olan faaliyetler bakımından, coğrafi pazar tespitinde idari sınırların iktisadi değerlendirmenin önüne geçmesi söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, sistem içindeki faaliyetlerin belediye gibi mevzuatta öngörülen özel bir idari bölgeyi doğrudan ilgilendirmediği durumlarda, iktisadi bir değerlendirme ile coğrafi pazar tespiti yapılabilecektir.

### III. AEEE Yönetiminde Rekabet Hukukuna Konu Olabilecek Uygulamalar

Kural olarak, sektörlerle ilgili kanunlar ve düzenleyici idari kurum ve kuruluşlar tarafından çıkarılan regülasyonlarda rekabet mevzuatına özel bir atfa gerek olmaksızın, teşebbüslerin RKHK kapsamında sorumluluğu mevcuttur. Bu sebeple, AEEE yönetimi her ne kadar mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerle bağlansa da süreç aktörlerinin RKHK kapsamında her zaman sorumluluğu doğabilecektir. Buna rağmen, AEEE Yönetmeliği'nin 22. maddesinin son fıkrasında, kurulacak Koordinasyon Merkezi bünyesindeki faaliyetlerden dolayı RKHK'ya aykırı faaliyetlerde bulunamayacağı ifade edilerek, rekabetin tesisi özel bir güvence altına alınmıştır.

Koordinasyon Merkezi nedeniyle ve süreç boyunca gündeme gelebilecek ilk rekabet riski rakipler arası bilgi değişimlerinde kendini göstermektedir. AEEE Yönetmeliği'nde yer alan yükümlülükler, doğrudan olmasa bile, rakip teşebbüsler arasında ve teşebbüs birliği olan yetkilendirilmiş kuruluş ortak çatısı altında dolaylı olarak rekabete duyarlı bilgi paylaşımı riskini doğurmaktadır. Etkin maliyet yönetimi, çevrenin korunması ve gelişmesi gibi amaçlarla rakipler arasında ortak girişim anlaşmalarının, yetkilendirilmiş kuruluşa üyelik anlaş-

malarının ve yetkilendirilmiş kuruluş adıyla nakliye şirketleriyle münhasır dağıtım anlaşmalarının yapılması da söz konusu olabilecektir.

Bu bağlamda ana hatlarıyla irdelemek gerekirse, atık yönetiminde ortaya çıkacak sorunların teşebbüsler arası bilgi değişimi, anlaşmalar, üyelik sözleşmeleri ve münhasırlık anlaşmaları olarak ele alınabileceği değerlendirilmektedir.

## **A. Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Anlaşmalar, Münhasırlık Uygulamaları, Üyelik Sözleşmeleri ve Muafiyetler**

### **A. I. Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi**

Rekabete duyarlı bilgi değişimi, son dönemde rekabet otoritelerinin merceğine daha sık takılmaktadır. Ülkemiz hukukunda rekabeti sınırlama amacı güden bilgi değişimlerinin etki analizine gerek kalmaksızın ihlal niteliği taşıdığı; böyle bir amacı taşımayan bilgi değişimlerinin ise, somut olay özelinde etki analizi yapılarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>40</sup> AB Komisyonu'nun Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin ABİDA 101. Maddesinin Uygulanabilirliği Hakkında Kılavuz'dan<sup>41</sup> ("AB Yatay İşbirliği Kılavuzu") esinlenilerek iç hukukumuzda alınan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da ("Yatay İşbirliği Kılavuzu"), bilgi değişimi çerçeve anlaşma kapsamında gerçekleşen bilgi paylaşımları ve tek başına gerçekleştirilen bilgi paylaşımları olarak ikili bir ayrımına tabi tutulmuştur.

Teşebbüsler arası bilgi paylaşımı riski açısından değinilmesi gereken husus; AEEE Yönetmeliği kapsamında, üretici ve üreticilerden müteşekkil yetkilendirilmiş kuruluşların topladıkları AEEEler ile ilgili olarak Koordinasyon Merkezi'ne bildirimde bulunmakla yükümlü tutulmasıdır. Koordinasyon Merkezi, AEEE Yönetmeliği'nin 22. maddesi uyarınca; ülke sathında yetkilendirilmiş kuruluşlar ile yetkilendirilmiş kuruluşlar bünyesine dahil olmayan üreticilerin oluşturduğu, teşebbüs birliği niteliğinde bir üst federasyon yapısına sahiptir. Mevzuattan kay-

<sup>40</sup> Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2017, s. 405.

<sup>41</sup> Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements OJ C 11, 14.1.2011.

naklanan bir yükümlülük olarak Koordinasyon Merkezi, üreticilerin pazar paylarına göre toplanan AEEElerin paylaşılmasını sağlamakla görevlendirilmiştir. Bu doğrultuda rakip üreticiler arasında pazar paylarının öğrenilmesi açısından şeffaflık riski bulunmaktadır. Ancak Koordinasyon Merkezi'nin yapısı gereği, pazar payları dışındaki hususlarda da rekabete hassas bilgi değişimi mümkündür. Lakin bu riskin yalnızca Koordinasyon Merkezi ile sınırlı olduğu düşünülmemeli, yetkilendirilmiş kuruluşların da teşebbüs birliği sıfatını haiz oldukları, hatta üyelik sözleşmelerine menfi tespit/muafiyet tanınması amacıyla Kurum'a başvurdukları göz önünde bulundurulmalıdır. Burada olası bir bilgi paylaşımı halinde, söz konusu bilginin niteliğinin rekabeti kısıtlama amacı mı taşıdığı yoksa rekabeti kısıtlayıcı etki yaratıp yaratmayacağı dikkate alınmalıdır. Fiyata etki eden kâr, maliyet gibi unsurlara ilişkin bilgi değişiminin sakıncalı olabileceğini belirtmek gerekir.<sup>42</sup> Örneğin üretici teşebbüslerin pazar payına göre üstlenecekleri finansman giderlerinin şeffaflığı, üretim konusu ürünlerin maliyet kalemi bakımından fiyatı dolaylı etkileyen bir unsur olarak değerlendirilebilecektir. Bu gibi durumlarda, örneğin Koordinasyon Merkezi veya yetkilendirilmiş kuruluş bünyesinde sekreterlik işlerini yöneten bir birimin, mevzuat kapsamında kendisine iletilen ancak rekabete hassas bilgi paylaşımı sonucunu doğurabilecek her tür bilginin suiistimalini, ilgili teşebbüsleri anonimleştirmek suretiyle engellemesi mümkündür. Lakin böyle bir birimin, rakip teşebbüsler arasında dolaylı bilgi değişimi için köprü görevi gördüğü hallerde *hub and spoke* bilgi değişimi de söz konusu olabilecek ve doğrudan bilgi paylaşımı gibi değerlendirilerek rakiplere ve araçlara yaptırım uygulanabilecektir.

## A. II. Anlaşmalar ve Muafiyetler

Bilgi değişimi kapsamında değerlendirilmeyen veya çerçeve bir anlaşma bünyesinde gerçekleşen bilgi değişimleri, teşebbüsler arası anlaşma kavramını gündeme getirecektir. Bu bağlamda; AEEE yönetiminde üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların, mevzuattan kaynakla-

<sup>42</sup> Rekabet Kurulu'nun sigorta şirketleri hakkında yürüttüğü bir soruşturmada, fiyatı dolaylı olarak etkileyen unsurlar ile indirim, oran, ortak muhasebe teknikleri, hedef taban ve tavan fiyat uygulamaları yasak bilgi değişimlerinin kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir (bkz. 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı Kurul Kararı).



nan toplama, geri dönüşüm ve geri kazanım yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla ortak olarak ve/veya bu alanlarda faaliyet gösteren teşebbüslerle yaptıkları anlaşmalar, her ne kadar çevresel bir anlaşma niteliğinde de olsa rekabet mevzuatına tabi olacaktır.<sup>43</sup> Örneğin üreticilerin ortak olarak aktarma merkezi kurmak için ortak girişim anlaşması yapması halinde RKHK 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet şartları irdelenecektir. Bir diğer örnek olarak, AEEElerin toplanması veya geri dönüşümü amacıyla 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (“Dikey Grup Muafiyeti”) ile bu kapsama girmeyen anlaşma ve uygulamalar bakımından RKHK 5. maddesinde yer alan bireysel muafiyet şartlarına uygunluk incelemesi yapmak gerekebilir. Örneğin maliyet etkinliği açısından yapılacak ve alıcı ya da sağlayıcı konumundaki teşebbüsün gücüne göre münhasırlık içeren taşıma anlaşmaları, rekabet etmeme ya da tek alıcıya sağlama yükümlülüğü bakımından gerekli %40 pazar payını aşmaması durumunda Dikey Grup Muafiyeti’nden yararlanabilecektir. Ancak, taşınacak AE-EElerin muhteviyat ve niteliği itibarıyla lisanslı taşımacılar arasında daha özel bir taşıma yetkinliği gerekiyorsa ve bu durum kendi içinde daha niş bir pazar teşkil ediyorsa, pazar daha da küçüleceğinden, Dikey Grup Muafiyeti’nde öngörülen %40’lık pazar payının aşılması daha mümkün hale gelebilecektir. Bu durumda RKHK 5. madde kapsamında bireysel muafiyet şartlarına uygunluk incelemesi yapmak gerekecektir. Ülkemizde Kurul’un içtihatları bakımından atık toplama sektörlerinde menfi tespit ve muafiyet incelemeleri, genel olarak yetkilendirilmiş kuruluş ve derneklerin üyelik sözleşmeleri ya da tüzükleri kapsamında gerçekleştirilmiş olduğundan, örnek olarak sayılan ortak girişim anlaşması ve dikey anlaşmalar yönünden mehz AB rekabet hukuku içtihatları yol gösterici olacaktır. Buna göre, çevresel anlaşmalar kapsamında yapılacak muafiyet incelemelerinde, elde edilecek çevresel faydanın “ekonomik veya teknik bir gelişme” sayıldığı ifade edilmiştir.<sup>44</sup> AB Komisyonu bu kapsamda sadece ekonomik etkinliği değil, aynı zamanda bireysel muafiyet için öngörülen etkinlik kazanımlarını genişletecek şekilde sürdürülebilirliği de dikkate almaktadır. Ayrıca tüketiciler nezdinde birim ürünün satış fiyatını artıracak anlaşmaların, topluma daha yüksek bir çevresel fayda sağlaması halinde

<sup>43</sup> Evrim Özgül Kazak, age, s.64.

<sup>44</sup> Case IV.F.1/36.718, CECECED, prg. 55-57.

bu anlaşmalara muafiyet tanınabilmektedir.<sup>45</sup> Bu anlamda AB Yatay İşbirliği Kılavuzu'nda, çevresel amaçların gelişiminin rekabet hukuku ile sağlanmasının çalışıldığı; çevresel baskının azaltıldığı anlaşmalar bakımından çevresel gelişime yapılan toplam net katkının, artan maliyetleri aştığı müddetçe bu anlaşmalara muafiyet tanınacağı ifade edilmiştir.<sup>46</sup> Bu yönüyle ilgili anlaşmalar, toplumsal faydayı bireysel fayda önüne koyarak, "tüketicinin söz konusu anlaşma(lar)dan adil bir pay elde etmesi" koşulunu da sağlamaktadır.<sup>47</sup> Örneğin mevzuattan kaynaklanan toplama yükümlülüğünün ifası amacıyla, toplama şirketleriyle ortak anlaşma yapan üreticiler bakımından bu anlaşmalar; üreticilerin yükümlülüklerini yerine getirirken tek başlarına katlanacakları maliyete göre toplu bir anlaşmanın maliyetleri düşürmesi, bunun da tüketiciler nezdinde müspet sonuç doğuracağı, dolayısıyla tüketicilerin bu anlaşmalardan adil bir pay aldığı değerlendirilmiştir.<sup>48</sup>

### A. III. Münhasırlık Anlaşmaları ve Muafiyetler

AEEE yönetim sistemi içinde, toplama ve geri kazanım/geri dönüşüm şirketleriyle yapılacak anlaşmaların münhasırlık içermesi bireysel muafiyet incelemesini gerektirebilecek bir diğer durumdur. Örneğin yetkilendirilmiş bir kuruluşun, yetkilendirilmiş kuruluş hizmetleri pazarındaki gücü dikkate alınarak, toplayıcılar lehine münhasır bir anlaşma yapması halinde, Dikey Grup Muafiyeti'ndeki şartları karşılamıyorsa, AEEE toplama hizmetleri pazarında rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği ihtimali gündeme gelmektedir.<sup>49</sup> Böyle bir durumda, Kurul'un *LASDER-I* ve *LASDER-II* kararları ile AB uygulamasından hareketle, muafiyetten faydalanılması için; münhasırlık anlaşmalarının, RKHK 5. maddesinin (d) bendi kapsamında, bu anlaşmaların uygulanmasıyla elde edilecek ekonomik fayda bakımından zorunlu olması gerektiği söylenebilir. Ayrıca bu anlaşmaların; lehine münhasırlık sağlanan toplayıcı teşebbüs bakımından yatırımların karşılanması ve diğer rakip teşebbüsler bakımından ise, sonraki anlaşma

<sup>45</sup> Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 92.

<sup>46</sup> Communication from the Commission, 2011, prg. 179.

<sup>47</sup> Eugène Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, Kluwer Law International, 2009, s.133.

<sup>48</sup> Case COMP D3/34493 – DSD, prg. 148, 149.

<sup>49</sup> Evrim Özgül Kazak, age, s. 69.

dönemine kadar ayakta kalabilme imkânı tanıyacak makul bir münhasırlık süresi içermesi gerektiği kabul edilebilir. *LASDER-I* kararında bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir. Lakin buradaki beş yıllık sürenin bağlayıcı olarak dikkate alınmaması, referans niteliğinde değerlendirilmesi gerekir. AEEE yönetimi bakımından ilgili pazarın dinamikleri ve teşebbüslerin gücüne bakılarak Kurul tarafından farklı bir sürenin de öngörülebileceğini kabul etmek gerekir. Son olarak, teşebbüsler arası fırsat eşitliği sağlamak adına münhasırlığın ihale ile verilmesinin rekabet açısından daha verimli bir sonuç doğuracağı dikkate alınmalıdır.<sup>50</sup>

#### A. IV. Üyelik Sözleşmeleri ve Muafiyetler

Son olarak, AEEE yönetiminde yetkilendirilmiş kuruluş üyelik sözleşmelerini değerlendirmek gerekmektedir. Kurul *ELDAY*, *ELELAY*, *TÜBİSAD* kararlarında üyelik sözleşmelerinin, *AKÜDER-II* kararında<sup>51</sup> ise dernek tüzüğü değişikliğinin muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirirken; atık toplama faaliyetlerinin teşebbüs birliği bünyesinde gerçekleştiğini ifade etmekle beraber, üyelik sözleşmelerinin teşebbüs birliği kararı olup olmadığına dair herhangi bir nitelendirme yapmamıştır. Lakin üyelik sözleşmesinin rakip konumdaki teşebbüsler arasında yatay bir ilişki doğuracağı ifade edilmiş, bu sebeple ilgili sözleşmelere menfi tespit belgesi verilmemiştir. Özellikle *ELDAY*, *ELELAY* ve *TÜBİSAD* kararlarına bakıldığında, üyelik sözleşmelerinin genel olarak; üyelerin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede kolaylık sağlayacağı, bunun tek elden sağlanmasına imkân tanındığı, dolayısıyla AEEElerin ekonomik ve güvenlik anlamında tek elden hızlı toplanması, maliyet etkinliği yaratması, geri dönüşüm pazarına yeni girişlere imkân sağlaması sebebiyle bireysel muafiyetin ilk şartını yerine getirdiği görülmektedir. Öte yandan atıkların ekonomiye geri kazandırılması, çevre kirliliğinin önlenmesi, tüketiciye yansıtılacak maliyetlerin azalmasına imkân tanınması sebebiyle üyelik sözleşmelerinin tüketici yararı koşulunu karşılamaktadır. Kolektif sistemlere üyelik açısından alternatiflerin bulunmasının ve ayrıca üyelik sözleşmelerinin ayrımcı koşullar içermemek suretiyle pazara giriş en-

<sup>50</sup> 27.10.2010 tarih ve 10-67/1422-538 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

<sup>51</sup> 13.06.2019 tarih ve 19-21/309-134 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

geli yaratmamasının, üyelik sözleşmelerinin ilgili piyasadaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmadığı değerlendirilmiştir. Son olarak üyelik sözleşmelerindeki münhasırlık hükmünün, yetkilendirilmiş kuruluşların yatırımlarını karşılayacak geri dönüşü elde etmesi ve bu kuruluşların bünyesindeki faaliyetlerin sürdürülebilir olması bakımından rekabeti gereğinden fazla sınırlamadığı kanaatine varılmıştır.

### Sonuç

AEEE Yönetmeliği çevre mevzuatına tabi bir düzenleme olduğundan, AEEE Yönetmeliği bakımından esas olan çevrenin korunmasıdır. Ancak çevre hukukunun söz konusu olduğu hallerde rekabet hukukunun göz ardı edilmesi düşünülemeyecektir. Şu halde AEEE Yönetmeliği ile belirlenen çevreci hedeflere rekabetçi bir pazar yapısı ile ulaşılmasının, rekabet hukukunun varoluş amacına uygun olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla AEEE yönetim sisteminde, üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken, yine de rekabet hukukuna tabi olduğu değerlendirilmiştir. Bu bağlamda sistem kapsamında faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin, kâr amacı gütmedikleri ve mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiklerine yönelik savları kabul edilmeyecektir. Nitekim ilgili pazarda ekonomik değer söz konusu olduğu her durum rekabet hukukunun odak noktasında olacaktır. AEEE yönetim süreci, gerek çok sayıda üretici içermesi gerekse üç aşamalı faaliyet yürütülmesi sebebiyle rekabetçi bir pazar yapısına açıktır. Sonuç olarak, AEEE yönetimine ilişkin her uygulama, rekabet hukuku kapsamında kalma ihtimaline sahiptir.

Genel olarak atık yönetim süreçleri, ana hatları itibarıyla mevzuatta benzer aşamalar içerir şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple; atık ambalaj sektörü, ÖTL sektörü, atık akü sektörü gibi atık yönetim sistemleri içeren alt endüstriler, AEEE yönetimi bakımından referans teşkil edebilecek uygulamalar içermektedir. Nitekim Kurul'un farklı atık yönetim sistemleri ile ilgili çeşitli kararlarına bakıldığında, iktisadi açıdan birbirine benzer tespitlerin yapıldığı görülmektedir. Buna karşın AEEE yönetiminde, idari birimlerin de koordineli olarak katılabilmesi sebebiyle ilgili coğrafi pazar tanımı gibi bir rekabet hukuku dinamiğinin, iktisadi bir ölçüde nazaran hukuki ölçütlere göre belirlendiği durumlar da söz konusudur.

Üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşların uygulamaları bakımından da diğer atık sektörleri ile ilgili Kurul içtihatlarından yararlanmak mümkündür. Ayrıca yapılacak değerlendirmeler bağlamında AB Komisyonu'nun dayandığı ölçütlere de başvurulabilecektir. Sektörlerdeki karar dağılımına bakıldığında, ağırlığın muafiyet başvurularında olduğu görülmektedir. Sonuç olarak AEEE yönetim sisteminde rekabet hukukunun en az çevre hukuku kadar bağlayıcı bir disiplin olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun için, yapılacak anlaşmalar ve gerçekleştirilecek uygulamalar bakımından Kurul ve AB Komisyonu içtihatlarıyla benimsenen prensiplere uygunluk değerlendirmesi yapılmasında üretici ve yetkilendirilmiş kuruluşlar bakımından fayda bulunmaktadır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aslan Yılmaz, Rekabet Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul 2017
- Buttigieg Eugène, Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest, Kluwer Law International, 2009
- Gijlstra D. J. ve Murphy D. F., Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, Deventer 1984
- Kazak Evrim Özgül, "Atık Yönetimi Piyasalarında Rekabet Politikası, Çevresel Anlaşma ve Düzenlemeler", Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2010, No. 104
- Monti Giorgio, EC Competition Law, Cambridge University Press, 2007
- Topçuoğlu Metin, "Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları", Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara 2001, No.7
- V. Bael Ivo ve Bellis François, Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990
- Whish Richard ve Bailey David, Competition Law, 7. baskı, Oxford University Press, Oxford 2012

### Makaleler

- 6 Perri, "European competition law and the non-profit sector", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 1992, C.3, S. 2
- Aydoğdu Murat, "Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL Armağanı*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir 2001
- Topçuoğlu Metin, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2001, C. 50, S. 4

### İçtihatlar

- European Court of Justice, Case T-99/04, AC- Treuhand v Commission [2008] ECR II-501, [2008] 5 CMLR 962
- European Court of Justice, Case C-41/90, Höfner and Elser v Macrotron GmbH [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306
- European Court of Justice, Cases C-180/98 etc, Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten [2000] ECR I-6451, [2001] 4 CMLR 30
- European Commission, Case IV.F.1/36.718 - CECEC
- European Commission, Case COMP D3/34493 - DSD
- Rekabet Kurulu, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 13.03.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 20.05.2008 tarih ve 08-34/456-161 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 11.11.2009 tarih ve 09-54/1298-329 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 27.10.2010 tarih ve 10-67/1422-538 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 16.12.2010 tarih ve 10-78/1616-620 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 14.02.2013 tarih ve 13-10/152-75 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 11.07.2013 tarih ve 13-44/554-248 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 28.07.2015 tarih ve 15-32/462-144 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 27.04.2017 tarih ve 17-14/196-82 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 09.08.2017 tarih ve 17-26/394-173 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 13.06.2019 tarih ve 19-21/309-134 sayılı kararı

### Mevzuat

- European Commission, "Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law", OJ C 372, 9.12.1997
- European Commission, "Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements", OJ C 11, 14.1.2011
- European Commission, "Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE) - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission relating to Article 9", 2003

### Diğer Kaynaklar

- OECD, "Environmental Regulation and Competition", Policy Roundtables 2006
- Sayman Rıfat Ünal ve Akpulat Onur; "Atık Elektrikli ve Elektronik Eşyaların Kontrolü Yönetmeliği Belediye Uygulama Rehberi", Bölgesel Çevre Merkezi (REC) Türkiye, Ankara 2016

# HUKUK BÜROLARINDA BİLGİ GÜVENLİĞİNİN ARTTIRILMASINDA MODEL ÖNERİLERİ

## MODEL SUGGESTIONS FOR INCREASING INFORMATION SECURITY IN LAW OFFICES

Berker KILIÇ\*  
Nursel YALÇIN\*\*  
Esra KILIÇ\*\*\*

**Özet:** Bu çalışmada hukuk bürolarında İnsan Kaynakları, Bilişim Teknolojileri ve İletişim özellikleri ile ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemleri (BGYS) kontrolleri arasındaki ilişkilerin incelenmesi sonucunda, Hukuk Bürolarında Bilgi Güvenliği düzeyleri, 0-100 arasında Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi Puanı (BGYSP) adı verilen bir değerlendirme puanına dönüştürülmüştür.

Elde edilen verilere dayalı olarak hukuk büroları için Güçlendirici Model ve Tamamlayıcı Model ismi verilen iki model önerisi geliştirilmiştir.

Güçlendirici Model, hukuk bürolarının ISO/IEC 27001 BGYS amaçları içerisinde yeterli oldukları alanlarda, Tamamlayıcı Model ise yetersiz oldukları alanlarda alınacak aksiyonlarla hukuk bürosunun BGYSP puanlarının artırılmasını önceliklemektedir.

**Ahahtar Kelimeler:** Bilgi Güvenliği, Hukuk Bürosu, ISO 27001

**Abstract:** In this study, as a result of examining the relationship between Human Resources, Information Technologies and Communication features and ISO/IEC 27001 Information Security Management Systems (ISMS) controls in law offices, Information Security levels in Law Offices are called Information Security Management System Points (ISMSP). It has been converted to evaluation score.

Based on the data obtained, two model proposals, namely Empowering Model and Complementary Model, were developed for law offices.

The Empowering Model prioritizes the increase of the ISMSP scores of the law firm with the actions to be taken in areas where the law offices are sufficient for the purposes of ISO/IEC 27001 ISMS, and the Complementary Model in the areas where they are insufficient.

**Keywords:** Information Security, Law Office, ISO 27001

\* Adli Bilişim Uzmanı, berker.kilic@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8751-8192

\*\* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi, nyalcin@gazi.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0393-6408

\*\*\* Bilişim Teknolojileri Öğretmeni, esracaya\_5281@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3009-9462, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.07.2020, Kabul Tarihi: 13.07.2020

## 1. GİRİŞ

Bilgi güvenliği, bilgi alanındaki nesnenin (bilginin kendisi ve bulunabileceği tüm ortamlar) korunması, toplanması, oluşturulması, işlenmesi, bilginin dağıtılması ve kullanılması ve ayrıca ortaya çıkan sosyal ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin geniş çaplı tehditlere karşı korunması olarak anlaşılır.

Günümüzde ticari işletmeler, kamu kurumları, her türde organizasyon kısaca kişisel verilerle çalışan bütün kuruluşlar, kritik bilgilerinin manipülasyonu ve  alınması gibi çeşitli i  ve dış güvenlik tehditlerine maruz kalmaktadır. Olası bir i  veya dış müdahaleye ek olarak, doğal felaketler veya bilgisayar kullanıcılarının kasıtsız hataları da sonuçları itibariyle birer tehdit olarak ele alınmaktadır.

Kuruluşlar, bilgi varlıklarını korumak ve büyük para kayıplarını önlemek için bilgi güvenliğine giderek daha fazla yatırım yapmaktadırlar.<sup>1</sup> Ancak güvenlik ihlallerinin de sayısı artmaya devam etmektedir.<sup>2</sup>  oğu kuruluş, teknik bilgi güvenliği önlemleri olarak sadece saldırı ve izinsiz giriş tespit sistemleri kullanmaktadır.<sup>3</sup> Ancak bazı kuruluşlar da, veri alıŐveriŐi yaparak, bilgiyi paylaŐarak ya da dış kaynak kullanımı ile diğer sistemlerle, insanlarla ve kuruluŐlarla etkileŐime girdikleri bir sistem içerisinde çalıŐıyor olabilirler.<sup>4</sup> Bu gibi durumlarda da, bilgilerin gereğinden fazla miktarda detay içerecek Şekilde paylaşılması durumu ortaya çıkararak, bilgilerin gizliliği ve özel verilerin bütünlüğünü bozabilir veya paylaşım güvenilmeyen   nc  taraflarla yapılmış olabilir.

Kişilerin kimliğini belirleyen kişisel verilerine ek olarak, kritik bilgilerinden birisi de kişilerin suç ve suça ilişkin hukuki bilgileridir. Hukuk alanında kişiyi vekaleten temsil eden avukatlar, kişinin bu kapsamdaki her türlü bilgisine sahiptirler. Bu temsil ile avukatın, kişinin

<sup>1</sup> HM Government, 2015 Information Security Breaches Survey, HM Raporu, Londra, İngiltere, 2015.

<sup>2</sup> PWC, Turnaround and Transformation in Cybersecurity, PWC Raporu, Londra, İngiltere, 2016.

<sup>3</sup> Ernst&Young, Into the Cloud, Out of the Fog: Ernst & Young' s 2011 Global Information Security Survey, Ernst&Young Raporu, Londra, İngiltere, 2011.

<sup>4</sup> Elda Paja, Fabiano Dalpiaz ve Paolo Giorgini, "Modelling and Reasoning About Security Requirements in Socio-Technical Systems", 24th International Conference on Advanced Information Systems Engineering (CAiSE), 2015, 855(1).



suçuna yahut mağduriyetine ilişkin sahip olduğu kişisel bilgilerini koruması önemlidir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), Avukatlık Kanunu ve ilgili diğer kanunlarının bu doğrultuda maddeleri mevcuttur. KVKK açısından avukat, müvekkilinin kişisel bilgilerini koruma yükümlülüğü bakımından veri sorumlusudur.

ISO/IEC 27002, ISO/IEC tarafından yayımlanan bir standarttır. ISO/IEC 27002, ISO/IEC 27K paketinin bir parçasıdır ve bilgi güvenliği gereksinimlerini içeren standarttır, ISO/IEC 27002 ise standardın uygulanmasına rehberlik eden uygulama kodudur.<sup>5</sup>

Bu çalışmada, “ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi Açısından Türkiye’ de Hukuk Bürolarında Bilgi Güvenliği Yönetimi” başlıklı yüksek lisans tezi<sup>6</sup> için hazırlanan ISO/IEC 27001 BGYS öz değerlendirme anketi kullanılmıştır. Öz değerlendirme anketi ile elde edilen bilgilerden hukuk bürolarının, İnsan Kaynakları, Bilişim Teknolojileri Ekipman (BTE) ve Bilişim Teknolojileri İletişim (BTİ) özellikleri ile ISO/IEC 27001 BGYS alt amaçları arasında bir ilişki olup olmadığı araştırılmış ve öz değerlendirme sonucu hukuk bürolarına özel bilgi güvenliği yeterliliklerine bağlı bir bilgi güvenliği modelinin optimum gereksinimleri ölçülmüştür.

Ankette ISO/IEC 27001 BGYS içerisinde yer alan 14 Amaç, 35 Alt Amaç ve 113 kontrol için 294 anket maddesi hazırlanmıştır.

Bilgi günümüzde değeri olan bir nesneye yani metaya dönüşmüştür. Bu nedenle, bilginin artık bir veri bütününden ziyade, alınabilir, satılabilir bir nesneye dönüşmüş olması bilgi güvenliği gereksinimini de artırmıştır.

Hukuk büroları açısından bakıldığında, müvekkillerine ait soruşturma yahut kovuşturmayaya dahil olan bilgiler yani bir dosya bütünü hem fiziksel hem de elektronik ortamda bir değerdir. Bu değer müvekkil açısından imaj ve itibar olarak değerlendirilebileceği gibi, avukat

<sup>5</sup> Malik Motii ve Elalami Semma, “Towards a New Approach to Pooling COBIT 5 and ITIL V3 with ISO IEC 27002 for Better Use of ITG in the Moroccan Parliament”, *IJCSI International Journal of Computer Science Issues*, 2017, 14(3), 49-58.

<sup>6</sup> Berker Kılıç, ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi Açısından Türkiye’ de Hukuk Bürolarında Bilgi Güvenliği Yönetimi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü, Adli Bilişim Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, Aralık-2019.

açısından da işlediği ve geliştirdiği ekonomik değeri olan anlamlı bir veri bütünüdür. Yani nesnel bir değeri vardır.

Hukuk bürolarının bilgi güvenliği gereksinimi, her ne kadar az sayıda çalışan ve ekipmana sahip yapılar olması nedeni ile kapsamlı ve maliyetli bir şekilde değerlendirmeye uygun olmasa da işlenen verilerin kritik önemi, iş sürekliliği gereksinimi ve iş kapasitesine bağlı iş verimliliği gereksinimleri açısından değerlendirildiğinde, yönetilmesi gereken bir seviyededir.

## 2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bilginin kullanımı ve paylaşılması, bilgiye sahip insanlar arasında iletişimi gerektirir. Günümüzde bilgi paylaşımını destekleyecek çok sayıda teknik araç vardır. Bunlar arasında, coğrafi olarak birbirlerinden ayrı olan insanlar arasındaki yüz yüze iletişimi taklit etmek için tasarlanmış farklı bilgi sistemleri ve sosyal medya araçları vardır. Ayrıca bilgi, tekrar kullanılabilir ve paylaşılabilir için bir taraftan da depolanmaktadır. Bilgiye bağlı riskleri tanımlamanın ve yönetmenin sistematik bir yolu, bilginin birleşik bir korunma düzeyi oluşturulmasına yardımcı olacaktır. Ancak araştırmalar bunun en azından yaygın olarak bulunmadığını göstermektedir.<sup>7</sup>

Bilginin aşağıdaki gibi birçok tanımı vardır:<sup>8</sup>

- Bilgi birisi hakkındadır veya bir şey onlar hakkında gerçeklerden oluşur.
- Girdi verilerinin bir programla işlenmesi yoluyla bir bilgisayardan çıktı olarak önemli veya faydalı bilgiler elde edilebilir.
- Bilgi, bir kuruluş için değerli olan ve dolayısıyla uygun şekilde korunması gereken diğer önemli ticari varlıklar gibi bir varlıktır.
- Bilgi birçok biçimde olabilir. Kâğıda basılabilir veya yazılabilir, elektronik olarak saklanabilir, posta yoluyla iletilebilir veya elekt-

<sup>7</sup> Atif Ahmad, Rachele Bosua ve Rens Scheepers, "Protecting Organizational Competitive Advantage: A Knowledge Leakage Perspective", *Computers & Security*, 2014, 42(1), 27-39.

<sup>8</sup> Firkhan Ali Bin Hamid Ali ve Mohd Zalışam Jali, "Human-Technology Centric In Cyber Security Maintenance for Digital Transformation ERA", 1st International Conference on Big Data and Cloud Computing (ICoBiC), 2017.

ronik araçlar kullanılarak, filmlerde gösterilir veya görüşme sırasında konuşulabilir.

- Kişisel verinin tanımlanmış veya tanımlanabilir bir birey hakkında herhangi bir bilgi olduğu kabul edilir.<sup>9</sup> Tanımlanabilirlik kimliği doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen herhangi bir kişi anlamına gelmektedir.
- El ile veya otomatik olarak kişisel verilerin toplanması, depolanması ve işlenmesi izni, sahiplerinin mahremiyet alanına girer ve bu nede nlebu işlemlerden sorumlu kuruluşların, onları korumak için yasalarca zorunlu tutulması gerekir.<sup>10</sup>

Bu hali ile kişisel veri belirli bir kişiyi gösterebilmesi ve nesnel ve işlenebilir olması nedeni ile meta bir bilgi olarak adlandırılabilir.

### 3. BİLGİ GÜVENLİĞİ YAPISI

Kurumsal bir bilgi güvenliği yapısı kurmak için aşağıdaki adımlar izlenebilir.<sup>11</sup> Bu adımlar hukuk büroları gibi, küçük bir işletme olarak görülebilecek yapılar için de geçerlidir.

Hazırlık: İlgili iş ortakları da gözetilerek, veriler hazırlanır ve tespit edilen sorunlar da bu aşamaya dahil edilir.

Veri toplama ve analizi: Mevcut yapılar, kaynaklar, ilgili çalışanlar ve tesislerin bir envanterini içerir. Toplanan veriler, potansiyel zayıflıkları bulmak için uygun bir risk değerlendirme ile analiz edilir.

İş süreci geliştirme: Analiz sonucu elde edilen girdilerle yeni süreçler yaratılır. Risklerin süreçlerle birlikte nasıl yönetilebileceği ve iş süreçlerinin mümkün olduğu kadar etkili ve uygulanabilir tutulması düşünülür.

<sup>9</sup> European Union (EU), Directive 95/46/EC, General Data Protection Regulation, 2016.

<sup>10</sup> Santiago Martín-Romo Romero ve Carmen De-Pablos-Heredero, "Data Protection by Design: Organizational Integration", Harvard Deusto Business Research, 2016, 7(2), 60-71.

<sup>11</sup> Christine Große, Towards an Integrated Framework for Quality and Information Security Management in Small Companies, Yüksek Lisans Tezi, Lulea Teknoloji Üniversitesi, Bilgisayar Bilimi Bölümü, Elektrik ve Uzay Mühendisliği, Lulea, İsveç, 2016.

**Anlayış ve planlama:** Uygun bir anlayış tanımını ve yaklaşan faaliyetlerin planlanmasını içerir. Bilgi güvenliği önlemleriyle mevcut iş süreçlerinin bir araya getirilir.

**Uygulama:** Önemli olan, çalışanların bu konuda bilinçli ve eğitilmiş olmasıdır. Çalışanların riskten kaçınma ve riskin gerçekleşmesi durumunda uymaları gereken prosedürler kendilerine anlatılmış ve gerekli ise riskin sonuçları konusunda sorumlulukları belirlenmiş olmalıdır.

**İzleme ve bakım:** Sürecin uygulanması sırasında, yapılan ölçümlerle süreç sürekli izlenir ve karar verilen kalite ve bilgi güvenliği düzeyi korunur. Tekrarlanan riskler belirlenerek ek güvenlik tedbirlerinin alınması amacıyla ek eylemler gerçekleştirilebilir.

**Harici sertifika:** Zorunlu olmasa da kurumun güvenlik yönetim süreçlerini bir sertifikasyon aracılığı ile tescil edebilmesi mümkündür.

Bilgi güvenliği, kendisini bilimsel bir araştırmaya hazırlayan net bir şekilde ayrılmış akademik çalışma alanı değildir. Aksine, bilgi güvenliği, teknikten davranışsal ve kültüre kadar çok sayıda disiplini birleştirmektedir.<sup>12</sup> Teknolojiye ek olarak, bilgi güvenliği ayrıca insanların veriye ve işlemlere erişiminin olduğu anlamına da gelmektedir. Erişim yetkili veya yetkisiz olabilir. Tehditler ayrıca kuruluşların içinden, ayrıcalıklı kullanıcılardan veya son kullanıcılardan gelebilmektedir. Siber saldırganların temel amaçları manipüle, tahrip, bozma ve çalmaktır.<sup>13</sup>

Fayda-maliyet analizi ve bilgi güvenliği maliyet değerlendirmesinin yapılması, kuruluşların ne kadar etkili tedbirler alacağını ve kuruluşun, alınan tedbirlerin işe yaramaması durumunda kayıplarını nasıl azaltacağını belirlemede yardımcı olmaktadır. Fayda-maliyet analizinin amacı, bilgi güvenliği için harcanan maliyetlerin, sağlanması beklenen faydadan daha düşük olmasını sağlamaktır. Bilgi güvenliği, kuruluşların doğrudan kar etmesini sağlayan bir faaliyet değildir. Ancak, bilgi güvenliği maliyetinin göz ardı edilmesi durumunda orta-

<sup>12</sup> European Union (EU), European Cybersecurity Centres of Expertise Map: Definition and Taxonomy, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2018.

<sup>13</sup> Petac Eugen ve Duma Petruț, "Exploring the New Era of Cybersecurity Governance", Ovidius University Annals, Economic Sciences Series, 2018, 18(1), 358-363.

ya çıkabilecek potansiyel zarardan kaçınılmasının sağlayacağı fayda değerlendirmektedir.

Çoğu kuruluş kritik ve hassas bilgilere sahiptir. Kuruluşlar ne kadar düzenli çalışırlarsa çalışsınlar, operasyonlarını tehlikeye atan, hat-ta kesintiye uğramasına neden olan, önemli verilerinin kaybına veya çalınmasına neden olan olaylarla karşılaşmaları muhtemeldir. Çoğu durumda, bu olaylar kuruluşun maddi kayıplarına veya itibarlarının kaybına neden olabilmektedir. Benzer şekilde, vatandaşlar da zaman zaman çevrimiçi dolandırıcılık veya kişisel kimlik hırsızlığı gibi durumlarla ilgili olaylar yaşamaktadır. Bu nedenle, kilit bir varlık olarak bilgi, ortaya çıkan tehditlerden korunmalıdır.<sup>14</sup>

Birçok ülkede, mevzuat ve yönetmelikler bilgi güvenliği konusunda kuruluşları cezai olarak sorumlu kılmakta ve bazı durumlarda uygun risk kontrol ve bilgi güvenliği önlemlerini uygulamaları ve sürdürmeleri konusunda başarısız olmaları durumunda hesap verebilir olmalarını istemektedir.<sup>15</sup> Bilgi güvenliği riski ölçüm sistemlerinin etkililiği de önemli bir konudur.<sup>16 17</sup> ISO/IEC 27001, BGYS' i sağlamak, yönetmek ve geliştirme ihtiyacını belirten uluslararası bir standarttır ayrıca bilgi güvenliği kontrolünde ve ölçümünde de referans olarak kullanılmaktadır.<sup>18</sup>

Bilgi güvenliği, gizlilik, bütünlük ve geçerlilik sağlamak için bilgisayar sistemlerini yetkisiz erişim, kullanım, rahatsızlık ve tahribattan korumayı sağlamak olarak tanımlanabilir.<sup>19</sup>

Hukuk büroları da, özellikle hassas kişisel verileri işlemesinden dolayı gerek ilgili müvekkillerin gerekse kurumsal ve ilgili avukatların

<sup>14</sup> Anacleto Correia, Antonio Goncalves ve M.Filomena Teodoro, "A Model-Driven Approach to Information Security Compliance", AIP Conference Proceedings, 2017.

<sup>15</sup> Petac Eugen ve Duma Petruş,

<sup>16</sup> Jemal H Abawajy, "User Preference of Cyber Security Awareness Delivery Methods", Behav Inf Technol 2014, 2014, 33(1), 236-47, 2014.

<sup>17</sup> Nader Sohrabi Safa, Rossouw Von Solms ve Steven Furnell, "Information Security Policy Compliance Model in Organizations", Comput Secur 2016, 2016, 56(1), 1-13.

<sup>18</sup> Wendy Guwan Wang, "Measuring information Security and Cyber Security on Private Cloud Computing", *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, 2019, 96(1), 156-168.

<sup>19</sup> NIST, NIST Special Publication 800-30: Guide for Conducting Risk Assessments, 2012.

İtibarlarının korunabilmesi için bilgi güvenliği konusunu bir öncelik olarak görmeli ve temel bir takım tedbirleri almalıdır.

Büroda giderilmesi gereken risklere karar verildiğinde, risk giderme alternatifleri belirlenmeli ve tahmin edilmelidir. Büroyu paylaşan avukatlar, riskleri giderme alternatifleri öneren teknolojik tavsiyelere ihtiyaç duyabilir. Risk değerlendirmesini yapan güvenlik uzmanı, sistemdeki mevcut güvenlik açıkları konusunda bir anlayışa sahip olduğundan, saldırganların güvenlik açıklarından yararlanmalarının nasıl önlenebileceği konusunda öneride bulunabilir.

Dosyaların şifrelenmesini bir kural haline getirmek teknik bir tedbirken bu kural sonrasında ise şifreleme ve şifre çözme konusunda insanları eğitmek teknik olmayan bir tedbirdir.<sup>20</sup> Her ikisinin de uygulanabilmesi için de maddi kaynak gereklidir.

Bu aşamadaki zorluk, riskleri azaltan güvenlik tedbirlerinin kalitesinin ve verimliliğinin görünmemesidir. Hukuk büroları gibi küçük kuruluşların güvenlik çözümlerinin yeteneklerini ve verimliliğini test edecek kaynakları yoktur. Çoğunlukla, kontrollerin etkinliği ile ilgili olarak erişilebilir kaynaklarda yer alan bilgilere ve kontrollerle uyumlu öz değerlendirmelere güvenmek zorundadırlar.

Birden fazla önlem birleştirildiğinde, ortak etkinlikleri değerlendirilmelidir. Örneğin, masaüstü güvenlik çözümünün %50 riski önlediği ve güvenlik duvarı güvenlik çözümünün de bazı saldırıların %80' ini önlediği tahmin ediliyorsa, bu önlemlerin her ikisi birlikte uygulandığında, koruma en az %80 olmalıdır. Eğer birbirini tamamlayıcı ürünler seçilmişse bu oran %80' inin üzerinde olmalıdır. Alternatif önlemleri seçerken ve önlemlerin etkililiğini tahmin ederken, çözümün sağlayıcısı tarafından sağlanan lisansın veya desteğin uzunluğunu göz önünde bulundurmak da önemlidir. Güvenlik riskleri her geçen gün artmakta ve çeşitlenmektedir. Bu nedenle güncel bir güvenlik sistemine sahip olmak çok önemlidir.<sup>21</sup> Hukuk büroları gibi küçük işletmeler bir takım güvenlik kontrolleri uygulamak için sahip oldukları veya ihtiyaç duydukları insan kaynaklarını da göz önünde bulundurmalıdır. Bilgi

<sup>20</sup> Tiiu Mamer, *The Art and Science of Information Security Investments For Small Enterprise, Yüksek Lisans Tezi*, Tallinn Teknoloji Üniversitesi, Bilgi Teknolojileri Okulu, Tallinn, Estonya, 2018.

<sup>21</sup> Wendy Guwan Wang,

sistemlerini günlük olarak takip edecek bir uzmanları yoksa günlük izleme gerektiren çözümleri düşünmemelidirler.

#### 4. ISO/IEC 27001 BİLGİ GÜVENLİĞİ YÖNETİM SİSTEMİ VE HUKUK BÜROLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

ISO/IEC 27001 standardı, bir kuruluşun BGYS'nin etkinliğini planlamayı, uygulamayı, kontrol etmeyi, önlem almayı amaçlayan PUKÖ modeli olarak bilinen döngüsel bir model sunmaktadır.

Planlama-BGYS'nin kuruluşu: İlk adım, risklerin tanımlanacağı, analiz edilip değerlendirileceği risk değerlendirmeyi tanımlamaktır. Daha sonra risk çözüm seçeneklerinin tanımlanması ve değerlendirilmesi yapılmaktadır. Kontrol hedefleri ve kontrolleri seçildikten sonra, yönetim artık riskleri onaylamalı ve BGYS'nin uygulanmasına izin vermelidir.

Uygulama-BGYS'nin uygulanması ve işletilmesi: Yönetim işlemleri, kaynaklar, öncelikler, roller ve sorumluluklar bu adımda tanımlanacaktır. Risk gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkabilecek zararın ne şekilde düzeltilebileceği planının ilgili risklere göre belirlemesi ve kontrollerin buna göre yapılması gerekmektedir.

Kontrol Etme-BGYS'nin izlenmesi ve gözden geçirilmesi: İzleme ve gözden geçirme prosedürleri geliştirilmeli ve yürütülmelidir. BGYS ve kontrollerin etkililiği ile risk değerlendirme metodolojisi ve gözden kaçan riskler de gözden geçirilmelidir.

Önlem Alma- BGYS'nin korunması ve iyileştirilmesi: Bu adımda hem önleyici hem de düzeltici eylemlerin uygulanması BGYS'yi daha da iyileştirebilir. Ayrıca, belge ve kayıt kontrolünü zorlar ve BGYS'yi geliştirmek için bilgi güvenliği olaylarını gözden geçirir.

Hukuk büroları açısından, hizmet verilen kişilerin yani müvekkililerin dava dosyaları kapsamında mevcut tüm verilerin kişisel bilgiler olduğu, bu bilgilerin korunmasından da müvekkilin dava vekaleti kapsamında avukatı ve hukuk bürosunun sorumlu olduğu açıktır. Bir hukuk bürosu, bilgi güvenliği konusunda mevcut durumunu iyileştirmek istemesi durumunda aşağıdaki konuları ele almalıdır.

Risk değerlendirmesi: Risk değerlendirmesi, tüm risk tanımlama, risk analizi ve risk değerlendirme sürecini tanımlamaktadır. İlk aş-

mada -Risk Belirleme- kuruluşun risk kaynaklarını, etki alanlarını, risk olaylarını ve sonuçlarını tanımlar.

**Risk tanımlaması:** Risk tanımlamasında, ne tür olayların olabileceği ve daha sonra kayba yol açacağı incelenmektedir. Bu, kuruluşun kontrolü altında olan olayların yanı sıra dış etkenlere dayanan olayları da içermektedir.

**Risk analizi:** Genel olarak, risk analizi nitel veya nicel olabilir. Nicel risk analizi kesin sayısal değerlere dayanırken, nitel yöntemler, olay senaryosunun sonuçlarını ve olasılığını tanımlamak için tanımlayıcı ölçekler (düşük, orta ve yüksek gibi) kullanılmaktadır.

**Bağlam kurulumu:** Odak noktası risk analizi, olası sonuçların değerlendirilmesinin yanı sıra tanımlanan risklerin gerçekleşme ihtimalleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Olasılığlar değerlendirilirken, belirli bir tehdidin ne sıklıkta ortaya çıkabileceği ve ilişkili olabilecek diğer güvenlik açıkları da alınmalıdır.

**Risk değerlendirmesi:** Tüm olası risklerin risk seviyeleri, tanımlanan risk değerlendirme kriterleri ile karŐılaŐtırılır. Bu, tanımlanan risklerin birbirleriyle iliŐkilendirilmesini ve kuruluş için en önemli risklerin belirlenebilmesini sağlar. Bunun sonucunda, risk değerlendirme kriterlerine göre önceliklendirilen risklerin bir listesi oluŐturulabilir.

**Risk gidermek:** ISO/IEC 27005' te risk tedavisi dört olası (risk değişikliği, risk tutma, riskten kaçınma, risk paylaşımı) seçenekten oluşan bir yapıda tanımlanmaktadır. Bu seçenekler birbirini dışlayan seçenekler değildir. Hatta bu seçeneklerin bütünleşik olarak kullanılmasının gerektiği durumlar da olabilir.

**Risk kabulü:** Risklerin kabulü, kuruluşun iş süreçlerine entegrasyon için çok önemlidir ve sorumlular tarafından onaylanmalıdır.

**Risk iletişimi ve danışma:** Risk iletişimi, bir risk yönetimi sürecinin uygulanmasında kilit bir faktördür. Bu nedenle, bu süreç tüm risk yönetimi süreci boyunca devam etmektedir. Mevcut risklerle ilgili bilgiler sürekli olarak toplanmakta ve aynı zamanda risklerden potansiyel olarak etkilenen çalışanlar risk yönetimi sürecinin mevcut sonuçları hakkında bilgilendirilmektedir.

**Bilgi güvenliği risk izleme ve gözden geçirme:** Mevcut risk durumuna ilişkin doğru bakış açısı elde etmek için tüm risklerin ve bunların



faktörlerinin, yani varlıkların, varlıkların değerinin, etkilerinin, tehditlerin ve meydana gelme olasılıklarının güncel tutulması gereklidir.

Bilginin kapsamı ve değeri sürekli olarak arttığından, kuruluşların ve bireylerin, verilerin çalınması veya imha edilmesine maruz kalması riski artmaktadır. Bilgisayar ve mahremiyetle ilgili düzenlemelerin uyumluluk gereklilikleri artmakla birlikte, bilgi güvenliğine yönelik önlemler gittikçe daha karmaşık bir hale gelmiş, küresel tehditlerin yayılması, bilgi güvenliği konusunda kuruluşların daha bütünsel bir yaklaşıma yönelmesine neden olmuştur.<sup>22</sup>

Hukuk büroları da bunun istisnası bir ayrıcalığa sahip değildir. Aksine, dilekçe yazımından, gerekli araştırmaların yapılmasına, dava açma süreçlerinden müvekkiller ile iletişime kadar pek çok noktada, hukuk bürolarının, kişiler açısından önemli, kişiye özel hem avukat hem müvekkil açısından itibarlarının zarar görmesine yol açabilecek kritik kişisel veriler ile çalışmasından dolayı, pek çok kuruluşa kıyasla daha fazla riske sahip olduğundan bahsedilebilmek mümkündür.

Karar vericiler için, kuruluşun tüm seviyelerinde, bilgi güvenliği risklerinin nasıl ele alınması gerektiğini anlamak önemlidir. Yalnızca kapsamlı ve sistematik bir yaklaşım, bir kuruluşun ihtiyaç duyduğu bilgi güvenliği seviyesini sağlayabilmektedir. Bu yaklaşım, bilgi güvenliği yönetimi için uluslararası referans, yani bilgi güvenliği ile ilgili ISO/IEC 27K standartları ailesi tarafından verilmektedir.<sup>23</sup>

Faaliyet kapsamı, personel sayısı ve iş süreçlerinin çeşitliliği açısından, bir hukuk bürosunun ISO/IEC 27001 standardına tam olarak uyumlu olması beklenemeyeceği gibi, standarda uyum sağlama süreci de hem ek iş gücü ihtiyacı hem de maddi açısından yüksek bir maliyetle karşılaşılmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, hukuk bürolarının ISO/IEC 27001 standardının tüm kontrollerine uyum sağlamaktansa, mevcut durumlarının analiz edilmesi ve teknik açıdan kabul edilebilir bir seviyede kontrollerle uyumlu hale gelmesi en düşük iş gücü ve en düşük maliyetli çözüm olacaktır. Ancak, kontrollerin seçimi ISO/IEC 27001 Ek A' ya dayandırılmalıdır.<sup>23</sup> BGYS, kontrollerinin seçiminin, kuruluşun bilgi varlıklarını korumak ve hizmet alanlara güven vermek için yeterli ve orantılı olması gerekmektedir.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> NIST,

<sup>23</sup> Malik Motii ve Elalami Semma,

<sup>24</sup> Ernst&Young,

## 5. YÖNTEM

Araştırmada, Hukuk Bürolarının ISO/IEC 27001 BGYS' ne uyumları konusunda bilgi toplamak için hazırlanan ISO/IEC 27001 Bilgi Teknolojisi- Güvenlik Teknikleri- Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemleri- Gereksinimler dokümanı EK-A' da yer alan Referans Kontrol Amaçları ve Kontroller başlığı altında yer alan Amaç, Alt Amaç ve Kontroller paralelinde hazırlanan Öz Değerlendirme Anketi kullanılmıştır.

ISO/IEC 27001 BGYS, 14 Amaç, 35 Alt Amaç ve 113 Kontrolde oluşmaktadır. Hazırlanan ankette hiçbir kontrol atlanmamak şartıyla, kontrolün yapısına göre değişen sayıda, toplam 294 anket maddesi hazırlanmıştır. ISO/IEC 27001 BGYS amaç ve alt amaçlarına ilişkin anket madde sayıları Çizelge 1' de gösterilmiştir.

Literatürde BGYS' lerini etkileyen ana faktörlerin İnsan Kaynakları, kullanılan Bilgi Teknolojileri Ekipmanı (BTE) ve Bilgi Teknolojileri İletişimi (BTİ) ile ilgili olmasından dolayı, ankette hukuk bürolarının bu özellikleri de tespit edilmiştir.

Çizelge 1. ISO/IEC 27001 referans kontrol amaçları ile alt amaç, kontrol ve anket madde sayıları

ISO/IEC 27001 Kontrol Amaçları ve Alt Amaçları	Alt Amaç Sayısı	Kontrol Sayısı	Anket Madde Sayısı
5. Bilgi Güvenliği Politikaları	1	2	8
5.1. Bilgi güvenliği için yönetimin yönlendirmesi		2	8
6. Bilgi Güvenliği Organizasyonu	2	7	12
6.1. İç organizasyon		5	8
6.2. Mobil cihazlar ve uzaktan çalışma		2	4
7. İnsan Kaynakları Güvenliği	3	6	15
7.1. İstihdam öncesi		2	3
7.2. Çalışma esnasında		3	10
7.3. İstihdamın sonlandırılması ve değiştirilmesi		1	2
8. Varlık Yönetimi	3	10	18
8.1. Varlıkların sorumluluğu		4	6
8.2. Bilgi sınıflandırması		3	7

ISO/IEC 27001 Kontrol Amaçları ve Alt Amaçları	Alt Amaç Sayısı	Kontrol Sayısı	Anket Madde Sayısı
8.3. Ortam işleme		3	5
9. Erişim Kontrolü	4	14	25
9.1 Erişim kontrolünün iş gereklilikleri		2	3
9.2. Kullanıcı erişim yönetimi		6	13
9.3. Kullanıcı sorumlulukları		1	2
9.4. Sistem ve uygulama erişim kontrolü		5	7
10. Kriptografi	1	2	5
10.1. Kriptografik kontroller		2	5
11. Fiziksel ve Çevresel Güvenlik	2	15	42
11.1. Güvenli alanlar		6	12
11.2. Teçhizat		9	30
12. İşletim Güvenliği	7	13	42
12.1. İşlem prosedürleri ve sorumlulukları		4	9
12.2. Kötücül yazılımlardan koruma		1	2
12.3. Yedekleme		1	7
12.4. Kaydetme ve izleme		3	13
12.5. İşletimsel yazılımının kontrolü		1	2
12.6. Teknik açıklık yönetimi		2	6
12.7. Bilgi sistemleri tetkik hususları		1	3
13. Haberleşme Güvenliği	2	7	22
13.1. Ağ güvenliği yönetimi		3	10
13.2. Bilgi transferi		4	12
14. Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı	3	13	47
14.1. Bilgi sistemlerinin güvenlik gereksinimleri		3	10
14.2. Geliştirme ve destek süreçlerinde güvenlik		9	31
14.3. Test verisi		1	6
15. Tedarikçi İlişkileri	2	5	18
15.1. Tedarikçi ilişkilerinde bilgi güvenliği		3	8
15.2. Tedarikçi hizmet sağlama yöntemi		2	10

ISO/IEC 27001 Kontrol Amaçları ve Alt Amaçları	Alt Amaç Sayısı	Kontrol Sayısı	Anket Madde Sayısı
16. Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi	1	7	14
16.1. Bilgi güvenliği ihlal olaylarının ve iyileştirilmelerin yönetimi		7	14
17. İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları	2	4	12
17.1. Bilgi güvenliği sürekliliği		3	8
17.2. Yedek fazlalıklar		1	4
18. Uyum	2	8	14
18.1. Yasal ve sözleşmeye tabi gereksinimlerle uyum		5	9
18.2. Bilgi güvenliği gözden geçirmeleri		3	5
TOPLAM	35	113	294

Katılımcılara hukuk bürolarının İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özellikleri ile ilgili sorular yöneltilen ilk bölümünde 1-5 sorularda sayısal değerler girmeleri istenmiştir. 6-15 aralığında yine İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine ilişkin evet ve hayır şeklinde yanıtlamaları istenen sorular yöneltilmiştir.

ISO/IEC 27001 kontrollerine ilişkin 14 amaç anket içerisinde alt amaçlar paralelinde hazırlanan 35 soru grubu olarak katılımcılara yöneltilmiştir. Her bir alt amaca ait soru grubunun başlangıcında, katılımcılara gruptaki soruları cevaplayıp cevaplamamalarının gerektiğini belirlemek üzere evet/hayır seçenekli sorular sorulmuştur.

Örneğin, “12.2. İşlem Güvenliği” alt amacı için, katılımcıya öncelikle “Büro hizmetlerinde kullanılan bilişim teknolojileri varlıklarını kötüçül yazılımlara karşı koruma amacıyla tedbirler alınıyor mu?” sorusu yöneltilmiştir. Katılımcı bu soruya Evet cevabını vermişse, ISO/IEC 27001 Standardının bu alt amaca ait kontrolleri ile ilişkili olarak “Büro hizmetlerinde kullanılan bilişim sistemleri ekipmanlarını kötüçül yazılımlardan korunması için tedbirler alınıyor mu?” ve “Büro ağına bağlanan kişisel kullanıcıların kötüçül yazılımlardan korunması için tedbirler alınıyor mu?” sorularını yanıtlaması istenmiştir. Katılımcı bu soruya Hayır cevabını vermiş ise, alt amaç kontrolleri ile ilişkili evet cevabını verebileceği bir anket maddesi bulunmamaktadır.

Soruları alt amaçlar halinde gruplandırarak, toplam 294 maddeden oluşan anketin daha kısa süre içerisinde, katılımcıların dikkatini dağıtmadan ilgili alt amaçlara odaklanarak cevaplayabilmeleri amaçlanmıştır.

Grup sorusuna hayır cevabını veren katılımcılar, grup içerisindeki evet cevabını verebilecekleri bir soru olmaması nedeni ile grup altındaki soruların tamamına hayır cevabını verdikleri kabul edilmiştir.

Grup içerisindeki anket maddelerine katılımcılardan her soruya karşılık evet, kısmen ve hayır cevaplarından birini işaretlemeleri istenmiştir. Evet cevapları 2, kısmen cevapları 1 ve hayır cevapları 0 puan olacak şekilde her bir katılımcının anketteki alt amaçlarda bulunan sorulara verdikleri puanlar toplanmış ve o alt amaçtaki soru sayısına bölünerek katılımcıların alt amaçlardaki düzeyleri belirlenmiştir. Bu şekilde bir katılımcının herhangi bir alt amaçtaki düzeyi maksimum 2, minimum 0 puan olabilmektedir. Aynı durum 452 katılımcı bazında düşünülerek katılımcıların genel alt amaçlardaki seviyeleri tespit edilmiştir. Yani alt amaçlardaki genel düzeyleri hesaplanırken, katılımcıların o alt amaçtan elde ettiği puanlar toplanarak katılımcı sayısına bölünmüştür.

Katılımcıların amaç puanlarının hesaplanmasında da aynı yöntem kullanılmış, her bir katılımcının anketteki amaçta bulunan sorulara verdikleri puanlar toplanmış ve o amaçtaki soru sayısına bölünerek katılımcıların amaçtaki düzeyleri belirlenmiştir. Bu şekilde bir katılımcının herhangi bir amaçtaki düzeyi maksimum 2, minimum 0 puan olabilmektedir. Aynı durum 452 katılımcı bazında düşünülerek katılımcıların genel amaç seviyeleri tespit edilmiştir. Yani amaçtaki genel düzeyleri hesaplanırken, katılımcıların o amaçtan elde ettiği puanlar toplanarak katılımcı sayısına bölünmüştür.

ISO/IEC 27001 BGYS kontrolleri aracılığı ile hukuk bürolarının BGYS Puanı olarak isimlendirilen, ISO/IEC 27001 BGYS kontrollerine uyum düzeylerini ifade etmek üzere hesaplanan puan değerinin tespiti için regresyon analizi yapılmıştır. Regresyon analizi yaparak edilen formül ile bir BGYS Puanı hesaplamadaki amaç, öz değerlendirme anketini herhangi bir zamanda yanıtlayan hukuk büroları için de ISO/IEC 27001 BGYS' ne uyum seviyelerini, diğer hukuk büroları ile kıyaslanabilir bir puan olarak hesaplayabilmektir.

## 6. BULGULAR

Anket sorusunu cevaplayan 452 hukuk bürosunun İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine ait bilgiler analiz edilerek yüzde ve frekans değerleri Çizelge 2' de sunulmuştur.

Çizelge 2. Hukuk bürolarına ait insan kaynakları, bilgi teknolojileri ekipman ve bilgi teknolojileri iletişim özellikleri yüzde oranları çizelgesi

İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ Özellikleri		N	%
1. Bürodaki çalışan avukat sayısı?	Bir	48	10,6
	İki	196	43,4
	Üç	92	20,4
	Dört	52	11,5
	Beş+	64	14,2
2. Bürodaki çalışan personel sayısı?	Bir	144	31,9
	İki	112	24,8
	Üç	108	23,9
	Dört+	88	19,5
3. Bürodaki çalışan yardımcı personel sayısı?	Sıfır	84	18,6
	Bir	68	15,0
	İki	252	55,8
	Üç	48	10,6
4. Büroda kullanılan bilgisayar sayısı?	İki	116	25,7
	Üç	76	16,8
	Dört	40	8,8
	Beş	84	18,6
	Altı+	136	30,1
5. Büroda kullanılan yazıcı sayısı?	Bir	256	56,6
	İki	132	29,2
	Üç	64	14,2
6. Büroda bilgisayar ağına bağlı mobil cihazlar kullanılıyor mu?	Hayır	232	51,3
	Evet	220	48,7

İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ Özellikleri		N	%
7. Büro çalışanlarının büro dışında kişisel mobil cihazlarını kullanmalarına izin veriliyor mu?	Hayır	240	53,1
	Evet	212	46,9
8. Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir paket program var mı?	Hayır	236	52,2
	Evet	216	47,8
9. Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir web sitesi var mı?	Hayır	264	58,4
	Evet	188	41,6
10. Büroda kullanılan bilişim teknolojileri ekipmanı için teknik destek, bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin alındığı anlaşmalı bir tedarikçi var mı?	Hayır	196	43,4
	Evet	256	56,6
11. Büro bilişim güvenliği konusunda danışmanlık alınan bir tedarikçi var mı?	Hayır	240	53,1
	Evet	212	46,9
12. Büroda kablolu bilgisayar ağı kullanılıyor mu?	Hayır	208	46,0
	Evet	244	54,0
13. Büroda kablosuz bilgisayar ağı kullanılıyor mu?	Hayır	272	60,2
	Evet	180	39,8
14. Büroda kablolu bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop, cep telefonu bağlanmasına izin veriliyor mu?	Hayır	236	52,2
	Evet	216	47,8
15. Büroda kablosuz bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop, cep telefonu bağlanmasına izin veriliyor mu?	Hayır	220	48,7
	Evet	232	51,3

452 hukuk bürosunun İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özellikleri incelendiğinde büyük oranda 2 avukatın (%43,4) çalıştığı, 1 personelin (%31,9) çalıştığı ve 2 yardımcı personelin (%55,8) çalıştığı tespit edilmiştir. Büroda kullanılan bilgisayar sayısının büyük oranda 6 ve üzeri (%30,1) olduğu, yazıcı sayısının ise büyük oranda 1 (%56,6) olduğu anlaşılmıştır.

452 hukuk bürosunun %48,7' si büroda bilgisayar ağına bağlı mobil cihazlar kullandığını, %46,9' u çalışanlarına büro dışında kişisel mobil cihazlarını kullanmalarına izin verdiğini, %47,8' i büro ve avukatlık hizmetleri için özel bir paket programı kullandığını, %41,6' sını büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir web sitesi sahibi olduğunu, %56,6' sını büroda kullanılan bilişim teknolojileri ekipmanı için teknik

destek, bakım, onarım ve benzeri hizmetlerinin alındığı anlaşmalı bir tedarikçilerinin olduğunu, %46,9' u büro bilişim güvenliği konusunda danışmanlık aldıkları bir tedarikçilerinin olduğunu, %54' ü büroda kablolu bilgisayar ağı kullandıklarını, %39,8' i büroda kablosuz bilgisayar ağı kullandıklarını, %47,8' i büroda kablolu bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop ve cep telefonu bağlanmasına izin verdiklerini, %51,3' ü büroda kablosuz bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop ve cep telefonu bağlanmasına izin verdiklerini belirtmiştir.

Çok Değişkenli Regresyon Analizi ile bir BGYS Puanı hesaplamakta amaç, öz değerlendirme anketini herhangi bir zamanda yanıtlayan hukuk büroları için de ISO/IEC 27001 BGYS' ne uyum seviyelerini diğer hukuk büroları ile kıyaslanabilir bir puan olarak hesaplayabilmektir. .

Analiz sonrasında, Çizelge 3' de görülen veriler elde edilmiş ve sonuçların formüle edilebilir olduğu, formülün anketin tamamını kapsayabileceği ve bir sabite ihtiyaç olmadığı (R Square=1,000) görülmüştür.

Her ne kadar R Square değeri 0 ile 1 aralığında bir değer olması gerektiği bilinse de, SPSS 25.0 ile yapılan analizlerde elde edilen R Square 1,000 değerinin, tam sayı "1" değerine üç ondalıkta, değer yuvarlanması sonucu elde edilmiş olduğu değerlendirilmiştir.

Çizelge 3. ISO/IEC 27001 BGYS amaçlar regresyon analizi sonuçları

Amaçlar	Beta Katsayısı	B Katsayısı	p
Bilgi Güvenliği Politikaları	,138	,071	,000
Bilgi Güvenliği Organizasyonu	,088	,071	,000
İnsan Kaynakları Güvenliği	,186	,071	,000
Varlık Yönetimi	,238	,071	,000
Erişim Kontrolü	,169	,071	,000
Kriptografi	,278	,071	,000
Fiziksel ve Çevresel Güvenlik	,140	,071	,000
İşlem Güvenliği	,140	,071	,000



Amaçlar	Beta Katsayısı	B Katsayısı	p
Haberleşme Güvenliği	,178	,071	,000
Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı	,106	,071	,000
Tedarikçi İlişkileri	,136	,071	,000
Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi	,174	,071	,000
İş Sürekliliğinin Bilgi Güvenliği Hususları	,211	,071	,000
Uyum	,288	,071	,000

Katılımcılar açısından Çizelge 3' de görüleceği üzere ISO/IEC 27001 BGYS amaçlarından en önem verileninin Uyum (,288) ve en az önem verilenin ise Bilgi Güvenliği Organizasyonu (,088) olduğu görülmüştür.

Regresyon analizi amaç seviyesinde formüle edildiğinde;

BGYS Puanı = 0,071 \* (Bilgi Güvenliği Politikaları Puanı + Bilgi Güvenliği Organizasyonu Puanı + İnsan Kaynakları Güvenliği Puanı + Varlık Yönetimi Puanı + Erişim Kontrolü Puanı + Kriptografi Puanı + Fiziksel ve Çevresel Güvenlik Puanı + İşlem Güvenliği Puanı + Haberleşme Güvenliği Puanı + Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı Puanı + Tedarikçi İlişkileri Puanı + Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi Puanı + İş Sürekliliğinin Bilgi Güvenliği Hususları Puanı + Uyum Puanı)

olarak yazılabildiği görülmüştür.

Regresyon analizi sonucu amaçlara ait katsayıların eşit olması nedeni ile bu formül uygulanabilir olmakla birlikte, regresyon katsayılarını kullanarak aynı formülü aşağıdaki şekilde yazmak da mümkündür.

$KAP_m$  = Bir BGYS amacı için anket katılımcılarının toplam puanı.

Formülde görüleceği üzere regresyon analizi sonucunda elde edilen katsayılar ile bütün katılımcıların, bütün BGYS amaçlarından alabileceği 0-100 aralığına indirgenmiş puanı hesaplanabilmektedir.

Çizelge 4' de tüm katılımcılar için hesaplanan BGYS Puanları ile 30 ve 50 sıra numaralı katılımcılara ait BGYS Puanları görülmektedir.

Çizelge 4. Tüm katılımcılara, 30 ve 50 sıra numaralı katılımcılara ait ISO/IEC amaç BGYS puanları

ISO/IEC 27001 Kontrol Amaçları	KAP <sub>m</sub>	BGYS	BGYS100	BGYS100 <sub>30</sub>	BGYS100 <sub>50</sub>
Bilgi Güvenliği Politikaları	0,105088	0,007461	0,373	0,000	0,000
Bilgi Güvenliği Organizasyonu	0,065634	0,004660	0,233	0,000	0,000
İnsan Kaynakları Güvenliği	0,134513	0,009550	0,478	0,000	0,000
Varlık Yönetimi	0,331858	0,023562	1,178	1,775	0,197
Erişim Kontrolü	0,099469	0,007062	0,353	0,000	0,852
Kriptografi	0,394690	0,028023	1,401	0,000	2,840
Fiziksel ve Çevresel Güvenlik	0,100927	0,007166	0,358	0,000	1,099
İşletim Güvenliği	0,213654	0,015169	0,758	1,099	2,874
Haberleşme Güvenliği	0,318986	0,022648	1,132	1,130	1,291
Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı	0,139145	0,009879	0,494	0,000	1,964
Tedarikçi İlişkileri	0,114553	0,008133	0,407	0,000	2,761
Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi	0,187105	0,013284	0,664	1,521	0,000
İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları	0,206490	0,014661	0,733	0,000	0,000
Uyum	0,512010	0,036353	1,818	6,339	5,832
ORTALAMA			0,741		
TOPLAM		0,207613	10,381	11,864	19,710

Herhangi bir katılımcının 0-100 aralığında hesaplanan BGYS Puanının, katılımcıların tamamının 0-100 aralığında hesaplanan BGYS Puanı ile kıyaslanması herhangi bir hukuk bürosunun diğer hukuk büroları arasındaki durumunu değerlendirmeyi sağlamaktadır. Bu yöntem ile, diğer hukuk bürolarına ait BGYS Puanları bilinmeksizin de herhangi bir hukuk bürosunun ISO/IEC 27001 BGYS' ne göre Bilgi Güvenliği Yeterliliğini, standardın amaçları seviyesinde değerlendirebilmek mümkündür.

Örneğin 30 sıra numaralı katılımcı ile anketi yanıtlayan tüm katılımcılar arasında bir kıyaslama yapılmak istenirse, katılımcıların tamamı ve 30 sıra numaralı katılımcı için hesaplanan BGYS Puanları kullanılabilir.

Çizelge 4 incelendiğinde, bütün katılımcıların BGYS Puanı (10,381) ile 30 sıra numarasındaki katılımcının BGYS Puanı (11.864) karşılaştırıldığında, 30 sıra numaralı katılımcının BGYS puanının daha yüksek olduğu görülmüştür.

30 sıra numaralı katılımcının her ne kadar BGYS Puanı, tüm katılımcıların puanından yüksek olsa da, 14 amacın dokuzundan (1) Bilgi Güvenliği Politikaları, 2) Bilgi Güvenliği Organizasyonu, 3) İnsan Kaynakları Güvenliği, 4) Erişim Kontrolü, 5) Kriptografi, 6) Fiziksel ve Çevresel Güvenlik, 7) Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı, 8) Tedarikçi İlişkileri, 9) İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları) hiç puan alamadığı, puan aldığı amaçlardan ise Haberleşme Güvenliği (1,130) amacıyla, tüm katılımcılara (1,132) kıyasla daha düşük puana sahip olduğu ancak, Varlık Yönetimi (1,775/1,178), İşletim Güvenliği (1,099/0,758), Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi (1,521/0,664) ve Uyum (6,339/1,818) amaçlarından daha yüksek puan aldığı görülmüştür. 30 sıra numaralı katılımcının özellikle Uyum amacından aldığı puanın, diğer katılımcılardan oldukça yüksek olması dikkat çekmiştir.

Benzer şekilde bütün katılımcılar arasında istenen herhangi iki katılımcı hukuk bürosunun kıyaslanması bu hukuk bürolarının ayrı ayrı hesaplanacak BGYS Puanı ile yapılabilecektir.

Örneğin 30 sıra numaralı katılımcı ile 50 sıra numaralı katılımcı arasında bir kıyaslama yapılmak istenirse, 30 sıra numaralı katılımcı için hesaplanan BGYS puanı ile 50 sıra numaralı katılımcı için hesaplanan BGYS Puanları kullanılabilir.

Çizelge 4 incelendiğinde, 30 sıra numaralı katılımcının BGYS Puanı (11,864) ile 50 sıra numaralı katılımcının BGYS Puanı (19,710) karşılaştırıldığında, 50 sıra numaralı katılımcının BGYS Puanının daha yüksek olduğu, 50 sıra numaralı katılımcının, 14 amacın beşinden (1) Bilgi Güvenliği Politikaları, 2) Bilgi Güvenliği Organizasyonu, 3) İnsan Kaynakları Güvenliği, 4) Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi, 5) İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları) hiç puan alamadığı,

puan aldığı amaçlardan ise Varlık Yönetimi (0,197/1,775) ve Uyum (5,832/6,339) amaçlarından 30 sıra numaralı katılımcıya kıyasla daha düşük puana sahip olduğu ancak, Erişim Kontrolü (0,852/0,000), Kriptografi (2,840/0,000), Fiziksel ve Çevresel Güvenlik (1,099/0,000), İşletim Güvenliği (2,874/1,099), Haberleşme Güvenliği (1,964/0,000), Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı (1,964/0,000) ile Tedarikçi İlişkileri (2,761/0,000) amaçlarından 30 sıra numaralı katılımcıya kıyasla daha yüksek puanlara sahip olduğu görülmüştür.

Benzer şekilde, katılımcı herhangi bir hukuk bürosunun katılımcı diğer tüm hukuk büroları ile veya belirli hukuk bürolarının karşılıklı olarak hesaplanan Bilgi Güvenliği Puanları aracılığı ile genel puan veya ISO/IEC 27001 BGYS amaç puanları bazında kıyaslanması mümkün olabilmekte ve iyileştirme yapılması gereken bilgi güvenliği alanları net olarak belirlenebilmektedir.

## 7. SONUÇ VE ÖNERİLER

Çizelge 4' de görüleceği üzere katılımcıların BGYSP puanları 0,233 ile 1,818 arasındadır. BGYSP' lerin toplamı ile elde edilen BGYSP100 puanının ise 10,381 olduğu hesaplanmıştır.

1,818 puanla en yüksek amaç değerinin "Uyum" amacına ait olduğu görülmüştür. Bu amacın alt amaçları olan "Yasal ve sözleşmeye tabi gereksinimlerle uyum" ve "Bilgi güvenliği gözden geçirmeleri" ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuk bürolarının, yasal mevzuat uyumlulukları ve veri gizliliği sorumluluklarından dolayı bu amaca ait puanlarının, diğer amaçlardan çok daha yüksek olduğu değerlendirilmiştir.

En düşük BGYSP olan 0,233 puanının "Bilgi Güvenliği Organizasyonu" amacına ait olduğu görülmüştür. Bu amacın alt amaçları olan "İç organizasyon" ve "Mobil cihazlarla uzaktan çalışma" ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuk bürolarında belirli bir yönetim hiyerarşisinin olmaması, büroda çalışan avukatların birbirine denk olması, elektronik imza kullanımı nedeni ile büro faaliyetlerinin büro içinden veya herhangi bir yerden, büro ağına bağlanma gereksinimi olmadan yapılabiliyor olması nedenlerinden dolayı bu amaca ait puanlarının, diğer amaçlardan çok daha düşük olduğu değerlendirilmiştir.

Ancak, 0-100 aralığına indirgenmiş BGYS100 puanının 10,381' de kalması, hukuk bürolarının, ISO/IEC 27001 BGYS açısından oldukça yetersiz olduğunu göstermektedir.

ISO/IEC 27001 BGYS' de Uyum amacına bağlı iki alt amaç Yasal ve Sözleşmeye Tabi Gereksinimlerle Uyum ve Bilgi Güvenliği Gözden Geçirmeleri düzeyleridir. Çizelge 4' de görüleceği üzere hukuk bürolarının BGYS100 puanı olan 10,381 içerisinde, Uyum amacının puanı 1,818 olup, amaçlara ait ortalama puan olan 0,741' den yüksek olması nedeni ile yeterli olduğu değerlendirilmiştir.

Hukuk bürolarının İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine göre, anlamsal farklılık gösteren ISO/IEC 27001 BGYS alt amaç sayıları incelendiğinde;

- Bürodaki çalışan avukat sayısına göre, 25 alt amacın,
- Bürodaki çalışan personel sayısına göre, 24 alt amacın,
- Bürodaki çalışan yardımcı personel sayısına göre, 18 alt amacın,
- Büroda kullanılan bilgisayar sayısına göre, 21 alt amacın,
- Büroda kullanılan yazıcı sayısına göre, 17 alt amacın,
- Büroda bilgisayar ağına bağlı mobil cihazlar kullanılıp kullanılmamasına göre, 5 alt amacın,
- Büro çalışanlarının büro ağında kişisel mobil cihazlarını kullanmalarına izin verilip verilmemesine göre, 9 alt amacın,
- Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir paket program olup olmamasına göre, 10 alt amacın,
- Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir web sitesi olup olmamasına göre, 16 alt amacın,
- Büroda kullanılan bilişim teknolojileri ekipmanı için teknik destek, bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin alındığı anlaşmalı bir tedarikçi olup olmamasına göre, 14 alt amacın,
- Büro bilişim güvenliği konusunda danışmanlık alınan bir tedarikçi olup olmamasına göre, 10 alt amacın,
- Büroda kablolu bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmamasına göre, 16 alt amacın,

- Büroda kablosuz bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmamasına göre, 16 alt amacın,
- Büroda kablolu bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop, cep telefonu bağlanmasına izin verilip verilmemesine göre, 12 alt amacın,
- Büroda kablosuz bilgisayar ağlarına misafir bilgisayar, laptop, cep telefonu bağlanmasına izin verilip verilmemesine göre, 6 alt amacın, anlamsal farklılık gösterdiği görülmüştür.

Hukuk bürolarının, ISO/IEC 27001 BGYS amaçlarından aldıkları BGYSF100 puanlarının kendi içerisinde ortalamaları (0,741 puan) ile karşılaştırılmaları sonucunda yeterli ve yetersiz oldukları amaçların aşağıdakiler oldukları tespit edilmiştir.

#### Yeterli olunan amaçlar

- Varlık Yönetimi
- Kriptografi
- İşletim Güvenliği
- Haberleşme Güvenliği
- Uyum

#### Yetersiz olunan amaçlar

- Bilgi Güvenliği Politikaları
- Bilgi Güvenliği Organizasyonu
- İnsan Kaynakları Güvenliği
- Erişim Kontrolü
- Fiziksel ve Çevresel Güvenlik
- Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı
- Tedarikçi İlişkileri
- Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi
- İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları

Diğer taraftan, alt amaç seviyesinde incelenen hukuk bürolarının

İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine göre de ISO/IEC 27001 BGYS alt amaç sayılarının da değişken olduğu görülmekle birlikte, toplamda 35 alt amacın kriter olarak en az 15' i ile anlamsal bir ilişkinin varlığı aranacak olursa, İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine ilişkin olarak aşağıdaki özelliklerin öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği görülecektir.

- Bürodaki çalışan avukat sayısı
- Bürodaki çalışan personel sayısı
- Bürodaki çalışan yardımcı personel sayısı
- Büroda kullanılan bilgisayar sayısı
- Büroda kullanılan yazıcı sayısı
- Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir web sitesi olup olmaması
- Büroda kablolu bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmaması
- Büroda kablosuz bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmaması

Hukuk bürolarının ISO/IEC 27001 BGYS amaçlarına göre hesaplanan BGYSP100 puanlarının 0-100 aralığı için 10,381 gibi oldukça düşük bir seviyede kalmış olmasından dolayı, yeterliliklerinin artırılması için iki farklı bakış açısı geliştirilmiştir.

Birincisi, hukuk bürolarının, BGYSP puanı ortalamasına göre yeterli oldukları amaçlardan aldıkları BGYSP puanlarının artırılmasının amaçlanmasıdır.

İkincisi ise hukuk bürolarının, BGYSP puanı ortalamasına göre yetersiz oldukları amaçlardan aldıkları BGYSP puanlarının artırılmasıdır.

Çizelge 5. 15 ve üzeri alt amaç ile anlamsal farklılığa sahip insan kaynakları, bilişim teknolojileri ekipman ve bilişim teknolojileri iletişim özellikleri ile ortalama BGYSP puanına göre yeterli olunan ISO/IEC amaç ve alt amaç sayılarının incelenmesi

		Bürodaki çalışan avukat sayısı	Bürodaki çalışan personel sayısı	Bürodaki çalışan yardımcı personel sayısı	Büroda kullanılan bilgisayar sayısı	Büroda kullanılan yazıcı sayısı	Büro ve avukatlık hizmetleri için kullanılan özel bir web sitesi olup olmaması	Büroda kablololu bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmaması	Büroda kablolu bilgisayar ağı kullanılıp kullanılmaması
Yeterli Olunan Amaçlar	Varlık Yönetimi	2/3	3/3	2/3	1/3	-/3	1/3	-/3	1/3
	Kriptografi	1/1	1/1	1/1	1/1	-/1	1/1	-/1	1/1
	İşletim Güvenliği	4/5	2/5	-/5	1/5	2/5	4/5	1/5	3/5
	Haberleşme Güvenliği	2/2	2/2	1/2	2/2	1/2	1/2	-/2	1/2
	Uyum	1/2	2/2	1/2	1/2	2/2	-/2	1/2	1/2
Yetersiz Olunan Amaçlar	Bilgi Güvenliği Politikaları	-/1	1/1	1/1	1/1	-/1	-/1	-/1	-/1
	Bilgi Güvenliği Organizasyonu	2/2	2/2	1/2	2/2	2/2	-/2	1/2	1/2
	İnsan Kaynakları Güvenliği	1/3	1/3	3/3	1/3	3/3	1/3	-/3	1/3
	Erişim Kontrolü	4/4	2/4	2/4	3/4	1/4	2/4	2/4	3/4
	Fiziksel ve Çevresel Güvenlik	1/2	2/2	1/2	1/2	2/2	1/2	2/2	-/2
	Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı	1/3	1/3	-/3	3/3	2/3	2/3	1/3	-/3
	Tedarikçi İlişkileri	1/2	2/2	2/2	-/2	-/2	-/2	1/2	2/2
	Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi	1/1	1/1	1/1	1/1	-/1	1/1	-/1	-/1
	İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları	2/2	2/2	1/2	2/2	1/2	1/2	-/2	2/2



### **Güçlendirici Model ve Öneriler**

Bu modelde, BGYSP puanları, ortalama BGYSP puanlarından düşük olan amaçların, amaçlarla anlamsal farklılık gösteren İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine öncelik verilerek yükseltilmesi öngörülmüştür.

Güçlendirici modelde, hukuk büroları için, Çizelge 5 incelendiğinde;

1. Varlık Yönetimi amacı için öncelikli olarak büroda kullanılan yazıcı sayısı ve kablolu ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak büro web sitesi ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
2. Kriptografi amacı için öncelikli olarak, büroda kullanılan yazıcı sayısı ve kablolu ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
3. İşletim Güvenliği amacı için büroda çalışan yardımcı personel sayısı, ikincil öncelikli olarak, büroda kullanılan yazıcı sayısı ve kablolu ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
4. Haberleşme Güvenliği amacı için öncelikli olarak, büroda kablolu ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan yardımcı personel sayısı, büroda kullanılan yazıcı sayısı, büro web sitesi ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
5. Uyum amacı için öncelikli olarak, büro web sitesi, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan avukat sayısı, yardımcı personel sayısı, kablolu ağ kullanımı ve kablosuz ağ kullanımı konularında BG' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.

### **Tamamlayıcı Model ve Öneriler**

Bu modelde, BGYSP puanları, ortalama BGYSP puanlarından düşük olan amaçların, amaçlarla anlamsal farklılık gösteren İnsan Kaynakları, BTE ve BTİ özelliklerine öncelik verilerek yükseltilmesi öngörülmüştür.

Tamamlayıcı modelde, hukuk büroları için, Çizelge 5 incelendiğinde;

1. Bilgi Güvenliği Politikaları amacı için öncelikli olarak büroda çalışan avukat sayısı, yazıcı sayısı, kablolu ağ kullanımı, büro web sitesi, kablolu ağ kullanımı ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
2. Bilgi Güvenliği Organizasyonu amacı için öncelikli olarak, büro web sitesi, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan yardımcı personel sayısı, kablolu ağ kullanımı ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
3. İnsan Kaynakları Güvenliği amacı için öncelikli olarak, büroda kablolu ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan personel sayısı, büroda kullanılan bilgisayar sayısı, büro web sitesi ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
4. Erişim Kontrolü amacı için öncelikli olarak, büroda kullanılan yazıcı sayısı, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan personel sayısı, yardımcı personel sayısı, büro web sitesi ve kablolu ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
5. Fiziksel ve Çevresel Güvenlik amacı için öncelikli olarak, büroda kablosuz ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak, büroda çalışan avukat sayısı, yardımcı personel sayısı, kullanılan yazıcı sayısı ve büro web sitesi konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
6. Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı amacı için öncelikli olarak, büroda çalışan yardımcı personel sayısı ve kablosuz ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak, büroda çalışan avukat sayısı, personel sayısı ve kablosuz ağ kullanımı konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
7. Tedarikçi ilişkileri amacı için öncelikli olarak, büroda kullanılan bilgisayar sayısı, yazıcı sayısı ve büro web sitesi, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan avukat sayısı ve kablolu ağ kullanımı ko-

nularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.

8. Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi amacı için öncelikli olarak, büroda kullanılan yazıcı sayısı, kablolu ağ kullanımı ve kablosuz ağ kullanımı Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.
9. İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları amacı için öncelikli olarak, büroda kablolu ağ kullanımı, ikincil öncelikli olarak büroda çalışan yardımcı personel sayısı, kullanılan yazıcı sayısı ve büro web sitesi konularında Bilgi Güvenliğine' ne yönelik çalışma yapılması önerilmektedir.

### **Herhangi Bir Hukuk Bürosu İçin Tamamlayıcı ve Güçlendirici Model Önerileri**

ISO/IEC 27001 BGYS amaç ve alt amaçlarına bağlı olarak hazırlanan öz değerlendirme anketinin herhangi bir hukuk bürosu tarafından yanıtlanması ile hukuk bürosu için BGYS100 puanı hesaplamak, yeterli ve yetersiz oldukları amaçları belirlemek mümkündür.

Yeterli ve yetersiz olunan amaçlar için belirli bir eşik puan değeri göz önünde bulundurulabileceği gibi, büronun amaç puanları ortalaması kullanılarak kendi içerisinde, tüm katılımcıların ortalama puanları kullanılarak hukuk büroları arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmak da mümkündür. Değerlendirmenin objektifliği için 10, 25 ve 50 puan eşikleri için belirlenen amaçlar Çizelge 6' da yer aldığı şekilde hesaplanmıştır.

Tamamlayıcı modeller uygulanmak üzere, 30 ve 50 sıra numaralı anket katılımcısı hukuk bürolarının Çizelge 4' e göre yeterli ve yetersiz oldukları amaçlar değerlendirildiğinde, Çizelge 6' da yer alan amaçlar elde edilecektir.

Çizelge 6. 10, 25 ve 50 eşik puanları için 30 ve 50 sıra numaralı anket katılımcısı hukuk bürolarının yeterli ve yetersiz oldukları ISO/IEC 27001 amaçları

ISO/IEC 27001 Kontrol Amaçları	30 Sıra Nolu Hukuk Bürosu				50 Sıra Nolu Hukuk Bürosu			
	Puan	10 p	25 p	50 p	Puan	10 p	25 p	50 p
Bilgi Güvenliği Politikaları	0,000	X	X	X	0,000	X	X	X
Bilgi Güvenliği Organizasyonu	0,000	X	X	X	0,000	X	X	X
İnsan Kaynakları Güvenliği	0,000	X	X	X	0,000	X	X	X
Varlık Yönetimi	25,000	√	√	X	2,775	X	X	X
Erişim Kontrolü	0,000	X	X	X	12,000	√	X	X
Kriptografi	0,000	X	X	X	40,000	√	√	X
Fiziksel ve Çevresel Güvenlik	0,000	X	X	X	15,479	√	X	X
İşletim Güvenliği	15,479	√	X	X	40,479	√	√	X
Haberleşme Güvenliği	15,915	√	X	X	18,183	√	X	X
Sistem Temini, Geliştirme ve Bakımı	0,000	X	X	X	27,662	√	√	X
Tedarikçi İlişkileri	0,000	X	X	X	38,887	√	X	X
Bilgi Güvenliği İhlal Olayı Yönetimi	21,423	√	X	X	0,000	X	X	X
İş Sürekliliği Yönetiminin Bilgi Güvenliği Hususları	0,000	X	X	X	0,000	X	X	X
Uyum	89,282	√	√	√	82,141	√	√	√

## Kaynakça

### Makaleler

- Abawajy Jemal H, "User Preference of Cyber Security Awareness Delivery Methods", Behav Inf Technol 2014, 2014, 33(1), 236-47.
- Ahmad Atif, Bosua Rachele ve Scheepers Rens, "Protecting Organizational Competitive Advantage: A Knowledge Leakage Perspective", Computers & Security, 2014, 42(1), 27-39.

- Eugen Petac ve Petruț Duma, "Exploring the New Era of Cybersecurity Governance", *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series*, 2018, 18(1), 358-363.
- Motii Malik ve Semma Elalami, "Towards a New Approach to Pooling COBIT 5 and ITIL V3 with ISO IEC 27002 for Better Use of ITG in the Moroccan Parliament", *IJCSI International Journal of Computer Science Issues*, 2017, 14(3), 49-58.
- Romero Santiago Martín-Romo ve De-Pablos-Heredero Carmen, "Data Protection by Design: Organizational Integration", *Harvard Deusto Business Research*, 2016, 7(2), 60-71.
- Sohrabi Safa Nader, Von Solms Rossouw ve Furnell Steven, "Information Security Policy Compliance Model in Organizations", *Comput Secur* 2016, 2016, 56(1), 1-13.
- Wang Wendy Guwan, "Measuring information Security and Cyber Security on Private Cloud Computing", *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, 2019, 96(1), 156-168.

### **Bildiriler**

- Bin Hamid Ali Firkhan Ali ve Jali Mohd Zalisham, "Human-Technology Centric In Cyber Security Maintenance for Digital Transformation ERA", 1st International Conference on Big Data and Cloud Computing (ICoBiC), 2017.
- Correia Anacleto, Goncalves Antonio ve Teodoro M.Filomena, "A Model-Driven Approach to Information Security Compliance", AIP Conference Proceedings, 2017.
- Paja Elda, Dalpiaz Fabiano ve Giorgini Paolo, "Modelling and Reasoning About Security Requirements in Socio-Technical Systems", 24th International Conference on Advanced Information Systems Engineering (CAiSE), 2015, 855(1).

### **Rapor ve Kılavuzlar**

- Ernst&Young, Into the Cloud, Out of the Fog: Ernst & Young' s 2011 Global Information Security Survey, Ernst&Young Raporu, Londra, İngiltere, 2011.
- European Union (EU), Directive 95/46/EC, General Data Protection Regulation, 2016.
- European Union (EU), European Cybersecurity Centres of Expertise Map: Definition and Taxonomy, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2018.
- HM Government, 2015 Information Security Breaches Survey, HM Raporu, Londra, İngiltere, 2015.
- NIST SP 800-30, NIST Special Publication 800-30: Guide for Conducting Risk Assessments, 2012.
- PWC, Turnaround and Transformation in Cybersecurity, PWC Raporu, Londra, İngiltere, 2016.

### **Yüksek Lisans Tezleri**

- Kılıç Berker, ISO/IEC 27001 Bilgi Güvenliği Yönetim Sistemi Açısından Türkiye' de Hukuk Bürolarında Bilgi Güvenliği Yönetimi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü, Adli Bilişim Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, Aralık-2019.
- Große Christine, Towards an Integrated Framework for Quality and Information Security Management in Small Companies, Yüksek Lisans Tezi, Lulea Teknoloji

 niversitesi, Bilgisayar Bilimi Bölümü, Elektrik ve Uzay Mühendisliği, Lulea,  sve , 2016.

Mamers Tiiu, The Art and Science of Information Security Investments For Small Enterprise, Yüksek Lisans Tezi, Tallinn Teknoloji Üniversitesi, Bilgi Teknolojileri Okulu, Tallinn, Estonya, 2018.

# ULUSLARARASI TAHKİMDE ŞEFFAFLIK

## TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Şeyma AKKAŞOĞLU\*

**Özet:** Şeffaflık, uluslararası yargılamalarda güvenilirliğin sağlanması anlamında hukuki düzenlemelerde giderek önem kazanan bir kavram haline gelmiştir. Sistemin meşruluğunu, iyi yönetişimi, hesap sorulabilirliği ve aleniyeti sağlayan bir unsur olarak şeffaflık uluslararası tahkimde de temel bir değer olarak kabul edilmiş görünmektedir. Bu makalede, uluslararası tahkimde şeffaflığın anlamı ve bileşenleri açıklandıktan sonra kavramın kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi, kamunun katılımı, gizlilik ve mahremiyet kavramlarıyla bağlantısı ele alınacaktır. Özünde birbirinden farklı usuller olan uluslararası yatırım tahkimi ile uluslararası ticari tahkimde şeffaflık kavramının görünümü açıklandıktan sonra şeffaflık konusunda önemli hukuki düzenlemeler olan UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ve Mauritius Konvansiyonu ile NAFTA ve ICSID’de yer alan düzenlemeler de bu makalede ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Tahkimde Şeffaflık, Yatırımcı-Devlet Tahkimi, Amicus Curiae, Gizlilik, Mahremiyet

**Abstract:** Transparency has become an increasingly important concept in legal regulations, particularly in terms of ensuring reliability in international jurisdictions. Transparency as an element that ensures the legitimacy of the system, good governance, accountability, democratic international regime and publicity seems to be accepted as a fundamental value in international arbitration. In this article, after explaining the meaning and components of transparency in international arbitration, it will be discussed with the concepts of public access, disclosure, public participation, confidentiality and privacy. In international investment arbitration and international commercial arbitration, which are essentially different procedures, the appearance of transparency in both types of arbitration will also be explained. UNCITRAL Transparency Rules, the Mauritius Convention, NAFTA and ICSID, which are important legal regulations about transparency, will also be discussed in this article.

**Keywords:** Transparency, Investor-State Arbitration, Amicus Curiae, Confidentiality, Privacy

---

\* Avukat, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, seymakkasoglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0405-6995, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.04.2020, Kabul Tarihi: 07.04.2020

## GİRİŞ

Uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda, uluslararası ticaretin gereksinimleri nedeniyle uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim ön plandadır. Ülkelerin hukuk sistemlerinde meydana gelen değişiklikler, uyuşmazlığın sulh ile çözülmesindeki zorluk, davaların uzun yıllar sürmesi ve maliyetinin yüksek oluşu, kararların icrasında yaşanan güçlükler uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerde rastlanan hukuki risklerdir.<sup>1</sup> İşte bu hukuki riskleri en aza indirmede, uluslararası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda gelişen en uygun uyuşmazlık çözüm yolu tahkim olmuştur. Ticari ve ekonomik faktörlerin küresel entegrasyonu, uluslararası ticari tahkim davalarının tercih edilirliliğinin ve hacminin artmasına neden olmuştur.<sup>2</sup>

Tahkim genel olarak tarafların bir anlaşmazlıkta yasal olarak bağlayıcı bir karar vermesi için bağımsız ve tarafsız bir üçüncü tarafa yetki vermeyi kabul etmesidir.<sup>3</sup> Uluslararası tahkim kavramı, yabancılaşma unsuru taşıyan ve hakem aracılığıyla ihtilaf çözme tekniklerini içeren bir üst kavramdır.<sup>4</sup> Ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olmak üzere iki grupta incelenebilecek olan tahkim, uluslararası ticaret camiasında bağımsız ve tarafsız bir yargı merci olarak görüldüğü için günümüzde uluslararası ticaret mahkemesi fonksiyonu görmektedir.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 243; Gábor Szalay, *Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement*, Tilburg University LLM International Business Law, Master's Thesis, 2016, s. 13; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2017, C. 37, S. 2, ss. 846-873, s. 847; Gábor Szalay, "Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement", *Slovenian Arbitration Review*, 2017, Volume 6 Issue 1, ss. 17-34, (Arbitration and Transparency), s. 18.

<sup>2</sup> Jayems Dhingra, "Can Justice be Served Without Transparency in International Commercial Arbitrations?", *2015 UNCITRAL Emergence Conference- Harmonizing Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, 2015, Chapter 6, ss. 127-148, s. 14.

<sup>3</sup> John R. Crook, "Joint Study Panel On Transparency In International Commercial Arbitration", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2009, Volume 15, Issue 2, ss.361-365, s. 362.

<sup>4</sup> Sherlin Hsieh-lien Tung and Brian Lin, "More Transparency In International Commercial Arbitration: To Have Or Not To Have?", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, Volume 11, No. 1, ss.21-44, s. 24; Şanlı, s. 253.

<sup>5</sup> Örneğin, nakliye anlaşmazlıkları neredeyse her zaman tahkime atıfta bulunur, Tung and Lin, s. 30; Şanlı, s. 244; Jansen N. Calamita, "Dispute Settlement Trans-



Uluslararası ticarete tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebeplerden biri de hakem kararlarının icrasının yaygın ve kolay olmasıdır. Birleşmiş Milletler (BM) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Anlaşması'na göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları diğerinde tenfiz edilebilir. Yüzlerce imzacı üye devlete sahip olan New York Sözleşmesi'nin başarısı, sınır ötesi uyuşmazlık çözümü isteyen taraflar için tahkimi birincil seçenek konumuna getirmiştir.<sup>6</sup>

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda bu kadar sık tercih edilen tahkim sürecinde şeffaflığın sağlanmasının çok önemli olduğu tartışmasız bir gerçektir. Tahkimde şeffaflık konusu son yıllarda yabancı kaynaklarda sıklıkla ele alınmasına rağmen, Türk doktrininde bu konudaki eser sayısı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle konuyla alakalı olarak Türk doktrinine bir katkı sunmak amacıyla bu çalışmada tahkimde şeffaflık konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

## I. TAHKİMDE ŞEFFAFLIK KAVRAMI

### A. GENEL OLARAK ŞEFFAFLIK İLKESİ VE TAHKİMDE ŞEFFAFLIK

Genel anlamda şeffaflık (transparency) terimi uluslararası hukuk ile doğrudan ilişkili değilse de kamunun ve sivil toplum kuruluşlarının küresel yönetime aktif katılımının artmasıyla şeffaflık kavramı uluslararası hukukun temeli haline gelmiştir.<sup>7</sup> Şeffaflık, son yıllarda özellikle uluslararası yönetişimin ve uluslararası yargılamalarda güvenilirliğin sağlanması anlamında hukuki düzenlemelerde ön plana çıkmıştır.<sup>8</sup>

parency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy", *Journal of World Investment and Trade*, 2014, Volume 15, Issue 3-4, ss. 645-678, s. 648.

<sup>6</sup> Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), ET. 10.11.2019.

<sup>7</sup> Anne Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 507-607, s. 537 vd; Azhaham Perumal Saravanan and, Ramamurthy Subramanian, "Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *BRICS Law Journal*, 2018, Volume 5, Issue 4, ss. 114-138, s. 115.

<sup>8</sup> Uluslararası hukukta şeffaflık kavramı geniştir ve üç ayrı boyutu vardır: "Ku-

Şeffaflık, iyi yönetim sağlamak, sistemin genel meşruiyetini ve etkinliğini arttırmak için uluslararası hukuk sistemine aktarılan bir kamu hukuku paradigması ile ilişkilidir.<sup>9</sup> Sistemin meşruluğunu, iyi yönetimi (good governance), hesap sorulabilirliği (accountability), demokratik uluslararası rejimi (democratic international regime) ve aleniyeti sağlayan bir unsur olarak şeffaflık bu anlamda hukuki düzenlemelere konu olmaya başlamıştır.<sup>10</sup> Halkın, süreçlerin nasıl işlediği konusunda bilgi sahibi olduğu ve hesap sorabildiği bir sistem küresel yönetime katkı sağlamasının yanında demokratikleşmeye de olumlu etki etmektedir.<sup>11</sup> Günümüzde şeffaflık, insanların davranış-

---

rumsal şeffaflık”, uluslararası kuruluşların faaliyetlerinde uyguladıkları şeffaflık düzeyidir. “Yasama şeffaflığı” uluslararası hukukta yasa yapma süreçlerinin şeffaflık seviyesini ifade eder. “Usul şeffaflığı” uluslararası mahkemelerin yasal normları uygulama usulüyle ilgilidir. Genel olarak uluslararası hukukta tek bir şeffaflık tanımının elde edilmesi zordur, bkz. Gabriele Ruscalla, “Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?”, *Groningen Journal of International Law*, 2015, Volume 3, No.1, s. 2.

<sup>9</sup> Andrea Bianchi, “On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law”, in Andrea Bianchi and Anne Peters eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge 2013, s. 5.

<sup>10</sup> UN Commission on International Trade Law Report of the Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its 54th Session, New York, U.S., Feb. 7-11, 2011; Julie A. Maupin, “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky”, in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge, 2013, ss.142-171, s. 152; Peters, s. 558 vd; Lise Johnson and Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “New UNCITRAL Arbitration Rules On Transparency: Application, Content And Next Steps”, *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, 2013, [http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL\\_Rules\\_on\\_Transparency\\_commentary\\_FINAL.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf), ET. 01.12.2019, s. 4; Carolyn Ball, “What is Transparency?”, *Public Integrity*, 2009, Volume. 11, No. 4, ss. 293-307, s. 302-305; Calamita, s. 650 vd; Pınar Karacan, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı*, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 2 vd; Daniel Barstow Jr Magraw and Niranjali Manel Amerasinghe, “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, *ISLA Journal of International and Comparative Law*, 2009, Volume 15, No. 2, ss. 337-360, s. 349; Dhingra, s. 129; Bianchi, s. 8; Szalay, s. 19; Szalay, *Arbitration and Transparency*, s. 18; Julie Lee, “UNCITRAL’s Unclear Transparency Instrument, Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2013, Volume 33, Issue 2, ss. 438-474, s. 445, s. 446; Avinash Poorooye and Ronán Feehily, “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance”, *Harvard Negotiation Law Review*, 2017, Volume 22, ss. 275-324, s. 282; Doak Bishop and Margrete Stevens, “The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy”, *Arbitration Advocacy In Changing Times*, *ICCA Congress Series*, 2010, No. 15, s. 15.

<sup>11</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 349; Karacan, s. 1; João Ribeiro and Michael Doug-

larının siyasi, ahlaki ve bazen de yasal yönden yargılama standardı haline gelmiştir.<sup>12</sup>

Hukuk sistemleri açısından, tarafların yasal sürece serbestçe ulaşabildiği, kamunun yargılamanın adil olup olmadığını kontrol etme şansı bulunduğu bir sistem şeffaftır. Şeffaflık, anlaşmazlıkların kaydedilmesi, kamunun dokümanlara ulaşımı, kararlara erişim, yargılama işlemlerinin halka açık olması, sürecin raporlanmasına izin verilmesi gibi hususları kapsar.<sup>13</sup>

Yasal düzenlemelere eklenen şeffaflık kurallarının ve genel olarak şeffaflık eğiliminin amacı, esasında kamu çıkarlarını korumaktır. Uluslararası tahkimde muhtemel risk altındaki kamu çıkarlarını dört kategoriye ayırabiliriz: 1) demokrasi açığı kaygıları, 2) devlet hazinesiyle ilgili kaygılar ve vergi mükelleflerinin kaygıları, 3) hükümetin görevi kötüye kullandığı iddiaları, 4) önemli kamu politikası sorunları.<sup>14</sup> Şeffaflık, anılan bu riskler nedeniyle, kamuoyunun uluslararası tahkimde önemli bir paydaş olduğu fikrine dayanmaktadır. Özellikle yatırım anlaşması metinlerinin hazırlanması için şeffaf süreçlerin benimsenmesinin, en azından demokratik devletler için hızlı bir şekilde norm haline geldiği görülmektedir.<sup>15</sup>

Şeffaflık kavramının tanımı, kullanıldığı şartlara ve kullanan tarafla bağlı olarak değişmektedir. Uluslararası hukukta şeffaflık, tarafların yazılı ve sözlü gönderilerine erişim, duruşmaların kamuya açık olması, kararların yayınlanması gibi çeşitli usule ilişkin değerleri içermektedir.<sup>16</sup> Kullanıldığı disipline göre şeffaflık kavramının ifade etti-

las, "Transparency In Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, 2015, Volume. 11, No. 1, ss. 49-67, s. 56.

<sup>12</sup> Bianchi, s. 2.

<sup>13</sup> Ribeiro and Douglas, s. 52; Alexandre Marques da Silva Martins, "Challenges To Transparency And Ethics In Alternatives To Arbitration In The Realm Of International Investments", *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2016, Volume 11, ss. 321-376, s. 334-335; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", *OECD Working Papers on International Investment*, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 3-4.

<sup>14</sup> Robert Argen, "Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, Volume 40, Issue 1, ss. 207-246, s. 209.

<sup>15</sup> Maupin, s. 152.

<sup>16</sup> Thore Nuemann and Bruno Simma, "Transparency in International Adjudication", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law*,

ği anlamı tam olarak anlayabilmek için ayrıca bu kavramın gizlilik, mahremiyet gibi yakın kavramlarla ilişkisi ve etkileşimini de incelemek gerekmektedir. Zira etkili ve verimli bir süreç yönetimi ancak bu kavramlar arasında ideal dengenin sağlanmasıyla mümkün olacaktır. Tahkimde şeffaflık kavramı da bu bakımdan gizlilik, mahremiyet, kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi kavramları ekseninde ele alınmaktadır.

Uluslararası tahkim bakımından geniş anlamıyla şeffaflık kavramının kapsamında genel olarak şu hususlar yer almaktadır:<sup>17</sup>

1. Belgelere ulaşım (Access to documents),
2. Usule ilişkin olarak tarafların yazılı/sözlü bildirimlere ulaşması,
3. Üçüncü kişilerin sürece dahil olması (third party involvement),
4. Uyuşmazlık tarafı olmayanların sürece dahil olması (non-disputing party involvement),
5. Üçüncü tarafın uyuşmazlık çözüm sürecine müdahalesi ile verilen raporlar (amicus curiae briefs),
6. Duruşmaların açık olması (open hearings),
7. Kararların yayınlanması (publication of awards).

Şeffaflık ilkesinin yokluğu, özellikle yatırımcı-devlet tahkiminde, bir yatırım anlaşması kapsamında sağlanan adil ve eşit muamele hakkının ihlali anlamına gelebilir.<sup>18</sup> Bu bağlamda şeffaflık, açık adalet ilkesine karşılık gelen bir anlam içerir.<sup>19</sup> Açık adalet ilkesi de, oturumların kamuya açık olduğu, delillerin kamuya açık gösterildiği, argümanların açık mahkemede (hatta zaman zaman internette) yayımlandığı yasal süreçleri ifade eder.<sup>20</sup>

---

(Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 436-476, s. 436, 437; Ruscalla, s. 3; Ebba Söderberg, Investment Treaty Arbitration And Transparency-Transparency, Confidentiality And The Public Interest In International Investment Disputes, Uppsala Universitet, Master Thesis, 2019, s. 19.

<sup>17</sup> Calamita, s. 649; Szalay, s. 19; Karacan, s. 1.

<sup>18</sup> Ribeiro and Douglas, s. 51.

<sup>19</sup> Ribeiro and Douglas, s. 51.

<sup>20</sup> High Court of Australia, Current Cases – Submissions <http://www.hcourt.gov.au/cases/current-cases-submissions>, ET. 24.10.2019, Ribeiro and Douglas, s. 51.

Burada, şeffaflık kavramının, mahkemenin tarafsız ve bağımsız olma şartından nasıl bir farkı olduğu sorusu akla gelebilir. Şeffaflık kapsamında, uyuşmazlığın çözümü için sunulan tüm konular ve karar için esas alınan tüm hususların açık olması beklenmektedir. Diğer bir deyişle, mahkeme yalnızca kararında değil, tüm süreci yönetirken şeffaf olduğunu göstermek durumundadır. Bu bakımdan, bir tahkim kurumunun görevi yalnızca kapsamlı bir “usule ilişkin kurallar dizisinin geliştirilmesini” değil; aynı zamanda denetim kurullarının, fonksiyonel komitelerin veya mahkemelerin oluşumunu, tahkim sürecinin başlangıcından sonuna kadar tüm sürecin şeffaflığının sağlanmasını kapsamaktadır.<sup>21</sup> Nitekim mükemmel bir usuli kurallar dizisi yoktur ve kurumlar sürekli olarak onları gözden geçirmek ve bunu yaparken hem hakemlerin yaşadıkları zorlukları hem katılımcıların gereksinimlerini hem de sürecin amacını dikkate almak zorundadır.<sup>22</sup> İşte şeffaflık, bu sürekli iyileştirmenin anahtarıdır.

Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında ödenecek tazminat miktarlarının yüksek olması, istikrarsız kararların verilmesi gibi sebepler, tahkimde meşruiyet krizine yol açtığı için bu durum özellikle yatırım tahkiminde şeffaflıkla ilgili olumlu değişikliklerin yapılmasına ön ayak olmuştur. Özellikle uluslararası yatırım anlaşmalarının sayısındaki artış da, yatırımcı-devlet tahkiminde şeffaflığa duyulan ihtiyacı artırmıştır.<sup>23</sup>

Uluslararası tahkimde şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler 2001’de Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (North American Free Trade Agreement) - NAFTA’da yapılmıştır. Bunlar çok önemli değişiklikler getirmese de en azından şeffaflıkla ilgili tohumların ekilmesine vesile olmuştur.

Ardından 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını, tahkim sürecinde şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek

<sup>21</sup> Dhingra, s. 134.

<sup>22</sup> Catherine A. Rogers, “Transparency in International Commercial Arbitration”, *University of Kansas Law Review*, 2006, Volume 54, Issue 5, ss. 1301-1337, s. 1309.

<sup>23</sup> Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı’nın 2015 yılında yayınladığı nota göre (IIA Issue Note) anlaşmaların sayısı 3268’e yükselmiştir, UNCTAD IIA Team, IIA Issue Note No 1 - Recent Trends in IIAs and ISDS (February 2015).

şekilde değiştirmiştir.<sup>24</sup> Bu değişiklikler ICSID işlemlerini daha düzenli ve şeffaf hale getirme amaçlı olup tahkim sürecinde daha fazla güven uyandırmıştır.

Uluslararası tahkimde şeffaflık konusunda bir diğer önemli düzenleme, aşağıda ayrıntılı olarak bahsedilecek olan UNCITRAL – Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları’dır. ICSID ve NAFTA’nın yatırım tahkiminde getirdiği şeffaflık düzenlemeleri gerek UNCITRAL Şeffaflık Kuralları’nın ihdas edilmesinde gerek birçok tahkim kurumu ve anlaşmasında düzenlemeler yapılmasında vesile olmuştur. Yine konu hakkındaki bir diğer önemli düzenleme ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan 2017 tarihli Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Konvansiyonu (Mauritius Konvansiyonu)’dur.

#### A. KAMUYA AÇIKLIK (PUBLIC ACCESS) VE ŞEFFAFLIK

Yargılama işlemlerinin kamuya açık olması (public access), vatandaşların yargılamalara katılma veya bunlara erişme hakkını ifade eder. Bu, bireysel bir hak olarak tanımlansa da genel amacı, halkın yargı görevlilerini izlemesini kolaylaştırmak, gücün potansiyel kötüye kullanımını kontrol etmek ve nihai olarak yargı kalitesine katkıda bulunmaktır.<sup>25</sup>

Kamunun erişim hakkı gibi, şeffaflığın genel amacı da hakemin izlenmesini kolaylaştırmak ve performansının görülebilmesini sağlamaktır. Buna karşın şeffaflık, yalnızca “uyuşmazlıkla ilgili olan” taraflara karar ve süreç hakkında bilgi verilmesi anlamına gelirken, kamu erişimi adından da anlaşılacağı gibi tüm vatandaşların hakkıdır.<sup>26</sup> Araalarında bu gibi farklar olmakla birlikte, bu iki kavram büyük ölçüde birleşmektedir. Her ikisi de halkın yargılamalara katılma kabiliyetinin yanı sıra, süreci düzenleyen kuralların, süreç boyunca derlenen dos-

<sup>24</sup> Bu değişikliklerde *Aguas Provinciales et al. v. Argentine Republic* davası etkili olmuştur. Bkz. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Saravanan and Subramanian, s. 131.

<sup>25</sup> Kamuya açıklık bir bireysel hak olarak görülmekte iken şeffaflık genel olarak sistemin bir gereğidir, bkz. Rogers, s. 1304-1307; Poorooye and Feehily, s. 283.

<sup>26</sup> Rogers, s. 1307.

yaların ve kararın altında yatan nedenlerin ayrıntılı olarak açıklanmasını ifade eder. Bununla birlikte, kamuya açıklık ve kamunun erişimi, şeffaflığın olmazsa olmaz bir özelliği olarak görülmemektedir ancak şeffaflığı teşvik eden bir mekanizma olarak nitelendirilmektedir.<sup>27</sup> Kamuoyuna ücretsiz erişim hakkı verilmesi, birçok uluslararası mahkemenin şeffaflığı sağlamaya çalıştığı bir araç olarak faaliyet göstermektedir.<sup>28</sup>

Bugüne kadarki süreçte güçlü yatırımı koruyan yasaların getirilmesiyle birlikte tahkimde güç devletten yatırımcı lehine kaymıştır.<sup>29</sup> Kurulan özel kurumların ticari uyumsuzluklar esas alınarak kurulması, kurallar ihdas edilirken kamu yararı kavramının göz ardı edilmesine neden olmuş; bu nedenle tahkim süreçleri şeffaf olamamıştır.<sup>30</sup> Halkın katılımına izin vermeyen, hesap sorulamayan ve şeffaf olmayan tahkimler kamuoyunda tepkilere neden olmuştur.<sup>31</sup> Kurallar, kamunun tahkim ihtilafını, hakemlerin kim olduğunu ve uyumsuzluk konularını bilmesine olanak tanımamıştır. Hatta bu gizlilik, yatırımcı-devlet uyumsuzluğuna bakışı olumsuz etkilemiş ve zaman zaman tarafları tahkim yolundan uzaklaştırarak yatırım anlaşmalarının feshedilmesine sebep olmuştur. İşte bu noktada şeffaflık kavramı kapsamında “kamuya açıklığın” sağlanması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

Tahkimde şeffaflığın ve kamuya açıklığın sağlanmasının amacı, taraflar arasındaki ihtilafa ilişkin bütün ayrıntıların açıklanması değildir. Burada gizlilik yahut şeffaflığın yarıştırlarak birine öncelik tanınması da söz konusu değildir. Şeffaflık kavramı sayesinde, “kamuya açıklığın sağlanması gayesi ile gizliliğin dengelenmesi” buradaki temel hedeftir.

Şeffaflık kuralları uyarınca, tahkim duruşmaları kamuya açık olacak ve uyumsuzluğun taraflarının mahkemeye sunduğu belgeler kamuoyuna açıklanacaktır.<sup>32</sup> Taraflar kendi rızalarıyla tahkim anlaşmasına

<sup>27</sup> Rogers’a göre örneğin, bir Brezilya vatandaşının, Alman yasalarına göre yönetilen, bir Çin ve Rus tarafı arasındaki bir dava için Avusturya’da duruşmaya katılma hakkına sahip olma konusunda ısrar etmesinin anlamı belirsizdir. Bu nedenle kamuya açıklık şeffaflığın olmazsa olmazı değildir, Rogers, s. 1306.

<sup>28</sup> Rogers, s. 1307.

<sup>29</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 338.

<sup>30</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 338.

<sup>31</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 338.

<sup>32</sup> Argen, s. 209.

dahil olduğu için kamuya açık duruşma haklarından vazgeçtikleri söylenebilir. Ancak yine de insan hakları hukukunun temel ilkesi olarak kamuya açık duruşma, adil yargılama ve hesap sorulabilirliğin güvencesidir. Bu bakımdan sistemin meşruluğu için adil yargılama ve hesap sorulabilirlik hususu çerçevesinde hakem seçimi ve kararlara ulaşmada kamuya açıklık ve şeffaflık ilkesi uygulanmalıdır.<sup>33</sup>

Yatırımcı-devlet tahkiminde daha fazla şeffaflığa ve kamuya açıklığa yer verilmesi, ihtilafın çözümünün daha demokratik olmasına ve iyi yönetime katkı sağlayacaktır.<sup>34</sup> Zira hukukun üstünlüğünü benimseyen herhangi bir toplum, kamu yararını etkileyen konularda açık olmalıdır.<sup>35</sup> Kamuya açıklığın sağlanması için tahkim sürecinin bilinmesi, hakemlerin atanması, hakemlerin kimler olduğunun bilinmesi,<sup>36</sup> duruşmaların açık olması, belgelere ulaşımın sağlanması ve kararların yayınlanması gerekmektedir. Yatırımcı-devlet tahkiminde kamuya açıklık, halkın tahkim sürecinin hukuka uygun olarak ilerleyip ilerlemediğini görme imkanı sağlar.<sup>37</sup>

## B. KAMUNUN BİLGİLENDİRİLMESİ (DISCLOSURE), KAMUNUN SÜRECE KATILIMININ ARTIRILMASI (PUBLIC PARTICIPATION) VE ŞEFFAFLIK

Kamunun sürece katılımının mümkün olmadığı ve bilgilendirilmediği uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında devletlerin kamu karşısında hesap sorulabilirliği azalır.<sup>38</sup> Ancak bu, günümüzde kabul görmeyen bir anlayış olup bireylerin devletten hesap sorma talebi artmış durumdadır. Bugün bilgiye erişim veya bilgi özgürlüğü, dünyadaki demokratik sistemlerde tanınan bir haktır.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Karacan, s. 3; Ribeiro and Douglas, s. 61.

<sup>34</sup> Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, 2007, [http://www.ciel.org/Publications/CIEL\\_IISD\\_RevisingUNCITRAL\\_Dec07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf), ET.13.11.2019, s. 4; Lee, s. 446.

<sup>35</sup> Ribeiro and Douglas, s. 56.

<sup>36</sup> Hakem heyeti seçimi taraflar için de önemli olduğu için hakemin hizmet sunumundan memnun olmayan şirketler, hakemleri seçmeden önce geçmiş performanslarını gözden geçirmelerine izin verecek olan şeffaflığın sağlanmasını talep etmişlerdir, Poorooye and Feehily, s. 302.

<sup>37</sup> Ribeiro and Douglas, s. 56.

<sup>38</sup> Karacan, s. 10.

<sup>39</sup> Örneğin, son zamanlarda, Amerika Birleşik Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi,



Kamunun erişimi (public access) ve şeffaflık, karar alma süreçlerinin incelenmesini ve değerlendirilmesini sağlayarak onların meşruiyetini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Esas olarak karar vericilerin davranışlarını kontrol etmenin bir yoludur. Buna karşın kamunun bilgilendirilmesi kavramı (disclosure), sağlıklı sermaye piyasalarının sürdürülmesi, işgücü piyasalarının değişmesinde zorlukların azaltılması, halkın sağlık ve güvenlik tehditlerine karşı korunması, tüketicilerin satın aldıkları ürünler hakkında bilgilendirilmeleri gibi önemli temel konulara yönelir. Başka bir deyişle, kamunun bilgilendirilmesi yükümlülüğü temel bilgilere odaklanırken; kamunun bilgilendirilmesi kapsamındaki şeffaflık kuralları bu bilgilerin belirli bir kurum tarafından nasıl ele alındığına odaklanır.<sup>40</sup> Zorunlu bilgilendirme yükümlülüğü, belirli bilgi kategorilerinin karar sürecinin izlenmesine izin verdiği ölçüde şeffaflığı teşvik edebilir. Örneğin, halka açık şirketlerin önemli finansal bilgileri ifşa etmeleri gerekliliği, en temel düzeyde, yatırımcıların şirketlerin karlı olup olmadıklarını anlamalarına izin verir. Bu bilgi, kurumun kendi içinde karar vermesini de daha şeffaf hale getirerek yatırımcıların şirketin sağlıklı bir şekilde yönetilip yönetilmediğini ve dolayısıyla kar elde etmenin muhtemel olup olmadığını değerlendirmelerini sağlar.<sup>41</sup>

İnsan hakları hukuku ve iyi yönetim ilkelerine göre, devlet faaliyetleri, şeffaflık ve halkın katılımı temel şartlarına tabi olmalıdır.<sup>42</sup> Örneğin, hakemler tarafsızlıklarını etkileyebilecek herhangi bir çıkar çatışmasını ifşa etmek ve bu konuda bilgilendirme yapmak zorundadır; çünkü bu açıklama hakemlerin şeffaf bir şekilde atanmasını sağlar. Yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaflığı, bireylerin, yerel yasaların ve hükümetlerinin yatırım anlaşmaları kapsamındaki taahhütlerinin gerçek maliyeti hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlar.<sup>43</sup> Genel olarak kamuya açıklama yapmanın baskın amacı, kamu yararını korumaktır.

---

bilgiye erişimin bir insan hakkı olduğunu, bunun demokrasi için zorunlu olduğunu ilan etmiştir (Article 13), Magraw and Amerasinghe, s. 348.

<sup>40</sup> Rogers, s. 1310; Poorooye and Feehily, s. 284.

<sup>41</sup> Örnek için bkz. Rogers, s. 1310.

<sup>42</sup> Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, The UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) [http://www.ciel.org/Publications/CIEL\\_IISD\\_RevisingUNCITRAL\\_Dec07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf), ET. 13.11.2019, s. 4.

<sup>43</sup> Ribeiro and Douglas, s. 56.

Ancak tahkimde gizli bilgilerin açıklanması, kamu yararını korumak için her zaman ihtiyaç duyulan spesifik bilgilerle sınırlı tutulmalıdır.<sup>44</sup>

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ve alandaki diğer şeffaflık düzenlemeleri yapılmadan önce gerek UNCITRAL gerek ICSID'in tahkim kuralları, belgelere erişim ve bunların yayınlanması bakımından esnek hükümler değildi. ICSID kapsamında görülen *Biwater Gauff v. Tanzania* tahkimi, tahkim süreci sırasında belgelerin kamuya açıklanması konusunu ele alan ilk tahkimdir. Mahkemenin bu konuyu ele aldığı titizlik dikkat çekicidir. Şeffaflığa olan talep ile tarafların gizlilik ihtiyacının nasıl dengeleneceği sorusu bu tahkimde titizlikle ele alınmış ve bu değerlendirmeler gelecekteki yatırım tahkimleri üzerinde etkili olmuştur.<sup>45</sup>

Öte yandan, halk yatırımcı-devlet tahkiminin sonucundan etkileneceği için konu ile ilgili argümanlarını ortaya koyma ve sürece katılma fırsatı bulabilmelidir.<sup>46</sup> Bu bakımdan *amicus curiae* imkanı şeffaflığın önemli bir boyutudur. Latince "mahkemenin dostu" olarak geçen bu kavram, uyuşmazlığa taraf olmamakla birlikte uyuşmazlık konusu ile ilgisi bulunan/menfaati olanların, izin verilmesi halinde mahkemeyi etkilemek için verdikleri raporları ifade etmektedir.<sup>47</sup> *Amicus curiae* briefs ile, davayla ilgili yasal ve olgusal iddialar kamu yararı perspektifinden ortaya koyulmaktadır.<sup>48</sup> Bu bildirimler, sadece halkın konuyla ilgili bakış açısını ifade etmesini sağlamakla kalmaz; aynı zamanda uyuşmazlık taraflarınca dile getirilmeyen yasal argümanların veya gerçeklerin gündeme getirmelerini sağlar.<sup>49</sup> Anlaşma

<sup>44</sup> Poorooye and Feehily, s. 285.

<sup>45</sup> Christina Knahr and August Reinisch, "Transparency vs Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, Volume 6, ss. 97-118, s. 98.

<sup>46</sup> Ribeiro and Douglas, s. 59; Lucas Bastin, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International Comparative Law*, 2012, Volume 3 No.1, ss. 208-234, s. 208, 219.

<sup>47</sup> Ruscalla, s. 15-16; Martins, s. 347; Szalay, s. 25; Ribeiro and Douglas, s. 63.

<sup>48</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 343.

<sup>49</sup> Dimitrij Euler and Maxi Scherer, "Conclusion: The Rules as a Swing of the Pendulum?", in edited by Dimitrij Euler et al., by Meagan Wong and Rebecca Hadgett, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, (Cambridge University Press), Cambridge 2015, ss. 351-356, s. 355-356; Söderberg, s. 27; Magraw and Amerasinghe, s. 350.

hükümlerinin tek taraflı olarak yorumlanması riski de önlenmiş olur.<sup>50</sup> Ayrıca, halkın katılımı anlaşmalar için daha etkili bir uygulama sağlayabilir; çünkü katıldığı bir sürecin sonuçlarının halk tarafından kabulü daha olasıdır.<sup>51</sup>

Temel bilgilerin ifşa edilmesi ve gizli bilgilerin korunması arasında bir dengeye ulaşılan kadar, tahkim yargılamasında *amicus curiae* bildirimleriyle halkın katılımının sağlanması, en azından kamu yararı bulunan meselelerin halka duyulmasına hizmet ettiği için önemlidir.<sup>52</sup> Bir yatırımcı-devlet tahkiminin kamunun bilgilendirilmesine ve uluslararası incelemeye tabi olması durumunda hakemler de, tahkim kararını kendi çıkarları dışına çıkarmaya motive olurlar.<sup>53</sup> Öte yandan, *amicus curiae* bildirimlerinin, halka bilgi sağlamanın yanında, mahkemeye de yadsınamayacak bir katkısı bulunmaktadır. Çünkü yatırımla sınırlı olmamak üzere çeşitli alanlardaki sorunları ele alan mahkemeler, *amicus curiae* özetlerinde sunulan verilere, bu verilerdeki özel bilgi ve uzmanlık ile elde edilebilecek olan ayrıntılı istatistiksel tahminlere dayanmaktadırlar.<sup>54</sup>

Şeffaflık, halkın katılımının sağlanması için bir ön koşuldur, çünkü şeffaflık bilginin yayılmasını kolaylaştırır ve anlaşmazlığın bir dereceye kadar kamuoyuna açıklanmasını sağlar.<sup>55</sup> Bu bakımdan şeffaflık, vatandaşların kendilerini etkileyen kamu politikalarıyla ilgili karar alma sürecine katılma haklarını korumalarını ve takip etmelerini sağlamak için hayati bir araçtır.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> Ruscilla, s. 19.

<sup>51</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 352.

<sup>52</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 350.

<sup>53</sup> Ribeiro and Douglas, s. 59.

<sup>54</sup> Örneğin, Brazil Tyres, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Panelinde, kaplanmış lastiklerin kullanımı ve Brezilya'daki atık seviyelerinin azaltılmasındaki etkinlikleri ile ilgili *amicus curiae* özetlerinde sağlanan gerçeklere ve istatistiksel veri analizine dayanılmıştır, Panel Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, 114-40, WT/DS332/R, June 12, 2007, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/332r\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/332r_e.pdf), ET. 20.11.2019.

<sup>55</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 344.

<sup>56</sup> William Kenny, "Transparency in Investor State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2016, Volume 33, No. 5, ss. 471-500, s. 493.

### C. ŞEFFAFLIK KAVRAMININ GİZLİLİK (CONFIDENTIALITY) VE MAHREMİYET (PRIVACY) KAVRAMLARI İLE İLİŞKİSİ

Gizlilik, mahremiyet ve şeffaflık uluslararası tahkimin genel ilkeleri olarak ifade edilir. Bu ilkeler somut davanın özelliğine göre bir arada uyum içinde bulunabilecekleri gibi çakışan değerler olarak da yer alabilirler. Bu nedenle şeffaflık, tarafların gizliliğe ilişkin haklarından feragat olarak yorumlanmamalıdır.<sup>57</sup> Konu uluslararası ticari tahkim açısından ele alındığında, tarafların tahkim yolunu seçmesinin temel sebeplerinden birinin ticari sırlar, iş planları ve gizli bilgilerin korunması ile finansal sebepler olduğunu söyleyebiliriz.<sup>58</sup> Uluslararası yatırım tahkimi açısından ise şeffaflık ilkesi daha ön plandadır. Çünkü yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında tahkim yolu arttıkça, sivil toplum ve diğer aktörlerin tahkim prosedürüne ilişkin açıklık, şeffaflık ve süreci gözlemlene talebi artmıştır.<sup>59</sup> Yine yatırım tahkiminde uyuşmazlıklar, şeffaf işleyişin temel bir gereklilik olduğu düşünülen kamu yasaları kapsamına girmekte olduğu için şeffaflık kavramı önemlidir.<sup>60</sup>

Gizlilik (confidentiality), tarafların rızası olmaksızın hakemlerin bilgileri açıklayamayacağı anlamına gelen ilkedir.<sup>61</sup> Gizlilik ile genelde aynı anlamda kullanılan mahremiyet (privacy) kavramı ise tahkim sürecine yabancı birinin katılımının engellenmesi demektir. Esasında, gizlilik ve mahremiyet kavramlarının aynı madalyonun iki yüzü olduğunu söylemek mümkündür.<sup>62</sup> Uyuşmazlığın tarafı olmayanların ve hakemler, tanıklar ile tarafların yasal temsilcileri hariç üçüncü kişilerin sürece ve süreçte incelenen belgelere erişiminin olmaması mahremiyet

<sup>57</sup> Dhingra, s. 127.

<sup>58</sup> Tung and Lin, s. 24; Ruscalla, s. 6; Crook, s. 364; Ribeiro and Douglas, s. 50; Knahr and Reinisch, s. 110.

<sup>59</sup> Ruscalla, s. 8. Yapılan anketlerde de bu talep gözlenmiştir. Bkz. Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), ET. 10.11.2019.

<sup>60</sup> Örneğin *Esso v. Plowman* davasında, Avustralya Yüksek Mahkemesi, gizliliğin temel bir nitelik olarak kabul edilemeyeceği ve halkın kamu otoritesiyle ilgili konularda bilgi edinme konusundaki meşru ilgisinin geçerli olması gerektiği sonucuna varmıştır. Nitekim bu dava, şeffaflık konusundaki görüş farklılıkları için katalizör görevi görmüştür, bkz. Kenny, s. 485.

<sup>61</sup> Maupin, s. 161; Saravanan and Subramanian, s. 116; Tüysüz, s. 849.

<sup>62</sup> Dhingra, s. 4.

kavramı kapsamındadır.<sup>63</sup> Bu bakımdan aslında gizlilik kavramı mahremiyetten farklı bir kavramdır. Gizlilik kavramında katılımcıların bu bilgileri bilmeye hakkı olmakla birlikte yalnızca bunları ifşa etmeme yönünde bir yükümlülükleri vardır. Mahremiyet ise katılımı engellemektedir. Mahremiyet kavramı, kamuoyu tarafından bilinmeyen veya erişilemeyen bir anlaşmazlığın özelliklerini tanımlamak için kullanılmaktadır.

Tahkimde gizliliğe tabi olabilecek bilgileri üç ana kategoriye ayırabiliriz. Bunlar: a) tahkim prosedürünün veya yasal ihtilafın varlığına ilişkin bilgiler, b) prosedürün detaylarına ilişkin belge, delil vb bilgiler, c) karar ile ilgili bilgilerdir.<sup>64</sup> Mahremiyet ve gizlilik, tahkimin ayırt edici özellikleri arasında önemli bir rol oynamasına rağmen, bu kavramların belirli bir alanda ne ölçüde uygulanabileceği konusunda sınırlamalar vardır. Bu tür sınırlamalar, birçok farklı faktöre dayanabilir ancak çoğu durumda iç mevzuatın ve belirli uluslararası düzenlemelerin dayattığı şartlarla ilgilidir. Örneğin, kara para aklama konusunda yerel yasalar gizlilik derecesini sınırlayabilir, çünkü bu durumda kamu makamları tahkim prosedüründe yer alan belgelerin açıklanmasını isteme hakkına sahiptir.<sup>65</sup> Yine hakem kararının uygulanmasına ya da iptaline yönelik davalarda, tahkim sırasında sunulan bilgiler ve sürecin detayları kaçınılmaz olarak kamuya açık şekilde ortaya çıkacaktır. Tahkimde gizlilik kavramının önemi tartışılmaz olsa da, gizliliği kutsal ve dokunulmaz bir tahkim unsuru olarak değerlendirmek akıllıca olmaz. Bu tür bir yaklaşım risklidir. Çünkü gizliliğin, hukuka uygun olmayan şekilde verilen kararları gizleme aracı olması tehlikesi hakemlerin güvenilirliği açısından zararlıdır ve bu da uzun vadede tahkim kurumunun meşruluğuna zarar verecektir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Poorooye and Feehily, s. 281; Argen, s. 213; Tüysüz, s. 849; Szalay, s. 13.

<sup>64</sup> Cindy G. Buys, "The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, 2003, Volume 14, No. 121, ss. 121-138, s. 124.

<sup>65</sup> Szalay, s. 14; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 20.

<sup>66</sup> Kamu kaynakları ile ilgili konular, hakemlerin dar bir çevreden seçilebileceği alternatif bir mekanizma içinde değerlendirilmektedir ve hakem kararlarının iptaline yönelik olarak yerel mahkemenin karar alması oldukça sınırlıdır. Bu şekilde bir gizlilik kamuoyunda güvensizlik yaratmış ve işte tam bu noktada şeffaflık kuraları bir kurtarıcı olarak devreye girmiştir, Szalay, Arbitration and Transparency, s. 18, 22; Szalay, s. 20.

Uluslararası ticari tahkimde gizlilik kural olmamakla birlikte, taraflar kararlaştırırsa yahut uygulanacak hukuka göre gerekliyse (lex arbitri) söz konusu olur.<sup>67</sup> Diğer bir deyişle, aslında gizlilik uluslararası ticari tahkimde olmazsa olmaz bir ilke değildir. Bu nedenle, taraflar gizlilik konusuna önem verip bu konuda bir düzenleme yapmadıkça tahkim ilgililerinin yaklaşımı ve talebi şeffaflıktan yana olur. Uluslararası yatırım tahkimi de genellikle gizli olarak yapılır, ancak anlaşma ile kesinlikle gizli tutulması kararlaştırılabilir.<sup>68</sup> Genel olarak tahkim oturumları gizli yapılmakta, deliller gizli olarak sunulmaktadır. Gizlilik ilkesinin dayandığı temel norm, tarafların tahkimde gizliliği sağlamada serbest olmalarıdır.<sup>69</sup> Ancak bu gerekçe, yatırımcı-devlet tahkimine “kamu yararı” boyutu nedeniyle tam olarak aktarılamamaktadır. Zira şeffaflık ve gizlilik arasındaki gerginlik, önemli bir kamu çıkarı söz konusu olduğunda yükselmekte; bu gibi durumlarda, tarafların mahremiyeti ve gizliliği koruma konusundaki çıkarları, genel kamu yararı ile açıkça çelişmektedir.<sup>70</sup> *The Methanex v United States of America* davasında, kamu yararının yerine getirilmesinin, tarafların gizlilik talebinin yerine getirilmesinden daha önemli olduğunun belirtilmesi, kamu yararının gizliliğe ağır bastığı davaların bulunduğunu göstermektedir. Yine *Suez Vivendi v Argentina* davası da kamu yararının gizlilikten önemli görüldüğü bir başka örnektir.

Ticari sırlar, devlet sırları, gizli kalması istenen iş bilgileri, yasal veya mesleki ayrıcalık kapsamında korunan birtakım bilgiler şeffaflık kavramı içinde açıklanmayacak gizli hususlardır.<sup>71</sup> Tahkimde, “niteliği gereği” gizli kalması gereken bu bilgiler şeffaflık kapsamında değildir. Bu bakımdan, şeffaflık kuralları, tahkimde tamamen şeffaflığın benimsendiğini değil, bunun yerine, anlaşmaya dayalı yatırımcı-devlet tahkimlerinde mahremiyet yerine açıklığa doğru bir kayma olduğunu gösterir.<sup>72</sup> Uluslararası bir tahkim sürecinde gizli bir uyuşmazlık çözüm hizmeti sunulması amaçlanıyorsa, şeffaflık derecesi, bu güvenceyi sağlayacak şekilde ayarlanmalıdır.

<sup>67</sup> Tung and Lin, s. 26; Ruscilla, s. 9; Crook, s. 364; Ribeiro and Douglas, s. 50; Karacan, s. 22.

<sup>68</sup> Ribeiro and Douglas, s. 50.

<sup>69</sup> Ribeiro and Douglas, s. 50.

<sup>70</sup> Poorooye and Feehily, s. 299.

<sup>71</sup> Maupin, s. 159.

<sup>72</sup> Johnson and Bernasconi-Osterwalder, s. 7.

Tahkim sürecinde “şeffaflık karinesi” nin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şeffaflık karinesine göre, tahkime ilişkin belgelerin yayınlanmaması ve müzakerelerin kamuya kapalı olarak yapılması, ancak ve ancak açıkça tanımlanmış ve sınırları önceden belirlenmiş yasal istisnalar kapsamında mümkündür.<sup>73</sup> Burada bu istisnaların neden istisna kapsamında görüldüğünün de tatmin edici gerekçelerle kamuya açıklanması gerekmektedir. Bu sayede neden şeffaflığın uygulanmıyıp gizliliğin uygulandığı konusunda ispat yükü, şeffaflık ve açıklığı talep edenlere değil, kurumlara yüklenmiştir.<sup>74</sup> Bu, şeffaflığın sağlanması anlamında olumlu bir düzenlemedir.

#### D. ŞEFFAFLIĞIN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Hukukun üstünlüğü, demokratik katılım, yolsuzluk karşıtlığı, insan hakları, çevre koruma gibi önemli hususlarda şeffaflık gündeme gelmekte ve bu sayede bürokratik güç meşrulaştırılmaktadır.<sup>75</sup> Zira şeffaflık, süreçteki sorunlu alanları iyileştirmek için fırsatlar yarattığı için sistemi bir bütün olarak meşrulaştırmaya yardımcı olmaktadır.<sup>76</sup>

Şeffaflıkla uyumlu ilkeler “öngörülebilirlik (foreseeability), ulaşılabilirlik (accessibility) ve yasal netlik (legal clarity)” tir.<sup>77</sup> Şeffaflıkla bu ilkelerin birlikteliği sayesinde halkın sürece katılımı sağlanmakta ve hukukun üstünlüğü için elzem olan hesap sorulabilirlik elde edilmektedir. Yasal belirlilik sağlayan şeffaflık, keyfi kararlar verilmesinin önüne geçerek eşitlik ve adaletin tesis edilmesine yardımcı olur.

Şeffaflık uluslararası yatırımla ilgili yasal düzenlemelerin gelişimine katkı sağlayabilir. Şeffaflık sayesinde yatırıma ilişkin düzenlemeler ve kuralların uygulanıp yorumlanmasına ilişkin bilgiler ulaşılabilir olacağı için diğer paydaşların katılımına imkan tanınacak ve bu sayede ihtiyaca binaen yasal düzenlemeler geliştirilebilecektir.<sup>78</sup> Diğer bir deyişle, şeffaflık hükümetlerin, kişilerin ve kurumların var olan ya-

<sup>73</sup> Karacan, s. 2.

<sup>74</sup> Karacan, s. 2.

<sup>75</sup> Lee, s. 447; Magraw and Amerasinghe, s. 348; Karacan, s. 2.

<sup>76</sup> Calamita, s. 652; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 25; Magraw and Amerasinghe, s. 351.

<sup>77</sup> Karacan, s. 2; Esme, Shirlow, “Dawn Of A New Era? The Uncitral Rules And Un Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *ICSID Review*, 2016, Volume 31, No. 3, ss. 622-654, s. 637.

<sup>78</sup> Tung and Lin, s. 29.

saların geniş etkilerini gözlemlemelerini ve neyin işe yarayıp neyin yaramayacağını belirlemelerini sağlar.<sup>79</sup> Bu bakımdan yatırım anlaşmalarının içeriğinin geliştirilebilmesi için şeffaflık önemli bir kavramdır.<sup>80</sup>

Şeffaflığın sağladığı bir diğer avantaj ise içtihatların tutarlı olmasına katkı sağlamasıdır. Şeffaflık ilkesi gereği ilgili tahkim kararları yayınlanacağı için tutarlı kararlar verilmesi daha mümkün hale gelir. Her ne kadar uygulamada tahkimde emsal karar sistemi ve içtihat birliği (stare decisis) olmasa da hakemler benzer konularda verilmiş önceki kararları inceleyerek sistemin tutarlılığına dikkat edebilirler.<sup>81</sup> Ayrıca bu yolla uzun vadede, içtihatların yayınlanmasıyla *de facto* bir içtihat hukuku oluşacaktır.<sup>82</sup> Nitekim bu, ICSID tarafından düzenli olarak kararların ve diğer önemli belgelerin yayınlanmasıyla bir dereceye kadar sağlanmıştır.<sup>83</sup> Bu da daha az tecrübe sahibi hakemlerin yetişmesine katkı sağlayacaktır.

Şeffaflık ilkesi kapsamında kararların yayınlanmasının bir diğer faydası da yatırımcılara ve ev sahibi devlete yatırım anlaşmalarının nasıl yorumlandığı konusunda yol gösterici olması ve akademik tartışmayı artırarak yatırım hukukuna ilişkin standartların gelişmesine katkı sağlamasıdır.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 352.

<sup>80</sup> Maupin, s. 142.

<sup>81</sup> Şeffaflık sayesinde benzer davalarda benzer kararlar veren tahkim mahkemeleleri böylece hukukun üstünlüğü temelinde eşitlik ilkesine hizmet edebilir, Ribeiro and Douglas, s. 60. Poorooye and Feehily, s. 313; Ruscalla, s. 12; Samuel Levander, "Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, Volume 52, Issue 2, ss. 506-541, s. 511; Shirlow, s. 637; Dhingra, s. 133; Rogers, s. 1335; Magraw and Amerasinghe, s. 350; Ribeiro and Douglas, s. 60; Sedat Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57 S. 4, ss. 135-190, s. 147, 155.

<sup>82</sup> Tung and Lin, s. 30; Knahr and Reinisch, s. 111; Magraw and Amerasinghe, s. 339, 351; Lee, s. 447; Ruscalla, s. 12; Ribeiro and Douglas, s. 60.

<sup>83</sup> Kararlar için bkz. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>, ET. 16.11.2019.

<sup>84</sup> Poorooye and Feehily, s. 303; Calamita, s. 652; Rogers, s. 1319-1320; Tung and Lin, s. 40; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 25; OECD, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, *OECD Publishing*, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 11; Christian Guillermo Fernandez and David Fernández Puyana, "Principles of Transparency and Inclusiveness as Pillars of Global Governance: The BRICS Approach to the United Nations", *BRICS Law Journal*, 2015, Volume 2, Issue 2, ss.7-24, s. 15-16.



Yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin önemli hususlar şeffaflık sayesinde kamuya duyurulduğunda, katılımcı ülkede menfaat sahibi olan diğer yatırımcılar, yatırım anlaşması kapsamındaki haklarını ve karşılaştıkları riskleri anlamak için daha iyi bir konumda olacaktır.<sup>85</sup> Çünkü ev sahibi devletin düzenleyici politikasına genel bakış, yatırımlarla ilgili mevzuatına ilişkin öngörülebilirliği artırır.<sup>86</sup>

Şeffaflık ilkesi sayesinde bizatihi tahkim kurumunun iyileşmesi ve itibarının artması da mümkündür.<sup>87</sup> Çünkü şeffaflık ile tahkim prosedürünün ve yasaların nasıl işlediği, sistemdeki sorunların nasıl çözüldüğü taraflar, hükümetler, ilgililer ve kurumlar tarafından gözlenmektedir. Bu sayede, sistemin aksayan yönlerine çözüm önerileri de getirilebilecektir.

Hakemler, avukatlar ve taraflar sürecin kamu tarafından izlendiğini bildikleri için süreçteki yolsuzluk ihtimalinin azalacak olması da bir diğer önemli katkıdır.<sup>88</sup> Uluslararası yatırım tahkiminde şeffaflığın artırılması, mahkemelerin adil ve dürüst karar alma süreçlerine dahil oldukları algısını artırarak ve yatırım istikrarı için makul beklentiler yaratarak meşruiyeti artırabilir.<sup>89</sup>

Şeffaflığın artmasıyla birlikte kararların online olarak yayınlanmasıyla hakemlerin de daha hatasız, kesin ve doğru kararlar vermeye çalışmaları, tahkimde itiraz mekanizmasının sınırlı olduğu göz önüne alındığında oldukça önemli bir avantajdır.<sup>90</sup> Kamunun sürece katkı sağlama imkanı olacağı için sonrasında daha az itiraz ile karşılaşılacaktır. Amicus curiae briefs imkanı sayesinde farklı perspektif ve argümanlar tartışılarak kararların da kalitesi artırılmış olacaktır.<sup>91</sup>

Şeffaflık ile taraflar belli başlı konuları açıklamak zorunda olacağı için tarafların savunmalarını hazırlaması da buna göre şekillenir. Şef-

<sup>85</sup> Euler and Scherer, s. 355; Kenny, s. 498; Ribeiro and Douglas, s. 59; Söderberg, s. 20-21.

<sup>86</sup> Calamita, s. 652; Söderberg, s. 11.

<sup>87</sup> Tung and Lin, s. 29; Szalay, s. 22; Ribeiro and Douglas, s. 61.

<sup>88</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 345.

<sup>89</sup> Levander, s. 512-513.

<sup>90</sup> Çal, s. 147; Ribeiro and Douglas, s. 59; Magraw and Amerasinghe, s. 350.

<sup>91</sup> Ribeiro and Douglas, s. 59. Örneğin, Biwater davasında mahkeme, amicus curiae bildirimlerinin anlaşmazlık konusunun ve bağlamının belirlenmesindeki önemi dikkat çekmiştir, bkz. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, Magraw and Amerasinghe, s. 345.

faflık sayesinde sistemde öngörülebilirlik seviyesi arttığında taraflar iddialarının geçerliliği ile ilgili olarak daha fazla bilgi sahibi olur ve dava mı açacaklarına yahut bunun yerine uzlaşmaya mı odaklanacaklarına karar vermede daha fazla netlik elde ederler.<sup>92</sup> Şeffaflık, aynı zamanda hakemlerin bilgi ve deneyimlerini paylaşmaları ve hakem kararlarının yapıcı eleştirilerini sunmaları için bir forum da oluşturur.<sup>93</sup>

Tüm bunların yanında elbet şeffaflığın taraflar için dezavantajlı olabilecek yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan biri, görüşmelerin niteliğine ilişkin sorunlar olup güvenlik, ticari sır, gizlilik gibi menfaatlardır. Zira taraflar tahkim prosedürüne taşıdıkları uyuşmazlıklarda ticari sırlarının açığa çıkmamasını ve gizliliğin sağlanmasını isteme hakkına da sahiptir. Şeffaflık ilkesi uygulandığı takdirde bazı durumlarda tarafların dezavantajlı konuma geçmesi mümkündür. Bu riski önlemek için örneğin, ICSID kapsamında, eğer bir taraf itiraz ederse, tarafların iddiaları, tanıklar ve kanıtlar dahil tüm bilgiler uyuşmazlık dışı üçüncü şahıslara ifşa edilemez.<sup>94</sup>

Öte yandan şeffaflığın sağlanmasına ilişkin olarak alınacak tedbirlerin ve yapılacak düzenlemelerin maliyetli olma ihtimali de bir diğer dezavantajlı durumdur.<sup>95</sup> Örneğin, *Methanex v. USA* uyuşmazlığında mahkeme, amicus curiae bildirimlerinin kabul edilmesinin tahkimin genel maliyetine önemli ölçüde katkıda bulunabileceğini ve taraflara fazla yük getirme riski bulunduğunu belirtmiştir.<sup>96</sup> Ancak bunun için de bazı kurumlar maliyet düşürücü birtakım tedbirler geliştirmişlerdir. Örneğin, NAFTA'da amicus curiae bildirimleri için 5-20 arası sayfa sınırlaması getirilmiştir.<sup>97</sup> Diğer bir yöntem ise stratejik işbirliklerinin kullanılmasıdır. Örneğin, Biwater uyuşmazlığında, mahkemeye sunulan bir amicus curiae bildirimini üzerinde beş sivil toplum kuruluşu işbirliği yapmıştır. Tahkimlerin diğer bağlayıcı uyuşmazlık çözüm yollarından daha ucuz olması amaçlandığından, fazla maliyetler tahkim kullanımını engelleyebilir. Yine, amicus curiae özetlerini anlaşmazlık

<sup>92</sup> Tung and Lin, s. 29.

<sup>93</sup> Poorooye and Feehily, s. 303.

<sup>94</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 360.

<sup>95</sup> Rogers, s. 1326; Martins, s. 347; Magraw and Amerasinghe, s. 352; Ribeiro and Douglas, s. 61.

<sup>96</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 353.

<sup>97</sup> Ancak bu, her davada optimal sonuçlar vermeyebilir, Magraw and Amerasinghe, s. 353-356.

kapsamındaki önemli konularla sınırlandırmak da maliyetleri azaltmaya yardımcı olabilir.<sup>98</sup>

Tahkim sürecinin kamuya açılmasının, muhakemenin bütünlüğünü, hızını ve verimliliğini olumsuz etkileyebilme olasılığı da ileri sürülmüştür.<sup>99</sup> Bu görüşe karşın, tarafların duruşmalara bizzat katılmak zorunda olmaması ve sürecin internet yayını gibi yöntemlerle de izlenebilir olması öne sürülmüştür.<sup>100</sup> Basılı bilgilerin yayınlanmasıyla karşılaştırıldığında, internet, işlemlerin daha şeffaf hale getirilmesi için düşük maliyetli bir sistemdir. Örneğin, ICSID bir kayıt sistemi tutmakta ve ilgili tüm bilgileri web sitesinde yayınlamaktadır. ICSID, Canfor davasında kapalı devre televizyon aracılığıyla, oturumları canlı olarak yayınlamıştır.<sup>101</sup> Bu örnekler, açık oturumların düşük bir maliyetle ve gecikmeden mümkün olduğunu göstermektedir.

Şeffaflık ile sürecin kamuya yayınlanması ve üçüncü kişilerin geri bildirimlerinin incelenmesi süreci uzatması bakımından dezavantajlı olabilir.<sup>102</sup> Bu konudaki dezavantaj, taraf olmayanların bildirim süreçlerinin sınırlandırılması ve katılım için ön koşul olarak yeterli bir menfaatin aranması zorunlu kılınmak suretiyle en aza indirilebilir.<sup>103</sup>

Şeffaflık arttıkça gizliliğin azalması taraflar arasında gerginliğe sebep olabilir. Zira bir yandan, tarafların gizliliğe ihtiyacı vardır, ancak diğer taraftan kamu katılımcılarının daha bilinçli sunumlar yapmak için daha fazla bilgiye ihtiyacı vardır. Bu da dezavantaj yaratan, dengelemesi zor bir durumdur.

Öte yandan, kamunun katılımında eşitsizlik olma ihtimali de bir diğer dezavantaj yaratabilecek durumdur. Amicus curiae briefs sunmak fon ve bilgi birikimi gerektirdiği için sivil toplum kuruluşları ile gelişmekte olan ülkelerden katılanlar arasında eşitsizlik meydana gelebilecektir.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Bu konuda mahkemelere sınırlı da olsa takdir yetkisi tanınması faydalı olacaktır, Magraw and Amerasinghe, s. 356.

<sup>99</sup> Karacan, s. 12.

<sup>100</sup> Karacan, s. 12; Magraw and Amerasinghe, s. 357.

<sup>101</sup> <https://www.italaw.com/cases/200>, ET. 11.11.2019; Magraw and Amerasinghe, s. 353

<sup>102</sup> Ribeiro and Douglas, s. 61; Magraw and Amerasinghe, s. 353

<sup>103</sup> Ribeiro and Douglas, s. 61; Magraw and Amerasinghe, s. 358.

<sup>104</sup> Karacan, s. 14; Magraw and Amerasinghe, s. 355.

Diğer dezavantaj oluşturabilecek durum, tahkim yargılamasının açıklanmasıyla anlaşmazlığın siyasallaştırılması ve medya ile halkın baskısı altında kalması riskidir.<sup>105</sup> Örneğin, *Biwater v. Tanzania* gibi yüksek oranda kamuya açık olan davalarda, medyadaki bir anlaşmazlığın kovuşturulmasının tahkim prosedürünün bütünlüğünü etkileyebileceği ileri sürülmüştür.

Bir diğer dezavantaj, mahkemeyi oluşturan hakemlerin, *amicus curiae* gönderen kişilerle çıkar çatışması yaratacak şekilde kısa ilişki kurması riski nedeniyle potansiyel çıkar çatışmasının yaşanması ihtimalidir.<sup>106</sup> Hakem havuzu, STK'larla bağlantısı olabilecek uzmanlardan oluşur ve bunun tespit edilmesi zor olabilir. Hakemler ve taraflar arasındaki çıkar çatışmalarını tespit etmek için uygulanan güvencelelerin aksine, üçüncü kişiler ve hakemler arasındaki çatışmaları ele almak için belirli bir mekanizma yoktur.

## II. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ İLE ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ŞEFFAFLIK VE KONUYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

### A. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ İLE ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ŞEFFAFLIK KAVRAMININ GÖRÜNÜMÜ

#### 1. Uluslararası Yatırım Tahkimi İle Uluslararası Ticari Tahkim Arasındaki Farklar

Uluslararası ticari tahkim kavramı, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için başvuru olan yatırım tahkimini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Uluslararası yatırım tahkiminde, uluslararası ticari tahkimin kuralları kullanıldığı için bu iki kavram çok fazla ayrıştırılmamıştır ancak özünde birbirinden farklı olan usullerdir.<sup>107</sup> Yatırım tahkimi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında gerçekleşti-

<sup>105</sup> Örneğin *Biwater* davasında bu sebeple gizlilik kararı verilmiştir, Magraw and Amerasinghe, s. 354.

<sup>106</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 356.

<sup>107</sup> Calamita, s. 648; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 2; Çal, s. 166.

rilmekte olup iki özel taraf söz konusu değildir. Yatırım tahkiminin aksine uluslararası ticari tahkim sistemi, esas olarak, özel taraflar arasındaki özel hukuk iddialarını, herhangi bir ulusal siyasi bağlamdan ve kurulan uluslararası yönetim kurumlarından bağımsız bir sistemde düzenlemektedir.<sup>108</sup> Yatırım tahkiminin hem ticari hem de uluslararası kamu hukuku özelliklerini içinde barındıran karma niteliğine karşın, hakem heyetlerinin genellikle ticari tahkim pratiğinden gelmeleri ve bu nedenle ticari tahkim yaklaşımının ağırlık kazanması, esasında bu konuda önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.<sup>109</sup>

Her ne kadar ticari tahkimde de taraflardan birinin bir devlet olması mümkünse de, bu, uygulamada nadir rastlanan bir durumdur. Bununla birlikte, bir tarafını devletin oluşturduğu ticari tahkimlerde devletler, yatırım tahkiminden farklı olarak üstün emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla değil, özel hukuk kişisi gibi hareket eder.<sup>110</sup>

Yatırımcı-devlet tahkimleri, kamu politikası hedeflerine ulaşmayı amaçlayan devlet önlemlerine yönelik zorlukları göz önünde bulundurur.<sup>111</sup> Bu nedenle kamu politikası çıkarlarını ilgilendiren davalarla ilgili daha fazla bilginin halka sunulması gerekmektedir. Zira bu tahkimde şikayet, bir hükümet tarafından gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olacaktır. ABD'nin Methanex davasında amicus curiae konusundaki ifadelerinde, yatırım tahkiminin, tipik bir uluslararası ticari anlaşmazlıktan, hatta bir kamu kuruluşunu içeren ticari tahkimden bile temel olarak farklı olduğu belirtilmiş; yatırım tahkiminin temel hükümet eylemlerini ilgilendirmesi nedeniyle ticari sözleşme ihlallerinin ötesine geçtiği vurgulanmıştır.<sup>112</sup>

Geleneksel ticari tahkimler, standart ticari konuları ve sözleşmeyle ilgili konuları kapsamaktadır. Buna karşın, yatırımcı-devlet tahkimleri tipik olarak, bulanık anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması ile geniş çapta yerel etkilere sahip olan önemli ve hassas kamu

<sup>108</sup> Rogers, s. 1309.

<sup>109</sup> Çal, s. 167.

<sup>110</sup> İnci Ataman Figanmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152, s. 145.

<sup>111</sup> Ribeiro and Douglas, s. 55.

<sup>112</sup> Methanex Corp. v. United States of America (First Submission on Amicus Application, USA), 27 Oct.

<sup>2000</sup>, at 4-5, <https://www.italaw.com/cases/683>, ET.12.11.2019.

sorunlarının çözümünü içerir.<sup>113</sup> Diğer bir deyişle, ticari tahkimler tamamen özel nitelikteki ticari ihtilaflardan ortaya çıkarken yatırım tahkimleri iki veya çok taraflı anlaşmaların kapsadığı faaliyetlerden kaynaklanan ihtilaflardan ortaya çıkar.<sup>114</sup> Bu nedenle yatırım tahkiminde, şeffaflık normlarını sadece yasalar ve kurumlar açısından değil, aynı zamanda halk dahil olmak üzere, süreçten doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilecek geniş bir paydaş yelpazesinin çıkarları ışığında incelemek esastır.<sup>115</sup>

Yatırım tahkiminde uyuşmazlığın bir tarafını hükümet teşkil ettiği için uyuşmazlık sonucu kamu yararını etkileyecek niteliktedir.<sup>116</sup> Yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklar genel olarak insan hakları, kamu sağlığı, çevre, sosyal politikalar, yerli halkın hakları, suyun korunması, hayvan sağlığının korunması, alternatif enerji politikaları, petrol-doğalgaz gibi doğal kaynaklar, tütün kontrolü, doğal koruma alanlarında madencilik gibi hususlara ilişkin olmaktadır.<sup>117</sup> Yatırımcı, ev sahibi devletin kamu menfaatini koruma amacıyla öngördüğü bir takım düzenlemelere tabi olmak istememekte ve konu yatırım tahkimine taşınmaktadır.<sup>118</sup>

İç politika ve hükümet eylemlerinin bütünlüğü ve etkinliğini korumak için kamunun yatırım tahkimine ilgisinin olması doğaldır.<sup>119</sup> Hatta bu ilgi bazen taraf devletin sınırlarının ötesine bile uzanmaktadır. Uluslararası Sürdürülebilir Kalkınma Enstitüsü'ne göre (The Center for International Environmental Law and International Institute for

<sup>113</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 340; Lee, s. 446.

<sup>114</sup> Crook, s. 362-363; Argen, s. 207; Szalay, s. 20.

<sup>115</sup> Maupin, s. 148.

<sup>116</sup> Çal, s. 146-147; Knahr and Reinisch, s. 113; Lee, s. 446; Calamita, s. 648; Argen, s. 210; Magraw and Amerasinghe, s. 337-338; Szalay, s. 22; Ribeiro and Douglas, s. 56; Kenny, s. 488; Bishop and Stevens, s. 14; Söderberg, s. 10.

<sup>117</sup> Ataman Figanmeşe, s. 139; Magraw and Amerasinghe, s. 339; Ribeiro and Douglas, s. 57. İçme suyuyla ilgili bir dava için bkz. *Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia (Jurisdiction)* (ICSID, Case No ARB/02/3, 21 October 2005), [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf), ET.13.11.2019; Benzine katkı maddesi yasağıyla ilgili karar için bkz. *Methanex Corporation v United States of America (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits)* (Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 August 2005), ET. 13.11.2019; Euler and Scherer, s 351.

<sup>118</sup> Ataman Figanmeşe, s. 139.

<sup>119</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 339.

Sustainable Development - CISDL), tahkim süreci ve sonucunda hükümetin nasıl davranacağına dair kamunun ilgisi, yatırım tahkimini ticari tahkimden ayırt eden temel unsurdur.<sup>120</sup>

Öte yandan, yatırım uyuşmazlıklarında olumsuz kararların devlet bütçesinden karşılanacak olması da ülkenin ekonomik refah seviyesini etkileyeceği için uyuşmazlıkların kamu yararı boyutu ön plana çıkmaktadır.<sup>121</sup> Zira vatandaşların vergilerinin nasıl kullanıldığını görme ve devlet maliyesini etkileyen tahkimleri bilme hakları vardır. Bu bakımdan anlaşmalara taraf olan devletler, vatandaşlarına karşı, yatırım anlaşmalarından sağlanan faydalar yanında getirilen maliyetleri de etraflıca bildirmek durumundadır.<sup>122</sup>

Buna karşın, uluslararası ticari tahkimde genellikle kamu yararı söz konusu değildir. Yine uluslararası ticari tahkimde taraf özerkliği (party autonomy) önemli ve tercih sebebi iken yatırım tahkiminde taraf özerkliği temel esas değildir.<sup>123</sup>

Uluslararası yatırım tahkimindeki yaptırımlar, ticari tahkimden farklılık arz etmektedir. Uluslararası yatırım tahkiminde tazminat yaptırımının yanında taraf devletin uyuşmazlığa neden olan yasal düzenlemesinin de değiştirilmesi istenmektedir.<sup>124</sup>

## 1. Uluslararası Yatırım Tahkimi İle Uluslararası Ticari Tahkimde Şeffaflık

Şeffaflığa ilişkin kuralların kapsamı, tahkimin yatırımcı-devlet tahkimi mi yoksa uluslararası ticari tahkim mi olduğuna göre değişebileceği gibi yatırım tahkiminin kendi içinde yahut kurumdan kuruma bile farklılık gösterebilir.<sup>125</sup> İki tahkim türü arasında yukarıda bahsedilen farklılıklar uluslararası kuruluşlar ve akademik çevrelerce de ince-

<sup>120</sup> Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) [http://www.ciel.org/Publications/CIEL\\_IISD\\_RevisingUNCITRAL\\_Dec07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf) , ET.13.11.2019, s. 4.

<sup>121</sup> Poorooye and Feehily, s. 309; Argen, s. 231; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 26; Karacan, s. 17-18; Szalay, s. 20; Shirlow, s. 632.

<sup>122</sup> Ribeiro and Douglas, s. 58; Argen, s. 232.

<sup>123</sup> Karacan, s. 24.

<sup>124</sup> Karacan, s. 27.

<sup>125</sup> Uluslararası yatırım hukuku sisteminin şeffaf, yarı şeffaf ve şeffaf olmayan yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maupin, s. 159-166.

lenmiş ve kurallara yönelik bir ayırım yapılması ihtiyacının olduğu dile getirilmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından düzenlenen toplantıda, ticari tahkim dikkate alınarak düzenlenen UNCITRAL Tahkim Kurallarının yatırım tahkiminin ihtiyaçlarını karşılayabilir hale getirilmesi için yapılması gerekenler ele alınmış; yayınlanan raporda, yatırım tahkiminin kendine özgü niteliği nedeniyle ticari tahkim gibi gizli yürütülmesinin sakıncaları, şeffaflık ihtiyacı ve yatırım tahkiminde amicus curiae bildirimlerinin kabulü hususları tartışılmıştır.<sup>126</sup>

Yatırımcı-devlet tahkiminde kamu yararı söz konusu olduğu için kamuya açıklık ve bilgiye ulaşım esastır.<sup>127</sup> Zira ev sahibi devletin faaliyetinin kamu bilinciyle izlenmesi gerekmektedir. Kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan çekişmelerde yargılamanın tahkime bırakılıp kamudan gizli tutulması affedilmez bir çelişki olacaktır.<sup>128</sup> Ancak yakın zamana kadar halk çoğu zaman, bir uyuşmazlık hakkında tahkimin olup olmadığını, varsa tahkim planını, hakemlerin kim olduğunu, hangi yasal iddia ve argümanların söz konusu olduğunu, usule ilişkin kararları, sözlü sunumları ve son kararı bilmemiştir.<sup>129</sup> Yatırım tahkimindeki bu şeffaflık eksikliği, sık sık rejime güvensizlik duyulmasına neden olan bir faktör olarak ve meşruiyet krizinin bir bileşeni olarak görülmüştür.<sup>130</sup>

Tahkim mahkemesinin oluşumu, mahkemenin uyuşmazlığı ele alma biçimleri, potansiyel hakemin kim olduğu, hakemin önceki davalarda verdiği kararlara ilişkin bilgi, kararların yayınlanıp yayınlanmayacağı, duruşmaların halka açık olup olmayacağı, uyuşmazlığın tarafı olmayan ilgili kişilerin (interested parties) öneri getirip getiremeyeceği hususları şeffaflık kapsamındadır.<sup>131</sup> Uluslararası yatırım tahkimi bakımından şeffaflık kapsamına giren bu hususlardan bir kısmı, bazı durumlarda uluslararası ticari tahkimin niteliği gereği kapsam dışına çıkarılabilir.

<sup>126</sup> Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 53rd session (Vienna, 4-8 October), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html), ET. 20.11.2019.

<sup>127</sup> Ruscilla, s. 4; Ribeiro and Douglas, s. 50-51; Karacan, s. 9

<sup>128</sup> Rona Aybay, "Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim", Ekonomik Forum, 1999 (naklen, Çal, s. 147).

<sup>129</sup> Calamita, s. 650; Magraw and Amerasinghe, s. 343.

<sup>130</sup> Shirlow, s. 622.

<sup>131</sup> Karacan, s. 9.



Yukarıda dört kategori altında belirttiğimiz (demokrasi açığı, devlet hazinesi, hükümetin görevi kötüye kullanması, önemli kamu politikası sorunları) “kamu yararı”, doğrudan özel taraflar arasındaki ihtilaflarda yer almamaktadır ve bunlar ticari ihtilaflarda mutlaka risk altında değildir. Bu nedenle, her ne kadar bazen ticari anlaşmazlıklar önemli kamu politikası sorunlarını etkileyebilse de, uluslararası ticari tahkimde şeffaflık eksikliğinin tolere edilebileceği iddia edilmiştir.<sup>132</sup> Bu bakımdan yatırım tahkiminde ticari tahkime oranla şeffaflık talebi daha fazladır. Bu talebin bir diğer sebebi de bu uyuşmazlıkların halk tarafından biliniyor ve ilgi ile izleniyor oluşudur.<sup>133</sup> Her ne kadar kamunun da etkileneceği büyük ticari tahkim ihtilafları bulunsa da, yatırım tahkimine konu olacak ihtilafların henüz netleşmeden kamu tarafından bilinmesi, yatırım tahkimindeki şeffaflık talebini ticari tahkime göre öne çıkarmıştır.<sup>134</sup> Uluslararası kurumlardaki şeffaflığı artırma eğilimi, halkın yatırım tahkiminde meşru kamu çıkarı bulunduğu fikrinin kurumlarca tanındığını göstermektedir.<sup>135</sup>

Kamunun ilgilendiği bazı yatırım uyuşmazlıklarında zaman zaman konunun haberlerden çekilip sessiz bir şekilde çözüldüğü gözlemlenmiştir. Örneğin, *Agua Argentinas v. Argentina* tahkiminde bu durumun gerçekleşmesinin ardından uyuşmazlıkta ilk defa ICSID kapsamında mahkemenin STK’ların katılımına izin verip vermeyeceği hususu değerlendirilmiştir.<sup>136</sup> Mahkeme amicus curiae için başvuranların uygunluğunu değerlendirmek için başvuranların davadaki çıkarlarını, uzmanlıklarını ve bağımsızlıklarını eleştirel bir bakış açısıyla incelemiştir.

Yatırım tahkiminde şeffaflık kavramı hızlı bir gelişme kat etmiştir. NAFTA’dan önceki dönemde kural olan şeffaf olmama ilkesi, NAFTA ve ICSID düzenlemeleri ile yerini şeffaflığa bırakmıştır.<sup>137</sup> 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını, tahkim sürecinde şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek şekilde değiştirmiştir.

<sup>132</sup> Buna karşın Mitsubishi Motors davası bunun böyle olmadığını göstermektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Argen, s. 236 vd.

<sup>133</sup> Bishop and Stevens, s. 4; Karacan, s. 16.

<sup>134</sup> Karacan, s. 16.

<sup>135</sup> Lee, s. 448.

<sup>136</sup> <https://www.italaw.com/cases/1057>, ET. 17.12.2019.

<sup>137</sup> Karacan, s. 19.

ICSID, üçüncü taraflarca yapılan *amicus curiae* başvuruları, duruşmalara katılım ve kararların yayınlanması yoluyla daha fazla şeffaflık sağlamayı amaçlamış; halkın yatırım tahkimine daha fazla katılımını sağlayacak yeni standart ve prosedürler sağlamıştır. 2006 ICSID değişiklikleri, mahkemelere, üçüncü kişilerin (ya da kurumların) *amicus curiae* özetlerini dosyalama isteklerini göz önünde bulundurmalarını şart koşmuştur. Böylece anlaşmanın taraflarınca yeterince ele alınmayan konuların daha geniş halk kitleleri tarafından değerlendirilip katkı sunulması da hedeflenmiştir. Örneğin, tahkim sürecinde anlaşma taraflarınca göz ardı edilebilen, ancak çevre veya ticaret gibi kamuoyu için önemli olan konular bu sayede ayrıntılı olarak değerlendirilebilmiştir. Yine duruşmalar halka açılarak ve kararların yayınlanması öngörülerek şeffaflığın sağlanması hedeflenmiştir.

*Biwater Gauff v. Tanzania* davasında görev yapan ICSID hakem heyeti, 2006 yılında ICSID Tahkim Kuralları'nda yapılan değişikliklerin, şeffaflığa yönelik artan bir arzunun tezahürü olduğunu belirtmiştir.<sup>138</sup> Nitekim ICSID kurallarında şeffaflık lehine yapılan bu değişiklikler alandaki öncü gelişmelerdendir.<sup>139</sup> Bu kurallara göre, dava detayları halka açık bir web sitesinde listelenmiş ve *amicus curiae* bildirimlerine izin verilmiştir. ICSID'in revize edilmiş kuralları, şeffaflık konusunda bir diğer önemli düzenleme olan UNCITRAL'in Şeffaflık Kurallarını kabul etme aşamasının belirlenmesine de yardımcı olmuştur.

Konuyu ticari tahkim açısından ele alacak olursak, şeffaflığın sadece yatırım tahkimini ilgilendiren bir sorun olmadığını söylemek gerekmektedir. Şu nedenlerle ticari tahkimde de şeffaflıkla gizlilik arasındaki denge zorlaşabilir:<sup>140</sup> İlk olarak, ticari tahkim her ne kadar özel taraflar arasında görülse de bazen bir devlet de uyuşmazlığın tarafı olabilir. İkincisi, petrol, tarım, doğal kaynaklar vb konularla ilgili ticari tahkimlerde halk tahkim sonucundan etkileneceği için kamu yararı söz konusudur. Üçüncüsü, yolsuzluk, kara para aklama gibi suiistimalle-

<sup>138</sup> *Biwater Gauff v. Tanzania*, Case No. ARB/05/22, <https://www.italaw.com/cases/157>, ET. 15.10.2019.

<sup>139</sup> Günümüze gelene kadar, ICSID, genel olarak kurumlar içinde en şeffafı idi, diğer mevcut kurum ve kuralların hiçbiri halkın anlaşmazlığın farkında olması ve bu anlaşmaya müdahil olabilmesi için yeterli araçlara sahip değildi, Magraw and Amerasinghe, s. 341.

<sup>140</sup> Ruscilla, s. 8-9; Tung and Lin, s. 27.

rin yaşandığı ticari tahkimlerde de şeffaflık gereklidir. Dördüncüsü, bir ticari tahkimin sonucu, diğer bir tahkim sonucunu etkileyecek nitelikte olabileceği için bazen şeffaflık gereklidir. Yine, tahkim kararları gizlilik yükümlülüğü altına girerse, tahkim sürecinden yararlanan ve kararın meşruiyetini gözlemleyen tüm taraflar için kalite standardını korumak zorlaşır.<sup>141</sup> Ticari tahkimde, özellikle görevi kötüye kullanma, rüşvet, yolsuzluk, para aklama gibi iddialar varsa şeffaflık önemlidir.<sup>142</sup> Özel şirketler elektrik üretimi, su, altyapı, halk sağlığı, çevre koruma gibi konulardaki tesis ve sistemlerin sağlanmasında büyük rol oynadığı için ticari tahkim de bir devletin politika yapmasını ve dolayısıyla kamuyu etkileyebilir.<sup>143</sup>

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan UNCITRAL Şeffaflık Kuralları tarafından daha da güçlendirilmiş olan şeffaflık eğilimine rağmen, ticari tahkim prosedürleri hala gizli kalabilir ve tarafların karşılıklı rızasıyla gizliliğin kapsamı daha da arttırılabilir.<sup>144</sup> Ancak, borsaalarda listelenen büyük ticari şirketlerde, kamunun ve yatırımcıların çıkarlarını korumak için kurumsal yönetim kuralları arzu edilmektedir ve bu kısmen zorunludur. Ticari tahkim kurumlarının niteliği de, ticari mahkemelere benzer şekilde kamu hizmeti niteliğinde olduğu için uluslararası kuruluşlara duyulan güveni korumak adına bu tür kurumların yönetim yapısına daha yakından bakmak ciddi bir ihtiyaçtır. Bunun için, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'ndan bir sonraki adım, şeffaflığı, paydaşlarına karşı hesap verebilirlik açısından uluslararası ticari tahkim kurumlarının kurumsal yönetiminde de detaylandırma gereğidir. Bunun için, Uluslararası Tahkim Kurumlarının Kurumsal Yönetişimi İçin UNCITRAL Kuralları - UNCITRAL Rules for Corporate Governance of International Arbitral Institutions) gibi bir düzenlemenin getirilmesi önerilmiştir. Burada OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin (The OECD Corporate Governance Principles) birinci ve beşinci maddeleri mevcut tahkim kurumları için hazır bir başlangıç

<sup>141</sup> Tung and Lin, s. 28.

<sup>142</sup> Karacan, s. 20. Uluslararası ticari ihtilaflara bir hukuk düzeni getirmeyi amaçlayan bir sistemi, yani tahkimi seçmiş olmak, taraflara ve yasal hizmet sunanlara perdeleri sistemin etrafına çekip ışıkları söndürme hakkı vermez. Çünkü şeffaflık hukuk kurallarının doğal bir özelliğidir, bkz. Rogers, s. 1337.

<sup>143</sup> Poorooye and Feehily, s. 312.

<sup>144</sup> Szalay, s. 39.

noktası sağlayabilir.<sup>145</sup> Anılan öneriye göre, mahremiyet, gizlilik, sürecin şeffaflığı ve tahkim hukukunun geliştirilmesi arasındaki denge, ancak uluslararası ticari hakem kurumları için tek tip bir kurumsal yönetim kodu çerçevesiyle sağlanabilir ve UNCITRAL, böyle bir çerçevenin geliştirilmesi için en uygun organdır.<sup>146</sup>

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi özel kurumlar özel ticari anlaşmazlıklar göz önünde bulundurularak oluşturulduğundan bu kurumlar daha az şeffaf olma ve kamu katılımına açık olmama eğiliminde olmuşlardır.<sup>147</sup> Çünkü ticari anlaşmazlıklar tamamen özel (private) olarak algılandığından, kamu yararı bu kurumlardaki prosedürlerin belirlenmesinde önemli bir rol oynamamıştır.<sup>148</sup> Ancak ilgili taraflar (interested parties) kavramı kamudan (public) ayrıldığına, uluslararası ticari tahkim sisteminin de son yıllarda daha fazla şeffaflığa doğru devrimci ilerlemeler kaydettiği açıkça ortaya çıkmıştır.<sup>149</sup> Örneğin, ICC, davalarda görevli hakemlerin adlarını, uyruklarını, hakemin tek hakem mi ortak hakem mi yoksa başkan mı olduğunu da yayınlamaya başlamıştır.<sup>150</sup> Sistem içindeki demokrasi eksikliğini farkedenden tahkim kurumları, ticari tahkimde de şeffaflığı teşvik etmekte; bu kapsamda ayıklanmış (sanitized) hakem kararları yayınlanmaktadır.<sup>151</sup> Ayıklanmış kararlarda, uyuşmazlığın taraflarının kimliğini açığa çıkaracak bilgiler kaldırılır ve tahkim sürecini izleyenlerin yararlanabilecekleri bilgiler seçilerek bu amaçla uyuşmayan bilgiler dışlanır.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> Dhingra, s. 146. Bkz. OECD İlke I: Etkin Kurumsal Yönetim Çerçevesi Temelinin Tesisi, İlke V: Kamuya Duyuru Yapma ve Şeffaflık, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>, ET. 22.11.2019.

<sup>146</sup> Dhingra, s. 127.

<sup>147</sup> Örneğin, ICSID dışında, taraflardan biri seçmediği sürece tahkim prosedürü halka açık olarak kaydedilmemektedir, Magraw and Amerasinghe, s. 342.

<sup>148</sup> Magraw and Amerasinghe, s. 342.

<sup>149</sup> Rogers, s. 1309.

<sup>150</sup> Bkz. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/>, ET. 01.12.2019.

<sup>151</sup> Tung and Lin, s. 41; Martins, s. 335; Argen, s. 208, 213; Rogers, s. 1319; Karacan, s. 19; Magraw and Amerasinghe, s. 342.

<sup>152</sup> Örneğin, MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Bülteni'nde, hakem kararları, taraf isimleri ve isimleri ortaya çıkaracak coğrafi-endüstriyel unsurlar ayıklanmış şekliyle yayınlanır, Karacan, s. 20.

Uluslararası tahkimde şeffaflık yönündeki gelişmeler, tahkim mahkemelerinin var olan kuralları şeffaflık lehine yorumlaması ve gizlilik-şeffaflık dengesinde şeffaflığa cömertçe yer vermeleriyle başlamıştır.<sup>153</sup> Örneğin, NAFTA kapsamında *SD Myers Inc. v. Canada* uyuşmazlığında tahkim mahkemesi UNCITRAL'ın kamera kuralını, tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilecek zımnî gizlilik kuralı olduğu şeklinde yorumlamakla birlikte bunun tahkimin doğal unsuru olmadığını vurgulamıştır.<sup>154</sup> NAFTA kapsamında görülen *SD Myers Inc. v. Government of Canada* davası şeffaflığa yönelik ilgede dönüm noktası olmuştur. Yine, *Methanex v. USA* davasında, açık bir kural olmasa bile uyuşmazlığın tarafı olmayanların bildirimde bulunmasına izin verilmiştir. Tarafların rızası olmamasına rağmen bu şekilde üçüncü kişilerin bildirimlerinin kabul edilmesi şeffaflık adına önemli bir adımdır. Nitekim tahkim mahkemelerinin, bu şekilde var olan kuralları yorumlamasını daha sonra muayyen kuralların belirlenip kabul edilmesi izlemiştir.

Ticari tahkimde, özellikle görevi kötüye kullanma, rüşvet, yolsuzluk, para aklama gibi iddialar varsa şeffaflık önemlidir.<sup>155</sup> Özel şirketler elektrik üretimi, su, altyapı, halk sağlığı, çevre koruma gibi konulardaki tesis ve sistemlerin sağlanmasında büyük rol oynadığı için ticari tahkim de bir devletin politika yapmasını ve dolayısıyla kamuyu etkileyebilir.<sup>156</sup>

Uluslararası ticari tahkimde gizlilik yerine şeffaflığın ön plana çıkmasının tahkimin tercih edilirliliğini azaltacağı ileri sürülmüştür. Tarafların, uyuşmazlığın bazı noktalarının gizli kalmasındaki meşru menfaati gözetildiğinde, eğer ticari tahkimde de UNCITRAL Şeffaflık Kuralları benzeri kurallar uygulanırsa tarafların tahkim yerine başka ihtilaf çözüm yollarını tercih edecekleri belirtilmektedir.<sup>157</sup> Bu görüşe

<sup>153</sup> Saravanan and Subramanian, s. 120; Karacan, s. 25.

<sup>154</sup> S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, <https://www.italaw.com/cases/969>, ET. 10.11.2019; Kenny, s. 475.

<sup>155</sup> Karacan, s. 20. Uluslararası ticari ihtilaflara bir hukuk düzeni getirmeyi amaçlayan bir sistemi, yani tahkimi seçmiş olmak, taraflara ve yasal hizmet sunanlara perdeleri sistemin etrafına çekip ışıkları söndürme hakkı vermez. Çünkü şeffaflık hukuk kurallarının doğal bir özelliğidir, bkz. Rogers, s. 1337.

<sup>156</sup> Poorooye and Feehily, s. 312.

<sup>157</sup> Rogers, s. 1337.

göre, ticari tahkimde verilen kararlar, yatırım tahkiminde olduğu gibi devlet fonlarını etkilemeyeceği için şeffaflık büyük bir problem değildir. Burada yapılması gereken, yatırım tahkimiyle olan farklılıklar değerlendirilerek şeffaflığın ticari tahkime uyacak formda uyarlanması ve tahkim kurumlarının anonim kararlar yayınlamak suretiyle buna öncül olmasıdır.<sup>158</sup>

Tahkim kurumlarının kurallarında genellikle şeffaflığa ilişkin açık düzenlemeler yoktur. İlk olarak, ICSID, *Suez Vivendi v. Argentina* uyuşmazlığında oybirliğiyle Kurallar m. 44 kapsamında *amicus curiae* başvurularının dikkate alınacağına karar vermiştir.<sup>159</sup> Kararda, şeffaflık ve gizlilik dengesi değerlendirilmiş; tahkim mahkemesinin üçüncü kişilerin bildirimde bulunmasına izin verirken bu hususu değerlendirmesi gerektiğine değinilmiştir. Aynı zamanda üçüncü kişilerin görüşlerini kabul etmek için, anlaşmazlığın konusunun uygunluğu, konunun *amicus curiae* bildirimlerine uygunluğu gibi kriterlere dikkat çekilmiştir.

Şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler NAFTA ve ECT'de (Energy Charter Treaty - Enerji Şartı Anlaşması) yapılmış; sonrasında yatırım anlaşmalarında da yer almaya başlamıştır. UNCITRAL Kuralları'nın yürürlüğe girmesinden önce bile, yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaf bir şekilde yürütülebilmesi için bazı anlaşmalar yapılmıştır. Örneğin, Avustralya-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Anlaşması'nda, tarafların tüm kararları kamuya açık hale getirebileceği düzenlemesi yapılmıştır.<sup>160</sup>

Yukarıda bahsettiğimiz süreç içerisinde şeffaflık talebinin artması ve bu konuda tartışmaların gündeme gelmesiyle birlikte UNCITRAL Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları getirilmiştir. UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın getirilmesi oldukça önemli bir gelişmedir. Zira her ne kadar *SD Myers ve Methanex* davasıyla şeffaflığa olan ilgi artmışsa da bu, kesin bir nitelik taşımadığı için

<sup>158</sup> Karacan, s. 21. Ticari tahkimde "the work-product doctrine" uygulanması önerisi için bkz. Poorooye and Feehily, s. 316 vd.

<sup>159</sup> ICSID Case No. ARB/03/19, *Magraw and Amerasinghe*, s. 343. Ancak tarafların bildirimlerine ulaşım reddedilmiştir. *Biwater Gauff v. Tanzania* uyuşmazlığında da tarafların iddialarına ilişkin belgelere dair ek bilgi talebi gizlilik nedeniyle reddedilmiştir, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, bkz. *Magraw and Amerasinghe*, s. 344.

<sup>160</sup> *Ribeiro and Douglas*, s. 53.

Şeffaflık Kuralları getirilmeden önce UNCITRAL Kuralları uyarınca görülen yatırım tahkimlerinin çoğu gizli kalmıştır.<sup>161</sup> AB'nin, Lizbon Anlaşması ile birlikte yatırım konusunu münhasır yetki alanına dahil etmesi ve AB Komisyonu'nun şeffaflık konusundaki olumlu yaklaşımı da önemli gelişmelerdendir.<sup>162</sup> Bu gelişmeler, şeffaflığa yönelik memnuniyet eğiliminin bir parçasıdır.

## E. ŞEFFAFLIK KONUSUNDA ÖNEMLİ GELİŞMELER VE DÜZENLEMELER

### 1. Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Kuralları (UNCITRAL Şeffaflık Kuralları)

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları kabul edilmeden önce, UNCITRAL tarafından uygulanan kurallar, ICSID veya NAFTA kurallarının sağladığı şeffaflık derecesinden yoksundu.<sup>163</sup> Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında şeffaflığın sağlanmasının önemini kabul eden UNCITRAL, 2010 yılında UNCITRAL Tahkim Kurallarının gözden geçirilmesinin ardından şeffaflık konusunu özel olarak ele almaya karar vermiştir. Ardından 2013 yılında, Komisyon, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nı kabul etmiştir. Nihayet daha sonra, Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Kuralları (UNCITRAL Şeffaflık Kuralları - UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) 01.04.2014 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.<sup>164</sup> Kurallar, yatırımcı-devlet tahkimine, tahkim süreci boyunca şeffaflığı zorunlu kılan ilk kurumsal kurallardır. Ayrıca Kurallar, yatırım tahkiminin usule ilişkin yönlerini, karmaşık anlaşma değişikliklerine gerek kalmadan değiştirmek için bir model sunmaktadır.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> Knahr and Reinisch, s. 97- 98; Kenny, s. 476.

<sup>162</sup> Calamita, s. 673-675; Karacan, s. 31.

<sup>163</sup> Levander, s. 516, 521-530; Saravanan and Subramanian, s.132.

<sup>164</sup> UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, Report of the United Nations Commission on International Trade Law - Forty-Sixth Session (8-26 July 2013), United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, GA Res 69/116, UN GAOR, 69th sess, 68th plen mtg, Agenda Item 76, UN Doc A/RES/69/116 (18 December 2014) annex, 3 (Mauritius Convention on Transparency).

<sup>165</sup> Stephan W. Schill, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, Volume 16, Issue 2, ss.201-204, s. 203; Shirlow, s. 633.

UNCITRAL'in Şeffaflık Kuralları oldukça geniş bir şeffaflık tanımını desteklemektedir.<sup>166</sup> Kurallar, tahkimlerin genellikle özel veya gizli olduğu kuralından ayrılışı göstermektedir. Kurallar birçok bakımdan açık adalet ilkesinin yatırımcı-devlet tahkimine aktarılmasını sağlamaktadır. Değişiklikten önce yatırım tahkiminde usule ilişkin şeffaflık konusu, büyük ölçüde tarafların takdirine bırakılmıştı. Usul kuralları şeffaflık hususunu düzenlese bile, itirazda bulunan taraflar bu hükümleri tek taraflı veya karşılıklı rıza ile geçersiz kılmak için genellikle serbestti. Diğer bir deyişle, usule ilişkin kuralların seçiminde taraf özerkliği (party autonomy) söz konusuydu.<sup>167</sup> Kurallar ile, uluslararası ticari tahkim normlarına aykırı olmamakla birlikte hem devletlerin hem de yatırımcıların ihtiyaçlarını dengeleyen net ve makul bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>168</sup>

Kuralların ilk maddesinde uygulama alanı belirlendikten sonra diğer maddelerde sırasıyla, yukarıda açıkladığımız ve şeffaflık kapsamında olan hususlar (bilgilerin yayınlanması, belgelerin yayınlanması, üçüncü kişilerin bildirimleri, uyuşmazlık tarafı olmayan anlaşma tarafının bildirimleri, duruşmaların kamuya açıklığı) ele alınmıştır.

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın uygulanabilmesi için gereken şartlar ilk maddede düzenlenmiştir. "Uygulama alanı" başlıklı m. 1'in ilk fıkrasına göre, "tahkimin, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yürütülmesi, bir yatırımcı-devlet tahkiminin söz konusu olması ve anlaşmanın 1 Nisan 2014 ve sonrasında akdedilmiş olması" gerekmektedir. Maddeye göre, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre başlatılmış yatırımcı-devlet tahkimine, taraflar aksini kararlaştırmadıkça uygulanır. Maddeden anlaşıldığı üzere, bu kurallar uluslararası ticari tahkimde uygulanamayacaktır.

İlk maddede düzenlenen bir diğer husus ise UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın 01.04.2014 tarihi ve sonrasında imzalanan anlaşmalar bakımından uygulanacağıdır. Ancak bu konuda maddede taraf iradelerine de değeri verilmiş; tarafların isterlerse bu tarihten önce imzalanmış anlaşmalarda da bu kuralları uygulayabilecekleri belirtilmiştir. Ancak

<sup>166</sup> Eskiden bilimsel çevreler ve bazı kurumlar tarafından yapılan şeffaflık tanımlarının dar olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Argen, s. 215-221.

<sup>167</sup> Shirlow, s. 642.

<sup>168</sup> Kenny, s. 488.



doktrinde, yeni şeffaflık standartları mevcut anlaşmalara geçmişe dönük olarak uygulanırsa otoritesini aşacağı ve UNCITRAL'ın mevcut anlaşmaları ihlal ettiği gerekçesiyle yasal zorluklarla karşı karşıya kalacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>169</sup> Buna karşın bir kısım çevreler de halkın şeffaflığa ilgisine rağmen Kuralların yalnızca 01.04.2014'ten sonra imzalanan anlaşmalara uygulanmasını eleştirmiş ve bu duruma, kuralların etkinliğini ve etkisini büyük ölçüde sınırlandırdığını ifade etmiştir.<sup>170</sup>

Maddenin uygulama alanının geniş olduğunu söylemek mümkündür. Zira m.1'in dokuzuncu fıkrasında, tarafların isterlerse şeffaflık kurallarını UNCITRAL Tahkim Kuralları dışında yürütülen yatırım tahkimlerinde yahut ad hoc tahkimlerde de uygulayabilecekleri belirtilmiştir.

Kuralların ikinci maddesinde, uyuşmazlığın taraflarının tahkimin başladığına ilişkin bilgileri (tahkim bildirimının bir kopyasını) m. 8'de belirtilen veri merkezine bildirmesi gerektiği; veri merkezinin de bu bildirimle birlikte uyuşmazlığın taraflarını, hangi ekonomik sektöre ilişkin olduğunu, anlaşmanın adını ivedilikle kamu bilgisine sunması gerektiği düzenlenmiştir.<sup>171</sup> Yukarıda bahsettiğimiz şeffaflık kapsamında kamunun bilgilendirilmesi hususunun bu maddede ele alındığı görülmektedir. Veri merkezi oluşturulması da şeffaflığın sağlanmasını kolaylaştıran bir durumdur. Kamuoyu, UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde yapılan yatırımcı-devlet tahkimleri ile ilgili temel bilgilere internet üzerinden anahtar belgelerin yayınlanması yoluyla ulaşacaktır. Bu belgeler BM Genel Sekreteri tarafından UNCITRAL Sekreteryası aracılığıyla tutulan bir "Şeffaflık Sicili" nde mevcut olacaktır.

Şeffaflık kapsamında belgelerin yayınlanması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın üçüncü maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Maddede üç belge kategorisi oluşturulmuştur: 1) zorunlu ve otomatik olarak ifşa edilecek belgeler, 2) herhangi bir kişi mahkemeden açıklamasını talep ettiğinde zorunlu olarak açıklanacak belgeler ve 3) mahkemenin takdir yetkisine sahip olduğu

<sup>169</sup> Lee, s. 470; Levander, s. 507-508

<sup>170</sup> Levander, s. 507.

<sup>171</sup> UNCITRAL Rules on Transparency, Article 2 (Publication of information at the commencement of arbitral proceedings).

belgeler.<sup>172</sup> Maddeye göre, yedinci maddede düzenlenen istisnalar haricinde şu belgelerin yayınlanması gerekmektedir: Tahkim bildirim, buna verilen cevap, dava ve cevap dilekçesi, tarafların yapacakları yazılı bildirimler, belgelere ilişkin ekler, bilirkişi raporları, tanık beyanları, uyuşmazlık tarafı olmayanların ve üçüncü kişilerin bildirimleri, duruşma çizelgesi, tahkim mahkemesinin kararı.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, m.7'de düzenlenen şeffaflığın istisnalarına tabi olarak, bilirkişi raporları ve tanık beyanlarının da tahkim mahkemesinden birinin talebi halinde kamuya açık olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında maddenin üçüncü fıkrasında da tahkim mahkemesinin ilk iki fıkrada belirtilen belgelere ek olarak başka birtakım belgelerin de kamuya açık olup olmayacağı, olaksa bu belgelere ulaşma yöntemini belirleme konusunda yetkisi bulunduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda belgelerin bir siteye konulabileceği yöntemi de örnek olarak verilmiştir.

Üçüncü maddede düzenlenen bir diğer husus, kamuya açık olacak belgelerin tahkim mahkemesi tarafından mümkün olan en kısa sürede gerekli ayıklama yapılarak veri merkezine iletilmesi; veri merkezinin de bu belgeleri iletildiği dilde ve şekilde erişilebilir kılması gerektiğidir. Belgelerin yayınlanmasının masraflarından da üçüncü fıkradaki durumlar dışında, belgelerden yararlananlar sorumlu olmayacaktır.

Kurallar kamunun katılımına imkan veren düzenlemeler içermektedir. Örneğin, dördüncü maddede, uyuşmazlığa ve anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişilerin katılımı hususu; beşinci maddede ise uyuşmazlığa taraf olmamakla birlikte ilgili anlaşmaya taraf olanların yapacağı bildirimler hususu düzenlenmiştir. Dördüncü maddeye göre, tahkim mahkemesi, anlaşmazlığın tarafları ile görüştüğünden sonra üçüncü kişilerin mahkemeye yazılı bildirimde bulunmasına (*amicus curiae*) izin verebilecektir. Bu yetki, yalnızca "yazılı başvurular" ile ilgilidir ve duruşmada beyanda bulunma gibi diğer katılım biçimlerini ele almamaktadır.

Bu madde uyarınca bildirimde bulunacak üçüncü kişinin uyması gereken usul ve başvurusunda belirtmesi gereken hususlar da aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişi,

<sup>172</sup> Johnson and Bernasconi-Osterwalder, s. 15.

kendisinin hukuki statüsünü, genel amaçlarını, uyumsuzluğun taraflarıyla olan doğrudan veya dolaylı bağlantılarını, herhangi bir hükümet veya örgütten bildirim hazırlanması için finansal destek alıp almadığını, tahkim süreci ile ilgili menfaatini, bildirimdeki maddi ve hukuki unsurların tanımlarını belirtmek durumundadır. Tahkim mahkemesi ise üçüncü kişinin verdiği bu bilgileri değerlendirerek bildirimde bulunmakta önemli bir menfaati olup olmadığını, tahkim sürecine farklı bir bakış açısı ve katkı sağlayacaksa bunun niteliğini ele alarak üçüncü kişinin bildirimde bulunmasına imkan verip vermeyeceğine karar verir (Kurallar m. 4/3).

Tahkim yargılamasının bildirimlerden olumsuz etkilenmemesi adına da birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Tahkim mahkemesi bu amaca yönelik olarak, bildirimlerin yargılamayı aksatmasını, haksız olarak zorlaştırmasını ve taraflara karşı adil olmayacak şekilde önyargı oluşmasını engellemek durumundadır (Kurallar m. 4/5). Bu kurallar mutlak değildir. Aşağıda anlatılacağı üzere, Kuralların yedinci maddesi kapsamında istisnalar uygulanabilir.

Kuralların beşinci maddesinde, uyumsuzluk tarafı olmamakla birlikte anlaşma tarafı olanların, hem anlaşmanın yorumlanmasına hem de bunun haricinde uyumsuzluk kapsamına giren diğer hususlarda (m. 4/3'teki sınırlamalar dikkate alınarak) yapacakları bildirimler düzenlenmiştir. Bu maddede, dördüncü maddeden farklı olarak, bildirimler yalnızca "yazılı başvuruları" ele almakla sınırlı değildir. Bu maddede de, dördüncü maddede olduğu gibi bildirimlerden mahkemenin olumsuz etkilenmesini engelleme görevi vardır. Ayrıca, tahkim mahkemesi izin vermesine rağmen bildirim yapılmazsa mahkemenin bu durumdan bir sonuç çıkarmayacağı hususu da düzenlenmiştir. (Kurallar m. 5/3).

Şeffaflığın bir diğer gereği olan, duruşmaların kamuya açık olması hususu da Kuralların altıncı maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, delillerin ve sözlü argümanların sunulacağı duruşmalar kamuya açık olacak; kamuya açıklığın sağlanması için video bağlantısı gibi lojistik kolaylıklar sağlanacaktır. Fakat mahkeme gizli bilgilerin korunması yahut tahkim sürecinin bütünlüğünün gerektirmesi halinde ya da lojistik imkanlar elvermediğinde duruşmanın o bölümünün gizli yapılmasına karar verebilecektir (Kurallar m. 6/2,3). Diğer bir deyişle,

tahkim duruşmaları, tahkim sürecinin bütünlüğüne zarar vermeyeceği veya gizli bilgileri ifşa edemeyeceği ölçüde halka açık olacaktır. Ancak lojistik nedenlerle duruşmaları kapatma yetkisinin yalnızca dar bir şekilde uygulanıp kötüye kullanılmayacağından emin olmak için aynı maddede, halka açık erişimi kolaylaştırmak ve pratik zorluklardan kaçınmak için duruşma öncesinde lojistik konuların düzenlenmesi gerektiğini belirten bir hüküm de getirilmiştir.

Özel ticari bilgiler, iş sırları, anlaşma yahut yasa tarafından kamuya açık olmaktan istisna tutulan bilgiler Kuralların yedinci maddesinde şeffaflığın istisnaları olarak zikredilmiştir. Buna göre, tahkim mahkemesi, uyuşmazlığın tarafları ile görüşüp gizli kalması gereken konuları belirledikten sonra, üçüncü kişilerin ilgili belgelerdeki koruma taleplerine süre kısıtlaması koyabilir, gizli bilgilerin acilen belirlenmesi ve redaksiyonu için tedbirler alabilir, duruşmaları m.6/2’de belirtilen şekilde gizli yapabilir (Kurallar m. 7/3). Bilginin açıklanması davalı devletin temel güvenlik haklarına aykırı olursa veya tahkim sürecinin bütünlüğü tehlikeye girecekse kamuya açıklığın sağlanması söz konusu olmaz (Kurallar m. 7/5,6). Görüldüğü üzere düzenleme ile tahkim mahkemesine hangi bilgilerin kamuya açık hangilerinin istisna olacağını belirleme, taraf menfaatlerini dengeleme ve tahkim sürecinin bütünlüğünü korumaya yönelik dengeyi sağlama görevi verilmiştir.

## **2. Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık (Mauritius) Konvansiyonu**

Şeffaflık hususunda en önemli ve en yeni düzenlemelerden olan “Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık (Mauritius) Konvansiyonu (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – The Mauritius Convention on Transparency) 18.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>173</sup> 10.12.2014’te kabul edilen Konvansiyon, anlaşmada gerekli olan üç ülke Kanada, Mauritius ve İsviçre’nin de onaylaması ile yürürlüğe konulmuştur. Yatırımcı-devlet tahkiminde şeffaflığın sağlanması anlamında Konvansiyon oldukça önemli bir adımdır.

<sup>173</sup> Konvansiyon maddelerinin tamamı için bkz. [https://treaties.un.org/doc/Treaties/2014/12/20141210%2011-52%20AM/CH\\_XXII\\_3.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/2014/12/20141210%2011-52%20AM/CH_XXII_3.pdf), ET. 07.11.2019.

Konvansiyonun uygulama alanı ilk maddede düzenlenmiştir. Yatırımcı ile devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon örgütü arasında, 01.04.2014 tarihinden önce imzalanmış yatırım anlaşmalarına dayalı tahkimlerde Konvansiyon uygulanır. Uygulama alanı çok dar olarak belirlenmesine rağmen, Konvansiyonda “dahil olma (opt-in)” imkanı sağlanarak başka düzenlemedeki kuralların da Konvansiyona tabi olmasına vesile olunmuştur.<sup>174</sup> Böylece, Konvansiyon, tahkimin UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmesinden bağımsız olarak anlaşmalara dayanan birçok yatırım uyumsuzluğunda UNCITRAL Şeffaflık Kuralları’nın uygulanabilmesine olanak tanımıştır (m. 1/9).

Konvansiyon, şeffaflık kurallarını anlaşmalarına uygulanabilir kılmak isteyen devletlere, diğer devletlerin sözleşmenin önerdiği mekanizmayı kullanmak zorunda olmalarını beklemeden, bunu yapmak için etkili ve esnek bir mekanizma sunmaktadır.<sup>175</sup>

Konvansiyonda opt-in imkanı tanınmasının yanında, taraflara belirli istisnalar için çekince koyarak kapsam dışı kalmaya da (opt-out) imkan verilmektedir (Konvansiyon m. 3). Çekince gösterilebilecek durumlardan ilki, belirli bir yatırım anlaşması kapsamında bir yatırımcı-devlet tahkimine uygulanmayacağına kararlaştırılabilecek olmasıdır (m. 3/1,a). Bir diğer çekince, UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmeyen tahkimlerde şeffaflık kurallarının uygulanmayabileceğine ilişkindir (m. 3/1,b). Diğer çekince, bir tarafın kendisinin davalı olduğu tahkimlerde şeffaflık kurallarının uygulanmayacağını belirtmesine ilişkindir (m. 3/1,c). Yine şeffaflık kurallarının revize edilmesi halinde tarafların 6 ay içinde revize edilmiş kuralların uygulamayabileceği de bir diğer çekince durumudur (m.3/2).

Ancak şu unutulmamalıdır ki şeffaflıktan vazgeçmenin (opt-out) maliyeti, bir devletin yatırım anlaşmaları kapsamındaki taahhütlerini meşrulaştırma fırsatının ve yatırımcı-devlet tahkiminin de kendisini meşrulaştırma fırsatının kaybedilmesidir.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> Konvansiyona göre devletler uygulama alanını genişletme imkanına sahip olduğu için 3000’in üzerinde yatırım anlaşmasının Konvansiyon kapsamına girebileceği düşünüldüğünde düzenlemenin önemi daha iyi anlaşılacaktır, bkz. Keith Loken, “Introductory Note to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration”, American Society of International Law, 2013, Volume 52, No. 6, ss.1300-1308, s. 1300; Ribeiro and Douglas, s. 66; Schill, s. 202.

<sup>175</sup> Ribeiro and Douglas, s. 67.

<sup>176</sup> Ribeiro and Douglas, s. 71.

Konvansiyonun ikinci maddesinde iki taraflı anlaşma ve tek taraflı teklif durumunda uygulama düzenlenmiştir. Konvansiyon m. 2/1'e göre, iki taraflı anlaşma durumunda hem davalı devlet hem de yatırımcının devleti Konvansiyona taraftır ve her iki devlet de m. 3 uyarınca çekince koymadıysa UNCITRAL Şeffaflık Kuralları, tahkimin UNCITRAL veya başka kurallara göre açılması fark etmeksizin uygulanacaktır. Konvansiyon m. 2/2'de ise davalı devletin Konvansiyona taraf olduğu fakat yatırımcının devletin taraf olmadığı durumlar düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca, davalı devlet m. 3'e göre çekince koymadıysa UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ancak davacı yatırımcı kabul ederse uygulanacaktır.

Sonuç olarak, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın uygulama alanını genişleten bu Konvansiyon'un kabul edilmiş olması, uluslararası camiada şeffaflığa yönelik çağdaş desteklerin göstergesi olup alandaki en önemli gelişmelerdendir.<sup>177</sup>

### 3. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nda Şeffaflık

Tahkimde şeffaflık konusunda öncü olması bakımından Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (North American Free Trade Agreement - NAFTA) önemli bir anlaşmadır. UNCITRAL Şeffaflık Kurallarının şekillenmesinde de, NAFTA'da yaşanan gelişmeler etkili olmuştur. Şeffaflığa yönelik yatırım anlaşması hükümlerinin evrimi, Kanada, Meksika ve ABD arasındaki Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması ile başlamıştır. Özellikle NAFTA üyelerinin şeffaflık lehine olan tutumları ve tahkim mahkemelerinin var olan kuralları şeffaflık lehine yorumlamalarıyla alandaki değişime öncü olunmuştur.<sup>178</sup> Bu bakımdan, şeffaflık ilkesi, tarafların adil ve hakkaniyete uygun muamele konusundaki meşru beklentisi doğrultusunda yorumlanmıştır.

<sup>177</sup> Ribeiro and Douglas, s. 69.

<sup>178</sup> Amicus curiae başvurularına ve açık duruşmalara izin vererek halkın erişiminin sağlandığına örnek üç NAFTA davası vardır. Bunlar, Methanex Corporation v. United States of America; Canfor v. United States of America ve United Parcel Services of America v. Canada davalarıdır. Saravanan and Subramanian, s. 136; Guide for Access to Information and Participation by NGOs in Investment Arbitration (in particular, as amicus curiae), <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/161028-sciencespo-projet-white-case-llp-guide-ong-en.pdf>, ET. 23.11.2019.

NAFTA kapsamında *SD Myers Inc. v. Canada* uyuşmazlığında tahkim mahkemesi UNCITRAL'in kamera kuralını, tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilecek zımni gizlilik kuralı olduğu şeklinde yorumlamakla birlikte, bunun tahkimin doğal unsuru olmadığını vurgulamıştır. Yani tahkim mahkemesi zımni gizliliğin sadece duruşma ve kararların yayınlanmasına veya tahkimin varlığına ilişkin olduğunu; kamera şartı dışında gizliliğin yatırımcı-devlet tahkiminin esas unsuru olmadığını belirtmiştir. Bir diğer uyuşmazlık olan *Methanex v. USA* uyuşmazlığında, konusu önemli olduğu için sivil toplum örgütleri bildirimde bulunmak istemiştir (UNCITRAL Kuralları'nda ve NAFTA Kuralları'nda uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerin katılımı ve kararların yayınlanması tarafların rızasına tabidir).<sup>179</sup> Tahkim mahkemesi bu isteği, UNCITRAL Kuralları m. 15'te yer alan "taraflar eşit muamele görmeli ve davalarını savunması için tam imkan verilmeli" ifadesinden yola çıkarak kabul etmiştir; ancak belgelere ulaşmaya ve sözlü bildirimde bulunmaya imkan vermemiştir. *Methanex v. USA* kararı, amicus curiae bildirimlerine izin verilen ilk yatırımcı-devlet tahkimi olması bakımından önemlidir.<sup>180</sup>

NAFTA 11. Bölüm, özellikle yatırım anlaşmalarıyla ilgilenir ve bir yatırımın hükümet eyleminden olumsuz etkilendiği durumlarda bireylerin veya şirketlerin NAFTA taraflarına dava açmasına izin verir. Bu bölümde özellikle şu hususlar vurgulanmaktadır: 1) NAFTA tarafları tarafından tahkim usullerinin kamuoyuna daha fazla açıklanması için atılan ilerici adımlar, 2) NAFTA rejiminin, tahkim yargılamasını kurallar ve yorumlar yoluyla nasıl daha açık bir hale getirdiği. Yine bu bölümde, kamunun belgelere erişimi, üçüncü tarafların katılımı ve oturumların açık olması konuları olumlu bir şekilde ele alınmıştır.

<sup>179</sup> Yapılan bilimsel bir çalışma sonucu, kimyasal bazlı oksijenatların kullanımının çevre ve halk sağlığı için ciddi bir tehdit oluşturduğu ortaya çıktığı için kamu bu uyuşmazlığa ilgi göstermiştir, ayrını için bkz. *Methanex Corporation v United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) (Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 August 2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>, ET. 13.11.2019.

<sup>180</sup> Amicus curiae bildirimlerine izin verilen bir diğer karar *UPS v. Kanada uyuşmazlığı*dır, *United Parcel Serv. of Am. Inc. (UPS) v. Government of Canada, Decision on Participation as Amici Curiae*, para. 73 (NAFTA Oct. 17, 2001), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/dispdiff/ups-23.pdf>, ET. 20.11.2019.

Yukarıda bahsedilen kararlardan sonra, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun (Free Trade Commission - FTC) iki açıklamasında "belgelerin yayınlanması ve uyuşmazlığın tarafı olmayanların bildirimleri" başlıkları altında şeffaflık hususu ele alınmıştır. İlk açıklama, 11. Bölümün Belirli Maddelerinin Yorumuna İlişkin 2001 Açıklaması'dır (Note 2001). Bu açıklamaya göre, NAFTA kapsamında 11. Bölümde, tahkimin taraflarına gizlilik yükümlülüğü yükleyen herhangi bir madde yoktur. Yine, m. 1137(4) uygulamasına tabi olmak kaydıyla NAFTA kapsamındaki hiçbir düzenleme, tarafların 11. Bölüm düzenlemeleri gereği mahkeme tarafından verilmiş ya da mahkemeye sunulmuş belgelerin kamuya açık olmasını engellemez.<sup>181</sup> Taraflar, m. 1120(2)'ye uygun olarak, NAFTA tarafları ile alakalı tahkim kurallarında gizlilik yükümlülüğü yüklenmediği konusunda anlaşmışlar; kurallarda belirtilmiş sınırlı ve belirli bazı istisnalar dışında, mahkeme tarafından verilmiş veya mahkemeye sunulmuş belgelerin, gizli iş bilgileri ve devletin yasaları gereği korunması gereken bilgileri redakte etmek koşuluyla en kısa zamanda kamuya açık hale getirileceği konusunda anlaşmışlardır.<sup>182</sup> Ancak şu hususa da dikkat çekilmiştir ki tarafların bu yorumu, m. 2102 ve 2105'e göre saklanması gereken bilgilere erişimin sağlanacağı şeklinde yorumlanamaz.

Konuyla ilgili diğer açıklama, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu Uyuşmazlığın Tarafı Olmayanların Katılımına İlişkin Açıklama'dır (7 Ekim 2003). Buna göre, NAFTA kurallarında, tahkim mahkemesinin uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerin yazılı bildirimlerini (*amicus curiae*) kabul etmede sahip olduğu takdir yetkisini kısıtlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>183</sup> Açıklamaya göre, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu tarafından yapılan bu açıklamada yer alan hiçbir şey, tarafların NAFTA 1128. maddesi uyarınca sahip oldukları haklarına halel getirmez.

NAFTA'nın getirdiği şeffaflık düzenlemelerine göre, üçüncü kişi, kendisinin hukuki statüsünü, genel amaçlarını, uyuşmazlığın taraflarıyla olan doğrudan veya dolaylı bağlantılarını, herhangi bir hükümet

<sup>181</sup> NAFTA Free Trade Commission, North American Free Trade Agreement Notes Of Interpretation Of Certain Chapter 1 Provisions § A1-A2a (2001), Magraw and Amerasinghe, s. 358.

<sup>182</sup> Karacan, s. 67.

<sup>183</sup> Karacan, s. 68.



veya örgütten bildirim hazırlanması için finansal destek alıp almadığını, tahkim süreci ile ilgili menfaatini, bildirimdeki maddi ve hukuki unsurların tanımlarını yazılı olarak belirtmek durumundadır. Usule ilişkin bu kurallar daha sonra UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın ortaya çıkışında etkili olmuştur.

Tahkim mahkemesi ise üçüncü kişinin verdiği bu bilgileri değerlendirerek bildirimde bulunmakta önemli bir menfaati olup olmadığını, tahkim sürecine farklı bir bakış açısı ve katkı sağlayacaksa bunun niteliğini, kamu yararı olup olmadığını ele alarak üçüncü kişinin bildirimde bulunmasına imkan verip vermeyeceğine karar verir. İzin verdiği takdirde bu bildirim uyuşmazlık taraflarına iletir. 2003 tarihli bu açıklamadan sonra *Glamis Gold v. USA* uyuşmazlığında yerli halkın bu nitelikteki bildirimleri kabul edilmiştir.<sup>184</sup> Yine, *Eli Lilly and Company and the Government of Canada* kararında uyuşmazlığın tarafı olmayan dokuz tarafın yaptığı bildirim başvurusundan altı tanesi kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen iki açıklama dışında NAFTA düzenlemeleri m. 1128 ve 1137'de, tarafların katılımı ve kararların yayınlanması ile ilgili hususlar bulunmaktadır. Bu haliyle NAFTA, şeffaflık konusunda hem en iyi şartları sağlayan hem de UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'na referans olan öncü anlaşma durumundadır.<sup>185</sup>

## SONUÇ

Uluslararası tahkimde şeffaf olmayı gerektiren muhtemel risk altında kamu çıkarları bulunmaktadır. Bu, tahkim kurumlarını şeffaflık lehine düzenlemeler yapmaya teşvik etmiş; hatta buna mecbur kılmıştır. Şeffaflık, anlaşmazlıkların kaydedilmesi, kamunun dokümanlara ulaşımı, kararlara erişim, yargılama işlemlerinin halka açık olması, sürecin raporlanmasına izin verilmesi, uyuşmazlığın tarafı olmayanların amicus curiae ile sürece dahil edilmesi gibi hususları kapsar. Tahkimde şeffaflık kavramı gizlilik, mahremiyet, kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi kavramları ekseninde ele alınmaktadır. Ticari sırlar, devlet sırları, gizli kalması istenen iş bilgileri, yasal veya mesleki ayrıcalık kapsamında korunan birtakım bilgiler şeffaflık kavramı içinde açıklanmayacak gizli hususlardır.

<sup>184</sup> Karacan, s. 70.

<sup>185</sup> Maupin, s. 154; Lee, s. 449.

Uluslararası yatırım tahkimi bakımından şeffaflık kapsamına giren hususlardan bir kısmı, uluslararası ticari tahkimde niteliği gereği çoğunlukla kamu yararı bulunmadığından kapsam dışına çıkarılabilir. Ancak esasında şeffaflık sadece yatırım tahkimini ilgilendiren bir sorun değildir. Çünkü ticari tahkim her ne kadar özel taraflar arasında görülse de bazen bir devlet de uyuşmazlığın tarafı olabilir. Petrol, tarım, doğal kaynaklar vb konularla ilgili uyuşmazlıklarla alakalı ticari tahkimlerde, halk tahkim sonucundan etkileneceği için kamu yararı söz konusudur. Burada yapılması gereken, yatırım tahkimiyle olan farklılıklar değerlendirilerek şeffaflığın ticari tahkime uyacak formda uyarlanması ve tahkim kurumlarının anonim kararlar yayınlamak suretiyle buna öncü olmasıdır.

Uluslararası tahkimde şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler 2001'de NAFTA'da yapılmıştır. Ardından 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek şekilde değiştirmiştir. Şeffaflık konusunda diğer önemli düzenlemeler, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ile 2017 tarihli Mauritius Konvansiyonu'dur.

Alandaki önemli düzenlemeler olan bu metinlerde, tahkimin varlığının kamu tarafından bilinmesi, kamunun belgelere erişilebilir kılınması, uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilere bildirim yapabilme imkanının tanınması, oturumların kamuya açık yapılmasına yönelik şeffaflık hükümleri mevcuttur. Halen, güncel anlaşmalara şeffaflık lehine hükümler konulmaya devam edilmektedir. Adil, meşru ve etkin bir yasal mekanizma için tahkimde şeffaflığın sağlanması zorunludur.

## Kaynakça

### Kitaplar

Karacan Pınar, Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.

### Makaleler

Argen Robert, "Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, Volume 40, Issue 1, ss. 207-246.

- Ataman Figanmeşe İnci, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152.
- Aybay Rona, "Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim", *Ekonomik Forum*, 1999.
- Ball Carolyn, "What is Transparency?", *Public Integrity*, 2009, Volume. 11, No. 4, ss. 293-307.
- Bastin, Lucas, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International Comparative Law*, 2012, Volume 3, No.1, ss. 208-234.
- Bianchi Andrea, "On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law", in Andrea Bianchi and Anne Peters eds. *Transparency in International Law (Cambridge University Press)*, Cambridge 2013.
- Bishop Doak and Stevens Margrete, "The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy", *Arbitration Advocacy In Changing Times, ICCA Congress Series*, 2010, No. 15.
- Buys Cindy G, "The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, 2003, Volume 14, No. 121, ss. 121-138.
- Calamita Jansen N, "Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy", *Journal of World Investment and Trade*, 2014, Volume 15, Issue 3-4, ss. 645-678.
- Crook John R, "Joint Study Panel On transparency In International Commercial Arbitration", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2009, Volume 15, Issue 2, ss.361-365.
- Çal Sedat, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57 S. 4, ss. 135-190.
- Dhingra Jayems, "Can Justice be Served Without Transparency in International Commercial Arbitrations?", *2015 UNCITRAL Emergence Conference- Harmonizing Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, 2015, Chapter 6, ss. 127-148.
- Euler Dimitrij and Scherer Maxi, "Conclusion: The Rules as a Swing of the Pendulum?", in edited by Dimitrij Euler et al., by Meagan Wong and Rebecca Hadgett, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, (Cambridge University Press), Cambridge 2015, ss. 351-356.
- Fernandez Christian Guillermet and Puyana David Fernández, "Principles of Transparency and Inclusiveness as Pillars of Global Governance: The BRICS Approach to the United Nations", *BRICS Law Journal*, 2015, Volume 2, Issue 2, ss.7-24.
- William Kenny, "Transparency in Investor State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2016, Volume 33, No. 5, ss. 471-500.
- Knahr Christina and Reinisch August, "Transparency vs Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, Volume 6, ss. 97-118.
- Lee Julie, "UNCITRAL's Unclear Transparency Instrument, Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2013, Volume 33, Issue 2, ss. 438-474.

- Levander Samuel, "Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, Volume 52, Issue 2, ss. 506-541.
- Loken Keith, "Introductory Note to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration", *American Society of International Law*, 2013, Volume 52, No. 6, ss.1300-1308.
- Magraw Daniel Barstow Jr and Amerasinghe Niranjali Manel, "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration", *ISLA Journal of International and Comparative Law*, 2009, Volume 15, No. 2, ss. 337-360.
- Martins Alexandre Marques da Silva, "Challenges To Transparency And Ethics In Alternatives To Arbitration In The Realm Of International Investments", *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2016, Volume 11, ss. 321-376.
- Maupin Julie A, "Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law (Cambridge University Press)*, Cambridge, 2013, ss.142-171.
- Nuemann Thore and Simma Bruno, "Transparency in International Adjudication", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law, (Cambridge University Press)*, Cambridge 2013, ss. 436-476.
- Peters Anne, "Towards Transparency as a Global Norm", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law (Cambridge University Press)*, Cambridge 2013, ss. 507-607.
- Poorooye Avinash and Feehily Ronán, "Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance", *Harvard Negotiation Law Review*, 2017, Volume 22, ss. 275-324.
- Ribeiro João and Douglas Michael, "Transparency In Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, 2015, Volume. 11, No. 1, ss. 49-67.
- Rogers Catherine A, "Transparency in International Commercial Arbitration", *University of Kansas Law Review*, 2006, Volume 54, Issue 5, ss. 1301-1337.
- Ruscalla Gabriele, "Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?", *Groningen Journal of International Law*, 2015, Volume 3, No.1.
- Saravanan Azhaham Perumal and Subramanian Ramamurthy Subramanian, "Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *BRICS Law Journal*, 2018, Volume 5, Issue 4, ss. 114-138.
- Schill Stephan W, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, Volume 16, Issue 2, ss.201-204.
- Shirlow Esme, "Dawn Of A New Era? The Uncitral Rules And Un Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration", *ICSID Review*, 2016, Volume 31, No. 3, ss. 622-654.
- Szalay Gábor, "Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement", *Slovenian Arbitration Review*, 2017, Volume 6 Issue 1, ss. 17-34, (Arbitration and Transparency).

Tung Sherlin Hsieh-lien and Lin Brian, "More Transparency In International Commercial Arbitration: To Have Or Not To Have?", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, Volume 11, No. 1, ss.21-44.

Tüysüz Cemre, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2017, C. 37, S. 2, ss. 846-873.

### Tezler

Söderberg, Ebba, Investment Treaty Arbitration And Transparency-Transparency, Confidentiality And The Public Interest In International Investment Disputes, Uppsala Universitet, Master Thesis, 2019.

Szalay Gábor, Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement, Tilburg University LLM International Business Law, Master's Thesis, 2016.

### İnternet Kaynakları

Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, The UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) [http://www.ciel.org/Publications/CIEL\\_IISD\\_RevisingUNCITRAL\\_Dec07.pdf](http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf) , ET.13.11.2019.

Guide for Access to Information and Participation by NGOs in Investment Arbitration (in particular, as amicus curiae), <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/161028-sciencespo-projet-white-case-llp-guide-ong-en.pdf>, ET. 23.11.2019.

Johnson Lise and Bernasconi-Osterwalder Nathalie, "New UNCITRAL Arbitration Rules On Transparency: Application, Content And Next Steps", *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, 2013, [http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL\\_Rules\\_on\\_Transparency\\_commentary\\_FINAL.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf), ET. 01.12.2019.

Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf), ET. 10.11.2019.

OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", *OECD Working Papers on International Investment*, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019.

Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 53rd session (Vienna, 4-8 October), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html), ET. 20.11.2019.

<https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>, ET. 22.11.2019.

<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/>, ET. 01.12.2019.



# ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN CHAGOS TAKIMADALARI'NIN 1965'TE MORİTYUS'TAN AYRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI HAKKINDA DANIŞMA GÖRÜŞÜ

THE ADVISORY OPINION OF THE INTERNATIONAL COURT  
OF JUSTICE ON THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE  
SEPERATION OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO FROM  
MAURITIUS IN 1965

Müge DALAR\*

**Özet:** Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 22.06.2017'de 71/292/A/71/L.73 sayılı kararla Uluslararası Adalet Divanı'ndan Chagos Takımadalari'nin 1965'te Morityus'tan ayrılmasının hukuki sonuçları hakkında danışma görüşü talebi, 25.02.2019'da karara bağlanmıştır. Birleşik Krallık'ın Morityus sömürgesinin bağlı bölgesi olarak sömürge yönetimi altına aldığı Chagos Takımadalari, 1965 yılında Morityus ülkesinden ayrılarak "Britanya Hint Okyanusu Toprakları" (*British Indian Ocean Territory-BIOT*) adı altında yeni bir sömürge haline getirilmişti. Morityus, 1968 yılında Chagos Takımadalari dışında kalan toprakları üzerinde bağımsız bir devlet haline gelmiştir. Genel Kurul ise 1965 yılından itibaren Chagos Takımadalari'nin Morityus ülkesinden ayrılmasının self-determinasyon ilkesine aykırı olduğu yönünde kararlar almıştı. Nihayetinde danışma görüşü talebini değerlendiren Uluslararası Adalet Divanı, self-determinasyon hakkının uluslararası hukuktaki yerini belirlemede Genel Kurul kararlarına özel bir önem vermiştir. Buna göre Morityus'un sömürgelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanmadığı sonucuna ulaşmış, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadalari'nin Morityus'a derhal iade etmekle yükümlü olduğu kararına varmıştır. Bu çalışmada, Uluslararası Adalet Divanı'nın Chagos Takımadalari hakkında verdiği danışma görüşü, Genel Kurul kararlarının normatif niteliği ve danışma görüşlerinin hukuki niteliği bağlamında değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Adalet Divanı, Danışma Görüşü, Self-Determinasyon, Bağlayıcılık, Chagos Takımadalari

**Abstract:** Request for an advisory opinion from the International Court of Justice of the United Nations General Assembly with the decision numbered 71/292/A/71/L.73 on 22 June 2017 on the legal consequences of the seperation of the Chagos Archipelago from

\* Arş. Gör., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, mdalar@ogu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0594-840X, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.03.2020, Kabul Tarihi:10.03.2020

Mauritius in 1965 was decided by the Court on 25 February 1968. The Chagos Archipelago, which was taken under colonial rule as a depended region of the United Kingdom's Mauritian colony, was separated from the country of Mauritius in 1965 and became a new colony under the name of "British Indian Ocean Territory-BIOT". Mauritius became an independent state on its territory in 1968 except the Chagos Archipelago. The General Assembly had made many decisions since 1965 that the separation of the Chagos Archipelago from the country of Mauritius was against the principle of self-determination. Finally, evaluating the request for an advisory opinion, the Court gave special importance to the resolutions of the General Assembly in determining the place of the right to self-determination in international law. Accordingly, the Court concluded that the process of decolonization of Mauritius was not completed in accordance with international law, and the United Kingdom was obliged to return the Chagos Archipelago to Mauritius immediately. In this study, the advisory opinion of the International Court of Justice on the Chagos Archipelago is evaluated in the context of the normative nature of the General Assembly decisions and the legal nature of the advisory opinions.

**Keywords:** International Court of Justice, Advisory Opinion, Self-Determination, Bindingness, Chagos Archipelago

## Giriş

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 22.06.2017'de A/71/L.73 sayılı kararlar<sup>1</sup> Uluslararası Adalet Divanı'ndan (Divan) Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan ayrılmasının hukuki sonuçları hakkında danışma görüşü talebinde bulunmuştur. Talepte Divan'ın şu soruları yanıtlaması istenmiştir:

- a. Genel Kurul'un 1514, 2066, 2232 ve 2357 sayılı kararları göz önünde bulundurulduğunda Chagos Takımadaları'nın Morityus'tan ayrılmasının ardından 1968'de bağımsızlığını kazanan Morityus'un sömürgeleikten kurtulma süreci uluslararası hukuka uygun şekilde tamamlanmış mıdır?
- b. Yukarıda anılan kararlardan doğan yükümlülükler ve Morityus'un Chagos kökenliler de dâhil olmak üzere vatandaşlarının yeniden yerleşimine yönelik bir program yürütememesi de göz önünde bulundurulduğunda, Chagos Takımadaları üzerinde Birleşik Krallık yönetiminin sürmesinin uluslararası hukuktaki sonuçları nelerdir?

<sup>1</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/71/L.73, 15.06.2017, <<https://undocs.org/A/71/L.73>>, (Erişim tarihi 05.01.2020).



Söz konusu Takımadada, 30.05.1814'te imzalanan Paris Antlaşması ile Fransa'dan Birleşik Krallık'a geçmiş ve Morityus'un bağlı bölgesi olarak sömürge yönetimi altına alınmıştı. Morityus bağımsızlığını kazanmadan önce Birleşik Krallık tarafından Morityus ülkesinden ayrılan ve ayrı bir sömürge haline getirilen Chagos Takımadaları'nın iadesi için Morityus uzun yıllar mücadele etmiştir. Genel Kurul'un talebi üzerine Divan'ın, 25.02.2019'da verdiği danışma görüşü,<sup>2</sup> sömürgelelikten kurtulma (dekolonizasyon) sürecinin normatif çerçevesine ve self-determinasyon hakkının uluslararası hukuktaki gelişimine odaklanmıştır. Bu bağlamda Chagos Takımadaları'nın ayrılmasını self-determinasyon hakkının uluslararası hukuktaki kapsam ve unsurlarına aykırı bulan Divan, bu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için Birleşik Krallık'ın Takımadalar'ı Morityus'a derhal iade etme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.

Bu çalışmanın amacı Divan'ın 25.02.2019 tarihli kararını değerlendirmektir. Söz konusu danışma görüşü iki açıdan önem taşımaktadır. İlk olarak danışma görüşünde Divan, self-determinasyon hakkının uluslararası örf-adet hukukundaki yerini belirlemede Genel Kurul kararlarına özel bir önem vermiştir. Bağlayıcı olmayan Genel Kurul kararlarının normatif niteliğini ön plana çıkarmış ve böylelikle Genel Kurul kararlarının bilhassa uluslararası örf-adet hukukunun gelişimindeki önemini vurgulamıştır. Diğer yandan bu danışma görüşü, Divan'ın danışma görüşlerinin istisari niteliğini aşmaktadır. Danışma görüşlerinin bir devlet ya da organ için yükümlülük doğurması beklenemezken Divan, bu kararında farklı bir tutum izlemiştir. Dolayısıyla bu çalışmada, Divan'ın Chagos Takımadaları hakkında verdiği danışma görüşü, bu iki unsur bakımından incelenecektir. Bu sayede sömürgelelikten kurtulma sürecinde Genel Kurul'un oynadığı rolü ve Divan'ın danışma görüşlerinin hukuki niteliğini de incelemek mümkün olacaktır. Chagos Takımadaları ile ilgili Birleşik Krallık ve Morityus arasındaki ihtilafı ortaya koyabilmek amacıyla öncelikle tarihsel arka plan ele alınacak olup, Morityus'un sömürgeleştirilmesi ve Chagos Takımadaları'nın Morityus ülkesinden ayrılması süreci değerlendirilecektir. Ardından Genel Kurulu konu hakkında danışma görüşü

<sup>2</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçları", <<https://www.icj-cij.org/en/case/169>>, (Erişim tarihi 01.01.2020).

istemeye iten ve meselenin uluslararasılaşmasını sağlayan gelişmeler irdelenecektir. Böylelikle Divan'ın danışma görüşünü oluşturduğu tarihsel bağlam ortaya konduktan sonra Chagos Takımadaları hakkındaki danışma görüşü, Genel Kurul kararlarının normatif niteliği ve danışma görüşlerinin hukuki mahiyeti bakımından incelenecektir.

### I. Tarihsel Arka Plan: Morityus'ta Birleşik Krallık Sömürge Yönetimi ve Chagos Takımadaları'nın Ayrılması

Afrika'nın güney doğu kıyılarında Hint Okyanusu'nda bir ada olan Morityus, ilk kez 10. yüzyılda Araplar tarafından keşfedilmiş ve "Dina Mozare" adıyla haritalardaki yerini almıştır. Ada'ya "Morityus (*Mauritius*)" adını ise, 1598'de Ada kıyılarına ulaşan Orange Prensi Maurice van Nassau şerefine Hollandalılar vermişlerdir. Ancak Hollandalılar uzun yıllar adaya yerleşmemiştir. 1638 yılında Hollanda Doğu Hindistan Şirketi, adanın tamamını işgal ederek Endonezya ve Madagaskar'dan getirdiği köleleri Ada'ya yerleştirmeye başlamıştır. Ancak sorunlarla baş etmekte zorlandığı için sömürgeciliğe ilgisini kaybeden Hollanda, yerini Fransa'ya bırakmıştır. 1715 yılında Ada, "Isle de France" (Fransa Adası) adıyla bir Fransız kolonisi haline gelmiş, Chagos Takımadaları ise Morityus'un bağlı bölgesi olarak 18. yüzyılın ilk yarısında Fransız sömürge topraklarına dâhil edilmiştir. Chagos Takımadaları üzerinde hindistan cevizi plantasyonlarının kurulması ve Takımadalar'a daimî yerleşimcilerin getirilmesi ise 1778 yılını bulmuştur. Özellikle 1803-1815 yılları arasında yaşanan Napolyon Savaşları esnasında Morityus ve bağlı adalar kolonisi, Hindistan'dan hareket eden İngiliz ticari gemilerini yağmalayan Fransız korsanların üssü olmuştur. Hindistan ticareti tekelinin tehlikeye girdiğini gören Birleşik Krallık, "Grand Port Savaşı" adı verilen savaşta Fransız donanmasını alt ederek hem saldırılara son vermiş hem de stratejik önemini fark ettiği adanın kontrolünü ele geçirmiştir. 30.05.1814'te imzalanan Paris Antlaşması ile Fransa, Morityus ve bağlı adalar üzerindeki haklarını Birleşik Krallık'a devretmiştir. Böylece tekrar Morityus adını alan Ada üzerinde 1968 yılına dek süren Birleşik Krallık sömürgeciliği dönemi başlamıştır.

Birleşik Krallık, Fransa ile benzer şekilde, Chagos Takımadaları'nı Morityus'un bağlı adaları olarak yönetmiştir. Takımadalar'a, çoğunlukla Mozambik ve Madagaskar'dan hindistan cevizi plantasyon-

larında ve balık çiftliklerinde çalıştırılmak üzere getirilen köleler yerleştirilmiştir. 1869'da Süveyş Kanalı'nın açılmasının ardından Chagos Takımadaları'nın en büyüğü olan Diego Garcia, Doğu ve Pasifik Buharlı Deniz Taşımacılığı Şirketi'nin burada bir kömür istasyonu kurmasıyla buharlı gemiler için bir kömür ikmal noktasına dönüşmüştür. Takımadalar'da üretilen ve kopra adı verilen hindistanecevi yağ hammaddesi, Morityus üzerinden metropole ulaştırılmıştır. Takımadalar üzerindeki yegâne üretimin hindistan ceviz yağı olması nedeniyle 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yarısında Chagos Takımadaları "yağ adaları" (*oil islands*) adıyla kayıtlarda yer almıştır.<sup>3</sup>

Morityus'ta sömürgelelikten kurtulma mücadelesi, Morityus İşçi Partisi (*Mauritius Labor Party-MLP*) önderliğinde, şeker endüstrisinde çalışma şartlarının iyileştirilmesi ile Hükümet Konseyi'nde temsiliyet ve oy hakkı talepleriyle başlamıştır. Sömürge yönetiminin taleplere karşılık vermemesi, 1937 yılında büyük protesto gösterilerine meydan vermiş, bütün çıkar gruplarını yansıtacak daha demokratik bir temsiliyet talebi ancak 1945 yılında sömürge yönetiminde karşılık bulmuştur.<sup>4</sup> Hiç de tesadüfi olmayan bu tarih, II. Dünya Savaşı sonrası self-determinasyon ve egemen eşitlik ilkelerinin hukuksal zemini oluşturduğu, sömürgelelikten kurtulma süreçlerinin hız kazandığı yeni uluslararası sisteme geçişe denk düşmektedir. Nitekim bu tarihten itibaren Birleşik Krallık, Afrika'daki diğer sömürgelerinde olduğu gibi, bağımsızlık taleplerine bir takım demokratik ödümlerle karşılık vermeye başlamıştır. Bu doğrultuda Morityus'ta 1947'de yapılan yeni anayasa ile 19'u seçimle belirlenen 34 üyeli bir Yasama Konseyi oluşturulmuştur. Ardından 1959'da yürürlüğe giren yeni anayasa ile demokratik ödümler biraz daha artmış ve nihayet 24.04.1968 tarihinde Morityus, egemen ve eşit bir devlet sıfatı ile Birleşmiş Milletler (BM) ailesine katılmıştır.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Richard Gifford ve Richard P. Dunne, "A Dispossessed People: the Depopulation of the Chagos Archipelago 1965-1973", *Population, Space and Place*, C. 20, S. 1(2014), s. 38.

<sup>4</sup> Türkkiye Ataöv, *Afrika Ulusal Kurtuluş Mücadeleleri*, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977, s. 529.

<sup>5</sup> Birleşmiş Milletler, <<https://www.un.org/en/member-states/#gotoM>>, (Erişim tarihi 15.01.2020).

Morityus bağımsızlığa hazırlanırken, 05.11.1965'te Morityus Bakanlar Konseyi ile Birleşik Krallık arasında imzalanan Anlaşma uyarınca Morityus sömürgesinden Chagos Takımadaları'nın ayrılması karara bağlanmıştır. "Lancaster House Taahhütleri" (*The Lancaster House Undertakings*) adını alan Anlaşma ile Birleşik Krallık, Chagos Takımadaları'nı çevreleyen sulara Morityus'un balıkçılık haklarının saklı tutulacağı ve güvenlik ihtiyacının ortadan kalkması halinde Chagos'un Morityus'a intikalinin mümkün olacağı vaadinde bulunmuştur.<sup>6</sup> 08.11.1965'te yapılan düzenlemeyle de Chagos Takımadaları, Seyşeller sömürgesinden ayrılan Aldabra, Fraquhar ve Derosches Adaları ile "Britanya Hint Okyanusu Toprakları" (*British Indian Ocean Territory-BIOT*) adı altında birleştirilmiştir. Ayrı bir anayasası ve hükümeti olan Birleşik Krallık'ın bu deniz aşırı toprakları, Seyşeller sömürgesi valisinin yönetimi altına konulmuştur. 1976 yılında yenilenen düzenlemeyle Aldabra, Fraquhar ve Derosches Adaları Seyşeller'e iade edilmiş, böylelikle BIOT Chagos Takımadaları'ndan ibaret kalmıştır.

30.12.1966'da ise Birleşik Krallık ve ABD arasında yapılan Anlaşmayla, Chagos'un 50 yıllık bir dönem için savunma amacıyla ABD tarafından kullanılmasına, sürenin sonunda tarafların itiraz etmemesi halinde kullanım hakkının 20 yıl daha uzatılmasına karar verilmiştir. Bu bağlamda 1972 yılında da takımadaların en büyüğü olan Diego Garcia üzerinde ABD'nin bir deniz üssü kurması için anlaşmaya varılmıştır. Takımadalar'ın savunma amaçlı kullanılması ve bir askeri üsse ev sahipliği yapması, bir anlamda adaların nüfustan arındırılması anlamına gelmiştir. Nitekim bunun için önce 1967-68 yıllarında kopra plantasyonlarında çalışan işçilerin adaları terk etmesi yönünde düzenlemeler yapılmış, 1971 yılında ise tüm nüfus Diego Garcia'yı terk etmek zorunda bırakılmıştır. Yerlerinden edilenler önce Salomon ve Peros Banhos Adalarına ardından ise Morityus ve Seyşeller'e yerleştirilmiştir. Öyle ki, Chagos Takımadaları'nda 2000 civarında olduğu tahmin edilen toplam nüfusun 1972 yılına gelindiğinde neredeyse sıfıra indiği tahmin belirtilmektedir.<sup>7</sup> Birleşik Krallık 1972 ve 1978 yıllarında iki taksit

<sup>6</sup> "The Lancaster House Undertakings as Binding Commitments", <<https://www.myheplus.com/sites/www.myheplus.com/files/downloads/topics/Activity%20One-%20The%20Lancaster%20House%20Undertakings%20as%20Binding%20Commitments.pdf>>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

<sup>7</sup> Gifford ve Dunne, a.g.e., s. 40.

halinde yerlerinden edilen Chagosluların durumunu tazmin amacıyla Morityus hükümetine ödeme gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla Birleşik Krallık ve ABD'nin ortak savunma çıkarları, binlerce insanın yerinden edilmesi ve geri dönüşlerinin engellenmesi ile neticelenmiştir.

### A. Chagos Takımadaları'nın Ayrılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararları

Genel Kurul'un 14.12.1960 tarihli 1514 sayılı kararı, sömürgeleikten kurtulma döneminin miladı niteliğindedir. "Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri" adını alan bu karar tüm üye devletleri, vesayet altındaki ve muhtar olmayan ülkelerde tüm yetkilerin bu ülkelerin halklarına kayıtsız ve şartsız devri için gerekli tedbirleri almaya çağırılmaktadır.<sup>8</sup> Karar ayrıca bir ülkenin toprak bütünlüğünü ve ulusal birliğini kısmen ya da tamamen parçalamayı amaçlayan girişimlerin BM Antlaşması'nın amaç ve ilkelerine uymadığını kayıt altına alır.<sup>9</sup> Burada sömürgeleğin altındaki ülkelerin bölünerek kısmen bağımsızlık verilmesini kesin olarak yasaklama amacı güdüldüğü yorumunun yapılması mümkündür. Nitekim Morityus sorununa ilişkin 1965 yılında alınan kararda Genel Kurul, Birleşik Krallık'ı 1514 sayılı karara uymaya çağırmıştır. Kararda, Morityus ve bağlı adaların tümünün Morityus ülkesini oluşturduğundan hareketle askeri üs kurmak amacıyla Chagos Takımadaları'nı Morityus'tan ayıran Birleşik Krallık'ın 1514 sayılı kararı tam olarak uygulamadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Birleşik Krallık gerekli önlemleri almaya ve Morityus'un toprak bütünlüğünü bozacak başka tasarruflardan kaçınmaya çağırılmıştır.<sup>10</sup> 1966 ve 1967 yıllarındaki Genel Kurul kararlarında aynı çağrı yinelenmiştir.<sup>11</sup> Ancak Morityus, 1968 yılında Chagos Takımadaları dışındaki toprakları üzerinde bağımsızlığını kazanmıştır.

<sup>8</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/1514(XV), 14.12.1960, para. 5, <[https://www.un docs .org /A /res/1514\(XV\)](https://www.un docs .org /A /res/1514(XV))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

<sup>9</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/1514(XV), 14.12.1960, para. 6., <[https://www.un docs .org /A /res/1514\(XV\)](https://www.un docs .org /A /res/1514(XV))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

<sup>10</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2066(XX), 16.12.1965, <[https://undocs.org/ es/A/ RES /2066 \(XX\)](https://undocs.org/ es/A/ RES /2066 (XX))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

<sup>11</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2232(XXI), 20.12.1966, <[https://undocs.org/en/A /RES/2232%20\(XXI\)](https://undocs.org/en/A /RES/2232%20(XXI))>, (Erişim tarihi 17.01.2020); A/RES/2357(XXII), 19.12.1967, <[https://undocs.org/en /A/RES/2357 \(XXII\)](https://undocs.org/en /A/RES/2357 (XXII))>, (Erişim tarihi 17.01.2020).

## B. Morityus'un Çatışmayı Uluslararasılaştırma Çabaları

1980 yılından itibaren Morityus, Chagos Takımadaları meselesini hem BM, Afrika Birliği Örgütü/Afrika Birliği, Bağlantısızlar Hareketi, Afrika-Güney Amerika Zirvesi gibi uluslararası örgütlerin gündemine taşıma hem de Birleşik Krallık ile ikili temaslarında ön plana çıkarma gayreti içine girmiştir. Morityus'un iddialarında iki temel unsur ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bağımsızlığını kazanmadan önce Morityus ülkesinin bölünmesi nedeniyle Morityus'un olduğu kadar tüm Afrika'nın sömürgelelikten kurtulma sürecinin tamamlanmamış olduğu vurgusudur. Bu bağlamda Morityus, Genel Kurul'un öngördüğü toprak bütünlüğü ve ulusal birliğin bozulmasını yasaklayıcı 1514 ve 2066 sayılı kararlarını gündeme getirmiştir. Lancaster House Taahhütleri'nde vaadedilen Chagos'un savunma ihtiyaçları ortadan kalktığında Morityus'a intikalinin gerçekleşmesi yoluyla bu aykırılığın ortadan kalkacağı ve ikili temaslarda çatışmanın çözüme ulaştırılmadığı iddiasını ön plana çıkarmıştır. Bu nedenle Morityus, ihtilafın bağlayıcı karar alacak bir uluslararası yargı organınca çözüme kavuşturulması yönünde mücadele etmiştir. Ancak Morityus ihtilafı bağlayıcı karar alınabilmesi için Divan önüne taşıyamamıştır. Zira Birleşik Krallık, İngiliz Milletler Topluluğu (*Commonwealth*) üyesi devletlerle olan uyuşmazlıklarını, Divan'ın yargı yetkisi dışında bırakmıştı. Morityus'un İngiliz Milletler Topluluğu'ndan ayrılarak ihtilafı Divan'ın önüne getirmesini engellemek amacıyla da Birleşik Krallık, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün (UAD Statüsü) 36/2. maddesi uyarınca Divan'ın yargı yetkisine karşı yaptığı bildirimini "01.01.1987'den sonra ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklarda geçerli olmak üzere... İngiliz Uluslar Topluluğu üyesi olan ve olmuş olan tüm devlet ve hükümetlerle olan herhangi bir ihtilaf..." şeklinde tadil etmiştir.<sup>12</sup>

Chagos Takımadaları'nın hukuki statüsü, Morityus'un 20 Aralık 2010'da Birleşik Krallık'ın Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) ihlal ettiği gerekçesiyle başlattığı tahkim sürecinde de gündeme gelmiştir. Birleşik Krallık, 1 Nisan 2010'da Chagos çevresinde 200 deniz mili deniz koruma alanı (*marine protected area*) ilan

<sup>12</sup> Birleşik Krallık'ın Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne koyduğu çekince için bkz. <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=I-4&chapter=1&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-4&chapter=1&clang=_en)>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

etmiştir.<sup>13</sup> Bu ilanın BMDHS hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğuna yönelik tahkim başvurusu yapan Morityus, dört iddia öne sürmüştür:<sup>14</sup>

- i. Birleşik Krallık, BMDHS'ne göre kıyı devleti olmadığı için deniz koruma alanı ilan edemez.
- ii. Kıyı devleti olan Morityus'un BMDHS'nin 56(1) ve 76(8). maddeleri uyarınca hakları olduğundan Birleşik Krallık tek taraflı olarak deniz koruma alanı ilan edemez.
- iii. Birleşik Krallık, Kıta Sahaneliğinin Sınırları Komisyonu'nun, Morityus'un Komisyon'a yapabileceği herhangi bir tam başvuruya ilgili olarak Morityus'a tavsiyelerde bulunmasını engelleyecek herhangi bir adım atamaz.
- iv. Birleşik Krallık'ın deniz koruma alanı ilanı, BMDHS kapsamındaki maddi ve usulî yükümlülüklerine aykırıdır.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi (Tahkim Mahkemesi) kararında, Morityus'un başvurusunda yer alan ilk iki iddianın BMDHS'nin uygulanmasına yönelik değil, Chagos Takımadaları üzerindeki egemenlik iddialarına yönelik olduğundan hareketle yargı yetkisi bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>15</sup> Üçüncü iddia üzerinde

<sup>13</sup> Deniz ve kıyı koruma alanları, belirli bir deniz alanının insan etkisinden korunması, bu sayede doğal, tarihi ve kültürel özelliklerini muhafaza etmesini sağlama amacıyla oluşturulan bölgelerdir. Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları çevresinde deniz koruma alanı ilan etme kararının, esasında Chagos'un eski yerleşimcilerinin geri dönme çabalarını sonlandırmak amacıyla aldığı öne sürülmektedir. Zira Diego Garcia başta olmak üzere tüm adaların bir deniz rezervi olarak koruma altına alınması, nüfustan arındırılmasını pekiştirici bir etki yapacaktır. Bkz. Stephen Minas, "Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice – and for 'Global Britain'" *Transnational Legal Theory*, C. 10, No. 1(2019), s. 127.

<sup>14</sup> Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi'nde 15.03.2015'te karara bağlanan "Chagos Deniz Koruma Alanı Tahkimi" ile ilgili belgelere şu adresten ulaşılabilir: <<https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>>, (Erişim tarihi 15.01.2020).

<sup>15</sup> Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi, "Chagos Deniz Koruma Alanı Tahkimi", Award, para. 221, para. 230, 15.03.2015, <<https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>>, (Erişim tarihi 20.01.2020). *Hâkim* Kateka ve *Hâkim* Wolfrum sundukları ayrık görüşte, ilk iki iddiaya ilişkin anlaşmazlığın, Chagos Takımadaları üzerindeki egemenlik iddiaları ile ilgili değil, doğrudan BMDHS'nin uygulanması ile ilgili olduğunu öne sürmüştür. Bkz. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi, "Chagos Deniz Koruma Alanı Tahkimi", Dissenting Opinion of Judges Kateka and Wolfrum, 18.03.2015, <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1570>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

yargı yetkisinin olup olmadığına ilişkin karar alınması ve iddianın esastan incelenmesine ise gerek görülmemiştir.<sup>16</sup> Böylelikle Tahkim Mahkemesi, yalnızca Birleşik Krallık'ın Chagos çevresinde deniz koruma alanı ilan etmesinin BMDHS hükümlerine uygunluğu konusunda karar almıştır. Karar'da dikkat çekici olan nokta, Birleşik Krallık'ın iddiasının aksine, Tahkim Mahkemesi'nin 1965 tarihli Lancaster House Taahhütleri'nin uluslararası hukuk açısından bağlayıcı bir uluslararası antlaşma olduğu kabulüdür (para. 425). Buna göre, Morityus Britanya İmparatorluğu'nun bir parçası olarak kalsaydı, bu antlaşma İngiliz iç hukukunu ilgilendiren bir mesele olacaktı, ama 1968 yılında Morityus'un bağımsızlığını kazanmasıyla uluslararası bir antlaşma niteliği kazanmıştır. Bu nedenle Chagos Takımadaları çevresinde Morityus'a tanınan balıkçılık haklarının yanı sıra deniz yatağından çıkan doğal kaynaklardan yararlanma hakkı, uluslararası hukuk açısından geçerlidir (para. 425-426). Karasuları üzerinde kıyı devletinin egemenliğini uluslararası hukukun diğer kuralları dâhilinde kullanması gerekmektedir.<sup>17</sup> Yine münhasır ekonomik bölgede kıyı devleti haklarını kullanırken diğer devletlerin hak ve yükümlülüklerini göz önünde bulundurmalıdır.<sup>18</sup> Ancak Birleşik Krallık kendi hakları ile Morityus'un Lancaster House Taahhütleri'nden doğan haklarını dengelemede başarısız olmuştur (para. 535). Birleşik Krallık deniz koruma alanı ilan ederek Morityus'un Chagos Takımadaları karasularında balıkçılık haklarının olmadığını ve deniz koruma alanının Morityus'un çıkarına olduğunu varsaymıştır (para. 535). Diğer yandan Lancaster House Taahhütleri ile Birleşik Krallık Chagos Takımadaları'nı savunma ihtiyacı ortadan kalktığına Morityus'a iade etmeyi kabul etmiştir. Birleşik Krallık eski sahibine intikal edecek olan bu bölgede, Morityus'un gelecekteki muhtemel haklarını da gözetmek zorundadır (para. 521). Bu nedenle Tahkim Mahkemesi Birleşik Krallık'ın Morityus'un haklarının gerektirdiği şekilde hareket etmesi gerektiğine ve BMDHS'nin 2(3) ve 56(2). maddelerini ihlal ettiğine hükmetmiştir (para. 536).

<sup>16</sup> Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi, "Chagos Deniz Koruma Alanı Tahkimi", Award, para. 350, 15.03.2015, <<https://files.pca-cpa.org/pca-docs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>17</sup> 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 10 Aralık 1982, Madde 2(3), <[https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>, (Erişim tarihi 19.01.2020).

<sup>18</sup> 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 56(2).



Chagos Takımadaları tahkim kararı, Morityus'un dilediği gibi, Chagos üzerinde egemenlik iddialarını çözüme kavuşturan bir karar olmamıştır. Ancak söz konusu karar, 1965 tarihli Lancaster House Taahhhütleri'nin uluslararası hukuk açısından bağlayıcılığını, dolayısıyla güvenlik ihtiyacı ortadan kalktığında Chagos'un geri verileceği taahhüdünü teyit etmiştir.

## II. Divan'ın Danışma Görüşü Kararı

16.09.2016'da BM Genel Kurulu, 2017 yılında yapılacak 71. Genel Kurul'un gündemine 1965'te Chagos Takımadaları'nın Morityus'tan ayrılmasının hukuki sonuçları hakkında Divan'dan danışma görüşü alınmasını dâhil etmiştir. Birleşik Krallık ve Morityus'a sömürgelekten kurtulma sürecinin tamamlanıp tamamlanmadığı hakkında istişarelerde bulunması için Haziran 2017'ye kadar süre tanınmıştır.<sup>19</sup> Taraflar arasında 09.11.2016 ve 02.02-07.03.2017'de gerçekleştirilen görüşmelerde uzlaşmaya varılamaması neticesinde 22.06.2017'de Genel Kurul, BM Antlaşması'nın 96.<sup>20</sup> ve UAD Statüsü'nün 65. maddesi<sup>21</sup> uyarınca Divan'dan danışma görüşü talebinde bulunulmasına karar verilmiştir.<sup>22</sup>

### A. Yargı Yetkisi

Divan'ın 14.07.2017 tarihli, üye devletlerden konuya ilişkin görüş alınması talebi uyarınca 31 devlet ve Afrika Birliği, Divan'a yazılı beyanlarını iletmiştir. Afrika Birliği'nin yanı sıra 21 devlet de sözlü aşamaya katılmıştır. Divan danışma görüşü kararını 25.02.2019'da almıştır.<sup>23</sup> Kararın ilk bölümünde, yargı yetkisine yapılan itirazlar değerlendirilmiştir. Buna göre Divan, BM Antlaşması'nın 96(1). maddesi uyarınca

<sup>19</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/71/292, 16.09.2016, <<https://undocs.org/ch/A/RES/71/292>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler, "Charter of the United Nations", 24.10.1945, <<https://www.un.org/en/charter-united-nations/>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>21</sup> Birleşmiş Milletler, "Statute of the International Court of Justice", <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>22</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 71/292/A/71/L.73, 22.06.2017, <<https://undocs.org/A/71/L.73>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>23</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın "Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan Ayrılmasının Hukuki Sonuçları" danışma görüşüne ve dava ile ilgili tüm belgelere şu adresten ulaşılabilir: <<https://www.icj-cij.org/en/case/169>>, (Erişim tarihi 01.01.2020).

Genel Kurul'un hukuki bir meselede danışma görüşü talep edebileceği ve uluslararası hukuka atıfla cevap istenen soruların hukuki bir meseleye içkin olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur (para. 55-56). Birleşik Krallık Divan'ın yargı yetkisine yaptığı itirazda, soruların görünüşte sömürgelikten kurtulma ilkesi ilgili olduğu ancak sorunun özünün egemenliğe içkin olduğu dolayısıyla siyasi olduğu iddiasını öne sürmüştü.<sup>24</sup> Buna göre ihtilaf hukuki olmaktan çok, Birleşik Krallık ve Morityus arasında Chagos Takımadaları üzerindeki egemenliğe dair ikili bir uyuşmazlıktır. Divan'a sunduğu yazılı beyanda Birleşik Krallık ile benzer görüşü savunan ABD ve Fransa da Genel Kurul'un görüş istediği sorunun esasen Birleşik Krallık ile Morityus arasında ikili ülkesel bir uyuşmazlık olduğunu ve Divan'ın görüş bildirmekten imtina etmesi gerektiğini öne sürmüştür.<sup>25</sup> Divan ise sorunun temelinde 1965-1967 yılları arasında, dolayısıyla Morityus'un sömürgelikten kurtulma sürecinde yaşanan olayların olmasından hareketle hukuki bir nitelik taşıdığı ve sorularda Genel Kurul'un bu dönemde aldığı kararlara atıf yapılmasının sorunun hukuki niteliğini zedelediği değerlendirilmesinde bulunmuştur (para. 59). Sömürgelikten kurtulma sürecini dolayısıyla self-determinasyon hakkının kullanılmasını içeren bir sorunun, ikili bir uyuşmazlık olarak ele alınamayacağı görüşü, Kıbrıs Cumhuriyeti ve Almanya gibi devletlerin yazılı beyanlarında da yer almıştır.<sup>26</sup>

Birleşik Krallık, UAD Statüsü'nün 65(2). maddesi uyarınca danışma görüşü istenen soruların açık ve kesin bir dille ifade edilmesi gerektiğini hatırlatarak Genel Kurul tarafından yöneltilen sorunların kesinlikten uzak olması nedeniyle Divan'ın yargı yetkisi olmadığını öne sürmüştü.<sup>27</sup> Divan bu itiraza yönelik ise, 2004 yılında "İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvarın Hukuki Sonuçları" danışma görüşüne atıf yapmıştır. Söz konusu kararda, sorunun ifadesindeki belirsizliğin yorumlamada açıklığa kavuşturul-

<sup>24</sup> Birleşik Krallık Yazılı Beyan, para. 7(13), <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180215-WRI-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 22.01.2020).

<sup>25</sup> Birleşik Krallık Yazılı Beyan, para. 7(4).

<sup>26</sup> Kıbrıs Cumhuriyeti Yazılı Beyan, para. 19, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180212-WRI-01-00-EN.pdf>>; Almanya Yazılı Beyan, para. 34, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180115-WRI-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 01.02.2020).

<sup>27</sup> Birleşik Krallık Yazılı Beyan, para. 1(21).

lacağı ve böyle yorumlama açıklamalarının Divan tarafından sıklıkla yapıldığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur.<sup>28</sup> Bu değerlendirmeden hareketle, sorunun yeniden formüle edilmesinin gerekli olmadığı ve başvurunun kabul edilebilir olduğu karara bağlanmıştır (para. 135).

## B. Uygulanacak Hukuk

Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığını değerlendirirken Divan, ilk önce ilgili dönemi ve bu dönemde uygulanabilir olan uluslararası hukuk kurallarını tespit yoluna gitmiştir. Divan, Genel Kurul tarafından yöneltilen soruyu cevaplandırmak için bu danışma görüşünde temel bir insan hakkı olarak geniş bir uygulama alanı olan self-determinasyon hakkının sömürgelelikten kurtulma süreci bağlamında incelemekle sınırlı kalınması gerektiğine karar vermiştir (para. 144). Genel Kurul danışma görüşü talebinde, Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin 1965 yılında Chagos Takımadaları'nın ayrılmasından bağımsızlığın kazanıldığı 1968 yılına kadar geçen dönemi kapsadığını ifade etmişti. Divan ise uygulanacak hukukun belirlenmesinde 1965-1968 dönemine odaklanılması gerektiğini ancak self-determinasyon hakkının uluslararası örf-adet hukukunda gelişiminin daha uzun bir döneme yayılmış olması nedeniyle ilgili dönemin öncesi ve sonrasını da kapsayacak şekilde daha geniş alınmasının yerinde olacağını değerlendirmiştir (para. 142). Buna göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde, self-determinasyon hakkına yönelik uluslararası örf-adet kurallarının kristalize olmuş hali olarak değerlendirilen BM tarafından çizilen normatif çerçevenin başlangıç noktasını oluşturmasına karar verilmiştir. BM'nin amaçlarının ifade edildiği BM Antlaşması'nın 1. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "self-determinasyon hakkına saygı", yine Antlaşma'nın "Özerk Olmayan (*Non-self Governing*) Ülkelere İlişkin Bildirge" başlıklı XI. bölümü ile devletlerin sömürgelelikten kurtulma uygulamalarının konsolide olduğu ana işaret eden 1960 tarihli 1514 sayılı Genel Kurul Kararı, bu normatif çerçevenin sınırları olarak belirlenerek değerlendirilmeye tabi tutulmuştur (para. 150).

<sup>28</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory", Advisory Opinion, para. 38, 09.07.2004, <<https://www.icj-cij.org/en/case/131>>, (Erişim tarihi 01.02.2020).

Divan değerlendirmesinde, Genel Kurul'un sömürgeleikten kurtulma sürecindeki rolüne bilhassa 1514 sayılı karara özel bir önem vermiştir. 1514 sayılı kararı takiben 28 devletin bağımsızlığını kazandığını hatırlatan Divan, bu durumu karar ile sömürgeleikten kurtulma süreci arasında açık bir bağın göstergesi kabul etmiştir (para. 150). Bağlayıcı olmayan ancak bir uluslararası örf-adet kuralı olarak self-determinasyon hakkıyla ilgili açıklayıcı niteliği haiz 1514 sayılı Genel Kurul kararına normatif bir değer atfedilmiştir.<sup>29</sup> 1514 sayılı karar, self-determinasyon hakkının bir uluslararası örf-adet kuralı olduğunu açıklayıcı bir niteliğe sahip olmakla birlikte karar oylamasına katılan devletlerin hakkın varlığına yönelik bir itiraz getirmemiş olmasının da bu durumu teyit eder nitelikte olduğu değerlendirilmesine imkân vermiştir (para. 152). Zira 1514 sayılı kararın kabulünde 89 devlet olumlu oy kullanırken, dokuz devlet henüz hakkın uygulanması için gerekli şartların oluşmamış olduğundan bahisle çekimser kalmış, ancak hiçbir devlet olumsuz oy kullanmamıştır. Dolayısıyla bu karar, uluslararası örf-adet hukukunda self-determinasyon hakkının varlığını ortaya koymak için gerekli olan *opinio juris* unsurunun ispatı olarak ele alınmış, kararın ardından çok sayıda sömürgeleik altındaki devletin bağımsızlığını kazanması da genel bir uygulamanın göstergesi kabul edilmiştir.

Divan self-determinasyon hakkının uluslararası örf-adet hukukundaki yerini belirlemede 1514 sayılı kararın yanı sıra iki uluslararası hukuk metnine daha atıf yapmıştır. Bunlardan ilki yine bir Genel Kurul kararı olan 24.10.1970 tarihli "Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na Uygun Şekilde Dostane İlişkiler Kurma ve İşbirliği Yapmaya Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri"dir. Bildiride eşit haklar ve halkların self-determinasyon hakkından bahisle, her devletin self-determinasyon hakkından mahrum bırakacak zorlama tedbirlerinden ve milli birlik ve ülkesel bütünlüğü bozacak tasar-

<sup>29</sup> "Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu" danışma görüşünde Divan, bağlayıcı olmayan Genel Kurul kararlarının normatif değerini ön plana çıkartmıştı. Kararda bir uluslararası örf-adet kuralının ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemede ortaya konması gereken *opinio juris* unsurunun, Genel Kurul kararlarının içeriği ve kabul koşullarından anlaşılacağı belirtilmişti. Bkz. Uluslararası Adalet Divanı, "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", Advisory Opinion, 08.07.1996, para. 70, <<https://www.icj-cij.org/en/case/95>>, (Erişim tarihi 17.01.2020).

ruflardan kaçınma görevlerine vurgu yapılmıştı.<sup>30</sup> Esasında burada amaçlanan, self-determinasyon hakkının toprak bütünlüğünü bozacak, ayrılıkçı hareketlere imkân verecek şekilde kullanılmasına engel olmaktır. Ancak Divan, bildiriye daha genel olarak toprak bütünlüğü ve self-determinasyon ilkesi arasındaki ilişkinin ispatı olarak değerlendirmiştir. Diğer yandan self-determinasyon ilkesini uluslararası hukukun temel ilkelerinden birisi kabul eden bu bildiri, Divan için söz konusu hakkın uluslararası örf-adet hukuku uyarınca sahip olduğu normatif niteliğini de ortaya koymaktadır (para. 155).

Divan'ın atıf yaptığı bir diğer uluslararası hukuk aracı ise "İkiz Sözleşmeler" olarak adlandırılan ve 1976 yılında yürürlüğe giren "Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi" ile "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi"nin özdeş birinci maddesidir (para. 154). Söz konusu madde, kendini yönetemeyen ve vesayet altındaki ülkelerden sorumlu devletler de dâhil olmak üzere tüm taraf devletlerin self-determinasyon hakkının gerçekleşmesi için çaba göstereceğini kayıt altına almaktaydı.<sup>31</sup>

Genel Kurul'un 1541 sayılı kararı, özerk olmayan ülke halklarının hangi yollarla self-determinasyon haklarını kullanabileceklerini kayıt altına almaktadır. Karara göre, bağımsız bir devletle birleşmek, bağımsız bir devlete katılmak ve kendi bağımsızlığını ilan etmek self-determinasyon hakkının kullanılabilmesi için üç meşru yoldur.<sup>32</sup> Divan'ın değerlendirmesine göre, self-determinasyon hakkı 1541 sayılı Genel Kurul kararında belirtilen bu üç seçenektен birisi ile gerçekleştirilebilirken burada önemli olan husus, ilgili halkın gerçek ve özgür iradesi olmasıdır (para. 157). Ancak Genel Kurul belli istisnai durumlarda ilgili halkın iradesine başvurulması zorunluluğundan vazgeçebilir (para. 158). Bu istisnai durumlar Divan'ın 1975 yılında verdiği "Batı Sahra Da-

<sup>30</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2625(XXV), 24.10.1970, <[https://www.undocs.org/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.undocs.org/A/RES/2625(XXV))>, (Erişim tarihi 17.01.2020).

<sup>31</sup> Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 19.12.1966, <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf>>, madde 1, (Erişim tarihi 22.01.2020); Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 03.01.1976, madde 1, <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch\\_IV\\_03.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf)>, (Erişim tarihi 22.01.2020).

<sup>32</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/1514(XV), 14.12.1960, para. 5, <[https://www.un.org/A/res/1514\(XV\)](https://www.un.org/A/res/1514(XV))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).

nışma Görüşü"nde ifade edildiği üzere, nüfusun self-determinasyon hakkına sahip bir halk oluşturmadığı ya da özel koşullar göz önünde bulundurulduğunda ilgili halka danışmanın gereksiz olduğu kanaatinin ortaya çıktığı durumlardır.<sup>33</sup>

Diğer yandan Divan hem devlet pratikleri hem de *opinio juris*'in toprak bütünlüğü ilkesinin self-determinasyon hakkının doğal bir sonucu olduğunu onaylar nitelikte olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur (para. 160). Buna göre, 1514 sayılı kararın kabulünden sonra özerk olmayan bir ülkenin sömürgeci bir güç tarafından bölünmesinin uluslararası hukuka uygun olduğuna yönelik ne Genel Kurul ne de BM'nin herhangi başka bir organı tarafından bir karar alınmamış olması bu durumun ispatı niteliğindedir (para. 160). Nitekim devletler, özerk olmayan bir ülkenin toprak bütünlüğüne saygı gösterilmesinin, uluslararası hukuka göre self-determinasyon hakkının kullanılmasının temel bir unsuru olduğunu sürekli olarak vurgulamışlardır (para. 160). Bu nedenle Divan, özerk olmayan ülkelerdeki halkların, kendi ülkelerinin bütünüyle ilgili olarak self-determinasyon hakkını kullanmaya mazhar olduğu ve toprak bütünlüğüne sömürgeci güç tarafından saygı gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir (para. 160). Sonuç olarak, özerk olmayan bir ülkenin sömürgeci devlet tarafından bölünmesi, ilgili ülke halkının özgür ve gerçek iradesine dayanmadıkça self-determinasyon hakkına aykırıdır (para. 160).

Dolayısıyla Divan, Genel Kurul'un önüne getirmiş olduğu hukuki uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku belirlerken sorunu, Birleşik Krallık'ın öne sürdüğü şekilde egemenliğe içkin ikili bir uyuşmazlık olarak değil, self-determinasyon hakkının kullanılmasına içkin hukuki bir sorun olarak ele almıştır. Kaldı ki Genel Kurul da Divan'dan danışma görüşü istediği soruları formüle ederken meselenin Morityus'un sömürgecilikten kurtulma sürecinin hukuka uygun tamamlanıp tamamlanmadığı olduğunu açıkça ortaya koymuştu. Diğer yandan yine Genel Kurul, 1514 sayılı karar başta olmak üzere konuya ilişkin Genel Kurul kararlarına atıf yaparak, meselenin ele alınacağı hukuki çerçevenin sınırlarını da çizmişti. Buna göre 1514 sayılı karar, self-determinasyon

<sup>33</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Western Sahara", 16.10.1975, Advisory Opinion, para. 59, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 17.01.2020).

hakkının kristalize olmuş halini temsil eden, bu hakkın uluslararası örf-adet kuralı olarak varlığını ispat eden ve sömürgelelikten kurtulma sürecine ivme kazandıran bir karar olarak ele alınmıştır. Birleşik Krallık Divan'a sunduğu yazılı beyanda, sömürgelelikten kurtulmanın uluslararası hukukta halklara tanınmış bir hak olmaktan ziyade siyasal bir süreç olduğuna dikkat çekmişti.<sup>34</sup> Milletler Cemiyeti dönemi de dâhil olmak üzere bu siyasal sürecin nihayetinde 1960'lardan sonra bir hak olarak self-determinasyonun ortaya çıktığını savunmuştu. Birleşik Krallık 1514 sayılı kararın self-determinasyon hakkını açıkça kuran bir karar olmadığını, dahası Morityus'un bağımsızlığını kazandığı 1968 tarihinde uluslararası hukukta self-determinasyon hakkının bulunmadığını öne sürmüştü. Birleşik Krallık'ın görüşüne göre BM Antlaşması'nda yer alan self-determinasyon ilkesinin içeriği belli olmadığından bir hak olarak ele alınması mümkün değildir. Genel Kurul kararları da zaten bağlayıcı olmadığından ve devletlere yükümlülükler getiremediğinden uluslararası hukukta self-determinasyon hakkının varlığından ancak İkiz Sözleşmeler'in yürürlüğe girdiği 1976 yılı itibarıyla söz edilebilirdi. Dolayısıyla Birleşik Krallık, self-determinasyon hakkının 1965-1968 yılları arasında bir uluslararası örf-adet kuralı olmadığını savunmuştu. Ancak Divan, ilgili dönemde sömürgelelikten kurtulma süreci bağlamında self-determinasyon hakkının uluslararası örf-adet hukukunda mevcut olduğu ve bu hakkın toprak bütünlüğüne saygı ilkesi ile birlikte ele alınması gerektiği ve yine hakkın içeriğinin belirlenmesinde ilgili dönemin öncesi ve sonrasını da kapsayacak şekilde daha geniş ele alınması gerektiğinde ısrarcı olmuştur (para. 161).

### C. Danışma Görüşü

Uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinin ardından Divan, mevcut ihtilafın değerlendirmesine geçmiştir. 1814 Paris Antlaşması'nı takiben Morityus ve bağlı adalar, Birleşik Krallık'ın sömürge yönetimi altına girmiş ve 66(1) sayılı özerk olmayan bölgelere ilişkin Genel Kurul kararında da görüldüğü gibi Chagos Takımadaları Morityus'un bağlı bölgesi olarak kayıtlarda yer almıştır (para. 170). Divan, Chagos Takımadaları'nın ayrılması kararının alındığı Lancaster House Taahhütleri'nin imzalandığı 1965 tarihinde de Morityus halen Birleşik

<sup>34</sup> Birleşik Krallık Yazılı Beyan, para. 8(9).

Krallık'ın sömürge yönetimi altında olduğunu gözlemlemiştir (para. 172). Tahkim Mahkemesi Morityus'un Birleşik Krallık'ın Chagos çevresinde ilan ettiği deniz koruma alanının BMDHS'ne aykırılığı iddiasını karara bağlarken Lancaster House Taahhütleri'ni uluslararası bir anlaşma olarak ele almıştı. Divan'a göre ise anlaşmanın taraflarından birisi olan ve topraklarının bir kısmını Birleşik Krallık'a devrettiğini söyleyen Morityus, Birleşik Krallık yönetimi altındayken uluslararası bir anlaşmadan bahsedilmesi mümkün değildir (para. 172). Divan'a göre, özerk olmayan bir ülkenin topraklarının bir kısmının yeni bir sömürge oluşturmak amacıyla ayrıldığı bir durumda ilgili halkın rızası konusunda daha fazla inceleme yapılması gerekmektedir (para. 172). Morityus sömürgesi Bakanlar Konseyi'nin Lancaster House Taahhütleri ile Chagos Takımadaları'nın ayrılmasını prensipte kabul ettiği koşullar gözden geçirildiğinde Divan, bu anlaşmanın, ilgili halkın hür ve gerçek bir irade beyanı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir (para. 172). Bilakis Chagos Takımadaları'nın Morityus ülkesinden ayrılması, sömürgeci devletin bir tasarrufu niteliğindedir. Lancaster House Anlaşması'nın imzalanmasından birkaç hafta sonra alından 2066(XX) sayılı Genel Kurul kararında da Birleşik Krallık'ın Morityus'un toprak bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğü hatırlatılmıştı. Uluslararası hukuktan doğan ve Morityus'un sömürgelelikten kurtulması döneminde Genel Kurul tarafından da hatırlatılan bu yükümlülük uyarınca Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos dâhil olmak üzere tüm Morityus ülkesinin toprak bütünlüğüne saygı göstermesi gerektiği kanaatine varmıştır (para. 173). Sonuç olarak Divan, Morityus ülkesinin sömürgeci devlet tarafından bölünerek Chagos Takımadaları'nın hukuka aykırı bir biçimde BIOT adıyla yeni bir sömürgeye dâhil edilmesi nedeniyle, Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin hukuka uygun tamamlanmadığına hükmetmiştir (para. 174).

Chagos Takımadaları üzerinde Birleşik Krallık yönetiminin sürmesinin uluslararası hukuktaki sonuçlarına ilişkin Divan'a diğer devletler tarafından sunulan yazılı beyanlardaki görüşler, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları üzerindeki yönetiminin sürmesinin yalnızca Birleşik Krallık için sonuç doğurduğundan üçüncü devletler hatta uluslararası örgütler için de sonuç doğurduğuna kadar geniş bir yelpazedeydi (para. 176). Divan ise değerlendirmesinde Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin self-determinasyon hakkına uygun



şekilde tamamlanmadığı ve bu nedenle Birleşik Krallık'ın Chagos'ta devam eden idaresinin bu devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran haksız bir eylem teşkil ettiğine hükmetmiştir (para. 177). Bu nedenle Divan üyeleri 13'e karşı bir oyla, Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin hukuka uygun tamamlanabilmesi için Birleşik Krallık'ın Chagos üzerindeki yönetimini derhal sonlandırmakla yükümlü olduğuna karar vermiştir (para. 178). Divan, Morityus'un sömürgelelikten kurtulmasının tamamlanması için gerekli yöntemlerin belirlenmesinin, sömürgelelikten kurtulma ile ilgili işlevleri bağlamında Genel Kurul'un yetki alanına girdiği değerlendirilmesinde bulunmuştur (para. 179). Buna göre, danışma görüşü verildikten sonra Genel Kurul'un hangi adımları atacağı ya da verilen danışma görüşünün bu adımları ne derece etkileyeceğine karar vermenin Divan'ın yetkisinde olmadığı değerlendirilmiştir (para. 179). Diğer yandan Divan, self-determinasyon hakkına saygının *erga omnes* bir yükümlülük olduğunu hatırlatmış ve Morityus'un sömürgelelikten kurtulması sürecinin tamamlanması için Genel Kurul'un belirleyeceği usullerin yürürlüğe girmesi için üye devletlerin iş birliği içinde olması gerektiğine vurgu yapmıştır (para. 180). Dolayısıyla Genel Kurul'un cevap beklediği ikinci soruya yönelik olarak Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos üzerindeki yönetimini olabildiğince hızlı sonlandırmakla yükümlü olduğu ve Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin tamamlanması için tüm üye devletlerin BM ile iş birliği içinde olması gerektiği değerlendirilmesini yapmıştır (para. 182). Chagos kökenliler de dâhil olmak üzere Morityusluların Takımadalar'a yeniden yerleşimi konusunda ise Divan, bu konunun Morityus'un sömürgelelikten kurtulmanın tamamlanması için Genel Kurul'un alacağı kararlarda ele alınması gerektiği yorumunda bulunmuştur (para. 181).

## I. Kararın Değerlendirmesi

### A. Genel Kurul Kararlarının Normatif Niteliği

Önüne gelen danışma görüşü isteminde Divan, sömürgelelikten kurtulma süreci bağlamında self-determinasyon hakkının bir uluslararası örf-adet kuralı olarak tesis edilme sürecine odaklanmıştır. Tarihsel kökenleri çok daha eskilere dayansa da self-determinasyon, 20. yüzyılın başından bu yana uluslararası hukukun konusu olarak en çok tartışılan ve bu dönem itibarıyla pek çok gelişmeye kaynaklık eden

bir haktır. Bu dönem, pek çok büyük devletin parçalandığı, sömürge-lik altındaki devletlerin bağımsız birer devlet olarak ortaya çıktığı bir dönem olmuştur. Self-determinasyon ilkesi ilk kez BM Antlaşması'nın 1(2). ve 55. maddelerinde yer almıştır. Antlaşma'nın 1(2). maddesinde BM'nin amaçlarından birisinin uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulu ilişkiler geliştirmek olarak ifade edilmiştir. Bu ifadeler, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in yetkilerinin açıklandığı 55. maddede de aynı biçimde tekrar edilmiştir. Ancak BM Antlaşması, self-determinasyon hakkının niteliği, sınırları, kapsamı gibi konularda sessiz kalmıştır. Bu bağlamda başta 1514 sayılı karar olmak üzere Genel Kurul'un çeşitli tarihlerde aldığı kararlar, hakkın kapsamının ve uluslararası örf-adet hukukundaki yerinin belirlenmesinde normatif değer taşımaktadır. Divan'ın değerlendirmesine göre esasen tavsiye niteliğinde olan ve bağlayıcılığı bulunmayan Genel Kurul kararları, bir uluslararası hukuk normunun uluslararası örf-adet kuralı olarak gelişimini doğrudan yansıtan kararlardır. UAD Statüsü'nün 38. maddesi, Divan'ın bağlı olacağı uluslararası hukuk kaynaklarını sayarak tüketmektedir. Bu danışma görüşünde ise esasen bağlayıcı olmayan ancak pratikte hukuki etki doğuran yumuşak hukuk<sup>35</sup>(*soft law*) araçlarının uygulanacak hukukun belirlenmesinde ele alınması söz konusudur.

Divan, Morityus'un sömürge-likten kurtulduğu 1965-1968 yılları arasında self-determinasyon hakkının bir uluslararası örf-adet kuralı olarak kristalize olduğu sonucuna ulaşırken büyük ölçüde Genel Kurul'un 1514 sayılı kararına dayanmıştır. UAD Statüsü, hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası örf-adet kurallarının Divan tarafından uygulanmasına imkân vermektedir.<sup>36</sup> Burada sözü edilen genel uygulama, yıllar içinde ortaya çıkmaktadır. "Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği" davasında Divan, bir kuralın örf-adet kuralı kabul edilebilmesi için, çıkarları etkilenen devletler de dâhil olmak üzere, devletleri temsil edebilen bir çoğunluk tarafından ve hukuki bir yükümlülük duygusu ile kuralın yerleşmesine imkân verecek süre için-

<sup>35</sup> Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 173-174(2019), s. 36-37.

<sup>36</sup> Birleşmiş Milletler, "Statue of the International Court of Justice," madde 38(1)b, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

de uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>37</sup> Dolayısıyla bir uluslararası örf-adet kuralının varlığının ortaya konabilmesi, *opinio juris* ile bir örnek ve sürekli uygulama unsurlarının tespiti yoluyla mümkündür. Divan ise Chagos Takımadaları hakkında verdiği danışma görüşünde, uluslararası örf-adet hukukunda self-determinasyon hakkının varlığını ortaya koyarken, Genel Kurul'un 1514 sayılı kararını *opinio juris* unsurunun ispatı olarak ele almaktadır. Bu kararın ardından çok sayıda sömürgelik altındaki devletin bağımsızlığını kazanmasını da sürekli ve bir örnek devlet uygulaması olarak değerlendirmektedir.

Bu bağlamda Genel Kurul kararlarının normatif niteliğini belirlemek önem taşımaktadır. BM'nin temel organlarından olan ve tüm üyelerin eşit oy hakkıyla katıldıkları Genel Kurul, her türlü mesele ve işlerin görüşüldüğü bir organdır. Bu görüşmeler sonunda, doğrudan BM'nin kişiliğine bağlanan kararlar alınır.<sup>38</sup> Tüm bu kararlar hukuki birer tasarruf olmaları sebebiyle, bir hukuki durum yaratabilir, değiştirebilir ya da bir hukuki durumun yaratılmasında bir aşama görevi görebilirler. Dolayısıyla uluslararası hukuk düzeninde etki ve sonuç yaratabilirler. Zira bu kararların hukuki etki yaratması, bunların bağlayıcı gücünden kaynaklanmaz. Bir yüküm yaratmayan dolayısıyla bağlayıcı olmayan bu kararların bir hukuki güçleri vardır.<sup>39</sup> Divan'ın "Güney Batı Afrika Ülkesine Ait Rapor ve Dilekçelere İlişkin Sorunlarda Oylama Usulü" danışma görüşüne sunduğu ayrık görüşte Hâkim Lauterpacht da Genel Kurul kararlarının bu hukuki gücüne dikkat çekmiş ve Genel Kurul kararlarının üye devletler için uygulama yükümlülüğü olmamasına rağmen hukuki güce sahip olmadıklarının öne sürülemeyeceğini belirtmiştir.<sup>40</sup> Divan'ın Chagos Takımadaları hakkında verdiği danışma görüşü de Genel Kurul kararlarının bu hukuki güçlerini vurgulamaktadır.

<sup>37</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)", Judgements, 26.04.1968, para. 73-77, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 05.01.2020).

<sup>38</sup> Cem Sar, "Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 21, S. 4(1966), s. 227.

<sup>39</sup> Sar, *a.g.e.*, s. 231.

<sup>40</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa", 7 Haziran 1955, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, s. 53, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/24/024-19550607-ADV-01-03-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 23.01.2020).

Genel Kurul'un özellikle uluslararası hukuku ilgilendiren kararlarının hukuk yaratan bir güçleri olup olmadığı ve esasen uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alıp almadıklarına ilişkin tartışma, oldukça eski bir tartışmadır. Özellikle BM'nin kuruluşunu takip eden yıllarda bağımsız devletler olarak BM ailesine yeni katılan devletlerin benimsedikleri bu tutum, örneğin Genel Kurul'un 1803 sayılı "Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenliğe İlişkin Bildiri"nin görüşmeleri sırasında gündeme gelmiştir. Görüşmelerde Suriye temsilcisi, söz konusu bildirinin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki ilişkiyi düzenleyecek yeni bir hukuki temel olduğunu belirtmiştir.<sup>41</sup> Burada ön plana çıkan husus, bu devletlerin oluşumuna katılmadıkları uluslararası hukuk kurallarının, eşit temsil hakkına sahip oldukları Genel Kurul'da kendi çıkarlarına uygun biçimde gelişip değişmesine katılabilmeleridir.<sup>42</sup> Bu kaygı, uluslararası hukukun kaynaklarının yeniden gözden geçirilmesi çağrısına zemin hazırlamaktadır.

Bağlayıcı güçten yoksun olan Genel Kurul kararlarının, hukuk yaratan kurallar olarak ele alınması ve uluslararası hukukun şekli kaynakları arasında yer alması mümkün değildir. Ancak Genel Kurul kararları, uluslararası hukukun gelişiminde bir aşamaya işaret etmektedir. Devletlerin bir uluslararası hukuk meselesine ilişkin görüşlerini yansıtmaktadırlar ve bir uluslararası örf-adet kuralının (teamülün) varlığını ispat için önem taşımaktadırlar. Dolayısıyla Genel Kurul kararları teamül ile bu teamülün kodifikasyon yoluyla kesin bir anlam ve biçim kazanarak uluslararası hukukun şekli kaynakları arasında yer alması arasında bir aşama niteliğindedirler. Bu anlamda oluşmakta olan bir uluslararası örf-adet kuralının tespitinde Genel Kurul kararlarının önemi büyüktür. Bu önem, Genel Kurul kararlarının bilhassa örf-adet kuralının psikolojik ögesi olan *opinio juris*'in ortaya konabilmesi için taşıdığı önemdir. Zira bu kararlara, örf-adet kuralının maddi ögesi olan devlet uygulamalarının ispatı için başvurmak mümkün değildir. Bu anlamda Genel Kurul kararları, özellikle oluşumu devam eden alanlarda hukuk kuralını tespit etmek için başvurulabilecek yardımcı araçlar olarak ele alınabilirler.

<sup>41</sup> Karol G. Ness, "Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 2(1964), s. 410.

<sup>42</sup> Sar, a.g.e., s. 263.

Christophersen, Divan'ın Chagos Takımadaları hakkında verdiği danışma görüşünün Genel Kurul kararlarının uluslararası hukukun kaynakları arasında giderek önem kazanmakta olduğunun ispatı olarak değerlendirmektedir.<sup>43</sup> Esasında Divan'ın bu danışma görüşünde izlediği tutum, Genel Kurul kararlarını doğrudan uluslararası hukukun kaynakları arasında kabul etmek değildir. Aksine Divan, Genel Kurul kararlarının hukukun tespitinde bir yardımcı araç olarak taşıdığı normatif değeri ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda başta 1514 sayılı karar olmak üzere Genel Kurul kararlarının, bir uluslararası örf-adet kuralı olarak self-determinasyon hakkının psikolojik unsurunun tespitinde taşıdığı normatif değer vurgulanmıştır.

## B. Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinin Niteliği ve Bağlayıcılığı

Divan'ın yetkisi, devletlerarası davalarda karar verme yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisi olarak tasnif edilebilir. Devletlerarası davalarda karar verme yetkisi,<sup>44</sup> UAD Statüsü'nün 38. maddesinde, devletlerce önüne getirilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun şekilde çözmek olarak ifade edilmektedir.<sup>45</sup> Bu davalarda verilen kararlar uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır. Kararların bağlayıcılığını sağlamak için BM Antlaşması'nın 94(2). maddesi, Güvenlik Konseyi'ni işaret etmektedir. Buna göre lehine karar olan taraf, kararın uygulanmaması durumunda Güvenlik Konseyi'ne başvurabilmekte, Güvenlik Konseyi de tavsiye kararı alabilmekte ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilmektedir. Dolayısıyla hukuki bir kararın uygulanması BM'nin siyasi bir organına bırakılmış ve etkinliği tartışmalı da olsa bir tür yaptırım mekanizması öngörülmüştür.

<sup>43</sup> Jake Christophersen, "General Assembly Resolutions in Determining of Customary International Law: The ICJ's Advisory Opinion in Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965", *Bristol Law Review*, Vol. 6(2019), s. 2.

<sup>44</sup> Bu yetki çekişmeli yargı yetkisi ya da zorunlu yargı yetkisi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Yahya Berkol Güleç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", *TBB Dergisi*, 2015(117), s. 380.

<sup>45</sup> Birleşmiş Milletler, "Statute of the International Court of Justice," madde 38(1)b, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisi BM Antlaşması'nın 96. maddesinde ve UAD Statüsü'nün 65. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemelere göre Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi herhangi bir hukuksal sorun hakkında, Genel Kurul tarafından yetkili kılınan tüm BM organları ve ihtisas kuruluşları ise kendi çalışma alanları içinde karşılaşacakları hukuksal bir sorun hakkında Divan'dan danışma görüşü talep edebilmektedir.<sup>46</sup> Devletlerin danışma görüşü isteminde bulunmaları ise mümkün değildir. Devletlere bu hakkın tanınması San Francisco Konferansı'nda gündeme gelmiş olsa da ilgili öneri reddedilmiştir.<sup>47</sup>

Divan'dan görüş istenen sorunlar, açık ve kesin dille ifade eden yazılı bir dilekçe ile Divan'a sunulur ve ilgili tüm belgeler de bu dilekçeye eklenir.<sup>48</sup> Bu yetki ile amaçlanan kimi hukuksal konularda görüş oluşturmak, tartışmalı bir konuyu açıklığa kavuşturmak, ilgili organa hukuksal yardım sağlamaktır. Bu nedenle Divan danışma görüşü taleplerinde öncelikle konunun siyasal mı hukuksal mı olduğunu değerlendirmektedir. Ancak görüş istenen konular temelde devletler arasındaki ilişkilerle ilgili olduğundan siyasal yönü olmayan pür bir hukuksal sorun tariflemek pek olası değildir. Nitekim içtihadı bakıldığında hukuki yönü bulunsa da siyasal unsurlar içeren hatta net şekilde yöneltilmemiş sorularda bile Divan'ın danışma görüşü vermekten imtina etmediği görülmektedir.<sup>49</sup> Buna göre, hukuk kurallarının uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulabilecek her sorun hukuki olarak ele alınmaktadır ve danışma görüşü verilebilir niteliktedir. Divan bugüne dek danışma görüşü taleplerinde yalnızca bir kere yargı yetkisi olmadığına hükmetmiştir.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Birleşmiş Milletler, "Statue of the International Court of Justice", madde 65(1), <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>47</sup> F. Blaine Sloan, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, Vol. 35, No. 5(1950), s. 836

<sup>48</sup> Birleşmiş Milletler, "Statue of the International Court of Justice," madde 65(2), <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>49</sup> Mahasen M. Aljaghoub, *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Berlin, Springer, 2006, s. 57.

<sup>50</sup> "Bir Devlet Tarafından Silahlı Çatışmalarda Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliği" danışma görüşünde Divan, sorunun talepte bulunan Dünya Sağlık Örgütü'nün faaliyet alanında olmadığı gerekçesiyle yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, "Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict" Advisory Opinion,, 08.07.1996, para. 66, <<https://www.icj-cij.org/en/case/93/advisory-opinions>>, (Erişim tarihi

UAD Statüsü'nün 65. maddesindeki "Divan...her türlü hukuksal sorun hakkında görüş verebilir" vurgusu, Divan'ın danışma görüşü vermeme konusunda takdir yetkisi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>51</sup> Ancak Divan'ın yerleşik içtihadına bakıldığında, danışma görüşü isteminin mücbir sebep olmadıkça reddedilmemesi gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir.<sup>52</sup> Bu nedenle Divan bugüne dek cevap vermeme konusundaki takdir hakkını hiç kullanmamıştır.

Danışma görüşlerinde uygulanacak usule ilişkin özel kuralların haricinde Divan, UAD Statüsü'nün 68. maddesi uyarınca uygulanabilir olduğu ölçüde hukuksal uyumsuzluklara uygulanan kaidelerden de esinlenebilir. Dolayısıyla dava yolunda uygulanan, örneğin *ad hoc* yargıçların atanması gibi, basın mensuplarının davayı takipleri gibi usuller, danışma görüşü yolunda da uygulanabilmektedir.<sup>53</sup> Divan'ın önüne gelen danışma talebi, Divan'ın yargı yetkisini tanıyan tüm devletlere bildirilir ve bu devletler ve uluslararası örgütler, soruna ilişkin yazılı ve sözlü beyanlarını ve yapılan beyanlara ilişkin görüşlerini Divan'a sunabilirler.<sup>54</sup>

Divan'ın verdiği danışma görüşlerinin muhatabı sadece görüşü talep eden kurumdur. Davalarda alınan kararların bile sadece davanın taraflarını bağladığı ve yalnızca o dava için geçerli olduğu hatırdan tutulduğunda, danışma görüşlerinin devletler için doğrudan sonuç doğurması beklenemez. Bir görüş oluşturmak, bir hukuksal belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla Divan'a başvuran organ için de danışma görüşleri bir tavsiyeden öteye geçmez, ne yapıлып yapılmayacağı ilgili organa kalır. Nitekim Divan, 1950 yılında verdiği "Barış Antlaşmalarının Yorumlanması" danışma görüşünde, danışma görüşlerinin hukuken bağlayıcılığı olmadığına, yalnızca istişari nitelik taşıdığına dikkat çekmiştir.<sup>55</sup> Özellikle BM'nin ana organları olan Genel Kurul ve Gü-

---

17.01.2020).

<sup>51</sup> Aljaghoub, a.g.e., s. 64.

<sup>52</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory," Advisory Opinion, para. 44, 09.07.2004, <<https://www.icj-cij.org/en/case/131>>, (Erişim tarihi 01.02.2020).

<sup>53</sup> İlhan Lütem, "Milletlerarası Adalet Divanının İstişari Mütalaaları," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1(1990), s. 85.

<sup>54</sup> Birleşmiş Milletler, "Statue of the International Court of Justice", madde 66, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

<sup>55</sup> Uluslararası Adalet Divanı, "Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania", Advisory Opinion, 30.03.1950, s. 10, <<https://www.icj-cij.org/en/case/8>>, (Erişim tarihi 12.01.2020).

venlik Konseyi'ne bakıldığında, Divan tarafından verilen danışma görüşlerinin bu organların kararlarına dönüştüğü görülmektedir. Ancak bu durum, danışma görüşlerinin istişari niteliğini değiştirmemektedir.<sup>56</sup> Bu bağlamda danışma görüşleri, bağlayıcı olmayan ancak uluslararası hukukun gelişiminde rol oynayan kararlardır. İlgili kararda bir ya da birden fazla devletin bir eyleminin uluslararası hukuka aykırı olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu durum, danışma görüşlerinin ilgili organa sunulan bir hukuksal yardım olmasını değiştirmez. Dolayısıyla konunun ilgilendirdiği devletin karar uyarınca bir şey yapması ya da yapmaktan vazgeçmesi beklenemez.<sup>57</sup>

Divan, Morityus'un bir parçası olan Chagos Takımadaları'nın self-determinasyon hakkına dayanarak bağımsızlığın kazanılmasından önce ayrıldığı ve bu nedenle bu ayrılmanın Morityus halkının gerçek iradesine dayanmadığı değerlendirilmiştir. Böylelikle Divan, Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Birleşik Krallık'ın Chagos üzerindeki süren yönetiminin hukuki sonuçlarını değerlendirirken ise Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları üzerindeki yönetimini derhal sonlandırmakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Self-determinasyon hakkına saygının *erga omnes* bir yükümlülük olduğundan bahisle Divan, diğer devletleri de iş birliğine çağırmıştır. Danışma görüşlerinin, ilgili organın talep ettiği hukuksal yardımdan ibaret olduğunu ve konunun ilgilendirdiği devletin karar uyarınca bir şey yapması ya da yapmaktan vazgeçmesinin öngörülemeyeceğini hatırlatmıştı. Ancak Divan, bu kez ilgili devleti bir şey yapmakla, diğer devletleri de bu konuda BM ile iş birliğiyle yükümlendirmiştir. Her ne kadar Morityus'un sömürgelelikten kurtulma sürecinin tamamlanması, dolayısıyla Chagos'un iadesi için gerekli yöntemlerin belirlenmesi konusunun Genel Kurul'un yetkisine girdiği belirtilse de Divan, bir devleti doğrudan yükümlendiren bir karar almıştır. Bu nedenle mevcut kararda bağlayıcılık sorunu daha derin bir anlam taşımaktadır. Uzun yıllardır sorunun gerek ikili müzakerelerle gerek Genel Kurul kararları neticesinde çözülememiş olmasının Divan'ı doğrudan bir karar alma-

<sup>56</sup> Edvard Hambro, "The Authority of Advisory Opinions of the International Court of Justice," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 1(1954), s. 5.

<sup>57</sup> Erdem Denk, "Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 1, S. 3(2004), s. 152.



ya yönlendirdiği değerlendirmesinde bulunmak mümkündür. Ancak yine de bu karar danışma görüşlerinin istişari niteliğini aşmaktadır.

Chagos Takımadaları hakkında verilen danışma görüşü, iki devlet arasında süregelmekte olan bir uyuşmazlık hakkında BM organlarının danışma görüşü isteyebileceğini göstermektedir. Böylelikle Divan'ın yargı yetkisinin taraflardan birisi tarafından tanınmıyor olması nedeniyle dava yoluyla önüne getirilemeyen bir uyuşmazlık hakkında Divan, bir karar vermiştir. Divan'ın verdiği danışma görüşleri, ilgili organın kararı haline dönüşebilir, organ konuya ilişkin karar alırken danışma görüşünü esas alabilir. Ancak görülüyor ki, Genel Kurul 1965 yılından bu yana Chagos Takımadaları'nın Morityus'tan ayrılmasının ve Birleşik Krallık'ın takımadalar üzerinde yönetimini sürdürmesinin hukuka aykırılığına ve takımadaların Morityus'a iadesine yönelik kararlar almıştır. Dolayısıyla Genel Kurul zaten mevcut durum hakkında bir tutum belirlemiştir. Divan'ın verdiği danışma görüşü, hukuka aykırılığın tespiti ve aykırılığın ortadan kaldırılması gerekliliğinin teyit edilmesi anlamına gelmiştir. Morityus'un sömürgeleikten kurtulma sürecinin hukuka uygun tamamlanmadığı değerlendirilmesi, Morityus özelinde sömürgeleikten kurtulmuş tüm devletler için psikolojik bir zafer niteliğindedir. Ancak bu kararın bir sonuç doğurması, yalnızca Birleşik Krallık'ın inisiyatifinde görünmektedir.

### Sonuç

Divan'ın 25.02.2019 tarihli Chagos Takımadaları'nın 1965'te Morityus'tan ayrılmasının hukuki sonuçları hakkında verdiği danışma görüşü, uzun vadeli bir uyuşmazlığın mahiyet ve sonuçları hakkında önemli bir değerlendirme niteliği taşımaktadır. Söz konusu kararda, meselenin özü Birleşik Krallık'ın eski bir sömürgesi olan Morityus'un sömürgeleikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanıp tamamlanmadığı sorusu etrafında şekillenmiştir. Dolayısıyla Divan sorunu, Birleşik Krallık ve Morityus arasında egemenliğe ilişkin siyasi ve iki taraflı bir mesele olarak görmemiştir.

Mevcut sorunun hukuksal çerçevesini self-determinasyon hakkı bağlamında çizen Divan, hem hakkın uluslararası örf-adet hukukundaki tarihsel gelişimini hem de unsurlarını ortaya koyarak bir tutum belirlemede rehber olacak bir görüş beyan etmiştir. Divan değerlendirmesinde 1965-1968 arası döneme bağlı kalmayıp sömürgeleikten kurtulma sürecinin bağlamında self-determinasyon hakkının uluslararası

örf-adet hukukundaki gelişimini ele alarak, geniş bir tarihsel bağlama yerleştirmiştir. Bu değerlendirmede Divan, bağlayıcılığı olmayan Genel Kurul kararlarının, bir uluslararası hukuk normunun örf-adet hukukundaki gelişiminin ve bu konuda oluşan *opinio juris*'in ispatı olarak ele almıştır. Bu sayede bağlayıcılığı olmayan Genel Kurul kararlarına bir normatif değer atfedilmiş, hukukun tespitindeki araçsal rolü vurgulanmıştır. Divan'ın değerlendirmesine göre, toprak bütünlüğü ilkesi self-determinasyon hakkının asli unsuru olarak ele alınmış, Morityus'un bağımsızlık öncesi toprak bütünlüğünün bozulması ve bu ayrılmanın Morityus halkının gerçek iradesine dayanmaması sebebiyle, sömürgelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları üzerinde yönetimini sürdürmesinin uluslararası hukuktaki sonuçları bağlamında ise Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos üzerindeki yönetimini derhal sonlandırmakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Morityus'un sömürgelikten kurtulma sürecinin uluslararası hukuka uygun tamamlanması için gerekli yöntemin belirlenmesi işini Genel Kurul'a bırakmış, tüm üye devletleri de işbirliğine çağırmıştır. Dolayısıyla Divan, danışma görüşlerinin istişari niteliğini aşan bir karar almıştır. Zira Divan'ın danışma görüşleri, sadece görüşü talep eden organ için hukuksal bir yardım niteliğinde olup devletler için doğrudan sonuç doğurmaları beklenebilir. Genel Kurul'un 1965'ten bu yana Chagos Takımadaları'nın iadesi yönünde çeşitli defalar karar aldığı hatırd tutulduğunda Divan'ın görüşü bu kanaatin pekiştirilmesinden öteye gidememektedir. Bu anlamda karar, başta Morityus olmak üzere sömürgelikten kurtulan devletler için psikolojik bir zafer niteliğindedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aljaghoub, Mahasen M., *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Berlin, Springer, 2006.
- Ataöv, Türkkaya, *Afrika Ulusal Kurtuluş Mücadeleleri*, Ankara, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977.
- Vine, David, *Island of Shame: The Secret History of US Military Base on Diego Garcia*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

### Mahkeme Kararları

- Uluslararası Adalet Divanı, "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory," Advisory Opinion, 09.07.2004, <<https://www.icj-cij.org/en/case/131>>, (Erişim tarihi 01.02.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965," Advisory Opinion, 25.02.2019, <<https://www.icj-cij.org/en/case/169>>, (Erişim tarihi 01.01.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons" Advisory Opinion, 08.07.1996, <<https://www.icj-cij.org/en/case/95>>, (Erişim tarihi 17.01.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)," Judgements, 26.04.1968, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 05.01.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania", Advisory Opinion, 30.03.1950, <<https://www.icj-cij.org/en/case/8>>, (Erişim tarihi 12.01.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa," 7 Haziran 1955, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/24/024-19550607-ADV-01-03-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 23.01.2020).
- Uluslararası Adalet Divanı, "Western Sahara," Advisory Opinion, 16.10.1975, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>>, (Erişim tarihi 17.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Tahkim Mahkemesi, "Chagos Deniz Koruma Alanı Tahkimi," Award, 15.03.2015, <<https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).

### Makaleler

- Christophersen, Jake, "General Assembly Resolutions in Determining of Customary International Law: The ICJ's Advisory Opinion in Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965," *Bristol Law Review*, Vol. 6(2019), s. 2-9.
- Denk, Erdem, "Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı," *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 1, S. 3(2004), s. 151-173.
- Dost, Süleyman, "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 173-174(2019), s. 35-74.
- Gifford, Richard ve Dunne, Richard P, "A Dispossessed People: the Depopulation of the Chagos Archipelago 1965-1973", *Population, Space and Place*, C. 20, S. 1(2014), s. 37-49.
- Güleç, Yahya Berkol, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisinin Genişletme Çabalarının Eleştirisi," *TBB Dergisi*, 2015(117), s. 379-418.
- Hambro, Edvard, "The Authority of Advisory Opinions of the International Court of Justice," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 1(1954), s. 2-22.

- Lütem, İlhan, "Milletlerarası Adalet Divanının İstişari Mütalaaları," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1(1990), s. 81-117.
- Minas, Stephen, "Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice—and for 'Global Britain'," *Transnational Legal Theory*, C. 10, No. 1(2019), s. 123-136.
- Ness, Karol G., "Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis," *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 2(1964), s. 398-449.
- Sar, Cem, "Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 21, S. 4(1966), s. 227-274.
- Sloan, F. Blaine, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice," *California Law Review*, Vol. 35, No. 5(1950), s. 830-859.

### İnternet Kaynakları

- "The Lancaster House Undertakings as Binding Commitments," <<https://www.myheplus.com/sites/www.myheplus.com/files/downloads/topics/Activity%20One%20%20The%20Lancaster%20House%20Undertakings%20as%20Binding%20Commitments.pdf>>, (Erişim tarihi 16.01.2020).
- Birleşmiş Milletler, <<https://www.un.org/en/member-states/#gotoM>>, (Erişim tarihi 15.01.2020).

### Diğer Kaynaklar

- Charter of the United Nations, 24.10.1945, <<https://www.un.org/en/charter-united-nations/>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).
- 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, 10 Aralık 1982, <[https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>, (Erişim tarihi 19.01.2020).
- Statue of the International Court of Justice, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/1514(XV), 14.12.1960, <[https://www.un-docs.org/A/res/1514\(XV\)](https://www.un-docs.org/A/res/1514(XV))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2066(XX), 16.12.1965, <[https://undocs.org/es/A/RES/2066\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2066(XX))>, (Erişim tarihi 16.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2232(XXI), 20.12.1966, <[https://undocs.org/en/A/RES/2232%20\(XXI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2232%20(XXI))>, (Erişim tarihi 17.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2357(XXII), 19.12.1967, <[https://undocs.org/en/A/RES/2357\(XXII\)](https://undocs.org/en/A/RES/2357(XXII))>, (Erişim tarihi 17.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/RES/2625(XXV), 24.10.1970, <[https://www.un-docs.org/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un-docs.org/A/RES/2625(XXV))>, (Erişim tarihi 17.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/71/292, 16.09.2016, <<https://undocs.org/ch/A/RES/71/292>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 71/292/A/71/L.73, 22.06.2017, <<https://undocs.org/A/71/L.73>>, (Erişim tarihi 20.01.2020).